



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة العربي التبسي - تبسة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# التصرف في الملكية الشائعة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر (ل.م.د) تخصص قانون عقاري

إشراف الدكتورة:

- ريم مراحي

إعداد الطالبين:

- عبد النور قتال

- رشيد حاجي

لجنة المناقشة:

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
01	صونية بن طيبة	أستاذة محاضرة ب	جامعة تبسة	رئيسا
02	ريم مراحي	أستاذة محاضرة ب	جامعة تبسة	مشرفا ومقررا
03	إلهام بخوش	أستاذة مساعدة أ	جامعة تبسة	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وعرfan

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله  
وصحبه الطاهرين.

وبعد:

حين تبسط الشمس أشعتها وككل صباح تغادر الطيور أعشاشها يكون القدر  
قد خطَّ بأحرفه جزءاً ليس باليسير من مشوارنا الدراسي، وتذرف الدموع مستعطفة  
الأيام علها تعود ولكن هيهات...

بوئنا في هذه المحطة الأخيرة أن نتقدم أولاً بالشكر الجزيل إليه سبحانه  
وتعالى على عونه وفضله فهو القائل: { وَإِذْ تَأْتِنَ رَبُّكُمْ لئنْ شَكَّرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن  
كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ } سورة إبراهيم [07].

وثانياً إلى الأستاذة الفاضلة: "ريم مراحي" التي تعهدنا بعلمها، وأعطتنا  
الكثير من وقتها، نسأل الله أن يديم عليها صحة البدن وراحة البال والسعادة على  
كل حال.

كما نتقدم بالشكر الجزيل والامتنان إلى كل من الأستاذتين الفاضلتين  
الكريمتين "صونية بن طيبة" و"إلهام بخوش"، وإلى كافة أسرة كلية الحقوق والعلوم  
السياسية وبالأخص قسم الحقوق وكذا كافة الأساتذة الكرام الذين لم يبخلوا علينا  
بعلمهم وجادوا بكل ما ملكت أيديهم.  
وإلى كل كافة الأهل والأقارب والأصدقاء .

# مقدمة

إن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة، كما أن حق الملكية قد تكون في وضعها العادي حيث تكون لشخص واحد على شيء مفرز، وبالتالي تكون الملكية ثابتة على سبيل الاستثناء والافراد، غير أن الملكية قد توجد في وضع استثنائي، حيث تثبت في نفس الوقت لعدة أشخاص على نفس الشيء كل منهم بحصة رمزية أو حسابية معينة فيقال لها الملكية الشائعة.

كما أن من خصائص الملكية أنها حق مانع فهو مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو أن يتدخل في شؤون ملكيته، ويترتب على ميزة حق الملكية كونه حق مانع، أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد، فيجوز أن يكون هذا الشيء أو العقار مملوكاً لشخصين على الشيوع، ولكن لا يملك أي منهما الشيء أو العقار كله، وإن كل ما يملكه الواحد منهما هو جزء من الشيء أو العقار شائعاً.

فالملكية الشائعة تكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات، فمحل حق الشريك هو حصة من المال الشائع غير منقسم، حيث أن هذا المال الشائع قد يكون عقار أو منقولاً، لهذا فإن حق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم إلى حصص دون أن ينقسم المال ذاته.

كما أن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفترزة في عدة جوانب منها أن الملكية المفترزة تكون معينة ومحددة بحدود تميزها عن غيرها، أما الملكية الشائعة فتكون غير محددة ولا تتركز في جانب معين من المال الشائع، وإنما تنتشر عليه كله، كما أن الأصل في الملكية للمالك الواحد منفرد يمارس سلطاته كلها دون مزاحمة من أحد ولكن يتغير الوضع بدهاة في الملكية الشائعة، حيث أصحاب المال عدة، وحيث يرد الحق طوال الشيوع في كل المال الشائع في جملته، فيمارس كل واحد منهم بوصفه واحداً من أصحاب حق الملكية نفس سلطاتها المعروفة فيكون من الطبيعي أن تتزاحم وتتضارب مباشرتهم لهذه السلطات على نفس المحل، وفي نفس الوقت من أجل ذلك يتحتم في الملكية الشائعة تقييد استعمال كل شريك لسلطاته في الملكية بما للأخرين من سلطات مماثلة، كما أن الشريك قد تتفق إرادته مع إرادات سائر الشركاء باتجاهها نحو إبداء تصرف معين على

المال الشائع، ويكون تصرفهم حينئذ تصرفا جماعيا، وهو الأصل وهو لا يثير إشكالات جديدة.

وقد لا تتفق إرادات الشركاء جميعا على التصرف في المال الشائع، وهنا تدخل المشرع لتنظيم هذه الحالة، فأجاز ذلك لأغلبية خاصة من الشركاء حددتها المادة 720 من القانون المدني الجزائري بالشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، غير أن هذا الحل لا يجب أن يؤدي إلى تحكم الأغلبية بالأقلية، لهذا فقد حرص المشرع على كفالة حقوقها عن طريق تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية المبيح للتصرف.

وباعتبار أن كل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في الملك الشائع فإن هذا يعني أن الشيوخ لا يمنع التصرف، والمقصود بالتصرف بمفهومه القانوني الذي نعتمده في بحثنا هذا هو نقل ملكية الشيء كالبيع مثلا أو إنشاء أي حق عيني آخر عليه كالرهن مثلا.

### أهمية الموضوع:

تتجلى الأهمية العلمية لهذا الموضوع في أن المسائل والإشكاليات المتعلقة بالملكية الشائعة والتصرف فيها لها صلة وثيقة بالواقع العملي لحياة الناس، كما أن الموضوع يتعلق بالمصلحة الفردية والمصلحة العامة على السواء، فكان البحث فيه يثير إشكاليات هامة ومحورية حول تصرف الشريك أو الشركاء في العقار الشائع، وكذا فيما يتعلق بحماية الأقلية من الشركاء في الشيوخ من تعسف أغليبتهم في العقار الشائع دون رضائهم وإضرار بهم، وكذا عن الآثار الناجمة عن القسمة.

لذا فقد قمنا بالتطرق إلى أحكام التصرف في الملكية الشائعة.

### دوافع اختيار الموضوع:

إن الدوافع والأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع دون غيره تتمثل فيما

يلي:

- كثرة القضايا المطروحة أمام القضاء في هذا الموضوع وذلك نتيجة كثرة النزاعات المتعلقة بالملك الشائع.

- كثرة المال الشائع خاصة ما يتعلق بالعقار في عصرنا الحالي وذلك لأسباب عديدة ومن أهمها الميراث، مما ينجم عنه عدم التصرف الأمثل في الملك الشائع مما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع.

### إشكالية البحث:

ونظرا لما سبق ذكره فإن ذلك جعلنا ندرس هذا الموضوع ونعطيه أهمية بالغة، وذلك من خلال الإجابة عن الإشكالية التالية: ما هو حكم تصرف الشريك أو الشركاء في العقار الشائع؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عليه؟

### منهج البحث في الموضوع:

لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي؛ ففي المنهج الوصفي قمنا بتبيان المسائل التي قد يتعرض لها الشريك أو الشركاء باعتبار لهم سلطة التصرف في الملك الشائع.

أما في المنهج التحليلي: سنعتمد على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع محل الدراسة وذلك على ضوء ما ذهب إليه شراح القانون المدني.

### أهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث تحديدا إلى معرفة التصرفات المنصبة على العقار الشائع وكذلك معرفة أنواع القسمة وإجراءاتها القانونية.

### الدراسات السابقة:

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

- مذكرة ماجستير بعنوان: "التصرف في الملكية العقارية الشائعة"، للطالب وهاب عياد، جامعة منتوري، قسنطينة لسنة 2008/2007.

- كذلك مذكرة ماجستير بعنوان: "تصرف الشريك في المال الشائع" -دراسة مقارنة-، للطالبة مخازني فايزة، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، لسنة 2005/2004.

**صعوبات البحث:**

أما فيما يخص الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث فهي تتمثل في قلة المراجع الجزائرية المتخصصة، وكذلك قلة توفر القرارات والأحكام القضائية المتعلقة بالمنازعات حول الملكية الشائعة.

**خطة البحث:**

للإجابة على الإشكالية السابقة فإننا اعتمدنا الخطة التالية:

**الفصل الأول:** التصرف الفردي في العقار الشائع.

**المبحث الأول:** تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع.

**المبحث الثاني:** آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة لمواجهة الشركاء.

**الفصل الثاني:** التصرف الجماعي في العقار الشائع.

**المبحث الأول:** تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم.

**المبحث الثاني:** قسمة العقار الشائع.

# الفصل الأول

التصرف الفردي في العقار الشائع

إن للشريك في الشيوخ الحق في أن يتصرف بصفة منفردة في حصته الشائعة في العقار، وأن يتصرف في جزء مفرز منه.

كما قد يتصرف في العقار الشائع كله، وكل هذه التصرفات الانفرادية مؤطرة قانوناً، وسنتناول في هذا الفصل أحكام كل نوع من هذه التصرفات الفردية، على أن نخصص مبحث أول: لتصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع، ومبحثاً ثانياً نتناول فيه استرداد العقار الشائع، وذلك وفقاً للخطة التالية:

**المبحث الأول: تصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع.**

**المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة لمواجهة الشركاء.**

**المبحث الأول: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع:**

يحق للشريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، وذلك أن الملكية الشائعة هي حق ملكية تامة، إذ يجوز أن يكون التصرف من الشريك إلى احد الشركاء أو إلى بعضهم أو كلهم، أو إلى أجنبي بشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء. ومنه سنبحث في تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار، والتصرف في الجزء المفرز، وكذلك التصرف في كل العقار الشائع.

**المطلب الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار:**

إن تصرف الشريك في حصته الشائعة يقع صحيحا نافذا في مواجهة شركائه، ولا يقتصر الأمر على تصرف معين، فله أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات فيقرر حقوقا عينية أصلية كانت أم تبعية، بعوض أو بدون عوض، طالما كان تصرفه لا يمس بحقوق باقي الشركاء، وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

**الفرع الأول: حكم بيع الحصة الشائعة في العقار:**

إن الحصة الشائعة هي مجموع ما للشريك من سلطان على الشيء الشائع في حدود حصته عليه، والشريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، ولهذا يكون له باعتباره مالكا على هذا النحو التصرف في حقه بكافة أنواع التصرفات القانونية باعتباره ملكا<sup>1</sup>. كما تتوافر للملكية الشائعة عناصر الملكية المفرزة، من استعمال واستغلال وتصرف، بحيث إذا وضع احد الشركاء يده على حصة مفرزة تعادل حصته، امتنع على باقي الشركاء التعرض له في ذلك، وإذا تصرف فيها كان تصرفه صحيحا فيما بينه وبين المشتري ومتوقفا على نتيجة القسمة لنفاذه في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي يعتبر هذا البيع وارد على حصة شائعة بالنسبة لباقي الشركاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 1999، ص46.

<sup>2</sup> أنور طلبية، الملكية الشائعة، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، 2004، ص18.

كما أن المشرع الجزائري لم يورد نص قانوني خاص ببيع الحصة الشائعة غير أنه لا يشترط لصحته إلا ما يشترط في العقود بصفة عامة مع مراعاة الإجراءات الشكلية ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع طبيعة الشيوخ، لذا يسري عليه حكم المادة 714 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

حيث نصت المادة 714 من قانون المدني الجزائري أنه: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها..."، ومن ثم فإنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بالبيع باعتباره أهم أنواع التصرفات الناقلة للملكية، ويجوز أن يكون البيع إلى أحد الشركاء أو إلى جميعهم، وإذا صدر البيع من شريك إلى شريك وترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوخ فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريقة التصفية كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء.

كما أنه يجوز أن يبيع الشريك حصته الشائعة إلى أجنبي من غير الشركاء ولا يشترط موافقة باقي الشركاء، على هذا البيع لأنه باع ما يملك فقط دون التعدي على حقوق باقي الشركاء، ولكن الشريك المتصرف مقيد عند التصرف بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين<sup>2</sup>.

ولقد أصدرت المحكمة العليا للجزائر العديد من القرارات مؤيدة لبيع الحصة الشائعة، حيث نقضت الأحكام الصادرة عن المجالس القضائية والتي أبطلت بيع حصة شائعة بحجة عدم تمتع الشريك على الشيوخ بحق بيع حصته الشائعة، منها القرار رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29.

في حين رفضت نقض أحكام صادرة عن بعض المجالس القضائية والتي أجازت بيع الحصة الشائعة، منها: القرار رقم 161833 الصادر بتاريخ 1998/09/30، والقرار رقم 186043 الصادر بتاريخ 1999/03/24<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مخازني فايضة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005/2004، ص 17.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> مخازني فايضة، المرجع السابق، ص 17.

ولقد أصدرت المحكمة العليا القرار رقم 39496 المؤرخ بتاريخ 1987/08/04 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع، ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها خرقوا القانون، ومتى كان ذلك تعين نقض القرار"، والقرار القضائي رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً له أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأً في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوخ، أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

كما أنه إذا كانت الحصة المباعة عقاراً و باعها الشريك إلى أجنبي كان لباقي الشركاء الحق في أخذها بحق الشفعة.

ومع أن القانون قد أجاز البيع لأجنبي دون حاجة إلى موافقة الآخرين إلا أنه من مصلحة الشريك البائع أن يعلن باقي الشركاء، إذ يجعل ميعاد الحق في الاسترداد أو الحق في الأخذ بالشفعة يسري على هؤلاء الشركاء، بيد أنه إذا باع الشريك حصته إلى أكثر من مشتري كانت العبرة بالتسجيل، ومن الأسبق في التسجيل إذا كان المبيع عقاراً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بوبكر لبيض، التصرف في المال الشائع شيوخاً اختيارياً، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران أحمد بن بلة، 2014/2015، ص83.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص47.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام عقد البيع في المال الشائع تسري على عقد المقايضة وهذا بصريح نص المادة 415 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايس عليه".

كما نصت المادة 413 من القانون المدني الجزائري على أنه: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير منقول"، ويفهم من هذا النص أن أحكام عقد المقايضة تسري عليها أحكام عقد البيع كما ذكرنا سابقا.

### الفرع الثاني: حكم هبة الحصّة الشائعة في العقار:

لقد عرف المشرع الجزائري الهبة في نص المادة 202 من قانون الأسرة على أنها: "الهبة تملك بلا عوض"<sup>1</sup>، وبحكم أن الشريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وهذا ما جاء في نص المادة 714 ق.م.ج على أنه: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"<sup>2</sup>.

فإنه وفقا لهذه المادة يجوز للمالك على الشيوخ أن يهب حصته الشائعة للشريك أو للأجنبي، سواء أكان المال المشاع مما يقبل القسمة أم لا، والشيوخ لا يحول دون القبض قانونا، حيث أن الهبة عقد يتم انعقاده بالإيجاب والقبول، إلا أنه يشترط تطابق الإيجاب والقبول<sup>3</sup>.

كما تعد الهبة تصرفا انفراديا واقعا من طرف واحد، كما أنها من التصرفات الناقلة للملكية.

حيث تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد هذه القيود بطلت الهبة".

<sup>1</sup> لبيض بوبكر، المذكرة السابقة، ص 87.

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

<sup>3</sup> لبيض بوبكر، المذكرة السابقة، ص 87.

يتضح من هذه المادة أن المشرع ربط صحة الهبة بتمام الحيابة، وهذا يفتح بابا لتقييد حرية الشريك في هبة الحصبة الشائعة بالحالات التي تتحقق فيها الحيابة فقط، غير أن المشرع تدارك الوضع وأورد نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فان التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة".

وهذا يعني ضمنيا جواز هبة الحصبة الشائعة وهو ما يتوافق مع المادة 714 من القانون المدني، ويتوافق مع جمهور الفقهاء<sup>1</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن التصرفات الناقلة للملكية دون عوض بالإضافة إلى الهبة هناك الوصية، والتي نص عليها المشرع في المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

فالمشرع لم يشترط في الوصية أي شرط يتعارض مع الشيوع بل اعتبرها كالميراث، فمتى كانت في حدود الثلث، وما تجاوز الثلث توقف على إجازة باقي الورثة، ومتى تمت الوصية وتوفي الموصي حل الموصى له محله، وأصبح شريكا مع باقي الشركاء في حدود الحصبة التي انتقلت إليه بعد الوصية<sup>2</sup>.

وفي الأخير نلاحظ أنه متى تم التصرف، أي تصرف الشريك في حصته الشائعة عن طريق التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية، كان تصرفه نافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى أي إجراء آخر، فليس ضروريا أن يعلن التصرف إلى باقي الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف لأننا في صدد حق عيني لاحق شخصي وإن كان من المفيد أن يتم الإعلان إذا حصل البيع لأجنبي عن الشركاء حتى تبدأ من وقت الإعلان المدة التي يسقط بانقضائها حق الشركاء الآخرين في طلب الشفعة أو الاسترداد ويترتب على هذا التصرف أثره وفقا للقواعد العامة، فإذا كانت

<sup>1</sup> لبيض بوبكر، المذكرة السابقة، ص 87.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الأوقاف، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 12.

الحصة شائعة في عقار أو في مجموع من المال المشاع يشتمل على عقار، وجب التسجيل حتى ينتقل الحق العقاري المتصرف فيه إلى المتصرف<sup>1</sup>.

**الفرع الثالث: ترتيب حق عيني على العقار الشائع:**

الحقوق العينية هي التي يكون محلها شيء معين أي أطرافها هما الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق، وينقسم حسب مصدرها إلى حقوق عينية أصلية، وحقوق عينة تبعية.

فالحق العيني الأصلي سلطة مباشرة يقدرها القانون لشخص معين على شيء معين بذاته، فتكون له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه دون الحاجة إلى سلطة واسعة، وهي حق الانتفاع والارتفاق<sup>2</sup>.

**أولاً: رهن الحصة الشائعة:**

إن الرهن في القانون المدني هو نوعان رهن رسمي ورهن حيازي:

أ- فالرهن الرسمي: هو عقد يكسب به الدائن حق عيني على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استثناء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان<sup>3</sup>.

ب- أما الرهن الحيازي: فهو عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفى الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء، في أي يد يكون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص94.

<sup>2</sup> إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص393.

<sup>3</sup> أنظر المادة 882 من الأمر 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> أنظر المادة 948 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

ويلاحظ من خلال التعريف السابق لحق الرهن الرسمي والحيازي أن الهدف من الرهن هو حماية حقوق الدائن المرتهن، كما أن الرهن الرسمي من خصائصه أنه لا يرد إلا على عقار، أما الرهن الحيازي فهو يرد على عقار ومنقول، ويخولان للدائن ميزة التقدم والتتبع.

وكما بين القانون المدني أنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيانا غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين<sup>1</sup>.

وكما أنه من خلال المادة 61 من ق.م.ج يتبين لنا أن الرهن الحيازي ينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة للإجراءات الشكلية، غير أنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان<sup>2</sup>.

إذا تضمن التصرف رهن الحصة الشائعة ولم يف الشريك الراهن بالدين المضمون بالرهن، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة الشائعة تنفيذا جبريا، أي أن يحجز عليها ويبيعها بالمزاد ويستوفي حقه من ثمن بيعها ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكا في الشيوع.

ولا صعوبة في رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا، فهذا الرهن لا يقتضي انتقال حيازة المرهون، أما بالنسبة للرهن الحيازي فتثور صعوبة نقل حيازة الحصة الشائعة، ولكن هذه الصعوبة يمكن التغلب عليها بالارتفاق على أن يحوز أحد الشركاء غير الراهن الشيء الشائع باعتباره عدلا، أو بوضع شيء في حيازة مدير، إذ لا يشترط أن تنتقل

<sup>1</sup> أنظر 890 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

<sup>2</sup> لبيض بوبكر، المذكرة السابقة، ص 92.

حيازة الشيء المرهون رهنا حيازيا من غير الشركاء إلى الدائن المرتهن، فيكفي ألا يبقى في حيازة الراهن<sup>1</sup>.

كما أنه عند قيام أحد الشركاء برهن حصتهم المفرزة ثم وقع نصيبه بعد القسمة في جزء آخر، انتقل الرهن بمرتبته إلى هذا القدر بما يعادل القدر المتصرف فيه، ويكون تعيينه بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن، بإجراء قيد جديد يبين فيه المقدار الذي انتقل إليه الراهن خلال (90 يوم) من وقت إخطاره من المدين<sup>2</sup>.

كما أنه إذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه فإن الرهن يرتكز في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك الراهن بمقتضى القسمة ولا يعد هذا الحكم من تطبيقات فكرة الحلول العيني وإنما هو الأثر الطبيعي للقسمة.

كما أنه إذا لم يقع في نصيب الراهن شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وإنما اختص بمبلغ من النقود، فإنه إذا كان دين الدائن مستحق للأداء أمكنه استيفاء حقه بالتقدم من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته، أما إذا لم يكن مستحق الأداء فينتقل الرهن إلى المبلغ الذي يستحقه الراهن بمعنى أن يخصص هذا المبلغ لضمان دين هذا الدائن<sup>3</sup>.

#### ثانيا: ترتيب حق انتفاع على الحصة الشائعة:

"إن حق الانتفاع هو حق عيني يخول للمنتفع الانتفاع بشيء مملوك للغير فتكون له سلطة استعماله واستغلاله مع التزامه بالمحافظة على هذا الشيء ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع والذي ينقضي حتما بموت المنتفع"<sup>4</sup>.

وبهذا فإنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بأن يرتب عليها حق انتفاع للغير، ويصبح المنتفع شريكا مع باقي الشركاء في خلال المدة المقررة للانتفاع، وذلك لأن للمالك أن يتصرف في ملكه بكافة التصرفات طالما أن ذلك لا يترتب عليه

<sup>1</sup> أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، (د.ط)، دار محمود للنشر والتوزيع، شارع سامي البارودي، بباب الخلف، 2004/2003، ص351.

<sup>2</sup> عبد الوهاب عرفة، الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الأصلية و التبعية، (د.ط)، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 2008، ص151.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص95.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص507.

ضرر بالنسبة لباقي الشركاء فإذا كان المال الشائع منزلاً مثلاً، ثم رتب عليه الشريك حق انتفاع أي على حصته، فإن المنتفع يحل محل الشريك طوال فترة الانتفاع للحصول على ما يعادل حصة الشريك المتصرف<sup>1</sup>.

### ثالثاً: حق التخصيص:

لم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني تعريف محدد لحق التخصيص وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وأثاره وانقضائه، وباعتبار حق التخصيص من الحقوق العينية التبعية فإن الدائن يختص فيه بعقارات مدينة.

كما أنه يستطيع الدائن بموجب حكم الذي يكون واجب التنفيذ محتواه إلزام المدين بالدين، أن يستوفي الدائن حقه من مدينه متقدماً على كل من الدائنين العاديين وكذا الدائنين التاليين له في المرتبة.

وبهذا فإن الشريك في الشيوغ المدين لشخص آخر بدين ثابت، فإنه يستطيع بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ اللجوء إلى القضاء ليقوم باستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضماناً لدينه، حيث يقوم الدائن بتقديم ذلك الطلب في شكل عريضة إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم، وتشمل بالإضافة إلى ذلك البيانات المذكورة في المادة 941 من القانون المدني<sup>2</sup>.

وهذه البيانات هي:

- اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.
- اسم المدين ولقبه ومهنته وموطنه.
- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته.
- مقدار الدين، فإن كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق التخصيص.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص75.

<sup>2</sup> وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008/2007، ص14.

- تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها.  
ومتى توافرت هذه الشروط اللازمة فإن رئيس المحكمة يقوم بتدوين ذلك في ذيل العريضة أمره بالتخصيص وعليه عند الترخيص به أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة وبموجب التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كافي لتأمين دفع أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائنين<sup>1</sup>.

كما أنه يجوز رفع التظلم من الأمر بالتخصيص من طرف المدين الذي هو الشريك في الشيوخ أمام القاضي الذي أصدره والقائم بفصل الأمور المستعجلة<sup>2</sup>.  
كما نصت المادة 945 ق.م.ج على أنه: "إذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص المقدم من الدائن سواء كان الرفض في بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المجلس القضائي".

بينت لنا المادة 945 ق.م.ج أن الدائن يجوز له التظلم من أمر الرفض الصادر من طرف رئيس المحكمة وذلك إلى المجلس القضائي وذلك بسبب رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص الذي قدم من طرف الدائن دون الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الرفض كان في بادئ الأمر أو إلا بعدما قام المدين بالتظلم.

كما نصت المادة 947 ق.م.ج أنه: "تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة".

#### رابعا: حق الامتياز:

إن حق الامتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني تتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز بخلاف حق التخصيص الذي يتقرر لفائدة الدائن ويكون ذلك على إثر وجود حكم قضائي واجب التنفيذ، كما أنه يختلف الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية

<sup>1</sup> أنظر المادة 942 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 944 من الأمر نفسه.

كالرهن الرسمي والرهن الحيازي والاختصاص وذلك لأن حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني<sup>1</sup>.

ولقد بينت لنا المواد من 999 إلى 1003 حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار.

ولقد نصت المادة 1001، "أن للشركاء الذين اقتسموا عقار حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته مماثلة بشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999".

#### المطلب الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع:

لقد نصت المادة 714 في الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

لتوضيح ما سبق ذكره في نص المادة 714 من القانون المدني يجب أن نفرق بين حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة وبعدها ثم أثر تصرف الشريك في العقار الشائع كله.

#### الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة:

إن المشتري إذا ما وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع وذلك باعتقاده أن المبيع يملكه البائع أي الشريك ملكية مفرزة لا شائعة، يكون البيع في هذه الحالة قابل للإبطال حيث يجوز للمشتري طلب القسمة للإبطال قبل أن تتم القسمة وغير ملزم في انتظار القسمة ونتائجها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، مج10، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص922.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.ص99، 100.

كما أنه لا يجوز طلب الإبطال إذا تمت القسمة قبل الحكم بالإبطال وذلك بأن وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف وذلك إعمالاً بحكم المادة 85 من القانون المدني والتي نصت بأنه: "ليس من وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، وكذلك أيضاً إذا أقر بقية الشركاء تصرف شريكهم في حصته المفرزة، أو تلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه<sup>1</sup>. ويكون البيع قابلاً للإبطال، إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وذلك ما لم يكن المشتري قد أجاز البيع من قبل.

وليس للمشتري الحق في طلب إبطال التصرف لا قبل القسمة أو بعدها حتى إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف وذلك في حالة ما إذا كان المشتري يعلم أن البائع المتصرف ليس إلا مالكا على الشيوع فهنا المشتري لا يكون قد وقع في غلط<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة:

إذا قسم العقار الشائع بين الشريكين وكان هذا العقار أرض شائعة، فإن الأمر لا يخلو من حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص للمشتري بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب الشريك البائع، حيث أن البيع استقر بسبب الأثر الكاشف للقسمة كما أن الشريك الآخر لم يعد له أي حق في الجزء المفرز المبيع.

- **الحالة الثانية:** إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، بل إنه وقع نصيبه في الجزء المفرز الآخر أي أنه وقع في نصيب الشريك الآخر<sup>3</sup>، فإن هذا الأمر نجده قد أوضحتها المادة 714 قانون مدني جزائري بقولها: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.ص 99، 100.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 100.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج 8، المرجع السابق، ص.ص 875، 876.

القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"، وبهذا فإنه تنتقل ملكية الجزء المفرز الآخر الذي وقع في نصيب الشريك البائع إلى المشتري وذلك بعد التسجيل ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المبيع<sup>1</sup>.

وبالتالي يقع البيع على الجزء المفرز الذي وقع بعد القسمة في نصيب الشريك البائع، لا على الجزء المفرز المبيع في الأصل، وذلك لأن المشتري يعلم أن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه، وبالتالي فإنه يكون قد ارتضى مقدا شراء ما ستكون عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة<sup>2</sup>.

ولقد بين القانون المدني الجزائري تطبيقا عمليا على هذا الحكم في الرهن الرسمي، فنص في المادة 890 على أنه: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن إلى مرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل خلال 90 يوما من الوقت الذي يخطره فيه، أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين.

نستطيع القول أن نص هذه المادة ليس إلا تطبيقا، فيما يتعلق بالرهن الرسمي لنص المادة 714 ق.م.ج السالفة الذكر.

ويمكن نقل الإجراءات الواردة فيه إلى جميع التصرفات وقد يكون هذا التصرف بيعا أو رهنا رسميا أو رهن حيازي وغير ذلك<sup>3</sup>.

ففي البيع الذي نحن بصدد، ينتقل العقد إلى قدر من الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك البائع، يعادل قيمة الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع أصلا، وباعتبار أن الأرض الشائعة قد فرزت إلى جزئين مفريين متعادلين، وذلك بفضل القسمة، فإن

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص876.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص876.

<sup>3</sup> نفسه، ص877.

المشتري لا يتضرر من وقوع البيع على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك البائع على أنه إذا لم يتفق كل من البائع والمشتري على شيء متعلق بالفرق في القيمة ما بين الجزئين فإنه يستطيع المشتري اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفرق وذلك إذا ما كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة وكذلك البائع يستطيع اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفرق إذا كان الجزء الذي وقع في نصيبه أكبر من قيمة الجزء المبيع كما أنه يجب على المشتري أن يقوم بالتأشير على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له، ليصبح البيع نافذاً في حق العقد منذ هذا التأشير<sup>1</sup>.

### - حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء:

إن الشريك إذا ما تصرف في جزء مفرز من العين الشائعة فإنه لا ينفذ في حق الشركاء، لأن لهؤلاء على العين الشائعة نفس الحقوق، ويترتب على عدم نفاذ هذا التصرف في حق الشركاء ما يلي:

\* يجوز رفع دعوى الاستحقاق من قبل باقي الشركاء لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه.

\* إن ملكية الشيء الشائع إذا ما آلت كلها للشريك المتصرف بالبيع أو الهبة، أو الإرث أو بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه.

\* إذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ذلك بعد إجراء القسمة، فإن التصرف يكون صحيحاً بالنسبة للمتصرف إليه<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: تصرف الشريك في كل العقار الشائع .

إن الشريك إذا ما تصرف في كل العقار الشائع فإن ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق باقي الشركاء، خاصة إذا كان هذا التصرف قد تم دون علمهم، ولبيان حكم مثل هذا التصرف فإنه يجب معرفة أمرين هما، حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله والثاني أثر تصرف الشريك في العقار الشائع كله.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص877.

<sup>2</sup> محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص130.

الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله: ويتضمن حالتين:

الحالة الأولى: اعتقاد المشتري بأن البائع يملك كل العقار الشائع:

قد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل العقار الشائع فيبيع مثلاً، أحد الشريكين كل الأرض، فإذا كان المشتري أثناء شرائه يعتقد أن كل هذه الأرض يملكها البائع ولا شريك له فيها، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع، وبالتالي فإنه يجوز له إبطال المبيع وذلك لوقعه في الغلط، وكذلك له الحق في طلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر، لأن الشريك الأول قد باعها وهو لا يملكها.

أما إذا أجاز المشتري، البيع، لم يعد باستطاعته الطعن فيه بالإبطال، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير وإنما باستطاعته الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر يستحق نصف العقار الشائع، وأياً كانت نتيجة القسمة فإن كل العقار الشائع لا يخلص للشريك البائع<sup>1</sup>.

وبهذا فإنه يجوز أن يحصل الشريك البائع على ملكية النصف الشائع للشريك الآخر، وتكون ملكية العقار الشائع كلها له وبالتالي تنتقل الملكية إلى المشتري عن طريق التسجيل.

الحالة الثانية: علم المشتري بأن البائع له شريك في العقار الشائع:

في هذه الحالة إذا كان المشتري يعلم أثناء الشراء أن للبائع شريكاً في العقار الشائع، فإنه ليس بإمكانه الطعن في البيع للغلط، ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيقوم باستخلاص ملكية العقار الشائع كله لينقلها إليه.

كما أنه إذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية العقار الشائع كله فإن ملكية العقار الشائع كله تنتقل إلى المشتري عن طريق التسجيل.

أما إذا لم يكن بمقدور البائع استخلاص ملكية العقار الشائع كله، فإن المشتري يكون له الحق في أن يطلب فسخ البيع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري مج8، المرجع السابق، ص878.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.ص878، 879.

إن المادة 714 ق.م. فقرة 02 تعرضت لحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ولكنها لم تتعرض لتصرف الشريك في كل المال الشائع<sup>1</sup>.

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء في القانون المصري والفرنسي على السواء على اعتبار تصرف الشريك المشتاع في كل الشيء الشائع يعتبر صحيحا في القدر الموازي لحصته وقابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك فيما يجاوز ذلك بحيث يثبت الحق لباقي الشركاء في طلب إبطال هذا التصرف فيما يوازي حصصهم، وكذلك لهم الحق في رفع دعوى الاستحقاق.

كما أن حق الشريك في الملكية وفي التصرف مقيد بالحقوق المماثلة لباقي المشتاعين، فإن تصرفه رغم صحته يعتبر غير نافذ في حق باقي المشتاعين، ويظل كذلك بعد القسمة حماية لما يقع بها من نصيب كل منهم<sup>2</sup>.

كما أنه لا يجوز للمتصرف إليه قبل القسمة طلب إبطال التصرف مادام هذا التصرف يعتبر صحيحا فيما بين أطرافه على أساس أنه صادر من مالك إلا بسبب عيب يشوب إرادته، كعيب الغلط الناشئ عن جهله بعدم تملك<sup>3</sup> الشريك المتصرف العين المتصرف فيها ملكية مفرزة خالصة له.

ويرى جمهور الفقه المصري أنه بالنسبة للتصرف في المال الشائع كله يجب أن يكون صادرا من جميع الملاك حتى يكون نافذا في حقهم جميعا<sup>4</sup>.

وبالتالي فإذا ما تصرف أحد الشركاء في كل المال فإنه يكون قد تصرف في حصته الشائعة التي يملكها وكذلك في حصص باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا التصرف يكون صحيحا بالنسبة لحصته ويكون تصرفه بالنسبة لباقي الشركاء قابلا للإبطال فيما يعادل حصصهم، ويجوز لهؤلاء الشركاء الحق في طلب إبطال هذا التصرف دون أن ينتظروا نتيجة القسمة وذلك فيما يوازي حصصهم.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص212.

<sup>2</sup> حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، ص.ص172، 173.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص174.

<sup>4</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص212.

وللمتصرف طلب الإبطال سواء زاد على نصيب المتصرف وكذلك للمتصرف إليه أيضا طلب الإبطال بالنسبة لكل المال الشائع إذا كان يعتقد أن المتصرف يملك ملكية مفرزة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أثر تصرف الشريك في العقار الشائع كله:

إن تصرف الشريك في العقار الشائع كله يخلف أثرا في حقوق باقي الشركاء حيث أن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل العقار الشائع وذلك بالنسبة إلى كل من حصصهم الشائعة في هذا العقار ولكن ينفذ التصرف في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع<sup>2</sup>.

ومن ثم يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكا في الشئوع مع سائر الشركاء، ولا يستطيع أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة جميع الشركاء وليس لهم الحق في طلب إبطال البيع في هذه الحصة أو للتمسك بدعوى الاستحقاق.

وقبل القسمة، فإن بقية الشركاء يستطيعون مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالعقار بعد أن أصبح مملوكا لهم على الشئوع، حيث أن لهؤلاء الشركاء الحق في مطالبة المشتري بالقسمة فبعد انتهاء القسمة يختص كل منهم بما يقع في نصيبه وفي هذه الحالة يرجع المشتري على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي وذلك بقدر حصص الشركاء الآخرين<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فهو يفرق بين حالتين فيما يخص أثر تصرف الشريك في محل العقار الشائع.

- الحالة الأولى: إذا كان التصرف قد صدر بإذن باقي الشركاء فإنه في هذه الحالة ينقد في حقهم ويستقر نهائيا.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص213.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص879.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص880.

- الحالة الثانية: إذا صدر التصرف بدون إذنهم فإن هذا التصرف يكون صحيحا بمقدار حصة الشريك المتصرف ويفسد في نصيب باقي الشركاء لأن كلا من الملكين له حكم لو انفرد فإذا جمع بينهما تثبت لكل واحد حكمه.

**المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة لمواجهة الشركاء:**

إن للشريك على الشيوع الحق في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر حيث أن التصرف قد يصدر من الشريك في الشيوع إلى أحد الشركاء الآخرين وقد يتم إلى شخص أجنبي عن الشيوع، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف حق الاسترداد وشروطه وكذا إجراءات حق الاسترداد ونطاقه وآثاره أولاً، ثم سنتطرق إلى حق الشفعة من تعريف ولمن تجوز حق الشفعة وإجراءاتها ثانياً.

**المطلب الأول: حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة:**

لقد خول القانون للشركاء في حالة ما إذا تم البيع إلى شخص أجنبي عن الشيوع الحق في الحل محل من يشتري الحصة الشائعة التي يبيعها أحد الشركاء لأجنبي عن الشيوع وذلك عن طريق الاسترداد بالنسبة للمنقولات والشفعة في حالة العقارات<sup>1</sup>، وسنتناول في هذا المطلب تعريف حق الاسترداد وتبيان شروطه، وكذا التطرق لإجراءاته ونطاقه وآثاره.

**الفرع الأول: تعريف حق الاسترداد وشروطه:**

إن الاسترداد على وجه العموم هو حلول شخص محل آخر فيما اشترى مقابل دفع ثمن ومصاريف البيع.

أما حق استرداد الحصة الشائعة فمعناه هو حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل للمشتري للحصة الشائعة المبيعة، وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع محافظة على أسرار الشركة ويكون في المنقول الشائع ويكون أيضاً في حالة بيع الحصة الشائعة في المجموع من المال ولو اشتمل على عقار<sup>2</sup>.

لقد نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره للأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص216.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق ص 122.

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".

إعمالاً لحكم المادة 721 من القانون المدني الجزائري فإن الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في المنقول المعين أو في المجموع من المال فلا يجوز الاسترداد في بيع الحصة الشائعة في العقار المعين ولو كان هذا العقار هو كل المال الشائع، إنما تجوز الشفعة هنا ويجوز الاسترداد إذا كانت الحصة المباعة حصة شائعة في المجموع من المال حتى لو كان هذا المجموع يتضمن عقارات<sup>1</sup>.

ومن خلال نص المادة 721 ق.م.ج يتضح أن الشروط الواجب توفرها لاستعمال

حق الاسترداد هي:

- **الشرط الأول:** أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوخ : يجب صدور عقد بيع من أحد الشركاء في الشيوخ ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف، تبرعاً كان أو معاوضة، فإذا ما وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها فإنه لا يجوز استعمال حق الاسترداد بالنسبة للهبة والوصية<sup>2</sup>.

وقد اشترطت المادة أن يكون البيع الصادر من الشريك في الشيوخ بيعاً بالممارسة، فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد لأن الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع أن يدخل المزاد ويقوم بمنع الأجنبي من رسو المزاد عليه.

عند تمام البيع فإنه يجوز الاسترداد آنذاك، أما خلال مرحلة التفاوض والشروع في البيع فإن الاسترداد يكون سابقاً لأوانه<sup>3</sup>.

- **الشرط الثاني:** أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال العقار:  
- يجب على الشريك أن يبيع حصته الشائعة كلها أو بعضها، في منقول أو مجموع من المال.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص96.

<sup>2</sup> أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص30.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص30.

كما أن حق الاسترداد حسب ما أوضحتها المادة 721 ق.م.ج نجده لا يرد إلا على منقول قائم بذاته وإلا في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار<sup>1</sup>. أما العقار الشائع المعين بالذات فلا يكون محلاً لحق الاسترداد وإنما هو محل لحق الشفعة، حتى ولو كان الميراث هو سبب الشيوخ في العقار<sup>2</sup>. ومثل المجموع من المال هو الشركة فإذا قام أحد الورثة في بيع حصته الشائعة في الشركة لأجنبي، فإن باقي الورثة يستطيعون عن طريق حق الاسترداد أن يأخذوا هذه الحصة من الأجنبي حتى لو كانت الشركة تشمل على عقارات مادامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال<sup>3</sup>.

وكما قلنا فإن التصرف إذا كان منصباً على حصة شائعة من عقار معين بالذات، فإن أخذ الشركاء هذه الحصة من الأجنبي يتم عن طريق الشفعة لا عن طريق الاسترداد.

وان كانت صياغة المادة 721 ق.م.ج السابقة الذكر توحى بعكس ذلك، حيث نص المشرع فيها أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار"، فاستعمال المشرع للفاصلة بين المنقول، أو العقار، يعني أنه يجيز الاسترداد في العقار، بالإضافة إلى كل من المنقول الشائع وكذلك المجموع من المال المنقول، وربما هذا ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم 179321 الصادر بتاريخ 1998/03/25، حيث قضت فيه بجواز ممارسة حق الاسترداد في حالة بيع الحصة الشائعة في عقار معين وتتلخص وقائع القضية بقيام أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة في قطعة أرض آلت إليه عن طريق الميراث حيث قام إخوته والذين يعتبرون شركائه بطلب استردادها اعتماداً على المادة 721 ق.م.ج ولم يتبعوا إجراءات الشفعة المقررة قانوناً، فقضت كل من المحكمة والمجلس القضائي بعدم جواز الاسترداد ووجوب إتباع إجراءات الشفعة، غير أن المحكمة العليا قضت بنقض القرار، واعتبرت قضاة المجلس قد خرقوا القانون، وأصدرت القرار السابق، جاء فيه: "من المقرر قانوناً، أن لكل شريك

<sup>1</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص30.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.ص30، 31.

<sup>3</sup> نفسه، ص31.

في المنقول وفي المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا برفع دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع، إذا بيع لأجنبي، بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة وبهذا فإنهم قد خرقوا نص المادة 221 ق.م.ج يقتضي بحق الورثة في حق الاسترداد<sup>1</sup>.

إن هذا القرار تعرض لانتقادات منها:

- أن إرادة المشرع لم تتجه إلى تطبيق الاسترداد على العقار المعين بالذات وإنما إلى تطبيق الاسترداد في المنقول المعين أو المجموع من المال، وإلا لما أقر نظام الشفعة.
- أن نص المادة 721 السالفة الذكر مأخوذة عن نص المادة 833 من التقنين المدني المصري، كما أجمع شراحه على عدم ثبوت الاسترداد في العقار المعين بالذات وبالتالي ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة، وقد أيدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها منها الطعن رقم 1956/02/16.
- حيث قضت فيه بعدم جواز ممارسة الاسترداد في العقار الشائع المعين بالذات، وإقرارها بثبوت حق الشفعة في هذه الحالة.
- إن الأخذ بهذا الرأي يجعل نطاق الشفعة متداخلا مع نطاق الاسترداد مما يؤدي إلى تضارب بين النصوص القانونية ونظرا لهذه الانتقادات فإنه لا يجوز تطبيق حق الاستيراد على العقار المعين وإنما يسرى عليه نظام الشفعة<sup>2</sup>.
- فحق الاسترداد، لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في المنقول المعين أو في مجموع من المال العقار والمنقول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مخازني فايزة، المذكرة السابقة، ص.ص 64، 65.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص.ص 64، 65.

<sup>3</sup> نفسها، ص.ص 65.

- **الشرط الثالث:** أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء حيث يجب صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان في ذلك ما يتضرر منه باقي الشركاء<sup>1</sup>.

وعلى هذا لا يجوز الاسترداد إذا كان البيع لأحد الشركاء الموجودين في الشروع، لأن تقرير حق الاسترداد هي خشية إدخال أجنبي عن الشركاء قد يكون غير مرغوب فيه<sup>2</sup>.

- **الشرط الرابع:** أن يكون المسترد هو أحد الشركاء:

فالمسترد يجب أن يكون هو أحد الشركاء وذلك لأنهم يتضررون من دخول الأجنبي بينهم. ولذلك فيثبت لهم الحق في الاسترداد لهم وحدهم دون غيرهم. فإذا ما قام أجنبي بشراء حصة أو حصصاً شائعة يتقدم لاستردادها عدد من الشركاء، فإنه عند عدم الاتفاق فيجوز لكل شريك منهم أن يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته<sup>3</sup>.

**الفرع الثاني: إجراءات حق الاسترداد:**

إن من أجل التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء فقد أورد المشرع إجراءات لا بد من توفرها لثبوت حق الاسترداد<sup>4</sup>، حيث سنتطرق في هذا الفرع أولاً إلى هذه الإجراءات وكذلك إلى نطاق حق الاسترداد وحالات قيامه ثانياً.

**أولاً: إجراءاته:**

لقد بينت المادة 721 السالفة الذكر أن إجراءات حق الاسترداد تتمثل في:

- أن يكون إعلان الرغبة خلال 30 يوماً من تاريخ علم الشريك الراغب في الاسترداد بالبيع أو إعلانه به هذا الأخير الذي لم يحدد المشرع مدة معينة يتم خلالها تاركاً تقديرها ليقظة صاحب الشأن، بل إنه لم يعتبره شرطاً ضرورياً لبداية سريان مدة الشهر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 218.

<sup>3</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 31.

<sup>4</sup> مخازني فايزة، المذكرة السابقة، ص 68.

<sup>5</sup> المذكرة نفسها، ص 68.

- لذا فالاسترداد يحصل بقيام المسترد بإعلان رغبته عن ذلك بأي طريقة من الطرق خلال الميعاد المذكور إلى كل من البائع والمشتري، فلا يكفي إعلان أحدهما دون الآخر<sup>1</sup>.
- كما أنه متى تم الإعلان للشركاء فإنه على الشريك الذي يريد الاسترداد أن يطالب بذلك خلال مدة ثلاثين يوماً من يوم إعلانه بالبيع، كما لا يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسمياً، فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل أو حتى شفوي<sup>2</sup>.
- كما أن المشرع الجزائري لم يضع قواعد خاصة لدعوى الاسترداد على خلاف دعوى الشفعة التي وضع لها قواعد خاصة وبالتالي يجب أن تخضع لحكم القواعد العامة.
- كما أن الاسترداد إذا لم يتم رضاً وجب إتمامه قضاء واختصاص البائع والمشتري معا في كل مراحل الدعوى<sup>3</sup>.
- الرغبة في الاسترداد يكون بتصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري وهذا ما بينته المادة 721 ق.م.ج السالفة الذكر.
- كما أن المحكمة تفصل في إلزام المسترد دفع الثمن وملحقاته أو ثبوت حق الاسترداد للمسترد وإلزام البائع والمشتري بتسليمه الحصة المبيعة.
- وبالتالي فإنه يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ولكن نجد أن هذا الحل مقيّد بدفع المسترد للثمن وملحقاته فإذا ما امتنع عن ذلك خلال المدة التي تحددها المحكمة إذا طلب منها تحديد ميعاده، فإن البائع والمشتري يجوز لهم رفع دعوى باعتبار الاسترداد كأن لم يكن وذلك لأنه لم يوفي المسترد بالتزاماته<sup>4</sup>.

#### ثانياً: نطاق حق الاسترداد

- إن حق الاسترداد لا يثبت إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة في منقول معين أو مجموع من المال كما أنه عند بيع هذه الحصة الشائعة إلى أجنبي فإنه يثبت حق الاسترداد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص192.

<sup>2</sup> لبيض بوبكر، المذكرة السابقة، ص123.

<sup>3</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص192.

<sup>4</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص154.

<sup>5</sup> نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص127.

- لذا فإن حق الاسترداد قاصر على حالة التصرف في المنقول الشائع أو في المجموع من المال حيث يثبت في حالة بيع المنقول، أما بالنسبة للعقارات فنجد أن الشركاء لهم الحق في الأخذ بالشفعة<sup>1</sup>.
- كما أن حق الاسترداد يثبت في حالة بيع حصة شائعة في مجموع من المال كالمتجر أو التركة، فيثبت حق الاسترداد في هذه الحالة حتى ولو حولت التركة عقارا فإذا ما قام أحد الورثة ببيع نصيبه في التركة قبل قسمتها فإن الاسترداد يثبت لباقي الورثة، حيث يكون العقار في هذه الحالة ضمن مجموع أموال التركة، فإذا لم يكن ضمن مجموع من المال وكان المبيع في هذه الحالة عبارة عن حصة شائعة في عقار معين، فإنه لا يجوز الاسترداد حتى ولو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث وفي هذه الحالة يجب الأخذ بالشفعة<sup>2</sup>.
- وبهذا فإن الاسترداد لا يجوز إلا في كل الحصة المبيعة حيث لا يجوز تجزئة الصفقة على المشتري مما يؤدي هذا إلى عدم دخول الأجنبي في الشيوخ وبالتالي يتحقق الغرض من الاسترداد، فلو كان جائز استرداد بعض الحصة المبيعة لبقى المشتري شريكا في الشيوخ بالجزء المتبقي، وبذلك تنتفي العلة من الاسترداد<sup>3</sup>.
- كما يثبت حق الاسترداد لكل شريك في الشيوخ وقت البيع سواء كان شريكا أصليا منذ بدء الشيوخ أو كان شريكا طارئا بأن تلقى حصته من أحد الشركاء قد يكون ذلك سبب الميراث أو الشراء.
- وإذا ما أراد الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته، ولكن ليس لدائني الشريك أن يستردوا باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة وذلك باعتبار أن الاسترداد هو رخصة، ولا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخص عن طريق استعمال هذا الدائن للدعوى غير المباشرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 217.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 217.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.ص 127، 128.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 128.

الفرع الثالث: آثار حق الاسترداد:

باعتبار أن حق الاسترداد يثبت للشركاء على الشيوع، حيث أن الشيء الشائع يكون منقولاً أو مجموع من المال فإن حق الاسترداد ينجم عنه آثار.

وستنطبق إلى هذه الآثار من خلال هذا الفرع:

أولاً: العلاقة بين المسترد والمشتري:

إن المسترد يحل محل المشتري من وقت البيع وبهذا فإن الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع تسقط كلها، حيث تخلص للمسترد الحصة المبيعة خالية من أي حق عيني أو تباعي قرره المشتري، وباعتبار أن المسترد يعود وكأنه اشترى من البائع، فإن هذا البائع يكون قد إلتزم قبله بضمان الاستحقاق وليس المشتري، كما يلتزم المسترد بدفع الثمن إلى البائع، سواء كان هذا الحق مؤجلاً أو مقسطاً فإن المسترد يستفيد من ذلك أما إذا كان المشتري قبل أن يتم الاسترداد قام بدفع الثمن إلى البائع فإن المسترد يقوم برده إلى المشتري مع فوائده من يوم الدفع، كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات وكما أن المشتري يلتزم برد الثمار التي يحصل عليها من وقت البيع إلى المسترد<sup>1</sup>.

ثانياً: العلاقة بين المسترد والبائع:

إن المسترد يحل محل المشتري قبل البائع، فيصبح هو المدين بالتزامات المشتري نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشتري.

وبهذا فإنه إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع، فإن المسترد هو الملتزم بوفائه نحو البائع، كما أن المسترد كما ذكرنا سابقاً يحل محل المشتري في نفس العقد وشروطه ذاتها، وإذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المسترد، أما الثمن إذا كان مقسطاً فإن المسترد يدفعه بالتقسيط وذلك على خلاف الشفعة حيث أن الشفعة يجب عليه تعجيل الثمن، وإذا ما أراد المسترد أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط وكان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، فيجوز للبائع أن يلزم المسترد بتقديم تأمين كاف، ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن الذي ذكر في عقد بيع الحصة الشائعة قد ثبت

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 98.

أنه أكبر من الثمن الحقيقي ففي هذه الحالة ليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقي كما أن له أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات<sup>1</sup>.

إن البائع يلتزم بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد فتنتقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد، والملكية تنتقل إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد في الحصة الشائعة في المنقول المعين بالذات، ويختلف الأمر إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشمل على عقار فالملكية هنا تنتقل في هذا العقار إلا بالتسجيل.

فإذا كان المشتري لم يسبق له التسجيل، فهنا على المسترد حتى تنتقل إليه الملكية يجب أن يقوم بتسجيل الاسترداد، أما إذا كان المشتري قد سبق وأن سجل عقد البيع فيكفي في هذه الحالة أن يقوم المسترد بالتأشير على هامش هذا التسجيل بالاسترداد، وباعتبار أن الملكية تنتقل مباشرة من البائع إلى المسترد، فالملتزم بضمان الاستحقاق هو البائع<sup>2</sup>.

### ثالثاً: علاقة البائع بالمشتري:

إن المسترد كما قلنا سابقاً يحل محل المشتري في جميع التزاماته وحقوقه نحو البائع و يعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد، وتزول على ذلك العلاقة التي كانت قائمة بين كل من المشتري والبائع وذلك قبل الاسترداد كما أن زوالها يكون بأثر رجعي ويترتب على ذلك ما يلي:

- تزول حقوق المشتري قبل البائع وتصبح هذه الحقوق بالاسترداد للمسترد دون المشتري<sup>3</sup>.

- فبعد الاسترداد لا يجوز للمشتري، مطالبة البائع بأي حق من الحقوق، وإنما الذي يطالب بذلك صراحة هو المسترد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص866.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص867.

<sup>3</sup> نفسه، ص867.

<sup>4</sup> نفسه، ص.ص867، 868.

- زوال الالتزامات التي على المشتري ليحل محله فيها المسترد وبالتالي لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه<sup>1</sup>.
- رجوع العلاقة ما بين البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع، فإذا ما كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع والمشتري بشأن الثمن، أو اتحدت ذمة كل من البائع والمشتري فإن هذا كله يزول بالاسترداد، وتسقط المقاصة ويرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع، كما يزول أيضا إتحاد الذمة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: حق الشركاء في استعمال حق الشفعة:

إن الشفعة تعتبر هي الطريق الثاني الممنوح للشركاء على الشيوع لطرده الأجنبي من بينهم والحلول محله في التصرف، ولقد أثبت الواقع العملي نجاعة الشفعة وأهميتها خاصة بالنسبة للدولة، ومن التقنيات العربية التي أخذت بالشفعة التقنين المدني الجزائري الذي نظم أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى غاية 807<sup>3</sup>، وسنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشفعة وطبيعتها القانونية وكذلك لمن تجوز له حق الشفعة ثم إلى إجراءات حق الشفعة والآثار التي تترتب عنها.

**الفرع الأول: تعريف حق الشفعة وطبيعتها القانونية:** وسنتطرق في هذا الفرع لـ:

#### أولاً: تعريف حق الشفعة:

لقد نص المشرع في نص المادة 794 من القانون المدني بأنها: "رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار".

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري عرف الشفعة على أنها رخصة وليست حق لخلاف ما جاء في بعض التقنيات الأخرى، كالقانون الأردني الذي عرفها في المادة 1150 بأنها: "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما أداه من الثمن"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 167.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 868.

<sup>3</sup> مخازني فايزة، المذكرة السابقة، ص 75.

<sup>4</sup> أسماء لابد، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2015/2016، ص 15.

كما أن الشفعة لها أهمية وذلك لأنها ترفع ما قد يصيب الشريك من ضرر في شركته واتقاء ما يتوقع من ضرر في شركته، واتقاء ما يتوقع من ضرر قد يحدث له، وقد يكون ذلك بسبب مشاركته لشخص لا تؤمن عواقبه وإما بسبب مجاورته، فقد يكون ذلك الشخص سيئ الخلق، علاوة على ما ينال الشفيع منها من زيادة في ملكه، أو زيادة في مزرعته تمكنه من الإحسان في استغلالها أحسن استغلال، كما أن الضرر يجب أن يدفع ويتجنب المرء منه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لحق الشفعة:

لقد ثار جدل كبير في الفقه القانوني حول طبيعة الشفعة هل هي حق عيني أم حق شخصي؟ وذلك لأجل البحث في بعض الآثار الخاصة بالشفعة والتي تعتمد أساساً على تحديد طبيعتها، فذهب البعض إلى القول بأن الشفعة هي حق عيني وهناك البعض الآخر من يقول بأنها حق شخصي وهناك أيضاً من توسط الرأيين السابقين بحيث يقول بأن الشفعة هي حق ذو صفة مختلطة، فهو من جهة منصب على عقار ومن جهة أخرى لا يمنح للشفيع إلا بناءً على اعتبارات شخصية خاصة به<sup>2</sup>.

ولقد اتفق البعض من الفقهاء على اعتبار الشفعة حق، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذا الحق هل هو حق عيني أم شخصي ومن هنا يرى البعض من الفقه ضمن هذا الاتجاه بأن الشفعة من الحقوق الشخصية، إلا أنهم لا يقصدون بالحق الشخصي المقابل للحق العيني، وإنما يقصدون به ذلك الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه، ولا تجوز حوالاته كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه.

أما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى بأن الشفعة تدخل ضمن الحقوق العينية وذلك سعياً منهم لترتيب بعض الآثار ومن بينها تحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعوى الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه وهو ما أخذ به من خلال المادة 802 ق.م.ج.

<sup>1</sup> جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009، ص17.

<sup>2</sup> لايد أسماء، المذكرة السابقة، ص23.

إنه من خلال استقراء آراء الفقهاء وتفحص أدلتهم لتحديد الطبيعة القانونية للشفعة، نجد أن الشفعة ليست حقا شخصيا ولا حقا عينيا بل هي ليست بحق أصلا، أما موقف المشرع الجزائري فقد اعتبرها رخصة وهذا ما أوضحته المادة 794 ق.م.ج.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: لمن تجوز حق الشفعة:

لقد حصر القانون المدني الجزائري الحالات التي تثبت فيها حق الشفعة وذلك في نص المادة 795 ق م التي نصت على أنه: يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية: - لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وما يهمننا في نص هذه المادة هو حق الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، حيث إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي يكون للشريك الحق في الأخذ بالشفعة، حيث يثبت هذا الحق سواء كان البيع في حصة شائعة أو حصة مفرزة، متى تم البيع إلى أجنبي عن الشركاء، كما أنه لا تجوز الشفعة في حالة ما تم البيع لشريك آخر في الشيوع، وذلك لأن وجود الأجنبي قد يكون غير مرغوب فيه بين الشركاء.<sup>2</sup>
- حيث بينت لنا المادة 795 ق.م.ج أن الشريك في الشيوع له الحق في الأخذ بالشفعة.
- فبالنسبة للشروط التي تدور حول الشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة، والبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة فإن ذلك يتمثل فيما يلي :
- انه بالنسبة للشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه نفسه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 008/2007، ص.ص30، 31.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص374.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص336.

- يجب أن يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع، وبهذا فإن الشفعة لا تثبت لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل كما أن الشفعة لا تثبت لمن اشترى جزءا مفرزا من أحد الشركاء ولو سجل عقده، لأن هذا العقد لا يعتبر نافذا في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يعتبر شريكا معهم في الشيوخ.

- وكذلك إذ انقضى الشيوخ لأي سبب من الأسباب ثم بيع جزء من عقار كان يدخل فيه فهنا لا تثبت الشفعة، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان ما انتهى إليه الحكم من تكييف المحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدي إليه عبارة العقد ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم في الأخذ بالشفعة فإنه لا يكون قد خالف القانون"<sup>1</sup>.

• أما بالنسبة للبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة فلا بد من توفر الشروط الآتية:

- يجب أن يكون البيع لأجنبي، فإذا ما قام أحد الشركاء ببيع حصته إلى شريك آخر، فإن باقي الشركاء لا يجوز لهم طلب الشفعة، وهذا الشرط يظهر لنا الهدف من تقرير الشفعة في هذه الحالة.

- يجب أن يكون البيع لحصة شائعة إذ في هذه الحالة يكون البيع صحيحا و كذلك هذا البيع نافذا فيما بين الطرفين وبالنسبة لباقي الشركاء ويترتب عليه أن يصبح المشتري شريكا معهم دون التوقف على موافقتهم، لذلك فتح لهم باب الشفعة لتجنب هذه النتيجة.

• أما بالنسبة لبيع الحصة المفترزة فقد ثار خلاف حوله:

- فهناك بعض الفقهاء يرى بأن هذا التصرف يعتبر صحيحا كتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه وذلك لأنه لا يمكن للمتصرف إليه أن يكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه كانت له ملكية شائعة وليست له ملكية مفترزة، ويترتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.ص 336، 337.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 338.

- وقد ذهب رأي آخر إلى أنه إذا كان بيع الجزء المفرز صحيحا نافذا فيما بين الطرفين إلا أنه لا يكفي لتكون الشفعة جائزة فيه، وذلك لأن هذا البيع يعتبر غير نافذ لمواجهة بقية الشركاء، وبالتالي فإن المشتري لا يعتبر شريكا مع شركاء البائع<sup>1</sup>.
- وقد أيدت محكمة النقض المصرية الرأي الأول، حيث قضت بأنه: "مؤدى نص المادتين 826، 836 من القانون المدني أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محمدا ومفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإقرار الذي تحدد به محل البيع لا يحتج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاً مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقا لصريح عبارة نص المادة 936 من القانون المدني"<sup>2</sup>.
- كما أن هذا الحكم الذي قضت به محكمة النقض المصرية تعرض لانتقادات منها:
- أن اعتبار البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء يكفي وحده لتبيان أن المشتري شريك في جزء مفرز في الشيوع وبالتالي لا حاجة لإعطاء باقي الشركاء الحق في الأخذ بالشفعة لانتفاء الحكمة منها، والتي تتمثل في منع دخول أجنبي بين الشركاء.

#### الفرع الثالث: إجراءات حق الشفعة:

إذا وقع البيع في عقار تجوز فيه الشفعة، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة، كما يجب عليه إعلان الثمن والمصاريف لدى الموثق.

#### أولاً: إعلان الرغبة في الشفعة:

ولقد نصت المادة 799 ق.م.ج على أنه: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص339.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص339.

كما أنه عادة ما تبدأ إجراءات الشفعة بهذا الإنذار الرسمي الذي يقصد به إخطار الشفيع بحصول المبيع ليتدبر أمره ويعلن رغبته في الأخذ بالشفعة. ويقوم كل من البائع والمشتري بتوجيه الإنذار الرسمي إلى الشفيع، وفي حالة تعدد الشفعاء فإنه تعين في هذه الحالة أن يوجه إليهم الإنذار جميعاً، ويكون هذا الإعلان على يد محضر<sup>1</sup>.

ولقد نصت المادة 800 ق.م.ج بأنه: "يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً".

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".

ومن خلال ما ذكر سابقاً يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلية معينة للإنذار إنما نجده قد حدد البيانات الواجبة وإلا كان هذا الإنذار باطلاً، وبالتالي فإن فكرة الإنذار الشفوي مستبعدة، بل لا بد أن يكون مكتوباً بصفة رسمية على يد محضر قضائي وبما أن حق الشفعة يرد إلا على العقار فإنه يجب إضفاء الرسمية على هذا الإنذار.

ولقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن عدم توجيه الإنذار للشفيع تجعل حقه قائماً في المطالبة بالشفعة وهذا ما أكده قرار الغرفة المدنية. ولقد اشترط المشرع أن يكون هذا الإعلان رسمياً وإلا كان باطلاً وذلك وفقاً لنص المادة 801 والتي نصت على أنه: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً".

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص104.

كما أن الإعلان الرسمي في الرغبة بالأخذ بالشفعة يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري فهو الذي تفتتح به إجراءات الأخذ بالشفعة، ويستقل عن رفع دعوى الشفعة بحيث يتم القيام بإجراءين منفصلين<sup>1</sup>.

ولقد بينت المادة 799 ق.م السالفة الذكر الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة وبالتالي فالشريك على الشيوخ يجب أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري. وإذا حدث وكان الإعلان ناقص فالشريك على الشيوخ باعتباره شفيعا أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق ولا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع والمشتري في الميعاد القانوني وإلا سقطت الشفعة.

#### • ميعاد إعلان الرغبة:

لقد اشترط القانون ميعادا محددًا قانونًا لممارسة حق الشفعة وأعطى للشريك في الشيوخ ميعادا محددًا لممارسة الشفعة وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة حيث أنه متى انذر الشريك على الشيوخ بالبيع سواء من البائع أو المشتري فإنه عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه.

وإذا لم يقم البائع والمشتري بإنذار الشفيع أو الشريك في الشيوخ إنذار رسميا بوقوع البيع فإن الشريك في الشيوخ منح له القانون مهلة سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع وهذا ما بينته المادة: 807 فقرة 02 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

#### ثانيا: إعلان الثمن لدى الموثق:

لقد أوضحت المادة 801 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "من يريد الأخذ بالشفعة أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى موثق في ميعاد محدد وإلا فإنه يسقط حقه في الأخذ بها"، كما نصت المادة نفسها في الفقرة 02 على أنه: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوم على الأكثر من تاريخ التصريح

<sup>1</sup> حسينة بوس، آسية تلجون، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور يحي فارس، المدينة، 2013، ص.ص 34، 35.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص.36.

بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإذا لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

وبالتالي فإن عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق يعد من مسقطات الشفعة كما يقصد بالمصاريف رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهرة في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية<sup>1</sup>. وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا كما أنه لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، كما أنه إيداع ثمن البيع والمصاريف بين الموثق يكون خلال ثلاثين يوم على الأقل من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وذلك قبل رفع الدعوى وإلا سقط الحق فيها<sup>2</sup>.

### ثالثا: دعوى الشفعة:

بعد قيام الشفيع بالإجراءات السابقة الذكر، فسيلزم عليه بأن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري ولقد نصت المادة 802 ق.م.ج على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوم من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق"<sup>3</sup>.

وفي حالة تعدد البائعين أو تعدد المشترين فيجب هنا رفع دعوى الشفعة عليهم جميعا، وبالتالي فإن أطراف الدعوى في دعوى الشفعة وهم: الشفيع، البائع، المشتري، مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد كل طرف سواء الشفيع أو البائع أو المشتري.

ولقد استقر القضاء المصري على أنه لا تكون دعوى الشفعة مقبولة إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين هؤلاء الأطراف الثلاثة سواء كان ذلك في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أم

<sup>1</sup> بوس حسينة، تلجون آسية، المذكرة السابقة، ص 37.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص 38.

<sup>3</sup> لبييض بوبكر، المذكرة السابقة، ص 139.

المشتري أم البائع وبحيث عدم مخاصمة أيا منهم وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى من طرف آخر فستقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها<sup>1</sup>.

هذا ويشترط لقبول دعوى الشفعة وفي حالة ما إذا أن التراضي لم يتم أن يكون الشفيع كامل الأهلية ببلوغ تسعة عشرة سنة.

كما أن دعوى الشفعة ترفع وفقا للإجراءات التي قررتها المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى ضوء أحكام المادة 08 الفقرة 03 من نفس القانون، وهذا بإيداع عريضة مكتوبة من الشفيع أو وكيله، مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط بالمحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية، وهذا على أساس قواعد الاختصاص المحلي، أما من ناحية الاختصاص النوعي فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعوى الشفعة.

كما أنه في حالة ما إذا تعدد الشفعاء فإن الدعوى المرفوعة تقبل عنهم جميعا بعريضة واحدة وذلك ما إذا كان طلب الشفعة قد حصل منهم جميعا في إعلان واحد وفي مهلة ثلاثين يوما.

كما أنه في حالة وفاة البائع أو المشتري فيجب على الشفيع الرجوع على جميع الورثة، وإذا قام أحد ورثة البائع أو المشتري بالطعن ضد الشفيع دون باقي الورثة فإن هذا الطعن يكون غير مقبول من ناحية الشكل بعد قبول دعوى الشفعة شكلا ومضمونا ينتظر بعد ذلك الفصل فيها بحكم قضائي.

وعند صدور حكم نهائي يثبت حق الشفعة فإنه يعتبر سندا لملكية الشفيع وهذا بعد أن يتم شهره في المحافظة العقارية وفي هذه الحالة تكون دعوى الشفعة قد انتهت<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> دغيش أحمد، المذكرة السابقة، ص.ص 332، 333.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص.ص 333، 334، 335.

### خلاصة الفصل:

ومن خلال تطرقنا للتصرف الفردي في العقار الشائع يمكننا أن نخلص إلى أن الملكية الشائعة تخول لكل شريك جميع السلطات من استعمال واستغلال وتصرف، كما أن هذه السلطات تتعلق بحقوق باقي الشركاء، فالشروع لا يمنع التصرف، حيث يجوز أن يتصرف كل شريك في الشيوع في العقار الشائع.

# الفصل الثاني

التصرف الجماعي في العقار الشائع

إذا كان حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية واردة بنسبة حصته الرمزية على الشيء الشائع كله طوال فترة الشروع، وكان يستطيع لذلك في الأصل التصرف في هذا الشيء كله أو في حصة مفرزة أو شائعة منه، إلا أن حقه، وبالتالي سلطته في التصرف مقيدة بحقوق باقي الشركاء وسلطاتهم المماثلة في التصرف، لذلك كان الأصل هو اشتراط إجماع الشركاء على التصرف في الشيء الشائع كله أو في جزء مفرز منه<sup>1</sup>.  
وسنتطرق في هذا الفصل إلى تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم خلال المبحث الأول، أما في المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى قسمة العقار الشائع.

<sup>1</sup> حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص169.

**المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم:**

إن للشركاء أن يتصرفوا جميعاً في العقار الشائع، بكافة أنواع التصرفات سواء بنقل ملكيته كله أو حصة شائعة منه أو حصة مفرزة، أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو جزء مفرز منه أو على حصة شائعة أصلياً كان هذا الحق أم تبعياً<sup>1</sup>.  
وسنتطرق في هذا المبحث إلى تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، وكذلك إلى أغلبية الشركاء في العقار الشائع.

**المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه:**

قد يتصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله كما أنهم أيضاً قد يتصرفوا في جزء مفرز من العقار الشائع وسنتطرق في هذا المطلب إلى:

- حكم تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.
- الاكتفاء بأغلبية الشركاء لصحة التصرف.
- حكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع.

**الفرع الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله:**

إذا أجمع الشركاء على التصرف في العقار الشائع كله، فهذا حقهم، ويكون تصرفهم صحيحاً نافذاً بالنسبة إليهم أجمعين، فإذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكين معاً، فإن هذا البيع إذا سجل ينقل ملكية الأرض إلى المشتري، ولا يمكن أن يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر في ذلك، لأنه لما باعوا الشريكين الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما، ولا يجوز أن تدخل في أي قسمة بينها بعد ذلك<sup>2</sup>.

وإنما يثور البحث في أثر القسمة في التصرفات التي تصدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية، كحق رهن أو حق انتفاع، فإذا قام الشريكان معاً برهن دار شائعة، واقتسما بعد ذلك الدار والأرض ف وقعت الدار في نصيب أحدهما، فإنها تكون

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، مج 8، المرجع السابق، ص 836.

مثقلة بحق الرهن، ولا يستطيع أن يحتج هذا الشريك بأنه لا يملك من الدار التي قام برهنها إلا جزءاً شائعاً، كما أن الرهن على هذه الدار لا يبقى إلا في حدود هذا الجزء، أما الباقي فيعتبر مرهون من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيبطل الرهن الصادر منه، لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك بل يبقى الرهن كله بعد القسمة قائماً على الدار، وقد طبق القانون المدني الجزائري تطبيقاً تشريعياً لهذا المبدأ في الرهن الرسمي، فنصت المادة 890 فقرة 01 منه على أنه: "يبقى نافذ الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته"<sup>1</sup>.

ولقد ذهب فريق من الشراح إلى أن هذا النص يتضمن حكماً استثنائياً حيث خرج الشارع فيه على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة ذلك أن وقع العقار المرهون بعد القسمة في نصيب أحد الشركاء فإن مقتضى الأثر الرجعي للقسمة أن يعتبر الشركاء الآخرين رهنين لملك الغير فيما زاد على حصة هذا الشريك، ومن ثم فلا يتحمل العقار في يده إلا بقدر هذه الحصة، ومن هذا يرى هؤلاء الشراح بأنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة على غير الرهن الرسمي، فهو لا ينطبق على الرهن الحيازي<sup>2</sup>.

لكن يلاحظ أن التصرف الذي يجمع عليه الشركاء لا يكون خاضعاً أبداً لقاعدة الأثر الرجعي للقسمة، حيث ترمي هذه القاعدة إلى حماية الشريك الذي يقع في نصيبه بمقتضى القسمة جزء مفرز من العقار الشائع، وذلك بأن تزول عن هذا الجزء الحقوق التي قررها عليه أحد الشركاء الآخرين، فالمفروض أن تكون هذه الحقوق قد تقررت من جانب شريك لا يملك ترتيبها، أما التصرف الذي يجمع عليه الشركاء فإنه تصرف يصدر ممن يملكون إبرامه، كما أنه لا يتأثر مثل هذا التصرف على ما ينجم عن القسمة من نتائج، لأنه لا يمس بحق أي شريك، وبما أن الشركاء جميعاً قد ارتضوا هذا التصرف، فلا يجب أن نفرق في الحكم بين تصرف ناقل للملكية وتصرف منشأ لحق عيني آخر، ومن هنا نصل إلى أن الحكم الذي نصت عليه المادة 890 فقرة 01 من القانون المدني

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص.ص 836، 837.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، (د.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص.ص 175، 176.

بالنسبة إلى هذا الرهن الرسمي، يعتبر تطبيقاً للقاعدة التي ترمي على أن التصرف الصادر من جميع الشركاء يظل نافذاً أياً كانت نتيجة القسمة<sup>1</sup>.

إنه بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فهو يشترط إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه، فكل شريك يعتبر أجنبياً عن حصة الآخر وبالتالي لا يجوز لكل شريك أن يتصرف في العقار الشائع إلا بطلب الإذن من الشركاء الآخرين، وهو ما توضحه بعض نصوص الفقهاء والتي من بينها.

قال صاحب البدائع: "فأما شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحداً، وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه لغير إذنه، لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة، ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين كما قلنا"<sup>2</sup>.

وقال الهيتمي: "ولا يجوز لأحد الشريكين قبل القسمة أن يأخذ حصته إلا بإذن شريكه" وبالتالي فإن هذه النصوص وغيرها تبين لنا أن الإجماع يعتبر شرطاً لصحة التصرف في العقار الشائع ولقد وضحت لنا المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية ذلك حيث نصت على أن: "كل واحد من الشركاء في شركة الملك الأجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر أحد وكيلاً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اكتفى باشتراط أغلبية الشركاء لصحة التصرف في العقار الشائع.

ولقد نصت المادة 720 من م.ق.م.ج على أنه "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه".

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص.ص 175، 176.

<sup>2</sup> لبيص بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوفاً اختيارياً، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المذكرة السابقة، ص.71.

<sup>3</sup> المذكرة نفسها، ص.ص 71، 72.

كما أن هناك بعض التشريعات لم تجز للأغلبية بأن تتصرف في العقار الشائع وذلك مثل التشريع المدني اللبناني حيث تنص المادة 836 ق.م.ج: "لا تجيز الأقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختص أولاً، بأعمال التصرف" وبالتالي نستخلص بأن التصرف الصادر من أغلبية الشركاء غير ملزم للأقلية لذا فالإجماع ضروري حتى يكون التصرف صحيحاً<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع:

إذا تصرف الشركاء جميعاً في جزء مفرز من العقار الشائع، كان تصرفهم صحيحاً نافذاً في حق الجميع أياً كانت نتيجة القسمة فيما بعد، فإذا كانت أرضاً شائعة بين ثلاثة بالتساوي، وقام هؤلاء الثلاثة برهن جزء مفرز من الأرض يعادل ثلثها، فإن هذا الرهن يلزمهم جميعاً، فإذا قاموا باقتسام الأرض كلها بعد ذلك، ووقع في نصيب أحدهم الثلث المفرز المرهون فإنه في هذه الحالة يلزمه الرهن ولا يمكنه الاحتجاج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز إلا ثلثه<sup>2</sup>.

كما أنه يجوز أن يتصرف الشركاء مجتمعين بالبيع في جزء مفرز من العقار الشائع ويكون هذا البيع صحيحاً وناظراً في حقهم جميعاً فيما يخص الجزء محل البيع، ومثال على ذلك أن يملك في الشيوع ثلاثة أشخاص منزلاً يتكون من طابقين، وأجمعوا على بيع الطابق الأول باعتباره جزءاً مفرزاً من العقار الشائع، فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه، سواء كان أجنبياً أو أحدهم بإتمام إجراءات نقل الملكية من تسجيل وشهر، وبذلك يخرج السابق محل البيع من الشيوع ويبقى الطابق الثاني شائعاً بينهم الثلاثة ويكون ثالثهم الذي كان التصرف صادراً إليه ببيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوع بنسبة نصيبه في ذلك فيها يخص الطابق الثاني الباقي في حالة الشيوع ويترتب على ذلك أنه لا يدخل في أية قسمة قد تقع بين الشركاء.

<sup>1</sup> لبيض بويكر، المذكرة السابقة، ص 73.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص837.

ويأخذ حكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين لجزء مفرز من العقار الشائع، الهبة والوصية باعتبارهما من التصرفات الناقلة للملكية، ويراعى في ذلك إتمام إجراءات نقل الملكية فقط<sup>1</sup>.

كما لا يمكن للشركاء مجتمعين أن يقرروا ترتيب حق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها.

ولا يمكن لأحدهم أن يحتج إذا ما وقع الجزء المثقل لحق الارتفاق كالمروور مثلا في نصيبه بعد القسمة، بأنه لم يقرر ذلك لأنه رتبه على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة، بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة متقلا بالارتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه، ويخضع ذلك الارتفاق للإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية من رسمية وتسجيل وشهر بالمحافظة العقارية، وذلك باعتباره حقا عينيا، وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي، ذلك أن المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ في 1983/10/26 ملف رقم 29501 كرس بأن حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل ملكيته إلا بكتابة عقد رسمي مع الإشهار تطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق، وجاء فيه: "إن الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الاحتجاج به تجاه الغير، ومن ثمة كان وجوبا على الأطراف إفراغ الاتفاق المبرم حوله في عقد رسمي، وتولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف، ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن<sup>2</sup>.

كما أنه يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع وذلك برهنه رهنا رسميا، ويأخذ نوع التصرف نفس الحكم رهن جميع الشركاء للعقار الشائع كله، ذلك أن الرهن يبقى نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعد قسمة العقار الشائع، والإشكال لا يطرح قبل القسمة ولكن قد يختص أحد الشركاء

<sup>1</sup> وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، المذكرة السابقة، ص 85.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص 86.

بالجزء المفرز المرهون ويكون من نصيبه بعد القسمة، فهل له أن يحتج بإنقاص الرهن إلى حدود حصته باعتباره رهن بنسبة ذلك؟

إن أحكام المادة 800 من القانون المدني مفرزة لقاعدة عامة أو لمبدأ عام، وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. ونلاحظ أن المادة جاءت على إطلاقها ولم تحدد فيما إذا كان الرهن الصادر من الملاكين لعقار شائع، مرتبا على العقار الشائع كله أو على جزء مفرز منه.

وبذلك وعلى سبيل المثال لو أن قطعة أرضية ومسكن يملكها شخصين بنسبة النصف لكل واحد منهما ملكية شائعة، وقررا الاثنتين ترتيب رهنا رسميا على قطعة الأرض لفائدة شخص أجنبي أو لفائدة أحدهما، ضمنا لدين ما، فإن الرهن يكون نافذا في حقهما قبل القسمة ولا يطرح أي إشكال، أما إذا وقعت القسمة واختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة، فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 قانون مدني فإنه لا يمكنه الاحتجاج بالانتقاص من الرهن الرسمي بل تنتقل إليه القطعة الأرضية مثقلة بالرهن الرسمي، وتنتقل ملكية المنزل خالية من أي رهن إلى الشريك المشتاع الآخر<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : تصرف أغلبية الشركاء في العقار الشائع:

لما كان من العسير توافر الإجماع، فإن المشرع الجزائري قد أجاز التصرف في العقار الشائع لأغلبية خاصة من الشركاء<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص.ص 86، 87.

<sup>2</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 171.

ويتضح من ذلك أن التصرف في العقار الشائع ينبغي صدور قرار به أغلبية خاصة من الشركاء، وأن قرار الأغلبية ينبغي أن يكون مبنيا على بواعث وأسباب قوية تبرر اتخاذه وإمضائه<sup>1</sup>.

ولهذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تصرف الأغلبية اللازمة في العقار الشائع وكذلك إلى الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع.

#### الفرع الأول: تصرف الأغلبية اللازمة في العقار الشائع:

لم يقتصر المشرع الجزائري على تغليب رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة، بل خول الأغلبية أيضا سلطة التصرف، إنما يجب لجواز التصرف أن تقرره أغلبية خاصة بحيث تمثل ثلاثة أرباع العقار الشائع على الأقل وهذا ما وضحته المادة 720 ق.م.ج السالفة الذكر<sup>2</sup>.

كما يلزم أن تستند هذه الأغلبية من الشركاء إلى أسباب قوية تبرر تصرفها، إذا ما توافر ذلك كان لأغلبية الشركاء أن يقرروا التصرف في العقار الشائع، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، وبهذا تلتزم الأقلية برأي الأغلبية<sup>3</sup>.

#### • شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء:

يشترط المشرع لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف في العقار الشائع ما يلي:

1. أن يصدر التصرف بناء على قرار من أغلبية موصوفة هي من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع.

2. يجب أن يكون هذا القرار مبنيا على أسباب قوية تبرره، كأن تعرضَ فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع، أو يكون استغلال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا مما يتعين بيعه، أو يكون العقار الشائع في حاجة إلى إصلاحات ضرورية لا يتوافر لها التمويل اللازم مما يجعل الأغلبية تقرر الافتراض وتقرر في نفس الوقت إنشاء رهن على الشيء لضمان القرض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 171.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص. ص 203، 204.

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 122.

3. يجب أن تعلن الأغلبية قراراتها إلى باقي الشركاء، وذلك حتى يكفل المشرع العلم للأقلية لتتخذ موقفاً يتفق مع مصالحها إزاء هذا التصرف، فللأقلية على الشيء حقوق مثل حقوق الأغلبية فإذا لم يتم الإعلان فلا يكون قرار التصرف نافذاً في حق الأقلية وإذا تم الإعلان فتح الباب أمام الأقلية للتظلم من القرار خلال شهرين من وقت الإعلان<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع:

قد تدعو أسباب قوية تبرر قيام الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع، فقد يحدث أن يسوء استغلال هذا العقار وهو باق على الشيوخ، وتكون القسمة في ذات الوقت ضارة بالشركاء أو أن تحين فرصة رابحة للتصرف في العقار الشائع يستحسن أن لا تتكرر، وقد يتعذر إدارة العقار الشائع، وتكون قسمته عينياً ضارة بالشركاء وكان لا مناص من التصرف فيه إلى أجنبي وهكذا<sup>2</sup>.

وقد تكون هناك فرصة مواتية لبيع العقار الشائع بثمن مرتفع أو يكون استغلال العقار الشائع في حالته التي هو عليها متعذراً<sup>3</sup>.

وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعمیر يستدعي نفقة، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال العقار الشائع كأن تكون أرضاً مثلاً، وفي إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضي رهن الأرض، هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباباً قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة، تارة بالبيع وطوراً بالرهن<sup>4</sup>.

وكالتصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء مفرز منها فتقوم أسباب قوية تستدعي ليس التصرف في جميع العين الشائعة بل في جزء مفرز منها فقط ويتعذر إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية سالفه الذكر من باب أولى، التصرف في هذا الجزء المفرز<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص122.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص92.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص176.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص839.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص839.

• الضمانات المعطاة للأقلية:

إن القانون جعل للأقلية حماية وذلك كما حماها في خصوص الإدارة الغير المعتادة، فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع لا يكون نافذا فورا، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية وقد يتم الإعلان إما عن طريق ورقة على يد محضر أو عن طريق كتاب مسجل أو غير مسجل، أو إخطار شفوي، كما أن عبئ إثباته يقع على الأغلبية، ولأي شريك من فريق الأقلية أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة وذلك في مدة شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية.

والمحكمة تستند أولا من قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع، كما أنها قد تلغي قرار الأغلبية إن لم تقتنع بذلك.

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية، فإنها تنتظر بعد ذلك فيما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشروع ويصبح كل شريك له نصيب مفرز، وبالتالي لا يحتاج الأمر إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية، كما أن نص المادة 720 ق.م.ج صريح بهذا المعنى إذ يقول: "وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"<sup>1</sup>. أما إذا كانت القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء وذلك بعد أن تبين ذلك للمحكمة، فإنها تنتقل أخيرا إلى تقرير ما إذا كان التصرف الصادر من الأغلبية كان تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح، فهي في النهاية تبعا للظروف تقدر، ما إذا كان التصرف واجبا فإن رأته واجبا فإنها تأمر به وتنفذه الأغلبية وذلك وفقا للقرار الذي إتخذته في هذا الشأن بعد أن أعطيت الضمانات المعقولة لصحة هذا القرار للأقلية وإن تره المحكمة واجبا، ألغت قرار الأغلبية، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص840.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص841.

وإذا أصبح التصرف الصادر من الأغلبية نهائياً، وذلك نتيجة عدم اعتراض أحد من الأقلية ابتداءً أو لانقضاء مدة الشهرين من وقت إعلان القرار للأقلية، أو بسبب صدور حكم من المحكمة بإقرار التصرف في إنشاء حق عيني، كالانتفاع أو الرهن، فيبقى الحق نافذاً أياً كانت نتيجة القسمة، حكمه في ذلك حكم الحق الناشئ باتفاق جميع الشركاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 124.

المبحث الثاني: قسمة العقار الشائع:

إن الشيوع ينقضي بأسباب كثيرة يخضع أغلبها للقواعد العامة فلا يحتاج إلى دراسة خاصة ولكن أهم الأسباب هي القسمة التي عنى المشرع بها عناية كبيرة فأفرد لها قواعد خاصة من حيث الإجراءات والآثار على السواء.

وإذا كانت القسمة من أهم أسباب انقضاء الشيوع، فإن ذلك يتيح تمييزها عن غيرها وما قد يشتهر بها ولو في الظاهر والتسمية إذ المقصود بها تلك القسمة التي ترد على الملكية فتزيل عنها وصف الشيوع وتعطيها وصف الاستثناء والإفراز<sup>1</sup>.

كما أن الأصل من حق كل شريك طلب القسمة حتى يخرج من حالة الشيوع ولقد نصت المادة 722 ق.م.ج على أنه: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز الخمس سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

ويتضح من هذا النص أنه من حق كل شريك أن يطالب بقسمة العقار الشائع حتى يخرج من حالة الشيوع، ويرجع ذلك إلى عدم ترحيب المشرع بالشيوع، إذ أنه يثير بطبيعته المنازعات بين الشركاء في الكثير من الأحيان نظراً لتداخل وتشابك حقوقهم على الشيء الواحد<sup>2</sup>.

لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى كيفية إجراء القسمة وكذلك الآثار المترتبة على قسمة العقار الشائع.

المطلب الأول: كيفية إجراء القسمة:

إن القسمة في الأصل تتم باتفاق بين جميع الشركاء، ولكن في كثير من الأحوال يتعذر الإجماع وبالتالي لا يوجد مناص من الرجوع إلى القضاء ليتولى بنفسه إجراء القسمة، ولذلك فالقسمة قد تكون قسمة اتفاقية أو قضائية، غير أن القانون المدني الحالي قد استحدث مصدراً أو نوعاً ثالثاً للقسمة ألا وهي قسمة المهاية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 148.

<sup>3</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 201.

وستتناول في هذا المطلب إلى كل من أنواع قسمة العقار الشائع.

### الفرع الأول: القسمة الاتفاقية:

نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون". يتضح من هذه النصوص أن للشركاء أن يتفقوا على قسمة العقار الشائع كله أو بعضه، فيبرمون عقد القسمة التي تسري عليه أحكام القواعد العامة في الالتزامات، فإذا كان شخص من بين الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب وجب اتخاذ الإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية وإلا جاز لغير كامل الأهلية والغائب أن يتمسك ببطلان عقد القسمة، وعلى ذلك فإن ناقص الأهلية والغائب لا يحول دون وقوع القسمة بالاتفاق<sup>1</sup>.

ويراعي أن القسمة الاتفاقية تكون باتفاق الشركاء جميعا وعلى ذلك ولا يترتب على القسمة الاتفاقية إنهاء الشيوخ وذلك في حالة ما إذا اتفق البعض عليها دون البعض الآخر، حيث يشترط الإجماع لهذا الإنهاء، وعقد القسمة لا يكون باطلا في هذه الحالة إنما يلزم فقط من ارتضى به، أما الآخرون فلا ينفذ من حقهم إلا إذا أقروه وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوخ<sup>2</sup>.

ويلاحظ فيما يتعلق بالحماية التي كفلها القانون لغير كامل الأهلية والغائب في القانون يتطلب رقابة سابقة من جانب المحكمة، بأن تأذن بإجراء القسمة، كما يتطلب رقابة لاحقة من جانبها، بأن تصدق على القسمة بعد التأكد من عدالتها.

كما نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 . بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص105.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص106.

وبالتالي يتبين لنا من خلال نص المادة أن المشرع وضع حماية خاصة لغير كامل الأهلية وذلك فيما يخص قسمة العقار.

ولقد قررت المحكمة العليا أنه يجب على الولي الحاضر أن يستأنف القاضي - رئيس المحكمة- في التصرفات المتعلقة ببيع وقسمة ورهن الأموال الخاصة بحقوق القاصرين، كما قضت بأن الأم باعتبارها الولية القانونية على أولادها، فإنه لا يحق لها أن تتصرف في حق ابنها القاصر، إلا بعد الرجوع إلى العدالة، وأن حماية حقوق القاصر من النظام العام، يجوز التمسك بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، فإنه تعين نقض القرار الذي رتب آثارا قانونية لصالح الوكيل المستندة إلى الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر المتعلقة بحقه في إيجار شقة تركها له والده<sup>1</sup>.

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيما تثبت ملكيتها للشركاء، كما أنه يجوز أن تعلق القسمة الاتفاقية على شرط فاسخ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا تحول العقار الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء في خلال مدة معينة.

#### • إثبات القسمة الاتفاقية:

إن المشرع الجزائري يحيل الأطراف - المتفقة على القسمة بطريقة ودية- إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقا لأحكام القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ويتلقى الموثق من الأطراف ملف كاملا بالوثائق المطلوبة، ويقوم بإفراغها في شكل رسمي، أي يقوم الموثق بتحرير عقد قسمة ودية بحضور الأطراف والشهود.

وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصر فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد.

والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود يخضع للقواعد العامة، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على 100.000 دج بنص المادة

<sup>1</sup> أنظر المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02، قرار مؤرخ في 30/06/1986، ملف رقم 41470، ص 81.

333 المعدلة والتي تقضي بأنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البيينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"<sup>1</sup>.

وإذا كان محل القسمة عقار فيجب تسجيله وفقا لأحكام الشهر العقاري المنصوص عليها في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. ولقد نصت المادة 15 منه على أنه كل حق للملكية وكل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية<sup>2</sup>. كما أن المادة 16 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، تنص على أن: "العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وذلك ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي قضى بأنه من المقرر قانونا أن العقود الإداري والاتفاق التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، ومن ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من قبل الطاعنين لعدم شهرها، والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقا سليما للقانون<sup>3</sup>.

#### • القيمة القانونية لعقد القسمة غير المشهر:

إن القسمة الاتفاقية بما تكشف عنه من حقوق عينية لا تكون حجة على الغير، ولا فيما بين ذوي الشأن إلا إذا تم شهرها، ذلك أن الشهر في ظل نظام الشهر العيني هو

<sup>1</sup> عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص46.

<sup>2</sup> المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر، عدد 92، الصادرة بتاريخ 1975/11/18.

<sup>3</sup> مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قرار مؤرخ في 2002/06/18، ملف رقم 213832، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص265.

الذي ينشئ الحقوق العينية ويكشف عنها، فالقسمة غير المشهورة إذن لا تكون حجة على الغير<sup>1</sup>.

كما لا تنتج القسمة غير المشهورة أثرا في إفراز العقار الشائع، حتى فيما بين المتقاسمين، وينتج عن هذا أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ولم تشهد القسمة اعتبار كل منها بالنسبة للآخر لا يزال مالكا في الشيوخ، وإذا أُجر أحدهما حصة مفرزة، ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المشهورة، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادرة عن مالك على الشيوخ<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر أن القسمة الودية للعقار إذا لم تفرغ في شكل رسمي، أي في عقد توثيقي حسبما تنص عليه المادة 324 مكرر من القانون المدني، والتي لم تمضي عليها خمسة عشرة سنة من يوم وقوعها كقسمة ودية طبقا للمادة 733 من القانون المدني، فإنها تبقى قسمة غير نهائية، ويجوز التراجع عنها واللجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة قضائية عملا بنص المادة 724 من ذات القانون<sup>3</sup>.

وأنه من المقرر قانونا أن القسمة التي لم ترع فيها الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ، ولما ثبت أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية، بحجة وجود قسمة ودية، فقد أسأوا تطبيق المادتين 732، 733 من القانون المدني، وعرضوا قرارهم للنقض<sup>4</sup>.

ولقد ذكر المشرع الجزائري كيفية نقل ملكية العقار والحقوق العينية الأخرى في القانون المدني، بوجوب التسجيل لجميع التصرفات المنصبة على العقار وشهرها بالمحافظة العقارية كي تنتج أثارها بين الأطراف المتعاقدة واتجاه الغير، وذلك في المادة 793 من القانون المدني، حيث تنص على ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت

<sup>1</sup> جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، (د.ط)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص246.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص246.

<sup>3</sup> أنظر المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، قرار مؤرخ في 2000/05/17، ملف رقم 224884، ص129.

<sup>4</sup> أنظر الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، لسنة 2004، قرار مؤرخ في 2000/05/31، ملف رقم 198698، ص283.

الإجراءات التي ينص عليها وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة (شهر العقار) أي أن مصدر انتقال الحق العقاري هو مراعاة إجراءات الإشهار العقاري وذلك بتسجيله في المحافظة العقارية، ومما تجدر الإشارة إليه أن تدخل المشرع الجزائري بوجوبه مراعاة الشكلية في التصرفات العقارية يعتبر تدخلا نافعا نفعيا محضا لكلا المتعاقدين - المتقاسمين - يتجلى ذلك في الحاجة التي يفرضها الشهر العقاري للطرفين بتأمين حق كل طرف من مخاطر التراجع عن القسمة أو نقضها فيما بعد، فالورقة الرسمية المسجلة بالمحافظة العقارية تجعل صاحبها في مركز قوي، يتسلح بها للدفاع عن حقه في حالة إدعاء شخص غير ذلك، وتعتبر حجة حتى يطعن في محتواها بالتزوير<sup>1</sup>.

وبجانب القسمة الاتفاقية الصريحة التي تتم بإجماع الشركاء هناك قسمة فعلية (أو بطريقة ضمنية) تقوم على التراضي دون اتفاق صريح عليها، وفي القسمة الأخيرة لا يكتفي باستقلال كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع دون معارضة من بقية الشركاء، وإنما تتحقق هذه القسمة عندما يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من العقار الشائع ثم يتبعه بقية الشركاء في أجزاء مفرزة كل منهم في حدود نصيبه مما يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بالرضا الضمني لكافة الشركاء، وعلى ذلك لا يجوز لأحدهم من بعد أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في العقار كله، كما أن للشركاء أن يتفقوا على كيفية قسمة العقار الشائع، فقد يختارون على أن تكون القسمة عينية فيحصل كل منهم على نصيب مفرز من العقار الشائع، وقد تكون القسمة عينية بمعدل أو بغير معدل، وقد تتم القسمة كليا وقد تتم جزئيا على بعض العقار الشائع فقط<sup>2</sup>.

وقد تتم القسمة بطريقة التصفية وخاصة إذا كان يتعذر قسمة العقار عينيا، ويتفق الشركاء على بيع العقار الشائع، كله أو بعضه في المزاد، ويقتسمون ثمنه، وما عسى ألا يباع من العقار يبقى شائعا فيما بينهم أو يقتسمونه عينا، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا.

<sup>1</sup> مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال العمومية، الجزائر، 2004، ص.ص 27، 28.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص106.

وإذا باعوا العقار الشائع بالمزاد، فقد يتفقون على أن المزاد لا يدخله إلا شريك منهم وفي حالة عدم اتفاقهم فإنه يجوز للأجنبي أن يدخل في المزاد وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة، أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة التصفية، ولقد نصت المادة 728 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقض كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع".

إن المحكمة باعتبار أن لها سلطة تقدير مدى استحالة القسمة من عدمها فإنه يجوز لها الاستعانة بالخبرة<sup>1</sup>.

ولقد بين قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 1984/11/05 "إنه مادام لم يثبت أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة فإن قضاة الاستئناف بصرفهم الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليبيّنوا عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضوا به"<sup>2</sup>.

كما أنه من الإجراءات التي يفرضها القانون للقسمة الاتفاقية:

- إعداد مخطط موقع الأمكنة، وخمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد لدى جهات القضاء.
- ترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشروع، أو بطلب الموثق.
- تودع هذه الوثائق بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية.
- بعد مراجعة هذه التقارير، ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة، والتأكد من احترام المسافات، وأن الأرض ليست أرضا زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة.

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

<sup>2</sup> المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول، ص 153.

- وعند استلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير، وكذا قرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة<sup>1</sup>.

• وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية:

إن القسمة الاتفاقية باعتبارها عقد تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد.

كما أن القسمة الاتفاقية قد يتم الطعن فيها بالبطلان المطلق، وذلك في حالة ما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية فإذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا، ولم تراخ إجراءات القسمة جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة.

والقسمة الاتفاقية قد يطعن فيها بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة ومثال على ذلك أن يقع غلط جوهري من قبل الشركاء في قيمة العقار الشائع، فقدرت قيمته بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشريك الذي وقع في نصيبه هذا العقار إذا قدر بأكثر من قيمته أو للشركاء الآخرين إذا قدر بأقل من قيمته طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط.

كذلك يجوز إبطال هذه القسمة للتدليس أو للإكراه، أما الغبن فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة<sup>2</sup>.

وقد قضت محكمة النقض فيما يتعلق بتأثير التدليس على الشركاء، على أنه إذا كان الحكم قد قضي ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين، لما شاب رضاء أحد طرفي القسمة من تدليس بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام الملكية المرفوعة منه على الوقت الذي كان يرى استحقات بعض هذه الأرض، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من

<sup>1</sup> عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص50.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص.ص898، 899.

هذه الأرض في ملكيته ما تخرج عنها، وأنه أخفى هذا عن قسيمه، بل ألهمه مآله الاستحقاق، ففي هذا الذي أثبتته الحكم ما يكفي لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها<sup>1</sup>.

• نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن:

إن القسمة الاتفاقية باعتبارها عقداً، فهي تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد سواء من حيث انعقادها أو صحتها، فيمكن طلب بطلان القسمة الاتفاقية، إذا وقعت بين الورثة قبل موت المورث، ويمكن إبطالها لنقض أهلية الشركاء، كما يجوز طلب إبطال القسمة لعيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

إضافة إلى ما سبق ذكره فقد أفرد المشرع الجزائري أحكام خاصة بالغبن بصدد القسمة الاتفاقية، وذلك لأهميته في القسمة<sup>2</sup>.

فقد نصت المادة 732 مدني جزائري على أنه: "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 للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته".

يتحدد نطاق هذا الحكم بالقسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية، كما أنه يقتصر على القسمة النهائية دون قسمة المهايأة، ويجوز نقض القسمة للغبن أياً كانت الأموال المقسومة عقاراً أو منقولاً، وسواء كان المتقاسم المغبون قاصراً أو راشداً، والحكمة من تقرير هذا الحكم هي أن روح القسمة الاتفاقية هي المساواة، لذلك عنى المشرع بأن يكفل المساواة بين المتقاسمين عن طريق تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة<sup>3</sup>.

وإعمالاً لمفهوم القسمة التي تقتصر وظيفتها على الكشف عن الحق الذي كان ثابتاً من قبل الشريك المشتاع، لذلك أخذ المشرع هنا بالغبن في ذاته جاعلاً منه عيباً في

<sup>1</sup> عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص.ص 54، 55.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 154.

عقد القسمة يجيز نقضها إذا أصاب أحد المتقاسمين غبنا يزيد على الخمس ما يستحقه ولو لم يكن هناك استغلال لهوى أو طيش<sup>1</sup>.

وقد اعتمد المشرع في تقدير الغبن إلى معيار مادي مجرد، وهو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة، وعلى ذلك إذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا مطعن على القسمة، إذ قدر المشرع أنه من المألوف، مهما تحرى الشركاء الدقة أنه يوجد تفاوت مسموح به في قيمة الأنصبة، وذلك حتى يتحقق استقرار التعامل، فالمصلحة تقتضي ألا تنقض القسمة بعد تمامها لمجرد وجود تفاوت لا يعتد به في قيمة الأنصبة، نظرا لما تتطلبه القسمة عادة من نفقات ووقت وإجراءات معقدة يتعين بدأها من جديد إذا ما لزم إجراء قسمة جديدة<sup>2</sup>.

إن الغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون، وعلى ذلك يجوز لهذا الأخير إجازة عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن إجازة صريحة وتستقر القسمة ولا تقبل النقض، أو ضمنا بقيامه بتنفيذ عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به<sup>3</sup>.

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود، وفي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن.

ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي، لم يجز نقضه، إذ أن العقود الاحتمالية تأتي بطبيعتها أن تنقض للغبن، فلو أن دارا شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيرادا مرتبا طوال الحياة في مقابل حصته في الدار، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.ص 154، 155.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 107.

حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن<sup>1</sup>.

فإذا تحقق الغبن على النحو المتقدم جاز للشريك المغبون رفع دعوى نقض القسمة حتى ولو كان ما قسم منقولاً بخلاف أحكام الغبن في عقد البيع، حيث لا يجوز الطعن فيه للغبن إلا إذا كان البائع غير كامل الأهلية وأن يكون المبيع عقاراً<sup>2</sup>.

ويجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة في خلال السنة التالية للقسمة وهذا الميعاد يعد من مواعيد السقوط التي لا تقبل الوقف أو الانقطاع ويقع عبء إثبات الغبن الزائد على الخمس على الشريك المغبون المدعى في دعوى نقض القسمة، وله هذا الإثبات بكافة الطرق لأنه يثبت واقعة مادية، فإذا تحقق القاضي من الغبن على النحو المتقدم قضى بنقض القسمة وإبطال عقدها دون أن تكون له أي سلطة تقديرية في ذلك.

كما أنه إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشيوخ التي كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر العقار المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشيوخ وكأنه لم ينقطع، لذا فإنه يجوز لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد، سواء في ذلك الشريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر لم يطلب نقضها.

ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة، وعندئذ يجوز نقضها هي أيضاً للغبن على الوجه الذي بيناه، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن.

وفي إطار سياسة المشرع في تحقيق الاستقرار للقسمة وعدم تعرضها للنقض خلال مدة طويلة، أوجب أن ترفع دعوى النقض خلال السنة التالية للقسمة. وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم لا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

ويجوز للمدعى عليه أن يتوقع نقض القسمة إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته. وهو بذلك يوقف سير الدعوى ويمنع القسمة من جديد ما يحقق

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص905.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص107.

الاستقرار للقسمة ويدرك هدفها وهو تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين فلم يكتفي المشرع بتكملة حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق كما فعل في بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية، وإنما استلزم أن يكمل له كل ما نقص من حصته<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: القسمة القضائية:

إنه إذا ما أراد أحد الشركاء الخروج من الشيوخ فإنه يتعين اللجوء إلى القضاء وذلك نتيجة أن إجراء القسمة بالتراضي لم يكن ممكناً، إما لعدم التوصل إلى اتفاق أو لوجود قاصر أو غائب... فإنه يتعين الالتجاء إلى القضاء متى أراد أحد الشركاء الخروج من الشيوخ، وفي هذه الحالة يكون عليه أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة المختصة، وتقوم هذه الأخيرة بإجراء القسمة بين الشركاء إما عينا إذا كان ممكناً، ويشترط أن لا يترتب عليها إحداث نقص كبير في قيمة العقار المراد قسمته، وإلا أجريت بطريقة التصفية<sup>2</sup>.

#### أولاً: الخصوم في دعوى القسمة:

تبدأ إجراءات القسمة القضائية بقيام الشريك برفع دعوى قسمة على باقي الشركاء بتكليف الحضور أمام المحكمة المختصة، حيث أن هذا الشريك يقوم برفع الدعوى رغبة منه في الخروج من الشيوخ.

فالمدعى في دعوى القسمة هو من يريد من الشركاء الخروج من الشيوخ، سواء كان واحداً أو أكثر، كما يجوز لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه إذا توفرت شروط الدعوى غير المباشرة<sup>3</sup>.

والمدعى عليه هم باقي الشركاء فإذا لم يعلن أحد الشركاء، كان له أن يتدخل فيها، كما يصح إدخاله بناء على طلب المدعى أو أحد المدعى عليهم، كما أن المحكمة يصح

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 226.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 164.

أن تأمر 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<sup>1</sup>.

**ثانياً: المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة القضائية:**

وستحدث هنا عن اختصاص المحكمة بنظر دعوى القسمة والاختصاص نوعان:

نوعي ومحلي.

**- الاختصاص النوعي بنظر الدعوى:**

ويقصد بالاختصاص النوعي بوجه عام، الاختصاص الذي يرجع إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمة تلك الدعوى، ويتمثل الاختصاص النوعي في صلاحية الجهة القضائية لنظر نزاع يدخل ضمن ولاية القضاء، وقد وزع المشرع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية من محاكم ومجالس قضائية والمحكمة العليا ومجلس الدولة، بحيث حدد لكل جهة اختصاصها النوعي.

وجاء في المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن المحاكم هي الجهات القضائية العادية التي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية والعقارية...، وهذا التحديد مؤسس على طبيعة الدعوى، وبالنظر إلى اختصاصها النوعي فإن المحكمة تفصل إما بأحكام نهائية أو ابتدائية.

ويعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام، وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، كما أنه يجوز للخصوم أن يتمسكوا بالدفع عنه<sup>2</sup>.

وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، سواء أكانت أمام المحكمة الابتدائية، أم أمام المجلس القضائي في الاستئناف، أم أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض، ويجب التأكيد على أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يجب أن يبديه من تمسك به من الخصوم كتابة وأن يقدمه إلى الجهة القضائية قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع وهو ما جاء به القرار رقم 109.743 المؤرخ في 1993/09/27.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص 68.

كما أن دعوى القسمة، فهي تبقى قائمة ما دام الشيوع لم ينقضي، لكن الشيوع من الممكن أن ينتهي بالتقادم المكسب للملكية الممارس من جانب أحد الورثة، أو من الغير وفي هذه الحالة فالحق في المطالبة بالقسمة يزول وينقضي مع الحق المشاع للشركاء، ولا يمكن للشريك المشتاع الاحتجاج بحيازته الطويلة للاكتساب بالتقادم إلا إذا كانت حيازته غير مبهمة وليس بها أي لبس، بمعنى أن التصرفات التي قام بها تؤكد بوضوح إرادته للتصرف كمالك وحيد وهذا الأمر لا ينطبق إلا في حالة القسمة الوقتية.

#### - الاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة:

ويقصد بالاختصاص المحلي بوجه عام الاختصاص الذي يتحدد تبعاً لمحل الإقامة، أو الموطن، أي المسكن أو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة<sup>1</sup>.  
ويقضي تيسير إجراءات التقاضي تعدد المحاكم لتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو مدخل النزاع، ولتمكين القاضي من إجراء المعاينات اللازمة، ويراعي المشرع في تحديده لقواعد الاختصاص المحلي عادة مصلحة المتقاضين الأمر الذي يجعل هذه القواعد غير متعلقة بالنظام العام كقاعدة عامة، واستثناء هناك بعض القواعد تقترب من النظام العام في بعض حالات الاختصاص المحلي وتتداخل معها، وبذلك يعتبر الاختصاص المحلي في هذه الحالة من النظام العام.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نلاحظ أن المشرع في تحديده لقواعد الاختصاص المحلي، وضع قاعدة عامة في هذا المجال، بحيث أعطى الاختصاص المحلي لمحكمة موطن المدعى عليه، ولكنه أورد على هذه القاعدة ثلاث استثناءات يستفاد منها قيام حالة تداخل بين الاختصاص المحلي والنوعي ما يترتب على ذلك من نتائج، وهذه الاستثناءات هي:

- انعقاد الاختصاص لمحكمة معينة بالذات.
- انعقاد الاختصاص لمحكمة مقر المجلس.
- انعقاد الاختصاص للمحكمة المختارة من طرف المدعى عليه في حالة العنصر

الأجنبي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص 69.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص 69، 70.

ففي تحديد الاختصاص المحلي ينظر دعوى القسمة القضائية، فإنه يتحدد طبقاً للقواعد العامة، وتطبيقاتها، حيث يجب التفرقة في بيان المحكمة المختصة محلها بنظر دعوى القسمة فيما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقاراً أو منقولاً، فإذا كان المال الشائع عقاراً كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار طبقاً لأحكام المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو أحد أجزائه، إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة، وليس من اللازم في تحديد المحكمة المختصة إذا كان العقار مجزئاً أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة.

أما إذا كان المال الشائع منقولاً، كانت المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا. وهذه أهم الشروط الأولية والأمور الهامة، الواجب مراعاتها قبل رفع دعوى القسمة<sup>1</sup>.

### ثالثاً: طرق إجراء القسمة القضائية:

الأصل أن تتم القسمة عينا، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع، فإذا كان العقار الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قسمته أمرت المحكمة ببيعه بالمزاد كي يتم تقسيم ثمنه بين الشركاء، فالقسمة حينئذ تكون قسمة بطريق التصفية وبنوضح الكيفية التي تتم بها القسمة في هاتين الصورتين<sup>2</sup>.

**1. القسمة العينية:** يقصد بالقسمة العينية إعطاء كل شريك جزء مفرز من المال أو الأموال الشائعة والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية ولكن الغالب أن تندب المحكمة خبيراً أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة<sup>3</sup>.

وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس في مقدور المحكمة القيام بها في ذلك نص المادة 724 ق.م. فقرة 02 "وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو

<sup>1</sup> عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص 70.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 212، 213.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 166.

أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

وتتم القسمة بطريق القرعة وهذا هو الأصل<sup>1</sup>.

والأصل في تقسيم العقار الشائع إلى حصص عينية أن تكون هذه الحصص على أساس أصغر نصيب، فتكون بذلك حصصا متساوية وتجرى القسمة حينئذ بطريق الاقتراع وذلك حتى لو كانت القسمة جزئية، بأن كانت قاصرة على فريق من الشركاء يريدون الخروج من الشيوخ دون الفريق الآخر وهذا ما وضحته المادة 725 ق.م.ج.

فإذا كان الشركاء ثلاثة وكانت أنصبتهم هي النصف والثالث والسدس، قسم العقار الشائع أسداسا، وإذا قام نزاع في تكوين الحصص تفصل فيه المحكمة ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع وتثبت ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز المادة 725 ق.م.ج.<sup>2</sup>

ويجري اختيار الأنصبة بطريق القرعة ما لم يكن لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار الشائع فيعطي نصيبه من الجزء الملاصق، وعلى القاضي أن يعين طريق القرعة مراعى مصلحة الشركاء فيما يستلزمه من جمع أنصبة كل منهم تفريقها<sup>3</sup>.

إن الأصل أن يختص كل شريك بكامل نصيبه عينا، فإذا تعذر ذلك عوض الشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي عما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه، وهذا ما نصت عليه المادة 725 ق.م.ج. فقرة 02 بقولها: "وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه"، والعبارة في تكوين الحصص أيا كانت طريقة القسمة، لا وقت بدء الشيوخ ولا وقت رفع دعوى القسمة.

وإذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 215.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 166.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 215، 216.

رابعاً: القسمة بطريق التصفية:

تنص المادة 728 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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".

إن المحكمة عندما ترفع إليها دعوى القسمة تندب إن رأت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم العقار الشائع وقسمته حصصاً إن كان العقار يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته، وإذا تبين أن العقار الشائع لا يمكن قسمته عينا أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير في قيمته كأن كان داراً إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصاً كبيراً في قيمة الدار، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح لبناء يستفاد منه استفادة معقولة، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة بطريق التصفية<sup>1</sup>.

وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع، ومعنى هذا أنه يجوز لهم أن يتفقوا على أن تقتصر المزايدة عليهم<sup>2</sup>.

فيرسوا المزاد على أحد منهم ويكون المزاد في هذه الحالة قسمة بطريقة التصفية. فإذا لم يتفق الشركاء جميعاً على اقتصار المزايدة عليهم فهذا لا يمنع أي شريك من التقدم للمزايدة، فإن رسا المزاد عليه كان هذا أيضاً قسمة بطريقة التصفية وإن رسا المزاد على أجنبي كان هذا بيعاً، وفي الحالة الأولى تطبق أحكام القسمة وفي الحالة الأخيرة تطبق أحكام البيع كما يقتضي بالالتجاء إلى هذه القسمة إذا استحالت القسمة عينياً<sup>3</sup>.

إن المحكمة المرفوع أمامها دعوى القسمة تصدر حكماً بإجراء البيع بالمزايدة، متى تحققت أن العقار الشائع لا يمكن قسمته عينا دون أن يلحق به نقص كبير في قيمته

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص.ص916، 917.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص230.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص230.

وذلك أيا كانت قيمة هذا العقار الشائع ولو تجاوزت القيمة نصاب القاضي فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة.

وبياع العقار الشائع بالمزايدة وفقا للإجراءات التي قررها القانون وتتلخص هذه الإجراءات بالنسبة إلى هذا العقار في أن البيع يجري بناء على قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء لدى قلم كتاب المحكمة<sup>1</sup>.

فالبيع بالمزاد يتقرر على أساس المبلغ الذي حدده الخبير لينطلق هذا البيع ويعين قاض من طرف رئيس المحكمة، والذي تقدم له عريضة لتحديد تاريخ عمليات البيع بالمزاد، وعندما يحدد تاريخ البيع يجب وضع دفتر الشروط لدى كتابة ضبط المحكمة في ظرف 15 يوما، كما تنص على ذلك المادة 747 ق.إ.م.إ. وينبه المدعى عليهم بالبيع بالمزاد وعن تاريخ ثمانية أيام قبل الجلسة، وعليهم تقديم ملاحظاتهم إلى آخر يوم للبيع للإطلاع على دفتر الشروط الذي يقدم للقاضي المكلف بالإجراء ليفصل في هذا الحدث إما بالرفض الرجعي أو في حال تعرض جدي بقرار لصالح المعارضين، وهذا الحكم بالرفض أو بالقبول للتعرض يدخل في آخر دفتر للشروط، ومنذ انتهاء العملية، يدرج المحضر القضائي إعلانا على صفحات جرائد محلية أو جهوية خلال الثمانية أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع قائمة شروط البيع طبقا للمادة 748 و750 من ق.إ.م.إ.، وفي ظرف 30 يوما على الأكثر و20 يوما على الأقل يحرر المحضر القضائي مستخرجا من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعا منه، ويقوم بنشر الإعلان على الباب الرئيسي للعقار المراد بيعه وكذا في قصر العدالة في الإطار الخاص بهذا الغرض، وفي الجرائد اليومية والوطنية.

وعند يوم الجلسة، وإذا حصل بعد المناداة على القضية إن لم يتقدم أحد بأي عرض أو تبين بوضوح أن العروض غير كافية، تؤجل المزايدة إلى جلسة أخرى، هذا ما تنص عليها المادة 753 ق.إ.م.إ.

وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى إعلان جديد، وحكم التأجيل هذا يدرج في دفتر الشروط فيما بعد، وأثناء الجلسة المؤجلة يحضر هذه المرة المزايدين الذين يقدمون طلبات مطابقة لمبلغ انطلاق المزاد أو أعلى منه، ويعتبر البيع قد تم بعد إطفاء الشمعات الثلاثة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص917.

الموقودة تباعيا ولمدة دقيقة بين الواحدة والأخرى، ويكون هذا البيع قدم أكثر وآخر المزايدين، ويدفع ثمن البيع ومصاريف المتابعة لكاتب الضبط في مدة 20 يوما، وفي التطبيق يدفع الثمن فوراً أو في نفس اليوم لتفادي عملية إعادة البيع بالمزاد.

وحكم البيع بالمزاد لا يصبح نهائياً إلا بانتهاء مدة 20 يوماً، وهذه المدة لكي يتمكن كل واحد يزداد بقيمة (6/1) لثمن البيع زيادة من المصاريف والرسوم، ويتعهد فيه أن يبقى مزاد قابل لشرط ثمن البيع مع زيادة (6/1) في المصاريف والرسوم، والإعلان عن طلب عرض المزايدة يكون متبوعاً بإيداع الثمن والمصاريف إلى حين انتهاء العملية، والنص قد سكت على إيداع الثمن في حالة ما إذا أودع المزاد الأول الثمن والمصاريف، وهل هذه المبالغ ترجع له، وهذه الطريقة التي تتفادى بها المزايدة جديدة والتي تؤدي إلى المزايدة إلا بدفع الثمن، كما يعد البيع في مزايدة جديدة بين الثمن الذي تقدم به والثمن الناتج عن البيع الجديد دون المطالبة بالفرق التي حدثت في البيعين، وعندما ينتهي البيع يصبح الحكم نهائياً ويعتبر سند الملكية بالنسبة للمزاد شريطة النشر<sup>1</sup>.

كما أن الراسي عليه المزاد سواء كان أحد الشركاء أو أجنياً، فإن التسجيل في الشهر العقاري أمر واجب ولازم لنقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. حيث تنص المادة 62 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-132 المؤرخ في 1993/05/19 على أنه: "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، ويجب أن يصادق موثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية على الألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف، وفي أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء"<sup>2</sup>.

#### • تدخل الدائنين في إجراءات القسمة:

قد يترتب على القسمة الإضرار بحقوق دائني الشركاء ولهذا رأى المشرع أن هؤلاء الدائنين يعينهم أمر القسمة، إذ قد يغيب فيها أحد الشركاء المدينين أو قد يتواطأ مع

<sup>1</sup> عبد المجيد، المذكرة السابقة، ص.ص 91، 92.

<sup>2</sup> المذكرة نفسها، ص 92.

الباقيين إضراراً بحقوق دائنية فحول لهم حق التدخل في إجراءات القسمة، سواء تمت بالتراضي أو تمت أمام المحكمة وسواء تمت عينا أم بطريق التصفية<sup>1</sup>.

ولقد نصت على ذلك المادة 729 ق.م.ج بقولها: "لدائن كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تداخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

وعلى ذلك فإنه بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو أصحاب الحقوق العينية بصفة عامة المدرجة أسمائهم في السجل العقاري كدائن مرتهن رهنا رسمياً والمقررة على حصة شائعة، يتعين بالنسبة لهؤلاء الدائنين<sup>2</sup>.

جميعاً إدخالهم في إجراءات القسمة، ويقع ذلك على الشركاء من تلقاء أنفسهم ولو لم يوجه هؤلاء الدائنون أية معارضة إليهم، فإذا لم يقيم الشركاء بدعوتهم إلى التدخل طبق الجزء السابق، ومن الواضح أن معرفة الشركاء للدائنين في هذه الحالة ميسورة نظراً لأن حقوقهم مشهورة، وهذا الحكم ينطبق ويقع على الشركاء التزام بإدخال الدائنين، ما لم يتدخل هؤلاء من تلقاء أنفسهم، حيث تكون القسمة سارية قبلهم<sup>3</sup>.

هذا بالنسبة للدائنين بصفة عامة الذين يعارضون في أن تتم القسمة في غيابهم أو بالنسبة للدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل رفع دعوى القسمة. والمهم أنه إذا اعترض الدائنون أياً كانوا، أو كان حق الدائن مقيداً وقام الشركاء بدعوتهم أو حضر من تلقاء أنفسهم، فإن القسمة تسري في مواجهته ولا يكون لهم بعد ذلك أي طعن عليه، فقد أتيحت لهم فرصة مراقبة سير الإجراءات، وكان لهم أن يعترضوا على أي غش أو تواطؤ بين

<sup>1</sup> توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 231.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 232.

<sup>3</sup> نفسه، ص 232.

الشركاء المتقاسمين، فإذا لم يقر الشركاء بدعوة هؤلاء الدائنين فإن القسمة لا تكون نافذة قبلهم، ولهم طلب إبطالها كما يقضي القانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: قسمة المهايأة:

إن قسمة المهايأة هي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية فهي ارتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال المشاع، ومن ثم فلا ينتهي بها الشروع. وقسمة المهايأة نوعان: مهايأة مكانية ومهايأة زمانية<sup>2</sup>.

- فالمهايأة المكانية: هي التي يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع نازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، وينص القانون المدني الجزائري في المادة: 733 على أنه: "...ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد"، إنما يجوز بعد انقضاء الخمس سنوات أن يتفق على مدة أخرى مماثلة.

- والمهايأة الزمانية: أو المناوبة في الانتفاع هي التي يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، وقد يكون هذا المال عقاراً شائعاً، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

وهناك مثلاً عن ذلك حالة خاصة نص عليها القانون الجزائري إذا لم يتفق فيها الشركاء على قسمة المهايأة جاز أن تتم المهايأة بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الشركاء<sup>3</sup>.

وهذه هي المهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية، فقد نصت المادة 736 من ق.م.ج على أن: "يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال المشترك مهايأة بينهم وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية،

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص233.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص247.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص248.

فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الاستعانة إذا اقتضى الأمر ذلك".

وسواءً تمت هذه المهايأة بالاتفاق أو بأمر من القاضي، فإنها تختلف عن المهايأة العادية في أنها ليست محدودة لمدة معينة، فهي تظل إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك قد تبقى لمدة تزيد على خمس سنوات<sup>1</sup>.

#### • خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار:

يعتبر كل شريك في قسمة المهايأة مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه، فهي كما قلنا قسمة انتفاع، حيث ينتفع الشريك بجزء مفرز في المهايأة المكانية أو بكل المال الشائع في المهايأة الزمانية فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة ما لديه من المال، وذلك في مقابل حصول هؤلاء الباقيين على نصيبه في منفعة ما لديهم من مال. ومن هذا يكون الشريك مؤجراً لحصته ومستأجراً لحصص باقي الشركاء، ولذلك لا تخضع قسمة المهايأة لأحكام القسمة النهائية وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 735 ق.م.ج في هذا المعنى على أنه: "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

ويتضح من ذلك أن ما يسري على قسمة المهايأة من أحكام عقد الإيجار بموجب هذا النص تلك الأحكام التي لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة<sup>3</sup>.

#### • تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية:

استحدثت المشرع في القانون المدني حكماً مقتضاه تحول قسمة المهايأة المكانية، وهي محض قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية ترد على الملكية ونقض الشيوخ إذا دامت هذه المهايأة خمس عشرة سنة (م.733 ق.م.ج)، وتبرر المذكرة الإيضاحية هذا الحكم المستحدث بأن: "المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص249.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص249.

<sup>3</sup> نفسه، ص250.

إنها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها فإن كانوا يريدون غير ذلك، فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلا قسمة نهائية".

ولكن تحول قسمة المهايأة بمضي خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ليس متعلقا بالنظام العام، لذلك لا يوجد ما يمنع من اتفاق الشركاء على منع هذا التحول مهما طالت المهايأة<sup>1</sup>.

فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق يتم تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تلقائيا بتمام مدة الخمس عشرة سنة على المهايأة، دون الحاجة إلى اتفاق أو حكم قضائي، فهي ليست إذن قسمة اتفاقية، ويكون تاريخ القسمة النهائية هو تاريخ تمام هذه المدة لا تاريخ الاتفاق الأصلي على المهايأة المكانية.

وإذا كانت القسمة النهائية تنتج من دوام المهايأة المكانية خمس عشرة سنة وتفترض لذلك أصلا وجود اتفاق على قسمة مهايأة فإن المشرع تيسيرا لترتيب القسمة النهائية عن هذا الطريق، يستخلص من استطالة الحياة المفترزة لأحد أجزاء الشيء الشائع قرينة قانونية على وجود قسمة مهايأة مكانية، إذ ينص في المادة 733 من ق.م.ج على أنه: "إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفترزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض أن حيازته على هذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة"، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة بل يجوز إقامة الدليل على عكسها، فإذا لم تدحض هذه القرينة بدليل عكسي اعتبرت الحياة مستندة إلى قسمة مهايأة، وما دامت قد استمرت خمس عشرة سنة فيستتبع ذلك تحولها في ما يتعلق بالجزء المفترز محل الحياة إلى قسمة نهائية طالما لا يوجد اتفاق يمنع من مثل هذا التحول<sup>2</sup>.

ولقد قضت المحكمة العليا في القرار رقم 181.703 المؤرخ في 1998/09/30، قضت بأنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، وبما أن المطعون ضده قد مارس حيازة طويلة سنة 1933 إلى سنة 1990 على الجهة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 212.

أي احتجاج من قبل الورثة الآخرين طبقا للفقرة الثانية من المادة 733 من ق.م.ج، فإن قضاة الموضوع قد استنتجوا ذلك بما لهم من سلطة تقديرية، فإنهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سلبيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>.

كما قضت أيضا المحكمة العليا في القرار رقم 321.28 المؤرخ في 1984/01/09 بأنه: "إذا دامت قسمة المهايأة للمال الشائع مدة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على ذلك، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا أن القرار المطعون فيه أيد حكما صادقا على تقرير خبرة بقسمة العقارات المتنازع عليها، وذلك رغم وجود رسم لقسمة أملاك مورث المتخاصمين مؤرخ في 1924/02/15.

فإن قضاة الاستئناف بقضائهم هذا قد خرقوا أحكام المادة 733 من ق.م.ج وعرضوا قرارهم للنقض"<sup>2</sup>.

ويعتبر هذا التحول بمثابة قرينة قابلة لإثبات العكس، فيثبت الشريك أن واضع اليد لم يكن متقاسما إنما وكيلا عن الشركاء، والمفروض أن القسمة النهائية في هذه الحالة سواء وجد اتفاق يقر لهذه القسمة، أو قام نزاع فصدر حكم من شأنها، فإن هذا الحكم أو ذلك الاتفاق، يجب أن يسجل ويشهر في المحافظة العقارية طبقا لأحكام المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مع مراعاة أحكام المواد 08 و61، 62، 65، 66، 88، 90، 91 و100 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-132 المؤرخ في 1993/05/19<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص37.

<sup>2</sup> أنظر المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص71.

<sup>3</sup> مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.ص.114، 115.

المطلب الثاني: آثار القسمة:

يترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع يعادل حصته في هذا العقار وبجانب هذا الأثر الجوهري للقسمة يضمن المتقاسمون لبعض البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق عن القسمة كما يترتب على القسمة أيضا حق امتياز للمتقاسم، غير أن دراسة المتقاسمين محلها موضوع التأمينات العينية ولذلك لا نتعرض له مكتفين بعرض الأثرين الآخرين للقسمة<sup>1</sup>. ولذا سنتطرق في هذا المطلب إلى الأثر الكاشف للقسمة وكذا إلى ضمان التعرض والاستحقاق للقسمة.

الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة:

نصت المادة 730 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

يتبين من هذا النص أن القسمة، عندما تفرز نصيب كل شريك يكون لها أثر رجعي ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع، فإذا كان قد تملك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة، وإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء، لا من وقت تمام القسمة وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك في أي وقت عقارا آخر مفرزا وقع في نصيب أي شريك آخر، فلا يعتبر أنه تملك ولو حصة شائعة في هذا النصيب المفرز الذي تملكه الشريك الآخر، وهذه هي النظرية التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف فحسب أي أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزا في العقار الشائع، بل لها أيضا أثر رجعي أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص115.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص.ص947، 948.

• الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل:

والواقع من الأمر أن للقسمة بطبيعتها أثرا مزدوجا كاشف وناقلا فلو قلنا أن أرضا يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وأفرزنا نصيب كل منهما فيها فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر، فهل يمكن اعتبار الإفراز عن طريق القسمة هنا أثر كاشف أو أثر ناقل؟

إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض صار هذا النصيب قبل القسمة وفي أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب وأثر ناقل في النصف الآخر ويكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل.

ولما كان هذان الأثران يتعارضان، لم يبقى إلا أن تغلب أثر على آخر، ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل، فقد سار التقنين المدني على المنهج التقليدي وعمم أثر القسمة فجعله في جميع الأحوال أثر كاشف<sup>1</sup>.

كما أنه يترتب على الأثر الرجعي الذي للقسمة نتائج هامة أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة.

وإذا حصلت القسمة بطريق البيع بالمزاد، وجب التفريق بين حالتين:

- إذا رسا مزاد العقار إلى أجنبي عن المتقاسمين طبقت أحكام البيع ولا يوجد الأثر الرجعي، فيأخذ الراسي عليه المزاد العقار خاليا من جميع الحقوق التي رتبها عليه المتقاسمون أثناء الشيوع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص949.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص261.

- وإذا رسا المزداد على أحد المتقاسمين فإنه يكون لذلك أثر رجعي وينتقل العقار إلى المتقاسم الذي رسا عليه المزداد خاليا من جميع الحقوق العينية التي رتبها عليه باقي المتقاسمين ولا يبقى إلا الحقوق التي رتبها هو عليه<sup>1</sup>.

وطالما كانت القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فإن أثرها هذا يقوم بالنسبة للمتقاسمين وغيرهم فيحتج بالأثر الكاشف على المتقاسم فإذا تبين أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للشركاء من قبل، فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا، وإذا رتب أحد الشركاء رهنا على كل العقار الشائع أو على حصة أو جزء منه حيث أنه بالقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبه غيره من الشركاء<sup>2</sup>.

إن كل تصرف من شأنه أن ينهي الشيوخ يكون له أثر كاشف فالقسمة النهائية سواء كانت قضائية أو اتفاقية عينية أو بصفته يكون لها أثر كاشف أما القسمة المؤقتة وهي قسمة المهاية، فليس لها هذا الأثر إلا إذا بقيت المهاية المكانية خمس عشرة سنة فتتقلب إلى قسمة نهائية.

أما في قسمة التصفية، فيجب التمييز بين ما إذا بيع العقار الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبي ففي الحالة الأولى، سواء تم البيع في المزداد أو ممارسة كان البيع قسمة أوقعت في نصيب الشريك المشتري هذا العقار بأثر كاشف، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشيوخ ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا العقار تكون قد صدرت في أثناء الشيوخ، وتثبت تصرفات الشريك الذي وقع العقار في نصيبه، أما الثمن الذي بيع العقار للشريك<sup>3</sup>. فيتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة.

وإذا كان العقار قد بيع لأجنبي بيعا في المزداد أو بيع بممارسة فإن التصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشتري، وفيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها اثر كاشف ويعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع العقار الشائع للأجنبي.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص262.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص116.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص263.

ويعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفاً معادلاً للقسمة، فيكون له أثر كاشف، إذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشتري ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته، ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدأ الشروع لا من وقت البيع<sup>1</sup>.

وينبغي أن يراعى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين شركائه المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، ولكن لا يجوز الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير، إلا بعد تسجيل القسمة ويتحدد الغير هنا بمن تلقى حقا عينيا على العقار الشائع وقام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة وعلى ذلك إذا باع أحد الشركاء نصيبه شائعا في العقار وسجل المشتري عقده قبل تسجيل عقد القسمة فإن هذه القسمة لا تكون حجة عليه أما إذا كان تسجيل القسمة سابقا على تسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشتري<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة:

تنص المادة 731 ق.م.ج "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمة يوم القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين الغير المعسرين.

ويبين من النص سالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في العقار المقرر الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة، ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما في البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له.

فإن هذا الضمان في القسمة والقسمة كاشفة لا ناقلة، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضي المساواة التامة فيما بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلفت هذه المساواة ووجب الضمان.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص263.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.ص116، 117.

ويجب فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة أن يرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف التسمية بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة مابين المتقاسمين<sup>1</sup>.

### أولاً: الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان:

يتطلب القانون لقيام الضمان فيما بين المتقاسمين شروط معينة نذكرها فيما يلي:

#### 1. حصول التعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة:

لا يشرع الضمان إلا إذا حصل، وبسبب سابق على القسمة تعرض المتقاسم في النصيب المفرز المقسوم له أو استحقاق لهذا النصيب إذ بذلك يتهدد المتقاسم أو يحل به خطر فقد هذا النصيب فقد كلياً أو جزئياً مما يهدد أو يخل بالمساواة الواجبة بين المتقاسمين في حصول كل منهم مادياً على ما يوازي كامل حصته المعنوية.

- **والمقصود بالتعرض:** التعرض القانوني لا مجرد التعرض المادي بأعمال الغصب والتعدي أي التهديد بالاستحقاق تهديداً له صفة قانونية ، بحيث يجمل معنى إدعاء الغير على النصيب المقسوم لأحد الشركاء المتقاسمين مثل رفع دعوى استحقاق أو مطالبة بارتفاق أو الالتجاء إلى إجراءات الحجز.

- **أما الاستحقاق:** فيقصد به تحقق مجرد المتقاسم كلياً أو جزئياً من النصيب المفرز المقسوم له لصالح الغير أو بوجه عام إهدار حقوقه أو الانتفاض منها على هذا نتيجة ثبوت حق للغير مثل الحكم للغير بتملك هذا النصيب أو تملك جزء منه أو ثبوت حق انتفاع له أو ارتفاق<sup>2</sup>.

#### 2. عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم:

مثل ذلك أن يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى، أو قصر في أن يدفع الدعوى بدفع يؤدي إلى رفضها.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص972.

<sup>2</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص233.

### 3. عدم الإعفاء من الضمان باتفاق صريح:

وعلى ذلك فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون هناك شرط عام يعفي من الضمان، كما هو الحكم في البيع بل يتشدد المشرع بصدد القسمة ويتطلب أن يكون هناك اتفاق يذكر بصراحة سبب الاستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان في شأنه فيقتصر الإعفاء عليه، وذلك اتساقاً مع الأساس الذي يقوم عليه القسمة، وهو تحقيق المساواة في ما بين المتقاسمين ولا يشترط أن يرد الشرط الخاص الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته<sup>1</sup>.

### ثانياً: الآثار التي تترتب على تحقيق الضمان:

الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان:

إذا تعرض الغير للمتقاسم فالأولى بالمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين في الدعوى، وبالتالي فإن المتقاسم كالبائع يرجع بالتعويض على المتقاسمين، إذا استحققت العين الذي وقعت في نصيبه في إحدى الأحوال الآتية:

1. إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض.
2. إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وحكم للمتعرض ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم<sup>2</sup>.
3. إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وأقر المتقاسم الدائم بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.
4. إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق وحكم للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.
5. إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 197.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج 8، المرجع السابق، ص 980.

6. فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال السابقة الذكر، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة، فإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان أو أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق، فيجب على المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مج8، المرجع السابق، ص983.

خلاصة الفصل:

يمكننا أن نلخص هذا الفصل فيما يلي:

- أنه يجوز للشركاء مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، كالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية.
- وإذا كان هذا التصرف للملكية يعد بمثابة إنهاء لحالة الشيوع بالنسبة للعقار الشائع محل التصوف، وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا وناظا في حقهم جميعا، ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة، فإنه أيضا في حالة تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، سواء بنقل ملكية هذا الجزء المفرز، أو ترتيب حق عيني أصلي أو تباعي.
- كما أن المبدأ العام في الشيوع هو أن لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع، وينفرد بجزء من المال الشائع سواء كان عقارا أو منقولاً والشيوع ينقضي بانتهاء تعدد المالكين، وذلك بقسمة المال الشائع بين الشركاء، أو باجتماع الحصص كلها في يد شخص واحد، إما بالتصرف القانوني أو بالواقعة المادية، والذي نظم المشرع كفيياتها وبين شروطها وإجراءاتها من خلال القانون المدني.

خاتمة

ونخلص من خلال هذه الدراسة إلى أن الملكية الشائعة تقوم في حالة تعدد الملاك للشيء الواحد دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز، فموضوع الملكية الشائعة يعتبر من الموضوعات الهامة عند التعرض لدراسة حق الملكية بوجه عام، حيث تمنح الشركاء الحق في التصرف في العقار الشائع سواء كان التصرف جماعيا فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من الأغلبية كبيرة منهم وقد يكون فرديا فيصدر من الشريك منفردا.

كما أن المشرع لا ينظر إلى الملكية نظرة ترحيب ولهذا يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي بطلب القسمة في أي وقت ولا يجوز النزول عن هذا الحق مقدما إلا لمدة مؤقتة محدودة تشجيعا عن هذا الحق مقدما إلا لمدة مؤقتة محدودة تشجيعا على العودة إلى النظام العادي وهو الملكية المقررة، إذن الملكية الشائعة يتحدد مصيرها بالقسمة فتتقلب إلى ملكية مفرزة.

كما أن لكل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها، في كل ما يتضمنه الشيوع من أموال سواء كان عقارا أو منقولا، ولا يهم إن كان المتصرف إليه أحد الشركات، أو بعضهم أو كلهم أو أجنبي عنهم، ولكن تقيد حرية الشريك في التصرف بعدم الإضرار بحقوق شركائه، وإلا كان غير نافذ في حقهم، ولم يعين المشرع معيارا محددًا يعتبر وفقه الشريك مضرا بحقوق شركائه، غير أنه وعلى اعتبار الضرر واقعة مادية يمكن لثباتها بكافة طرق الإثبات، فيتعين عليهم ذلك حسب ما أكدته المحكمة العليا.

ولعل أهم النتائج التي توصلنا إليها هي:

- إن المشرع لم يعط مفهوم واسع للشيوع، فقد صورته لنا فقط في حق الملكية في حين نجد أن الشيوع يتصور في باقي الحقوق العينية الأخرى.
- إن هدف المشرع من منح الحق لأغلبية الشركاء في التصرف في العقار الشائع هو الحماية من تعنت الأقلية منها، فإن إغفال المشرع ببيان الأسباب القوية التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية في العقار الشائع من شأنه أن يمكن هذه الأغلبية من التعسف في حق الأغلبية، حيث أنه من خلال التمعن في النصوص القانونية المتعلقة بالتصرف في العقار الشائع نجد أن المشرع قد حرّمها من حقها في التصرف في الجزء الذي تملكه مجتمعة.

التوصيات:

• من حيث الجانب القانوني:

- نوصي المشرع بتعديل المادة 730 من القانون المدني الجزائري لتصبح القسمة لها أثر مزدوج كاشف وناقل وتقوم على أساس الإفراز والمبادلة، فهي إفراز لنصف حصة الشريك من مجموع المال الشائع وفي نفس الوقت هي مبادلة، حيث يبادل كل شريك نصف نصيبه الآخر بنصف نصيب الشريك الآخر والذي كان قد شاركه في كل ذرة من ذرات المال الشائع.
- نوصي المشرع بتعديل المادة 713 ق.م لإعطاء مفهوم واسع للشيوخ.

• من حيث الجانب الإجرائي:

- نوصي المشرع بإعطاء ضمانات أكثر للأقلية تجعل حقهم في الملك الشائع مكفولا تماما.
- نوصي المشرع الجزائري بوضع أحكام دقيقة تنظم التصرف في العقار الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شريك في الشيوخ، سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منها، وكذلك يجب تبيان الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الأقلية أو الأغلبية للقيام بأي تصرف في هذا العقار.
- نوصي المشرع بوضع أحكام دقيقة تنظم التصرف في العقار الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شريك في الشيوخ، سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منها.
- نوصي المشرع الجزائري بالسعي جاهدا لإصدار قانون جديد ينظم الملكية العقارية حتى نصل بكل سهولة ويسر إلى المبتغى القانوني المراد معرفته.
- نوصي بعدم تنازل الجهات القضائية المختصة عن سلطاتها وصلاحياتها للخبير عندما تعينه للقيام بإجراء مشروع قسمة للمال الشائع، وذلك مثل القيام بالصلح بين الأطراف، أو سماع الشهود، أو إجراء القرعة بين المتقاسمين أو توزيع الأنصبة على المتقاسمين بعد تكوينها.
- إخضاع القسمة لإشراف القضاء ورقابته في حالة وجود قاصر بين الأطراف أو ناقص الأهلية ولو كان ذلك بالاتفاق مع أوليائهم أو القيمين عليهم أو أوصيائهم وكذا

إخضاع القسمة الودية التي يقوم بها الموثقون باتفاق الأطراف للرقابة القضائية والمصادقة عليها قضائياً، وذلك تفادياً لما قد يحدث فيما بعد من أوضاع يصعب تداركها نتيجة لوجود إكراه مادي أو معنوي أو بسبب وجود مانع أدبي بين أطرافها قد حال دون أن تكون القسمة عادية.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

1. الأوامر:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، عدد78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

2. الأمر 75-74 المؤرخ في 11/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر، عدد 92 الصادرة بتاريخ 18/11/1975.

ثانياً: المراجع:

1. المؤلفات:

3. أحمد محمود خليل، إدارة المال الشامل والتصرف فيه، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.

4. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

5. أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، (د.ط)، دار محمود للنشر والتوزيع، شارع سامي البارودي، بباب الخلف، 2003/2004.

6. أنور طلبة، الملكية الشائعة، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، 2004.

7. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية.

8. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، (د.ط)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

9. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 1999.

10. جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009.
11. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
12. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الأوقاف، دار هومة، الجزائر، 2004.
13. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
14. عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية.
15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، مج 10، مج08، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
16. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، (د.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
17. عبد الوهاب عرفة، الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، (د.ط)، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 2008.
18. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
19. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
20. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
21. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.

**II. الرسائل والمذكرات الجامعية:**

1. أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقائد، تلمسان، 2008/2007.
2. أسماء لأبد، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2016/2015.
3. بوبكر أبيض، التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2015/2014.
4. فايزة مخازني، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005/2004.
5. عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.
6. حسينة بوس، آسية ثلجون، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية، 2013.
7. وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008/2007.

**III. المجالات القضائية:**

1. المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1989.
2. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1990.
3. المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1998.
4. المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 2001.
5. مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، الجزء الأول، لسنة 2004.

# المخلص

تعتبر الملكية على الشيوع إحدى أسباب النزاعات التي تثور بين الملاك وتؤدي إلى رغبة كل منهم في التصرف في الملك الشائع لفائدته، وهذا ما يؤدي إلى اللجوء للقضاء لفض هذه النزاعات، وعادة ما يتم الحكم بإجراء القسمة بإنهاء الخلاف بينهم نظراً لرغبة كل شريك في التصرف في حقه في الملك الشائع.

وقد يتصرف الشركاء جميعاً في العقار الشائع وذلك بكافة أنواع التصرفات، وذلك سواء بنقل ملكيته كله أو حصة شائعة منه أو حصة مفرزة أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو جزء مفرز منه.

وباعتبار أن القسمة يترتب عليها إنهاء الملكية الشائعة واختصاص كل شريك بجزء مفرز يمتلكه على سبيل الاستثناء والانفراد، فيكون من آثار القسمة الإفراز وهو أثر جوهري للقسمة الذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من مجرد حصة رمزية في مال شائع إلى حصة مادية مفرزة.

كما أن القسمة قد تتم باتفاق بين جميع الشركاء وهذا هو الأصل، أما في حالة ما إذا كان إجراء القسمة بالتراضي لم يكن ممكناً فإنه من الممكن اللجوء إلى القضاء لإجراء القسمة، وقد تتحول قسمة المهايأة المكانية وهي محض قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية ترد على الملكية وذلك في حالة ما إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة.

# فهرس المحتويات

01.....مقدمة:

## الفصل الأول: التصرف الفردي في العقار الشائع

05.....تمهيد:

06.....المبحث الأول: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع:

06.....المطلب الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار:

06.....الفرع الأول: حكم بيع الحصة الشائعة في العقار:

09.....الفرع الثاني: حكم هبة الحصة الشائعة في العقار:

11.....الفرع الثالث: ترتيب حق عيني على العقار الشائع:

16.....المطلب الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع:

16.....الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة:

17.....الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة:

19.....المطلب الثالث: تصرف الشريك في كل العقار الشائع:

20.....الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله:

22.....الفرع الثاني: أثر تصرف الشريك في العقار الشائع كله:

24.....المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة لمواجهة الشركاء:

24.....المطلب الأول: حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة:

24.....الفرع الأول: تعريف حق الاسترداد وشروطه:

28.....الفرع الثاني: إجراءات حق الاسترداد ونطاقه:

31.....الفرع الثالث: آثار حق الاسترداد:

33.....المطلب الثاني: حق الشركاء في استعمال حق الشفعة:

33.....الفرع الأول: تعريف حق الشفعة وطبيعتها القانونية:

35.....الفرع الثاني: لمن تجوز حق الشفعة:

37.....الفرع الثالث: إجراءات حق الشفعة:

42.....خلاصة الفصل:

الفصل الثاني: التصرف الجماعي في العقار الشائع

- تمهيد: ..... 43
- المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم: ..... 44
- المطلب الأول: تصرف الشركاء في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه: ..... 44
- الفرع الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله: ..... 44
- الفرع الثاني: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع: ..... 47
- المطلب الثاني: تصرف أغلبية الشركاء في العقار الشائع: ..... 49
- الفرع الأول: تصرف الأغلبية اللازمة في العقار الشائع: ..... 50
- الفرع الثاني: الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع: ..... 51
- المبحث الثاني: قسمة العقار الشائع: ..... 54
- المطلب الأول: كيفية إجراء القسمة: ..... 54
- الفرع الأول: القسمة الاتفاقية: ..... 55
- الفرع الثاني: القسمة القضائية: ..... 65
- الفرع الثالث: قسمة المهاية: ..... 74
- المطلب الثاني: آثار القسمة: ..... 77
- الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة: ..... 78
- الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة: ..... 81
- خلاصة الفصل: ..... 85
- خاتمة: ..... 86
- قائمة المصادر والمراجع: ..... 89

الملخص.

فهرس المحتويات.