

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

# التصرف في المال الشائع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

فرع: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة

سعدون كريمة

من إعداد الطالبة:

سحنون دانية

## لجنة المناقشة

رئيسة.

مشرفة ومقررة.

ممتحنا.

الأستاذة : إنوجال نسيمة

الأستاذة: سعدون كريمة

الأستاذ: أغليس بوزيد

السنة الجامعية 2013/2014

## شكر و تقدير

يشرفني أن أتوجه بخالص الشكر و عظيم التقدير و الامتنان إلى  
أستاذتي الفاضلة " سعدون كريمة " على تكرمها بالإشراف على مذكرتي  
، و ما لمستها منها من صدر رحب و توجيه سديد و نصائح قيمة،  
كان لها الأثر البالغ في إنجاز هذا العمل المتواضع .  
أسأل الله العلي القدير أن يثبتها خير الثواب إنه سميع مجيب الدعاء .  
كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتي الكرام الذين  
نهلت من نبع عملهم طيلة سنوات دراستي .

## إهداء

إلى عائلتي الكريمة و أصدقائي الأعزاء , و إلى كل من مد لي يد  
العون و المساعدة .

## قائمة المختصرات

- ق م : القانون المدني .

- ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري .

- ص : الصفحة .

- ط : الطبعة .

- ج ر : جريدة رسمية .

- د س ن : دون سنة نشر .

# مقدمة

إن حق الملكية من أهم الحقوق العينية، يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المادي سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حتى على حق معنوي، يمنح له الاستئثار باستعماله و استغلاله و التصرف فيه دون الحاجة إلى مطالبة شخص آخر لتمكينه من ذلك، فلا يوجد أي وسيط بين صاحب الحق و الشيء محل الحق.

نظم المشرع الجزائري حق الملكية في القانون المدني و عرفه في المادة 674 منه على النحو الآتي: « الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة.»<sup>(1)</sup>، و يفهم من نص المادة أن للشخص المالك الحق في أن يتصرف في ملكه بجميع أوجه التصرف فله أن يبيعه أو يهبه، كما له أن ينقل أي عنصر من عناصر ملكيته كترتيب حق انتفاع، أو حق استعمال، حق ارتفاق أو رهنه رهناً رسمياً أو حيازياً.

يتميز حق الملكية أنه حق مانع أي يقتصر على المالك فقط، فلا يمكن أن يشاركه شخص آخر في ملكه أو يتدخل في شؤونه المتعلقة بملكه.

و الأصل أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد، يستأثر بجميع عناصرها (الاستعمال، الإستغلال، التصرف) و تكون إرادته الوحيدة صاحبة القرار في التصرف، و هذا ما يصطلح عليه «بالملكية العادية»، و استثناء يمكن أن يتعدد الملاك لمال معين، فيكون كل جزء منه مشترك بين جميع الشركاء. كل واحد منهم يملك حصة من هذا المال ملكية تامة، و هذا ما يصطلح عليه «بالملكية الشائعة»، و يطلق على المالك فيها بالمالك على الشيوع.

---

(1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26/09/1975، متضمن للقانون المدني، ج ر، العدد 78، صادرة في 30/09/1975، معدل و متمم.

تعرف حالة الشبوع لغة على أنها: « يطلق على الشيء الغير المميز أو على الذي لم يعزل عن غيره و يكون مختلطا بأجزاء أخرى، يقال فلان نصيبه في الشيء شائع و مشاع أي غير محدد و غير معزول عن غير، قال أبو سعيد: هما متشايعان و مشتاعان في دار أو في أرض إذا كانا شريكين، و منه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه.»<sup>(1)</sup>.

أما عن التعريف القانوني للملكية الشائعة فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 713 من ق م ج كالتالي: « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشبوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك.»<sup>(2)</sup>.

إن لنظام الملكية الشائعة أهمية كبيرة خاصة في مجتمعاتنا العربية الإسلامية لما لها من طابع اجتماعي خاص، فكانت الأسر العربية منذ القدم تعيش في قبائل، و بقيت رغم التطور تفضل العيش الجماعي الذي يدعم وحدة الأسرة و يكسبها احترام باقي الأسر، فيستغلون أملاكهم جماعيا فلا تخضع للقسمة خاصة الأملاك الموروثة، فيهتم بها الخلف من بعدهم و يعمل على تنميتها، فالقسمة تقضي على التضامن و التعاون بين الشركاء كما تشتت جميع أعضاء الأسرة.

للملكية الشائعة أهمية اقتصادية أيضا حيث أن وجود الملكية الشائعة تزيد من قيمة المال و يظهر ذلك في إنتاجها فإذا قسم هذا المال من المنطقي أن تنقص قيمته و أهميته.

للملكية الشائعة مصادر عدة، فكل سبب يؤدي إلى إكتساب الملكية العادية يكون مصدر لاكتساب الملكية الشائعة أيضا ، فهناك العقد أو الوصية أو الميراث كوفاة المورث عن عدة ورثة تاركا وراءه أموال مملوكة لهم على الشبوع، فيعتبر الميراث من أهم و أكثر المصادر انتشارا في الدول الإسلامية.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار المعارف، لبنان، د س ن، ص 450.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

أقر القانون المدني الجزائري بحق كل شريك في المال الشائع، وخوله كل السلطات القانونية لممارسة حقه، ومعنى ذلك أن الشركاء في الشيوع يتمتعون في الوقت نفسه بالسلطات نفسها من استعمال، استغلال وتصرف ، فغالبا ما يعتمد الشركاء في الشيوع أو حتى شريك واحد في التصرف في المال الشائع لحاجة أو لأخرى، دون دراية كافية بأحكام هذا التصرف و مدى جوازه و كذا الآثار المترتبة عنه ، بالرغم من ان المشرع وضع احكاما خاصة به إلا ان مواده تخللها بعض الغموض ، هذا كلة أدى إلى كثرة النزاعات المطروحة أمام القضاء ، و ما يترتب من ذلك من آثار سلبية على علاقات الأشخاص.

وهو الأمر الذي جعلنا نقوم بدراسة هذا الموضوع ونحاول التفصيل فيه و الوقوف على

الإشكالية التالية: ما مدى جواز التصرف في المال الشائع؟

لمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة التالية:

الفصل الأول: التصرف الجماعي للمال الشائع.

المبحث الأول: تصرف جميع الشركاء في المال الشائع.

المبحث الثاني: تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع.

الفصل الثاني: التصرف الفردي للمال الشائع.

المبحث الأول: تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

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

اعتمدنا في دراسة الموضوع " المنهج التحليلي" ، و ذلك من خلال تحليل نصوص

القانون المدني المتعلقة بالموضوع، وذلك للتوصل إلى معرفة مدى تفوق المشرع في تنظيم أحكام

التصرف في المال المشاع تنظيما محكما، أو إخفاقه في بعض المواطن لسوء تنظيمها أو عدم معالجتها



أصلاً، كما سنعمد على الاجتهادات القضائية لإثراء الموضوع و ربطه بالواقع حتى لا يبقى مجرد دراسة  
نظرية.

# الفصل الأول

التصرف الجماعي للمال

الشائع

## الفصل الأول

### التصرف الجماعي للمال الشائع

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري: « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء، و لمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة من خلال شهرين من وقت الإعلان، و للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا»<sup>(1)</sup>.

يفهم من نص هذه المادة أن التصرف في المال الشائع سواء كان منقولاً أو عقاراً، ناقلاً للملكية أو ترتيباً لحق عيني، يستلزم إتفاق جميع الشركاء كأصل، لكن قد يكون باتفاق أغلبية الشركاء كاستثناء، حتى دون موافقة الأقلية و ذلك وفقاً لإجراءات وشروط أقرها المشرع لحماية لمصالح الأقلية.

على هذا الأساس سنعرض في المبحث الأول: تصرف جميع الشركاء في المال الشائع في المبحث الثاني: تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع.

### المبحث الأول

#### تصرف جميع الشركاء في المال الشائع

بديهياً أن يملك جميع الشركاء الحق في التصرف في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه باعتبارهم مالكيين له، سواء كان هذا تصرف ناقل الملكية كالبيع، الهبة، الوصية، المقايضة، أو مرتباً لحق

---

(1) الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

عيني أصلي<sup>(1)</sup> كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو لحق عيني تبغي كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، وعليه سنتناول في (المطلب الأول) تصرف الشركاء بالإجماع في المال الشائع بنقل ملكيته

في (المطلب الثاني) تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع بتقرير حق عيني عليه.

## المطلب الأول

### تصرف الشركاء بالإجماع في المال الشائع بنقل ملكيته

للشركاء مجتمعين سلطة التصرف في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه، وذلك بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع (الفرع الأول) الذي يعتبر أشهر وأكثر التصرفات الناقلة للملكية انتشارا واستعمالا في الحياة العملية، و الهبة (الفرع الثاني)، الوصية (الفرع الثالث)، المقايضة (الفرع الرابع) و الوقف (الفرع الخامس) و سنتعرض لحكم هذه التصرفات بشيء من التفصيل فيما يلي:

## الفرع الأول

### حكم البيع الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع

يعتبر البيع من أهم التصرفات الناقلة للملكية، تنص المادة 351 من الق م ج في تعريف البيع على : «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.»<sup>(2)</sup>

بعد استقرا هذه المادة نلاحظ أن الأحكام المطبقة في البيع في الشيوخ، هي ذاتها الأحكام العامة في البيع، فيمكن القول أن البيع الصادر من جميع الشركاء للشيء المشاع كله أو جزء مفرز منه، يكون

---

(1) نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري اللبناني: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 14.  
(2) الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

صحيحاً نافذاً في حق جميع الشركاء فيما يخص محل البيع كله، وتتقضي حالة الشيوخ إذا كان التصرف يشمل كل المال الشائع، وصحيحاً نافذاً في حق جميع الشركاء فيما يخص الجزء محل البيع، ويكون المشتري مالكا ملكية مفرزة إذا كان التصرف يشمل جزء مفرز من المال الشائع، باعتبار أن الجميع كان موافقا وراضيا على ذلك التصرف<sup>(1)</sup>.

إن التصرف في العقار المشاع يكون بالبيع لأن غالبا ما تستحيل قسمته عينا أو أن قسمته تنقص من قيمته لو بيع كاملا فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع في المزاد العلني و يأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه في العقار الشائع، هنا نتصور إحتمالين:

- إما أن يرسوا المزاد على أحد الشركاء، فيدفع هذا الأخير الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار.
- إما أن يرسوا المزاد العلني على شخص أجنبي يكون ملزم بدفع الثمن كاملا و المصاريف و الرسوم التي تترتب على التسجيل و الشهر<sup>(2)</sup>.

و إذا قام الشركاء ببيع طابق من منزل ذو طابقين، باعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المشتري سواء كان أحد الشركاء أو شخص أجنبي عنهم، بإتمام إجراءات نقل الملكية من تسجيل و شهر ومن ثم يخرج الطابق المبيع من الشيوخ، و يصبح المشتري مالكا له ملكية مفرزة ويبقى الطابق الثاني شائعا بين باقي الشركاء.

---

(1) منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 116.

(2) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: (عقد البيع)، الجزء 4، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص 306.

## الفرع الثاني

### حكم هبة الشركاء جميعا في المال الشائع

إنّ للهبة أهمية و مكانة في التصرفات الناقلة للملكية وعرفتھا المادة 202 م ق أ ج كما يلي

« الهبة تملك بلا عوض.»<sup>(1)</sup>.

فيقصد المشرع بقوله «الهبة تملك...» أنّ الهبة هي وسيلة تملك تنتقل بواسطتها ملكية المال

الموهوب، من الواهب ال الموهوب له، أما عبارة «بلا عوض» فهي تفيد أن المال الموهوب عندما ينتقل

الى الموهوب له ينتقل بلا مقابل أي مجانا<sup>(2)</sup>.

إذا يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه بالهبة فهي

صحيحة نافذة في حق الشركاء جميعا، و تتم الهبة لأحد الشركاء أو شخص أجنبي عنهم<sup>(3)</sup>، و يخضع

التصرف لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية إجراءات الشهر العقاري و المحافظة العقارية حتى تحدث

أثرها الناقل للملكية و هذا في ما يخص العقار أما إذا كان منقولاً فتخضع للإجراءات الخاصة وفقا لنص

المادة 206 من ق أ ج<sup>(4)</sup>.

---

(1) قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، صادرة في 19 جوان 1984، معدل و متمم.

(2) تقيّة محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، مطابع الخالد للأوفست، السعودية، 2000، ص 15.

(3) عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 69.

(4) تنص علي ما يلي: « تتعدّد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيابة، و مراعات أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا إختل أحد اقيود السابقة بطلت الهبة.»

إذا كانت الحياة شرط من شروط صحة الهبة العادية فلا تعد كذلك في هبة المال الشائع حيث تنص المادة 208 ق أ ج « إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحياة.»<sup>(1)</sup>.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 58.700، مؤرخ في 19/12/1990 المنشور للمجلة القضائية في سنة 1991 العدد 04 « من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز»<sup>(2)</sup>.

إذا تمت الهبة على النحو المذكور، فيحل الموهوب له محل الشركاء بنسبة ما وهب له من المال الشائع، ويعد التصرف بالهبة صحيحا نافذا في حق الشركاء جميعا.

### الفرع الثالث

#### حكم الوصية الصادرة من جميع الشركاء في المال الشائع

تنص المادة 184 من ق أ ج على ما يلي: « الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع »<sup>(3)</sup>.

يتضح من هذه المادة أنه لا يوجد أي شرط في الوصية يتعارض مع حالة الشيوخ فالوصية جائزة طالما لم تتجاوز الثلث و إلا كانت موقوفة على إجازة الورثة تطبيقا للقواعد العامة<sup>(4)</sup>، وما تقضي به المادة 185 ق أ ج التي تنص على « تكون الوصية في حدود ثلث التركة .

(1) قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(2) نقلا عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: (الهبة، الوصية)، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 11.

(3) قانون رقم 84-11، المرجع السابق

(4) سعيد سعد عبدالسلام، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و التبعية: (حق الملكية فقها و قضاء)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 169.

وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة» ، و المادة 189 ق أ ج تنص على مايلي:

« لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي»<sup>(1)</sup>.

يستنتج مما سبق أن للشركاء أن يوصوا بالثلث كل حسب نصيبه و ما زاد عن الثلث تتوقف

على إجازة ورثته، و بالتالي تعد الوصية في المال الشائع صحيحة نافذة في حق جميع الشركاء.

## الفرع الرابع

### حكم المقايضة الصادرة من الشركاء في المال الشائع

تنص المادة 413 من ق م ج على مايلي: « المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن

ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود.»<sup>(2)</sup>.

تنص المادة 415 ق م ج على مايلي: « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي

تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقاضيين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض

عليه.»<sup>(3)</sup>.

بموجب الإحالة الواردة في المادة أعلاه فإن المشرع الجزائري اعتبر أن ما يسري على أحكام

البيع يسري على المقايضة، وعليه فصحة بيع الشركاء للمال الشائع يحيلنا إلى الإقرار بصحة ونفاذ

المقايضة الحاصلة من الشركاء<sup>(4)</sup>.

---

(1) قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) أمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

(4) أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية و أحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري، منشورات الحلبي

الحقوقية، لبنان، 2002، ص 93.



## الفرع الخامس

### حكم الوقف الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع

حسب نص المادة 216 ق أ ج التي تنص على أنه: « يجب أن يكون المال المحبوس

مملوكا للواقف معينا، خاليا من النزاع ، لو كان مشاعا.»<sup>(1)</sup>.

يفهم ضمنيا من هذه المادة أن وقف المال المشاع وهو وقف صحيح، شرط أن لا

يكون المال الموقوف محل نزاع و إن كان شائعا غير أن المادة 3/11 من قانون 10\_91

المتعلق بالأوقاف تنص على ما يلي: « ويصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين

القسمة.»<sup>(2)</sup>.

تؤكد هذه المادة جواز وقف المال الشائع عقارا كان أو منقولاً شريطة تمام القسمة (أي ما

يقبل القسمة)، و لا يجوز وقف المشاع فيما لا يقبل القسمة.

## المطلب الثاني

### تصرف الشركاء مجتمعين بتقرير حق عيني على المال الشائع

بما أن للشركاء الحق في التصرف في المال الشائع بأي تصرف ناقل للملكية، فإنه يحق لهم

أيضا ترتيب حق عيني على المال الشائع كله أو جزء مفرز منه سواء كان حق عيني أصلي (الفرع الاول )

---

(1) قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(2) قانون رقم 91-10، مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر، عدد 21، صادرة في 8 ماي 1991.

كالإرتفاق و الانتفاع، أو حق عيني تبعي(الفرع الثاني) كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي (1).

## الفرع الأول

### حكم ترتيب حق عيني أصلي

الحقوق العينية الأصلية هي تلك التي تخول صاحبه الحق في استعمال شيء معين و استغلاله بطريقة كاملة (2)، لذلك يجوز للشركاء في الشيوع ترتيب حق عيني أصلي انتفاعا كان أو ارتفاقا، وذلك لفائدة أحد الشركاء أو أجنبي

### أولا:ترتيب الشركاء جميعا لحق الانتفاع على المال الشائع

لم يضع المشرع الجزائري تعريف خاص بالانتفاع، بخلاف شراح القانون اللذين اعتبروا حق الانتفاع حق عيني يخول لشخص غير مالك سلطتي الاستعمال و الاستغلال على الشيء دون وساطة من آخر (3).

لحق الانتفاع عدة خصائص أبرزها أنه حق عيني يرد على عقار فيجوز رهنه أو التصرف فيه و بالرغم من تمتع المنتفع بتلك السلطات، تبقى ملكية الرقبة لصاحبها، (4).

لحق الانتفاع مصادر و أسباب عدة لخصتها المادة 844 من ق م ج التي تنص على أنه: «

يكسب حق الانتفاع بالتعاقد و بالشفعة والتقادم أو بمقتضى القانون.

---

(1) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص117

(2) زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، ط2، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، د س ن، ص20.

(3) النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق باقي الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص75.

(4) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.، 260.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت

الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن.<sup>(1)</sup>

يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد عندما يكون هناك اتفاق على إنشاء حق انتفاع لفائدة شخص

آخر بالعقار غير متمتع بهذا الحق من قبل مع احتفاظ المالك بسلطة التصرف في العقار كما يمكن للمالك

بيع أو هبة حق الانتفاع أو بيع الرقبة و احتفاظه بحق الانتفاع و يصبح هو المنتفع و مالك الرقبة هو

المشتري.

كما يكتسب أيضا حق الانتفاع بالشفعة بحيث إذا بيع حق الانتفاع كله أو جزء منه، فيحق

لمالك الرقبة أن يثبت حقه في الشفعة، وفقا للمادة 795 من ق م ج التي جاء فيها « يثبت حق الشفعة

...لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الارتفاق المناسب للرقبة...»<sup>(2)</sup>.

يعد التقادم<sup>(3)</sup> سبب آخر من أسباب اكتساب حق الانتفاع بمقتضى القانون، و كمصدر آخر

لاكتساب حق الانتفاع نجد الوصية التي أقر المشرع بجوازها في حالة ما إذا كان الموصي له حيا وقت

ابرام الوصية، وهي تجوز حتى للحمل المستكن<sup>(4)</sup>.

---

(1) امر رقم 75-58، المرجع السابق. والملاحظ ورود لفظ «متعاقدين»، والاصح القول «متعاقبين» حسب النص بالفرنسية.

(2) المادة 795 من الامر رقم 75-58 المرجع السابق.

(3) التقادم هو مضي المدة، وهو نوعان: التقادم المسقط والتقادم المكسب، الاول يؤدي الى سقوط الحق و الثاني سبب لكسبه.

(4) يقصد بالحمل المستكن الجنين الحي في بطن امه.

يكون للشخص المنتفع حق استعمال العقار في كل ما أعدت له سواء بالسكن أو الزراعة لكن في حدود الغرض الذي أعد له، فلا يحق له أن يستعمله استعمالاً غير مشروع و هذا وفقاً لنص المادة 847 من ق م ج (1)، و لمالك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع و إذا أثبت ذلك أمام القاضي ، فهذا الأخير أن ينزع العين من تحت يد المنتفع و تسليمها لآخر. و فيما يخص إنقضاء حق الانتفاع أشار إليه المشرع في المواد 852 إلى 854 من ق م ج (2).

حيث تنص المادة 852 على ما يلي: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين الأجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين،

وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته الى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجره إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن»

كذلك تنص المادة 853 ق م ج على «ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته،

---

(1) تنص المادة على ما يلي: « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة. وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء. فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده و أن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعاً لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الانتفاء دون إخلال بحقوق الغير. »

(2) أمر رقم 58-75، المرجع السابق .

وإذا لم يكن الهلاك راجعا الى خطأ المالك فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع الى المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه و في هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848 . «

أخيرا تنص المادة 854 ق م ج على « ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال لمدة خمسة عشر سنة. »

من خلال ما سبق نستخلص أن لجميع الشركاء في الشيوخ أن يقرروا ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه لصالح شخص أجنبي أو لأحد الشركاء، و إذا ثبت لهذا الأخير فله حق الانتفاع على العقار الشائع كله ويكون مالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار، أما إذا كان حق الانتفاع مقرر لشخص أجنبي فإن الشركاء في الشيوخ يحتفظون بملكية العقار الشائع<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: ترتيب الشركاء جميعا لحق الارتفاق على المال الشائع

تنص المادة 867 من ق م ج على أنه: « الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له. »<sup>(2)</sup>

أن الارتفاق حق عيني عقاري لا يرد إلا على العقار فهو لصيق به بحيث يجعل عقار ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر.

يمتاز حق الارتفاق بخصائص عدة أبرزها أنه حق عيني عقاري يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به، كما أنه غير قابل للتجزئة، وأخيرا هو حق مقرر على عقار

(1) عياد وهاب، المرجع السابق، ص 74.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

لمصلحة عقار آخر مملوك اشخص آخر. ويتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به، فهو من ملحقاته عند التصرف فيه<sup>(1)</sup>.

كما أجاز المشرع الجزائري ترتيب الارتفاق على المال العام إذا كان ذلك لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال<sup>(2)</sup>. و على غرار حق الانتفاع أقر المشرع في المادة 868 من ق م ج على مصادر و أسباب يكتسب بها حق الارتفاق، والتي تنص على ما يلي: « ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.»<sup>(3)</sup>

يتضح من المادة أن أول مصدر لحق الارتفاق هو التصرف القانوني كالعقد و مثاله:تقرير مالك العقار المرتفق به ارتفاقا لمصلحة العقار المرتفق، فيكون الأول بائعا و الثاني مشتريا، و يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن، مع وجوب خضوع هذا البيع لإجراءات شكلية تتمثل في الكتابة و الشهر و يؤول حق الارتفاق إلى المشتري من تاريخ الشهر.

باعتبار أن التقادم مصدر آخر لحق الارتفاق، فقد إشتراط المشرع الجزائري أن يكون الإرتفاق ظاهرا كحق الارتفاق بالمرور، و ينتقل أيضا حق الارتفاق إلى الخلف العام عن طريق الميراث<sup>(4)</sup>.

أضاف المشرع مصدرا آخر لحق الارتفاق ألا و هو التخصيص من المالك الأصلي، و ذلك في المادة 869 من ق م ج التي تقضي بما يلي: « يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص

---

(1) عياد وهاب، المرجع السابق، ص77.

(2) طلبة أنور، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، ط4، المكتب الجامعي الجديد، مصر، 2004، ص278.

(3) امر رقم 75\_58، المرجع السابق.

(4) عياد وهاب، المرجع السابق، ص78.

من المالك الأصلي...»<sup>(1)</sup>، حيث يجوز أن ترتب حقوق ارتفاق على عقارات مملوكة لشخص واحد، و مثاله: أن يكون لشخص أرضان متجاورتان بإحدهما منبع وقام بوصل قناة من هذا المنبع إلى أرضه الأخرى المجاورة، فإذا باع الأرضين لشخصين مختلفين بقي حق الارتفاق بالسقي قائماً بتخصيص المالك الأصلي.

أوضح المشرع طريقة استعمال حق الارتفاق في المادة 872 و ما بعدها من ق م ج. و أخيراً فإن حق الارتفاق ينقضي بحسب ما قرره المواد 878 و 879 و 880 من ق م ج. أي تنقضي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، هلاك العقار المرتفق و باتحاد الذمة، كما تنتهي بعدم استعماله لمدة 10 سنوات<sup>2</sup>.

إن إجماع الشركاء في الشيوخ بترتيب حق ارتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر يعد نافذاً صحيحاً في حقهم جميعاً، كما يمكن لهم الاستفادة جميعاً من حق ارتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع المملوك لهم من قبل مالك عقار آخر.

يجوز للشركاء بإجماعهم أن يقرروا ترتيب حق الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، و يكون نافذاً في حقهم جميعاً، قبل القسمة أو بعدها. فلا يمكن لهم الاحتجاج إذا ما وقع الجزء المثقل بحق الارتفاق في نصيب أحدهم بعد القسمة، بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلاً بالارتفاق مرتب عليه مهما كان نوعه<sup>(3)</sup>.

يخضع حق الارتفاق للإجراءات الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر العقاري في المحافظة العقارية باعتباره حقاً عينياً عقارياً و هذا ما أكده المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ

(1) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

(3) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: (حق الملكية)، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص 837-838.

في 26/10/1983 رقم 29501، الذي، و جاء فيه: « إن الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الاحتجاج به اتجاه الغير، و من ثمة كان وجوباً على الأطراف إفراغ الاتفاق المبرم حوله، في عقد رسمي و تولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف و من ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن.»<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### حكم ترتيب الشركاء جميعاً لحق عيني تبعي على المال الشائع

لشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي على المال الشائع كله أو جزء مفرز منه، و بالتالي يجوز لهم رهنه رهناً رسمياً أو حيازياً<sup>(2)</sup>.

### أولاً: الرهن الرسمي

نظم المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المواد من 882 إلى المادة 936 من ق م ج تنص المادة 882 على ما يلي « الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً ، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.»

تنص المادة 886 على: « لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. و يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه و يبيعه بالمزاد العلني و أن يكون معيناً بالذات

(1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 29501، مؤرخ في 26\_10\_1983، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 45.

(2) كيرة حسن، الموجز في احكام القانون المدني: (الحقوق العينية الاصلية، احكامها ومصادرها)، منشأة

المعارف، مصر، 1998، ص 170.



تعيينا دقيقا من حيث طبيعته، و موقعه و أن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، و إلا كان الرهن باطلا.».

أما المادة 1/890 فتتص «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا

كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.»<sup>(1)</sup>.

من خصائص الرهن الرسمي أنه حق عيني عقاري أي وارد على عقار<sup>(2)</sup>، و بالتالي لا يوجد ما يمنع ورود

الرهن الرسمي على عقار مملوك على الشيوع، فهو صحيح نافذ في حق الشركاء جميعا قبل القسمة أو

بعدها أو حتى بعد بيعه بالمزاد العلني لعدم إمكانية قسمته العينية. كما يجب يكون في وثيقة رسمية مشهورة.

فالرهن الرسمي يكون صحيحا نافذا قبل القسمة لأنه صدر من جميع الشركاء ، أي صدر

التصرف عن إرادة جماعية كانت لها كل الولاية وقت إبرامه و ليس لهذا الإبرام أي مساس بحق شخص لم

يشارك فيه<sup>(3)</sup>. و إذا تصرف هؤلاء الشركاء في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه بعد رهنه إنتقل هذا

العقار إلى المتصرف إليه متقلا بالرهن، و ما يترتب عنه من آثار، كما ينتقل إلى الورثة متقلا أيضا بالرهن

في حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، و عليه فالرهن يسري في حق الشركاء و في حق دائنيهم و حتى

في حق خلفهم العام<sup>(4)</sup>.

يبقى الرهن الرسمي صحيحا ومرتبيا لآثاره بعد القسمة في حق الشركاء جميعا فتكون كل حصة

مفرزة بعد القسمة متقلة بالرهن الذي رتبته الشركاء قبل القسمة، و إذا ورد الرهن على جزء مفرز من العقار

الشائع و وقع الجزء المرهون في نصيب أحد الشركاء دون غيره اعتبر الرهن صحيحا و نافذا و ينتقل الجزء

---

(1) مواد 882 و 886 و 1/890 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 141.

(3) أبو السعود رمضان ، المرجع السابق، ص 531.

(4) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: (التأمينات الشخصية والعينية)، الجزء 10، دار احياء

التراث العربي، لبنان، 1970، ص 323.

مثقلا بالرهن إلى ذلك الشريك دون الآخر وذلك تطبيقا للفقرة 1 من المادة 890 ق م ج ومثال ذلك:

شريكان يملكان قطعة أرضية و مسكن، يملك كل منهما نصفها فيه، و قررا ترتيب رهن رسمي على المسكن ضمانا لدين ما، هنا إذا وقع المسكن المرهون في نصيب أحدهما، ينتقل إليه المسكن مثقل بالرهن و تنتقل ملكية القطعة الأرضية خالية من أي رهن إلى الشريك الآخر.

أما إذا بيع العقار في المزاد العلني الشائع لاستحالة قسمته قسمة عينية بين الشركاء، فإنه

ينتقل مثقلا بالرهن سواء تمّ البيع لأجنبي أو لأحد الشركاء<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: الرهن الحيازي:

تنص المادة 948 من ق م ج على مايلي: « الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا

لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين ، و أن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.»

وتنص المادة 949 من نفس القانون على ما يلي: « لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه

استقلالا بالمزاد العلني من منقول و عقار.»<sup>(2)</sup>.

يستفاد من هاتين المادتين أن الرهن الحيازي يرد على المنقول كما يرد على العقار شريطة أن

يكون قابل للبيع مستقلا عن طريق المزاد العلني، ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يخصص

مواد لأحكام الرهن الحيازي الذي قد يرتبه الشركاء في الشيوخ على المال الشائع خلافا للرهن الرسمي الذي

خصص له المادة 890 من ق م ج، و بما أنه لا يوجد أي حكم قانوني لهذا التصرف فلا مانع من

الاستعانة بأحكام الرهن الرسمي، و عليه إذا رهن الشركاء العقار أو المنقول رهنا حيازيا فإنه يعد صحيحا

(1) عياد وهاب، المرجع السابق، ص 87.

(2) أمر رقم 58\_75، المرجع السابق.

نافذا مهما كانت نتيجة القسمة، أو إذا بيع عند استحالة قسمته شريطة أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابل للبيع مستقلا بالمزاد العلني<sup>(1)</sup>.

---

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10، ص 326.

## المبحث الثاني

### تصرف الأغلبية من الشركاء في المال الشائع

يؤكد نص المادة 720 ق م ج أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا في ذلك الى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم الى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان ، و للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة ببعض مصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا"<sup>(1)</sup>.

جعل المشرع للشركاء الذين يملكون  $\frac{3}{4}$  المال الشائع أن يتصرفوا فيه بشرط ان تكون لديهم أسباب قوية تستدعي ذلك التصرف<sup>(2)</sup>، وللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك. و في المقابل منح المشرع للشركاء الذين يمثلون الاقلية ضمانات حماية لحقوقهم فأوجب على الأغلبية إعلان تصرفهم للأقلية، وعليه سندرس (المطلب الأول) شروط نفاذ تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع، (المطلب الثاني) ضمانات الأقلية المعارضة لتصرف الأغلبية في المال الشائع.

---

(1) أمر رقم 58\_75، المرجع السابق.

(2) كبيرة حسن، المرجع السابق، ص 181.

## المطلب الأول

### شروط نفاذ تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع

تشتت المادة أعلاها لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه أن تكون هناك أغلبية من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع من المال الشائع (الفرع الأول) ، كما اشترطت أيضا توفر أسباب قوية (الفرع الثاني) تستدعي التصرف بالمال الشائع ، وكذلك اعلان الأغلبية تصرفهم للأقلية.

## الفرع الأول

### توافر الأغلبية لصحة التصرف في المال الشائع

بالرجوع الى نص المادة 720 ق.م.ج " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال

الشائع أن يقرروا التصرف فيه...".

أجاز المشرع الجزائري التصرف الصادر من الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع كشرط أول لنفاذ تصرفهم، و لا يعني هنا عدد الشركاء بل نسبة امتلاك المال الشائع <sup>(1)</sup> أي العبرة بالنسبة و ليس بالأغلبية العددية، فقد نجد 5 أشخاص شركاء في الشيوخ شريكان منهم يملكان نسبة ثلاثة أرباع المال فهم يمثلون

---

(1) محمد شهاب عبد القادر، محمد بن عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص.

الأغلبية، و الثلاثة الآخرين بالرغم من عددهم فهم يمثلون الاقلية و عليه يجوز للشريكين ان يتصرفا في المال الشائع كله أو جزء منه اذا كان هناك اسباب قوية لذلك.

أن الأغلبية التي أقرها القانون لجواز و لنفاذ التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه في مختلف أنواع التصرفات سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع و الهبة أو مرتبة لحق عيني كالانتفاع و الرهن تتحدد بنسبة من يملك ثلاثة أرباع المال الشائع.

## الفرع الثاني

### وجود الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في المال الشائع

بالإضافة الى إشتراط الاغلبية المألقة لثلاثة أرباع المال الشائع لصحة التصرف فقد أوجب أن تكون هناك أسباب جدية تستدعي و تستوجب فعلا إجراء التصرف في المال الشائع كله او جزء مفرز منه و مثال الاسباب القوية :عرض فرصة مواتية لبيع الشيء بثمان مرتفع أو أن يكون استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا، مما يتعين بيعه، أو أن يكون الشيء الشائع يحتاج الى صيانة و اصلاحات ضرورية، لا يتوافر لها التمويل اللازم مما يجعل الأغلبية تقرر الاقتراض و تقرر في الوقت نفسه انشاء رهن على الشيء لضمان القرض ،اما فيما يتعلق بمسألة تقدير ما اذا كانت الأسباب التي استندت عليها اغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع في تصرفهم في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه قوية فتعود للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في الدعوى<sup>(1)</sup>.

---

(1) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص143.

و تجدر الإشارة الى أن ما قد يراه قاضي ما محكمة ما سببا قويا قد يراه قاض آخر سببا غير قوي، و بالتالي فقد يرفض اعتماد تصرف الأغلبية اللازمة، ذلك لأن (الأسباب القوية) غير محددة على سبيل الحصر مما يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### ضمانات الأقلية المعارضة عند تصرف الأغلبية في المال الشائع

يتضح جليا من خلال نص المادة 720 ق.م.ج أن المشرع كفل حقوق الأقلية ، فأقر اجراءات و شروط أوجبها لصحة التصرف في المال الشائع بحيث أوجب امتلاك المتصرفين ثلاثة أرباع من المال الشائع و كذلك استنادهم لأسباب قوية تستدعي القيام بذلك التصرف، بالإضافة الى الإعلان(الفرع الاول)، الذي يجب توجيهه للأقلية بواسطة عقد غير قضائي و اقرار المشرع بحق الاعتراض (الفرع الثاني)، لصالح الأقلية المعارضة للتصرف و ذلك خلال شهرين من تاريخ الاعلان فإذا فات الميعاد دون رجوعهم الى القضاء صار قرار الأغلبية نهائيا و نافذا في حقهم<sup>(2)</sup>.

يكون الاعتراض أمام المحكمة التي تفصل في النزاع سواء بالقسمة أو بإلغاء التصرف أو بالنظر الى الضرر اللاحق بالشركاء المعارضين.

---

(1) عياد وهاب، المرجع السابق، ص94.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص119.

## الفرع الأول

### طبيعة الاعلان الموجه الى باقي الشركاء

ضمانا لحقوق باقي الشركاء أقر المشرع في المادة 720 ق.م.ج ما يلي : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا في ذلك الى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي..."

يستفاد من النص المتقدم ان المشرع ألزم الاغلبية إعلان الأقلية بقرارهم الرامي الى التصرف في المال الشائع و يجب أن يتم هذا الإعلان كتابة ،ولا يمكن أن يكون شفاهة ، و قد يكون عن طريق محضر قضائي أو برسالة ، لم يشترط المشرع أن تذكر الأغلبية أية بيانات و عليه يكفي فقط إعلامهم بقرار التصرف،و إذا لم تعلن الاغلبية ذلك للاقلية كان التصرف باطلا، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28 " من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا الى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم الى باقي الشركاء.

و لما ثبت - من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع الى المدعي عليهم دون اعلان هذا التصرف الى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون ، لذا فان القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون و يستوجب النقض"<sup>(1)</sup>.

---

(1) المحكمة العليا،الغرفة المدنية،قرار رقم 92343،مؤرخ في 28\_10\_1992،المجلة القضائية،عدد1،1994،ص38.



## الفرع الثاني

### حق الأقلية في الاعتراض على تصرف الأغلبية

بعد قيام الأغلبية المتصرفة بإعلان الأقلية من باقي الشركاء عن قرار التصرف في المال الشائع سواء بنقل ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه يحق لهذه الأقلية أن تعارض هذا التصرف و ذلك برفع دعوى أمام المحكمة ،هذا ما أكدته المادة 720 ق. م.ج " الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان...."

ترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار الشائع ( اذا كان المال الشائع المتصرف فيه عقارا)على أساس أن هذه الدعوى هي دعوى عقارية تهدف الى حماية حق الأقلية في الملكية.

ويجب ان ترفع في أجل شهرين من تاريخ الاعلان شريطة أن يكون الاعلان صحيح تم بالطريقة المحددة في المادة 720 أعلاه ،أي عن طريق عقد غير قضائي سواء كان عن طريق محضر قضائي أو رسالة مضمونة الوصول<sup>(1)</sup>.

يسقط حق الأقلية في دعوى الاعتراض اذا فات أجل الشهرين و بالتالي يصبح تصرف الأغلبية نافذا في حقهم.

---

( 1 ) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10 ،ص 840.

تتظر المحكمة المختصة فيما اذا كان هناك تحصيل لما جاء في المادة 720 بحيث تتأكد من رفع الدعوى في الأجل المحدد ثم اذا كان هناك احترام للميعاد، وتتنظر في الموضوع من حيث توافر ملكية ثلاثة أرباع المال الشائع مع النظر في الأسباب التي اعتمدها الأغلبية في قرارها بالتصرف في المال الشائع.

بعد التأكد من صحة الاجراءات وتوفر الشروط المفروضة على الأغلبية، تقبل المحكمة الدعوى.

في حالة ما اذا طالبت الأقلية بالقسمة، فعلى المحكمة ان تتنظر في أمر القسمة هذه و مدى امكانية اجراءها دون الحاق أي ضرر بمصالح باقي الشركاء، فإذا كانت القسمة ممكنة دون الأضرار بباقي الشركاء امرت المحكمة بها<sup>(1)</sup> و تنتهي بذلك حالة الشيوخ بالرغم من وجود اتفاق على البقاء في الشيوخ لم ينته أجله، فسلطة الأغلبية في التصرف حالة استثنائية فقط، فيجب تمكين الشريك المعارض من الخروج من الشيوخ مادام خروجه من الشيوخ لا يضر بمصالح الشركاء الاخرين .

أما اذا كان في إجراء القسمة إضرار بمصالح باقي الشركاء فانه يتعين على المحكمة استبعادها و النظر الى قرار الأغلبية بالتصرف ، فإذا كان يستند الى أسباب قوية اقترته و من ثم يصبح ذلك التصرف نافذا في حق الأقلية التي لا يمكن لها الاعتراض فيما بعد<sup>(2)</sup>.

---

( 1 )نبيل ابراهيم سعد،المرجع السابق،ص144.

( 2 ) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10 ،ص841.

إذا تبين للمحكمة ان الأسباب التي استندت إليها الأغلبية لا تعتبر قوية بما فيه الكفاية للتصرف في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه ، فإنها تقضي بإلغاء قرار تصرف الأغلبية و لا يمكن لهم التصرف إلا بإجماع من الشركاء<sup>(1)</sup>.

---

( 1 ) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10 ،ص 841.

## الفصل الثاني

التصرف الفردي للمال الشائع

## الفصل الثاني

### التصرف الفردي في المال الشائع

تنص المادة 714 من ق م ج « كل شريك في الشرع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع ها الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة»<sup>(1)</sup>.

يستفاد من هذا النص أن للشريك في الشيوخ الحق في التصرف في حصته الشائعة أو جزء مفرز من المال الشائع أوفي المال الشائع كله، لكن بشرط أن لا يلحق تصرفه أي ضرر بباقي الشركاء لكن التصرف الفردي في المال الشائع غالبا ما يخلق نزاعات بين الشركاء سواء قبل أو بعد القسمة باعتبار أن لبقية الشركاء نفس الحقوق على نفس المال ما يثير تساؤلات حول أحكام التصرف الفردي و آثاره في مواجهة بقية الشركاء وعليه سنعرض في (المبحث الأول) تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة،(المبحث الثاني) تصرف الشريك في جزء مفرز أو كل المال الشائع.

---

(1) أمر رقم 58\_75 ، المرجع السابق.

## المبحث الأول

### تصرف الشريك في حصته الشائعة

طبقا لنص المادة 714 ق م ج يجوز للشريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات باعتبار أن الملكية الشائعة هي حق ملكية تام.

قد تكون تصرفات الشريك ناقلة للملكية أو مرتبة لحق عيني<sup>(1)</sup>، و قد يكون التصرف الصادر من الشريك في الشيوخ، لأحد الشركاء أو بعضهم أو لشخص أجنبي، وفي هذه الأخيرة يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المتصرف فيها أو يطلبوا رخصة الشفعة وعلى هذا الاساس سنتطرق إلى حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة(المطلب الأول)و آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة(المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة

لم يحدد المشرع الجزائري أي من التصرفات التي يمكن للشريك أن يتصرف فيها وعليه فيمكن أن تكون ناقلة للملكية (الفرع الاول) كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية كما يمكن أن تكون تصرفات مرتبة لحق عيني (الفرع الثاني) اصلي او تبعي و سنركز في دراستنا على البيع و الهبة باعتبارهما الأكثر تداولاً و انتشاراً وكذا الرهن و حق الانتفاع والتخصيص و الامتياز<sup>(2)</sup>.

---

(1) قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الاصلية(حق الملكية:حق الملكية في ذاته،اسباب كسب الملكية)،الجزء الاول،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005، ص 132.

(2) العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني(الحقوق العينية الاصلية،الحقوق العينية التبعية،حق الملكية،الحقوق المتفرعة عن حق الملكية)دار الثقافة للنشر،الاردن،2011، ص 63.

## الفرع الأول

### حكم نقل الشريك ملكيته حصته الشائعة

يجوز للشريك أن يتصرف في حصته بنقل ملكيتها الشائعة كلها أو جزء منها و بأي وجه من الوجوه سواء كان بيعا أو هبة<sup>(1)</sup>.

### أولا: حكم بيع الشريك ل حصته الشائعة:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى بيع الشريك ل حصته الشائعة، وعليه فيشترط لصحته ما يشترط في العقود بصفة عامة مع احترام الإجراءات الشكلية<sup>(2)</sup>، فإذا قام الشريك ببيع حصته الشائعة كلها أو جزء منها كان تصرفه صحيحا نافذا في حق بقية الشركاء ما لم يضر بحقوقهم، وقد يتم البيع لأحد الشركاء أو لجميعهم أو لأجنبي وقد يكون المتصرف فيه عقارا أو منقولا قابلا للقسمة أم لا،<sup>(3)</sup> لكن لا يجوز أن يتعدى تصرفه حصته، إذا كان كذلك جاز لبقية الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتثبيت ملكيتهم، لعدم نفاذ البيع فيما زاد عن حصة الشريك<sup>(4)</sup>.

من قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن مايلي: قرار رقم 63765 في التاريخ

1990/10/29 « من المقرر قانونا أن كل شريك في شيوخ يملك حصته ملكا تاما يتصرف فيها و من

ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون.

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 146.

(2) مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس 2007، ص 17.

(3) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص 46.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 147.

ولما كان من الثابت في قضية الحال إن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد البيع قطعة الأرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس ليس له الحق في بيع ملك الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون و متى كان كذلك استجواب نقض القرار المطعون فيه «(1).

كما أكدت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الموقف نفسه في قرارها رقم 186043 الصادر بتاريخ 1999/03/24 إذا جاء فيه أنه « يجب لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريط عدم الإضرار بباقي الشركاء و جاء في أسبابه حيث أن بالرجوع إلى القانون المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق أي ضرر بمثابة شركائه و هو ما لم يثبت في قضيته الحال وعليه قرروا إلغاء الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس «(2).

يلاحظ من الحكم أن قضاة المجلس طبقوا أحكام المادة 714 ق م ج بحيث أن الطاعنين لم يثبتوا أي ضرر مسّ مصالحهم و بالتالي رفض القضاة طلب ابطال التصرف من الطاعنين تأكيدا لحق الشريك في التصرف في حصته الشائعة بالبيع سواء كان عقارا أو منقولا مع عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء.

إن البيع في الشيوع يرتب آثاره بين الطرفين ،فنتنقل ملكية المنقول بالعقد ، أما ملكية العقار فلا ينتقل إلا بشهر التصرف ،و بهذا يخرج الشريك من الشيوع بقدر الحصة التي تصرف فيها ويبقى شريكا في حدود الحصة المتبقية له ، ويخرج من الشيوع ويحل محله المتصرف إليه الذي يصبح شريك

---

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 2007، ص 99

(2) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 186043، المؤرخ في 1999/03/24، المجلة القضائية، العدد 04 ، 2000، ص 195 .



على الشيوع وتكون له حقوق وعليه واجبات كحماية المال الشائع ، الاشتراك في نفقات المال الشائع من إدارة و حفظ و صيانة.(1) ، هذا في حالة ما إذا تصرف في كل حصته.

### ثانيا : هبة الشريك ل حصته الشائعة.

لم ينص ق أ ج صراحة على هبة المال المشاع ، لكن تضمن حكم من أحكامه في المادة

208 ق ا ج «...او كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني من الحيابة»(2)

يستنتج من النص ضمينا أنه يجوز للشريك في الشيوع أن يهب حصته الشائعة ، ولم يشترط

الحيابة لصحتها ، إنما اكتفى بالزامية الشكلية فيها.(3) ، خلافا لصحة الهبة العادية التي اشترط فيها

الحيابة ، هذا ما نصته المادة 206 من : ق أ ج : « تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيابة

ومراعاة قانون التوثيق في العقارات و الاجراءات الخاصة في المنقولات و إذا اختل أحد هذه القيود

بطلت الهبة ».(4)

من خلال اسقاط هاتين المادتين على المادة 714 القانون المدني الجزائري فإنه يجوز للمالك

على الشيوع أن يهب حصته الشائعة للشريك الاخر أو للاجنبي و يعد تصرفه صحيحا نافذا في حق بقية

الشركاء ، شرط عدم الاضرار بهم سواء كان المال المشاع عقارا و منقولا قابلا للقسمة أو لا ، وبه يحل

الموهوب له محل الواهب (الشريك) وتنتقل إليه الملكية ويصبح شريك في الشيوع مع باقي الشركاء (5).

---

(1) بوغيدن صابين، النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012، ص 28 .

(2) القانون رقم 84 - 11 ، المرجع السابق.

(3) بوغيدن صابين، المرجع السابق، ص 29.

(4) القانون رقم 84 - 11 ، المرجع السابق.

(5) السنهوري عبد الرزاق، الجزء 10 ، ص 843.

وإذا كان الشريك مالك لقطعة أرضية داخلة في مجموع مال مشاع ، و تصرف في جزء من تلك الأرض فقط فهنا الموهوب له يحل محل الواهب في حدود تلك الحصة فقط، دون باقي المال الشائع ويبقى الواهب شريكا في المال الباقي، و بالتالي يعتبر هذا التصرف صحيحا نافذا في حق باقي الشركاء ما لم يضر بهم، فالعبرة دائما تكون بعدم الإضرار بباقي الشركاء.

## الفرع الثاني

### حكم ترتيب حق عيني على الحصة الشائعة

يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بترتيب حق عيني عليها سواء كان أصليا أو تبعا.

### أولا: حكم ترتيب حق عيني أصلي

أهم الحقوق العينية الأصلية غير حق ملكية هي حق الارتفاق، حق الحكر<sup>(1)</sup> ، و كذا حق الإنتفاع.

بالنسبة لحقي الارتفاق و الحكر فان طبيعتهما لا توافق طبيعة الملكية الشائعة بحيث لا يمكن للشريك في الشيوع ترتيب هذين الحقين، لأن حق الحكر يستلزم البناء و الغرس في أرض مفرزة هذا ما لا يملكه الشريك في الشيوع ، و الحكر لا يجوز ترتيبه إلا على الأرض الموقوفة والأرض الموقوفة لا تكون شائعة<sup>(2)</sup>، مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إليه .

---

(1) عقد اجارة يقصد بها استبقاء الارض مقررة للبناء أو للغراس.

(2) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8 ، ص 845.

أما حق الارتفاق فهو يتطلب مباشرة صاحبه لأعمال مادية على عقار مفرز (1) لأن حق الارتفاق لا يمكن تجزئته لأنه تصرف يرد على العقار كله و عليه فلا يمكن للشريك أن يمارس الارتفاق على حصته الشائعة .

أما بالنسبة لحق الانتفاع فللشريك في الشيوخ ممارسة حق الإنتفاع بتنازله لشخص آخر شريكا كان أو أجنبيا و بالتالي تنتقل اليه الحقوق (2) التي يخولها له الانتفاع، فيمكن للمنتفع استغلال تلك الحصة

المشاعة و ادارتها أو المشاركة في ادارتها اذا كانت إدارة عادية و في قسمة المهاية في حالة الادارة الغير عادية و التصرف والقسمة يعود للشريك الأصلي صاحب الرقبة(3).

أما إذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع انتقل حق المنتفع الى الجزء المفرز الذي يؤول إلى مالك الرقبة بمقتضى الحلول العيني(4).

## ثانيا: حكم ترتيب حق عيني تبعي

إن الحقوق العينية التبعية تكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به و تشمل: حق التخصيص ، حق الامتياز، الرهن الرسمي و الرهن الحيازي.

---

(1) بن الحاج العربي، «حقوق الارتفاق في الدين الاسلامي»، لمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، الجزء 34، كلية الحقوق، الجزائر ، 1999، ص 686.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 121.

(3) قاسم محمد حسين، المرجع السابق، ص 133.

(4) مصطفى محمد جمال ،نظام الملكية ، ط2، بدون ناشر، 2000، ص 124.

## أ.حق التخصيص:

لم يورد المشرع الجزائري تعريف لحق التخصيص على خلاف شراح القانون الذين اعتبروا حق التخصيص حق عيني تبقي يختص فيه الدائن بعقارات مدينه و يكون بناء على حكم واجب التنفيذ يقضى بالزام المدين بالدين فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من المدين<sup>(1)</sup>.

ومثاله: ان الشريك في الشبوع مدين لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة لمدينه ضمانا لدينه و يكون الطلب على شكل عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم، بالإضافة إلى البيانات المذكورة في المادة 941 من ق م ج .<sup>(2)</sup>

يدون رئيس المحكمة أمره بالتخصيص مقصورا على جزء من الحصة الشائعة إذا ما كان كافيا لضمان دفع الدين و يكون أمر الاختصاص واجب التنفيذ غير أنه يجوز للشريك في الشبوع رفع تظلمه من الأمر بالتخصيص.<sup>(3)</sup>

تجدر الإشارة أن للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على الرهن الرسمي بحيث يسرى على التخصيص ما يسرى على الرهن الرسمي فيما يتعلق بالآثار و الشطب و الانقضاء وفق المادة 947 من ق م ج .<sup>(4)</sup>

---

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10، ص 660.

(2) انظر المادة 941 من الأمر 75 - 58، المرجع السابق.

(3) عياد وهاب، المرجع السابق، ص 14.

(4) المادة 947 من الامر 58\_75 تنص « تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام و خاصة ما يتعلق بالقيود و تجديده و شطبه و عدم تجزئة الحق و أثره و انقضائه ، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة» .

## ب. حق الامتياز:

عرف المشرع الجزائري حق الامتياز في المادة 982 من ق م ج « الامتياز أولوية يقرها

القانون لدين معين مراعاة منه لصفته و لا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني »

أن حق الامتياز لا يتعارض مع طبيعة الشيوخ فالمادة 986 من ق م ج تشير إلى تطبيق

أحكام الرهن الرسمي على حق الامتياز و عليه يجوز ترتيب حق امتياز على الحصة الشائعة<sup>(1)</sup>.

حق الامتياز ضامن عيني يتقرر بموجب نص قانوني والدين هو المختص بالامتياز عكس باقي الحقوق

العينية التبعية التي يكون الدائن هو محل الاعتبار<sup>(2)</sup> .

تجدر الإشارة أن حقوق الامتياز أنواع هناك العامة: التي تكون على جميع الأموال ، الخاصة:

التي تكون إما على منقول كامتياز بائع المنقول أو على عقار كامتياز بائع العقار. و مثاله في الشريك في

الشيوخ الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة في العقار كله أو جزء و لم يقتض ثمنه كله فيكون له

حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها بالرغم من انتقال ملكيتها للمتصرف إليه الذي هو مدين بثمان

الحصة بحدود الثمن المتبقى<sup>(3)</sup>.

## ج. الرهن الرسمي:

نظم المشرع الجزائري الرهن الرسمي من المواد 882 إلى 936 من ق م ج لقد نصت المادة

2/890 من ق م ج «..... وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا

العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان

---

(1) تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية: (الكفالة، الرهن الرسمي، حقل الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 386.

(2) السنهوري، مجلد 10، المرجع السابق، ص 922.

(3) محمد حسين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 200.

المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة و يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء و لا بامتياز المتقاسمين<sup>(1)</sup>»

يفهم من نص هذه المادة أن للشريك في الشروع الحق في رهن حصته الشائعة<sup>(2)</sup>

فيعد رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا صحيحا نافذا في حق الشركاء سواء وقع على حصة الشريك كلها أو جزء مفرز منها ، و يكون هذا التصرف منتج لآثاره بحيث إذا باع الراهن حصته الشائعة المرهونة انتقلت إلى المشتري و هي مثقلة بالرهن ولا تثيب له أية سلطة سواء بالإدارة أو بالتصرف<sup>(3)</sup>. غير أنه اذا حل أجل الدين المضمون بالرهن قبل القسمة و لم يقم الراهن بالوفاء يكون من حق المرتهن التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة و تباع جبرا على صاحبها و يحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الذي باع حصته مكتسبا حقوقه وملتزمًا بالتزاماته<sup>(4)</sup>.

أما إذا تمت القسمة قبل حلول أجل الدين فإن حق المرتهن يرتكز على ما اختص به الشريك الراهن، و اذا اسفرت القسمة على وقوع الحصة المرهونة في نصيب الراهن استقر عليها حق الدائن المرتهن وبذلك يصبح محل الحق مفرز بعدما كان شائعا<sup>(5)</sup> وإذا وقع نصيب الراهن على عقار آخر

---

(1) امر رقم 75\_58، المرجع السابق.

(2) النشار جمال خليل، ، ص 92.

(3) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق ، ص 190.

(4) قاسم محمد حسين، المرجع السابق، ص 143.

(5) عقوني محمد، « رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا »، مجلة الفكر، العدد العاشر، كلية الحقوق،

بسكر، د س ن، ص 526 .

انتقل الرهن بمرتبته الى الاعيان المخصصة له بقدرما يعادل قيمة العقار الي كان مرهونا في الأصل .  
ففي هذه الحالة يطبق نظرية الحلول العيني و ذلك بأن يحل العقار الجديد محل العقار الأول ويتبع

الدائن المرتهن في ذلك إجراءات (1) .

و لولا الحلول العيني لأعتبر العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك المراهن لم يسبق رهنه من هذا  
الشريك ولا ينتقل الرهن إلى العقار (2).

اذا وقع في نصيب الشريك المراهن منقول، ففي هذه الحالة يفقد الدائن المرتهن حق رهنه على العقار  
المرهون لأنه واقع في نصيب شريك لم يرهنه ،وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول لأنه لا يقبل ذلك  
أصلا (3).

#### د.الرهن الحيازي:

لم يخصص المشرع الجزائري أي نص في القانون المدني للرهن الحيازي في المال الشائع  
وعليه فلا مناص من الرجوع الى القواعد العامة ، فيعد تصرف الشريك برهنه للحصة الشائعة أو جزء  
منها رهنا حيازيا صحيحا نافذا في حقوق الشركاء الباقون إذا كان الشيء المرهون في يد الدائن أو  
الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان.

يشترط في الرهن الحيازي الحيازة و نلاحظ توافق الحصة الشائعة لهذا الإلزام بحيث تقبل هذه

الأخيرة الحيازة.

---

(1) تتمثل إجراءات في \_تبيان قدر الرهن و ذلك بامر على عريضة،\_قيام الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه قدر  
الرهن الجديد و ذلك خلال 90 يوم من وقت الإخطار).

(2) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 10، المرجع السابق، ص 329-330.

(3) عقوني محمد، المرجع السابق، ص 529.

إن للرهن الحيازي أشكال فقد يوضع كل المال الشائع تحت يد الدائن المرتهن رهنا حيازياً، كما يمكن وضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء أو يد أجنبي<sup>(1)</sup>.

أخيراً قد يكون المال الشائع مقسماً قسمة مهايأة بأن يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي عاد إليه من قسمة المهايأة<sup>(2)</sup>.

فإذا تمت القسمة ووقع نصيب الراهن في الجزء المرهون فإن الرهن ينصب عليه ، و إذا لم يقع في نصيبه فإن الرهن لا ينفذ في حق من إختص بالمرهون إلا إذا أقره، لكونه واقعا على ملك الغير<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### آثار تصرف الشريك منفرداً في حصته الشائعة

للشريك في الشيوع الحق في التصرف في حصته الشائعة كلها أو جزء منها و التصرف قد يكون لأحد الشركاء أو أجنبي عنهم فيعتبر نافذاً صحيحاً في حقهم مرتباً لآثاره ، سواء بالنسبة للطرفين (الفرع الأول)، أو بالنسبة لباقي الشركاء (الفرع الثاني).

---

(1) النشار خليل جمال، المرجع السابق، ص 114.

(2) أبو السعود رمضان ، المرجع السابق، ص 535.

(3) النشار جمال خليل، المرجع السابق ، ص 117.



## الفرع الأول

### آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة للطرفين

إنّ تصرف الشريك في حصته الشائعة يعد تصرفاً صحيحاً وناظماً، متى استوفى جميع شروط صحته و نفاذه، ورتب آثارهما بين طرفيه وهي :

1. حلول المتصرف إليه شريكاً في الشيوع: أي انه يحل المتصرف إليه محل المتصرف، فتنتقل

ملكية الحصة الشائعة للمتصرف إليه في حدود الحصة المتصرف (1) فيها بعد اجراءات التسجيل و الشهر ، و يترتب عن ذلك ما يلي:

• يتمتع المتصرف إليه بجميع الحقوق والالتزامات فيثبت له حق ادارة المال الشائع سواء كانت ادارة عادية او غير عادية، كما يعتد بصوته في حساب الاغلبية اللازمة للتصرف في الحصة الشائعة، وعليه الاشتراك في نفقات الحفظ كالترميم والصيانة.

• يثبت للمتصرف إليه حق طلب القسمة اذا لم يكن المتصرف مقيد بعدم طلبها لمدة معينة(2).

• يحق له ممارسة حق الاسترداد ورخصة الشفعة اذا باع احد الشركاء لاجنبي نصيبه في المال الشائع.

• يثبت له حق الانتفاع باستعمال المال الشائع والحصول على ثماره. ويعتد بصوته لحساب الاغلبية اللازمة لإجراء قسمة المهايأة(3).

---

(1) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص117.

(2) شرط عدم تجاوز 5 سنوات طبقاً للمادة 722 من الامر 58\_75، المرجع السابق

(3) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص134.

2. تمتع المتصرف اليه بحق طلب ابطال التصرف :وذلك على اساس الغلط في حالة جهل

المتصرف اليه بحالة الشيوخ قياسا على المادة 2/714.

3. حق المتصرف اليه اجازة التصرف: اذا كان من حق المتصرف اليه طلب ابطال التصرف فله

الحق في اجازته و قد تكون هذه الاجازة صريحة او ضمنية.

## الفرع الثاني

### آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة لباقي الشركاء

إذا كان تصرف الشريك في حصته الشائعة ناقل للملكية وكان البيع لشخص أجنبي فلا شك أن

ذلك يضر بمصالح بقية الشركاء ، و مراعاة لحقوقهم و استثناء على مبدأ حرية التعاقد خول لهم

المشرع حق الاسترداد و الشفعة من أجل استبعاد الأجنبي من الملكية.

### أولا : حق الاسترداد

تطرق المشرع الجزائري الى حق الاسترداد<sup>(1)</sup> في المادة 721 من ق م ج التي نصت على « للشريك

في المنقول الشائع أو في المجموع 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 أو من تاريخ

إعلامه ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع 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»<sup>(2)</sup>.

---

(1) الاسترداد هو حلول شخص محل آخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن ومصاريف البيع)، عن النشار جمال خليل، المرجع

السابق، ص122.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

اشترط المشرع لثبوت حق الاسترداد للشريك المتضرر من تصرف الشريك الآخر جملة من الشروط و الضوابط الإجرائية، ورتب عليه آثار و التي سنتناولها فيما يلي .

**أ. شروط حق الاسترداد :** حصرت المادة 721 من ق م ج، 4 شروط لثبوت حق

الاسترداد و هي:

### 1- وجوب صدور البيع من أحد الشركاء في البيع :

لكي يستفيد الشريك من حق الاسترداد اشترط المشرع ان يكون التصرف للأجنبي بيعا، واستبعد بذلك التصرفات الاخرى الناقلة للملكية كالهبة و ذلك للصعوبة التي يجدها المسترد في دفع ما قدمه الأجنبي مقابل الحصة الشائعة<sup>(1)</sup>، وعلى هذا الاساس يعتبر حق الاسترداد اجراء استثنائي لا ينبغي التوسع فيه ولا تقاس عليه غيره من التصرفات<sup>(2)</sup>.

يجب أن يكون البيع قد تم بالتراضي فإذا تم بالمزاد العلني فلا يجوز الاسترداد، لأن كانت للشريك فرصة المشاركة في المزاد والحيلولة دون تدخل الأجنبي<sup>(3)</sup>، كما لا يجوز الاسترداد إلا إذا كان البيع قد تم إذ لا يمكن ممارسة حق الاسترداد إلا بعد إتمام إجراءات البيع<sup>(4)</sup>، .

### 2- وجوب ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المنقول أو العقار:

يقتصر حق الإسترداد على الحصة الشائعة في المنقول و المجموع من المنقول والعقار فإذا تم على حصة مفرزة فهو غير نافذ في حق باقي الشركاء<sup>(5)</sup>، ويكون أيضا على المنقول الشائع المعين

---

(1) أحمد محمود خليل، ادارة المال الشائع و التصرف فيه،المكتب الجامعي الحديث،مصر،2007، ص 30.

(2) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص 143.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 150.

(4) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 30.

(5) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 537.

بذاته أو مجموع من المنقول و لو اشتمل على عقار كالتركة لما تشمله من حقوق عينية عقارية ومنقولة<sup>(1)</sup>. فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي، جاز لباقي الورثة أخذ حصة الأجنبي عن طريق حق الاسترداد حتى ولو كانت التركة تشمل عقارات مادامت داخلة في مجموع المال الشائع<sup>(2)</sup>، أما العقار الشائع المعين بالذات فلا يمكن استرداده بل للشريك أن يمارس عليه رخصة الشفعة.

### 3 – وجوب وقوع البيع لأجنبي عن الشركاء:

تطبيقاً لنص المادة 721 ق م ج فلا يتصور البيع إلى أحد الشركاء فهنا تنفي الحكمة من الاسترداد<sup>(3)</sup>، وهي منع أي أجنبي من الدخول مع باقي الشركاء في المال الشائع فالبيع يجب أن يكون لأجنبي وتكون الحصة الشائعة محل التصرف محل الاسترداد كاملة فلا يمكن للشركاء أو الشريك استرداد جزء منها.

### 4 – وجوب كون المسترد أحد الشركاء:

إن حق استرداد الحصة الشائعة المتصرف فيها بالبيع من طرف أحد لشركاء مقر للشريك في الشيوع سواء كان أصلياً أم شريكاً جديداً<sup>(4)</sup>، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته بحيث

#### ب. إجراءات حق الاسترداد

بالرجوع دائماً إلى نص المادة 721 من ق م ج : «للشريك... وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلام...» ،يستوجب على الشريك الذي يريد استرداد المبيع من يد الأجنبي ان يعلن رغبته في الاسترداد لكل من الشريك البائع و المشتري خلال 30 يوم من تاريخ علمه بالبيع و الآ

(1) قاسم محمد حسين، المرجع السابق، ص 135.

(2) أحمد خليل محمود، المرجع السابق، ص 31.

(3) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 537.

(4) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8، ص 857.

سقط حقه و اصبح بيع الحصاة الشائعة للأجنبي بيعا تاما لا يجوز الاسترداد فيه (1) ، إلا ان تاريخ بداية سريان مدة 30 يوم تختلف حسب الفرضين :

**الفرض الأول:** اذا قام الشريك في الشيوغ الذي تصرف في حصته الشائعة بإعلام باقي الشركاء ببيعه لأجنبي ، ففي هذه الحالة يبدأ حساب سريان الميعاد من هذا التاريخ .

**اما الفرض الثاني** فإذا لم يقم الشريك في الشيوغ بإعلام باقي الشركاء بتصرفه فيبدأ حساب سريان الميعاد ، من تاريخ علم احد الشركاء ، و اعلان الرغبة في الاسترداد قد يكون شفاهة او كتابة على يد محضر ، فالمشرع لم يشترط شكلا معيناً .

لكي يتم الاسترداد على المسترد دفع الثمن و المستحقات و إذا امتنع عن ذلك جاز لصاحب الشأن أن يرفع دعوى يطالبه فيها بالدفع، أما إذا دفع المسترد الثمن و الملحقات ورفض الطرف الآخر تسليمه الحصاة الشائعة فيحق للمسترد رفع دعوى يطالب فيها بثبوت حق الاسترداد و التسليم (2) ، ومتى تم الاسترداد وبمقتضى المادة 721 من ق م ج، حل المسترد محل المشتري الأخير في جميع الحقوق و الالتزامات وذلك بأثر رجعي أي من وقت البيع (3) .

### ج - آثار حق الاسترداد :

يترتب عن حق الاسترداد آثار هامة سواء في العلاقة بين المسترد والمسترد منه وبين البائع والمشتري وبين المسترد و البائع:

- 
- (1) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 32.
  - (2) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8، ص 860.
  - (3) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 538.

## - العلاقة بين المستردّ و المسترد منه:

- يلتزم المسترد بدفع الثمن للمشتري: إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع قبل الاسترداد فإن المسترد ملزم برده إليه من يوم الدفع كما يدفع له ما تحمله من نفقات.
- يلتزم المشتري برد الثمار التي تحصل عليها منذ البيع إلى تاريخ الاسترداد (1).
- تسقط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة كحق الانتفاع و الرهن لأن الاسترداد يطهر المبيع من هذه الحقوق طبقاً للأثر الرجعي له .
- لا يلتزم المشتري بضمان الاستحقاق للمسترد ، و انما للمسترد الرجوع على البائع بالضمان (2).

## - العلاقة بين البائع والمشتري:

- تقتضي حقوق المشتري التي كانت له على البائع لأنها أصبحت للمسترد.
- تزول التزامات المشتري تجاه البائع.
- عودة العلاقة بين البائع و المشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع .

## 3- العلاقة بين المسترد والبائع:

- يلتزم المسترد بكل ما يترتب على البائع من حقوق و التزامات لأنه أصبح خلفاً خاصاً له كالتزاماته بأداء الثمن للبائع.
- يلتزم البائع بنقل ملكية إلى المسترد فإذا كان منقولاً انتقلت ملكيته من وقت إبرام عقد البيع أما إذا كان المجموع يشمل عقار ولم يشهر، وتم الاسترداد ، تنتقل الملكية للمسترد من تاريخ الاسترداد لا

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 131.

(2) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص 162.

من تاريخ البيع أما إذا شهر المشتري عقد البيع<sup>(1)</sup>، فإنه يكفي التأشير على هامش السجل العقاري بحكم الاسترداد و طبقا للأثر الرجعي تنقل الملكية من تاريخ الشهر لا من تاريخ التأشير.

### ثانيا: حق الشفعة

نظم المشرع الجزائري أحكام حق الشفعة في المواد 794 و 807 من ق م ج ،و اعتبرها في نص المادة 794 من ق م ج على أنها:«الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط و المنصوص عليها في المواد التالية». أما حق الشفعة فقد نص عليه في المادة 795 « يثبت حق الشفعة ... للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.... »<sup>(2)</sup>. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 1794 مؤرخ في 1997/11/11<sup>(3)</sup>

يحق للشريك في الشيوخ الحق في أن يشفع العقار المشاع إذا بيع لأجنبي وذلك وفقا لشروط.

**أ: شروط حق الشفعة :** نستشف من نص المادة 795 ق م ج شروط يجب توفرها لممارسة حق الشفعة في الملكية الشائعة. تتمثل في:

**1 – أن تكون الملكية شائعة:** أي حالة الشيوخ لازالت قائمة وقت البيع ، فإذا تمت القسمة و زالت حالة الشيوخ تصبح حصة مفرزة فيصبحون جيرانا فلا يحق لهم ممارسة حق الشفعة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 194838. الصادر بتاريخ 2000/05/31<sup>(4)</sup>.

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8، ص 867.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 1794 مؤرخ في 1997/11/11، نشرة القضاء، العدد 54، 1999، ص 93.

(4) ينص القرار على مايلي: « لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوخ و عليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية ثابتة»، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الإجتهااد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول الأول، ص 241-244.

## 2 – أن يكون التصرف بيعا لحصة شائعة:

هذا ما اشترطته المادة 795 / 2 من ق م ج «للشريك... إذا بيع...» لكي يتمكن أحد الشركاء استرداد الحصة الشائعة عن طريق الشفعة يجب أن يكون التصرف فيها بالبيع ، فلا شفعة في التصرفات الأخرى سواء كانت هبة أو وصية أو مقايضة، فوجود البيع الصحيح التام الذي جميع استوفى جميع أركانه وشروطه القانونية هو الذي يتطابق مع الشفعة (1).

هناك تساؤل حول مدى جواز الشفعة في حالة الوعد بالبيع المستوفى شروطه بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذه المسألة نجد المحكمة العليا في قرارها رقم 130337 الصادر بتاريخ 1995/01/10 (2)، التي قضت بعدم جواز الوعد بالبيع.

بالرغم من أن الشفعة تكون في البيع فقط لكن يستثنى منها البيع بالمزاد العلني والبيع الواقعة بين الأصول والفروع و بين الزوجين والأقارب لغاية الدرجة الرابعة طبقا لنص المادة 798 ق م ج (3).

## 3- أن يكون الشفيع شريك وقت صدور التصرف:

يجب أن يكون الشفيع شريكا أثناء صدور التصرف بالبيع فعليه إثبات ذلك قبل اتمام عقد

البيع فإذا أصبح مالكا بعد العقد هنا لا تثبت له الشفعة. (4)

## 4 – أن يكون المشفوع فيه (5) عقارا شائعا:

---

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 9، ص 553.

(2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، قرار رقم 130337، الصادر بتاريخ 10 / 1 / 1995، المجلة القضائية، 1995، العدد 1، ص 196.

(3) انظر المادة 798 من الامر رقم 75-58..

(4) منصور محمد حسين ،المرجع السابق،ص518.

(5)المشفوع فيه:المال الذي يستند اليه الشفيع في اخذ الشفعة.



بمعنى أن لا يكون المال الشائع منقولاً أو مجموع من المال المنقول الذي يشتمل على عقار ففي هذه الحالة نطبق أحكام الاسترداد في المادة 721 ق م ج . بل عقار معين بالذات شائعاً قبل و أثناء التصرف بالبيع<sup>(1)</sup>.

## 5- أن يكون المشفوع منه<sup>(2)</sup> أجنبياً عن الشركاء:

الحكمة من تقرير حق الشفعة هي الحيلولة دون دخول الأجنبي بين الشركاء في الشروع، و البيع الحاصل للشريك في الشروع يعد تعارضاً للحكمة من الشفعة و بالتالي غير جائز فالمشرع عمل على تضيق نطاق الشفعة<sup>(3)</sup>.

### ب: إجراءات الشفعة:

أضع المشرع الجزائري حق الشفعة إلى إجراءات نظمها في 799 – 802 من ق م ج :

تطبيقاً لنص المادة 799 من ق م ج فالشريك الذي يريد ممارسة حقه في الشفعة لاسترداد المشفوع فيه لأجنبي أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع و المشتري خلال 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي تلقاه من البائع و المشتري ،و يمكن تمديد الأجل إذا اقتضى الأمر ذلك ،و إذا انقضت المدّة سقط حقه في الشفعة، والإنذار يكون في شكل رسمي لدى المحضر القضائي<sup>(4)</sup>.

تنص المادة 801 ق م ج «يجب ان يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن

طريق كتابة الضبط،و الآ كان هذا التصريح باطلا ،ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً.

---

(1) هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا ،قرار رقم 155181، مؤرخ في 1997/11/18، نشرة القضاة، العدد 1999، 54، ص 78.

(2) المشفوع منه: الشخص الذي يؤخذ منه العقار المشفوع فيه.

(3) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 9، ص 553.

(4) كالم أمينة، المال الشائع، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2006، ص 35.

يجب ايداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوم على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط ان يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.»<sup>(1)</sup>.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 186433 الصادر بتاريخ 16/06/1990 «ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ التصريح بالرغبة في الشفعة يجب ان يكون بموجب عقد رسمي و الإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط»<sup>(2)</sup>.

باستقراء المادة 801 من ق م ج يتبين أنه إذا أُنذر الشفيع بوقوع البيع ، وجب عليه :

- اعلان رغبته الى كل من البائع و المشتري و يكون رسميا يتم عن طريق المحضر القضائي ، يعلم به الموثق و إلا كان باطلا إلا إذا كان مسجلا .

بجب على الشفيع أن يدفع ثمن البيع و المصاريف اللازمة ووضعا بين يدي الموثق خلال 30 يوم من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة و يكون قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في ممارسة الشفعة.

بعد ذلك ، يجب عليه رفع دعوى الشفعة<sup>(3)</sup> ، بصفتها دعوى تهدف إلى حماية

الحق ، في استرداد العقار محل التصرف بالبيع لأجنبي

---

(1) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 186433، مؤرخ في 16/06/1990، المجلة القضائية، عدد 1، الجزائر، 2000، ص 111.

(3) ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 39.

تنص المادة 802 ق م ج «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري من طرف الشفيع وذلك امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 والآن سقط الحق»<sup>(1)</sup>.

يتضح من المادة أعلاه أنه ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري من طرف الشفيع و ذلك امام المحكمة التي يقع في دائرتها العقار ،خلال مدة محددة ب 30 يوم من تاريخ الإعلان عن الرغبة في الاخذ بالشفعة المنصوص في المادة 801ق م ج ،وإذا تعدت تلك المدّة سقط حق الشفيع فيها.

أخيرا و فيما يخص الحكم في دعوى الشفعة فقد نصت المادة 803 من ق م ج «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري»<sup>(2)</sup>.

أن الحكم الذي يصدر في دعوى الشفعة بثبوت حق الشفعة لمصلحة الشفيع هو حكم نهائي يكون سندا لملكية الشفيع و يخضع لقواعد الشهر العقاري<sup>(3)</sup>.

### ج. آثار الشفعة:

رتب المشرع الجزائري آثار الشفعة في المواد 804 و 806 من الق م ج :  
حيث نصت المادة 804 ق م ج على : «يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع

---

(1) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) هرجي مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض و الصيغ القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993، ص 171.

حقوقه و التزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء  
البائع ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة « (1).

عندما تثبت الشفعة للشفيع يحل الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق و ما عليه من التزامات و يلتزم  
المشتري بتسليم محل البيع في حالته عند البيع، كما يكون البائع ملزم بضمان الاستحقاق لصالح  
المشتري في حالة تعرض الغير لحق الشفيع (2).

المادة 805 من ق م ج «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الاعلان  
بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو  
مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الاعلان عن الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب  
الإزالة و إذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا يدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو  
نفقات الغراس» (3).

أي يكون الشفيع ملزما بدفع ما دفعه المشتري للبناء في ذلك العقار أو الغرس فيه إذا كان  
البناء أو الغرس قبل الاعلان برغبة الشفيع بالشفعة أما إذا كان البناء أو الغرس بعد إعلان المرء الشفيع  
رغبة في الشفعة فهنا بخير إذا ما كان يريد إزالة الغراس أو البناء أو الإبقاء عليه مع دفع ثمن الأجرة و  
الأدوات البناء (4).

---

(1) أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) ربيع فتيحة، قدوح شريفة، المرجع السابق، ص 51.

(3) أمر رقم 75\_58، الرجوع السابق.

(4) ربيع فتيحة، قدوح شريفة، المرجع السابق، ص 58.

المادة : 806 « لا تكون حجة على الشفيح الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك تم بعد تاريخ شهر الاعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار»<sup>(1)</sup>.

تحدد هذه المادة بعلاقة الشفيح بالغير ذلك أنه لا يمكن أن يحتج على الشفيح بكل التصرفات التي صدرت من المشتري أو ما ترتب عليه من حقوق كالرهون و الاختصاصات إذا كانت قد تمت بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة<sup>(2)</sup>.

---

(1) امر رقم 78-58، المرجع السابق.

(2) هرجي مصطفى مجدي، المرجع السابق، ص 197.

## المبحث الثاني

### تصرف الشريك في جزء مفرز و في كل المال الشائع

يجوز للشريك في الشيوخ أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع أو كله و ذلك بنقل ملكيته أو بترتيب حق عيني، ما يسبب ضررا يمس بحقوق سائر الشركاء و حقوق المتصرف إليه ، إذا زادت الحصة التي تصرف فيها الشريك عن حصته.

لهذا نلقي الضوء على حكم تصرف الشريك في جزء مفرز، مبينين آثاره على حقوق باقي الشركاء في (المطلب الأول) ، أما (المطلب الثاني) سندرس حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع، مع بيان آثاره على حقوق باقي الشركاء.

### المطلب الأول

#### حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

طبقا لنص المادة 2/714 من ق م ج فقد أجاز المشرع التصرف<sup>(1)</sup> في جزء مفرز من المال الشائع، فهذا التصرف صحيح نافذ بين المتعاقدين ، لكن غير نافذ في حق باقي الشركاء باعتبار أنه يمس بمصالحهم<sup>(2)</sup>، لكن المادة بينت حكم التصرف بعد القسمة فقط، حيث نميز حالتين أولهما جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا (الفرع الأول) و ثانيهما حالة علم المتصرف إليه ان الشريك يملك المبيع مفرزا (الفرع الثاني) و ما يترتب عنهما من آثار (الفرع الثالث). لكنها تجاهلت تماما حكم التصرف قبل القسمة، ما فتح المجال لشرح القانون بالتوسع في هذه النقطة

---

(1). "التصرف" تشمل جميع التصرفات بما فيها البيع، الهبة، الرهن.

(2) بوغيدن صابين، المرجع السابق، ص37.

## الفرع الأول

### حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع شائعا

عند تصرف الشريك البائع في جزء مفرز من المال الشائع بقدر حصته ظنا منه أن هذا الجزء سيقع في نصيبه بعد القسمة لصالح المتصرف إليه. نميز حالتين:

- الحالة الأولى: التي يجهل فيها أن الجزء المبيع شائعا قبل قسمة المال الشائع فإنه قد

يكون وقع في غلط جوهرى ، بحيث ظن أن البائع يملك المبيع مفرزا لا شائعا<sup>(1)</sup>، مثال ذلك

: شريكان يملكان أرضا في الشيوع بنسبة النصف، فيقوم الراغب في التصرف بتحديد جزء من

تلك الأرض بمقدار النصف، و تصرف فيها لفائدة شخص يجهل تماما حالة الشيوع، فهنا

يحق للمشتري (المتصرف إليه) طلب إبطال البيع لأنه وقع في غلط جوهرى<sup>(2)</sup> في محل

البيع، و ذلك وفقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 81<sup>(3)</sup> من الق م ج لأنه لو علم لربما

امتنع عن التعاقد، كما يجوز للمشتري في هذه الحالة يجيز التصرف وفقا لنص المادة 100

من الق م ج<sup>(4)</sup>، و بالتالي يكون العقد صحيحا نافذا.

- الحالة الثانية: التي يجهل المتصرف إليه أن الجزء المبيع شائعا بعد القسمة هنا نجد

إحتمالين هما:

---

(1) أحمد خليل محمود، المرجع السابق، ص 33.

(2) أنظر المادة 82 من الامر 75-58، المتضمن القانون المدني.

(3) تنص المادة على ما يلي: « يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله.»

(4) تنص المادة على ما يلي: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي

تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.»

أ- الاحتمال الاول: وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع: هنالا تثار أي مشكلة بحيث تنتقل بالحيازة ملكية الجزء المفرز إلى المشتري في المنقول، و يعد تصرفا صحيحا و نافذا (1)، فيما يخص العقار فتنتقل ملكيته بمجرد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر.

ب- الاحتمال الثاني: عدم وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة: في هذه الحالة و اعمالا بنص المادة 2/714 من الق م ج فيحق له طلب ابطال العقد لوقوعه في غلط اعمالا للقواعد العامة المذكورة سابقا. كما يجوز له إجازة ذلك التصرف، و عليه ينتقل نصيبه في المبيع إلى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك البائع. (2)

## الفرع الثاني

### حكم علم المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع شائعا

إذا تصرف الشريك البائع في جزء مفرز من المال الشائع لصالح المتصرف إليه، لأنه توقع وقوع المبيع في نصيبه بعد القسمة، فإنه يجب التمييز بين حالتين أيضا: -الحالة الاولى: علم المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع شائعا قبل القسمة: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى حكم التصرف قبل القسمة و إعمالا للقواعد العامة فإنه لا يمكن تصور أن المشتري قد وقع في غلط على أساس علم بحالة الشروع، و علم أن البائع تصرف فيما يملك و لا

---

(1) العبيدي علي هادي، المرجع السابق، ص 65.

(2) لكن المشرع لم يحدد أساس هذا الإنتقال، بما أدى إلى ظهور آراء مختلفة: فهناك من يرى أن أساس هذا الانتقال هو وحدة المحل، أي أن الشريك في الشروع يتصرف فيما يملك سواء كان المال معين عند التصرف أو بعد القسمة؛ و منهم من يرى أنه عبارة عن نقل التزام، فإذا تصرف الشريك في جزء ثم بعد القسمة اختص المتصرف بجزء آخر غير الذي تصرف فيه، فهو تصرف في ملك الغير و عليه فليس له حق ملكية. لكن الرأي الراجح و القريب إلى نص المادة 2/714 السابقة الذكر هو فكرة الحلول العيني، خاصة إذا كان التصرف بترتيب حق عيني، و هذا ما يتوافق و المادة 2/890 السالف ذكرها.



يملك<sup>(1)</sup>؛ هنا يكون البيع صحيحا فيما بين المشتري و البائع في كل الجزء المفرز المبيع عن طريق الأثر الكاشف للقسمة ،غير نافذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق حصصهم الشائعة في الجزء المفرز من المبيع لأن البائع تصرف فيما لا يملك ، و لأن المتصرف إليه ليس جاهلا بحالة الشيوع.

غير أنه يجوز لباقي الشركاء في الشيوع رفع دعوى الإستحقاق ضد كل من البائع و المشتري يطالبون فيها بإستحقاق حصصهم الشائعة في الجزء المفرز المبيع.

كما يجوز لهم إجازة التصرف بالبيع الصادر من الشريك ، فيصبح البيع نافذا بحق حصصهم الشائعة أيضا و تنتقل ملكية الجزء المفرز للمشتري بالحيازة في المنقول و بعد إتمام إجراءات الشهر و التسجيل في المحافظة العقارية بالنسبة للعقار<sup>(2)</sup>.

- الحالة الثانية: علم المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع شائعا بعد القسمة:

نجد فرضين إثنين:

أ- الفرض الأول: وقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك البائع : هنا ملكية الجزء المفرز المبيع تنتقل إلى المشتري بتمام إجراءات التسجيل و الشهر<sup>(3)</sup>.

ب-الفرض الثاني: هو عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف البائع بل وقع في نصيب الشركاء الآخرين . الأصل في هذه الحالة عدم إجبار المشتري بقبول الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك البائع ، الذي لم يكن محل البيع. و بالتالي فله الحق بطلب الفسخ أو الإبطال على أساس أنه صدر من غير مالك.

---

(1) يكن زهدي، المرجع السابق، ص153.

(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص130.

(3) محمد شهاب عبد القادر، المرجع السابق، ص 140.

لكن تطبيقاً للمادة 2/714 السابقة الذكر أقر حكماً خاصاً مختلفاً عن الأصل ، حيث أن ملكية الجزء المفروز الذي لم يكن محلاً للبيع إذا ما وقع في نصيب المتصرف البائع فتنقل ملكيته إلى المشتري ، فيحل الجزء المفروز المبيع، بإعتبار المشتري عالماً بحالة الشيوخ مسبقاً ورضي بذلك أي بما سيترتب عن القسمة<sup>(1)</sup>. أما المادة 2/890 من الق م ج، فقد فصلت و أخذت نفس الحكم فيما يخص الرهن كحق عيني.

### الفرع الثالث

#### آثار تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع

إن الإقرار بصحة تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع بين المتعاقدين و عدم نفاذه في مواجهة الشركاء، يرتب آثاراً سواء بين المتعاقدين، أو بالنسبة لباقي الشركاء.

#### أولاً: آثار التصرف بين الطرفين:

تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع صحيحاً نافذاً بينه و بين المتصرف إليه على أساس أنه صادر من مالك و يرتب آثاره بين المتعاقدين سواء قبل القسمة أو بعدها<sup>(2)</sup> تتمثل في:

**1\_ حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط:** يحق للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف على أساس الغلط في حالة واحدة فقط هي حالة جهل المتصرف إليه بالشيوخ، سواء كان ذلك قبل القسمة أو بعدها على أساس أنه إذا علم بحالة الشيوخ لما تعاقد<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 35.

(2) سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص 129.

(3) يكن زهدي، المرجع السابق، ص 154-155.

2\_ **عدم حلول المتصرف إليه شريكا في الشيوخ:** إن تصرف الشريك في الجزء المفرز يعد صحيحا بين طرفيه و لكن غير نافذ في حق باقي الشركاء، و تبقى الآثار المترتبة محصورة بين المتعاقدين فقط، فإذا كان التصرف مثلا بيعا، فالمشتري لا يحل محل الشريك المتصرف<sup>(1)</sup>. يترتب عن ذلك ما يلي:

أ\_ لا يكون للمتصرف إليه الحق في المشاركة في أعمال الإدارة أو التصرف في المال الشائع، ولا يعتد بصوته في حساب الأغلبية اللازمة للتصرف فيه و لا في إدارته، خاصة أعمال الإدارة غير العادية، كما لا يكون له حق طلب القسمة ، بل تبقى هذه الحقوق للمتصرف لأنه لم يفقد صفة الشريك في الشيوخ.

ب\_ **عدم تمتع المتصرف إليه بحق ممارسة رخصة الشفعة و الإسترداد:** تعد نتيجة حتمية لعدم حلول المتصرف إليه محل المتصرف، لكن يمكن للمتصرف إليه أن تثبت له رخصة الشفعة بسبب الجوار، إذا ما توفرت جميع الشروط القانونية على أساس أن التصرف في جزء مفرز من المال الشائع ينفذ في حق الجيران لعدم وجود ما يمنع ذلك<sup>(2)</sup>.

**ثانيا: آثار التصرف بالنسبة للشركاء.**

من الآثار المترتبة على هذا التصرف بالنسبة للشركاء مايلي :

1- **عدم ثبوت حق طلب إبطال التصرف للشركاء:** بإعتبار أن الشركاء ليسوا أطراف في هذا التصرف، فلا يمكن طلب بطلان التصرف على أساس الغلط.

2\_ **حق باقي الشركاء في رفع دعوى الإستحقاق:** يقصد بدعوى الإستحقاق تلك الدعوى العينية للمطالبة بملكية عقار صار تحت يد الغير نتيجة لتصرف ما ، يقوم بها من يدعي ملكية عقار ما ضد المتصرف و المتصرف إليه لما في ذلك التصرف من مساس و إعتداء على حقوق باقي الشركاء. و ترفع هذه

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص160.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 162.

الدعوى في أي وقت دون التقيد بأجل محدد (1). تثبت دعوى الإستحقاق بمحرر رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية المنصوص، غرضها تأكيد حقوق الشركاء الشائعة و ليس منع التصرف و على هذا فلا يجوز للمشتري أن يحتج بعقده في مواجهة سائر الشركاء ، و لا يجوز أيضا للدائن المرتهن الإحتجاج بالرهن الذي رتبته الشريك.

### 3\_ عدم تمتع الشركاء بحق إسترداد الجزء المفرز المتصرف فيه و لا برخصة الشفعة: جاء نص

المادة 721 من ق م ج واضحا: « للشريك في المنقول الشائع... أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي... »، فلا يصح التصرف إلا إلى ما إتجهت الإرادتين (2).

أما فيما يخص الشفعة فإن المشرع الجزائري في المادة 795 من ق م ج فقد أورد مصطلح "جزء"، و هو لفظ عام قد ينصرف إلى جزء مفرز أو حصة شائعة، ما أدى إلى إختلاف آراء شرّاح القانون؛ فهناك من يرى أن لفظ "جزء" يشمل الجزء المفرز، و بالتالي فلهم الحق في ممارسة رخصة الشفعة؛ و هناك من يرى أن المقصود ب "جزء" هو الحصة الشائعة، فلا يثبت حق الشفعة للشركاء، معللين في ذلك أن الشفعة ما هي إلا طريق إستثنائي أقره المشرع لحكمة معينة.

### 4\_ حق الشركاء في إقرار التصرف: يملك الشركاء القدرة على إقرار ذلك التصرف و إجازته بإجماعهم أو إجماع أغليبيتهم.

قد يقدم الشريك على رهن حصته المفرزة رهنا رسميا قبل القسمة، ففي هذه الحالة وضع المشرع الجزائري حكما خاصا نص عليه في المادة 890/2 من ق م ج و التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى العين التي آلت إلى الراهن عن طريق القسمة، و في حالة عدم وقوع القسمة على تلك العين، ينتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، و يجب

(1) مصطفى محمد الجمال، ص 134.

(2) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 9، ص 550.

على الدائن أن يبين هذا القدر بأمر على عريضة، مبينا فيها القدر الذي إنتقل إليه الرهن عند إجراء القسمة، و يتقيد بمدة 90 يوم من تاريخ إخطاره (1)

## المطلب الثاني

### حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع

لم يتعرض المشرع الجزائري الى حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع، و تبعا للأصل بأن للشريك في الشبوع ملكية حصته الشائعة ملكا تاما و له أن يتصرف فيها سواء كانت مفرزة أو شائعة، و لورود كلمة « جزء » في م 2/714 التي قد يكون مساويا لحصة الشريك الشائعة أو يفوقها، فمن المنطقي القياس على المادة 2/714 و القول بصحة التصرف الشريك في كل المال الشائع و نفاذه بين الطرفين و عدم نفاذه في مواجهة الغير في حدود حصصهم (2).

كما قد يحدد هذا التصرف فيما اذا كان المتصرف اليه يعلم بحالة الشبوع (الفرع الاول)، أم لا يعلمها (الفرع الثاني)، و هذا ما سنعرضه مع تبيان الآثار المترتبة عن تصرف الشريك في كل المال الشائع (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### حكم جهل المتصرف اليه أن المتصرف يملك المبيع شائعا

قد يتصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع ببيعه مثلا لفائدة المشتري و كان هذا الأخير يجهل أن البائع شريكا في العقار الشائع، و اعتقد أن البائع يملك العقار ملكية مفرزة تامة، فهنا

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8 ، ص 875.

(2) وهاب عياد، المرجع السابق، ص 53.

نقول أن المتصرف اليه وقع في غلط جوهري في محل البيع<sup>(1)</sup>، فلو علم بحالة الشيوخ ع لما تعاقد مثلاً و بالتالي فيحق له طلب ابطال البيع على أساس الغلط وفقاً لنص المادة 81 ق م ج.

يجوز للمشتري أيضاً طلب ابطال البيع فيما يخص حصص باقي الشركاء و ترك الحصة

العائدة للمتصرف للبائع، ذلك لأن المتصرف قد يتصرف في ملك الغير وفقاً لنص المادة 397 ق م،

ج<sup>(2)</sup>، وهذا الحق يكون للمشتري فقط كما يجوز له طلب التعويض عما لحقه من ضرر وذلك بعد الحكم

بابطال ذلك البيع.

## الفرع الثاني

### حكم علم المتصرف اليه بحالة الشيوخ

في هذه الحالة المتصرف اليه المشتري يكون عالماً بحالة الشيوخ وقت إبرام العقد بحيث

يعلم أن المتصرف البائع شريكاً في الشيوخ، هنا لا يستطيع طلب ابطال العقد على أساس الغلط لأنه

كان عالماً بحالة الشيوخ، فكان يعتقد أن المبيع سيؤول إلى المتصرف البائع كله ثم تنقل إليه الملكية<sup>(3)</sup>.

يمكن للمتصرف البائع أن يكتسب ملكية المال الشائع كله أي ملكية بقية حصص الشركاء الآخرين و

ذلك بأي سبب من أسباب اكتساب الملكية<sup>(4)</sup>، فيتحقق ما كان يعتقد المتصرف اليه و يحقق الهدف من

البيع و قد تنتقل الملكية باقرار سائر الشركاء مقابل دفع ثمن المبيع كل بخصته.

---

(1) أحمد خليل محمود، المرجع السابق، ص 35.

(2) تنص المادة كما يلي: « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببينه و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري. »

(3) شهاب عبد القادر، محمد بن عبد القادر محمد، المرجع السابق، ص 140.

(4) قد يحصل التصرف على ملكية المال الشائع كله لأي سبب من أسباب التملك، كإجراء حصص باقي الشركاء أو إنتقالها إليه بموجب الميراث أو الوصية أو الهبة

و اذا لم يتحصل المتصرف الشريك على باقي الحصص، فللمتصرف اليه أن يقوم بطلب فسخ عقد البيع لأن ارادته كانت غير ذلك، يمكن أيضا أن يبقي على الحصة التي ألت للبائع و يقبل بها مقابل دفع ثمنها<sup>(1)</sup>.

تجدر الاشارة أن حقوق الشركاء في المال الشائع هي نفسها و بالتالي تصرف الشريك منفردا بكل المال الشائع و ان كان صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في مواجهة الشركاء في حدود حصصهم لما في ذلك من أضرار لمصالحهم و مساس بحقوقهم<sup>(2)</sup>، و هذا ما ذهبت اليه المادة 714 ق م ج .

### الفرع الثالث

#### آثار تصرف الشريك في كل المال الشائع

ان القول بصحة تصرف الشريك في كل المال الشائع و عدم نفوذه في حق سائر الشركاء بما يعادل حصصهم يحيلنا الى دراسة الأثار المترتبة على هذا التصرف سواء بين طرفي العقد أو بالنسبة لباقي الشركاء.

#### أولا: آثار التصرف بين الطرفين:

ان لاعتبار تصرف الشريك في كل المال الشائع صحيح و نافذ بين الطرفين قابل للابطال على أساس الغلط نافذ بحق الشركاء بما يعادل حصة المتصرف يرتب آثار أهمها:

(1) شهاب عبد القادر، محمد بن عبد القادر محمد، المرجع السابق، ص 140.

(2) سوار محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 127-128.

1. **حق المصرف اليه طلب ابطال التصرف:** تطبيقا لما جاء في المادة 2/714 ق.م.ج و التي تقضي بجواز طلب ابطال التصرف للمتصرف اليه على أساس الغلط بحيث كان جاهلا بحالة الشيوع و اعتقاده بملكية المبيع المتصرف فيها ملكية مفرزة (1).
- كما يجوز للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف على أساس التصرف في بيع ملك الغير وفقا لأحكام المادة 397 ق م ج (2)، و ذلك فيما يعادل حصص باقي الشركاء.
2. **حق المتصرف اليه في اجازة التصرف:** المادة 100 ق.م.ج تؤكد أن حق الابطال يزول باجازة من تقرر لمصلحته، و قد تكون الاجازة صراحة أو ضمنيا بالسكوت عن طلب الابطال لمدة معينة بحيث يترتب على انقضائه سقوط حق المتصرف اليه في الابطال (3).
3. **حلول المتصرف اليه محل المتصرف:** اذا كان التصرف ناقل للملكية فالمتصرف اليه المشاركة في أعمال الادارة عادية أو غير عادية فهو محل المتصرف و يؤخذ بصوته في حساب الأغلبية و له الحق في طلب القسمة (4).
4. **حق المتصرف اليه في طلب التعويض:** اذا حكم بالبطان الذي طلبه المتصرف اليه ، فوفقا للقواعد العامة يجب اعادة العقد الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، بحيث يرد المتصرف اليه العين المتصرف فيها بينما يرد المتصرف ثمن تلك العين.

---

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8، ص 878.

(2) تنص المادة على ما يلي: « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء و لو أجازته المشتري.»

(3) السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 879.

(4) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص 216.



كما يجوز للمتصرف اليه طلب تعويض عن الخسارة التي لحقت له اثر هذا البطلان<sup>(1)</sup>، و ما فاتته من كسب

5 - تمتع المتصرف اليه بحق فسخ العقد: على أساس أن ارادة المتصرف اليه ذهبت الى غير ما نتج بحيث أن المتصرف لم يستحصل بملكته العين المتصرف فيها.

### ثانيا: آثار التصرف بالنسبة لباقي الشركاء:

من الآثار المترتبة عن تصرف الشريك في كل المال الشائع بالنسبة للشركاء ما يلي:

1. عدم تمتع الشركاء بحق طلب ابطال التصرف: باعتبار أنهم ليسوا أطراف في التصرف،

فحق الابطال هو من صلاحية المتصرف اليه فقط لأنه قد يقع في غلط، لكن هذا التصرف لا يعد نافذا بما يعادل حصصهم<sup>(2)</sup>.

2. حق الشركاء في اقرار التصرف: وهذا ما أقرته م 720 ق م ج بحيث " للشركاء

الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه..." و

بالتالي ينفذ التصرف في حقهم جميعا لأنه يعتبر قبولا و عليه يزول حق المتصرف اليه طلب الابطال لزوال سببه<sup>(3)</sup>.

3. حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق: و هدفها تأكيد الحقوق الشائعة للشركاء و

استردادها من المتصرف اليه باعتبارهم ملاكاً لها لكن طلب الاستحقاق يقتصر فقط على حصصهم دون حصة المتصرف<sup>(4)</sup>.

---

(1) فالمتصرف إليه يتضرر في كل حالات الإبطال، لأنه لم يكن عالماً بالشيوع، و هي الحالة التي أجاز المشرع فيها للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف.

(2) النشار جمال خليل، المرجع السابق، ص 216.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 146.

(4) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الجزء 8، ص 880.

4. حق الشركاء في رفع دعوى ثبوت الملكية و عدم نفاذ التصرف: و ذلك فيما يفوق

حصة المتصرف دون انتظار القسمة.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التصرف في المال الشائع، نخلص أن الأصل في هذا التصرف يكون بإجماع الشركاء، و في حال تعذر ذلك أجاز المشرع للأغلبية المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع إقرار التصرف بجميع أوجهه ، مع استنادهم لأسباب قوية ،ضمانا وحماية للأغلبية من تعنت الأقلية،لكن المشرع لم يحصر هذه الاسباب وترك المجال مفتوح أمام القاضي وأعطاه السلطة المطلقة في تقدير مدى قوة هذه الاسباب.وهذه الاخيرة قد تكون مجحفة في حق الاقلية ما يؤدي الى ضياع حقوقهم،من هنا نلاحظ وجود غموض في المادة 720 السالفة الذكر،يجعلنا نشكك في مدى فعاليتها.

وبالتالي فعلى المشرع ايجاد حل لسد هذا الفراغ و ذلك بوضع احكام أكثر دقة و وضوحا لمنع تعسف اي من الشركاء في الشيوخ سواء الاقلية او الاغلبية ،مع تحديد الاسباب التي يستند اليها الاغلبية للتصرف في المال الشائع.

باستقراء المادة 714 ق م ج ،فان المشرع الجزائري أجاز تصرف الشريك في حصته الشائعة كلها او جزء منها بكل انواع التصرف ،لصالح اي شخص آخر شريكا كان او اجنبي لكن بالمقابل قيد المشرع حرية الشريك بشرط وهو عدم الاضرار بباقي الشركاء وإلا كان التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء.

يكون لباقي الشركاء حق الاعتراض،اذا حل الاجنبي محل المتصرف واستبعاده من الشيوخ واسترجاع الحصة المبيعة و ذلك عن طريق الاسترداد اذا كان المبيع منقولا ،وعن طريق الشفعة اذا كان المبيع عقارا .

جاز للشريك في الشيوخ التصرف في جزء مفرز من المال الشائع ،و يكون صحيحا نافذا بين الطرفين،فاذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك البائع فتنقل الملكية بالحيازة في

المنقول و بتمام اجراءات الشهر في العقار، اما اذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع فافر  
المشروع بانتقال نصيبه الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك البائع.

من خلال دراستنا للمادة 714 ق م ج نستنتج أنها تميزت ببعض القصور فبالرغم من تنظيم المشروع  
لتصرف الشريك في المال الشائع إلا أن الخلاف مستمر حول حكمه حيث حدد التصرف بعد القسمة دون  
الكشف عن حكمه قبلها ، فالمشروع لم يتطرق الى حكم تصرف الشريك في الشيوع قبل القسمة، كما ان  
المادة ليست صريحة بشأن اساس انتقال الحق المتصرف فيه اذا لم يقع الحق الذي افرزت عليه القسمة  
من نصيب المتصرف ، ثم اذا تنوع المال الشائع واشتمل على عقارات و منقولات، و تصرف أحد الشركاء  
في جزء مفرز و هو عقار ، و بعد القسمة وقع في نصيبه سيارة ، فهل نطبق فكرة الحلول العيني أم لا.  
على هذا الأساس يجب على المشروع التعرض إلى هذه النقاط بشيء من التفصيل ليزيل الغموض المحيط  
بالمادة 714/2 و ينظمها و بالتالي يرفع اللبس عنها.

يعتبر تصرف الشريك في المال الشائع جائزا صحيحا و نافذا مرتبا لآثاره بين طرفيه وغير

نافذ في حق باقي الشركاء و لا يرتب آثاره إلا في حدود حصة المتصرف اليه.

# قائمة المراجع

# قائمة المراجع

## أولاً- الكتب :

1. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار المعارف، لبنان، د س ن.
2. أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية و أحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
3. أحمد محمود خليل، ادارة المال الشائع و التصرف فيه،المكتب الجامعي الحديث،مصر،2007.
4. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني:(التأمينات الشخصية العينية)، المجلد 10، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1970.
5. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: (حق الملكية)، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970.
6. العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني : (الحقوق العينية الاصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المنقولة عن حق الملكية) دار الثقافة للنشر، الاردن، 2011.
7. النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق باقي الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.
8. تقية محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، مطابع الخالد للأوفست، السعودية، 2000.
9. تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية : (الكفالة، الرهن الرسمي، حقل الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، مصر، 1974.
10. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: (الهبة، الوصية)، دار هومة، الجزائر، 2014.
11. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 2007.

12. سعيد سعد عبدالسلام، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و التبعية: (حق الملكية فقها و قضاء)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
13. سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الاول، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 1998.
14. طلبة أنور، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، ط4، المكتب الجامعي الجديد، مصر، 2004.
15. قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الاصلية: (حق الملكية: حق الملكية في ذاته، اسباب كسب الملكية)، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
16. كيرة حسن، الموجز في احكام القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية، احكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، مصر، 1998.
17. محمد حسين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
18. محمد شهاب عبد القادر، محمد بن عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008.
19. مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط2، بدون ناشر، 2000.
20. منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
21. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري اللبناني: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
22. هرجي مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض و الصيغ القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993.
23. يكن زهدي، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، ط2، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، د س ن.

## ثانيا : المذكرات الجامعية

1. كالم أمينة، المال الشائع، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2006.



2. عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
3. مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس 2007.
4. ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
5. بوغيدن صابين، النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012.

### ثالثا: المقالات

1. بن الحاج العربي، «حقوق الارتفاق في الدين الاسلامي»، لمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، الجزء 34، كلية الحقوق، الجزائر، 1999.
2. عقوني محمد، « رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا »، مجلة الفكر، العدد العاشر، كلية الحقوق، بسكرة، د س ن.

### رابعا: النصوص القانونية

1. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، صادرة في 19 جوان 1984، معدل و متمم.
2. قانون رقم 91-10، مؤرخ في 27 أفريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر، عدد 21، صادرة في 8 ماي 1991.
3. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26/09/1975، متضمن للقانون المدني، ج ر، العدد 78، صادرة في 30/09/1995، معدل و متمم، بموجب القانون 07-05، مؤرخ في 13/05/2007.

## خامسا : الأحكام و القرارات القضائي

1. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 186043، المؤرخ في 1999/03/24،  
المجلة القضائية، العدد 04 ، 2000.
2. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 186433، مؤرخ في 1990/06/16، المجلة  
القضائية، عدد 1، الجزائر، 2000.
3. المحكمة العليا ،قرار رقم 155181،مؤرخ في 1997/11/18،نشرة  
القضاة،العدد،1999.
4. المحكمة العليا،الغرفة العقارية،قرار رقم 1794 مؤرخ في 1997/11/11،نشرة القضاء  
،العدد54، 1999.
5. المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، قرار رقم 130337، الصادر بتاريخ 10 /1 /  
1995، المجلة القضائية، 1995.
6. المحكمة العليا،الغرفة المدنية،قرار رقم 92343،مؤرخ في 1992\_10\_28،المجلة  
القضائية،عدد1994،1.
7. المحكمة العليا،الغرفة المدنية،قرار رقم 29501،مؤرخ في 1983\_10\_26 ،المجلة  
القضائية،العدد الاول،1989.

# الفهرس

## الفهرس:

- 02.....مقدمة
- 07 ..... الفصل الأول: التصرف الجماعي للمال الشائع
- 07.....المبحث الأول : تصرف جميع الشركاء في المال الشائع
- 08.....المطلب الأول: تصرف الشركاء بالاجماع في المال الشائع بنقل ملكيته
- 08.....الفرع الأول: حكم البيع الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع
- 09.....الفرع الثاني: حكم هبة الشركاء جميعا في المال الشائع
- 11.....الفرع الثالث : حكم الوصية الصادرة من جميع الشركاء في المال الشائع
- 12.....الفرع الرابع: حكم المقايضة الصادرة من الشركاء في المال الشائع
- 13.....الفرع الخامس: حكم الوقف الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع
- 13.....المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين بتقرير حق عيني على المال الشائع
- 14.....الفرع الأول: حكم ترتيب حق عيني أصلي
- 14.....أولا:ترتيب الشركاء جميعا لحق الانتفاع على المال الشائع
- 17.....ثانيا: ترتيب الشركاء جميعا لحق الارتفاق على المال الشائع
- 20.....الفرع الثاني: حكم ترتيب الشركاء جميعا لحق عيني تبعي على المال الشائع
- 20.....أولا:الرهن الرسمي
- 22.....ثانيا: الرهن الحيازي

- 24.....المبحث الثاني: تصرف الأغلبية من الشركاء في المال الشائع.
- 25.....المطلب الأول : شروط نفاذ تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع.
- 25.....الفرع الأول:وجود الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع.
- 26.....الفرع الثاني:وجود الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في المال الشائع.
- 27.....المطلب الثاني: ضمانات الأقلية المعارضة عند تصرف الأغلبية في المال الشائع.
- 28.....الفرع الأول: طبيعة الاعلان الموجه الى باقي الشركاء.....
- 29.....الفرع الثاني:حق الاقلية في الاعتراض على تصرف الأغلبية.....
- 33.....الفصل الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع.....
- 34.....المبحث الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة.....
- 34.....المطلب الأول: حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.....
- 35.....الفرع الأول: حكم نقل الشريك ملكيته حصته الشائعة.....
- 35.....أولا: حكم بيع الشريك لحصته الشائعة.....
- 37.....ثانيا : هبة الشريك لحصته الشائع.....
- 38.....الفرع الثاني: حكم ترتيب حق عيني على الحصة الشائعة.....
- 38.....أولا: حكم ترتيب حق عيني أصلي.....
- 39.....ثانيا: حكم ترتيب حق عيني تبعي.....
- 40.....أ.حق التخصيص.....
- 41.....ب.حق الامتياز.....
- 41.....ج.الرهن الرسمي.....
- 43.....د.الرهن الحيازي.....

- 44.....المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.
- 45.....الفرع الأول: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة للطرفين.
- 46.....الفرع الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة لباقي الشركاء.
- 46.....أولا : حق الاسترداد.
- 47.....أ.شروط حق الاسترداد.
- 48.....ب.إجراءات حق الاسترداد.
- 49.....ج.آثار حق الاسترداد.
- 51.....ثانيا: حق الشفعة.
- 51.....أ.شروط حق الشفعة.
- 53.....ب.اجراءات اشفعة.
- 55.....ج.آثار الشفعة.
- 58.....المبحث الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز و في كل المال الشائع.
- 58.....المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.
- 59.....الفرع الأول: حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا.
- 60.....الفرع الثاني: حكم علم المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا.
- 62.....الفرع الثالث: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.
- 62.....أولا: آثار التصرف بين الطرفين.
- 63.....ثانيا: آثار التصرف بالنسبة للشركاء.
- 65.....المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع.
- 65.....الفرع الأول: حكم جهل المتصرف إليه أن المتصرف يملك المبيع شائعا.

66.....	الفرع الثاني: حكم علم المتصرف اليه بحالة الشيوع.....
67.....	الفرع الثالث: آثار تصرف الشريك في كل المال الشائع.....
67.....	أولاً: آثار التصرف بين الطرفين.....
69.....	ثانياً: آثار التصرف بالنسبة لباقي الشركاء.....
72.....	خاتمة.....
75.....	قائمة المراجع.....
80.....	الفهرس.....