جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عقاري

إعداد الطالب:
نوي عماد الدين

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.د/ فاروق خلف	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
د / بشير محمودي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ / محمد لمين سلخ	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ
نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ
نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿٧﴾ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ
وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا
مَّعْرُوفًا ﴿٨﴾

صدق الله العظيم

الآيتان 7و8 من سورة النساء

الإهـــداء

بسم الله الواحد الذي لا ثاني بعده، والصلاة والسلام على خير الأنام، شفيع الورى يوم الزحام، محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام، وبعد:

أهدي هذا العمل المتواضع، إلى:

ما في الكون، إلى اللذين أوصاني الله بهما في كتابه العزيز... وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا

حفظهما الله ورعاهما برعايته الواسعة وأطال الله في عمرهما في تحمل مشاقي منذ الصغر...

إلى زهرة عمري ونور عيني، إلى التي تعبت وربت وسهرت، إلى جنة الدنيا وعطرها أمي العزيزة

إلى أحن وأرقى شخص، إلى الذي وهب بلا مقابل، إلى الذي لن يكرره الزمن مرتين أبـــي الغالي

إلى جدي وجدتي رحمة الله عليهما.

سندي وعوني، إلى ملح البيت، إلى من تحلو الدنيا معهم، إخوتي الأحبة: رجاء، مصطفى، شهرزاد.

وإلى كل أفراد عائلتي فردًا فردًا.

إلى كل من علمني حرفا، معلمين وأساتذة

إلى كل طلبة العلم وخاصة بجامعة محمد لخضر بالوادي

إلى كل من عرفني من قريب ومن بعيد.

عماد الدين

شكر وعرفان

الحمد لله و الصلاة والسلام على النبي العدنان محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام

الحمد لله الذي تتم به النعم الصالحات ، أما بعد :

تتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من ساهم وساعد وعمل على إتمام عملنا هذا

وأخص بالذكر الدكتور الفاضلة المشرف : **محمودي بشير**

الذي لم يذخر جهدا من نصائح وإرشادات لإتمام هذه المذكرة والحرص الدؤوب والنقد

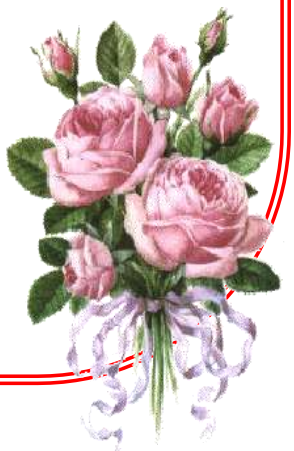
البناء والهادف في جل هذه المذكرة.

كما نشكر عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية على حرصه في رقيّ كليتنا

وخلق فضاءات ومجالات واسعة للكلية برفقة الطاقم الإداري .

كما نشكر كل الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسنا طيلة 5 سنوات .

وفي الأخير نرجو أن يكون هذا العمل مرجع مفيدا لكافة الطلبة .



الطالب: عماد الدين نوي

قائمة المختصرات

أ : أستاذ .

ج : الجزء .

ج . ر : الجريدة الرسمية .

د : دكتور .

د ط : دون طبعة .

ص : صفحة .

ص ، ص : صفحة ، صفحة .

ط : طبعة .

ع : عدد .

ق م ج : القانون المدني الجزائري .

مقدمة

تحتل الملكية العقارية أهمية كبيرة في حياة الشعوب والأمم، لما لها من دور كمصدر من المصادر الأساسية للاستقرار والاستثمار والسكن، والعقار سواء كان أرض أو بناء، كان منذ القدم محل اهتمام من قبل الدولة، والتي عملت على تنظيمه باختلاف طبيعته أكان خاص أوعام، فالأفراد بدورهم يسعون إلي تملك العقار تارة بصفة فردية وتارة بصفة جماعية، وهذه الأخيرة أي الصفة الجماعية قد تكون اختيارية وقد تكون إجبارية.

فالصورة المثلى لحق الملكية، تكمن في وجود طرف واحد يستأثربهذا الحق،مما يخول لصاحبة السلطات الثلاث بين يديه من استغلال، واستعمال، وتصرف، إلاأن الملكيةقد تكون على غيرهذا الأصل وذلك في حالة تعدد أكثر من شخص على ذات العقار دون تخصيص كل منهم بحصته المفرزة إزاء هاته الملكية، وهو ما يقصد بالملكية الشائعة، وهي حالة تجتمع فيها جل الحقوق وتمارس على محل واحد دون تقسيم مادي لهاته الحصص.

فالملكية الشائعة حالة قانونية، تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي، وإذا كان المشرع قد اقتصر على الملكية الشائعة، فذلك أنها الملكية الغالبة مثل: حق الانتفاع في الشيوع، كأن يوصي بحق انتفاع على الشيوع لعدة أشخاص فيكون مال مشاع للجميع، فمحل كل شريك، هو حصته من المال الشائع الغير مفرز، لذلك فحق الملكية على المال الشائع مقسم إلى حصص، دون أن ينقسم المال ذاته، وهو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة، وهو المعنى الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة **713 من القانون المدني الجزائري، على أنه** " **إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك** ".

ففي هذه الحالة، يبرز النزاع وهو الشيء المنتشر بين الشركاء ، نتيجة تمتعهم بنفس السلطات، ذلك تأسيسا على ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة **714 من القانون المدني الجزائري** الذي يعتبر هذا الحق حق ملكية تام، وهو الأمر الذي تتشابك فيه جميع الحقوق، مما يودي لنشوب النزاعات بينهم، وتأزم العلاقات، خاصة إذا كان الشيوع منشئه الإرث، الذي يجمع الشركاء أو العائلة ككل، مما يؤثر سلبيا عليهم، ولوضع حد لهذه

المنازعات، أقر المشرع الجزائري عدة صور للحماية، تضبط وتقيد كل شريك أثناء مباشرته لسلطات الملكية، وتغليب أغلبية المشتاعين باختلاف الحصة، غير أن المشرع تغاضى عن فكرة الإجماع لمباشرة سلطات الملكية على الحصص المشاعة، الأمر الذي يؤدي إلى عرقلة سلطات المالكين، وعلى هذا الأساس اقتصرعلى الأغلبية، لكن بأقساط مختلفة كل بحسب تصرفه القانوني الناشئ من حالة الشيوع، غير أن هذا الإجماع أو الغالبية لا تتحكم في الأقلية التي لها نفس السلطات، فالمشرع بدوره حرص على حماية حقوقهم عن طريق اللجوء للقضاء، وبسط هذا الأخير رقابة قضائية واسعة على جل القرارات التي يتخذها الأغلبية، وضمان حقوقهم وضرورة أخطارهم بجل التصرفات وفقا لمواعيدها المحددة قانونا.

فالشيوع من الجانب الاقتصادي والاجتماعي ليس بالمفيد، على عكس الملكية المشتركة التي لها تأثير جلي، فنظام الشيوع برمته مؤقت ينجلي باستعمال حق القسمة من قبل صاحب الحق في أي وقت يشاء، سواء كانت هاته القسمة اتفاقية أوقسمة قضائية فلصاحب الحق في الشيوع الخيار بينهما، فالمشرع بدوره كرس على ضرورة منح كل الحماية للشركاء الشائعين، سواء عند مباشرة أعمال الإدارة أو أعمال التصرف إذا أجمعوا على ذلك وقت القسمة لإنهاء أو الخروج من حالة الشيوع دون أن يلحق أي ضرر لكل شريك في الشيوع.

أهميـــة البحـــــث:

وتنقسم إلى:

الأهمية العلميـــــة:

إن خطورة الملكية الشائعة على الشركاء هي السبب الرئيسي الذي دفعنا إلى تناول هذا الموضوع بالذات، ذلك نظرا لتساوي حقوق كل المالكين في الشيوع وإدارة المال الشائع والتصرف فيه، ومعرفة ما وضعة المشرع كوسائل حماية الحقوق لشريك على الشيوع.

الأهمية العمليـــة:

محاولة التعرف على مدى حرص المشرع على تطبيق تلك القوانين التي وضعها من أجل حماية الشركاء في الشيوع ومعرفة الإجراءات الكفيلة بهاته الحماية وذلك على أرض الواقع.

أهداف الموضــوع:

تكمن أهداف هذا الموضوع في تسليط الضوء علي هذه الحماية القانونية لشريك في الشيوع في التشريع الجزائري، وتوعية الإنسان، والوقوف على مدى فاعلية القانون إزاء عملية الشيوع، وكذلك الأطر القانونية الكفيلة بذلك.

أسباب اختيار الموضوع:

إن مسايرة المنظومة القانونية الجزائرية كأقرانه من التشريعات الأخرى، بالملكيات العقارية بصورة عامة والملكيات العقارية الشائعة بصورة خاصة، الأمر الذي يستوجب الوقوف على أبرز أحكامه، ذلك بغية إبراز مدى فاعلية هاته الحماية، التي أوجبها المشرع .

إن الحماية القانونية للشريك في الشيوع لم يكن وليد الساعة بل يرجع إلى القدم، ذلك نتيجة المعاملات المنبثقة منه.

إن تعدد النزاعات إزاء هذا الأمر بين المحاكم بين مالكي الحصص الشائعة تطرق بهم الأمر لمعرفة السبل الكفيلة لحمايتهم والتي هم بحاجة إليها، وأنه في حالة الخروج من الشيوع فأنه يتطلب إجراءات عديدة قد تؤثر في أساس الحق العيني.

منهـــــج البحـــث:

لقد اعتمدنا فيهذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي بغرض تحليل الأحكام والنصوص القانونية تحليلا كاملا وشاملا ولكشف النقاب عن الحماية القانونية للشريك في الشيوع في التشريع الجزائري، وتقييم تلك النصوص التشريعية من خلال نجعتها وشموليتها.

إشكاليـــة البحـــث:

ترتكز دراستنا لهذا الموضوع بناء على التساؤل التالي:

ما هي الضمانات القانونية المقررة لحماية الشريك في الشيوع في التشريع الجزائري؟

بناء على ذلك، وللإجابة على الطرح المطروح قسمنا بحثنا وفقا للفصلين التاليين:

الفصل الأول: الحماية القانونية للشريك في الشيوع قبل القسمة.

الفصل الثاني: الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة.

الفصل الأول

حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة

الفصل الأول

حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة

لحق الملكية عدة إشكاليات ولاسيما الملكية التي يتعدد فيها أصحاب الحق، على غرار تلك الملكيات الفردية التي لا تثير أي إشكال، فالشركاء يسعون بدورهم إلى خلق وسيلة تهدف بدورها إلى الانتفاع من هذا المال المشاع، دون المساس بحقوق الشركاء المشتاعين أو الإضرار بمصالحهم، ويتجسد ذلك من خلال السلطات الممنوحة لجميع الشركاء، لاسيما أعمال إدارة المال المشتاع والقدرة على التصرف فيه.

اعتمد المشرع على عدة سبل لحماية الأقليات في الملكية الشائعة مما يصيبهم من جميع الشركاء أثناء أعمال الإدارة، سواء كانت هذه الإدارة عادية أو غير عادية، مراعاة منه للسير الحسن في الاستفادة من المال الشائع والقدرة على استغلاله، مع الأخذ بما قد يجمع عليه الشركاء المشتاعين نتيجة لظروف قد تطرأ على المال الشائع مما يستدعي التصرف فيه، مما استوجب من المشرّع إدراج فرضيات وحالات خاصة تجيز التصرف من قبل الشركاء شريطة وضع ضوابط وأطر قانونية لكل الشركاء دون استثناء.

على هذا الأساس تتبلور أبجديات الدراسة لهذا الفصل، مع الضمانة القانونية الأولى لحماية الشريك في الشيوع والمتمثلة في: الحماية القانونية للشريك خلال إدارة المال الشائع، والتي سنتناولها في المبحث الأول، ثم تتطرق إلى معرفة الضمانة القانونية الثاني لحماية الشريك في الشيوع والمتمثلة في: الحماية القانونية للشريك خلال التصرف في المال المشاع، والتي سنتناولها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الحماية القانونية للشريك خلال إدارة المال الشائع

من البديهي أن يكون للشركاء باتفاقهم جميعا مدير لتسيير وإدارة المال الشائع[1]، وهو ما جاءت به أحكام المادة 715 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"[2]، وهي الصورة الأمثل للشركاء لتجنب الخلافات فيما بينهم، وأنه في حالة عدم إجماعهم يؤدي بذلك إلى خرق سبل الحماية القانونية التي جاء بها المشرع من أجل خلق توازن بين الشركاء، والانتفاع بالمال الشائع.

لإبراز هذه الحماية القانونية خلال القيام بأعمال الإدارة، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في دراستنا في المطلب الأول: الحماية القانونية المقررة في الإدارة العادية، في حين نتناول في المطلب الثاني الأسلوب الثاني للحماية القانونية أثناء الإدارة الغير عادية المطلب الثاني: الحماية القانونية المقررة في الإدارة الغير عادية.

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص107.

2 – الأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07–05 المؤرخ في: 2007/05/13، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد31، المؤرخة في: 2007/05/13.

المطلب الأول

الحماية القانونية المقررة في الإدارة العادية

كرّس المشرع الجزائري حماية قانونية خلال المباشرة بأعمال الإدارة المعتادة، والتي لا ترمي إلى إحداث تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع [1]، كإيجار الأرض المشاعة مثلًا، وتسهيل عملية استغلال المال الشائع، وهذا وفقا للطريقة المتفق عليها من الشركاء مجتمعين [2]، غير أن المشرع لاحظ أن هذا التعدد الكبير للشركاء يخلق نوعا من التضارب في المصالح، مما يخلق نوعا من عدم الإجماع، مما خلق عدة صور للحماية القانونية خلال القيام بأعمال الإدارة العادية، ولتفسير هذه الأنواع من صور الحماية القانونية قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث يحتوي كل فرع على طريقة من طرق الحماية القانونية إذ نتناول في الفرع الأول: حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية وتعسفهم، بينما نتناول في الفرع الثاني: حق الانفراد بحفظ المال الشائع.

الفرع الأول

حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية وتعسفهم

تتعدد الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء الإدارة العادية وتتنوع كل حسب مقتضياتها ومن بينها ما يلي:

- **أولا: حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية:**

طبقا لنص المادة 716 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على: " **فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع**"[3].

إعمالا بهذه المادة نستخلص بأن فرضية عدم توفر الأغلبية اللازمة لأعمال الإدارة المعتادة، فإنه بحق لأي شريك من الشركاء في المال الشائع أن يلجأ إلى المحكمة المختصة

1- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، 2014، ص60.

2- د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2016، ص177.

3 - الأمر رقم: 75-58 ، السالف الذكر.

لتتخذ التدابير الضرورية [1]، والمتمثلة في رفع دعوى استعجاليه [2]، حتى ولو لم يكن يملك نصف الحصص من المال الشائع نتيجة تضارب المصالح بين الشركاء مما يستعصي منهم عدم توفر الأغلبية مما تبرز هنا حماية الشريك في هذه النقطة بالذات من خلال إعطائه حق اللجوء إلى القضاء[3]، مما يستوجب على القاضي وبناء على الدعوى الاستعجالية أن يأمر عند الحاجة تعيين مدير للمال الشائع الذي قد يكون من غيرهم أو أن يكون من بين الشركاء، ولعل الدافع الحقيقي من الدعوى الاستعجالية هو الحماية المؤقتة لأصل الحق المدعى به للشريك الذي قد يمسه أو قد يعرقله من حق الانتفاع به.

كما يمكن للمدير المعين من قبل المحكمة المختصة سلطة الحارس القضائي[4] على المال الشائع طبقا لنص المادة **604 ق.م.ج**[5]، مما يستوجب عليه تقديم الحسابات للشركاء وذلك طبقا لنص المادة **610 فقرة 02 من ق.م.ج**[6]، وكذلك القيام بالمحافظة على جميع الأموال وإدارتها إدارةً حسنة وبعناية الرجل المعتاد وذلك إعمالًا بنص المادة **607 فقرة01 ق.م.ج**[7]، فيقع على الحارس القضائي القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة والمعهودة لكل الشركاء المشتاعين، وفي حالة إجماع الشركاء واتفاقهم بالأغلبية فيما بينهم على الإدارة،

---

1 – د. عبد المنعم فرج الصدّه، الحقوق العينية الأصلية، (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص166.

2 – المراد بدعوى الاستعجال: هي تلك الدعوى التي يرفعها شخص أمام المحكمة الواقعة في اختصاصها الإشكال أو التدابير المطلوبة، وهذا ما جاءت به المادة 299 من القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في: 2008/02/25، ج.ر، عدد 21، الصادر في: 2008/04/23، المعدل والمتمم.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص828.

4 – الحارس القضائي: هو الشخص الذي يعينه القاضي من أجل حراسة المال الشائع إذا كان غير قابل للتلف وهذا طبقا لنص المادة 603 من الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

5 – تنص المادة 604 ق م ج من الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر، على: " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شعور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن، وتنتهي الحراسة في هذه الأموال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية ".

6 – تنص المادة 610 فقرة 02 من الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر، على: " ويلتزم أن يقدم لذوي الشأن في كل سنة على الأقل حسابا على قبضه مؤيدا بمستندات مثبتة له ".

7 – تنص المادة 607 فقرة 01 من الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر، على: " يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها، وبإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل العادي ".

سيتنحى هذا المدير الذي عيّنته المحكمة المختصة، لتبقى عين القضاء حريصة على تحقيق الحماية القانونية للشركاء من خلال السلطات التقديرية للقاضي باتخاذه كل السبل الكفيلة بالحماية مما يخلق توازنا في النظام القانوني للملكية الشائعة [1].

هذا واستقر الاجتهاد القضائي على ما يلي: " **الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلًا عنهم** ."[2]

إذ تكون هذه الوكالة وكالة ضمنية[3] تفهم من سكوت الشركاء المديرين للمال الشائع، مما مما يقع على عاتقهم إعلام باقي الشركاء بكل المعلومات الضرورية في تنفيذ ما جاءت به هذه الوكالة، إذ لا يمكن للوكيل استغلال المال المشتاع لصالحه، كما يقع على وكيل الشركاء المشتاعين تقديم كل الحسابات التي قام بها أثناء وكالته [4]، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة المادة **577** من القانون المدني الجزائري بقولها: " **على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها** "[5]، وغالبا ما يكون الشريك المشتاع وكيلا عن بقية الشركاء خاصة في حالة الميراث، كأن يتولى الأخ الأكبر للشركاء إدارة كل التركات لصالح الورثة كلهم دون أية اعتراضات تلحقه من الورثة [6]، فبهذه الوكالة يكون له الحق في تأجير المال المشتاع أو الموروث وقبض إتاوته، وله أيضا الحق بالقيام بجل أعمال الصيانة ودفع الضرائب التي تلحق المال الشائع وغيرها من أعمال الحفظ المعهودة، كما له الحق في زراعة الأرض وحرثها وتسميدها وبذرها والقيام بتربية المواشي فيها وجلب الآلات الضرورية لعملية الزرع والحصد، كما له أيضا بأن يقوم بتخزين المحصول والمنتوجات بعد جنيها ثم بيعها في الأسواق المعدة لذلك بأثمانها الحقيقية والقيام بجلّ الأعمال

1 – د. سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني وأحدث الأحكام، ط.02، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص119.

2 – القرار رقم: 196140، المؤرخ في: 2000/06/28، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد02، لسنة 2000، ص186.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، (المقاولة ، الوكالة، الوديعة والحراسة)، ط.03، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص– ص395– 399.

4 – د. سوار محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص120.

5– الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

6 – د. محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2003 ، ص109.

التي تندرج ضمن متطلبات الإدارة المعتادة والمعهودة مما تكون بذلك نافذة على جلّ الشركاء[1].

أما في حالة إنفراد الشريك بعمل من أعمال الإدارة المعتادة وعارضه جلّ الشركاء أو من له الأغلبية في ذلك وفقا لما يقتضيه القانون، ففي هذه الحالة تطبق مبادئ القواعد العامة في الشيوع بحيث لا ينفذ هذا العمل في حق الشركاء الآخرين للمال المشتاع[2]، فيكون ذلك الاعتراض الذي صادفه عزلا له عن وكالته الضمنية التي يحوزها الوكيل [3]، وبهذا يكون أي عمل يقوم به الوكيل عن الشركاء غير نافذ وغير قانوني في حق الشركاء المعارضين عن هذه الوكالة القائمة، ولتوضيح ذلك نستند بالمثال التالي:

إذا انفرد أحد الشركاء بإدارة المال الشائع كأن يقوم بتأجير العين المشتاعة سواء جزئيا أو كليا، فإن هذا الإيجار الذي قام به هذا الأخير لا يكون نافذا على باقي الشركاء، مما يجيز لهم أن يتصرفوا في المال الشائع كما لو لم يكن هذا الإيجار قائما ويكون لهم الأحقية بتأجيرها بأنفسهم إلى مستأجر آخر بشرط توفر الأغلبية المعهودة، وفي حين شغل المستأجر الأول للعين المشتاعة جاز لهم القيام بطرده من العين المشتاعة المؤجرة من قبلهم للمستأجر الذي أجّروا له العين [4]،لأن ذلك التصرف يعرقل حقوق باقي الشركاء المشتاعين في المال الشائع، كذلك فلا يمكن للمؤجر القيام بتسليم ذلك الجزء المفرز للمستأجر من أجل الانتفاع به وإن حصل هذا الأمر وقام الشركاء بطرد المستأجر من العين المؤجر، فلا يجوز له الدفع بدعوى الطرد التي تعرض لها بموجب انتظار ما ستؤول له القسمة وذلك بإمكانية ما إذا قد تقع العين المشتاعة في صالح المؤجر[5].

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص826.

2 – د. عبد المنعم فرج الصدّه، مرجع سابق، ص167.

3 – د. محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص109.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص– ص96–97.

5 – بخوش زوبير، إدارة المال الشائع، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص60.

إن على هذا الأساس يقع الإيجار الذي قام به الشريك المؤجر صحيحا بين طرفيه فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل منه بحجة أن شركائه قد اعترضوا عليه، ولا يمكن للمستأجر بدليل عدم نفاذ الإيجار في حق الشركاء، ومن ثمة لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بسببهم، لكن يجوز له ذلك إذا كان المستأجر وقع في غلط جوهري حيث ظن أن الملكية تعود للمؤجر ثم تبين له أنها في حالة شيوع، فهنا لا يجوز له طلب الإبطال، ولا يحق له طلب الفسخ طالما أن المؤجر مكنّه من الانتفاع بالعين الشائعة مع ضمان عدم التعرض من الغير[1]، أما في حالة قيام الشريك بتأجير حصته إلى شريك معه في الشيوع فيقع هذا الإيجار صحيحا، لأن المؤجر مالك للعين المشتاعة المؤجرة بصفته مالك لجزء منها وبمثابة مستأجر لحصة الشريك المؤجر وعليه يقوم هذا الإيجار في حق بقية الشركاء فقط إذا تحققت أغلبية الأنصبة بين الطرفين المؤجر من جهة والمستأجر من جهة [2].

- **ثانيا: حق اللجوء إلى القضاء في حالة تعسف الأغلبية:**

إعمالا بما جاءت به المادة **716 فقرة 01** والتي مفادها: " **يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة**".[3] ولهذه الأغلبية من الشركاء الشائعين القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة بأنفسهم، مثل زراعة الأرض أو القيام بالترميمات التي يحتاجها المال الشائع، كما تلعب هذه الأغلبية دورا فعالا في اختيار المدير والمنهج المتبع في عملية التسيير، وأن هذا المنهج يشمل جميع الشركاء وعدم الخروج عليه فهو بدوره يسري أيضا على خلفاء الشركاء أكانوا خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً.

إن لباقي الشركاء في المال الشائع عدم الاعتراض على قرارات الأغلبية في إدارة المال الشائع سواء كان أغلبية الشركاء الذين يملكون أكثر من نصف الأنصبة بإدارتهم للمال الشائع

1 – د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص167.

2 – حيتوس عمار، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2013، ص127.

3– الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

بغض النظر عن عددهم[1] أو إذا تحققت أغلبية الأنصبة لأحدهم كان له وحدة القيام بإدارة المال الشائع [2]، وفي حالة تعسفه في استعمال الحق في الإدارة [3]، مما يستوجب على الشركاء الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن في القرارات الصادرة منهم علاوة على حقهم في طلب القسمة وإنهاء الشيوع [4]، كما أقر المشرّع حماية قانونية لهذا الأخير بحق الرجوع بدعوى التعسف في استعمال الحق إذا كان يتضمن تعسفا ويؤدي بإضرار بالشركاء سواء إضرار مادي أو معنوي يستوجب التعويض[5]، مما قد يوقع الأضرار بالشركاء أو الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو الحصول على فائدة غير مشروعة طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.[6]

على هذا النحو يستوجب على القاضي تطبيق قواعد التعسف في استعمال الحق طبقا للمادة 124 مكرر.

بما أن المشرع الجزائري قد أحاط حماية قانونية في الإدارة الغير عادية لاسيما في حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية وكذلك حق اللجوء إلى القضاء في حالة تعسف الأغلبية فهل كان له ذلك أيضا بالانفراد بحفظ المال الشائع والذي سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، (مصادر وأحكام الحقوق العينية في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص525.

2 – د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص108.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص827.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص108.

5 – د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص163.

6 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

الفرع الثاني
الانفـــراد بحفـــظ المـــال الشائـــع

من أجل ديمومة وسيرورة المال الشائع، أقرّ المشرع عدة سبل للمحافظة عليه وذلك طبقا لنص المادة 718 من ق م ج والتي مفادها " **للمالك المشتاع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء**"[1]، وإعمالا بنص المادة 2/573 من ق م ج. فإن أعمال الحفظ تعتبر من أحد مظاهر إدارة المال الشائع إدارة عادية[2]، حيث نصت " **ويعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة** "[3].

إن عدم خضوع أعمال الحفظ والصيانة لعدم جواز قيام الشريك بها دون موافقة بقية الشركاء كلما أنه لا يملك أغلبية الحصص على الرغم من أن هذه الأعمال تندرج ضمن أعمال الإدارة [4].

فالمشرع بدوره وحرصا على حماية الشريك أقرّ القيام بأعمال الحفظ منفردا، وذلك بغية منه في تثبيت المال الشائع طبقا لما رصد له، وعلى نفس الهيئة التي هو فيها.

- **أولا: مجال أعمال الحفظ**

استنادا لنص المادة 718 سالفة الذكر يتضح أن المشرع قد أجاز لكل شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء المشترك مهما كان مقدار حصته في هذا المال[5].

بناء على ما سبق فأنه يحق لكل شريك القيام بأعمال الحفظ والاستقلال بها حتى ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، فيكون لأي منهم القيام بأي عمل مادي كالترميمات الضرورية، وجني الثمار قبل تلفها، ويمكن أن تكون تصرفات أو إجراءات قانونية كالوفاء بالضرائب

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – حيتوس عمار، مرجع سابق، ص137.

3 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

4 – بخوش زوبير، مرجع سابق، ص68.

5 – د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، دراسة موازنة)، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2013، ص62.

المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها [1]، وقد تنصب على تصرفات قانونية وذلك باتخاذ أي إجراء أو رفع دعوى معينة مثل التقادم إذا كان المال الشائع في حيازة شخص أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ورفع دعوى الاستحقاق، وكذلك رفع دعوى الحيازة إذا كان هنالك وجه لذلك [2]، وللشريك في الشيوع القيام بكافة الأعمال باستثناء ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، فيمكن للشركاء القيام بهذه الأعمال ولو بغير موافقتهم[3]، وهذا ما جاء في:

- **القرار رقم 75576 المؤرخ في 1992/01/21، المدونة القانونية لسنة 1994 عدد 01 ، ص 16.**

" من المقرر قانونا أنه يحق لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء."- ولما ثبت في قضية الحال – إن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها قد عرّضوا قرارهم للنقض".[4]

- **القرار رقم 153436، المؤرخ في 1997/06/24، المدونة القانونية لسنة 1997، عدد 02،ص128[5].**

" من المقرر قانونا أن لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ولو كان لذلك بغير موافقة باقي الشركاء .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال

1 – د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص172.

2 – أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص14.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013، ص116.

4 – حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، (في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص- ص76-77.

5 – حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص78.

المشترك، فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة وإن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم، ومتى كان الأمر كذلك يتوجب رفض الطعن."

إن الاستثناء الذي أقره المشرع بخصوص حق الإنفراد بحفظ المال الشائع له أهمية بالغة ألا وهي الحماية القانونية للشريك في المال الشائع، وتمكين الشركاء من حق الانتفاع بهذا المال على أكمل وجه [1].

- **ثانيا: حق الرجوع على بقية الشركاء بنفقات الحفظ**

لقد أقر المشرع حماية قانونية للشريك في الشيوع أثناء قيامه بأعمال الحفظ على نفقته وتحمّل تكاليفه لوحده، سواء كان هذا العمل دون موافقة الشركاء الآخرين فله الحق بالرجوع على الشركاء بما أنفقه لحفظ المال الشائع بقدر حصته المشتاعة، وقد نصت المادة 719 من ق م.ع على أنه " **يتحمّل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك** "[2].

إن لجميع الشركاء على الشيوع يتحملون كل بقدر حصته في المال الشائع نفقات حفظ المال الشائع ما لم يوجد نص على خلاف ذلك[3]، وما هذا الأمر إلا تجسيدا وتطبيقا للقواعد العامة، فكل الشركاء في الشيوع ملاك للمال الشائع وبذلك تنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه [4]، وعلى ذلك إذا قام أحد الشركاء بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال الشائع، جاز له الرجوع على سائر الشركاء كل بقدر حصته [5].

كما أجاز القانون وبناء على القواعد العامة أنه يمكن التخلص من كل هذه النفقات والتكاليف إذا استغنى الشريك في الملك الشائع عن حصته أو الحق العيني الذي يملكه على

1 – بخوش زوبير، مرجع سابق، ص – ص68– 69.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج.5، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001، ص94.

4 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، ص808.

5 – د. يكن زهدي، الملكية والحقوق العينية الأصلية، ط.02، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، 1962، ص151.

الشيوع [1]، كما أجاز القانون للشريك في الشيوع حق الرجوع على الشركاء بنفقات الحفظ عن طريق دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب في حالة الرفض[2].

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية الشريك في الشيوع في أعمال الإدارة العادية كلها فهل كان له الأمر كذلك في أعمال الإدارة الغير عادية وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الحماية القانونية المقررة في الإدارة الغير عادية

إن ما تحمله أعمال الإدارة الغير عادية من خطورة وجسامة على جميع الشركاء المشتاعين في المال الشائع، فقد أقر المشرع كغيره من أقرانه في التشريعات الأخرى، حماية قانونية للشريك في المال الشائع، وذلك باشتراطه أغلبية خاصة للقيام بأعمال الإدارة الغير عادية، فهذه الأغلبية الخاصة تستوجب أن تفوق تلك المتوفرة في أعمال الإدارة المعتادة، ذلك لأن أعمال الإدارة الغير المعتادة تخرج عن نطاق ومقتضيات أعمال الإدارة المعتادة، كما أن المشرّع بدوره قد منح حماية قانونية للأقلية وذلك بحق الاعتراض على قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا، علاوة على حماية حقوق الأقلية المعارضة والمخالفة لقرارات الأغلبية في أعمال الإدارة الغير عادية.

تبرز دراستنا وتتمحور في هذا المطلب، لصورتين من صور الحماية القانونية للشريك في الإدارة الغير عادية، فالأولى تتجسد في حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، أما الحماية القانونية الثانية للشريك في الإدارة الغير عادية تتجسد في حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – د. سوار محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص15.

2 – أحمد محمود خليل ، مرجع سابق، ص15.

الفرع الأول
حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية

يقصد بأعمال الإدارة الغير معتادة تلك الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، وتؤدي إلى إحداث تغييرات جوهرية في المال الشائع أو تعديل الغرض الذي خصص له، كإحداث بناء في أرض زراعية، أو هدم منزل قديم وإعادة بنائه، أو كتحويل مبنى سكني إلى فندق أو تحويل نشاط مصنع [1]، وبما أن إجماع الشركاء يكاد يكون مستحيل التحقق شأنه في ذلك تعطيل القيام بأعمال الإدارة الغير عادية للمال الشائع، التي يمكن أن تعود بالفائدة على كل الشركاء، لذلك اشترط المشرع وجوب الإجماع وذلك بالاكتفاء بموافقة الأغلبية للقيام بأعمال الإدارة الغير عادية[2].

جسد المشرع طريقة وسطية توفيقية بين الشركاء سواء أصحاب المصالح المتعارضة من جهة والأغلبية من جهة أخرى وحماية الأغلبية من تعنت الأقلية في المال الشائع، مع بقاء الأقلية في تحكمها للأغلبية [3]، والمقصود بالأغلبية في التشريع الجزائري تلك التي تزيد على النصف، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، لا على أساس عدد الشركاء[4].

إعمالا بنص المادة 717 من القانون المدني الجزائري فقد نص على سبل الحماية القانونية للشريك ذلك بأحقية الاعتراض على قرار الأغلبية حيث نصت المادة أعلاه على: " **للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدّ له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان** "[5]، وعند مضيّ الآجال دون وجود أية اعتراضات على قرارات الأغلبية أصبح القرار نافذا على جميع الشركاء، كما يكون إعلان القرار

1 – د. غازي أبو عرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط.01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص78.

2 – د. حسن كيره ، مرجع سابق، ص166.

3 – د. عبد السلام سعيد سعد، حق الملكية فقها وقضاء، (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص167.

4 – د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص89.

5 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

المتخذ للشركاء بإنذار رسمي عن طريق المحضر القضائي أو عن طريق رسالة وكتوبة أو شفوية للشركاء المشتاعين جميعا ويكون للأغلبية عبء إثبات الإعلان[1].

حرص المشرع الجزائري على حماية الشريك في الشيوع في أعمال الإدارة الغير عادية لاسيما في حق الاعتراض علي قرار الأغلبية كصورة من صور الحماية فهل كان له ذلك أيضا في حق المحكمة المختصة في منح ضمانات لصالح الأقلية.

الفرع الثاني

حق المحكمة المختصة في منح ضمانات لصالح الأقلية

تنص المادة 717 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه: " **للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات**"[2].

يستخلص من نص هذه المادة تلك السلطات الممنوحة للمحكمة ولاسيما تلك السلطات التقديرية للقاضي بعد سماعه لأطراف النزاع من أجل خلق المساواة بين الأقلية والأغلبية والطعن في قرار الأغلبية، فقد أجاز القانون للأقلية من الشركاء الطعن في قرار الأغلبية خلال شهرين من تاريخ إبلاغهم رسميا بالقرار، وللمحكمة إذا ما طعن في القرار أمامها حق الخيار بين أحد الحلول الثلاث [3]:

- الحل الأول: **أن تؤيد قرار الأغلبية إذا اقتنعت به:**

إذا تبين للمحكمة المختصة أنه يحقق مصالح مجموع الشركاء في تحسين الانتفاع بالمال الشائع، وهذه مسألة من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة.

1 – د. طلبة أنور، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص89.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص82.

- الحل الثاني: **إلغاء قرار الأغلبية:**

إذا تبين للمحكمة أنه غير ملائم، ولا يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالمال الشائع.

- الحل الثالث والأخير: أن يوافق القاضي على قرار الأغلبية مع اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير تحفظ حقوق الأقلية التي تعارض القرار كإعطاء كفالة عينية أو شخصية لمن يحالف من الشركاء، تضمن له حصوله على التعويض إذا ما لحق به ضرر، أو وضع حد أقصى لتكاليف تنفيذ القرار يجب عدم تجاوزه، أو انتداب شخص أو شركة للإشراف على التنفيذ.

إن موافقة المحكمة على العمل لا يعفي الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بحق التعويض، فيما إذا لحق عن العمل المراد القيام به خسائر للشركاء المشتاعين[1].

تعتبر الحماية القانونية للشريك في الشيوع خلال أعمال الإدارة العادية والغير عادية أمرا متجسدا لدي المشرع الجزائري فهل تجسدت هذه الحماية القانونية كذالك خلال التصرف في المال الشائع وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص833.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للشريك خلال التصرف في المال الشائع

إن سلطة التصرف تعد جوهر حق الملكية، إذا ما فقدت فقد حق الملكية ذاته، والتصرف يشمل التصرف الكلي أو الجزئي أو المادي أو القانوني، لكن في الملكية الشائعة لا يستطيع المالك على الشيوع التصرف في حصته الشائعة تصرفا ماديا باستهلاكها أو إعدامها، لأن ذلك يؤدي إلى الاعتداء على حقوق الآخرين، فيكون هذا الشريك مسئولا أمام باقي الشركاء عما أصابهم من ضرر، لذلك لا تثبت سلطة التصرف المادي إلا للشركاء مجتمعين، وإذا تم التصرف بموافقة جل الشركاء فإن هذا الأمر لا يثير أية إشكالية، وإذا تصرف بعض من الشركاء المشتاعين في المال الشائع فإنه بتصرفهم هذا يؤدي إلى خرق سبل الحماية القانونية التي كرسها المشرع للشركاء الآخرين.

لدراسة هذا المبحث تستوجب الوقوف على سبل الحماية القانونية للشريك في الشيوع خلال التصرف في المال الشائع، إذا نتناول في المطلب الأول: الحماية الموقوفة على شرط الأغلبية الموصوفة، بينما نتناول في المطلب الثاني: الحماية القانونية المتمثلة في حق الاسترداد.

المطلب الأول
الحماية الموقوفة على شرط الأغلبية الموصوفة

إن جوهر التصرف في المال الشائع يستوجب إجماع الشركاء المشتاعين فيه، إلا أنه قد يصدر من أغلبية معينة من الشركاء إذا كانت هناك أسباب قوية تبرره مع حفظ حق الأقلية في هذه الحالة، حيث تتمحور دراستنا لهذا المطلب إلى سبل الحماية القانونية التي أقرها المشرع وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين حيث تطرقنا في الفرع الأول إلى: الحماية القانونية في حالة عدم الإجماع كطريقة للحماية القانونية في حين تطرقنا في الفرع الثاني إلى: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية.

الفرع الأول
الحماية القانونية في حالة عدم الإجماع

من البديهي أن يملك جميع الشركاء التصرف في الشيء الشائع سواء أكان تصرفا ماديا، باستهلاك الشيء أو إعدامه، أو تصرفا بالتغيير في الشيء أو بالتعديل فيه، أو تصرفا قانونيا ويستوي أن يكون هذا التصرف القانوني بنقل ملكية الشيء كله أو جزء منه، أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو جزء منه، وسواء كان هذا الحق حقا عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعيا[1]، مع مراعاة حقوق كل الشركاء تجاه الجميع، وأن هذا التصرف الجماعي في المال الشائع يظل حالا وقائما ونافذا أيا كانت النتيجة التي تترتب على القسمة أو وقوعها.

حرص المشرع على حماية الشريك في الشيوع في حالة عدم إجماع الشركاء، وذلك طبقا لنص المادة **720 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث 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 عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"** [2].

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص119.

2 – الأمر رقم: 75–58 ، السالف الذكر.

يستخلص من نص المادة سالفة الذكر أن المشرع قد خلق ضوابط وأطر قانونية، وأن المساس بهذه الضوابط يؤثر على تلك الحماية القانونية الممنوحة للشريك في الشيوع، سواء أثناء التصرف في المال الشائع بالنسبة للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أو أثناء أعمال الإدارة الغير عادية، كما يستوجب القرار الصادر من جل الشركاء في المال الشائع أن يقوم على دوافع قوية وحجج تعلل هذا الموقف بالرغم من عدم توفر الإجماع، ومثال ذلك بيع المال الشائع بأموال زهيدة قد تصادف هذا المال الشائع[1]، أو كترميم العقار الشائع بقرض يقترضه الشركاء أو الشريك يضمن بِرهنه، وقد يكون التصرف الصادر من الشريك أو الشركاء إما على جزء مقرر من الملكية الشائعة أو على جزء غير مقرر[2]، والهدف من إيجاد هذا الأمر ماهو إلا حماية قانونية للجميع للشركاء دون تمييز وذلك بواسطة الرقابة التي تفرضها المحكمة المختصة في هذا الأمر.

تعتبر الحماية القانونية في حالة عدم الإجماع طريقة من طرق الحماية القانونية خلال التصرف في المال الشائع ففي ما تتجسد الطريقة الثانية للحماية القانونية للشريك في الشيوع.

1 – د. حسن كيره، مرجع سابق، ص180.

2 – د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص94.

الفرع الثاني

الحماية القانونية في حق الاعتراض على قرار الأغلبية

إعمـــالا بـــنص المـــادة **720** مـــن القـــانون المـــدني الجزائـــري والتـــي تـــنص على ما يلي: " **للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا 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.**"[1]

يستخلص من نص المادة أن المشرع أعطى للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف في المال الشائع إذا استندوا في ذلك الأمر إلى دوافع وأسباب قوية تبرر تصرفهم، كما منح للأقلية المعارضة لهذا الأمر حقوقها من المال الشائع.

إن المشرع بدوره وضع حماية قانونية للأقلية المعارضة وذلك بحماية حقوقهم من تعنت وتعسف الأغلبية التي تملك على الأقل ثلاث أرباع العقار الشائع، ويعد القرار الصادر من إجماع الشركاء غير نافذا للتصرف في العقار الشائع إلا بعد إعلان القرار بعقد غير قضائي للأقلية المعارضة، ويكون إعلان الأقلية المعارضة بأية وسيلة سواء عن طريق المحضر القضائي أو برسالة معللة مضمونة الوصول إلى الأقلية المعارضة للقرار، ويقع عبء إثبات التبليغ على عائق الأغلبية التي تملك من المال الشائع ثلاثة أرباع [2]، كما أن المشرع بدوره لم يحدد شكلية معينة ولا نوع التصرف في إعلان القرار ذلك لأن المشرع ذكر أعمال التصرف بمنطق العموم لا التحديد، إذ يجب تفسير النص تفسيرا واسعا ليشمل بذلك جميع الأعمال القانونية التي تصدر من الشائعين أو المالك الشائع[3]، كما أن المشرع لم يحدد البيانات الواجب توفرها في إعلان التصرف.

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص840.

3 – د. زهدي يكن، مرجع سابق، ص139.

بناء على ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها والدي جاء فيه ما يلي: " **من المقرر قانونا أنه للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، ولما ثبت – من مستندات القضية الحالية– أن وكيل المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون، مما استوجب إبطال القرار المطعون فيه** "[1].

إن التصرف الذي تقوم به الأغلبية كالبيع مثلا فإن القانون اشترط إعلان هذا التصرف على باقي الشركاء المشتاعين وفي حالة عدم الإعلان وفقا لما أوردته المادة 720 من القانون المدني الجزائري [2]، فإن عقد البيع يعد باطلا، كما تعود السلطة التقديرية للمحكمة المختصة في تقييم التصرف الذي قام به الشركاء المشتاعين الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع [3].

إن للمحكمة في نظرها لاعتراضات الأقلية، فإنها تنظر أولا في مدى كون قسمة المال الشائع ممكنة دون أن يلحق الشركاء المشتاعين ضرر منها، فإذا وجدتها ممكنة قسمت المال الشائع بينهم وإنهاء بذلك الخلاف القائم، أما إذا وجدت عكس ذلك نظرت إلى مبررات الأغلبية فإذا وجدتها جدية ونافعة لكل الشركاء، وافقت على قرار الأغلبية، وحين ذلك يعتبر تصرف الأغلبية وكأنه قد صدر من جميع الشركاء، أما إذا رفضت المحكمة قرار الأغلبية، ورغم ذلك أصرت الأغلبية وأبرمت التصرف، كان هذا الأخير غير نافذا في حق الأقلية، أو بمعنى آخر أعتبر في نظرها كأن لم يكن، وهناك من يرى بأن المحكمة تنظر أولا في الأسباب التي ساقتها الأغلبية في قرار التصرف، فإذا وجدتها قوية مقنعة بحثت في قسمة المال، فإذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر، حكمت بذلك من تلقاء نفسها، دون أن تنتظر طلبا من الشركاء، وإذا كانت القسمة ضارة بحثت في مدى حكمة قرار الأغلبية، من خلال ما يبرره من ظروف، أما إذا وجدت المحكمة أن الأسباب التي تبرر القرار غير كافية، ألغت قرار الأغلبية دون البحث

1 – القرار رقم: 92343، المؤرخ في: 1992/10/28، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1994، ص38.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، دار هومة، الجزائر، 2015، ص – ص79– 80.

في مدى جواز القسمة [1]، كما يستشف من نص المادة **720 من القانون المدني الجزائري**[2]، بأن المشرع قد ساوى بين الشركاء المشتاعين سواء في السلطة التقديرية بالنسبة للأغلبية، وسلطة الطعن بالنسبة للأقلية، وللمحكمة المختصة السلطة التقديرية في إمكانية القسمة من عدمها تماشيا مع مصلحة جميع الشركاء .

بما أن المشرع الجزائري أعطي حماية قانونية للشريك في الشيوع لاسيما في الحماية الموقوفة علي شرط الأغلبية الموصوفة خلال التصرف في المال الشائع، فهل جسد هذه الحماية القانونية كذلك في حق الاسترداد وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

الحماية القانونية المتمثلة في حق الاسترداد (رخصة الاسترداد)

يعتبر حق الاسترداد مظهرا من مظاهر الحماية التي كرسها المشرع بالنسبة للشركاء المشتاعين أثناء التصرف ودفع الضرر الذي قد يلحقهم، والاسترداد هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء في الشيوع لأجنبي، والعلة في تقرير حق الاسترداد هو منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع، كما أن رخصة الاسترداد قد ترد أيضا على عقار دون استعمال حق الشفعة في ذلك، ويلاحظ أنه إذا كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في علة تقريرهم، في مجال الشيوع، إلا أن للشفعة نطاقا يتجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك الشيوع وغيره من الشفعاء لأنها تنفرد بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد[3].

حيث نصت المادة **721** من القانون المدني الجزائري علي ما يلي: " **للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع**

1 – أ. زكرياء سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص60.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص126.

والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته "[1].

لقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن حق الاسترداد قد يرد على عقار أيضا دون اللجوء إلى حق الشفعة حيث جاء كالتالي: " **ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس قضوا برفض دعوى الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم يكونون قد خرقوا نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري، التي تعطي للورثة الحق في الاسترداد، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**[2].

لدراسة هذا المطلب وللوقوف عليه قسمناه إلى فرعين إذ تناولنا في الفرع الأول: شروط رخصة الاسترداد بينما تناولنا في الفرع الثاني: آثار رخصة الاسترداد.

الفرع الأول
شروط رخصة الاسترداد

قبل التطرق إلى شروط حق الاسترداد والوقوف على أهم مميزاته من بين الرخص الأخرى يجب التطرق إلى نطاقه كالتالي:

- **أولا: نطاق رخصة الاسترداد:**

إن حق الاسترداد لا يقوم إلا في حصة شائعة في منقول معين أو مجموع من المال، حتى وإن كان في هذا المال عقار، إذ يقوم حق الاسترداد ويثبت عند القيام ببيع المال الشائع من قبل الشريك أو الشركاء إلى أجنبي، كبيع الشريك في المال المشتاع حصته من منقولات إلى أجنبي[3].

إن حق الاسترداد لا يثبت بالنسبة لبيع حصة من المال الشائع في منقول محدد فحسب بل يشتمل بيعها من مجموع هذا المال المشتاع، كالتركة التي تحتوي على مجموعة أموال

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – القرار رقم: 179321، المؤرخ في: 1998/03/25، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1998، ص189.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص127.

وعناصر متنوعة، وأموال الشركة والمتجر بعد حليهما، حتى ولو اشتمل ذلك على مجموعة من العقارات، فإذا قام أحد الورثة ببيع حصته المشتاعة من أموال التركة إلى شخص أجنبي عن الشركاء المشتاعين جار لكل الورثة في هذا المال الشائع استرجاع تلك الحصة من الشخص الأجنبي عنهم عن طريق رخصة الاسترداد حتى وإن اشتمل المال الشائع المسترد على عقار كونه مندمج ضمن مجموعة الأموال المباعة لشخص الأجنبي [1].

إن في حالة ما إذا كانت الحصة المباعة على شيوع عقارا محددا ومعينا فإنه لا يقوم حق أو رخصة الاسترداد فيه ولا سبيل في الأمر إلا حق الشفعة، وعلى هذا الشأن فحق الاسترداد يثبت للحصة الشائعة مهما كان منبع الشيوع فقد يكون الشيوع منبعه الإرث أو غير ذلك من هذا الشأن، أما بالنسبة للتشريعات الأخرى ولاسيما التقنين المدني الفرنسي فنجده لا يجيز استرداد المال المشتاع الذي باعه أحد الشركاء لأجنبي إلا إذا كان مصدر هذا الشيوع القائم هو الإرث[2].

لا تقوم رخصة الاسترداد في المال المشتاع إلا على جميع الحصص التي بيعت، ذلك لكي تتحقق علّة وغرض رخصة الاسترداد وهو تجنب دخول أجنبي في المال المشتاع، ورخصة الاسترداد تكون من حق الشركاء أو الشريك في المال الشائع ابتداء من وقت القيام بعملية البيع سواء أكان هذا الشريك في المال المشتاع شريكا أصليا أي منذ نشوء حالة الشيوع أو كان شريكا طارئا، كأن يتلقى تلك الحصة من المال الشائع لسبب من الأسباب كالميراث أو الشراء مثلا [3].

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص854.

2 – فايزة مخازني، تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص61.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص128.

- **ثانيا: شروط حق الاسترداد:**

يتضح من خلال نص المادة **721** من القانون المدني الجزائري [1] سالفة الذكر بأنه يستوجب توفر شروط محددة من أجل استعمال حق الاسترداد، حيث يهدف هذا الأخير إلى حماية الشركاء المشتاعين، وشروط الاسترداد هي كالتالي:

1: أن يصدر البيع من أحد الشركاء في الشيوع:

لقد نصت المادة **721** من القانون المدني الجزائري بشكل صريح على هذا الشرط، وقد جاء نصها كالتالي:" **التي باعها شريك غيره لأجنبي** .... " وهذا يعني أنه لا يقوم أي تصرف آخر محل البيع[2]، سواء كان بعوض كالمقايضة أو تبرعا كالهبة، كما يجب أن يكون التصرف الصادر من الشريك بيعا تاما لحصته الشائعة، أما بيع أحد الشركاء جزء مفرزا من منقول فلا يحق لباقي الشركاء حق الاسترداد [3]، كما أن البيع الصادر من الشريك الذي تم رضائيا وعن طريق المزاد العلني لا يجوز الاسترداد فيه[4].

2: أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال أو عقار:

إن العلة من الاسترداد، هو عدم دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع، لذلك لا يجوز الاسترداد إذا كان البيع واردا على جزء مفرز من المال الشائع، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين، فلا يكون من شأنه أن يجعل المشتري شريكا، وبذلك تنتفي علّة الاسترداد[5]، كما يمكن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ببيعها كلها في شكل منقول أو في شكل مجموعة من المال، فحق الاسترداد هنا لا يرد إلا على منقول قائم بذاته أو في مجموعة من

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص196.

3 – د. حسن كيره، مرجع سابق، ص189.

4 – د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، (حق الملكية في ذاته– أسباب كسب الملكية)، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر، ص136.

5 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص128.

المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار[1]، والسبيل في هذه الأخيرة إلا عن طريق الشفعة[2].

3: أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء:

إذا كان قد صدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء فإنه بذلك تتوفر علّة الاسترداد وهي الحيلولة دون دخول أجنبي بين الشركاء في الشيوع، أما إذا كان البيع لأحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد لانتفاء العلّة [3].

4: أن يكون المسترد هو أحد الشركاء:

إن حق الاسترداد لا يثبت إلا للشركاء على الشيوع سواء مجتمعين أو منفردين لأنهم هم من يتضرر بدخول الأجنبي بينهم، ولا يهم إن كانوا شركاء أصليين أم عارضون، طالما كانت الشراكة على الشيوع وقت البيع[4].

إذا تعدد المستردون للمال الشائع فكل واحد منهم أن يسترد حسب نسبة حصته من المال الشائع ويجب أن يشمل حق الاسترداد كل الحصة المباعة، فإذا كان الشيء المباع منقولا مملوكا على الشيوع لطرفين بنسبة النصف لكليهما وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي عن الشركاء المشتاعين فلا يجوز للشريك أو الطرف الآخر أن يطلب استرداد الربع مثلا [5]، بل يطلب كل المال المباع أي النصف كاملا.

تجدر الإشارة إلي أنه يوجد توافق كبير بين رخصة الاسترداد ورخصة الشفعة كما أنهما يختلفان في بعض من النقاط تتجلي فيما يلي:

تنفرد رخصة الشفعة وتتفرق عن حق الاسترداد في جملة من المبادئ والأسس القانونية، فإذا كان المشرع الجزائري قد أقر للشريك المشتاع في المال الشائع أو باقي الشركاء في ذلك

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص856.

2 – المرجع نفسه ، ص854.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص129.

4 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص857.

5 – أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص31.

المال حق استرداد تلك الحصة المشتاعة من المال الشائع محل التصرف الذي قام به أحد الشركاء في المال المشتاع المنقول أو مجموعة الأموال المنقولة التي تحتوي على أحد العقارات إعمالا بنص المادة **721** من القانون المدني الجزائري، فإن المشرّع بدوره أقرّ بناء على نص المادة **795** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكلّ أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها[1].

يحق للشريك المشتاع استرداد الحصة الشائعة محل عملية التصرف في العقار الشائع ليحول ويمنع عدم دخول شريك أجنبي بين الشركاء في الشيوع ويكون ذلك عن طريق الشفعة.

تعرّف الشفعة لغة على أنها ضم الشيء أو زيادته، ذلك لأن الشفيع يقوم بضم الشيء المباع إلى ملكيته العقارية مما يشفع بهذا الشيء المباع ومثال ذلك كأن كان له شيء واحد وتراً فأصبح شيئان بشفعته [2]، وتعرّف أيضا على أنها ضم الشيء بعد طلبه لكي يتم ضمه وإضافته إلى الشيء المملوك فيصبح زوجًا بذلك، والشفع عكس الوتر والإفراد[3].

تعرّف الشفعة اصطلاحا كما عرفها ابن عابدين على أنها:" **تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه**" [4]، ولقد عرفتها كذلك نص المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية بنصها كالتالي: " **الشفعة هي تمليك الملك بمقدار الثمن الذي قام على المشتري**"[5].

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – د. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص184.

3 – د. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2013، ص21.

4 – د. سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، ط01، دار الخليج، 2010، ص23.

5 – د. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص21.

إعمالا بما جاءت به نص المادة **794** من التقنين المدني الجزائري بنصها: " **الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية**" [1].

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأنه للشركاء في المال المشتاع سواء كانوا مجتمعين أم منفردين الحق بأخذ الحصة المشتاعة العقارية التي بيعت إلى أجنبي برخصة الشفعة، مما يُمكِن الشريك الشفيع الحلول محل المشتري في عملية البيع التي قامت، على عكس ما جاءت به نص المادة **721** من القانون المدني الجزائري والمتمثل برخصة الاسترداد.

للوقوف على رخصة الشفعة وتمييزها عن رخصة الاسترداد سواء من حيث الخصائص والشروط والإجراءات نتناول ذلك في النقاط والتحليل التالي:

- **ثالثا: خصائص رخصة الشفعة:**

لرخصة الشفعة جملة من الخصائص والمميزات تنفرد بها عن رخصة الاسترداد تتجلى في ما يلي:

1: أنها حق استثنائي:

إن الحق الاستثنائي لرخصة الشفعة لا يقوم إلا يتوفر نص مما يكون للشفيع حق إثبات له في الملكية الشائعة وذلك باسترداد الحصة المباعة من العقار لشخص أجنبي عن الشركاء وعدم المضي في هذا الحق الاستثنائي ذلك لأنه مقرر لخلاف الأصل القائم [2].

2: أنها حق غير قابل للتجزئة :

تقوم رخصة الشفعة على كل الحصة المباعة، إذ لا يمكن للشفيع طلب الشفعة على نصيب أو جزء من العقار المباع ويتغاضى على النصيب الآخر، بل يستوجب أن يقوم طلب الشفعة ويستوي على كل الحصة المباعة.

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص – ص140–141.

3: أنها قابلة للسقوط ولكنها غير قابلة للغير:

يجوز للشفيع في العقار أن يسقط رخصة الشفعة قبل صدور الحكم بذلك أو كان ذلك بالتراضي سواء تم صراحة أو ضمنيا، ومع ذلك لا يمكن التنازل عنها للغير لأنها مرتبطة بالشفيع والعقار محل الشفعة [1].

- **رابعا: شروط حق الأخذ بالشفعة:**

لكي يتمكن للشريك في الشيوع أن يسترد حصته الشائعة محل التصرف بالبيع عن طريق اللجوء إلى حق الشفعة، وجب توفر عدة شروط والتي هي كالتالي:

1: أن يكون هنالك عقار شائع:

لا يقوم حق الشفعة إذا كان المال الشائع منقولا أو مجموعة من الأموال المنقولة والتي قد تشمل على عقار من المال الشائع، ذلك لأن هذا الأمر يخضع لأحكام رخصة الاسترداد طبقا لما أوردته المادة **721** من القانون المدني الجزائري، ويستوجب أن يكون هذا العقار شائعا قبل البيع وأثنائه وبهذا يخرج من نطاق ومجال العقار المشتاع كل الحصص العقارية التي تم قسمتها وإفرازها قبل عملية التصرف بالبيع في العقار المشتاع ويكون الشريك حق الاستئثار بالقسمة وبحصته المفرزة عن عملية القسمة، وفي حالة ما إذا تم بيع هذه الحصة المفرزة فلا يجوز لبقية الشركاء في هذه الحالة للحق في التمسك والتشبث بحق الشفعة [2].

2: أن يكون التصرف بالبيع منصبا على حصة شائعة:

إذا تم التصرف من قبل الشريك ببيع حصته الشائعة لشريك أجنبي عن الشركاء جاز لهؤلاء سواء كانوا مجتمعين أم منفردين الحق في طلب الشفعة للعقار الذي تم بيعه، إذ لا يمكن أن يكون هنالك أية حلول تحل محل البيع أي أية تصرف يقضي بنقل الملكية، فلا يمكن بهذا أن تقوم الشفعة على الوصية والمقايضة والبيع بالمزاد العلني وهو ما سايره حق الاسترداد أيضا في مثل هذه الأحوال.

1 – المرجع نفسه .

2– د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص336.

3: أن يكون بيع الشائعة صادرا لأجنبي:

إذا كان الحكمة من رخصة الاسترداد هي منع من دخول أجنبي بين الشركاء في المال الشائع والمحافظة على المال وعدم تبديده وخروجه من يد الشركاء، فإن الحكمة كذلك في تقرير الشفعة هي نفسها فهي تقوم لفائدة كل الشركاء في الشيوع عندما ينصب على حصة شائعة عقارية وكان محل التصرف فيها بالبيع لشخص أجنبي، والمحافظة على جلّ الملكية العقارية في حالة ما إذا قدم الشريك على التصرف بالبيع والانتفاع بذلك[1].

4: أن يكون التصرف بيعاً:

لكي يتمكن الشريك أو الشركاء في الشيوع من حق استرداد حصصهم الشائعة عن طريق اللجوء إلى حق الشفعة، استوجب ذلك بأن يكون التصرف الذي أقدم عليه الشريك في الشيوع بيعاً، وبهذا يخرج عن نطاق الأخذ بحق الشفعة في تلك التصرفات التي يقوم بها الشريك كالهبة والمقايضة والوصية من أجل استرداد الحصة المشتاعة التي بيعت ويستثني من حق الشفعة ما جاءت به نص المادة **798** من القانون المدني الجزائري بقولها:

" **لا شفعة:**

- **إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.**
- **وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.**
- **إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة."**[2]

- **خامسا: إجراءات رخصة الاسترداد:**

إن إجراءات رخصة الاسترداد تقوم على التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء في الشيوع، لذلك فقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع مطلقا

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص553

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

لمدة طويلة [1]، وطلب الاسترداد يكون قبل القسمة وذلك خلال ثلاثون يوما من تاريخ علم الشركاء أو الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به وذلك طبقا لما أوردته المادة 721 من القانون المدني الجزائري، كما نجد أن المشرع لم يشترط شكلية معينة لإعلان الرغبة في الاسترداد سواء تم ذلك بتبليغ رسمي عن طريق المحضر القضائي كما يصح الإعلان عن طريق البريد المضمون أو العادي ويصح كذلك أن يكون شفويا ويقع عبئ إثباته على الشريك البائع والمشتري، والعلم واقعة مادية يمكن إثباتها وتقصيها بكل طق الإثبات [2]، وفي حين انقضاء أجل الثلاثون يوما من تاريخ الإعلان بالبيع أو من تاريخ علم الشريك المسترد به ولم يطلب الشركاء برخصة الاسترداد سقط بذلك حقهم فيه، مما يؤدي بذلك ببيع الحصة المشتاعة للأجنبي بيعا باتا لا رجعة فيه ولا يجوز استرداده [3].

يجب على المسترد أن يظهر استعداده لتعويض المشتري عن كل ما أنفقه إذا كان قد دفع الثمن للبائع، دون الحاجة إلى إيداعه لدى خزانة المحكمة ولا حتى عرضه عرضا حقيقيا [4].

- **سادسا: إجراءات الأخذ برخصة الشفعة:**

تقوم إجراءات الشفعة على جملة من المبادئ القانونية والإجرائية تنفرد بها على غرار إجراءات رخصة الاسترداد، إذ تتجلى في مايلي:

1: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

تنص المادة **799** من القانون المدني الجزائري على أنه: " **على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك** ."[5]

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص129.

2 – د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص137

3 – أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص32.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص130.

5 – الأمر رقم: 58/75، السالف الذكر.

يستفاد من نص المادة سالفة الذكر على أنه من يريد من الشركاء في الحصة الشائعة الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك بناء على عقد رسمي محرر من قبل موثق لكي يكون إعلانه صحيحا وإلا تم إبطال ذلك[1]، ويكون هذا الإعلان إلى كل من البائع من جهة والمشتري من جهة أخرى في مواعيد محددة وذلك بثلاثون يوما ابتداء من يوم الإنذار الموجه من قبل البائع أو المشتري إلى كل شريك له الحق برخصة الشفعة وبهذا الإعلان، ولقد أقرّ المشرع الجزائري وضبط جلّ البيانات الواجب إتباعها وتوفرها في إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة وتجسد ذلك في نص المادة **800** من القانون المدني الجزائري وذلك بقولها: " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة **799** على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- **بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.**
- **بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه، ومهنته، وموطنه، والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799."[2]**

يتم الأخذ بالشفعة وذلك بعد إنذار كل من له الحق في ذلك إذ يبلغ والمشتري بواسطة المحضر القضائي أو عن طريق رسالة شفوية أو كتابية مضمونه الوصول إلى الشخص المنذر بذلك مما يقع إثباته على كل من البائع أو المشتري[3].

إن بما جاءت به المادتين **799** و**800** من القانون المدني الجزائري في إجراءات الأخذ بالشفعة عن طريق الإعلان بالرغبة تختلف تماما عما جاءت به نص المادة **721** من القانون المدني الجزائري والمتعلقة برخصة الاسترداد.

1 – د. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص314.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص403.

2: التصريح بالرغبة بالأخذ في الشفعة:

إعمالا بنص المادة **801** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: " **يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إذا كان مسجلا .**

يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع في هذا المجال على الوجه المقدم، سقط الحق في الشفعة."[1]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر أنه متى تم القيام بإجراءات الإنذار إلى الشفيع بوقوع حالة البيع، فإن الشفيع يستوجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يقوم بإعلان رغبته خلال ميعاد محدد قانونا وهي ثلاثون يوما ابتداء من يوم الإنذار أو من يوم علمه بحالة البيع القائمة من غير انتظاره للإنذار الذي سيصله، إذ يقوم بتبليغ إعلانه إلى البائع والمشتري معا ويكون هذا الإعلان رسميا وعقدي يحرره الموثق وإلا كان باطلا ولا ينتج أثره تجاه الغير إلا إذا كان يحظى بعملة التسجيل[2]، كما يجب على الشفيع الذي أعلن رغبته بالأخذ بالشفعة صراحة أن يدفع ثمن عملية البيع وكل المصاريف الضرورية لدى الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة وأن يكون هذا الإيداع القائم من قبل الشفيع سابقا لميعاد وقوع دعوى الشفعة لأن ذلك يحول دون الأخذ بها [3].

يتضح من نص المادة **801** المتعلقة بالتصريح بالرغبة بالأخذ بالشفعة أنها تختلف عن تلك التي جاءت بها مص المادة **721** من القانون المدني الجزائري المتعلقة بحق الاسترداد.

1- الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

2- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص414 .

3- المرجع نفسه، ص414.

3: رفع دعوى الأخذ بالشفعة:

إعمالا بنص المادة 802 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام محكمة المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق [1].

يستشف من نص المادة السالفة بأن الطبعة القانونية لرفع دعوى الأخذ بالشفعة تنبثق من أصل الحق الذي تحمله وتحميه، فإذا كان هذا الحق حقا شخصيا لأصل الدعوى كانت هذه الأخيرة دعوى شخصية تحمي أصل الحق القائم، وإذا كان الحق ينبثق من الحق العيني كانت الدعوى القائمة فيه دعوى عينية عقارية، وبما أن رخصة الشفعة هي سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية فإنها تثبت وفقا لضوابط وشروط رسمها القانون وأوجب الالتزام بها وإلا زال بذلك الحق المطالب به[2]، وبذلك فهي دعوى عينية عقارية ترفع على كل من البائع والمشتري أمام محكمة العقار وتواجده وفقا لمواعيد محددة بثلاثين يوما من تاريخ الإعلان بالتصريح بالرغبة وبالأخذ يطلب الشفعة وإلا زال ذلك لأن المواعيد من النظام العام.

كرّست المحكمة العليا في أحد قراراتها: **على أنه: " من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان بالرغبة في الشفعة ومن المقرر قانونا أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا."[3]**

أن بما جاءت به المادة **802** من القانون المدني الجزائري المتعلقة برفع دعوى الأخذ بالشفعة يتنافى مع ما جاءت به نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري المتعلق برخصة الاسترداد.

1 – الأمر رقم: 57–58، السالف الذكر.

2 – د. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج 11، مرجع سابق، ص334.

3 – القرار رقم: 34131، المؤرخ في: 1984/11/19، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص52.

4: الحكم في دعوى الشفعة:

بناء على ما أوردته نص المادة **803** من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه:

" **يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري.**"[1]

يستسقى من مضمون نص المادة سالفة الذكر، بأن ذلك الحكم الذي سيصدر في حق دعوى الشفعة وتثبيتها لصالح الشفيع في العقار المشفوع فيه يكون ذلك الحكم الصادر من الجهة القضائية نهائيا، ويكون هذا الحكم سندا يحتج به الشفيع مما يكون له الحق في إشهاره لدى المحافظة العقارية وذلك بناء على نص المادة **15** من الأمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المعدل والمتمم المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري[2]، مما ترتب إثارة القانونية بناء على نصوص المواد **804** و **806** من القانون المدني الجزائري وبذلك يحل الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات في مواجهة للبائع[3]، وفي ما إذا رفض المشتري أن يحل الشفيع محله في العقار المشفوع فيه فإن الشفيع بدوره له الحق برفع دعوى قضائية تجاه كل من البائع والمشتري من أجل الحصول على حكم قضائي من الجهة القضائية المختصة لكي تكون له بذلك أن يحل الشفيع محل المشتري بعد عملية شهره لدى المحافظة العقارية موقع العقار.

إن بما جاءت به المواد **803** و**804** و**805** و**806** من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة [4]، يتفرق عن تلك التي نصت عليها نص المادة **721** من القانون المدني الجزائري المتعلقة برخصة الاسترداد.

بما أن لرخصة الاسترداد شروط جوهرية تميزه عن غيره من الرخص، فما هي الأثار القانونية التي تنبثق عنة وهو الأمر الذي سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

2 – الأمر رقم: 75-74، السالف الذكر.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص409.

4- الأمر رقم: 75-74، السالف الذكر.

الفرع الثاني

آثار رخصة الاسترداد

إن لرخصة الاسترداد كغيرها من العقود لها آثارها، سواء كانت بين البائع والمشتري أو المسترد والبائع أو المسترد والمشتري، وهو ما سنتناوله كالتالي:

1: آثار رخصة الاسترداد بين البائع والمشتري:

تتجسد آثار رخصة الاسترداد بين البائع والمشتري في زوال علاقتها بأثر رجعي، مما يجعل من عقد البيع كأن لم يكن مما يؤدي إلى زوال كل الحقوق والالتزامات المنبثقة عن عقد البيع [1]، وعلى هذا المبدأ فإنه لا يجوز للبائع المطالبة بالثمن من المسترد وإنما يطلبه من المشتري، وفي كل الأحوال فإن العلاقة التي تجمع بين البائع والمشتري تعود إلى ما كانت عليه قبل إبرام عقد البيع، وفي حالة ما إذا إتحدت ذمة البائع والمشتري زال هذا الإتحاد برخصة الاسترداد[2].

2: آثار رخصة الاسترداد بين المسترد والبائع:

تتجسد رخصة الاسترداد في علاقة المسترد والبائع في حلول الشريك المسترد محل الشريك البائع بكل حقوقه والتزاماته، وعلى ذلك يستوجب على المسترد دفع الثمن للبائع، وعلى البائع الالتزام بنقل حق الملكية إلى المسترد، وحق الملكية ينتقل إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت حدوث الاسترداد بأثر رجعي إذا تعلق الأمر أو المبيع بمنقول[3]، وإذا كان المال الشائع يشتمل على عقار ومنقول معا فإنه إذا لم يكن المشتري قد سبق له تسجيل عقدة، فمن واجب المسترد إجراء عملية التسجيل من أجل انتقال الملكية له، وإذا سبق له أن سجل عقدة فعلى الشريك المسترد التأشير على هامش العقد برخصة الاسترداد[4].

1 – د. لحسين بن الشيخ آث ملويا، منتقى في عقد البيع، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص68.

2 – د. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج 11، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، ص459.

3 – د. المرجع نفسه، ص460.

4 – د. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص69.

3: آثار رخصة الاسترداد بين المسترد والمشتري:

تتمثل آثار رخصة الاسترداد بين المسترد والمشتري، في عدم اعتبار الاسترداد بيعا جديدا بين المشتري والمسترد وعلى ذلك لا يعتبر المسترد خلفا للمشتري بل هو خلف للبائع، ولذلك يستند حق المسترد إلى وقت البيع بأثر رجعي فيصبح كأنه المشتري الأصلي ومن ثم لا يحتج عليه بالتصرفات التي أبرمها المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الاسترداد، فلو أن المشتري رتب رهن رسمي أو حق انتفاع في تلك الفترة فبالاسترداد تؤول الحصة للمسترد خالصة من حق الرهن والانتفاع كما أنه لا ضمان على المشتري للمسترد إنما يكون على المسترد أن يرجع على البائع بالضمان وفقا لأحكام عقد البيع الذي حل فيه محل المشتري[1].

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، مرجع سابق، ص865.

خلاصة الفصل الأول

يستخلص مما سبق بأن المشرع الجزائري أعطي حماية قانونية للشريك في الشيوع قبل القسمة تجسدت هذه الحماية القانونية للشريك خلال إدارة المال الشائع، لاسيما في الحماية القانونية المقررة في الإدارة العادية من حيث: حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية وتعسفهم، ومن حيث: حق الانفراد بحفظ المال الشائع، وكذلك في الإدارة الغير عادية من حيث: حق الأقلية في الاعتراض علي قرار الأغلبية، ومن حيث : حق الحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية، كما أن هذه الحماية القانونية لشريك في الشيوع لم تقتصر علي أعمال الإدارة فحسب بل تعدت ذلك لتشمل هذه الحماية القانونية للشريك خلال التصرف في المال الشائع، لاسيما في الحماية الموقوفة علي شرط الأغلبية الموصوفة من حيث: الحماية القانونية في حالة عدم الإجماع، ومن حيث: حق الأقلية في الاعتراض علي قرار الاغلبية، وكذلك الحماية القانونية المتمثلة في رخصة الاسترداد من حيث: شروط رخصة الاسترداد، وكذلك من حيث: آثار رخصة الاسترداد.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة

الفصل الثاني
الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة

إن القاعدة العامة في التشريعات الحديثة أن لكل شريك، في منقول أو عقار، الحق في طلب إزالة الشيوع أو التخلص منه في أي وقت شاء، ذلك أن الملكية الشائعة ليست هي الصورة المُثلى للملكية، فتعدد الملاك يؤدي إلى مشاكل عديدة من شأنها أن تعيق الانتفاع بالشيء، وتصرف كل شريك في حقه كما يريد[1]، ونظرا لهذه المشاكل العديدة التي تنتج عن الشيوع، فقد أعطى المشرّع للشركاء المشتاعين سواء كانوا متفرقين أو مجتمعين الحق في طلب إنها حالة الشيوع القائمة، ذلك حرصا منه على حماية الشركاء دون استثناء، حيث تتعدد أسباب انقضاء الشيوع، فقد ينقضي بناء على واقعة قانونية، كالميراث أو التقادم، أو عمل قانوني كالعقد أو الوصية، فإنه ينقضي أيضا بجميع الأسباب يترتب عليها إنهاء هذا التعدد، سواء كان ذلك بناء على واقعة قانونية أو عمل قانوني[2]، أو عن طريق القسمة لإنهاء النزاع القائم والخروج من حالة الشيوع، وحصول كل شريك في المال الشائع على نصيبه مفرزا يساوي قيمة حصته من المال الشائع.

تعتبر القسمة من أهم الأسباب التي ينقضي بها الشيوع، مما يؤدي ذلك إلى خلق توازن واستقرار بين الشركاء المشتاعين، لذلك فقد أحاطها المشرع بقواعد خاصة تهدف لحماية الشركاء كلهم دون استثناء[3]، سواء كانت هذه القسمة رضائية بين الشركاء أو قضائية فإن المشرع بدوره أعطى للشريك في المال الشائع حماية قانونية أثناء القسمة بأنواعها.

على هذا الأساس تتبلور أبجديات الدراسة لهذا الفصل مع الضمانة القانونية الأولى للحماية القانونية للشريك أثناء القسمة الاتفاقية، المبحث الأول: الحماية القانونية المقررة أثناء

1- د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية)، 1-2، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، لبنان، بيروت، 2016، ص17.

2- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها و مصادر)، مرجع سابق، ص147.

3- د. الضويني محمد عبد الرحمان، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: ماهية القسمة، أنواع القسمة وأركانها، القسمة المهيأة، قسمة الأعيان، قسمة المال، الآثار التي تترتب عن القسمة وطوارئها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص307.

القسمة الاتفاقية، ثم نتطرق إلى معرفة المظهر الثاني من الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة القضائية، المبحث الثاني: الحماية القانونية للشريك في القسمة القضائية.

المبحث الأول

الحماية القانونية للشريك في القسمة الاتفاقية

يعتبر الحق في طلب القسمة حق أصيل لكل مشتاع فلا يجبر أي شريك على البقاء في الشيوع وقد نصت على هذا الحق كل التشريعات المدنية ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة **722** على: " **لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق**"[1]، وتعتبر القسمة الاتفاقية أحد طرق الخروج من حالة الشيوع الغير مرغوب فيها، حيث تشترط هذه القسمة تراضي جميع الشركاء بغية حماية جلّ الشركاء، كما أن المشرع وضع حماية قانونية للشريك في المال الشائع لرد أي ضرر يلحق بالشركاء المتقاسمين وذلك بنقضه للقسمة التي تمت عن غبن أو ضررا ما.

لا يجوز بمقتضى أي شرط أن تمنح القسمة إلى أجل يتجاوز خمس سنوات فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا إلا لمدة خمس سنوات .... فإذا اتفقوا على مدة أطول اعتبر اتفاقهم صحيحا في حدود الخمس سنوات، ويبطل فيما زاد على ذلك، وإذا كان شرط البقاء في الشيوع صحيحا فإنه يسري في حق الشريك وفي حق خلفه العام والخاص [2].

على هذا الأساس تتجلى دراستنا لهذا المبحث مع الضمانة القانونية للشريك في القسمة الاتفاقية والمتجسدة في: المطلب الأول: الحماية الموقوفة على شرط الإجماع في القسمة الاتفاقية، ثم نتطرق إلى الضمانة القانونية الثانية المتجسدة في نقض القسمة في: المطلب الثاني: الحماية القانونية للشريك في نقض القسمة.

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2– د. عمر القاسمي، الزبدة في الحقوق العينية الأصلية، دار السنهوري، لبنان، 2018، ص– ص47– 48.

المطلب الأول

الحماية الموقوفة على شرط الإجماع في القسمة الاتفاقية

لم يعرف المشرع الجزائري في التقنين المدني القسمة الاتفاقية أسوة ببعض القوانين العربية الأخرى وترك ذلك للفقه حيث يعرفها الفقهاء على أنها: " القسمة الرضائية أو الاتفاقية هي عقد يبرمه الشركاء لاقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها"[1]، وتعرف أيضا على أنها تلك القسمة التي تتم بالتراضي بين كافة الشركاء على الشيوع الذين لهم أهلية التطرق في حقوقهم وهي تتم بإجماع جميع الأطراف المالكين في الملكية الشائعة على قسمة المال المشاع نهائيا بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال الشائع بالطريقة التي تراضوا عليها إذا انعقد إجماعهم في ذلك [2].

على هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتناول في الفرع الأول: الحماية القانونية للشركاء بإجماعهم في اختيار طريقة، ثم نتناول في الفرع الثاني: الحماية القانونية للشريك ناقص الأهلية.

الفرع الأول

الحماية القانونية للشركاء بإجماعهم في اختيار طريقة القسمة

إعمالا بنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " **يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون**"[3].

يتضح من نص المادة أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها مناسبة لذلك، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو غائب وجب مراعاة أحكام القانون في هذا الأمر لأن القسمة لا تتم بتراضي إذا تعلق الأمر أو كان أحد الشركاء المشتاعين قاصرا أو غائبا.

---

1 – د. قصي سليمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص54.

2 – د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، مرجع سابق، ص195.

3 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

إذا كانت القسمة الاتفاقية اتفاق يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشيوع القائمة بين الشركاء، فإن هذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلا بد من تراضي الشركاء المشتاعين جميعا وإجماعهم على ذلك و إلا كانت القسمة باطلة، وفي حالة موافقة البعض على القسمة الاتفاقية، ومعارضة البعض الآخر فهنا تكون القسمة ملزمة لمن وافق منهم وتعد هذه القسمة كإيجاب موجه من الشركاء الموافقين إلى المعارضين، فيكون عندئذ للشركاء المعارضين قبول القسمة أو رفضها، أي لهم الحرية في ذلك، وفي حالة موافقتهم بتقديم شروط أو تعديلات على الإيجاب، فهذا يعتبر إيجابا جديدا صادرا منهم إلى الشركاء الآخرين ولهؤلاء إما القبول أو الرفض، فيسقط الإيجاب بمرور المدة المحددة، فإذا لم تكن هنالك مدة محددة سقطت بمرور مدة معقولة[1].

إن الحماية القانونية للشركاء بإجماعهم في اختيار طريقة القسمة قد تكون باتفاق الشركاء ضمينا أو ما يسمى بالقسمة الفعلية، إذ لا يشترط أن يكون الاتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن نستنتج من ظروف الحال، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، ثم يتبعه باقي الشركاء بتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، ويتضح من تصرفاتهم أنهم ارتضوا بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على سواء، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه[2].

قد يختار الشركاء جميعا القيمة العينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل، خاصة في حالة ما إذا حصل الشريك المشاع على نصيب مفرز يزيد عن مقدار حصته من المال الشائع، مما يستوجب على الشريك المشاع، دفع مقابل مالي للشركاء الآخرين الذين تحصلوا على جزاء أقل بغية تعديل أنصبتهم مع جميع الشركاء المشتاعين، كما قد تكون القسمة العينية بغير معدل وذلك في حالة ما إذا نال كل شريك نصيبا من المال الشائع يساوي قيمة حصته من المال الشائع، وقد يختار الشركاء المشتاعين أن تكون القسمة كلية كما هو معتاد أو المظهر الغالب في قسمة المال الشائع بحيث تشمل هذه القسمة الكلية كل الأموال الشائعة، أو أن تكون قسمة المال الشائع غير جزئيا مما يؤدي إلى إبقاء بعض من المال الشائع غير مجزئ ويفرزون أنصبة كل منهم في المال

1- سامه إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر، الجزائر، 2002، ص203.

2- د. حسن كيره، مرجع سابق، ص204.

المتبقي، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون في الشيوع فيما تبقي من المال بعد التجنيب[1].

قد يتفق الشركاء المشتاعين على قسمة المال الشائع قسمة تصفية، في حالة عدم توفر القسمة العينية أي ببيعه بالمزاد وتقسم ثمنه فيما بينهم[2]، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد العلني إلا إذا اختلفوا، وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد جاز لهم حضر المزاد فيما بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزاد، وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي أعتبر رسوا المزاد بيعا لا قسمة [3]، وإذا رسا المزاد على أحد الشركاء المجتمعين فإنه يعتبر بأن هذه القسمة هي قسمة تصفية.

إذا كان محل القسمة عقارا وجب إفراغه في ورقة رسمية لدى أحد الموثقين إعمالا بنص المادة **03 من القانون 06-02**[4]، ثم شهره طبقا لنص المادة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في **1975/11/12** المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري [5]، كما أن نص المادة **793** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: " **لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار**"[6].

يستسقي من نص المادة سالفة الذكر أنه بالإضافة إلى التراضي والكتابة الرسمية لابد من شهر عقد القسمة الذي يعتبر بمثابة إعلام للجميع بنشوء الحق أو انقضائه، أو تعديله وهذا ليكون للغير حق المعارضة على هذه التصرفات، وبالتالي تكون هناك شفافية في التصرفات

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 1964، ص809.

2 - د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص97.

3 - د. حسن كيره، مرجع سابق ، ص194.

4 - القانون رقم: 06-02 المؤرخ في: 21 محرم 1427هـ ، الموافق لـ: 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادر بتاريخ: 08 مارس 2006.

5- الأمر رقم: 75-74، السالف الذكر.

6 - الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

القانونية واستقرار المعاملات وتعزيز الثقة للمتعاملين أو الشركاء والإدارة المتمثلة في المحافظة العقارية[1].

كرست المحكمة العليا حماية قانونية للشريك في المال الشائع عند إجماع الشركاء في اختيار طريقة القسمة في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "**إن الحكم الذي صادق على الصلح وقعته جميع الأطراف المتنازعة، لا يعتبر من الأحكام القابلة للاستئناف لأنه لم يفصل في النزاع، بل صدر حسب رغبته وإرادة الأطراف، وبذلك فإنه لا يجوز لأي واحد منهم التراجع** "[2].

حرص المشرع الجزائري على حماية الشريك في الشيوع لاسيما الحماية الموقوفة على شرط الإجماع في القسمة الاتفاقية وذلك عن طريق الحماية القانونية للشريك في اختيار القسمة كطريقة أولي للحماية ، إضافة إلى الحماية القانونية للشريك ناقص الأهلية كطريقة ثانية للحماية وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الحماية القانونية للشريك ناقص الأهلية

حرص المشرع على حماية الشركاء المشتاعين في المال الشائع كلهم دون استثناء في القسمة الاتفاقية، لاسيما في حالة وجود من هو ناقص الأهلية بين الشركاء المتقاسمين، وبما أن القسمة الاتفاقية تستوجب التراضي بين جلّ الشركاء المشتاعين ولكي يبنى التراضي على قاعدة صحيحة فأنه يستوجب أن يكون منبثقا ممن كان أهلا لذلك، والمراد من الأهلية التي جاء بها المشرع الجزائري هي أهلية أداء لا أهلية وجوب.

إعمالا بما جاءت به المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه، وسن الرشد 19 سنة كاملة** "[3]، وحتى تكون القسمة الاتفاقية سليمة وصحيحة وجب

1 – خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص164.

2 – القرار رقم: 210560، المؤرخ في: 1998/11/17، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 2000، العدد02، ص180.

3 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

الالتزام بجميع الإجراءات القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري لاسيما تلك التي نصت عليها المادة 723 القانون المدني الجزائري متى كان هنالك من بين الشركاء المتقاسمين من هو ناقص الأهلية.

إن بما جاءت به المادة 723 من القانون المدني الجزائري بنصها: " **... وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون**"،[1] إذ يستشف من نص هذه المادة بأنها أغفلت حالة وجود شريك مشتاع مقاسم للمال الشائع وهو **غائب**، مع أن نص المادة **81** من قانون الأسرة فسرت المراد بتلك الإجراءات التي جاءت بها نص المادة **723** حيث نصت المادة **81** من قانون الأسرة الجزائري على : "**من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونيا ولي، أو وصي أو متقدم طبقا لأحكام هذا القانون** "[2].

إن نص المادة سالفة الذي يعتبر الغائب في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثليه قانونيا مع وجوب مراعاة الإجراءات التي يكرسها القانون في ذلك الأمر، إلا أن هذه المادة لم تذكر ولم تفصل في تلك الإجراءات والمغزى منها، فالبناء القانوني لهذه المادة جاء بطريقة عامة، مما استعصى فهمها، ذلك لأنها مستوحاة من التقنين المصري، والقانون المجسد والمطبق في التقنين المصري في مثل هذه الأحوال هو قانون الولاية العامة الذي حدد جلّ الإجراءات الواجب إتباعها من أجل حماية القصّر ومن في حكمهم القانوني[3].

إعمالا بما جاءت به المادة **88** من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على:" **على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:**

1. **بيع العقار، وقسمه، ورهنه، وإجراءات المصالحة .**
2. **بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.**
3. **استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .**

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – القانون رقم: 84–11، المؤرخ في: 1984/06/09، المتضمن لقانون الأسرة، ج.ر، ع 24، سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05–02، المؤرخ في: 2005/02/27، ج.ر،ع 15، الصادرة في: 2005/02/27.

3– توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت ، 1989، ص224.

4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"[1].

يستشف من نص المادة السابقة بأن المشرع الجزائري قد نظم حق الولاية على جلّ أموال الشريك القاصر في الملكية الشائعة وبهذا يكون المشرع قد حما أمواله وذلك بأن أعطي حق التكفل بأموال القاصر من أجل القيام بكل التصرفات القانونية عن طريق نائبه القانوني، إذ تعد هذه الولاية القائمة للشريك القاصر في المال الشائع إجبارية وتكرس من قبل القانون أن أقتضى ذلك أو عن طريق الأحكام القضائية التي تصدر من الجهة القضائية، حيث تكون هذه الولاية بناء على نص المادة **87** من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على:" **يكون الأب وليا على أولاده القصّر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا** "[2]، والهدف من هذا الأمر هو خلق مجال لحماية القاصر من داخل الأسرة الواحدة دون الغير.

بالرجوع لنص المادة **88** من قانون الأسرة الجزائري نجد بأن هذه القسمة الاتفاقية في حالة ما كان أحد المتقاسمين ناقص أهلية، فأن هذه القسمة تؤول إلى سلطة و رقابة رئيس المحكمة المختصة، وهو الذي خوّل له القانون منح إذن التصرف كون هذا الأمر يندرج ضمن صلاحياته التي تهدف بدورها إلى حماية ومراعاة كل المصالح لكل من الغائب وناقص الأهلية الواجب حمايتهما.

إذا تم اتفاق بين الشركاء المشتاعين في المال الشائع والممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب، فيستوجب على الممثل القانوني الحصول على إذن من رئيس المحكمة بعد عرضه الأمر عليه، فإذا تبين لرئيس المحكمة بأن هذه القسمة غير ضارة ولا تؤثر على مصالح الغائب أو ناقص الأهلية فإنه يمنح الأذن لممثله بمباشرة القسمة مع كل الشركاء في المال الشائع وتكون هذه القسمة في شكل مبدئي بينهم وبعد الإتمام من عملية وضع عمل القسمة يقدم هذا إلى رئيس المحكمة المختصة لكي يصادق عليها إذا تبين له بأن القسمة تراعي حل مصالح ناقص الأهلية والغائب ليتم منح الإذن وإفراغ تقريره في عقد رسمي لدى الموثق،[3] وفي حالة

1 – القانون رقم: 84-11، السالف الذكر.

2 – قانون رقم: 84-11، السالف الذكر.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص896.

ما إذا كانت هذه القسمة لها خطر على الشريك الفاقد لأهليته أو عديم التمييز وجب مراعاة تطبيق كل ما نص عليه القانون من إجراءات كما أنه يجوز في هذه الحالة أن يبطل عقد القسمة القائم بين الشركاء لأنها تؤثر على مصالحه[1]، وبهذا اوجب المشرع والقانون بأن يقوم كل من الوصي أو القيّم أو الوكيل بجلّ هذه الأعمال لصالح فاقد الأهلية وذلك بعد حصولهم على ما يثبت ذلك والمتمثل في الأذن الذي يصدر من المحكمة المختصة.

إن الولاية على أموال القصّر يحظى بجملة من الحماية القانونية ذلك لأنها مقيدة بأحكام خاصة فإذا تصرف ولي القاصر في أموال هذا الأخير وفق ما حدده القانون في ذلك بناء على إذن القاضي فله بهذا الإذن أن تمارس نيابته بشكل عادي، وفي حالة عدم حصوله على إذن من قاضي المحكمة أصبحت هذه القسمة قابلة للإبطال لأنها تضر بمصلحة ناقص الأهلية وتؤثر عليه كما يمكن للشركاء الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإبطال، وتكون للمحكمة رقابة على الأموال القاصر في الملكية الشائعة قبل القسمة وذلك يمنح الإذن للقيام بها من جهة ولها أيضا رقابة لاحقة لما آلت له القسمة بعد التأثير عليها أن وجدتها منصفة في حق ناقص الأهلية أو الغائب، وفي حالة ما إذا لم تجدها منصفة اتخذت بذلك إجرائها قضائيا لا اتفاقيا[2]، يستشف أيضا من النصوص القانونية سالفة الذكر بأنه في حالة وجود شريك بين الشركاء ناقص الأهلية في عقد القسمة الاتفاقية فأنها لا تقوم هذه القسمة لأن في حالة وجود ناقص الأهلية وجب تطبيق كل الإجراءات والشروط القانونية في ذلك لأن المشرع خلق له حماية قانونية وجب مراعاتها.

حرص المشرع الجزائري علي حماية الشريك في الشيوع في القسمة الاتفاقية كأحد كسبيل للحماية إلى أن هذه القسمة قد يصيبها بطلان فما هي الحماية القانونية للشريك في نقضها؟

1 – د. زهدي يكن، مرجع سابق، ص154.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص897.

المطلب الثاني

الحماية القانونية للشريك في نقض القسمة

لما كانت القسمة الاتفاقية كما قدمنا عقدا تسري عليه أحكام سائر العقود، فأن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد،فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت اتفاقية بين الورثة قبل موت المورّث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان، كما قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية، فإذا كان احد الشركاء قاصرا مثلا، ولم تراعى الإجراءات التي أسلفنا ذكرها في القسمة، جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة، وقد تبطل القسمة الاتفاقية لأحد عيوب الإرادة، كما يجوز الطعن بالغبن في القسمة الاتفاقية ذلك لعدم تساوي الحصص المقسومة بين الشركاء المشتاعين[1]، لذلك وتفاديا لهذا الضرر فما كان من المشرع إلا وضع سبل حماية قانونية للمتقاسم الذي وقع في عيب كالغلط مثلا أوجب لذوي الشأن إبطالها، ذلك لان نقض القسمة للغبن مقتصرة على القسمة الاتفاقية فقط.

على هذا الأساس تتبلور أبجديات دراستنا لهذا المطلب حيث قسمناه إلى فرعين إذ نتناول في الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية للغبن، بينما تتناول في الفرع الثاني الضمانة القانونية الثانية والمتمثلة في: توقي نقض القسمة للغبن.

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص – ص898– 899.

الفرع الأول

نقض القسمة الاتفاقية للغبن

تعتبر القسمة الاتفاقية عقدا يسري عليه أحكام سائر العقود، فان أوجه الطعن فيما هي نفس وجوه الطعن في العقد[1]، حيث نصت المادة **732** من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " **يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة....**"[2].

يستشف من نص المادة سالفة الذكر أن نقض القسمة للغبن مقتصر فقط على القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية فالمشرع في القسمة القضائية يحيطها بضمانات قانونية تسمح بعدم ظهور الغبن، مما يجسد روح ومبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين، والمستشف أيضا من نص المادة سالفة الذكر أن القسمة باعتبارها عقد فهي تخضع للقواعد العامة التي تستوجب بجانب الغبن المادي المتجسد في عدم التعادل بأن يتحقق ركن نفسي ألا وهو استغلال ما في المتقاسم الآخر من طيش بين أو هوى جامح في نفس المتقاسم، فالمشرع بدوره راعى عند قيامه بالقسمة أن تكون مبنية على مبدأ العدالة والمساواة في حصول كل متقاسم أو مشتاع في المال الشائع على نصيبه مفرزا يساوي حصته من المال الشائع كله، وبما أن حق القسمة يقتصر على إبراز الحق الثابت من قبل الشريك في المال الشائع، فإن المشرع بدوره أخذ بالغبن جاعلا منه سببا وعيبا في عقد القسمة مما يسمح بنقضها من قبل الشركاء المشتاعين أو المتقاسمين للمال الشائع إذا ما أصابهم أو أصاب أحد الشركاء غبن يزيد عن خمس نصيب المتقاسم[3].

إن الاعتداد بالغبن بمفهومه المادي لأثر كبير في تحقيق مبتغى المشرع في ذلك ألا وهو تحقيق مبدأ المساواة والعدالة بين المشتاعين المتقاسمين للمال الشائع[4]، وبما أن الغبن يعني عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يطلبه وبمعنى آخر فهو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين في عقد القسمة فهو بدوره يعد قابلا للإبطال من قبل الشريك المغبون بعد تقديمه

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص898.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص550.

4 – د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص156.

بطلب في ذلك الأمر، مما يجوز له إجازة عقد القسمة محل الغبن بإجازة صريحة لا تؤدي إلى استقرار عقد القسمة وعدم نقضها، أو بإجازة ضمنية تؤدي إلى القيام بتنفيذ عقد القسمة من قبل المتقاسم اختياريا بناء على علمه بالغبن الذي طرأ له على حقه[1].

إن تمسك المتقاسم المغبون بحقه في نقض القسمة الاتفاقية للغبن بشرط أن يزيد الغبن عن الخمس وهو الأمر الذي يعتد به طبقا لنص المادة **732** من القانون المدني الجزائري ولعل العبرة المرجوة من هذا هو استقرار المعاملات، وعدم السماح للشركاء بطلب نقضها مهما كان حجم الغبن، وأن أية غبن لا يتجاوز الخمس أي خمس المال المقسوم لا يعتد به مما يؤدي إلى عدم الطعن فيه [2].

إن العبرة في تقدير الغبن في عقد القسمة الاتفاقية تقدر بقيمة الشيء الذي تمت قسمته وقت القيام بالقسمة، إذ لا يعتد بوقت رفع الدعوى القضائية ولا بقيمة وثمن الشيء عند بروز حالة الشيوع ،[3] فالمشرع الجزائري اعتمد نسبة الخمس أسوة بالمشرع المصري والذي آخذها بدوره من الشريعة الإسلامية [4].

إن تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية يجوز نقض القسمة فيه حتى وإن كان الشيء المقسوم منقولا، على عكس الشيء المباع فيستوجب لجواز الطعن فيه بالغبن أن يكون محل الشيء المباع عقارا، وإذا لحق الغبن بالشركاء أو جزء منهم دون بقية الشركاء المتقاسمين للمال المشتاع فلا يجوز للشركاء أو الشريك المتقاسم الذي لم يمسسه غبن رفع دعواه في هذا المال المتقاسم بين الشركاء المشتاعين كما أن دعوى الغبن تنتقل بين ورثة الشريك المغبون الذي لحقه غبن مما يجوز لورثته رفع دعوى بعد وفاء الشريك المغبون ومواصلة المطالبة بحقهم الأصلي من القسمة، كما أن لدائني الشريك المغبون أحقية في رفع دعواهم باسم مدينهم المغبون، إعمالا بالقواعد العامة التي جاء بها المشرع لاسيما في الدعوى الغير مباشرة[5].

1- د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص550 .

2 - د. الضويني محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص382.

3 - د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص551.

4 - د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص138.

5 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص- ص905- 906.

تنص المادة **732** من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه: "**.... ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما تقص من حصته.**"[1]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأنه يستوجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة خلال سنة من يوم القسمة وإلا كانت غير مقبولة، فمدة السنة الواجب رفع دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد و أجل لرفع دعوى نقض القسمة للغبن تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى وليست مدة تقادم الحق في رفع دعوى نقص القسمة،[2] وتحسب مدة السنة من يوم إتمام عقد القسمة المبرم بين الشركاء المشتاعين، فإذا كان محل المال المقسوم بين الشركاء عقارا فتحسب مدة السنة من تاريخ شهر عقد القسمة لدى المحافظة العقارية،[3] وفي حالة ما إذا كان محل المال المقسوم عقارا ومنقول فتحسب آجال السنة من تاريخ إتمام آخر عقد للقسمة، إن عبئ إثبات الغبن يقع على الشريك الذي أدعى ذلك، إذ يتم ذلك بجميع طرق الإثبات، لأن محل الإثبات هنا يقع على واقعة مادية، غير أنه يأخذ بالغبن حتى وأن تمت القسمة الاتفاقية في شكل عقد مقايضة أو عقد صلح ذلك لأن العبرة الحقيقة هي العقد في الأساس وليس بصور القسمة[4].

وفي حالة ما إذا تمت القسمة في شكل عقد احتمالي، فلا يمكن نقضها بسبب الغبن ذلك لأن طبيعة العقود الاحتمالية غير قابلة للنقض،[5] حيث تقوم المحكمة بانتداب خبير لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة وتحديد قيمة المال المفرز بغية معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن أم لا[6].

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – د. فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص173.

3 – الأمر رقم: 75–74، السالف الذكر.

4 – د. محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، ط3، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1994، ص90.

5 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص906.

6 – المرجع نفسه، ص907.

كرست المحكمة العليا حمايتها للشريك المغبون ونقض القسمة الاتفاقية وذلك ما جاء في احد قراراتها والذي جاء فيه: " **حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقييم أموال الشركة بصفة إجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم بـ:**

أولا: تقييم أموال الشركة وقت القسمة، و نصيب الشريك المغبون.

ثانيا: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

تم تحري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن"[1].

إن الأخذ بمبدأ المساواة والعدالة بين الشركاء المشتاعين لأثر كبير في حمايتهم وعلى هذا الأساس فقد قرر المشرع أحقية الطعن من قبل المدعي وللمحكمة المختصة التأكد من وجود حالة الغبن وفي حالة تأكدها من وجوده فإنها تسعى بدورها إلى إبطال القسمة وإرجاع المال المقسوم إلى حالته الأولى وقت بدأ الشيوع.

حرص المشرع الجزائري علي نقض القسمة الاتفاقية للغبن كسبيل لحماية الشريك في الشيوع إلا أنه لم يكتفي بهذه الحماية وأضاف طريقة أخري تتجلي في توقي نقض القسمة للغبن وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – القرار رقم: 19926، المؤرخ في: 1982/04/14، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد خاص، 1982، ص111.

الفرع الثاني

توقي نقض القسمة للغبن

إذا ما وقع غبن في القسمة الاتفاقية على النحو الذي أوضح سابقا جاز للشريك المغبون أن يرفع دعواه أي دعوى نقض القسمة للغبن على جميع الشركاء المشتاعين حتى ولو كان المال المقسوم منقولا، ويستخلص من هذا الأمر بأن المشرع قد وضع حماية قانونية أخرى للشريك في نقض القسمة، غير أن المشرع لم يكتفي بهذه الحماية ووضع حماية قانونية أخرى للشريك في نقض القسمة تتجلى في توقي نقض القسمة للغبن من قبل المدعي عليه.

إعمالا بنص المادة **732 فقرة 2** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: "... **للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أوعينا ما نقص من حصته.**"[1]

يستسقى من نص المادة سالفة الذكر بأنه يحق للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير دعوى الغبن وجميع القسمة من جديد إذا ما نقص من حصته نقدا أو عينا من المدعي،[2] و لعل السبب في الأمر أن عقد البيع يعتبر من بين عقود المضاربة يقع فيها الغبن مما قد يتغاضى عليه إلى حد معين على عكس حق القسمة المبنية على مبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين، وفي حالة ما إذا أصاب هذه المساواة ضرر فإن عقد القسمة ينظر أيضا، و قد تغاضى المشروع بدوره عن الغبن الذي لا يتجاوز الخمس مراعاة منه للحد من النزاعات التي تطرأ على عملية القسمة،[3] غير أن المشرع تغلظ في ذلك كلما زاد مقدار الغبن عن الخمس مما يستلزم إتمام نصيب الشريك المغبون وإعطائه نصيبه في القسمة يعادل تماما حصته من المال المشتاع وحسب ما نقص من حصته.

إن الاعتداد الذي أخذ به المشرع في حسابه للنقص في حصة الشريك المغبون يكون من وقت القسمة الحاصلة لا بوقت دفع النقص، كما يجب أن تضاف أتاوى النصيب الناقص

---

1 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

2 – خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، مرجع سابق، ص58.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص908.

والخسائر التي أنفقها الشريك المغبون إضافة إلى الفوائد التي جاء بها النصيب وذلك من يوم القسمة، واستكمال حصة الشريك المغبون في المال الشائع تكون بطريقتين إما نقدا وذلك بتقديم مقابل مالي للمغبون يساوي ذلك الجزء الذي نقص من حصته من المال الشائع، وإما عينا وذلك بتقديم نصيب من المال المشتاع الذي آل إليه أثناء القسمة، وللمدعي عليه في دعوى نقض القسمة الخيار في تكملة حصة المدعي الذي أصابه غبن سواء كانت هاته التكملة نقدا أوعينا وعلى ما يساوي النقص[1].

إن في حالة ما إذا لم ينفق الشركاء المتقاسمون للمال الشائع على تكملة حصة الشريك المغبون في القسمة، وأستكمله بعض من الشركاء دون البعض فلا يجوز للشركاء المستكملين الرجوع على الشركاء الذين عارضوا على استكمال حصة الشريك المغبون، ومن حق دائني الشريك المغبون رفع دعوى نقض القسمة للغبن وإلزام الشركاء لأنهم بمثابة مدينين للشريك المغبون، [2] كما أن للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يلزم المستكملين على إتمام ما نقص من حصة الشريك المغبون في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، حتى و إن كان ذلك أمام المجلس الذي استأنفت أمامه، فهو بمثابة حق للمدعي عليه يحميه القانون حتى وإن كان الحكم الصادر نهائي وقبل إتمام عملية القسمة مجددا[3].

يرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في تحليله لمضمون المادة **845** من التقنين المدني المصري والتي تتلاءم مع نص المادة **732** من التقنين المدني الجزائري، على أنه بالإمكان استكمال النقص الذي تعرض له الشريك المغبون حتى وإن صدر في ذلك حكم باتّ ونهائي ينقض بدوره القسمة الاتفاقية للغبن الذي طرأ على الشريك إلى حين القيام بقسمة جديدة، مما يوقف إجراء هاته القسمة وطلب استكمال حصة الشريك المغبون بكامل فوائدها

1 – د. الضويني محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص – ص397– 398.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص908.

3 – د. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 5، مرجع سابق، ص127.

ومصروفاتها وثمارها التي أنفقها المدعي، مستندا في ذلك لنص المادة **732 فقرة 2** والتي تنص "**... أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد...**"[1].

إن الحكم الذي يصدر بنقض القسمة الاتفاقية للغبن يمكن إبطاله، وبذلك ينقضي حق المدعي عليه بتكملة النصيب الناقص الذي تعرض له المدعي، بناء على الحكم النهائي الصادر من الجهة القضائية الذي يقضي بإبطال عقد القسمة، والمقصود بمنع القسمة من جديد من قبل المشرع ليس المراد منه القسمة الاتفاقية بل المقصود منه القسمة القضائية التي تبنى على طلب إضافي أثناء عملية النظر في الطلب الأصلي المبني على نقض القسمة للغبن الذي أصاب أحد الشركاء المشتاعين[2].

أعطي المشرع الجزائري حماية قانونية للشريك في القسمة الاتفاقية فهل كان له ذلك أيضا في القسمة القضائية وهو الأمر الذي سنتناوله في المبحث الثاني.

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص909 .

2 – المرجع نفسه، ص – ص909– 910.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للشريك في القسمة القضائية

إذا لم يُجمع الشركاء على إجراء القسمة رضائيًا أو كان بينهم محجور و أراد بعضهم الخروج من الشيوع، فلا يكون أمامهم إلا أن يلجأوا إلى القسمة القضائية التي تبدأ إجراءاتها برفع دعوى القسمة على باقي الشركاء أمام المحكمة المختصة، والقسمة القضائية لا تجري إلا على طلب أحد الشركاء، فالمحكمة لا تتدخل في إجراء القسمة من تلقاء نفسها، لكي يتمتع كل شريك في المال الشائع بحصته المفرزة التي أقرتّها القسمة القضائية.[1]

بناءً على ما تقدم تتمحور أبجديات دراستنا لهذا المبحث وتفصيلاته طبقا للمطلبين التاليين، حيث نتناول في المطلب الأول الصورة الأولي للحماية القانونية للشريك أثناء القسمة والمتمثل في: حق الشريك في رفع دعوى القسمة القضائية، بينما نتناول في المطلب الثاني الصورة الثانية من الحماية والمتمثلة في: الحماية القانونية بالأثر الكاشف للقسمة القضائية.

المطلب الأول

حق الشريك في رفع دعوى القسمة القضائية

تعرف القسمة القضائية على أنها تلك القسمة التي تتولى المحكمة إجراءها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين بأنها تسمى دعوى قسمة، وتصدر فيها حكما رغم معارضة الشركاء في إجراءاتها [2]، كما أن لهذه القسمة جملة من الشروط والإجراءات القانونية التي تنفرد بها عن القسمة الاتفاقية التي كرّس المشرع الجزائري لهما حماية قانونية للشريك في الشيوع أثناء مباشرة القسمة.

للوقوف على جلّ ما كرّسه المشرع من حماية قانونية للشريك في الشيوع برفعه دعوى القسمة القضائية وما تتطلبه من شروط وإجراءات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين إذ نتناول في

1- د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص120.

2- د. زايد أحمد رجب البشبيشي، أحكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني، دراسة مقارنة، بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص57.

الفرع الأول: الشروط القانونية لرفع دعوى القسمة القضائية في حين نتناول في الفرع الثاني: الطرق الإجرائية للقسمة القضائية.

الفرع الأول
الشروط القانونية لرفع دعوى القسمة القضائية

إعمالاً بنص المادة **724 فقرة 01** والتي تنص على: " **إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة**"[1].

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأن دعوى القسمة القضائية تقوم على جملة من الشروط الواجب توفرها فيها وتتمثل في ما يلي:

الشرط الأول: أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة القضائية

يتبين من نص المادة **724 فقرة01** أنه يجوز لأي شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية، أن يرفع دعوى القسمة القضائية، فيكون هو المدعي، ويجب أن ترفع الدعوى على سائر الشركاء، فيدخلون جميعا في القسمة القضائية،[2] عند إذ تبنى إجراءات القسمة القضائية بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع دعوى القسمة، على باقي الشركاء يطلب فيها، تكليفهم بالحضور أمام المحكمة المختصة بصفته مدعى وباقي الشركاء مدعى عليهم، ولكن إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض، جاز إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز للبعض الآخر أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم وللمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال من لم يدخل في الدعوى،[3] وفي حالة ما إذا كان أحد الشركاء قاصرا و غائبا أستوجب على وليه أو وصيه أو القيم عليه أن ينوبه في هذه الدعوى ذلك بناء على نصي المادتين**40** من قانون الأسرة الجزائري، والمادة **723** من القانون المدني الجزائري [4].

1- الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

2- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص912.

3- المرجع نفسه، ص913.

4 - الأمر رقم: 75-58، السالف الذكر.

إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من تعداد الشركاء، مما يترتب على ذلك أن المشتري، قد أصبح شريكا في الشيوع وهو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها دون الشريك البائع،[1] وفي حالة ما إذا اشترى أجنبي عن الشركاء في الشيوع لجزء من المال الشائع مفرزا فإن هذا المال المشاع المشترى من الشريك في الشيوع لا يكون نافذا في حق كل الشركاء المشتاعين، وبذلك لا يعتبر هذا المشتري للجزء المشاع المفرز شريكا مع الشركاء المشتاعين لهذا المال مما لا يجوز للمشتري أن يقوم برفع دعواه على سائر الشركاء المشتاعين.[2]

إذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصامه فيها، ويجب في جميع الأحوال اختصام الشريك الذي يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء، ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع هو دعوى القسمة، لأنه لا يملك الشيء مما يسمح له إلا بالقيام بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال،[3] كما يجوز لدائن الشريك في المال الشائع القيام برفع دعواهم على مدينهم الأصلي للمطالبة بالوفاء بحقوقهم وتكون هذه الدعوى من الدائنين أو الدائن الأبناء على توافر جلّ شروط الدعوى الغير مباشرة لقيام دعوى القسمة القضائية. [4]

يستشف من هذا الشرط بأنه يجوز أن نرفع دعوى القسمة القضائية من أكثر من شريك في الشيوع، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد، إذا كان هو الذي فقط لم يوافق على القسمة الاتفاقية وترفع الدعوى من أحد الشركاء، أو أكثر حتى ولو كانت ملكيتهم لحصتهم في المال الشائع، طارئة ليست ملكية أصلية منذ بدء الشيوع، وبما أن حق طلب الشركاء جميعا

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص913.

2- المرجع نفسه، ص912.

3- المرجع نفسه، ص914.

4- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص188.

أو بعضهم إجراء القسمة القضائية حق دائم لا يسرى عليه التقادم مهما مضت عليه المدة، وليس لهذا الطلب معين، فهو يستمد وجوده من أصل الملكية الشائعة فيظل قائما طالما كان الشيوع باقيا، و بما أن حق كل شريك في طلب القسمة من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها، فلا يجوز للمالك على الشيوع أن يتنازل عن الحق في طلب القسمة، لأن النص القانوني الذي يجيز المطالبة بالقسمة متعلق بالنظام العام عن حقه و يترتب على ذلك أن تنازل أي شريك عن حقه في طلب القسمة يعد باطلا لمخالفته للنظام العام، كما أن المشرع الجزائري بدوره أعطى لكل من المدعي و دائنيه حق طلب القسمة القضائية وكذلك أعطى لكل من الشريك القاصر أو الغائب الحق في طلب القسمة من وليه أو وصيه، فكل هذه الشروط الواجب توفرها في طلب الشركاء جميعا أو بعضهم إجراء القسمة القضائية ما هي إلا حماية قانونية كرّسها المشرع كضمانة قانونية لكل الشركاء في المال الشائع.

الشرط الثاني: حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم

يشترط القانون بعد القيام بطلب الشركاء جميعهم أو بعضهم إجراء القسمة القضائية وذلك بإعلام باقي الشركاء بعريضة الدعوى للحضور أمام المحكمة الجزائية، فإذا لم يقم بإعلان أحد الشركاء في الشيوع، كان لهذا الأخير أن يقوم بتدخل في هذه الدعوى، كما أجاز القانون لطالب الدعوى أي المدعي أو المدعى عليهم القيام بإدخاله في الخصومة، كما أن للمحكمة السلطة القانونية للقيام بإدخال أحد الشركاء إذا لم يعلم بعريضة الدعوى من تلقاء نفسها[1]، ولكن عدم صحة القسمة لا يتمسك به إلا الشريك الذي لم يدخل في الدعوى ويشترط أيضا أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للشيء المقسوم، بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع، والتي لها سلطة تقديرية جدية في هذه المسائل، فيجب على الشركاء المشتاعين تجهيز كل المستندات الضرورية للدعوى وكل ما يثبت ملكيتهم للمال الشائع المطلوب قسمته بينهم، وهذه المستندات التي يستطيع بها الشركاء المشتاعين إثبات ملكيتهم للمال الشائع محل القسمة وتتجلى هذه المستندات في عقد البيع المسجل، أو عقد البيع الابتدائي المحكوم بصحته ونفاذة، أو وضع

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص188.

اليد، كما يشترط أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضرر من القسمة وهو شرط غير مانع من القسمة النهائية[1].

كرّست المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: " **من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيسا على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون ومتى كان كذلك استجواب نقض القرار المطعون فيه** "[2].

الشرط الثالث: وجوب رفع دعوى القسمة إلى المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا

إن تحديد اختصاص المحكمة، يحدد الجهة القضائية التي لها سلطة النظر وفقا للقواعد التي ينص عليها القانون[3]، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد ولم يشر في القانون المدني ولا قانون الإجراءات المدنية حينما نظم الأطر القانونية لقسمة المال المشاع، ولقد تغاضت المادة **724 فقرة01** والمستوحاة من التقنين المصري والفقه الإسلامي والتي بدورها لم تتطرق إلى المسائل الجوهرية المتعلقة أساسا باختصاص المحاكم بنوعيه الإقليمي والنوعي ولقد أسند المشرع المصري مسألة الاختصاص القضائي للنظر في دعوى القسمة للمحكمة الجزائية وذلك أيّا كانت قيمة الأموال المطلوب قسمتها، أي حتى ولو تجاوزت هذه القيمة النصاب العادي للمحكمة الجزائية[4].

إن في غياب أي نص خاص وجب الرجوع والأعمال بتلك القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما في نص المواد: **36 و37 و38 و40** من

1 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص– ص119– 120.

2 – القرار رقم: 51109، المؤرخ في: 1989/04/19، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، ع.1، 1991، ص17.

3 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص145.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص– ص164– 165.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]، إذ يستشف من نصوص هذه المواد بأن الاختصاص النوعي يعتبر من المسائل الجوهرية والقاعدية والتنظيمية القاضي به في أي مرحلة كانت الدعوى، كما أن مسألة الاختصاص الإقليمي تختلف كلّ حسب مقتضيات الدعوى سواء كانت الدعوى متعلقة بعقار أم منقول، فإذا كان مقتضى الدعوى أي محل القسمة منقول، فإن الاختصاص الإقليمي يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدها، وفي حالة ما إذا كانت مقتضيات الدعوى متعلقة بعقار شائع فإن الاختصاص ينظر في دعوى القسمة يؤول إلى محكمة موقع العقار طبقا لنص المادة **38** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في مواد الميراث باعتبار حالة الشيوع فإن الاختصاص يؤول إلى محكمة مكان افتتاح التركة كلها، ومن ثمّ لا يمكن قانونا الحكم برفع اليد عن الحصة الشائعة في الملكية العقارية المشاعة القابلة للقسمة، دون القيام لعملية القسمة العينية للخروج من حالة الشيوع العقارية المشاعة، والقيام بتقسيم الحصص ومن ثم تحديد نصيب كل مالك على الشيوع بصفة نهائية[2].

تكتسي دعوى القسمة القضائية جملة من الشروط القانونية الواجب توفرها لحماية الشريك إلا أن هذه الشروط تستوجب طرق الإجرائية لإتمامها وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 2008/02/25، ج.ر، عدد 21، الصادرة في: 2008/04/23، ص- ص06-07.

2 – د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، مرجع سابق، ص204.

الفرع الثاني

الطرق الإجرائية للقسمة القضائية

الأصل أن تتم القسمة عينًا، بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال أو الأموال الشائعة، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تأمر ببيع المال الشائع في المزاد تمهيدًا لتقسيم ثمنه بين الشركاء، إلا إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة عينًا، أو كان من شأن قسمته عينًا إحداث نقص كبير في قيمته وهذه هي القسمة بطريقة التصفية وذلك بالاستعانة بخبير عقاري، وأثناء إجراءات القسمة النهائية، والتي قد يطول وقتها، وقد يتفق الشركاء على أن يقسم المال الشائع مهيأً بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية[1].

رسم المشرع الجزائري طريقتين للقيام بجلّ الإجراءات المطلوبة أثناء القسمة القضائية وذلك بناءً على محل المال الشائع وكذلك حرصًا منه على حماية الشركاء المشتاعين، وتتمثل هاتان الطريقتان فيما يلي:

- **الطريقة الأولى: القسمة العينية:**

الأصل أن تكون القسمة القضائية قسمة عينية[2]، حيث يقصد بالقسمة العينية إعطاء كل شريك جزء مفرزًا من المال أو الأموال الشائعة[3]، فإذا رأت المحكمة أن المال المراد قسمته قابلاً للقسمة ولا تفوت المنفعة المقصودة منه بالقسمة، وجب عليها أن تستعين بأهل الخبرة لتقويم المال الشائع وتقسيمه إلى حصص مفرزة بمقدار عدد الشركاء فيختص كل منهم بحصة مفرزة تعادل حصته الشائعة بحيث يظل الانتفاع به ممكنا بعد تقسيمه، وأن لا يؤدي ذلك إلى إحداث ضرر أو نقص كبير في قيمته، فلو أن المال الشائع كان طابقًا مملوكًا لشخص، فإنه يكون قابلاً للقسمة إذا أمكن تقسيمه إلى شقتين صالحتين للسكن[4]، والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن تنتدب المحكمة خبيرًا أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة، وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس في مقدور المحكمة القيام

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص– ص165– 166.

2 – د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص104.

3 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص166.

4 – د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص– ص104– 105.

بها [1]، كون الخبير المنتدب له من الإمكانيات والمؤهلات لإعطاء كل ذي حق حقه وتكون بذلك القسمة عادلة ومنصفة بين الشركاء المشتاعين مما يكرس روح الحماية القانونية التي فرضها المشرع في هذا الأمر.

إعمالاً بنص المادة **724 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:** " **وتعين أن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا أن كان المال يقبل القسمة عينًا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته** "[2].

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأنه إذا تبين أن المال الشائع بعد إجراء الخبرة واستحالة قسمته عينا كأن كان فرسًا أو خاتمًا أو سيارة، أو يمكن قسمته ولكن يحدث نقص كبير في قيمته كان دار مثلاً فإذا قسمت إلى طوابق أحدثت قسمته نقصًا كبيرا في قيمة هذه الدار، أو كانت أرض معدة للبناء فلو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح للبناء ولا يمكن بذلك الاستفادة منه استفادة معقولة، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة بطريقة التصفية (Licitation) [3]، وفي حالة ما إذا كان المال المقسوم لا يلحق ضرر كبير بين الشركاء بناء على تقرير الخبير، فإن قسمة المال الشائع تكون على أساس أصغر نصيب بين الشركاء المشتاعين سواء تمت هذه القسمة كليًا أم جزئية بين الشركاء وهو الأمر الذي جسدته **المادة 725 فقرة 01 من التقنين المدني الجزائري** والتي جاء فيها ما يلي: " **يُكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية** "[4].

إذا كان المال الشائع مثلا عبارة عن قطعة أرض مملوكة على الشيوع لأربعة أشخاص: الأول الثلث والثاني السدس والثالث والرابع لكل منهما الربع، وجب تقسيم الأرض إلى أربعة أجزاء بعدد الشركاء يختص كل منهم بجزء يساوي لحصته الشائعة، وإذا كانت الحصص المتساوية عندما يقسم المال الشائع إلى أجزاء متساوية يختص كل شريك بجزء منها[5]، فإذا تعذر تكوين

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص166.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص917.

4 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

5 – د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص105.

الحصص على أساس أصغر نصيب فتتم القسمة بطريقة **التجنيب**، وذلك بأن يعين لكل شريك جزء مفرز يعادل حصته، ولكل شريك أن ينازع في هذا التكوين، وبعد أن تفصل المحكمة في هذه المنازعات، تصدر حكمًا بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي جنّب له[1].

إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص على الوجه الذي قدمناه، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزًا في المال الشائع، وذلك بقدر حصته في هذا المال، وهو ما يسمى **بالتجنيب**، ويصح أيضًا أن يلجأ الخبير إلى **التجنيب**، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، إذا اتفق الشركاء جميعًا على التجنيب، فتجرى القسمة بطريق التجنيب إذن في حالتين: إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب [2]، وسواء قسّم الخبير المال إلى حصص أو جنب كل شريك مفرزًا[3]، وهذا هو الأصل على أنه إذا تعذر ذلك، واقتضى الأمر أن يحصل أحد الشركاء على أقل من نصيبه عيناً، وجب إكمال نصيبه بمبلغ نقدي، يطلق عليه **المعدل** (Soulte)، يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصص عينية أكبر من نصيبه[4]، وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري لاسيما في نص المادة **725** في فقرتها 02 والتي تنص على: " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عيناً، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه ."[5]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأن الخبير قد لا يتمكن في تقسيم المال إلى حصص، يجعل هذه الحصص متساوية تمامًا فيلجأ، إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، ولذلك سمي هذا

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص167.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص922.

3 – المرجع نفسه، ص923.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص167.

5 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

المبلغ من النقود بالمعدل، كالمعدل في المقايضة [1]، ويلاحظ أن العبرة في تكوين الحصص في هذه الحالة بقيمة الأموال الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشيوع ولا وقت رفع دعوى القسمة، حيث أن ذلك هو السبيل الوحيد لتحقيق مبدأ المساواة بين الشركاء في حصول كل منهم علي ما يعادل حصته [2]، وما يحميهم.

كرّست المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: " **حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725**من القانون المدني الجزائري **في فقرتها الثانية تنص على أنه، إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عيناً، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه .... بالرجوع إلى قضية الحال فإن قضاة الموضوع منحوا اثنين من الشركاء نصيبها نقدا كلية دون الحصول على نصيب ناقص عيناً، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفًا وأخطئوا في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض** "[3].

إعمالاً بنص المادة **726** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" **تفصل المحكمة في كل النازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص** "[4].

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأن المنازعات التي تقع بين الشركاء وجب الفصل فيها قبل المضي في دعوى القسمة[5]، سواء تعلق الأمر بمنازعات تكوين الحصص كأن يدعي يدعي أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية، أو أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب، ويلحق بالمنازعات المتعلقة بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء وكذلك المنازعات التي تدور حول أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، مثل أن يدعي شريكا آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك شيئا من المال الشائع وجب استعادة من

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص923.

2 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص167.

3 – القرار رقم: 151301، المؤرخ في: 1998/03/25، الصادر عن الغرفة العقارية ، المجلة القضائية، 1998، العدد 02، ص28.

4 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

5 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص – ص925– 926.

دعوى القسمة[1]، حيث يقوم القاضي لدى المحكمة الابتدائية بإصدار قراره بالحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز كما يلي:

1: متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريقة التجنيب أصدر القاضي الابتدائي حكمًا بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه[2].

2: فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب، تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضر، وتصدر حكما كل شريك نصيبه المفرز [3].

بناء على نص المادة **727** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: " **تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.**"[4]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر، بأن طريقة القرعة والتي يقوم فيها الخبير الذي تعينه المحكمة بتقسيم المال الشائع إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب، عندما تكون حصص الشركاء مناسبة لذلك، ويكون المال أيضا مناسبًا لقسمته على هذا النحو، يلجأ إلى القسمة بطريقة القرعة حتى ولو كانت القسمة جزئية، أي تقتصر على إخراج بعض الشركاء من الشيوع دون البعض الآخر[5]، فإذا كانت الحصص مثلا سبقا، وكان الشركاء ثلاثة ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة ولثاني حصتان وللثالث أربع حصص، وضعت في القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك، وسحب الشريك الأول ورقة واحدة، والشريك الثاني ورقتين، والشريك الثالث أربع ورقات، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه[6]، وليس ضروريا أن تكون الأجزاء

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص – ص925– 926.

2 – د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص153.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص927.

4 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

5 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص69.

6 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص928.

التي حصل عليها الشريك متلاصقة، فقد تكون متباعدة ولا وجه للاعتراض، فالقرعة هي ضربة حظ في الأخير إلا إذا اتفق الشركاء على عكس ذلك[1]، وبعد تكوين الحصص وإجراء القرعة، تثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره، وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز[2].

كرّست المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: " **ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بالمصادقة قضية الحال، إن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون** [3].

يستشف مما سبق بأن القسمة العينية تعتبر الركيزة الأساسية في القسمة القضائية كون أن المال الشائع المراد قسمته يقبل ذلك دون أي تأثير ولا نقص قد يلحق به أحد الشركاء المشتاعين، لذلك نرى بأن المشرع الجزائري قد حدد تلك الطرق القانونية المستوحاة من الشريعة الإسلامية حول جلّ الخطوات التي تسير عليها القسمة العينية، ذلك حرصا منه على حماية الشركاء المشتاعين وحصول كل شريك على حصته كاملة دون نقص ولا زيادة تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان بين الشركاء غائب أو ناقص أهلية أو من لم تتوفر فيه الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات الشرعية، وتعيين من يمثلهم في دعوى القسمة وفقا لما يقرره نظام المرافعات الشرعية[4]، حيث تطلب القانون في هذه الحالة تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا، وذلك فيما عدا حالة الشريك القاصر الذي كان ممثلاً في دعوى القسمة بوليه الشرعي إذ أن سلطة الولي في إجراء القسمة غير مفيدة بما تتقيد به سلطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب[5]، وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة

1 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص69.

2 – أحمد خالدي ، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، مرجع سابق، ص110.

3 – القرار رقم: 54849، المؤرخ في: 1989/10/25، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 1991، العدد 01، ص25.

4 – د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، الحقوق الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دراسة مقارنة، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص123.

5 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص167.

الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص، ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك، وإذا رفضت التصديق، تعين عليها أن نقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوى الخصوم[1].

- **الطريقة الثانية: القسمة بطريقة التصفية :**

تعتبر قسمة التصفية أحد الصور الاحتياطية للقسمة العينية، إذ يتم اللجوء إليها عندما تكون القسمة العينية مستحيلة، أو ما قد يترتب عنها من انخفاض جسيم في قيمة المال المراد قسمته، **وهذا ما أكدته نص المادة 728 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا تعذرت القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع ."**[2]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأنه إذا كانت القسمة غير ممكنة (كمصنع متكامل، أو كسيارة، أو آلة غير قابلة للقسمة مثلاً....) أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته، ففي مثل هذه الحالات تتم القسمة عن طريق التصفية، (وهي قسمة التصفية النهائية[3]، أي بيع المال الشائع في المزاد العلني، وفق ما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في البيوع الجبرية بطريق الحجز، ثم اقتسام الثمن بين الشركاء كل بحسب حصته، والأصل أن يسمح للغير بدخول المزاد، لكن يجوز للشركاء الاتفاق بالإجماع على قصر المزاد عليهم فقط بناء على نص المادة **728** من القانون المدني الجزائري.)[4]، ففي حالة رسوء المزاد على أحد الشركاء اعتبر البيع قسمة عن طريق التصفية، وفي حالة عدم اتفاق الشركاء على اقتصار المزايدة ومع هذا رسا المزاد على أحدهم كان هذا الأمر قسمة بطريقة التصفية مع مراعاة مصلحة ناقص الأهلية إذ يستوجب على نائبه الشرعي حصوله على إذن من المحكمة قبل أن يوافق على قصر المزاد على الشركاء فقط، وهذا خشية

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص931.

2 – الأمر رقم: 75–58، السالف الذكر.

3 – د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص – ص 124– 125.

4 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص71.

من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن قليل، وفي حالة تعذر إجماع الشركاء أو معارضة أحد الشركاء أو عدم اتفاقهم كلياً أو جزئياً فللمحكمة الأمر بطرح كل المال المشاع على المزاد العلني المفتوح لكل مزايد، ففي حالة رسوء الزاد على أجنبي عن الشركاء أعتبر هذا البيع بيعا في علاقة الشركاء المشتاعين بالشريك الراسي عليه المزاد.

كرّست المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: " **حيث أن المحل التجاري نظرا لطبيعته، وللغرض الأساسي فيه المتمثل في الزبائن المرتبط أشد الارتباط بالمحل غير قابل من الناحية العملية للقسمة وأنه لا حل بالتالي إلا بيعه بالمزاد العلني لضمان مصالح الطرفين، ويمكن أيضا ألا يتفق الشركاء على أنه ينحصر المزاد فيهم، ولكن الرسوء قسمة بطريق التصفية** "[1].

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كيفيات بيع الأموال المشاعة لعدم إمكانية قسمتها إلا إذا كان المال عقار، فيباع بالمزاد طبقا للفوائد المتعلقة بإجراءات بيع العقار، وفي حالة بيع المنقول الشائع يستوجب إتباع الإجراءات القانونية الخاصة ببيع المنقول المحجوز عليها لدى المدين،[2] ولدائني الشركاء أن يعارضوا في القسمة القضائية وتوجه المعارضة إلى جميع الشركاء طبقا لنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري، وتكون عن طريق إدخالهم في الإجراءات القضائية، وكذلك تدخلهم في عملية البيع بالمزاد العلني، إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وإذا لم يتم إدخالهم كانت القسمة غير نافذة في حقهم[3]، فقد يتوقع حصول التواطؤ بين الشريك المدين وباقي الشركاء بقصد الإضرار بالدائنين كما لو تعمّدوا أن يوقعوا في نصيب المدين نقودا أو منقولات يسهل عليه تهريبها لمنع التنفيذ عليها، أو أوقعوا في نصيبه أموالا قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته وغير ذلك، ولهذا اشترط لنفاذ القسمة في حق الدائنين أعلامهم بها وإدخالهم في جميع إجراءاتها[4]، وهنالك من يرى بأن إدخال الدائنين لازم في القسمة القضائية والاتفاقية، بحسبان أن حاجتهم تظهر أكثر في القسمة الاتفاقية التي تعد

1 – القرار رقم: 33120، المؤرخ في: 1984/10/06، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص153.

2 – خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، مرجع سابق، ص126.

3 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص72.

4 – د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص76.

حالية من الضمانات، بينما هناك رأي آخر يذهب إلى قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون الاتفاقية[1].

جسد المشرع الجزائري حماية قانونية للشريك أثناء رفع دعوى القسمة القضائية كصورة من صور الحماية القانونية إضافة إلى الحماية القانونية بالأثر الكاشف للقسمة كصورة ثانية من الحماية القانونية أثناء القسمة وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الحماية القانونية بالأثر الكاشف للقسمة

يترتب على قسمة المال الشائع أن يختص كل شريك على الشيوع بجزء مفرز من هذا المال الشائع، بما يعادل حصته فيه، وهو الأثر الكاشف للقسمة، بتحويل ملكية الشريك على الشيوع من ملكية مشتركة شائعة إلى ملكية فردية مفرزة محدد بالأثر الرجعي القسمة وذلك لأنها ترجع بملكية الشريك على الشيوع لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة[2]، ويرى الاتجاه الحديث أن الأثر الكاشف للقسمة لا يعني المسند بمحور مرحلة الشيوع التي كانت موجودة قبل القسمة وهذا خلاف للحقيقة[3].

تتمحور دراستنا لهذا المطلب والذي قسمناه لفرعين إذ نتناول في الفرع الأول: الفوارق القانونية للأثر الرجعي والكاشف للقسمة، في حين نتناول في الفرع الثاني: النتائج القانونية المترتبة عن الأثر الكاشف للقسمة.

1 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص72.

2 – د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص101.

3 – د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص79.

الفرع الأول

الفوارق القانونية للأثر الرجعي والكاشف للقسمة

الغاية الأساسية من القسمة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية، هي إنهاء حالة الشيوع وإفراز نصيب كل من الشركاء المتقاسمين في الأموال الشائعة[1]، وأن تتركز ملكية كل متقاسم من جزء محدد من المال الشائع، فبعد أن كان شريك في مرحلة ما قبل القسمة يملك حصة حسابية فقط، ثم إسقاط حصته على جزء مفرز من المال الشائع لتستقر ملكيته عليه بشكل نهائي[2]، وهو ما استقرت عليه نص المادة **730 من القانون المدني الجزائري** بقولها: " **يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكاً في الشيوع، وإن لم يكن مالكاً على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى.**"[3]

يستشف من نص المادة سالفة الذكر بأنه عندما يفرز نصيب كل شريك يكون لها أثر رجعي، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، ذلك أن الشريك يعتبر مالكاً وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملّك في الشيوع[4]، سواء كان مصدر الشيوع هو العقد، أو الميراث أو أي مصدر آخر من مصادر الملكية[5]، فإذا كان قد تملّك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكاً للنصيب المفرز من وقت تمام القسمة وإذا كان قد تملّك في الشيوع بالثراء اعتبر مالكاً للنصيب المفرز من وقت الشراء[6]، ويعتبر الهدف من وضع الأثر الرجعي هو تفادي النتائج الضارة بالشركاء نتيجة التصرفات الصادرة من أحدهم قبل القسمة حيث يعتبر المتقاسم أنه ملك الجزء المفرز لا من تاريخ القسمة وإنما منذ أن ملك في الشيوع، ونحو ذلك تعتبر التصرفات التي أبرمها أحد الشركاء في هذا الجزء قبل القسمة صادرة من غير مالك، ومن ثم لا تكون نافذة في حق المتقاسم الذي آل إليه هذا الجزء[7]، ومعنى ذلك أن الأجزاء المفرزة التي يحصل عليها

1- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص172.

2 - أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص73.

3 - الأمر رقم: 75- 58، السالف الذكر.

4 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص947.

5 - أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص75.

6 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص947.

7- أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص74.

الشركاء بعد القسمة ليست وضعاً جديداً، بل تكريس لوضع كان قائما منذ البداية، لم تتعدى مهمة القسمة الكشف عنه[1]، وهو الأثر الكاشف لها.

يعتبر العصر الوسيط وخاصة في أواخره مهداً لظهور فكرة الأثر الكاشف، على أثر ظهور النتائج الضارة لتطبيق فكرة الأثر الناقل للقسمة والتي تجلّت بوضوح في نطاق القانون المدني وفي نطاق القانون المالي، حيث كثر الالتجاء إلى الرهن العقاري بشكل لفت النظر إلى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن، في حق الشركاء بعد القسمة[2]، ولقد تأثر القانون الفرنسي القديم بهذه الفكرة معتبراً بان الأموال التي قسمت بين الشركاء المشتاعين تكون للشريك المتقاسم، خالية من أي رهن قد يلحقها، إضافة إلى خلوها من نفقات الرسوم المنبثقة عن نقل الملكية العقارية، ولقد كان الأثر الناقل هو الغالب وما لبث بأن استقر الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسي القديم [3]، وقد ظهر ذلك في كتابات "**بوتيه**" إذ يقول " **يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك**" " **فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه، بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورّث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيبه، بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئا من الأموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين**"[4]، فهذا القول يصوّر القسمة تصورا جديدا فيعتبرها كاشفة للحق محددة له وليست ناقلة، كما يجعل لها أثرا رجعيا، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى الشريك بمقتضى القسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع وعند وضع المجموعة المدنية الفرنسية لقانون نابليون كان طبيعيا: أن يلجأ واضعوها إلى كتابات **بوتيه** فقد كانت هي المصدر الأساسي الذي اشتقوا منه معظم نصوصهم لتحديد إثارة القسمة فنقلت المادة **833** من القانون المدني الفرنسي عبارة بوتيه نقلا يكاد يكون حرفيا[5].

1- أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص – ص74- 75.

2 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص – ص353- 354.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص952.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص174.

5 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص354.

كما هو واضح فإن هذه النصوص قد اقتصرت على إبرار الأثر الرجعي للقسمة دون الأثر الكاشف لها، ويرجع السبب في ذلك، على ما يبدو، هو النظر إلى الأثر الرجعي والأثر الكاشف على أنهما عبارتان مترادفتان تكفي أحدهما للدلالة على الأخرى في ذات الوقت[1].

يذهب غالبية الفقه القانوني بأن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة، وأن الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة وطبيعتها[2]، فلا محل لتضييق في تطبيقه، وأنه لما كان الأثر الرجعي مجرد افتراض لا يطابق الواقع، لأنه لا يمكن محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث، وبقيت إلى أن تمت القسمة فإنه يجب أن يعمل فقط في حدود المحكمة التي أملته، وهي حماية المتقاسمين في الحقوق التي تقررت من قبل أحدهم على العين الشائعة أثناء الشيوع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز خلوصاً كاملاً[3]، ونحو ذلك فإن كل تصرف أقدم عليه أحد الشركاء قبل القسمة، في جزء مفرز، لا يكون نافذا في حق من آل إليه بعد القسمة، وليس ذلك تطبيقا للأثر الرجعي، وإنما لأنه تصرف تم بالمحالفة للملكية المفرزة التي كشفت عنها القسمة، ولذلك فهو تصرف غير نافذ[4].

بالرجوع لنص المادة **730** من القانون المدني الجزائري نجدها قد كرست على الأثر الرجعي تأثيرا بالتقنين الفرنسي وبالفقه التقليدي في مصر لاسيما في نص المادة **843** على أنه: " **يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص**"[5].

للأثر الكاشف للقسمة(Léffet declarative du partage) يعبر عن حقيقة الحال، هو مستمد من طبيعة القسمة، إذ هو يبين أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لما آل إليه، وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق، ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف يجب

1- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص175.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص – ص352- 353.

3 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص357.

4 – أ. زكرياء سرايش، مرجع سابق، ص75.

5 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص – ص174- 175.

الأخذ بها دون تضييق[1]، للأثر الكاشف للقسمة سواء كانت القسمة قضائية أم رضائية، نطاق تطبيق سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث التصرفات، أو من حيث الأموال، إذ ينبثق عن القسمة سواء تمت بطريقة عينية أو عن طريق قسمة التصفية، إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء فيكون مالكا منذ نشوء حالة الشيوع، مما يترتب على القسمة زوال التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرين على العين المبيعة، أما التصرفات التي صدرت من هذا الشريك فتبقى[2].

يتناول الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم إفرازها، فيتناول العقار والمنقول، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف[3]، ولا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية، إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم، وذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام، إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع[4].

يسري الأثر الكاشف على الأشخاص أي بالنسبة إلى جميع الملاّك على الشيوع وقت القسمة، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة، وكذلك بالنسبة إلى الغير فإذا رهن أحد الملاّك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع لدائن المرتهن، فإن هذا الدائن– وهو من الغير– يسري في حقه الأثر الكاشف[5]. الكاشف[5].

كرس المشرع الجزائري حماية قانونية لشريك في الشيوع بالأثر الرجعي والكاشف للقسمة وهذا الأمر تنبثق عنه عده نتائج قانونية وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص – ص174– 176.

2 – المرجع نفسه، ص – ص177– 180.

3 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص – ص961– 962.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق ، ص183.

5 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص962.

الفرع الثاني

النتائج القانونية المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة القضائية

للأثر الكاشف للقسمة عدة نتائج تنبثق منه وهي ذات أهمية بالغة تتجلى فيما يلي:

أولا: سقوط التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على جزء مفرز آل إلى غيره:

يفترض أن أحد الشركاء قد تصرف في جزء مفرز من المال الشائع ثم تأتي القسمة ويقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر هنا يأتي دور الأثر الكاشف للقسمة والذي يعمل على حماية المتقاسم من التصرفات التي رتبها غيره من الشركاء أثناء فترة الشيوع[1]، وبهذا يحصل كل شريك متقاسم على نصيبه خالصاً من أية تصرفات يكون قد رتبها غيره من الشركاء المتقاسمين، بحيث يعد تصرف صادر من غيره من الشركاء أثناء الشيوع تصرفا صادرا من غير مالك وغير نافذ في حقه[2] وتكمن أهمية الأثر الكاشف في اعتبار الحصة التي حصل عليها الشريك بموجب القسمة، ملكاً له منذ أن بدأ الشيوع، وبالتالي فإن التصرفات التي يكون قد رتبها المتقاسم الذي آلت إليه هذه الحصة فإنها تكون نافذة.

إن عدم نفاذ تصرفات الرهن الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع لذلك فإنه يبقى نفاذ الرهن الصادر من جميع الشركاء المشتاعين للحصة الشائعة نافذا في مواجهة من وقعت في نصيبه هذه الحصة المفرزة، ويكون الشريك واقعا تحت حماية القانون بغض النظر عما يترتب على القسمة من نتائج[3].

إذا باع أحد الشركاء المشتاعين مالاً شائعاً أو وهبه لأحد الشركاء وآل ذلك المال الشائع بعد القسمة لأحد الشركاء الآخرين في المال الشائع، فإن ذلك البيع والهبة يسقطان ويؤولان إلى أحد الشركاء الآخرين خاليا من أي تصرف، مما يسقط للبائع أحقيته في الامتياز في حالة ما

1 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص395.

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص965.

3 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص397.

إذا اشترى أحد الأشخاص المال الشائع من أحد الشركاء المشتاعين الذي لم يقع في نصيبه ذلك المال المشتاع عند القيام بقسمته، وإنما آل ذلك المال إلى شريك آخر[1].

ثانيا: تسجيل القسمة وشهرها للاحتجاج بها على الغير:

لم يفرق المشرع الجزائري بين آثار تسجيل التصرفات التي من شأنها نقل الملكية العقارية، والتصرفات المقررة أو الكاشفة، على عكس المشرع المصري الذي فرق بينهما في ذلك[2]، ولقد نصت المادة **15** من القانون رقم **75-74** على أنه: " **كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاء يسري مفعوله من يوم وفاء أصحاب الحقوق العينية.**"[3]

يستشف من نص المادة **15** من القانون **75-74** سالفة الذكر بأنه يستوجب تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية كالبيع مثلاً، ويترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير أما التصرفات الكاشفة فلا يشترط تسجيلها إلا للاحتجاج بها على الغير[4]، لذلك فإن القسمة ترتب أثرها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها، فيعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة وشهرها، والغير هنا هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع قام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة[5].

1 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مرجع سابق، ص965.

2 – د. زايد أحمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص399.

3 – الأمر رقم: 75-74، السالف الذكر.

4 – د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص – ص185- 186.

5 – خالدي أحمد، مرجع سابق، ص164- 165.

خلاصة الفصل الثاني

يستخلص مما سبق بأن المشرع الجزائري أعطي حماية قانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة تجسدت هذه الحماية القانونية للشريك في القسمة الاتفاقية، لاسيما في الحماية الموقوفة على شرط الإجماع في القسمة الاتفاقية من حيث: الحماية القانونية للشركاء بإجماعهم في اختيار طريقة القسمة ومن حيث: الحماية القانونية للشريك ناقص الأهلية، وكذلك الحماية القانونية للشريك في نقض القسمة من حيث: نقض القسمة الاتفاقية للغبن، وكذلك توقي نقض القسمة الاتفاقية للغبن، كما أن هذه الحماية القانونية لشريك في الشيوع أثناء القسمة لم تقتصر على القسمة الاتفاقية بل تعدت ذلك لتشمل هذه الحماية القانونية للشريك في القسمة القضائية، لاسيما في حق الشريك في رفع دعوي القسمة القضائية من حيث: حق الشريك في رفع دعوى القسمة القضائية، ومن حيث: الطرق الإجرائية للقسمة القضائية، وكذلك الحماية القانونية بالأثر الكاشف للقسمة من حيث: الفوارق القانونية لأثر الرجعي و الكاشف للقسمة، وكذلك من حيث: النتائج القانونية المترتبة علي الأثر الكاشف للقسمة القضائية.

الخاتمة

الخاتمة

يعتبر حق الملكية حقا متأصلاً منذ القدم، نتيجة سعي الأفراد إلى التملك سواء بصفة فردية أو بصفة جماعية، مما يجعل هذه الأخيرة تتعدد فيها الملاّك للشيء الواحد، دون تحديد لنصيب كل واحد منهم، فهي الملكية التي يكون محلها شيئا ماديا مملوكا لأكثر من شخص دون أن تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات، وإنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته، وهو ما يطلق عليها بالملكية الشائعة (La propriéité indivisè).

إن التعدد الذي تصاحبه الملكية الشائعة ينتج عنه العديد من النزاعات بين الشركاء المشتاعين وتأزم العلاقات خاصة إذا كان منشأ الشيوع هو الإرث، لأنهم يتمتعون بنفس السلطات وعلى محل واحد دون تقسيم للحصص المشتاعة، ولوضع حد لهذه المنازعات والتصرفات والأعمال الإدارية التي تقع على المال الشائع فقد وضع المشرّع الجزائري ضوابط وأطر قانونية تضبط ذلك الأمر إضافة إلى عدم إجبار أي أحد من الشركاء على البقاء في الشيوع، ما لم يكن مجبراً على البقاء فيه بمقتضى نص أو اتفاق بين الشركاء، ولهذا فإن الأصل هو أن لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع ومساوئه دون المساس بحقوق بقية الشركاء المتقاسمين.

كرس المشرّع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى حماية قانونية للشريك في الشيوع سواء قبل القسمة أوأثناء القسمة فالمشرع بدوره حرص على حماية حقوق الشركاء عن طريق اللجوء إلى القضاء، وبسط هذا الأخير رقابة قضائية واسعة على جميع الشركاء مما يخلق نوعا من العدالة والمساواة بين الشركاء المشتاعين، فموضوع الحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل التشريع الجزائري لأهمية بالغة من حيث أنه يعالج أهم المشاكل الاجتماعية تعقيداً ألا وهي: الحماية القانونية للشريك سواء قبل أو أثناء القسمة تمهيداً للخروج من حالة الشيوع القائمة وإعطاء كل ذي حق حقه.

من خلال دراستنا لموضوع الحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل التشريع الجزائري توصلنا إلى **عدة نتائج تتمثل فيما يلي:**

- تعتبر الشريعة الإسلامية الركيزة الأساسية التي بناء عليها المشرّع الجزائري حق الملكية ولاسيما حق الملكية الشائعة على غرار حق الملكية الخاصة أو الفردية.

- نظم المشرّع الجزائري ووضع أحكام تفصيلية تنظيمية لاسيما في حق الملكية الشائعة تناولتها المواد : (713 إلى 772 من القانون المدني الجزائري) كما أنه أعطى لكل شريك الحق في طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع (المادة 722 من القانون المدني الجزائري).
- إن النصوص القانونية المنظمة للملكية الشائعة في التشريع الجزائري مستخلصة ومستوحاة من القانونين المصري من جهة والفرنسي من جهة أخرى.
- إن إدارة المال الشائع تكون من جميع الشركاء مجتمعين بأغلبية فإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بعمل من أعمال الإدارة، كان لباقي الشركاء حق الاعتراض على ذلك، فإذا اعترض الشركاء على إدارة الشريك، اعتبر ذلك عزلاً له عن وكالته، بشرط أن يصدر الاعتراض عن أغلبية الشركاء كما حددها القانون (716 و717 و720 من القانون المدني الجزائري) والتي تتم بموافقة ثلاثة أرباع الشركاء على الأقل.
- يجوز لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك يغير موافقة باقي الشركاء المادة 718 من القانون المدني الجزائري فإذا قام بدفع هذه النفقات فإن له حق الرجوع على جميع الشركاء الآخرين، كلّ بقدر حصته في المال الشائع .
- إن للشركاء في الشيوع جميعا وبالأغلبية الخاصة لنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري، أي الذين يملكون 4/3 المال الشائع، حق التصرف في المال الشائع، كله أو جزء منه، مفرزا أو على الشيوع، إذا قرروا هذا التصرف مجتمعين، واستندوا في ذلك على أسباب قوية، بشرط إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء.
- للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة، بكافة التصرفات القانونية إلى أحد الشركاء أو إلى الغير، بالبيع أو الإجازة أو الهبة أو الوصية أو الرهن أو الوقف وغيرها دون إلزامه بإخطار باقي الشركاء مادام في حدود حصته الشائعة ولكن بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء الآخرين.
- إذا أراد الشريك بيع حصته الشائعة قبل القسمة كان شريكه في الشيوع أحق بها من الأجنبي، وجاز له الحق في استرداد الحصة المشاعة المباعة من طرف أحد الشركاء لأجنبي (المادة 721 من القانون المدني الجزائري).

- لا يجبر أحد من الشركاء على البقاء فيه بمقتضى نص أو اتفاق ومن ثمَّ كان من أهم أسباب انقضاء الشيوع وهو قسمة المال الشائع إذ تعتبر القسمة النهائية هي السبب الرئيسي لانقضائه إذ تستوجب هذه القسمة عملية شهرها لكي تكون حجة لكل الشركاء المشتاعين.
- إن القسمة الاتفاقية وفقا لأحكام المادة 723 من القانون المدني الجزائري هي بمثابة العقد، تتم بموافقة جميع الشركاء عليها لإنهاء حالة الشيوع بصفة نهائية لأن العقد شريعة المتعاقدين.
- إن في حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء أو فاقد لها أو غائب وجب مراعاة الإجراءات الشرعية والقانونية المنصوص عليها إضافة إلى موافقة الولي الشرعي لناقص الأهلية على القسمة الودية الحاصلة وأن يصادق القاضي المختص لتصبح نافذة في حق الجميع وبذلك يكون المشرّع قد حماه قانونيا.
- إن في حالة وجود غبن فاحش يزيد عن الخمس لحق أحد الشركاء في القسمة الودية فللشريك الحق بأن يطلب من القضاء فسخ القسمة الرضائية والمطالبة بعدالتها لرفع الغبن مادامت القسمة الرضائية صحيحة وتكون العبرة في تقدير الغبن لقيمة المال الشائع وقت إجراء القسمة.
- لا يسمح بنقض دعوى القسمة الحاصلة بالتراضي بسبب الغبن، وإعادة القسمة، إلا إذا رفعت قبل إنهاء السنة الموالية من تاريخ إجراء القسمة الرضائية.
- بما أن المال الشائع يقبل القسمة قانونيا دون ضرر يلحق بالشركاء فقد خلق المشرّع الجزائري عدة أنواع من القسمة كضمانة قانونية لحماية الشريك في المال الشائع.
- إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينياً، عوّض بمعدل عمّا نقص من نصيبه.
- للمحكمة المختصة الفصل في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص.
- تكون القسمة عن طريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه فهذه القسمة تعطي نوعا من العدل والمساواة بحصول كل شريك على نصيبه لأنها مستوحاة من الشريعة الإسلامية السمحاء.

- يترتب على قسمة المال الشائع أن يختص كل شريك على الشيوع بجزء مفرز من هذا المال الشائع، بما يعادل حصته فيه وهو الأثر الكاشف للقسمة بتحويل ملكية الشريك على الشيوع من ملكية مشتركة شائعة إلى ملكية محددة بالأثر الرجعي للقسمة.

من خلال دراستنا لموضوع الحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل التشريع الجزائري، توصلنا لوجود بعض من الثغرات القانونية والتي يجب الوقوف عليها **من خلال الاقتراحات والتوصيات التالية:**

- ضرورة الاقتداء بما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء وإسقاطها على جلّ القوانين الوضعية ولاسيما القانون المدني من أجل وضع حد لهذه الثغرات وكذلك حماية لمصالح الشركاء جميعا.
- إلزام المشرع الجزائري على ضرورة العمل بكل أنواع القسمة لإنهاء حالة الشيوع وخاصة القسمة بطريقة الاقتراع لما لها من الايجابيات وكذلك إضفائها لمبدأ العدل والمساواة بين الشركاء وحمايتهم.
- إلزام المشرع الجزائري على العمل بنقض القسمة الاتفاقية للغبن وإلحاقها بالقسمة القضائية مع إلزامية تمديد الآجال القانونية لسقوط دعوى الغبن.
- دعوة المشرع الجزائري إلى تحديد أي الأثر المتبع للقسمة وإسقاط كل الآراء الفقهية في هذا الأمر، فمنهم من يرى بأن أثر القسمة هو أثر رجعي واعتبر محض افتراض مخالف للحقيقة، ومنهم من يرى بأن أثر القسمة هو أثر كاشف وهو الأكثر شيوعاً في جلّ التشريعات والذي يجب العمل به.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش.

أ: القوانين:

1- القانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 1984/06/09، المتضمن لقانون الأسرة، ج ر، ع 24، سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 2005/02/27، ج ر، عدد 15، الصادر في: 2005/02/27.

2- القانون رقم: 06-02، المؤرخ في: 21 محرم 1427هـ، الموافق لـ: 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادر بتاريخ: 08 مارس 2006.

3- القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 2008/02/25، الجريدة الرسمية، عدد 21، الصادرة في: 2008/04/23.

4- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 2007/05/13، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 31، المؤرخة في: 2007/05/13.

5- الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، الصادرة في: 1975/11/18 .

ب: الكتب:

1- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008.

2- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2013.

3- أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2007.

4- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج 11، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003.

5- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج.5، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001.

6- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2016.

7- بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

8- بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دراسة مقارنة، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.

9- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت، 1989.

10- حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الفكر العربي، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر.

11- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري (في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

12- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مصادر وأحكام الحقوق العينية في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

13- زايد أحمد رجب البشبيشي، أحكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني، دراسة مقارنة، بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

14- زكرياء سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.

15- سامه إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر، الجزائر، 2002.

16- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، ط01، دار الخليج، 2010.

17- سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني وأحدث الأحكام، ط 02، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

18- الضويني محمد عبد الرحمان، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: ماهية القسمة، أنواع القسمة وأركانها، القسمة المهيأة، قسمة الأعيان، قسمة المال، الآثار التي تترتب عن القسمة و طوارئها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

19- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل (المقاولة ، الوكالة، الوديعة والحراسة)، ط03، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

20- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط ، 1964.

22- عبد السلام سعيد سعد، حق الملكية فقها وقضاء: (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

23- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، 1991.

24- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني: الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، دراسة موازنة)، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2013.

25- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، 2014.

26- عمر القاسمي، الزبدة في الحقوق العينية الأصلية، دار السنهوري، لبنان، 2018.

27- غازي أبو عرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2016.

28- فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.

29- قصي سليمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة، الطبعة الأولى، 2012.

30- كيره حسن، الموجز في أحكام القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

31- لحسين بن الشيخ آث ملويا، منتقى في عقد البيع، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

32- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية (حق الملكية في ذاته- أسباب كسب الملكية)، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر.

33- محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

34- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، عين مليلة ، الجزائر، ط 1، 1992 – 1993.

35- محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية: (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية)، 1-2، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، لبنان، بيروت، 2016.

36- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، ط3، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1994.

37- مصطفى الجمال، نظام الملكية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.

38- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013.

39- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

40- يكن زهدي، الملكية والحقوق العينية الأصلية، ط 02 ، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، 1962.

41- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، دار هومة، الجزائر، 2015.

ج: القواميس والمعاجم:

1- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.

د: المذكرات:

1- بخوش زوبير، إدارة المال الشائع، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2006/2005.

2- حيتوس عمار، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية والقانون، جامعة الجزائر،2013.

3- فايزة مخازني، تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس 2005.

هـ: المجلات القضائية:

1- المجلة القضائية، عدد خاص، 1982.

2- المجلة القضائية، عدد 02، 1990.

3- المجلة القضائية، عدد 01، 1989.
4- المجلة القضائية، عدد 01، 1991.
5- المجلة القضائية، عدد 01، 1991.
6- المجلة القضائية، عدد01، 1994.
7- المجلة القضائية، عدد 02، 1998.
8- المجلة القضائية، عدد 01، 1998.
9- المجلة القضائية،عدد 02، 2000.
10- المجلة القضائية، عدد 02، 2000.

الفهرس

الفهرس

الإهداء	
الشكر والعرفان	
مقدمـــــــــــــة	**أ- د**
الفصل الأول: الحماية القانونية للشريك في الشيوع قبل القسمة	5- 40
المبحث الأول: الحماية القانونية للشريك خلال إدارة المال الشائع	6- 19
المطلب الأول: الحماية القانونية المقررة في الإدارة العادية	7- 16
الفرع الأول: حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية وتعسفهم	7- 12
الفرع الثاني: الانفراد بحفظ المال الشائع	13- 16
المطلب الثاني: الحماية القانونية المقررة في الإدارة الغير عادية	16- 18
الفرع الأول: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية	17- 18
الفرع الثاني: حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية	18- 19
المبحث الثاني: الحماية القانونية للشريك خلال التصرف في المال الشائع	20- 25
المطلب الأول: الحماية الموقوفة على شرط الأغلبية الموصوفة	21- 22
الفرع الأول: الحماية القانونية في حالة عدم الإجماع	21- 22
الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية	23- 25
المطلب الثاني: الحماية القانونية المتمثلة في حق الاسترداد (رخصة الاسترداد)	25- 40
الفرع الأول: شروط رخصة الاسترداد	26- 38
الفرع الثاني: آثار رخصة الاسترداد	39- 40
خلاصة الفصل الأول	41
الفصل الثاني: الحماية القانونية المقررة للشريك في الشيوع أثناء القسمة	42- 80
المبحث الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك أثناء القسمة الاتفاقية	43- 58
المطلب الأول: الحماية الموقوفة على شرط الإجماع في القسمة الاتفاقية	44- 50
الفرع الأول: الحماية القانونية للشركاء بإجماعهم في اختيار طريقة القسمة	44- 47
الفرع الثاني: الحماية القانونية للشريك ناقص الأهلية	47- 50

المطلب الثاني: الحماية القانونية للشريك في نقض القسمة	51- 58
الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية للغبن	52- 55
الفرع الثاني: توقي نقض القسمة الاتفاقية للغبن	56- 58
المبحث الثاني: الحماية القانونية للشريك في القسمة القضائية	59- 79
المطلب الأول: حق الشريك في رفع دعوى القسمة القضائية	59- 73
الفرع الأول: الشروط القانونية لرفع دعوى القسمة القضائية	60- 64
الفرع الثاني: الطرق الإجرائية للقسمة القضائية	65- 73
المطلب الثاني: الحماية القانونية بالأثر الكاشف للقسمة	73- 80
الفرع الأول: الفوارق القانونية للأثر الرجعي والكاشف للقسمة	74- 77
الفرع الثاني: النتائج القانونية المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة القضائية	78- 79
خلاصة الفصل الثاني	80
الخاتمة	81- 84
قائمة المراجع والمصادر	85- 90
الفهرس	91- 92

ملخص المذكرة:

يشمل موضوع هذه المذكرة، دراسة الحماية القانونية للشريك في الشيوع في ظل التشريع الجزائري، حيث قسمنا بحثنا إلى فصلين، ففي الفصل الأول قمنا بدراسة الحماية القانونية للشريك في الشريك قبل القسمة من حيث: الحماية القانونية للشريك خلال إدارة المال الشائع، و كذلك الحماية القانونية خلال التصرف في المال الشائع، أما في الفصل الثاني قمنا بدراسة، الحماية القانونية للشريك في الشيوع أثناء القسمة، من حيث: الحماية القانونية المقررة للشريك أثناء القسمة الاتفاقية و كذلك الحماية القانونية للشريك في القسمة القضائية.

Résumé du mémorandum:

Dans cet étude, nous examinons la protection juridique du partenaire en droit algérien où nous avons, divisé notre recherche en deux études: dans le premier étude, nous avons examiné la protection juridique du partenaire dans le partenaire avant la division: protection juridique du partenaire lors de la gestion des fonds communs, Dans le deuxième chapitre, nous avons examiné la protection juridique du partenaire en commun au cours de la division, en termes de: la protection juridique du partenaire pendant la division de l'accord ainsi que la protection juridique du partenaire dans la division judiciaire.