الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة يحي فارس بالمدية
كلية الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر
تخصص: قانون عقاري

بعنوان:

حقوق و التزامات الشريك في العقار الشائع

من إعداد الطالبتين:
- مختاري سهيلة
- حاج احسن سمية

تحت إشراف الأستاذ:
قنفود رمضان

لجنة المناقشة المشكلة من :

أ/ خليل محمد .....رئيسا
أ/ قنفود رمضان .....مشرفا ومقررا
أ/ بوخرص نادية .....عضوا مناقشا

السنة الدراسية 2013 / 2014

شكر و تقدير

ففز بعلم تعش حيا به أبدا الناس موتى و أهل العلم أحياء

نحمد الله تعالى حمدا كثيرا ونشكره شكرا جزيلا لما منّ به علينا من إعانة و توفيق بأن أوصلنا إلى إنهاء هذا البحث ، ونسأله أن يجعل تعبنا في ميزان حسناتنا.

كما نتقدم بالشكر الخالص للأستاذ المشرف قنفود رمضان و الأستاذة بوخرص نادية عرفانا لهما لما قدماه لنا من مساعدة و نصح و رأي سديد طوال فترة إعدادنا لهذا البحث كما نشكر كل من ساهم معنا من قريب أو من بعيد في إعداد هذا العمل المتواضع .

- شكرا لكم -

إهداء

الحمد لله وحده و الصلاة والسلام على من لا نبي بعده .

أهدي ثمرة نجاحي و حصاد تعبي إلى أغلى ما أملك في الوجود :

إلى من شابا على تربيتي والديا الكريمين أطال الله في عمرهما .

إلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد، إلى من عرفت معهم معنى الأخوة إخوتي وأخواتي .

إلى من تطّلع لنجاحي بنظرات أمل و فخر زوجي الغالي .

إلى من سارت معي نحو طريق النجاح و كانت لي عونا وسندا صديقتي سمية .

إلى اللاتي لا تحلوا حياتي إلا بهّن صديقاتي حبيباتي إيمان، ياسمين، وهيبة .

سهيلة

إهداء

باسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ، ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا

والصلاة والسلام على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم

إذا كان الإهداء يعبر ولو بجزء من الوفاء فالإهداء

إلى الذي لا تكفيه الكلمات والشكر والعرفان بالجميل أبي الحبيب

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي ، حبيبة قلبي الأولى أمي الحنون

إلى من هم أقرب إلي من روحي ، إخوتي : ايناس ، أيمن ، وهديل

إلى من رافقتني طيلة بحثي وشاركتني تعبي إلى صديقتي ورفيقة دربي ، سهيلة

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهن أمي، صديقاتي : إيمان ، ياسمين ، وهيبة ، سامية ، رميلة

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة ، إلى جميع الأساتذة الأفاضل

إلــى كـافة الأهـل والأصدقـاء أهـــــدي

هـذا العمل المتواضع

سمـــــــية

مقدمـــــــــة

تعـبر الملكيـة عن اختصـاص الشـخص بشـــيء يكـفل لـه السيـطرة علـى منافعه و كيانه، فالملكية في وضعها العـادي تكون على سبيـل الإستئثــار والإنفراد لشخص واحـد على شيء مفرز، غير أن الملكية قد توجد في وضع استثنائي، حين تثبت في نفس الوقت و على نفس الشيء لعدة أشخاص، لكل منهم حصة رمزية أو حسابية فيها، فتكون بذلك ملكية شائعة، حيث إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع .

فالشيوع هو حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق في الشيء الواحد، ويعد صورة من صور الملكية يستوجب لتوفرها مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد ويترتب عن ذلك أن حق الشريك يقع على حصة معنوية شائعة في هذا المال ومن ثمة فحق الملكية في المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته، والأصل أن تحتسب حصص الشركاء في المال الشائع حصص متساوية إلا إذا قام الدليل على غير ذلك وتتحدد حصص الشركاء عادة عند بدأ الشيوع تبعا لمصدره ، فإن كان ميراثا عين القانون حصة كل وارث ، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصى له ، وإن كان عقد تكفل العقد بتحديد حصة كل شريك .

و دراستنا للشيوع ستكون على نوع محدد من المال هو العقار الشائع ، فالإنتفاع بالعقار الشائع و التصرف فيه، يقتضي معرفة صاحب العقار بالحقوق و الإلتزامات التي يقررها له القانون، و بما أن ملكية العقار الشائع مقسمة بين عدة أشخاص، فإنه يجعل تحقيق الإنتفاع به و التصرف فيه أمر صعب، نتيجة لتزاحم حقوق و سلطات الشركاء المتساوية على نفس العقار، و في مقابل ذلك تقاعسهم على أداء التزاماتهم فيه، و من أجل ذلك لا ينظر المشرع إلى ملكية العقار الشائع نظرة تشجيع لذلك منح لكل واحد من الشركاء الحق في طلب قسمة العقار الشائع .

و إذا كان مصير العقار الشائع القسمة وإفراز نصيب كل شريك ، فإن المشرع تدخل لتنظيم أحكام هذا العقار تنظيما دقيقا، من شأنه أن يشجع الشركاء على استغلاله و استثماره إلى حين قسمته، وذلك بتكريس حقوق و التزامات لكل واحد من الشركاء، لذلك فإننا

سنحاول أن نبين في هذا البحث حقوق والتزامات كل شريك مشتاع وفقا لما تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني، و مدى ما وصل إليه الفقه القانوني في هذا الشأن .

وتتمثل أهمية هذا الموضوع في :

- تبيان ما للشريك من حقوق وما عليه من التزامات كون أن الدراسات السابقة للملكية الشائعة أغفلت تبيان هذا الجانب المهم .

- ورود أكثر من حق ملكية على عقار واحد فيه كثير من التعقيد من الناحية القانونية خاصة وأن الشريك المشتاع يميل بطبعه إلى الإستئثار بحقوقه والتقاعس عن أداء التزاماته الشيء الذي ينتج عنه نوع من التصادم تظهر آثاره على العقار الشائع وبذلك يتحول من وسيلة للتقدم الاقتصادي والاجتماعي إلى وسيلة لإثارة النزاعات و الصراعات .

ولعل ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع جملة من الأسباب، منها ماهو ذاتي ومنها ما هو موضوعي .

فبالنسبة للأسباب الذاتية فإنها تتمثل في :

- حب البحث والرغبة في دراسة الموضوع الذي جاء تماشيا مع ميولاتنا الشخصية .
- الإهتمام بالمواضيع المتعلقة بالعقار باعتباره صلب تخصصنا .
- السعي لتوفير مرجع علمي يمّكن الطالب والباحث في مجال العقار الإستعانة به.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فهي تتمثل في :

- المساهمة في توضيح ما للشريك من حقوق وما عليه من التزامات كون أن الدراسات السابقة للملكية الشائعة أغفلت تبيان هذا الجانب المهم الذي يساهم في استقرار هذه الملكية ولو لمدة مؤقتة إلى غاية قسمتها .
- كثرة النزاعات المتعلقة بالعقار الشائع المطروحة أمام القضاء .

والإشكالية التي نحاول معالجتها من خلال هذه الدراسة تتعلق بالأحكام القانونية المنظمة لحقوق والتزامات الشريك في العقار الشائع في القانون الجزائري .

ولتوضيح هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية :

- كيف عالج المشرع الجزائري حقوق والتزامات الشريك في العقار الشائع ؟
- وهل تم تنظيمها بما يكفل تفادي النزاعات المتعلقة بالعقار الشائع ؟

وقد إقتضت طبيعة الموضوع الإعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية و إستخلاص النتائج لأن هذا المنهج هو الأكثر تناسبا مع الدراسات القانونية.

و في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة من البحث والتزاما منا بالمنهجية المتبعة قسمنا بحثنا إلى فصلين :

الفصل الأول، يتعلق بحقوق والتزامات الشريك في ممارسة سلطات العقار الشائع تناولنا فيه، حقوق الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع في مبحث أول، و التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع في مبحث ثان .
أما الفصل الثاني، فيتعلق بحقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع ، و تناولنا فيه حق الشريك في طلب إزالة الشيوع في مبحث أول، والتزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع في مبحث ثان .

و انهينا دراستنا بخاتمة ضمناها أهم ما توصلنا إليه من نتائج و اقتراحات .

الفصل الأول

حقوق و التزامات الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع

الفصل الأول : حقوق و التزامات الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع

أورد المشرع الجزائري أحكام الشيوع في التقنين المدني ، الكتاب الثالث ، من الباب الأول ، الفصل الأول ، القسم الرابع ، تحت عنوان : الملكية الشائعة ، مما يدل على أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية ، أي حق عيني ينشئ رابطة مباشرة بين الشريك والعقار الشائع ، يكون له بمقتضاه حق الإنتفاع و التصرف كصاحب حق الملكية المفرزة تماما وإضافة إلى الحقوق التي كرسّها القانون لكل واحد من الشركاء في الشيوع باعتباره صاحب ملكية ، فإن القانون فرض أيضا على كل واحد من الشركاء عدة التزامات بموازاة تلك الحقوق ، و مرّد ذلك لطبيعة العقار الشائع بوجود عدة شركاء فيه ، مما سيؤدي حتما إلى تداخل و تصادم مصالحهم فيه، هذا ما أدى بالمشرع إلى التدخل بقواعد قانونية تلزم كل واحد من الشركاء بأن يتقيد في ممارسته لسلطات ملكية العقار الشائع من انتفاع و تصرف بمجموعة من الالتزامات، تضمن حقوق سائر الشركاء في الشيوع و عدم الإعتداء عليها من أجل تحقيق المساواة فيما بينهم .

و في دراستنا لهذا الفصل سنقوم بتبيان حقوق و التزامات الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع بتخصيص كل منها في مبحث، حيث خصصنا المبحث الأول لحقوق الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع، وخصصنا المبحث الثاني لالتزامات الشريك المترتبة عن ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع .

المبحث الأول : حقوق الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع

يعد حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على العقار الشائع كله، وهذا الحق يخول له مباشرة كافة سلطات المالك من انتفاع و تصرف وإن كان محددا بقدر حصته، حيث تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أن : " 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... " [1].

وعليه حق الشريك المشتاع في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع يتميز عن ممارسة سلطات ملكية العقار المفرز في أن حق الشريك في الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء وهذا ما يجعل لحق الشريك في الشيوع أحكاما خاصة تتعلق به لا من حيث حق الانتفاع به ولا من حيث حق التصرف فيه، لذلك سنقوم بدراسة هذا المبحث في مطلبين اثنين، نتناول في المطلب الأول حق الشريك في الانتفاع بالعقار الشائع، ونتناول في المطلب الثاني حق الشريك في التصرف في العقار الشائع .

المطلب الأول : حق الشريك في الإنتفاع بالعقار الشائع

للشريك على الشيوع حق استعمال و استغلال العقار الشائع في حدود حصته، و الأصل أن يتم الإتفاق بين الشركاء على تنظيم الإنتفاع بالعقار الشائع، وهذا الإتفاق يعد خير وسيلة للتوفيق بين حقوق الشركاء في الإستعمال و الإستغلال كل بنسبة حصته ، بل يعد الإتفاق ضروريا إذا كان هذا الإستعمال و الإستغلال يقتضي الإستئثار بالعقار الشائع، أو بجزء منه [2]، ومن ثمة سنقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين، نبين في الفرع الأول حق الشريك في استعمال العقار الشائع، ونبين في الفرع الثاني حق الشريك في استغلال العقار الشائع .

---

[1]- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر العدد 31 لسنة 2007 .

[2]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، **الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2004 ، ص 71 .

الفرع الأول : حق الشريك في استعمال العقار الشائع

يقصد باستعمال العقار الشائع استخدامه فيما أعد له، عن طريق القيام بأعمال مادية بغية الحصول على منافعه دون ثماره، حسب ما تسمح به طبيعته [1]، فالمشرع الجزائري ترك للشركاء الحرية التامة للإتفاق فيما بينهم على الطريقة التي تناسبهم لتنظيم استعمال العقار الشائع وفي نفس الوقت تتلائم و طبيعته، ولكنه من جهة أخرى أدرج ضمن نصوص القانون المدني، أحكاما عامة تنطبق على الإتفاق المنظم لاستعمال العقار الشائع كتنظيمه لقسمة المهايأة باعتبارها صورة من صور استعمال العقار الشائع التي تتطلب إجماع الشركاء ، فيحق للشريك استعمال العقار الشائع عن طريق قسمة المهايأة، و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يقم بتعريفها بل اكتفى بتنظيم أحكام هذه القسمة بنوعيها المكانية و الزمانية في المواد من 733 إلى 736 من القانون المدني .

وقسمة المهايأة ترد على الملكية لكن لا تنتهي بها حالة الشيوع، وإنما يتم بها تنظيم الإنتفاع بالعقار الشائع كونها قسمة مؤقتة لمنافع العقار[2]، لذلك نتطرق فيما يلي إلى حق الشريك في قسمة المهايأة المكانية التي تقوم على أساس المكان، ثم إلى حق الشريك في قسمة المهايأة الزمانية التي تقوم على أساس الزمان، ثم إلى حق الشريك في طلب قسمة المهايأة التمهيدية ثم ندرس التكييف القانوني لقسمة المهايأة .

أولا : حق الشريك في قسمة المهايأة المكانية

تنص المادة 733 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه : " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات "، فتعرف قسمة المهايأة المكانية بأنها القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في العقار الشائع، في مقابل التنازل لشركائه عن الإنتفاع بباقي الأجزاء [3].

---

[1]- د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، **سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع و استغلاله دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص 57.

[2]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 80 .

[3]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، **أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني**، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، مصر ، سنة 2001 ، ص 246 .

فللشريك أن يسكن الدار ، و أن يزرع الأرض، وبوجه عام له أن يستعمل ما اختص به مفرزا من العقار الشائع، و أن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد الشركاء على إدارته لنصيبه، في مقابل أنه هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختص به [1]، ومثل ذلك أن يكون العقار الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق يمتلكه أربعة شركاء، فيختص كل شريك بطابق معين، على أن يعود المنزل إلى سيرته الأولى على الشيوع بعد انتهاء مدة قسمة المهايأة [2] .

وقد جعل المشرع الجزائري مدة قسمة المهايأة المكانية خمس سنوات، فإن لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد [3]، فلا يجوز الإتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد عن خمس سنوات، فإن زادت المدة المتفق عليها نقصت إلى خمسة، ويجوز بعد انقضاء الخمس سنوات الإتفاق على مدة أخرى مماثلة، ذلك لأن قسمة المهايأة المكانية و إن كانت تفرز المال من حيث المنفعة تبقيه شائعا من حيث الملكية، فيبقى الشيوع قائما ما دامت قسمة المهايأة المكانية قائمة .

و كثيرا ما تدوم قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة أو أكثر دون أن يرغب أحد في إنهائها، ويعد ذلك دليلا على أنّ هذه المهايأة هي خير قسمة للعقار الشائع اطمأن إليها الشركاء و ارتاحوا إلى التعامل على أساسها [4]، و على ذلك نصت المادة 733 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة على أنّه : " و إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ".

---

[1]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2000 ، ص 816.

[2]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 247 .

[3]- أنظر: المادة 733 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.

[4]- أحمد محمود خليل ، **إدارة المال الشائع و التصرف فيه** ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية مصر ، سنة 2007 ، ص 19.

هذا التحول من قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون بمجرد مرور خمس عشرة سنة على قسمة المهايأة المكانية، ما لم يوجد اتفاق سابق بين الشركاء على خلاف ذلك [1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 59514 المؤرخ في 1990/05/09 الذي ورد فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّه إذا دامت قسمة المهايأة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، و لمّا كان الثابت - في قضية الحال - أنّ القسمة تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع من أكثر من 15 سنة ومن ثمة فمصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون " [2].

ثانيا: حق الشريك في قسمة المهايأة الزمانية

تنص المادة 734 من القانون المدني الجزائري على أنّه : " يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته "، فقسمة المهايأة الزمانية تطبيقا لهذه المادة تقوم على تمكين كل شريك مشتاع من الإنفراد بالإنتفاع بكل العقار الشائع، دون غيره من الشركاء طوال فترة معادلة لحصته الشائعة [3]، و مثال ذلك : أن يتفق شريكان في ملكية أرض زراعية مملوكة بينهما بالتساوي على أن ينتفع كل واحد منهما بالأرض كلها لمدة سنة، على أن يترك للشريك الآخر حق الإنتفاع بهذه الأرض في السنة التالية .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مدة قسمة المهايأة الزمانية كما هو الشأن بالنسبة لقسمة المهايأة المكانية، فتسري عليها القواعد العامة المتعلقة

---

[1] - سليمة طويري، فاطمة شاوشي، **إدارة المال الشائع في التشريع الجزائري** ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق ، جامعة المدية ، السنة الدراسية 2012 / 2013، ص 15.

[2]- القرار رقم 59514 المؤرخ في 09/ 05/ 1990، الصادر عن الغرفة العقارية، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 1991، ص 35 .

[3]- د/ حسن كيرة، **الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها** منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، ص 161.

بمدة قسمة المهايأة المكانية، ومن ثمة يجوز أن يتفق الشركاء على تناوب الانتفاع بالعقار الشائع بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية لأية مدة، بحيث تتناسب هذه المدة مع مقدار حصة كل شريك في العقار الشائع، بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات [1] .

وتنتهي قسمة المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها، ويعين الإتفاق هذه المدة وكيفية انقضائها ولا تنقلب قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، لأنها تبقي العقار الشائع على حالته دون إفراز، وتقسّم فقط زمن الانتفاع به [2]

ثالثا: حق الشريك في طلب قسمة المهايأة التمهيدية

تنص المادة 736 من القانون المدني الجزائري على أنّه : " يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم العقار الشائع مهايأة بينهم ، و تظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

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

و من خلال هذا النص يتضح أنّ المشرع الجزائري نظّم صورة خاصة من صور قسمة المهايأة و ذلك أثناء إجراءات القسمة النهائية ، حيث أجاز اللجوء إلى القضاء لطلب قسمة المهايأة في حالة واحدة و هي حالة قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية ، إدراكا منه أنها قد تمتد لمدة طويلة ، فيؤدي ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع طوال هذه المدة و في ذلك إضرارا بالمصلحة المشتركة للشركاء ومصلحة المجتمع في آن واحد[3]، فيعمد الشركاء إلى الإتفاق على قسمة العقار قسمة مهايأة، وفي الغالب تكون المهايأة مكانية على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية.

بل يصح حتى إذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة أن يطلبها أحدهم من القاضي الذي تجري أمامه إجراءات القسمة النهائية، فيأمر القاضي بها بالرغم من معارضة الشركاء

---

[1]- سليمة طويري ، فاطمة شاوشي ، المرجع السابق ، ص 17 .

[2]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق ، ص 860 .

[3] - د.أيمن سعد عبد المجيد سليم ، المرجع السابق ، ص 136 .

الآخرين، مستعينا في ذلك بخبير[*] لإجراء هذه القسمة، وقد يكون هو نفس الخبير الذي تستعين به في إجراء القسمة النهائية، و في هذا وضع حد للمنازعات التي تسبق القسمة النهائية [1].

رابعا : التكيف القانوني لقسمة المهايأة

تنص المادة 735 من القانون المدني الجزائري على أنه : " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين و حقوقهم والتزاماتهم، و طرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة ".

بما أن قسمة المهايأة بنوعيها هي مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الإنتفاع بالإنتفاع تكون إيجارا، لأن في عقد الايجار يمكن أن يكون بدل الايجار عمل آخر غير النقود [2] وهذا ما نصت عليه المادة 467 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري : " يجوز أن يحدد بدل الايجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر" ، لذلك نجد أنّ المشرع اعتبر قسمة المهايأة عقد ايجار باعتبار خضوعها لأحكامه، ولذلك فإن كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في قسمة المهايأة المكانية أو بكل العقار في قسمة المهايأة الزمانية، يعتبر في مركز المستأجر وباقي الشركاء في مركز المؤجر، و قد يكون الشريك في مركز المؤجر و المستأجر في نفس الوقت [3].

فيجب أن تتوفر في الشريك أهلية المؤجر والمستأجر معا، إذ أنه يؤجر حصته ويستأجر حصة شريكه، لذا يكفي أن يتوافر فيه أهلية الإدارة دون أهلية التصرف ، ومن ثمة فلا يجوز لنائب ناقص الأهلية أن يعقد مهايأة لمدة تزيد على ثلاث سنوات بدون إذن المحكمة

---

[*]- الملاحظ أن كلمة خبير قد سقطت من الفقرة الثانية من المادة 737 من القانون المدني الجزائري، مما جعل المعنى غير سليم من الناحية القانونية، والسؤال الذي يطرح نفسه بمن تستعين المحكمة؟ والصحيح هو: " وبعد الاستعانة بخبير، إذا اقتضى الأمر ذلك " كما هو منصوص في التشريعات العربية.

[1]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق، ص 823.

[2]- سهيلة تواتي، **إدارة أنواع الشيوع في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، السنة الدراسية 2011 / 2012، ص 24 .

[3]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، **الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها** ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، سنة 2006 ، ص 92 .

وإلا أنقصت لهذه المدة [1]، كذلك من حيث جواز الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير فإن قسمة المهايأة لا تكون نافذة في مواجهة الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت، و يخضع إثبات قسمة المهايأة بنوعيها للقواعد العامة التي يخضع لها إثبات عقد الإيجار، والذي بدوره يخضع لقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني.

وبما أنه في قسمة المهايأة تجتمع كل من صفة المؤجر والمستأجر في الشريك فإنه يلتزم بجميع الإلتزامات المترتبة على عقد الايجار سواء الخاصة بالمؤجر أو بالمستأجر وفي نفس الوقت تعد حقوقا بالنسبة له، فكل شريك منتفع يكون له حقوق المستأجر من تسليم و تعهد بالصيانة، و ضمان عدم التعرض وضمان العيوب الخفية للحصة الشائعة أو لكل العقار الشائع اتجاه سائر الشركاء، وكذلك تسري أحكام الايجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين والمحافظة عليها وعدم اجراء أي تغير فيها [2]، وبالنسبة للإلتزامات نتناولها في المبحث الثاني[*]، إذا تكيف قسمة المهايأة على أساس أنها عقد ايجار.

الفرع الثاني : حق الشريك في استغلال العقار الشائع

يقصد باستغلال العقار الشائع، حصول الشريك المشتاع على ثمار العقار الشائع أي دخله و ريعه، لذلك وضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لإدارته تتلائم مع الطبيعة القانونية للملكية الشائعة [*] وضمانا لحسن استغلال هذا العقار، بحيث تتحقق المصلحتان المشتركة و الفردية معا [3]، وعلى هذا سندرس في هذا الفرع حق الشريك في إدارة العقار الشائع (أولا)، و حق الشريك في حفظ العقار الشائع كأحد مظاهر إدارته (ثانيا) .

أولا : حق الشريك في إدارة العقار الشائع

يعتبر المشرع الجزائري إدارة العقار الشائع من حق الشركاء مجتمعين كقاعدة عامة و هذا ما ذهبت إليه المادة 715 من القانون المدني التي تنص على أن : " تكون إدارة

---

[1]- د/ أنور طلبة، **المطول في شرح القانون المدني** ، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، سنة 2004، ص 605.

[2]- سهيلة تواتي، المرجع السابق، ص 27 .

[*]- باعتبار أن حق الشريك هو بمثابة التزام لشريك آخر، لذلك سيتم تفصيل هذه الحقوق في المبحث الثاني المخصص للإلتزامات.

[*]- تكيف الملكية الشائعة على أنها ملكية فردية من طبيعة خاصة.

[3] - د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 180.

المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك "، لكن استثناء ونظرا لتعذر الإجماع في أغلب الأحيان، جعل المشرع لمن يملك أغلبية الحصص من الشركاء القيام بأعمال الإدارة المعتادة ، ولمن يملك ثلاثة أرباع الحصص القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، و هذا ما نبينه فيما يلي :

1- حق الشريك في الإدارة المعتادة

يقصد بالإدارة المعتادة للعقار الشائع الأعمال اللازمة لاستثمار العقار واستغلاله طلبا لغلته وثماره شأن الإيجار، أو ما يقتضيه هذا الإستغلال من أعمال، وهي التي لا تنطوي على تغيير أساسي و جوهري في العقار الشائع أو للغرض الذي أعد له وأعمال الإدارة المعتادة قد تكون أعمال مادية كزراعة الأرض الشائعة المعدة للزراعة بقصد بيع ثمارها والصيد من البحيرة المعدة للصيد بقصد بيع الناتج من هذا الصيد [1].

وقد تكون أعمال قانونية كتأجير العقار الشائع و تحصيل أجرته لأجنبي أو لأحد الشركاء، و إذا كان أحد الشركاء مستأجرا للعقار الشائع أو لجزء منه، فعقد الإيجار ينفذ في حق جميع الشركاء إذا كان الشريكان المؤجر و المستأجر يملكان معا الأغلبية المطلقة للعقار الشائع بأن كان كل منهما مثلا يملك ثلث العقار الشائع [2].

ولقد نصت المادة 716 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه : " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناءا على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

و للأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عدّ وكيلا عنهم "، إذا منح المشرع لأغلبية الشركاء أي التي تزيد على النصف، سلطة القيام بهذه الأعمال، و المقصود

---

[1]- د/ همام محمد محمود زهران، **الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية**، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 269 .

[2]- د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 228 - 229.

بالأغلبية هنا أغلبية الأنصبة لا أغلبية الشركاء أنفسهم [1]، و إذا تعذر الحصول على الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة، أجاز المشرع في هذه الحالة للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة التي تقتضيها الضرورة .

فقد تتمثل التدابير اللازمة في طلب الحراسة القضائية على العقار الشائع بسبب النزاع على الإدارة و عدم اتفاق أغلبية الشركاء على أعمال إدارة العقار الشائع، و هذا ما نصّت عليه المادة 604 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنّه : " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء، إذا تبيّن أنّ الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن و تنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية "، وبمجرد تعيين الحارس سواء باتفاق الأطراف أو بحكم القضاء أو بنص القانون، يصبح نائبا عن أصحاب الشأن و يعطيه القانون سلطة في إدارة العقارات الموضوعة تحت حراسته [2].

وقد تتحقق الأغلبية لشريك واحد، أو لشركاء يقل عددهم عن النصف إذا كانت الحصة أو الحصص الخاصة بهم في العقار الشائع تزيد نسبتها عن نصف أنصبة الشركاء الآخرين[3]، فللأغلبية حق القيام بجميع أعمال الإدارة المعتادة، و لا تستطيع الأقلية التظلم من قرار الأغلبية، إلا إذا تعسفت هذه الأغلبية [4] في استعمال حقها في الإدارة و راعت مصلحتها و أهدرت مصالح الأقلية، و من أمثلة حالات التعسف في استعمال حق الإدارة المعتادة، أن تبسط الأغلبية يدها على كل العقار الشائع، و تستغله عن طريق إيجاره لواحد من بينهم بأجرة زهيدة بقصد حرمان الأقلية من المشاركة معهم في الإدارة، عندئذ تستطيع الأقلية التظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة، طالبة إياها بعدم نفاذ هذا الإيجار في حقها [5] .

و قد ترى الأغلبية ألا تدير العقار الشائع بنفسها، فتعين مديرا عنها من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم للقيام بهذه المهمة، فيكون هذا المدير نائبا عن الأغلبية في حدود

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 96.
[2] - سليمة طويري، فاطمة شاوشي، المرجع السابق، ص 26 - 27.
[3] - د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 74.
[4] - أنظر: المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.
[5] - د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 202.

الإدارة المعتادة، و الأعمال التي يقوم بها تكون نافذة في حق الجميع [1]، ولهذه الأغلبية أيضا أن تقيد المدير في إدارته بقواعد تضعها، و تسري هذه القواعد على الجميع بمن فيهم الأقلية، كما تسري على خلفاء الشركاء، سواء كان الخلف عاما كالورثة، أو كان الخلف خاصا كالمشتري .

و لكن قد يحدث غالبا أن يتولى أحد الشركاء وحده إدارة العقار الشائع، و يسكت بقية شركائه فلا يعترضوا، عندئذ يعد هذا الشريك في قيامه بأعمال الإدارة أصيلا عن نفسه ووكيلا عن بقية شركائه بمقتضى وكالة ضمنية [2]، وإذا اعترض بعض الشركاء على إدارته، يكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية، فإذا اكانت حصص من لم يعترضوا بالإضافة إلى حصة الشريك تمثل أغلبية الأنصبة، كان عمله نافذا في مواجهة الجميع باعتبار أنّ العمل صادر من الأغلبية، أمّا إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في العقار الشائع لا تقل عن النصف، فإنّه لا يصبح عندئذ ممثلا للأغلبية وبالتالي لا يجوز له المضي في إدارته و يستوجب عليه التنحي [3] .

2- حق الشريك في الإدارة غير المعتادة

تنص المادة 717 من القانون المدني الجزائري على أن : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير، و لها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات " .

---

[1]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق، ص 828 .

[2]- د/ رمضان أبو السعود، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ، سنة 2003، ص 87.

[3]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق ، ص 826 .

ويقصد بالإدارة غير المعتادة للعقار الشائع، الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، و هي تلك الأعمال التي من شأنها إدخال تعديلات أساسية أو تغيرات جوهرية في الغرض الذي أعد له العقار الشائع لتحسين الانتفاع به، كتحويل مطعم إلى مقهى أو البناء في الأرض، أو تحويل أرض زراعية إلى أرض معدة للاستغلال الصناعي أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للإستغلال [1]، و عند قيام الشركاء المشتاعين بهذه الأعمال الأخيرة وجب عليهم أولا الحصول على الرخص و الشهادات التي يتطلبها القانون لذلك من قبل المصالح المعنية والمنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير[2] .

و نظرا لخطورة هذه الأعمال ولمساسها بالمصلحة المشتركة للشركاء، لم يكتف المشرع في تقرير إجرائها بالأغلبية العادية التي تطلبها لإجراء أعمال الإدارة المعتادة وإنّما اشترط توافر أغلبية خاصة كبيرة نسبيا، هي أغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع العقار الشائع لاتخاذ قرار القيام بها فلا يعتد بالتالي بعدد الشركاء، وإنما بمن يمتلكون من الحصص في حدود هذا القدر حتى ولو تحقق ذلك لشريك واحد [3].

وقد اهتم المشرع بحماية مصلحة أقلية الشركاء، والذين لم يكن لهم دور فيما تم اتخاذه من قرارات الإدارة غير المعتادة، وما قد ينجم عنها من مخاطر على مصالحهم، فأوجب إعلانهم من جانب متخذي هذه القرارات – الأغلبية – حيث يحق لهم الاعتراض على ذلك خلال شهرين من وقت الإعلان ، والمحكمة ليست ملزمة بالتصديق على قرار الأغلبية فقد ترى من ظروف الحال ما يصوب رأي الأقلية ويرجحه، ولكنها إن رأت الموافقة على رأي الأغلبية، فتستطيع رغم ذلك أن تتخذ من التدابير ما تراه كفيلا بصون حقوق الأقلية، بأن تأمر مثلا بإعطائها كفالة تضمن الوفاء بما يستحق لها من تعويضات عما يصيبها من أضرار[4].

وقد يحدث أن يقوم أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة فهو يأتي بذلك عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة، وتجدر الإشارة إلى أن حق البناء

---

[1]- د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 165.

[2]- القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير،ج ر العدد 52 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر العدد 51 لسنة 2004.

[3]- د/ مصطفى الجمال، **نظام الملكية**، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2000، ص 109.

[4]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 76 .

مقيد بضرورة الحصول على رخصة مسبقا قبل الشروع فيه لتعلقه بالنظام العام، فقوانين التهيئة والتعمير تمنع وتجرم الشروع في البناء بدون رخصة [1]، وعلى هذا الأساس فإذا شرع أحد الشركاء المشتاعين في القيام بالبناء أو أراد أن يعدل بالزيادة أو النقصان، لا بد من حصوله على موافقة الشركاء المشتاعين الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع، ومن ثمة لابد من التقيد بهذه الموافقة عند التقدم بطلب رخصة البناء [2]، ويصبح البناء بالتالي ملكا شائعا بينهم، ويتحمل كل الشركاء المساهمة في نفقته كل بنسبة حصته في العقار الشائع [3].

ثانيا : حق الشريك في حفظ العقار الشائع

يعترف المشرع لكل شريك في العقار الشائع بالحق في أن يقوم منفردا بجميع ما يلزم لحفظ العقار الشائع من أعمال ضرورية لحفظ وجوده الوظيفي أو المادي أو القانوني، بغير أن يتحرى الحصول على موافقة باقي الشركاء أو على موافقة أغلبيتهم، بل حتى رغم اعتراض باقي الشركاء [4]، و هذا ما نصت عليه المادة 718 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : " لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، و لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء "، و لقد أدرجنا هنا العنصر تحت عنوان استغلال العقار الشائع لأنه يمثل مظهر من مظاهر الإدارة المعتادة ، و فيما يلي نقوم بتعريف أعمال الحفظ و مضمون حق الشريك في حفظ العقار الشائع .

1- تعريف أعمال الحفظ

تعرف محكمة النقض الفرنسية أعمال حفظ العقار الشائع بأنها : **"** أعمال حفظ العقار الشائع هي كل عمل مادي أو تصرف قانوني يهدف إلى إنقاذ العقار الشائع من خطر وشيك الوقوع، دون أن يعرض المصلحة المشتركة لمجموع الشركاء لضرر جدي، و تعتبر أعمال

---

(1) - أنظر: المادة 77 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل و المتمم .

(2) - حكيم قاسم، **حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الدراسية 2011 / 2012 ص 29.

(3) - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 90.

(4) - د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 259.

حفظ العقار الشائع بوجه عام أحد تطبيقات حالة الضرورة "[1]، و في الفقه الإسلامي يطلق على أعمال حفظ العقار الشائع اصطلاح " عمارة الملك المشترك "، و هذا يدل على أن أعمال الحفظ في الفقه الإسلامي يقصد بها الأعمال المادية اللازمة لإنقاذ العقار الشائع من خطر يحيط به .

و امتداد مفهوم أعمال حفظ العقار الشائع ليشمل أعمال مادية و تصرفات قانونية وفقا لما ذهب إليه القانون المدني لا يتعارض مع القواعد العامة للفقه الإسلامي، لأن المالك المشتاع أثناء قيامه بأعمال الحفظ يكون في حكم المضطر، و للمضطر في الفقه الإسلامي القيام بكافة الأعمال المادية و التصرفات القانونية اللازمة لدفع الخطر بشرط التناسب بين هذا العمل و بين الخطر، فمن قواعد الفقه الإسلامي" الضرر يزال"، لكن " الضرورة لا بد أن تقدر بقدرها " [2].

2- مضمون حق الشريك في حفظ العقار الشائع

حق الشريك في حفظ العقار الشائع أو في جزء منه كحقه في حفظ عقاره المفرز إذ أن الحصة الشائعة لا يمكن حفظها إلا بحفظ العقار الشائع كله، ويحق للشريك أن يباشر أعمال الحفظ بإرادته المنفردة ولو بغير موافقة باقي الشركاء، و أعمال الحفظ التي يصح أن يقوم بها كل شريك في الشيوع منفردا دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء قد تكون أعمالا مادية، كصيانة العقار الشائع و ترميمه إذا احتاج إلى ترميم، و تحويطه بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضي ذلك، و جني الثمار قبل أن تتلف، و قد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى، كشهر سند ملكيته وقطع التقادم إذا كان العقار الشائع في يد حائز آخر، و دعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود العقار الشائع ودفع الضرائب و الرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض العقار الشائع للحجز عليه و تسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز و دفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون العقار الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذا جبريا [3] .

---

[1]- د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 279

[2]- المرجع نفسه ، ص 279 -280 .

[3]- أنور العمروسي ، **الملكية و أسباب كسبها** ، دار محمود للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، مصر، سنة 2003 / 2004 ، ص 352 .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 153436 المؤرخ في 1997/06/24 الذي ينص على ما يلي : " من المقرر قانونا أنه يمكن لكل شريك على الشيوع أن يتخذ أي إجراء يراه ضروري لحفظ الشيء المشاع ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما رفضوا طلب الشريك على الشيوع بمراجعة بدل الإيجار للحفاظ على المال المشاع يكونون قد أساؤوا تطبيق القانون " [1].

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتناول الأساس القانوني لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفقه، مما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة وإلى الفقه لتحديد التكييف الصحيح لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفقه، فمن الفقه من اعتبر الشريك عند قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر أصيلا عن نفسه و وكيلا عن سائر الشركاء إذا لم يعترض أحد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة، وإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء، اعتبر فضوليا بالنسبة إليهم، فيرجع الشريك بدعوى الفضالة، أما اذا اعترض باقي الشركاء و قام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، و هناك رأي يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائبا عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ، فيرجع عليهم دائما بدعوى النيابة [2] .

وحسب رأينا الخاص فإن رجوع الشريك في قيامه بأعمال الحفظ على باقي الشركاء يكون على أساس دعوى النيابة باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر تعتبر الشريك وكيلا عن باقي الشركاء.

المطلب الثاني : حق الشريك في التصرف في العقار الشائع

يقرر المشرع الجزائري حق التصرف في العقار الشائع لكل واحد من الشركاء باعتباره صاحب ملكية لحصته الشائعة الموزعة في كل العقار الشائع، ونظرا لثبوت هذا الحق المماثل لجميع الشركاء، فقد خول لهم المشرع حق التصرف في العقار الشائع تصرفا جماعيا، كما أنه في نفس الوقت لم يحرم كل شريك على حدة من حق التصرف بمفرده [3]

---

[1]- حمدي باشا عمر، **القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا** ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2005 ، ص 78 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 353 .

[3]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 169.

وعليه نتطرق في هذا المطلب إلى حق التصرف الجماعي في العقار الشائع نبينه في الفرع الأول، ونتطرق إلى حق التصرف الفردي في العقار الشائع نبينه في الفرع الثاني .

الفرع الأول : حق التصرف الجماعي في العقار الشائع

يقصد بالتصرف الجماعي ذلك التصرف الذي يصدر من الشركاء مجتمعين، وهذا هو الأصل (أولا)، أو استثناء باتفاق من الشركاء الذين يحوزون على الأغلبية المقررة قانونا (ثانيا).

أولا : تصرف كل الشركاء في العقار الشائع

يحق للشركاء مجتمعين إجراء أي تصرف قانوني في العقار الشائع باعتبارهم ملاكا له، ويعد هذا التصرف الصادر بإرادة جميع الشركاء صحيحا ونافذا في حقهم، وتصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، يكون بنقل ملكيته كله أو جزء مفرز منه للغير، وإما بإنشاء وترتيب حق عيني أصلي أو تبعي عليه [1] .

1- التصرفات الناقلة لملكية العقار الشائع

يتفق جميع الشركاء على نقل ملكية العقار الشائع للغير كله أو جزء مفرز منه، كالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، و سنقتصر في هذا المجال على البيع بحكم أنه التصرف الأكثر شيوعا، و باعتباره أهم أنواع التصرفات القانونية الناقلة للملكية فيعرف البيع حسب المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه : "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر لشخص يسمى المشتري مقابل مبلغ نقدي "، فلم يورد المشرع الجزائري نصا قانونيا خاصا ببيع العقار الشائع ويشترط لصحته ما يشترط في العقود بصفة عامة، مع مراعاة الإجراءات الشكلية ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع طبيعة الشيوع، لذا يسري عليه حكم المادة 714 من القانون المدني الجزائري [2].

---

[1]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق، ص 170.

[2]- فايزة مخازني، **تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة بومرداس ، السنة الدراسية 2004 / 2005 ،.ص 17 .

ويترتب عن نقل كل ملكية العقار الشائع بالبيع للغير، خروجه من ذمة الشركاء وبالتالي إنهاء حالة الشيوع بينهم ، إذ أننا بصدد تصرف صادر من ملاك العقار الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه [1]، ويترتب على التصرف في جزء من العقار الشائع، خروج هذا الجزء من الشيوع ، واقتصار الشيوع بين الشركاء على الجزء الباقي غير المفرز، أما إذا ورد التصرف على حصة شائعة دخل المتصرف إليه مع الشركاء، شريكا بقدر هذه الحصة [2] .

وبإتمام شكلية الكتابة الرسمية وإتمام إجراءات نقل الملكية العقارية، المتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية، تنتقل ملكية العقار إلى المشتري، ويكون البيع بذلك صحيحا ونافذا في حق جميع الشركاء، ولا يمكن بعد ذلك لأي منهم الإحتجاج بغير ذلك [3] .

2- ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع

خلافا للحالة السابقة قد يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء، غير ناقل للملكية بل يتمثل في ترتيب حق عيني أصلي على العقار الشائع، كإنشاء حق إنتفاع أو حق إرتفاق لمصلحة عقار مجاور، أو ترتيب حق عيني تبعي كالرهن، ولا شك أن مثل هذا التصرف صحيح ونافذ في مواجهة الجميع مادامت حالة الشيوع قائمة [4]، إلا أن الصعوبة تثور بعد القسمة، حيث يثور التساؤل حول مصير حق الإنتفاع أو حق الإرتفاق أو الرهن إذا وقع الجزء المثقل بأي من هذه الحقوق في نصيب أحد الشركاء .

نجد أن ما ينطبق على الرهن ينطبق على حق الانتفاع، فيرى البعض أن الأثر الرجعي أو الكاشف للقسمة، يؤدي إلى اعتبار الشريك المتقاسم مالكا للحصة المعينة التي آلت إليه بالقسمة منذ نشوء الملك على الشيوع، أي أن الحصة أو العقار يعتبر مملوكا للشريك منذ بدأ الشيوع و بمقتضى السبب القانوني المنشئ له، و من ثمة يكون الرهن الرسمي الذي رتبه الشركاء على الشيوع واقعا على ملك الغير، فيما زاد على حصة الشريك المتقاسم

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 101 .

[2]- د/ محمد حسين منصور ، **الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2007 ، ص 116.

[3]- وهاب عياد، **التصرف في الملكية العقارية الشائعة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الدراسية 2007 / 2008، ص 71 .

[4]- د/ سعيد سعد عبد السلام، **الوجيز في الحقوق العينية التبعية**، مطابع الولاء الحديثة، سنة 2006 ص 183.

ولا يسري الرهن مثلا على الشريك الذي وقع العقار المرهون في نصيبه [1].

و يذهب الرأي الغالب إلى نقيض ذلك، حيث يرى أن التصرف الصادر من جميع الشركاء في كل العقار الشائع أو في جزء منه يكون صحيحا، و يظل نافذا في مواجهة كل الشركاء و خلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة، ولا تطبق قاعدة الأثر الرجعي للقسمة في حالة ما إذا كان التصرف صادر من جميع الشركاء، لأن المقصود منها حماية الشريك من الحقوق و الأعباء التي قد يرتبها شريك آخر [2] .

هذا الاتجاه الأخير أخذ به المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 890 من القانون المدني التي تنص على أنه : "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ..." ومعنى هذا النص أن الرهن الذي رتبه اتفاق جميع الشركاء قبل القسمة يكون نافذا وصحيحا في مواجهة الشريك الذي وقع في نصيبه هذا الرهن .

ثانيا : تصرف أغلبية الشركاء في العقار الشائع

قد تقوم أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع و يتعذر إجماع الشركاء على ذلك، فتدخل المشرع لمعالجة هذه الحالة الاستثنائية ، حيث أجاز لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يقرروا التصرف فيه [3] .

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

باستقراء المادة السالفة الذكر يتضح أن هذا التصرف ينبغي صدور قرار به بالأغلبية الخاصة، وهي تلك التي تمثل ثلاثة أرباع مالكي العقار الشائع، والعدد الذي يملك هذا القدر

---

[1]- د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 117.
[2]- المرجع نفسه ، ص 118 .
[3]- أحمد محمود خليل ، المرجع السابق ، ص 27.

قد يكون كبيرا أو قليلا بل قد يكون شريكا واحدا [1]، وأن قرار الأغلبية ينبغي أن يكون مبنيا على بواعث وأسباب قوية تبرر اتخاذه وإمضائه رغم عدم اجتماع رأي جميع الشركاء عليه، كأن تعرض فرصة مواتية يستطاع معها التصرف في العقار الشائع بصفقة رابحة مغرية يخشى من فواتها وألا تعود، أو يحتاج الأمر في سبيل الإنتفاع بالعقار الشائع أو تحسينه إلى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك [2].

ومسألة تحديد وتقدير ما إذا كانت الأسباب التي استند إليها الشركاء في الشيوع، الذين يشكلون الأغلبية اللازمة في تصرفهم في العقار الشائع أو في جزء منه، هي مسألة موضوع، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في وقائع الدعوى، ذلك أن ما قد يراه قاضي ما بمحكمة ما سبب قوي، قد يراه قاضي آخر حتى بنفس المحكمة سبب غير قوي ولا يسمح للأغلبية باعتماده للتصرف في العقار الشائع، وبما أن مسألة تحديد فيما إذا كان السبب المعتمد قوي أو ضعيف مسألة موضوع، فإنها لا تخضع لرقابة المحكمة العليا وإنما تبسط رقابتها فقط على مدى مناقشة هذا الشرط باعتباره من المسائل القانونية [3].

أما بالنسبة لشرط إعلان أقلية الشركاء بالتصرف من قبل الأغلبية، سيتم التطرق إليه في إلتزامات التصرف الجماعي في العقار الشائع ضمن المبحث الثاني من هذا الفصل .

الفرع الثاني : حق التصرف الفردي في العقار الشائع

إذا كان الأصل هو اشتراط الإجماع أو أغلبية خاصة من الشركاء للتصرف في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، فليس معنى ذلك حرمان كل شريك مشتاع من التصرف في ذلك بمفرده، فالتصرف قد يرد على حصته الشائعة (أولا)، و قد يرد على جزء مفرز يعادل تلك الحصة (ثانيا)، كما قد يتصرف الشريك في كل العقار الشائع (ثالثا)، لذلك نبحث فيما يلي حكم كل تصرف من هذه التصرفات .

---

[1]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق ، ص 884.

[2] - د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 171.

[3] - وهاب عياد ، المرجع السابـــق ، ص 94 .

أولا : تصرف الشريك في حصته الشائعة

تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أن : " كل شريك الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ..."، فانطلاقا من هذا النص يحق للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات القانونية، ذلك أن ملكية العقار الشائع هي ملكية تامة شأنها شأن ملكية العقار المفرز [1] .

وبتفحص النصوص القانونية التي نظّمت الملكية الشائعة من المادة 713 إلى 743 من القانون المدني الجزائري، فإننا لا نجد أثرا لتعريف الحصة الشائعة، بينما عرفها الفقه بأنها قدر نصيب الشريك في جميع العقار الشائع، فيتملك كل شريك في كل جزء من أجزاء هذا العقار بقدر نصيبه فيه [2]، وتصرف الشريك في حصته الشائعة يكون إما بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي عليها ، وهذا ما نتطرق إليه فيما يلي :

1- التصرفات الناقلة لملكية الحصة الشائعة

إذا تصرف الشريك في حصته الشائعة بنقل ملكيتها كلها أو بعضها يصبح المتصرف إليه بدوره مالكا على الشيوع أو شريكا لباقي الشركاء في العقار الشائع مع مراعاة الإجراءات الخاصة و اللازمة لإحداث الأثر في نقل الملكية و المتمثلة في التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية، أما إذا كان تصرف الشريك في الشيوع منصبا على بعض أو جزء من حصته الشائعة كأن يبيع أو يهب جزءا من حصته، فإن المتصرف له يصبح شريكا في الشيوع بنسبة الحصة التي اشتراها مثلا، و يبقى الشريك الأصلي المتصرف في جزء من حصته شريكا أيضا بنسبة ما تبقى له من حصته الشائعة [3] .

ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن القرار رقم 63765 المؤرخ في 1990/10/29 الذي ورد فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بإبطالهم

---

[1]- وهاب عياد ، المرجع السابق ، ص 08 .
[2]- د/ أنور طلبة، **الملكية الشائعة**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، سنة 2004، ص 15.
[3]- وهاب عياد ، المرجع السابق ، ص 10.

عقد بيع قطعة الأرض التي ألت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطؤوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [1].

و تصرف الشريك في حصته الشائعة قد يكون ناقلا لملكيتها كلها أو لبعضها إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعا، أو إلى أجنبي من غير الشركاء، و في حالة التصرف لأجنبي بالبيع يجوز لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة إذا كانت الحصة الشائعة متمثلة في عقار معين بالذات، أو ممارسة حق إسترداد الحصة الشائعة المبيعة إذا كان مجموع المال الشائع يحتوي على عقار .

أ- حق الشريك في ممارسة الشفعة على الحصة الشائعة

لم يتناول المشرع الجزائري حق الشفعة الذي يمارسه الشريك أو الشركاء ضمن أحكام الملكية الشائعة في القسم الرابع، إنما تناوله في القسم الخامس تحت عنوان الشفعة وهذا راجع لخضوع الشريك الشفيع لنفس أحكام الشفعة في القواعد العامة.

يعرّف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري بأنها : "رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار... "، يلاحظ من هذا التعريف أن الشفعة بالنسبة للشريك الشفيع، هي رخصة تجيز له الحلول محل المشتري الأجنبي في الحصة الشائعة المبيعة من العقار الشائع، ضمن شروط معينة وعلى هذا الأساس فهي تعد قيدا على حرية تصرف الشركاء بالبيع [2] .

و لكي يتحقق الأخذ بالشفعة من قبل الشريك الشفيع لا بد من ورود بيع على حصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع، فلا تكون الشفعة جائزة إلا في العقار، فلا شفعة في المنقول [3]، كذلك لا تكون الشفعة إلا في عقد البيع الصحيح الذي انعقد بتوافر الأركان والشروط اللازمة، حيث أن جميع النصوص المتعلقة بالشفعة تتحدث عن البائع والمشتري

---

[1]- القرار رقم 63765 المؤرخ في 1990/10/29 ، الصادر عن الغرفة العقارية، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، لسنة 1992، ص 28 - 30 .

[2]- حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 46.

[3]- د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 268 .

وبذلك فلا تجوز الشفعة في التبرعات و المعاوضات الأخرى كالمقايضة [1] ويجب أن يكون بيع الحصة الشائعة إلى أجنبي حيث يتفق الحكم الوارد في المادة 795 من القانون المدني الجزائري مع علة إثبات شفعة الشريك، وهي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي [2].

ويترتب على الشفعة حلول الشريك الشفيع محل المشتري الأجنبي في بيع الحصة الشائعة، وهذا ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني الجزائري " يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ..."، فتنتقل ملكية الحصة الشائعة من المشتري الأجنبي الى الشريك الشفيع سواء تمت بالتراضي أو بحكم قضائي [3]

فإذا تمت الشفعة بالتراضي وسّلم المشتري للشريك الشفيع بحقه بالأخذ بالشفعة وكان المشتري قد سجل عقد بيعه فيجب عليه أن يفرغ ذلك الإقرار في شكل رسمي أمام الموثق ويجب تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية وفقا لأحكام الشهر العقاري، أما إذا تمت الشفعة بواسطة حكم قضائي، فإنه يجب أن يسجل هذا الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفعة ويشهر بالمحافظة العقارية حسب نص المادة 803 من القانون المدني الجزائري، ويترتب عن ذلك امتلاك الشريك الشفيع العقار من وقت تسجيل الحكم لا من تاريخ صدوره [4] .

ب- حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة المبيعة

حتى تتضح الحالة التي يستعمل فيها حق الإسترداد متى يكون التصرف وارد على العقار وهو الذي يهمنا في الدراسة، فإنه يتبين أن الإسترداد لا يكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع المال الموجود على الشيوع والذي يحتوي على عقار، أما إذا كان هذا العقار غير موجود في مجموع من المال، حتى ولو كان هذا العقار هو كل المال فإنه لا يجوز الإسترداد ، بينما السبيل في الحلول محل المشتري في الحصة الشائعة في عقار معين بالذات هو الأخذ بالشفعة [5] .

---

[1]- قويدر فرقاني، **حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2012 / 2013، ص 38.

[2]- محمد عقوني، **تصرف الشريك الوارد على العقار الشائع** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، فرع القانون الخاص، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، السنة الدراسية 2010/2009 ص 93.

[3] - د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 479.

[4] - حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 58 ، 59.

[5] - محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 102.

ويشترط لاسترداد الحصة الشائعة المبيعة أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع و يستلزم هذا الشرط وجود عقد بيع تام صادر من أحد الشركاء، فلا يجوز الإسترداد إذا كان التصرف بالهبة أو الوصية أو المقايضة أو غير ذلك من التصرفات التي لا تكون بيعا على أن يتم البيع اختيارا أي بالممارسة، فلا يجوز البيع جبرا بالمزاد العلني [1].

كذلك يجب أن يرد البيع على حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار باعتبار أن التصرف بالبيع في الحصة الشائعة، هو الذي يجعل من المشتري حال استمرار الشيوع شريكا في الشيوع بقدر الحصة التي اشتراها باعتبار نفاذه اتجاه سائر الشركاء [2]. ويجب أن يتم البيع لأجنبي عن الشيوع، فإن تم لأي من الشركاء الآخرين مهما كانت حصته فلا يجوز لأي شريك آخر أن يطلب الإسترداد، إذ أن جميع الشركاء في درجة واحدة قياسا على الشفعة [3]، ولا يثبت حق الاسترداد إلا للشريك على الشيوع، لأنهم وحدهم المتضررون من دخول أجنبي بينهم ، ولا يهم إن كانوا شركاء أصليون أم عارضون طالما كانوا كذلك وقت البيع [4] .

2- ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على الحصة الشائعة

للشريك على الشيوع أن يرتب حق عيني أصلي على حصته الشائعة، وله أن يرتب كذلك عليها حق عيني تبعي .

أ - ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة

يحق للشريك أن يرتب على حصته الشائعة حقا عينيا أصليا، عدا حق الإرتفاق لأن الإرتفاق يتحمل به العقار الخادم كله لصالح العقار المخدوم، مما يترتب عليه المساس بحقوق الشركاء على العقار الشائع، ولأن حق الإرتفاق يقتضي مباشرة أعمال لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز [5].

أما بالنسبة لحق الإنتفاع، فإنه يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته، و يكون لصاحب حق الإنتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يخولها

---

(1)- د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، المرجع السابق ، ص 140.
(2) - د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 313.
(3) - د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة** ، المرجع السابق ، ص 141.
(4) - فايزة مخازني ، المرجع السابق ، ص 67.
(5)- د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 123 .

هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة، وأن يقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الإنتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة، أما فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة وأعمال التصرف وطلب القسمة، يكون الشريك صاحب الحصة الشائعة هو صاحب الشأن في ذلك ولا شأن لصاحب حق الانتفاع [1]

وقد ينقضي حق الانتفاع قبل القسمة، وقد يبقى إلى ما بعد القسمة ، ففي الحالة الأولى، أي قبل انقضاء الشيوع، فإن مالك الرقبة تعود له كل سلطاته على العقار الشائع الذي كان لصاحب حق الانتفاع، وفي الحالة الثانية، لو قسّم العقار و انقضى الشيوع ومع ذلك بقي حق الانتفاع ووقع في نصيب مالك الرقبة جزءا مفرزا، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني[2]، وذلك إعمالا لنص المادة 853 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقابل قيمته ..." .

ب - ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة

يجوز للشريك أن يرتب حق عيني تبعي على حصته الشائعة، كحق الإمتياز وحق الإختصاص، كذلك بإمكان الشريك أن يرهن حصته الشائعة كلها أو بعضها رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، فيعد رهنه صحيحا ونافذا في مواجهة باقي الشركاء، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبرا ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكا في الشيوع، أما إذا رتب الشريك رهنا على حصته الشائعة، ثم أوقعت القسمة في نصيبه عين أخرى، فإن الرهن ينتقل إلى قدر من هذه الأعيان الأخرى فيما يعادل الحصة الشائعة التي كانت مرهونة من قبل [3]، وذلك إعمالا لنص المادة 890 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري والتي تنص : "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار ... ثم وقع

---

[1]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** ، المرجع السابق ، ص 846.

[2]- د/ جمال خليل النشار ، **تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2000 ، ص 90.

[3] - د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 94-95.

في نصيبه عند القسمة أعيانا غير التي رهنها انتقل الرهن برتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ...".

ثانيا : تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع

أجاز المشرع الجزائري تصرف الشريك في جزء مفرز و اعتبره صحيحا سواء كان التصرف بنقل ملكيته أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي عليه، و أوقفه و علقه على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء [1]، وهذا ما نصت عليه المادة 714 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري التي تنص : " وإذا 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 ، و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها " وسندرس فيما يلي حكم هذا التصرف بين طرفيه، ثم آثاره في مواجهة سائر الشركاء متخذين عقد البيع كمثال وليس على سبيل حصر البيع في هذا التصرف .

1-حكم التصرف بين البائع و المشتري

تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع يعد صحيحا فيما بين أطرافه و هذا استنادا إلى أن الشريك تصرف فيما يملك، فإذا باع الشريك جزء مفرز من العقار الشائع فإن هذا البيع يعد صحيحا فيما بين المتعاقدين لصدوره من مالك، و هناك جانب من الفقه يذهب إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرف في ملك الغير، ذلك أن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا قدر نصيبه في الشيوع، أما الباقي فهو ملك لباقي الشركاء، لذلك فإن تصرف الشريك هذا و إن كان قد تم من مالك في حدود حصته فإن ما زاد عن ذلك يعتبر تصرف في ملك الغير [2]، و نتطرق فيما يلي إلى حكم جهل المشتري أن الشريك يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع، وإلى حكم علم المشتري أن الشريك يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع .

---

[1] - د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 89.
[2]- حكيم قاسم ، المرجع السابق، ص 36 .

أ - حكم جهل المشتري أن الشريك يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع

إذا ثبت أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الجزء المفرز المبيع، بأن اعتقد أن البائع يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة لا شائعة، وقع البيع قابلا للإبطال و يجوز للمشتري طلب الإبطال قبل القسمة ولا يجبر على انتظار القسمة و نتيجتها وإذا حدثت القسمة قبل الحكم بالإبطال ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فلا يجوز طلب الإبطال تماشيا مع مقتضيات تنفيذ العقد بحسن النية المنصوص عليه في المادة 85 من القانون المدني الجزائري [1]، وبهذا فإن الملكية تخلص للمشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية من تسجيل و شهر بالمحافظة العقارية .

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، عندئذ يبقى البيع قابلا للإبطال إذا لم يكن المشتري قد أجاز البيع من قبل، ويطلب الإبطال إعمالا لأحكام الغلط[2] وهذا ما نصت عليه المادة 714 من القانون المدني الجزائري : " ...وللمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ".

ب - حكم علم المشتري أن الشريك يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع

إذا كان المشتري يعلم أن البائع المتصرف ليس إلا مالكا على الشيوع عندئذ لا يكون هذا المشتري قد وقع في غلط، فليس له طلب إبطال التصرف لا قبل القسمة ولا بعدها حتى ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقل حق المشتري إلى قدر من الأعيان التي اختص بها البائع المتصرف، بمقتضى القسمة يعادل قيمة الجزء الذي تصرف فيه [3]، و بذلك يصبح البيع نافذا في حقه في حصته الشائعة وتتحقق بذلك ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية [4].

---

[1]- د/ يوسف محمد عبيدات ، **الحقوق العينية الأصلية والتبعية** ، الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر والتوزيع و الطباعة ، عمان ، الأردن ، سنة 2011 ، ص 85.
[2]- د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 100.
[3]- د/ يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 58.
[4]- وهاب عياد ، المرجع السابق ، ص 50 .

و التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع، يشمل كل تصرف آخر غير ناقل للملكية فنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري عام، يشمل كل تصرف قانوني بما فيه الرهن أو أي حق عيني أخر.

2- آثار التصرف بالنسبة لسائر الشركاء

لاشك أن سلطة التصرف في العقار الشائع مخولة لكل شريك بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء، وبالتالي فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع فيه اعتداء على حقوق الشركاء، ومن ثمة فإن تصرف الشريك لا ينفذ في حقهم، و يترتب على ذلك حق باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق على المشتري لتأكيد حقوقهم، ويترتب عليه أيضا أن المتصرف إليه لا يكون شريكا مع باقي الشركاء فيما يتولد عن هذا التصرف من آثار، فيبقى محصورا في العلاقة بين أطرافه، ومن ثمة لا يكون للمتصرف إليه الإشتراك في إدارة العقار الشائع أو التصرف فيه، كذلك ليس له الحق في طلب القسمة [1] .

ثالثا : تصرف الشريك في كل العقار الشائع

لم يبين المشرع الجزائري حكم تصرف أحد الشركاء في العقار الشائع، وبالرجوع إلى الفقه نجده اجتهد لوضع حكم لهذا التصرف [2]، و عليه سندرس فيما يلي حكم التصرف بين طرفيه و آثاره بالنسبة لسائر الشركاء، متخذين عقد البيع كمثال وليس على سبيل حصر البيع في هذا التصرف.

1- حكم التصرف بين البائع و المشتري

بالرجوع إلى الفقه نجده يعتبر تصرف الشريك في كل العقار الشائع صحيحا بين أطرافه لصدوره من مالك وينبغي هنا أن نميز بين ما إذا كان المتصرف إليه المشتري يعلم أو يجهل أن الشريك المتصرف شريكا في العقار الشائع.

فإذا قام الشريك بالتصرف في العقار الشائع كله لفائدة المشتري و كان هذا الأخير يجهل أن البائع شريكا في الشيوع، بمعنى أنه كان يتوقع بأن البائع يملك محل البيع ملكية مفرزة تامة، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري، و يجوز للمتصرف إليه أن يتمسك بإبطال

---

[1]- د/ جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص 198.
[2]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 89.

التصرف للغلط لأنه كان يجهل أن المتصرف قد تصرف في أكثر مما يملك، ويجوز للمتصرف إليه إجازة التصرف حينئذ يسقط حقه في طلب الإبطال [1] .

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم بوجود شركاء آخرين، يسقط حقه في طلب الإبطال للغلط و يكون له اختيارين يتمثل الخيار الأول في انتظار استخلاص كل العقار الشائع بأي سبيل حيث يمكن أن يقع العقار كله في نصيب المتصرف، هنا يستقر حق المتصرف إليه على العقار و يصبح هو المالك الجديد بعد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر، وقد يقع في نصيب المتصرف جزء فقط من العقار، هنا يستقر حق المتصرف إليه على هذا الجزء و لا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة الشركاء، و له أن يطلب التعويض من المتصرف بسبب عدم تنفيذ التزامه، و يتمثل الخيار الثاني في طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على المتصرف لعدم تنفيذه ما التزم به في العقد [2] .

2- حكم التصرف بالنسبة لسائر الشركاء

تصرف الشريك في العقار الشائع كله يكون نافذ في مواجهة سائر الشركاء في حدود الحصة الشائعة للشريك المتصرف، و يحل بالتالي المتصرف إليه محله فيه من حيث السلطات المقررة لإدارة العقار الشائع و التصرف فيه، أما بالنسبة لما يزيد عن حصة الشريك المتصرف، فإن التصرف لا يكون نافذا في مواجهة باقي الشركاء ويجوز لهم بالتالي رفع دعوى الاستحقاق تأكيدا لحقوقهم، و يكون لهم أيضا إقرار مثل هذا التصرف بما يجعله نافذا في حق الجميع [3].

و نستخلص من دراستنا لهذا المبحث، أن للشريك المشتاع الحق في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع كما هي مقررة في العقار المفرز، لكن مباشرة هذه السلطات تتقيد بحقوق الشركاء الآخرين، فيكون للشريك الحق في ممارسة حق الانتفاع و التمتع بالعقار الشائع وهذا لا يتأتى إلا باستعماله و استغلاله بصورة جماعية أو فردية، و يكون له الحق أيضا في ممارسة سلطة التصرف القانوني على العقار الشائع سواء باشتراكه مع سائر الشركاء أو انفراده في القيام بها .

---

[1] - د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 294.
[2] - د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 137-138.
[3] - د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 96.

المبحث الثاني : إلتزامات الشريك المترتبة عن ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع

يخول المشرع الجزائري للشريك المشتاع حق ممارسة سلطات الانتفاع و التصرف بالعقار الشائع، في جميع منافعه و مظاهره في حدود النسبة التي يملكها في هذا العقار[1] و في مقابل ذلك قيده بالعديد من الإلتزامات توازي ممارسته لسلطات الإستعمال والإستغلال و التصرف، نتيجة تعدد الشركاء في العقار الشائع، و لأجل ذلك نتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين اثنين، نخصص المطلب الأول لتبيان التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الإنتفاع بالعقار الشائع، و نخصص المطلب الثاني لتبيان التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق التصرف في العقار الشائع .

المطلب الأول : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الإنتفاع بالعقار الشائع

أول ما يتبادر لكل شريك في العقار الشائع هو الإنتفاع به، عن طريق استعماله و استغلاله تحقيقا لأغراضه، إما بصورة فردية أو بصورة جماعية باشتراكه مع باقي الشركاء، و لكن في مقابل ممارسة الشريك المشتاع لحقه في الإنتفاع، أقر له المشرع الجزائري جملة من الإلتزامات عند استعمال العقار الشائع ندرسها في الفرع الأول، وأقر له جملة من الإلتزامات عند استغلاله للعقار الشائع ندرسها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التزامات الشريك المترتبة عن استعمال العقار الشائع

بما أن الشركاء يشتركون في ملكية العقار الشائع و الإنتفاع به، فيكون من الطبيعي أن يشتركوا فيما قد يترتب عن قسمة المهايأة من التزامات باعتبارها صور من صور استعمال العقار الشائع [2] (أولا)، كذلك يلتزم الشريك المتهايئ في مواجهة باقي الشركاء بمجموعة من الإلتزامات (ثانيا) .

أولا : التزامات الشركاء المترتبة عن قسمة المهايأة

سبق و أشرنا أن قسمة المهايأة هي قسمة منفعة لا قسمة ملكية، فهي تقوم على تمكين كل شريك مشتاع من الإنتفاع بجزء معين من العقار الشائع يعادل حصته فيه، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء، وهي ما تعرف بقسمة المهايأة المكانية

---

[1] - د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق ، ص 99 .
[2] - د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 168 .

وإما أن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع العقار الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه، وهي ما تعرف بقسمة المهايأة الزمانية [1]، و تنص المادة 735 من القانون المدني الجزائري على أن : " تخضع قسمة المهايأة بنوعيها من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، و من حيث أهلية المتقاسمين و حقوقهم و التزاماتهم، و طرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة " .

إذا يلتزم الشركاء المشتاعين في مواجهة الشريك المنتفع في قسمة المهايأة تطبيقا لأحكام عقد الإيجار، بتسليم العقار الشائع للشريك المتهايئ، والتعهد بصيانته و ضمان عدم تعرضهم الشخصي و عدم تعرض الغير للعقار الشائع، وضمان العيوب الخفية، وهذا ما ندرسه فيما يلي :

1- التزام الشركاء بتسليم العقار الشائع للشريك المتهايئ

يلتزم سائر الشركاء بتسليم العقار الشائع للشريك المتهايئ، في حالة تصلح للإنتفاع المعد له تبعا للإتفاق أو وفقا لطبيعة العقار، كصلاحية الأرض الزراعية للزراعة، فيتسلم الشريك العقار الشائع بحالة تصلح للإنتفاع به مباشرة كل الإنتفاع المقصود، و أن يكون العقار الشائع خال من كل العوائق التي تحول دون الإنتفاع به كحيازة شخص آخر له، ويقع التسليم على العقار الشائع كله و ملحقاته في قسمة المهايأة الزمانية أو على جزء محدد و ملحقاته في قسمة المهايأة المكانية [2] .

2- التزام الشركاء بصيانة العقار الشائع

يلزم المشرع الجزائري سائر الشركاء المشتاعين بصيانة العقار الشائع ليبقى على الحالة التي سلّم بها صالح للإنتفاع المقصود، فألزمهم بالقيام بجميع الترميمات الضرورية للإنتفاع بالعقار أو بجزء منه إذا احتاج إلى ذلك [3]، و الملاحظ على الفقرة الثانية من المادة 479 من القانون المدني الجزائري أنها عددت هذه الترميمات على سبيل المثال لا الحصر، وهي الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف للآبار

---

[1]- د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 98 .

[2]- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية**، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان سنة 2000، ص 207 وما بعدها .

[3]- د/ علي هادي العبيدي، **العقود المسماة البيع والإيجار**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الأردن، سنة 2010، ص 274 .

و صيانة و تفريغ المراحيض و قنوات تصريف المياه، كذلك يتحمل سائر الشركاء الرسوم و الضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعقار الشائع .

و الترميمات ثلاثة أنواع، ترميمات ضرورية لحفظ العقار الشائع، كإصلاح الحائط المهدد بالسقوط و تقوية الأساسات إذا كانت واهية و ترميم الأسقف إذا كانت موشكة على الإنهيار، كل هذه الترميمات ضرورية مستعجلة لحفظ العقار الشائع من الهلاك و هي في الوقت ذاته ترميمات ضرورية للإنتفاع به، ويكون سائر الشركاء ملزمون بإجرائها و يحق للشريك أن يجريها على حسابهم [1] .

و ترميمات تأجيرية وهي ترميمات بسيطة، جرى العرف أن يقوم بها الشريك المتهايئ كإصلاح البلاط و النوافذ و الأبواب و دهان الحيطان .

وترميمات ضرورية للإنتفاع بالعقار الشائع، وهي ترميمات لازمة حتى يتمكن الشريك المتهايئ من الإنتفاع بالعقار انتفاعا كاملا، و إن لم تكن لازمة لحفظ العقار الشائع من الهلاك، فهي في الوقت ذاته ليست من الترميمات البسيطة، كإصلاح السلم أو المصعد أو دورة المياه، فاختلال هذه الأشياء إنما يؤثر في الإنتفاع بالعقار لا في سلامته، فلما كان الشركاء ملزمون بصيانة العقار الشائع، فإنهم ملزمون بإجراء هذه الترميمات [2] .

3- التزام الشركاء بضمان عدم التعرض للعقار الشائع

يضمن الشركاء على الشيوع للشريك المتهايئ عدم التعرض له في الإنتفاع بالعقار الشائع أو بجزء منه، وهذا الضمان يمّكن الشريك المتهايئ من الإنتفاع بالعقار الشائع انتفاعا هادئا وكاملا، فيضمن الشركاء عدم التعرض الصادر منهم شخصيا سواء كان التعرض ماديا قائما على أعمال مادية محضة، كأن يحدث الشركاء بالعقار الشائع أو ملحقاته تغيير يخل بانتفاع الشريك المتهايئ، أو أن يزاحموه في تجارته أو زراعته

---

[1]- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية** ، المرجع السابق، ص 264 .
[2]- د/ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، 275 .

أو كان التعرض مبني على سبب قانوني، كأن يرتب الشركاء للغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق الشريك المتهايئ [1] .

و يلتزم الشركاء جميعا بضمان كل تعرض للعقار الشائع مبني على سبب قانوني يصدر من الغير[2]، كأن يدعي أجنبي حق يتعلق بالعقار الشائع يتعارض مع ما للشريك المتهايئ من حقوق، ولا يضمن الشركاء التعرض المادي الصادر من الغير ما دام لا يدعي حقا على العقار الشائع، و لكن في هذه الحالة يكون للشريك المتهايئ، أن يطلب شخصيا من المتعرض التعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة [3].

4- التزام الشركاء بضمان العيوب الخفية للعقار الشائع

تنص المادة 488 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يضمن المؤجر للمستأجر باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الإستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد إتفاق يقضي على خلاف ذلك "، إذا يلتزم الشركاء جميعا بضمان العيوب الخفية، فيضمنوا للشريك المتهايئ كل ما يوجد بالعقار المتهايئ عليه من عيوب تحول دون الإنتفاع به أو تنقص من هذا الإنتفاع إنقاصا كبيرا [4] .

ويشترط لقيام الضمان في العيوب الخفية، أن يكون العيب مؤثرا يحول دون الإنتفاع بالعقار الشائع، أو ينقص من الإنتفاع به إنقاصا كبيرا، وأن يكون العيب خفيا، فإذا كان ظاهرا وقت تسّلم الشريك للعقار الشائع أو جزء منه ولم يعترض بل ارتضى أن يتسلمه فإن الشركاء لا يضمنوه، لأن الشريك قد رأى العيب ظاهرا دون أن يعترض وبالتالي سقط حقه في التمسك بالضمان ، وأن يكون العيب غير معلوم للشريك المتهايئ، فلو ثبت أن

---

[1]- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية** ، المرجع السابق، ص 308.
[2]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 263 .
[3]- أنظر: المادة 487 من القانون المدني الجزائري .
[4]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 264.

الشريك كان يعلمه بالفعل وقت تسّلمه العقار الشائع أو جزء منه بالرغم من خفائه، فإن علم الشريك المتهايئ و سكوته عليه يعد رضاء منه به و نزولا عن حقه في الضمان [1] .

ثانيا: التزامات الشريك المترتبة عن قسمة المهايأة

يلتزم كل شريك متهايئ في مواجهة باقي الشركاء باستعمال العقار الشائع أو الجزء الذي اختص به فيما أعد له و المحافظة عليه، و يلتزم بترميم العقار الشائع و رده عند انتهاء مدة قسمة المهايأة، و لا محل لتطبيق أحكام الإلتزام بالوفاء بالأجرة لأنه يتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة [2]، و سنقوم بتفصيل هذه الإلتزامات فيما يلي :

1- التزام الشريك باستعمال العقار الشائع بحسب ما أعد له و المحافظة عليه

يلتزم الشريك المتهايئ بـأن يستعمل العقار الشائع أو جزء منه إما على النحو المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق، وإما بحسب طبيعة العقار و طبقا لما أعد له إذا لم يكن هناك اتفاق، و هو على كل حال ملزم بأن يستعمل العقار فلا يتركه دون استعمال على نحو يضر به، فإذا أخّل بما التزم به أو إذا أحدث بالعقار الشائع أو جزء منه أي تغيير بدون إذن مكتوب من باقي الشركاء يلتزم بإرجاعه إلى الحالة التي كان عليها، أو يعوض الضرر عند الإقتضاء [3] .

و يلتزم الشريك المتهايئ بالمحافظة على العقار الشائع وملحقاته أثناء مدة المهايأة كالجرار و الحديقة و الآلات الزراعية ...الخ، وبأن يبذل من العناية في ذلك ما يبذله الرجل المعتاد [4]، و تشتد مسؤوليته إذا احترق العقار الشائع فلهذه المسؤولية أحكام خاصة قضت بها المادة 496 من القانون المدني الجزائري، و هو مسؤول كذلك عما يلحق العقار أثناء انتفاعه من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعماله استعمالا عاديا .

---

[1]- د/ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 294 وما بعدها.
[2]- د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 92 .
[3]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 260 .
[4]- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية**، المرجع السابق، ص 536-537 .

2- التزام الشريك بالترميمات التأجيرية للعقار الشائع

يقصد بالترميمات التأجيرية التصليحات البسيطة التي يقتضيها استعمال العقار استعمالا مألوفا، و يرجع تحديد هذه الترميمات إلى العرف، و يعد من الترميمات التأجيرية إصلاح النوافذ و الأبواب من أقفال و دورات المياه و إصلاح صنابير المياه و أجهزة الكهرباء و الغاز و التكييف وغير ذلك، أما إذا كانت الترميمات التأجيرية ترميمات كبيرة فإنها تكون على سائر الشركاء، إلا إذا أثبت أنها وقعت بخطأ الشريك [1].

3- التزام الشريك برد العقار الشائع أو جزء منه

يلتزم الشريك المتهايئ برد العقار الشائع في حالة قسمة المهايأة الزمانية أو جزء منه في حالة قسمة المهايأة المكانية، على الحالة التي كان عليها وقت تسّلمه ، و يجب كذلك أن يرد ما تسلمه من ملحقات العقار، و الشريك مسؤول عما يصيب العقار أثناء انتفاعه من تلف أو هلاك [2]، و الإلتزام بالرد هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، وعليه إذا تغيرت حالة العقار بيد الشريك كان مسؤولا عن هذا التغير ما لم يثبت أن هذا التغير من هلاك أو تلف قد حصل بسبب لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو عيب في العقار ذاته [3] .

الفرع الثاني : التزامات الشريك المترتبة عن استغلال العقار الشائع

يلتزم الشريك عند استغلاله للعقار الشائع بمراعاة حقوق باقي الشركاء و عدم الإضرار بها (أولا)، و يلتزم أيضا بالإشتراك مع باقي الشركاء في نفقات العقار الشائع (ثانيا).

أولا: التزام الشريك بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء

تقضي المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أنه : " 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 ..." .

فيتعدد أصحاب الحق في العقار الشائع، مما يثبت لهم ذات سلطة الإستغلال عليه وهذا إن لم يكن سببا مؤثرا على طبيعة الحق كحق ملكية، إلاّ أنه سبب لوضع تنظيم

---

[1]- د/ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 308 .
[2]- أنظر : المادة 503 من القانون المدني الجزائري .
[3] - د/ علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص 321 .

لاستغلالهم للعقار الشائع تنظيما يضمن عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، فثبوت وصف الملكية لحق الشريك المشتاع ليس سببا لإطلاق سلطاته على ذات النحو الثابت لصاحب الملكية المفرزة، وهذا هو الاختلاف الجوهري بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة، فإن كان كل منهما حق ملكية يعطي نفس السلطات للمالك [1]، إلا أن الملكية الشائعة مقيدة من حيث الاستغلال، نتيجة لتزاحم الشركاء المشتاعين بسلطاتهم المتماثلة على نفس العقار لذلك كان من المنطقي أن يتقيد حق كل منهم باحترام حقوق باقي الشركاء على نفس العقار[2]، فلا ينبغي أن يكون من شأنه الإضرار بهم .

إذا يحق للشريك مباشرة سلطة الإستغلال كمالك كلما لم يكن في ذلك إضرار بحقوق سائر الشركاء، لأن الإضرار بحقوق باقي الشركاء يمثل المانع لها، ولما كان المبدأ الأصولي يقضي أنه في حالة اجتماع المانع والمقتضى، يقدم المانع لأنه يمتنع عليه مباشرة ما يضر بحقوق باقي الشركاء ، وإلا كانت غير نافذة في مواجهتهم [3] .

و من قبيل الإضرار بحقوق الشركاء في استغلال العقار الشائع قيام أحد الشركاء بتأجير العقار الشائع كله أو بعضه دون أن يملك الأغلبية المطلقة لحصص هذا العقار، و اعترض عليه باقي الشركاء أو أغلبهم، فإن هذا الإيجار وقع صحيحا بين طرفيه، إلا أنه لا يكون نافذا في حق باقي الشركاء، و ذلك لأن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير وبالتالي يؤدي حتما إلى الإضرار بحقوق باقي الشركاء، ومن ثم يحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من العقار الشائع كله أو من أي جزء منه دون انتظار نتيجة القسمة [4] .

ثانيا : التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات العقار الشائع

يحتاج العقار الشائع إلى نفقات خاصة للقيام بأعمال الحفظ و أعمال الإدارة و سائر التكاليف المتعلقة بحالة الشيوع ، و من الطبيعي أن يتحمل جميع الشركاء هذه النفقات لأنها تنفق لمصالحهم جميعا [5]، إلا أن الشركاء يتهربون من دفعها خاصة إذا كانوا غير منتفعين بالعقار الشائع أو بعيدين عنه ، لذا أوجب المشرع الجزائري على جميع الشركاء

---

(1) - د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 256.
(2) - د/ حسن كيرة ، المرجع السابق، ص 160.
(3) - د/همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 256-257.
(4) - د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق ، ص 240 .
(5) - أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 361 .

الإشتراك كل بحسب حصته في تسديد تلك النفقات ، و هذا ما قضت به المادة 719 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن : " يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

يتضح من هذا النص أن نفقات إدارة العقار الشائع، و حفظه، و كل التكاليف الناتجة عن الشيوع، أو المقررة على العقار، يتحملها جميع الشركاء كل حسب حصته في العقار الشائع، فصاحب الحصة الكبيرة يتحمل قسما من النفقات أكبر من صاحب الحصة الصغيرة، لأن المنفعة التي تعود عليه من العقار الشائع أكبر[1]، والرجوع على الشركاء كل بقدر حصته يكون بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 719 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى نوعين من النفقات بصفة صريحة، نفقات الإدارة ونفقات الحفظ ، وأشارت إلى النفقات الأخرى بقولها : "...وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال..."، و على هذا سندرس فيما يلي التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات إدارة العقار الشائع، و التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات حفظ العقار الشائع .

1- التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات إدارة العقار الشائع

يلتزم جميع الشركاء بتحمل نفقات إدارة العقار الشائع ، كأجر الشريك المدير عن عمله في الإدارة سواء كان مديرا محترفا أم لا، ومصروفات تحصيل الدخل [2]، و تشمل هذه النفقات أيضا تكاليف الإصلاح و التحسين التي من شأنها الزيادة في قيمة العقار[3]، إذ تعد أعمال التحسين من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة ، وعلى ذلك يمتنع على الشريك ولو كان مالكا لأغلبية الحصص أن يقوم قبل إبلاغ شركائه بما اعتزم إجراءه من تحسينات فالقانون لم يوجبها على بقية شركائه إلا إذا أجريت بمعرفتهم وموافقتهم ، بمعنى أنه لا

---

[1]- أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 362 .
[2]- المرجع نفسه، ص 363 .
[3]- حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 90.

يجوز للشريك أن يطالب بها الشركاء على أساس أنه شريك في العقار الشائع، إنما يجوز المطالبة بها على أساس آخر وهو عمل الفضولي إذا أتى بنفع على العقار الشائع [1].

كذلك يلتزم الشركاء بالإشتراك في النفقات الكمالية للعقار الشائع و التي تعد أيضا من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة ، و تندرج هذه النفقات ضمن زخرفة وزينة العقار الشائع، وهي لا تزيد في قيمته فالشركاء غير ملزمون بها ، فإذا قام أحد الشركاء بها من تلقاء نفسه فلا يمكن الرجوع على الشركاء لتعويض ما أنفقه وتقع عليه وحده مسؤولية ما أنفق ، إلا إذا أجاز الشركاء إنفاقها صراحة أو ضمنا ، وهذه الموافقة تخضع للقواعد العامة [2] .

2- التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات حفظ العقار الشائع

تعتبر هذه النفقات نفقات ضرورية لحفظ العقار الشائع لأنها إذا لم تنفق تلف العقار الشائع، وتشمل النفقات الضرورية لحفظ العقار الشائع المصروفات التي صرفت في صيانته وترميمه أو تسجيله و شهره، أو نفقات تحويطه بسور ونفقات جني الثمار قبل التلف أو قطع التقادم المكسب أو تعيين الحدود أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ العقار الشائع كدعوى الاستحقاق ودعوى الحيازة وما يستتبعها من طلبات الإزالة واسترداد الثمار وطلب التعويض، أو الوفاء بالدين المقرر له الرهن على العقار الشائع تجنبا من التنفيذ عليه ، و غير ذلك من نفقات الحفظ اللازمة لبقاء العقار الشائع على حالته [3].

وتدخل أيضا ضمن هذه النفقات الضرائب المفروضة على العقار كضريبة العقارات المبنية وغير المبنية وضريبة الأراضي الفلاحية وهذا ما نص عليه قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة [4]، وتشمل أيضا هذه النفقات سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع

---

[1]- د/ محمد وحيد الدين سوار، **حق الملكية في ذاته** ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن ، سنة 1992، ص 126.

[2] - حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 90.

[3] - د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 259.

[4] - الأمر رقم 76- 101 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة ، ج ر العدد 102 لسنة 1976، المعدل والمتمم بموجب القانون 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، ج ر العدد 68 لسنة 2013 .

كنفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديده ، و فوائد الديون وأقساطها وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى [1] .

ويستطيع كل شريك في الشيوع أن يتخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف الضرورية، إذا تخلى عن حصته في العقار الشائع، وذلك طبقا للقواعد العامة التي تجيز لصاحب الحق العيني أن يتخلص من الإلتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق بالتخلص من هذا الحق ، وهذا ما يعرف بالإلتزامات العينية ، ويترتب على هذا التخلي أن حصة الشريك المتخلي تؤول إلى الشركاء الآخرين بنسبة حصة كل منهم فتزداد حصتهم به بقوة القانون دون حاجة إلى قبول منهم، وبما أننا بصدد عقار شائع وجب تأشير عن هذا التخلي في البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل التخلي المشهر في المحافظة العقارية لكي يترتب عليه نقل الملكية إلى الشركاء الآخرين ، ويقتصر أثر هذا التخلي على التخلص من المساهمة في كافة الالتزامات الناتجة عن الشيوع سواء في ذلك الالتزامات التي نشأت قبل التخلي أو بعده دون أن ينصرف إلى مسؤولية المالك الشخصية الناشئة عن خطأ ارتكبه ترتب عليه إتلاف العقار الشائع مثلا ، أو الناتجة عن تعسفه في استعمال حقه في الملكية الشائعة [2] .

المطلب الثاني : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق التصرف في العقار الشائع

يخول المشرع الجزائري للشركاء في الشيوع سلطة التصرف في العقار الشائع أو بجزء منه، و التصرف يكون جماعي باتفاق جميع الشركاء عليه ، وبالتالي تترتب عليه التزامات نبينها في الفرع الأول ، أو أن يكون التصرف فردي ينفرد الشريك وحده في القيام به ، و بالتالي تترتب عليه التزامات نبينها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : التزام الشريك عند التصرف الجماعي في العقار الشائع

لا يرتب التصرف الجماعي باتفاق جميع الشركاء أيٌ التزامات على الشريك المشتاع كونه تصرف أجمع عليه كل الشركاء، في حين يترتب على التصرف بأغلبية الشركاء الذين يمتلكون ثلاثة أرباع العقار الشائع، التزام إعلان قرارهم بالتصرف للأقلية .

---

[1] - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 358

[2] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 100.

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

فالقانون لم يترك الأقلية دون حماية، فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع لا يكون نافذا فورا، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية بواسطة عقد غير قضائي، و من ثمة يمكن أن يتم على أي شكل ، وتبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة للإثبات، فقد يكون هذا الإعلان بواسطة رسالة مضمنة مع إشعار بالوصول أو عن طريق محضر قضائي، وقد يكون شفاهة [1] .

فإذا ما تم إعلان الأقلية و مضت مدة شهرين دون أن يعترض أحد من الشركاء، كان قرار الأغلبية نافذا و ملزما لجميع الشركاء، وإذا لم يتم الإعلان لا يكون التصرف نافذا اتجاه الأقلية رغم صدوره من الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع العقار الشائع، أما إذا اعترض أحد الشركاء على قرار الأغلبية خلال الميعاد القانوني المحدد بشهرين من تاريخ الإعلان أمام المحكمة المختصة [2]، تكون هذه الأخيرة أمام فرضين :

- إما أن تأمر بقسمة العقار الشائع إذا كان ذلك لا يضر بمصالح الشركاء ، و يترتب على ذلك سقوط قرار الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع، فلا تكون له أي آثار قانونية .

- إما أن ترفض قسمة العقار الشائع إذا رأت أنها ضارة بمصالح الشركاء، ويترتب على ذلك أن تنظر في قرار الأغلبية، فإذا وجدت أن قرارها بالتصرف في العقار الشائع لا يستند إلى أسباب قوية، فإنها تلغي قرار التصرف، أما إذا وجدت أنه مستند على أسباب قوية فإنها تأمر به [3] .

---

[1] - حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 32 .

[2] - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق ، ص 840.

[3] - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 93 .

ويذهب بعض الفقه إلى أن حكم هذه المادة في هذه الحالة يعد خروجا عن القاعدة القضائية المتمثلة في عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه، بحيث يجب أن تتقيد سلطة المحكمة نحو ما اعترضت عليه الأقلية ، فإن لم تطلب هذه الأقلية قسمة العقار الشائع فليس للمحكمة الحكم بها من تلقاء نفسها، أما إذا طلبتها فللمحكمة أن تحكم بها بناء على مصالح الشركاء، بمعنى لا ينبغي تفسير النص على ظاهره [1] .

الفرع الثاني : التزامات التصرف الفردي في العقار الشائع

يمنح المشرع للشريك على الشيوع حق التصرف في حصته الشائعة بكل حرية من غير أن يلحق ضررا بشركائه، وكما أشرنا فيما سبق أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يكون صحيحا و نافذا فيما بين أطرافه وفي مواجهة باقي الشركاء، بينما تصرفه في جزء مفرز أو في كل العقار الشائع لا يترتب عليه أي آثار في مواجهة باقي الشركاء وعلى هذا سنبين في هذا الفرع الإلتزامات المترتبة عن ممارسة الشريك لحقه في التصرف بحصته الشائعة عند نقل ملكيتها للغير، وذلك بتبيان التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الشفعة (أولا)، والتزامات الشريك عند استرداد الحصة الشائعة المبيعة (ثانيا) .

أولا : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الشفعة

أخذ المشرع الجزائري الشفعة عن الشريعة الإسلامية، واعتبرها سبب من أسباب اكتساب الملكية من شأنها المحافظة على العقار الشائع، فهي تمنع دخول الأجنبي بين الشركاء، مما يسهل عليهم إدارته واستغلاله ايجابيا [2]، وفي التزامات ممارسة حق الشفعة تترتب التزامات متبادلة بين الشريك البائع، والشريك الشفيع وهذا ما ندرسه فيما يلي :

1- التزام الشريك البائع بتوجيه انذار الشفعة

تنص المادة 795 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :...- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي ..."، فباستقراء هذه المادة يتضح أن الشفعة تثبت للشريك المشتاع في حالة بيع الحصة الشائعة أو جزء منها، فهي تمنع دخول

---

[1] - حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 32 .

[2]- د/ محمود عبد المجيد المغربي، **المال و الملكية في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة خليفة للطباعة بيروت، لبنان، سنة 1990، ص 80 .

الأجنبي بين الشركاء مما يسهل عليهم إدارة و استغلال العقار الشائع [1]، و حين يتصرف الشريك المشتاع في حصته الشائعة، فإنه يلتزم بتوجيه إنذار الشفعة إلى باقي الشركاء قصد ممارستهم لحقهم في الشفعة.

فيلتزم الشريك البائع أو المشتري بتوجيه إنذار إلى موطن كل واحد من الشركاء الشفعاء يخطرهم فيه بالبيع، فالإنذار وسيلة للبائع أو المشتري لحسم الموقف بالنسبة لباقي الشركاء، ويقصد منه إثبات علم الشركاء بوقوع البيع علما يقينيا حتى يقرر أحدهم للأخذ بالشفعة خلال مدة معينة [2]، وهذا ما نصت عليه المادة 799 من القانون المدني الجزائري " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ".

و توجيه الإنذار يكون من قبل الشريك البائع أو من قبل المشتري أو كلامها معا بحيث إذا وجه من أحدهما يغني عن الآخر [3]، ويشترط في هذا الإنذار أن يكون رسميا على يد محضر قضائي، فإذا اتخذت وسيلة أخرى لهذا الإنذار وقع باطلا .

وتنص المادة 800 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا :

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا
- بيان الثمن و المصاريف الرسمية وشروط البيع و إسم كل من البائع و المشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799"

من خلال استقراء هذه المادة نجد أن هذه البيانات التي استلزمها المشرع في الإنذار ترمي إلى جعل الشريك الشفيع يعلم علما شاملا بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في الأخذ بالشفعة و يتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه [4]، لذا فإن فكرة الإنذار الشفوي مستبعدة، كما لا يعتد بالعلم الفعلي للشريك الشفيع، فيجب أن يكون هذا الإنذار رسميا يقوم بتبليغه محضر قضائي بإعلانه بنفسه للشريك الشفيع، فإذا اتخذ وسيلة

---

[1]- حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 46.

[2]- أسماء تخنوني، **النظام القانوني للشفعة في التشريع الجزائري** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة باتنة ، السنة الدراسية 2008 / 2009 ، ص 99.

[3]- قويدر فرقاني، المرجع السابق، ص 56 .

[4]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 338.

أخرى فإنه يقع باطلا حتى ولو كانت هذه الوسيلة تحمل تاريخا ثابتا [1]، ويجب أن يكون هذا الإنذار متضمن البيانات التالية :

- بيان الحصة الشائعة من العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا نافيا للجهالة بتعيين موقعها وحدودها ومساحتها ومعالمها و طبيعتها.
- بيان الثمن الذي بيعت به الحصة الشائعة من العقار والمصاريف الرسمية من حقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري و أتعاب الموثق .
- شروط البيع وهي الشروط الجوهرية والأساسية التي لابد أن يعلم بها الشريك الشفيع حتى يكون على بينة من أمره .
- إسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه.
- الأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه المادة 799 .

والهدف من كل هذه البيانات، هو إحاطة الشريك الشفيع بكل المعلومات المتعلقة بعملية بيع الحصة الشائعة [2].

2-التزامات الشريك الشفيع

حتى يتسنى للشريك الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه يلتزم بإعلان رغبته للأخذ بها في المدة المحددة، وكذا ايداع الثمن ورفع دعوى الأخذ بالشفعة، وهذا ما يتم تفصيله فيما يلي :

أ- إلتزام الشريك الشفيع بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تنص المادة 799 من القانون المدني الجزائري على أنه : " من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك "، يستفاد من هذا النص أنه يلتزم على من يريد الأخذ بالشفعة في الحصة الشائعة المتصرف فيها بالبيع لأجنبي، أن يلتزم بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من الشريك البائع و المشتري الأجنبي في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي تلقاه من البائع أو المشتري، فعدم إعلان الشريك الشفيع رغبته خلال

---

[1]- قويدر فرقاني، المرجع السابق ، ص 57.
[2] - محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 94.

الميعاد المحدد يؤدي إلى سقوط حقه في الأخذ بالشفعة بصريح نص المادة السالفة الذكر[1] .

ويلتزم أن يوجه الشريك الشفيع إعلان رغبته إلى كل من الشريك البائع والمشتري الأجنبي، ويجوز أن يكون إعلان الرغبة في إعلان واحد يوجهه لكليهما معا، كما يجوز أن يعلن الشريك الشفيع رغبته لكل منهما بإعلان مستقل، إلا أنه يلتزم في كل الأحوال بأن يوجه إعلان الرغبة للشريك البائع والمشتري، و لا يجوز أن يوجه لأحدهما دون الآخر تحت طائلة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة [2] .

وفي حالة تعدد الشركاء البائعين أو المشترين يلتزم الشريك الشفيع بإعلانهم جميعا برغبته في الأخذ بالشفعة، والحكمة من توجيه الإعلان بالرغبة إلى الشريك البائع والمشتري أن الشريك الشفيع يحل محل المشتري ويلتزم بأن يعلم هذا الأخير بمن يرغب في من يحل محله ويحصل على الحصة الشائعة المشفوع بها بدلا منه، وكذلك يلتزم أن يعلم البائع بمن يرغب أن يحل محل المشتري ويصبح معه طرفا في بيع الحصة الشائعة [3].

ويجب في هذا الإعلان أن يكون على شكل تصريح بعقد رسمي، أي أن يتولى تحريره موثق مؤهل قانونا، ويؤكد الشريك الشفيع في هذا الإعلان أنه يرغب في شراء الحصة الشائعة المراد بيعها طبقا لبيانات الإنذار الموجه له من قبل الشريك البائع أو المشتري[4] ويعلن التصريح بواسطة محضر قضائي و إلا كان باطلا، ويشترط كذلك في هذا التصريح أن يكون مسجلا لدى إدارة الضرائب و إلا فلا يمكن الاحتجاج به ضد الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 801 من القانون المدني الجزائري .

إن حرية الشريك الشفيع ستتقيد من حيث الميعاد إذا ما أنذر إنذارا رسميا، حيث يجب عليه أن يعلن رغبته خلال ثلاثين يوما من هذا الإنذار، وإذا لم يحصل هذا الإنذار وسجل

---

(1) - وهاب عياد، المرجع السابق، ص 34 .

(2) - منصور فؤاد عبد الرحمان مساد ، **الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2008 ، ص 61 .

(3) - المرجع نفسه، ص 61.

(4) - قويدر فرقاني، المرجع السابق، ص 60.

البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع حسب نص المادة 807 من القانون المدني الجزائري [1].

ب- التزام الشريك الشفيع بإيداع الثمن

إذا كان إعلان الرغبة يفيد عزم الشريك الشفيع على أخذ الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة، إلا أن هذا وحده لا يكفي وإنما يجب أن يستتبع هذا الإعلان إيداع الثمن خلال ميعاد محدد وفي مكان محدد [2].

فلقد ألزم المشرع الشريك الشفيع الذي أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة أن يودع ثمن البيع الحقيقي الذي تم به بيع الحصة الشائعة والمصاريف اللازمة المتمثلة في رسوم توثيق عقد بيع الحصة الشائعة ورسوم تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية بين يدي الموثق خلال أجل ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع خلال هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة [3] .

ج- التزام الشريك الشفيع برفع دعوى الأخذ بالشفعة

يلتزم الشريك الشفيع برفع دعوى الشفعة وفيها يقاضي كلا من الشريك البائع و المشتري الأجنبي من أجل حصوله على الحصة الشائعة المبيعة [4]، فتنص المادة 802 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجب رفع دعوى 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 " .

يتضح من هذا النص أن دعوى الشفعة يرفعها الشريك الشفيع على كل من البائع الشريك والمشتري الأجنبي، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر كانت غير مقبولة وفي حالة تعدد الشركاء البائعون أو المشترون وجب رفعها عليهم جميعا، ويجب أيضا أن ترفع الدعوى وتقيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالأخذ بالشفعة من طرف

---

(1) - أسماء تخنوني، المرجع السابق، ص 106.
(2) - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 357 .
(3) - أنظر: المادة 801 من القانون المدني الجزائري .
(4) - قويدر فرقاني، المرجع السابق، ص 65.

الشريك الشفيع، فإذا كان التصريح قد تم للبائع والمشتري في يومين مختلفين فالمدة تحسب من تاريخ آخر إعلان [1].

أما المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشريك الشفيع، فيقع اختصاصها الإقليمي في المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار المشفوع فيه، وفقا للمادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على : "يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، أما من ناحية الإختصاص النوعي فحددته المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية : " ...6 / في الشفعة ... " .

و تنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها فإذا صدر لصالح الشفيع اعتبر الحكم سند الملكية للحصة الشائعة المشفوع فيها ، ويجب أن يخضع لإجراء التسجيل والشهر العقاري طبقا للمادتين 803 و 793 من القانون المدني الجزائري [2].

ثانيا : التزامات الشريك المسترد عند استرداد الحصة الشائعة المبيعة

بالرجوع إلى نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري، يتضح أن هناك التزامات تقع على الشريك المسترد ألا وهي التزامه بإعلان الرغبة في استرداد الحصة الشائعة المبيعة، والتزامه برفع دعوى الاسترداد .

1- التزام الشريك المسترد بإعلان الرغبة في استرداد الحصة الشائعة المبيعة

يلتزم الشريك المسترد بإعلان رغبته في الاسترداد لكل من البائع الشريك و المشتري الأجنبي على السواء في شكل تصريح، و لم يشترط المشرع الجزائري شكل معين يتم به هذا الإعلان كون النص جاء مطلق و عام، غير أنه تفاديا لأي إشكال يجب أن يكون هذا الإعلان على يد محضر قضائي تحقيقا للرسمية، و يشترط في هذا الإعلان أن يبين الشريك المسترد استعداده لدفع الثمن و المصروفات [3]، على أن يتم طلب الإسترداد خلال شهر من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، فإن تأخر إعلان الرغبة عن هذا الميعاد سقط حق كل شريك في الاسترداد و أصبح البيع باتا في حق باقي

---

[1] - حكيم قاسم، المرجع السابق، ص 55.
[2] - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 79.
[3] - حكيم قاسم، المرجع السابق ، ص 44.

الشركاء [1]، و القانون لم يحدد شكلا خاصا للتصريح بإعلان الرغبة مثلما هو معمول به في الشفعة، كذلك لم يشترط إيداع الثمن لدى الموثق [2] .

2- التزام الشريك المسترد برفع دعوى الاسترداد

بعد قيام الشريك المسترد بإعلان رغبته في الآجال المحددة فإنه يحل محل المشتري في البيع رضاءا و ذلك بأن يسلم له حقه في الاسترداد، فإذا لم يتم الإسترداد رضاء وجب على المسترد رفع دعوى أمام القضاء للحكم بثبوت هذا الحق، على أن ترفع الدعوى على كل من البائع و المشتري الأجنبي، حيث يجب اختصامهما في جميع مراحل الدعوى[3]

وللإشارة فإن المادة 721 من القانون المدني الجزائري لم تضع قواعد خاصة لدعوى الاسترداد كما فعلت في الشفعة، لذلك تخضع أحكام رفع دعوى الاسترداد للقواعد العامة من حيث الآجال والإجراءات [4] .

ونستخلص من دراستنا لهذا المبحث أنه رغم اعتراف المشرع الجزائري للشريك المشتاع بحق الإنتفاع و التصرف في العقار الشائع في جميع منافعه و مظاهره في حدود النسبة التي يملكها فيه، إلا أنّه في مقابل ذلك ألزمه بمجموعة من الالتزامات توازي ممارسته لهذه الحقوق، وهذا راجع لتعدد الشركاء وثبوت نفس السلطات لكل واحد منهم على نفس العقار الشائع، وتتمثل هذه التزامات في التزامات ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع كالتزامهم بما يترتب عن استعمال واستغلال العقار الشائع، أما التزامات التصرف فتنقسم بدورها إلى التزامات التصرف الجماعي بإعلان قرار التصرف أغلبية الشركاء للأقلية ، والتزامات التصرف الفردي المتمثلة في الالتزامات المتبادلة عند الأخذ بالشفعة وكذا التزام الشريك المسترد لاسترداد الحصة الشائعة المبيعة.

---

[1] - د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، المرجع السابق ، ص 142.
[2]- السيد عبد الوهاب عرفة، **القسمة و استعمال و إدارة المال الشائع**، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 71.
[3] - حكيم قاسم، المرجع السابق ، ص 44.
[4] - فايزة مخازني، المرجع السابق ، ص 70.

نصل في نهاية هذا الفصل إلى القول بأنه تفاديا لعدم استثمار العقار الشائع و استغلاله استغلالا ايجابيا، و للقضاء على التصادم والتزاحم بين مختلف حقوق الشركاء على العقار فإن المشرع الجزائري اعترف لكل شريك في الشيوع بحق الملكية التامة لحصته الشائعة التي تكون في مجموع العقار الشائع، فأعطى له الحقوق التي يتمتع بها صاحب الملكية المفرزة، و المتمثلة في حق الانتفاع و التمتع باستعمال و استغلال العقار الشائع، و حق التصرف فيه في حدود النسبة التي يملكها، و هو ما أدى بنا إلى التمييز بين السلطات التي يقوم بها الشريك بحسب خطورتها، فمنها ما أجازها المشرع لكل شريك منفرد، و منها ما يقتضي لنفاذها إجماع الشركاء، أو ممن يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع وفي مقابل ذلك ألزمه بما يترتب على هذه الحقوق من التزامات حتى يضمن جميع الشركاء حقوقهم، وذلك بالتقيد في ممارستها بما في يد كل منهم لصالح الباقين .

الفصل الثاني

حقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع

الفصل الثاني : حقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع

رغم تقرير المشرع الجزائري للشركاء في الشيوع جملة من الحقوق تهدف إلى الإنتفاع بالعقار الشائع و التصرف فيه، والتي تطرقنا لها في الفصل الأول ، إلا أنّ البقاء في الشيوع هو أمر غير مرغوب فيه، نظرا لكثرة النزاعات و الخلافات بين الشركاء المشتاعين التي عادة ما تكون حول ممارستهم لحقوقهم في العقار الشائع، أو حول أداء التزاماتهم فيه، هذا ما أدى بالمشرع إلى تقرير الحق في طلب إزالة الشيوع عن العقار لكل واحد من الشركاء عن طريق طلب القسمة، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع إلا بموجب نص أو اتفاق ، فالقسمة تعد من أهم أسباب إزالة الشيوع لذلك عنى المشرع لتنظيم أحكامها من حيث الإجراءات و الآثار مما يجعلها تنفرد عن الأسباب الأخرى التي تزيل حالة الشيوع .

و في دراستنا لهذا الفصل سنقوم بتبيان حقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع بتخصيص كل منها في مبحث ، حيث خصصنا المبحث الأول لحق الشريك في طلب إزالة الشيوع، وخصصنا المبحث الثاني لالتزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع .

المبحث الأول : حق الشريك في طلب إزالة الشيوع

لا ينظر المشرع إلى الشيوع نظرة تشجيع و ترحيب، لأنه يشكل عقبة في سبيل استغلال العقار الشائع استغلالا اقتصاديا على الوجه الأمثل، فضلا عما يثيره من مشاكل كثيرة نتيجة تزاحم حقوق الشركاء، من أجل ذلك قرر المشرع منح كل شريك الحق في طلب إزالة الشيوع، و هذا الحق لا يسقط بالتقادم، فيستطيع الشريك أن يطلب القسمة في أي وقت ما دامت حالة الشيوع قائمة [1]، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 722 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق ".

و تعرف القسمة بأنها : " إعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع " [2]، ويترتب على ذلك إزالة وصف الشيوع عن العقار و إعطائه وصف الإستئثار والإفراز، ولذلك تسمى عادة بالقسمة النهائية، وهي بهذا تختلف عن قسمة المهايأة التي تبقي الشيوع قائما، ولكن مع تنظيم الإنتفاع بالعقار الشائع بين الشركاء على نحو مفرز[3] والأصل أن تتم القسمة بتراضي الشركاء فيما بينهم نبينها في المطلب الأول، فإن تعذر التراضي بين الشركاء، يتم اللجوء إلى القضاء فتكون بذلك قسمة قضائية نبينها في المطلب الثاني .

المطلب الأول :حق الشريك في القسمة الرضائية للعقار الشائع

تنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "، فالقسمة الرضائية أو كما تعرف بالقسمة الإتفاقية، هي أخذ كل شريك قدر من العقار الشائع حسب حصته فيه بالتراضي، وسميت بذلك لأنها تكون برضاء الشركاء جميعا، و تعتبر القسمة الرضائية

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 126.

[2] - مازن زايد جميل عوران، **القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية 2008 ص 09 .

[3] - د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 194.

أو الإتفاقية عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشتاعون ومحله العقار الشائع، و من ثمة تسري عليها أحكام العقد، فلا بد من وجود تراض بين الشركاء، وتوافرهم على الأهلية الكاملة وخلو الإرادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع [1] ويجوز تعليق القسمة الرضائية على شرط واقف أو شرط فاسخ، وتخضع أيضا إلى القواعد العامة في الإثبات [2]، ومن ثمة نتناول في دراسة هذا المطلب فرعين، نبين في الفرع الأول شروط القسمة الرضائية ، و نبين في الفرع الثاني أوجه الطعن في القسمة الرضائية .

الفرع الأول : شروط القسمة الرضائية

تشترط للقسمة الرضائية مجموعة من الشروط يجب مراعاتها لصحتها، تتمثل في اتفاق جميع الشركاء عليها (أولا) ، وتوفر الأهلية الكاملة للشركاء (ثانيا)، و شهر عقد القسمة بالمحافظة العقارية (ثالثا).

أولا : اتفاق جميع الشركاء على القسمة الرضائية

لا تتم القسمة الرضائية إلا باتفاق جميع الشركاء عليها، لذلك إذا اتفق البعض عليها دون البعض الآخر، فلا يترتب عليها إنهاء الشيوع، حيث يشترط الإجماع لهذا الإنهاء، وعقد القسمة لا يعد هنا باطلا إنما يلزم فقط من ارتضى به، أما الآخرين فلا ينفذ في حقهم إلا إذا أقروه، وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوع [3]، و تقع القسمة الرضائية بالإتفاق الصريح عليها بين الشركاء، كما يمكن أن تقع بالإتفاق الضمني عليها، و هي ما تسمى بالقسمة الفعلية، التي يستدل عليها من ظروف الحال على أن إرادة جميع الشركاء اتجهت إلى إنهاء الشيوع على النحو الذي صاروا إليه، باختصاص كل منهم اختصاص تملك، وليس مجرد اختصاص منفعة بجزء مفرز بديل عن حصته الشائعة [4].

و مثالها كأن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز يعادل حصته، ثم ينهج سائر الشركاء نهجه ، فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته

---

[1] - أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 385 .
[2]- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق، ص 893 .
[3]- د/ يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 62 .
[4]- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 338.

فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا، أنهم ارتضوا جميعا قسمة العقار الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه [1]، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء الذي سبق وتصرف فيه، و لذلك لا يجوز لأحدهم من بعد أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في العقار كله [2].

ثانيا : توفر الأهلية الكاملة للشركاء

سبق أن أشرنا أن من شروط القسمة الرضائية أن يحصل الرضا من جميع الشركاء عليها، و لكي يكون الرضا صحيحا لا بد أن يصدر ممن كان أهلا له [3]، لكن لا مانع من القسمة الرضائية، إذا كان بين الشركاء شريك ناقص الأهلية، غاية ما في الأمر أنه يجب إحاطة هذا الإتفاق بضمانات تكفل حماية حقوق القاصر، فيوجب القانون على من ينيب ناقص الأهلية، أو فاقدها، أو على الغائب و المفقود، إن كان وليا أو وصيا أو قيما باستئذان المحكمة عند قسمة العقار [4].

وفيما يتعلق بالإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية فقد تضمنها قانون الأسرة الجزائري[5]، إذ ورد في المادة 88 منه على أنه : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراءات المصالحة..." .

كما أن للوصي والمقدم نفس سلطات الولي، وهذا ما نصت عليه المواد 95 ، 100 104 من قانون الأسرة الجزائري، ومن ثمة فللولي على القاصر والمقدم على فاقد الأهلية أو ناقصها أو على الغائب والمفقود، أن يستأذنوا القاضي عند إجراء قسمة العقار .

---

[1]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 204.
[2]- د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 106.
[3]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 309 .
[4]- مصطفى الجمال ، المرجع السابق، ص 169- 170 .
[5]- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24 لسنة 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 أفريل 2005، ج ر العدد 15 لسنة 2005 .

وما تجدر الإشارة إليه في هذه المواد، أن قانون الأسرة الجزائري اشترط الإذن فقط لإجراء القسمة دون التصديق عليها من طرف نفس القاضي، فإذا تمت القسمة بدون الإذن السالف الذكر، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية عند رشده، ولا يحتج غيره بهذا الإبطال، فيزول الحق في إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، من طرف ناقص الأهلية.

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أعطى سلطات واسعة لقاضي الأحوال الشخصية لحماية أموال القاصر إذا حدثت منازعة في شأنها، فله مراقبة أموال القاصر من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب النيابة، أو بناء على طلب أي شخص له مصلحة في ذلك، حيث تنص المادة 465 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه " يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية "، ويجوز له في هذه المراقبة استدعاء كل شخص يرى سماعه مفيدا، وهذا ما نصت عليه المادة 466 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " عند قيام القاضي تلقائيا بمراقبة الولاية أو بناء على طلب النيابة العامة، يجوز له استدعاء كل شخص يرى سماعه مفيدا ".

كما له قبل الفصل في الموضوع، أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القصر، وهذا ما نصت عليه المادة 467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع، أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر هذا الأمر غير قابل لأي طعن" [1] .

ويستثنى من هذا الإذن، تصرف الولي الشرعي إذا كان هو الأب فقط دون الجد، فلا يلزم باستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية، ولا يتعين الإلتجاء إلى القسمة القضائية إلا إذا رفضت المحكمة هذا الإذن أو لم تطمئن إلى نتيجة القسمة الإتفاقية [2].

---

[1]- حكيم قاسم، المرجع السابق، ص 68.
[2]- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 170.

ثالثا : شهر عقد القسمة الرضائية بالمحافظة العقارية

تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

فحتى تكون القسمة الرضائية نافذة بين الشركاء وملزمة للغير، يجب إفراغها في قالب رسمي وشهرها بالمحافظة العقارية، لأننا بصدد قسمة عقار، فانتقال ملكية العقار لا يكون إلا بشهرها في المحافظة العقارية، و هو المعتد به قانونا منذ أن اعتمدت الجزائر رسميا نظام الشهر العيني، وهذا ما أكدته المادتين 15 و 16 من الأمر 75- 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري [1] .

ومن ثمة لا يكفي العقد الرضائي للقسمة لانتقال ملكية الحصة المفرزة كل شريك متقاسم ، وقد اعتبرت الغرفة العقارية للمحكمة العليا، في القرار رقم 238132 المؤرخ في 2002/06/18 أنه : " من المقرر أن العقود الإرادية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقـل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لهـا أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، و من ثمة فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها الطاعنين لعدم شهرها و الأمر بإجراء قسمة للتركة يعد تطبيقا سليما للقانون " [2]، ويتضح من هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا لم ترتب على القسمة الرضائية غير المشهرة أي أثر قانوني .

الفرع الثاني : حق الشريك في الطعن في القسمة الرضائية

لما كانت القسمة الرضائية كما قدمنا عقد تسري عليه أحكام سائر العقود ، فإن الطعن فيها يكون بنفس الطعون المتاحة في العقد (أولا) ، إلا أن المشرع الجزائري قد وضع أحكاما خاصة بالغبن في القسمة الرضائية (ثانيا) .

---

[1]- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، ج ر العدد 92 لسنة 1975 .

[2] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص 69.

أولا : حق الشريك في الطعون العامة في القسمة الرضائية

قد يطعن في القسمة الرضائية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة رضائية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلية، ومن ثمة يكون باطلا و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان [1]، و قد يطعن في القسمة الرضائية بالإبطال لنقص الأهلية، فإذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا، و لم تراعى الإجراءات التي أسلفنا ذكرها، فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحة الشريك الذي شاب العيب إرادته، وبالتالي يجوز له أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة .

و قد يطعن في القسمة الرضائية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشريك مثلا في غلط جوهري في قيمة الحصة المفرزة، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه الحصة ، طلب إبطال القسمة للغلط ، كذلك يجوز طلب إبطال القسمة الرضائية للتدليس أو للإكراه، أما الغبن فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة [2]، و هذا ما يأتي بيانه فيما يلي :

ثانيا : حق الشريك المغبون في الطعن في القسمة الرضائية

تنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ."

الظاهر من هذا النص أنه يكفي لإمكان نقض القسمة توافر الإختلال المادي بين أنصبة الشركاء دون استلزام توافر العنصر النفسي المتمثل في استغلال الشريك الآخر لهوى أو طيش جامح في الطرف المغبون، ومرّد ذلك ما تقتضيه وظيفة القسمة من سيادة مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز يوازي حصته الشائعة على أن المشرع لم يساير هذا المنطق إلى النهاية بإباحة نقض القسمة كلما كان هناك

---

[1] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 130 .

[2] - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية**، المرجع السابق ص 898 .

اختلال مادي بين الأنصبة، وإنما استلزم لذلك أن يزيد الغبن على الخمس حفاظا على استقرار المعاملات [1]، و يلاحظ أن العبرة في تقدير الغبن، هو بقيمة العقار الشائع وقت القسمة وليس بوقت رفع الدعوى، أو وقت نشوء الشيوع [2] .

و هذا ما قررته المحكمة العليا في القرار رقم 19926 المؤرخ في 1982/04/14 الذي ورد فيه : " حيث أن العبرة في إظهار الغبن، هي المقارنة بين قيمة أموال التركة وقت القسمة وبين قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن، حيث أن تقرير الخبرة الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقييم أموال التركة بصفة إجمالية، وقارنها بنفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان على الخبير أن يقوم :

- أولا بتقييم أموال التركة وقت القسمة

- ثانيا تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة

- ثالثا يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة " [3].

ويجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة في خلال السنة التالية لها ، وإلا سقط حق الشريك فيها، وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الإتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادي فإذا انقضت السنة سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم، دون أن يرفع الدعوى أو رفعها بعد ذلك كانت الدعوى غير مقبولة، وعبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعي الشريك المغبون، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، لأنه يثبت واقعة مادية ، والغالب أن تعين المحكمة خبيرا لتقدير العقار الشائع وقت القسمة ولتقدير الحصة المفرزة الذي وقعت في نصيب الشريك المغبون، وبمقارنة هاتين القيمتين يتمكن القاضي من معرفة إذا ما كان الشريك مغبون بما يزيد على الخمس، ومتى ثبت للقاضي ذلك فإنه يتعين عليه نقض القسمة للغبن [4] .

---

[1] - د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 171.
[2] - د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 107.
[3] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص90.
[4]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية**، المرجع السابق ص 906-907 .

ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم تكن، وهو ما يعني الرجوع إلى وضع الشيوع، ولكن منح المشرع للمدعى عليه حل لتفادي نقض القسمة للغبن، إذ يمنع من إيقاعه قيام المدعى عليه بإكمال ما نقص من حصة الشريك المغبون إكمالا تاما نقديا كان أو عينيا، بحيث يرتفع الغبن تماما من نصيبه المفرز دون أن يبقى منه شيء ولو في حدود الخمس المتسامح فيه أصلا [1] .

و منه يتضح أنه يحق للشريك طلب القسمة الرضائية للعقار الشائع إذا تحققت شروطها بإجماع الشركاء عليها و توفرهم على الأهلية الكاملة، وشهر عقد القسمة بالمحافظة العقارية، ويمكن كذلك للشريك الذي لحقه غبن يزيد عن الخمس، اللجوء إلى القضاء من أجل نقض القسمة الرضائية.

المطلب الثاني : حق الشريك في القسمة القضائية للعقار الشائع

يتم اللجوء إلى القسمة القضائية إذا لم يتوصل الشركاء إلى اتفاق جماعي بشأن قسمة العقار الشائع، أو إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية، ولكن كان فيهم ناقص أهلية و لم تأذن المحكمة لنائبه القانوني بإجراء القسمة، أو بعد أن أذنت له من حيث المبدأ، ثم رفضت التصديق على القسمة لعدم عدالته ومراعاته الأسس التي وضعتها، وعدم احترامه للإجراءات القانونية، فإنه للمحكمة في هذه الحالة الأخيرة، البدء في إجراءات القسمة القضائية ومن تلقاء نفسها [2]، وعلى هذا نتناول في الفرع الأول دعوى القسمة ، و نتناول في الفرع الثاني إجراءات القسمة .

الفرع الأول : دعوى القسمة

تنص المادة 724 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة... "، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 51109 المؤرخ في 1989/04/19 الذي ورد فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى

---

[1]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 204 .
[2]- د/ يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 68.

على باقي الشركاء، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الأرض المتنازع عليها ملكية شائعة بين الورثة، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيسا على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون " [1].

فالقسمة القضائية للعقار الشائع هي القسمة التي تتولى المحكمة إجرائها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين تسمى دعوى القسمة، و تصدر فيها حكما رغم معارضة بعض الشركاء على إجرائها [2]، لذلك نبحث في هذا الصدد الخصوم في دعوى القسمة (أولا)، و الإختصاص القضائي في دعوى القسمة (ثانيا) .

أولا : الخصوم في دعوى القسمة

ترفع دعوى القسمة وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لاسيما في المواد 13 و 14 و 15 و 16 و 17 منه [3]، و الخصوم في دعوى القسمة هم المدعي و المدعى عليه، و سنقوم بتبيانهم فيما يلي :

1- المدعي في دعوى القسمة

المدعي في القسمة القضائية هو كل شريك مشتاع مهما صغرت حصته، فيملك رفع الدعوى الشريك الأصلي في الشيوع، وخلفه العام و الخاص على الحصة الشائعة و يجوز رفعها من مشتري حصة الشريك الشائعة، لأنه أصبح شريكا في الشيوع بدلا من البائع، و لكن لا ترفع من مشتري الجزء المفرز من أحد الشركاء، لأنه لا يحل محل البائع في الشيوع [4]، كما أنه إذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة، غير أن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن

---

[1]- القرار رقم 51109 المؤرخ في 1989/04/19، الصادر عن الغرفة العقارية ، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد 01، لسنة 1991، ص 17.
[2]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 427.
[3]- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر، العدد 21 لسنة 2008 .
[4]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 205 .

يرفع هو دعوى القسمة، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية و رفع دعوى القسمة يخرج عن نطاق هذه الأعمال [1] .

و تبدأ إجراءات الدعوى القضائية بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع دعوى قضائية، يكلف باقي الشركاء الحضور للمحكمة المختصة، و يجوز أن ترفع الدعوى من أكثر من شريك، و يمكن أن ترفع من كل الشركاء باستثناء واحد، و ذلك إذا كان هو فقط الذي لم يوافق على القسمة الرضائية [2] .

2- المدعى عليه في دعوى القسمة

المدعى عليه في دعوى القسمة هو كل شريك ما عدا رافع الدعوى، حيث أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك و لا ترفع إلا على شريك، و هو ما يستفاد من المادة 724 من القانون المدني الجزائري ، حيث أن دعوى إزالة الشيوع تقام على جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية، ذلك لأن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة، فلا بد من دعوة كافة الشركاء و أصحاب الحقوق العينية للحضور في هذه الدعوى، و إذا لم يختصم المدعي في دعوى القسمة جميع الشركاء فله تدارك ذلك، بأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء، كما يجوز هذا الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم، و يجوز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها [3] .

و إذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصاما فيها، لم يكن الحكم حجة عليهم، ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا بعدم قبول الدعوى، لأن الشريك الذي لم يدخل خصما، هو وحده الذي يستطيع التمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه [4] .

---

[1]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية**، المرجع السابق ص 914 .

[2] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 140.

[3] - حياة كيحل، **القسمة القضائية للعقار الشائع**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص تخصص قانون عقاري و زراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الدراسية 2005 / 2006 ص 16 .

[4]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية**، المرجع السابق ص 913 .

وقد يترتب عن القسمة إلحاق الضرر بحقوق دائني الشركاء، فقد يتواطأ الشريك المدين مع شركائه الآخرين في القسمة على الإضرار بدائنيه، بالإتفاق مثلا على أن يختص الشريك المدين بحصة عينية أقل من نصيبه الحقيقي، ثم تكمل حصته نقدا بحيث يسهل تهريب هذه التكملة من تنفيذ الدائن عليها، وقد يكون الشريك قد تصرف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من العقار الشائع، فيتفق مع الشركاء الآخرين على إيقاع جزئه المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر، وذلك بهدف إسقاط حق المتصرف إليه [1] .

ولمواجهة مثل هذه التصرفات من قبل الشركاء، عمد المشرع على حماية دائنيهم بأن خول لهم أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا، أو أن يباع العقار الشائع بالمزاد بغير تدخل هؤلاء الدائنين و توجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب في كل حال إدخال كل الدائنين قبل رفع دعوى القسمة، أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش [2] .

هذا ويلاحظ أن القانون لم يشترط شكلا معينا للمعارضة، فلهؤلاء الدائنين أن يعلنوا للشركاء المتقاسمين اعتراضهم بأي وسيلة كانت، هذا وفقا لأحكام التدخل في الخصومة المنصوص عليها في الباب الخامس، الفصل الأول من المادة 194 إلى 198 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثانيا : الاختصاص القضائي في دعوى القسمة

يقصد بالإختصاص: صلاحية الجهة القضائية للفصل في المنازعات المعروضة عليها و الإختصاص نوعان، اختصاص نوعي واختصاص إقليمي، لذلك نقوم بدراستهما فيما يلي بشيء من التفصيل :

---

[1]- د/ محمد حسين قاسم، **حق الملكية**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2005، ص 163 .

[2] - أنظر: المادة 729 من القانون المدني الجزائري .

1- الاختصاص النوعي في دعوى القسمة

يتحدد الإختصاص النوعي بالنظر لنوع الدعوى، فيكون لكل واحد من الشركاء المشتاعين الذي يرغب في الخروج من الشيوع، أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء أمام المحكمة المختصة، و بما أننا بصدد قسمة عقار، فقد حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اختصاص النظر في دعوى القسمة للقسم العقاري على مستوى المحكمة [1]، وهذا ما نصت عليه المادة 512 : " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية :...9 - في القسمة وتحديد المعالم ..." .

2- الإختصاص الإقليمي في دعوى القسمة

يتحدد الإختصاص الإقليمي بمحل الإقامة أو الموطن، و قد نصت المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنّ الإختصاص الإقليمي في دعوى القسمة يؤول إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها ، وتجدر الإشارة أنه إذا كان العقار الشائع عبارة عن تركة، فإن الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به حددتها المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه : " يؤول الإختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون خلاف ذلك " .

الفرع الثاني : طرق إجراء القسمة القضائية

يعتبر المشرع أن الأصل هو إجراء القسمة في صورة عينية كلما كان العقار الشائع يقبل القسمة عينا، دون أن يلحقه من جراء ذلك نقص محسوس في قيمته (أولا)، فإذا تعذرت قسمته عينا أو كان من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته، يتم اللجوء إلى قسمته بطريق التصفية [2] (ثانيا) .

أولا : القسمة العينية

يقصد بالقسمة العينية، إعطاء كل شريك جزءا مفرزا من العقار أو العقارات الشائعة ويشترط في العقار القابل للقسمة العينية، أن يظل الانتفاع به ممكنا بعد قسمته، أو ألا تفضي

---

[1]- حياة كيحل، المرجع السابق ، ص 14.

[2] - د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 360.

قسمته إلى إحداث نقص كبير في قيمته، والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية، ونظرا لتعلق هذه القسمة بعمليات حسابية وفنية، فإنه في الغالب تعين المحكمة خبيرا أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة وذلك بتقويم العقار الشائع وقت إجراء القسمة [1] وهذا ما نصت عليه المادة 724 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري " وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته ."

والأصل أن تتم القسمة بالقرعة، فإن تعذر ذلك أمكن إجراء القسمة بطريق التجنيب أو القسمة بمعدل، وهذا ما نتطرق إليه فيما يلي :

1- القسمة بطريق القرعة

تتم القسمة بطريق القرعة عن طريق تقسيم العقار الشائع حصصا متساوية على أساس أصغر نصيب، ولو كانت القسمة جزئية تقتصر على إخراج بعض الشركاء من الشيوع مع بقاء الآخرين، وهذا ما نصت عليه المادة 725 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري : " يكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية "، كأن يكون بعض الشركاء، هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا أي الجزء الذي وقع في نصيبه عن طريق القرعة [2] ، ومثال ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف و الثلث و السدس فيقسم العقار أسداسا، أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم العقار إلى اثني عشر جزءا .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 91439 المؤرخ في 1992/10/28 الذي ينص على أنه : " من المقرر قانونا أن يقسّم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات، لا سيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك وبتكوين الحصص .

---

[1] - د/ نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 142.
[2]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 208.

ولما ثبت – من قضية الحال – أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الإقتراع فإنهم بذلك خالفوا القانون " [1] .

2 - القسمة بطريق التجنيب

إذا تعذرت قسمة العقار الشائع إلى حصص على الوجه الذي سبق، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزا في العقار الشائع، وذلك بقدر حصته في هذا العقار، وهذا ما يسمى بالتجنيب، ولا يقصد بتعذر قسمة العقار الشائع أن تكون مستحيلة وإنما يمكن أن يتحقق هذا التعذر في غير حالة الإستحالة، كأن يكون من شأن تقسيم العقار الشائع إلى حصص متساوية أن تنقص من قيمته ، أو تتعقد إجراءاتها، أو أن يكون من شأن ذلك أن يحصل الشريك على نصيبه في أجزاء متناثرة يصعب استغلالها [2].

ويصح أيضا أن يلجأ الخبير إلى التجنيب، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، و هذا في حالة ما إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب، و في جميع الأحوال يتعين على المحكمة بعد الفصل فيما يثيره الشركاء من اعتراضات بشأن تكوين الأجزاء أو بشأن التجنيب، أن تصدر حكما يحدد ما يختص به كل شريك [3]، وفي هذه الطريقة للقسمة – أي التجنيب – فإن الخبير يجنب لكل شريك شيئا من العقار الشائع يعادل قيمته حصته الشائعة، أي يجنب له جزءا مفرزا يعادل حصته .

فلو كان العقار الشائع منزلا وأرضا ومحلا تجاريا، وكانت قيمتهم جميعا تبلغ ستة ملايين دينار جزائري، وقوم المنزل مثلا بثلاثة ملايين، والأرض بمليونين، و المحل بمليون، و كان الشركاء ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللأخير السدس، فيختص من له النصف بالمنزل، ومن له الثلث بالأرض ومن له السدس بالمحل التجاري .

---

[1]- حمدي باشا عمر ، المرجع السابق، ص 85.
[2]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 447.
[3]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية**، المرجع السابق ص 922 .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على القسمة بطريق التجنيب إلا أنها تستنتج ضمنا من نص المادة 725 الفقرة الثانية من القانون المدني وهذا خلافا للمشرع المصري الذي نص عليها في قانونه المدني في المادة 839 منه [1]

ولا يشترط موافقة الشركاء على إجراء القسمة بطريق التجنيب، بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة العقار إلى حصص بناء على تقرير الخبير، حتى يكون التجنيب ملزما لجميع الشركاء ، ولو لم يوافقوا عليه [2].

3- القسمة بمعدل

تنص الفقرة الثانية من المادة 725 من القانون المدني الجزائري على أنه : " و إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينيا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه " يتضح من هذه الفقرة أنه إذا تعذر على المحكمة إعطاء كل شريك نصيبه كاملا، كان لها أن تقرر تكملة نصيب الشريك الذي يحصل على جزء أقل من نصيبه بمعدل نقدي يلزم به من حصل على حصة عينية أكبر من نصيبه، وتكون العبرة في القسمة بقيمة العقارات الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشيوع، ذلك أنه هو السبيل لتحقيق مبدأ المساواة بين الشركاء في حصول كل منهم على ما يعادل حصته [3] .

ثانيا : القسمة بالتصفية

يقصد بقسمة التصفية عند شراح القانون، بيع المال الشائع بالمزاد العلني، وقسمة الثمن الناتج عن هذا البيع على الشركاء كل بنسبة حصته، ولقد نصت عليها المادة 728 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : " إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع "، يتضح من هذا النص أن قسمة التصفية ما هي إلا طريقا احتياطيا لإجراء

---

[1] - حكيم قاسم ، المرجع السابق ، ص 76.
[2] - د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق ، ص 447.
[3] - د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 176-177.

القسمة بحيث لا يمكن الإلتجاء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي، وهو طريق القسمة العينية [1].

فإذا ثبت للمحكمة المختصة أن قسمة العقار الشائع عينيا غير ممكنة، أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة هذا العقار (كما لو كان مصنعا) قضت ببيع العقار بالمزاد العلني حسب المادتين 786 و 787 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وقسمت الثمن الذي يرسوا به المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته [2] .

والأصل أن يطرح العقار الشائع لبيعه في مزاد مفتوح للكافة، أي للشركاء ولغيرهم لكن يصح بإجماع الشركاء قصر المزايدة عليهم دون غيرهم [3]، فإذا طلب الشركاء ذلك أمرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحدهم، فيكون في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، هذا ما أكدته المحكمة العليا، في قرارها رقم 94089 المؤرخ في 1993/10/26 الذي ينص على أنه : " من المقرر قانونا أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع .

ولما ثبت – أن المستأنف عليه سابقا – عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فقط ، فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك ، وبالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه " [4] .

و يترتب على حكم رسوا المزاد كافة آثار القسمة وكذلك الحال عند عدم اتفاقهم و رسا المزاد على أحدهم، أما إذا رسا المزاد على أجنبي كان هذا بيعا فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد، أما في علاقة الشركاء فيما بينهم وبين دائنيهم ، فإن رسوا المزاد على أجنبي ليس إلا إجراء تمهيدي لقسمة الثمن المتحصل عليه من المزاد، فيترتب

---

[1] - د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 210.
[2]- د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 112.
[3] - د/همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 363.
[4]- القرار رقم 94089 المؤرخ في 1993/10/26 الصادر عن الغرفة العقارية، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1994، ص 79.

على الحكم الصادر بقسمة الثمن كافة آثار القسمة، كما يجب تصديق المحكمة على هذا الحكم إذا كان بين الشركاء ناقص أهلية [1] .

ومنه يتضح أن القسمة القضائية للعقار الشائع، هي التي تجري بواسطة القضاء نظرا لاختلاف الشركاء في قسمة العقار الشائع، و ذلك بإتباع إجراءات القسمة ابتدءا برفع دعوى القسمة و مراعاة الاختصاص النوعي و الإقليمي، ومنه يجوز للمحكمة في الأخير إصدار حكمها إذا تمكنت من قسمة العقار الشائع عينيا، و إذا تعذر ذلك تلجأ إلى قسمته بطريق التصفية .

و نستخلص من دراستنا لهذا المبحث، أن من حق الشريك في الشيوع أن يطلب إزالته فيختص بجزء مفرز من العقار الشائع، والأصل أن تكون القسمة رضائية بإجماع الشركاء عليها، فإذا تعذر الإجماع على القسمة أو كان بين الشركاء ناقص أهلية و لم تأذن المحكمة لنائبه القانوني بإجراء القسمة، يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة للقيام بها، والأمر سيان سواء كانت القسمة رضائية أو قضائية وجب شهرها بالمحافظة العقارية حتى تنتج آثارها القانونية بين الشركاء و في مواجهة الغير .

[1] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 144.

المبحث الثاني : إلتزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع

نظّم المشرع الجزائري أحكام العقار الشائع تنظيما دقيقا، فوضع قواعد عملية للإنتفاع به والتصرف فيه، مما يجعل البقاء في الشيوع و لو إلى حين أمر غير شاق و بالرغم من هذا فإن البقاء في الشيوع لا يزال أمر غير مرغوب فيه، و لا يجبر الشركاء عليه لأنه ما زال مصدر متاعب [1]، و كما أشرنا فيما سبق أن للشريك المشتاع الحق في طلب إزالة الشيوع و ذلك بقسمة العقار الشائع، ولكن هذا الحق لا يكون دائما على إطلاقه، و إنما قد يتقيد الشريك المشتاع بالبقاء في الشيوع و الإمتناع عن القسمة إما بموجب القانون أو بموجب الإتفاق وهو ما ندرسه في المطلب الأول تحت عنوان التزامات الشريك المرتبطة بطلب إزالة الشيوع ، و بعد القسمة يلتزم الشريك المشتاع بالضمان كأثر لإزالة الشيوع ندرسه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : التزامات الشريك المرتبطة بطلب إزالة الشيوع

تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أنه : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق "، كذلك تنص المادة 737 من القانون السابق الذكر على أنه : " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع "، فإذا كان الأصل هو ثبوت حق كل شريك مشتاع في طلب قسمة العقار الشائع ما دام الشيوع قائما، فإن هذا الأصل ليس مطلقا [2]، بل يرد عليه استثناء حيث يلتزم الشريك بالبقاء في الشيوع العادي أو الإجباري بموجب نص القانون نخصص دراسته في الفرع الأول، و يلتزم الشريك أيضا بالبقاء في الشيوع بموجب الإتفاق نخصص دراسته في الفرع الثاني .

---

[1]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق، ص 880.

[2]- د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 140 .

الفرع الأول : التزام الشريك بالبقاء في الشيوع بموجب القانون

قد يتدخل القانون لاعتبارات يقدرها ويمنع الشريك من طلب القسمة، وهذا التعطيل قد يكون لمدة محددة وقد يكون لمدة غير محددة، وما يميز الشيوع العادي عن الشيوع الإجباري، هو أن العقار الشائع في الشيوع الإجباري مخصص لغرض معين وأن هذا الغرض يقتضي أن يبقى العقار على الشيوع، وإذا قلنا أن معيار التمييز بين الشيوع العادي والشيوع الإجباري هو حرية الشخص في طلب القسمة، فإن هذا المعيار أيضا لا يؤخذ على إطلاقه، ففي الشيوع العادي أيضا قد تطرأ عليه حالات بموجب القانون تجعل من طلب القسمة أمر غير ممكن ولو لحين (أولا)، كما ندرس أيضا الحالات التي يفرضها القانون لمنع القسمة بموجب الشيوع الإجباري (ثانيا).

أولا : حالة الشيوع العادي

يقيد القانون حق الشريك في طلب القسمة، و يلزمه بالبقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون [1]، كما هو الحال في ما أقره قانون الأسرة الجزائري في المادة 88 منه التي تنص على ما يلي : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية، في بيع العقار و قسمته ورهنه و إجراء المصالحة..." .

فقد يخول القانون للمحكمة سلطة منع قسمة العقار الشائع مؤقتا حماية لبعض الشركاء، و البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، و ذلك إذا وقعت دعوى قسمة العقار الشائع على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، وكان من شأن التعجيل بها أن يسبب ضررا جسيما لهؤلاء جاز للمحكمة أن تأمر بتوقيف قسمة العقار الشائع [2] .

وإذا تقرر للمحكمة وقف القسمة، فإن الوقف يكون إلى أقرب الأجلين، خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم، أو بلوغ القاصر سن الرشد، أو رفع الحجر أو حضور الغائب، إذ أن إجراءات وقف القسمة تزول بزوال مقتضياتها [3].

---

[1]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 197.
[2] - المرجع نفسه، ص 65.
[3] - د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 289.

ثانيا: حالة الشيوع الإجباري

تنص المادة 737 من القانون المدني الجزائري على أنه : " ليس للشركاء في العقار الشائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا العقار أنه يجب أن يبقى على الشيوع " ، فالشيوع الإجباري هو صورة من صور الملكية الشائعة، وهو شيوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه، لأن الغرض الذي أعد له العقار الشائع يقتضي أن يبقى دائما على الشيوع، فيلتزم الشريك بالبقاء في الشيوع بموجب الشيوع الإجباري، والذي نتناول فيه ملكية الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية، ثم ملكية الحائط المشترك .

1 - ملكية الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري المتعلقة بتنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية، نجد أن المشرع الجزائري نظم الملكية المشتركة في قسم خاص بها وكذلك أعناها بقوانين خاصة، لا سيما المرسوم 83 – 666 المؤرخ في 1983/11/12 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسير العمارات الجماعية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94- 59 المؤرخ في 07/ 03/ 1994 .

فتعرف المادة 743 من القانون المدني الجزائري الملكية المشتركة بأنها : " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة "، يتضح من نص هذه المادة أن الملكية المشتركة تتميز بنوعين من الملكية، ملكية مفرزة بالنسبة للجزء الخاص، وملكية شائعة بالنسبة للأجزاء المشتركة من البناء، وفي هذه الحالة الأخيرة، تقوم حالة من الشيوع الإجباري وتخضع لقواعده، نظرا لكون هذه الأجزاء مخصصة للإستعمال المشترك بين الشركاء [1].

و يتضح من كل ما تقدم، أن العبرة في تحديد الأجزاء المشتركة، هي بأن تكون هذه الأجزاء معدة للإستعمال المشترك لجميع الملاك، و تجدر الاشارة إلى أن المادة 745 من القانون المدني الجزائري، وكذا المرسوم 83 – 666 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية

[1]- حكيم قاسم، المرجع السابق، ص 101.

المشتركة وتسير العمارات الجماعية، عددوا الأجزاء المشتركة على سبيل المثال لا الحصر كالجدران الأساسية في البناء، و الأرض، و الفناءات، و البساتين، و الجنائن، و المداخل [1]

و تخضع الأجزاء المشتركة لنظام الشيوع الإجباري، فلا يمكن قسمتها ولا التصرف فيها مستقلة، ويكون لكل مالك في سبيل الإنتفاع بالجزء الخاص الذي يملكه، أن يستعمل الأجزاء المشتركة بحرية تامة، وأن ينتفع بها في حدود الغرض الذي أعدت له، وعلى ألا يحول بذلك دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم [2]، فحق المالك في استعمال الأجزاء المشتركة لا يقيده سوى أن يكون في الغرض المعد له من ناحية، وألا يضر بالشركاء الآخرين من ناحية أخرى، فلا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل في عرض منتجاته أو بضائعه، ولو كان نصيبه في البناء متجرا [3].

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا إلى أن الأجزاء المشتركة، يجب أن تستغل وتستعمل من طرف جميع الشركاء وذلك في قرارها رقم 50937 المؤرخ في 1990/05/09، حيث قررت ما يلي : " من المقرر قانونا أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن النزاع يدور حول السطح والمغسل المشترك بين كافة المستأجرين، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف ومن جديد رفضهم للدعوى يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون " [4].

2 - ملكية الحائط المشترك

نظم المشرع الجزائري ملكية الحائط المشترك تحت قسم القيود التي تلحق حق الملكية في المواد من 703 إلى 708 من القانون المدني، رغم أنها تندرج ضمن أحكام الشيوع الإجباري، فهو بهذا تأس بالمشرع المصري الذي أخذ عنه، ويرجع ذلك لغرض أن لا يتوزع موضوع أحكام ملكية الحائط المشترك بين مكانين مختلفين، تفاديا للتكرار .

---

[1] - د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 180.
[2] - المرجع نفسه ، ص 181.
[3] - د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 153.
[4] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 93 .

وبخلاف الملكية المشتركة، لم يضع المشرع تعريفا لملكية الحائط المشترك، ولكنه أورد الأحكام الخاصة المتعلقة به، ويعرف الفقه الحائط المشترك بأنه الحائط المشترك هو ذلك الذي يفصل مابين بنائين ويكون مملوكا لصاحبي البنائين على الشيوع [1]، و مثل هذا الإشتراك في الحائط قد ينتج من اشتراك الجارين في إقامته، أو من اكتساب أحدهما الملكية المشتركة في الحائط الذي بناه الآخر بالتقادم [2].

وقد وضع المشرع قرينة على الاشتراك في الحائط المشترك في المادة 707 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن : " يعد الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ".

فإذا ثبت الإشتراك في ملكية الحائط سواء بحكم ما يقيمه القانون من قرينة أو بأي دليل آخر، فالملكية فيه شائعة بين الجارين، وبالتالي تطبق على الحائط المشترك القواعد العامة المتعلقة بأحكام الشيوع السالفة الذكر، إلى جانب الأحكام الخاصة المتعلقة بالحائط المشترك خاصة فيما يتعلق بحقوق والتزامات المالكين فيه، فالمالك في ملكية الحائط المشترك وعلى سبيل الذكر، له الحق في المشاركة في استعمال الحائط وحق تعليته [3]، وفي مقابل ذلك لا يجوز له طلب قسمته لتعارض طلب القسمة مع الغرض الذي خصص له، ولا يجوز كذلك لأيهما التصرف في حصته فيه مستقلا عن البناء الذي يملكه [4].

الفرع الثاني : التزام الشريك بالبقاء في الشيوع بموجب الإتفاق

قد يكون هناك بعض الإعتبارات التي تدفع الشركاء إلى الإتفاق على البقاء في الشيوع مدة معينة، وهذه الإعتبارات يتولى الشركاء تقديرها بأنفسهم، وقد أجاز القانون لهم ذلك ، كما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني الجزائري المذكورة آنفا، ومن ثمة يكون للشركاء كلهم أو بعضهم أن يتفقوا على البقاء في الشيوع مدة معينة، ولا يكون لهم الحق في طلب القسمة طوال هذه المدة، و الذي يدعوا الشركاء للاتفاق على البقاء

---

[1] - د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص 123.
[2] - د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 144.
[3] - أنظر: المادة 705 من القانون المدني الجزائري .
[4] - د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 145.

في الشيوع له دواع متعددة [1] ندرسها وفق الترتيب الآتي، إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع العادي (أولا) ، ثم إتفاق الشركاء على إنشاء ملكية الأسرة (ثانيا).

أولا : إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع العادي

يلتزم الشريك المشتاع بالبقاء في الشيوع إذا كان قد تقيد باتفاق مع باقي الشركاء على البقاء فيه لمدة معينة، فقد يكون بينهم ناقص أهلية تقتضي قسمة العقار الشائع معه إجراءات معينة تطول، و يكون ناقص الأهلية سيكتمل أهليته بعد زمن غير طويل، فيتفق الشركاء و يتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية، بأن يبقوا جميعا في الشيوع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته، و قد يكون بين الشركاء غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوع هذه المدة حتى يقدم الغائب ، و قد تقتضي قسمة العقار الشائع بيعه و بيعه فورا سيعود عليهم بالخسارة فيبقونه بالاتفاق على الشيوع حتى تواتي فرصة ملائمة لبيعه [2] .

إضافة إلى ما سبق فإن حق الشريك في القسمة قد يتقيد بشرط ورد في الوصية، حيث يشترط الوصي على الموصى لهم بالعقار الشائع عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة شريطة ألا يتجاوز مدته خمس سنوات المقررة قانونا، وكان الباعث على هذا الشرط مشروع، فإذا لم يتحقق هاذين الشرطين في الوصية كان الإتفاق باطلا لا يعتد به [3].

فهذه الأسباب المتنوعة وغيرها الكثير، قد تقتضي من الشركاء أن يبقوا في الشيوع مدة معينة، ولكن إجازة هذا الإتفاق باعتباره استثناء على حق الشريك في طلب القسمة متى شاء مقيدة بشروط نبينها كالآتي :

الشرط الأول : أن يتفق جميع الشركاء على البقاء في الشيوع، ولما كان البقاء في الشيوع عملا من أعمال الإدارة، فالإتفاق عليه لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون متوفرا على أهلية الإدارة، وليس من الضروري أن يدخل في الإتفاق جميع الشركاء، فقد يتفق

---

[1]- د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 290.
[2] - المرجع نفسه، ص 291.
[3] - حكيم قاسم، المرجع السابق، ص 65.

بعضهم على البقاء في الشيوع، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم دون غيرهم، ويكون لمن لم يدخل في هذا الاتفاق أن يطلب القسمة متى شاء [1] .

الشرط الثاني : يجب أن تكون مدة الاتفاق على البقاء في الشيوع محددة بخمس سنوات فإن زادت هذه المدة عن ذلك وجب إنقاصها إلى خمس سنوات، و يبطل هذا الإتفاق إذا تضمن تأبيد البقاء في الشيوع، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 547042 المؤرخ في 2009/10/15 والذي ورد فيه : " لا يمكن الإتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تفوق خمس سنوات و يعد باطلا بطلانا مطلقا، الإتفاق بخصوص تركة شخص مازال على قيد الحياة " [2] .

و لكن يجوز تجديد هذا الاتفاق أكثر من مرة في نهاية كل مدة [3] ، و يسري الإتفاق على البقاء في الشيوع على الشريك المشتاع و خلفه، سواء كان خلفا عاما أو خلفا خاصا و بالنسبة للخلف الخاص فإنه يتقيد باتفاق سلفه ولو لم يكن عالما به [4]، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أنه: " و لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه "

و إذا كان اتفاق الشركاء المشتاعين على البقاء في الشيوع و الإلتزام بالامتناع عن طلب قسمة العقار الشائع جائز في حدود أجل لا يجاوز خمس سنوات، فالأصل أن يتم هذا الإتفاق بإجماع كافة الشركاء، فإذا تم بين بعضهم دون البعض الآخر فلا يلزم حينئذ إلا أطرافه وحدهم، و يبقى من حق الشركاء الذين لم يدخلوا طرفا فيه طلب القسمة في أي وقت [5] .

ومما تجدر ملاحظته أن وجود اتفاق بين الشركاء المشتاعين على قسمة المهايأة لا يمنع الشريك المشتاع من طلب قسمة العقار الشائع، فقسمة المهايأة لا يقصد بها سوى تنظيم الإنتفاع بالعقار الشائع أثناء قيام الشيوع، فيكون ملزما فقط في هذه الحدود ما بقيت حالة

---

[1] - د/ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 291 .
[2] - حكيم قاسم ، المرجع السابق، ص 65 .
[3] - د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 142.
[4] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 127.
[5] - د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 198.

الشيوع قائمة و لكنه لا يدل بذاته على التزام الشريك بالبقاء في الشيوع خلال مدة قسمة المهايأة [1] .

ثانيا : إتفاق الشركاء على انشاء ملكية الأسرة [*]

تنص المادة 738 من القانون المدني الجزائري على أنه : " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم "، فمن خلال هذه المادة يتضح أنه لإنشاء ملكية الأسرة يجب توفر جملة من الشروط نبينها كالآتي :

الشرط الأول : لابد من اتفاق كتابي على إنشاء ملكية الأسرة، بحيث يمنع تخلفه من وجودها القانوني نفسه لا من مجرد إثبات هذا الوجود فحسب، فالكتابة هنا شرط انعقاد لا اثبات، وإذا تضمنت ملكية الأسرة عقارات فينبغي شهر السند المنشئ لها بالمحافظة العقارية [2].

الشرط الثاني : لابد من أن يكون الشركاء أعضاء لأسرة واحدة، فالأصل أن يكونوا هم ورثة المتوفى إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا صناعيا أو زراعيا أو تجاريا، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بإبقائه في الشيوع، والأولى أن تؤخذ الأسرة بالمعنى المألوف في كلام الناس، فتدخل في أعضاء الأسرة الزوجة والزوج بل لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى من ذلك، و الضابط للأسرة هنا ليست هي القرابة بل هي وحدة العمل أو المصلحة كما رأينا سابقا في نص المادة 738، ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة [3].

الشرط الثالث : يجب أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة، سواء كانت العقارات أو المنقولات وأيا كان سبب تملكهم لها في الأصل، فإن كان الغالب تكوين ملكية الأسرة

---

[1] - د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 128.

[*]- تجدر الإشارة إلى أن الشيوع هنا وإن كان إجباريا، إلا أنه مؤقت وغير دائم، ويقوم على الإتفاق مابين أفراد الأسرة.

[2]- د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 238.

[3]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** ، المرجع السابق، ص 1048.

عادة من تركة يبقيها الورثة في الشيوع، فقد يأتي تكوينها عن غير هذا الطريق بما يقدمه كل عضو من أعضاء الأسرة من أي شيء يكون متملكا له بأي سبب من أسباب كسب الملكية [1].

الشرط الرابع : ملكية الأسرة كذلك لابد أن تكون مؤقتة، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة، فلقد نصت المادة 739 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة ، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك .

وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك "، كذلك يتضح من المادة أن الإتفاق غير المحدد المدة على ملكية الأسرة يكون عرضة لأن يخرج أي شريك منه بعد ستة أشهر من إعلان يوجهه إلى سائر الشركاء [2].

إذ تتميز ملكية الأسرة عن الشيوع الإجباري من حيث أن الشركاء فيها أقارب ينتسبون إلى أسرة واحدة، فتتميز إذا عن الملكية الشائعة العادية من وجهين الأول، يتعلق بإدارة العقار الشائع، والثاني يتعلق بتصرف الشريك في نصيبه، أما فيما عدا ذلك فهي تخضع للقواعد العامة للملكية الشائعة وقواعد الوكالة، وهذا ما نصت عليه المادة 742 من القانون المدني الجزائري على أنه : " فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة " .

فمن حيث إدارة ملكية الأسرة الواردة على العقار الشائع، فإنه يجوز لأصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص تعيين مدير أو أكثر لإدارة العقار الشائع من بين الشركاء، فلا يجوز تعين مدير أجنبي عن الشركاء [3]، كذلك يجوز لأغلبية الشركاء عزل المدير ولو

---

[1]- د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 239 .
[2]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية**، المرجع السابق، ص 1050- 1051.
[3]- أنظر: المادة 741 من القانون المدني الجزائري .

اتفق على غير ذلك ، كما أنه يجوز للمحكمة عزله بناء على طلب أحد الشركاء إذا وجد سبب قوي يبرر عزله كأن يكون سيء النية أو يصدر منه خطأ جسيم [1].

ولكن يلاحظ أن سلطة المدير في إدارة ملكية الأسرة هي أوسع من سلطة المدير في الشيوع العادي، فهي لا تقتصر على أعمال الادارة المعتادة فقط بل تمتد أيضا إلى الإدارة غير المعتادة، وكذلك ما يلاحظ من فرق في أن إدارة ملكية الأسرة للعقار الشائع ليس فيه للأقلية أن تتظلم من إدارة المدير فيما يخص الإدارة غير المعتادة.

وتسري قواعد الوكالة سواء في العلاقة بين المدير وباقي الشركاء، أو في العلاقة بين الغير وبينهم باعتبارهم موكلين أو بين الغير وبين المدير باعتباره وكيلا ، وإذا لم يعين الشركاء مديرا وفق الأحكام الخاصة المذكورة يتم الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بإدارة الملكية الشائعة العادية [2].

أما فيما يخص القواعد التي تنظم التصرف في ملكية الأسرة، فقد تناولتها المادة 740 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه : " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة، إلا بموافقة الشركاء جميعا "، فيتضح من نص هذه الفقرة أنه إذا كان التصرف لأحد الشركاء يكون جائزا ونافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى رضائهم .

المطلب الثاني : التزام الشريك بالضمان كأثر لإزالة الشيوع

لما كان من آثار قسمة العقار الشائع الإلتزام المتبادل بين الشركاء المتقاسمين بالضمان لتنفيذ التعهدات فيما بينهم ، فإن مثل هذا الإلتزام مرتبط بالوصف المعطى للقسمة و بذلك اختلف أساس الإلتزام بالضمان، فإذا كان ينظر للقسمة أنها ناقلة للملكية، فأساس الضمان هو تأمين الخلف للسلف ما ينقله له من حق، غير أنه لما كانت القسمة كاشفة فأساس الضمان هو مبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين في حصول كل منهم ماديا على ما يمثل كامل حصته الشائعة المعنوية، ومثل هذه المساواة تقتضي حماية ما يفرز لكل شريك متقاسم من نصيب مادي عما قد يصيبه بعدها من انتقاص أو استحقاق لسبب سابق عن القسمة .

---

[1]- حكيم قاسم، المرجع السابق، ص 155.
[2]- د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 243.

وهذا الضمان المتبادل يغني عن إعادة القسمة و إعادة توزيع الحصص بين الشركاء المتقاسمين [1]، و لتبيان التزام الشريك بالضمان في قسمة العقار الشائع سنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول نطاق ضمان الشريك في القسمة و شروطه و ندرس في الفرع الثاني أثار ضمان الشريك في القسمة.

الفرع الأول : نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة و شروطه

الأصل أن الضمان يترتب على عقد البيع بوصفه عقد ناقل للملكية، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله له، إلا أن المشرع الجزائري رتّب هذا الضمان على كل قسمة، اتفاقية كانت أو رضائية بالرغم من أنها تصرف كاشف، ولا يعتبر الشركاء المتقاسمون خلفا لبعضهم ، ومن ثمة تسري أحكام الضمان الواردة بشأن البيع على القسمة ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة [2] ، و سنقوم في هذا الفرع بتبيان نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة (أولا)، و شروط التزام الشريك بالضمان في القسمة (ثانيا).

أولا : نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة

ينص المشرع الجزائري على التزام الشريك بالضمان في القسمة في المادة 731 من القانون المدني، حيث ورد فيها ما يلي: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة، و يكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين، غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، و يمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ".

إذ تقتضي قسمة العقار الشائع المساواة بين جميع الشركاء، فإذا وقع لأحدهم تعرض في حصته التي اختص بها نتيجة القسمة أو استحق الغير كل أو بعض هذه الحصة المفرزة ضمن الشركاء المتقاسمون بعضهم لبعض هذا التعرض أو الاستحقاق، إذ ليس من العدالة

---

[1]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 232.
[2]- د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 190 .

أن يأخذ بعض الشركاء المتقاسمين حقوقهم كاملة في حين أن البعض الآخر يحرم من كل حقه أو من بعضه، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت المساواة و وجب على شركائه الآخرين ضمان هذا التعرض أو الاستحقاق [1] .

و جاء نص المادة السالفة الذكر قاصرا على ضمان التعرض و الإستحقاق فلا ينصرف إلى العيوب الخفية [2]، لأن الشريك المتقاسم لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع، غير أنه إذا اكتشف الشريك المتقاسم أن هناك عيب لحق النصيب الذي آل إليه، ذلك يدل على أن هناك غبن لحقه و يكون له بالتالي الطعن في قسمة العقار الشائع بسبب الغبن إذا توافرت شروطها، و مؤدى التزام الشريك المتقاسم بهذا الضمان أنه إذا وقع تعرض لأحدهم من قبل الغير، بأن ادعى ملكية العقار الشائع الذي آل إلى الشريك المتقاسم نتيجة القسمة أو جزء منه، التزم الشركاء الباقون باتخاذ كل ما يلزم لمنع هذا التعرض، فإذا لم يتسنى لهم ذلك و استحق الغير العقار الشائع أو جزء منه الذي آل إلى الشريك المتقاسم التزم باقي الشركاء بالتعويض عن هذا الاستحقاق [3] .

و في مقام تحديد نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة سنتعرض فيما يلي إلى التزام الشريك بضمان عدم تعرض الغير في القسمة ، فضلا عن التزام الشريك بضمان عدم تعرضه الشخصي في القسمة [4] .

1- التزام الشريك بضمان عدم تعرض الغير في القسمة

في خصوص التعرض الصادر من الغير، فإنه تطبيقا للقواعد العامة للضمان أجمع الفقه على إخراج ضمان التعرض المادي الصادر من الغير من نطاق التزام الشركاء المتقاسمين بضمان التعرض، الذي لا يستند على سبب قانوني ولا ينبني على إدعاء بحق معين من جانب الغير المتعرض الذي يتمثل في عمل من أعمال الغصب والتعدي، عندئذ يكون على الشريك المتقاسم دفع هذا التعرض بما وضعه القانون تحت يده من الوسائل [5].

---

[1]- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 82.
[2] - د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، المرجع السابق ، ص 273.
[3]- د/ محمد حسين قاسم ، المرجع السابق ، ص 172.
[4]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 121.
[5]- د/ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 223.

أما التعرض القانوني الصادر من الغير، فيقصد به كل تعرض يستند فيه الغير المتعرض إلى حق يدعيه، ويستوي أن يكون هذا الحق حق ملكية أو حق عيني آخر أو كان حق شخصي يحتج به على الشريك المتقاسم، و يكون من شأنه الانتقاص من قيمة ما آل إليه في قسمة العقار الشائع ، ومثال ذلك أن يتبين أن العقار الذي اختص به أحد الورثة في قسمة العقار الشائع كان مؤجرا من جانب المورث بأجر يقل عن أجر المثل [1]، و لا يحق للشريك المتقاسم الرجوع بالضمان إلا إذا وقع التعرض فعلا، فلا يكفي أن يتبين أن هناك حقا للغير يخشى التعرض بسببه [2] .

ووفقا لصريح نص المادة 731 من القانون المدني الجزائري، فإن التزام الشريك المتقاسم بالضمان يغطي جميع صور التعرض القانوني الصادر من الغير مستندا فيما يدعيه من حق لسبب سابق على القسمة، سواء نشأ التعرض من الشركاء المتقاسمين وفقا لإحدى الآليات المقررة لمباشرة سلطة الإنتفاع بالعقار الشائع أثناء الشيوع، شأن ما تقرر بالإجماع أو بالأغلبية العادية بخصوص أعمال الإدارة المعتادة، أو بأغلبية الشركاء المالكين ثلاثة أرباع العقار الشائع بخصوص أعمال الإدارة غير المعتادة، أو نشأ التعرض عند تصرف الشركاء المتقاسمين أو سلفهم بالعقار الشائع، أو لم يرجع التعرض إلى الشركاء أصلا كما لو ادعى المتعرض بتملكه الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك المتقاسم بوضع اليد للمدة الطويلة التي اكتملت قبل القسمة [3] .

أما التعرض القانوني الصادر من الغير استناد إلى سبب لاحق عن القسمة، فمن المؤكد أنه يخرج عن نطاق التزام الشركاء المتقاسمين بالضمان، كما لو استند المتعرض في ادعائه بملكية الجزء الذي آل مفرزا للشريك المتقاسم لتملكه له بالتقادم و لو بدأت مدته أثناء الشيوع و لم تكتمل إلا بعد القسمة، أما إذا استند التعرض الحاصل من الغير على سبب لاحق للقسمة و يكون منسوب إلى أحد الشركاء المتقاسمين، كان هذا الشريك المتقاسم وحده المسؤول عنه بوصفه تعرضا حاصلا للشريك المتقاسم بوصفه مالكا ملكية مستقلة دون

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 167.
[2]- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 83 .
[3]- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 369.

أن يسأل عنه بقية المتقاسمين المقرر التزامهم بالضمان ضد ما يباشره الغير من تعرض مستند إلى حق صادر منهم قبل القسمة إضرارا بالشريك المتقاسم [1].

2 - التزام الشريك بضمان عدم تعرضه الشخصي في القسمة

هذه الصورة من التعرض لم تتعرض لها المادة 731 من القانون المدني الجزائري فهي مقتصرة على ضمان الشركاء المتقاسمين لما يصدر من الغير من تعرض - مستند لسبب سابق على القسمة - لما أفرز من نصيب لأحد الشركاء المتقاسمين، فهل ضمان المتقاسمين لهذه الصورة يمتد لضمان البائع لما يصدر عنه من تعرض شخصي للمشتري سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا يستند فيه إلى حق يتعارض مع الحق الذي تعهد بنقله إلى المشتري أو ينتقص منه، و الفقه يتجه إلى التزام الشريك المتقاسم بكل تعرض مادي يصدر منه للنصيب المفرز لشريكه المتقاسم كأحد مقتضيات حسن النية في تنفيذ القسمة التي جمعتهم [2] .

في المقابل فإن التزام الشريك المتقاسم بالضمان و عدم التعرض لا يحول بينه وبين مطالبة الشريك المتقاسم بحق له على العقار الشائع الذي أفرز له بالقسمة، باعتبار أن القسمة فيما تفرزه للشركاء المتقاسمين إنما تكشف عما كان ثابتا لهم من حقوق أثناء الشيوع بغير أن تنقل لهم ما لم يكن ثابتا لهم، فإذا أثبت الشريك المتقاسم ملكيته المفرزة للعقار الذي أوقعته القسمة في نصيب الشريك المتقاسم، فلقد أثبت أنه لم يكن عقارا شائعا و بالتالي لم يكن ليدخل في القسمة، و بالتالي فإن مركزه كمتقاسم ملتزم بعدم التعرض لا يحول بينه و بين المطالبة بحقه الذي تعلق بالعقار المفرز للشركاء المتقاسمين غير أنه باستحقاق الشريك المتقاسم لهذا العقار، يتبين أن المتقاسم الذي استحقت حصته لم يتلقى نصيبه كاملا في العقار الشائع، فيكون له أن يرجع على باقي المتقاسمين و منهم المتقاسم الذي استرد ملكه بالتعويض وفق المادة 731 من القانون المدني الجزائري، كما يكون له إبطال قسمة العقار الشائع للغلط، كما يكون له أيضا نقضها للغبن [3] .

---

[1] - د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 370.
[2]- المرجع نفسه ، ص 371 .
[3]- د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 192.

ثانيا :شروط التزام الشريك بالضمان في القسمة

لقيام التزام الشريك بالضمان في القسمة ، أوجب القانون توفر جملة من الشروط و التي من شأنها توفير المساواة بين الشركاء المتقاسمين، وتتمثل هذه الشروط في وقوع التعرض أو الاستحقاق لأحد الشركاء في القسمة ، ووقوع التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ، وعدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ الشريك المتقاسم، وعدم وجود اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان [1].

1- وقوع التعرض أو الاستحقاق لأحد الشركاء في القسمة

يجب أن يقع التعرض أو الاستحقاق للشريك المتقاسم في العقار الشائع أو في جزء منه الذي اختص به بمقتضى القسمة، و يقتصر الضمان كما قلنا سابقا على التعرض القانوني الذي يقع للشريك المتقاسم ولا يشمل التعرض المادي له في حيازته، الذي يكفي لدرئه الاستعانة بالسلطة العامة، كما لو ادعى شخص ملكية الجزء الذي وقع في نصيب أحد المتقاسمين أو ادعى عليه حق انتفاع، و يجب أن يقع التعرض للشريك المتقاسم فعلا فلا يكفي ليرجع بالضمان أن يعلم بوجود حق للغير قد يقع التعرض له بسببه [2] .

2- وقوع التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة

يجب لقيام ضمان تعرض أو الاستحقاق، أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل قسمة العقار الشائع، و هذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 731 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ..." ، فإذا كان الإستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا ضمان، فالضمان يقوم إذا كان الغير يدعي مثلا أنه اشترى الجزء الذي آل إلى الشريك المتقاسم من أغلبية الشركاء قبل القسمة، أو أنه اكتسب ملكيته بالتقادم الذي اكتملت مدته قبل قسمة العقار الشائع، وبالعكس لا يقوم ضمان الشركاء المتقاسمين إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بعد قسمة العقار الشائع، أو نزع نصيب الشريك المتقاسم من تحت يده للمنفعة العمومية بعد قسمة العقار الشائع [3] .

---

[1]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 122.
[2]- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 84.
[3]- د/ محمد حسين قاسم ، المرجع السابق ، ص 173.

3- عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ الشريك المتقاسم

تنص الفقرة الثانية من المادة 731 من القانون المدني الجزائري على أنه : " ...و يمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه "، فيجب ألا يكون الإستحقاق راجعا إلى تقصير الشريك المتقاسم، كأن يهمل في قطع التقادم و استرداد العقار حتى اكتملت مدة التقادم و أصبح العقار الشائع مملوكا للحائز، أو تقام عليه دعوى الإستحقاق فيتولى وحده الدفاع فيها و لا يدخل فيها باقي الشركاء المتقاسمين و لا يخطرهم بها في الوقت المناسب فيحول بينهم و بين تقدمهم بدفوع تؤدي إلى رفض الدعوى، أو يهمل في التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفض الدعوى ولو كان دفعا بتملكه للحصة بالتقادم [1].

4- عدم وجود اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في القسمة

تنص المادة 731 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه ..." ، و يشترط في هذا الاتفاق أن يكون صريحا قاطعا شاملا للحالة الخاصة التي نشأ عنها التعرض أو الإستحقاق، كالإتفاق على الإعفاء من الضمان بسبب استحقاق الحصة الشائعة بالتقادم فلا يسري الإعفاء باستحقاقها بسبب آخر غير التقادم، وعلى ذلك فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون الشريك المتقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الإستحقاق، ولا يكفي أيضا أن يرد الاتفاق في عبارات عامة، فإن وجد شك وجب تفسيره لصالح الراجع بالضمان، و يجوز الإتفاق على تشديد الضمان أو إنقاصه بالإضافة إلى الإعفاء منه على نحو أحكام البيع [2] .

ذلك أنه إذا كان الضمان مقرر لكل شريك متقاسم اتجاه بقية الشركاء تحقيقا للمساواة بينهم، فليس ثمة ما يمنعهم من النزول عن طلب هذه المساواة بالإتفاق على الإعفاء منه غير أن المشرع الجزائري قيد لهم هذا النزول، وذلك بأن يكون اتفاقا صريحا لا ضمنيا حتى يتيقن من اتجاه إرادتهم إلى النزول عن حقهم في ما تفرضه قسمة العقار الشائع لهم من ضمان، إضافة الى أنه لا بد أن يحدد في هذا الاتفاق الصريح سبب معين للإستحقاق المتفق عليه على الإعفاء من ضمانه، و إلا أصبحت القسمة عقد إحتمالي وهو ما يتنافى

---

[1]- د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، المرجع السابق ، ص 274.
[2]- المرجع نفسه، ص 275 .

مع طبيعتها و ما تفرضه في الأصل من تحقيق المساواة التامة بين الشركاء المتقاسمين ويستوي أن يرد هذا الاتفاق في عقد مستقل أو في عقد القسمة [1] .

فإذا استحقت حصة الشريك المتقاسم، و توفرت الشروط السابقة، رجع على باقي الشركاء المتقاسمين بالضمان و ألزمهم بأن يدفعوا له قيمة ما يخصه من خسارة، و تقدر بقيمة العقار وقت حصول القسمة لا وقت ثبوت الاستحقاق، و توزع على جميع الشركاء بمن فيهم الراجع بالضمان كل بنسبة حصته [2] .

الفرع الثاني : آثار ضمان الشريك في القسمة

تنص الفقرة الأولى من المادة 731 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين "، يتضح من هذه الفقرة، أن المشرع لم يرتب على الإستحقاق إعادة قسمة العقار الشائع لما تتطلبه من جهد و عدم استقرار، إنما اكتفى في ذلك بتحقيق المساواة بين الشركاء المتقاسمين بتعويض الشريك المستحق بمبلغ نقدي عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير عليه [3]، و لهذا نبين في دراستنا لهذا الفرع حالات ثبوت التزام الشريك بضمان الإستحقاق (أولا)، و مضمون التزام الشريك بضمان الإستحقاق (ثانيا) .

أولا : حالات ثبوت التزام الشريك بضمان الإستحقاق

إذا كان المشرع الجزائري قد رتب على تحقق الضمان أثر الإستحقاق، فإنه لم يبين كيفية ذلك، وبالتالي تطبق القواعد العامة المتعلقة بضمان التعرض في عقد البيع طبقا للمواد 372 ، 373 ، 374 ، 375 من القانون المدني [4]، و يتضح من ذلك أن الشريك المتقاسم كالبائع، يرجع بالتعويض على الشركاء المتقاسمين، إذا استحق الجزء الذي وقع في نصيبه طبقا للإجراءات الآتي ذكرها .

---

[1]- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 85.
[2]- د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، المرجع السابق ، ص 275.
[3]- د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 195.
[4]- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 86.

إذا أخطر الشريك المتقاسم الشركاء الآخرين بدعوى الاستحقاق التي رفعها الغير و لم يتدخلوا فيها، ثم حكم بالاستحقاق للغير المدعي، التزم هؤلاء الشركاء بتعويض الشريك المتقاسم على هذا الاستحقاق [1]، طبقا لنص المادة 372 من القانون المدني الجزائري ما لم يثبت الشركاء المتقاسمون أن الحكم الصادر لمصلحة الغير كان نتيجة تدليس الشريك المتقاسم أو لخطأ جسيم منه.

إذا أخطر الشريك المتقاسم في الوقت المناسب باقي الشركاء المتقاسمين بالدعوى المرفوعة عليه بالاستحقاق، ولم يتدخلوا فيها، وكان أن تصالح الشريك المدعى عليه مع الغير المدعي أو أقر له بحقه دون انتظار الحكم في الدعوى، و لم يستطع الشركاء المتقاسمون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه [2]، فيلتزم بالتالي الشركاء بتعويض الشريك طبقا لنص المادة 373 من القانون المدني الجزائري .

إذا أخطر الشريك المتقاسم الشركاء الآخرين بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده فتدخل الشركاء و لكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى الغير المتعرض، باعتبار أن عدم ضمان التعرض هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية [3] .

إذا لم يخطر الشريك المتقاسم الشركاء الآخرين بدعوى الإستحقاق، و حكم للغير المتعرض، و لم يثبت الشركاء الآخرون أن تدخلهم في دعوى الاستحقاق كان يؤدي الى رفضها، و إذا سلم الشريك المتقاسم للغير المتعرض بحقه دون دعوى يرفعها و لم يثبت الشركاء الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه [4] .

و نجد أن جميع الشركاء المتقاسمين بمن فيهم الشريك المضمون، يتحملون معا عواقب الإستحقاق باعتبار أنه و هو يستند إلى سبب سابق على القسمة ينتقص مما كان يجب أن تنصب عليه قسمة العقار الشائع من حصص، فيوزع التعويض عليهم جميعا بحيث

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 169.
[2]- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 374.
[3]- المرجع نفسه، ص 374 ، 375.
[4]- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** ، المرجع السابق ، ص 980.

يكون كل الشركاء المتقاسمين ملزمين بنسبة حصتهم، أن يعوضوا مستحق الضمان و يتحمل مستحق الضمان كذلك بنسبة حصته [1].

ثانيا : مضمون التزام الشريك بضمان الإستحقاق

الإلتزام بضمان الاستحقاق ما هو إلا تنفيذ للإلتزام بضمان عدم التعرض بطريق التعويض [2]، و الغرض منه تعويض الشريك المتقاسم الذي استحقت حصته التي أفرزت له كليا أو جزئيا للغير عما أصابه من فوات أو نقص في حصته نتيجة ثبوت حق الغير ولما كانت المساواة هي قوام القسمة، فإن الخسارة التي لحقت بالشريك المتقاسم توزع على الشركاء المتقاسمين جميعا كل بنسبة حصته [3]، و يختلف مضمون التزام الشركاء المتقاسمين بحسب ما إذا كان الاستحقاق الذي تعرض له الشريك المتقاسم استحقاقا كليا أو جزئيا، و هذا ما ندرسه فيما يلي :

1- التزام الشريك بضمان اللإستحقاق الكلي

المفروض هنا أن العقار الذي وقع في نصيب الشريك المتقاسم الدائن بالضمان قد استحق استحقاقا كليا، بأن استطاع الغير المتعرض أن يثبت ملكيته له و أن يسترده من تحت يده، فعندئذ يرجع الشريك المتقاسم على باقي الشركاء لا بنقض قسمة العقار الشائع كما في الغبن ولا بفسخها، و لكن بالتعويض على الوجه الذي يرجع به المشتري في ضمان استحقاق البيع[4]، المنصوص عليه في المادة 375 من القانون المدني الجزائري .

و يشمل التعويض عن الاستحقاق من قيمة العقار المستحقة وقت القسمة لا وقت الطلب أو وقت الإستحقاق، وذلك لتحقيق المساواة بين الشركاء المتقاسمين، و هذا ما نصت عليه المادة 731 من الفانون المدني الجزائري : "...و يكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق

---

(1)- حياة كيحل ، المرجع السابق ، ص 86.
(2)- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 375.
(3)- د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 195.
(4)- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** ، المرجع السابق ، ص 981 .

الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين ..." ، و هذا على عكس الحال في البيع، حيث تقدر قيمة التعويض بوقت الإستحقاق، فالبيع يقوم على المضاربة يتعرض فيه المشتري للربح و الخسارة، أما المساواة في قسمة العقار الشائع تقتضي النظر إلى قيمته وقت القسمة حتى لا يتأثر الشركاء بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة [1] .

كما يشمل التعويض عن الإستحقاق قيمة الثمار التي ألزم الشريك المتقاسم بردها للمستحق، والمصروفات التي أنفقها على العقار إذا لم يكن المستحق ملزما بها، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان الشركاء المتقاسمون المدينون بالضمان سيؤوا النية و جميع مصروفات دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق، عدا ما كان الشريك مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، وبوجه عام تعويض الشريك المتقاسم مستحق الضمان عما لحقه من خسائر دون ما فاته من كسب، لأن قسمة العقار الشائع لا يقصد بها المضاربة كالبيع و إنما تحقيق المساواة بين المتقاسمين [2]، و كل هذه التعويضات عن الاستحقاق تقاس على الضمان في البيع [3].

2- التزام الشريك بضمان الإستحقاق الجزئي

يتحقق الإستحقاق الجزئي في حالة ما إذا حكم باستحقاق جزء من العقار الذي وقع في نصيب الشريك المتقاسم للمستحق، أو في حالة ما إذا قضي له بحق عيني أصلي عليه شأن حق الإنتفاع أو حق الإرتفاق، أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العقار و ظهر بعد ذلك أنه غير موجود، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي [4].

ففي عقد البيع نميز بين ما إذا لحق المشتري استحقاق جزئي جسيم بحيث لو علمه لما أتم العقد، أين يكون للمشتري الخيار بين رد ما بقي من المبيع مع المطالبة بالتعويض الكامل، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق

---

[1]- د/ محمد حسين قاسم ، المرجع السابق ، ص 185.
[2]- د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 170.
[3]- أنظر : المادة 375 من القانون المدني الجزائري.
[4]- د/ محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 376.

الجزئي طبقا للقواعد العامة، أما إذا لحق المشتري استحقاق جزئي غير جسيم، فليس له أن يطلب الفسخ، و لا يكون له إلا المطالبة بالتعويض عما أصابه بسبب الاستحقاق [1].

أما في قسمة العقار الشائع لا يمكن تطبيق ذلك، لأن القسمة ليست تصرف ناقل للحق و إنما كاشف عما للشركاء من حقوق من خلال إفراز أنصبة تعادل حصصهم الشائعة، فإذا وقع استحقاق جزئي لأحدهم، التزم باقي الشركاء المتقاسمين بتعويضه عما لحقه من ضرر جزئي في قيمة ما استحق من العقار الذي أفرز له بالقسمة و فوائد هذه القيمة و ملحقاتها ، و تكون العبرة في تقدير العقار الشائع بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين[2] .

و نستخلص من دراستنا لهذا المبحث أنه يترتب على الشريك المشتاع التزامات متعلقة بإزالة الشيوع ، فالشريك ملزم من حيث طلب إزالة الشيوع بالقيود التي يفرضها عليه القانون أو الاتفاق و التي تهدف إلى بقاء الشريك في الشيوع و الإمتناع عن القسمة ، و بعد قسمة العقار الشائع و إفراز الأنصبة المادية للشركاء، يقع عليهم التزام الضمان و يشمل هذا الأخير التعرض و الاستحقاق معا، و كلاهما صورة واحدة من الضمان، حيث يلتزم الشريك بضمان التعرض أي باتخاذ كل ما يلزم لدفع تعرض الغير، الذي يتمثل في ادعاء ملكية الجزء الذي آل للشريك نتيجة القسمة فإذا لم ينجح في ذلك و استحق الغير الحصة التزم الشريك بالتعويض عن هذا الاستحقاق .

---

[1]- أنظر : المادة 376 من القانون المدني الجزائري.
[2]- د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 377.

نصل في نهاية هذا الفصل إلى القول بأن للشريك المشتاع أن يطلب فض الشيوع و إزالته، و هذا لا يتأتى إلا بطلبه لقسمة العقار الشائع، إذ عمل المشرع الجزائري على منح كل شريك في الشيوع الحق في القسمة و إفراز الأنصبة المادية لكل الشركاء رضاء أو قضاء و باتباع إجراءات معينة، تبدأ برفع دعوى القسمة إلى غاية صدور الحكم فيها، و الأمر على خلاف ذلك إذا قيد القانون أو الإتفاق سلطة الشركاء في طلب القسمة فبموجب القانون يتقرر للشركاء البقاء في الشيوع بنوعيه العادي و الإجباري إذا تبين أن الغرض المخصص للعقار الشائع يجب أن يبقى دائما على الشيوع و لو لمدة معينة و الأمر سيان يتقيد الشركاء بالإمتناع عن طلب القسمة إذا اتفقوا على بقائهم فيه و لو لمدة تقدر بحسب الإتفاق، وعند إزالة الشيوع بإجراء القسمة و حصول كل شريك على حصته المفرزة ، يلتزم بالضمان اتجاه سائر الشركاء عما يلحقهم من تعرض أو استحقاق في حصصهم لسبب سابق عن القسمة باعتبار أن القسمة تحقق المساواة بين كل الشركاء المشتاعين .

الخاتمة

الخاتمـــــــــة

في ختام هذه الدراسة وبعد تناولنا لموضوع حقوق والتزامات الشريك في العقار الشائع بالدراسة والتحليل، نكونوا قد ساهمنا في تبيان ما للشريك من حقوق و ما عليه من التزامات، حيث تم تقسيم البحث إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول حقوق والتزامات الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع، و تناولنا في الفصل الثاني حقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع ، و من خلال طرحنا لهذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية :

- أن المشرع الجزائري رتب حقوق والتزامات متبادلة بين الشركاء، فحق شريك هو بمثابة التزام شريك آخر .

- أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية حقيقي، أي حق عيني ينشئ رابطة مباشرة بين الشريك والعقار الشائع، تكون له بمقتضاه سلطة الانتفاع وسلطة التصرف كصاحب حق الملكية المفرزة تماما .

- أن الشريك المشتاع يتمتع بسلطات ملكية العقار الشائع، من انتفاع عن طريق استعمال و استغلال العقار الشائع، ولا شك أن الوضع الأمثل للإنتفاع بالعقار الشائع، هو أن تتم الأعمال اللازمة له بإجماع الشركاء، شأنها قسمة المهايأة بنوعيها المكانية و الزمانية، ولكن تعذر الوصول إلى هذا الوضع الأمثل، قد جعل المشرع يخول لأغلبية الشركاء حق القيام بإدارة العقار الشائع تسهيلا للإنتفاع به، وفي مقابل ذلك يلزم الشريك بما يترتب عن قسمة المهايأة و الإدارة من التزامات .

- أن الشريك المشتاع له الحق في التصرف بالعقار الشائع ، في حدود حصته الشائعة وأي زيادة عن حصته تجعل التصرف غير نافذ في مواجهة سائر الشركاء، إلا إذا أجازوه صراحة ، وفي مقابل ذلك يلتزم الشريك بما يترتب عن حق التصرف من التزامات والتي عادة ما تخدم مصالح كل الشركاء و عدم الإعتداء عليها، تحقيقا للمساواة فيما بينهم .

- وبما أن نظام الشيوع نظام استثنائي ليس بالدائم سينتهي حتما، جعل المشرع لكل شريك الحق في إزالته بطلب القسمة في أي وقت ، ولا يجوز النزول عن هذا الحق مقدما إلا لمدة مؤقتة و محددة، تشجيعا على العودة إلى النظام العادي وهو الملكية المفرزة

و في مقابل ذلك يلتزم الشريك بما يترتب عن قسمة العقار الشائع من ضمان عدم التعرض و الإستحقاق لحصص غيره من الشركاء لسبب سابق على القسمة، أما إذا نص القانون أو انعقد إتفاق بين الشركاء على عدم إمكانية القسمة ، فإن الشريك يلتزم بالبقاء فيه .

ومن هذا كله فقد سجلنا بعض الملاحظات تتمثل في :

- أن المشرع الجزائري نظم أحكام الملكية الشائعة من حيث الحقوق و الإلتزامات إلا أن الواقع العملي يبرز لنا غير ذلك، فوضع الشيوع في الجزائر وضع شبه دائم و متأزم نتيجة لجهل الشركاء لحقوقهم و إلتزاماتهم في العقار الشائع ، إذ ما زال الكثير منهم يبقون على العقار الشائع دون قسمته لمدة طويلة و دون الإنتفاع به، مما يعرقل الإستثمار و الإستغلال الأمثل له، و بالتالي التأثير السلبي على الحياة الإقتصادية .

- و تمتع الشركاء في الشيوع بنفس السلطات و على نفس المحل يؤدي إلى تزاحم بين حقوق الشركاء و تقاعسهم في التزاماتهم، لأن كل تصرف يقوم بها أحدهم يمس مباشرة حقوق بقية الشركاء، الأمر الذي يجعلنا نقول أنه لا تكفي النصوص القانونية لتنظيم أحكام العقار الشائع، إذ لابد من وجود وعي و إدراك الشركاء بأهميته و شعورهم نحوه بشعور المالك الحقيقي، لذلك نرى بأن المشرع أصاب في كونه لم يطلق سلطات الشريك في الشيوع و إنما قيدها بعدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء تحقيقا لمصالحهم جميعا من جهة، و بين مصلحة المجتمع من جهة اخرى .

- وما يؤخذ على المشرع إغفال تبيان الأسباب القوية التي يستند عليها أغلبية الشركاء عند تصرفهم في العقار الشائع، هذا من شأنه أن يمّكن هذه الأغلبية من التعسف في حق الأقلية، لذلك وجب أن يتدخل المشرع قصد ايجاد أحكام دقيقة وواضحة تنظم الأسباب القوية وبالتالي سد الفراغ الذي تنطوي عليه نصوص القانون المدني في باب الملكية الشائعة .

ونحن كباحثين نقترح على المشرع ما يلي :

- تصحيح عبارة " يتناولوا " التي وردت في نص المادة 734 من القانون المدني و استبدالها بعبارة " يتناوبوا "و بذلك يعطي النص المدلول الصحيح له .

- النص صراحة على تنظيم دعوى الإسترداد و آجال رفعها، مثلما بين ذلك في الشفعة من أجل دعم الاستقرار في المعاملات ، لأنه بدون ذلك يكون للمسترد بمجرد إعلان رغبته من خلال التصريح في الميعاد المحدد قانونا، أن يرفع الدعوى في أي وقت يشاء إلى أن تتم القسمة مما يهدد استقرار المعاملات .

و بهذا الشكل نكونوا قد أنهينا عملنا المتواضع آملين أن نكون قد ألقينا الضوء على مختلف الجوانب المتعلقة بموضوع حقوق و التزامات الشريك في العقار الشائع على الرغم من أنه يبقى موضوعا شاسعا و يستحق المزيد من الدراسة .

- تم بعون الله -

قائمـة المراجع

قائمة المراجـــــــع

أولا : المؤلفات

1 . د/ محمود عبد المجيد المغربي، **المال والملكية في الشريعة الاسلامية**، مؤسسة خليفة للطباعة، بيروت، لبنان ، سنة 1990.

2 . د/ محمد وحيد الدين سوار، **حق الملكية في ذاته في القانون المدني** ، الطبعة الثانية مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، سنة 1997 .

3 . د/ حسن كيرة، **الموجز في أحكام القانون المدني**، منشاة المعارف ، الإسكندرية مصر، سنة 1998 .

4 . د/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، **سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع و استغلاله، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، سنة 2000 .

5 . د/ جمال خليل النشار، **تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء** دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر، سنة 2000 .

6 . د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية** الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، سنة 2000 .

7 . د/ عبد الرزاق احمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الإيجار و العارية** ، الجزء السادس، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، سنة 2000 .

8. د/ مصطفى الجمال، **نظام الملكية**، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة و النشر الإسكندرية ، مصر، سنة 2000 .

9. د/ محمد عبد الرحمن الضويني، **أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني** الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2001 .

10. د/ رمضان أبو السعود، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وأحكامها و مصادرها** دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2003 .

11. أنور العمروسي، **الملكية و أسباب كسبها** ، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر سنة 2003 / 2004 .

12. د/ احمد شوقي محمد عبد الرحمان، **الحقوق العينية الأصلية حق الملكية و الحقوق العينية المتفرعة عنه** ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2004 .

13. د/ أنور طلبة، **المطول في شرح القانون المدني**، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، سنة 2004 .

14. د/ أنور طلبة ، **الملكية الشائعة** ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر سنة 2004 .

15. حمدي باشا عمر، **القضاء العقاري في أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا** ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2005 .

16. د/ محمد حسين قاسم، **موجز الحقوق العينية الأصلية** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2005 .

17. السيد عبد الوهاب عرفة، **القسمة و استعمال و إدارة المال الشائع** ، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2006 .

18. د/ سعيد سعد عبد السلام، **الوجيز في الحقوق العينية التبعية** ، مطابع الولاء الحديثة سنة 2006 .

19. د/ نبيل إبراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2006 .

20. حمد محمود خليل ، **إدارة المال الشائع و التصرف فيه** ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر ، سنة 2007 .

21. د/ محمد حسين منصور، **" الحقوق العينية الأصلية "**، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2007.

22. د/ همام محمد محمود زهران ، **الحقوق العينية الأصلية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2007 .

23. د/ علي الهادي العبيدي، **العقود المسماة البيع و الإيجار**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، سنة 2010 .

24. د/ يوسف محمد عبيدات ، **الحقوق العينية الأصلية و التبعية** ، الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، الأردن ، سنة 2011 .

ثانيا : النصوص القانونية

أ - الأوامر

1. الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني،ج.ر العدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر العدد 31 لسنة 2007 .

2. الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج ر العدد 92 لسنة 1975 .

3. الأمر رقم 76- 101 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المتضمن قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة ، ج ر العدد 102 لسنة 1976، المعدل والمتمم بموجب القانون 13-08 ، المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 ، المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ج ر العدد 68 لسنة 2013 .

ب - القوانين

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24 لسنة 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05- 02، المؤرخ في 27 أفريل 2005 ، ج ر العدد 15 لسنة 2005 .

2. القانون رقم 90- 29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير،ج ر العدد 52 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004،ج ر العدد 51 لسنة 2004

3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر العدد 21 لسنة 2008 .

ج - المجلات القضائية

1.المجلة القضائية، المحكمة العليا ، العدد 01، لسنة 1991.

2. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 1991.

3. المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد 04، لسنة 1992.

4. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1994.

ثالثا : الرسائل الجامعية

1. فايزة مخازني، **تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة،** مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة بومرداس، السنة الدراسية 2004 / 2005 .

2. حياة كيحل، **القسمة القضائية للعقار الشائع** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، تخصص قانون عقاري و زراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الدراسية 2005 / 2006 .

3. وهاب عياد ، **التصرف في الملكية العقارية الشائعة** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة ، السنة الدراسية 2007 / 2008 .

4. مازن زايد جميل عوران ، **القسمة الرضائية في العقار ، دراسة مقارنة** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين، سنة 2008

5. منصور فؤاد عبد الرحمان مسّاد ، **الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2008 .

6. أسماء تخنوني، **النظام القانوني للشفعة في التشريع الجزائري** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة باتنة ، السنة الدراسية 2008 / 2009 .

7. محمد عقوني، **تصرف الشريك الوارد على العقار الشائع** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة البليدة السنة الدراسية 2009 / 2010 .

8. سليمة طويري ، فاطمة شاوشي، **إدارة المال الشائع في التشريع الجزائري** ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق جامعة المدية ، السنة الدراسية 2011 / 2012 .

9. حكيم قاسم، **حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير قسم القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الدراسية 2011 / 2012 .

10. سهيلة تواتي، **إدارة أنواع الشيوع في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، السنة الدراسية 2011 / 2012 .

11. قويدر فرقاني، **حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر السنة الدراسية 2012 / 2013 .

الفهـــــــرس

المحتوى **الصفحة**

مقدمة.....01

الفصل الأول : حقوق والتزامات الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع.05

المبحث الأول : حقوق الشريك في ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع..... 06

المطلب الأول:حق الشريك في الإنتفاع بالعقار الشائع.....06

الفرع الأول :. حق الشريك في استعمال العقار الشائع.....07

أولا : حق الشريك في قسمة المهايأة المكانية.....07

ثانيا : حق الشريك في قسمة المهايأة الزمانية.....09

ثالثا: حق الشريك في طلب قسمة المهايأة التمهيدية.....10

رابعا : التكيف القانوني لقسمة المهايأة.....11

الفرع الثاني : حق الشريك في استغلال العقار الشائع 12

أولا : حق الشريك في إدارة العقار الشائع.....12

ثانيا : حق الشريك في حفظ العقار الشائع 17

المطلب الثاني : حق الشريك في التصرف في العقار الشائع.....19

الفرع الأول : حق التصرف الجماعي في العقار الشائع.....20

أولا : تصرف كل الشركاء في العقار الشائع.....20

ثانيا : تصرف أغلبية الشركاء في العقار الشائع.....22

الفرع الثاني: حق التصرف الفردي في العقار الشائع.....23

أولا : تصرف الشريك في حصته الشائعة.....24

ثانيا : تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع 29

ثالثا : تصرف الشريك في كل العقار الشائع.....31

المبحث الثاني : إلتزامات الشريك المترتبة عن ممارسة سلطات ملكية العقار الشائع...33

المطلب الأول : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الإنتفاع بالعقار الشائع....33

الفرع الأول : التزامات الشريك المترتبة عن استعمال العقار الشائع.....33

أولا : التزامات الشركاء المترتبة عن قسمة المهايأة.....33

ثانيا: التزامات الشريك المترتبة عن قسمة المهايأة 37

الفرع الثاني : التزامات الشريك المترتبة عن استغلال العقار الشائع.....38

أولا : التزام الشريك بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء.....38

ثانيا : التزام الشركاء بالإشتراك في نفقات العقار الشائع.....39

المطلب الثاني : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق التصرف في العقار الشائع.....42

الفرع الأول :. التزام الشريك عند التصرف الجماعي في العقار الشائع.....42

الفرع الثاني : التزامات التصرف الفردي في العقار 44

أولا : التزامات الشريك المترتبة عن ممارسة حق الشفعة 44

ثانيا : التزامات الشريك المسترد عند استرداد الحصة الشائعة المبيعة.....49

الفصل الثاني : حقوق و التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع.....53

المبحث الأول: حق الشريك في طلب إزالة الشيوع.....54

المطلب الأول : حق الشريك في القسمة الرضائية للعقار الشائع.....54

الفرع الأول : شروط القسمة الرضائية 55

أولا : اتفاق جميع الشركاء على القسمة الرضائية 55

ثانيا : توفر الأهلية الكاملة للشركاء.....56

ثالثا: شهر عقد القسمة الرضائية بالمحافظة العقارية.....58

الفرع الثاني : حق الشريك في الطعن في القسمة الرضائية.....58

أولا : حق الشريك في الطعون العامة في القسمة الرضائية.....59

ثانيا :. حق الشريك المغبون في الطعن في القسمة الرضائية..... 59
المطلب الثاني : حق الشريك في القسمة القضائية للعقار الشائع.....61
الفرع الأول : دعوى القسمة.....61
أولا : الخصوم في دعوى القسمة.....62
ثانيا : الإختصاص القضائي في دعوى القسمة.....64
الفرع الثاني : طرق إجراء القسمة القضائية 65
أولا : القسمة العينية 65
ثانيا : القسمة بالتصفية 68
المبحث الثاني : التزامات الشريك المتعلقة بإزالة الشيوع.....71
المطلب الأول : التزامات الشريك المرتبطة بطلب إزالة الشيوع 71
الفرع الأول : التزام الشريك بالبقاء في الشيوع بموجب القانون.....72
أولا : حالة الشيوع العادي.....72
ثانيا : حالة الشيوع الإجباري.....73
الفرع الثاني : التزام الشريك بالبقاء في الشيوع بموجب الإتفاق.....75
أولا: إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع العادي.....76
ثانيا : إتفاق الشركاء على إنشاء ملكية الأسرة.....78
المطلب الثاني : التزام الشريك بالضمان كأثر لإزالة الشيوع 80
الفرع الأول : نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة و شروطه.....81
أولا : نطاق التزام الشريك بالضمان في القسمة.....81
ثانيا : شروط التزام الشريك بالضمان في القسمة.....85
الفرع الثاني : أثار ضمان الشريك في القسمة.....87
أولا : حالات ثبوت التزام الشريك بضمان الاستحقاق.....87
ثانيا : مضمون التزام الشريك بضمان الاستحقاق.....89
الخاتمة.....94
قائمة المراجع.....98
الفهرس.....104