وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق

مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماستر تخصص قانون عقاري

بعنوان:

أحكام التصرف القانوني للشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري

من تقديم الطالبة:

- **بهياني حورية**

تحت إشراف الأستاذ:

- **مصطفاوي محمد**

لجنة المناقشة

أ. مصطفاوي محمد.....مشرفا ومقررا

أ. بوضياف مصطفى.....رئـــيـــســـــا

أ. بـوخـرص نـاديـة ..... مـنـــاقـشـــــا

السنة الجامعية: 2013-2014

المقدمة

المقدمة:

عرف المشرع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني الجزائري حق الملكية على انه : " حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة"، وهو بذلك يمنح لصاحبه سلطات ثلاث هي: الاستعمال الاستغلال، و التصرف، يمارسها بحرية وفق ما تتجه إليه إدارته في إطار القوانين.

و الملكية غالبا يكون أصلها مفرزا فيكون للعقار مالك واحد بحق له وحده التمتع بالسلطات السابقة، و تكون إرادته الوحيدة صاحبة القرار في التصرف دون مزاحمة من احد ولكن قد تخرج عن هذا الأصل، فتكون كل ذرة فيه مشتركة بين جميع الشركاء و كل واحد منهم يملك حصة غير محددة منه، فهو قد يملك في نفس الوقت أي حصة من هذا العقار، و قد لا يملكها، و تعرف حين إذن " بالملكية الشائعة" ،وهو ما نصت عليه المادة 713 من القانون المدني الجزائري :" إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك".

و الشيوع لا يقتصر على حق الملكية فقط، بل يمكن أن يكون على الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع و حق الارتفاق، و إن كان المشرع قد نظم أحكام الملكية الشائعة، و هذه الأحكام تطبق على الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة تلك الحقوق.

و تغيير الوضع بداهة في الملكية الشائعة، حيث أصحاب العقار عدة، حيث يرد الحق على كل العقار الشائع، فيمارس كل واحد منهم بوصفه واحد من أصحاب حق الملكية نفس سلطاتها المعروفة، فيكون من الطبيعي أن تتزاحم و تتضارب مباشرتهم لهذه السلطات على نفس المحل، و في نفس الوقت، من أجل ذلك يتحكم في الملكية الشائعة تقييد استعمال كل شريك لسلطاته في الملكية بما للآخرين من سلطات مماثلة للملكية على الشيوع، و التي تكون بصفة عادية او جبرية ولا تحد من حق الشريك في ملكيته.

فإرادة الشريك قد تتفق مع إرادة سائر الشركاء، و يكون بذلك التصرف جماعيا و هو الأصل، وهو لا يثير إشكالات كثيرة.

وما قد يحصل قد تتجه إرادة الشريك على الشيوع منفردة نحو التصرف، فيقوم به، وهو ما يخلق وضعا خاصا مشوبا بالصعوبة والإشكالات، ويثير الكثير من النزاعات، خاصة وأنه وضع مؤقت يؤول بالضرورة إلى القسمة والإفراز.

فالشريك المشتاع باعتباره مالكا لحصة شائعة، قد يتصرف فيها بنقل ملكيتها أو بترتيب حق عيني عليها، كأي مالك عادي،أو في حصة مفرزة من العقار الشائع، وهذا ما يثير أهم المشاكل في مجال الملكية الشائعة، فقد يظن لأول وهلة أن هذه المشكلة محض مشكلة نظرية، ليس لها حظ من التطبيق العملي، ولكن ما شهدته ساحات المحاكم في شأنها من قضايا يكذب هذا الظن .

وقد تتجه إرادة أحد الشركاء منفردة إلى التصرف في كل العقار الشائع دون علم شركائه، فتثور إشكالية حول مدى تطبيق أحكام التصرف في جزء مفرز عليه أم تسري عليه أحكاما خاصة.

أهمية الدراسة:

بسبب كثرة انتشار الشيوع و خاصة في المجتمعات الإسلامية خاصة بسبب الميراث وما يحدث في الواقع، وفي عمق المجتمع من كثرة التصرفات التي يبديها شريك واحد منفرد في العقار الشائع، مما ينجر عنه كثرة القضايا المطروحة أما القضاء، و كذا الآثار السلبية التي تجعل علاقات الأفراد محل مخاصمة وخلاف، كما أن كثرة الخلافات المتعلقة به تفتح الباب واسعا لبحثه.

أسباب الدراسة:

فبالنسبة للأسباب الذاتية تتمثل في محاولة تخصيص بحث حول التصرف في العقار الشائع وكذلك في محاولة معرفة حكم تصرف الشريك في العقار الشائع و بيان أهم الصعوبات القانونية التي تواجه أصحاب العقار الشائع وبيان الكيفية القانونية للتعامل معه و كذا الوصول إلى نتائج وتوصيات تؤدي إلى أفضل الحلول المتعلقة بإشكاليات الملكية الشائعة في القانون الجزائري.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فتتمثل في قلة دراسات متخصصة في تصرف الشريك في العقار الشائع.

الدراسات السابقة:

نذكر منها

- مذكرة ماجستير للطالبة مخازني فايزة، تناولت فيها تصرف الشريك في العقار الشائع (دراسة مقارنة)، السنة الدراسية 2005/2004، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق و العلوم التجارية
- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، للطالب وهاب عياد، تناول فيها التصرف في الملكية العقارية الشائعة، السنة الدراسية 2008/2007، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق.
- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، للطالب خالد سلطي نواف السنجلاوي تصرف الشريك في الملكية الشائعة، دراسة قانونية فقهية مقارنة، السنة الدراسية 2013/2012، جامعة الشرق الأوسط الأردن.

و منه الإشكالية التي نطرحها بهذا الصدد الرئيسية لمحاولة رفع اللبس عن هذا الموضوع هي:

ما هو حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع فيما بين المتعاقدين و في مواجهة باقي الشركاء ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سنعتمد المنهج التحليلي، إذ سننطلق من تحليل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائري الموضوع محل الدراسة، أملا في تحقيق إجابة صحيحة من الوجهة القانونية وسنتناول التصرفات القانونية المنصبة على العقار، أما التصرف المادي في الشيء الشائع بالتغيير فيه، فيتطلب موافقة من الشركاء وهو يدخل في عموم أعمال الإدارة غير المعتادة.

وكل ذلك وفق خطة تتكون من فصلين، على اعتبار أن للملكية الشائعة مفهوم واسع و متشعب فخصصت له الفصل الأول لدراسة ماهية الملكية الشائعة في مبحثين، أولهما نتناول فيه مفهوم الملكية الشائعة في القانون المدني و الفقه الإسلامي والآخر نخصصه لدراسة الطبيعة القانونية للملكية الشائعة و تمييزها عن أنواع الملكية الأخرى.

أمـا الفصـل الثـاني، فنهـتم فيـه بدراسـة تصـرف الشـريك فـي العقـار الشـائع فـي مبحثـين أيضـا، نـدرس فـي الأول تصـرف الشـريك فـي حصـته الشـائعة مـن العقـار الشـائع وندرس في الثاني

تصرف الشريك في حصة مفرزة من العقار الشائع أو في كل العقار الشائع.

الفصل الأول:

ماهية الملكية العقارية الشائعة

الفصل الأول: ماهية الملكية الشائعة.

للملكيـة صـور متعـددة منهـا الشـيوع، والملكيـة غالبـا مـا يكـون أصـلها مفـرزة و لكـن فـي بعـض الحـالات يكـون هنالـك اسـتثناءات، ذلـك فـي حالـة أن كانـت الملكيـة ثابتـة لشخصـين أو أكثـر دون أن يكـون لكـل مـنهم نصـيب مفـرز وهـذا يعنـي أنهـم مشـتركون فـي الملكيـة وهـو مـا يسـمى بالملكية الشائعة[1].

هـذا الاشـتراك أو المـال الشـائع الـذي يكـون بصـفة عاديـة أو إجباريـة لا يحـد مـن حـق الشريك في ملكيته، وهذا ما يثير التساؤل عن هذا الحق، ولهذا خصصنا:

المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة وتمييزها عن أنواع الملكية الأخرى.

[1] عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، الطبعة الخامسة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص 125.

المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة.

إذا تعدد الملاك لشيء واحد فإن كلا من الشركاء في الملك يكون مالكا لحصة شائعة في هذا الشيء مما يجعلها ملكية شائعة، الاشتراك في الملك يؤثر على سلطات المالك نظرا لارتباط حقه بحقوق بقية الشركاء ولذا كان لزاما إقامة تنظيم خاص لهذه السلطات في الانتفاع بالملك أو التصرف فيه، يهدف إلى التوفيق بين وجود حقوق متماثلة على الشيء الواحد[1]، وتجدر الإشارة إلى أن الشيوع ليس مقصورا على حق الملكية بل يمكن أن يتحقق لغيرها من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الارتفاق والانتفاع.....

ودراستنا للملكية الشائعة تقتضي تحديد معناها في القانون الوضعي و هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، وبيان مفهومها و أحكامها في الفقه الإسلامي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة في القانون الوضعي.

الشيوع هو صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا في الشيء، ولكنه يتحدد معنويا في الحق نفسه وبذلك يكون حق الملكية منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم فيه نصيب[2].

والملكية الشائعة هي أن يتحدد ملاك العقار الواحد، وتكون حصة كل منهم في العقار غير مفرزة وغير معروفة وتكون حصة كل منهم عبارة عن نسبة تنسب إلى كامل العقار كأن تكون الربع أو الثلث أو النصف وتقدر الحصص بالأسهم، فيقال أن المالك له ملكية عدد كذا من أسهم من جملة عدد أسهم العقار كاملا[3].

---

[1] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2001، ص 13.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، ص 5

[3] رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، احكامها و مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة2001 ، ص80.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للملكية الشائعة.

أولا: الملكية الشائعة لغة .

ينصرف إلى ملك الشيء فهو يملكه إذا احتواه وكان قادرا على الاختصاص به، أما الملكية فهي من الملك أو التمليك، يقال بيدي عقد ملكية هذه، وملك الشيء ملكًا حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك، و الشيوع من شاع الشيء شيوعا، و مشاعا إذا ظهر و انتشر و أذاعه، ويقال: نَصيب فلان شائِع في جميع هذه الدار، ومشاع فيها أَي ليس بمْقسوم ولا معزول ورجلان مَتشايعان و مشتاعان في دار أو في أرض إذا كانا شريكين فيها، وهذه الدار شيعة بينهم أي مشاعة .

عرف ابن تيمية الملكية في مجموع الفتاوى بأنها: " القدرة على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية ".

ويطلق الشيوع على من لم يعزل عن غيره ويكون مختلطًا بأجزاء أخرى، وقال أبوسعيد: هما متشايعان ومشتاعان في دار أو في أرض إذا كانا شريكين، ومنه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه، فالشيوع صورة من صور الملكية الفردية يكون فيها الشيء مملوكًا لعدة أشخاص، دون أن تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات، و إنما تتحد بصورة حسابية في الحق ذاته[1].

ثانيا: الملكية الشائعة إصطلاحا.

يطلق مصطلح الملكية الشائعة على الشيء الواحد المشترك بين عدة مالكين، يمثل نصيب كل واحد منهم ، مشاع في الشيء بكامله لا بجزء معين منه وهو بحد ذاته ليس نصيبا ماديا وإنما حصة يعبر عنها بالأرقام، أو هو أنصبة موزعة بين الشركاء المالكين أما الشيء نفسه فمشاع غير مقسوم بينهم [2].

---

[1] *رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ*، الوجيز فى الملكية و الحقوق العينية التبعية، دون طبعة، ص 81.

[2] زهدي يكن، قانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ص 329.

ينظر إلى الشيوع كحالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، حيث يكون لكل واحد منهم نصيب معين في هذا الحق[1].

الفرع الثاني: التعريف القانوني للملكية الشائعة.

أولا: تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري .

عرفت المادة 713 من ق م ج الملكية الشائعة بنصها على مايلي: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكان حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على ذلك"[2] ، من خلال نص هذه المادة نكتشف أم الملكية الشائعة هي تلك الملكية التي تقع على مال معين بالذات (عقار) يملكه أكثر من شخص واحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته، ولما كان ملاك المال الشائع متعددين فلابد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال [3].

وتتعين حصص الملاك في الملكية الشائعة عند بدء الشيوع تبعا لمصدره، فإن كان ميراثا حدد القانون حصة كل وارث، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصي له وإن كان عقد تكفل العقد بتعين حصة كل شريك، كما قد لا تتعين الحصص كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه، فعندئذ تكون الحصص متساوية ما لم يقم دليل على ذلك[4].

و لا يوجد حد لعدد الملاك على الشيوع، فهو يقوم بين شخصين أو أكثر، و الأصل عند التعدد هو تساوي أرضية الشركاء، ما لم يثبت غير ذلك.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006، ص 102.

[2] المادة 713 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 78.

[3] عمار علوي، المرجع السابق، 126.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 776.

ثانيا: تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني المصري.

المشرع المصري قد خصص فى القانون المدني في الفصل الثالث من الباب التمهيدى " والخاص بالأحكام العامة لتقسيم الأشياء والأموال، حيث نص فى المادة 1/81 منه على أنه " كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية " وكذلك نصت المادة 1/83 انه " يعتبر ما لا عقاريًا كل حق عيني يقع على العقار بما فى ذلك حق الملكية....".

وجاء نص المادة (825) من القانون المدني المصري مبينًا الماهية القانونية للملكية الشائعة حيث نصت على انه " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئًا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع" .[1]

ثالثا: تعريف الملكية الشائعة في القانون السوري.

ووفقا للمفهوم الوارد في القانون المدني السوري فان الملكية الشائعة هي: "التي يكون فيها الشيء مملوكًا لعدة أشخاص دون أن تكون حصتهم مفرزة، وإنما تتحدد الحصة في الحق ذاته إما رمزيًا و إما بصورة حسابية، ومن ثم فإن الشيء محلّ الملكية الشائعة يظلّ غير منقسم، في حين أن حق الملكية ذاته هو الذي يقسم بين المالكين على الشيوع بحيث يكون لكلّ منهم نصيب معين فيه كالربع أو النصف " . [2]

ويتضح من هذه التعاريف بأن الملكية الشائعة هي التي يتعدد فيها الملاك للشيء الواحد من غير أن يخصص لكل منهم جزء متساو معين منه، وإنما تكون له حصة شائعة في المال كله يرمز إليها بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث أو الربع أو بنسبة معينة من أصل اعتبار المال الشائع ، كما أن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة وله الحق بالانتفاع بها واستغلالها شرط أن لا يضر بشركائه الآخرين، كما له الحق في

---

[1] أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع و التصرف فيه، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، ص 11.

[2] خالد سلطي نواف السنجلاوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، كلية الحقوق، سنة2013/2012، ص 41.

التصرف بها بجميع أنواع التصرفات القانونية كالبيع والرهن والوصية والهبة ولا يحتاج إلى موافقة بقية الشركاء لأنه يملك حق الرقبة والمنفعة كقاعدة عامة .

الفرع الثالث: مصادر الملكية الشائعة.

مصادر الشيوع هي أسباب كسب الملكية، فكل سبب يؤدي إلى كسب الملكية المفرزة يمكن أن ينشئ حالة الشيوع إذا اتصل في ذات الوقت بأكثر من شخص واحد.

أولا: منشأ الشيوع إرادي اختياري.

في هذه الحالة يكون الشخص مالكا على الشيوع بمحض إرادته (اختياريا) مثال ذلك: كأن يشتري أربعة أشخاص عقارا على الشيوع، فإن العقد يحدد غالبا حصة كل مشتري فيه إما صراحة وإما ضمنا بنسبة قدر ما دفعه من ثمن، فإذا دفع أحدهم نصف الثمن والآخران كلمنهما الربع كانت حصة الأول نصف الدار وحصة كل من الشريكين الربع[1].

ثانيا: منشأ الشيوع عن طريق تصرف قانوني صادر من الغير

قد يكون منشأ الشيوع عملا (تصرفا) قانونيا صادرا من الغير الذي نقل الملكية الشائعة إلى عدة أشخاص، كمن يوصي بماله لأشخاص متعددين دون أن يحدد قدر الموصي به لكل منهم كانت حصصهم متساوية، وكان لكل الموصى لهم في هذا الفرض الثلث شائعا في العقار الموصي به لهم فالأصل أن تحسب الحصص متساوية إلا إذا قام الدليل على العكس[2].

ثالثا: منشأ الشيوع عن طريق واقعة مادية (الإرث).

يعتبر الميراث من أهم أسباب كسب الملكية الشائعة، وأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين فتنتقل إليهم أموالهم الشائعة[3]، وتحدد حصة كل وارث في أموال التركة بنسبة نصيبه في الميراث.

---

[1] محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 2004، ص 155.

[2] زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة نشر، ص 152.

[3] محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق، ص 156.

رابعا: حالات أخرى لكسب الملكية الشائعة .

إضافة إلى الحالات السالفة الذكر قد تنشأ الملكية الشائعة بطرق أخرى هي: الاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم، فإذا استولى عدة أشخاص على عقار، أو إذا تملك أكثر من واحد بحكم الالتصاق ببناء الذي أقامه الغير على أرضهم، أو طالب أكثر من واحد بالشفعة بما له من هذا الحق ينشأ الشيوع في هذه الحالات[1].

ومن هذا القبيل أيضا اكتساب الملكية الشائعة بمرور الزمن، فالنصيب الشائع كالنصيب المفرز يصح أن يكون محلا لأن يستولي عليه واضع اليد على وجه التخصيص والانفراد، كاغتصاب اثنين لعقار بوضع يديهما بصورة شائعة، فتمضي المدة المقررة قانونا للاكتساب القانوني للملكية دون معارضة المالك، و في هذا الإطار صدر القرار المؤرخ في 2000/07/30 تحت رقم 275480 .

" و بتكريس حق المطعون ضده في الحيازة التي تحولت من الشيوع إلى حيازة على إنفراد دون تبيان و إبراز الوسائل التي تحولت بموجبها هذه الحيازة يعد قصورا في الأسباب".[2]

وبذلك يكفي أن يستعمل واضع اليد استعمال الشريك على الشيوع فينقلب وضع يده إلى ملكية شائعة بمرور الزمن.

المطلب الثاني: الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي.

تعد الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، فهي سلطة شرعية يقررها القانون لشخص معين بالذات " وهو المالك " ، على شيء معين بالذات ، وهو" العين المملوكة "بحيث يكون للمالك في هذه الحالة سلطة استعمال هذه العين واستغلالها والتصرف بها، وبشرط عدم استعمال الملك استعمالا تحرمه القوانين والنصوص الشرعية، وتعد حالة الشيوع في

[1]) زهدي يكن، الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، المرجع السابق، ص 152.

[2]) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 85.

الملكية الشائعة ملكية استثنائية شرعًا تحكمها أحكام خاصة وتنتهي بالقسمة الرضائية أو القضائية [1].

والملكية في اصطلاح الفقهاء، اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقًا لتصرفه فيه، وحاجزًا عن تصرف غيره فيه، فالشيء يكون مملوكًا ولا يكون مرقوقًا إلاّ ويكون مملوكًا، فهي تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن اخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة[2] .

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة في الفقه الإسلامي.

ينظر الحنفيه للملك على انه ما يصح تملكه شرعا من كل شيء، و كل ما يمكن حيازتة و إحرازة وينتفع به عاده إذا توافر عنصران: إمكان الحيازة والإحراز، فلا يعد مالا ما لا يمكن حيازته كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة، وإمكان الانتفاع به عادة فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلا، كلحم الميت والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعا لا يعتد به عادة عند الناس [3].

ويرى جمهور الفقهاء أن يكون الشئ له قيمة بين الناس، وهذه القيمة تثبت بوجوب الضمان على من أتلفه سواء أكانت قليلة أم كثيرة، وأن يكون الشئ له قيمة بين الناس وهذه القيمة تثبت بوجهان: كأن يكون الشيء قد أباح الشارع الحكيم الانتفاع به في حال السعة والاختيار، كالحيوانات والعقارات، أما إذا كان الشارع الحكيم قد حرم الانتفاع به وبالضمان على من أتلفه سواء أكانت قليله أم كثيرة كالخمر ولحم الخنزير.

ويقول ابن الشاطئ عن الملك، تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين والمنفعة ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة .

---

[1] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج2، معهد البحوث و الدراسات العربية، طبعة 1968، ص 14.

[2] الناهي صلاح الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية ذاته، دراسة موازنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين المدنية الوضعية عامة و العربية خاصة، شركة الطبع و النشر الأهلية، 1961، ص 52.

[3] علي الخفيف، نفس المرجع ، ص 18.

وقد عرفه محمد بن عرفة بقوله الملك استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما لا بنيابة[1] .

عرفه تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي وهو من فقهاء الشافعية بقوله " أنه أمر معنوي وإن شئت قلت حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك) "

وقد ورد ذكر " الملك " في العديد من الآيات القرآنية، قال تعالى: " الم يروا أنا خلقنا لهم، مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون"[2]، وقوله تعالى: "ولله ملك السموات والأرض" . وقوله عز وجل: " قل اللهم مالك الملك"[3].

وتشير هذه المعاني إلى أن حق الملكية هو حق مطلق للشخص يمنحه التصرف فيه دون قيود بشرط عدم الإضرار بالأخرى، حيث وضع سبحانه وتعالى العديد من التكاليف التي أوجب فيها على العباد الامتناع عن إتيان ما يخالفها ومن هذه التكاليف استعمال المالك لملكه بما لا يضر بالآخرين لقوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام "، ومنها أيضًا أدارة الملك والانتفاع به بالشكل الصحيح والتصرف به وفق ما آمر الله - سبحانه وتعالى - وخاصة إذا تعلق به حقوق للغير كالإرث مثلا.

و هناك علاقة قوية ما بين الإنسان والمال في موضوع الملكية، حيث يستطيع الإنسان الانتفاع به بالعين أو المنفعة أو من خلال أخذ العوض عنهما في حالات محددة جاءت في الشريعة الإسلامية، وبالتالي تمنح الملكية الشخص حق التصرف به بما لا يضر بمصلحة الآخرين.

أما الشيوع فهو عند الحنفية شركة الملك وهي صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما، وهو عند المالكية الجزء غير المعين، أو هو غير المتميز على حدة[4] .

---

[1]) خالد سلطي نواف السنجلاوي، المرجع السابق، ص 48.

[2]) سورة النور، الأية 42.

[3]) سورة أل عمران، الأية 26.

[4] خالد سلطي نواف السنجلاوي، نفس المرجع، ص 49.

و تتحقق الملكية للشخص في التصرف في هذا الملك دون الإضرار بالشركاء الآخرين، حيث لا يجوز له إتلافه أو تغييره أو التصرف في هذا المال متجاوزًا حدود الاستعمال والانتفاع
المسموح فيها.

الفرع الثاني: أحكام الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي.

الملكية الخاصة وهي ما كانت لفرد أو لمجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك فيما بينهم، وتخول صاحبها الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها، كتملك الإنسان للمسكن والمركب، عن أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي(ص) قال في حجة الوداع: فإن دماءكم وأموالكم ، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا"[1] .

والمال المملوك للغير قد يكون مالا مفرزًا، أو مالا مشاعًا، وفي كلتا الحالتين يعد صاحب المال مالكًا له ملكية تامة، حيث أن صاحب الأرض المفرزة هو المالك الوحيد لها وهو حر التصرف بها بالبيع أو الاستغلال أو الاستئثار أو غيرها من التصرفات المشروعة، والشريك على الشيوع تكون حصته الشائعة التي يملكها تنتشر وتتفرق في كل جزء من أجزاء المال الشائع، والشيوع قد يكون قائمًا على الرضا والاتفاق كالبيع والشراء والشركة والوقف والوصية وقد يكون جبريًا كالميراث والاختلاط الاضطراري[2].

لقد قيدت الشريعة الإسلامية تصرفات الشريك في الأموال المملوكة له ولغيره فيما يسمى بالملكية الشائعة ، ووضعت العديد من الأحكام التي تخضع لها هذه الملكية سواء تعلق الأمر بتصرف الشريك تصرفًا منفردًا في حصته الشائعة أو في حصة مفرزة أو في كامل الحصص الشائعة .

وجاء في صحيح البخاري، حدثني محمود حدثنا عبد الرزاق أخبرنا معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر رضي الله عنه: " جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة " .

---

[1] أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، طبعة 1977، ص 138.

[2] البدراوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسبها، الطبعة الثالثة، مطبعة الكيلاني، سنة 1968، ص 118.

وجاء كذلك، حدثنا محمد بن محبوب حدثنا عبد الواحد،حدثنا معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة.

وقيل في أرض المشترك أنه حدثنا علي بن خشرم، حدثنا عيسى بن يونس، عن سعيد، عن قتادة، عن سليمان اليشكر، عن جابر بن عبد الله، أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال" من كان له شريك في حائط، فلا يبيع نصيبه من ذلك حتى يعرضه على شريكه "[1].

[1] النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000، ص 12.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة و تمييزها عما أنواع الملكية الأخرى.

طبيعة حق الشريك على الشيوع (تكييف الملكية الشائعة) و تمييز الملكية الشائعة هل هي ملكية فردية أم ملكية جماعية، تساؤلات، للإجابة عنها قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، إذ سنتطرق في المطلب الأول إلى الطبيعة القانونية للملكية الشائعة، و سنخصص المطلب الثاني لتمييزها عن أنواع الملكية الأخرى.

المطلب الأول: طبيعة القانونية للملكية الشائعة.

ويقصد بالحصة الشائعة في الملكية نصيب الشريك في مجموع المال المشاع مع امتداد ذهب الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه و تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت خلافا للوضع العادي للملكية، أدى إلى خلاف فقهي حول طبيعة حق الشريك على الشيوع و الذي أدى بدوره الى ظهور آراء حول هذه المسألة[1]، و هذا ما سنراه في الفرع الأول و الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاتجاه الأول.

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين ، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقا شخصيا مع بقية الشركاء، يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء كالثلث أو الربع، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة، حتى إذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق.

ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية، فاتجهوا إلى القول بأن الملكية في حالة الشيوع

[1] عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني،الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2001، ص237.

تكـون لمجمـوع الشـركاء المشـتاعين باعتبـار هـذا المجمـوع وحـدة قائمـة بـذاتها ومسـتقلة عـن الشركاء، وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة[1].

ولكـن هـذا التكييـف لحـق الشـريك المشـتاع لا يسـتجيب إلـى الواقـع ولا يسـتقيم مـع أحكـام القـانون الوضـعي، فمـن ناحيـة نجـد أن للشـريك المشـتاع سـلطات تـرد مباشـرة علـى الشـيء الشـائع لا يمكـن معهـا اعتبـار حقـه مجـرد حـق شخصـي قبـل بقيـة الشـركاء أو قبـل الوحـدة المتمثلـة فـيهم، ومـن ناحيـة أخـرى لا يمكـن القـول بـأن الملكيـة تثبـت للوحـدة المتمثلـة فـي مجمـوع المشـتاعين إذ الحقـوق فـي قانوننـا الوضـعي لا تثبـت إلا للأشـخاص[2]، ومـن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

الفرع الثاني: الإتجاه الثاني.

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك المشتاع حقًا عينيًا من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة في القانون، وبالتالي فإن السلطة التي يقرها القانون لشخص معين على شيء مادي معين يمّكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به دون الحاجة إلى وساطة شخص أخر لا تتوافق بشكل كامل مع المفهوم الذي يطرحه أصحاب هذا الرأي، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن اعتبار الشيوع صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك فمن يكون إذا هو مالك الشيء الشائع؟[3].

لهـذا كـان الـرأي السـائد فـي الفقـه التقليـدي والفقـه الحـديث علـى السـواء أن حـق الشـريك المشـتاع هـو حـق ملكيـة، فملكيـة الشـيء الشـائع يتعـدد فيهـا المـلاك، أمـا الشـيء وهـو محـل هـذه الملكيـة فـلا يتجـزأ، أي أن الملكيـة تنقسـم إلـى ملكيـات متعـددة بقـدر عـدد الشـركاء،

---

[1] همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدية، مصر، دون طبعة، سنة 2006، ص 253.

[2] مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، دار الفتح للطباعة و النشر،مصر، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 74.

[3] أنـور طلبـة، المطـول فـي شـرح القـانون المـدني، الجـزء الحـادي عشـر، المكتـب الجـامعي الحـديث، الأزاريطـة، الإسكندرية، سنة 2004، ص344.

بينما لا يكون هناك تقسيم مادي للشيء ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعه وإن كان محددا بقدر حصته وهذا هو التكييف السليم[1] .

والملكية في الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

كما يوجد آراء أخرى، كالرأي القائل أن كل شريك في الملكية الشائعة مجرد دائن بحق شخصي، ولا يتعدى هذا الحق وجود رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بها المدين بإعطاء شئ أو نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، و الرأي القائل أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق فهو يشتمل على جميع عناصر حق الملكية فالمالك المشتاع له سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف وكل ما في الأمر أن حق الملكية الواردة على الشيء الشائع له أصحاب متعددون خلافًا للملكية العادية المفرزة حيث يثبت فيها حق الملكية لمالك واحد[2].

و المشرع الجزائري أخذ بالرأي الثاني أي أن حق الشريك في المال الشائع هو حق عيني من نوع خاص، إذ نصت ا المادة 714 /1من ق م ج على ما يلي " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...." .

كقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/04/08، ملف رقم 39490، المجلة القضائية سنة 1991، العدد الثالث، ص 09 والذي جاء فيه، من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجرى قسمة لتحديد ما إذا وقع

---

[1] حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 1998، ص 155.

[2] أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 348.

الجـزء المبيـع فـي حصـتها، فـإن قضـاة الموضـوع بابطـالهم البيـع وطـرد المشـتري وتعـويض المدعي عليها خرقوا القانون[1].

المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية.

بعـدما تطرقنـا إلـى تعريـف الملكيـة الشـائعة وطبيعتهـا، كـان لزامـا علينـا أن نميزهـا عـن مـا يشـابهها عـن غيرهـا مـن أنـواع الملكيـة، فـاعتبر المشـرع الجزائـري أن حـق الشـريك حـق ملكيـة، والملكيـة أنـواع فهنـاك الملكيـة الفرديـة والملكيـة الجماعيـة، خصصـنا هـذا المطلـب لتمييـز الملكيـة عمـا يشـابهها مـن أمـلاك واقتصـرنا الدراسـة فقـط علـى تمييـز الملكيـة الشـائعة عـن الملكية المفرزة وذلك كفرع أول وتمييزها عن الملكية المشتركة كفرع ثاني.

الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة.

الأصـل فـي الملكيـة أن تثبـت للشـخص الواحـد علـى الشـيء، فيقـال لهـا ملكيـة مفـرزة ولكنها قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء، فيقال لها ملكية شائعة.

والملكيـة الشـائعة هـي التـي تكـون لأكثـر مـن شـخص علـى شـيء بحيـث يكـون لكـل مـنهم الحـق فـي حصـة تنسـب إلـى الشـيء فـي مجموعـه كالنصـف أو الربـع، فحـق الشـريك في الشيوع يرد على الشيء بنسبة حصته فيه.

أمـــا الملكيـة المفـرزة فهـي التـي يملـك فيهـا الشـــخص الشـيء دون أن يشـــــارك أحد فيه.

وعليـه فالـذي يميـز الملكيـة الشـائعة عـن الملكيـة المفـرزة أن الحصـة التـي يملكهـا الشريك المشتاع تكون شائعة في الشيء كله فلا تتركز في جانب منه بالذات[2].

الملكيـة الشـائعة هـي التـي يتعـدد فيهـا مـلاك الشـيء بحيـث يملـك كـل مـنهم حصـة حسـابية غيـر مفـرزة فـي هـذا الشـيء، أمـا الملكيـة المفـرزة وهـي أن ينفـرد الشـخص لملكيـة الشيء الواحد لا يشاركه في ذلك أحد.

---

[1] عمر بن سعيد ، المرجع السابق، ص 237.

[2] زهدي يكن، قانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة، المرجع السابق، ص 333.

نظـرا لأن الشـيوع لا يكـون إلا فـي الحـق الواحـد، فإنـه لا يقـوم بـين المالـك وصـاحب الانتفـاع أو الاسـتعمال وذلـك فـي حالـة نـزول المالـك للغيـر عـن حقـه فـي الاسـتغلال كلـه أو بعضه فحق الملكية هنا ليس مشتركا بين المالك وبينهما .

يجـوز للمالـك اسـتعمال المـال واسـتغلاله والتصـرف فيـه بقـدر حصـته إن كـان شـائعا، وفـي كـل المـال إن كـان مفـرزا[1]، لأن اسـتعمال المالـك للمـال الشـائع قـد يترتـب عليـه إضـرار لباقي الشركاء، وبالتالي فهو مقيد بحقوق الآخرين.

إن المالـك فـي الشـيوع يتعـين نصـيبه معنويـا فـي الشـيء الشـائع ولا يتعـين ماديـا، حيـث أن الشـيء الشـائع مملـوك كلـه لعـدة أشـخاص، وعليـه فـإن حـق الملكيـة هـو الـذي ينقسـم بيـنهم فلكـل مـنهم نصـيب غيـر معـين كالنصـف والثلـث والربـع، أمـا الشـيء ذاتـه فـلا ينقسـم حتـى ولـو كـان قـابلا للانقسـام بخـلاف مـا هـو موجـود فـي الملكيـة المفـرزة، فالمالـك فيهـا يتعـين نصـيبه ماديا لعدم تعدد الملاك.

و فيمـا يخـص انقضـائهما فالملكيـة المفـرزة تنقضـي بعـدة أسـباب: كـالبيع والهبـة والميراث، أما الشيوع بالإضافة لهذه الأسباب ينقضي بسبب آخر وهو القسمة.

علـى أن الملكيـة الشـائعة وإن تميـزت عـن المفـرزة، لكنهمـا مـن طبيعـة واحـدة، فكلاهمـا ملكيـة فرديـة، لأن المالـك فـي الملكيـة المفـرزة هـو شـخص واحـد سـواء كـان شخصـا طبيعيـا أم شخصـا اعتباريـا، وإن كـان يملـك الشـيء كلـه، كمـا أن المالـك علـى الشـيوع هـو شـخص واحـد سـواء كـان شخصـا طبيعيـا أم شخصـا اعتباريـا، وإن كـان يملـك حصـة فـي الشيء، ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص[2].

وإذا كانـت الملكيـة الشـائعة كثيـرة الـذيوع فـي مجـال العمـل، فإنهـا مـع ذلـك ليسـت بالنظـام المفيـد مـن الناحيـة الاقتصـادية، وذلـك بـالنظر للقيـود الواجـب أن يتقيـد بهـا كـل شـريك علـى الشـيوع ممـا يغـل التصـرف بالإضـافة إلـى أن نظـام الشـيوع بحـد ذاتـه نظـام مؤقـت سينتهي في وقت من الأوقات[3].

---

[1] أحمد محمود الخليل، المرجع السابق، ص 14.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 722.

[3] محمد حسن قاسم، حق الملكية في ذاته، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2005، ص115.

وأن المشرع بسبب الأضرار الناتجة عن الشيوع لا يرحب به، ولهذا جعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي بطلب القسمة في أي وقت وحق طلب القسمة من الحقوق المطلقة التي يعود للمالك حق إجرائها في أي وقت يختاره ولا يجوز التنازل عن هذا الحق مقدما إلا لمدة مؤقتة محدودة تشجيعا للعودة إلى النظام العادي وهو الملكية المفرزة[1] .

الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة .

يراد بالملكية المشتركة ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب، بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا ويطلق عليه باللغة الأجنبية propriété collective فهي ملكية واحدة لكل الشركاء.

و هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، و التي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العمارات كالأسطح و الأفنية و الصاعد.

و تطبق على هذا النوع من الملكيات أحكام و قواعد الشيوع الإجباري، فلا يجوز المطالبة بقسمتها عملا بنص المادة 747من القانون المدني" لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم".

و هو ما تبنته المحكمة العليا في القرار رقم 76.988 المؤرخ في 1991/07/10، المجلة القضائية 1992، عدد 03 ص 35:(من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد).....[2]

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 723.

[2] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 14.

فالملكيـة الشـائعة تختلـف عـن الملكيـة المشـتركة لأن هـذه الأخيـرة لا يمكـن أن تنشـأ إلا بـإرادة الأفـراد أي باتفـاقهم، فـي حـين أن الملكيـة الشـائعة يمكـن أن تنشـأ علـى الـرغم مـن الشركاء كما هي الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلا.

ومتـى قـدم كـل الشـريك فـي الملكيـة المشـتركة نصـيبه فقـد حقـه العينـي عليـه لينتقـل إلـى الجماعـة، ويتحـول حقـه إلـى مجـرد حـق شخصـي فـي اسـتغلال الشـيء وفـي الحصـول علـى نصـيب مـن الأربـاح الناشـئة عنـه، و لا يعـود للشـريك حقـه العينـي إلا بعـد قسـمة الأمـوال نتيجـة تصـفية الشـركة، بخـلاف الحـال فـي الشـيوع حيـث يعتبـر الشـريك وارثـا أي صـاحب حـق عينـي على الشيء[1].

و منه الفرق بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة.

*الملكية الشائعة هي ملكية فردية والملكية المشتركة هي ملكية جماعية.

*الملكيـة الشـائعة لا تنشـأ بـإرادة الأفـراد وإنمـا رغمـا عـنهم كـالميراث، أمـا الملكيـة المشـتركة لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي بالاتفاق بينهم .

*الملكيـة الشـائعة يعتبـر الشـريك فيهـا مالـك أي صـاحب حـق عينـي، أمـا الملكيـة المشـتركة فالشـريك فيهـا فقـد حقـه العينـي كمالـك فـردي لينتقـل إلـى الجماعـة وينشـأ لـه حـق شخصـي فـي الحصـول علـى الأربـاح ولا يعـود لـه حقـه العينـي كمالـك إلا بعـد التصـفية الشـيوع يسـتلزم تماثـل حقـوق المـلاك المتعـددين علـى نفـس الشـئ لـذلك لا يوجـد شـيوع فـي الحكـر لان الملكيـة لشـخص والآخـر لـه حـق الحكـر فقـط وهنـا الحقـان مختلفـان فالشـيوع يجـب تماثـل حقـوق الطـرفين كملاك[2].

وفقـا للمـادة 713 فالملكيـة الشـائعة هـي حـق ملكيـة بحيـث تخـول الفقـرة الأولـى مـن المـادة 714 للمالـك علـى الشـيوع السـلطات الـثلاث الاسـتعمال والاسـتغلال والتصـرف، فهـي تعتبـر وضـعا وسـطا بـين الملكيـة المفـرزة والتـي هـي لشـخص واحـد، والملكيـة الجماعيـة هـي لجماعـة مـن النـاس مجتمعـين لأن الحصـة التـي يملكهـا الشـريك فـي الشـيوع شـائعة فـي كـل المـال لا تتركـز فـي جانـب منـه بالـذات، وهـذا مـا يميـز الملكيـة الشـائعة عـن الملكيـة المفـرزة، كمـا أن

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 253.

[2] مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 76.

الشـيء المملـوك فـي الشـيوع لا يملكـه الشـركاء مجتمعـين بـل يملـك كـل شـريك حصـة فيـه وهـذا مـا يميـز الملكيـة الشـائعة عـن الملكيـة الجماعيـة، ولكـن الملكيـة الشـائعة فـي الواقـع ملكيـة فرديـة طبقـا للفقـرة الأولـى مـن المـادة 714 وليسـت ملكيـة جماعيـة لأن كـل شـريك فـي الشـيوع يملـك حصـته ملكـا تامـا، فالملكيـة الفرديـة قـد تكـون مفـرزة وهـي صـورتها العاديـة وقـد تكـون شـائعة وهي صورة استثنائية ومؤقتة لها.

الفصل الثاني:
تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

الفصل الثاني: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع.

الحصة الشائعة هي النطاق المعنوي لحق المالك على الشيوع، وهي ليست حصة عادية يسهل التصرف فيها، خاصة بوجود شركاء آخرين يتمتعون بنفس الحقوق على نفس المحل، مما يجعل التساؤل قائما حوله، و تصرف الشريك على الشيوع في العقار الشائع، قد لا يقتصر على الحصة الشائعة فقط وإنما يتعداها، لينصب على جزء محدد منه، أو عليه كله، ولما كان حق الشريك على الشيوع لا ينصب إلا على حصة معنوية رمزية، فإن تصرفه هذا يطرح إشكالات عديدة بشأن هذا التصرف.

وفق ما يتطلبه تحليل مختلف التساؤلات المطروحة، وتماشيا مع منهج الدراسة المتبعة في الفصل الأول، نعمد إلى تقسيم هذا الفصل أيضا إلى مبحثين:

المبحث الأول : تصرف الشريك على الشيوع في حصتة الشائعة من العقار الشائع.

المبحث الثاني : تصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز من العقار الشائع أو في العقار الشائع كله.

المبحث الأول: تصرف الشريك على الشيوع في حصته الشائعة من العقار الشائع.

من خلال نص المادة 714من القانون المدني الجزائري والتي تقر بأن الشريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها[1] .... فإنه يمكن للشريك منفردا بأن يتصرف في حصته بتصرفات قانونية، وعليه توجب علينا حصر التصرفات القانونية التي يحق للشريك القيام بها وحكمها هذا ما سنتناوله في المطلب الأول، ثم التطرق إلى أثار التصرف من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار الشائع.

كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة، لذلك فله أن يتصرف فيها بكافة التصرفات القانونية ولا يقتصر الأمر على تصرف معين، فله أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات، فيقرر حقوقاً عينية أصلية كانت أم تبعية، بعوض أو بدون عوض ، طالما كان تصرفه لا يمس بحقوق باقي الشركاء،[2] و هذا ما سنتناوله في الفرع الأول و الثاني.

الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية العقارية.

ويقصد بالتصرفات الناقلة للملكية، تلك التي تنقل المال من ملكية شخص إلى ملكية أخر ومنها ما يصدر عن إرادتين كعقد البيع والهبة والمقايضة ومنها ما يصدر من جانب واحد كالوصية[3] .

أولا: حكم بيع الحصة الشائعة.

بيع الشريك للعقار الشائع لا يقيده سوى عدم الإضرار بباقي الشركاء سواء انصب هذا البيع على المال المنقول أو العقار وسواء كان العقار قابل للقسمة أم لا، ولا يهم الشخص الذي صدر إليه التصرف فقد يكون أحد الشركاء أو مجموعة منهم أو أجنبي عن الشركاء [4].

وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها، ومن بينها القرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 الذي جاء فيه أنه :" من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع

---

[1] المادة 714 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 89.

[3] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية،المرجع السابق، ص 31.

[4] بوعيشاوي وحيدة، النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة يحي فارس، المدية،سنة 2012/2011 ص 7.

يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال-أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطاؤا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

ثانيا: حكم المقايضة بالحصة الشائعة.

تنص المادة 415 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه " [2].

من خلال نص المادة السابقة نستنتج أن أحكام عقد المقايضة تسري عليها أحكام عقد البيع بموجب الإحالة الواردة في هذه المادة.

ثالثا: حكم هبة الحصة الشائعة.

هبة المال الشائع فقد عرفت المادة 202 الهبة من قانون الأسرة الجزائري على أن: " الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط للموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط "[3] .

ونستنتج من خلال هذا النص أن الهبة قد تكون بلا عوض أو بعوض كاشتراط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين[4].

---

[1] المجلة القضائية للغرفة العقارية، المحكمة العليا، سنة 1990، العدد الثاني، ص 12.

[2] المادة 415 من الأمر 58/75 المتضمن القانون الدني الجزائري.

[3] المادة 202 من القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بلأمر02/05، المؤرخ في 27 أفريل 2005، ج،ر عدد 15.

[4] حمدي كمال، المواريث، الهبة، الوصية، منشأة المعارف، طبعة 1998، ص 170.

وقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد هذه القيود بطلت الهبة "[1].

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع ربط صحة هبة المال الشائع بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط، ولأن الحيازة لا يمكن أن تتحقق في هبة المال الشائع إلا أنّ المشرع الجزائري تدارك الوضع[2]، ونص في المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجا أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ".

رابعا: حكم الوصية بالحصة الشائعة.

فقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية على أنها " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "[3].

فالمشرع لم يشترط في الوصية أي شرط يتعارض مع الشيوع بل اعتبرها كالميراث، متى كانت في حدود الثلث، وما تجاوز الثلث توقف على إجازة باقي الورثة، ومتى تمت الوصية وتوفي الموصي حل الموصى له محله وأصبح شريكا في حدود الحصة التي إنتقلت [4].

خامسا: حكم وقف الحصة الشائع.

يعتبر الوقف تصرف غير ناقل للملكية فبالرجوع إلى نص المادة 3/11 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والمعدل والمتمم التي تنص على أنه: " ويصح وقف المال الشائع و في هذه الحالة يتعين القسمة "[5].

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع اشترط شرط لصحة وقف العقار الشائع وهو قسمة العقار الشائع وهذا يتعارض مع نص المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص

---

[1] المادة 206 من القانون 11/84 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة ماجستير، سنة 2005/2004، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، ص 20.

[3] المادة 208، 184 من نفس القانون.

[4] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 16.

[5] المادة 3/11 من القانون 10/91، المؤرخ في27 أفريل 1991، المتعلق بلأوقاف، الصادر بتاريخ 08 ماي 1991، المعدل و المتمم بالقانون 10/02، المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، ج،ر عدد 21.

على: " يجب أن يكون المال المحبوس مملوكا للواقف معينا، خاليا من النزاع ولو كان مشاعا" فالمشرع هنا اشترط خلو المال الموقوف من النزاع فقط، ولحل هذا الإشكال وجب تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي أجازت الوقف فيما لا يقبل القسمة في الحالة التي يكون فيها المال أسهما في شركات الأموال أو جزء من عين مخصصة لمنفعة الجهة التي يراد الوقف عليها حيث نصت المادة على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[1].

بالإضافة إلى المادة 02 من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: " على غرار مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه"[2].

ومنه فإن وقف الحصة الشائعة لا يجوز إلاّ في المشاع القابل للقسمة، إذا كان لغير مسجد أو مقبرة، وفي بعض الحالات إذا يكون غير قابل للقسمة إذا كان أسهما في شركات الأموال، أو جزءا من عين مخصصة لمنفعة الجهة التي يراد القف عليها.

أما التصرفات الأخرى فهي صحيحة نافذة 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 بانقضاءها حق الشركاء الآخرين في طلب الشفعة أو الاسترداد[3] .

يترتب على هذا التصرف أثره وفقا للقواعد العامة، فإذا كانت الحصة شائعة في عقار، وجب التسجيل حتى ينتقل الحق العقاري المتصرف فيه إلى المتصرف .

الفرع الثاني: التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة.

عرف الحق العينى بأنه: سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تخوله استعماله و استغلاله والتصرف فيه تحت حماية القانون.

فالحق العيني فيه خصائص الحق عامة، من الاستئثار لشخص معين بالحق إذا كان الحق مفرزاً أو لمجموعة من الأشخاص إذا كان شائعاً، ويمتاز الحق العيني بأنه يمنح سلطات مباشرة

[1] المادة 216، 222، من القانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة.

[2] المادة 02 من القانون 10/91، المتعلق بالأوقاف.

[3] مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 25 .

لصاحب الحق على محل الحق أي علاقة قانونية قائمة مباشرة بين الشخص ومحل الحق الشيء فلا حاجة للشخص لاستئذان أحد أو لوساطة أحد لمباشرة سلطاته ، وتنقسم حسب مصدرها إلى حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية[1] .

أولا: الحقوق العينية الأصلية.

فالحق العيني الأصلي سلطة مباشرة يقدرها القانون لشخص معين على شخص معين بذاته فتكون له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه دون الحاجة إلى واسطة وهي حق الانتفاع و الارتفاق[2].

أ- حق الانتفاع: هو حق عيني بمقتضاه يكون للشخص أن يستعمل ملك غيره ويستغله عقارا كان أو منقولا، للمالك على الشيوع أن يرتب حق الانتفاع على حصته الشائعة فتصبح أعمال الإدارة المعتادة في يد المنتفع تسري عليه أحكام الإدارة المعتادة في علاقته بالشيء وباقي الشركاء، فإذا انقضت مدة الانتفاع قبل القسمة، عاد الشيء إلى مالكه وأصبحت له كل السلطات، أما إذا انقضى الشيوع قبل انتهاء مدة الانتفاع كأن تجري القسمة ووقع جزء من العقار الشائع في نصيب الشريك صاحب الرقبة فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء وفق قاعدة الحلول العيني[3] .

ب- حق الارتفاق: حسب نص المادة 867 من القانون المدني الجزائري فالارتفاق هو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على العقار إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا العقار، وعلى ضوئها عرفه الفقهاء بأنه: "الحق الذي يتقرر قانونا وشرعا، وتترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين، على عقار آخر يتحمل عبأ المنفعة أو الارتفاق" .

ومن هذا التعريف يتجلى، أن حق الارتفاق يتطلب مباشرة صاحبه لأعمال مادية تتطلب عقارا مفرزا، مما يجعل طبيعة الشيوع مستعصية عليه، كما أنه يتحمل به العقار الخادم كله لصالح العقار المخدوم، ولا تكفي حصة معنوية لترتيبه، لذا يكون من غير الممكن، وغير الجائز ترتيب حق الارتفاق على الحصة الشائعة[4].

---

[1] مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 132.

[2] محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، سنة2004 ص 171

[3]عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 846.

[4] عمار علوي، مرجع سابق، ص 188.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية.

الحقوق العينية التبعية لا تنشأ لذاتها بل تنشأ تبعاً لوجود حق آخر هو المديونية، فهي تبعية وليست أصلية، حيث تأتى لضمان الوفاء بهذا الحق وتتبعه وجوداً وعدماً، فهي ليست مقصودة لذاتها وهي حق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحق الامتياز[1].

أ- حق الامتياز: فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله فيكون له حق إمتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا، بما يتبقى له من الثمن .

ب- حق الاختصاص: يجوز أن يرتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة، إذا كان قد إستوفي الشروط المقررة قانونا مكان الشريك كذلك أن يرهن حصته الشائعة كلها أو بعضها رهنا رسميا أو رهنا حيازيا[2].

ج- الرهن الرسمي: أما الرهن الرسمي فيمكن لصاحب الحصة الشائعة في عقار أن يرهنها رهنا رسميا وذلك ضمانا لدين سواء كان في ذمته أو في ذمة الغير ، حيث يكون كفيلا عينيا، وهذا ما نصت عليه المادة 2/890: " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار.... " [3].

د- الرهن الحيازي: يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذا في حق الغير، فالحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلا للحيازة، كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يعهد بالمال الشائع إلى أحد الشركاء فيحوزه بالنسبة لحصة الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن، أو أن يوضع المال الشائع كله في حيازة الدائن المرتهن فيحوزه بصفته دائنا مرتهنا بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة وبصفته مديرا للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص، وقد يكون المال الشائع مقسوما قسمة مهايأة بين الشركاء، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة [4].

يعد رهن الشريك لحصته الشائعة سواء رهنا رسميا أو رهنا حيازيا صحيحا ونافذا في مواجهة باقي الشركاء دون انتظار للقسمة، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن كان للدائن المرتهن أن ينفذ

---

[1] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، المرجع السابق، ص 344.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 530 .

[3] المادة 2/890 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[4] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 134.

بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبرا ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكا في الشيوع، أما إذا تمت القسمة قبل حلول أجل الدين المضمون بالحق العيني التبعي، فإنها إذا أوقعت في نصيب الشريك المتصرف جزءا مفرزا من ذات العين السابق تقرير حق عيني تبعي على حصته الشائعة فيها، فان الحق العيني للدائن الممتاز يستقر على ما آل مفرزا بالقسمة، أما إذا أوقعت في نصيبه أعيان غير التي ورد عليها الحق العيني التبعي انتقل الحق العيني التبعي إلى قدر من الأعيان مما آل للشريك المتقاسم يعادل قيمة العين التي سبق وأن تقرر عليها الحق العيني التبعي في حال الشيوع، وذلك على أساس الحلول العيني[1].

وقد نصت على هذا الحكم بالنسبة للرهن الرسمي المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري 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 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 إنتقل 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"[2]، ويصح بطرق القياس أن ينطبق حكمها أيضا على الرهن الحيازي ، إنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون العين الأخرى التي وقعت في نصيب الشريك الراهن قابلة لأن يرد عليها الرهن الذي سبق تقريره، وإذا لم يختص الراهن في القسمة إلا بمقولات فإن الرهن الرسمي ينعدم أثره ولا ينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذه المنقولات إذ هي لا تصلح محلا للرهن الرسمي الدائن المرتهن يتعلق بهذا المبلغ، فإذا كان حق مستحق الأداء استوفاه بالأولوية من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته، أما إذا لم يكن كذلك إنتقل الرهن إلى هذا المبلغ، أي يخصص المبلغ لضمان دين الدائن المرتهن[3].

---

[1] بو عيشاوي وحيدة، المرجع السابق، ص 68.

[2] المادة 2/890 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3] عمار علوي، مرجع سابق، ص 193.

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار الشائع.

باعتبار تصرف الشريك في حصته الشائعة صحيحا، فهذا يقضي ترتيب آثار قانونية أهمها حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة و هذا ما سنراه في الفرع الأول، و كذا حقهم في ممارسة رخصة الشفعة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة.

وضع المشرع نظاماً لاسترداد الحصة الشائعة في المنقول أو في المجموع من المال إذا ما بيعت الحصة لأجنبي عن الشركاء، تجنباً للمضايقات والمنازعات التي قد تثار بمناسبة دخول أجنبي عن الشركاء في الانتفاع والتصرف في العقار الشائع.

للشريك في الشيوع للعقار الشائع أن يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه[1].

أولا: شروط الاسترداد

أ-الشروط الخاصة بنوع التصرف القانوني الجائز فيه الاسترداد: قصر المشرع هذا الحق على بيع الحصة الشائعة و يمنع ذلك عند انتقال الملكية بناء على سبب أخر، كالوصية، أو عقد الهبة، و يشترط أن يكون البيع صحيحا و حقيقيا، و يلزم أن يكون البيع قد تم بالممارسة، أي المساومة الحرة، و على ذلك لا يجوز الاسترداد إذا تم البيع بالمزاد العلني[2].

ب-الشروط الخاصة بمحل التصرف القانوني: وفقا لنص المادة 721 من القانون المدني الجزائري يشترط أن يكون البيع واردا على حصة شائعة في منقول أو في مجموعة الأموال و يخرج بالتالي عن مجال الاسترداد التصرف الصادر في حصة شائعة في عقار، حيث يتعين إعمال قواعد الشفعة إلا أنه كاستثناء يجوز ذلك إذا كانت لهذه المجموعة كيان مستقل عن عناصر الأموال الداخلة فيها كالتركة، المتجر الذي يتكون من عناصر معنوية و مادية[3].

---

[1] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 138.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2004 ، ص 95.

[3] وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة ماجيستر، جامعة منتوري قسنطينة، 200/2007، المرجع السابق، ص 22.

ج- الشروط الخاصة بطرفي التصرف القانوني الجائز فيه الاسترداد: يشترط أن يصدر بيع الحصة الشائعة من جانب صاحبها، و إلا فلا ينفذ في مواجهته أو غيره من الشركاء.

و يلزم أن يتم البيع لأجنبي، لتحقق الحكمة من الاسترداد و هي تجنب ضرر الشركاء من دخول أجنبي في الشيوع.

د- الشروط الخاصة بصاحب الحق في المطالبة بالاسترداد: عند قيام أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة، فإن أي شريك أخر لهذا المال له الحق في المطالبة بالاسترداد، و يشترط المطالبة باسترداد الحصة الشائعة المبيعة بكاملها[1] .

ثانيا: إجراءات الاسترداد.

إذا اجتمعت الشروط السابقة انفتح أمام الشريك أو الشركاء باب الاسترداد، وثبت له هذا الحق لمدة ثلاثين يوماً يبدأ حسابها من تاريخ علمه بالبيع لأجنبي أو من تاريخ إعلانه به من المشترى أو البائع أو هما معاً، ويثبت هذا الحق لكل شريك ، سواء كان شريكاً أصليا أم شريكاً طارئاً (مشترى لاحق أو وارث).

فإن استقر رأيه على الاسترداد فعليه أن يوجه إعلاناً بذلك للطرفين البائع والمشترى يوضح فيه جدياً استقراره على أخذ الحصة الشائعة المبيعة بالاسترداد بالسعر المعلن به أو المباع به، ويتم الاسترداد بهذا الإعلان دون حاجة لدعوى أو حكماً قضائياً إن تم الاسترداد رضاءاً .

فإن لم يتم الاسترداد رضاءاً فله أن يرفع دعوى الاسترداد في أي وقت إلى أن تتم القسمة ويختصم البائع والمشترى في كل مراحل الدعوى لكن لا يتسلم الحصة المباعة فعلاً إلا من تاريخ تعويضه المشترى عن كل ما أنفقه على الحصة المستردة، والتعويض لا يقتصر على الثمن المدفوع فحسب بل يشمل أيضاً النفقات التي أنفقها المشتري عليها حتى ما قبل الإعلان بالاسترداد، فإن عوض المشترى عن كل ذلك حل محله في جميع حقوقه والتزاماته.

فإن تعدد طالبي استرداد الحصة الشائعة وثبت الحق لكل منه، تقسم الحصة بينهم بنسبة حصة كل منهم في المنقول أو المجموع من المال، ولا يكون الاسترداد إلا في كل الحصة الشائعة المبيعة حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى، ولن يتحقق الهدف من الاسترداد بتجنب شريك أجنبي إذا استرد جزء من المبيع فحسب، فسيظل المشترى الأجنبي شريكاً للمسترد أيضا[2].

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص 96،97.

[2] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، مرجع سابق، 355.

أمّا بالنسبة لرفع دعوى ثبوت الحق في الاسترداد فإذا صادف الشريك المتمسك بالاسترداد منازعة أو معارضة سواء من جانب البائع أو المشتري لم يكن أمامه إلا رفع دعوى قضائية بطلب ثبوت حقه في الاسترداد و إلزام آل من البائع و المشتري بتسليم الحصة المبيعة[1].

و المشرع لم يحدد مدة زمنية لرفعها، على عكس الحال بالأخذ بالشفعة، جاز رفعها في أي وقت قبل تمام قسمة الشيء الشائع ما لم يسقط الحق في رفعها بالتقادم، و لما كان المسترد يحل بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من حقوق و عليه من التزامات و يعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد بالإضافة إلى توجيهها إلى المشتري الذي يراد الحلول محله مع الالتزام بدفع ما أنفقه مع وجوب توجيه المسترد الإعلان بالرغبة في الاسترداد لكل من البائع و المشتري[2].

و هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة، و يجب اختصام البائع و المشتري فيها في كافة مراحل التقاضي، بما فيها مرحلة الطعن بالنقض[3].

ثالثا: آثار الاسترداد.

يترتب على الاسترداد حلول الشريك المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه، كالثمن و فوائده، و مصاريف البيع و نفقات المبيع، و يكون للمسترد الحق في الثمار التي حصلها المشتري منذ البيع، فلا يكون المسترد خلفا للمشتري، بل هو خلف للبائع يتلقى منه الحصة المبيعة مباشرة، و لا يعتبر الاسترداد بيعا جديدا من المشتري إلى المسترد، وإنما يبقى العقد الأصلي[4].

الفرع الثاني: حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة.

الشفعة هي رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشترى في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها، و بالتالي فهي تقوم على مكنه يستطيع بها الشفيع أخذ العقار المبيع رغماً عن البائع والمشترى أو أيهما وذلك باستصدار حكماً قضائياً بالحلول محل المشترى، إذ لم يسلم له الأمر رضاء، والشفعة تفترض وجود تصرف قانوني قد وقع فعلاً ألا وهو البيع، وأنه انصب على عقار

---

[1] حسن كيرة، المرجع السابق ص 129.

[2] حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة2012 ص38.

[3] خالد سلطي نواف السنجلاوي، مرجع سابق، ص 53.

[4] حسن كيرة، نفس مرجع ، ص 148.

وليس على منقول، كما أن هناك واقعة مادية حيث وجد شخص في مركز قانوني معين يسمح له بالتقدم لطلب الشفعة وفقاً لإجراءات محددة في القانون[1].

كما أن المشرع الجزائري قرر حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار الشائع عن طريق الشفعة و ذلك من خلال نص المادة 795 من القانون المدني علي أنه: " يثبت حق الشفعة و ذلك 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 إلي أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها" [2].

أولا: الحكمة من تقرير حق الشفعة.

الحكمة من تقريرها دفع المضار تطبيقاً لمبدأ لا ضرر ولا ضرار فالبائع إذا عقد العزم على بيع عقاره فلا مانع لديه من البيع لأي شخص يقدم له أعلى سعر، فالأصل أن شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار في البيع، فلا ضرر من أن يبيع للشفيع مادام سيدفع ذات السعر، فإن أبى رضاء ذلك فيمكن إجباره الأمر بحلول الشفيع جبراً محل المشترى[3].

ثانيا: طبيعة حق الشفعة .

الشفعة ليست بحق شخصي ولا بحق عيني، بل هي سبب لاكتساب ملكية العقار، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار، كحق انتفاع أو حق رقبة و الفرق واضح بين الحق نفسه وبين أسباب كسبه[4].

والشفعة كسبب لكسب الملكية في العقارات تقوم على واقعة مركبة اقترن فيها الصلة المادية بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية بتصرف قانوني تمثل في بيع العقار المشفوع فيه، وبإعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة بعد توافر مركز قانوني في حقه يسمح له طلب الشفعة [5].

الشفعة رخصة تولدت للشفيع بوجوده في مركز قانوني يسمح له بطلبها، وهى تخول الشفيع الحق في أن يتملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، فالشفيع ليس له حق الملك، بل له الحق في

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 553.

[2] المادة 795 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني.

[3] محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة 2007، ص 35.

[4] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 299.

[5] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، مرجع سابق، 358.

أن يتملك بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن تمت له الشفعة فيتحول حقه إلى ملكية العقار المبيع بحلوله محل المشترى.

والشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع لا يستطيع دائنوه أن يستعملوها نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة، كما يجوز له أن يتنازل عنها صراحة أو ضمنا، قبل ثبوت حقه فيها أو بعد ذلك .

للشريك على الشيوع الحق في طلب الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي، فقد رأينا في الملكية الشائعة أنه يحق للشريك على الشيوع التصرف بالبيع في حصته كلها أو بعضها شائعة لأجنبي عن الشركاء، وللشريك في الشيوع الحق في دفع مضار الاضطرار للاشتراك مع أجنبي، كما أن جمع الملكية الشائعة في يد شخص واحد من الشركاء أو تقليل عدد الشركاء في العقار يؤدى لحسن استغلال المال، ويجنبنا مشاكل الشيوع والقسمة.

لذا فسواء بيعت الحصة الشائعة كلها أو بعضها لأجنبي عن الشركاء، فيحق للشركاء جميعا أو لبعضهم أن يطلب الشفعة فيما بيع لأجنبي، لأنه شريك في كل ذرة من ذرات المال الشائع[1] .

ثالثا: شروط حق الشفعة و إجراءاتها.

أ- شروط حق الشفعة:

حتى يمكن للشريك في الشيوع أن يسترد الحصة الشائعة محل التصرف بالبيع عن طريق الشفعة لابد من توافر الشروط التالية:

* أن يكون هناك عقار شائع [2].
* أن يكون التصرف بالبيع منصبا علي حصته شائعة [3].
* أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي [4].
* أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع وقت صدور التصرف

1) وهاب عياد، المرجع السابق، ص43.

2) 3) 4) بودي محمد حسن، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، سنة 2004،ص 186

* أن يكون التصرف بيعا (من البيوع المنصوص عليها في المادة 798من القانون المدني الجزائري [1].

ب-إجراءات الشفعة.

***إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.**

إن إجراءات الشفعة تفتتح عادة بالإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع ويطلب إليه فيه إبداء رغبته و هو ما نصت عليه المادة 799 من القانون مدني علي أنه: " علي من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويضاف إلي ذلك على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضي الأمر ذلك".

كما أن المادة 800 من القانون المدني حددت البيانات التي يجب أن يتضمنها الإنذار الذي يوجهه البائع و المشتري إلى من له الحق في ذلك، وإلا أعتبر باطلا، و ذلك بنصها علي مايلي: "يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 علي البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية و شروط البيع و إسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".

كما يكون عدد إنذارات بعدد الشفعاء، و في حالة انعدام الإنذار، فإن الشفيع له الحق في الإعلان عن حقه في الشفعة خلال سنة من شهر عقد البيع[2].

و بمجرد توصل الشفيع بالإنذار، أو بعلمه بشهر عقد البيع كما ذكرنا فإنه على الشفيع الإعلان عن رغبته في شكل محرر رسمي تحت طائلة البطلان و لا يكون دي أثر للغير إلا من يوم شهر المحرر، ملف 76678 قرار مؤرخ في 91/12/24 الشفعة – يشترط لصحتها – تسجيل الطلب و إشهاده و كان من الثابت في قضية الحال – أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة، طبقوا صحيحا القانون و متى كان ذلك استوجب الرفض.

---

1) الماد 798 من الامر 58/75 المنتظم من القانون الجزائري.

[2] حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 49.

من المقرر قانونا أن تبليغ هذا الإعلان لا يكون صحيحا إلا إذا لم يتم لأحد الأشخاص المذكورين بنص المادة 23 من ق.إ.م، و لما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على خرق المادة 23 المشار إليها أعلاه، في غير محله.

وكذلك الملف 190693 المؤرخ في 99/10/27 و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلمته عن طريق المحضر في 95/12/16 ثم رفعت دعوى الشفعة في 95/12/25، و عليه فإن حقها في الشفعة لم يسقط، و لما أقر قضاة الموضوع عكس ذلك أخطاؤا .

أما الحالة الثانية فهي رفع دعوى خلال نفس الآجل شريطة إيداع ثمن المبيع و المصاريف بيد الموثق قبل رفعها طبقا ل م 801 ق م[1].

أما في حالة عدم إنذاره رسميا و إشهار البيع، فله إعلان رغبته خلال أجل سنة من وقت شهر البيع، أما إذا لم ينذر و لم يشهر البيع له 15 سنة بالتقادم من تاريخ إتمام البيع.

كما أن الشفعة في عقار مشاع لا تخضع لإجراءات المرسوم 76-63 لاسيما في مادته 85 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وهذا ما أشار إليه القرار رقم 194437 المؤرخ في 2000/04/26.

و لما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلا لأنها لم تشهر دعواها طبقا للمادة 85 من المرسوم المشار إليه أعلاه، فإن قضاة الموضوع أخطاؤا في تطبيق القانون، لأن أحكام هذه المادة تخضع الدعاوى القضائية الرامية إلى إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها على مستوى الحفظ العقاري و الحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و من أختها، تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه لنقض. و الشفعة تدخل ضمن أعمال التصرف، و بالتالي يتطلب في الشفيع الأهلية لرفع الدعوى ضد المشتري و البائع، و أن يكون أطرافها الثلاثة أمام جميع درجات التقاضي و إلا قضت المحكمة بعدم قبولها[2].

---

[1] عمر بن سعيد، مرجع سابق، ص 258.

[2] حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 80.

***رفع دعوى الشفعة .**

بعد استيفاء الإجراءات السابقة من قبل الشفيع يجب عليه أن يقوم برفع دعوى الشفعة علي النحو الذي نصت عليه المادة 802 من القانون المدني: " يجب رفع دعوي الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

رابعا: الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة.

تستمد كل دعوى طبيعتها من الحق الذي تحميه، ذلك لأن لكل حق دعوى تحميه تستمد منه طبيعتها فإذا كان الحق شخصيا، كانت الدعوى شخصية، و إذا كان الحق عينيا عقاريا كانت الدعوى عينية عقارية والشفعة، كما يراها بعض الفقه إذا ليست حقا وإنما رخصة، أي خيار ترد علي العقار، فتنقل ملكيته إلي الشفيع، و بالتالي فهي سببا من أسباب كسب الملكية، يثبت الحق فيها بتوافر شروط حددها القانون إذا التزم الشفيع بالإجراءات والمواعيد المقررة، وإلا سقط الحق فيها[1].

وطالما أن دعوى الشفعة تهدف إلي حماية الحق في استرداد العقار محل التصرف بالبيع إلي أجنبي، فإنه يمكننا القول بأنها دعوي عينية عقارية متى اختارها الشفيع.

خامسا: المحكمة المختصة في النظر في دعوى الشفعة.

يؤول الاختصاص للنظر في دعوى الشفعة إلي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة، وهذا إعمالا بنص المادة 802 من القانون المدني الجزائري وكذلك تطبيقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية، وباعتبارها تحمي حق عقاري عيني فإنه يجب أن ترفع أمام القسم العقاري بالمحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة[2].

المبحث الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع أو في كل العقار الشائع.

تصرف الشريك على الشيوع في العقار الشائع، قد لا يقتصر على الحصة الشائعة فقط وإنما يتعداها، لينصب على جزء محدد منه، أو عليه كله، ولما كان حق الشريك على الشيوع لا ينصب إلا

---

[1] بوعيشاوي وحيدة ، مرجع سابق، ص 65.

[2] المادة 802 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني الجزائري.

على حصة معنوية رمزية، فإن تصرفه هذا يطرح إشكالات عديدة بشأن حكم هذا التصرف و النتائج المترتبة عنه[1].

و لهذا عمدنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تضمن المطلب الأول تصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز من العقار الشائع، أما المطلب الثاني فخصصناه لتصرف الشريك على الشيوع في العقار الشائع كله.

المطلب الأول: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

هناك عدة آراء في إجازة تصرف الشريك في حصته المفر زه، حيث ذهب رأي إلى اعتباره تصرف في ملك الغير وبالتالي لا يكون نافذًا في مواجهة الشركاء الآخرين ، وذهب رأي ثان إلى القول باعتباره صحيحًا ولكنه موقوف على نتيجة القسمة المتعلقة بهذا العقار، فان تمت إجراءات القسمة وخرج الجزء الذي تصرف به الشريك من حصته فليس هناك مشكلة وان خرج ذلك الجزء في حصة الآخرين فيعطي حكم بيع ملك الغير، أما الرأي الثالث فيعتبر التصرف صحيحًا ولكنه موقوف على إجازة بقية الشركاء، و هذا ما تبناه المشرع الجزائري إذ اعتبر، تصرف الشريك على الشيوع منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع يكون صحيحا نافذا في حق الغير، ومنتجا لكل آثاره القانونية، إذا أذن به سائر الشركاء أو الذين يملكون منهم ثلاثة أرباع العقار الشائع[2] حسب ما أكدته المادة 720 من التقنين المدني الجزائري، والتي تنص على أنه" :للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يقرروا التصرف فيه، إذا استندوا في ذلك إلى أدلة قوية.." ([3]).

أما إذا لم يأذنوا به فإنه يتعين التفرقة بين حالة جهل و علم المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع و ذلك قبل و بعد القسمة [4].

لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول تصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة ، و الفرع الثاني تصرف الشريك على الشيوع في جزء من العقار الشائع بعد القسمة.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 870.

[2] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 89.

[3] المادة 720 من الأمر 58/75 ، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[4] عبد الوهاب عرفة، قسمة و إدارة واستعمال المال الشائع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، ص 81.

الفرع الأول: حكم التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة.

تنص المادة 2/714 من التقنين المدني الجزائري على أنه: " و إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"[1] .

لم يتطرق المشرع حكم التصرف قبل أن القسمة و اقتصرت على أن تبيين هذا الحكم بعد القسمة فوجب إذن أن نطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة، و عند التصرف بالبيع يكون الشريك قد باع ما يملك و هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز، و ما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء، و لما كان يختلف حكم هذا التصرف فيما بين المتعاقدين عنه بالنسبة لباقي الشركاء و جب تبيان كل منهم [2].

أولا: حكم التصرف فيما بين المتعاقدين.

يكون صحيحا و ذلك على أساس أنه تصرف صادر من مالك فحق الشريك في الشيوع حق ملكية يرد على العين الشائعة جميعها و بالتالي لا يعتبر تصرف في ملك الغير و قد يتصرف الشريك في جزء مفرز إلى شخص يجهل أن المتصرف يملك نصيبه على الشيوع و لا يملك العين محل التصرف مفرزة، هنا يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع على أساس الغلط حيث أنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة، أمّا إذا كان يعلم بأن البائع يملك حصة شائعة فلا يجوز له طلب الإبطال على أساس الغلط أو صدور البيع من غير مالك، و لا يجوز للشريك البائع طلب إبطال البيع استنادا إلى حالة الشيوع.

و قد يتصرف الشريك في جزء مفرز إلى شخص يعلم أن البائع مالك لهذا الجزء على الشيوع، ويتم الإتفاق بينهما معلقا على شرط واقف هو إجراء القسمة، و وقوع ذلك الجزء في نصيب المتصرف فإذا تحقق الشرط آل الجزء المبيع للبائع نتيجة القسمة أنتج التصرف أثاره بأثر رجعي، و إن لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف كأنه لم يكن[3].

---

[1] المادة 714 من الأمر 58/75 ، المتضمن القانون المدني الجزائري

[2] عمار علوي، مرجع سابق، ص 125.

[3] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 124.

و إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع تصرفا صحيحا صادرا من مالك، فمقتضى ذلك أنه لا يصح اعتباره سببا صحيحا يصلح لإكساب المتصرف إليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العيني عليه بمقتضى الحيازة أو التقادم القصير، ذلك أن السبب الصحيح هو ذلك التصرف الصادر من غير صاحب الحق و الذي من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحبه، و بناء على ذلك لا يجوز لمشتري جزء مفرز في عقار من أحد الشركاء أن يدعي اكتساب ملكية هذا الجزء إذا كان حسن النية، يمضي خمس سنوات على حيازته إياه استنادا على أن عقد البيع الصادر له من الشريك البائع يعتبر سببا صحيحا يؤهل لإكتساب الملكية بالتقادم القصير[1].

ثانيا: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء.

فالأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع و لو كان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في الشيوع، فالشريك و إن كان مالكا إلاّ أن ملكيته قبل القسمة لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع، و إنما هي ملكية في كل جزئيات هذا المال و يشاركه فيها باقي الشركاء[2].

وإذا كان تصرف لشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفا صحيحا فيما بين طرفيه، إلاّ أن حماية حقوق باقي الشركاء تقتضي القول بأنه رغم صحة التصرف في العلاقة بين طرفيه إلاّ أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء ويترتب على عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء النتائج التالية:

- لا يعتبر المشتري، حتى و لو سجل عقده قبل تسجيل القسمة، شريكا في العقار الشائع، و لا يكون له أي حق من حقوق الشركاء[3].

- لا يجوز للمشتري للقدر المفرز في العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة، و لو كان عقده مسجلا، إلاّ برضاء باقي الشركاء[4].

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الملكية العقارية، البستاني للطباعة، طبعة 1990، ص 125.

[2] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 181.

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 130.

[4] عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 81.

- لا يجوز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له و لو كان عقده مسجلا[1].

- لا يلزم تمثيل المشتري في القسمة، بل يظل الشريك المتصرف وحده صاحب الحق في طلب القسمة، و يجب اختصامه في دعواه، و لا يقبل تدخل المتصرف إليه فيها بصفته متقاسما، حتى و لو سجل عقده قبل القسمة[2].

- يجوز للشركاء رفع دعوى استحقاق على المتصرف و المتصرف إليه، أو للاعتراف لهم و تأكيد بحقهم على الشيوع في هذه الحصة.

- يمكن للشركاء أن يجيزوا تصرف الشريك الشائع، هنا تأخذ الإجازة حكم القسمة، ما لم تقترن الإجازة بتحفظ قبول المتصرف إليه كمجرد شريك على الشيوع محل الشريك المتصرف.

- ليس للمتصرف إليه أو المشتري حق الاشتراك في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه، بل تكون العبرة برأي الشريك المتصرف عند احتساب الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو التصرف إذا لا زالت صفة الشريك باقية له لم تنتقل إلى المتصرف إليه[3].

- ليس للمتصرف إليه أو المشتري الحق في طلب إبطال القسمة،أو لا يقبل تدخله في دعوى القسمة بوصفه متقاسما، بل يبقى هذا الحق للشريك المتصرف.

- للشركاء بإجماعهم أو أغلبيتهم المقررة مالكو ثلاثة أرباع الشيء الشائع التصرف في الشيء أو في جزء مفرز على تقدير عدم وجود التصرف الصادر من الشريك المتصرف[4].

لكن إذا كان المتصرف إليه حسن النية يظن وقت التصرف أن الجزء المفرز مملوك للمتصرف وحده، ثم حاز هذا الجزء فله قانونا أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند

---

[1] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 142.

[2] نفس المرجع و الصفحة.

[3] همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 304.

[4] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 133.

الملكية و بالتقادم القصير المدة 10 سنوات ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات.

و إذا حصل أن خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب، كالبيع أو الهبة أو الميراث، استقر الأمر لمن صدر له التصرف وأمن التعرض من جانب الغير.

الفرع الثاني: التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة.

هنا يجب التمييز بين حالتين علم و جهل المشتري أن البائع لا يملك العقار المتصرف فيه (المبيع) مفرزا.

أولا: جهل المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع.

كون المشتري يجهل أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع يكون على إحدى الصورتين : أولهما أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في نصيب البائع، والثانية أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في غير نصيبه ، ولذا سنميز بين الصورتين كما يلي:

أ- الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع.

وفي هذه الصورة يتحقق اعتقاد المشتري، و بذلك يخلص له الجزء المشترى بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية من تسجيل و شهر بالمحافظة العقاري حينها لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد للغلط حتى ولو لم يجزه، ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد علي الوجه الذي قصد إليه المشترين[1]، وذلك ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها أنه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علي وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"[2]، ويبقي بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ العقد.

وبذلك نقول إنه في هذه الفرضية، وهي التي يقع فيها الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك على الشيوع البائع بعد القسمة، أن الأمر لا يطرح أي إشكال وذلك بتحقق الهدف

---

[1] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 145.

[2] المادة 85 من الأمر 58/75 ، المتضمن القانون المدني الجزائري

من العقد بإمكانية تنفيذه بنقل ملكية الجزء المبيع و كذلك تسليمه للمشتري، الذي لا يستطيع أن يحتج بالغلط لأجل إبطال العقد.

ب- الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع.

إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع من العقار الشائع في نصيب الشريك على الشيوع(البائع) بعد القسمة، فإن اعتقاد المشتري بأن الشريك على الشيوع يملك هذا الجزء مفرزا لم يتحقق، وبالتالي يجوز له إبطال العقد للغلط طبقا للقواعد العامة علي النحو الذي رأيناه سلفا .غير أن بعض الفقه يرى بأنه إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك على الشيوع البائع بعد القسمة، فإن المشتري لا يجبر علي قبول الجزء الآخر الذي وقع في نصيب البائع، ومن ثم طلب فسخ البيع، أو إبطاله علي أساس أنه صدر من غير مالك، وتطبق في ذلك أحكام بيع ملك الغير[1] غير أن المادة 714 من القانون المدني الجزائري في فقرة الثانية تعطي للمشتري الخيار في قبول البيع إذا أجازه، وبالتالي ينتقل حقه إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بأثر رجعي، أي يعتبر مالكا له من وقت البيع لا من وقت القسمة كما له أن يطالب بإبطال البيع بسبب الغلط الجوهري الذي وقع فيه نتيجة اعتقاده بأن الشريك على الشيوع (البائع) يملك الجزء المبيع مفرزا[(2)].

ونخلص إلى أنه إذا كان المشتري يجهل أن الشريك على الشيوع البائع يمتلك الجزء المبيع شائعا، واعتقد بأنه يملكه مفرزا، فإنه يكون له الحق في إبطال البيع لوقوعه في غلط جوهري في صفة المبيع، وأنه لو علم به لما أقدم علي التعاقد أي الشراء ويجب عليه لإبطال البيع أن يطالب به قبل القسمة، لأنه بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع في نصيب الشريك على الشيوع (البائع)، فإن الملكية تخلص للمشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية طبقا لأحكام الشهر العقاري[(3)]، وبذلك يكون الشريك على الشيوع (البائع) قد نفذ العقد بتسليم المبيع و إتمام إجراءات نقل الملكية .

أما إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب الشريك على الشيوع (البائع)، فإن للمشتري أن يطلب إبطال البيع إذا لم يكن قد أجازه من قبل، كما يجوز له بعد القسمة، إجازة البيع

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 90.

[2] حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق ص 85.

[3] همام محمد محمود زهران، مرجع سابق ص 300.

ومن ثم لا يجوز له العودة إلي طلب إبطاله، ويتحول التصرف إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بعد الشهر بالمحافظة العقارية.

ويستثنى مما تقدم حالة الرهن الرسمي، فقد وضع المشرع بشأنه حكمًا خاصًا في المادة 2/890 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي آلت إلى الراهن بطريق القسمة، فوقوع أعيان أخرى في نصيب الراهن غير تلك التي رهنها، ووفقًا للنص المشار إليه، يؤدي إلى انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونًا في الأصل.

و قد رأى البعض أن المادة 2/890 من القانون المدني الواردة بشأن الرهن تعتبر تطبيقًا للمادة 2/714من نفس القانون في أحكام الشيوع ومكلمة لها ، وينصرف حكمها إلى جميع التصرفات، وبالتالي ينتقل عندهم حق المتصرف إليه إلى ما آل إلى المتصرف بطريق القسمة و لو كان في غير المال الشائع الذي تم التصرف في جزء منه، و هذا الرأي محل نظر لأن المادة 2/890 صريحة في أن ما آل إلى الراهن بالقسمة أعيان غير التي رهنها، بينما المادة 2/714 تحكم حالة ما إذا آل إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع غير ما تصرف فيه، بما يعني اختلاف نطاق كل من المادتين ، فإذا كانت المادة 2/714 استثناء كذلك في مجال الرهن الرسمي، / القواعد العامة ورد ضمن أحكام الشيوع، فإذا المادة 890 والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه [1].

وعدم انطباق الحكم الوارد بخوص الرهن المادة 2/890 بشأن غيره من التصرفات يدعمه في الواقع اختلاف الوضع في الحالتين، ذلك أن ما يهم الدائن المرتهن هو القيمة النقدية التي يعطيها الشيء باعتبار أن هذا هو ما يحقق الضمان الذي يتحقق أيا كان الشيء وفي أي موضع .

أما بالنسبة للحقوق الأخرى غير الرهن، كما إذا كان تصرف الشريك بالبيع مثلا، فإن ذاتية الشيء تكون محل اعتبار لدى المتصرف إليه، خلافًا للرهن، فما يهم الدائن المرتهن هو استيفاء حقه من عين أو أخرى[2]، ولهذا يفضل بقاء حكم المادة 2/890 مقصورًا على ما وردت بشأنه دون مدة إلى غير ذلك من التصرفات .

---

[1] تواتي سهيلة، إدارة أنواع الشيوع في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، سنة 2012/2011، ص 83.

[2] رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص543.

ثانيا: علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة.

في هذه الحالة يمكن أن يتحقق أحد الاحتمالين، أولهما أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك على الشيوع (البائع) وعندئذ لا يحدث أي إشكال، ذلك أن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص أو تتحقق للمشتري بإتمام إجراءات نقلها بشهره بالمحافظة العقارية، و الاحتمال الثاني ألا يقع في الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك على الشيوع البائع و إنما يقع في نصيب الشريك على الشيوع الآخر إذا كان العقار مملوكا في الشيوع لشريكين، في هذه الحالة الأصل أو القواعد العامة لا تجبر المشتري على قبول الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك على الشيوع (البائع) وهو الجزء الذي لم يكن محلا للبيع ومن حقه أن يطالب بفسخ البيع أو إبطاله باعتباره صادرا عن غير مالك، غير أن أحكام المادة 714 من القانون المدني الجزائري قررت حكما خاصا بذلك بقوله: "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 القسمة" [1].

ومعنى ذلك أن ملكية الجزء المفرز لم يكن محلا للبيع ووقع في نصيب البائع بعد القسمة تنتقل إلى المشتري، و يحل بذلك هذا الجزء المفرز حلولا عينيا محل الجزء المفرز الذي كان محلا للبيع و لم يقع في نصيب البائع وذلك تأسيسا على أن المشتري، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء مفرزا الذي تصرف فيه بالبيع،[2] يكون قد ارتضي مسبقا شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة،ويأخذ حكم البيع في هذه الحالة، حكم باقي التصرفات علي غرار الرهن الرسمي .

المطلب الثاني: تصرف الشريك في العقار الشائع كله.

قد يلجأ الشريك للتصرف في العقار الشائع كله دون تفويض مسبق من باقي الشركاء، فهو ليس وكيلاً عنهم ، ويحدث ذلك إما تعنتاً منه تجاههم أو لرغبته في الإنهاء المبكر الفردي للشيوع أو لأنه وجد الصفقة رابحة أو لغير ذلك.

---

[1] مخازني فايزة، مرجع سابق، ص 96،97.

[2] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 148.

و يقصد به تصرف الشريك في ما زاد عن حصته إلا أن هذا النوع من التصرف غير نافد و غير ناجز إلا في حدود حصته الشريك، و بحصول هذا الأمر يصبح المشتري شريكا في الشيوع وحكم هذا التصرف أنه يعد تصرفاً فى ملك الغير، و بالتالي لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين إلا إذا أقروه، فهو باطل في حقهم، ويحق لهم عدم الاعتداد به[1] .

أما بشأن مصير التصرف فيجب تبيان حكمه فيما بين المتعاقدين و في مواجهة باقي الشركاء.

الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع فيما بين المتعاقدين

و نميز هنا بين حالتين و هما:

أولا: جهل أن المشتري أن البائع لا يملك كل العقار الشائع.

للمشتري أن يطالب بإبطال البيع لوقوعه في غلط جوهري في محل البيع، أو أن يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة الخاصة بالشريك على الشيوع الآخر أو باقي الشركاء على أساس أن البائع باع ما يملك وما لا يملك، فهو باع ما يملك بالنسبة لحصته الشائعة و باع ما لا يملك بالنسبة لباقي الحصص الشائعة، وتأخذ حكم بيع ملك الغير[2].

المادة 397 من القانون المدني الجزائري قررت لمصلحة المشتري وحده حق طلب إبطال البيع إذا كان صادرا من غير مالك الشئ المبيع، و الأمر نفسه لو باع الشريك على الشيوع للعقار الشائع كله، فإنه يعتبر تصرفا في حصة الشريك على الشيوع الآخر[3]، وبذلك

يكون قد باع فيما يخص هذه الحصة ملك غيره وللمشتري حق المطالبة بإبطال البيع فيما يخص هذه الحصة على أساس بيع ملك الغير، و ليس للبائع أن يطالب بإبطال البيع على أساس أنه باع ملك غيره، لأن طلب الإبطال مقررا لمصلحة المشتري بنص القانون، ويذهب بعض الفقه إلى أن للبائع طلب إبطال البيع على أساس أنه وقع في غلط إذا كان

---

[1] خالد سلطي نواف السنجلاوي، مرجع سابق، ص 58.

[2] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 545.

[3] عمار علوي، مرجع سابق، ص 143.

يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له كما أن للمشتري أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر و من خسارة لحقت به، أو كسب فاته، وذلك بعد الحكم بإبطال البيع بشرط أن يكون حسن النية، بمعنى أن لا يكون وقت البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع، أما إذا كان يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ولا يسترد إلا الثمن دون أي تعويض ولا ما أنفقه في سبيل ذلك ويصح البيع إذا ما اكتسب البائع العقار المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية[1]، لأنه بذلك يتحقق الغرض من البيع، حتى وإن كان للمشتري طلب إبطال البيع فيما يخص حصة الشريك على الشيوع الآخر و يكون له ذلك إذا رفع دعواه قبل أن يكتسب البائع ملكية العقار كله.

ثانيا: علم المشتري أن البائع لا يملك العقار الشائع كله.

أمّا في هذه الحالة فلا مجال هنا لأعمال حكم المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري نظرا لأنها تتضمن خروجا على القواعد العامة التي تقتضي تطبيق أحكام بيع ملك الغير، باعتبار أن الجزء المفرز المتصرف فيه يخص الشركاء الآخرين بالنسبة لحصصهم الشائعة فيه، و من هنا فإن حكم هذه المادة ينحصر تطبيقا في الحالة التي تعرضت عليها، فيما يتعلق بالتصرف في جزء مفرز، ولا يجوز أن تتعداها إلى الحالة التي نحن بصددها و الخاصة بالتصرف في الشيء الشائع كله حيث أن القواعد العامة تعتبر أن مثل هذا التصرف قد ورد على ملك الغير، فيما يزيد عن النصيب الشائع للشريك المتصرف، و يكون هذا التصرف بالتالي قابلا للإبطال لمصلحة المشتري، دون المتصرف، أو باقي الشركاء، و يجوز له بالتالي وحده المطالبة بإبطال العقد فيما زاد عن الحصة الشائعة للشريك المتصرف[2].

*لكن إلى جانب ذلك يثور التساؤل عم إذا كان متاحا للمتصرف إليه التمسك بالإبطال على أساس أن المتصرف قد باع ملك الغير فيما يتجاوز حصته؟.

ذهب رأي إلى أن التصرف يعد صحيحا فيما بين أطرافه بحيث لا يجوز للمتصرف إليه التمسك بالإبطال على اعتبار أن حق الشريك المتصرف يرد على كل الشيء الشائع طوال فترة الشيوع، بحيث لا يجوز اعتباره متصرفا في ملك الغير شأنه شأن أي أجنبي عن العقار الشائع[3].

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 148.

[2] أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، طبعة 2004 ص 42.

[3] بوعيشاوي وحيدة، مرجع سابق، ص 64.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن للمتصرف الحق في التمسك بإبطال التصرف كله باعتباره صادرا عن غير مالك دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة[1].

بينما يذهب الرأي السائد إلى أن الشريك المتصرف يعد متصرفا فيما يجاوز حصته، أي فيما يتصل بحصص باقي الشركاء في ملك غيره و من ثم كان للمتصرف إليه حق التمسك بإبطال التصرف فيما يتجاوز الحصة الشائعة للمتصرف دون انتظار نتيجة القسمة و باعتبار أن المتصرف إليه هو من يقرر الإبطال لمصلحته، فإن له إجازة التصرف وإسقاط حقه في الإبطال، و يكون له انتظار نتيجة القسمة على سبق بيانه، أمّا إذا أسقط حقه في الإبطال ثم عارضه باقي الشركاء تمسكا منهم بعدم نفاذه اتجاههم، سواء أثناء الشيوع أو بعد القسمة، كان له الرجوع بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي على المتصرف بحسب الأحوال، كما أن له طلب الفسخ وفقا للقواعد العامة[2].

الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله في مواجهة باقي الشركاء.

البيع يكون نافذا في حق باقي الشركاء في حدود النصيب الشائع للشريك المتصرف، و يحل بالتالي المتصرف إليه محله فيه، من حيث السلطات المقررة لإدارة العقار الشائع و التصرف فيه، و يكون قي الشركاء أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ التصرف فيما زاد عن حصة الشريك.

و على ذلك فإن تصرف الشريك في العقار الشائع كله لا يعتبر تصرفا في ملك الغير، حيث أن حقه يرد على الشيء كله، ولذلك يعتبر هذا التصرف تصرفا صادرا عن مالك و لكن حقه في الملكية وفي التصرف مقيد بما لباقي الشركاء من حقوق مماثلة على ذات الشيء، و مقتضى كل ذلك أن هذا التصرف يكون صحيحا نافذا فيما بين المتعاقدين، و غير نافذ في حق باقي الشركاء[3] .

ومنه يترتب عن هذا التصرف جملة من النتائج نذكر منها مايلي:

- حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق وهذا لتأكيد واسترداد حقوقهم.
- حق الشركاء في رفع دعوى ثبوت الملكية و عدم نفاذ التصرف فيما زاد عن حصة الشريك.
- عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف لأنهم ليسوا طرافا فيه[4].

---

[1] تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص 88.

[2] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 102.

[3] جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 214.

[4] مخازني فايزة، مرجع سابق، ص 124 .

- حق الشركاء في إقرار التصرف بموجب المادة 720 من القانون المدني الجزائري[1].

و منه فإذا تصرف الشريك في الشيوع منفردا في العقار الشائع كله وكان المتصرف إليه (المشتري) يجهل أن المتصرف لا يملك العقار الشائع كله فله إما المطالبة بإبطال التصرف للوقوع في غلط في صفة جوهرية في محل البيع (الحصة التي تعود للمتصرف)، أو إبطال التصرف على أساس أنه صادر من غير مالك بالنسبة لحصص باقي الشركاء[2].

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أثناء التصرف أن المتصرف لا يملك العقار الشائع كله، فليس له إلا التمسك بفسخ التصرف.

[1] المادة 720 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] كامل رمضان جمال، أحكام بيع ملك الغير فقها و قضاءا، الطبعة الخامسة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، سنة 1995، ص 51.

الخاتمة

الخاتمة:

نخلص في نهاية هذه الدراسة أن حق الملكية ينطوي بوجه عام على سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفًا مطلقًا عينًا ومنفعة واستغلالا، إلا أنه وفي الحالة التي يتملك فيها اثنان أو أكثر شيئًا بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كل منهم متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك، وهو ما يعرف بالملكية الشائعة، التي تقوم على أسباب مختلفة ، منها ما هو اختياري كالبيع والحيازة والوصية والالتصاق والاستيلاء والشفعة حيث يكون هناك اتفاق بإرادة الأطراف، ومنها ما هو إجباري كالميراث، ومع اختلاف خاص، إذ نصت المادة 714 /1من ق م ج على ما يلي " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...." .

وفقا للمادة 713 فالملكية الشائعة هي حق ملكية بحيث تخول الفقرة الأولى من المادة 714 من القانون المدني الجزائري للمالك على الشيوع السلطات الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف فهي تعتبر وضعا وسطا بين الملكية المفرزة والتي هي لشخص واحد، والملكية الجماعية هي لجماعة من الناس مجتمعين، لأن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل العقار لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، كما أن الشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية.

كما رأينا أن التصرفات الصادرة عن الشريك تختلف أحكامها القانونية والفقهية وفقًا للتصرف ذاته أو لما يرد عليه من مصادقة أو اعتراض، فقد يكون تصرفا في كل العقار الشائع وهذا ما يزيد عن حصته ويكون تصرفه غير نافذ في مواجهة سائر الشركاء، إلاّ في حدود حصة الشريك المتصرف فقط، و يحق لباقي الشركاء أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم و عدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة .

أما إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل إليه المتصرف بطريق القسمة.

و للشريك على الشيوع كذلك أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني سواء أصلي أو تبعي، فله أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها، أو يرهنها، ويكون تصرفه على هذا النحو صحيحا، ونافذا في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم.

وكذلك للشريك في الشيوع الحق في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك أخر والمقصود بالاسترداد حق الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك أخر لأجنبي .

ومن هذا كله فقد سجلنا بعض الملاحظات والتوصيات و التي تتمثل:

- جمع النصوص القانونية الخاصة بالشيوع في قانون موحد، إذ نجدها موزعة في القانون المدني الجزائري، وقانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- المشرع الجزائري لم ينص صراحة في نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري على إجراءات القسمة الاتفاقية في حالة وجود قاصر بين الشركاء ولهذا نقترح تعديل هذه المادة.

- يجب تنظيم عملية الحلول العيني خاصة في غير الرهن الرسمي و الرهن الحيازي في باقي التصرفات القانونية، فلو باع الشريك جزءا مفرزا من جملة أراضي مملوكة على الشيوع وعند القسمة وقع في نصيبه جزء آخر فانه لا مانع من انتقال حق المشتري إلى هذا الجزء وتطبق نظرية الحلول العيني إذا كان الهدف من الشراء هو الحصول على المقابل النقدي عن طريق تأجيرها للغير.

- إن المشرع الجزائري لم يبين في نص المادة2/714 القانون المدني الجزائري على حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة ، لهذا على المشرع الجزائري تعديل هذه المادة ليبين لنا هذا الحكم.

- ونلاحظ أيضا في هذه المادة أن المشرع اقتصر فقط على حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، ولم يبين لنا حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع، وهذا ما يجعلنا نلجأ إلى اجتهادات الفقه لهذا نقترح على المشرع تعديل هذه المادة كلها لكي تصبح واضحة ومعممة.

وفي الأخير يمكننا القول أن المشرع الجزائري صحيح وضع أحكام القواعد نظمت الشيوع، إلا أنها غير كافية نظرا للمشاكل والنزاعات التي تنجم عنه، إلا أن المشرع وضع لهذه الأحكام ضمانا لحماية العقار الشائع وحقوق باقي الشركاء ألا وهي قسمة هذا المال .

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: الكتب.

1- الناهي صلاح الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية ذاته، دراسة موازنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين المدنية الوضعية عامة و العربية خاصة، شركة الطبع و النشر الأهلية، 1961.

2- البد راوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسبها، الطبعة الثالثة، مطبعة الكيلاني، سنة 1968

3- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج2، معهد البحوث و الدراسات العربية، طبعة 1968.

4- أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، طبعة 1977.

5- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الملكية العقارية، البستاني للطباعة، طبعة 1990.

6- كامل رمضان جمال، أحكام بيع ملك الغير فقها و قضاءا، الطبعة الخامسة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، سنة 1995.

7- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 1998.

8- حمدي كمال، المواريث، الهبة، الوصية، منشأة المعارف، طبعة 1998

9- النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000.

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(حق الملكية) الجزء الثامن،الجزء التاسع، الجزء الثاني عشر، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، سنة 2000

11- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، دار الفتح للطباعة و النشر، مصر، الطبعة الثانية، سنة 2000.

12- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2001.

13- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة2001.

14- عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني،الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2001 .

15-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية و الحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004

16- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2004.

17 -انور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، طبعة 2004

18- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة ، مطبعة جامعة القاهرة، سنة2004

19- بودي محمد حسن، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، سنة 2004.

20- محمد حسن قاسم، حق الملكية في ذاته، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2005.

21- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006.

22- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدية، مصر، دون طبعة، سنة 2006.

23- أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع و التصرف فيه، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007.

24- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة 2007.

25-عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، الطبعة الخامسة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009.

26- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، سنة 2012.

27- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز فى الملكية و الحقوق العينية التبعية، دون طبعة.

28- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي.

29- عبد الوهاب عرفة، قسمة و إدارة واستعمال المال الشائع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية.

30 - زهدي يكن، قانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان.

31- زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة نشر.

ثانيا: الرسائل الجامعية.

1- مخـازني فـايزة، تصـرف الشـريك فـي المـال الشـائع، مـذكرة ماجسـتير، جامعـة محمـد بوقرة، بومرداس، 2005/2004.

2- وهـاب عيـاد، تصـرف الشـريك فـي المـال الشـائع، مـذكرة ماجسـتير،جامعة منتـوري، قسنطينة، سنة 2008/2007.

3- بوعيشـاوي وحيـدة، النظـام القـانوني للملكيـة الشـائعة فـي التشـريع الجزائـري، مـذكرة ماستر، جامعة يحي فارس، المدية، سنة 2012/2011.

4- تـواتي سـهيلة، إدارة أنـواع الشـيوع فـي القـانون المـدني الجزائـري، مـذكرة ماجسـتير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، سنة 2012/2011.

5- خالـد سـلطي نـواف السـنجلاوي، تصـرف الشـريك فـي الملكيـة الشـائعة، مـذكرة ماجسـتير، القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، كلية الحقوق، سنة2013/2012.

ثالثا: القوانين.

1-الأمـر 58/75 المـؤرخ فـي 26 سـبتمبر 1975، المتضـمن القـانون المـدني الجزائـري، المعدل و المتمم بالأمر 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 78 .

2- القـانون 11/84 المـؤرخ فـي 09 جـوان 1984، المتضـمن قـانون الأسـرة، المعـدل و المتمم بلأمر02/05، المؤرخ في 27 أفريل 2005، ج،ر عدد 15.

3- القـانون 10/91، المـؤرخ فـي27 أفريـل 1991، المتعلـق بالأوقـاف، الصـادر بتـاريخ 08 مـاي 1991، المعـدل و المـتمم بالقـانون 10/02، المـؤرخ فـي 14 ديسـمبر 2002، ج،ر عدد 21.

الفهرس

الفهرس:

المقدمة..... أ
الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة..... 6
المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة..... 7
المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة في القانون الوضعي. 7
الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للملكية الشائعة..... 8
أولا: الملكية الشائعة لغة 8
ثانيا: الملكية الشائعة إصطلاحا..... 8
الفرع الثاني: التعريف القانوني للملكية الشائعة..... 9
أولا: تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري 9
ثانيا: تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني المصري..... 10
ثالثا: تعريف الملكية الشائعة في القانون السوري..... 10
الفرع الثالث: مصادر الملكية الشائعة..... 11
أولا: منشأ الشيوع إرادي اختياري..... 11
ثانيا: منشأ الشيوع عن طريق تصرف قانوني صادر من الغير 11
ثالثا: منشأ الشيوع عن طريق واقعة مادية (الإرث)..... 11
رابعا: حالات أخرى لكسب الملكية الشائعة 12
المطلب الثاني: الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي..... 12
الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة في الفقه الإسلامي..... 13
الفرع الثاني: أحكام الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي..... 15
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة و تمييزها عما أنواع الملكية الأخرى..... 17
المطلب الأول: طبيعة القانونية للملكية الشائعة..... 17
الفرع الأول: الاتجاه الأول..... 17
الفرع الثاني: الإتجاه الثاني..... 18
المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية..... 20
الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة..... 20
الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة 22
الفصل الثاني: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع..... 26
المبحث الأول: تصرف الشريك على الشيوع في حصتة الشائعة من العقار الشائع..... 27
المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار الشائع..... 27
الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية العقارية..... 27
أولا: حكم بيع الحصة الشائعة..... 27
ثانيا: حكم المقايضة بالحصة الشائعة. 28
ثالثا: حكم هبة الحصة الشائعة..... 28
رابعا: حكم الوصية بالحصة الشائعة..... 29
خامسا: حكم وقف الحصة الشائع..... 29
الفرع الثاني: التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة..... 30
أولا: الحقوق العينية الأصلية..... 31
ثانيا: الحقوق العينية التبعية. 32
المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار الشائع..... 34
الفرع الأول: حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة..... 34
أولا: شروط الاسترداد..... 34

ثانيا: إجراءات الاسترداد..... 35
ثالثا: آثار الاسترداد..... 36
الفرع الثاني: حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة..... 36
أولا: الحكمة من تقرير حق الشفعة..... 37
ثانيا: طبيعة حق الشفعة 37
ثالثا: شروط حق الشفعة و إجراءاتها. 38
رابعا: الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة..... 41
خامسا: المحكمة المختصة في النظر في دعوى الشفعة..... 41
المبحث الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع أو في كل العقار الشائع..... 41
المطلب الأول: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع..... 42
الفرع الأول: حكم التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة..... 43
أولا: حكم التصرف فيما بين المتعاقدين. 43
ثانيا: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء..... 44
الفرع الثاني: التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة..... 46
أولا: جهل المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع..... 46
ثانيا: علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة..... 49
المطلب الثاني: تصرف الشريك في العقار الشائع كله..... 49
الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع فيما بين المتعاقدين..... 50
أولا: جهل أن المشتري أن البائع لا يملك كل العقار الشائع..... 50
ثانيا: علم المشتري أن البائع لا يملك العقار الشائع كله. 51
الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله في مواجهة باقي الشركاء..... 52
الخاتمة..... 55
قائمة المراجع..... 59