



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون عقاري
بعنوان:

الحماية القانونية للشريك في الشروع في التشريع الجزائري

إشراف الدكتور:

لخذاري عبد الحق

إعداد الطالب:

- بن العلمي إسكندر

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
بن طيبة صنية	أستاذ محاضر أ	رئيسا
لخذاري عبد الحق	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقرا
حاجي نعيمة	أستاذ محاضر ب	ممتحنا

السنة الجامعية: 2018-2019

شكر و عرفان

أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان إلى الدكتور المشرف والمقرّرة
" لخذاري عبد الحق "
الذي أمدني بتوجيهاته القيّمة ولم يبخل عليا بوقته ومعلوماته التي ساهمت في
إثراء هذه الدراسة
كما أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان للدكتورة " بن طيبة صنيا "
بترؤسها لجنة المناقشة
و الأستاذة الدكتورة "حاجي نعيمة" بمناقشتها لهذا البحث
كما أشكر كلّ من قدّم لي يد العون من قريب أو من بعيد، وكلّ من علّمني حرفا
وساعدني بأيّ شكل من الأشكال.

قائمة المختصرات:

صفحة	ص
طبعة	ط
دون طبعة	د ط
دون دار نشر	د د ن
دون تاريخ نشر	د ت ن
دون بلد نشر	د ب ن
دينار جزائري	د ج



مقدمة

إن الملكية الشائعة هي ملكية أكثر من شخص واحد على مال منقول أو عقار دون تعيين حصة كل منهم، يمارس عليه الشركاء نفس السلطات في وقت واحد مما يجعل حقوقهم متزاحمة، على عكس الملكية العادية والتي ينفرد بها شخص واحد على شيء مفرز، تتعدد أسباب نشوء هذه الملكية الشائعة فقد يكون مصدرها ملكية الأسرة كما قد يكون ميراث، وقد يكون شيوعا إجباريا كما قد يكون اختياريا يمكن للشركاء وضع حد نهائي له.

يحتاج المال الشائع إلى العديد من الأعمال خاصة فيما يتعلق بأعمال الإدارة والحفظ على نحو يضمن بقاءه على أحسن حال إلى حين قسمته وحصول كل شريك على نصيبه، حيث تنقسم أعمال الإدارة إلى أعمال إدارة عادية وأعمال إدارة غير عادية، لكل منهما غرض معين، وللقيام بهذه الأعمال أوجب المشرع توفر جملة من الشروط الضرورية، وقد يحتاج هذا المال أيضا إلى أعمال ضرورية من أجل حفظه وصيانته، حيث يحق لجميع الشركاء القيام بهذه الأعمال الضرورية وفي حال امتناعهم عن ذلك يمكن للشريك الانفراد بها والرجوع على بقية الشركاء بنفقاتها.

وللشريك في الشيوع الحق في الانتفاع بالمال الشائع قبل قسمته، كما يمكنه التصرف في المال الشائع ولبقية الشركاء الحق في استردادها وفق إجراءات معينة من أجل المحافظة على بقاء المال الشائع بين أيدي الشركاء .

إن الأصل في الملكية هي الملكية المفترزة، وحالة الشيوع تعتبر استثنائية، حيث أن مصير كافة الملكيات الشائعة تنتهي بالقسمة التي يتفق الشركاء على إجرائها وفقا لشروط معينة ليحصل كل منهم على حصة تساوي نصيبه في المال الشائع، قد يختلف الشركاء على قسمة المال الشائع قسمة اتفاقية ولا يبقى أمام الشريك الذي يريد الحصول على حصته المفترزة سوى اللجوء إلى القضاء مطالبا بالقسمة القضائية، لتتم قسمته وفقا لعدة لإجراءات ومراحل.

إن القسمة الاتفاقية للمال الشائع تعتبر عقدا يتم من خلاله قسمة المال الشائع، يمكن أن يشوب هذا العقد عيب من العيوب التي قد تؤدي إلى نقضه وإبطاله ومن

أهم هذه العيوب الغبن، أما بالنسبة للقسمة القضائية فلا يتوقع أن يكون فيها الغبن كون القضاء يضمن لكل متقاسم الحصول على حصته الكاملة، وبعد إتمام القسمة يكون من حق كل شريك الحصول على حصته المفترزة كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق للمتقاسمين الآخرين.

إن أهمية موضوع الملكية الشائعة تبرز من خلال اثارته لانتباهي خاصة فيما يتعلق بالحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل انتشار النزاعات المتعلقة بهذا النوع من الملكية.

أما فيما يخص دوافع اختيار الموضوع فهي مقسمة بين دوافع شخصية متمثلة في الرغبة الذاتية للتعلم ودراسة الملكية الشائعة كونها أحد المواضيع الهامة والتي تدخل ضمن تخصصي كوني طالب في فرع القانون العقاري، والملكية الشائعة غالباً ما يكون محلها منصبا على العقار.

أما الدافع الموضوعي فيتمثل في كثرة المنازعات المتعلقة بالملكية الشائعة مع وجود حالات تطرح الكثير من الخلافات بين الشركاء خاصة فيما يتعلق بالحماية القانونية لحقوق الشركاء أثناء قيام حالة الشيوع وعند الخروج منه.

لقد خص المشرع الجزائري الشريك في الشيوع بحماية قانونية خاصة، ومن هنا نكون أمام طرح الإشكالية التالية:

ما هي الوسائل القانونية التي أرساها المشرع من أجل حماية الشريك في الشيوع؟ وما مدى فعاليتها؟

تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، ذلك أنه يتماشى مع طبيعة الموضوع، وكذلك من أجل الإلمام بكافة جوانب الموضوع والإحاطة بأكبر قدر من المفاهيم المتعلقة به، فقد تم استعمال المنهج الوصفي من أجل وصف وبيان مظاهر الحماية القانونية للشريك في الشيوع قبل قسمة المال الشائع وبعدها، أما المنهج التحليلي فقد استعملته من أجل تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية.

وتتمثل أهداف هذه الدراسة في أهداف علمية وأهداف عملية، تتمثل الأهداف العلمية في التعمق في موضوع الملكية الشائعة قصد التوصل إلى معلومات جديدة من خلال تفسير للنصوص القانونية.

أما الأهداف العملية فتتمثل في بيان حقوق وواجبات الشركاء في الشيوخ من أجل المحافظة على مصالحهم من جهة والمحافظة على الملكية الشائعة مادامت حالة الشيوخ قائمة من جهة أخرى، كما تهدف أيضا إلى توضيح كيفية ممارسة الشركاء لحقوقهم أثناء قيام الشيوخ وبعد انقضائه في ظل الحماية القانونية المقررة بهذا الشأن.

بخصوص الدراسات السابقة وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وكثرة النزاعات المطروحة بشأنه في الحياة اليومية انه تم التطرق إلى دراسات مرتبطة بموضوع الملكية الشائعة لكن من جوانب مختلفة فقد تم إعداد مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012/2011 تحت عنوان إدارة أنواع الشيوخ في القانون المدني الجزائري من طرف الطالبة تواتي سهيلة، كما وجدت من خلال الدراسات السابقة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2017/2016 تحت عنوان القسمة العقارية الحضرية للأماكن الخاصة من إعداد الهواري نجوى، كذلك مذكرة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2007 تحت عنوان التصرف في الملكية العقارية الشائعة من إعداد وهاب عياد.

من أهم الصعوبات التي واجهتها خلال إعداد هذه المذكرة في موضوع الحماية القانونية للشريك في الشيوخ قصد إعداد هذه المذكرة هي صعوبة التحصل على القرارات القضائية وقلة المراجع المتخصصة في المجال العقاري والمتعلقة بالملكية على الشيوخ، وقد تناولت العديد من المراجع هذا الموضوع بصفة عامة دون الفصل بين الملكية الشائعة التي يكون محلها منقول أو عقار.

تمت دراسة موضوع الحماية القانونية للشريك في الشيوخ وفقا لخطة ثنائية تتكون من فصلين، يحتوي كل فصل على مبحثين، حيث جاء الفصل الأول تحت عنوان حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع ونظرا لأهمية هذه المرحلة فقد تمت دراسة

حماية الشريك في الشيوغ خلال إدارة المال الشائع والانتفاع به من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد إحتوى حماية الشريك في الشيوغ خلال التصرف واسترداد المال الشائع.

والشيوغ عادة ما يكون مصيره القسمة وهذا ما تضمنه الفصل الثاني، الذي يندرج تحته مبحثين، الأول تحت عنوان حماية الشريك في الشيوغ خلال القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان حماية الشريك من خلال الأثر الكاشف والضمان في القسمة

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

المبحث الأول: حماية الشريك في الشروع خلال إدارة المال الشائع والانتفاع به

المبحث الثاني: حماية الشريك في الشروع خلال التصرف واسترداد المال الشائع

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيووع قبل قسمة المال الشائع

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيووع قبل قسمة المال الشائع

إن ملكية المال الشائع هي عبارة على ملكية لأكثر من شخص على مال منقول أو عقار دون تعيين حصة كل منهم مادامت حالة الشيووع قائمة بينهم، بحيث يتمتع كل شريك بكافة السلطات المخولة قانونا، فله أن يقوم باستعمال ملكيته، وله استغلالها والتصرف فيها بشرط أن لا يلحق ضررا بباقي الشركاء، وحق الملكية في هذه الحالة هو حق منقسم على المال الشائع دون قسمة المال في حد ذاته، والشيء المملوك في الشيووع ليس ملكا للشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك جزءا غير مفرزا منه .

إن مسألة الملكية الشائعة تطرح إشكالية إدارة المال الشائع، فقد يكون هذا المال بحاجة إلى أعمال إدارة وأعمال حفظ من أجل المحافظة عليه إلى حين قسمته وحصول كل شريك على نصيبه المفرز منه وقد يتمتع الشركاء عن القيام بهذه الأعمال .

تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حماية الشريك في الشيووع خلال إدارة المال الشائع والانتفاع به (المبحث الأول)، وحماية الشريك في الشيووع خلال التصرف واسترداد المال الشائع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية الشريك في الشيوخ خلال إدارة المال الشائع والانتفاع به
من البديهي أن يكون للشركاء باتفاقهم جميعا حق تنظيم الانتفاع بالشيء وإدارته، وعلى ذلك إذا اتفق جميع الشركاء على ذلك فإن كل عمل يتم بمقتضى هذا التنظيم يكون صحيحا وناظا في حق الجميع. فإذا وقع الشيء الذي تم تأجيله بموافقة الجميع في نصيب واحد منهم فقط فيبقى الإيجار ناظا في مواجهته، وقد يكون من مقتضى هذا التنظيم تعيين مدير يقوم بهذه الأعمال، ففي هذه الحالة أيضا يكون كل عمل يقوم به المدير في حدود سلطته المخولة له صحيحا ناظا في حق الجميع، وليس للشركاء استرداد المال الشائع مادام الاتفاق على الإدارة قائما.¹

ومن أهم مظاهر الانتفاع بالمال الشائع هو قسمة المهايأة والتي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري بحيث تسمح هذه القسمة بالانتفاع بالمال دون القسمة الفعلية له، ويمكن أيضا وصفها بقسمة المنفعة دون قسمة العين، فقد تكون قسمة مكانية للمال الشائع يخصص من خلالها جزء مفرز من المال الشائع قصد تنظيم الانتفاع به لمدة محددة قانونا أو اتفاقا، كما قد تكون قسمة زمنية ينتفع من خلالها الشريك بكل المال الشائع لمدة معينة، ولا تعتبر قسمة المهايأة مكانية نهائية إلا بتوفر جملة من الشروط سأقوم بتفصيلها من خلال الحقوق المتعلقة بالانتفاع بالمال الشائع (المطلب الأول)، وللشريك في الشيوخ الحق في التصرف في المال الشائع سواء كان التصرف ماديا كهدم البناء أو تعديله وله أيضا أن يقوم بتصرف قانوني قد يتجسد في بيع المال الشائع أو ترتيب حق عيني عليه، سأشرح ذلك من خلال الحقوق المتعلقة بالتصرف في المال الشائع (المطلب الثاني).

¹ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 90.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيووع قبل قسمة المال الشائع

المطلب الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال إدارة المال الشائع

إن المشرع الجزائري قد وضع حماية قانونية للشريك خلال عملية إدارة المال الشائع بحيث كفل الحق لكل شريك في أن يتولى هذه العملية بنفسه، وقد تكون بصفة جماعية، كما منح أيضا للشريك الحق في اللجوء إلى المحكمة من أجل تعيين من يدير هذا المال الشائع .

سيتم تفصيل الطرق القانونية لحماية الشريك في الشيووع خلال الإدارة العادية (الفرع الأول)، وحماية الشريك في الشيووع خلال الإدارة غير العادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال الإدارة العادية

يراد بأعمال الإدارة العادية تلك الأعمال التي لا ترمي إلى إحداث تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع وتشمل هذه الأعمال إيجار المال الشائع واستغلاله¹، قد يتفق الشركاء على أعمال الإدارة العادية بأن تكون من حقهم مجتمعين، كما قد يختلف الشركاء على ذلك.

أولاً: في حالة اتفاق الشركاء

نصت المادة رقم 715 من القانون المدني الجزائري على أنه " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك."

يقصد بأعمال الإدارة العادية، تلك الأعمال التي لا تتطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع كالإيجار². ونظرا لأن الإيجار ليس من أعمال التصرف بل هو من أعمال الإدارة فيدخل في استغلال العين المملوكة على الشيووع واستعمالها، وذلك يقتضي سيطرة مادية على العين فإذا وضع المستأجر يده على العين المؤجرة حتى ولو عادل ذلك حصة الشريك فإنه يكون بذلك قيد بقية الشركاء عن العين

¹ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، د ط، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، الأردن، 2008، ص 61.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 96

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

المملوكة على الشيوخ والتي هي من حق الشركاء جميعا، وبالتالي فإن موافقة الشركاء على الإيجار ليست شرطا في عقد الإيجار الصادر من أحدهم فحسب، بل في تجديد الإيجار وتقييد شروطه،¹ والأصل أن يتولى الشركاء مجتمعين الإدارة المعتادة للمال الشائع، فإذا كان المال أرضا زراعية مثلا يمكنهم الاتفاق على زراعتها أو تأجيرها، وإذا كان محلا تجاريا يمكنهم كذلك الاتفاق على استغلاله بأنفسهم أو تأجيره للغير.²

كما نظم المشرع إدارة المال الشائع تنظيمًا دقيقًا يكفل تيسير القيام بها ويحسم الخلافات التي تقع في شأنها، وفي هذا الشأن نصت المادة رقم 716 القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة. فان لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا، سواء كان الخلف عاما أو خاصا، وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم".

فإن اتفقت الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة، ولهذه الأغلبية أن تقيد المدير في إدارته بقواعد تضعها، وتسري هذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية، كما تسري على خلفاء الشركاء سواء كان الخلف عاما أم خاصا، أما إذا لم يختاروا مديرا، وتولى أحد الشركاء

1 جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 34.

2 تواتي سهيلة، إدارة أنواع الشيوخ في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2011/2012، ص 12.

الإدارة دون اعتراض من الباقيين ،عد وكيلا عنهم،وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا وذلك في حدود قواعد الفضالة.¹

ثانيا: في حال عدم اتفاق الشركاء

إذا لم يتولى الإدارة أحد؛ تكون الإدارة للجميع،ولا يشترط أن ينعقد الإجماع فيما بينهم،بل ما يستقر عليه رأي الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة ويكون ملزما للجميع بما فيهم الأقلية التي خالفت هذا الرأي،وليس لهذه الأقلية حق التظلم إلى المحكمة مادام الأمر يتعلق بالإدارة العادية،فإن لم تكن هناك أغلبية وشّلت الإدارة بسبب ذلك،كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تعين مديرا من بين الشركاء أو من غيرهم²، يكون هذا المدير ملزما بالمحافظة على الأموال المكلف بحراستها وإدارتها وعليه بذل عناية الرجل العادي في ذلك،فهو لا يملك إلا حق الإدارة فلا يمكنه إبرام عقد إيجار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات،وعليه تقديم الحسابات المتعلقة بما قبضه من أرباح إلى الشركاء وإلى المحكمة،عن طريق إيداع صورة من الحساب،لأن الحارس القضائي في هذه الحالة معين من قبل القاضي.³

ولهذا المدير سلطة الحارس القضائي⁴ طبقا لنص المادة 604 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء،إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن وتنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية".

1 أحمد محمود خليل،إدارة المال الشائع والتصرف فيه،الطبعة الأولى،الكتاب الجامعي الحديث،الإسكندرية،2007،ص 16.

2 أحمد محمود خليل،المرجع السابق،ص 16.

3 تواتي سهيلة،المرجع السابق،ص 19.

4 عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية،الطبعة الثالثة الجديدة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،1998،ص 829.

الفرع الثاني : حماية الشريك في الشيوخ خلال الإدارة غير العادية وحفظ المال الشائع
أولاً: المقصود من الإدارة غير العادية

نصت المادة رقم 717 من القانون المدني الجزائري على أنه : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تره مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

ويقصد بأعمال الإدارة غير العادية تلك الأعمال التي تقتضي تغييراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له المال الشائع. كإعادة بناء منزل أو تحويل مطعم إلى مقهى، أو البناء في الأرض، أو تحويلها من أرض زراعية إلى أرض معدة للاستغلال الصناعي، ونظراً لخطورة هذه الأعمال لم يكتف المشرع في شأنها بالأغلبية العادية، بل اشترط أغلبية موصوفة، وهي تلك التي تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع، وخول للأقلية حق التظلم إلى المحكمة.¹

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 98

ثانيا: شروط صحة أعمال الإدارة غير العادية

أ- حيازة ثلاثة أرباع من أنصبة العقار الشائع

يمكن ذلك حتى ولو كان الشريك واحدا ويبقى للبقية الربع، فيحق للشريك الذي يملك هذه الأغلبية الإنفراد بهذا الأعمال.¹

ب- إعلان قرارهم إلى باقي الشركاء

وهذا بعقد غير قضائي محرر من طرف المحضر القضائي برسالة موصى عليها كي يعلم باقي الشركاء بسريان مهلة التظلم أمام المحكمة.²

ج- ضرورة الحصول الرخص اللازمة

قد يلجأ الشركاء خلال أعمال الإدارة غير العادية إلى القيام بتشييد بناية على المال الشائع وفي هذه الحالة أوجب المشرع للقيام بمثل هذه الأعمال الحصول على رخصة البناء، وفي حال عدم وجودها يكون للشريك المعترض على هذه الأعمال الحق في طلب وقف الأعمال إلى غاية الحصول على هذه الرخصة.³

ثالثا: الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة:

ليست الأغلبية المطلقة، أي ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصبة، بل هي الأغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير العادية، ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة 717 من القانون المدني الجزائري على ما رأينا بأنها: " للشركاء

1 انظر المادة رقم 716 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

2 انظر المادة رقم 720 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق الذكر.

3 انظر المادة رقم 52 من قانون 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المعدل والمتمم، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرخة 15 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 2 ديسمبر سنة 1990، ص 1658.

الذين يملكون على الأقل ثلاثة (3/4) أرباع المال الشائع، يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان".

فإذا كان أحد الشركاء يملك ربع المال الشائع فإنه يكون في حاجة إلى موافقة الشركاء الذين يملكون نصف المال الشائع على الأقل، هذا إذا كان هو نفسه موافقا على العمل، وإذا لم يكن موافقا، فلا بد من موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على هذا العمل، وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة غير المعتادة، وليس لأقلية الشركاء إلا المعارضة أمام المحكمة في أعمال الإدارة غير المعتادة.¹

رابعاً: حق اللجوء إلى القضاء من أجل إعطاء ضمانات للأقلية:

نصت الفقرة الثانية من المادة 717 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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"

فالمحكمة إذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره الأغلبية، وتسمع في ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية، وقد نرى، بعد مسامحة الطرفين، ألا توافق على العمل، فيمنع على الأغلبية أن تقوم به، أما إذا وافقت المحكمة على العمل، فقد تضع له شروطاً وتحوطه بضمانات تكفل إنجازها على وجه مرضي، وقد يبقى العمل بعد كل ذلك، غير مأمون العاقبة، فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة، وتأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية.²

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 832.

2 نفس المرجع، ص 833.

أما إذا اتخذت الأغلبية قراراتها وأعلنت الأقلية في الآجال المحددة في القانون ومضت مدة شهرين دون اعتراض أي أحد من الشركاء وعدم التظلم إلى المحكمة، يصبح في هذه الحالة قرار الأغلبية نافذا ويمكن تطبيقه ولا يمكن الاعتراض عليه.

خامسا: حماية الشريك في الشروع خلال حفظ الملكية الشائع

أ- من له الحق في حفظ المال الشائع

لقد نصت المادة 718 من القانون المدني الجزائري على أنه : "لكل شريك في الشروع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

باستقراء أحكام المادة 718 من القانون المدني وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في العديد من القرارات، فإنه يحق لكل شريك في الملكية الشائعة ولو بدون موافقة الشركاء اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحفظ المال الشائع سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية، كون التصرف الذي أقدم عليه الشريك لا يمس بالملكية وإنما يعود بالفائدة على جميع الشركاء، وعليه فإن حفظ المال الشائع من حق كل شريك ومن هذا يكون لأي شريك أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظ العقار، حيث صدرت بهذا الشأن عدة قرارات قضائية.

فقد صدر قرار المحكمة العليا رقم 153436، المؤرخ في 1997/06/24، والذي نص على ما يلي : "من المقرر قانونا أن لكل شريك في الشروع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاء المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال الشائع، فإنهم أصابوا في قرارهم خاصة وأن القانون لا يشترط في

رفع الدعوى أن تكون من قبل أحد الشركاء أو أغلبهم، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار".¹

وتعتبر من قبل أعمال الحفظ الأعمال المادية لترميم العقار المخصص للسكن، أو جني ثمار العقار الفلاحي، وكذا الأعمال القانونية كالوفاء بالديون الناجمة عن رهن العقار المشاع ودفع التعويض الاستحقاقى لإخلاء المحل، وكذلك رفع دعوى الحيابة أو دعوى الاستحقاق على الغاصب، وكذلك قطع التقادم إذا كان العقار الشائع في حياة أجنبي بقصد تملكه بالتقادم المكسب.²

ب- عدم لزوم موافقة بقية الشركاء

إن أعمال الحفظ يصح أن يقوم بها كل شريك في الشيوخ منفردا دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، والشريك في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر أصيلا عن نفسه، ثم هو وكيل عن سائر الشركاء، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة، فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة إليهم، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء تولي شأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر.³

سادسا: نفقات حفظ الملك الشائع

إن كل الشركاء في الشيوخ ملاك للمال الشائع كما قدمنا، فتنقسم تكاليف حفظ هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه، النفقات التي صرفت في صيانتته وترميمه، أو تسجيل سنده، أو تحوطيه بصور، أو جني ثماره قبل التلف، أو قطع التقادم، أو تعيين الحدود، أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع، أو غير ذلك من نفقات

¹ انظر قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية البحرية)، ملف رقم 153436 مؤرخ في 24/06/1997، المجلة

القضائية، العدد 2، سنة 1997، ص 126.

² علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 62.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 806.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

الحفظ التي سبق ذكرها، وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى.¹ والرجوع على الشركاء في الشروع²، يكون كما قدمنا بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب .

ولعل أوجه الآراء التي قيلت في هذا المجال هو أن الشريك يقوم بالعمل أصالة عن نفسه وبصفته نائباً قانونياً عن بقية الشركاء لأن حقه في القيام بهذا العمل مقرر بحكم القانون، وعليه فالرجوع على باقي الشركاء يكون على أساس النيابة.³ فإذا رفع أحد الشركاء دعوى طرد أجنبي فمن تحصيل الحاصل أنه سيتكبد المصاريف القضائية المحددة في المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه " تشمل المصاريف القضائية الرسوم المستحقة للدولة ومصاريف سير الدعوى ولا سيما مصاريف وإجراءات التحقيق ومصاريف التنفيذ التي يحددها التشريع" ومن ثم يرجع على بقية الشركاء بهذه المصاريف والنفقات.

وما دامت هذه الأعمال تؤدي إلى حفظ المال الشائع ولا تلحق الضرر بباقي الشركاء فمعنى ذلك أنها تجري لصالحهم جميعاً لا لصالح من انفرد بها من دونهم و هي على هذا النحو تتم لحسابهم جميعاً، فيكون من العدل اشتراكهم في نفقاتها إذ هي نفقات ضرورية، بحيث يملك من انفرد بالقيام بها منهم الرجوع على الباقيين بما اتفق، كل بقدر حصته،⁴ وهناك حالات معينة يكون للشريك الذي قام بأعمال الحفظ الرجوع فيها على الشركاء كل بنصيبه في نفقات الصيانة والحفظ وفي حالة حصوله على موافقة الشركاء كلهم أو بعضهم يكون له الرجوع على من وافق بحصته، وفي حال حصوله على إذن

1 نفس المرجع، ص 808.

2 انظر المادة 719 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

3 علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 59.

4 حسن كيرة، أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط، منشأة الناشر المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 168.

قضائي يمنح له الحق في القيام بالإصلاحات وكذلك إذا كان العمل ضروريا لا يحتل التأخير كأن يكون في تأخيره ضرر كبير يحل بالمال المشترك.¹

سابعا: حالات إعفاء الشريك من نفقات الحفظ

يجوز لأي من الشركاء، التلخص من دفع حصته في النفقات والتكاليف، أن يتخلى عن حصته في المال الشائع، وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية العين². ويترتب على تخلي الشريك عن حصته أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء، كل بقدر نصيبه في المال الشائع، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات، كل بقدر نصيبه الجديد أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم³، وإذا أراد أي من الشركاء التخلص من التزاماته بتقديم حصته من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك من خلال أن يترك للشريك الذي قام بالنفقات حق التمتع بالشيء المشترك مع منتجاته إلى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء، أو أن يبيع حصته، كما يمكنه التحلل أيضا من خلال طلب القسمة إذا كانت مستطاعه، قبل القيام بتلك النفقات.

1 محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، د ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2000، د ب ن، ص 72.

2 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 809.

3 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 809.

المطلب الثاني: حماية الشريك في الشيوخ خلال الانتفاع بالمال الشائع

من أهم الحقوق المخولة قانوناً للشخص على ملكيته حق الانتفاع، ولا يطرح أي إشكال في حالة الملكية الفردية بحيث لا يوجد أي مانع يحول دون ممارسة الشخص لهذا الحق، لكن هذا الإشكال يطرح بشدة في حال الملكية الشائعة بحيث قد تقوم العديد من النزاعات بين الشركاء في الشيوخ، مما جعل المشرع يتدخل بوضع قوانين توطر عملية الانتفاع بهذه الملكية الشائعة من أجل السماح لكل الشركاء من الانتفاع بملكيتهم وتنظيمها دون حدوث أي نزاع فيما بينهم حيث ينقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ انتفاع الشريك بالحصصة الشائعة من خلال قسمة المهايأة (الفرع الأول)، وتحويل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : انتفاع الشريك بالمال الشائع من خلال قسمة المهايأة

أولاً: تعريف قسمة المهايأة

لم يقم المشرع من خلال القانون المدني بإعطاء تعريف لقسمة المهايأة بحيث ترك ذلك للفقهاء حيث عرفه على انه عبارة عن تقسيم لمنافع الشيء الشائع بين الشركاء، فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوخ، وإنما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع¹، كما يمكن تعريفها أنها تقسيم مؤقت يهدف إلى تمكين كل شريك في الملك الشائع من قدر من الانتفاع به، يناسب حصته، ويكون ذلك أما بتخصيص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يمارس عليه سلطاته في الاستعمال أو الاستغلال، وإما بالاتفاق على استقلال كل من الشركاء باستعمال كل الشيء المملوك على الشيوخ واستغلاله خلال فترة محددة، ينتقل بعدها الانتفاع به إلى شريك آخر².

1 حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 44

2 نفس المرجع، ص 45

وتعتبر قسمة المهايأة تنظيمًا عمليًا يمكن كل الشركاء المشتاعين من التمتع بهذا الاستعمال والاستغلال بما يوازي الحصة الشائعة لكل منهم.¹ وقد عرض المشرع الجزائري لقسمة المهايأة من خلال المواد 733 إلى 739 من القانون المدني الجزائري حيث نظم من خلالها الانتفاع بالمال الشائع والقضاء على الأضرار التي تنجم على الشيوخ سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية .

ثانياً: أنواع قسمة المهايأة

أ- قسمة المهايأة المكانية:

هي قسمة اتفاقية فإنها لا تؤدي إلى قسمة المال الشائع وانقضاء الشيوخ إلا إذا توافرت شروط خاصة، وإنما تنصرف إلى تمكين كل شريك من الانتفاع بجزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته فيه، مع بقاء الملكية الشائعة لجميع الشركاء مقيدة بتلك القسمة، وبالتالي لا يجوز أن يتعرض شريك لشريك آخر في الحصة التي ينتفع بها بموجب تلك القسمة، أو يطلب نقض القسمة قبل المدة المحددة لها، أما الأجزاء التي لم تشملها تلك القسمة فتضل شائعة وتخضع لأحكام الشيوخ.²

1- مدة قسمة المهايأة المكانية:

تتطلب قسمة المهايأة المكانية إجماع الشركاء على تخصيص جزء مفرز لكل شريك يوازي حصته للانتفاع به، ويجب ألا تتجاوز مدة هذه القسمة خمس سنوات على أن تجدد بعد انتهاء المدة الاتفاقية بسنة كل مرة، ما لم يطلب أحد الشركاء إنهاء القسمة على نحو ما تقدم ظلت تمدد بسنة كل مرة، فإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت

1 نفس المرجع، ص 44.

2 محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في حد ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 274.

إلى قسمة ملك نهائية ما لم يكن الشركاء قد انتفقوا على عدم تحول قسمة المهايأة إلى قسمة ملك نهائية، وقد يرد هذا الاتفاق بعقد القسمة أو بملحق له.¹

ب- قسمة المهايأة الزمنية

1- تعريف قسمة المهايأة الزمنية

هي اتفاق جميع الشركاء المشتاعين على أن يتناوبوا على الانتفاع بالمال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته دون تقسيمه بينهم إلى حصص مفرزة.² حيث يتفق الشركاء على الانتفاع بكل المال الشائع وليس جزء منه مثل القسمة المكانية.

2- عدم تحول قسمة المهايأة الزمنية إلى قسمة نهائية

رأينا أن المشرع قد نص على إمكانية تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بين الشركاء إذا دامت خمس عشر سنة وما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك .

بينما لم ينص على المهايأة الزمنية فلم يتكلم على تحويلها إلى قسمة نهائية بقوة القانون ولا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طال مدتتها لأنها تبقى المال الشائع على حاله دون إفراز، فهي لا تهين للقسمة النهائية لتناوب الشركاء الانتفاع بالمال كله.³

ثالثا: الفرق بين قسمة المهايأة وقسمة الفعلية :

تتحقق القسمة الفعلية إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء، بما يفيد توافر إرادتهم الضمنية على قسمة المال الشائع فيما بينهم، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المقرر الذي سبق له التصرف فيه، ولا تتم تلك القسمة إلا بالتصرف في كل المال الشائع⁴، أما قسمة المهايأة

¹ نفس المرجع، ص 279.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 143.

³ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 147.

⁴ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 301.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

المكانية، فتتم بموجب إرادة صريحة من جميع الشركاء يتضمنها عقد القسمة، وينحصر حق الشركاء في الانتفاع بالأجزاء التي اختص بها كل شريك دون أن يكون له حق التصرف فيها تصرفاً نافذاً في حق باقي الشركاء إلا بعد تحول القسمة إلى قسمة نهائية، وإذا تصرف أحد الشركاء في الجزء المفروز الذي اختص به، ثم تصرف مثله باقي الشركاء قبل أن تتحول قسمة المهايأة إلى قسمة فعلية، تصبح كل التصرفات صحيحة حتى لو تضمن عقد قسمة المهايأة نصاً ببطلانها.¹

وقد تكون قسمة المهايأة زمنية، بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ولا يوجد تحديد للمدة التي يصح الاتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهايأة المكانية، ولذلك يجوز الاتفاق على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد عن خمس سنوات، والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الانتفاع وبين حصة كل شريك.²

ويراعى أنه في خلال مدة إنفراد كل شريك بالانتفاع بالشيء، أو بالحق المشترك، يكون له أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به من خلال المدة المعينة للانتفاع، وله أن يتصرف بمقابل أو بدون مقابل، ولا يلزم في هذه الحالة تقديم حساب لشركائه عما استوفاه، وكل هذا بشرط ألا يأتي ما من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق الباقيين عندما يأتي دورهم في الانتفاع.³

رابعاً: إخضاع المهايأة لأحكام الإيجار

تعتبر المهايأة إيجاراً متبادلاً فيما بين الشركاء ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام الإيجار إلا ما تعارض من هذه الأحكام مع طبيعة القسمة ومع الأحكام التي خصها بها المشرع، فيجب أن تتوفر في الشريك أهلية الإدارة بصفته مؤجراً ومستأجراً في آن واحد

¹ نفس المرجع، ص 301.

² توفيق حسن فرح، الحقوق العينية الأصلية، د ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت، ص 241

³ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 241

ويجب على نائب ناقص الأهلية الحصول على إذن من المحكمة من أجل عقد المهايأة التي تزيد مدتها عن ثلاث سنوات.¹

ونستخلص من هذا أن قسمة المهايأة هي عبارة عن وسيلة قانونية جعلها المشرع للشركاء في الشروع من أجل حماية حقوق كل منهم ما دامت حالة الشروع قائمة بينهم حيث يتمكن كل منهم من الانتفاع بجزء من المال الشائع عن طريق قسمة مهايأة مكانية كما يمكنه الانتفاع من خلال قسمة المهايأة الزمنية وذلك من خلال تناوب كافة الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع بينهم كل بمدة زمنية تتساوى مع حصته وقد أصاب المشرع في وضعه لهذه القواعد القانونية التي تضع حدا للنزاعات القائمة بين الشركاء خاصة فيما يتعلق بالانتفاع بالمال الشائع في المرحلة السابقة للقسمة النهائية.

الفرع الثاني: تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية

ومن أهم صور القسمة الفعلية تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية حيث نصت المادة 733 من القانون المدني الجزائري في فقراتها الثانية والثالثة على أنه: " وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

وإذا حاز الشريك على الشروع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة (15) سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

أ- اكتساب الجزء المفرز محل المهايأة بالتقادم

إن مدة المهايأة المكانية يجب أن لا تتجاوز خمس سنين ويجوز تجديدها سنة فسنة، فإذا استمرت خمس عشرة سنة قامت قرينة قانونية بسيطة تدل تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، وأن المدة الأخيرة ليست مدة تقادم وإنما عنصر من عناصر القرينة، ذلك أن الشريك إذا كان يستند في حيازته للجزء المفرز إلى قسمة المهايأة فإنه يكون حائزا

1 محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 306.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

عرضيا لا يكتسب الملكية أبدا حتى ولو استمر وضع يده مدة تجاوز خمس عشرة سنة، مثله في ذلك مثل المستأجر.¹

وقسمة المهايأة المكانية هي قسمة منفعة وليست قسمة ملكية، وضع المشرع مدة معينة للشركاء من أجل تنظيم الانتفاع بها، حددت هذه المدة بخمس سنوات، كقاعدة عامة، وللشركاء تمديد هذه المدة بسنة كل مرة، بشرط أن لا يقوم أحد الشركاء بإبداء رغبته في إنهاء هذه القسمة خلال الأشهر الثلاث الأخيرة قبل انتهاء كل سنة، لكن إذا دامت هذه القسمة لمدة تزيد عن خمسة عشرة سنة، انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، والحكمة في ذلك أن هذه القسمة هي خير قسمة يمكن للشركاء الوصول إليها.

وما يعاب على المشرع في هذه الحالة هو ترك المجال مفتوحا أمام الشركاء للبقاء في حالة الشيوخ حتى ولو دامت المهايأة بينهم خمسة عشرة سنة علما أن هذه المدة تعتبر خير دليل على رضا ضمني لكل منهم بهذه القسمة دون الحاجة إلى الفقرة الأخيرة التي نصت على أنه "ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك" ما يفسح المجال لوقوع نزاعات بينهم بعد قضائهم كافة هذه المدة من قسمة المهايأة.

ب- تسجيل القسمة النهائية التي آلت إليها المهايأة

إن تسجيل القسمة النهائية في هذه الحالة واجب لنفاذ القسمة في حق الغير وهو من تلقى من أحد الشركاء حقا عينيا على عقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوخ، حيث يتم تسجيل عقد قسمة المهايأة المكانية بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم إبرامه وتنفذ هذه القسمة في حق الغير الذي له الحق في طلب الشريك من تمكينه من الجزء المفروز الذي أختص به إن كان معادلا للحصة الشائعة محل التصرف.²

¹ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 295.

² محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 298.

ج- القسمة الفعلية للمال الشائع

قد لا تتجه إرادة الشركاء في الشيوخ صراحة إلى إجراء القسمة، وإنما يمكن أن تستفاد ضمناً من الظروف، مثل ذلك أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتابعه في ذلك سائر الشركاء فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر يعادل حصته، وبالتالي ينفذ الشيوخ بينهم ولا يجوز لأي منهم بعد ذلك أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيب شائعاً في المال كله¹، ولا تتم إلا من تاريخ آخر تصرف، وتقدر قيمة المال الذي وردت عليه تلك القسمة بوقت إبرام هذا التصرف، ويكفي في تسجيلها تسجيل كل تصرف على حدة.²

د- العلاقة بين قسمة المهايأة المكانية والقسمة الفعلية

إن قسمة المهايأة المكانية تتم بموجب اتفاق صريح بين الشركاء يتضمنه عقد القسمة، ليختص كل شريك منهم بجزء من العقار الشائع دون أن يكون له الحق في التصرف فيه تصرفاً نافذاً في حق بقية الشركاء إلا بعد تحول هذه القسمة إلى قسمة نهائية، لكن إذا قام شريك بالتصرف في الحصة التي اختص بها أثناء قسمة المهايأة ونهج نهجه بقية الشركاء، تحولت قسمة المهايأة إلى قسمة فعلية وفقاً لإرادة ضمنية، فتصبح تلك التصرفات صحيحة حتى ولو تضمن عقد قسمة المهايأة حضراً لها أو نصاً ببطانها.³

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 133.

² أنور طلبة، الملكية الشائعة، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 168.

³ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 301.

المبحث الثاني : حماية الشريك في الشيوغ خلال التصرف واسترداد المال الشائع

للشريك في الشيوغ الحق في التصرف في ملكيته أثناء الشيوغ، فله أن يقوم ببيعها كما له أيضا أن يقوم بترتيب حق عيني عليها ، وهذا التصرف قد يكون في حصته الشائعة وقد يكون في حصة مفرزة أو في المال كله مما يجعله مضرا بحقوق بقية الشركاء ، لذا منح المشرع للشريك حماية قانونية من هذه التصرفات .

تم تقسيم هذا المبحث إلى حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع (المطلب الأول)، كما منحه أيضا حماية قانونية من خلال حق الاسترداد والشفعة في العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حماية الشريك في الشيوغ خلال التصرف في المال الشائع

نصت المادة 720 من القانون المدني الجزائري على أنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (4/3) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف إذا كان التصرف واجبا".

إن التصرف في المال الشائع قد يكون من طرف شريك واحد كما قد يكون من الأغلبية، كما أن هذا التصرف ينتج عدة آثار، حيث قسمت هذا المطلب إلى فرعين ، حالات تصرف الشريك في المال الشائع (الفرع الأول) وأثر تصرف الشريك في المال الشائع قبل القسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات التصرف في المال الشائع

إن التصرف في المال الشائع قد يصدر من جميع الشركاء أو من أغليبيتهم، كما قد يصدر من الشريك منفردا على حصته الشائعة وهذا هو الأصل العام، وقد يقوم الشريك بالتصرف في حصة مفرزة قبل القسمة.

أولاً: التصرف الصادر من جميع الشركاء أو من أغلبيتهم

أ- التصرف الصادر من جميع الشركاء

قد يقوم الشركاء مجتمعين بالتصرف في المال الشائع سواء تصرفاً مادياً أو قانونياً، فالتصرف المادي قد يكون بإعدام الشيء أو التعديل فيه، بينما التصرف القانوني يستوي أن يكون بنقل الملكية أو جزء منها أو تقرير حق عيني آخر عليها، سواء كان هذا الحق العيني أصلياً أو حقاً عينياً تبعياً،¹

لقد فصل المشرع الجزائري في هذه الوضعية من خلال نص المادة رقم 890 من القانون المدني الجزائري: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب عليها قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

ب- التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إن القانون الجزائري خوّل للأغلبية أيضاً حق التصرف في المال الشائع ويستلزم في ذلك الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع، إضافة إلى أن هذه الأغلبية يجب أن تستند إلى أسباب قوية للقيام بهذا التصرف كأن يكون استغلال المال الشائع بهذه الحالة

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 101.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوغ قبل قسمة المال الشائع

متعذرا عليها، ولهذه الأغلبية أن تقوم بإعلان قراراتهم لبقية الشركاء، حيث تلزم هذه الأخيرة بقرارات الأغلبية كما لها الحق أن تتظلم إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان التصرف.¹

ثانيا: التصرف الصادر من أحد الشركاء

إن مسألة تصرف الشريك في الشيوغ مسألة حساسة، فقد يتصرف الشريك في حصته وذلك لا يتطلب موافقة باقي الشركاء، فقد يكون هذا التصرف في حصة شائعة كما قد يكون في حصة مفرزة كما أن الشريك قد يتصرف في المال الشائع كله.²، كما أن هذا التصرف قد يتم لأحد الشركاء وقد يتم لأجنبي .

أ- تصرف الشريك في حصة شائعة :

يملك الشريك في الشيوغ حصته شائعة ولهذا يكون له باعتباره مالكا على هذا النحو أن يتصرف في حقه بكافة التصرفات القانونية، كأى مالك يتصرف في حقه، ولا يحتاج الأمر إلى تدخل باقي الشركاء، ولكن التصرف يكون نافذا في مواجهتهم دون حاجة إلى موافقة منهم، فليس في هذا التصرف ما يمس حقوقهم.³

حيث نصت المادة رقم 714 من القانون المدني الجزائري " كل شريك في الشيوغ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

من خلال نص المادة السابقة الذكر يتضح لنا أن المشرع الجزائري كفل للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة، وأقر نفاذ ذلك التصرف في مواجهة جميع الشركاء كما أنه لم يشترط لصحة هذا التصرف قبول باقي الشركاء، فالشريك هنا حر في التصرف

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 203 و 204.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 105.

3 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 205.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

الذي يريد القيام به على ملكيته سواء كان هذا التصرف ناقلا للملكية أو تصرفا يرتب حقا عينيا أصليا أم تبعا عليها، دون أن يلحق ضررا بباقي الشركاء.

ومن أهم التصرفات القانونية الناقلة للملكية التي قد يقوم بها الشريك هي البيع والهبة، كما يمكنه أيضا أن يقرر حق عيني عليها كالرهن الرسمي بالنسبة للعقارات المملوكة على الشيوخ أو الانتفاع أو غيرها من التصرفات الأخرى، لكن لا يمكن للشريك أن يقرر حق ارتفاق لأجنبي عن الشركاء بالنسبة للعقار الشائع كون هذا التصرف يثقل العقار كله ما يجعل هذا التصرف يمس بحقوق باقي الشركاء.¹

ب- تصرف الشريك في حصته مفرزة:

إذا كان تصرف الشريك في حصته شائعة لا يثير صعوبة ما، فإن تصرفه في حصة مفرزة يثير الصعوبات، ذلك أن الشريك لا يملك قبل القسمة إلا حصته على الشيوخ، ولهذا يعد تصرفه في حصة مفرزة خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا ما أثار الخلاف حول موضوع تصرف الشريك في حصته مفرزة.²

حيث نصت المادة رقم 714 من القانون المدني الجزائري الفقرة 2 على ما يلي: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف أنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

قد يتصرف الشريك في جزء مفرز إلى شخص يعلم أن البائع مالك لهذا الجزء على الشيوخ، ويكون الاتفاق بينهما معلقاً على شرط واقف هو إجراء القسمة، ووقوع ذلك الجزء في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط وآل الجزء المبيع إلى البائع نتيجة القسمة

¹ وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة

قسنطينة، السنة الجامعية 2007/2008، ص 75.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 209.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

أنتج التصرف آثاره بأثر رجعي، وإن لم يتحقق الشرط أعتبر التصرف كأن لم يكن.¹ وقد يتصرف الشريك في جزء مفرز إلى شخص يجهل أن المتصرف لا يملك العين محل التصرف مفرزة، هنا يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع على أساس الغلط حيث أنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة²، وفي حال علمه لا يحق له المطالبة بإبطال العقد بل يحل محل البائع مع باقي الشركاء على الشيوخ.

د- تصرف الشريك في المال كله:

إذا باع الشريك كل المال الشائع، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير³، أما إذا كان المشتري يعلم أن البائع شريكا في المال الشائع، إمتنع عليه الطعن في البيع للغلط، ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله، لينقلها إليه، فإذا استطاع البائع ذلك، يكون قد تحقق للمشتري مع توقعه، وتنتقل إليه ملكية المال الشائع كله.⁴

الفرع الثاني: آثار تصرف الشريك في المال الشائع قبل القسمة

أولاً: أثر تصرف الشريك في حصته الشائعة

إن الشريك في الشيوخ يعتبر مالكا لحصته الشائعة فله الحق في التصرف فيها دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء، وهذا التصرف يكون نافذا في مواجهتهم ما لم يمس

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 85

2 محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 85

3 أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 45.

4 نفس المرجع، ص 45.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

بحقوقهم¹، ويكون هذا التصرف صحيحا في حدود حصته، ولا يمكن لباقي الشركاء أن يعترض للمشتري في حصته الشائعة ويطالب بإبطال التصرف.²

ثانيا: أثر تصرف الشريك في حصته المفزة على باقي الشركاء

إن القاعدة العامة هي عدم جواز تصرف الشريك في حصة مفزة قبل القسمة لأنه بذلك يكون قد قام منفردا بقسمة المال الشائع وهنا يكون للشركاء إما إجازة هذا التصرف أو رفع دعوى الاستحقاق على المتصرف إليه ليس لغرض الحصول على الحصة المباعة بل لغرض الاعتراف لهم بحصتهم الشائعة على هذه الحصة وهنا نكون أمام فرضيتين:

أ- إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفز موضوع التصرف في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف وأصبح نافذا.³

ب- أما إذا لم يقع هذا الجزء المفز في نصيب المتصرف ووقع نصيبه في جزء آخر فإن المشرع يقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، أي أنه، حرصا على استقرار المعاملات وتقاديا للحكم ببطلان التصرف يأخذ مبدأ الحلول العيني⁴، ويصبح محل التصرف هو الجزء الذي آل إليه بعد القسمة وليس الجزء الذي تم التصرف فيه قبل القسمة.

ثالثا: أثر تصرف الشريك في المال الشائع كله بالنسبة لبقية الشركاء

بالنسبة لما يزيد عن حصته فيعتبر تصرفا في ملك الغير، وعليه فإن هذا التصرف يكون غير نافذا في حق باقي الشركاء إلا إذا اقروه، وفي حال عدم إقرار الشركاء لتصرف الشريك في ما يزيد عن حصته يكون لهم الحق في رفع دعوى تثبيت ملكياتهم

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 205.

2 محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 87.

3 نفس المرجع، ص 86.

4 نفس المرجع، ص 87.

وعدم نفاذ هذا التصرف فيما يزيد عن حصة الشريك قبل قسمة المال الشائع¹، وقد ينكر المشتري حق بقية الشركاء في العقار الشائع، وفي هذه الحالة وضع المشرع حماية قانونية للشريك تتمثل في الحق في رفع دعوى الاستحقاق ضد كل من المشتري والشريك البائع، يكون الغرض من هذه الدعوى هو استحقاق حصتهم الشائعة من العقار .

أ- تعريف دعوى الاستحقاق

تعرف دعوى الاستحقاق على أنها منازعة يرفعها من يدعي ملكية مال أو حق عيني ما ويطلب فيه تقرير حقه على هذا المال وإيقاف بيعه لتعارضه مع هذا الحق. ومحل دعوى الاستحقاق يتمثل في المطالبة بملكية الشيء، عقارا كان أو منقولاً، فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير²، والأصل في دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق عيني عقاري آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أنه يجب تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية³.

ب- أطراف دعوى الاستحقاق:

1- **المدعي:** هو الشريك في الشروع سواء كان شريكا واحد أو أكثر، يهدف من خلال هذه الدعوى إلى استحقاق حصته التي أقدم شريك غيره على التصرف فيها لأجنبي، الذي أنكر حق هؤلاء الشركاء في العقار الشائع.

2- **المدعى عليه:** هو حائز العقار الذي تحصل عليه عن طريق البيع.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 123 و124.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 591.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص 318.

المشتري الذي قام البائع بالتصرف في العقار لصالحه بحيث أوجب المشرع الجزائري من خلال المادة 372 من القانون المدني ضرورة إدخاله للبائع في الخصومة من أجل الضمان.¹

ج- الإثبات في دعوى الاستحقاق

إن إثبات الملكية العقارية في دعوى الاستحقاق لا ينصب على مصدر نشوء الالتزام في ذمة الغير، وإنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية، أو حق عيني آخر وقد يكون، الشفعة، الحيازة في العقار والاستيلاء، والميراث. وهذه الأسباب لا تثبت إلا بمحرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية.² وفقا لأحكام المادة 29 من قانون التوجيه العقاري التي تنص على ما يلي: "يثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"³.

من خلال نص هذه المادة يتبين أن وسائل الإثبات في هذه الدعوى تتمثل فيما يلي:

- دفتر عقاري بعد إعداد عملية المسح العقاري .
- عقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية.
- عقد عرفي محرر قبل تاريخ 01/01/1971.

إذا قضي في دعوى الاستحقاق باستحقاق المدعي للعقار المدعى بملكيته فإنه يحكم في الوقت ذاته بإلزام المدعى عليه الحائز بتسليم العقار للمدعي، وإذا كان المدعى عليه قد تحصل على العقار المطالب به بموجب عقد بيع أبرمه مع غير المالك ودفع له الثمن، فلا يحق للمدعى عليه الرجوع على المدعي الذي استحق العقار هذا الأخير لم

1 انظر المادة 372 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 وهاب عياد، المرجع السابق، ص

3 انظر المادة رقم 29 قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990

المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 49 المؤرخة في الأحد أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990، ص 1563.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوع قبل قسمة المال الشائع

يكن طرفا في العقد، وليس ملزما بالتالي بالضمان، وإنما يجب عليه أن يرجع على البائع بالثمن وبضمان استحقاق.¹

ونستخلص من خلال هذا المطلب أن المشرع الجزائري وضع حماية قانونية للشريك خلال تصرفه في المال الشائع وذلك من خلال منحه إمكانية القيام بالتصرفات القانونية المخولة لكل شخص في ملكيته دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء بشرط عدم الإضرار بمصالحهم، كما نستخلص أيضا مظاهر الحماية القانونية للشريك في حال تصرف جميع الشركاء أو أحدهم في المال الشائع خاصة فيما يتعلق بترتيب حق عيني عليه كما أن الشريك أيضا ومن خلال تصرفه في المال الشائع قد يقوم بذلك في حصته الشائعة، وقد يتصرف في جزء مفرز وقد يقوم بالتصرف في المال كله.

1 خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، الجزائر، 2001، ص 115.

المطلب الثاني: حماية الشريك في الشيوخ من خلال حق الاسترداد وحق الشفعة

إن المقصود بحق الاسترداد هو منح المشرع الحق للشريك في أن يحل محل المشتري للحصة التي باعها أحد الشركاء لأجنبي قبل القسمة.¹ والعلة في تقرير الاسترداد في هذه الحالة، والشفعة بالنسبة للعقار، هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوخ، ويلاحظ أنه إذا كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في علة تقريرهم، في مجال الشيوخ، إلا أن للشفعة نطاقاً يجاوز حالة الشيوخ، فالشفعة تثبت للشريك في الشيوخ وغيره من الشفعاء، ولذلك تتفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد.²

تم تقسيم هذا المطلب إلى حماية الشريك في الشيوخ من خلال حق الاسترداد (الفرع الأول) وحماية الشريك في الشيوخ من خلال حق الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الشريك في الشيوخ من خلال حق الاسترداد

لقد أقر المشرع حماية قانونية للشريك متمثلة في الحق في الاسترداد وذلك لغرض المحافظة على بقاء المال الشائع بين أيدي الشركاء دون دخول أجنبي بينهم، ولقد نصت المادة رقم 721 من القانون المدني على أنه: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

إن حق الاسترداد لا يثبت بالنسبة لبيع حصة شائعة في منقول معين فحسب، بل تشمل أيضاً بيع هذه الحصة في مجموع من المال، كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على عقار، أما إذا كان المبيع حصة شائعة

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 216.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 107.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

في عقار معين فإنه لا يجوز الاسترداد، ولا سبيل في هذه الحالة للحلول محل المشتري، إلا عن طريق الشفعة¹ وذلك حسب ما جاء ضمن المادة 795 من القانون المدني، وعلى ذلك فحق استرداد الحصة الشائعة يثبت أيا كان مصدر الشيوخ، فيستوي أن يكون الشيوخ ناشئا عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب، وإذا تعدد المستردون للحصة الشائعة، كان لكل منهم الحق في الاسترداد بحسب نسبة حصته، وليس لدائني الشريك الحق في رفع دعوى الاسترداد بدلا من الشريك عن طريق الدعوى غير المباشرة لأنه لا يجوز استخدام الاسترداد إلا من طرف الشريك.

ومن خلال نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر يتضح لنا أن لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يقوم باسترداد الحصة التي قام شريك غيره بالتصرف فيها لأجنبي عن الشركاء، كما أن لبقية الشركاء أيضا الحق في الاسترداد كل بنسبة حصته، كما نستخلص من خلال هذه المادة جملة من الشروط والإجراءات اللازمة سأقوم بتوضيحها من خلال شروط وإجراءات ممارسة حق الاسترداد.

أولا: شروط ممارسة حق الاسترداد

حتى يتمكن الشريك من ممارسة حق الاسترداد يجب توفر الشروط التالية:

أ- يجب أن يصدر البيع من طرف أحد الشركاء في الشيوخ في المنقول الشائع أو مجموع المال المنقول أو العقار لفائدة أجنبي وذلك وفقا لنص المادة 721 من القانون المدني والتي تكلمت عن البيع دون غيره من التصرفات الناقلة للملكية، واستبعد بذلك التصرفات الأخرى الناقلة للملكية كالهبة وذلك للصعوبة التي يجدها المسترد في دفع ما قدمه الأجنبي مقابل الحصة الشائعة.²

ب- يجب أن يرد التصرف من الشريك في حصته الشائعة أو جزء منها لفائدة أجنبي والعللة من الاسترداد في هذه الحالة هي المحافظة على بقاء المال الشائع سواء كان منقولاً

1 نبييل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 108.

2 أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 30.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوخ قبل قسمة المال الشائع

أو عقارا بين أيدي الشركاء ومنع الأجنبي من الدخول بينهم، بشرط أن يكون التصرف قد وقع من الشريك في حصته الشائعة غير المفزة .¹

ج - يجب أن يكون المسترد شريكا في الشيوخ، سواء كان أصليا منذ بدء الشيوخ أو أن يكون شريكا طارئاً كالخلف العام مثل الورثة في حالة وفاة الشريك في الشيوخ .² كما أنه في حالة تعدد الشركاء المستردون يكون الحق لكل منهم في الاسترداد كل بحسب حصته.

ثانياً: إجراءات ممارسة حق الاسترداد

من خلال تحليل نص المادة 721 نستنتج أن المشرع وضع جملة من الإجراءات

اللازمة لممارسة حق الاسترداد وقيده بفترة زمنية محددة نذكرها كما يلي:

أ- الحق في ممارسة الاسترداد في حال تصرف شريك في حصته الشائعة قبل القسمة وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو تاريخ إعلامه كما يجب أن يتم تبليغ تصريح من قبل الشريك الراغب في استرداد الحصة المباعة إلى كل من البائع والمشتري حيث أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم التبليغ بواسطتها في المنقول حيث يستوي أن تكون عن طريق رسالة مضمنة الوصول أو عن طريق المحضر القضائي كما قد تكون بطريقة شفوية تكون موجهة لأحد الشركاء أو كلاهم، حيث يمكن للشريك الذي لم يتم تبليغه أن يمارس حقه في الاسترداد بشرط أن يقوم بذلك خلال مدة شهر واحد من علمه مع ضرورة إثبات عدم تبليغه بهذا البيع سابقاً بحيث يمكن الإثبات بكافة الطرق المقررة في الإثبات.

ب- القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية حيث تختلف هذه الإجراءات باختلاف محل عقد البيع وكذلك الحال بالنسبة للمادة 793 من القانون المدني التي توجب احترام الشكلية، لاسيما الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري حتى تنتقل الملكية العقارية.³

1 رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط: دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2003، ص 537

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 857.

3 انظر المادة رقم 793 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق الذكر.

الفرع الثاني: حماية الشريك في الشيوع من خلال حق الشفعة

نصت المادة 794 من القانون المدني الجزائري على الشفعة بوصفها " رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية "

كما نصت المادة 795 على ما يلي "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:..."

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

ويمكن تعريف الشفعة كونها رخصة يمكن ممارستها في العقار فقط دون المنقول، والشفعة لا تكون إلا في البيع فلا تثبت في التصرفات القانونية الأخرى كالوصية، والهبة متى كانت بدون عوض، كما لا تثبت في المقايضة العقارية ولا في البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع، أو الإخوة والأخوات.¹ وتسري على الشفعة بعض أحكام الاسترداد خاصة فيما يتعلق بعدم جواز تجزئة الشفعة، حيث أن الغرض الأساسي منها هو عدم السماح لأجنبي للدخول بين الشركاء في الشيوع، وفي حال التجزئة يحول ذلك دون تحقيق الغرض من الشفعة، كما أن تجزئة الشفعة أيضا قد تلحق ضرر بمصلحة المتصرف إليه.

إن الغرض من هذه الدعوى هو إثبات الحق في الأخذ بالشفعة حيث يقوم الطاعن أو محاميه بتقديم عريضة افتتاح دعوى يتم إيداعها على مستوى أمانة ضبط القسم العقاري لمحكمة موطن العقار حيث أن هذه العريضة لا يشترط فيها أن تكون مشهورة وذلك وفقا لما جاء ضمن قرار المحكمة العليا رقم 194437 الصادر بتاريخ 2000/04/26 "الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق بإثبات حقها في الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأن الدعوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو

1 توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 373.

إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة وشروط ممارستها¹.

أولاً: شروط ممارسة حق الشفعة

نصت المادة 795 الفقرة 03 على أنه: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية: للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي"، باستثناء نص هذه المادة يتضح لنا أن شروط ممارسة حق الشفعة تتجسد فيما يلي:

- يجب أن يتم التصرف من طرف شريك في الشيوخ لأجنبي عن الشركاء.
- يجب أن ينصب التصرف بنقل ملكية عقار مملوك على الشيوخ وغير مفرز لأن الشفعة لا يمكن ممارستها على المنقول .
- يجب أن يكون التصرف بالبيع دون غيره من التصرفات الناقلة للملكية كالهبة والوصية لأن حق الشفعة لا يثبت إلا في البيع².

ثانياً: إجراءات ممارسة الشفعة

نصت المادة 799 قانون مدني علي أنه : "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين (30) يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضي الأمر ذلك".

كما نصت المادة رقم 800 من القانون المدني الجزائري " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً :
بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

1 انظر قرار المحكمة العليا (الغرفة العقارية) ،ملف رقم 194437، مؤرخ في 26/04/2000،المجلة القضائية،العدد 1،لسنة 2000 ،ص146.

2 عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ،المرجع السابق،ص 553.

بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون (30) يوما المنصوص عليه في المادة 799."

من خلال المادتين السابقتين يتضح لنا أنه ولممارسة حق الشفعة أوجب المشرع ما يلي:

- ضرورة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على أن يكون التبليغ بطريقة رسمية بواسطة إنذار.

- تعويض المشتري وإيداع الثمن فلا يمكن قيام الشفعة إلا بشرط قيام الشفيع بذلك، ويشمل التعويض المقصود في هذه الحالة ثمن المبيع ونفقات العقد التي تشمل رسوم التسجيل، وكذلك بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشتري.¹

أ- البيانات الواجب توفرها في الإنذار

إن المشرع الجزائري وضع تحت طائلة البطلان البيانات الضرورية الواجب توفرها في الإنذار الواجب تقديمه من طرف الشريك الراغب في الشفعة في العقار إلى كل من البائع والمشتري، كما حدد أيضا المدة القانونية للقيام بذلك والتي تقدر بـ 30 يوما من تاريخ الإنذار، يقدم الشفيع إعلانه على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة وهي محكمة موطن العقار، كما نصت المادة 801 من القانون المدني " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال (30) يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

حيث أكد قرار المحكمة العليا رقم 186433 الصادر بتاريخ 1999/06/16 " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط".²

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 382.

² انظر قرار المحكمة العليا (الغرفة العقارية)، قرار رقم 186433، مؤرخ في 1990/06/16، المجلة القضائية، العدد

2، لسنة 1999، ص 111.

ب- أطراف دعوى الشفعة والمحكمة المختصة

نصت المادة رقم 802 من القانون المدني الجزائري " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل (30) يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

لقد بينت لنا المادة 802 من القانون المدني أطراف دعوى الشفعة والمتمثلة في الشفيع ضد كل من البائع والمشتري كما بينت أيضا الآجال القانونية لممارسة هذا الحق والمحددة بـ (30) يوما، أما المحكمة المختصة والتي هي محكمة موطن العقار وذلك استنادا إلى نص المادة رقم 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية :.....

4- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوخ،

5- في إثبات الملكية العقارية.

6- في الشفعة،.....".

وعليه فإن القسم العقاري هو الجهة القضائية المختصة نوعيا للنظر في هذه الدعاوى، كما أن الحكم النهائي الذي يقضي بثبوت الشفعة وبعد استيفائه لكافة طرق الطعن العادية وغير العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يصبح سندا لإثبات ملكية الشفيع مع ضرورة مراعاة الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري.¹

ثالثا: آثار الشفعة

أ- علاقة الشفيع والمشتري

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني الجزائري على " يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

1 انظر المادة 803 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق ذكره.

من خلال نص المادة السابقة يتضح لنا أنه بعد ثبوت الشفعة يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وذلك من يوم صدور الحكم المثبت للشفعة أو من تاريخ التراضي بالشفعة في حال قبول المشتري بها بالتراضي، ولا يمكن للشفيع الاستفادة من الأجل المضروب للمشتري والذي قد يقضي بتعيين أجل لاحق لدفع ثمن المبيع إلا برضاء البائع .

ب- مصير تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه

يجب علينا أولاً التمييز بين التصرفات التي قد يقوم بها الشريك سواء كانت تصرفات مادية أو تصرفات قانونية

استناداً إلى نص المادة رقم 805 من القانون المدني الجزائري¹، يجب أن نميز بين حالتين:

1- الحالة الأولى: حالة قيام المشتري بإحداث بناء أو غراس في المشفوع فيه قبل رفع الدعوى، في هذه الحالة يكون الشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو تملك العقار بثمنه مع قيمة الزيادة أو ما أحدث من البناء أو الغرس.²

2- الحالة الثانية: حالة قيام المشتري بإحداث بناء أو غراس في المشفوع فيه بعد رفع الدعوى، في هذه الحالة يكون الشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو طلب إزالة المحدثات إن كان له محل أو إبقائها مع دفع قيمة الزيادة أو المحدثات مستحقة القلع.³

ج - مصير تصرفات الشريك في العقار المشفوع فيه

1- في حال بيع الشريك جزء مفرز من العقار

يختلف الحكم في حالة قيام أحد الشركاء ببيع حصة مفرزة في العقار الشائع وقبل وقوع القسمة لهذا العقار، والخلاف في هذه الحالة على جواز الشفعة من عدمه مبني على الخلاف في حكم البيع ذاته على اعتبار بيع أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العقار

1 انظر المادة 805 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق ذكره.

2 يوسف محمود عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، د ط، دار المسيرة لنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010، ص 158.

3 يوسف محمود عبيدات، المرجع السابق، ص 158.

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

الشائع ينفذ في حق سائر الشركاء قبل القسمة جاز لهم الأخذ بالشفعة لأن نفاذ البيع يجعل المشتري شريكاً في الشروع محل البائع فتتوافر العلة من إجازة الشفعة في حالة الشروع وهي دفع الضرر الناشئ عن مشاركة الأجنبي. وإذا اعتبر بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع غير نافذ في حق سائر الشركاء ولا يصبح المشتري شريكاً لهم فلا شفعة ووفقاً لذلك يكفي أن لا يقر الشركاء هذا البيع حتى يتجنبوا مشاركة المشتري لهم ويبقى البائع هو الشرك 1.

2- قيام الشريك بترتيب حق عيني على العقار قبل إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الدعوى

قد يتصرف البائع بعدة أنواع من التصرفات التي ترد على العقار المشفوع فيه فقد يبيعه أو يقايض عليه أو يقرر عليه حق ارتفاق أو يقوم برهنه رسمياً أو حيا زياً. 2 وإن كل الحقوق التي يرتبها المشتري طالما كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة، أو إقامة الدعوى فهي صحيحة وسارية.

3- بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الدعوى

بالنسبة للحقوق العينية التي رتبها البائع قبل إعلان الرغبة لكنه لم يقم بتسجيلها فهي لا تكون نافذة في حق الشفيع.

1 هرجة مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء احداث الآراء وأحكام النقض، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993، ص 33.

2 هرجة مصطفى مجدي، المرجع السابق، ص 197.

خلاصة الفصل الأول

قد يتفق الشركاء على إدارة المال الشائع كما قد يختلفون على ذلك، ففي حالة الإدارة العادية للمال الشائع والتي يقصد بها تلك الأعمال التي لا تنطوي على تغيير أساسي في الغرض الذي أعد من أجله المال الشائع، يتم اختيار مدير للمال الشائع والذي قد يكون أحد الشركاء كما قد يكون أجنبي عنهم يتم اختياره من قبل الأغلبية وقد تقوم هذه الأغلبية بتقييد تصرفاته بقواعد تضعها وقد يتولى أحد الشركاء أعمال هذه الإدارة دون اعتراض من البقية ويعد وكيلا عنهم في حدود قواعد الفضالة، وإذا لم يتولى أحد من الشركاء هذه الأعمال كانت من حق الجميع ولا يشترط في هذه الحالة الإجماع بل يكفي رأي الأغلبية فقط، وقد تتعادل الحصص بين شريكين في الشيوخ ولم يتوصلوا إلى اتفاق لاختيار مدير للمال الشائع المحكمة وتوقفت أعمال الإدارة، يقوم أحد الشركاء باللجوء إلى المحكمة لتتولى إدارة المال الشائع، كما لها أن تعين مديرا له عند الحاجة.

وفي حال الإدارة غير العادية والتي تقتضي تغييرا أساسيا في الغرض الذي أعد المال من أجله، اشترط المشرع أن تكون هذه الأعمال من قبل الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع حتى ولو كان شريكا واحدا، حيث يجب على هذه الأغلبية إعلان بقية الشركاء من أجل سريان مهلة التظلم للمحكمة، إضافة إلى ضرورة حصولهم على الرخص القانونية اللازمة لذلك، ويحق للأقلية في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء من أجل إعطائهم ضمانات تكفل لهم ما يستحقونه من تعويضات.

إن المال الشائع قد يحتاج إلى أعمال حفظ مثل ترميم العقار المخصص للسكن وهذه الأعمال تكون من حق الشركاء جميعا، فإن قام بها أحدهم ولو دون موافقة البقية، فإن هذه الأعمال الضرورية تكون صحيحة، ولهذا الشريك الحق في الرجوع على بقية الشركاء بنفقات الصيانة، كما قد يعفى الشريك من هذه النفقات وذلك من خلال تخليه عن حصته.

وللشريك في الشيوخ الحق في الانتفاع بالمال الشائع ويتجسد ذلك من خلال قسمة المهياة والتي تعدّ تنظيما عمليا في مجال الانتفاع بالمال الشائع، تتمثل هذه القسمة في قسمة منفعة وليست قسمة ملكية، قد تكون هذه القسمة مكانية يتم من خلالها الانتفاع بجزء

الفصل الأول: حماية الشريك في الشروع قبل قسمة المال الشائع

من المال الشائع يعادل حصة كل شريك، كما قد تتخذ صورة قسمة مهايةً زمنية، ينتفع كل شريك من خلالها بالمال الشائع لمدة زمنية تتلاءم مع نصيبه في المال الشائع.

وقسمة المهاية كما ذكرنا هي قسمة منفعة وليست قسمة ملكية، حيث حدد المشرع مدة زمنية لها وهي خمس (5) سنوات يمكن تمديدها بسنة كل مرة على أن لا تتجاوز خمسة عشر سنة وإن تجاوزت هذه المدة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للشريك خلال انقضاء الشيووع

المبحث الأول: : حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية

المبحث الثاني: حماية الشريك من خلال الأثر الكاشف والضمان في القسمة

الفصل الثاني: الحماية القانونية للشريك خلال انقضاء الشيووع

تتعدد أسباب نشوء حالة الشيووع فقد يكون سببه إما إجباريا تطرحه طبيعة المال الشائع وبزوال حالة الشيووع قد يحول المال الشائع دون تحقيق الحاجة التي أعد من أجلها مما يؤدي بالضرورة إلى بقاء حالة الشيووع بين الشركاء، وقد يكون الشيووع في صورة ملكية الأسرة وهي الملكية التي تنشأ بين أعضاء الأسرة الواحد حيث لا يمكن لأي أحد من أعضائها التصرف في حصته لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقتهم جميعا كما قد يكون مصدر الشيووع ميراث مما يجعل مصير هذه الملكية الشائعة آيلة إلى القسمة مهما طالت مدتها .

إن قسمة المال الشائع موضوع حتمي بين الشركاء خاصة عندما يتعلق الأمر بالملكية الشائعة القابلة للقسمة أو الملكية التي لا تؤثر القسمة عليها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث الغرض الذي أعدت من أجله وتختلف طرق القسمة في هذه الحالة فقد تكون بطريقة اتفاقية يستخدم من خلالها الشركاء طرق ودية لقسمة المال الشائع لينفرد كل منهم بالحصة التي تساوي نصيبه في المال الشائع والقسمة في هذه الحالة تستوجب توفر عدة شروط وإجراءات حتى يمكن للشركاء وضع حد لحالة الشيووع بينهم، وقد يختلف الشركاء حول موضوع القسمة الاتفاقية بين مؤيد ومعارض لفكرة القسمة وفي هذه الحالة لا يكون للشريك إلا اللجوء إلى القضاء من أجل قسمة المال الشائع وفق شروط وإجراءات معينة،

سيتم توضيح الحماية القانونية التي أقرها المشرع حماية للشريك في قسمة المال الشائع وذلك من خلال حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية (المبحث الأول)، وحماية الشريك من خلال الإفراز والضمان في القسمة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية
إن الأصل العام هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيووع، وله الحق أن يطلب من بقية الشركاء الاتفاق على قسمة المال الشائع وذلك ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيووع بنص القانون، والقسمة النهائية هي القسمة التي تضع حدا نهائيا لحالة الشيووع فيختص بمقتضاها كل شريك بالحصصة التي تساوي نصيبه في المال الشائع والتي ترد على الملكية على عكس قسمة المهاية والتي يكون الغرض منها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع دون أن تؤدي إلى القسمة النهائية إلا في حالات خاصة.

وتختلف طرق القسمة النهائية للمال الشائع فقد يختار الشركاء القسمة الاتفاقية للمال الشائع (المطلب الأول)، كما أنه في حال اختلافهم على قسمة المال الشائع قسمة اتفاقية لا يكون للشريك الراغب في الخروج من حالة الشيووع إلا اللجوء إلى المحكمة من خلال القسمة القضائية للمال الشائع (المطلب الثاني)

المطلب الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية

نصت المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أنه "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيووع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

نستخلص من نص هذه المادة أن المشرع رحب بفكرة قسمة المال الشائع لتفادي كل النزاعات التي قد تقع بين الشركاء في حالة الشيووع، ومهما كانت درجة تنظيم الانتفاع بالمال الشائع إلا أنه قد يقع تضارب بين مصالح الشركاء مما يؤدي إلى الكثير من النزاعات.

والقسمة الإتفاقية وفق المادة 57 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير والتي توجب الحصول على رخصة التجزئة إذا كان الأمر يتعلق بقسمة الأرض.¹

يمكن للشركاء الاتفاق على بقاء حالة الشيووع بينهم وتأجيل قسمة المال الشائع على أن المشرع قيد الشركاء بمدة زمنية لا تجاوز خمس (5) سنوات، ولا يجوز للشريك الذي قبل بتمديد حالة الشيووع طلب القسمة قبل انتهاء هذه المدة، ولكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيووع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.² ولا يسقط هذا الحق بالتقادم ويتقيد هذا الحق إذا وجد نص في القانون يجعل الشيووع إجباريا أو اتفاقا على بقاءه مدة معينة.³

¹ انظر المادة رقم 52 من قانون 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المعدل والمتمم، المتعلق بالتهيئة

والتعمير، المرجع السابق، ص 1658.

² أنور طلبية، المرجع السابق، ص 156.

³ نفس المرجع، ص 156.

تعتبر القسمة الاتفاقية عقد بين الشركاء في الشيووع يلتزم كل منهم بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه من خلاله، فقد يكون مضمونه الاتفاق على قسمة المال الشائع كله أو بعضه فقط ويظل الباقي شائعا بينهم ليخضع لنفس الأحكام العامة للشيووع، خاصة فيما يتعلق بأعمال الإدارة والحفظ وغيرها من أحكام الشيووع، لكن ليس مصير كل مال شائع هو القسمة، حيث أن هناك حالات لا يمكن وضع حد للشيووع فيها وذلك بالنظر إلى طبيعة المال الشائع أو الغرض الذي أعد من أجله، والذي قد يستحيل تحقق الهدف الذي أعد من أجله بعد القسمة ولقد نصت المادة 737 من القانون المدني الجزائري على " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيووع".

وقد يجبر الشريك على البقاء في الشيووع لمدة معينة بحكم القانون¹، وذلك حينما يتعلق الأمر بملكية الأسرة وليس لأي منهم الحق في التصرف لأجنبي إلا بموافقة جميع الشركاء وفي حال تملكه حصة أحد الشركاء لا يكون الأجنبي شريكا إلا بموافقتهم. ولقد نصت على ذلك المادة رقم 740 من القانون المدني الجزائري.²

في غير هذه الحالات يمكن أن تتم القسمة الاتفاقية للمال الشائع بحيث لا بد من توفر جملة من الشروط ومجموعة من الإجراءات اللازمة، يتضح ذلك من خلال شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية للمال الشائع (الفرع الأول)، كما يمكن أن يشوب إرادة أحد أطراف هذه القسمة الاتفاقية عيب من عيوب الإرادة، ما يجعلها محل نقض، يتضح ذلك من خلال أسباب نقض القسمة الاتفاقية (الفرع الثاني).

1 علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 68.

2 انظر المادة 740 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق الذكر.

الفرع الأول: شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية للمال الشائع

أولاً: شروط القسمة الرضائية للمال الشائع

أ- وجوب إجماع الشركاء للقسمة

نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري على "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتصموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

لقد اشترط المشرع الجزائري لإتمام عملية القسمة الرضائية للمال الشائع وجوب توفر إجماع كافة الشركاء، حيث يعرض الشريك رغبته في القسمة على باقي الشركاء فإذا وافقوا جميعاً على القسمة، قاموا بتحرير عقد القسمة، وبذلك تتم القسمة الاتفاقية، أما إذا لم يوافق أحدهم، فلا تتم القسمة الاتفاقية، وحينئذ يجوز للشريك الراغب في القسمة اللجوء إلى القسمة القضائية¹ وعقد القسمة لا يكون باطلاً في هذه الحالة إنما يلزم فقط من ارتضى به، أما الآخرون فلا ينفذ من حقهم إلا إذا اقروه وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيووع.²

ب- بلوغ المتقاسمين سن الرشد القانوني

وذلك طبقاً لمضمون المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي توجب في من يقبل على القيام بالتصرفات القانونية أن يكون قد بلغ سن الرشد القانوني متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه³، وفي حال وجود ناقص أهلية يجب إتباع الإجراءات القانونية اللازمة والتي سأقوم بتوضيحها لاحقاً خلال إجراءات القسمة الاتفاقية مع وجود ناقص للأهلية.

ج- الشكلية

لقد أوجب المشرع الجزائري الشكلية في التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 100 000 دج وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني

1 أنور طلبة، المرجع السابق، ص 107.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 94.

3 انظر المادة 40 - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

الجزائري، والشكلية هنا ليست ركن لانعقاد بل هي ركن للإثبات.¹ كما اشترط المشرع الجزائري الشكلية في العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية تحت طائلة البطلان، وذلك من خلال المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.²

وأكد ذلك المادة 793 من نفس القانون والتي تنص على ضرورة مراعاة القوانين المتعلقة بالشهر العقاري من خلال شهر العقد المبرم لغرض إعلام الغير بالتصرف الذي تم القيام به على العقار.³

ثانياً: إجراءات القسمة الاتفاقية

من خلال نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري والتي سبق ذكرها، يتضح أن المشرع الجزائري ترك المجال لتطبيق إرادة الشركاء في الشيوخ في اختيار طريقة القسمة التي يتفقون عليها جميعاً. فقد يتفق الشركاء على قسمة المال قسمة عينية، وذلك بأن يختص كل منهم بعين مفرزة في المال الشائع تعادل حصته، وقد تكون هذه القسمة بمعدل ويتحقق ذلك عندما يختص أحد الشركاء بعين لا تعادل حصته، فيدفع له باقي الشركاء مبلغاً من النقود لتكملة حصته⁴، وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوخ فيما بقي من المال بعد التجنيب.⁵

ثالثاً: في حال القسمة المتعلقة بالعقار

إن القطعة الأرضية لما تكون مملوكة ملكية خاصة لكنها ترجع إلى مجموعة من المالكين وفي غياب اتفاق جميع المالكين على قسمة هذه الأرض فالأمر يؤدي حتماً إلى تجزئتها، ولا تخضع القسمة الرضائية لأي قيد، سوى أنها إذا كان محلها عقاراً، تخضع لقيد

1 انظر المادة 333 - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

2 انظر المادة 324 مكرر 1 - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

3 انظر المادة 793 - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

4 علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 71.

5 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 809.

التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، شأنها في ذلك شأن أي تصرف يرد على عقار، وذلك وفقا لما نص عليه الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، المادة 15 منه والتي نصت على " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار ولا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية"¹

بحيث وجب على الأطراف أن يقوموا بالإجراءات اللازمة من أجل إشهار هذا التصرف لدى مصلحة الشهر العقاري في حال التصرف الوارد على عقار، والهدف من ذلك هو إعلام الغير، حتى يكتسب هذا التصرف الحجة القانونية، وحتى يتمكن الشركاء من إشهار هذا التصرف يجب أن يقوموا بتحرير العقد في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري،² وإذا شهر عقد قسمة العقار، فإنه يكون حجة على الغير، أما إذا لم يشهر فإنه يكون حجة فيما بين المتقاسمين فقط ولا يكون حجة على الغير، غير أنه يجوز للغير أن يتمسك به في مواجهة المتقاسمين، والاحتجاج به عليهم، ولا يستطيع المتقاسمين التمسك به في مواجهة الغير بعد التسجيل.³

إن رخصة التجزئة أقرها المشرع لغاية تقسيم العقارات غير المبنية لغرض البناء حيث نصت المادة 52 من القانون 90-29 على بعض الحالات وهي "تشديد البناءات الجديدة، تمديد البناءات الموجودة، تغيير البناء...."⁴، بحيث تعتبر هذه الرخصة ضرورية للشركاء عند قسمة العقارات المملوكة على الشيووع، حيث أنه من دونها لا يمكن لأي شريك بعد الخروج من حالة الشيووع من القيام بتشديد بناية جديدة، أو تغيير البناية الموجودة أو تمديد البناءات.

1 انظر المادة رقم 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 92، سنة 1975، ص 1207.

2 انظر المادة 324 مكرر 1 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

3 محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 320.

4 قانون رقم 90-29 مؤرخ المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، السابق ذكره، ص 1658.

كما يجب أيضا الحصول على شهادة التقسيم والتي هي وثيقة إدارية تمنح بموجب قرار إداري تبين فيه شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قطعتين أو عدة قطع وتسلم بناء على طلب المالك أو موكله أو عدة ملاك على الشيووع سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وبناء على هذه الشهادة تتغير حقوق البناء المتعلقة بالعقار.¹

رابعاً: في حال وجود شريك ناقص الأهلية أو غائب

قد يكون من بين الشركاء غائب أو ناقص للأهلية، مما يطرح إشكال حول كيفية قسمة المال الشائع في هذه الحالة، حيث أن المشرع الجزائري اهتم بحماية الشريك القاصر بوضع إجراءات خاصة يجب إتباعها من أجل التصرف في المال الشائع من خلال نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام .

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراءات المصالحة،
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،....."

يفهم من خلال نص المادة المذكورة سابقاً أنه في حال توجه إرادة الشركاء لقسمة المال الشائع قسمة نهائية مع وجود شريك قاصر بينهم الذي يتعذر عليه القيام بالتصرفات القانونية، أوجب المشرع أن يقوم الولي باتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل قسمة المال الشائع، والمتمثلة في اللجوء إلى المحكمة من أجل استئذان القاضي الذي يسمح للولي بالقيام بالتصرفات القانونية التي لا يمكن للقاصر مباشرتها، غير أن هذه المادة قد أغفلت الغائب ولم تذكره، بالرغم من أن قانون الأسرة يعتبره في حكم ناقص الأهلية.

ويتضح من ذلك أيضاً أن المشرع قد وضع إجراءات معينة لحماية ناقص الأهلية، وعلى ذلك فإن مجرد وجود أحد الشركاء غير كامل الأهلية لا يحول دون إجراء

1 الهواري نجوى، القسمة العقارية الحضرية للأموال الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص 246.

القسمة الاتفاقية، ولا يتحتم في هذه الحالة الالتجاء إلى القسمة القضائية، إلا إذا رفضت المحكمة الإذن للوصي الاشتراك في القسمة الاتفاقية، ومما تجدر ملاحظته أن بسط المحكمة لرقابتها على القسمة الاتفاقية لحماية ناقص الأهلية لا يؤثر على القسمة الاتفاقية بالنسبة لباقي الشركاء كاملي الأهلية.¹

ومن خلال نص المادة 181 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري، والتي اشترطت أن تكون القسمة قضائية في المال الشائع الذي يكون مصدره تركة عند وجود قاصر بين المتقاسمين، وبمفهوم المخالفة فإنه يجوز أن تكون القسمة اتفاقية في ما ليس تركة، كما أن المادة 88 من قانون الأسرة أوجبت على الولي الحصول على الإذن القضائي من أجل تقسيم الأموال الشائعة، بحيث يفهم من هذا الإذن أن المحكمة قد سمحت للولي بمباشرة عملية القسمة الاتفاقية نيابة عن الشريك ناقص الأهلية ولم تتمسك بالقسمة القضائية.

أما فيما يخص إجراءات تعيين ولي للقاصر والمحكمة المختصة فذلك يتم وفقا لأحكام المواد 453 إلى 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

الفرع الثاني: أسباب نقض القسمة الاتفاقية

يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الإرادة كالغلط، كان لذوي الشأن أن يطلبوا إبطال القسمة للغلط، كما إذا وقع الشركاء في غلط جوهري في قسمة عين من أعيان الأموال الشائعة، بأن قدرة قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية، أو بأكثر منها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط، ويجوز للشركاء الآخرين إذا قدرت قيمة هذه العين بأقل من قيمتها طلب إبطال القسمة للغلط كذلك وفقا للقواعد العامة³، لكن من أهم مظاهر نقض القسمة الرضائية هو نقض القسمة لغبن، حيث نصت المادة رقم 732 من القانون المدني

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 130.

2 انظر المواد رقم 453 إلى 489 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 898.

الجزائري على " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

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

يجب أن يزيد مقدار الغبن على الخمس وإلا سقط حق الشريك في الطعن بالغبن، حيث تتم عملية تقييم الشيء استنادا إلى تاريخ إجراء القسمة الرضائية وليس تاريخ مباشرة دعوى الغبن والتي قد يفصل بينها وبين تاريخ قسمة المال الشائع وقت كبير، قد يؤثر ذلك على قيمة الشيء سواء بالزيادة أو النقصان مما يؤثر على حق الشريك، ويتم تقدير قيمة المال الشائع عن طريق خبير إذا استلزم الأمر ذلك.

والغالب أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلا للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه، وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن¹، كما يلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن بالغبن فيها، إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع دعوى الغبن عن المتقاسمين²، إذ أن المشرع قد رعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته³.

ويجوز للوارث الذي وقع في نصبه دين للتركة، وتبين أن المدين كان معسر من القسمة أن ينقض للغبن، إذا ترتب على إعسار المدين إن لحق الوارث غبن بالمقدار الذي حدده القانون مع أنه لا يجوز نقض القسمة للغبن، إذا كان الشريك وقت القسمة يعلم

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 902.

2 نفس المرجع، ص 901.

3 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 551.

بالغبين وقد قبل به وفاء لالتزام طبيعي في ذمته لشريك آخر، أو هبة منه لهذا الشريك، ويجوز رفع دعوى الغبن ولو كان المال المقسوم منقول.¹

أولاً: دعوى نقض القسمة الاتفاقية لغبن

كما سبق وأن ذكرنا أنه للشريك في الشيووع الحق في رفع دعوى نقض القسمة لغبن إذا توافرت شروطها، وكان الشريك قد لحقه غبن في الحصة التي تحصل عليها بعد قسمة المال الشائع، فلا يمكن لمن لم يلحقه غبن أن يقوم برفع هذه الدعوى.

أ- الخصوم في دعوى نقض القسمة لغبن وطرق الإثبات

يكون المدعي في دعوى الغبن هو الشريك الذي لحقه غبن فقط، وينتقل الحق في الدعوى إلى ورثة الشريك المغبون، فلهم أن يرفعوا دعوى أو أن يواصلوا السير فيها، كما يجوز لدائني الشريك المغبون أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينهم، وهذا وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى الغير مباشرة أما المدعي عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء لأنهم ارتضوا كلهم على القسمة الاتفاقية²، كذلك يجوز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم.³

وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البيينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية، غير أنه يأخذ بالغبين حتى ولو تمت القسمة الاتفاقية في صورة عقد مقايضة أو غير ذلك من الصور، لأن العبرة بحقيقة العقد وليس بصورته⁴، فإذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة على مائة ألف دينار جزائري فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، وإذا قلت عن ذلك فيجوز إثباتها بالبيينة والقرائن.⁵

1 أنور طالبة، المرجع السابق، ص 279.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 551 .

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع نفسه، ص 908.

4 نفس المرجع، ص 907.

5 انظر المادة 333 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر .

ب- مقدار الغبن وكيفية حسابه

نصت المادة 732 في فقرتها الأولى على أن: " مقدار الغبن يجب أن يزيد عن الخمس وتكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة" ولمعرفة مدى وقوع الغبن، يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال بواسطة خبير، وتتم مقارنة حصة الشريك الحقيقية مع تلك التي تحصل عليها بعد القسمة من أجل معرفة مقدار الغبن الذي يجب أن يزيد عن الخمس.

ويكون تقدير قيمة المال وقت القسمة، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.¹

ج- القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن:

إن نقص القسمة للغبن يكون فقط في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية، لأن من المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات وروعت فيها الإجراءات التي تكفل عدالتها أو على الأقل ترفع الغبن عن المتقاسمين²، وقد نص قرار المحكمة العليا رقم 43462، المؤرخ في 1987/12/16، على أنه: " من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي، إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد على الخمس، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القسمة الواقعة بين الأطراف سنة 1963 تأكدت خلال سنة 1978 لحصولهم على رخص البناء، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإبقاء الأطراف على ما هو عليه حالياً من حقوق مكتسبة طبقوا صحيح القانون"³

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 907.

2 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 225.

3 انظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 43462، المؤرخ في 1987/12/16، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة

1992، ص 14.

وإذا تمت القسمة عن طريق التصفية بالمزاد العلني فرسى المزداد على شريك فإنه لا يجوز نقضها لغبن حتى وإن كانت المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة وفقا لما تنص عليه المادة 360 من القانون المدني الجزائري.¹

ثانيا: آثار دعوى نقض القسمة لغبن

من أهم الآثار المترتبة على دعوى نقض القسمة لغبن وضع حد للقسمة الاتفاقية بين الشركاء ويعود المال شائعا بينهم كما كان قبل القسمة، لتعاد عملية القسمة من جديد، كما أن المشرع الجزائري وضع طريقة يمكن للمدعى عليه أن يوقف سيرها، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته" عملا بما جاء ضمن المادة 732 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

كما يترتب عن نقض هذه القسمة إبطال تصرفات الشركاء في الأموال المفردة فتعود هذه الأموال إلى حالة الشروع خالية من الحقوق التي ترتبت للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بآثارها حتى بعد نقض القسمة.²

ثالثا: طريقة تفادي الشريك نقض القسمة لغبن

من خلال نص المادة 732 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ما يلي : "...للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي عينا أو نقدا ما نقص من حصته".

طبقا لنص هذه المادة للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير هذه الدعوى ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته نقدا أو عينيا وذلك في حال عدم حصول أحد المتقاسمين على نصيبه كاملا، فيكون في هذه الحالة على المتقاسم الآخر أو بقية المتقاسمين إكمال ما نقص من حصته عينا وذلك من خلال إعطائه الجزء اللازم من المال الشائع الذي تم اقتسامه إلى حد تساوي الحصص أو تعويضه بالمعدل اللازم لتتكافأ الحصص نقدا وذلك بإعطائه مبلغا نقديا يساوي الجزء الناقص من حصته.

1 انظر المادة 360 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 907.

كما نصت المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (5/4) أخماس ثمن المثل...."

ومن خلال مقارنة نص المادتين 732 و 358 من القانون المدني السابقتين نستخلص أن المشرع تعامل مع الغبن بطرق تختلف باختلاف طبيعة التصرف فإذا كنا بصدد قسمة مال شائع وكان هناك غبن بين المتقاسمين أوجب المشرع على المتقاسم الذي حصل على حصة تفوق نصيبه رفع الغبن على المتقاسم الآخر إلى حد تساوي الحصص¹، بينما في حال الغبن الناتج عن عقد بيع عقار فقد اكتفى المشرع في هذه الحالة تكملة الثمن إلى ثلاثة أرباع، وهو بمثابة تقليص الغبن الفاحش وليس رفعه كلياً.² والسبب في ذلك أن البيع وأمثاله من التصرفات يعتبر من عقود المضاربة يحتل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين على خلاف القسمة التي تقوم على أساس المساواة بين المتقاسمين، وإذا اختلفت هذه المساواة اختلف عقد القسمة، فالمشرع تسامح في الغبن الذي لا يزيد على الخمس حتى لا تكثر المنازعات³، وتشدد في حال زيادة الغبن عن الخمس فأوجب إكمال حصة الشريك المغبون بما يساوي حصته تماماً.

وعلى الشركاء الاتفاق على طريقة إكمال حصة الشريك المغبون، فإذا اختلفوا وأكمل بعضهم دون البعض الآخر، فليس لهم الرجوع على من لم يوافقوا على هذا الإكمال، كذلك يجوز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم.⁴

1 انظر المادة رقم 732 الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

2 انظر المادة رقم 358 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السابق الذكر.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 908.

4 نفس المرجع، ص 908.

المطلب الثاني : حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة القضائية

قد يختلف الشركاء في القسمة الاتفاقية للمال الشائع، فقد يرغب أحدهم في قسمة المال الشائع والحصول على نصيبه مفرزا دون موافقة بقية الشركاء على إجراء القسمة الاتفاقية للمال الشائع، بحيث يشترط لممارسة هذا الحق أن لا يكون الشركاء قد اتفقوا على قسمة المال الشائع بينهم قسمة منفعة لمدة زمنية محددة لا تتجاوز خمس سنوات يتعذر للشريك الخروج من الشيووع قبل انقضائها، حيث أن هناك حالات يلجأ فيها الشريك لهذا النوع من القسمة.

تمت دراسة حق الشريك في رفع دعوى القسمة (الفرع الأول) ، و طرق القسمة القضائية للمال الشائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الشريك في رفع دعوى القسمة

أولاً: متى يتم رفع دعوى القسمة

نصت المادة 724 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيووع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

نستخلص من خلال نص المادة السابقة أن دعوى قسمة المال الشائع أو القسمة القضائية هي الطريقة التي يتم اللجوء إليها في حال اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع ، وذلك إما في حال عدم اتفاقهم على إجراء القسمة أو في حال الخلاف الوارد عن قيمة الأنصبة ، كما قد يكون اللجوء إلى القضاء أيضاً في حال وجود ناقص الأهلية بين الشركاء، حيث أن هذا الأخير لا يمكن أن يشارك في عملية القسمة ويجب على الولي اللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار إذن بالتصرف في مال هذا القاصر والمتمثل في قسمة المال الشائع، وفي حال رفض المحكمة ، يتم اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

يتضح من ذلك أن إجراءات القسمة القضائية تبدأ برفع دعوى القسمة، وترفع الدعوى ممن يرغب من الشركاء في الخروج من الشيووع، ويتم رفع الدعوى على باقي

الشركاء، حيث ينبغي أن يمثل الجميع في الخصومة حتى يكون الحكم الصادر في القسمة حجة عليهم.

كما أن القسمة تكون قضائية أيضا في حال ما إذا تعلق الأمر بقسمة التركات الشائعة بين الورثة مع وجود ناقص أهلية بينهم وذلك وفقا لمضمون نص المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري¹، وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها.²

ثانيا: شروط رفع دعوى القسمة

1- الصفة:

المقصود بالصفة هنا هو أن يكون المدعي هو صاحب الحق الذي تم الاعتداء عليه والطرف المقابل هو المدعى عليه وهو من قام بالاعتداء على هذا الحق، فلا يجوز لشخص أن يطالب بقسمة تركة إن لم يكن وارثا، ذلك أنه لا يجوز لأحد رفع دعوى أمام القضاء إذا لم يكن حائزا على صفة التقاضي، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها.³

2- المصلحة:

ويقصد بها الفائدة المشروعة التي تعود على الطالب من خلال طلبه أو المدافع من خلال دفاعه ومن هنا تقع على عاتق المتقاضي أن يثبت عنصر المصلحة في دعواه، لأن انعدام المصلحة يمكن القاضي من رفض الدعوى من الناحية الشكلية.⁴

1 انظر المادة رقم 181 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 913.

3 انظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 56644، الصادر بتاريخ 1989/12/27، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1992، ص 13.

4 سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الأولى، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 352 و353.

3- الأهلية:

إن مباشرة الدعوى أي الالتجاء إلى القضاء لطلب الحماية القضائية يعتبر في حد ذاته تصرفا قانونيا، نظرا لما ينطوي عليه اتجاه المدعي من إحداث أثر قانوني معين هو تحريك سلطة القضاء لتضع عليه حمايتها، وهو في ذلك يتعرض لخطر ضياع حقه ولذلك لا بد أن تكتمل لديه الأهلية اللازمة لإجراء ذلك التصرف القانوني المتمثل في مباشرة الدعوى.¹

ولقد حدد المشرع الجزائري سن الرشد المدني بتسعة عشر (19) سنة وذلك من خلال المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والتي تمنحه أهلية الوجوب وتمكنه من اكتساب الحقوق وأهلية الأداء والتي تمكنه من القيام بالتصرفات القانونية.

ثالثا: الخصوم في دعوى القسمة

إن الشركاء في الشيوخ قد يختلفون في قسمة المال الشائع بالطرق الودية مما يجعل الشريك أو مجموعة الشركاء الراغبين في قسمة المال الشائع والخروج من حالة الشيوخ يتوجهون إلى الطرق القضائية من خلال رفع دعوى قضائية، يكون لهم في هذه الدعوى صفة المدعى ضد الشريك أو بقية الشركاء بصفتهم مدعى عليهم وفقا لما تضمنته المادة 724 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري²، فالمدعي في دعوى القسمة هو من يريد من الشركاء الخروج من الشيوخ، سواء كان واحدا أو أكثر، والمدعى عليه هم باقي الشركاء، فإذا لم يعلن أحد الشركاء، كان له أن يتدخل فيها، كما يصح إدخاله بناءا على طلب المدعي أو أحد المدعى عليهم، كما يصح أن تأمر المحكمة بإدخاله من تلقاء نفسها، فإذا لم يعلن أحد الشركاء ولم يتدخل أو يطلب إدخاله، فإنه يترتب على ذلك أن حكم القسمة الصادر منها في الدعوى لا يكون حجة عليه.³

1 الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2000، ص 234.

2 انظر المادة 724 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السابق ذكره.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 164.

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

رابعا: إجراءات رفع الدعوى

لقد نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

كما نصت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على البيانات الضرورية الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا عدة بيانات نذكر منها البيانات المتعلقة بموضوعنا كما يلي :

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
 - اسم ولقب المدعي وموطنه،
 - اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،
 - عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
 - الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.
- يتم بعدها إيداع العريضة على مستوى أمانة ضبط المحكمة المختصة ليتم تسجيلها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، رقم القضية وتاريخ أول جلسة ويقوم أمين الضبط بتسجيل تاريخ الجلسة ورقم القضية على العريضة وتسليمها للمدعي قصد تبليغها رسميا للخصوم مع ضرورة احترام الآجال القانونية اللازمة بين التكليف بالحضور وتاريخ

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 913.

أول جلسة، ذلك في حال عدم وجود نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، ويمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر بالنسبة للأشخاص المقيمين بالخارج مع مراعاة وجوب دفع الرسوم، كما أوجب المشرع أيضا شهر عريضة افتتاح الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق الأمر بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، تحت طائلة عدم قبولها شكلا.¹

خامسا: المحكمة المختصة

إن الأصل في الدعوى القضائية التي يكون محلها عقار أن تختص بها محكمة موطن العقار وذلك وفقا لما جاء ضمن المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي نصت على ما يلي: " فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة دون سواها:

- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإجراءات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن...²

باستقراء الفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر فإن الاختصاص القضائي يمنح في هذه الحالة إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار دون سواها، لكن المشرع ومن خلال نص الفقرة الثانية من نفس المادة منح الاختصاص القضائي في مواد الميراث إلى محكمة موطن المتوفى، ونحن نعلم أن قضايا الميراث قد يكون محلها منقولات كما قد يكون عقارا، وهنا يطرح الإشكال حول الاختصاص القضائي هل يمنح لمحكمة موطن العقار؟ أو محكمة موطن المتوفى؟

1 انظر المواد 16 و 17 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر.

2 انظر المادة 40 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر.

الفرع الثاني: طرق القسمة القضائية للمال الشائع

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

يفهم من خلال نص هذه المادة أن القسمة القضائية للمال الشائع قد تكون إما قسمة عينية، أو أن تكون قسمة عن طريق التصفية.

أولاً: القسمة العينية

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

تكون القسمة القضائية في هذه الحالة قسمة عينية، يستلم من خلالها كل شريك حصته المفردة، كما يجب أن يكون المال من الأموال التي تقبل القسمة عينا، ولا يلحقه نقص كبير من قيمته بحيث لا يفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة¹ والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن تنتدب المحكمة خبيراً أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة، وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس في مقدور المحكمة القيام بها، وتتم القسمة بطريق القرعة وهذا هو الأصل، فإن تعذر ذلك فتمت القسمة بطريق التجنيب.²

كما نصت المادة 726 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص" بحيث قد تقع نزاعات بين الشركاء خلال مرحلة القسمة القضائية للمال الشائع وذلك فيما يتعلق بتكوين حصص الشركاء، يتم الفصل في هذه المنازعات قبل الفصل في دعوى القسمة.

1 توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 226.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 142.

وتفصل المحكمة المختصة كما تفصل في كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا قام نزاع في غير تكوين الحصص كأن تنازع الشركاء في تحديد حصصهم وادعى الشريك أن له الثلث فنازعه الشركاء الآخرون مدعين له الربع، فصلت المحكمة المختصة في هذا النزاع، فإن كانت هي المحكمة المختصة بالقسمة تولت الفصل، وإلا أحالت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التي يحضرون فيها ووقفت دعوى القسمة إلى غاية الفصل نهائياً في النزاع.¹

ثانياً: القسمة على أساس اصغر نصيب:

نصت المادة 725 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون الخبير الحصص على أساس اصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية".

حيث يقوم الخبير بتكوين الحصص على أساس اصغر نصيب، فلو كان الشركاء ثلاثة وكان للشريك خمس المال وللشركيين الآخرين الباقي بالتساوي، كونت الحصص على أساس الخمس لأنه اصغر نصيب، وإذا كانت أنصبة الشركاء نصف وثلث وسدس قسم المال أسداساً، فإذا كانت أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر، يقسم المال إلى اثني عشر جزءاً وهكذا.²

ثالثاً: القسمة بطريق التجنيب

نصت المادة 725 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع، وذلك بقدر حصته في هذا المال وهذا ما يسمى بالتجنيب³، وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزاً، فقد يقتضي الأمر أن يلجا الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص، وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن، في تقسيم المال

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 228.

2 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 227.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 922.

إلى حصص، أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما، فيلجأ إلى جعلها متساوية بقدر الإمكان، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان.¹

رابعا: القسمة بطريق التصفية:

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

نستخلص من خلال نص المادة السابقة أنه في حال تعذر قسمة المال الشائع عينا، وكان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة هذا المال كأن يكون منقولاً يتعذر قسمته مثل السيارة أو أن يكون عقارا، مما يجعل قسمته تحدث نقصا كبيرا بالعين، تلجأ المحكمة في هذه الحالة إلى بيع هذا المال بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد صدر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا رقم 242694 الصادر بتاريخ 2001/03/14 مفاده أن تنفيذ المادة 728 من القانون المدني الجزائري بأن يلتجئ إلى البيع بالمزاد العلني في حالة ما إذا تعذرت القسمة العينية للمال الشائع ولما قضى قضاة المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون أن يبرروا اختيارهم لهذا الحل ويبينوا العناصر المعتمدة في ذلك يكونون قد خرقوا أحكام المادة 728 المذكورة أعلاه.²

والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان أحد الشركاء أو شخصا من الغير، لكن المشرع أعطى الحق في قصر المزاد عليهم وحدهم إذا طلبوا ذلك بالإجماع، فإذا طلب الشركاء ذلك أمرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحدهم، ويكون الرسو في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، فتترتب على حكم مرسى المزاد

1 نفس المرجع، ص 923.

2 انظر قرار المحكمة العليا (الغرفة العقارية)، ملف رقم 242694 الصادر بتاريخ 2001/03/14، المجلة

القضائية، العدد الأول لسنة 2002، ص 152.

كافة آثار القسمة.¹ فان رسا المزاد على شريك أعتبر البيع قسمة، وإذا رسا على أجنبي اعتبر أيضا قسمة بين الشركاء وبيعا في علاقة الشركاء بالمشتري الأجنبي.²

وقد يترتب على القسمة الإضرار بحقوق دائني الشركاء، ولهذا رأى المشرع أن هؤلاء الدائنين يعينهم الأمر، إذ قد يغبن فيها أحد الشركاء المدينين أو قد يتواطأ مع الباقيين إضرارا بحقوق دائنيه، فحول لهم القانون حق التدخل في إجراءات القسمة، سواء تمت بالتراضي أم أمام المحكمة، سواء تمت عينيا أم بطري التصفية.³

أ- قسمة التصفية في حال وجود ناقص أهلية أو غائب

لقد ضمن المشرع الجزائري لناقص الأهلية ومن في حكمه حماية قانونية خلال قسمة التصفية للمال الشائع والتي تضمن له حقوقه وتحميه من تواطؤ بقية الشركاء إذ أنه ومن خلال نص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على ما يلي: " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

يفهم من خلال هذه المادة أن عملية البيع بالمزاد العلني هي أفضل وسيلة لتحقيق أعلى ثمن لبيع المال الشائع عن طريق التصفية، حيث أن هذا البيع الذي يتم عن طريق المزاد العلني لا يمكن أن يقتصر على الشركاء فقط بل يمكن أن يدخل في المزايدة أجنبي عن الشركاء أو أكثر، فإن رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبرت قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسا المزاد على أجنبي كان هذا بيعا، وفي الحالة الأولى تطبق أحكام القسمة وفي الحالة الأخيرة تطبق أحكام البيع.⁴

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 144.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 113.

3 توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 231.

4 نفس المرجع، ص 230.

المبحث الثاني: حماية الشريك من خلال الأثر الكاشف والضمان في القسمة

من أهم النتائج المترتبة على قسمة المال الشائع هي وضع حد نهائي لحالة الشيووع حيث يختص كل شريك بحصة مفرزة مساوية لنصيبه في المال الشائع، كما يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بعد القسمة. سيتم توضيح ذلك من خلال حماية الشريك في الشيووع من خلال الإفراز في القسمة (المطلب الأول) والحماية القانونية للشريك من خلال ضمان التعرض والاستحقاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الشريك من خلال الأثر الكاشف في القسمة

يعتبر الأثر الكاشف من أهم الآثار المترتبة عن قسمة المال الشائع بحيث يكشف عن الحصة المفرزة التي تحصل عليها الشريك بعد عملية القسمة، كما أن للأثر الكاشف نطاق ونتائج تترتب عليه، لذا تم تعريف الأثر الكاشف ونطاقه (الفرع الأول) والنتائج المترتبة على الأثر الكاشف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الأثر الكاشف للقسمة ونطاقه

أولاً: تعريف الأثر الكاشف للقسمة

لقد نصت المادة 730 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيووع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

إن الأثر الكاشف للقسمة l'effet déclaratif du partage يعبر عن حقيقة الحال، إذ هو يبين أن القسمة ليست سند تملك المتقاسم لما آل إليه، وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيووع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق.¹ فالقسمة إذن لها وصف كاشف بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديدا لم

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 176.

يكن له، وإنما هي تكشف عن حق ملكية القائم أصلا منذ الشيووع، والممتد بعد القسمة ولكن بتعديل جوهري في محله.¹

إن القسمة ليست سند تملك المتقاسم لما آل إليه وإنما يستند في ذلك إلى السند الأصلي للملكية الشائعة، فالوارث الذي تنتقل إليه بوفاة مورثه حصة شائعة من التركة، وإنما يستند في تملكه للنصيب المفرز الذي آل إليه عند القسمة، إلى واقعة الميراث ذاتها، وتقتصر القسمة على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيووع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق²، غير أن الفقه الحديث يأخذ بالأثر الكاشف للقسمة على سبيل الحقيقة ولا المجاز القانوني، فالقسمة لا تنشأ حقا جديدا للمتقاسم، بل حقه الذي كان شائعا آل إليه بالقسمة وكل ما أحدثته القسمة هو تركيز هذا الحق الشائع في حيز مادي، فحق الشريك المشتاع وإن كان محددًا تحديدا معنويا بحصته الشائعة، فالقسمة هنا تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيووع ولا تخوله حقا جديدا، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة فهو مستمد من طبيعة القسمة.³

ثانيا: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

إن نطاق تطبيق الأثر الكاشف قد يختلف من حيث الأشخاص أو من حيث التصرفات أو من حيث الأموال.

أ- من حيث الأشخاص

ترتب القسمة أثرها الكاشف على جميع الأشخاص، سواء كان ذلك بين المتقاسمين أو الغير.

فبالنسبة للمتقاسم الذي حاز على عقار مدة خمس سنوات بحسن نية ولم يكن هذا العقار مملوكا للشركاء، فلا يجوز له الاستناد إلى القسمة باعتبارها سببا يخول له تملك

1 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 217.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 151.

3 محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيد، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994، ص 176.

هذا النصيب بالتقدم، حيث أن القسمة ليست سندا لتملك المتقاسم لما آل إليه.¹ أما بالنسبة للغير فإنه يحتج عليه أيضا بالأثر الكاشف للقسمة لذلك فإنه لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي قام بها شريك غيره قبل القسمة سواء كانت على المال كله أو جزء منه، مثل ترتيب رهن، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج على شريك آخر وقع في نصيبه عند القسمة المال كله أو جزء منه، حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن، فالقسمة كاشفة لا ناقلية.²

ب- من حيث التصرفات

كل تصرف من شأنه إنهاء حالة الشروع يكون له أثر كاشف، فالقسمة النهائية أيا كان نوعها قضائية أو اتفاقية، عينية أو قسمة تصفية، يكون لها أثر كاشف، أما القسمة المؤقتة، وهي قسمة المهاية فليس لها هذا الأثر، إلا إذا انقلبت إلى قسمة نهائية.³

1- القسمة العينية البسيطة:

هذه هي القسمة التي يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عينا، وهذه هي الأصل وبالتالي هي أول تصرف يثبت له الأثر الكاشف للقسمة، ويثبت الأثر الكاشف للقسمة أيا كانت طريقتها سواء كانت اتفاقية أو قضائية، ولا يشترط لثبوت الأثر الكاشف للقسمة العينية أن تكون شاملة لكل الشركاء ولكل الأموال، فالقسمة في هذه الحالة تكون قد أفرزت نصيب بعض الشركاء وهي ما تسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات.⁴

2- القسمة العينية بمعدل:

وهي القسمة التي يعوض فيها الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي يعادل ما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه، والمعدل هنا ليس إلا وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 152.

2 نفس المرجع، ص 152.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 959.

4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

على المتقاسمين بحسب أنصبتهم وذلك حتى تتحقق المساواة بينهم، ولذلك لا يغير هذا المعدل من طبيعة القسمة، ومن ثم يترتب عليها الأثر الكاشف.¹

3- القسمة بطريق التصفية:

وهذه القسمة لا تلجأ إليها المحكمة إلا إذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة، وفي هذه القسمة يباع المال الشائع ويوزع ثمنه بين المتقاسمين، إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية، ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع في نصيب الشريك الذي رسا عليه المزاد، ومن ثم يخصم الثمن الذي سار به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة، فإذا زادت أخذ الشريك باقي أمواله من الأموال الشائعة الأخرى.²

ج- من حيث الأموال:

ويتناول الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم إفرازها، فيتناول العقار والمنقول، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف، ويخرج من مجال الأثر الكاشف معدل القسمة فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين، وأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار، على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لصاحب الدار، فهذا المعدل يعد أجنبي عن الأموال التي أفرزت بالقسمة، فيسري الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ولا يسري على المعدل.³

ولا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية، إذ أن الشيوخ لا يرد على هذه الحقوق، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم، وذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام، إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا لأحكام الشيوخ، وعلى ذلك إذا توفى دائن عن عدة ورثة أنقسم الحق بينهم، فيصبح الواحد منهم دائنا للمدين استقلالاً بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة.⁴

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

2 نفس المرجع، ص 154.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع نفسه، ص 962.

4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 157.

الفرع الثاني: نتائج الأثر الكاشف للقسمة

أولاً: مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشروع

أ- التصرف في حصة شائعة

الأصل أن تصرف الشريك الانفرادي في حصته الشائعة يقع صحيحاً وناظراً في حق باقي الشركاء دون أن يملكون تجاهه إلا رخصة استرداد هذه الحصة أو أخذها بالشفعة إذا بيعت إلى أجنبي عن الشركاء، وبديهي أنه إذا كان التصرف بنقل الملكية ولم يتحقق الاسترداد أو الشفعة، فإن المتصرف إليه يحل محل المتصرف شريكاً مع باقي الشركاء، ومقتضى ذلك أنه في حال إجراء القسمة يصبح هذا المتصرف إليه متقاسماً بين المتقاسمين.¹

أما إذا لم يكن التصرف بنقل الملكية بل بتقرير حق عيني آخر على الحصة الشائعة سواء كان متقراً عن الملكية كحق انتفاع أو كان تبعياً كالرهن، فالأصل كذلك أن حق المنتفع أو الدائن المرتهن يتركز بعد القسمة على الجزء المقسوم للشريك مالك الرقبة أو الشريك الراهن، ويكون ذلك أيضاً أثر القسمة الطبيعي لا أثر الحل العيني.²

ب- التصرف في حصة مفرزة

إذا تصرف أحد الشركاء في حصة مفرزة لأجنبي أثناء قيام الشروع، ووقعت تلك الحصة في نصيب شريك آخر بعد القسمة، فإن هذا الجزء يخلص للشريك خالياً من التصرف الصادر من الشريك الآخر أثناء الشروع، فالشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز يعتبر مالكا له منذ بدء الشروع لا من وقت القسمة ومن ثم لا ينفذ في حقه أي تصرف قام به شريك آخر أثناء قيام الشروع وهذه أهم نتيجة للأثر الكاشف.³

ويستطيع الشريك أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين، فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك

1 حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 229.

2 نفس المرجع، ص 230.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 965.

وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه.

ثانيا: تسجيل القسمة

في العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، أما في العقود الكاشفة للملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا، لأنه عقد كاشف لا ناقل للملكية ويعتبر في علاقته مع بقية الشركاء مالكا ملكية مفرزة غير مسجلة¹، ولكن لا يجوز الاحتجاج بالملكية المفرزة على الغير إلا بعد تسجيل القسمة ويتحدد الغير هنا بمن تلقى حقا عينيا على العقار الشائع وقام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة²، فإذا باع أحد الشركاء نصيبه في العقار الشائع وسجل المشتري عقده قبل عقد القسمة فإن هذه القسمة لا تكون حجة عليه، أما إذا كان تسجيل القسمة سابقا على تسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشتري.

وإذا كان المتقاسم لا يستطيع الاحتجاج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت، فإن الغير يستطيع الاحتجاج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة وله الحق في أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء، فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء.³

ثالثا: الغبن في القسمة

إن المشرع يجيز نقض القسمة الاتفاقية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس، وقد أدى ذلك إلى اختلاف تلك القواعد عن قواعد الغبن في البيع، سواء من حيث ما يجب شروط دعوى الغبن أو من حيث ما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة، وفكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ليست إلا نتيجة لطبيعة عقد القسمة بوصفه

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 966.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 159.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 967.

ليس ناقلا لحق جديد، وإنما كاشف عن حق قائم يراد إيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاق المعنوي.¹

رابعاً: الامتياز في التقاسم

يهدف هذا الامتياز إلى ضمان حق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الاستحقاق، أو المطالبة بحصته في الثمن الذي رسا به المزاد على أحد شركائه، والعلاقة في تقرير امتياز المتقاسم هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين، فهذه المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين، في حالة من الحالات السابقة، لمزاحمة دائني مدينه وبالتالي عدم استيفاء حقه كاملاً.²

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 160.

2 نفس المرجع، ص 160-161.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للشريك من خلال ضمان التعرض والاستحقاق

ترتب القسمة التزاما متبادلا بين المتقاسمين بالضمان، حيث يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق، يكون لكل متقاسم الحق في الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، حيث يضمن كل متقاسم المتقاسمين الآخرين ما قد يقع لهم من تعرض أو استحقاق في الحصة المفردة التي آلت إليهم نتيجة القسمة.¹

ينقسم هذا المطلب إلى أساس ضمان التعرض والاستحقاق (الفرع الأول) ثم شروط الضمان والاستحقاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس ضمان الاستحقاق والتعرض وأحكامه

أولاً: أساس ضمان الاستحقاق والتعرض

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

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

باستقراء نص المادة السابقة الذكر، يتبين أن الشركاء المتقاسمون يكونون ملزمون بالضمان فيما بينهم، حيث يضمن بعضهم بعض، والمقصود بالضمان، هو ضمان الاستحقاق وضمان التعرض، لأي سبب أو تصرف قام به شريك آخر قبل قسمة المال الشائع، وذلك لغرض حصول كل متقاسم على الحصة التي توازي نصيبه في المال الشائع.

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 109.

ويشمل الالتزام بالضمان التعرض والاستحقاق معا وكلاهما صورة واحدة من الضمان، حيث يلتزم الضامن بضمان التعرض أي باتخاذ كل ما يلزم لدفع تعرض الغير، الذي يشمل في إدعاء ملكيته المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، فإذا لم ينجح في ذلك واستحق الغير المال المضمون التزم الضامن بالتعويض عن هذا الاستحقاق¹، فإذا فرض أن تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين، وحكم له بملكية العين التي وقعت في نصيب هذا المتقاسم كلها أو بعضها، كان معنى ذلك أن المتقاسم لم يتلق شيئاً أو تلقى حقه ناقصاً، ومن هنا يقع الضمان على الباقيين، إذ ليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة، ويحرم أحدهم من كل حقه أو بعضه.²

وواضح أن أساس الضمان في نظام القسمة الناقلة هو تأمين الخلف للسلف ما ينقله إليه من حق، ورغم العدول عن الوصف الناقل إلى الوصف الكاشف للقسمة من بعد، فقد ظل الضمان بين المتقاسمين أثر من آثارها، وإن تغير أساسه بتغير وصفها، إذ يضل هذا الضمان محتوماً بالنظر إلى ما تستهدفه القسمة من إفراز نصيب مادي لكل متقاسم مطابق لحصته المعنوية التي يستأثر عليه وحده بالملكية الخاصة.³

ثانياً: أحكام ضمان الاستحقاق والتعرض

إذا وقع تعرض للمتقاسم وأخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير، وجب عليهم التدخل فيها إلى جانب المتقاسم للاشتراك معه في الرد على دعوى المدعي، فإذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى، رغم إخطارهم في الوقت الملائم، ثم حكم بالاستحقاق للمدعي، وجب عليهم ضمان الاستحقاق.⁴

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 110.

2 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 236.

3 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 232.

4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

الفرع الثاني: شروط ضمان الاستحقاق والتعرض

يمكن إجمال شروط ضمان الاستحقاق والتعرض كما يلي:

أولاً: وقوع تعرض أو استحقاق من أحد المتقاسمين أو من الغير

إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين وجب في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة والتي تقضي بمنع التعرض المادي لمتقاسم آخر، أما إذا كان هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني مثل وجود عين مملوكة ملكاً خاصاً وليست شائعة، كان للمالك أن يستردها منه ولا يمنعه من ذلك الالتزام بالضمان ويجوز له إبطال القسمة للغلط¹، أما التعرض الذي يقع من الغير ويوجب ضمان الاستحقاق، ليس هو التعرض المادي، فالمتقاسم لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع، وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنياً على سبب قانوني، فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين، أو ادعى عليها حقا عينياً كحق انتفاع، أو حقا شخصياً، فإن ضمان الاستحقاق يقوم في جميع هذه الأحوال، ويجب أن يقع التعرض فعلاً من الغير، فيدعي حقا ويرفع دعوى بهذا الحق².

ثانياً: يجب أن يكون السبب سابقاً للقسمة

وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، وعلى ذلك إذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة، فلا ضمان على المتقاسمين الآخرين، فإذا كسب الغير بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم، ولم تكتمل مدته إلا بعد القسمة، فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان، لأن سبب ملكية الغير لم يكن قائماً وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم قطع التقادم بعد القسمة³.

ومثل ذلك أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حياة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم، ففي هذه الحالة تظل

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 973.

2 نفس المرجع، ص 974.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 168.

العين مملوكة للمتقاسم، وعليه أن يقطع التقادم، فإذا أهمل في قطعه حتى اكتملت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق¹، أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم، فإن ضمان الاستحقاق يقوم في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق هو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة.²

ثالثاً: عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

قد يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم، إذا تولى وحده الدفاع في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلاً للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى، إذا اثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه.³

رابعاً: عدم وجود شرط يعفي من الضمان.

إذا توافرت الشروط السابقة كان من حق المتقاسم الرجوع بالضمان على باقي الشركاء المتقاسمين، ما لم يكن عقد القسمة قد تضمن اتفاقاً يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق، ولا يكفي وجود شرط عام يعفي من الضمان كما هو الحال في البيع بل يجب الاتفاق صراحة على السبب المراد الإعفاء منه.⁴

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، المرجع السابق، ص 975.

2 نفس المرجع، ص 975 و976.

3 نفس المرجع، ص 977.

4 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

خلاصة الفصل الثاني:

إن الملكية الشائعة هي ملكية أكثر من شخص واحد لمال سواء كان منقولاً أو عقاراً، تختلف مصادر هذه الملكية فقد يكون مصدرها ملكية الأسرة أو شركة أو غيرها من المصادر، كما قد تكون حالة الشروع إجبارية بنص القانون كما قد تكون باتفاق بين الشركاء، وقد تكون حالة الشروع إجبارية أيضاً بالنظر إلى الغرض الذي أعد المال من أجله بحيث بزوال حالة الشروع يزول الغرض الذي أعد المال من أجله.

وفي غير هذه الحالات يكون للشريك الحق في طلب الخروج من الشروع والاستقلال بحصته المفردة من المال، وقد يتم ذلك بطرق اتفاقية نظمها المشرع بقواعد قانونية مكملة تاركا للمتقاسمين الحرية في تطبيق إرادتهم، بشرط إجماعهم مع مراعاة الإجراءات القانونية المقررة لناقص الأهلية في حال وجوده بينهم، والذي يستوجب استصدار إذن من المحكمة من أجل التصرف في أموال القاصر.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى ضرورة إتباع الإجراءات اللازمة في حال قسمة المال الشائع الذي يكون محله عقار، خاصة فيما يتعلق بالشكلية والإشهار بالمحافظة العقارية.

بما أن القسمة الاتفاقية متروكة لتطبيق إرادة الأطراف دون تدخل القضاء في ذلك فإن هذه القسمة قد يشوبها عيب من العيوب، حيث أن المشرع وضع حماية للشريك في الشروع يتمكن من خلالها من نقض هذه القسمة لعدة أسباب من أهمها نقض القسمة لغبن وقد حدد المشرع نسبة هذا الغبن بحيث يجب أن تزيد عن الخمس، وفي هذه الحالة أوجب المشرع رفع الغبن إلى غاية تساوي الحصص كل حسب نصيبه، على عكس الغبن في البيع الذي اكتفى فيه برفع الغبن إلى ما يقل عن الخمس، يتم ذلك من خلال دعوى نقض القسمة لغبن يرفعها المتقاسم المغبون ضد المتقاسمين الآخرين، قد يحكم من خلال هذه الدعوى بإعادة المال لحالة الشروع لتعاد عملية قسمته، وقد يتفادى الشركاء هذه الدعوى من خلال إكمال نصيب الشريك المغبون، ونقض القسمة لغبن لا يمكن أن يكون في القسمة القضائية، كون القضاء يكفل حماية حقوق المتقاسمين وإعطاء كل منهم نصيبه.

أما إذا تعذرت القسمة الاتفاقية للمال الشائع، يكون للشريك الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب قسمة المال الشائع، تكون في هذه الحالة السلطة التقديرية للقاضي فإن رأى وجهاً لذلك عين خبيراً لتقويم المال الشائع من أجل قسمته إلى حصص إذا كان يقبل القسمة عيناً، وفي حال تعذر ذلك تتم القسمة عن طريق التصفية وذلك من خلال بيع المال بالمزاد العلني تختص بإجرائه محكمة موطن العقار في حال قسمة مال شائع محله عقار، كما أن المشرع اشترط أن تكون القسمة قضائية في حال قسمة الميراث مع وجود شريك ناقص للأهلية بين الشركاء.

من أهم الآثار المترتبة على قسمة المال الشائع هو الإفراز فهو متعلق بفرز حصة كل شريك، فهو لا يخلق حقاً جديداً وإنما يكشف عن حق ملكيته القائم منذ بدء الشيووع والممتد إلى ما بعد القسمة لكن بتعديل جوهري في محله، كما تظهر حماية الشريك في الشيووع أيضاً من خلال ضمان التعرض والاستحقاق، بحيث يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لحصصهم جرّاء التصرفات التي قام بها الشريك قبل القسمة

الخاتمة

تتضح مظاهر الحماية القانونية للشريك في الشيوخ في القانون الجزائري عبر مراحل الملكية الشائعة التي قد تكون سابقة للقسمة أو لاحقة لها، فالملكية الشائعة هي حالة استثنائية تزول مهما طال أمدها إلا في حالات خاصة، لأن الأصل في الملكية هي الملكية المفترزة والتي يكون لصاحبها ممارسة كافة حقوقه وسلطاته عليها بكل حرية دون مزاحمة أي شخص آخر، فله استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، إلا أن المشرع منح أيضا هذه الحقوق للشريك في الشيوخ لكن بقيود معينة، بحيث تكون سلطته في حدود عدم الإضرار بباقي الشركاء، كما تطرح الكثير من النزاعات بين الشركاء أثناء قيام حالة الشيوخ تتعدد أسبابها فقد تكون متعلقة بالأعمال اللازمة من أجل حفظ المال الشائع وقد تكون بسبب إدارته سواء إدارة عادية أو غير عادية، كما قد تتضارب مصالحهم عكس ذلك بحيث لا يقوم أي منهم بهذه الأعمال، ما جعل المشرع يمنح للشريك الحق في اللجوء إلى المحكمة من أجل تعيين مديرا للمال للشائع للقيام بإدارته والمحافظة عليه، أو الانفراد بهذه الأعمال والرجوع على بقية الشركاء بنفقات الحفظ في حال قيامه بذلك.

كما أن أهم النزاعات القائمة بين الشركاء تتعلق بالانتفاع بالمال الشائع حيث نظم المشرع هذه الحالة بقوانين تجعل هذا الحق ممنوح لكل شريك بقدر يساوي حصته في المال الشائع فقد يكون هذا الانتفاع في صورة قسمة مهايأة مكانية ينتفع كل منهم كل منهم بحصة معينة لمدة معينة تتجاوز خمس سنوات ويمكن تمديدتها إلى خمس عشر سنة كأقصى حد وعندها تنقلب إلى قسمة نهائية، أو قسمة مهايأة زمنية ينتفع كل شريك بالمال الشائع كله لمدة زمنية معينة وهذه القسمة بنوعها هي قسمة منفعة وليست قسمة ملكية.

وتكون أيضا مظاهر الحماية القانونية خلال مرحلة قسمة المال الشائع سواء كانت اتفاقية أو قضائية، بحيث تتجلى مظاهرها في كيفية تنظيم المشرع لحقوق الشركاء والطرق المقررة لهذه العملية وكيفية استرجاع الشريك لحصته والمحافظة عليها من عمل باقي الشركاء وكذا الضمانات المقررة لحماية هذه الملكية.

النتائج المتوصل إليها تتمثل فيما يلي:

- إمكانية تصرف الشريك في المال الشائع حتى قبل قسمته.
- قسمة المال الشائع قد تكون اتفاقية كما قد تكون قضائية عن طريق دعوى القسمة.
- قسمة المال الشائع سواء كانت قسمة اتفاقية أو قضائية تكون وفق إجراءات معينة في حال وجود قاصر بين الشركاء.
- إمكانية الطعن في القسمة الاتفاقية لعدة أسباب من أهمها الغبن.
- إمكانية أغلبية الشركاء من التصرف في المال الشائع إذا استندوا إلى أسباب قوية.
- ضرورة توجيه إعلان من طرف الشريك الذي يريد بيع ملكيته الشائعة لبقية الشركاء من أجل تمكينهم من ممارسة حقهم في الاسترداد والشفعة وعدم السماح لأجنبي من الدخول بينهم.
- وجوب إتباع إجراءات خاصة في قسمة العقارات الشائعة خاصة فيما يتعلق بالشكلية والشهر.

التوصيات:

- ضرورة تدخل المشرع من أجل حصر وتحديد الأسباب القوية التي قد تستند إليها الأغلبية من أجل التصرف في المال الشائع، وذلك لغرض حماية الشريك من تعسف هذه الأغلبية.
- ضرورة إعادة النظر في بعض أحكام الشيوخ خاصة فيما يتعلق بقسمة المال الشائع والإجراءات المتعلقة بها مع العلم إن هناك تناقض بين بعض المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تسند الاختصاص لمحكمة موطن المتوفى في قسمة الميراث الشائع علما أنها قد تحتوي على عقارات وفي نفس الوقت تنص على اختصاص محكمة موطن العقار في القضايا المتعلقة بقسمة المال الشائع.
- ضرورة إدراج مواد قانونية ضمن القانون المدني تتكفل بالمفقود وكيفية التعامل معه في الملكية الشائعة بالرغم من اعتباره في حكم ناقص الأهلية وفقا لأحكام قانون الأسرة.

- جمع كافة النصوص القانونية المتفرعة المتعلقة بموضوع الملكية الشائعة من أجل وضع منظومة قانونية شاملة وواضحة خاصة فيما يتعلق بالعقارات.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

أ- القوانين والأوامر

- 1- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 30/09/1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05، المؤرخ في 13/05/2007.
- 2- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92، الصادرة في 18/11/1975.
- 3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 جريدة رسمية العدد 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.
- 4- القانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 49 المؤرخة 1 نوفمبر سنة 1990.
- 5- القانون 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المعدل والمتمم، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرخة في 2 ديسمبر سنة 1990.
- 6- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

ثانيا: قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية:

- 1- أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، الإسكندرية الكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى 2007.
- 2- أنور طلبة، الملكية الشائعة، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004
- 3- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة ،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- 4- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2000 .
- 5- حسن كيرة، أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، دون طبعة ،منشأة الناشر المعارف ،الإسكندرية، 1998.
- 6- جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دون طبعة ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003 .
- 7- حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة، دون طبعة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 .
- 8- خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، الجزائر، 2001.
- 9- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة ،دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2003.
- 10- سائح سنقوفة، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الأولى، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2001.
- 11- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، دون طبعة ،دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.

- 12- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
- 13- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 14- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون بلد نشر، 2000.
- 15- محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- 16- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994.
- 17- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في حد ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 18- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2006.
- 19- هرجة مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء احدث الآراء وأحكام النقض، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993 يوسف محمود عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، در المسيرة لنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.
- 20- يوسف محمود عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، د ط، دار المسيرة لنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات

- 1- تواتي سهيلة، إدارة أنواع الشيوخ في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012/2011
- 2- الهواري نجوى ،القسم العقارية الحضرية للأملاك الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2017/2016
- 3- وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2007

رابعا: المجالات القضائية

- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 1992، العدد الأول
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 1992، العدد الثالث .
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 1992 ،العدد الثالث.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 1997 ،العدد الثاني.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 1999 ،العدد الثاني.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 2000،العدد الأول.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ،لسنة 2002،العدد الأول .

خلاصة الموضوع

المخلص

تتجسد مظاهر الحماية القانونية للشريك خلال قيام حالة الشيوخ وحتى بعد انقضائها وتتمثل في كيفية ممارسة الشريك لمختلف سلطاته أثناء قيام حالة الشيوخ وكيفية حمايتها، فله الحق في إدارة المال الشائع والقيام بالأعمال اللازمة من أجل حفظه، كما له حق التصرف في حصته الشائعة وإسترداد المال الشائع حين تصرف شريك غيره لأجنبي عن الشركاء، إلا أن حريته في ممارسة هذه السلطات تبقى مقيدة في حدود عدم إضراره بباقي الشركاء.

إن حالة الشيوخ تعتبر مؤقتة، ومهما طال مدتها لا بد من قسمة المال الشائع وهذه القسمة قد تكون اتفاقية ترك فيها المشرع الحرية للشركاء في تطبيقها وديا، وفي حال عدم إتفاقهم يتم اللجوء إلى القسمة القضائية، تتم وفق شروط وإجراءات معينة ليتم من خلالها قسمة المال الشائع وحصول كل شريك على حصته.

قد يتم الطعن في القسمة الرضائية لعدة أسباب من أهمها الطعن بالغبن بينما لا يمكن ذلك في القسمة القضائية، كما يضمن المتقاسمون بعضهم البعض من ما قد يقع من تعرض أو استحقاق.

Résumé

Dans cette étude relative à la protection juridique du partenaire dans l'indivision, j'ai essayé de toucher à toutes les phases de la propriété indivise et qui, à travers elle, se matérialisent les éléments de la protection juridique du partenaire pendant l'état de l'indivision et même son expiration ; de manière à ce que cette protection juridique se traduit alors par l'élaboration d'un ensemble de droit que confère la loi au partenaire et la méthode de protection en cas de dépassement.

Comme je me suis intéressé particulièrement durant cette étude à la méthode d'exercice du partenaire de son autorité pendant la validité de l'indivision et qui lui confère le droit de l'usage, le droit de disposer du bien indivis, mai aussi et malgré cela les limites de sa liberté d'action qui se traduit par l'obligation de ne pas portes atteinte aux autres partenaires.

Toutefois les apparences de la protection légale de l'associée dans l'indivision s'entend même après le partage pour se garantir les uns, les autres de ce qui peut advenir.

الفهرس

الفهرس

1 مقدمة

7	الفصل الأول: حماية الشريك في الشيووع قبل قسمة المال الشائع
8	المبحث الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال إدارة المال الشائع والانتقاع به
9	المطلب الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال إدارة المال الشائع
9	الفرع الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال الإدارة العادية
12	الفرع الثاني: حماية الشريك في الشيووع خلال الإدارة غير العادية وحفظ المال الشائع
19	المطلب الثاني: حماية الشريك في الشيووع خلال الانتقاع بالمال الشائع
19	الفرع الأول: انتقاع الشريك بالمال الشائع من خلال قسمة المهايأة
23	الفرع الثاني: تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية
26	المبحث الثاني: حماية الشريك في الشيووع خلال التصرف واسترداد المال الشائع
26	المطلب الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال التصرف في المال الشائع
26	الفرع الأول: حالات التصرف في المال الشائع
30	الفرع الثاني: آثار تصرف الشريك في المال الشائع قبل القسمة
35	المطلب الثاني: حماية الشريك في الشيووع من خلال حق الاسترداد وحق الشفعة
35	الفرع الأول: حماية الشريك في الشيووع من خلال حق الاسترداد
38	الفرع الثاني: حماية الشريك في الشيووع من خلال حق الشفعة
44	خلاصة الفصل الأول
46	الفصل الثاني: الحماية القانونية للشريك خلال انقضاء الشيووع
47	المبحث الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية
48	المطلب الأول: حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة الاتفاقية
50	الفرع الأول: شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية للمال الشائع
54	الفرع الثاني: أسباب نقض القسمة الاتفاقية
60	المطلب الثاني: حماية الشريك في الشيووع خلال القسمة القضائية
60	الفرع الأول: حق الشريك في رفع دعوى القسمة
65	الفرع الثاني: طرق القسمة القضائية للمال الشائع
69	المبحث الثاني: حماية الشريك من الأثر الكاشف والضمان في القسمة
69	المطلب الأول: حماية الشريك من الأثر الكاشف في القسمة

69	الفرع الأول: تعريف الأثر الكاشف للقسمة ونطاقه
73	الفرع الثاني: نتائج الأثر الكاشف للقسمة
76	المطلب الثاني: الحماية القانونية للشريك من خلال ضمان التعرض والاستحقاق
76	الفرع الأول: أساس ضمان الاستحقاق والتعرض وأحكامه
78	الفرع الثاني: شروط ضمان الاستحقاق والتعرض
80	خلاصة الفصل الثاني
84	الخاتمة
93	الملخص