



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون - تيارت

الملحقة الجامعية - السوق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العقاري

بعنوان:

النظام القانوني لتصرف الشركاء المجتمعين في العقار الشائع

تحت إشراف الأستاذ:

د/ سنوسي علي

من إعداد الطالب:

خالد خوجة عبد الصبور

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر أ	صافة خيرة
مشرفا مقررا	أستاذ محاضر ب	سنوسي علي
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر ب	هاني منور

السنة الجامعية: 2019 - 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى من أوطاني فيهما ربي ... ومن قال فيهما الله تعالى... "وبالوالدين إحسانا"
إلى مصدر شجاعتني ... إلى من علمني حب العلم والمثابرة على النجاح
إلى الشمعة التي أثارته حياتي ... إلى القلب الحنون الذي غمرني بعطفه
وحنانه ... الوالدة الغالية اللهم ارحمها وامنحها لما
إلى الذي لن تفيه الكلمات ولا العبارات في حق الأب الغالي
إلى كل أفراد عائلتي وكل الأهل والأحباب وإلى كل من جمعني بهم روابط
الإخوة والصداقة وإلى كل من قدم لي المساعدة الجادة والعون الصادق طوال
انجاز هذا العمل
إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذه.

فالد خوجة عبد الصبور

تشكرات

الحمد لله الذي بذمه تتم الصالحات
للمرء لحظاته يقف في حائرا عاجزا عن التعبير عما يختلج في صدره من عظيم
الشكر لمن أخذوا بيده لإنجاز هذا العمل ، فلا بد للمرء أن يعترف بفضل الآخرين
تجاهه

و خاصة من كانوا الأساس المتين الذي يبنى عليه صرحه.
بعد الاحترام والتقدير أتوجه بشكر خاص
إلى الأستاذ " **سنوسي علي** " الذي تفصل
بالإشراف على هذا البحث فضحي بالغالي من وقته في سبيل إنجاز هذا العمل، وكان
الموجه والمرشد فلم يبخل

بتوجيهاته ونصائحه وتمرنني بكرمه وساعدني
على مواجهة كل الصعاب، لأصل في النهاية إلى
المدونة الذي كنت أسعى إليه ... فأنجزت هذا
العمل المتواضع الذي تناولته من خلاله
موضوعا لم تسلط الأضواء
حوله بعد بالشكل الكافي .

كما أتوجه بالشكر
والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة، أساتذتي الكرام
" **حافة خيرة - هاني منور** "

شاكرا لهم الجهد المبذول في التدريس والتكوين في
مجال التعليم العالي والبحث العلمي

اشكر كل من ساهم في إثراء هذا العمل و لو بكلمة طيبة أو دعاء خالص.
و الشكر موصول إلى كل المعلمين و الأساتذة الذين كانوا سببا في تعليمي منذ أن وطئت قدمي
مواطن تلتقي العلم إلى اللحظة التي أقتف فيها لأناقش مذكرة تخرجي هذه.

أسأل الله العلي الكريم أن يجازي الجميع أحسن جزاء.

مقدمة :

تعد الملكية الشائعة من بين التنظيمات المعقدة في أنواع الملكية، لما لها من أحكام خاصة، وهذا نتيجة الأحكام القانونية المقيدة لها وللشركاء على الشيوع على حد سواء و ذلك لارتباطها بحق غير محدد وغير مفرز، ما يجعل من تداخل الحقوق بين الشركاء وتضارب مصالحهم حول الحق الواحد أمر محل خلاف ونزاعات أمام القضاء.

ومهما يكن من أمر فإن تميز الملكية الشائعة في أحكامها لا يعني أن المشرع لم يضعها ضوابط وأحكام تنظيمية لها لفظ النزاعات التي قد تترتب عنها فقد ساير المشرع الجزائري في القانون المدني¹ مثل أنواع هذه الملكية سواء من حيث الحقوق المترتبة عنها أو الآثار التي قد تنجر نتيجة التصرف فيها.

وتبعاً لذلك نجد الملكية الشائعة تم تنظيمها وفقاً لأسس وضوابط تكيف مع طبيعتها المتميزة، سواء من حيث الحق الذي تحتويه أو من تعدد الشركاء الذين تشملهم، أو من حيث الحقوق المترتبة نتيجة التصرف سواء تعلق الأمر بالشركاء أو بالغير.

اعتباراً أن الملكية الشائعة موجودة منذ الأزل ولا تزال في المجتمعات قائمة لاعتبارات اجتماعية وتاريخية فنجد أن معظم الدول قامت بوضع تقنيات لتنظيم هذا النوع من الملكية.

و بالنظر إلى طبيعة الموضوع محل الدراسة ومن أجل الإجابة على الأسئلة المطروحة اعتمدنا على في الأهمية القصوى التي تكنسها الملكية الشائعة وطرق التصرف فيها وكذا لانتشار الشيوع بكثرة في المجتمع.

حيث ان الغاية المرجوة من خلال هذه الدراسة تكمن في تحقيق مجموعة من الأهداف نبرز أهمها التعريف بمفهوم العقار الشائع و التعرف على حقوق الشركاء في العقار الشائع و كذا التعرف على تقسيمات العقار الشائع.

¹ _ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم .

فالسبب في اختيار هذا الموضوع هو ارتباط موضوع الدراسة بالتخصص المدروس، و أيضا وجود نزاعات وخصومات عديدة أمام القضاء تخص هذا النوع من الملكية، نتيجة جهل العديد لكيفية التصرف فيها، جعلنا نصب اهتمامنا لاختيار هذا الموضوع بغرض تبيان أحكامه.

غير أنه قد واجهتنا صعوبات عدة لاسيما فيما يتعلق بكثرة كثرة المراجع فيما يخص موضوع دراستنا مما صعب علينا الاختيار بينها ووضع خطة محكمة ننهي بها موضوع الدراسة، و أيضا صعوبة الوصول للمراجع رغم كثرتها كما ذكرنا سابقا، وهذا راجع للظرف الذي تمر به بلادنا بسبب لانتشار فيروس كورونا ما عرقل دخولنا للمكتبات وغلق أغلبها دون أن ننسى المكتبات التي تقدم خدمة تحرير النصوص وطباعتها

حيث ارتأينا و نحن بصدد دراستنا ان نتبع المنهج التحليلي الذي يظهر من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة للملكية الشائعة، كما استعنا بالمنهج الوصفي، وذلك من خلال تحديد الإشكالات المتعلقة بالتصرف بالعقار وإدارته.

و بناء على ذلك و نظرا لأهمية الموضوع سنحاول معالجة الإشكالية الآتية: **ما هي التقسيمات المقررة للعقار الشائع بالنظر لحقوق التصرف فيه؟**

و للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نعتمد على فصلين، سنتحدث في الفصل الأول عن مفهوم العقار الشائع، أما الفصل الثاني سنتحدث فيه عن التصرف في الملكية الشائعة، فبخصوص الفصل الأول سنقسمه إلى مبحثين سنحدد في المبحث الأول معنى العقار الشائع، اما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن التكييف الفقهي للملك المشاع وأنواعه

اما بخصوص الفصل الثاني فهو الآخر سنقسمه إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى حقوق التصرف في الملكية العقارية الشائعة، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى الملكية المشاعة بين القسمة والبيع

الفصل الأول : مفهوم العقار الشائع

تعد الملكية الشائعة أحد صور نظام الملكية، وهي ملكية مشتركة لكافة الشركاء، فيجمع أجزاء المال الشائع بنسب معينة معنويًا لا ماديًا، و كل شريك يملك جزءًا من المال الشائع باعتبار حصته العائدة له، لكنها غير محددة تحديدًا ماديًا، أي غير مفرزة، بل منتشرة في كافة المال الشائع، وتعتبر الملكية الشائعة ملكية مؤقتة وطارئة، ووضعها غير مرغوب فيه في كثير من الأحيان.

فشيوع حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني، وهو لا يقتصر على حق الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع وحق الارتفاق... إلخ.

والملكية الشائعة هي التي ترد على شيء معين لأكثر من شخص واحد، فيكون لكلٍ منهم الحق في حصة تُنسب إلى الشيء في مجموعه، وتحدد منذ بدء الشيوع بالنصف أو الثلث أو الربع أو الخمس أو السدس مثلاً.

إن حق المالك الشائع في الشيء المشترك هو حق ملكية يخوله استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به، إنما بقدر الحصة العائدة له فيه.

إلا أن الشيوع، وبسبب ما يترتب عليه من تزامن بين حقوق الشركاء، غالباً ما يؤدي إلى نشوء خلافات ومشاكل حادة في ما بينهم، تعيق استغلال الشيء الشائع استغلالاً نافعاً، بحيث يكون من الأنسب إنهاء الشيوع عن طريق قسمة الشيء الشائع، فيختص كل شريك بجزء مفرز منه يتملكه على سبيل الاستثناء.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنحدد في المبحث الأول معنى الملكية الشائعة، أما المبحث الثاني سنبين فيه طبيعة الملك المشاع وأنواعه.

المبحث الأول : تحديد معنى الملك المشاع

إن تحديد معنى الملك المشاع يقتضي بالضرورة تعريف الملكية و كذا الشيوع، و من ثم التطرق إلى تعريف الملك المشاع قانونا و فقها، هذا و تتميز الملكية عن بعض الأوضاع المشابهة لها .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الملكية الشائعة، اما المطلب الثاني سنميز فيه الملكية المشاعة عما يشابهها من أوضاع.

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة

إن الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنين أو أكثر في شيء لا تتعين حصة احدهم في جزء معين منه، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الملكية، أما الفرع الثاني سنعرف فيه المال أو الملك المشاع.

الفرع الأول: تعريف الملكية

في هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الملكية لغة(أولا) ثم سنقوم بتعريف الملكية فقها (ثانيا)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى التعريف القانوني للملكية (ثالثا).

أولا: التعريف اللغوي للملكية

إن مصطلح الملكية من حيث اللغة عبارة عن مصدر صناعي صيغ من مادة " ملك " وذلك بطريقة النسبة، بسكر الميم، وسكون اللام، وقد ورد تعريف الملك في معاجم اللغة العربية على النحو التالي:

قال صاحب معجم مقاييس اللغة: "ملك الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة في الشيء وصحة. يقال: أملك عجينة: قوى عجنه وشده. وملكت الشيء: قويته، والأصل هذا، ثم قيل ملك الإنسان الشيء يملكه

ملكا، والاسم الملك لأن يده فيه قوة صحيحة. فالملك: ما ملك من مال¹، وقال صاحب جمهرة اللغة: "والملك ما يحويه الإنسان من ماله"² وعرفه صاحب اللسان بقوله: "الملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به"³. من خلال التعريف اللغوي تبين لنا أن معنى الملك احتواء الشيء، وظهور قوة يد المالك و قدرته على ما يملكه من مال ظهورا بارزا يجعله يبسط يده عليه.

ثانيا: التعريف الفقهي للملكية

إن تعدد تعريفات الفقهاء للملك فهو يعود إلى تنوع اعتبارات الفقهاء في نظرهم إلى حق الملكية فاتجه كل منهم إلى إتجاه باعتبار معين⁴.

يرى الفقهاء أن الملك حكم شرعي، وقد نصّ على ذلك المازري وغيره حيث قال في شرح التلقين: " الملك حكم شرعي ورد الشرع بإباحته". وهذا يعني أن صفة المالكية تثبت بخطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، و قد ذهب القرافي إلى القول بالإجماع على ذلك حيث قال في معرض تعريفه للملك: "...أما قولنا حكم شرعي فالإجماع...".

عرف القرافي الملك بقوله: " الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن أو أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك " ثم أضاف معلقا على هذا التعريف: "ويستقيم الحد بهذا اللفظ أيضا ويكون الملك من خطاب التكليف".

كما عرف السبكي والسيوطي الملك على أنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالملوك و العوض عنه من حيث هو كذلك"⁵.

¹ أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، او الحسن معجم مقاييس اللغة : عبد السلام محمد هارون دار الفكر دمشق 1399هـ-1979م ص 352.

² ابو بكر محمد بن الحسن بن دريد الازدي جمهرة اللغة، تح : رمزي منير بلعلبيكي دار العلم للملايين بيروت -لبنان 1987م ص981.

³ محمد بن مكرم بن عبي، جمال الدين ابن منظور لسان العرب فصل الميم ،. دار صادر. بيروت-لبنان1414هـ. ص492.

⁴ عبد السلام داود العبادي الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها. 1314هـ-1974م مكتبة الاقصى عمان الاردنص138.

⁵ تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي. الاشباه و النظائر. دار الكتب العلمية،بيروت-لبنان،1990، ص316.

و على ضوء هذا الكلام ظهر ما يسمى بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وأصبح حق الملكية حقا مقيدا تقيدته التشريعات والأنظمة، فقد عرف الأستاذ السنهوري وقريب منه رمضان أبو مسعود الملكية بأنها: "حق الاستئثار باستعماله واستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"¹.

ثالثا: التعريف القانوني للملكية

لقد عرف المشرع الجزائري الملكية في المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أنها "الملكية هي حق المتمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا يحرمه القوانين والأنظمة"².

الفرع الثاني: تعريف الملك المشاع

إن تعريف الملك المشاع يقتضي بالضرورة تعريف الشيوع ثم تعريفه جملة واحدة، و عليه سنعرف من خلال هذا الفرع الشيوع(أولا)، ثم بعد ذلك تعريف الملك المشاع(ثانيا)

أولا: تعريف الشيوع

لم تعرف كتب المعاجم الملكية الشائعة، وإنما عرفت الشيوع أو المشاع، فقد ورد في المصباح المنير :
" (ش ي ع) : شاع الشيء يشيع شيوعا ظاهرا، ويتعدى بالحرف و بالألف فيقال شعت به وأشعته .. و شاع اللبن في الماء إذا تفرق و امتزج به، ومنه قيل : شهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه.

والشيوع يعني الظهور و هو أيضا يعني الانتشار والتفرق، جاء في لسان العرب: "... وشاع الخبر في الناس يشيع شيوعا شيعانا و مشاعا و شيعوعة " فهو شائع، يعني انتشر وافترق وذاع و ظهر. وأشاعه هو وأشاعه نكر الشيء: أطاره و أظهره، وقولهم: هذا خبر شائع و قد شاع في الناس، معناه قد اتصل بكل أحد فاستوى علم الناس به و لم يكن علمه عند بعضهم دون بعض ، و معنى المشاع لغة هو غير المقسوم لذلك قال النووي في كتابه تحرير ألفاظ التنبيه: " المشاع و الشائع و الشياح هو غير المقسوم " قال الأزهرى: " هو

¹ لبيض بوبكر، المرجع السابق، ص17.

² القانون المدني وفقا للتعديلات الاخيرة، منشورات امين، 2009م الجزائر. ص 135.

من قولهم شاع اللبن في الماء إذا تفرّق فيه و لم يتميز، ومنه قيل سهم شائع الآن سهمه متفرق في الجملة المشتركة¹.

و عليه فإن الشيوع يحمل المعاني اللغوية التالية: الظهور و التفرق في شيء هذا من جهة، عدم القسمة وعدم التمييز في الشيء من جهة أخرى.

ثانياً: تعريف الملكية الشائعة

في هذه الجزئية سنتطرق إلى تعريف الملك الشائع من خلال التعرف على معناها اللغوي الاصطلاحي والقانوني و ذلك من خلال الفروع التالية:

1- التعريف اللغوي:

جاء في القاموس المحيط للفيروز آبادي أن الملكية مأخوذة من الفعل ملك ملكه يملكه ملكا بضم الميم أو يملك أي احتواه قادرا على الاستبداد به، وماله ملك مثلثا ويحرك وبضمتين شيء يملكه².

الملكية شكل من أشكال التملك والامتلاك أي حيازة الأموال غير المنقولة والمنقولة، وبامتلاك الأشياء والخيرات المادية يصبح الإنسان مالكا وصاحب ملكية يعود إليه وحده تقرير مصيرها بيعا أو رهنا أو عارية³.

أما الشيوع فمأخوذ من فعل شاع يشيع وشيوعا ومشاعا وشيوعا كديمومة... وسهم شائع... غير مقسوم والدار شيعة بينهم أي مشاعة... وهما مشايعان في دار مشاعان شريكان⁴، والشيوع في الاصطلاح اللغوي والقانوني يعني الانتشار والإشهار.

أما في لغة القانون: الملكية الشائعة هي الحالة القانونية التي تنشأ حين يكون هناك حق مشترك بين اثنين أو أكثر وهذا الحق قد يكون مالا أو مجموعة من الأموال لم يتوصل بعد إلى قسمتها بين المالكين و كل من

¹ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، تحرير الفاظ التنبيه: عبد الغني النقر، دار القلم، دمشق - سوريا، ط1، 1408، ص 212.

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، 2008، ص 904.

³ جرجس جرجس، المصطلحات الفقهية و القانونية الشركة العالمية للكتاب، 1996، ص 297.

⁴ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 906.

يملك جزءا من الحق يسمى مشاعا ، و يعتبر شريكا بقدر نصيبه في كل جزء من أجزاء المال المملوك على الشيوع¹.

2- التعرف الفقهي للملكية الشائعة:

يرى فقهاء القانون أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد، و تتناول هذه الملكية المال كله غير منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، و من ثم محل حق للشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم ، دون أن ينقسم المال ذاته حصصا Quote parts.

و منهم من يرى أن الملكية الشائعة هي الملكية التي لا تكون فيها حصة كل واحد من الشركاء محددة تحديدا ماديا ، أي غير مفرزة و إنما حصة الشريك محددة تحديدا معنونا تتوزع على كل ذرات المال و بنفس نسبة حصة الشريك بالنسبة إلى الشيء المشاع².

و منهم من يرى أن الشيوع هو الحالة القانونية التي تنتج بعد تعدد أصحاب الحق العيني، وتكون من شخص على مال عين بالذات ، فمحل حق الشريك هو حصة في المال الشائع كله غير منقسم، لذلك فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم إلى حصص، دون أن ينقسم المال ذاته، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع الشائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات³.

كذلك يرى آخر أن الملكية الشائعة محلها ماديا مملوكا لأكثر من شخص، دون أن تتركز حصة كل واحد منهم في جانب منه بالذات، و إنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته⁴.

واصطلاحا في الشريعة الإسلامية الملك الشائع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموعة الشيء، مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا⁵. أما في مجال الأحكام العدلية التي صدرت سنة 1876م في

¹ جرجي جرجس، المرجع السابق: ص 212.

² لبيض بويكر، المرجع السابق، ص 19.

³ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2006. ص 85.

⁴ بالحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2016. ص 162.

⁵ مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام، 1998. ص 352.

العهد العثماني، فعرفت الملكية الشائعة في المادة 1060 على أنها شركة ملك و هي كون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر، اي مخصوصا بهما بسبب من أسباب الملك كإيهاج أو إيهاب و قبول وصية و توارث أو بخلط أموالهم أو اختلاطها في صورة لا تقبل التمييز والتفريق، كأن يشتري اثنان مثلا مالا، أو يهبهما واحد، أو يوصي لهما ويقبلا، أو يرثا، فيصبح ذلك مشتركا بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال. كذلك إذا خلط اثنان بعض ذخيرتهما أو انخرقت عدولهما بوجههما فاختلفت ذخيرة الإثنين فتصير هذه الذخيرة أو المختلطة بين الاثنين مالا مشتركا.¹، ويورد الأستاذ بالحاج العربي تعريفا فقها للشيوخ على أنه الملك المختلط غير المفرز بين عدد من الملاك دون تحديد لنصيب كل واحد منهم فهو المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص بل تتعلق به ملكياتهم جميعا².

3- التعريف القانوني للملكية الشائعة:

لم يعرف المشرع الجزائري صراحة الملكية الشائعة أسوة ببعض القوانين العربية الأخرى، ففي الفصل 56. من مجلة الحقوق العينية للجمهورية التونسية عرفت الشيوخ على أنه هو " اشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني، غير مفرزة حصة كل منهم"³ ، بل حددت تحديدا تشريعا الشروط الواجب توافرها في الملكية لكي تكون بصدد الملكية الشائعة، من مالكين أو أكثر، و حصص المالكين أو الملاك غير مفرزة اي غير متميزة ، حيث نصت المادة 713 من الأمر 58-75. المؤرخ في 26-09-1975. المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل و المتمم على أنه " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل واحد منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ و تعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقر بدليل على غير ذلك⁴.

وبلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة محل الملكية الشائعة منقولا أو عقارا بل اصطلح عليها بمصطلح الشيء و التي في القانون هو كل شيء إلا الإنسان و بالتالي يدخل في نطاقه العقار والمنقول معا.

¹ مجلة الاحكام العدلية، المطبعة الادبية بيروت السنة 1302 هـ، ص151.

² بالحاج العربي المرجع السابق 162.

³ مجلة الحقوق العينية قانون عدد 5 مؤرخ في 12-02-1965. الرائد التونسي عدد 10. ص200.

- الأمر رقم 58-75. مؤرخ في 26 سبتمبر 1975. ج ر عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975. المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في

- 12⁴-05-2007. ج ر عدد 31 بتاريخ 13-05-2007.

نستخلص في الأخير أن الملكية الشائعة تتعلق بامتلاك شخص أو عدة أشخاص لشيء، وحصّة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، أي غير محددة تحديدا ماديا، أي أن الملكية تثبت، لكن لا تتركز حصّة كل شريك في جزء معين منه بالذات.

المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عما يشابهها من أوضاع قانونية

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنميز في الفرع الأول الملكية المشاعة عن الملكية المفرزة، أما الفرع الثاني سنميز فيه الملكية المشاعة عن الملكية المشتركة

الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة

الأصل في أن تثبت للشخص الواحد على الشيء، فيقال لها ملكية مفرزة، ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء فيقال لها ملكية شائعة¹.

والملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على شيء، بحيث يكون لكل منهم حق في الحصّة تنسب على التي في المجموعة كالنصف أو الربع، فحق الشريك يرد على الشيء بنسبة حصته فيه².

أما الملكية المفرزة فهي التي يملك فيها الشخص الشيء دون أن يشارك أحد فيه³.

وعليه فالذي يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة أن الحصّة التي يملكها الشريك تكون شائعة في الشيء كله فلا تتركز في جانب بذاته⁴.

على أن الملكية الشائعة وإن تميزت عن المفرزة لكنها من طبيعة واحدة، فكلاهما ملكية فردية، لأن المالك في الملكية المفرزة هو شخص واحد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وإن كان يملك الشيء، ويملك غيره من الشركاء باق الحصص.

¹ مصطفى محمد كمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، د ط، د ت، ص 73.

² عبد المنعم فرج الصدع، المرجع السابق، ص 5-6.

³ عبد الناصر توفيق العطار، تملك الشقق والطبقات، مطبعة السعادة، القاهرة، 1977، د ط، ص 93-95.

⁴ عبد المنعم فرج الصدع، المرجع السابق، ص 5-6.

وإذا كانت الملكية الشائعة كثيرة الانتشار في المجال العملي، فإنها مع ذلك ليست بالنظام المقيد من الناحية الاقتصادية وذلك بالنظر للقيود الواجب أن ينقيد بها كل شريك على الشيوع مما يحصر التصرف بالإضافة إلى أن نظام الشيوع بحد ذاته نظام مؤقت سينتهي ممارسة حقه.

الفرع الثاني: الملكية الشائعة والملكية المشتركة

تناول المشرع الجزائري الملكية المشتركة بالتعريف في نص المادة 743 من القانون المدني الجزائري على أنها: "الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو المجموع العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

من خلال هاته المادة القانونية فالملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو المجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة ومن خلال ما سبق فإن الملكية المشتركة هي ملكية جماعية يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ويطلق عليها اسم: (propriété collective)¹

هذا و تتميز الملكية المشاعة عن الملكية الجماعية في أن الملك في الشيوع هو شخص واحد، ولكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع، في حين أن المالك في الملكية الجماعية هو جماعة من الناس، لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يمتلكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشيء المملوك، كذلك الملكية الشائعة هي ملكية فردية لا ملكية مشتركة، لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة².

و مما سبق يتضح أن الملكية الشائعة تتعلق بامتلاك شخص أو عدة أشخاص لشيء، وحصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، أي غير محددة تحديدا ماديا، أي أن الملكية تثبت لعدة أشخاص على شيء واحد لكل منهم

¹ الزهرة بركة، النظام القانوني للملكية العقارية المشتركة، مذكرة ماستر، 2014-2015، ص 8.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق في الملكية، ج8، منشأة المعارف، 2004، ص 716-717.

حصة فيه بنسب معينة كالثالث أو النصف أو الربع، لكن لا تتركز حصة كل شريك في جزء معين منه بالذات.

المبحث الثاني : طبيعة الملك المشاع و أنواعه

لقد اختلف الفقهاء في طبيعة حق الشريك في الشيوع ، وذهب البعض إلى انه حق شخصي وليس حقاً عينياً ، لأن الحق العيني يفترض وجود محل معين مجدد ومفرز، وذهب آخرون إلى رأي قريب من ذلك تأسيساً على ان الملكية الشائعة ملكية جماعية أو مشتركة، والملكية المشتركة يعتبر كل شريك فيها، كما رأينا ، مجرد دائن بحق شخصي. وذهب رأي ثالث إلى اعتبار حق الشريك المشاع حقاً عينياً من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن طبيعة الملك المشاع، أما المطلب الثاني سنبين فيه أنواع الملك المشاع.

المطلب الأول: طبيعة الملك المشاع

إن المقصود بطبيعة الملك المشاع هو إعطائه التكيف الفقهي و القانوني، و ذلك بتطرق إلى آراء الفقهاء إزاء الملك المشاع و كذا النظر إلى النصوص القانونية التي تحدثت عن الملكية الشائعة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن التكيف الفقهي للملك المشاع، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن التكيف القانوني للملك المشاع

الفرع الأول: التكيف الفقهي لحق المالك على الشيوع

نقصد بالتكيف الفقهي لحق المالك على الشيوع معرفة الطبيعة القانونية لحق الشريك الشائع، أو بالأحرى إعطاء وصف دقيق لحق الملكية الشائعة، لأننا عندما نعرف طبيعة المال الشائع يمكن لنا أن ندرجه تحت أي نوع من أنواع الحقوق المعروفة فقها وقانونا، ومن ثم نتجلى لنا وبوضوح كل الأحكام التي تنبني عن هذا الوصف.

يمكننا أن نعرف طبيعة الملك المشاع في الفقه الإسلامي عندما نقوم بعملية استقراء ولو جزئية لنصوص الفقهاء التي تعرضت لبيان حكمه، من بيع المشاع أو إجارته أو رهنه...، وذلك لأن أحكام المشاع متفرقة على أبواب عقود المعاملات كلها، فكان لزاما منا أن نقوم ببحث هاته الأحكام ونخلها لنعرف بعد ذلك تكيف الفقه الإسلامي للملك الشائع.

ومن خلال استقراء الجزئي لنصوص الفقهاء، فقد وجدتهم يعتبرون حق الشريك الشائع عبارة عن حق ملكية بالمعنى الدقيق، ولكي أكد ذلك فإنني سأورد نصوص الفقهاء التالية:

قال المرغيناني في الهداية: "لأن المشاع قابل لحكمه، وهو الملك فيكون محلا له"¹.

وقال السرخسي: "إن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك"².

ومن أجل ذلك قال الشيخ علي الخفيف: "يرى الفقهاء الشريعة أن حق الشريك في المال المشترك على الشيوع هو حق الملك، فالشريك على الشيوع يملك في المال المشترك حصة شائعة"³.

الفرع الثاني: التكيف القانوني لحق الشريك المشاع

اختلفت آراء فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك الشائع⁴، في ما إذا كان حق عيني أصلي أم هو حق شخصي أم أنه حق عيني من نوع خاص

أولاً: الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشاع هو حق شخصي

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك الشائع هو مجرد حق شخصي وليس حقا عينيا، وذلك على أساس القول بأن الحق العيني يفترض وجود محل معين له وهو شيء محدد ومفزر، بينما حق الشريك المشاع يقع على حصة غير مفرزة أو غير محددة تحديدا ماديا¹.

¹ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، أبو الحسين برهان الدين طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 223.

² السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص 64.

³ لبيض بوبكر، المرجع السابق، ص 45.

⁴ حسين كيره الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط4، 1995، ص310.

وعليه فإن هذا الحق الشخصي للشريك يخول له الحصول على منافع الشيء المشاع باقتسام حصته مع باقي الشركاء، وبهذا الإفرز يتحول حقه من حق شخصي إلى حق عيني².

وهناك من الفقهاء من يرى أن الشيوخ عبارة عن ملكية مشتركة، حيث تثبت الملكية لجميع الشركاء المشاعين، وذلك باعتبار أن هذا المجموع يعبر عن إرادة جماعية مستقلة تماما عن إرادة كل شريك، فكل شريك يعتبر مجرد دائن بحق شخصي في اقتضاء اقتسام منافع الشيء الشائع أو إنهاء حالة الشيوخ بالقسمة³.

وهذا الرأي بمجمله فيه إشكال ومعرض لانتقادات كثيرة منها:

01_ هذا الرأي يثبت حق الملكية الجماعية أو المشتركة للمجموع دون أن تتوفر فيه صفة الشخصية، مع أننا نسلم قانونا أن الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص، والقانون لا يعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع⁴.

02_ بالإضافة إلى أن وصف حق الشريك المشاع أنه بمجرد حق شخصي وإنكار وجود حق عيني للشريك بتعارض وبشكل واضح مع ما أعطاه القانون لكل شريك من سلطات على الشيء الشائع⁵.

ثانيا: الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشاع هو حق عيني

إن تكييف الملكية الشائعة على أنها ملكية جماعية ووصف حق الشريك المشاع على أنه مجرد حق شخصي، لم يكن موفقا وظل الفقه الحديث متمسكا بالقول أن حق الشريك المشاع هو عبارة عن حق عيني، وللشريك تسلط مباشر على المال الشائع⁶.

¹ منصور مصطفى، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة ، 1995، ص 129.

² جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر ، 1999، ص 34.

³ منصور مصطفى منصور، حق الملكية، المرجع السابق، ص 130.

⁴ حسين كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 312.

⁵ حسين كيرة، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، ج12، جامعة الاسكندرية، 1964م، ص 16.

⁶ حسين كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 312.

ولكن بعض الفقهاء رأى بأن الملكية الشائعة لا تعتبر حق ملكية، بل هي حق عيني من نوع خاص، ودليلهم في ذلك أن الملكية من طبيعتها الاستثنائية والاختصاص، والمالك على الشيوع لا يستأثر بالشيء بل يشاركه فيه آخرون¹، ويمكننا أن ندفع هذا القول بأحد الوجود التالية:²

01_ إن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور في سلطات ثلاث معروفة هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف والقول بأن حق الشريك المشاع هو حق عيني من نوع خاص لا يمكن أن يخرج في مضمونه عن حدود هذه السلطات.

02_ إن الاستثنائية واقع في الملكية الشائعة، والذي يستأثر هو كل شريك شائع، ولكن الاستثنائية يقع في وجه الغير وليس في وجه الشركاء.

وعلى هذا الأساس فإن الحال في الملكية الشائعة لا يخرج على إحدى الفرضيتين:

أ_ إما أنها حق ملكية تامة يجمع كل السلطات في الشريك المشاع، وهذا الرأي يناقض القول بأن الملكية الشائعة هي حق عيني من نوع خاص.

ب_ وإما أنه حق لا يمنح الشريك على الشيوع سوى البعض من سلطات الملكية، وهنا نكون أمام إشكال كبير، وهو من الذي تثبت له ملكية الشيء المشاع؟ وهو السؤال لا جواب له في هذه الفرضية، أو الجواب الوحيد له هو أن الشيء المشاع يبقى من دون مالك طول فترة الشيوع، وهو جواب لا يقبله العقل ولا مبادئ القانون.³

لذلك بقي الرأي القائل بأن حق المالك على الشيوع حق ملكية تامة، هو الرأي السائد والصحيح، وفي الحقيقة أن هذا الرأي لا يلحقه أي اعتراض أو رد، وذلك لأن حق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له صاحب

¹ السنهوري الوسيط، القانون المدني، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1967، ص 798.

² حسين كبره، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص 159.

³ منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، ص 104.

واحد وإنما أصحابه متعددون في نفس الوقت، وهذا التعدد لا يلحق محل الملكية فالمحل واحد وإنما يلحق صاحب الملكية، بمعنى أن محل الملكية واحد ولكن أصحاب الحق في ملكية هذا الشيء متعددون¹. وهذا التكييف صحيح ولا غبار عليه، ولذلك قال الدكتور حسن كيره: "ظاهرة تعدد طرف الحق مع بقاء محله واحدا ظاهرة مسلمة معروفة في القانون"².

وقد ذهب المشرع الجزائري هذا المذهب حيث نص في المادة 714 على أن: "كل شريك في الشروع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"³.

وعليه يكون هذا التكييف مطابقا تماما لتكييف الملك الشائع في الفقه الإسلامي، حيث أثبتنا الملكية الشائعة عبارة عن حق ملكية تامة، وغاية ما في الأمر أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك.

المطلب الثاني: أنواع الملك المشاع

نقصد بأنواع الملك المشاع صوره التي نظمها المشرع، بالإضافة إلى الشروع العادي يوجد هناك شيوخ إجباري، وهناك ملكية الأسرة.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سننظر في الفرع الأول إلى الشيوخ الإجباري، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن ملكية الأسرة

الفرع الأول: الشيوخ الإجباري

سنتحدث من خلال هذا الفرع عن حالات الشيوخ الإجباري(أولا)، و كذا طبيعته(ثانيا)، وكذا التزامات الشركاء فيه(ثالثا)، ثم نفرق بين الشيوخ العادي الإجباري(رابعا).

¹ حسين كيره، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 313.

² حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص 159.

³ القانون المدني وفقا للتعديلات الأخير، منشورات امين، د ط، 2009، ص 143.

أولاً: حالات الشيوخ الإجباري

نصت عليه المادة 737 من القانون المدني: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أحد أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ".

الشيوخ الإجباري هو حالة يكون فيه الشيء مملوكاً أو منتفعاً به على وجه الدوام أي يبقى المال مشاعاً بين الشركاء ولا يجوز طلب القسمة فيه، ويرجع ذلك إما بسبب طبيعته التي تأتي الانقسام أو بسبب الغرض الذي أحد له¹.

ثانياً: حالات الشيوخ الإجباري

هناك حالتين للشيوخ الإجباري و هما الشيوخ الإجباري الأصلي و الشيوخ الإجباري التبعي، إذ سنبين الحالتين على النحو الآتي:

01_ الشيوخ الإجباري الأصلي:

وهو الشيوخ الذي يكون محله غير تابع لعقار، وإنما يكون مستقل ومخصص بطبيعته لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد، كمباني المدافن العائلية.

02_ الشيوخ التبعي:

وهو الشيوخ الذي يكون محله أشياء مملوكة على الشيوخ لعدة ملاك مختلفين ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة، كالحائط المشترك وحالة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات أو الشقق، كما له صور أخرى عديدة².

¹ زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2004، ص117.

² نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار المعرفة الجامعية، 1999، ص 206.

ثالثاً: طبيعة حق الشريك في الشيوخ الإجباري

هناك من يرى أن حق الشريك في الشيوخ الإجباري هو حق ملكية مفرزة لكل شريك مع تحمل هذه الملكية بحق ارتفاق لباقي الشركاء¹.

غير أن هذا الرأي لا يستقيم، ذلك لأن آثار حق الارتفاق مختلفة تماماً عن السلطات الممنوحة للمالك على الشيوخ، فصاحب حق الارتفاق حقه محدود جداً، لا يستطيع نفع تعدي الغير لانعدام الصفة ما دام لا يمس بحقه في الإرتفاق، ولا يستطيع القيام بأي زيادة في العقار المرتفق على عكس المالك في الشيوخ الإجباري الذي يستطيع فعل ذلك.

وعليه فحق الشريك في الشيوخ الإجباري هو حق ملكية على الملك الشائع في مجمله ولا يرتكز في جزء معين منه فقط، وهو تبعاً لذلك لا يختلف عن حق الشريك في الشيوخ العادي.

يجوز للشريك في الشيوخ الإجباري ان يستغل الشيء الشائع بكل حرية، وهذا بشرطين²:

_ألا يتعارض هذا الاستغلال مع الغرض الذي اعد له الملك الشائع.

_أن لا يكون هذا الاستغلال مسبباً لأضرار تلحق باقي الشركاء في الشيوخ.

والغرض من الشيوخ الإجباري هو بقاءه على حالة الشيوخ، والقسمة فيه غير ممكنة لأنها تعارض الذي أعد له الشيء الشائع.

وللشريك في الشيوخ الإجباري أن يستعمل حقه فيما خصص له المال، وله أن يعدل في المال المشترك بقصد تسهيل أو تحسين استعماله، وهذا على نفقته الخاصة.

ويحق للشريك في الشيوخ الإجباري اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ وصيانة المال الشائع ولو بدون موافقة باقي الشركاء.

¹ فرج الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص254.

² نفاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2012، ص 21.

رابعاً: الفرق بين الشيوع الإجباري والشيوع العادي:

وأهم الاختلافات الموجودة بين الشيوع العادي والشيوع الإجباري هي:

01_ الشيوع الإجباري يمثل وضع دائم يستجيب لاعتبارات اقتصادية تبرزه، وذلك على خلاف الشيوع العادي الذي يعتبر وضع مؤقت.

02_ إمكانية طلب القسمة في الشيوع العادي، ولا يمكن طلبها في الشيوع الإجباري.

03_ حصة الشركاء في الشيوع الإجباري لا يمكن التنازل عنها إلا مع العقار نفسه، أما في الشيوع العادي فيمكن التصرف فيها أو التنازل عنها بمفردها.

04_ حق الشريك في الشيوع الإجباري أوسع منه في الشيوع العادي، ذلك أنه في الشيوع الإجباري يمكن للشريك ان يستعمل حقه فيما خصص له المال، وله أن يعدل في المال المشترك بقصد تسهيل أو تحسين استعماله دون أن يستطيع أن يغير من الغرض المخصص له المال الشائع بدون موافقة باقي الشركاء مادام لا يلحق بهم أضرار.¹

الفرع الثاني: ملكية الأسرة الشائعة

وهي صورة خاصة جديدة للملكية الشائعة، ونص عليها المشرع في المواد من 738 إلى المادة 742 من القانون المدني، وملكية الأسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ باتفاق أعضاء الأسرة.

أولاً: شروط إنشاء ملكية الأسرة

نصت المادة 738 من القانون المدني على ما يلي: "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 ملكاً للأسرة وإما من أي مال آخر لهم".

ويتضح من نص هذه المادة أنه يجب لإنشاء ملكية الأسرة أن تتوفر الشروط التالية:

¹دفاص فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، المرجع السابق، ص 21.

01_ أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة، يفترض أن تجمعهم وحدة العمل او المصلحة بغض النظر عن درجة قرابتهن، ولا يشترط أن يكونوا من أصل واحد إذ يجوز أن يكونوا أصهارا.

02_ وجود أموال مملوكة، وذلك وقت الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة، سواء بالميراث أو كانت مفرزة عند كل واحد من أعضاء الأسرة واتفقوا على جمعها لتكوين ملكية أسرة.

03_ أن يتم اتفاق الأعضاء على إنشاء ملكية الأسرة بالكتابة، وهي شرط انعقاد، ويكفي أن تكون الكتابة عرفية.¹

04_ أن لا يتجاوز مدة ملكية الأسرة 15 سنة تسري من يوم الاتفاق، ولا يجوز للعضو الخروج عن ملكية الأسرة قبل انقضاء الأجل إلا بإذن من القضاء، وهذا بشرط أن يكون له مبرر قوي دفعه لطلب القسمة كوقوع خلاف بينه وبين الأعضاء الآخرين لا أمل في تسويته (المادتين 739-740 من القانون المدني).²

ثانيا: أحكام ملكية الأسرة الشائعة:

01_ فيما يتعلق بالتصرف:

لا يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه إلى أجنبي بموافقة باقي الشركاء، وإلا كان تصرفه باطل على عكس الشيوخ العادي³، وإذا لم يوافق الأعضاء على هذا التصرف لا يعتبر هذا الأجنبي المتصرف إليه شريك في ملكية الأسرة، وبالتالي يخرج نصيبه من ملكية الأسرة (المادة 740 من القانون المدني).

غير أنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته إلى شريك معه ولو بدون موافقة باقي الشركاء، كما أنه ليس هناك مانع من أن ينفذ أحد الشركاء على نصيب مدينة الموجود في ملكية الأسرة فيبيع جبرا لأجنبي.⁴

¹دغوش عبد الرحمن، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص 106.

²نفاذ فوزي، المرجع السابق، ص 22.

³ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، مجلة الشرطة، جويلية 1984، العدد 24، الجزائر، ص 67.

⁴نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 204.

02_ فيما يتعلق بإدارة أملاك الأسرة:

يقوم أعضاء الأسرة بتعيين مدير لإدارة أموال الأسرة، ويعين من طرف الأعضاء الذين يملكون القدر الأكثر من قيمة الحصص، أي الذين يملكون أكثر من نصف مجموع الحصص (المادة 1/741 من ق.م).

ويكون للمدير المعين بهذه الطريقة سلطات أوسع من سلطات المدير في الشيوخ العادي لأن سلطاته في إدارة ملكية الأسرة تشمل أعمال الإدارة المعتادة والغير معتادة، إذ أنه أن يغير من الغرض الذي أعد له الملك المشاع إذا ما رأى ضرورة لذلك ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

وعزل المدير يكون بالطريقة التي عين بها، كما يجوز لمحكمة الحكم بعزله بناء على طلب أحد الأعضاء إذا ما وجد سبب قوي يبرز العزل (المادة 741 من ق.م).

وفي غير هذه الأحكام السابقة الخاصة بالإدارة والتصرف تطبق قواعد الملكية الشائعة على ملكية الأسرة، كما تطبق قواعد الوكالة في العلاقة بين المدير والشركاء وفي علاقتهم مع الغير الذين تعامل معهم هذا المدير (المادة 742 من ق.م).

والمدير في القيام بأعمال يكون مسئولاً في حدود أعمال الرجل العادي، ويكون ملتزم باحترام الأعمال التي عين من أجلها ولا يتعدها.¹

¹نفاس فوزي، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الثاني : التصرف في الملكية الشائعة

إن الغاية من تواجد المال الشائع هو الانتفاع واستغلاله على أحسن وجه وهو الأمر الذي يسعى إليه الشركاء، بغرض تفادي الخلافات والخصومات فيما بينهم لتحقيق الانتفاع الأمثل بهذا العقار، إلا أنه كثيرا ما تحدث خصومات قضائية فيما بينهم نتيجة تجاوز الحدود المسطرة لهم عند التصرف في هذا العقار.

فإنه اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يجوز للشريك على الشروع أن يبيع حصته المشاعة إلا بإذن الشركاء الآخرين سواء أكان البيع حالاً أو مؤجلاً ، لأن البيع هنا في شيء غير محدد وغير معلوم ، كما أنه فيما لو يملك شرعا، لأنه أجنبي في حصص الآخرين ، كما أنه للشركاء حق الشفعة والأولوية في شراء الحصة المشاعة في شراء هذه الحصة.

فقد يتفق الشركاء على التصرف في المال الشائع كله أو في جزء منه ، وهذه الحالة لا تثير أي إشكال ، وقد يختلف الشركاء فيما بينهم على التصرف في المال الشائع ولا تصل أغلبية الراغبين في التصرف ثلاثة أرباع ، ففي هذه الحالة يكون لمن رفض التصرف أن يطلب القسمة ، أما إذا رغبت ثلاث أرباع الشركاء في التصرف في المال الشائع كله ، واستندت في ذلك إلى أسباب قوية كان تصرفها صحيحا شريطة أن يعلنوا قرارهم هذا إلى بقية الشركاء ، ولهؤلاء التظلم في هذا القرار في خلال شهرين من يوم الإعلان أمام المحكمة ، وللمحكمة أن تقدر - عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء - ما إذا كان التصرف واجبا أم لا ، وذلك تبعا للظروف المحيطة بالقضية المادة 720 ت.م.

وللمحكمة أن تقضي وفقا لطلب الأقلية المتظلمة ، فإذا طلبت الأقلية إلغاء القرار ولم تطلب القسمة ، فإن سلطة المحكمة تنحصر في تقرير ما إذا كان التصرف مبنيا على أسباب جدية تبرره ، وتبعا لهذا التقدير تلغي قرار الأغلبية أو تقره ، أما إذا طلبت الأقلية القسمة ، فإن المحكمة تنتظر أولا ما إذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة بالشركاء، فإذا قدرت أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى حقوق التصرف في الملكية العقارية الشائعة، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى الملكية المشاعة بين القسمة و البيع.

المبحث الأول: حقوق التصرف في الملكية العقارية الشائعة

يحق للشريك المشاع الملكية بحسب حصته الرمزية على الشيء الشائع كله في فترة الشيوخ ولذلك يستطيع في الأصل التصرف في المال الشائع أو في حصة مفرزة أو شائعة منها إلا أن حقه في التصرف مقيد بحقوق باقي الشركاء لما لهم من سلطات مماثلة على نفس المال.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى الحق في التصرف في الحصة الشائعة، أما في المطلب الثاني سنبين فيه الحق في التصرف في الملكية العقارية الشائعة كلها.

المطلب الأول: الحق في التصرف في الحصة الشائعة

من الثابت أن التصرف في المال المشاع يكون من حق الشركاء كلهم، وهذا بكافة أنواع التصرفات، سواء بنقل ملكيته كله أو حصة شائعة منه أو حصة مفرزة، أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو جزء مفرز منه أو على حصة شائعة، كما يمكن لهم أن يغيروا في الملك المشاع أو التعجيل فيه، ولا يحق لأحدهم بأن ينفرد بالتصرف بمفرده بحيث يلحق أضرارا بباقي الشركاء¹.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول التصرفات الممكن ترتيبها على الحصة الشائعة، أما الفرع الثاني سنحدث فيه إلى مصير هذه التصرفات المرتبة على الحصة الشائعة.

الفرع الأول: التصرفات الممكن ترتيبها على الحصة الشائعة

إن حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة حق مكرس لأسباب منطقية ما دام أنه له سلطات الممالك المخولة قانونا في حق الملكية، لكن هذا الحق ليس بالإطلاق فقد ينصب هذا التصرف الذي يقوم به الشريك على حصته، وقد ينصب على العقار الشائع كله أو على جزء مفرز منه²، وهذا مات سنحاول تبيانه.

يمكن للشريك على الشيوخ ترتيب مختلف التصرفات القانونية عندما يتعلق الأمر بحصته الشائعة فله أن يقوم ببيعها كون البيع لا يتعارض مع أحكام الشيوخ ولو انه في القانون المدني الجزائري لم يورد نص يجيز بيع

¹ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008، ص71.

² وحيد الدين السوار، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1993، ص379.

الحصة الشائعة من طرف الشريك¹، إلا أنه وعملا بالواعد العامة يمكن له بيعها ما دام الأصل في الأشياء والمعاملات الإباحة إلا ما استثنى بنص وما دام أن القانون لم يمنع ذلك فلا يوجد ما يقيد هذا النوع من التصرف أي البيع².

وبالرجوع إلى نص المادة 714 من القانون المدني والتي تنص على أن "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء" وبالتالي فالمرشح الجزائري جاء بصيغة العموم لاسيما عند استقراء نص المادة لعبارة... له أن يتصرف فيها فيفهم منها ان جميع التصرفات يمكن للشريك أن يرتبها على حصته الشائعة بما في ذلك البيع". ومن هنا يمكن القول أن بيع الحصة الشائعة جاهز للشريك على الشيوخ شريطة أن لا يكون لهذا البيع مساس بحقوق الشركاء ولا يلحق بهم ضررا جراء هذا البيع.

إلا أن الأمر الذي تجدر الإشارة إليه أنه يقع لزاما على الشريك عند بيعه للحصة الشائعة أن يقوم بتوجيه إنذار لباقي الشركاء بغرض إعلامهم كي يتسنى لهم ممارسة حق الشفعة والاسترداد كون هاتين الأخيرتين يتم حساب مدتهما من تاريخ توجيه الإنذار³.

كما يجوز للشريك أيضا ان يقوم بهبة حصته الشائعة إذ تنص المادة 206 من قانون الأسرة على أنه "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد هذه القيود بطلت الهبة"، إنه و عند تفسير نص المادة السالفة الذكر يتبين وكأن المرشح قيد من حق الشريك عند هبته لحصته الشائعة⁴، غير أن المرشح أورد استثناء على هذا الوضع في نص المادة 208 من نفس القانون والتي تنص على أنه "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة" وبالتالي فبنص المادة 208 يجوز صراحة للشريك هبة حصته الشائعة دونما أن يتقيد بنص المادة 206 التي تستوجب الحيازة.

¹ علاوي لخضر، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبيد الرحمن ميرة، بجاية، 2016-2017، ص15.

² دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2008، ص75.

³ علاوي لخضر، المرجع السابق، ص15-16.

⁴ محمد بن نقيه، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص157.

وإلى جانب ذلك يمكن للشريك أيضا ترتيب بعض الحقوق الأخرى على الحصة الشائعة على غرار حق الانتفاع باعتباره مالكا لحصة شائعة في العقار الشائع، وبالتالي يمكن له أن يرتب حقا عينيا للغير، وبما أن حق الانتفاع حق عيني أصلي فتصرف الشريك على هذا النحو يجعل تصرفه صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم ودون انتظار نتيجة الإفراز¹، فأما صحته ونفاذه بالنسبة للمتصرف يكون نافذا لأنه هو صاحب الحق على الحصة الشائعة التي تصرف فيها، وأما صحته ونفاذه بالنسبة لباقي الشركاء مقيد بعدم المساس بحقوقهم².

أما بالنسبة لحق الارتفاق فلا يمكن تصوره في العقار الشائع كون بيعته لا تتوافق وأحكام الشيوخ وبهذا لا يمكن للشريك ترتيبه على الحصة الشائعة الخاصة به.

وبناء على ما سبق عند ترتيب حق الانتفاع من طرف الشريك يصبح حق الملكية مجزأ بين الشريك والمتصرف إليه، إذ يبقى الشريك هو مالك الرقبة في حين يصبح المتصرف إليه صاحب حق الانتفاع وبالتالي يمكن لهذا الأخير طلب القسمة أو ممارسة أعمال الإدارة المعتادة واستغلال هذا الحق والانتفاع به³.

كما يمكن للشريك أيضا ترتيب بعض الحقوق الأخرى على الحصة الشائعة مثل الرهن الرسمي وحق التخصيص والامتياز، في كون أن هذه الحقوق مكفولة بنص القانون ولا تتعارض مع أحكام الشيوخ.

فبالنسبة للرهن الرسمي فقد نصت المادة 890 من القانون المدني على أنه "إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار..."⁴ وبالتالي من خلال نص المادة السالفة الذكر يظهر جليا أن للشريك الحق في رهن حصته الشائعة رهنا رسميا، مع الإشارة أن نفاذ مثل هذا التصرف لا يتوقف على نتيجة الإفراز أو القسمة التي سوف تتم لاحقا بين الشركاء كون الشريك مارس حقا من حقوقه المخولة له قانونا⁵.

وإلى جانب ذلك يمكن له ترتيب حق التخصيص على حصته الشائعة كون هذا الأخير لا يدعو عن التأمينات العينية مثل الرهن الرسمي وهذا أشارت إليه المادة 947 من القانون المدني عندما نصت على نفس الأحكام

¹ محمد المشموشي ندين، حق الانتفاع، ط1، منشورات الحلبي لبنان، 2006، ص40.

² محمد عزمي البكري، في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874/825، المجلد 15، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص32.

³ محمد المشموشي ندين، المرجع السابق، ص40.

⁴ القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78، 1975، ص151.

⁵ رمضان أبو سعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، د ط، 2005، ص222.

المطبقة على حق الرهن بتطبيقها على حق التخصيص شريطة عدم التعارض معه¹، وأكثر من ذلك فقد كانت نص المادة 937 من القانون المدني أكثر وضوحاً وصراحة على جواز حق التخصيص بحيث تنص على أنه "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادراً في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والمصارف".

وبهذا يكون للشريك الحق في ترتيب مثل هذا الحق، ولو أنه في الأصل خارج عن نطاق إرادته كونه من الحقوق التي تنفذ جبراً عليه.

الفرع لثاني: مصير التصرفات المرتبة على الحصة الشائعة

إن مصير التصرفات السالفة الذكر والتي تم الإشارة إليها في الفرع الأول لا يمكن الخوض فيها إلا بعد التمييز ما إن كانت هذه التصرفات قبل أو بعد فترة الشروع وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال هذا الفرع بالتفصيل والتدقيق.

أولاً: التصرفات التي تمت أثناء فترة الشروع

دون الخوض في غمار آراء الفقهاء حول هذه المسألة حول مدى صحة هذه التصرفات من عدمها والتي رتبها الشريك على العقار الشائع، نكتفي فقط بما نص عليه المشرع الجزائري في هذا الشأن كونه هو السائد في القضاء الجزائري وهو المعمول به في محاكمنا كونه امتداد لتطبيق النصوص القانونية.

بالتالي عند الرجوع إلى أحكام المادة 714 من القانون المدني نجد أن المشرع حسم في هذا الأمر، عندما يتعلق الأمر بالتصرفات التي تمت بعد إنهاء حالة الشروع أي بعد القسمة عند نصه أن "كل شريك في الشروع يملك حصته ملكاً تاماً يستعملها وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرط من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فيس نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى

¹ أنظر المادة 947 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

المتصرف بطريق القسمة، والمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة¹.

وبهذا يبقى الإشكال والخلاف قائماً حول مصير هذا التصرف، ويرجع ذلك إلى أن المشرع بين مصير هذا التصرف بعد القسمة فقط، لذلك اعتبر البعض من الفقهاء أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرفاً فيما لا يملك واعتبره آخرون تصرفاً صحيحاً كون الشريك تصرف في ملك خالصة له، فيما اتجه أغلب الفقهاء إلى اعتباره تصرفاً صحيحاً بين طرفيه وغير نافذ في مواجهة باقي الشركاء².

ومفاد كل هذا الخلاف كون أن الشريك عند تصرفه ولو في حصته الشائعة ولو كان صحيحاً بينه وبين باقي الشركاء، يعد ذلك كمحاولة منه لقسمة العقار الشائع بإرادته المنفردة وهو حق لا يمكنه المبادرة به لوحده بل بإجماع أغلبية الشركاء أو عن طريق القضاء³.

فيما يرى اتجاه مناقض أن تصرف الشريك صحيح ونافذ بين طرفيه كونه صادر من مالك لحق، رغم عدم نفاذه في حق باقي الشركاء⁴، وتبعاً لذلك أهم ما ينتج من اعتبار هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء أن المتصرف إليه لا يصبح شريكاً في الشيوع وبذلك يمكنه طلب القسمة أو الحق في إدارة العقار الشائع بل يبقى المتصرف هو الشريك على الشيوع طوال مدة الشيوع⁵.

ثانياً: التصرفات التي تمت بعد انتهاء فترة الشيوع

بالرجوع إلى أحكام المادة 714 من القانون المدني في فقرتها الثانية⁶ والتي تمت الإشارة إليها سابقاً، فيتضح من خلالها أن المشرع فرق بين حالة ما إذا كان المتصرف إليه عالماً بحالة الشيوع من عدمه.

¹ علاوي لخضر، المرجع السابق، ص18.

² حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص341-342.

³ محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص323.

⁴ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص128.

⁵ توفيق حسن فرج الله، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، دت، ص211.

⁶ أنظر نص المادة 714 من القانون المدني، المرجع السابق، ص140.

فإذا كان المتصرف إليه عالماً بحالة الشروع عند شرائه للحصة الشائعة فيكون مآل الحصة الشائعة التي اشتراها متوقفة على نتيجة القسمة، ففي حالة ما آلت إليه تلك الحصة التي اشتراها فتكون خالصة له دونما أي إشكال¹.

أما إذا ما لم يكون في نصيب المتصرف إليه الحصة الشائعة التي سبق وأن عينها الشريك وباعها له بعد عملية القسمة فيكون من حق المتصرف إليه طلب إبطال فسخ العقد أو إبطاله باعتبار أن المتصرف قام ببيع ما لا يملك².

إلا أن المشرع الجزائري أقر نظرة خاصة في هذا الشأن وأوجد ما يسمى بنظرية الحلول العيني وهذا ما نصت عليه المادة 714 من القانون المدني "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة..."، وبهذا يكون المشرع الجزائري قطع دابر الشك في هذه المسألة ولم يترك للمتصرف إليه حرية الخيار بين إبطال التصرف وجوازه، وإنما أجبره على الحلول محل الحصة التي آلت إليه بعد القسمة.

إلا أنه ما يأخذ على نص المادة 714 من القانون المدني أنها غير منصفة في حق المتصرف إليه عند تطبيق نظرية الحلول العيني، فلو أن المتصرف إليه قام بشراء تلك القطعة الأرضية محل الإتفاق نظرا لجودتها وخصوبتها وإطالاتها على الطريق العام وعند القسمة آلت إليه القطعة الأقل جودة وخصوبة، فهنا يكون الحكم نوعاً من الإجحاف في حقه³.

المطلب الثاني: الحق في التصرف في الملكية العقارية الشائعة كلها

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى التصرفات التي من حق الشريك ترتيبها على الحصة الشائعة، سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تلك التصرفات التي يمكن لأغلبية الشركاء ترتيبها على العقار الشائع كله أو على جزء منه، وكذا إلى الشروط المطلوبة لممارسة مثل هذه التصرفات حتى تكون نافذة وصحيحة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص565.

² ياسين محمد خليفة الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة والنشر، عمان، 2005، ص63.

³ محمد وحيد السوار، مرجع سابق، ص130.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن التصرفات الممكن ترتيبها على كل الملكية العقارية الشائعة، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن مبدأ الأغلبية والشروط المطلوبة في ترتيب هذه التصرفات.

الفرع الأول: التصرفات الممكن ترتيبها على كل الملكية العقارية الشائعة

تعتبر التصرفات التي يرتبها أغلب الشركاء أو جميعها والمؤدية إلى الإنتفاع بالعقار الشائع تصرفات صحيحة ونافذة فلهم أن يرتبوا حق انتفاع أو رهن أو تخصيص أو امتياز أو هبة العقار الشائع، كون مثل هذه التصرفات لا تطرح أي إشكال أو منازعة بين الشركاء عند ترتيبهم لمثل هذه التصرفات كون الضرر ينتفي ما دام اتفاق الشركاء ينصب حول نفس التصرف، ولكون إرادتهم اتجهت إلى ترتيبها باتفاقهم جميعاً أو بأغليبتهم¹.

وسنحاول تجنب التكرار والإطناب حول هذه التصرفات التي سبق وأن تعرضنا إليها في المطلب الأول عندما تعرضنا للتصرفات التي يمكن للشريك أن يرتبها على العقار الشائع كونها نفس التصرفات التي يمكن للشركاء بإجماعهم ترتيبها على العقار الشائع كله أو في جزء منه وإنما سوف نعالج المبدأ والشروط التي كرسها المشرع عند ممارسة هذه الأغلبية لهذه التصرفات .

الفرع الثاني: مبدأ الأغلبية والشروط المطلوبة في ترتيب هذه التصرفات

لقد استوجب المشرع الجزائري عند التصرف في الملكية الشائعة نوع من الأغلبية ولم يترك الأمر على إطلاقه عند التصرف فيها، وإنما قيده بقيمة الحصص الشائعة وهي ثلاثة أرباع من المال الشائع، ولم يكتفي المشرع فقط بامتلاك هذا القدر من الملكية الشائعة بل استوجب كذلك الاستناد إلى أسباب قوية تستدعي التصرف في هذا المال كأن يستدعي هذا العقار ترميماً مستعجلاً لتفادي تهديمه وهو ما يستوجب رهنه قصد استيفاء هذا المبلغ².

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص895.

² محمود جمال زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص131.

وهذا ما نصت عليه المادة 720 من القانون المدني بنصها أن "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية...".

كما استوجبت نفس المادة كذلك شرطاً شكلياً آخر عند اتفاق الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع من المال الشائع التصرف فيه، ويتمثل في إعلان إلى باقي الشركاء بغية ممارسة حقهم في الاعتراض أمام القضاء¹، وهذا يعد كفالة لحق الأقلية من طرف المشرع لما للتصرف من مساس بحقوقهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لتمكين المحكمة من بسط رقابتها في تصرف الأغلبية للنظر في مدى توافر الشروط المطلوبة قانوناً².

مع العلم أن إغفال مثل هذا الإجراء الشكلي يجعل من التصرف غير نافذ في حق لشركاء وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا لاسيما في القرار رقم 62092 أين اعتبرت عدم إعلان القرار بالتصرف إلى باقي الشركاء بمقرر نقل الملكية يعد خرقاً للقانون استوجب إبطال عقد البيع³.

ومهما يكن من أمر التصرف فإن للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير مدى توافر أسباب قوية عندئذ تصرف أغلب الشركاء في العقار الشائع، دون أن يكون لها نفس السلطة عندما يتعلق الأمر بوجود الإعلان الذي يجب على الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع و توجيهه لباقي الشركاء باعتباره إجراء شكلي جوهري⁴.

المبحث الثاني : الملكية المشاعة بين القسمة و البيع

يجوز لكل واحد من الشركاء استعمال حصته المفترضة غير المخصصة له في المال الشائع ، فله حق الانتفاع بها، واستغلالها، بما لا يضر بالشكاه الآخرين ، فإن كان الملك الشائع ارضاً زراعية جاز له الانتفاع ببعضها ، وإذا كان الملك داراً جاز له أن يسكن في جانب منها بقدر حصته المفترضة في حدود حصته ودون الاضرار بالآخرين شرعاً.

¹ أنظر المادة 720 من القانون المدني المعدل والمتمم.

² رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص92.

³ قرار مؤرخ في 13 جانفي 1990، المجلة القضائية، عدد الأول، 1991، ص139.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص765.

هذا و قد نظم القانون مسألة إدارة المال الشائع، فمنح الحق في الإدارة للشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، غير أنه ومتى تولى أحد الشركاء الإدارة بدون اعتراض باقي الشركاء فإنه يعتبر وكيلاً عنهم، ومنح القانون الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في أن يقرروا بشأن تحسين الانتفاع بالمال الشائع، سواء بإجراء تغييرات أساسية أو تعديل في الغرض بشرط إبلاغ باقي الشركاء رسمياً، هذا ويجوز بيع المال المشاع وفقاً للقواعد التي حددها القانون.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن قسمة الملك المشاع، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن بيع الملك المشاع .

المطلب الأول: قسمة المال المشاع

إن قسمة الملكية العقارية المشاعة قد تكون اتفاقية (الفرع الأول)، كما قد تكون قسمة الملكية العقارية المشاعة قضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القسمة الاتفاقية للعقار الشائع

سندت من خلال هذا الفرع عن شروط القسمة الاتفاقية(أولاً)، ثم سنبين طرق إجراء القسمة الاتفاقية(ثانياً).

أولاً: شروط القسمة الاتفاقية:

إن القسمة الاتفاقية عقد كغيره من العقود، أطرافه الشركاء الشائع، ومحلها المال الشائع، وسببه إنهاء حالة الشيوع، وجب أن تسري على عقد القسمة هذا أحكام سائر العقود مع مراعاة أهلية المشاعين إن كان بينهم من هو ناقض الأهلية أو غائب.

01_ إجماع كافة الشركاء على القسمة:

لا تصح القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة إلا بإجماع كافة الشركاء فلا تكفي موافقة الأغلبية منهم لتحقيقها، إلا أنه عند موافقة البعض على عقد القسمة الاتفاقية ومعارضة البعض الآخر فالشركاء الموافقين على القسمة ملزمة لهم وحدهم باعتبار موافقتهم إيجاب موجه إلى الشركاء المعارضين إلى حين قبولهم بها أو رفضها ويترتب على ذلك أن من اشترك في إبرام عقد القسمة الاتفاقية لا يجوز له أن يتحلل من التزامه بحجة تخلف

بعض الشركاء من الاشتراك في العقد وبذلك يظل العقد قائما بينهم وإن كان لا يترتب عليه إنهاء الشروع لأنه غير نافذ في حق من لم يشترك فيه من الشركاء ويكون للشريك الذي لم يكن طرفا فيه عند إبرامه أن يقره متى شاء في حدود ظروف الحال وطبيعة المعاملة أي عملا بنص المادة 63 ق.م.ج فإذا أقره جميع من لم يشتركوا فيه أصبحت القسمة نافذة في حق الجميع ويترتب عليها إنهاء حالة الشروع¹.

و لا بد أن تتوفر في الشركاء الأهلية الكاملة وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي تشوبها فقد نصت المادة 40 ق.م.ج علي (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة) وإذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائبا وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لما تقتضيه نص المادة 723 ق.م.ج.

فالولي (مادة 98 ق.إ)، والوصي (مادة 95 ق.إ)، والمقدم (مادة 100 ق.إ) يجب عليهم استئذان القاضي قبل أي تصرف يتعلق بالبيع أو القسمة أو الرهن أو المصالحة².

02_ إفراغ عقد القسمة في الشكل الرسمي وشهره

تخضع القسمة إلى القواعد العامة في إثبات المعاملات، حيث تنص المادة 333 ق.م.ج علي (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.00 دج لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل).

فإذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة على 100.000 دج فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة وإذا قلت عن ذلك يجوز إثباتها بالبينة والقرائن³.

¹ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص130.

² حمده عمار، التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة الشهيد حمه حضر، الوادي 2016-2017، ص39.

³ المرجع نفسه، ص38.

طبقا لأحكام المادة 722 ق.م.ج فإن المشرع لم يحدد محل المال الشائع منقولاً أو عقاراً وبالتالي فإن محل القسمة ينصب على المنقول والعقار على حد سواء فإذا كان محل عقد القسمة منقولاً فيكفي فيه التراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية أي لا يشترط فيه الرسمية ولا الشهر.

أما إذا تعلقت القسمة الاتفاقية بعقار في وسط عمراني وجب مراعاة أحكام القانون 90-29 المؤرخ في 1-12-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم 4-05 المؤرخ في 14-08-2004 بضرورة الحصول على رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم عقار إلى ملكيتين أو ملكيات عقارية مهما كان موقعها داخل المحيط العمراني أو خارجه (المادة 57 و 58 و 59 و 64 منه) والمرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 21-05-1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 6-03 المؤرخ في 7-01-2006 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 90-307 المؤرخ في 22-09-2009 الذي يحدد كفايات وإجراءات ومحتوي وثائق رخصة التجزئة وشهادة تقسيم الأرض ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم (المواد من 7 إلى 30 منها)¹.

ومما يجب التنويه إليه أن المرسوم التنفيذي 91-176 المذكور أعلاه تم إلغائه بموجب أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ونص على رخصة التجزئة في المادة السابعة منها، وعلى شهادة التقسيم في المادة الثالثة والثلاثين منه².

إضافة إلى إفراغ القسمة الاتفاقية المنصبة على العقار في الشكل الرسمي وفقاً لأحكام المواد 1-324 و 4 و 793 ق.م.ج وم 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 والمواد 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي لم تراعى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهيأة مع بقاء ملكية العقار في حالة الشيوخ، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها المشهورة بأن القسمة الودية

¹ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2016، ص 196.

² المرسوم التنفيذي رقم 15-19 مؤرخ في 25-01-2015، المتضمن تحديد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها ج.ر، عدد 7، ص 4.

للقرار التي لم تفرغ في الشكل الرسمي ولم تمر عليها مدة 15 سنة من تاريخ وقوعها تكون قسمة غير نهائية ومن ثم يجوز التراجع عنها والمطالبة القضائية بقسمة نهائية أمام القضاء¹.

ثانيا: طرق إجراء القسمة الاتفاقية

وهي الوسائل أو الطرق التي تم بمقتضاها إجراء القسمة للملكية والتي حددها المشرع الجزائري ألا وهي القسمة عينا للمال الشائع أو عن طريق التصفية وسنتطرق إلى ذلك من خلال ما يلي²:

01_ القسمة العينية:

للشركاء في الشبوع الاتفاق على الطريقة التي يرونها مناسبة لاقتسام المال الشائع فيما بينهم فإما يقتسمون المال الشائع بينهم قسمة عينية إذا كان بالإمكان تجزئة المال الشائع إلى حصص مفرزة بعضها عن بعض تتفق قدر الإمكان مع حصص الشركاء، وهذه الطريقة من القسمة تجري فقط في الأشياء القابلة للتجزئة، فلا يمكن إجراء القسمة الاتفاقية عينا لمال مشاع لا يقبل القسمة العينية بطبيعته كالسيارة مثلا أو، إذا كان المال المشاع يقبل القسمة العينية بطبيعته إلا أنه من شأنه أن تحدث القسمة نقصا كبيرا في قيمته، فالهدف من القسمة العينية للمال المشاع هو حصول كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته أثناء الشبوع وهذا مات أكدته الفقرة الثانية من المادة 724 من ق.م.ج.

02_ قسمة التصفية:

وإما أن يختاروا كأن تكون القسمة عن طريق التصفية إذا تعذر قسمة المال الشائع عينا وهذه الطريقة تعني بيع المال المشاع وتوزيع ثمنه بين المتقاسمين حيث يأخذ كل واحد مبلغا من النقود يتفق وقيمة حصته في هذا المال ويتم ذلك عن طريق البيع بالمزاد العلني ويجوز للمتقاسمين حصر المزايدة فيما بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك وهذا ما أكدته المادة 728 ق.م.ج على أنه "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا ذلك".

¹ حمده عمار، المرجع السابق، ص39.

² حمده عمار، المرجع السابق، ص40.

03_ إجراءات القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة

نتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات القسمة الاتفاقية للمنقولات والعقارات كما يلي:

أ_ القسمة الاتفاقية للمنقولات:

إذا كان محل المال الشائع منقولاً، فعقد القسمة يكون رضائياً، يكفي فيه بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية، أي لا يشترط فيها الرسمية ولا الشهر¹.

مع مراعاة أحكام المادة 333 ق.م.ج المتعلقة بالقواعد العامة للإثبات والمذكورة أعلاه.

ب_ القسمة الاتفاقية للعقارات:

تتم القسمة الاتفاقية المتعلقة بالعقار استناداً إلى الوثائق المتعلقة بالملكية الشائعة وبالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي التي يقع في دائرتها العقار وعلى ضوء هذه الوثائق وشهادة السلبية التي يصدرها المحافظ العقاري المختص إقليمياً يقوم خبير عقاري معتمد بإعداد مشروع عقد القسمة الذي أجمع عليه الشركاء المتقاسمين.

فيفرغ الموثق مشروع عقد القسمة هذا في شكل رسمي ويقوم بشهره وتسجيله لدى المحافظة العقارية بغية شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على كل جزء مفرز وتحديد هوية المالك الجديد للجزء المفرز².

والخلاصة متى انصبت القسمة على عقار شائع وجب استصدار قرار تجزئة الذي هو بمثابة الرخصة المسبقة يصدر عن رئيس المجلس الشعبي المختص إقليمياً والواقع في دائرة اختصاصه العقار الشائع وذلك لإيداع ملف طلب رخصة تجزئة لدى المصالح التقنية للبلدية وعقب دراسته تسلم هذه الرخصة، وتدرج ضمن الملف الذي يقدم للموثق المكلف بتحرير عقد القسمة الاتفاقية والمتكون أساساً من الوثائق التالية:

_ مخطط موقع العقار المشاع.

_ رخصة التجزئة للعقار المشاع.

¹تيقريمنيزيري وحمانى حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة جامعية 2012-2013، ص17.

²بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، السنة الأكاديمية 2005-2006، ص10.

_ خمسة (05) نسخ من مشروع القسمة المعد من طرف الخبير المختص.

_ شهادة السلبية صادرة عن المحافظ العقاري الواقع بدائرة اختصاصه العقار المشاع.

الفرع الثاني: القسمة القضائية للعقار المشاع

عرفنا من خلال ما سبق أن القسمة الودية أو الاتفاقية هي الأصل والأساس الذي يزول به الشيوع بين جميع الشركاء إلا أنه يتعذر في بعض الأحيان أن يجمع الشركاء على الاتفاق والتراضي فيما بينهم لقسمة المال وديا فيتم اللجوء إلى القضاء فما هي الشروط التي حددها المشرع الجزائري والتي بوجودها لا سبيل للشركاء في الشيوع إلا اللجوء إلى القضاء.

أولاً: شروط القسمة القضائية

حدد المشرع الجزائري ثلاث حالات للشركاء اللجوء إلى القضاء لقسمة المال المشاع وهي:

01_ عدم اتفاق الشركاء على القسمة الودية أو الاتفاقية وأراد أحدهم أو بعضهم الخروج من حالة الشيوع وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 724 من ق م .

02_ إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ولكن وجد من بينهم من هو ناقص الأهلية أو غائب أو مفقود فالولي أو المقدم أو الوصي هو الذي يستأذن القاضي وللقاضي السلطة التقديرية في أن يأذن أو يرفض وهذا ما نصت عليه المادة 723 من ق م ج والتي توجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون المتعلقة بالاستئذان من القاضي ابتداء بالنسبة لناقصي الأهلية.

القسمة التي تتعلق بقسمة التركات والتي يكون فيها أحد الورثة قاصر حيث نصت لفقرة الأخيرة من المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري على "... وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء"¹.

¹ حمدة عمار المرجع السابق، ص57.

ثانيا: أطراف دعوى القسمة القضائية

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء أو أكثر بوصفهم مدعين وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 724 من القانون المدني الجزائري أما الموزعة عليهم فهم باقي الشركاء وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها¹.

وإذا أغفل اختصاص بعض الشركاء في الشيوخ فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم.

وإذا صدر حكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما في الدعوى لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل وليس للخصوم أن يتمسكوا بعدم نفاذ الحكم في حقهم إلا للشريك الذي لم يدخل خصما في الدعوى.

وأما بالنسبة لبيع الحصة لأجنبي فنميز بين أمرين:

01_ إذا كانت الحصة المباعة لأجنبي حصة مشاعة يصبح الأجنبي شريكا على الشيوخ مع باقي الشركاء وله حق الاختصاص بدل الشريك البائع.

02_ أما إذا كانت الحصة المباعة للأجنبي عبارة عن جزء مفرز من المال المشاع فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء ولا يعتبر شريكا في الشيوخ فلا يحق له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقا لقواعد الدعوى الغير مباشرة باعتباره دائما للشريك البائع².

ثالثا: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى القسمة

طبقا لما نصت عليه المواد 40، 498 و 511 من القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 فإن القسم العقاري فهو الذي له الولاية في الفصل في قسمة المال الشائع³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، منشأة المعارف، 2004، ص825.

² عبد المنعم فرج صده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د ت، ص210.

³ احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، 2008، ص127.

ففي المواد العقارية فالاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

أما إذا كانت الأموال المطلوب قسمتها أموال منقولة فالاختصاص يؤول إلى موطن أحد الشركاء، وإن تعددوا يؤول إلى محكمة أحد منهم.

وفي دعاوى التركة يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

رابعاً: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة

الأصل أنه هناك نوعان من القسمة التي تنهي حالة الشروع فإما أن تكون قسمة اتفاقية مصدرها إجماع وتراضي الشركاء، أو قسمة قضائية مصدرها القضاء.

وفي سبيل قسمة الملكية الشائعة اتفاقياً أو قضائياً، نصت التشريعات لمختلفة ومن بينها التشريع الجزائري على طرق مختلفة تتم بها القسمة وتزول بها حالة الشروع، وعليه سنوضح ذلك من خلال التالي:

01_ القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة:

نصت الفقرة الثانية من المادة 724 ق. م. ج على "... وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

نستنتج من هذه الفقرة أنه ما دام المال المشاع قبلاً للقسمة حصصاً تعادل حصص الشركاء بقدر نسب حصصهم أثناء الشروع يمكن للأطراف التمسك بحقهم في قسمة المال الشائع عينياً وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 51887 المؤرخ في 13-02-1989².

من المقرر قانوناً أن القرار الذي يهمل الجواب على أقوال الخصوم وأوجه دفاعهم يكون مشوباً بانعدام السبب.

ولما كان الثابت في قضية الحال -أن الطاعنين عرفوا أن الدور الخمسة التي حكم ببيعها لعدم إمكانية قسمتها هي ليست كذلك بل تقبل القسمة وطالبوا بتعيين خبير آخر ليعطي رأيه فيها، وأهملت الرد عليه شابت

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق ص 101.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق ص 102.

قرارها بانعدام التسبيب، خاصة وأنه ثبت عمليا أن الدار الواحدة كثيرا ما تنقسم بين الشركاء أو الورثة فيها، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

يتولى القاضي بنفسه قسمة المال الشائع مستعينا بخبير مختص خاصة إذا كان المال الشائع عقارا فيندب خبيرا عقاريا بحكم تمهيدي قبل الفصل في دعوى القسمة، وهذا وفقا لأحكام المادة 1326 من ق. أ. م. أ ويمكن استبدال الخبير أو رده من أحد الخصوم طبقا لمقتضيات المواد 132 و133 ق. أ. م. أ، والخبير منوط به إنجاز خبرة تقنية أو علمية في حدود ما اقتضته المادة 138 ق. أ. م. أ وهذا ما أكدته القرار المؤرخ في 20-11-19856، على أن الخبرة عمل فني بحت وينحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصورة أعم وأشمل ليأخذ بها أو يردّها بأسباب سائغة، بما له من سلطة تقديرية، وأنه لا يمكن بي حال من الأحوال، أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيا القاضي كإجراء تحقيق أو سماع الشهود أو إجراء القسمة بطريق الاقتراع¹.

ويمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة أو يستبعدّها وتسبب سبب استبعاد نتائج الخبرة، المادة 144 ق. أ. م. أ.

أ_ القسمة على أساس أصغر نصيب:

يقوم الخبير المكلف بإعداد الخبرة المتعلقة بقسمة المال الشائع بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتستوي في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية، فإن كانت القسمة الجزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع الذي ينبغي قسمته إلى حصص وتحديد نصيب كل شريك في هذا الجزء وترك الباقي من المال على شيوعه دون تقسيمه أو تحديده² وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة 725 ق م ج التي تنص على "يكون الخبير حصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية".

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص فالمشعر الجزائري لم يتطرق إلى طريقة التجنيب وهي تحديد نصيب كل شريك مفرز في المال الشائع وذلك بقدر حصته في هذا المال وهذا ما نصت عليه أحكام المادة

¹ حمدة عمار المرجع السابق، ص60.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص149.

837 من ق.م.م حيث نصت الفقرة الأولى منها على "يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته".

والقول -حسب ما يرى البعض- أنه يمكن للخبير تجنيب الحصص لكل شريك إن تعذرت القسمة على أساس أصغر نصيب قول منافي للحقيقة ومخالفاً لأحكام التشريع الجزائري والأحرى دعوة المشرع إلى استدراك المادة 725 المذكورة أعلاه وتعديلها وذلك بإدخال تقويم الحصص عن طريق التجنيب وليس العلة بحكم لم ينص عليه التشريع الجزائري.

والمشرع الجزائري حدد الحل في حالة تعذر أخذ أحد الشركاء كامل نصيبه أن يعوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

والمعدل Soulte هو مبلغ من النقود يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان¹.

وكمثال على قسمة المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسدس فيقسم المال أسداساً أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والرابع وجزء من اثني عشرة فيقسم المال الشائع إلى اثني عشرة جزءاً وهكذا².

ب_ الفصل في المنازعات قبل الفصل في دعوى القسمة:

فإن ثارت نزاعات بين الشركاء المتقاسمين عند تكوين الحصص فالمحكمة هي التي تفصل في المنازعات التي تقع بين الشركاء وهذا ما نصت عليه المادة 726 من ق.م.م ج فالمنازعات المتعلقة بتكوين الحصص تكون عادة متعلقة بالتقويم للمعدلات أو التشكيك في مدى تساوي الحصص وهناك منازعات تفصل فيها المحكمة ابتداءً لا تتعلق بتكوين الحصص كالتعدي في ملكية شريك لحصته الشائعة أو في مقدار حصة أحد الشركاء.

¹ حمدة عمار، المرجع السابق، ص 61.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 834.

وتفصل المحكمة في هاتين النوعين من المنازعات بموجب حكم قابل للاستئناف وبذلك يتم إرجاء عملية القسمة إلى حين صيرورتها نهائياً.

والخلاصة أنه في حالة وجود منازعات أثناء إجراء القسمة أي أثناء تكوين الحصص أو تحديدها أو إنكار صفة أحد الشركاء المشاعين الداخليين في القسمة فالمحكمة تختص بالفصل فيها قبل ان تتعرض إلى الفصل في دعوى القسمة¹.

فإذا ما تبين للقاضي أن العناصر التي بني عليها الخبير تقريره غير وافية يجوز له أن يأمر باستكمال التحقيق بحضور الخبير أو الخبراء حسب الحالة لتلقي الإيضاحات والمعلومات الضرورية عن كيفية قيامهم بأعمال الخبرة والوثائق التي تم الاعتماد عليها في ذلك وذلك بحضور أطراف النزاع ودفاعهم وأن يقوم كاتب ضبط المحكمة بتجريب محضر في هذا الموضوع يرجع إليه عند الحاجة وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 141 من ق.أ.م.أ.

ج_ إجراء القرعة وتحديد النصيب المفرز لكل شريك

بعد الفصل في كل المنازعات نهائياً تصدر المحكمة حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز وهذا بعد إجراء عملية القرعة من طرف القاضي.

وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في القرار المؤرخ في 28-10-1992 الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات، لا سيما ما يتعلق منها بتكوين الحصص ولما ثبت من قضية الحال - أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم -المطعون فيه-التطرق إلى تكوين الحصص وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم خالفوا بذلك القانون وعرضوا قرارهم المذكور للنقض" قرار مؤرخ في 28-10-1992-ملف رقم 91439².

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 159.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 208.

طبقاً لأحكام المادة 727 منق.م.ج التي تنص على "تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفوز".

تتم عملية الاقتراع بعد أن أصبحت دعوى قسمة المال الشائع خالية من كل نزاع بإعادة السير فيها من طرف صاحب المصلحة بعد أن توزع الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه على أساس أصغر نصيب كما بيناه سابقاً وبما أن الحصص التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة فإن توزيعها يكون بطريق القرعة فتجري المحكمة القرعة بين الشركاء فإذا كان عدد الشركاء عشرة وكان لشريك حصتان وشريك آخر ثلاث حصص والشريك الثالث خمس حصص وضعت في القرعة 10 عشرة أوراق مرقمة من 1 واحد إلى 10 عشرة ورقمت الحصص على هذا لوجه كذلك فيختار الشريك الأول ورقتان ويختار الشريك الثاني ثلاث ورقات والشريك الثالث خمسة ورقات فيستحق كل شريك الحصة والحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه حتى ولو ترتب على ذلك أن تفرقا حصة الشريك وعلى الشركاء بعد القرعة أن يتفوقوا على البديل بالمعدل أو بدون معدل وتثبت المحكمة إجراءات القرعة بمحضر الجلسة ثم تقضي بتحديد حصة كل شريك والهدف من القرعة هو بث الطمأنينة في نفوس الشركاء إلى أن فرصهم متساوية¹.

02_ قسمة التصفية للملكية الشائعة:

أ_ تحديد معنى قسمة التصفية :

تعتبر قسمة المال الشائع عن طريق التصفية طريقاً يلجأ إليه القضاء عند تعذر القسمة عينياً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في المال المراد قسمته، وهذا ما اقتضته المادة 728 ق.م.ج وهي القسمة التي تكون ببيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء المتقاسمين كل بحسب حصته في المال الشائع.

¹ عبد الرزق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 840.

فتمت تبيين للمحكمة أن القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة، كما لو كان المال مصنعا، أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لا يسمح بالبناء فيه تأمر المحكمة ببيع المال في المزاد العلني¹.

فتمت تبيين للمحكمة عدم إمكانية قسمة المال الشائع عينيا بالاستعانة بتقرير الخبرة-الذي هو غير ملزم للقاضي-تقضي المحكمة بان تكون القسمة عن طريق التصفية.

ب_ إجراءات قسمة المال الشائع عن طريق التصفية

نشير أولا إلى أنه لا بد من التمييز بين ما إذا كان المال المشاع محل القسمة عقارا أو منقولاً.

_ بالنسبة للعقارات:

تطبق عليها إجراءات البيوع العقارية المملوكة على الشيوع وتطبق عليها أحكام المواد من المادة 786 إلى المادة 787 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فطبقا لأحكام المادة 786 ق.أ.م.أ¹ أنه إذا تقرر بحكم أو قرار إداري بيع العقار أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر لقسمة عينا بيع العقار عن طريق المزاد العلني ويكون البيع عن طريق قائمة شروط يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد بها العقار بناء على طلب من يهمله التعجيل من المالكين على الشيوع².

ويجب أن تشمل البيانات المذكورة في قائمة الشروط البيانات المذكورة في المادة 783 ق.أ.م.أ إضافة إلى ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم فضلا على إرفاق الوثائق المذكورة في المادة 784 ق.أ.م.أ أو نسخة من الحكم أ القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني.

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص144.

² حمدة عمار المرجع السابق، ص64.

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوخ، ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة عند الاقتضاء.

إضافة إلى ذلك تطبق على قسمة التصفية التي تتعلق بعقارات مشاعة إجراءات النشر والتعليق المتعلقة ببيع عقارات المحجوزة وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 789 ق. أ. م. أ والتي تنص على: "تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 783، 786، 788 أعلاه إجراءات النشر والتعليق والمذكورة في المادة 707 ق. أ. م. أ.

_ بالنسبة للمنقولات:

إذا كان محل القسمة منقولاً تعين بيعه بالمزاد العلني لتعذر قسمته كاستحالة قسمة سيارة عينا بين ثلاث متقاسمين مثلاً يتم قسمة المنقول المشاع ببيعه طبقاً للأحكام المتعلقة بإجراءات بيع المنقولات المحجوزة المادة 704 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نخلص إلى أن القسمة عن طريق التصفية يقتصر التقدم للمزايدة فيها على الشركاء المشاعين أن أجمعوا على ذلك فيصدر الحكم بقصر المزايدة عليهم، فيرسوا المزاد على أحدهم فنكون عندئذ بصدد قسمة تصفية، وإذا كان من بين الشركاء قاصر أو ناقص أهلية أو غائب وجب الالتزام بإحكام المادة 89 من قانون الأسرة والتي تنص على "على القاضي أن يراعي في الإذن، حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"¹.

وإن لم يتفق الشركاء على حصر المزايدة بينهم ورست على أجنبي عنهم نكون عندئذ بصدد بيع بين الأجنبي والشركاء، وقسمة تصفية بين الشركاء والدائنين المحتملين.

وإذا لم يتفق الشركاء على حصر المزايدة بينهم ورست على أجنبي عنهم نكون عندئذ بصدد بيع بين الأجنبي والشركاء، وقسمة تصفية بين الشركاء والدائنين المحتملين، فرسوا المزايدة على الأجنبي هو إجراء تمهيدي لقسمة ثمن البيع ومات ينجر عليه من آثار القسمة².

المطلب الثاني: بيع الشركاء للعقار الشائع

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون 05-02، المؤرخ في 27/02/2005.

² أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 172.

يرتب الملكية الشائعة حقا للشركاء في الانتفاع به والتصرف فيه شأنه في ذلك شأن الملكية المفردة ، ولكن مادام حق الشريك يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين ، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك ، فإنه يتعذر عليه الانتفاع بالشيء وحده ، بل لابد من تعيين طريقة لإدارة هذا المال الشائع ، فإذا اتفق الشركاء على طريقة معينة لإدارة المال الشائع ألزمهم ذلك الاتفاق ، أما إذا اختلفوا في ذلك فإن القانون هو الذي يتولى تعيين النصاب الواجب لإدارة المال. وهذا ينطبق كذلك على التصرف في المال الشائع كله ، سواء كان التصرف ماديا أو قانونيا ، ولكن تصرف الشريك في حصته الشائعة دون المساس ببقية حصص الآخرين ، فإنها تخضع لقواعد الملكية المفردة ولا تستوجب موافقة بقية الشركاء ، وفي المقابل لهم حق طرد المشتري الذي حل محل الشريك عن طريق ممارسة حقهم في الشفعة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن بيع الشركاء للعقار المملوك على الشيوع، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن بيع العقارات المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني.

الفرع الأول: بيع الشركاء للعقار المملوك على الشيوع

إن بيع الشركاء للعقار الشائع يتخذ عدة صور فقد يبيع الشركاء كل العقار الشائع أو جزء مفرد منه، وقد يد البيع على حصة شائعة، كما قد يصدر البيع من الشركاء مجتمعين أو من الأغلبية منهم.

أولاً: بيع العقار المملوك على الشيوع بإجماع الشركاء

تنص المادة 720 من ق. م. ج على أن: "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". يستفاد من هذا النص أن بيع العقار الشائع بصورة جماعية يقتضي إجماع الشركاء كأصل عام، إلا أن هذا الأمر لا يتيسر دائما، لذلك تدخل المشرع لتقرير حق أغلبية الشركاء في بيع المال المشاع بشروط معينة مع حفظ حق

الأقلية إذا عارضت هذا التصرف وذلك بالرجوع إلى المحكمة كضمان لهم، وهذا البيع للشركاء قد ينصب على كل أو جزء من العقار الشائع كما قد ينصب على حصة شائعة منه¹.

01_ بيع الشركاء لكل العقار الشائع أو لحصة شائعة منه

قد ينعقد إجماع الشركاء لإنهاء حالة الشيوخ أو لبيع حصة شائعة منه ففي الحالة الأولى يتم بيع العقار المملوك على الشيوخ إما رضاء وذلك بإجماع الشركاء ويسمى بالتصفية الودية، أو قضاء وذلك لتعذر قسمة العقار المملوك على الشيوخ، ويطلق عليه بيع تصفية، أما الحالة الثانية والتي تتعلق ببيع الشركاء لحصة شائعة، فيكون صحيحا وناظرا في مواجهة جميع الشركاء ما يستقر عليه إجماع الشركاء، ويترتب عنه أن الشريك الجديد يدخل مع الشركاء بنصيب معين في العقار الشائع مقابل إنقاص من حصص باقي الشركاء حسب اتفاقهم، وله أن يتصرف بكافة أنواع التصرف في الحصة التي آلت إليه.

02_ بيع الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع:

يمكن تصور كذلك الحالة التي يقوم فيها الشركاء في العقار المملوك على الشيوخ حين تصرفهم في جزء مفرز ويترتب عن ذلك ن يستأثر بذلك الحق ويصبح الجزء المفرز المبيع ملكية خاصة بالمشتري دون سواه، مع بقاء الشركاء مشاعين في الجزء المتبقي في العقار الشائع، والمشتري في هذه الحالة لا يملك حصة بل جزء معين بالذات.

ثانيا: بيع أغلبية الشركاء للعقار المملوك على الشيوخ

طبقا لأحكام المادة 720 من القانون المدني والمشار إليها سافا، للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استتدوا في ذلك إلى أسباب قوية، فالمشرع يدرك أنه قد يتعذر إجماع الشركاء للتصرف في العقار الشائع، لذلك قرر حقه الأغلبية الشركاء التصرف فيه².

¹ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، منشورات طليخ، ط2، 2013، ص269.

² سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ص269.

01_ الأغلبية القانونية لبيع العقار الشائع:

إن المشرع اعتمد في تحديد الأغلبية معيارا موضوعيا على خلاف القاعدة العامة وذلك بإقرار نسبة الملك، وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي، وإذا قرر من يملك أغلبية المال المشاع بيعه، فيجب أن يبلغ قراره لبقية الشركاء وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها مؤرخ في 13/10/1990 ملف رقم 162092.¹

كما اشترط المشرع بإمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع، استنادها في ذلك إلى أسباب قوية تستوجب تقرير التصرف فيه، لا سيما إذا كانت القسمة تضر بمصالحهم، كأن يتطلب المال الشائع أموالا لصيانته أو تحسينه تستدعي رهنه ضمانا لقرض من أجل ذلك، أو عرض ثمن مريح في حالة بيعه يخشى عدم تحققه مستقبلا في حالة عدم بيعه.²

02_ الضمانات المقررة للأقلية في بيع العقار الشائع:

نستخلص من خلال نص المادة 720 من ق.م.ج أن المشرع وازن بين حقوق الأقلية، وذلك بإقراره لإجراءات وشروط أوجبها على الأغلبية المتصرفة تجاه الأقلية، فبالإضافة إلى وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من المال الشائع والاستناد إلى أسباب قوية، لابد من إعلان هذا البيع إلى الأقلية بواسطة عقد غير قضائي، ليكون لهم حق الاعتراض على ذلك البيع خلال شهرين من تاريخ الإعلان، وذلك أمام المحكمة التي لها أن تفصل في ذلك بالنظر إلى نتيجة القسمة فيما إذا كانت تضر بمصالح الشركاء.

الفرع الثاني: بيع العقارات المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني

ويسمى كذلك بيع التصفية إذ يتم بموجب هذا النوع من البيوع تصفية الأملاك الشائعة وفرز الأنصبة وإعطاء لكل شريك في الشيوع حقه في العقار المبيع، إذ نص المشرع في المادة 728 من ق.م.ج: "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 لشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

¹ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 269.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2000.

أولاً: شروط بيع العقار بالمزاد العلني

ليتم اللجوء إلى هذا النوع من البيوع لابد من توافر شروط وهي:

- 01_ أن يكون هناك حق في الشئوع.
- 02_ أن يتعذر على الشركاء قسمة العقار الشائع نظراً لعدم إمكانية ذلك، أو أن القسمة من شأنها إحداث ضرر كبير بالعقار الشائع¹.
- 03_ أن يصدر حكم من جهة قضائية معينة يقضي ببيع العقار بالمزاد العلني نظراً لتعذر القسمة عينا.
- 04_ أن يتبع في بيع العقار الطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية.
- 05_ اقتصار المزايدة على الشركاء إذا أجمعوا على ذلك.

ثانياً: إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني

رسم المشرع الجزائري إجراءات مرحلية يجب مراعاتها في بيع المال المشاع بالمزاد العلني، تتم تحت رقابة القاضي الناظر في النزاع، وعلى جميع الشركاء مواكبة هذه الإجراءات المرحلية حتى يتسنى لهم بيع المال الذي تعذر قسمه عينا والتخلص من الشئوع، ولا يشترط لبيع المال المشاع بالمزاد العلني أن يكون هناك نزاع قائم بين الشركاء على مستوى المحاكم بشأن المال المشاع، فقد يتفق الشركاء على رفع الأمر للقاضي ليتولى إجراءات البيع بالمزاد العلني لعد إمكانية القسمة عينا لأن القسمة حق قانوني وشرعي للشريك للمطالبة بحقه عينا ما لم يوجد نص أو اتفاق يحول دون حقه في طلب القسمة². وفي مقابل ذلك لا يسوغ للقاضي الاستجابة لمطلب لشركاء ببيع المال المشاع بالمزاد العلني، في حالة قابلية العقار المشاع محل البيع للقسمة بدون ضرر، ويجوز للقاضي الاستعانة بأكثر من خبير للتحقق من عدم قابلية المال المشاع لقسمة قبل إصدار الحكم ببيعه بالمزاد العلني³.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية الخاصة الشائعة، اكتسابها-إثباتها-حمايتها-إدارتها-قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للنشر، ط2015.

² أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للنشر ط1989، ص14.

³ سايس جمال، المرجع السابق، ص272.

01_ المرحلة الأولى: إعداد قائمة شروط البيع

يتم البيع بناء على ائمة شروط البيع يقوم بإعدادها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهيمه التعجيل منى المالكين على الشيوخ طبقا لنص المادة 786 من ق إ م إ في فقرتها الأولى: "إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العين العقاري المملوك على الشيوخ لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط لبيع يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب ن يهيمه التعجيل من المالكين على الشيوخ،؟" هذه القائمة يجب أن تشتمل على بيانات عددها المشرع في المادة 783 من ق إ م إ وهي كالتالي:

أ_ الإذن الصادر بالبيع 2. تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كانت العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات، 3 شروط البيع والتمن الأساسي.

ب_ تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة إلى ذلك مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء، بيان سندات الملكية، كما نص لمشرع في المادة 2/786 من ق إ م إ: "تشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه، على ذكر جميع المالكين على الشيوخ وموطن كل منهم ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 من ق إ م إ أعلاه نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني".

وتتمثل الوثائق المذكورة في المادة 784 من نفس القانون في ما يلي¹:

_ مستخرج جدول الضريبة العقارية.

_ مستخرج من عقد الملكية، والإذن بالبيع عند الاقتضاء.

_ الشهادة العقارية صرحت بهذا المادة 784 من ق إ م إ.

¹ سايس جمال، المرجع السابق، ص 273.

ورد في نص المادة 784 من ق إ م إ أن تشتمل قائمة شروط البيع زيادة على البيانات الأخرى تحديد الثمن الأساسي للعقار، وتحديد هذا الثمن أو ما يسمى بالسعر الافتتاحي يتك طبقاً لنص المادة عن طريق خبير اقتصادي يعين بموجب أمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي، وذلك بعد دفع مصاريف الخبرة إلى أمين الضبط طبقاً للمادة 739 من ق إ م إ، كما يقوم المحضر بإبلاغ الدائنين عن إيداع قائمة شروط البيع، والذين لهم الحق في طلب إلغائها عن طريق الاعتراض وفقاً للمادة 787 من نفس القانون: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوخ ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة، عند الاقتضاء طبقاً لأحكام هذا القانون: "بعد أن يقوم المحضر القضائي بتبليغ قائمة شروط البيع للأطراف الميينة في المادة 787 من ق إ م إ أعلاه، يبدأ تاريخ سريان أجل تقديم الاعتراضات، وتقدم الاعتراضات على قائمة شروط البيع على العقار الذي تعذر قسمته عينا، ويتم تحديد تاريخ لجلسة فصد النظر فيها من طرف رئيس المحكمة طبقاً لأحكام المادة 742 من ق إ م إ التي تنص على ما يلي: "تقدم الاعتراضات من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 740 أعلاه، أو من ورثتهم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة (3) أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم بالتمسك بها، ويتم تسجيل العريضة في سجل خاص بع دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها، وتعد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعارض والحاجز والمحضر القضائي، ويفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام، وفي حالة عدم تقديم أي اعتراض بالجلسة يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان عن البيع بالزاد العلني".

_ الإعلان عن البيع بالمزايدة

بعد الفصل في مسألة الاعتراضات يتم تحديد تاريخ الجلسة للبيع ويقوم المحضر القضائي بالإعلان وفقاً للمواد 749، 750 من ق إ م إ، إذ تنص المادة 749 من ق إ م إ على ما يلي: "يحرر المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين (30) يوماً على الأكثر وعشرين (20) يوماً على الأقل، مستخرجاً من

مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعا منه، ويقوم بنشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني على نفقة طالب التنفيذ، يتضمن المستخرج، فضلا عن البيانات المعتادة ما يأتي¹:

_ اسم ولقب كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العين بأن وجد وموطن كل منهم.
_ تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع.

_ الثمن الأساسي لكل جزء من العقار و/أو الحق العيني العقاري.

_ اريخ وساعة البيع بالمزاد العلني.

_ تعيين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع.

كما تنص المادة 750 من ق إ م إ على ما يلي: "يتم تعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

_ في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني.

_ في جريدة يومية أو وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز.

_ في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع.

_ في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها لعقار.

_ في الساحات والأماكن العمومية.

_ وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايدين، يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفع مع ملف التنفيذ. "إذن يتم الإعلان وفقا للطريقة المبينة في المادتين السالفتين الذكر، ولكن هذا لا يمنع الأطراف من

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص124.

الاعتراض على إجراءات النشر إذا لم تتم وفقاً للطريقة التي رسمها القانون ويتم الاعتراض وفقاً للمادة 751 من ق إ م إ.¹

_ جلسة البيع بالمزاد العلني

نص المشرع على أحكام جلسة البيع بالمزاد في المواد من 753 إلى 765 ق إ م إ، فحددت المادة 752 كيف يقوم رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعين لهذا الغرض بالإشراف على جلسة البيع وله أن يتخذ ما يراه مناسباً لمقتضيات البيع بالمزاد العلني، وله أن يؤجل جلسة البيع إذا وجدت أسباباً جدية من بينها قلة المزايدين عن النسبة المحددة قانوناً أو ضعف العروض، وفي هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق على نفقة من طلب التأجيل.²

أما عن مجريات الجلسة فيقوم القاضي بالتحقق من حضور كل أطراف البيع ويتأكد من تمام إجراءات التبليغ الرسمي وإجراءات النشر والتعليق بحسب المادة 753 من ق إ م إ.

يأمر رئيس المحكمة بافتتاح جلسة البيع ويذكر شروط البيع والسعر الأساسي ثم يحدد المصاريف ومبلغ التدرج على أن لا يقل في جميع الأحوال عن 100.000 دج، فإذا لم يتوفر نصاب المزايدين أو كانت العروض أقل من الثمن الأساسي أو لم يتقدم أي مزاد بأي عرض خلال 15 دقيقة في هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق، وفي الجلسة الجديدة ودون الأخذ بعين الاعتبار عدد المزايدين أو إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي يقرر الرئيس تأجيل الجلسة وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق، ويبيع العقار لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي.

ويتم بيع العقار أو العقارات بالنتابع ويمنع بيعها بالجملة، ويرسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض من المزايدين ويعتمد الرئيس في ذلك النداء ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة، ويجب على من رسى عليه المزاد أن يدفع في الجلسة 5/1 خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة أما باقي الثمن 5/4 فيدفعه في أجل ثمانية أيام من تاريخ رسو المزاد وفي الحالة المخالفة يتحمل نفقة إعادة البيع وفرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بمبلغ أقل من الثمن الذي رسى عليه المزاد، ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى،

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 125.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 126.

وتجب الإشارة إلى أنه لا ينعقد البيع بالمزايدة إلا برسو المزاد ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا وهو نص المادة 69 من ق م ج¹.

كما يقوم رئيس المحكمة بتقدير مصاريف إجراءات لتنفيذ بما فيها أتعاب المحضر القضائي بموجب أمر على عريضة، تقدم من طرف هذا الأخير أو من أحد الدائنين، ويعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني وينوه عنها في حكم رسو المزاد فيما بعد، وتقتص هذه الأتعاب قبل أي قسمة وهو نص المادة 752 من ق م ج¹ أما عن انتقال الملكية فيتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية إذا تعلق الأمر بعقار و/أو بحق عيني عقاري لأجل إشهارة خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره، ويترتب على صدوره تطهير العقار من كل التأمينات العقارية حسب نص المادة 762 من ق م ج¹ التي تنص على ما يلي: "تنقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية، يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهارة خلال أجل شهرين (2) من تاريخ صدوره" قبل التطرق إلى آثار بيع المال المشاع بالمزايدة لابد من التنويه إلى أنه يعاقب على المتعرض لحرية المزايدات بالعقوبة المقررة في المادة 175 من قانون العقوبات المعدلة، وتجدر الإشارة إلى أنه لا تسري أحكام الغبن في البيع بالمزايدة في بيع العقارات بالمزاد العلني وهو ما نص عليه المشرع في المادة 360 من ق م ج¹ "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطرق المزاد العلني بمقتضى القانون.

كما لا تطبق أحكام ضمان العيوب الخفية في مجال بيع العقار بالمزاد نص المادة 385 من نفس القانون: "لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

ويجب على الراسي عليه المزاد العلني أن يدفع ثمن العقار المبيع إضافة إلى الشهر بالمحافظة العقارية وفقا للمادتين 793 من ق م ج¹، و15 من الأمر 74/75 السالفتين الذكر وفي حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء فيجب مراعاة مصلحته واتباع الإجراءات التي فرضها القانون.²

¹ المادة 69 من ق م ج.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص127.

إن الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية تخول صاحبها حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به شرط ألا يلحق الضرر، ولاحظنا من خلال هذا الفصل حقوق التصرف في الملكية العقارية الشائعة، وذلك من خلال التصرف في جزء منها أو الحق في التصرف فيها كلها، كما درسنا أيضا كيفية تقسيم العقار الشائع وكيفية بيعه بالمزاد العلني.

خاتمة :

لقد أولى المشرع الجزائري اهتماما بارز للملكية العقارية الشائعة من حيث تنظيم أحكامها ووضعيتها وبين حقوق الشركاء فيها، وهذا لا يعني عدم وجود نقائص وثرغات قانونية وغموض في بعض النصوص القانونية، فمن خلال دراستنا لموضوع العقار الشائع ومعرفة كيفية التصرف فيه وكذا حقوق الشركاء، يتضح جليا أن هذا الأخير، الذي يعد من الموضوعات والنظم الأكثر تعقيدا في أنواع الملكية، وهذا راجع لطبيعة حق الشريك في العقار الشائع من جهة، ولتعارض مصالح الشركاء حول الحق الواحد من جهة أخرى، ونظرا لتساوي الشركاء في الشيوخ وتمتعهم بنفس السلطات حول نفس الحق أمر يؤدي لا محالة إلى اختلافهم ونشوب نزاعات حول هذا الحق، سواء كان ذلك من حيث التصرف فيه أو في إدارته، أو من حيث النتائج التي تنجر جراء هذه التصرفات، حيث توصلنا إلى النتائج الآتية:

_ الشيوخ حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني، وهو لا يقتصر على حق الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع وحق الارتفاق، إذ أن الملكية الشائعة هي التي ترد على شيء معين لأكثر من شخص واحد، فيكون لكلّ منهم الحق في حصة تُنسب إلى الشيء في مجموعه، وتحدد منذ بدء الشيوخ بالنصف أو الثلث أو الربع أو الخمس أو السدس مثلاً.

_ إن حق المالك الشائع في الشيء المشترك هو حق ملكية يخوله استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به، إنما بقدر الحصة العائدة له فيه، إلا أن الشيوخ، وبسبب ما يترتب عليه من تزامم بين حقوق الشركاء، غالباً ما يؤدي إلى نشوء خلافات ومشاكل حادة في ما بينهم، تعيق استغلال الشيء الشائع استغلالاً نافعاً، بحيث يكون من الأنسب إنهاء الشيوخ عن طريق قسمة الشيء الشائع، فيختص كلّ شريك بجزء مفرز منه يتملكه على سبيل الاستئثار

_ الملكية الشائعة تتعلق بامتلاك شخص أو عدة أشخاص لشيء، وحصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، أي غير محددة تحديداً مادياً، أي أن الملكية تثبت، لكن لا تتركز حصة كل شريك في جزء معين منه بالذات.

_ إن الواقع العملي يحتم إجراء القسمة بين الشركاء أن عاجلاً أم آجلاً لذلك ومع التطور العمراني وتعدد مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية من نشوء للمدن الجديدة وبرز ظاهرة تفتت الملكيات إلى ملكيات صغيرة أوجب هذا التطور بلورة منظومة قانونية تستجيب لهذا التطور وتعالج إشكالاته خاصة منها ما

_ إن قسمة الشيء الشائع سبب من أسباب انتهاء الملكية الشائعة، بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز

من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة فيه, بحيث يصبح مالكا له ملكية تامة على سبيل الاستثناء والإفراد؛ وقد اعتبرت القسمة معلنة لحق الشريك لأنها تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوخ _ إن الشيوخ حالة غير مرغوب فيها إجمالاً بسبب ما قد ينشأ عنها من خلافات ومشاكل. ولهذا السبب, فقد اعتبر المشرع الملكية الشائعة ملكية مؤقتة, وأعطى الشركاء حق الخروج عنها في أي وقت. أما إذا أرادوا الاتفاق مسبقاً على البقاء في الشيوخ, فيكون ذلك لمدة أقصاها خمس سنوات, وإذا زادت على ذلك اعتُبر الاتفاق ملزماً في حدود الخمس سنوات فقط. علماً أن لا مانع من حصول اتفاق جديد على البقاء في الشيوخ لمدة خمس سنوات أخرى بعد انقضاء المدة المحددة في الاتفاق السابق

_ إن القسمة نوعان, اتفاقية أو قضائية القسمة الاتفاقية أو الرضائية هي عقد يتفق بموجبه الشركاء بالإجماع على قسمة المال الشائع كله أو بعضه. وعقد القسمة لا يخضع لشكل أو صيغة معينة, فإما أن يتم بالصيغة الرسمية أو بالصيغة العادية. وإذا كان بين الشركاء المتقاسمين شخص ناقص الأهلية أو عديمها أو شخص غائب فتجري القسمة بواسطة من يمثله شرعاً, على أن يصادق عليها القاضي بعد ذلك.

_ يجوز للشريك القاصر أو الغائب التمسك ببطلان عقد القسمة, بدون حاجة لإثبات وقوعه في الغبن, أما القسمة القضائية تحصل القسمة القضائية إذا لم يتحقق إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية, وأراد أحدهم الخروج من الشيوخ, أو إذا تحقق إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية, إنما كان بينهم شريك ناقص الأهلية أو عديمها أو شريك غائب

_ كما يجوز إدارة المال المشاع, كذلك يجوز بيع المال المشاع لاسيما إذا تعلق الأمر بالملكية العقارية و ذلك وفقاً للقواعد القانونية المقررة لذلك و التي تم التطرق إليها من قبلنا من خلال الفصل الثاني من هاته الدراسة .

01.....	مقدمة
03.....	الفصل الأول: مفهوم العقار الشائع
04.....	المبحث الأول: تحديد معنى الملك المشاع
04.....	المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة
04.....	الفرع الأول: تعريف الملكية
06.....	الفرع الثاني: تعريف الملك المشاع
10.....	المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عما يشابهها من أوضاع قانونية
10.....	الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة
11.....	الفرع الثاني: الملكية الشائعة والملكية المشتركة
12.....	المبحث الثاني: طبيعة الملك المشاع و انواعه
12.....	المطلب الأول: طبيعة الملك المشاع
12.....	الفرع الأول: التكيف الفقهي لحق المالك على الشيوع
13.....	الفرع الثاني: التكيف القانوني لحق الشريك المشتاع
16.....	المطلب الثاني: أنواع الملك المشاع
16.....	الفرع الأول: الشيوع الإجباري
19.....	الفرع الثاني: شيوع ملكية الأسرة
22.....	الفصل الثاني: التصرف في الملكية الشائعة
23.....	المبحث الأول: حقوق التصرف في الملكية العقارية الشائعة
23.....	المطلب الأول: الحق في التصرف في الحصة الشائعة

23.....	الفرع الأول: التصرفات الممكن ترتيبها على الحصة الشائعة.....
26.....	الفرع لثاني: مصير التصرفات المرتبة على الحصة الشائعة.....
28.....	المطلب الثاني: الحق في التصرف في الملكية العقارية الشائعة كلها.....
29.....	الفرع الأول: التصرفات الممكن ترتيبها على كل الملكية العقارية الشائعة.....
29.....	الفرع الثاني: مبدأ الأغلبية والشروط المطلوبة في ترتيب هذه لتصرفات.....
30.....	المبحث الثاني: الملكية المشاعة بين القسمة و البيع.....
31.....	المطلب الأول: قسمة المال المشاع.....
31.....	الفرع الأول: القسمة الاتفاقية للعقار الشائع.....
36.....	الفرع الثاني: القسمة القضائية للعقار الشائع.....
45	المطلب الثاني: بيع الشركاء للعقار الشائع.....
45.....	الفرع الأول: بيع الشركاء للعقار المملوك على الشيوع.....
47.....	الفرع الثاني: بيع العقارات المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني.....
55.....	خاتمة.....
57.....	الفهرس.....

الملخص:

حاولنا من خلال هذه الدراسة إبراز ماهية العقار الشائع و كذا نشأته، كما حاولنا تحديد رأي المشرع في تنظيم الملكية الشائعة لاسيما كيفية التصرف فيها، حيث عرفنا أن كل شريك في شيوخ يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، كما أن لكل شريك أن يطالبه بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق

الكلمات المفتاحية:

العقار الشائع، شركاء العقار الشائع، التصرف في العقار الشائع، القسمة الانتفاقية و القضائية للعقار الشائع

Sommaire:

Nous avons tenté, à travers cette étude, de mettre en évidence ce qu'est l'immobilier commun et son origine, et nous avons essayé de déterminer l'avis du législateur sur la réglementation de la propriété commune, notamment comment en disposer, car nous savions que chaque partenaire d'une communion possède pleinement sa part et a le droit d'en disposer et d'en saisir les fruits et que Il l'utilise de manière à ne pas nuire aux droits des autres partenaires, tout comme chaque partenaire peut exiger qu'il partage l'argent commun à moins qu'il ne soit contraint de rester dans le commun selon un texte ou un accord

:les mots clés

Médicament commun, partenaires médicamenteux communs, disposition commune des médicaments, accord et division judiciaire du médicament commun