

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة-



كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

إدارة و تسيير الملكية الهائجة في التهرب الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون البيئة و العمران

إشراف الأستاذ:
عبادة سيف الإسلام

إعداد الطالبات:
- درداش زينب

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفا و مقرا
مناقشا

- أ. / بن مشيرح محمد
- أ. عبادة سيف الإسلام
- أ / بركات قسمون رامي

دورة جوان 2017

شكر و عرفان

إن الشكر لله رب العالمين الذي خلق و هدي
أولا و الذي و فقني لإتمام هذا المشروع المتواضع
بعون و توفيق منه.

كما أتقدم بخالص شكري بعد ذلك و جميل
عرفاني للأستاذ المشرف " الأستاذ عبادة سيف
الإسلام " الذي لم ييخل بنصائحه و توجيهاته
نعم الموجه و الناصح و لولا بعد توفيقي من الله ما
رأى المشروع النور في هذا الوقت كلما أتوجه
بالشكر إلى كل من ساعدني خاصة المكتبة المركزية
و العاملين بالمكتبة قسم

الإهداء

. بسم الله الرحمن الرحيم .

إلى من كان وراء نجاحي والدي الكريم

إلى من أحاطتني بالرعاية والحنان أمي الحبيبة

وإلى شقيقتي و خاصة أختي فاطمة.

و إلى خطيبي نصر الدين.

و إلى أكثر شخص ساهم في نجاحاتي جدي العزيز

وإلى كل من ساهم ولو بكلمة في هذا العمل.

زينب

فهرس المحتويات

| الصفحة | المحتويات |
|--------|--|
| أ-ب-ج | المقدمة. |
| 5 | الفصل الأول: النظام القانوني للملكية الشائعة |
| 5 | المبحث الأول: تعريف الملكية الشائعة |
| 5 | المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة |
| 5 | الفرع الأول: لغة |
| 6 | الفرع الثاني: اصطلاحا |
| 7 | المطلب الثاني: مصادر الشيوخ |
| 7 | الفرع الأول: المصدر القانوني |
| 7 | الفرع الثاني: المصدر الاختياري |
| 8 | المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لشيوخ وتميزها عن غيرها من المصطلحات |
| 8 | الفرع الأول: الطبيعة القانونية |
| 10 | الفرع الثاني: تميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات |
| 13 | المبحث الثاني: الطوابط القانونية للملكية الشائعة |
| 14 | المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة |
| 18 | الفرع الأول: تأجير المال الشائع |
| 25 | الفرع الثاني: القسمة المهيأة |
| 30 | المطلب الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة |
| 30 | الفرع الأول: الأغلبية لتقرير الإدارة الغير المعتادة |
| 31 | الفرع الثاني: حق الأقلية بالاعتراض عن قرار الأغلبية |
| 32 | المطلب الثالث: الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع |
| 32 | الفرع الأول: الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع |
| 33 | الفرع الثاني: نفقات إدارة المال الشائع |
| 35 | ملخص الفصل |
| 37 | الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع و انقضاء الشيوخ بالقسمة |

| | |
|----|---|
| 37 | المبحث الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع |
| 37 | المطلب الأول: التصرف الصادر عن جميع الشركاء أو أغلبيتهم |
| 38 | الفرع الأول: التصرف الصادر عن جميع الشركاء |
| 39 | الفرع الثاني: التصرف الصادر عن أغلبية الشركاء |
| 41 | المطلب الثاني: تصرف الشريك في المال الشائع |
| 41 | الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة |
| 46 | الفرع الثاني: تصرف الشريك في كل المال الشائع |
| 48 | المطلب الثالث: استرداد الشريك للحصة الشائعة المبيعة لأجنبي |
| 48 | الفرع الأول: حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة |
| 49 | الفرع الثاني: شروط الاسترداد |
| 53 | المبحث الثاني: انقضاء الشبوع بالقسمة |
| 53 | المطلب الأول: القسمة وأنواعها |
| 53 | الفرع الأول: تعريف القسمة وأنواعها |
| 56 | الفرع الثاني: القسمة القضائية والاتفاقية |
| 58 | المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن القسمة |
| 59 | الفرع الأول: الإفراز |
| 60 | الفرع الثاني: ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما ينشأ من تعرض أو استحقاق |
| 64 | المطلب الثالث: نقض القسمة بالغبن وبطلانها |
| 64 | الفرع الأول: نقض القسمة بالغبن |
| 66 | الفرع الثاني: بطلان القسمة |
| 67 | الملخص |
| 69 | الخاتمة |
| | قائمة المراجع |

مقدمة

يعتبر حق الملكية من الحقوق التي تمنح لصاحبها سلطات متكاملة على الشيء المملوك سواء أكان هذا الأخير عقارا أو منقولا إذ تخول للمالك سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، ولذلك فهو حق جامع مانع دائم لأن الأصل في الملكية أن تثبت للشخص الواحد على الشيء فيقال لها ملكية مفرزة ، حيث قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء ويقال لها ملكية شائعة إذا أن أحكام الملكية الشائعة في التشريع الجزائري مقتبسة عن الشريعة الإسلامية و أيضا من أحكام القانون المدني الفرنسي باعتباره القانون الأسبق وكذا المرجعي لكل الدول العربية، ولقد هذا المشرع الجزائري في المشرع الفرنسي وذلك نظرا لبقاء الجزائر مدة طويلة تحت الاستعمار الفرنسي .

وقد عمل المشرع الجزائري على سد النقائص التي وجدت في القانون المدني القديم و شرع قانون مدني جديد غني بالنصوص والقواعد خاصة التي تنظم الملكية الشائعة، حيث خصص لها في القسم الرابع من الكتاب الثالث المخصص للحقوق العينية الأصلية في المواد 713 إلى 742 منه ،حيث نص في المادة 713 منه على أن الملكية الشائعة هي حق ملكية ، و بالتالي تشتمل على حق الاستعمال و حق الاستغلال و حق التصرف فكل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، فالملكية الشائعة على هذا النحو هي ملكية في دية الشيء الذي يجعل من مصادر الملكية الشائعة هي نفسها مصادر كسب الملكية ،فقد تكون تصرفا قانونيا كالعقد وقد تكون وصية أو هبة ،كما قد تكون واقعة مادية كان يرث عدة أشخاص مالا من الشيوع .

ومن أبرز الأسباب المؤدية إلى الوقوع في الشيوع في الحياة العملية هو الميراث فبموت المورث تنتقل الملكية الأموال الشائعة التي تركها إلى الورثة و كثيرا ما يستقر هؤلاء في الشيوع لمدة طويلة مما يسمح تزايد عدد الشركاء ، و حلولهم محل مورثهم.

إذ أن للشريك في الشيوع الحق في أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة التي يملكها ملكا تاما، بأن يتصرف فيها بحسب ما نص عليه القانون إذ يخول المشرع في نفس الوقت لأغلبية الشركاء في الشيوع أن يتصرفوا في العين الشائعة.

كما يمكن في حال عدم اتفاق الشركاء على طلب القسمة والخروج من الشيوع، حيث تكون القسمة في هذه الحالة ، رضائية ، قضائية ، مهأياة أو تصفية.

ولهذا الموضوع أهمية قانونية و قضائية حيث يتجلى ذلك في نصوص القانون المدني الجزائري والذي نظم الملكية الشائعة محاولا سد الفراغ والنقائص التشريعية أما من الناحية العملية و القضائية فتتمثل في كثرة هذا النوع من الملكية في الجزائر و التي تعود إلى الميراث كسبب أول بالإضافة إلى حاجة المالكين في التصرف فيها إضافة إلى الأهمية الاقتصادية و المتمثلة في تحريك التنمية الاقتصادية و من خلال إدارته و استثماره.

ومن أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع بالتحديد هو دراسة الشيوخ المادي و معرفة طريقة إدارة وتسيير الملكية وكيفية التصرف فيها باعتبارها ملكا مشاعا بين عدة أشخاص، بالإضافة إلى الإطلاع على انقضاء هذا النوع و توضيح و تفسير طريقة إدارة و تسيير الملكية الشائعة و إلى من يعود هذا الدور وكيف نظمته المشرع الجزائري وأيضا كيفية التصرف في المال الشائع ودون نسيان القسمة وكيف يتم إنهاء الشيوخ فكل هذه الأسئلة نهدف إلى معالجتها في موضوعنا هذا .

ومن خلال دراستنا لموضوع البحث وخلال تعمقنا فيه و في مختلف النزاعات القانونية ، والقضائية التي تنشأ بين المالكين على الشيوخ ، تجلت لنا إشكالية رئيسية فرضت نفسها و المتمثلة في :

هل يملك الشريك في الشيوخ مطلق الحرية في التمتع والتصرف في العين الشائعة، أم أن حقه مقيدا بحقوق الشركاء الآخرين ؟

و هذه الإشكالية بدورها توقعنا في تساؤلات أخرى و هي :

- وإذا كانت الملكية الشائعة وضع مؤقت و اختياري يمكن الخروج منه، فكيف يمكن من هذه الوضعية ؟

- وما هي الآثار المترتبة على ذلك ؟

و للإجابة على الإشكاليات المطروحة اعتمدنا على المهج التحليلي ، والذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية ولاسيما القانون المدني الجزائري الذي نظم الملكية الشائعة وبالاستعانة أيضا بالمنهج الوصفي من خلال الأخذ بآراء الفقه المتنوعة.

مستدين في إجابتنا على الإشكالات المطروحة على الدراسات السابقة المقدمة من طرف أكبر دكاترة و أساتذة القانون و من أهمهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في

كتابه الوجيز في شرح القانون ، بالإضافة إلى العديد من الأساتذة الذين تناولوا دراسة هذا الموضوع .

وعليه قمنا بتقسيم بحثنا إلى قسمين تناولنا فيهما ما يلي:

الفصل الأول:النظام القانوني للملكية الشائعة

الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع و انقضاء الشيوخ .

المبحث الأول : تصرف الشركاء في الشيوخ .

المبحث الثاني : انقضاء الشيوخ بالقسمة .

الفصل الأول

النظام القانوني للملكية الشائعة

هناك العديد من الملكيات كل على حسب نوعها فهي متعددة ومختلفة باختلاف أنواعها فمنها المفرزة ومنها الشائعة،¹ وقد قمنا بتخصيص دراستنا هذه في دراسة الملكية الشائعة حيث قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول النظام القانوني للملكية الشائعة وكيفية إدارتها قسمنا هذا الأخير إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول (لتعريف الملكية الشائعة وتميزها عن بعض الملكيات) و المبحث الثاني لدراسة (الضوابط القانونية المتعلقة بالملكية الشائعة) .

المبحث الأول

تعريف الملكية الشائعة

حيث سنتناول في هذا المبحث بعد تقسيمه إلى ثلاث مطالب الأول نتناول فيه تعريف الملكية الشائعة والمطلب الثاني أسباب الشروع وأخيرا تميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات في مطلب آخر .

المطلب الأول

مفهوم الملكية الشائعة

هناك عدة تعاريف للملكية الشائعة وهي مختلفة حيث تختلف بين التعاريف اللغوية والتعريف الاصطلاحي و الفقهي والإسلامي وهذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي :

الفرع الأول

لغة

يقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار، ومشاع فيها أي ليس له بمقسوم ولا معزول قال الأزهرى : " إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها .² كما أنه يطلق على الشيء غير المميز، أو الذي لم يعزل عن غيره ويكون مختلطا بأجزاء

¹ جمال خليل النشار، إيجار الشريك للمال الشائع، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003،

ص، 25

² المرجع نفسه، ص 25.

أخرى , قال أبو سعيد : " هما متشيعان ومشاعان في دار أو في أرض إذا كنا شريكين، ومنه قبل سهم شائع كأنه ممتزج بعدم تميزه .

الفرع الثاني

اصطلاحا

ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني حيث تنص : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك ."

إذا ومن خلال ما جاء به هذا النص يتبين لنا أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد ، ونتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم أما حق كل شريك فيقع على حصته الشائعة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، حق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال ذاته.¹ ولما كان ملاك المال الشائع متعددون فلا بد من تعيين حصة كل واحد منهم في هذا المال .

وحسب ما نصت عليه المادة 713 المذكورة أعلاه فإن الملكية الشائعة هي حق ملكية تشتمل على جميع عناصر الملكية والمالك في الشيوع حق الاستغلال والاستعمال والتصرف حيث نصت صراحة المادة السابقة على أنه لأصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشائع أي أن حقهم فيه هو حق ملكية ومن جهة أخرى نرى أنها تجمع بين يدي المالك جميع عناصر الملكية .

والملكية الشائعة وسط بين الملكية المفروزة والملكية المشتركة فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفروزة، والشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن المشتركة . ولا يوجد حد لعدد الملاك في الشيوع إذ يمكن أن يقوم بين شخصين أو أكثر والأصل عند التعدد أن تتساوى أنصبة الشركاء ما لم يقدم دليل على غير ذلك.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط لشرح القانون المدني الجديد حق الملكية ، الجزء 08 منشورات الجبلي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة، المنقحة 2000، ص116.

المطلب الثانيمصادر الشيوخ

هناك العديد من المصادر التي تكون سببا في نشوء الملكية الشائعة بالإضافة إلى الوفاة قد تكون الوصية كما أوصى شخص لإثنين بمال على الشيوخ وكم قد يكون العقد مثل ما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوخ أو إذا باع مالك الدار نصف داره على الشيوخ . كما قد يكون سبب الشيوخ أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالاتيلاء، الالتصاق، الشفعة، أو التقادم.

ومن خلال هذا نستنتج أن الملكية الشائعة قد يكون مصدرها إما اختياري أو مصدر اضطراري أو قانوني أي بقوة القانون وهذا ما سنتطرق له في الفرعين الآتيين:

الفرع الأولالمصدر القانوني

ويقصد به هنا هو أن لا يكون للإنسان أي دخل في انتقال الملك إليه أي دون إرادة الإنسان

كما هو الحال في حالة وفاة المالك مثلا، في حالة وجود عقار يملكه فردا وترك ثلاثة ورثة فنتقل ملكية العقار إلى هؤلاء لحصّة متحوّلة من ملكية فردية إلى ملكية شائعة للورثة وفقا لأنصبتهم الإرثية التي يحددها القانون، النصف الربع، الثمن، الثلث أو السدس¹

الفرع الثانيالمصدر الاختياري

وفي هذه الحالة تكون انتقال الملكية بإرادة الإنسان كما لو يعمد أربعة أشخاص مثلا: إلى شراء عقار بحيث يختص كل واحد منهم بربع هذا العقار فيصبح العقار المذكور في هذه الحالة مملوكا في الشيوخ من قبل هؤلاء .

وقد يكون مصدرها الوصية، كما لو أوصى شخص لشخصين أو أكثر بمال على الشيوخ.

¹ جورج شعراوي، حق الملكية العقارية المؤسسة المدنية للكتاب، طرابلس، لبنان طبعة 2006، ص57.

المطلب الثالثالطبيعة القانونية للشبوع وتميزها عن غيرها

حسب ما هو متعارف عليه فإن الملكية الشائعة تمتاز بوجود أكثر من حق واحد على ملكية واحدة في نفس الوقت على عكس الحالة التي تكون فيها في الوضع العادي حيث تطرح عدة تساؤلات حول الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة و هذا ما سندرسه في هذا المطلب ،إذ نتناول في الفرع الأول الطبيعة القانونية و الفرع الثاني تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات .

الفرع الأولالطبيعة القانونية

إن تميز الشبوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت خلافا للوضع العادي للملكية يثير التساؤل حول طبيعة حق الشريك على الشبوع ، والذي أدى بدوره إلى خلاف فقهي حول هذه المسألة، فذهب رأي البعض إلى القول بأن حق الشريك المشاع 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) واكتفاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة ، حتى إذا قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق¹.

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 الشبوع ، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية فاتجهوا للقول أن الملكية في حالة الشبوع تكون لمجموعة الشركاء المشاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة.²

ولكن هذا التكيف لحق الشريك المشاع لا يستجيب للواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي ، فمن ناحية نجد أن للشريك المشاع سلطات ترد مباشرة على الشيء

¹ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية الفتح للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، 2000 طبعة 2، ص 73-67.

² المرجع نفسه، ص75.

الشائع لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم ، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت الوحدة المتمثلة في مجموع المشاعين إذ أن الحقوق في قانوننا الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وحتى إذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فإن معنى ذلك أن تمتلك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك.¹

وذهب رأي آخر إلى أن حق الشريك المشاع حق عيني من نوع خاص، إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن اعتبار الشيوع صورة من صور التملك يقضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع من الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل الشركاء فإذا لم يكن هذا ولا ذلك فمن يكون إذا مالك الشيء الشائع ؟.

لهذا كان الرأي السائد في الفقه التقليدي و الفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشاع هو حق ملكية، فملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك ، أما الشيء الذي هو محل هذه الملكية فلا يتجزأ ، أي أن الملكية تنقسم إلى ملكية متعددة بعدد الشركاء ، بينما لا يكون هناك تقسيم مادي للشيء ، ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعة و'إن كان محددًا بقدر حصته وهذا هو التكيف السليم.²

والملكية في الشيوع كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة :

- حق الاستعمال و الاستغلال و التصرف إلا أن الاستعمال و الاستغلال مقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، كالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يكون الضرر بحقوق سائر الشركاء.³ وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التكيف فأعتبر حق الشريك المشاع حق ملكية حيث نصت المادة 714 من القانون المدني على أن " كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء... "

¹ مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ص 74-75

² عبد المنعم فرج،الصدده، الملكية في قوانين البلاد العربية،توزيع دار الفكر العربي، ص 11.

³ رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ص 516.

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها . كالقرار في 1990/10/29 ملف رقم 63765، والذي جاء فيه: من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكاً تاماً له أن يتصرف فيها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قصة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية ألت إلى الطاعن عن الطريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون.¹

والقرار المؤرخ في 1987/04/08 ملف رقم 39496 الذي جاء في حيثياته "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته، فإن قضاة الموضوع يا طالبهم البيع وطرد المشتري و تعويض المدعي عليها خرقوا القانون.

و لما كان الثابت في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يلحقه ضرر من البيع و لم تُجر القسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبين في حصتها ، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع و طرد المشتري و تعويض المدعي عليها خرقوا القانون.²

الفرع الثاني

تمييز الملكية الشائعة من غيرها من الملكية

ولكثرة الملكيات و تنوعها خصصنا هذه دراسة من أجل التمييز بين الملكية الشائعة و ملكيات أخرى حيث اخترنا أن نميزه بينها و بين الملكية المشتركة و بينها و بين المفردة و أول ملكية سنميزها عن الملكية الشائعة هي الملكية المشتركة

حيث تتميز الملكية المشتركة عن الملكية الشائعة في عدة جوانب نذكر منها :

1- الملك في الشيوع يملك حصة شائعة في المال الشائع ولا يملكه الشركاء مجتمعين بخلاف الملكية الجماعية وذلك لأن الملك فيها جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم

¹ عمر بن سعيد . الاجتهاد القضائي وفقاً للأحكام القانون المدني دار الهدى، ص449، 450.

² عمر بن سعيد . المرجع السابق، ص449، 450.

بمفرده لا شيء المملوك ولا أية حصة فيه بل الكل يملكون مجتمعين على الشيء المملوك دون أن تكون لهم شخصية معنوية.¹

2- الشيوع العادي هو حالة مؤقتة يمكن الخروج منها بينما في الملكية المشتركة فالشيوع إجباري لا يمكن إنهائه

3- المالك في الملكية الشائعة يملك حصة غير محددة بمكان فيكون له مثله نصف الشيء أو الثلث أو الربع.

بينما في الملكية المشتركة يتحدد فيها حق المالك بحصة محددة من الشيء المشترك.

4- الملكية الشائعة ترد على المنقولات و العقارات، بينما الملكية المشتركة هي حالة قانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية

حسب ما نصت عليه المادة 743 تنص " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة "

و كانت هذه مقارنة بسيطة بين الملكية الشائعة والمشاركة أما الآن فسوف نميز بينها وبين الملكية المفترزة حيث أن هذه الأخيرة تختلف عن المفترزة فيما يلي :

الحصة المفترزة هي التي تكون الملكية فيها محددة في جزء معين بخلاف الحصة الشائعة التي يملكها الشريك في كل المال الشائع في كل المال ولا تتركز في جانب منه.²

المالك في الشيوع يتعين نصيبه معنويا في الشيء الشائع ولا يتعين ماديا حيث أن الشيء الشائع مملوك لعدة أشخاص، ومن ثم فإن حق الملكية هو الذي ينقسم بينهم نصيب غير

¹ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة من الفقه الإسلامي و القانون المدني المرجع السابق، ص91.

² توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ص 210.

معين كالنصف أو الثلث أو الربع أما الشيء ذاته فلا ينقسم و إن كان قابلا للانقسام بخلاف المفزرة فالمالك فيها يتعين نصيبه ماديا لعدم تعدد الملاك¹.

3- الملكية الشائعة مقيدة بالنسبة لسلطات كل شريك على الشيء المملوك.

فالمالك للشيء المملوك على الشيوع قد يترتب عليه إضرار بالنسبة لباقي الشركاء، ومن ثم استعمال المالك في الشيوع مقيد بحقوق الآخرين لأن لهم نفس السلطات.

وهنا يكمن الاختلاف الجوهرى بين الملكية الشائعة و المفزرة فالمالك في الملكية المفزرة له كل الحرية في استعمال واستغلال المال.²

4- تتوافر عناصر الملكية الثلاثة بالنسبة للملكية المفزرة و الملكية الشائعة وبالتالي يجوز للمالك في أي من النوعين استعمال المال واستغلاله والتصرف فيه بقدر حصته إن كان شائعا، وفي كل المال أن كان مفرز.³

5- الملكية الشائعة تكون في الحالة التي يتعدد فيها الملاك دون أن يكون لواحد منهم جزء مفرز محدد، أما الملكية المفزرة تعتبر الأصل العام و الوضع الغالب و تكون الحالة التي تنفرد فيها الشخصية بالملكية.⁴

6- الملك في الشيوع يتعدد بتعدد الشركاء فيه ولذا فإن انتفاع أي شريك بهذا المال أو ببعضه وإن قل يكون انتفاعا بما هو مملوك له أو لغيره وهذا يعني أن ذلك الانتفاع يتضمن الانتفاع بملك الشركاء الآخرين وكذلك في حالة تصرف أي شريك في هذا المال المشترك قبل قسمته فإنه يكون تصرف منصبا على ملكه وعلى غير ملكه .

أما في الملكية المفزرة لصاحبه وحده دون غيره أن ينتفع به بأي وجه الانتفاع أو يتصرف فيه بإرادته المنفردة. التصرف جاز له ، أو الذي يراه ملائما له حتى بيع أو إجارة أو هبة أو غيرها من التصرفات التي يراها في صالحه دون التوقف على إرادته الغير.¹

¹ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 30.

² المرجع نفسه ص3.

³ أنور طلبة الملكية الشائعة المكتب الجامعي الحديث الأزراطية الإسكندرية 2004، ص6.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 215.

7- الإفراز في الملكية المفترزة هو الأصل ، بخلاف الشيوخ هو حاله وقتية حيث يجوز الخروج منه في أي وقت و الشخص ليس مجبرا على البقاء في الشيوخ إلا إذا اتفق مع بقية الشركاء على تأجيل القسمة إلى أجل معين ، فلا يجوز لأي شريك طلب القسمة قبل حلول هذا الأجل المتفق عليه .

المبحث الثاني

الضوابط القانونية المتعلقة بالملكية الشائعة

يقصد بإدارة المال الشائع هو مباشرة سلطتي الاستعمال و الاستغلال أي استعمال فيما أعد له أو استغلاله بالحصول على ثماره وغلاته هذا الانتفاع قد لا يثير مشكلة إذا اتفق جميع الشركاء عليه أو وكلو أحدهم لإدارته.

حيث أن لكل شريك في الشيوخ سلطات المالك الثلاثة من استعمال و استغلال و تصرف ولكن يتقيد في هذا الصدد الإضرار بحقوق الآخرين.

ولهذا فإنه إذا كان للشريك في الشيوخ الحق في أن يستعمل المال الشائع و أن يستغله وكان للشريك الآخر مثل هذا الحق فإن سلطة كل واحد منهم في استعمال الشيء و استغلاله تتقيد بباقي الشركاء .

وأهم ما يمكن عرضه في صدد انتفاع الشركاء بالمال الشائع ؛ هو إدارة المال الشائع و سلطات الشركاء في هذا الصدد ؛حيث تكفل المشرع بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تسير وتسهل عليهم القيام بها ، و أن تحسم ما يغلب وقوعه من خلاف فيما بينهم حيث نص على هذا من خلال نص المادة 715 من القانون المدني وما يليها الذي تناول فيها كيفية إدارة المال الشائع و تسييره والتي جاء نصها كالآتي : إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخلف ذلك .

ولكن ما كان من غير الميسور أن ينعقد الإجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة فقد وضع المشرع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة حيث نفرق في هذا الصدد بين أعمال الدارة المعتادة و غير المعتادة.

¹ جمال خليل النشار ، المرجع السابق، ص28.

المطلب الأول

أعمال الإدارة المعتادة

ويقصد بها الأعمال التي لا تقتضي تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا في الغرض الذي أعد له كزراعة الأرض واستئجار العمال والآلات اللازمة ، لزراعتها وشراء ما يلزمها من البذور وسماد وبيع محصولها بالسعر الجاري وقبض الثمن بوصفه تصرف تقتضيه هذه الإدارة ، وإيجار المال الشائع نقدا أو من مزرعة وقبض الأجرة.¹

وقد جعل المشاع لأغلبية الشركاء الحق في القيام بمثل هذه الأعمال كما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء يكون ملزما للجميع² وذلك حسب نص المادة 715 ف 1 من ق م على انه " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبا " .

والمقصود بالأغلبية هنا هي الأغلبية المطلقة أو العادية، وهي تلك التي تمتلك أكثر من نصف المال الشائع، سواء كانت شريكا واحدا أم أكثر من شريك ورأي الأغلبية نافذ على باقي الشركاء ما لم تتعسف في استعمال حقها في الإدارة.³

وإذا كان ما تستقر عليه الأغلبية ، بالمعنى السابق يلزم الأغلبية فليس لهذه حق التظلم أمام المحكمة من قرار الأغلبية ما دام الأمر يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة ، ما لم يعتبر قرار الأغلبية تعسفيا فتطبق قواعد التعسف في استعمال الحق⁴ وهناك ملجأ تلوذ به الأغلبية بل يلوذ به أي شريك وهو القسمة للخروج من الشروع.⁵

ولهذه الأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو من غيرهم يتولى أعمال الإدارة المعتادة، حيث تكون أعماله نافذة في حق الجميع.

وقد ترى الأغلبية أن تضع نظاما يكفل حسن الإدارة يلتزم به هذا المدير، وفي هذه الحالة يسرى هذا النظام على جميع الشركاء وعلى خلفائهم (خلافة عامة وخاصة).

¹ عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، توزيع دار الفكر العربي ص 99-101.

² محمد حسن القاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية ص 121/122.

³ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق 99-101.

⁴ محمد القاسم، المرجع السابق من 121-122.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق من 827-828.

وكما كان من حق الأغلبية وضع نظام للإدارة فلهذه الأغلبية أيضا تعديل هذا النظام أو إلغائه أو وضع بديل عنه¹ وهذا ما تؤكدته المادة 716 فقرة 3 من، ق.م بقولها "وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما، أو خاصا".

فإن لم تكن ثمة أغلبية و شلت الإدارة بسبب ذلك، فإن لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ التدابير الضرورية، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقائية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال².

وهذا ما أكدته الفقرة 3ص م716 من، ق.م كما نصت المادة 716 ف 04، ق.م. على أنه " وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم " فقد يحدث أن يتولى أحد الشركاء وحدة إدارة المال الشائع وسكت بقية الشركاء فلا يعترضون، فعندئذ يعد هذا الشريك في قيامه بأعمال الإدارة أصيلا عن نفسه وكيلا عن بقية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة.

وإذا لم تقم الأغلبية باختيار مدير³، أو لم يقم أحد الشركاء بالإدارة على النحو السابق، كانت الإدارة من حق الجميع، ولكن لا يشترط أن ينعقد الإجماع فيما بينهم، بل يكفي أن يستقر رأي الأغلبية (الأغلبية على أساس الأنصاء)، على أمر من الأمور، وفي هذه الحالة ما يستقر عليه رأي الأغلبية يكون ملزما للجميع فإذا لم تكن ثمة أغلبية وشلت الإدارة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم.

وهذا ما جاء منصوص عليه في المادة 716 من، ق.م، الفقرة الأولى « يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصاء فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن

¹ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت لبنان، ص 526.

² حسن توفيق فرج، المرجع السابق ص 193 - 194.

³ أنور طلبة، المرجع السابق، ص 104.

نتخذ التدابير اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع « تعين المحكمة من يدير العين المملوكة من بين الشركاء أو غيرهم .

و حسب ماجاء منصوص عليه في المادة 716 من القانون المدني الفقرة الأولى " يكون ملزماً للجميع ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء من أعمال الإدارة المعتادة و تحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، " وتعين المحكمة من يدير المال الشائع عند الحاجة ، يعتبر من الإجراءات الوقائية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال ، وفي هذه الإجراءات الوقائية نذكر على سبيل المثال الحراسة.

وكما هو معلوم أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك فإذا تولى الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم .

ويكون ملزماً للجميع كل ما تستقر عليه رأي الأغلبية من الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة. وتحسب الأغلبية على أساس الانصبة . فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع و للأغلبية أيضا اختيار مدير .

وينتج عن تعيين مدير للمال الشائع ، سيطرته عليه دون باقي الشركاء ، وقد يسئ المدير في إدارته إلى باقي الشركاء فيستغل المال كحصاة له مما يؤدي إلى الإضرار بالآخرين وهو ما يتطلب إجراء وقتي لمنع استمرار هذا الإضرار¹

ويتمثل هذا الإجراء الوقتي في عملية وضع المال الشائع تحت الحراسة سواء كانت اتفاقية أو تكون قضائية في حالة عدم الحصول على اتفاق فالقاضي هو الذي يقوم بتعيين الحارس.

ولكن أغلب ما يلجأ إليه المال الشائع هي الحراسة القضائية وذلك لعدم الاتفاق فيما بينهم في إدارة المال الشائع ، و تعرض الحراسة القضائية حسب ما جاء في نص المادة 604 ق. م. ج. " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إبتين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن " .

¹ أنور طلبة، الملكية الشائعة، المرجع السابق ص 81 .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة على الحارس من إلتزامات وماله من سلطة ومن بين إلتزاماته أن يلتزم بالمحافظة على الأموال المعهودة عليه حراستها . وبتسيير هذه الأموال مع القيام بهذا قيام الرجل المعتاد.

ولا يجوز له بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أن يدخل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أخذ من ذوي الشأن دون رضا الآخرين.

ولا يجوز له من غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضا ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء. وله أن يتقاضى أجرا ما لم يكن قد تنازل عنه.

كما له أن يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة و يجوز للقاضي إلتزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من طرفه ، ويقدم لذوي الشأن في كل سنة على الأقل حساب على ما قبضه وما أنفقه مؤيدا بمستندات مثبتة له، وإذا كان الحارس قد عينه القاضي وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة هذا الحساب بقلب الكتاب. إلا أن هذه الحراسة قد تنتهي باتفاق الشركاء جميعا أو بحكم القضاة.

وعليه يقوم الحارس برد الشيء المعهود إليه دراسته إلى من يختاره ذوي الشأن أو من يعينه القاضي.¹

وبما أن إدارة المال الشائع إدارة عادية يعني عدم المساس بكيان الشيء و الانتفاع به كما هو فإن أعمال الإدارة المعتادة الممارسة على المال الشائع تكمن خاصة في تأجير المال الشائع أو قسمته قسمة مهايأة لأن هذه الأخيرة لا تعمل على إنهاء الشيوع بل يبقى مملوكا على الشيوع .

وفي هذا الصدد نقوم أولا بالتطرق إلى تأجيل المال الشائع ثم إلى قسمة المهايأة.

الفرع الأول

تأجير المال الشائع

لا يمكن لأحد الشركاء أن ينفرد بملكية أي ذرة من ذرات المال الشائع لأن كل واحد منهم يكون له حصة شائعة في كل ذرة من ذرات هذا المال لأنه ليس المالك الوحيد لها.

¹ المادة 611 من القانون المدني الجزائري .

وللشريك في المال الشائع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية من بيع أو هبة بدون إذن من باقي الشركاء، وتنتقل ملكية الحصة الشائعة من البائع أو الواهب إلى المشتري أو الموهوب له كما لو كانت ملكية مفرزة ويحل كل منهما محل البائع أو الواهب ونظرا لأن الإيجار ليس من أعمال التصرف بل هو من أعمال الإدارة اد يدخل في استغلال العين المملوكة على الشيوع واستعمالها .

وكل من الاستعمال والاستغلال يخفي سيطرة مادية على العين التي يراد استعمالها واستغلالها فإذا وضع المستأجر من الشريك يده على العين المؤجرة حتى ولو عادل ذلك حصة الشريك فإنه بذلك يكون قد غل يد بقية الشركاء من العين المملوكة شيوعا كل بقدر حصته.¹

والشريك المشاع لا يجوز له القيام منفردا بتأجير الشيء الشائع أو جزء منه،² إلا بالاتفاق على ذلك مع جميع الشركاء وموافقهم له .

حيث يتضح لنا أن إيجار العين الشائعة لا يثبت لأحد الملاك دون الآخرين وإنما يثبت هذا الحق للشركاء مجتمعين لأن الإيجار الصادر عنهم جميعا هو وحده الذي لا يقع في غلط منه على ملك الغير لهذا نصت المادة 715 من، ق، م على أنه " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ."

والأصل في الإيجار باعتباره عملا من أعمال الإدارة أن يكون بإجماع الشركاء وإذا تم الإيجار على هذا النحو أي بتأجير الملكية الشائعة باتفاق الشركاء جميعا لأجنبي أو لوحد منهم نفذت الإيجارة في حقهم جميعا لأية مدة ولو زادت على ثلاثة سنوات .

لكن في بعض الأحيان نلاحظ أنه قد يتعذر إيجار الشيء بين جميع الشركاء فيصدر الإيجار عن أغليبيتهم أو من أحدهم فقط مما لا يملك أغلبية الأنصبة وهذا ما سنتطرق إليه في الحالتين التاليتين:

_ إيجار أغلبية الشركاء للمال الشائع

_ إيجار الشريك للمال الشائع

و أول ما سنتطرق إليه من الحالتين السابقتين هي حالة إيجار أغلبية الشركاء للمال

¹ جمال خليل النشر، المرجع السابق، ص 32.

² مصطفى الجمال، نظام الملكية، الفتح للطباعة والنشر، 2000 ص 113.

الشائع، و حتى يكون الإيجار الصادر صحيحا و نافدا في حق الجميع يجب أن يكون صادرا عن جميع الشركاء ، لكن في بعض الأحيان قد يكون هناك اعتراض من قبل أحد الشركاء ونظرا لعدم إجماع الشركاء على رأي واحد ومعين فمنهم من يرغب في التأجير ومنهم من يرى شيئا آخر أفضل في الإدارة .¹

لذلك وضع المشرع نظاما مندرجا يكفل مواجهة هذه الاختلافات بين الشركاء حيث تنص عليها في المادة 716 ق،م " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي الأغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب احد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

و للأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع الإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا، سواء أكان الخلف عاما أو خاصا وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الآخرين عد وكيلا عنهم ."

ومن خلال ذلك نستنتج أن هناك تدرج في النظام الموضوع لإيجار المال الشائع

على النحو الآتي:

إذا اتفق أغلبية الشركاء على الإيجار كان الإيجار نافدا في حقهم جميعا واعتبرت الأغلبية نيابة قانونية عن الأقلية، فيكون الإيجار التي عقدها دون الأغلبية نافذة في حق أنفسهم وفي حق ذوي الأقلية ولا يكون للأقلية أن تعترض على ذلك قانونا، ولا أن ينازعوا المستأجر في انتفاعه بالعين المشاعة إلا إذا أثبت أن هناك تواطأ بين ذوي الأغلبية والمستأجر بهدف الإضرار بالأقلية .

أيضا في ما يخص الإيجار فإن عقدت الأغلبية الإيجار لمدة تجاوزت المدة القانونية والمقدرة بثلاث سنوات كان للأغلبية أن تطلب بإنقاص المدة بالنسبة إليها إلى هذا الحد.

وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 468 من ق م " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا يزيد منه على 3 سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى 03 سنوات."

وفي حال تجاوز الأغلبية لأعمال الإدارة المصرح بأدائها اعتبرت متعديّة على حقوق

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 58

الأغلبية الذين يحق لهم المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن هذا التعدي وذلك عن طريق التنفيذ العيني مادام ممكنا لهم المطالبة بتعويض اد انه ممكنا إنهاء عقد الإيجار المنصب على نصيبهم بعد انتهاء مدة السنوات الثلاث.¹

ويتم حساب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف كان له وحده حق الإيجار، وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلا وآجر الشريك الآخر يملكان الثلثين فإن الإيجار يسري في حق باقي الشركاء .

وكذلك يسري الإيجار في حق باقي الشركاء لو آجر الشريكان اللذان يملكان ثلثين العين الشائعة كلها لأجنبي لأنهما يملكان أغلبية الأنصائب.

ويجوز للأغلبية بدلا أن تؤجر العين الشائعة مباشرة أن تعين مديرا لها شريكا منهم أو أجنبيا فيكون الإيجار للمدير نافدا في حق الجميع لمدة لا تتجاوز 03 سنوات . إذا لم تكن هناك أغلبية تتفق على الإيجار أو على تعيين مدير للمال الشائع فقد يقع أحد الأمرين:

يتولى أحد الشركاء الإيجار فلا يعترض عليه أحد أو لا يعترض عليه إلا الأقلية فيعتبر وكيلا عن الأغلبية ونائبا عن الأقلية، ويكون إيجاره نافدا في حق الجميع لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ، يطلب أحد الشركاء من المحكمة أن تعين من يدير المال الشائع، فإن عينت المحكمة مديرا كان إيجاره نافدا في حق الجميع لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو للمدة التي تعينها المحكمة.²

أما الحالة الثانية فخصصناها لدراسة إيجار الشريك للمال الشائع حيث أنه:

لا يجوز للشريك المشاع القيام منفردا بتأجير المال الشائع، و إذا قام بذلك كان هذا الإيجار ملزم لبقية الشركاء ، بحيث يكون لهم الامتناع عن تسليم الشيء إلى المستأجر ويكون لهم طلب طرده من العين المؤجرة إذا كان قد تم تسليمها فعلا.

وليكن عقد الإيجار ذاته صحيحا منتجا لآثاره بين طرفيه ما لم تتوافق شروط الغلط بأن يكون المستأجر معتقدا وقت الاستئجار أن المؤجر مالك للعين ملكية خاصة ويكون هذا

¹ أنور طلبية، المرجع السابق ص 101

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 60-61 .

الاعتقاد جوهري في نضره ويكون الشريك المؤجر واقعا في نفس الاعتقاد أو عالما بأن المستأجرة وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك.¹ غير أن الإيجار وقع صحيحا وناظدا فيما بينهم بين المؤجر و المستأجر إلا أنه لا، يسري في حق باقي الشركاء فمن لم تصدر منهم الإيجار طالما يقروها صراحة أو ضمنا، اعتبارا أن الإيجار تقع في جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.²

ولكنهم إذا انتظروا نتيجة القسمة بالفعل نفذ الإيجار في كل العين فبيعت بالمزاد العلني، فإن رسي على الشريك المؤجر نفذ الإيجار في كل العين بفضل الأثر الرجعي بالقسمة و إن رسي المزاد على الشريك غير المؤجر فالإيجار لا ينفذ في حقه وله أن يسترد العين من تحت يد المستأجر، وإن رسي المزاد على الأجنبي، اعتبر رسو المزاد بيعا وجب على الراسي عليه المزاد أن يحترم الإيجار الثابت التاريخ السابق على البيع ولكن ليس لهذا الحكم نتيجة عملية ، أن يلاحظ أن الإيجار الواجب احترامه هذا واقع على حصة الشريك المؤجر في الشيوع ، وهذه الحصة لا يمكن تسليمها ، لذلك نرى أن الراسي عليه المزاد يستطيع إخراج المستأجر من العين ويبقى للمستأجر حق الرجوع على الشريك المؤجر هذا كله إذا أجز أحد الشركاء العين الشائعة كلها.³

حيث يجوز للشريك أن يؤجر حصته الشائعة في المال الشائع ويكون الإيجار صحيحا ناظدا دون الحاجة للحصول على رضا بقية الشركاء و الشريك عندما يؤجر حصته الشائعة إنما يؤجرها باعتبارها شيئا ماديا ينتفع به المستأجر بل باعتبارها حقا معنويا يجوز إيجاره كسائر الحقوق المعنوية فإذا أجره على هذا الأساس كان الإيجار صحيحا وناظدا في حق بقية الشركاء دون الحاجة للحصول على رضاهم ولكن حقوق المستأجر في هذه الحالة

¹ مصطفى جمال، المرجع السابق ص 113.

² أنور طلبة، المرجع السابق ص 99.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الإيجار و العيارة المرجع السابق ص 63.

تكون ضعيفة لأنه لا يستطيع أن يتسلم ما استأجره في الشروع لينتفع به حيث يتعذر على المؤجر أن يسلمه الحصة الشائعة.¹

وبالتالي يتعذر على المستأجرين دفع هذه الحصة لأن كل واحد من الشركاء الآخرين له في كل ذرة من ذرات المال الشائع مثل ما للشريك المؤجر من الحقوق ويجوز له أن يشارك المستأجر في الانتفاع بأي جزء من العين المؤجرة إذ أن حقوق الشركاء لا يفرز بعضها عن بعض إلا بالقسمة وإلى أن تتم القسمة ويتسلم المؤجر الحصة المفرزة ينتج آثار الإيجار في هذه الحصة المفرزة.²

إذ يترتب على ذلك أن أغلبية الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذا في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه. إذ لا يبقى للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر وللمستأجر منه عن طريق الدعوى الغير مباشرة أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع فتعين المحكمة مديرا يتولى إدارة العين الشائعة وإذا عينته قد يقوم الإيجار و يترتب على ذلك أن أغلبية الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها و يكون الإيجار نافذا في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ولا يبقى للمستأجر منه عن طريق الدعوى الغير مباشرة أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه لاستغلال المال الشائع فتعين المحكمة مديرا يتولى إدارة العين الشائعة وإذا عينته فقد يقوم الإيجار و يترتب على ذلك أن أغلبية الشركاء يستطيعون إيجار العين لها و يكون الإيجار نافذا في حق الشريك المؤجر و في حق المستأجر منه ؛ ولا يبقى للمستأجر منه عن طريق الدعوى الغير المباشرة أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع فتعين المحكمة مديرا يتولى إدارة العين الشائعة و إذا عينته فقد يقوم الإيجار الصادر عن الشريك المؤجر، أما إذا انتهت القسمة فإن المستأجر يسلم الحصة المفرزة للمؤجر و ينحصر الإيجار فيها.³

¹ جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع ، المرجع السابق ص 67.

² جمال خليل النشار ، المرجع السابق، ص 68

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 64

لكن إذا قام الشريك بتأجير جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته الشائعة ففي هذه الحالة يجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا الإيجار قد وقع قبل القسمة أو بعدها إذا تم الإيجار قبل القسمة فإن الشريك المؤجر لا يستطيع أن يسلم الجزء المفرز الذي أجره للمستأجر لأن ذلك يصطدم بحقوق باقي الشركاء و الذين من حقهم أن يعترضوا على ذلك ولهم إن قام تسليم العين المستأجرة أن يطرده منها إن شغلها.¹

ولا يستطيع هذا الأخير أن يبقى على أي جزء منها صغر وأن يخرجوه دون أن يجبروه على انتظار نتيجة القسمة إذا ما وقع هذا الجزء المفرز في نصب المؤجر أو لا يكون الإيجار في هذه الحالة معلقا على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب المؤجر،² لأن الإيجار يعتبر صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينعقد في باقي الشركاء.

أما إذا تم الإيجار بعد القسمة فإننا هنا يجب أن نفرق بين عدة احتمالات في حال وقع الجزء المفرز في نصيب المؤجر فإذا كان كذلك أنتجت الإدارة أثارها من وقت القسمة أو من وقت بدء الانتفاع .

وبالتالي فإنه يزول عن الجزء المؤجر حقوق الشركاء الآخرين ويخلص الشريك المؤجر الذي وقع في نصبه؛ ولا يوجد من ثم ما يمنع من تنفيذ عقد الإيجار بين الشريك المؤجر و المستأجر

إذا وقع الجزء المؤجر في نصيب شريك آخر غير المؤجر ففي هذه الحالة لا ينفذ الإيجار ولا يلزم الشريك الذي وقع في نصبه الجزء المفرز للإيجار الصادر عن شريكه وفي حال ما إذا وقع في نصيب الشريك المؤجر جزء مفرز آخر غير الذي أجره ففي هذه الحالة تضارب الآراء حول انتقال الإيجار إلى هذا الجزء، أم لا .

حيث هناك من قال أن الإيجار ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المؤجر طبقا لنظرية الحلول العيني ، واستندوا في ذلك إلى نص المادة 714 ق،م.

¹ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 72.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 64 .

"إذا كان التصرف منصب على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

حيث ذهب البعض إلى أن التصرف الوارد في هذا النص لا يقتصر على التصرفات الناتجة للملكية أو الحقوق العينية الأخرى فحسب وإنما مطلق العقد وبالتالي يدخل فيه الإيجار .

وبالتالي إذا لم يقع الجزء المفرز في حصة المؤجر ووقع في حصته جزء غيره فإن الإجارة تنتقل على هذا الجزء الأخير وفقا لنظرية الحلول العيني.¹

ومنهم من ذهب إلى أن كلمة التصرف تقع على التصرفات الناقلة للملكية فقط وبالتالي لا محل للحلول العيني في هذه الحالة .

والرأي الغالب في الفقه أن ينتقل الإيجار إلى الجزء الذي آل للمؤجر بعد القسمة بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع.²

وفي حالة الحلول العيني أي حصول المؤجر على جزء غير الجزء المفرز الذي قام بتأجيره فإن المستأجر له الحق في إبطال هذا التصرف فإن كان يجهل أن العين المؤجرة مملوكة على الشيوخ وأن حاجته بهذا الجزء المفرز بالذات ولا يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر القبول بهذا الجزء .

أما إذا كان يعلم بحالة الشيوخ فلا يحق له طلب إبطال الإجارة بل عليه أن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى المؤجر حسب قاعدة الحلول العيني .

¹ جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع، المرجع السابق ص 74 .

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 64 .

الفرع الثاني

قسمة المهايأة

وهي ثاني طريقة في إدارة المال الشائع إدارة عادية، وقسمة مهايأة هي قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية ويقصد بها الانتفاع وهذا لا ينهي الشيوخ.¹

وبدلاً من أن يطلب الشريك قسمة نهائية قد يتفق مع غيره من الشركاء على قسمة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.²

ويقصد بقسمة مهايأة طبقاً لنص المادة 733 ق ، م أن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك من الانتفاع بباقي الأجزاء والشيوخ كثيراً ما يكون سبباً في تعطيل الانتفاع بالشيء الواحد وهي منازعات ليس في الإمكان تلافيتها بأي تنظيم يضعه المشرع للشيوخ لذلك كان حق كل شريك في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوخ وينفرد بجزء من الشيء الشائع.³

وقسمة المهايأة إما تكون مهايأة مكانية أو مهايأة زمانية وهذا ما سنحاول دراسته فيما يلي حيث ندرس المهيأة المكانية ثم المهيأة الزمانية وهذا كالاتي :

المهايأة المكانية: ومفادها أن يستقل كل من الشركاء بالانتفاع بجزء من العقار الشائع إذا كان ذلك ممكناً كما هو الحال مثلاً : عند الاتفاق بين الشريكين في الشيوخ على أن يتمتع كل منهما بطابق من طابقي البناية المملوكة شيوخاً بالتساوي بينهما ، على أن تبقى الملكية شائعة،⁴ متنازلين لشركائهما للانتفاع بباقي الأجزاء .

ولا يصح الاتفاق على أن تكون هذه المهايأة لمدة أزيد من خمس سنوات فإذا اتفق على مدة تزيد على خمس سنوات انقضت المدة إلى هذا الحد فإذا لم تحدد لها مدة أو انتهت

¹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 272 .

² جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع ، المرجع السابق ص 117 .

³ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ص 162 .

⁴ جورج شعراوي ، المرجع السابق ص 64 .

المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه رغبته في عدم التجديد

و إنما يلزم أن يتم هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر وهذا ما نصت عليه المادة 733 ق ، م " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك على الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات ، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه رغبته في عدم التجديد."

والذي يحدث عملياً أن المهايأة المكانية كثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر وإذا دامت هذه المدة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها كانت أكبر دليل على أن هذه المهايأة هي :

خير دليل أنها أحسن قسمة للمال الشائع ، اطمئن إليها الشركاء واستمروا في التعامل على أساسها لذلك نصت المادة 333 الفقرة 2 على " وإذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك"

ويفهم من هذا النص أن هذه القسمة لا تتحول إلى قسمة نهائية إلا إذا اتفق الشركاء فيها بينهم على أن تنقلب إلى قسمة نهائية حتى ولو دامت خمس عشرة سنة وتقتضي الفقرة 3 من المادة 733 على أنه " وإذا حاز الشريك على الشيوع جزئاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة "

حيث هنالك مهايأة مكانية أخرى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية التي سبق ذكرها الآن فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع وان طالت مدة إجراءات أو كان من المتوقع أن تطول ولا بد من استغلال المال الشائع و الانتفاع به فيعتمد الشركاء على الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة وتكون في الغالب مهايأة مكانية وإذا تعذر الاتفاق على ذلك جاز لأحد الشركاء أن يطلبها من القاضي الذي تجري أمامه إجراءات القسمة النهائية ويستجيب القاضي لهذا الطلب وقد يستعين بخبير في إجراءات هذه

القسمة وفي النهاية يأمر القاضي بقسمة المال قسمة مهايأة بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين حتى يضع حدا للنزاعات التي تستبق القسمة النهائية

وبهذا تختلف هذه المهايأة عن المهايأة المكانية العادية التي سبق الحديث عنها في

جانبيين :

1_ المهايأة المكانية العادية لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء لأنها تكون دائماً

و أبدا قسمة اتفاقية، أما المهايأة التي بين أيدينا لا يشترط فيها كما سبق اتفاق الشركاء حيث يقضي القاضي بها إذا طلبها أحد الشركاء برغم اعتراض الباقيين .

2_ إن المهايأة المكانية العادية لا يجوز أن تزيد مدتها عن الخمس سنوات قد تحدد

كما سبق وإذا لم تعين لها مدة معينة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على نحو ما سبق ذكره.

3_ أما المهايأة المكانية التي تسبق القسمة النهائية فليست لها مدة معينة فقد تدوم إلى

أن تنتهي إجراءات القسمة النهائية والتي تزيد مدتها عن خمس سنوات.¹

أما بالنسبة للمهايأة الزمانية فهي تعتبر قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، وتكون

مهايأة مكانية على نحو ما تقدم فيختص كل شريك بجزء من المال الشائع يعادل حصته،

وتكون مهايأة زمانية، بأن يتفق الشركاء جميعاً على أن ينتفع كل واحد منهم بجميع المال

الشائع بطريق التناوب بينهم لمدة تتناسب مع حصته ، وليس للمهايأة الزمانية حداً أقصى

فيجوز أن يتكرر التناوب لنوبات متعددة فبعد انقضاء المقررة لآخر شريك، تبدأ نوبة الشريك

الأول ، وهكذا لم يكن عقد القسمة قد حدد عدد النوبات التي تتكرر فيه ، ثم بدأ الشريك

الأول في نوبة جديدة بعد انقضاء نوبة الشريك الأخير ، ودون اعتراض من أي الشركاء

بدأت نوبة جديدة بموجب إدارة الشركاء الضمنية ويجوز بذات الطريقة أن تتكرر النوبات ما

لم يقر أحد الشركاء بإخطار باقي شركائه بعدم رغبته في تجديد المهايأة.²

¹ جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع بين الفقه والقانون المدني، المرجع السابق ص 122 .

² أنور طلبة، المرجع السابق ص 302.

وكما رأينا أنه يقصد بهذه أن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا للانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، فلو كانت قطعة من الأرض الزراعية أو سيارة مملوكة لشخصين على الشيوع ، لأحدهما الثلثين والآخر الثلث جاز لهما أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالسيارة ينتفع بها لمدة سنتين على أن يترك الانتفاع للشريك الآخر لمدة سنة وهكذا .¹

وما يلفت النظر في هذا المجال إلى واجب الشريك بأن يتمتع خلال فترة تمتعه بالعقار الشائع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يؤثر سلبا على حقوق بقية الشركاء عندما تأتي نوبتهم في التمتع كأنه بعمد إلى تأجير العقار.²

وبالنظر إلى ماهية قسمة المهايأة الزمانية فإننا نجد أنها لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها لأن هناك فرقا أساسيا بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية تجعل الأولى تنقلب إلى قسمة نهائية أما الثانية فلا تنقلب هذا الفرق هو أن المهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة فهي كالقسمة النهائية إلا أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك .

أما المهايأة الزمانية فلا يقسم المال الشائع فيها أجزاء مفرزة وإنما تقسم زمن الانتفاع بهذا المال ، وبالتالي فهي تهيئ القسمة النهائية ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها.³

أما عن هذه المهايأة الزمانية فإن القانون لم ينظمها كما نظم مدة المهايأة المكانية وبالتالي تسري عليها القوانين العامة ، ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءون بشرط لا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات .

وتنتهي المهايأة الزمانية بانتهاء المدة المتفق عليها حيث يعين الاتفاق بين الشركاء على هذه المدة.⁴

¹ جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع بين الفقه والقانون المدني ، المرجع السابق ص 123 .

² جورج شعراوي ، المرجع السابق ص 64 .

³ جمال خليل النشار ، المرجع السابق ص 124 .

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 120 .

ويقوم الشركاء في هذه المهاية بالانتفاع بالمال الشائع لمدة تتناسب مع حصصهم.¹

وتعتبر كل المهاية المكانية والزمانية إيجار متبادلا فيما بين الشركاء و يترتب على ذلك خضوعهما لأحكام الإيجار إلا ما تعارض من هذه الأحكام مع طبيعة القسمة ومع الأحكام التي خصصها المشرع فيجب أن تتوفر في الشريك أهلية المؤجر و المستأجر معا إن أنه يؤجر هته ويستأجر حصة شريكه وتلك هي أهلية الإدارة

وعندما كانت قسمة المهاية هي طريقة تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء فإن كل شريك يعتبر في مركز المؤجر للشريك الأخر، كما يعتبر مستأجرا منه في الوقت نفسه لهذا نصت المادة 735 ق.م." تخضع قسمة المهاية من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم و التزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة "

فالشريك يعد مؤجرا للشريك الأخر و مستأجرا منه اعتبارا أن القسمة المهاية هي القسمة انتفاع . ولهذا فإنها تخضع لإحكام الإيجار من حيث جواز الاحتجاج على الغير .

ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم و التزاماتهم ومن حيث طرق الإثبات وذلك ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة المهاية خاصة بالنسبة لتحول قسمة المهاية المكانية إلى قسمة نهائية إذا دامت 15 سنة طبقا لما يقتضي به القانون وخضوع قسمة المهاية لأحكام الإيجار التي تمليه القواعد العامة

المطلب الثاني

أعمال الإدارة غير المعتادة

وهي عكس أعمال الإدارة المعتادة فهي التي تقتضي تغيرا جوهريا في الشيء الشائع أو في وجه الانتفاع المخصص له،² كالبناء على أرض أو إعادة بناء منزل لجعله أصح

¹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 267 .

² مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 108

للاستثمار أو تحويل مطعم إلى مقهى. ويعتبر هذا النوع من الإدارة أكثر خطورة من الحالة السابقة .

الفرع الأول

الأغلبية لتقرير الإدارة الغير معتادة

ولهذه الخطوة استلزم القانون أغلبية خاصة غير الأغلبية العادية التي تستلزم في حالة القيام بالإدارة المعتادة هذه الأغلبية هي أغلبية الشركاء الذي يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.¹

وهذا ما نصت عليه المادة 717 ق.م فقرة 1 " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية و التعديل في الغرض الذي أعدله ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة " .

فإذا وجد مديرا فعليا الحصول على هذه الأغلبية قبل القيام بالعمل فإن كان شريكا ووافق أن تكون حصته المضافة إلى باقي حصص الشركاء الموافقين لا تقل عن ثلاثة أرباع الشائع. ولكي ينفذ قرار الأغلبية أن يعلن إلى باقي الشركاء الذين لم يوافقوا على التعديلات التي تراها الأغلبية.

¹ توفيق حسين فرج ، المرجع السابق، ص 222

الفرع الثانيحق الأقلية بالاعتراض عن قرار الأغلبية

لقد منح القانون الأقلية حق الاعتراض من قرار الأغلبية في خلال شهرين من تاريخ الإعلان و هذا ما جاء في نص المادة السابق ذكره «...على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ومن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان»

و للمحكمة عند الرجوع عليها أن تلغي قرار الأغلبية أو تقرها على رأيها ففي الحالة الأولى إذا ألغت قرار الأغلبية أن يكون لها أن تحكم بإزالة ما يكون قد تم بناء على هذا القرار

أما في الحلة الثانية إذا ما أقرت المحكمة رأي الأغلبية فإن لها أن تقرر ما تراه مناسب من التدابير لدرء الضرر عن المخالفين ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات إذا لحقهم ضرر جراء تنفيذ القرار الذي أصدرته الأغلبية حتى تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة وهذا طبقا لما جاء في نص ، المادة 717 ق.م.ف.2 « وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات »¹

المطلب الثالثالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع ونفقات إدارته

بما أن الشركاء لهم الحق في إدارة المال الشائع سواء كانت أعمال الإدارة عادية وغير عادية فعليهم القيام بكل الأعمال التي من واجبهم القيام بها حفاظا على المال الشائع حيث يتطلب هذا نفقات ولذا سنتناول أولا الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع ثم ندرس نفقات إدارة المال الشائع

¹ المادة 717 القانون المدني الجزائري.

الفرع الأولالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع

لكل شريك في الشيوغ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع وله في هذا أن يقوم بكل الأعمال المادية أو القانونية اللازمة لذلك.¹

ومن هذه الأعمال صيانة المال الشائع وترميمه وإجراء الإصلاحات الضرورية سواء كانت عاجلة أو غير عاجلة ومن تلقاء نفسه و تحميه بسور أو سياج و تسجيل سند الملكية وجني الثمار قبل أن تتلف و اتخاذ الإجراءات القانونية ورفع الدعاوي وقطع التقادم؛ دفع دعاوي الحيازة دعاوي الاستحقاق وما يكون بها من طلبات الإزالة التعويض إذا كان المال في حيازة أحد الشركاء كمغتصب أو مستأجر دعوى تعين للحدود

إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه و تسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو بالتخصص أو بامتياز أو دفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً.²

ولكل شريك في الشيوغ القيام بكل هذا حتى و لو كان من غير موافقته للشركاء وهذا لا يعتبر حق فحسب ولكنه واجب وحفظ المال الشائع نص عليه ق.م في المادة 718 " لكل شريك في الشيوغ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة في الشركاء ".

الفرع الثانينفقات إدارة المال الشائع

تعتبر المبالغ التي يفترضها أحد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال مشترك مفترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعاً و بناء عليه بتعيين الحكم بصحة الحجز الذي

¹ توفيق حسين فرج، المرجع السابق ص 225.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق 105.

يوقعه المعترض على المحصولات المشتركة قبل جينها كما يلتزم كل شريك بدفع نصيبه في نفقات زراعة الأرض التي جني جزء من محصولها و التزام الشريك في الشيوخ بهذه النفقات هو التزام عيني بسبب الاشتراك في ملكية العين الشائعة.¹

وإذا قام أحد الشركاء ببعض نفقات إدارة المال أو حفظه و صيانتته أو قام بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المفرزة على المال جاز له الرجوع على سائر الشركاء كل بقدر حصته يكون بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب.²

وتنقسم النفقات على الشركاء في الشيوخ كل بقدر حصته ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك فصاحب الحصة الكبيرة يتحمل قسما من النفقات أكبر من صاحب الحصة الصغيرة لأن المنفعة التي تعود عليه من الشيء الشائع أكبر ويتحمل الشركاء جميعا نفاقتها فقد يتم الاتفاق بواسطة شريك لا يملك الأغلبية

كما هو الحال بالنسبة للنفقات حفظ الشيء وفي جميع الحالات المتقدمة يستطيع من أنفق أن يعود على باقي الشركاء بما أنفقه كل بقدر حصته بعد استئزال إلى القدر الواجب عليه في تلك النفقات وذلك حسب نص م 719 ق.م.

"يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع و حفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك

والسائد في الفقه بوجه عام أن الشريك يستطيع أن يتخلص من التزامه بالنفقات بالتخلص من حقه ويترتب على التخلي أن يؤول حق هذا الشريك إلى سائر الشركاء دون حاجة إلى قبول منهم و تبرأ ذمة الشريك المتخلى عن الالتزامات الناتجة عن الشيوخ.³

¹ أنور العمروسي الوافية في شرح القانون المدني، حق الملكية بوجه عام الشيوخ و القسمة، دار العدالة .الطبعة الثانية ص 326.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 808 .

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 808.

ملخص الفصل الأول

الملكية الشائعة هي حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني في الشيء الواحد دون أن يكون لواحد منهم جزء مفرز .

والملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفرزة و الملكية المشتركة إذا فهي تتوافق في نقاط و تختلف معها في أخرى و المحافظة على المال الشائع لابد من أعمال لتسييره والمحافظة عليه .

و إدارة المال الشائع تتضمن أعمال إدارة معتادة أي أنها لا تمس بكيان الشيء بل تتركه كما هو دون تغيير في جوهره فمثلا أرضا زراعية تبقى للزراعة فقط لا يمكن البناء عليه.

ومن بين هذه الأعمال قسمة المهايأة زمانية و مكانية والإيجار بالإضافة على أعمال الإدارة غير معتادة والتي تمس وتغير جوهر الشيء ومثالة تغيير منزل إلى مقهى . وكل هذا وذلك يتم باتفاق الشركاء فيما بينهم .

الفصل الثاني

التصرف في المال الشائع و انقضاء الشيوخ بالقسمة

التصرف في الشيء إما أن يكون تصرفاً مادياً أو قانونياً ، والتصرف المادي يكون باستهلاك الشيء أو إهلاكه ، ولا يثبت في الملكية الشائعة إلا للشركاء جميعاً ، فإذا انفرد به أحدهم كان متعدياً على حقوق باقي الشركاء ويسأل في مواجهتهم ، أما التصرف القانوني فيكون بنقل الحق أو يترتب حق عيني عليه للغير والتصرف في المال الشائع قد يكون صادراً من الشركاء جميعاً أو غالبيتهم وهو ما نتناوله في المبحث الأول أو من الشركاء منفرداً ونتناوله في المبحث الثاني .

المبحث الأول

تصرف الشركاء في المال الشائع

يتصرف الشركاء في المال الشائع قد يكون باتفاق جميعهم - وهو ما نعالجه في المطلب الأول - وقد يتم هذا التصرف من قبل أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع - وهو ما نتطرق إليه في المطلب الثاني أما المطلب الثالث فنتطرق إلى تصرف الشريك في المال الشائع .

المطلب الأول

التصرف الصادر عن جميع الشركاء

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

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 128.

الفرع الأولتصرف الشركاء في كل المال الشائع

وقد يكون التصرف الصادر عن جميع الشركاء غير ناقل للملكية، بل يتمثل في ترتيب حق عيني أصلي على المال الشائع كترتيب حق الانتفاع ، أو حق ارتفاق لعقار مجاور ، أو ترتيب حق عيني تبعي كالرهن.¹

وإن كانت سلطة الشركاء مجتمعين مطلقة في التصرف ليست محل جدل ، فقد ثار خلاف حول مدى آثار التصرفات التي يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة ، ولا جدال في أنه إذا كان التصرف الذي أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية، كتحرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشيء أو حق عيني تبعي عليه ، تم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاختص كل شريك بجزء من الشيء ، فما مصير هذا الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة؟²

لقد حسم المشرع حالة الرهن الرسمي بنص المادة 1/890 من ق م إ نصت على أنه " يبقى نافدا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع ، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته أما بالنسبة لغير الرهن الرسمي فقد انقسم الفقه إلى رأيين :

فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن هذا النص يتضمن حكما استثنائيا خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة ، و ذلك أنه رتب على القسمة أن وقع العقار المرهون في نصيب أحد الشركاء فإن مقتضى الأثر الرجعي للقسمة أن يعتبر الشركاء الآخرين رهنين لملك الغير فيها زاد على حصة هذا الشريك ، ومن ثم فلا يتحمل العقار في يده إلا بقدر هذه الحصة ، وهذا ينتهي هؤلاء الفقهاء إلى أنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة على غير الرهن الرسمي.³

غير أن فريقا آخر من الفقه يذهب إلى أن حكم المادة 1/890 من القانون المدني يعتبر تطبيقا لقاعدة عامة تقضي ببقاء تصرفات الشركاء مجتمعين نافذة في مواجعتهم

¹ محمد حسن القاسم ، المرجع نفسه ص 128

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ص 25.

³ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 129. 130 .

جميعا مهما كانت نتيجة القسمة وعلى ذلك إذا تمت القسمة بعد التصرف الصادر عن جميع الشركاء ثم وقع هذا التصرف فيه نصيب أحد الشركاء فلا يطبق الأثر الرجعي للقسمة لأن التصرف صدر عن جميع الشركاء بما فيهم من آل إليه محل التصرف ، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف الذي ثم برضاء الشركاء جميعا تصرفا ناقلا للملكية أم تصرفا مرتبا لحق عيني.¹

الفرع الثاني

التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إذا كان الأصل هو أن التصرف في المال الشائع يكون من حق الشركاء جميعا إلا انه قد تدعو أسباب قوية تبرر قيام الأغلبية بالتصرف في المال الشائع ، فقد يحدث أن يسوء استغلال هذا المال وهو باقى على الشيوخ وتكون القسمة -في ذلك الوقت - ضارة بالشركاء ، أو تحين فرصة رابحة للتصرف في المال الشائع يخشى أن لا تتكرر ، وقد تتعذر إدارة المال الشائع وتكون قسمته عينا ضارة بالشركاء وكان لا مفر من التصرف فيه إلى أجنبي وهكذا....²

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

هذا النص يوفق بين مصلحة الأغلبية و مصلحة الأقلية فيها يتعلق بالتصرف فيجعل للأغلبية سلطة في تقرير التصرف و يجعل الأقلية سلطة الطعن في قرارات الأغلبية³ فبالرجوع إلى نص المادة 720 ق.م تبين أن النص لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع ، وتحسب الأغلبية هناك ، وكما بالنسبة للأعمال الإدارة غير المعتادة على

¹ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 129 130.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 531.

³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ص 130

أساس قيمة الأنصاف (الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع)، والتصرفات التي يملكها أغلبية الشركاء هي التصرفات القانونية وليس سلطة التصرف المادي في الشيء بإعدامه مثلا .¹

وإذا كان القانون قد منح سلطة التصرف في المال الشائع لأغلبية الشركاء بالتحديد السابق فإنه قد اشترط لإنقاذ تصرف الأغلبية شرطين أو لهما أن تستند هذه الأغلبية في قراراتها بالتصرف في المال الشائع إلى أسباب قوية ، من ذلك مثلا :أن يكون المال الشائع في حالته الراهنة متعذرا استغلاله فتقرر الأغلبية ببيعه ، أما الشرط الثاني لإنقاذ قرار الأغلبية فهو وجوب إعلان شكلا خاصا لذلك يمكن أن يتم على أي شكل كان ، وتبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة في الإثبات.²

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

فإذا طلبت الأقلية إلغاء قرار، لم تطلب القسمة، انحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية تبرره فيكون للمحكمة تبعا للظروف أن تلغي قرار الأغلبية أو تقرها على رأيها.³

أما إذا طلبت الأغلبية القسمة فإن المحكمة تنظر أولا فيما إذا كانت القسمة ضارة في هذا الوقت أو غير ضارة ، فإذا رأت بأن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة، ولو كان الشريك المتظلم الذي طلب القسمة ملزما بالبقاء في الشيوخ بمقتضى اتفاق لم ينته أجله، وذلك لأن السلطة المخولة لأغلبية في التصرف السلطة استثنائية فيجب أن يمكن الشريك المعارض في التصرف للخروج من الشيوخ مادام أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء، وإذا تبين للمحكمة أن القسمة تضر بمصلحة الشركاء كان عليها أن تتضرر فيما إذا

¹ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 130/ 131

² محمد حسن القاسم، المرجع نفسه ص 130/ 131

³ عبد المنعم فرج، المرجع السابق ص 26/ 27.

كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى التصرف ، فإذا قدرت أن التصرف واجب وافقت على قرار الأغلبية، وإذا لم تجده كذلك أمرت بإلغاء القرار.¹

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

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

3»

المطلب الثاني

تصرف الشريك في المال الشائع

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

الفرع الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

كما هو معلوم فإن كل شريك في الشبوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة لذلك فله أن يتصرف فيها بكافة التصرفات القانونية ، شأنه في ذلك شأن أي ملك يتصرف فيما يملك ،

¹ عبد المنعم فرج، المرجع نفسه ص 26 / 27.

² قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 1992/10/20 تحت رقم 92343 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول.

³ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة للنشر ، 2002 دون طبعة، ص 78.

وتصرفه على النحو يكون صحيحا و نافدا قبل للشركاء جميعا دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم.¹

حيث نصت المادة 714 ف1 من ق.ن.م في هذا الصدد على أن " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها... " ومن خلال هذا يتبين لنا أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يقع صحيحا نافدا في مواجهة شركائه، ولا يقتصر الأمر على تصرف معين، فله أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات فيقرر حقوقا عينية أصلية كانت أن تبعية بعوض أو بدون عوض، طالما كان تصرفه لا يمس بحقوق باقي الشركاء .

فالشريك حرية التصرف في حقه الشائع كله أو بعضه سواء أكان التصرف معاونة أو تبرعا وسواء أكان المتصرف إليه شريكا آخر في المال أو شخصا أجنبيا ، ولكل شريك له الحرية في التصرف حتى لو كان قد سبق له الاتفاق مع باقي شركائه على البقاء في الشيوخ مدة معينة لم تنقضي بعد ، حيث يقتصر هذا الاتفاق على منع طلب القسمة ولا يمتد على تقيد حركة الشريك في التصرف، غاية الأمر أن المتصرف إليه يتقيد باتفاق سلفه باعتباره خلفا له.²

فإذا تصرف الشريك على هذا النحو وقع تصرفه صحيحا و نافدا في حق الشركاء الآخرين، لأنه لا ينطوي على المساس بحقوقهم ، إلا أنه في حالة ما إذا كان التصرف بيعا صدر لأجنبي فإن المشرع يخول لهؤلاء الشركاء الحق في الحلول محل المشتري، وذلك إما عن طريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار ((المادة 795 من ق.م.)) - أو بطريق استرداد الحصة الطبيعية إذا كانت الحصة الشائعة في منقول أو في مجموع من المال (المادة 721 ق.م.) وقد راعى المشرع في تخويله الشركاء هذا الحق أنهم قد يتضررون من دخول أجنبي بينهم ، فأتاح لهم أن يمنع دخوله شريكا بينهم بهذه الوسيلة أو تلك تبعا لطبيعة المال الشائع.³

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 78.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 534.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 37/ 38.

وينتج عن هذا التصرف في الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له محل المشتري أو الموهوب له مثلا - محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ، ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف، ويلاحظ أنه يجب تسجيل شهر التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنقل الملكية إلى المتصرف إليه.¹

حيث نصت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها ومن بينها القرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 حيث جاء فيه أنه " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت - في قضية المال - أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة الأرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوخ أخطأو في تطبيق القانون وإن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

وفيما يخص ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة فإن أهم الحقوق العينية الأصلية - عدا حق الملكية - هي حق انتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر ، أما الحكر فيستعفي طبيعة الشيوخ عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق الحكر على حصته لأن الحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة - والأرض الموقوفة لا تكون شائعة . بل هي مملوكة للغير.²

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأنه على العقار مفرز.³

أما حق الانتفاع فيمكن لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته ، ويكون لصاحبه حق الانتفاع في الحصة الشائعة ، جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلائم مع الشيوخ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع وتسري أحكام الإدارة المعتادة إلى إدارة غير المعتادة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 843 / 844 .

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق 843 / 844 / 845 .

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 845.

وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة، يكون الشريك صاحب العين هو صاحب الشأن في ذلك، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع، وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوخ، آلت الملكية كاملة إلى شريك صاحب العين وعاد يمارس جميع حقوق الشريك، أما إذا بقي حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوخ بأن قسمت العين الشائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب العين فإن حق الانتفاع ينتقل على هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني.¹

فيكمن أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله، فيكون له الحق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها، سواء عقارا أو منقولاً بما تبقى له من الثمن.²

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة، فيحصل دائم صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة، إذا كان قد استوفى الشروط المفترزة قانوناً.³ كما أن بإمكان الشريك أن يرهن حصته الشائعة كلها أو بعضها رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، ولا يخول دون الرهن الحيازي أن هذا الأخير يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافداً في حق الغير، فالحصة الشائعة قابلة لأن تكون محل للحيازة كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يقصد بالمال الشائع كله في حيازة الدائن المرتهن، فيجوز بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص، وقد يكون المال الشائع مقسوماً مهياًة من الشركاء، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهياًة.⁴

بعد رهن الشريك لحصته الشائعة (رهناً رسمياً أو حيازياً) صحيحاً و نافداً في مواجهة باقي الشركاء دون انتظار القسمة، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، كان للدائن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 846 ، 847.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 845 / 846.

³ المرجع نفسه، ص 534.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 534.

المرتتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبرا ويحل الراهن عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكا على الشئوع.¹

وإذا تمت القسمة قبل ينفذ الدائن بحقه، وكان الرهن واردا على حصته الشائعة في عين معنية، فإن الرهن يختصر في الجزء المفرز الذي يختص به الشريك الراهن من هذه العين بطريقة القسمة، وانحصار الرهن في الجزء المفرز في هذه الحالة لا يكون على أساس الحلول العيني، و إنما هو الأثر الطبيعي للقسمة، أما إذا كان المال الشائع مجموعة من الأعين فهن الشريك حصته الشائعة في واحدة منها ثم وقعت في نصيبه عند القسمة عين أخرى، فإن الرهن ينتقل إلى قدر من هذه العين الأخرى يعادل قيمة الحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، وذلك على أساس الحلول العيني.

وقد نصت على هذا الحكم بالنسبة إلى الراهن الرسمي المادة 890 ق.م.ق.م، بقولها " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرضا من هذا العقار، ثم وقع نصبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعين المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا، في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من وقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يحضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صادر من جميع الشركاء المتقاسمين. " ويصح بطريق القياس أن ينطبق حكما أيضا على الرهن الحيازي إنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون العين الأخرى التي وقعت في نصيب الشريك الراهن قابلة لأن يرد عليها الرهن الذي سبق تقريره، فإذا كان الرهن رسميا ثم وقع منقولا في نصب الراهن عند القسمة، فلا ينقل إليها الرهن لأنه لا يرد إلا على العقارات.²

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

¹ المرجع نفسه 534.

² عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 40.

بالتقدم بهذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته أما إذا لم يكن مستحق الأداء فينتقل الرهن إلى المبلغ الذي يستحقه الراهن بمعنى أن يخصص هذا المبلغ لضمان دين هذا الدائن.¹

الفرع الثاني

تصرف الشريك في كل المال الشائع

إن تصرف الشريك في كل المال الشائع، مع علم المشتري بحالة الشيوخ من عدمها يختلف من حيث الآثار التي يربتها وهذا ما سنراه من خلال بحث هذين الحالتين: أي حالة علم المشتري بحالة الشيوخ وحالة عدم علمه

و أول ما نتطرق إليه في هاتين الحالتين هي حالة عدم علم المشتري بالشيوخ، إذا تصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع، فبييع في أحد الشريكين كل الأرض أو العين الشائعة، فإذا كان المشتري يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع، ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط، وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها فيكون هذا هو البيع ملك الغير، والفرق بين هذه الحالة والحالة التي بيع فيها الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع حيث لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر، إذ أنه في هذه الحالة الثانية قدمنا أن هنالك اختلاطا أن يقع كل الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، أما في حالة التي نحن بصددنا فهذا الاحتمال صنف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف لذلك قررنا عند الكلام في البيع انه، " إذا باع الشريك كل المال الشائع وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده فإن البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرية وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير.²

وإذا أجاز المشتري البيع، لم يعد يستطيع الطعن فيه بإبطال، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير، وإنما نستطيع أن نرجع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر يستحق

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 535 - 536.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 129.

نصف المال الشائع، وأياً كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع".

ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر فتخلص له ملكية المال الشائع كله، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل إلى المشتري.

أما الحالة الثانية فهي حالة علم المشتري بأن البائع شريكا في المال الشائع إذا كان المشتري يعلم وقت الشراء أن البائع شريكا في المال الشائع امتنع عليه الطعن في البيع بالغلط ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله لينقلها إليه.

فإذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله فقد تحقق ما توقعه هو ما توقعه المشتري معه، و انتقلت الملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل والشهر، أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله، فإنما يكون للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، وقد سبق أن قررنا، عند الكلام في البيع ما يأتي: « فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية هذا المال، كان المشتري الحق في طلب فسخ البيع، فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما في فسخ البيع لتفرق الصفقة وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع، كان حصل على قرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب من أسباب انتقال الملكية، لم يعد للمشتري الحق في طلب الفسخ البيع إذا تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تفرق عليه الصفقة¹»

في ما يخص الحالة الثالثة يتمثل في أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء، أما باقي الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل المال الشائع، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال، ولكن التصرف ينفذ في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 199 .

² محمد على عرفة، حق الملكية - الجزء الأول، الطبعة الثالثة - سنة 1976.

المطلب الثالث

استرداد الحصة الشائعة المباعة لأجنبي

حيث رأينا فيما تقدم أن للشريك في المال الشائع سلطة التصرف في حصته الشائعة بنقل ملكيتها للغير ، بما يترتب على ذلك من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء ، ونظرا لما قد يحدثه ذلك من ضرر بالنسبة للشركاء الآخرين فقد أوجد القانون لهؤلاء الوسيلة التي تمكنهم من الحيلولة دون انضمام شريك جديد إليهم ، فإذا كان الشيء الشائع عقارا معيناً فقد جاز لهم أخذ الحصة المباعة للأجنبي من هذا العقار بالشفعة .

أما إذا كان الشيء منقولاً، أو إذا كان الشيوخ في مجموع من الأموال فقد أجاز القانون للشركاء استيراد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحدهم لأجنبي.¹

الفرع الأول

حق الشريك في استرداد حصته الشائعة

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

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

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد نسبة حصته،" والاستيراد (Retrait) هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي، وهو كما قلنا أحد طريقتين أراد بهما المشرع أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوخ والطريق الثاني هو الشفعة . ولكلا الحالتين نطاقها الذي يباشر فيه، فحق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول معين أو في مجموع من المال ، وحق الشفعة لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين،

¹ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 134 -135.

وبذلك لا يكون أمام الشريك في بيع معين إلا طريق واحد يتحدد بحسب المال الذي تخرج منه الحصة المباعة.¹

ولئن كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في المبررات التي تنهض بهما في الشيوخ ، إلا أن للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوخ ، فلها أسباب عديدة يعتبر الشيوخ واحدا منها ، ولذلك تتفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد ، والمصدر التاريخي لحق الاسترداد هو القانون الفرنسي ، أما المصدر التاريخي لحق الشفعة فهو الشريعة الإسلامية.²

الفرع الثاني

شروط استرداد الحصة الشائعة

يتضح من النص السابق انه لكي يكون للشريك الحق في استرداد الحصة التي باعها شريك آخر يجب توفر شروط معينة:

- 1- يجب أن يكون المال الشائع منقولاً أو مجموعاً من المال.³
- 2- يجب أن يكون تصرف أحد الشركاء بيعاً، لإثبات الاسترداد إذا كان التصرف بغير البيع ، كالمقايضة أو الهبة أو الوصية.⁴
- 3- يجب أن يكون البيع وارداً على حصة شائعة ، فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع وارداً على جزء مفرز من المال الشائع ، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فلا يكون من شأنه أن يجعل المشتري شريكاً وبذلك تنتفي المحكمة من إباحة الاسترداد.⁵
- 4- يجب أن يكون البيع صادراً لأجنبي ، فإذا كان المشتري هو أحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد ، لأن البيع حينئذ لن يؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء ، وبذلك تنتفي المحكمة من الاسترداد.⁶

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 41 .

² عبد المنعم فرج الصده ، المرجع نفسه ص 42.

³ المرجع نفسه ، 43.

⁴ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 135 ، 136.

⁵ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ص 41، 42 .

⁶ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 135 - 136.

5- يجب أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة (التراضي) ، فلا استرداد إذا تم البيع بالمزاد ورسى المزاد على أجنبي ، فلقد كان في وسع الشركاء دخول المزاد ، ويجب في المزاد المانع من الاسترداد أن يكون قد تم علنا وطبقا للإجراءات التي رسمها القانون ويستوي بعد ذلك أن يكون مزادا جبريا أو اختيارا.¹

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

وليست هناك تفرقة في هذا الشأن فيما يتعلق بسبب الشيوخ ، ولا بين شريك وآخر فحق الاسترداد يثبت أياً كان سبب الشيوخ ، وهو يثبت لكل شريك في الشيوخ وقت البيع ، وذلك دون تفرقة بين شريك أصلي وهو الذي كان موجوداً منذ بدء الشيوخ ، وشريك عارض الذي لم يدخل في الشيوخ إلا في تاريخ لاحق.³

والشريك وحده الذي يسترد ، فهذه رخصة له أو هي حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوه نيابة عنه.⁴

وعن إجراء الاسترداد ، فيجب أن يتم طلبه قبل القسمة ، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو تاريخ إعلانه به ، فلقد قيد المشرع حق الاسترداد بمدة قصيرة حتى لا يظل مصير البيع معلقاً مدة طويلة ، فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوماً محسوباً من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد ، فقد سقط الحق فيه وأصبح لأجنبي باتاً .⁵

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 537 - 538 .

² محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 136 - 138 .

³ عبد المنعم فرح الصده، المرجع السابق ص 42 - 43 .

⁴ عبد الرزاق أحمد الصنهوري، المرجع السابق ص 858 .

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 537 - 538 .

هذا ولم يشترط القانون شكلا خاصا لإعلان الشريك رغبته في طلب الاسترداد، لذلك يمكن أن يتم هذا الإعلان بأي طريقة من الطرق ولو مشافهة.¹ على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويلاحظ أن إعلان الرغبة في الاسترداد يجب أن يوجه في الميعاد المحدد إلى كل من البائع والمشتري فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ولم يعلن الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الاسترداد.²

ويجب على الشريك هو الذي يسترد الحصة الشائعة المبيعة أن يعرض استعداده في الإعلان الذي يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد والمصروفات ، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا ، بل بأن يودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق كما يجب الإيداع في المنفعة حسب نص المادة 801 من، ق، م التي نصت على انه " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في المنفعة ، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المقدم ، سقط الحق في الشفعة " .

بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع، أو المشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع.³

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

إذا تم الاسترداد كان ذلك بالاتفاق أو بحكم المحكمة " حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه "⁵

¹ محمد حسن القاسم، المرجع السابق ص 138.

² عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 45 .

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 860.

⁴ محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 137.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 538.

ولا يعد الاسترداد بيعاً جديداً من المشتري إلى المسترد، وإنما يبقى العقد الأصلي، ويحل المسترد في هذا العقد في فرض حلول شخصي بمقتضاه بأخذ المسترد مكان المشتري فيصبح هو المشتري مباشرة من البائع وتصبح له حقوق المشتري وعليه التزامته وذلك من وقت البيع، فلا يكون المسترد خلفاً للمشتري بل هو خلفاً للبائع يتلقى منه الحصة المبيعة مباشرة، فالاسترداد إذا أثر رجعي.¹

ففي علاقة المسترد بالمشتري يحل للمسترد محله من وقت البيع وعلى ذلك تسقط كل الحقوق التي رتبها المشتري على البيع حيث تخلص المسترد الحصة الجديدة خالية من أي حق عين أصلي أو تباعي قرره المشتري، وطالما أن المسترد يعد وكأنه اشترى من البائع، التزم الأخير قبله بضمان الاستحقاق وليس المشتري كما أن المسترد يلزم بدفع الثمن إلى البائع، وإذا كان الحق مؤجلاً أو مقسطاً استفاد المسترد من ذلك، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد قام المسترد برده إلى المشتري مع فوائده من يوم الدفع كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات ويلتزم هذا الأخير برد الثمار التي تحصل عليها من وقت البيع إلى المسترد.²

وفي علاقة المسترد بالبائع يحل المسترد محل المشتري في البيع، وعلى ذلك إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع يلتزم المسترد به في مواجهته للبائع وهو يلتزم بدفع الثمن الحقيقي، وله إثبات صور، الثمن بكافة طرق الإثبات كما يلتزم البائع بنقل الملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد، فتنتقل إليه مباشرة من وقت البيع لا من وقت الاسترداد إذا كان المبيع منقولاً، أما إذا في الحصة الشائعة من مجموع مال يشمل على عقار و منقول فإنه إذا لم يكن قد سبق له التسجيل، فعلى المسترد إجرائه حتى تنتقل إليه الملكية، أما إذا كان قد سجل فعلى المسترد أن يؤشر على هامش التسجيل بهذا الاسترداد.³

وفي علاقة البائع بالمشتري، يعد البيع وكأنه حصل مباشرة للمسترد فتزول العلاقة بين البائع والمشتري زوالاً رجعياً، وعلى ذلك تزول كافة الحقوق التي كانت المشتري قبل البائع حيث تصبح تلك الإلتزمات شاغلة لذمة المسترد، من وقت البيع، وعلى ذلك لا يجوز للبائع

¹ المرجع نفسه، ص 539.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 539.

³ المرجع نفسه، ص 540.

مطالبة المشتري بالثمن وإنما يطالب المسترد به، وعلى أي حال ترجع علاقة المشتري بالبائع إلى ما كانت عليه قبل البيع، فإذا كان قد حدثت مقاطعة بين البائع و المشتري بشأن الثمن، أو حدث إتحاد بين حصة البائع والمشتري زال كل ذلك بالاسترداد.¹

المبحث الثاني

انقضاء الشيوخ بالقسمة والآثار المترتبة عنها

لقد تعددت الأسباب المؤدية إلى انقضاء حالة الشيوخ ، ويكون إما بواقعة مادية أم كان بناء على تصرف قانوني أو الحيابة بالتقادم الطويل المكسب الملكية، أو بتصرف قانوني باتفاق الشركاء ببيع أنصبتهم لشريك منهم أو أجنبي عنهم فيصبح المال الشائع جميعه في يد مالك واحد، أو الهبة أو الوصية.

حيث تنقضي أيضا بالقسمة وهي أهم أسباب انقضاء الشيوخ و الشائعة عملا، وهذا سنسلط الضوء عليه وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول نتناول فيه القسمة وأنواعها و المطلب الثاني آثار القسمة و المطلب الثالث والأخير بطلان القسمة

المطلب الأول

القسمة و أنواعها

سننطلق في هذا المطلب إلى تقديم تعريف فصل بسيط عن القسمة وذكر بعض أنواع لها أما الفرع الثاني فسندرس فيه القسمة اتفاقيه والقضائية

الفرع الأول

تعريف القسمة وأنواعها

القسمة هي إفرار و تجنيب نصيب كل شريك في المال الشائع يحصل عليه و يتنازل عن النسبة الأخرى للشركاء الآخرين.

إذا فالقسمة تتعلق بإفرار أي بتحديد وتخصيص نصيب كل شريك في المال ،حيث أنه بعد أن كان يملك حصة أو جزءا مفرزا من المال الشائع أصبح يملك جزء محدد ومفرز منه، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لشركاء الآخرين ،مما يؤدي إلى انقضاء الشيوخ.

وللقسمة أنواع عديدة نذكر ما يلي:

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص540.

قسمة التجميع وقسمة التفريق حيث أن قسمة التجميع تعتمد على تجميع نصيب كل شريك في مال محدد وعدم تفريقه بين أجزاء المال الشائع ،وهذا يفترض تعدد الأموال الشائعة كالتركة التي تتكون من مزرعة ومصنع وفيلا وأموال سائلة ،فإذا كان الشركاء ثلاثة أخوة فيمكن أن يمنح أحدهم الفيلا، والأخر المزرعة ،والثالث المصنع وتقسّم الأموال السائلة على الثلاثة مع مراعاة وجود معادل للأنصبة إذا كانت قيمة أحدهم أكبر من الآخر فيدفع من أخذه فرق الأنصبة لشركائه، فالمصنع عادة ما يكون أكبر من قيمة المزرعة أو الفيلا فيدفع من أخذه فرق مالي لشركائه حتى تتعادل الأنصبة مالياً.¹

أما قسمة التفريق فيأخذ كل شريك ما يعادل حصته في كل جزء من الأموال الشائعة ،وفي المثال السابق يقسم المصنع على ثلاثة أنصبة .يعطي كل منهم نصيبه،وكذلك الحال بالنسبة للفيلا و المزرعة ،وهذه القسمة لا يلجأ إليها إذا كانت تسبب خسارة للشركاء حيث بعض الأموال تقل قيمتها كثيراً بقسمتها عين ،وبعض الأموال لا تقبل القسمة العينية أصلاً.² و أيضاً هنالك نوعان آخران للقسمة وهما القسمة القضائية و القسمة الرضائية حيث تتم القسمة الرضائية بالتراضي بين الشركاء فيتفقون جميعاً عليها لا يعارض منهم أحد وغالباً ما لا تكون عادلة تماماً حيث يراعي المتقاسمون أوضاع بعضهم البعض والعين فيها مقبول ،ما لم يجاوز الخمس

أما القسمة القضائية فتتم بحكم قضائي ينتهي حالة الشيوخ ويحصل الشريك على حقه تماماً لا أكثر.

ولذلك أيضاً هنالك نوع آخر من القسمة هي القسمة الرضائية التي انعقد عليها إجماع الشركاء وهي إما قسمة مهैयाة وإما قسمة نهائية فقسمة المهैयाة تتم حسب ما تم التطرق إليه في الفصل الأول فيمكن أن يطلق عليها أيضاً قسمة المنافع هي لا تنهي حالة الشيوخ بل هي طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع وهي تنقسم إلى المهैयाة مكانية و المهैयाة الزمانية أما القسمة النهائية فقد جاء النص عليها في نص المادة (723) من القانون المدني حيث نصت "على يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتصموا المال بالطريقة التي يرونها ،فإذا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق ص 100 .

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ،ص100 .

كان من بينهم ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون" فللشركاء على الشيوخ إذا ما انعقد إجماعهم على القسمة النهائية أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها مناسبة ومحقة لمصالحهم ،قسمة تجميع أو تفريق،أو قسمة عينية أو نصفية المهم هو إجماع الشركاء على ذلك وبالتالي فلا تصح القسمة الرضائية بالأغلبية ولو كانت غير عادية.¹

وطلب القسمة في الأصل يحق لكل شريك في الشيوخ طلب قسمة المال الشائع قسمة نهائية وتحديد وإفراز نصيب غيره من الشركاء، وذلك في أي وقت. وقد منح القانون هذا الحق لكل شريك منفردا حتى ينهي على المنازعات مبكرا ويحسن إستغلال المال الشائع ،ولم يشترط وجود أغلبية عادية أو غيرها للشروع في القسمة النهائية ولكن يوجد استثناء حيث أنه يتمتع على الشريك طلب القسمة إذا كان مجبرا على الشيوخ بنص قانوني أو بالاتفاق.

فقد يجبر الأفراد على البقاء في الشيوخ رغما عنهم إذا ما قرر القانون وجود شيوخ إجباري كما في الإجراءات الملكية الشائعة في ملكية الطبقات (السلام، المصاعد، الأسطح، مدخل العمارة....)

وقد يتفق الشركاء على استمرار الشيوخ بينهم مدة خمس سنوات أو مدة دورة معينة يحصل كل شريك خلالها على ربع المال الشائع كله ويتركه لفترة مماثلة لشريكه الأخر وهكذا. وهذه هي القسمة المهيأة فإذا وجد الاتفاق تعين احترامه من الجميع ولا يجاب من طلب القسمة لطلبه إذا ما خالف ما انتهى عليه سواء أكان هو شريك ذاته أم خلف عاما أو خاص .

و نصت المادة 722 على أنه " لكل شريك أن يطلب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو إنفاق.

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه"²

الفرع الثاني

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ص 105

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 01

القسمة الاتفاقية و القضائية

حسب ما تم ذكره في الفرع الأول فإن القسمة الاتفاقية قد نصت عليها المادة 723 من القانون المدني السابقة الذكر

تلخص إلى أن القسمة الاتفاقية ليست سوى عقد من العقود يبررها الشركاء المشاعون يقصد إنهاء حالة الشيوخ ومن ثم يخضع في انعقاده إلى ما تخضع له سائر العقود سواء من حيث التراضي أو المحل أو سبب كفلا بد من تراضي الشركاء وتوافر الأهلية وخلو الإدارة من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ومن شروط القسمة الرضائية تتجسد أساسا في رضا كل واحد من المتقاسمين فلا تصح قسمة الرضا في غياب أحد الشركاء ، هذا فضلا على الشروط المتعلقة بكل ركن من أركانها على حدا تفصلها كالاتي :

التراضي على القسمة : أي أنها " هي اختيارية بالتراضي بين الشركاء يتفق فيها الشركاء جميعا على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك طبقا لما تراضوا عليه وهي بمثابة عقد ومنه تكون ملزمة للشركاء وخلفائهم.¹

كما أن المشرع أوجب شروط في القاسم حيث أجاز الأطراف المنفقة على القسمة بطريقة ودية أن يلتجؤا إلى أحد الموثقين ، للإبلاغ عن اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقا للأحكام المادة 03 من القانون المدني 06/02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق حيث يلتقي الموثق بالأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة لتحريز عقد القسمة.

كما حدد شروط في المقسوم ويقصد بالمقسوم، المال الشائع محل القسمة أو العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها و يطالبون بقسمتها والمقسوم له شروط ينبغي مراعاتها في المال محل القسمة وهي :

أن يكون المقسوم موجودا وقت القسمة، أو ممكن الوجود.

أن يكون المقسوم معنيا أو قابلا للتعيين.

أن يكون محل قسمة مشروعا أو قابلا للتعامل فيه.

¹ زهدى يكن ،شرح القانون الموجبات والعقود، دار الثقافة ، بيروت 1969 الجزء الرابع عشر ، ص 325

وأهم و أبرز هذه الشروط أن يكون المال المقسوم مملوك للشركاء المتقاسمين وهناك العديد من الشروط التي وضعها المشرع حتى تكون هذه القسمة صحيحة وكما وضع شروط حدد إجراءات من أجل الالتزام بها لقيام القسمة.

حيث نصت المادة 723 من ق.م. السالفة الذكر، مراعاة مجموعة من الإجراءات التي يفرضها القانون بقسمة الاتفاقية ومن هذه الإجراءات ما يلي :

إعداد مخطط موقع الأمكنة، وخمس نسخ من مشروع القسمة بعدها خبير عقاري مختص ومعتمد لدى جهات المصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة و التعمير على مستوى البلدية.

وبعد مراجعة هذه التقارير و معاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة، و التأكد من احترام المسافات وأن الأرض ليست أرضا زراعية فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي منح قرار التجزئة.

وعند استلام الشركاء لقرار التجزئة يتجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير قرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير القسمة.¹

أما بالنسبة للقسمة فهي الأخرى لها شروط وإجراءات حتى تقوم وتصح صحيحة حيث نصت المادة 724 ق.م " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة " ومن خلال هذا النص يتضح لنا إذا لم يكن الشركاء ملزما بالبقاء في الشيوخ ولم يتفقوا على القسمة كان لكل من يريد الخروج من الشيوخ أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة.

وحتى ترفع الدعوى أمام المحكمة هناك شروط وهذه الشروط تتجسد فيما يلي :

أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة وهذا ما جاءت المادة 724 السالفة الذكر - فلا يجوز قيام القسمة القضائية إلا بطلب أحد الشركاء وإن كان الشريك الملك ناقص الأهلية فإن ممثله هو الذي يرفع دعوى القسمة.

- حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم ويشترط أيضا حضور طالب القسمة ويبلغ سائر الشركاء بحضور إلى الجلسة حيث يجب أن ترفع الدعوى على سائر الشركاء

¹ عبد المنعم فرج الصده ، الملكية في قوانين البلاد العربية ،توزيع الفكر دار الفكر العربي المرجع ص 69

- ثبوت ملكية المقسوم لهم حيث يشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم بوسائل الإثبات أمام المحكمة الموضوع.
- أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضرراً من القسمة، كما نصت عليه المادة 728 من ق.م. حيث أنه في ما إذا تعذرت القسمة العينية أن كان المال غير قابل لقسمته أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال محل القسمة فإنه يلجأ إلى قسمة التصفية، ومعيار الضرر في القانون نقص القيمة أو المنفعة.¹

المطلب الثاني

أثار المترتبة عن القسمة

من أبرز ما تقوم عليه القسمة هو تحديد جزء مادي مفرز من الشيء الشائع لكل شريك أو على الأقل لبعض الشركاء الذين يطلبون القسمة إذا استقر الباقي على البقاء في الشيوخ ليمتلك ملكية مفرزة فالأثر الأساسي للقسمة هو إفرز هذا الجزء الذي يختص به الشريك بحيث يكون مقابلاً لحقه الذي كان له أثناء الشيوخ، ولذلك يلتزم غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق و حتى يستقر له هذا الجزء الذي اختص به في القسمة .

وهذا ما سنحاول تبينه في فرعين الاتيين

الفرع الأول

الإفرز

ويقصد به ذلك الأثر الجوهرى للقسمة وهو الهدف الذي يرمى إليه المتقاسمون والإفرز في معناه البسيط لا يعدو أن يكون استبدالاً لجزء مفرز من الشيء الشائع يصبح مملوك للشريك المتقاسم على سبيل الإنفراد بحقه الشائع ذلك الذي كان وارداً على الشئى كله دون أن يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميراث والذي كانت النسبة الباقية من هذه المميزات فيه للشركاء الآخرين.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ((حق الملكية)) الجزء الثامن المرجع السابق ،ص 888

² مصطفى الجمال، المرجع السابق ص 181

حيث تنص المادة 730 من القانون المدني على أنه "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه مند أن أصبح ملكا في الشيوخ وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"

فمن خلال هذا النص يلاحظ أن حق الشريك المشاع، و إن كان محددًا معنويًا بحصته الشائعة إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله ، ومن هنا يترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع في حدود الحصة التي كانت له على الشيوخ وبذلك يحصل تطابق بين النطاق المادي والنطاق المعنوي للحق الذي ثبت للشريك مند تملكه في الشيوخ .

وإذا كانت القسمة هي التي تحقق هذا التطابق فإنها تكشف عن حق الشريك مند بدء الشيوخ ولا تتقل إليه حقا لمك يكن له من قبل ولذلك يقال عن القسمة أنها كاشفة للحق وليست منشئة له ويترتب على ذلك أن سند ملكية القاسم يعد هو السند الأصلي لملكية على الشيوخ وعلى ذلك إذا كانت القسمة لا تتقل حقا جديدا على المتقاسم وإنما تكشف عن حق ثابت له من قبل وإذا كان الإفراز لا يتم إلا بالقسمة فلان هذا هو مايعبر عن الحقيقة لأنه مستند من طبعة القسمة.¹

بما أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشفا فإن أثرها يقوم بالنسبة للمتقاسمين وغيرهم فيحتج بالأثر الكاشف على المتقاسم فإذا تبين أن العقار المقسوم لم يكن مملوك للشركاء حتى قبل فلا يجوز المتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار مدة خمس سنوات أن يستند إلى قسمة باعتبارها سندا صحيحا وإذا رتب أحد الشركاء رهنا على كل المال الشائع أو على حصة أو جزء منه فلا يجوز للدائن المرتهن أن يحتج للراهن على الشريك آخر وقع في نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه حيث أنه بالقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبه غيره من الشركاء .

فهدف المشرع من الأخذ بفكرة الأثر الرجعي إلى جعل تصرفات الشركاء الآخرين أثناء الشيوخ والتي وردت على الحصة المفرزة التي آلت لأحدهم غير نافذة في حق الآخرين

¹ ابتسام حسناوي ،نظام القانوني المال الشائع ،مذكرة ماستر ، جامعة قسنطينة ، 2010 - 2011 ص 72

ويجب أن يرعى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل إتمام التسيير يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين شركائه المتقاسمين مالكا ملكية المفزة للجزء الذي وقع في نصيبه ولكن لا يجوز الاحتجاج بهذه الملكية المفزة على الغير إلا بعد تسجيل القسمة ويتجدد الغير هنا بمن تلقى حقا عينيا على العقار الشائع وقام بشهرة قبل تسجيل عقد القسمة وعلى ذلك إذا باع أحد الشركاء نصيب شائعا في العقار وسجل المشتري عقده قبل تسجيل عقد القسمة سابقا على التسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشتري.

الفرع الثاني

ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما ينشأ من تعرض أو استحقاق

إذا تمت القسمة واختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع فإن المتقاسمين الآخرين يكونون معينين لما يقع له من تعرض أو استحقاق فيما اختص به هذا الضمان تفرضه القسمة باعتبارها تصرفا ناقلا للحق فيما أن كل متقاسم يعتبر قد تلقى من المتقاسمين الآخرين أنصبتهم في الجزء المفرز الذي اختص به فقد كان من الطبيعي أن يضمن له هؤلاء المتقاسمون مما يقع من تعرض أو استحقاق في هذه الحصص مثلهم ذلك مثل البائع والمقايض¹.

حيث يقوم هذا الضمان على أساس أن القسمة تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت المساواة ووجب الضمان . حيث نصت المادة 731 من ق م على " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أو بعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ."

¹ ابتسام حسناوي ، المرجع السابق ، ص 73.

ومن خلال هذا النص نجد أن ضمان المتقاسمين يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق فلا ضمان للعيوب الخفية عكس الحال في البيع وذلك رجع إلى أن وجود عيب خفي معناه أن النصيب الذي آل المتقاسم قد انطوى على غبن لحقه فيكون له أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا كان هذا الغبن يزيد عن الخمس.¹

بينما في البيع فليس هناك ما يضطر المشتري إلى قبول مبيع معيب بينما القسمة لا بد أن تشمل شيء معيب حيث يقع في نصيب أحد المتقاسمين ولا يمكنه رفض هذه القسمة إذا وجد فيها غبن وكانت القسمة اتفاقية،² وذلك بأن يرفع دعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أعمل المدعي حصته وذلك ما نصت عليه المادة 732 من القانون المدني التي نصت على

ما يلي: " 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 ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أعمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته "

لكن يظهر لنا أن هذا التبرير غير مقنع خاصة إذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي اكتشف العيب في نصيب الالتجاء إلى الغبن ، مما يترتب عليه الإخلال بالمساواة بين المتقاسمين ورجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان يشترط ما يلي

- أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة بمعنى أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا يدعى أنه موجود قبل القسمة ، أما إذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا ضمان على المتقاسمين الآخرين إذا كان سبب الاستحقاق أو التعرض تقادما مكسبا لم تكتمل مدته لصالح الغير إلا بعد القسمة بوقت كاف كان في مكان المتقاسم خلاله أن يقوم بقطع التقادم.³

¹ نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري ، اللبناني، دراسة مقارنة ، الحلبي الحقوقية (دون مكان للنشر ، دون سنة) .

² مصطفى الجمال، المرجع السابق ص 195.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 118.

- أما الشرط الثاني فلقيا الضمان يجب ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتعلم نفسه فالنقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطأ فلا يقوم الضمان مثلا إذا قصر المتقاسم في الدفاع فلم يتمسك قبل المتعرض بالتقادم رغم أنه كان بإمكانه ذلك ، وإذا أغفل بوجه عام اشتراك المتقاسمين الآخرين في الدعوى رغم أنه كان في إمكانهم دفعها .
كما يجب ألا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها وعلى ذلك فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق ، كما لا يكفي لذلك أن يكون هناك شرط عام يعفي من الضمان كما هو الحكم في البيع ، بل يتشدد المشرع بصدد القسمة ويتطلب أن يكون هناك اتفاق يوضح صراحة سبب الاستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان في شأنه فيقتصر الإعفاء عليه ، وذلك لتحقيق الأساس المرجو من القسمة وهو تحقيق المساواة بين المتقاسمين¹ .

أما بالنسبة لإحكام الضمان، فيلاحظ أنه إذا وقع تعرض للمتقاسم وتحققت شروط الضمان فاخطر المتقاسمين الآخرين بما رفعه الغير من دعوى، وجب عليهم عندئذ التدخل إلى جانب المتقاسم المدعى عليه ليشاركوا معه في الدفاع ورد دعوى المدعي .
فإذا حكم للغير بالاستحقاق ، التزم المتقاسمون الآخرون كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي أضر وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين كل بنسبة ماله من حصته ، فيتحمل مستحق هذا الضمان جزءا من هذا التعويض إعمالا لمبدأ المساواة بين المتقاسمين ، وإذا فإن أحد المتقاسمين معسرا يتم عندئذ توزيع القدر الذي لزمه مستحق الضمان وباقي المتقاسمين غير المعسرين ولا ينشأ الالتزام بالتعويض إلا وقت الاستحقاق وعلى ذلك تحسب مدة التقادم المسقط من ذلك الوقت² .

والعبرة في تقدير الشيء استحق بقيمة وقت القسمة ن لا وقت الاستحقاق على خلاف الضمان في البيع ، ويرجع إلى اختلاف الأساس الذي يقوم عليه الضمان فالأساس في القسمة هو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين بتحميل كل واحد منهم جزء أو نصيب من الخسارة الناتجة في هذا الاستحقاق والمساواة تكون وقت القسمة لا بعدها .

¹ مصطفى الجمال، المرجع السابق ص 197.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 118.

أما البيع فهو عقد مضاربة وأساس التزام البائع بالضمان فيه وضرورة حصول المشتري على القيمة التي تمثلت في المبيع وهذه القيمة قد تزيد أو تنقص بعد البيع ولذلك كانت العبرة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق .

كما يشمل التعويض عن الاستحقاق قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم بردها إلى المستحق والمصروفات التي أنفقها على الشيء إذ لم يكن المستحق ملزماً بها ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وذلك قياساً على الضمان في البيع.

وأحكام ضمان التعرض الواردة في القانون المدني وخاصة النصوص المنظمة لعقود البيع ليست قصيرة على عقود البيع بل هي تسري على كل عقد ناقل للملكية.

الحيازة أو الانتفاع، وإذا كانت قسمة المال الشائع في شأنها إنهاء حالة الشيوخ و انفراد كل متقاسم بملكية الجزء الذي أنتجته له قسمة المال الشائع يخضع لذات الأحكام ضمان التعويض المقررة لعقد البيع وبقدر الذي لا يتعارض مع هذه القسمة من أثر كاشف فيمنع أبداً على كل متقاسم للتعرض لأي من المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آل إليه بموجب عقد القسمة أو منازعتها فيه.¹

المطلب الثالث:

نقض القسمة بالغبن وبطالانها

باعتبار القسمة عقداً فهي تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد سواء من حيث انعقادها أو صحتها إذ يمكن طلب بطلان القسمة إذ وقعت بين الورثة قبل موت المورث ، ويكون إبطالها نقص أهلية أحد الشركاء كما يجوز إبطالها لعيب من عيوب الإدارة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، كما يمكن إبطالها بسبب الغبن² والعبرة في إظهار

¹ أنور طلبية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقد الجزء 10 ، الكتبة القانونية ، مصدر المجلة الكبرى ،

2004 ص 436 .

² نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص 159 .

الغبين هي المقارنة بين قيمة أموال التركة وقت القسمة وبين قيمة نصاب الشريك الذي يدعي الغبن¹ وهذا ما سنبينه من خلال فرعين :

الفرع الأول:

نقض القسمة بالغبن

نص المشرع في المادة 732 من ق م ق على انه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذ أثبت أحد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذ أكمل المدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته." ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن نقض القسمة للغبن مقصور فقط على القسمة الاتفاقية دون القضائية

ونلاحظ أيضاً أن القسمة الاتفاقية باعتبارها عقداً فهي تخضع للقواعد العامة التي تتطلب مطالبة العين المادي كالهوى الجامح أو طيش بين وضع ذلك في القسمة راعي المشرع أن وظيفتها تقضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيب مقرر يعادل حصته الشائعة ، إعمالاً أيضاً بمفهوم القسمة التي تقتصر وظيفتها على الكشف عن الحق الذي كان ثابتاً من قبل الشريك المشتاع

لذلك أخذ المشرع هذا بالغبن في ذاته جاعلاً منه عيباً في عقد لقسمة يجيز نقضها إذا أصاب أحد المتقاسمين غبناً يزيد على خمس ما يستحقه ولم يكن هناك مستقبلاً لهوى أو طيش

فالغبين هو وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال بناءً على طلب الشريك المغبون وبذلك يجوز لهذا الأخير إجازة عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن إجازة صريحة فتصح القسمة ولا تقبل النقض أو ضمناً بقيامه بتنفيذ عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحق به.²

¹ حمدي باشا عمر ، المرجع القضاء العقاري ، المرجع السابق ص 89 .

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 107.

فإذا تحقق الغبن على النحو المتقدم جاز للشريك المغبون رفع دعوى نقض القسمة حتى ولو كان المال المقسوم منقولاً بخلاف أحكام الغبن في عقد البيع حيث لا يجوز الطعن فيه بالغبن إلا إذا كان البائع غير كامل الأهلية وأن يكون المبيع عقاراً .
ويجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة خلال السنة التالية للقسمة وهذا الميعاد يعد من مواعيد السقوط التي لا تقبل الوقف أو الانقطاع ويقع عبء إثبات الغبن الزائد على الخمس على الشريك المغبون لمدعي في دعوى نقض القسمة ، وهذا الإثبات بكافة الطرق فإذا تحقق القاضي من الغبن على النحو المتقدم قضى بنقض القسمة وإبطال عقدها دون أن تكون له أية سلطة تقديرية في ذلك وإذا نقض القسمة الاتفاقية ، اعتبرت كأن لم تكن وعادت حالة الشيوخ .

حيث يجوز للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة أن يتلأغى بعضها إذا أكمل المدعي ما نقض من حصته ، ويصح أن يتم هذا الإكمال نقداً أو عيناً ولا يكفي هذا على عكس الحكم في بيع عقار كامل الأهلية أن تكمل حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق ، بل يجب أن يكمل له كل ما نقص من حصته ، ويجوز للمدعي عليه فرض إكمال حصته المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى.¹

الفرع الثاني:

بطلان القسمة

حسب ما هو معلوم فإن عقد القسمة كسائر العقود وبالتالي تخضع للقواعد العامة التي تقرر صحتها ونفاذها و حجيتها وانحلالها ، فليبرم لصحة توافر الرضا ، المحل ، السبب ولا ينقض به الشيوخ إلا إذا أجمع الشركاء على ذلك واقتسموا المال الشائع فيها ، وإذا اتفق البعض على القسمة ، فلا يجوز لأي منهم التملل منها والتمسك ببطلان العقد بسبب عدم اتفاق باقي الشركاء ، إنما يثبت ذلك للآخرين وحدهم عند الاحتجاج عليهم بالقسمة

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 118.

وإذا انعدم السبب أو كان غير مشروع ، بطل العقد ، وكذلك إذا كان محل القسمة مجهولاً.

وإذا كانت القسمة عابها أنها لم يشترك فيها إلا بعض الشركاء فلا يحق لمن عقدها منهم أن يتمسك ببطانها المترتب عن ذلك بل الذي يحق له التمسك بهذا البطان هو الذي لم يكن طرفاً فيها.¹

وإذا رفضت المحكمة دعوى بطلان القسمة بناء على أن ما يدعيه المدعي من أن الأرض التي اختص بها بموجب العقد وبدت مساحتها تغاير المقادير الموضحة فيه لا يؤثر في صحة القسمة ووجوب احترامها فإنها لا تكون مخطئة في ذلك لأن اختلاف المساحة لا يؤثر في صحة العقد مادام قد احتيط فيه ذكر أن المقادير تقريبية . وإبطال القسمة يترتب عليه عودة الشيوخ ، كما كان عليه وبالتالي تسقط كافة تصرفات الشركاء في الأموال المفترزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة القسمة التي أبطلت .

ملخص الفصل الثاني

إن التصرف في المال الشائع قد يصدر إما من جميع الشركاء أو أغليبتهم، وهذا حسب ما حددها المشرع بالأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع، دون إلحاق الضرر بالأقلية المتبقية، كما يمكن أن يصدر عن أحد الشركاء ويكون تصرفه هذا كل المال الشائع أو في حصة شائعة أو جزء مفرز وذلك إما برهنه أو بيعه وغير ذلك من التصرفات والحقوق العينية التبعية كما منح المشرع في هذه الحالة لباقي الشركاء الحق في استرداد المنقول والعقار الشائع .

¹ أنور طلبه، الملكية الشائعة، المرجع السابق ص 283.

والشيوخ هو حالة مؤقتة تنتهي ويزول بالقسمة التي تعد من أهم أسباب انقضاء الشيوخ وتكون القسمة اتفاقية أي رضائية بالاتفاق بين كل الشركاء وقد تكون قضائية أي باللجوء إلى القضاء عند عدم اتفاق الشركاء على القسمة الاتفاقية أو كان من شأنها إحداث نقص في المال الشائع ، أو كان بينهم قاصر أو ناقص أهلية وهذه الأخيرة قد تكون عينية أو بمنفعة .

ويترتب عن القسمة أثارا تتمثل في الإفراز أي حصول كل شريك على الجزء المفرز كل بقدر نصيبه بالإضافة إلى ضمان المتقاسمين بين بعضهم البعض ما قد ينشأ من تعرض أو استحقاق .

وفي النهاية إن الشركاء أو لواحد منهم الحق في نقض القسمة بسبب الغبن الذي يزيد عن الخمس أو إبطالها لأسباب منها عدم حضور كل الشركاء من القسمة وبطلان القسمة يترتب عنه عودة الشيوخ بين الشركاء كأن لم ينتهي أبدا وكان لم تكن هناك قسمة.

خاتمة

وفي ختام هذه المذكرة نقف على عدة نتائج واقتراحات وذلك نظرا الأهمية البالغة التي يكتسبها موضوعنا والذي عالجنا فيه الملكية الشائعة بصفة عامة وكيفية إدارة وتسيير المال الشائع وكيفية التمتع والتصرف في المال الشائع وما يترتب عليها من آثار قانونية لكون حق الشريك في الشيوع مرتبطا بحقوق الشركاء الآخرين حيث اتضح لنا أن الملكية الشائعة تتوفر فيها عناصر الملكية التامة فالمالك في الشيوع له أن يستجمع السلطات الثلاثة المفردة للملكية، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف .

وباختصار إن حق الملكية الواردة على الشيء الشائع له أصحاب متعددون خلافا للملكية العادية المفردة التي يكون المالك فيها شخص واحد لإدارتها أما بالنسبة لأعمال إدارة المال الشائع يدخل في نظاما أعمال الإدارة العادية وأعمال الإدارة غير المعتادة فالأولى تتمثل في أعمال الحفظ والصيانة وغيرها من الأعمال التي ترضي إلى استعمال واستغلال المال الشائع دون المساس بالهدف الذي اعد له والتي تتطلب موافقة أغلبية الشركاء كمبدأ عام .

كما يمكن للشركاء إدارة المال الشائع عن طريق قسمة المهاية الزمنية و المكانية شرط أن لا تدوم هذه الأخيرة 15 سنة وأيضا يدخل في أعمال الإدارة العادية تولى أحد الشركاء دون اعتراض من الباقيين وهو ما يعبر عن الموافقة الضمنية للشركاء الآخرين على هذا الحال

في حيث تظهر أعمال الإدارة الغير عادية في التعديلات في العرض الذي أعد له المال الشائع وذلك بقصد تحسين الانتفاع به ولخطورة هذا التصرف اشترط المشرع موافقة للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.

حيث رأينا حكم أفراد أحد الشركاء يعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة قبل القسمة والتي تتوقف على إجازة أو رفض هذا العمل من الأغلبية المقررة لأعمال الإدارة غير العادية وهي ثلاثة أرباع الشركاء

كما تطرقنا إلى حكم التصرف في المال الشائع وميز بين التصرف الشريك منفردا وتصرف الشركاء مجتمعين فلاحظنا أن الشريك في الشيوع أن يتصرف في جزء مفرز من

العين الشائعة قبل القسمة، ولكن يشترط أن يقع حق استرداد الحصة الشائعة الذي يكلفه القانون للشركاء الآخرين .

في حيث يتوقف حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع على حالة علم المشتري بحالة الشيوخ من عدمها، وكذلك يختلف الحكم إذا كان التصرف قبل القسمة أو بعدها. إن كان هذه الصعوبات والإشكالات العملية تجعل الشيوخ وضع غير مرغوب فيه يدفع الشركاء المشاعين إلى اللجوء إلى طريقة لإنهاء هذا الوضع، وهذا ما قرره القانون بإمكانية انقضاء الشيوخ بالقسمة سواء كانت قسمة اتفاقية والتي يجوز انقضائها للغبن أو قسمة قضائية والتي بدورها تنقسم إلى قسمة عينية وهي التي يمكن فيها تقسيم المال الشائع دون إلحاق ضرر بالهدف الذي أعد له .

بالإضافة إلى اعتبار المشرع أن المهاية المكانية كطريقة استثنائية لإنهاء الشيوخ إذا دامت 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية بحكم وفرة القانون.

وقسمة المال الشائع ترتب آثار قانونية نظرا للتغيير المراكز القانونية للأشخاص المتصرفين والطبيعة محل الحق في الملكية حيث رأينا أن أهم الآثار التي تتجم عن القسمة هي إفراز حصة كل شريك وما يلزمها من أثر كشف رجعي وكذلك يترتب ضمان التعرض والاستحقاق. و في الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحاط بموضوع إدارة الملكية بمجموعة من القوانين و النصوص القانونية. خاصة نصوص القانون المدني وهذا لأهمية الموضوع والإشكاليات العملية التي نجدها فيه وكذلك نظمه من خلال اجتهادات قضائية وقرارات صادرة عن المحكمة العليا التي جسدت النطاق العملي لتطبيق الأحكام النظرية الواردة في القانون المدني.

ولهذا الموضوع ايجابيات و سلبيات تميزه و من أهم الايجابيات هو أن ادارة و تسيير المال الشائع تسهل علي اصحاب الملكية الانتفاع من هذا المال الشائع وأيضا هي تخفض من كثرة المناعات القائمة حول كيفية الدارة والانتفاع بالمال الشائع أما السلبيات فتكمن في هو ترك الحرية في اختيار من له الحق في تسيير الملكية الشائعة مما قد يؤدي الى ظهور نزاع حول هذا الأخير .

إلى غير هذا من السلبيات ولكن، وفي المقابل هذا نجد أنه آن الأوان من أجل فتح المجال أمام القضاء العقاري في إنشاء المحاكم عقارية مستقلة تختص بالفصل في هذه المنازعات وذلك لكثرة القضايا العقارية بصفة عامة ودعاوى الملكية الشائعة بصفة خاصة وهو ما سينضم القطاع العقاري،

- وكذلك تكوين قضاة مختصين في المجال العقاري وذلك لتفادي ارتكاب أخطاء على مستوى المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية.
- الذي يؤدي إلى تعطيل وتأخير مصالح الأشخاص، نظرا للوقت الكبير الذي تستغرقه طرق الاستئناف والإجراءات القضائية الإدارية.

قائمة المراجع

- أنور طلبة : مجموعة المبادئ القانونية ، مصدر المجلة الكبرى 2004 .
- توفيق حسن فرج: الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، دون سنة ودون طبعة
- جورج شعراوي : حق الملكية العقارية المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس - لبنان 2006
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط لشرح القانون المدني الجديد حق الملكية ، الجزء 08 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت -لبنان - الطبعة الثالثة الجديدة المنقحة ، 2000 .
- عبد المنعم فرح الصده ، الملكية في القوانين البلاد العربية ، توزيع دار الفكر العربي، دون سنة، دون طبعة .
- عمر سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني دار الهدى .
- رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.
- مصطفى الجمال، نظام الملكية، الفتح للطباعة والنشر الإسكندرية 2000 الطبعة 02.
- زهدى يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ، دار الثقافة، بيروت 1969، دون طبعة، الجزء الرابع عشر .
- محمد حسن القاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية.
- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري - اللبناني دراسة مقارنة ، الحلبي الحقوقية ، دون مكان النشر ، دون سنة .
- أنور طلبة : الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث الأزاريطة ، الإسكندرية، 2004 ، دون طبعة
- جمال خليل النشار: تصرف لشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني -دار الجامعة للنشر ،2000 ، دون طبعة .
- جمال خليل النشار: إيجار الشريك للمال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دار الجامعة الجديدة للنشر 2003.

مذكرات التخرج:

- ابتسام حسناوي : النظام القانوني للمال الشائع ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة درجة الماستر في القانون تخصص عقاري ، فرع قانون توثيق ، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة -1- سنة 2010 - 2011 .

القوانين و الأوامر:

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخ في 30/09/1975.

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم

- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

- المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 بين إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن اعتراف الملكية

قرارات المحكمة العليا :

- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 26/10/1983 تحت رقم 29501 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول .

- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 28/10 تحت رقم 92343 ، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول .

- المحكمة العليا- الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 08/04/1987 تحت رقم 39496 ، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث .

- المحكمة العليا- الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 29/10/1990 تحت رقم 63765 ، المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الرابع .

المواقع الإلكترونية:

- رلي صفير - الملكية الشائعة للإستغلالها وإدارتها والتصرف فيها و قسمتها - بتاريخ

2002/08/01 مجلة الجيش عدد 2006

<https://www.lebarmy.goc.lb/articl.asp>

- الحقوق المترتبة عن الملكية العقارية وطرق إثباتها ، التعمير دوت كوم

<https://www.ar.jurispidia.org/index.php>