جامعة باجي مختار- عنابة

كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة

قســـم: الحقـــوق

سلطات الشريك في الملكية الشائعة

- دراســـــــة مقارنـــــة -

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص
تخصص قانون عقاري

إعداد الطالبـــة:

مريـــم تومـــي

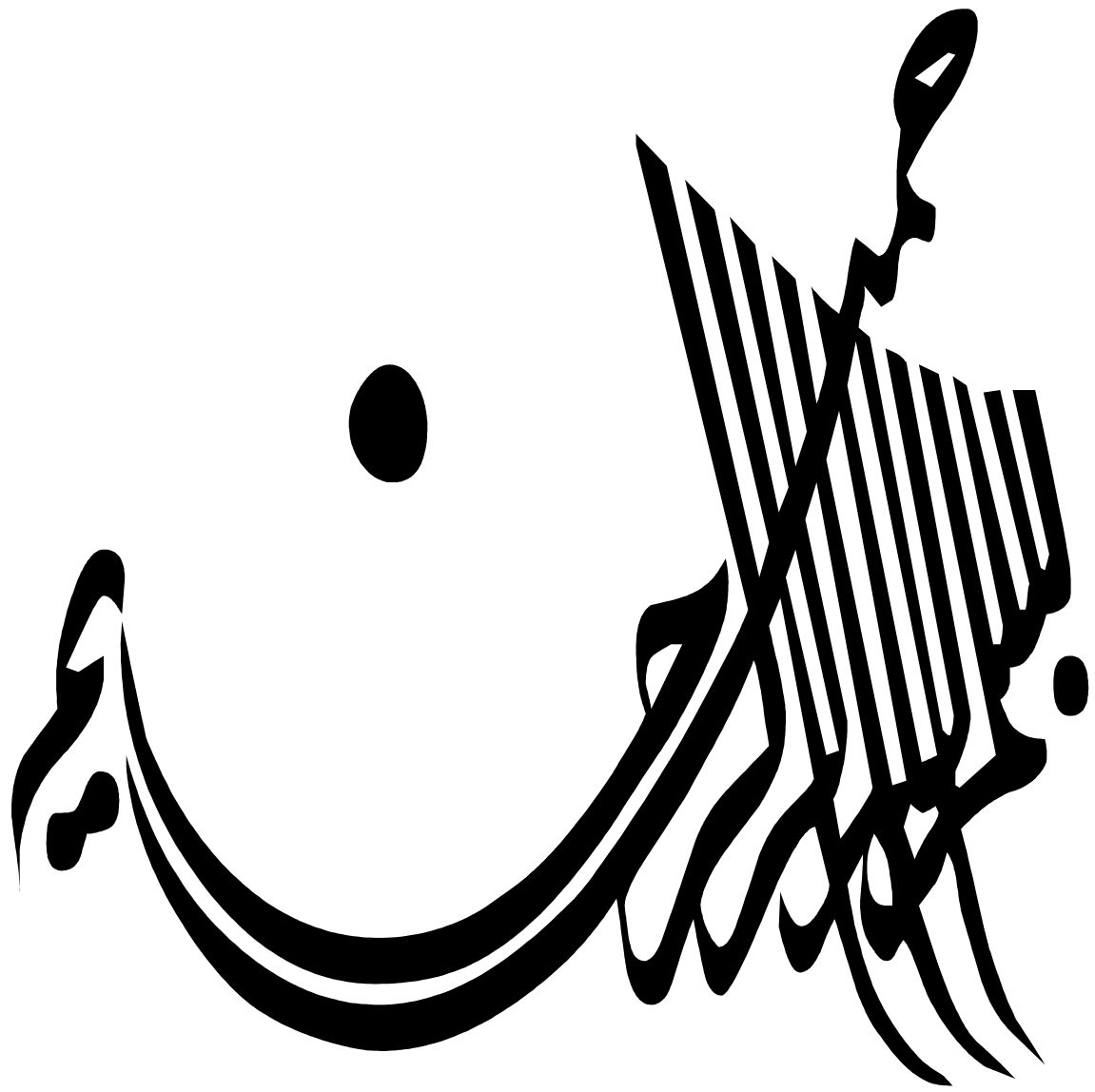
إشراف الأستاذة الدكتورة:

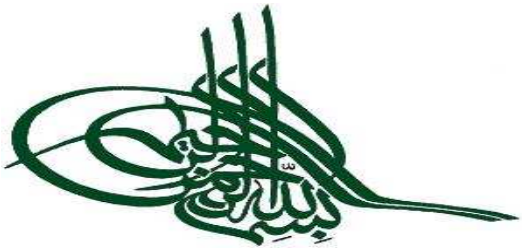
فضيلـــة سحـــري

لجنـــــة المناقشـــة

الاســـــم و اللقـــــب	الجامعـــة الأصليـــة	الصفـــــة
أ. د محمد سعيد جعفور	جامعـــة تيـــزي وزو	رئيســـــا
أ. د فضيلـــة سحـــري	جامعـــة عنابـــة	مشرفا ومقـــررا
أ. د مصطفـــى بوبكـــر	جامعـــة البليـــدة	مناقشـــا
د. عمـــارة بلغيـــث	جامعـــة عنابـــة	مناقشـــا
أ. د محمـــد زعمـــوش	جامعـــة قسنطينـــة	مناقشـــا
أ. د نعيمة عليوش قربوع	جامعـــة عنابـــة	مناقشـــا

السنة الجامعية: 2014-2015





قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ قَالَ لَقَدۡ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعۡجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِۦۖ صلى
وَإِنَّ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلۡخُلَطَآءِ لَيَبۡغِي بَعۡضُهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٍ
إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٞ مَّا
هُمۡۗ قلى وَظَنَّ دَاوُۥدُ أَنَّمَا فَتَنَّٰهُ فَٱسۡتَغۡفَرَ رَبَّهُۥ وَخَرَّ
رَاكِعٗا وَأَنَابَ ۩ ﴿٢٤﴾ ﴾ الآية 24 سورة ص.

مُقَدِّمَة

مُقَدِّمَة

لما كان المال هو عصب الحياة وتقضى به مآربها، وتؤدى به فروض الدين، يسعى الناس ويكدون من أجله، فيتقاربون ويختلفون، فقد اهتمت القوانين المقارنة الوضعية والشريعة الإسلامية بتنظيم طرق كسبه وإنفاقه، ووضعت قواعد منعا للتنازع والشقاق فأرست نظام تملكه ووسائل ذلك وأوجه التصرف والانتفاع به.

والملكية قد تكون مفرزة فردية لشخص المالك وتامة يمارس عليها سلطات حقه الثلاث، من تصرف، واستعمال، واستغلال، أو ملكية جماعية مشتركة، أو شائعة.

إذ تتمثل الملكية المشتركة في ملكية الطوابق والشقق يكتسب كل مالك فيها، حق ملكية خاصة يقع على أجزائه الخاصة، وحق ملكية شائعة على الأجزاء القابلة للاستعمال المشترك بين كل الملاك والشائعة شيوعا جبريا تبعيا.

أما الملكية الشائعة فتتحقق حالة تعدد الشركاء على الشيوع لذات المال، ويكون لكل واحد منهم حصة غير مفرزة عن باقي حصص الشركاء الآخرين، فتصبح بذلك حالة قانونية يثبت فيها حق الملكية لعدة أشخاص دون انقسام الشيء ذاته محل الحق، فيقع حق كل شريك بنسبة نصيبه في الملكية على كل المال الشائع ، حسب نص المادة رقم 713 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها:(إذا ملك اثنان أو أكثر وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك).

لذلك فالملكية الشائعة تجمع بين عناصر الملكية الثلاثة: استعمال واستغلال وتصرف حسب نص المادة رقم 674 قانون مدني جزائري، التي تقابلها المادة رقم 802 قانون مدني مصري.

وقد نظم المشرع المدني في الجزائر أحكام الملكية الشائعة من خلال ثلاثين نص مادة خصصت المواد رقم 714، 715، 716، 718، 719، 720، 721، 733، 734، 735 736، منه لسلطات الشريك في الملكية الشائعة.

وباعتبار الشيوع حالة قانونية ناشئة عن التصرف القانوني أو الواقعة المادية وغيرها، فإن السبب الغالب لوجوده هو الميراث، أين يترتب على وفاة الشخص ترك ورثة يملكون أعيان التركة ملكية شائعة كل بنسبة حصته الموروثة حتى تتم القسمة بينهم.

وإن كانت الملكية الشائعة حالة مؤقتة في أصلها تنقضي بوفاة أحد الشريكين، فإن القسمة اتفاقية كانت أو قضائية تعد الطريق الطبيعي لزوالها بفرز وتجنيب حصة كل مالك عن الحصص في الشيء الشائع محل الملكية، باستثناء حالة كون المال غير قابل للقسمة فلا يمكن الانتفاع به بعد قسمته كالساقية مثلا، ويفضل تركه على حاله.

وفي هذا السياق أضحى من **الأهمية** بمكان القيام بدراسة أحكام سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة بالاستعمال والاستغلال والتصرف، إذ تظهر أهمية الموضوع في الانتشار الواسع للملكية الشائعة في الجزائر خاصة عن طريق الإرث.

هذه الوضعية الاستثنائية وإن كانت مؤقتة وتسبب متاعب للشركاء أثناء إدارة المال الشائع والانتفاع به، فإن الوصول إلى طرق استغلال واستعمال الشريك في الشيوع للمال الشائع وحدود سلطة تصرفه فيه، باعتبار حصته شائعة غير مفرزة، يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة بعدم تعطيل استغلال هذا المال والانتفاع به، وبالتالي استثمار عقاراته وتطوير اقتصاد البلاد بإدخاله في مجال التنمية والاستثمار، فضلا عن إمكانية المحافظة على المصالح الخاصة.

أضف إلى ذلك فإن تعاقد الشركاء على تنظيم معين للانتفاع بالمال الشائع ومعرفة كل منهم حدود سلطة تصرفه فيه، يؤدي إلى استفادة الجميع، بتجنب الشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة فتتحقق المصلحة الخاصة لكل منهم.

كما أن لدراسة هذا الموضوع أهمية أخرى، تتجلى في إمكانية تحقيق غرض المشرع في إنهاء حالة الشيوع غير المرغوب فيها اقتصاديا، من خلال تصرف الشركاء على الشيوع في حصصهم الشائعة بالبيع للشريك الباقي، أو إمكانية ممارسة رخصتي الاسترداد والشفعة إذا تم البيع لأجنبي فتصبح كلها ملكية مفرزة له.

أما عن **دوافع اختيار الموضوع** فكانت ذاتية شخصية من جهة، وموضوعية من جهة أخرى.

إذ تتجلى الدوافع الذاتية في تخصصي في المجال العقاري من خلال إعداد مذكرة ماجستير حول الملكية المشتركة، والرغبة في استكمال البحث في الجانب المتعلق بحق الملكية الذي يطرح إشكالات كثيرة خاصة إذا تعلق الأمر بالملكية الشائعة وكيفية استغلالها والانتفاع بها، مما يحقق فوائد تنظيمية راجعة لمدى انتشار هذه الملكية في الجزائر والدول الأخرى.

في حين تمثلت **الدوافع الموضوعية** في أن الطابع الخاص والوضعية الاستثنائية للملكية الشائعة تجعل المالك على الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما، على قدم المساواة مع باقي الشركاء فينتج عن ذلك. استعماله الشيء الشائع والانتفاع به في حدود ما يسمح باستعمال واستغلال شركائه إياه.

وبناء عليه فإن تزامن الحقوق المتساوية للشركاء على الشيء الواحد، يؤدي غالبا إلى التنافس فيما بينهم للحصول على منفعته مما يحد من قيمة هذه المنفعة، إن لم يؤدي إلى تعطيلها كليا، كأن

يرغب أحد الشركاء في مبنى على الشيوع في استعماله مسكنا، بينما يريد شريكا آخر فتح محلا تجاريا فيه، أو جعله مخزنا في جزء منه.

وهكذا يؤدي اختلاف الشركاء في طريقة استعمال المبنى إلى تعطيل ذلك أو استحالته تماما فتتضرر مصلحة الشركاء الخاصة والمصلحة العامة للمجتمع، بعرقلة استغلال استثمار العقار الشائع والاستفادة منه على الوجه الأكمل نتيجة تضارب وجهات النظر حول طريقة الاستعمال واستغلال وإدارة المال الشائع والتصرف فيه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعدد القواعد الفقهية المعتمدة لفض تلك النزاعات، إذ قد تغيب القاعدة القانونية في تنظيم أمر معين فنلجأ للقاعدة الشرعية الإسلامية التي تمتاز بكثرة مذاهبها مما يصعب على الباحث الترجيح، فتتضارب الاجتهادات القضائية في ذلك ولا تستقر مما يؤثر على المعاملات المدنية.

كما أن شيوع هذا النوع من الملكية في الجزائر وارتباطه بنظام الإرث، يعد سببا ودافعا جديا لدراسة الموضوع، حيث يفضل أصحابها عدم قسمتها بحكم التماسك العائلي بين أفراد الأسرة أو لارتباط بعض الشركاء بظروف العمل خارج الجزائر مما يحول دون قسمتها.

ومن أجل كل هذه الدوافع كان لابد علينا من الوصول لتنظيم خاص للملكية الشائعة، مع التوفيق بين تمكين المالك على الشيوع من سلطاته في الإدارة والتصرف في المال الشائع ورعاية الحقوق المتماثلة والمتعاصرة للشركاء الآخرين لذات المال الشائع.

وتداركا لما جاء في القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 من غموض، وعدم الترتيب في الجانب الخاص بسلطات الشريك في استعمال واستغلال والتصرف في المال الشائع، فضلنا أن تكون الدراسة مقارنة بـ:

- القانون المدني المصري: الصادر في 16 جويلية 1948، منظما الملكية الشائعة بما يتناسب وأهميتها، سابقا بذلك على صدور القانون المدني الجزائري.

- القانون المدني الفرنسي: الذي ضم تشريعا هاما بصدور تعديل 31 ديسمبر 1976، ونظم أحكام المال الشائع خاصة ما تعلق منها باستغلال المال الشائع واستعماله والتصرف فيه بطريقة مفصلة غطت معظم ثغرات التشريعين المدنيين الجزائري والمصري.

وقد عدل هذا القانون بموجب الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2006، ركز بالأخص على جوانب إدارة المال الشائع والتصرف فيه من خلال تفصيل ذلك تسهيلا لمهمة القاضي المدني وسنوضح ذلك خلال دراستنا.

- الفقه الإسلامي: الذي سبق عصره في هذا المجال واهتم فقهاؤه منذ نشأته بتنظيم أحكام الملكية الشائعة خاصة ما تعلق بالسلطات، فاستفاد من ذلك بعض شراح القانون المدني الوضعي لكن قلما تطرق الباحثون في الجزائر لذلك بدراسة مقارنة إن لم نقل انعدامها.

ولهذه **الأسباب** كلها تم اختيار موضوع رسالة الدكتوراه الموسوم بـ: **سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة –دراسة مقارنة-** الذي سنحاول معالجته من خلال **إشكالية** تتمثل أساسا في: بيان مدى إمكانية انتفاع كل شريك على الشيوع بالمال الشائع في وقت واحد، رغم اختلاف وجهاتهم وطريقة استغلالهم له، وإن كان نصيب كل شريك هو حصة شائعة غير مفرزة فما حدود سلطة تصرفه في هذا المال الشائع كله أو جزء منه فقط،عن طريق بيعه أو رهنه أو بترتيب حقوق عينية أخرى عليه.

وهل وفق المشرع المدني الوضعي في تنظيم ذلك وإيجاد حلول للإشكالات القانونية العالقة؟

وعطفا على ما تقدم **هدفنا عمليا** من خلال دراسة هذا الموضوع لمحاولة الوقوف عند أهم الثغرات ومواطن الخلل في التشريع الوضعي وصولا إلى:

- إظهار التنظيم التشريعي الخاص بالانتفاع بالمال الشائع من خلال قسمته قسمة منافع لا قسمة أعيان، فيستمر الشيوع وتتحقق الفائدة لكل الشركاء في ذات الوقت.
- معرفة دور القضاء وسلطته في إدارة المال الشائع والانتفاع به.
- مدى إمكانية التعديل وإجراء تحسينات والتغيير في الغرض الذي أعد له المال الشائع.
- طرق المحافظة على المال الشائع وتحمل نفقات إدارته وحفظه.
- حكم وآثار التصرف في المال الشائع بالأغلبية وبالإرادة المنفردة للشريك على الشيوع من خلال عقود ناقلة للملكية أو عقود تبرع أو بترتيب حقوق عينية.
- مدى حق الشريك في استرداد حصة بيعت لأجنبي فضلا عن ممارسة رخصة الشفعة.
- تحديد ثغرات التشريع الجزائري من خلال مقارنة أحكامه بمختلف التشريعات الوضعية وما جاء به القضاء، ثم رأي الفقه الإسلامي الذي لعب دورا كبيرا في إرساء قواعد الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه.
- السعي لإيجاد الحلول القانونية بإبداء المقترحات بغية التمكين من الانتفاع والاستثمار في هذه الثروة المالية الهامة لو كانت عقارا.

أما ما **نهدف للوصول إليه علميا** هو تزويد المكتبة الوطنية بمادة علمية فقهية متخصصة في تحديد التنظيم الخاص بالانتفاع بالمال الشائع، وحكم التصرف فيه، مدعمين ذلك باجتهادات القضاء، فتكون مرجعا للدارسين والباحثين على حد السواء.

ومما سبق بيانه فقد سجلنا قلة **الدراسات السابقة** في مجال السلطات الممنوحة للشريك المشتاع، فاعتمدنا رسالة للباحث أيمن سعد عبد المجيد سليم بعنوان: سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، جامعة القاهرة وهي رسالة دكتوراه، ثم رسالة ماجستير من إعداد الباحث: خالد إبراهيم أحمد التلاحمة بعنوان: سلطات الشريك على الملكية الشائعة في العقار جامعة آل البيت، الأردن.

فأخذ على الرسالة الأولى التركيز فقط على سلطتي الاستعمال والاستغلال مع الخلط بين الاستغلال والتصرف في المال الشائع، وباعتبار المناقشة تمت سنة 2000 فإنها لم تعاصر التعديلات المحدثة على القانون المدني الفرنسي سنة 2006.

وفيما يخص الرسالة الثانية فقد جاءت عامة مقتضبة لم تتطرق لأهم الإشكالات القانونية التي فرضتها طبيعة الموضوع بالشرح والتحليل كما لم تعتمد التعديلات القانونية فحاولنا تحاشي هذه النقائص بالتركيز على التساؤلات التي تطرحها السلطات الممنوحة للشريك في الشيوع مع التحليل الدقيق للنصوص القانونية المنظمة لذلك، ومقارنتها بنصوص تشريعية أخرى مؤيدة ومخالفة.

وبناء عليه وإجابة على الإشكالية السابقة سنعتمد **منهج وصفي تحليلي**، وذلك بالتطرق لكل المفاهيم الخاصة به مع التقييم الجيد برصد النصوص القانونية الوضعية، مما حتم الاستعانة بالمنهج التحليلي لشرح هذه النصوص وتفسيرها واستخراج الأحكام القانونية منها.

أضف إلى ذلك فإن طبيعة الموضوع كدراسة مقارنة أدت بنا إلى إتباع **المنهج المقارن** وصولا إلى ترجيح ما نراه ملائما للحاجة العملية من جهة، وتحقيقا للعدالة من جهة أخرى.

فتكون الدراسة في الغالب بمقارنة أحكام الفقه الإسلامي بما جاء به القانون المدني الوضعي مع مقارنة هذه القوانين بعضها ببعض، إيضاحا لمواطن الاتفاق والاختلاف ملتزمين في ذلك الحيدة عند الترجيح، بشرط التقيد بعدم مخالفة نصا قطعيا في الشريعة الإسلامية.

وسرنا على تقديم أحكام القانون المدني المقارن في كل مرة متبعين ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية والعكس، إذ قد تكون مسألة من تنظيم القانون وتحتاج لبيان رأي الفقه الإسلامي فيها ليأتي تقديم الجانب القانوني هنا منطقيا، وهذا وفق ما اقتضته طبيعة البحث والدراسة.

وقد اعترضتنا **صعوبات** تمثلت في قلة المراجع المتخصصة في الملكية الشائعة وسلطات الشريك فيها وذلك بالجزائر، إذ ورغم التربصات الممنوحة من قبل الوزارة المعنية أثناء فترة الدراسة إلا أن الأوضاع غير المستقرة للدول العربية في الآونة الأخيرة، عرقلت الاستفادة من دراساتها الحديثة في هذا المجال، الأمر الذي أثر على جانب استقبال الباحثين الأجانب من قبلهم.

وترتيبا على ما سبق فإن الوصول لما نراه حلولا مثلى في هذا الموضوع، لم يكن بالأمر الهين إذ تطلب جلدا ومثابرة في البحث مع الموازنة، فلم يستحل ذلك.

وهكذا تمت دراسة موضوع القواعد المنظمة لسلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، من خلال **خطة** مقسمة إلى ثلاثة أبواب يتناول الباب الأول سلطة استعمال المال الشائع من خلال فصلين، ضم الأول التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع ليخصص الثاني للتنظيم الاتفاقي لذلك.

فيما يتطرق الباب الثاني لبيان سلطة استغلال الشريك للمال الشائع من خلال فصلين تناول الأول قواعد سلطة استغلال المال الشائع، ليخصص الثاني لحفظ ونفقات وتوزيع الثمار في هذا المال.

أما الباب الثالث فقد أفرد لسلطة الشريك في التصرف في المال الشائع، من خلال فصلين الأول خاص بتصرف الشركاء في المال الشائع، بينما أسند للثاني مسألة تصرف الشريك منفردا فيه.

وما هذا التقسيم إلى أبواب إلا وفقا لما اقتضته طبيعة الدراسة المقارنة المتشعبة أين كثرت النصوص القانونية المقارنة، والأحكام القضائية جزائرية ومقارنة فجاءت في ثلاثة أبواب باعتبار سلطات حق الملكية ثلاثة هي: سلطة الاستعمال، سلطة الاستغلال وسلطة التصرف في المال الشائع.

رباب الأذى

سلطات الشريك في استعمال المال الشائع.

الباب الأول: سلطات الشريك في استعمال المال الشائع.

تشترك الملكية الشائعة والملكية المفرزة في أن كليهما تخول للشريك المشتاع سلطة استعمال المال إلا أنهما تختلفان من حيث الأحكام[1].

فالشريك الذي يضع يده على جزء من المال الشائع يعادل حصته، يكون له سلطة استعماله طالما وافق باقي الشركاء على انتفاعه به بصفته شريكا في الشيوع، وباعتبار سلطة الاستعمال تمنح لصاحبها الانتفاع بالشيء في جميعه وفقا لما يتفق مع طبيعته فإن هذا قد يصل إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه وهو ما يطلق عليه التصرف المادي، إذ استعمال المال الشائع يعطي للمنتفع حق استخدامه طبقا لما أعد له للحصول على منافعه، فإن كان هذا المال دار له أن يسكنها وإن كانت سيارة له أن يركبها[2].

وبناءً عليه فقد اعترفت معظم الأنظمة القانونية والتشريعات المدنية الوضعية إن لم نقل كلها بحق الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع، وبما أنه لا يمتلك هذا المال ملكية مفرزة بل شائعة، فقد فرضت عليه قيود في ذلك حفاظا على مصلحة باقي الشركاء، وهذا ما يطلق عليه التنظيم التشريعي للاستعمال.

ورغم النصوص القانونية الواردة في هذا الجانب، إلا أن الأصل يقتضي وجود اتفاق بين الشركاء في طريقة استعمال المال الشائع لمدة معينة والانتفاع به، فمـا يتم بمقتضى ذلك يكون صحيحا ونافذا في حق الجميع، سواءً قبل القسمة أو بعدها، فضلا على أن الاتفاق بين الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع يسري حتى على خلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

وكصورة من ذلك نجد قسمة المهايأة[3]، كتنظيم اتفاقي لاستعمال المال الشائع، وبتعذر ذلك يلجأ الشريك للقضاء، فارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين: تناولنا في الأول التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع وخصصنا الثاني للتنظيم الاتفاقي له، لتكون الدراسة في كل من القانون المدني الجزائري، والقانون المدني الفرنسي القانون المدني المصري، حسب ما تقتضيه طبيعة كل عنصر.

---

(1) د.علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، عمان، دار الثقافة، 2005، ص250.
(2) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الإسكندرية، منشأة المعارف 2004، ص ص 721، 722.
(3) د.نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص ص 90،91.

الفصل الأول: التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع.

إن سلطة استعمال الشريك المشتاع للمال الشائع هي حق أصلي منحه إياه القانون سواء أكان هذا الاستعمال مألوفا يتفق وطبيعة الشيء، أو غير مألوف، فورد النص على ذلك في معظم الأنظمة القانونية الوضعية إضافة إلى الفقه الإسلامي.

ولئن كان الشريك المشتاع كالمالك ملكية مفرزة، يباشر على المال سلطة الاستعمال إلا أنه يختلف عنه في أن ذلك يكون مقيدا بحقوق سائر الشركاء[1]، مع اتفاقه والغرض المعد له ومراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة للاستعمال.

لكن الواقع أثبت وفي عدة حالات استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع بإرادته المنفردة دون سند أو اتفاق أو إذن قضائي، الأمر الذي قد يؤدي إلى كسب ملكية شركائه المشتاعين الآخرين بالتقادم بتوافر شروطه.

وبناءً على ما ورد أعلاه، سنقسم دراسة هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، يخصص الأول لحق الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع، ويتناول الثاني قيود حق الشريك في الاستعمال، بينما ينفرد المبحث الثالث بدراسة حالة استئثار أحد الشركاء بذلك.

[1] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة، دار العدالة، دون تاريخ نشر، ص252.

المبحث الأول: حق الشريك في استعمال المال الشائع.

إن حق الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع مرتبط بحق الملكية الممنوح لكل مالك على الشيوع، لذا سنعرض لتفصيل ذلك من خلال إيضاح معنى حق الشريك في استعمال المال الشائع ثم دليل مشروعيته كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: تعريف حق الشريك في الاستعمال.

يقصد باستعمال المال الشائع، استخدامه فيما أعد له عن طريق القيام بأعمال مادية للحصول على منافعه دون ثماره، وفقا لما تسمح به طبيعته[1]، فإن كان المال منزلاً معداً للسكنى تم استعماله عن طريق سكناه، وإن كان سيارة فبركوبها، وإذا كان أرضا زراعية فعن طريق زراعتها.

وبما أن المال الشائع يقبل الاستعمال المشترك فهو يحتمل الانتفاع به على الاشتراك في وقت واحد ومثاله البئر المشتركة، الطريق المشتركة، البحيرة المعدة للصيد ولكل شريك استعماله منفردا سواء باتفاق الشركاء أو دون اتفاقهم بشرط عدم الإضرار بحقوقهم الأمر الذي يصعب تحقيقه عمليا، إذ أن معظم الأموال المشتركة لا تقبل الانتفاع المشترك في وقت واحد[2].

المطلب الثاني: دليل مشروعية حق الشريك في الاستعمال.

لقد جاءت نصوص القانون في الأنظمة التشريعية المقارنة الوضعية والفقه الإسلامي بالنص الصريح على حق الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع، لذا سنتطرق لدليل مشروعيته في القانون الوضعي المقارن ثم في الفقه الإسلامي كل في فرع مستقل.

---

[1] راجع:
- سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة، 1995، ص 36.
- Gerar Cornu, Droit Civil, Les biens, 8eme Edition, France, Montcherestien, P413.

[2] أنظر في هذا المعنى:
- د.عبد المنعم البدراوي، حق الملكية بوجه عام، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، 1987، ص 158.
- Imil Enama (M), Indivision et Société, Thèse Magistère Rennes, 1989 P336.

الفرع الأول: دليل مشروعية حق الاستعمال في القوانين الوضعية.

جاء في نص المادة رقم 714 من القانون **المدني الجزائري** أن: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...)[1]، فورد صريحاً وأعطى للشريك المشتاع حق الاستعمال وجعله ينصب مباشرة على الحصة الشائعة كشيء معنوي والاستعمال في أصله لا يرد إلا على الأشياء المادية، فضلا عن ذلك فإن هذه الحصة تعد محل حق المالك المشتاع المباشر، فتنطبق على الأموال والأشياء العينية عقارات أو منقولات، والتي بدورها يقع عليها فعل الاستعمال، وهي تحدد فقط مقدار الحق، أما الاستعمال فيرد على المال[2].

وإن كان **القانون المدني** الجزائري والمصري قد اتفقا على حق الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع فإنه ومن جهة أخرى تم تأكيد ذلك وبوضوح أكثر في نص المادة رقم 815 مكرر9 من **قانون 31 ديسمبر1976 الفرنسي**، والتي جاء فيها:

(Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis…)[3].

وعليه فإن المشرع الفرنسي نص صراحة على حق المالك المشتاع في استعمال المال الشائع طبقا لما هو مخصص له، إذ لا يمكن منع الشريك من الاستعمال الخاص للمال الشائع[4] فالشيوع ليس نظاما قانونيا عقيما تتعطل فيه السلطات والحقوق[5].

وبمقارنة نص المادة رقم 714 **قانون مدني جزائري** بالمادة رقم 815 مكرر09 من **القانون المدني الفرنسي** نلاحظ بوضوح الخطأ المادي المذكور سابقا والذي وقع فيه المشرع

---

(1) المادة رقم 714 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم جريدة رسمية رقم 75/78، ويقابلها نص المادة رقم 826 من القانون رقم 48/ 131، الصادر في 16 جويلية 1948 المتضمن القانون المدني المصري.

(2) راجع: د.إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، مصر، دون تاريخ نشر، ص119.

(3) L'article 815- 9 de la loi N° 76/1286 du 31 Décembre 1976.

- P.Brigitte Hess Fallon, Anne-Marie Simon, Droit civil, 5eme édition France, Edition sirey, 1999, P134.

- D. Michele Muller, Droit Civil, Vanves, Edition Foucher, 2006, P79.

(4) لتفصيل أكثر راجع:

- P.Christian Larroumet, Les Biens, Tome 02, Paris, Edition Delta, 1997, P158.

- D. Sophie Druffin-Bricca, Droit civil, Les Biens, Paris,Gualino, éditeur 2004, P162.

(5) أنظر:

- P.Christian Atlas, Une Convention au pays de l'indivision non conventionnelle, Tome IV, Paris, édition Dalloz, 1979, P2997.

الجزائري بنصه أن حق الاستعمال يرد على الحصة الشائعة بينما الحصة هي شيء معنوي والاستعمال سلطة لا ترد إلا على الأشياء العينية منقولات وعقارات أي المال الشائع ليصبح النص كما يلي: (...، وله أن يتصرف في المال الشائع وأن يستولي على ثماره، وأن يستعمله،...).

الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الاستعمال في الفقه الإسلامي.

لقد ورد صراحة في كتب **الفقه الإسلامي**، أن انتفاع الشريك بالعين المشتركة جائز مع عدم الإضرار بالغير[1]، ويرى جانب فقهي آخر أنه لكل واحد من الملاك المشتاعين استعمال المال الشائع والانتفاع به بقدر حصته، إذ وجود الأعيان يكون من أجل الانتفاع بها.

فإذا كان الملك مشتركا فإن حق الانتفاع به يكون مشتركا كالطريق المشترك والبئر المشتركة والأرض المشتركة، ويكون لكل مالك حق الاستعمال غير المطلق مع عدم الإضرار بالغير[2].

وعليه فإن هذه الخاصة التي تنفرد بها الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة تفرض على كل مالك مشتاع - بمقتضى نصوص القوانين الوضعية والفقه الإسلامي- قيودا قانونية يجب عليه مراعاتها عند استعماله المال الشائع، وهذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: قيود حق الشريك في استعمال المال الشائع.

إذا كان لكل شريك في المال الشائع حق استعمال الشيء في مجموعه فإنه ليس له ممارسة سلطات المالك إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين[3]، دون أن ننفي عن حقه صفة الملكية كما ورد في نصوص القوانين المقارنة الوضعية، إذ تنص المادة رقم 713 **مدني جزائري** والمادة رقم825 **مدني مصري** على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع.

---

(1) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، بيروت، دار النهضة العربية، 1998، ص198.

(2) أبو محمد محمود ابن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى بيروت، دار الفكر، دون تاريخ نشر، ص555.

(3) أنظر:

- د.عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، مصر، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر، ص11.

- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، سلطات الشريك على الملكية الشائعة في العقار ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 1999، ص07.

وعليه سنعرض لهذه القيود وفق ثلاثة مطالب متتابعة، نتطرق في الأول لقيد اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض المعد له، أي تخصيص المال الشائع، لنخصص الثاني لعدم المساس بحقوق بقية الشركاء، ونورد في المطلب الثالث كل ما يتعلق بمراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة للاستعمال.

المطلب الأول: اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض المعد له:

نصت المادة رقم 815 مكرر 1/9 من **القانون المدني الفرنسي** على ما يلي:

(Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination...)[1].

فأكدت على أنه ليس للمالك على الشياع استعمال المال الشائع خلافا لطبيعته، ففي ذلك إهلاك له وإنقاص من قيمته، فضلا على أن تغيير ذلك متوقف على موافقة جميع الشركاء فلو كان المال الشائع سيارة معدة للركوب فليس لأحد الشركاء استعمالها لنقل البضائع دون موافقة باقي شركائه وإن كان منزلا معدا للسكن فليس لأحدهم استعماله بغرض التجارة، وإن كان أرضا معدة للزراعة فليس له البناء فيها من أجل إسكان عائلته.

أضف إلى ذلك فإن القاضي المعروض أمامه النزاع هو وحده صاحب السلطة التقديرية في تحديد مدى اتفاق استعمال الشريك للمال الشائع مع الغرض المعد من أجله أو عدمه[2].

وبناءاً على ما سبق فإن الاستعمال بطريقة تتنافى والغرض الذي أعد من أجله المال الشائع يمنح لباقي الشركاء الحق في منعه من ذلك دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة النهائية ذلك أن هذا الاستعمال يعرض مصلحتهم لخسارة متتابعة، والأثر الكاشف للقسمة لا يزيل كافة الأضرار المترتبة عليه فيما يخص العلاقة بين الشركاء[3].

فإذا بنى شريك في الممر المشترك بينه وبين باقي الشركاء في المال الشائع ما يسهل عليه الوصول إلى السكن دون موافقة باقي الشركاء، فهذا قد يعيق انتفاع باقي الشركاء بالمال

---

[1] أنظر: نص المادة رقم 815 مكرر01/9، من القانون الفرنسي سابق الذكر.

[2] أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2000، ص64.

[3] راجع:

- Cour de cassation du 1er chambre civile, 15 avril 1980, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1981, P173.

مما يعطيهم الحق في إلزام من أجرى البناء بإزالته، وإعادة الأشياء إلى حالها على نفقته مع التعويض إن كان له محل.

وبمقارنة النص سابق الذكر مع نص المادة رقم 714 **مدني جزائري** نجد أن المشرع الجزائري وعلى عكس المشرع الفرنسي أغفل تماما الإشارة إلى هذا القيد، إذ جاء نص المادة عاما، يشير إلى وجوب عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء أثناء استعمال المال الشائع.

المطلب الثاني: عدم المساس بحقوق بقية الشركاء في الاستعمال.

طبقا لنص المادة رقم 1/714 **قانون مدني جزائري**، والتي تقابلها نصوص المواد رقم 815 مكرر 1/9 قانون مدني فرنسي، 1/826 قانون مدني مصري، فإن سلطة الشريك في استعمال المال الشائع مقيدة بشرط عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء[1]، إذ ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وفي هذا الخصوص أن:(الملكية في الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف. إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)[2].

وعليه برزت قاعدة المساواة في العلاقة بين الملاك على الشيوع، إذ لكل منهم حق ملكية على المال الشائع، الذي لم يتم بعد فرزه وقسمته، يخول له سلطة استعماله.

وجدير بالذكر أن هذا القيد أخذ به القضاء الفرنسي السابق بصدور قانون31 ديسمبر1976 إذ سمح للشريك المشتاع استعمال المال الشائع كله لمدة تناسب مقدار حصته بشرط ألا يمنع شركائه الآخرين من ذلك لمدة تتناسب مع مقدار حصة كل منهم، ما يشبه

---

[1] راجع في ذلك:
- د.جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الأول، ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1996، ص89.
- الطاهر بن سلطان، (الشيوع في الملكية العقارية)، الموثق، مجلة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين الجزائر، العدد السادس، 1999، ص35.
- زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بيروت، دار الثقافة، 1937، ص339.

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ص81.

المهايأة الزمانية[1].

كما أجاز القضاء الفرنسي للمالك المشتاع التنازل عن حقه لشخص واحد فقط من الغير وذلك في حدود حصته، دون إمكانية احتفاظه في الوقت ذاته بهذا الحق في الاستعمال لأن ذلك من شأنه إضافة شخص جديد يزاحم الشركاء السابقين في استعمال المال الشائع والانتفاع به[2].

أضف إلى ذلك فإن **الفقه الإسلامي** اتفق مع النصوص السابقة في هذا القيد فورد في كتاب مرشد الحيران لصاحبه محمد زيد الأبياني، أن العين المشتركة بين اثنين فأكثر يكون فيها لكل شريك حق الانتفاع بحصته دون إضرار بالغير[3]، والشريك المشتاع مقيد بعدم الإضرار بحقوق شركائه الباقين بغض النظر عن نوع المال الشائع، إن كان يقبل الانتفاع المشترك في آن واحد أولا يقبل ذلك[4].

المطلب الثالث: مراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة للاستعمال.

رجوعاً لنص المادة رقم 815 مكرر 1/9 من **القانون المدني الفرنسي** والتي جاء فيها:

(… et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision….).

فإنه يجب على كل شريك مشتاع عند استعماله المال الشائع أن يتفق ذلك مع الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع حتى لو كان استعماله يتفق مع الغرض الذي أعد من أجله المال.

---

(1) أنظر:

- D.Noëlle Lesourd, Indivision, fasc20, France, Edition du Juris– Classeur, P08.

- P.Philippe Malaurie, Laurent Ainés, Les Biens, Paris, Edition Juridique Associées, 2004, P195.

- Sophie Druffin-Bricca, OP.Cit, 2004, P156.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص66.

(3) أنظر:

- محمد زيد الأبياني، محمد سلامة السنجقلي، شرح مرشد الحيران، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، دار الفكر، 1908، ص ص 8،9.

- لحسن خضري، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، ص127.

(4) أبو محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص555.

ومصطلح: -Les actes- الوارد في النص أعلاه يشمل كل التصرفات الصادرة من الشركاء أثناء الشيوع، كأن يكون المال الشائع بحيرة معدة للصيد يؤجرها المالك للغير لمدة معينة فلا يستطيع خلالها أحد من الشركاء على الشيوع الصيد منها، فهو وإن كان يتفق مع الغرض الذي أعدت من أجله إلا أنه يتعارض مع الآثار المترتبة على عقد الإيجار الصحيح الذي تم من جميع الشركاء وبمقتضاه يكسب المستأجر حق الانتفاع بالبحيرة المملوكة شيوعاً طوال فترة الإيجار[1].

كما يشمل هذا المصطلح أيضا الأعمال القضائية والأحكام الصادرة أثناء الشيوع فضلا عن ذلك فقد يصل الأمر إلى حد دلالته على جميع الأعمال القانونية الصحيحة الصادرة قبل الشيوع من قبل المورث، في حالة الشيوع الوراثي[2].

يبقى أن المشرع الجزائري لم يورد النص على هذا القيد صراحة، إذ يرى بعض الفقهاء عدم ضرورة ذلك فهو قيد منطقي مفهوم ضمنا من القواعد العامة الموجبة للالتزام لما سبق، إن وافق عليه الشخص أو سلفه من التصرفات، واحترام كل الأحكام القضائية الصادرة على وجه صحيح والمتعلقة بالمال الشائع[3].

لذلك نرى ضرورة النص صراحة على قيد مراعاة الآثار القانونية للأعمال السابقة لاستعمال المال الشائع في القانون المدني الجزائري لما له من دور بالغ في تسهيل مهمة القاضي المدني حسما للمنازعات الناشئة بين الشركاء على الشيوع عند استعمال أحدهم للمال الشائع بصورة لا تتفق مع الآثار المترتبة على الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع وقبله.

وبناءً على ما سبق نخلص للقول أن كل من نصوص **القانون المدني الجزائري والمصري والفقه الإسلامي**، اتفقت جميعها في النص على قيد واحد يحد من سلطة الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع هو قيد عدم الإضرار بحقوق بقية الشركاء في الاستعمال

---

[1] د.محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص112.

[2] فالأمر لا يقتصر على الأعمال القانونية التي تمت أثناء الشيوع، ويبرر هذا الرأي قاعدة: "لا تركة إلا بعد سداد الديون".

ولتفصيل أكثر راجع:

- Dagot, L'indivision, France, L.I.T.E.C, 1977, P122.

[3] د.محمود محمد عبد الرحمن، استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 22.

ليضيف **القانون المدني الفرنسي** قيدي ضرورة اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض المعد له وطبيعته ومراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة على الاستعمال.

وعليه فنص المادة رقم 815 مكرر9 من قانون31 ديسمبر1976 الفرنسي حدد القيود الثلاثة الواردة على سلطة الاستعمال للمال الشائع والتي بيناها بالتفصيل، عكس المشرع الجزائري في نص المادة رقم 714 من القانون المدني الذي أكد على **قيد واحد عام** فقط هو عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، فضلا عن أنه مرن وغير واضح يشمل عدة معان قد تعيق استعمال المال الشائع والانتفاع به هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا من شأنه إرهاق كاهل القضاء في البحث عن معاني هذا القيد المقتضب والعام في آن واحد تحديداً للضرر وذلك عكس القانون المدني الفرنسي الذي جعل استعمال الشريك للمال الشائع مشروعاً عند التقيد بالقيود الثلاثة للاستعمال.

لذا **نقترح** تعديل نص المادة رقم 1/714 قانون مدني جزائري ليكون كما يلي:(كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعمل المال الشائع بقدر حصته فيه، شريطة ألا يستعمله بما يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد من أجله، وأن لا يتعارض ذلك مع الآثار المترتبة عن الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع وقبله، مع عدم الإضرار بمصالح الشركاء الآخرين أثناء استعمالهم لحقوقهم) بدلا من النص الحالي الذي ينص على أن: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء).

والنص المقترح جاء مزيداً وواضحا بتأكيده أن سلطة الاستعمال تتم على كل المال الشائع وليس الحصة فقط، مع فصله بين الفقرة الأولى التي نظمت التصرف في المال الشائع واستغلاله بإرادته والنصوص المنظمة للاستعمال في فقرة ثانية، لاختلاف القواعد التي تخضع لها كل سلطة من السلطات الثلاث التي يتمتع بها الشريك المشتاع في المال الشائع.

المبحث الثالث: استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع.

الأصل العام أن يرد حق كل شريك مشتاع على كل الملكية الشائعة، وإن كان لا يخول إلا نسبة من منافعه.

وباعتبار أن حقوق الشركاء الآخرين ترد في الوقت ذاته على المال الشائع كله فإن ذلك يقتضي ألا يباشر الشريك المشتاع منفردا ما يؤدي إلى المساس بحقوق غيره من الشركاء الباقين مع تقيده عند الاستعمال بكل القيود سابقة الذكر.

وتطبيقا لكل ذلك لا يجوز للشريك منفردا الاستئثار باستعمال المال الشائع كله أو جزء منه حتى لو كان ذلك الجزء معادلا لحصته الشائعة أو أقل، ذلك أن حقوق الشركاء الباقين ترد كذلك على هذا الجزء فضلا عن ذلك فإن انفراد الشريك بعمل مادي عن طريق وضع يده على جزء من الأرض لزراعتها أو البناء عليها يجعل الحق لسائر الشركاء في الاعتراض على ذلك، وإذا انفرد بعمل قانوني وقع ذلك باطلا[1].

غير أن كل ذلك لا يعني عدم إمكانية الاستئثار، فقد يضع الشريك يده على المال الشائع كله أو جزء منه بقصد الاستقلال باستعماله بإرادته المنفردة، مما يؤدي إلى كسب ملكية شركائه الآخرين بالتقادم إذا توافرت شروطه.

وعليه نتناول في هذا المبحث استئثار الشريك باستعمال الملكية الشائعة في القوانين المقارنة في المطلب الأول، لنخصص مطلب ثانٍ لموقف القضاء من ذلك، ثم ندرج ضمن المطلب الأخير آثار استئثار الشريك باستعمال الملكية الشائعة.

المطلب الأول: الاستئثار بالمال الشائع في القوانين المقارنة.

استئثار أحد الشركاء باستعمال الملكية الشائعة هو استقلاله وانفراده باستعمال المال الشائع وحرمان الشركاء الآخرين من الانتفاع به دون إذن منهم أو موافقتهم الصريحة أوالضمنية ودون الحصول على إذن قضائي بذلك.

---

[1] أنظر:
- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص15.
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري، مصر، دار الفكر، 1965، ص143.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1982 ص ص 163، 164.

إذ قد يستأثر المالك المشتاع بإرادته المنفردة، باستعمال جزء مفرز من المال المشتاع يعادل حصته أو جزء من المال الشائع يزيد على حصته أو بالمال الشائع كله[1].

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم حالة استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع وكذلك فعل المشرع المصري، والفقه الإسلامي، بينما ورد حكم هذه الحالة في القانون المدني الفرنسي[2]، فجاء في نص المادة رقم 815 مكرر 2/9 قانون مدني فرنسي أن:

(L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité.).

ومعناها أن الشريك يستأثر باستعمال المال الشائع والانتفاع به مقابل دفع تعويض ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك[3].

وبما أن الفقه المصري والفرنسي والإسلامي أجمعوا أن سلطات الشريك في استعمال المال الشائع مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين في عدم الإضرار بهم، فإن الأعمال التي يجوز للشريك أن ينفرد بالقيام بها هي التي تتفق مع ما أعد له الشيء الشائع، ويستطيع الشركاء جميعا في ذات الوقت أن يقوموا بها كأن يكون هذا الشيء طريقا فيحق لكل منهم المرور منه، أو بحيرة معدة للصيد ولكل منهم الاصطياد منها متى شاء، حيث لا يترتب على هذا الاستعمال ضرر[4].

لكن هناك أموال لا تقبل الاستعمال المشترك بهذا النحو من الاستقلال والانفراد إذ استعمالها يستلزم الاستئثار بالعين المشتركة كلها أو بجزء معين منها كالدار المشتركة المعدة للسكن والسيارة المشتركة شيوعا والمعدة للركوب، فلا يجوز لأي شريك أيا كان مقدار حصته الاستئثار لوحده باستعمالها حتى لو اقتصر استعماله على جزء من المال الشائع يعادل حصته، ذلك أن هذا الاستقلال والانفراد في الاستعمال يتعارض مع قاعدة المساواة بين

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم ، الرسالة السابقة، ص158.

(2) المادة رقم 815 مكرر02/9، من القانون المدني الفرنسي.

(3) P.Patrice Jourdain, Les Biens, Paris, Dalloz, 1995, P88.

(4) لتفصيل أكثر راجع:

- حامد الحرفة، سعيد الفكهاني، التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، القاهرة، الدار العربية للموسوعات، 1992، ص428.

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص721.

- د.محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ص 112، 113.

- P.Patrice Jourdain, OP.Cit, P88.

الشركاء على الشيوع، فلكل منهم حق ملكية على كل ذرة من ذرات المال الشائع ولو اختلفت حصصهم فيه[1].

وعليه يحق لباقي الشركاء منع الشريك المستأثر من استعمال المال الشائع، ذلك أن حيازته بوضع يده على جزء مفرز حيازة غير مشروعة، وليدة الاغتصاب أو الغش ومعيبة مما يتعين إهدارها حماية لحق الشركاء في الحيازة[2]، عن طريق طرده منه واسترداد الحيازة باستعمال دعاوى الحيازة الثلاث ضده[3].

المطلب الثاني: موقف القضاء من الاستئثار بالمال المشاع.

على خلاف الرأي السابق في فقه **القانون المدني الوضعي** و**الفقه الإسلامي** فقد وصل القضاء إلى ثلاثة أحكام ترتبت عن ثلاث حالات، إذ تمثلت الحالة الأولى في استئثار الشريك باستعمال المال الشائع كله، وخصصت الحالة الثانية لاستئثار الشريك باستعمال جزء مفرز يزيد عن نصيبه، لتعالج الحالة الثالثة وضعية الاستئثار بجزء مفرز يوازي حصته، وسندرس كل ذلك تباعا كما يلي:

الحالة الأولى: استئثار الشريك باستعمال المال الشائع كله.

ذهبت محكمة النقض في مصر في هذا الشأن إلى أن استعمال أحد الشركاء للمال الشائع وحرمان البقية يعطيهم الحق في منعه من ذلك وطرده إذا لزم الأمر واعتماد دعاوى الحيازة الثلاث، ذلك أن ما يقوم به هذا الشريك يعد تعديا علي حيازتهم وغصبا لملكيتهم فقضت بتاريخ 11 مارس1937 أن : " وضع اليد على الحصة الشائعة يحمى بدعاوى وضع اليد، فيكون لكل مالك واضع يد خالصة على الشيوع، أن يستعين بدعاوى وضع اليد في

---

(1) راجع:
- السيد عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع، الإسكندرية، دار الفكر والقانون، 2006 ص20.
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص25.
- د.محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، القاهرة، مطبعة الجامعة، 1954، ص377.

(2) أنور طلبة، الملكية الشائعة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص68.

(3) أنظر:
- P. Patrice Jourdain, OP.Cit, P88.
- Gérard Cornu, OP.Cit, P1246.
- علي الخفيف، المرجع السابق، ص ص 207، 208.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، بيروت، دار الريان للتراث، دون سنة نشر، ص61.

حماية يده، فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك المشتاع لدفع التعرض الواقع له أيا كان المتعرض، فإن وقع من بعض الشركاء في العقار الشائع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء فإنه يجوز بهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض وإذا كان الحكم قد رفع دعوى منع التعرض بمقولة أنه لا يجوز في القانون رفعها من الشريك على شريكه في الشيوع فإنه مخالف للقانون"[1].

أما محكمة التمييز الأردنية فذهبت في هذا الصدد إلى القول أن:" قيام المميز بمنع المميز ضده من استعمال واستغلال العقار المشترك وحرمانه كليا من الانتفاع به رغم ملكية المميز ضده لما يزيد عن 60% من العقار في حين لا يملك المميز سوى 6% فقط واستئثار المميز لكامل منفعة العقار رغم طلب المميز ضده لمشاركته في هذه المنفعة.... يجعل المميز مسيئا لاستعمال حقه....وبالتالي فالمميز ضامن لهذا الضرر والمتمثل بأجر المثل لحصة المميز ضده..."[2].

الحالة الثانية: استئثار الشريك باستعمال جزء مفرز يزيد عن حصته.

قضت محكمة النقض في **مصر** وبتاريخ 17 جانفي 2000 بـ: "إن المالك على الشيوع متى وضع يده على جزء مفرز من العقار فلا سبيل لانتزاعه منه ولو جاوز نصيبه بغير القسمة، وإنما يقتصر حق الشريك على طلب مقابل الانتفاع، ولا يعدو أن يكون ترديدا للقواعد العامة التي تحمي الحائز الذي يستند إلى سبب صحيح حين تتوافر في حيازته كافة الشروط القانونية لحماية الحيازة فلا تسلب الحيازة استنادا إلى مجرد الارتكان إلى أصل الحق، ودعاوى أصل الحق التي يجوز رفعها إما القسمة أو مجرد طلب مقابل الانتفاع عن الجزء الزائد عن النصيب"[3].

ومرد ذلك إلى أن الشريك المشتاع مالك لكل ذرة في المال الشائع وكل هذا مشروط بأن تكون حيازته حيازة مشروعة جديرة بالحماية، فإن كانت وليدة اغتصاب أو غش، أو معيبة تعين إهدارها حماية لحق باقي الشركاء في الحيازة.

---

[1] القرار رقم 62، الصادر بتاريخ 11 مارس 1937، عن محكمة النقض المصرية، مجموعة محمود عمر، الجزء الثاني، السنة القضائية السادسة، ص106.
وقد أشار لهذا القرار: د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص23.

[2] تمييز حقوق رقم 97/1079، مؤرخ سنة 1997، المجلة القضائية الصادرة عن المعهد القضائي، العدد الأول، 1997، ص192.

[3] القرار القضائي رقم 69/160، المؤرخ في17 جانفي 2000، الصادر عن محكمة النقض المصرية، السنة رقم 69، 2000، ص17.

كما يشترط أيضا ألا تكون حيازة الشريك المشتاع محلا لعقد ينظمها ولا أن يكون انتقال الحيازة بين الشركاء داخلا في نطاق إعمال هذا العقد وبسببه، إذ يتحتم على الشركاء في هذه الحالة إعمال أحكام العقد والالتجاء إلى دعواه ويمتنع عليهم الاحتكام إلى قواعد الحيازة، فالعقد شريعة المتعاقدين[1].

أضف إلى ذلك فالشريك إذا جاوز نصيبه بغير قسمة لا يعد غاصبا ولا يحق لباقي الشركاء انتزاع ذلك القدر منه وكل ما لهم هو طلب القسمة أو طلب مقابل الانتفاع للقدر الزائد عن النصيب، بشرط أن تكون حيازة الشريك المشتاع واضع اليد مشروعة ليست وليدة غصب أو غش أو معيبة وإلا وجب إهدارها، وألا تكون حيازة الشريك للجزء المفرز محل عقد ينظمها[2].

الحالة الثالثة: استئثار الشريك باستعمال جزء مفرز يوازي حصته.

أجازت محكمة النقض المصرية للشريك المشتاع الاستئثار باستعمال جزء مفرز من المال الشائع باستخدامه فيما أعد له مع حماية وضع يده في مواجهة شركائه الباقين والغير إذ ليس من حق هؤلاء نزع هذا القدر منه، ويبقى أمامهم سوى المطالبة بالقسمة النهائية أو الرجوع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع وهذا ما يسهل طريقة الانتفاع.

كما أن واضع اليد يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه، وانتفاعه بالباقي مستمد من حقوق شركائه الآخرين، إذ قضت محكمة النقض المصرية بموجب حكم صادر لها بتاريخ 03 ديسمبر1974 بأنه :" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده، وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع."[3].

وإن كانت محكمة النقض المصرية قد أجازت للشريك المشتاع الاستئثار باستعمال جزء مفرز يعادل نصيبه في الملكية الشائعة، فإن ذلك مقيد بقيدين أولهما: ضرورة توزيع جميع الثمار الناتجة عن المال الشائع كله على جميع الشركاء بنسبة حصة كل منهم وثانيهما: ألا يترتب على هذا الاستئثار إضرار بحقوق باقي الشركاء فإن حدث ذلك يحق لهم منعه من

---

(1) أنور طلبة، المرجع السابق، ص68.

(2) السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص19.

(3) القرار القضائي رقم 69/341، المؤرخ في 03 ديسمبر1974، الصادر عن محكمة النقض المصرية، أحكام السنة 25، 1974، ص1324.

الاستعمال وإرجاع الجزء الذي تحت يده إلى الشيوع مرة أخرى، وهذا طبقا للحكم الصادر في07 جوان1979 عن محكمة النقض المصرية، إذ جاء فيه:" وإن كان للشريك على الشيوع طبقا للمادة رقم 826 من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها إلا أنه لما كان ذلك مشروطا بألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء..."[1].

وبمقارنة الأحكام القضائية المذكورة والصادرة عن محاكم النقض، نجد أن القضاء المصري وعلى عكس القضاء الفرنسي قد خالف القاعدة العامة وهي المساواة بين الملاك المشتاعين، إذ كل منهم له حق ملكية على كل ذرة من ذرات هذا المال المملوك شيوعا مما يستلزم منع أي شريك بالاستئثار باستعمال جزء مفرز من المال الشائع أيا كان مقداره دون موافقة بقية الشركاء[2].

وقول خلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل كافة النصوص المنظمة للانتفاع بالمال الشائع الواردة في القانون المدني المصري والجزائري والتي جعلت الاتفاق هو أصل تنظيم الانتفاع.

وعلى أساس الإشكالات القانونية، وعدم الاستقرار في العلاقات التي خلقها القضاء نؤيد الدكتور أيمن سعد عبد المجيد سليم، **ونوصي** بضرورة تدخل المشرع المدني الجزائري والمصري وحسم هذا الموضوع على غرار ما فعله المشرع الفرنسي الذي جعل استئثار الشريك باستعمال الملكية الشائعة يعد عملا غير مشروع يوجب التعويض–ما لم يوحد اتفاق يقضي بخلاف ذلك- ذلك أن المادة رقم 714 **قانون مدني جزائري** المنظمة لاستعمال المال الشائع جاءت عامة مقتضبة، ولم تنص على التعويض من عدمه وجواز أو عدم جواز الاستئثار مما خلق اجتهادات فقهية وقضائية متناقضة، يجزم فيها تشريعا وبنص صريح.

---

[1] القرار القضائي المؤرخ في 07 فيفري 1979، الصادر عن محكمة النقض المصرية، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني، السنة القضائية الثامنة والأربعون ص497.

[2] لتفصيل أكثر راجع:
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ص 121،120.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية....)، مرجع سابق، ص164.
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 26،25.
- أنور طلبة، المرجع السابق، ص 69.

المطلب الثالث: آثار الاستئثار باستعمال المال الشائع.

بالنظر لنصوص القانون المدني الفرنسي، فإن الشريك الذي يستأثر باستعمال المال الشائع يلتزم بدفع تعويض أو أجر المثل، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فالاستقلال يعد بمثابة اغتصاب وحوز لحقوق الشركاء الباقين.

وعليه يترتب على حيازة الشريك للمال الشائع كله أو لجزء منه، كسب ملكية شركائه عن طريق التقادم المكسب.

لذلك سنتطرق في هذا المطلب لدراسة أثري الاستئثار باستعمال المال الشائع من خلال: التزام الشريك المنفرد بالاستعمال بدفع تعويض، ثم كسب أحد الشركاء ملكية شركائه الباقين بالتقادم، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: التزام الشريك المستأثر بالاستعمال بدفع تعويض.

رجوعا لنص المادة رقم 815 مكرر2/9 قانون مدني فرنسي، فإن الشريك المستأثر باستعمال المال الشائع ملزم بدفع تعويض ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك[1]، وهذا الحكم ليس بجديد فهو تكرار لما جاءت به المحكمة الفرنسية بتاريخ 1973[2]، إذ نص على أن الإنفراد باستعمال المال الشائع يعد غصبا لحقوق الشركاء الآخرين، لذا يعتبر عملا غير مشروع يستلزم التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب نتيجة الاستئثار باستعمال المال الشائع والاستحواذ على الثمار[3]، والتعويض واجب في كل الحالات سواء استأثر الشريك باستعمال المال الشائع كله أو بجزء مفرز منه يعادل حصته، والذي يضاف إلى المال الشائع

---

(1) أنظر في ذلك:

-P.Christian Atlas, Les biens,8eme Edition, Paris, L.I. T.E.C, 2005,P135.

-P.Christian Larroumet,OP.Cit,P159.

(2) Civile 1er, 15 février 1973, Note Savatier.

وقد أشار لهذا الحكم: أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص166.

(3) أنظر:

- السيد عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق، ص ص 18، 19، 20.
- أنور طلبة، المرجع السابق، ص ص 68،69.

نفسه كثماره وإيراداته[1] وسنتطرق لأحكام التوزيع لاحقا في الباب الثاني.

وبناءً على ما سبق فإن الشركاء الباقين لا يستطيعون مطالبة الشريك المستأثر مباشرة بالتعويض بل يضاف إلى المال الشائع ثم يوزع بعد ذلك على جميع الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع، إذ نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما قضى بإلزام زوج بدفع تعويض لحساب زوجته عندما استأثر بحيازة عقار مملوك بينهما على الشيوع والانتفاع به، بدافع أن هذا المال يجب أن يضاف إلى المال الشائع نفسه[2]، وترجع السلطة التقديرية في تحديد مقدار التعويض للقاضي المختص وهو رئيس المحكمة الابتدائية، إذ تعتبر واسعة في تقدير مبلغ التعويض[3].

أضف إلى ذلك فإن دفع التعويض يكون من تاريخ وضع يده وحتى تاريخ رفع يده من المال الشائع اختياريا أو بالقسمة النهائية أو المؤقتة[4].

غير أنه قد يسقط حق الشركاء في المطالبة بالتعويض في كثير من الحالات من بينها حالة ما إذا أوصى المورث لأحد ورثته بحق الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة[5].

فضلا عن ذلك فقد أعفى **القضاء الفرنسي** الشريك المستقل باستعمال المال الشائع من دفع تعويض، وذلك في حالة استئثار أحد الزوجين بالانتفاع بمنزل الزوجية المشترك مع أطفالهما أثناء دعوى الطلاق، إذ قضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية وبتاريخ 18جانفي1989: " إن الزوج المستأثر بالانتفاع في هذه الحالة غير ملزم بتعويض الزوج

---

(1) أنظر:

-Civile 1er,14 November 1984, Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation I,N° 305.

-P. Frederic Zenati, (Propriété et Droits Réels), Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris Dalloz, N°01, 1997,P169

-P.Jean Patarin,(Successions Indivision),Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris Dalloz, N°01,1999,P167.

(2) أنظر:

- Civil 1er, 17 Mars 1987, Répertoire Défrénois, 1987, Article 34029, Note A,Bretton, Juris Classeur Périodique,1987.

(3) Civile 1er,27 October 1992, Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de la cour de cassation, N° 256, Revue trimestriele de droit civil, 1993, P630.

(4) Civile 1er,23 November 1982, Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation, N° 337.

(5) Civile 1er,10 Javier 1984, N° 389.

الآخر مقابل الانتفاع لأن هناك واجبا في القانون يفرض على الزوجين رعاية الأبناء في شقة الزوجية حتى تاريخ الطلاق"[1].

الفرع الثاني: كسب أحد الشركاء الملكية بالتقادم.

قد تكون حيازة الشريك المشتاع للمال الشائع بالنيابة عن باقي شركائه، فهي عرضية لا تؤدي في النهاية لاكتساب ملكية العين المشتركة بالتقادم مهما طالت مدتها مثل ما جرت عليه العادة في مصر من قيام أكبر أفراد العائلة وأعقلهم بإدارة شؤونها وأموالها الشائعة المملوكة بينهم[2].

والإدارة هنا تحتاج لوضع اليد على المال، لكن هذا لن يكسبه ملكية شركائه الآخرين بالتقادم، ذلك أنه وضع يده أصالة عن نفسه ونيابة عن باقي الشركاء[3].

إلا أنه في حالات كثيرة قد يحوز الشريك المشتاع العقار الشائع بقصد كسب ملكية شركائه الآخرين بالتقادم عن طريق الاستئثار والإنفراد به، والتي إن تمت بوضوح وهدوء وكانت بريئة من عيب الغموض ومستمرة أدت بالفعل إلى كسب الشريك الحائز ملكية العقار المشترك بالتقادم إذا توافرت شروطه[4].

فضلا على أن قيام هذا الشريك بكل التصرفات التي هي حكر على المالك ملكية مفرزة دون اعتراض باقي الشركاء يكسبه ملكية العقار بالتقادم بتوافر شروط ذلك، مما يعطيه الحق في حماية حيازته من اعتداء شركائه الباقين أو الغير.

وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في **مصر** و**فرنسا**، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الحصة الشائعة يصح وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تكون محلا

---

(1) Civile 1er,18 Janvier 1989, Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation, N° 22.

(2) استئناف محكمة مصر، جلسة 06 جانفي 1938، مجلة المحاماة، السنة التاسعة عشرة، 1938، ص ص 237، 238.

(3) أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، مصر، المطبعة الأميرية، 1913، ص327.

(4) أنظر:

- د.عبد الرزاق بوضياف، (التقادم المكسب للملكية العقارية)، المعيار، مجلة صادرة عن كلية أصول الدين والشريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد الرابع عشر، 2007، ص ص 256، 257.

- فريدة زواوي، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1987، ص50.

- الطاهر أولاد العيد، التقادم المكسب، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005/2004، ص50.

لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار، بما يؤدي إلى المخالطة بينهما، والتي ليست عيبا في ذاتها، عدا ما ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يحوز حصة باقي شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء ومظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم"[1].

وعليه فالمالك مطالب في سبيل ذلك بالقيام بأعمال مادية ظاهرة في مواجهة حق الشركاء الباقين تمارس دون خفاء أو لبس من أجل الحيازة مع وجوب الاستمرار فيها طوال المدة التي اشترطها القانون لكسب الملكية بالتقادم وهي خمسة عشرة سنة، طبقا لنص المادة رقم 969 **مدني مصري**، والمادة رقم 827 **قانون مدني جزائري**.

أما في القانون المدني الفرنسي فطبقا للمادة رقم 2264 قانون مدني فرنسي تكون المدة ثلاثون سنة.

ويرجع لقاضي الموضوع في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون وهو حكم غير قابل للطعن بالنقض[2].

أضف إلى ذلك فإن وضع اليد من الشريك المشتاع على العقار الشائع واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، وللمحكمة السلطة المطلقة في التعرف على نية واضع اليد على جميع الدعوى[3].

وبالمقابل إذا كان الشريك المشتاع يستطيع كسب كل العقار الشائع بالتقادم فإنه من باب أولى له ملكية قدر منه بالتقادم يكون مفرزا، دون أن يقف ذلك حائلا في مطالبته بحصته الشائعة في باقي المال فيكون بذلك لنفس الشخص ملكية مفرزة وأخرى شائعة على مال واحد.

ولم نجد في القضاء الجزائري ما يثبت ذلك أو ينفيه فيما يخص كسب أحد الشركاء الملكية بالتقادم، أما الفقه الإسلامي فقد منع كسب الشريك المشتاع ملكية شركائه الآخرين للعين المشتركة بمرور الزمن، إذ ترى الشريعة الإسلامية أن الحق لا يسقط ولا يكتسب

---

[1] قرار محكمة النقض رقم 40/146، المؤرخ في 02 فيفري1972، المأخوذ عن المجموعة الصادرة عن المكتب الفني، ص376.

[2] قرار محكمة النقض رقم 50/270، المؤرخ في 18 ديسمبر1980، صادر عن المكتب الفني ص2058.

[3] نفس الحكم السابق، ص2060.

بمرور مدة زمنية، ولا تعترف بالغصب كطريقة للتملك بمضي المدة، لكن ومن جهة أخرى فإن ترك المدعي الدعوى زمنا معينا دون عذر شرعي يدل على انعدام الحق ظاهرا، وينتفي ذلك بإقرار المدعي عليه صراحة بأن للمدعي حق[1].

والقاعدة العامة لذلك هي: " يكون عدم سماع القاضي الدعوى بعد مضي المدة المحددة لسماعها عند إنكار الخصم "، إذ باعترافه سمعت الدعوى ضده وقضي عليه بناءً على اعتراف يرد الحق لصاحبه[2].

أضف إلى ذلك فإن مقدار المدة التي تمنع من سماع الدعوى قدرت بست وثلاثين سنة فقط وهناك من قصر فيها إلى خمس عشرة سنة فقط باعتبار أنها طويلة وتعرقل المعاملات والحقوق المدنية وترهق المدين[3].

و وفقا لكل ما سبق فإنه إذا حاز أحد الملاك المشتاعين العين المشتركة أو جزء منها وادعى لنفسه صفة المالك لها بقصد إقصاء شركائه الباقين عنها، حيازة ظاهرة مع سكوتهم عن المطالبة بحقهم في العين الشائعة طوال المدة المقررة لمنع سماع الدعوى، تقوم في مصلحة المالك الحائز قرينة على حقه في الملكية الفردية لذلك.

فإن رفع أحد الشركاء دعوى يطالبه فيها بحقه فلا تسمع بإنكار الشريك الحائز لها، أما إذا أقر فيحكم للمدعي بحقه ويلزم الحائز برد العين المشتركة إلى أصحابها.

وعليه فيما يخص التقادم المكسب للشريك المشتاع في العقار الشائع فإن الفرق بين نظام التقادم في القانون المدني الوضعي ونظام عدم سماع الدعوى بمرور الزمان في الفقه الإسلامي يظهر عند اعتراف الحائز بحق الشريك بعد مرور مدة التقادم أو مدة عدم سماع الدعوى، إذ في القانون الوضعي يتخلف في ذمته التزام طبيعي لا يجبر على الوفاء به، أما

---

(1) المدعي يقصد به من يقيم الدعوى على الحائز مطالبا إياه بحق يتعارض مع حيازته ويقال له أيضا في الشريعة الإسلامية الخارج، أما المدعي عليه فهو الحائز أو واضع اليد.

(2) أنظر:

- علي زكي العرابي، (طبيعة التقادم في الشريعة والقانون)، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الثالثة، 1933، ص868.

- علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986، ص232.

- محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، 1958، ص275.

- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، بيروت، دار الفكر للطباعة، 1982، ص50.

(3) علي زكي العرابي، المقال السابق، ص ص 869، 870.

في الفقه الإسلامي فلا يسقط الحق بمرور الزمان، وبالتالي يجبر الشريك الحائز بناءً على إقراره برد العين المشتركة إلى الشيوع.

خاتمة الفصل الأول:

إن سلطة الشريك في استعمال المال الشائع مرتبطة ارتباطا وثيقا بحق الملكية الممنوح لكل مالك على الشيوع، وقد جاء نص المادة رقم 714 مدني جزائري صريحا إذ أعطى للشريك المشتاع هذا الحق فاتفق في ذلك مع نص المادة رقم 815 مكرر 1/9 مدني فرنسي كما أكد على هذا الحق في الشريعة الإسلامية.

وبمقتضى هذا الفصل بات من الواجب اتفاق استعمال المالك المشتاع للمال الشائع مع الطبيعة والغرض الذي أعد من أجله هذا المال، مع عدم المساس بحقوق بقية الشركاء في الاستعمال، وضرورة مراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة لاستعمال المال الشائع، وهو قيد انفرد به المشرع المدني الفرنسي.

ونظرا لأهمية هذا القيد وضرورته في اكتمال العناصر السابقة ارتأينا ضرورة النص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري، حتى تسهل مهمة القاضي في حسم النزاع الناشئ بين الشركاء عند استعمال أحدهم للمال الشائع بصورة لا تتفق مع الآثار المترتبة على الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع وقبله، بالإضافة إلى قيد ضرورة اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض المعد له وطبيعته، إذ أن نص المادة رقم 714 مدني جزائري أكد على قيد واحد عام ومرن وغير واضح، يشمل عدة معان قد تعيق استعمال المال الشائع والانتفاع به.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ذلك قد يرهق كاهل القضاء في البحث عن معاني القيد العام تحديدا للضرر، لذلك نقترح تعديل نص المادة رقم 01/714 مدني جزائري بإضافة القيود سابقة الذكر.

كما أنه توصلنا من خلال هذا الفصل إلى أن الشريك يمكنه وضع يده على المال الشائع كله أو جزء منه بقصد استعماله بالإرادة المنفردة، مما قد يؤدي إلى كسب ملكية شركائه الآخرين بالتقادم بتوافر شروطه، لكن يجب التنويه إلى أنه لا يوجد في القانون المدني ما يدل على استئثار الشريك بالمال الشائع بل كانت الدراسة في القانون المدني الفرنسي.

لذلك نوصي المشرع الجزائري بالتدخل على غرار ما فعل المشرع الفرنسي الذي جعل استئثار الشريك باستعمال الملكية الشائعة عملا غير مشروع يوجب التعويض ما لم يوجد اتفاق

يخالف ذلك، فلم تنص المادة سابقة الذكر صراحة على التعويض من عدمه وجواز الاستئثار مما خلق اجتهادات فقهية وقضائية متناقضة، يجزم فيها تشريعا وبنص صريح.

الفصل الثاني: التنظيم الاتفاقي لاستعمال المال الشائع.

تعطي القاعدة العامة للشركاء المشتاعين الاتفاق فيما بينهم على طريقة لتنظيم استعمال المال المشتاع.

فإذا كان المشرع الفرنسي في قانون31 ديسمبر1976 أكد على هذه القاعدة في المادة رقم 815 مكرر1/9 منه، فإنه لم ينظم صورا معينة لاتفاق الشركاء على تنظيم الاستعمال تاركا لهم حرية الاتفاق على الصورة المناسبة لاستعمال الملكية الشائعة من حيث المصلحة وطبيعة المال الشائع هذا من جهة.

لكنه من جهة أخرى جاء بنصوص قانونية كطريقة اتفاقية بين الشركاء للانتفاع بالمال الشائع دون أن يمنع ذلك من وجود طرق أخرى لاستعمال المال الشائع وفقا للقواعد العامة المنظمة للاتفاق على الاستعمال[1].

وقد انقسم فقه القانون المدني الوضعي حول تكييف الاتفاق المنظم لاستعمال المال الشائع إلى فريقين: الاتجاه الأول يرى أنه اتفاق على إنشاء حق الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة، فتنطبق عليه القواعد المنظمة للانتفاع بوجه عام.

لكن هذا التكييف يخالف إرادة المشرع والشركاء ويحول النظام القانوني للشيوع إلى نظام آخر، إذ القصد من الاتفاق هو الانتفاع بالمال الشائع دون منح أيا منهم حقا عينيا[2].

والرأي الراجح أن الاتفاق المنظم للاستعمال ينشئ حقا شخصيا للشريك المستعمل، إذ أن ذلك يمنحه حق الاستعمال للمال الشائع لمدة معينة و يخوله حقا شخصيا في مطالبة شركائه الباقين بتمكينه من الاستعمال لمدة معينة مقابل أداء مالي معين ما يشبه عقد الإيجار[3].

لكن إذا كان تطبيق أحكام عقد الإيجار جائزا في الانتفاع مهايأة، فإنه غير ممكن حالة استئثار الشريك باستعمال المال الشائع، الذي قد يكون صريحا أو ضمنيا، كما لابد من تحديد

---

(1) راجع:
- محمد الكشبور، القسمة القضائية في ظل القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء ، كلية الحقوق، 1981-1982، ص23.
- أحمد الغازي الحسين، آثار الطوارئ على القسمة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 1991-1992، ص15.
- P.Philippe Simler, Michel Stork, Droit des biens, Paris, Dalloz, 1995, P99.

(2) أنظر:
- P. Christan Atlas, (Une Convention au Pays…), OP.Cit, P56.

(3) P.Christan Atlas, (Une Convention au Pays…), OP.Cit, P56.

مدة الاتفاق المنظم للاستعمال دون أن تزيد عن الحد الأقصى للمدة التي أجازها القانون للاتفاق على تأجيل القسمة النهائية.

وبناءً على ما سبق فقد كان **الفقه الإسلامي** السباق إلى تحديد طرق الانتفاع بالمال الشائع عن طريق قسمة المهايأة كصورة مثلى للانتفاع بالمال الشائع، وقسمها إلى مهايأة مكانية وزمانية إذ وردت في معظم كتبه.

وقد سار على نهجه كل من المشرع **المدني الجزائري** و**المصري**، ونظما أحكام قسمة المهايأة بنوعيها ضمن النصوص المتعلقة بالملكية الشائعة، وانقضاء الشيوع بالقسمة على الترتيب[1].

أما **القانون المدني الفرنسي** فلا يعرف مصطلح مهايأة ولم ينظم صورة معينة من صور التنظيم الاتفاقي للاستعمال مكتفيا بالأحكام العامة، إذا وفقا لذلك يجوز للملاك الاتفاق على طريقة للانتفاع بالمال الشائع قد تكون بقسمته على أساس المكان وهو ما يشبه قسمة المهايأة المكانية أو قسمته على أساس الزمان وهو ما يشبه قسمة المهايأة الزمانية، وهذا ما عبر عنه فريق من الفقه الفرنسي بـ:

"La convention peut être temporelle ou matérielle" [2].

وترتيبا على ما سبق وعلى أساس أن قسمة المهايأة هي قسمة انتفاع مؤقتة غير نهائية فلابد من تناول أحكامها كصورة من صور التنظيم الاتفاقي للاستعمال في القانون المدني الجزائري والمصري والفقه الإسلامي، من خلال ثلاثة مباحث نتناول فيها تباعا: قسمة المهايأة المكانية، قسمة المهايأة الزمانية ثم تكييف قسمة المهايأة كل في مبحث مستقل.

---

[1] نظم المشرع المدني الجزائري أحكام قسمة المهايأة في نصوص المواد 733 إلى 736 منه، ونظمت في القانون المدني المصري من خلال نصوص المواد من 846 إلى 849.

[2] Watine Drouin, (Le Rôle du Juge relativement à la gestion et à l'intilisation des biens indivis), Revue Trimestrielle de Droit Civil, N°01, 1988, P279.

المبحث الأول: قسمة المهايأة المكانية.

إن قسمة المهايأة تختلف تماما عن القسمة النهائية للملكية الشائعة، فهي قسمة انتفاع مؤقتة تقع باتفاق جميع الشركاء[1]، وحتى نزيل هذا اللبس الذي وقع فيه المشرع الجزائري بضم أحكام قسمة المهايأة للأحكام العامة للشيوع، سنتناولها كصورة من صور التنظيم الاتفاقي للاستعمال.

وباعتبار القانون المدني الفرنسي لم ينظم هذه القسمة تنظيما تشريعيا، فستقتصر الدراسة في هذا المبحث، والمبحثين اللذين يأتيان بعده على كل من **القانون المدني الجزائري**، **القانون المدني المصري**، و **الفقه الإسلامي**.

أضف إلى ذلك وباعتبار قسمة المهايأة نوعان مهايأة مكانية وزمانية، فإننا سنعالج في هذا المبحث قسمة المهايأة المكانية من خلال الإشارة إلى مفهوم قسمة المهايأة المكانية وأحكام المدة في هذه القسمة في مطلبين مستقلين، لنخصص المطلب الثالث لتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، ونخلص في المطلب الأخير لتبيان سلطات الشريك المشتاع أثناء المهايأة المكانية وذلك كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم قسمة المهايأة المكانية.

منطقيا فإنه إذا لم يتيسر للشركاء استعمال المال الشائع استعمالا مشتركا، أمكنهم قسمته قسمة مهايأة، وتعد قسمة المهايأة ضربا من تنظيم استعمال المال الشائع تنظيما عمليا يمكن كل الشركاء المشتاعين من التمتع بهذا الاستعمال بما يوازي حصته الشائعة[2].

ودراسة قسمة المهايأة المكانية كتطبيق فعلي للمهايأة، تقتضي منا أولا تعريف قسمة المهايأة عموما وذلك لغة واصطلاحا، وصولا لتعريف قسمة المهايأة المكانية واستظهار دليل مشروعيتها كل في فرع مستقل.

---

[1] راجع:

- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون عقاري، باتنة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 2009-2010، ص97.

- نبيل محمد عبد اللطيف، مبادئ ونماذج العقود الرسمية والعرفية، الطبعة الأولى، بيروت، دار الفكر العربي، 1990، ص124.

- محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص103.

[2] د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص44.

الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة واصطلاحا.

أولا: لغة.

المهايأة لغة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، فيقال هاء الأمر، يهيئ وتهيأ بمعنى أخذ له هيأته، وهيأ الممر تهيئة أي أصلحه، وتهايؤوا على كذا تمالؤوا عليه والتهايؤ هو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، والمهايأة: الإعداد والتجهيز وهو أن يهيئ كل واحد لصاحبه ما شرط له ويجهزه[1].

فهي لغة تراضي الشركاء على أمر معين، وقيل في المصباح تهايأ القوم تهايؤا من الهيئة، جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة، فيكون معنى المهايأة هو المناوبة[2].

وجاء في معجم تاج العروس ما نصه: "وهيأ الشيء، أخذت هيئته ويكنى بذلك عن إعداده وإصلاحه"[3].

ثانيا: تعريف المهايأة اصطلاحا.

لقد عرف الفقه الجزائري قسمة المهايأة بأنها اتفاق مؤقت وقسمة انتفاع بين الشركاء على الشيوع أريد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع في فترة حياة الشيوع وسار على نهجه **الفقه المصري**[4] كما نظم المشرع الجزائري أحكام قسمة المهايأة بنوعيها في المواد 733 إلى 736 **قانون مدني جزائري**، دون التطرق فيها لتعريف المهايأة وذلك من عمل الفقهاء وشراح القانون المدني.

---

[1] راجع:
- أبو الفتح ناصر بن عبد السيد، المغرب في ترتيب المعرب، بيروت، دار الكتاب العربي، دون تاريخ نشر، ص507.
- محب الدين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء I، القاهرة، المطبعة الخيرية، 1906، ص ص 139، 140.
- جمال الدين أبي الفضل منظور، لسان العرب، القاهرة، الجزء I، دار المعارف، دون تاريخ نشر، ص ص 188، 189.

[2] أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، بيروت، دار القلم، دون تاريخ نشر، ص247.

[3] محب الدين الزبيدي، المرجع السابق، ص140.

[4] لتفصيل أكثر راجع:
- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2008، ص215.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص247.
- د.رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص83.

ويعتبر **الفقه الإسلامي** أول من عرف قسمة المهايأة باعتبارها قسمة منافع للشيء الشائع فعرفها بعض الحنفية بأنها: "المهايأة هي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذاك بذاك النصف، أو هذا بكله في كذا من الزمان، وذاك بكله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول"[1].

أما الحنابلة والزيدية والإباضية فعرفوها بأنها قسمة المنافع[2].

لكن المالكية كانوا أكثر دقة في تعريفهم للمهايأة، فعرفها ابن عرفة بأنها اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متحد ومتعدد[3].

والمقصود بها استقلال كل واحد منهما بشيء مشترك بينهما سواء كان هذا الشيء متحدا كالدار والسيارة، أو متعدد كالدارين والسيارتين، وذلك خلال زمن معلوم إذ يعتبر شرط يعرف به قدر الانتفاع، ومصطلح متحد أو متعدد بيان لقوله بمشترك فيه، فالمتحد كأن يقول لشريكه نركب سيارتنا تركبها شهرا وأركبها أنا شهرا ويوافقه على ذلك، والمتعدد كأن يقول له نركب سيارتينا، تركب إحداهما شهرين وأركب أنا الأخرى شهرين ويوافقه على ذلك[4]، وهذا التعريف أقرب لبيان حقيقة المهايأة فتم ترجيحه، وفي التعريفين اللغوي والشرعي نجد أن الشريكين تراضيا على الانتفاع بالعين على حالة معينة.

---

(1) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، بيروت، دار المعرفة، ص179.

(2) راجع في ذلك:
- محمد أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء العاشر، جدة، مكتبة الإرشاد، ص479.
- أحمد بن قاسم الصنعاني، شرح متن الأزهار، الجزء الثالث، اليمن، طبع مكتبة اليمن الكبرى، دون تاريخ نشر، ص388.

(3) راجع:
- أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي، الجزء الرابع، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، دون تاريخ نشر، ص300.
- أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب مالك، الجزء الثاني، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، دون تاريخ نشر، ص237.
- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، مصر، مطبعة السعادة، 1978، ص334.

(4) د.محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص ص 197، 198.

وقد تعددت تعاريف فقهاء القانون للمهايأة وأكثرهم يعتبرها تناوب الشركاء على اقتسام منافع الشيء دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم ومن ثمة فهي قسمة منافع لا قسمة ملكية الهدف منها تمكين كل شريك في الملك من قدر من منافعه يتناسب مع حصته[1].

وإن كان التعريف لابد أن يكون جامعا مانعا مع الوضوح والإيجاز، فإن الدكتور محمد عبد الرحمن الضويني يرى في تعريف ابن عرفة المالكي ما يحقق ذلك، ونحن نؤيده فيما ذهب إليه ونرجح هذا التعريف.

وبمقارنة تعاريف فقهاء **الشريعة الإسلامية** وشراح القانون لقسمة المهايأة، نجدها جميعها لا تختلف في فحواها فتعريفها بـ: قسمة منافع في الفقه الإسلامي ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، واكتفى به بعض شراح القانون.

ثالثا: تعريف المهايأة المكانية.

يقصد بالمهايأة المكانية اتفاق جميع الملاك المشتاعين لمال واحد على اقتسامه بينهم قسمة منفعة مؤقتة، أين يختص كل واحد منهم بمقتضى هذه القسمة بمنفعة جزء من المال الشائع يوازي حصته متنازلا لباقي الشركاء في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء[2].

كما تعبر عن قسمة الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة، فقسمة المهايأة المكانية نوع من أنواع إفراز المال الشائع لا يقصد به إنهاء الشيوع بل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء لمدة معينة كأن يتفق شريكان في بيت مملوك لهما على الشيوع مكون من طابقين على اقتسامه بينهما مهايأة مكانية فيأخذ كل واحد منهما طابقا من هذا البيت يتناسب مع مقدار حصته ينتفع به ويستعمله لمدة متفق عليها على أن يعود البيت على شاكلته الأولى بمجرد انتهاء هذه المدة[3]، أو أن يكون المال الشائع

---

[1] راجع:
- د.محمد المنجي، دعوى القسمة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص118.
- بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، الرباط، دار السلام للنشر والتوزيع، 2005، ص26.

[2] راجع:
- د.بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، دون تاريخ نشر، ص353.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية....)، مرجع سابق، ص248.
- منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الجزء الثالث، بيروت، عالم الكتب، ص511.
- محمد سامح الشيخ الدويك، قسمة المال الشائع في القانون المدني الأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1994، ص ص 111، 112.

[3] أنظر: أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص95.

عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء فيختص الشريك الأول بالجزء البحري والشريك الثاني بالجزء القبلي والشريك الثالث بالجزء الشرقي، والشريك الرابع بالجزء الغربي[1].

وعليه فقسمة المهايأة المكانية بمقتضاها يحصل اتفاق بين الشركاء على الشيوع على تقسيم المال الشائع بينهم إلى أجزاء، لينتفع كل شريك منهم بجزء يعادل حصته، له استعماله فلا يحاسبه أحد من الشركاء في ذلك وليس له بدوره محاسبة غيره من الشركاء فيما اختص به كل منهم من جزء[2].

الفرع الثاني: مشروعية قسمة المهايأة.

قسمة المهايأة بنوعيها هي مبادلة منفعة بجنسها لأن كل شريك ينتفع بمقتضاها بالمال الشائع أو بجزء منه لمدة معينة عوضا عن انتفاع شركائه الآخرين بمقتضاها بالمال الشائع لمدد أخرى تتناسب مع حصة كل منهم[3]، وهي جائزة شرعا بمقتضى ما جاء به القرآن الكريم والسنة والإجماع ومؤسسة قانونا حسب نصوص القانون المدني الوضعي.

وعليه سنتطرق لمشروعية قسمة المهايأة من خلال دليل مشروعيتها في الشريعة الإسلامية ومشروعيتها في القانون المدني الوضعي، ثم نخلص لمقارنة بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما ورد في نصوص القانون المدني الجزائري والمصري، وذلك كما يلي:

أولا: مشروعية قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية والفقه.

قسمة المهايأة جائزة شرعا وقد دل على ذلك القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، إذ قال الله تعالى: " قال هذه ناقة لها شِرب ولكم شِرب يوم معلوم"[4]، بمعنى أن الماء مقسوم بأمر الله تعالى بين قوم صالح وبين الناقة (لها شِرب)، أي نصيب من الماء فلا تزاحموها فيه، (ولكم شِرب) فلا تزاحمكم هي فيه، بحيث يحضر القوم يومهم يسقون منه والناقة يومها تشرب منه وهذا دليل على جواز المهايأة في شرع من قبلنا[5]، فهي شرع لنا وعلينا إتباعه وتطبيقه ما دام

---

(1) د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص124.
(2) د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص125.
(3) عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1998، ص105.
(4) الآية رقم 155 من سورة الشعراء.
(5) راجع:
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص91.
- د.محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص201.

قد قص علينا، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه، ذلك أنه من الأحكام التي شرعها الله تعالى على لسان رسله فعلينا إتباعه.

ومن السنة النبوية ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة رجال فكانوا يتهايؤون في ركوبه[1]، كذلك أن رجلا خطب إمرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن معه صداق، إذ لم يكن يملك سوى ثوب يلبسه، فاقترح على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتسم هذا الثوب مع زوجته قسمة مهايأة، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما تصنع بإزارك؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء"[2]، مما يدل على مشروعية قسمة المهايأة وأنها كانت معروفة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأقرها وعمل بها.

وإن كانت نصوص القرآن المذكورة سابقا تدل على جواز قسمة المهايأة الزمانية بظاهر النص فهي تجيز المهايأة المكانية عن طريق الدلالة، لأنها أولى بالإجازة فلا تجري إلا فيما تجري فيه قسمة الأعيان أما الزمانية فتجري في ذلك وفيما لا يقبل قسمة الأعيان كالسيارة.

وعليه إن شرعت قسمة المهايأة الزمانية، فإن حاجة الشركاء إلى قسمة مهايأة مكانية أشد ويتم خلالها الانتفاع بكل المال الشائع كل منهم بجزء يوازي حصته[3].

فإذا كان المال الشائع شقة تستخدم كمصيف وقسمت قسمة مهايأة مكانية، استطاع جميع الشركاء الحصول على المنافع المرجوة منها في آن واحد بنسبة كل منهم في المال عكس استعمالها في المهايأة الزمانية إذ قد تأتي نوبة أحدهم في الصيف فيحصل على المنفعة المرجوة من هذه الشقة كاملة، بينما لا يحصل شريكه الذي جاءت نوبة انتفاعه بهذه الشقة في الشتاء على المنافع المرجوة منها[4].

---

(1) أنظر: أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص216.

(2) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء السابع، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، ص ص 230 ،231.

(3) راجع في هذا المعنى:
- علاء الدين أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ص32.
- محمد أمين إبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، 1984، ص286.

(4) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص93.

أما في الإجماع فقد جرى في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، إلى يومنا هذا الإجماع على جواز قسمة المهايأة، والقول بخلاف ذلك يعطل الأعيان التي لا يريد الشركاء قسمتها نهائيا، وهذا أمر منهي عنه فالأعيان جاءت للانتفاع بها وليس لتعطيلها[1].

كما أن **الفقه الإسلامي** عرف قسمة المهايأة باعتبارها طريق للانتفاع بالمال الشائع.

ثانيا: مشروعية المهايأة في القانون المدني الوضعي.

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على قسمة المهايأة وذلك في القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول في الكتاب الثالث والخاص بالملكية الشائعة، من خلال نصوص المواد 733 إلى 736 قانون مدني جزائري، وهذا استجابة لرغبة المشرع في تنظيم استعمال الشيء الشائع واستغلاله بما يمكن كل الشركاء المشتاعين من التمتع بهذا الاستعمال بما يوازي حصته حتى لا يتعطل الانتفاع بالأعيان التي لا يريد الشركاء قسمتها قسمة نهائية، كما أنه ومن الأسباب التي دفعت المشرع بالسماح للجوء للمهايأة هي مواجهة الظروف الحائلة دون إمكانية إجراء القسمة النهائية، وذلك بإعطاء الشركاء الحق في الاتفاق على تهايؤ الانتفاع بالأشياء الشائعة ونفس الأمر بالنسبة للتشريع المدني المصري.

ثالثا: مقارنة القانون الوضعي بالشريعة والفقه الإسلامي.

من خلال دراسة مشروعية قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي يتضح اتفاقهما في نظرتهما للشيوع كنظام غير مرغوب فيه، لما يترتب عليه من أضرار اقتصادية واجتماعية.

كما اتفق كل منهما على أن ضرورة اللجوء للمهايأة غالبا ما يكون تحت ضغط ظروف معينة تجعل المشرع مضطرا لمعالجتها بحل مؤقت هو السماح للشركاء بالاتفاق على المهايأة فضلا على أن عدم تشريع المهايأة يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالأعيان[2].

---

[1] لتفصيل أكثر راجع:
- محمد حسين مبروك قنديل، نظرية الشيوع في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1985، ص368.
- سيد محمود عمر، القسمة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 1996، ص460.
- د.وهبة الزحيلي، الفقه الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، الجزء الخامس، دمشق، دار الفكر للطباعة،1997، ص695.

[2] د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص66.

المطلب الثاني: مدة قسمة المهايأة المكانية.

جاء في نص المادة رقم 01/733 **قانون مدني جزائري** أنه: (يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاث أشهر أنه لا يرغب في التجديد...)[1].

وقد أكدت **المحكمة العليا بالجزائر** على ضرورة الاتفاق على مدة معينة لقسمة المهايأة في قرار صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 28 ماي1997 والتي قضت بـ:

" لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي رغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة فإنهم عرضوا قرارهم للنقض والإبطال لانعدام الأساس القانوني"[2].

وبناءً عليه يكون انتفاع المالك على الشيوع بالمال الشائع بمقتضى الاتفاق على قسمته مهايأة مكانية مؤقتا ومحددا بمدة معينة، وإذا لم يكن هناك اتفاق فإن ذلك لا يؤدي إلى إبطالها وتبقى المهايأة صحيحة[3]، فضلا عن ذلك فإن اتفاق الشركاء المشتاعين على مدة معينة يجب ألا تزيد على خمس سنوات وإلا وقع باطلا فيما زاد عن ذلك، مع جواز إنقاصها إلى الحد المذكور

---

(1) أنظر: نص المادة رقم 01/733، من الأمر رقم 58/75 السابق الذكر، وتقابلها المادة رقم 01/846 مدني مصري.

(2) أنظر قرار الغرفة العقارية رقم 148.362، المؤرخ في 28 ماي1997، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1997، ص173.

(3) راجع:

- أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية المقررة من محكمة النقض، الجزء الثامن، مصر، دار الكتب القانونية، 2004، ص396.

- د.محمد شكري سرور، الموجز في تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، مصر، دار النهضة العربية، 1999، ص334.

في نص المادة[1].

وهذا يرجع إلى تطبيق القواعد العامة في القانون المدني، والتي تقضي بأنه إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله[2].

والحكمة -من النص على هذه المادة صراحة – في عدم جواز الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات هي عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع لمدة أطول من ذلك[3].

وفي الحالة العكسية وإذا أغفل الشركاء في المهايأة المكانية الاتفاق على مدتها أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مرة أخرى مع بقاء الشركاء فيها حسب الاتفاق، فإن مدتها تكون سنة واحدة في الحالتين قابلة للتجديد إلا إذا أعلن أحد الشركاء للبقية رغبته في إنهائها قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل، وبذلك تنقضي المهايأة المكانية ويعود المال إلى الشيوع مرة أخرى[4]، ويجوز للشركاء الاتفاق على تجديد مدة قسمة المهايأة المكانية بعد انقضائها لمدة ثانية وثالثة وهكذا، على ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات.

وهذه الأحكام تسري على كل أنواع المال الشائع حتى الأراضي الزراعية[5] .

أضف إلى ذلك فإنه وتطبيقا للأحكام السابقة، قضت محكمة النقض المصرية أن: "القاعدة الواردة بالمادة رقم 01/846 من التقنين المدني القائم والتي تقضي بأنه إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ولم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت

---

(1) راجع في هذا المعنى:
- د.محمود جمال الدين زكي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1976 ص119.
- د.جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار النهضة العربية،1981، ص116.
- مأمون أحمد الشامي، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني مع مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1993، ص61.

(2) لتفصيل أكثر راجع نصوص القانون المدني الخاصة بالعقد وأحكامه العامة.

(3) فالمهايأة المكانية وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة، تبقيه شائعا من حيث الملكية فيبقى الشيوع قائما ما دامت المهايأة مكانية.لتفصيل أكثر راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص78.

(4) راجع:
- محمد الكشبور، القسمة القضائية في القانون المغربي، الرباط، مطبعة النجاح، 1996، ص25.
- محمد بخنيف، أحكام العقار المملوك على الشياع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة بفاس، 2003، ص91.

(5) د.محمد المنجي، المرجع السابق، ص ص 267 ،268.

مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد هي قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى، فلا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم"[1] .

ولما كانت قسمة المهايأة المكانية تعقد بموافقة جميع الشركاء، فلا يستطيع أي شريك مهما كان مقدار حصته، أن يتحلل منها قبل انتهاء مدتها المتفق عليها أو المنصوص عليها في القانون، حتى لو كان ذلك رغبة منه في إنهاء الشيوع بقسمتها قسمة نهائية، ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على غير ذلك[2].

ورجوعا **لأحكام الفقه الإسلامي** المتعلقة بالمدة في المهايأة المكانية فقد ظهر خلاف حول مدى وجوب الاتفاق في قسمة المهايأة المكانية على مدة أم لا، ترتب عنه خلاف آخر حول لزوم الاتفاق على قسمة المهايأة أم عدم لزومه، فالرأي الغالب تمثل في المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي والذي لم يشترط في المهايأة المكانية بيان المدة، ذلك أنها قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها، فلا تحتاج للزمان، كما أنها تجمع في آن واحد منفعة أحد الشريكين في جزء مفرز من المال الشائع ومنفعة الشريك الآخر في جزء مفرز آخر.

كما أنه ومن وجهة نظرهم، فالاتفاق على قسمة المهايأة المكانية اتفاق جائز غير لازم فيستطيع الشريك في أي وقت التحلل منه بفسخه أو طلب القسمة النهائية، سواء كان الاتفاق محدد المدة أو غير محدد، إذ أن قسمة المهايأة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى فـي

---

[1] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص98.

[2] راجع في ذلك:
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص455.
- مأمون أحمد الشامي، الرسالة السابقة، ص62.
- د.عبد العزيزعامر، حق الملكية، القاهرة، دارالنهضة العربية، دون تاريخ نشر، ص108.

القسمة النهائية أكمل إذ تشمل الرقبة والمنفعة والمهايأة تشمل المنفعة فقط[1].

أما المذهب المالكي، ففيه رأيان: الأول قال به ابن الحاجب وابن عبد السلام وآخرون بأنه لا يشترط تعيين مدة معينة في الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية، فيجوز أن تعقد لمدة غير محددة وإذا عينت أصبح الاتفاق عليها لازما لا يستطيع أحد الشركاء نقضه قبل انتهاء هذه المدة، وإن لم تعين لها مدة أصبح الاتفاق عليها جائزا غير لازم ولكل شريك فسخها متى شاء في أي وقت، وذكر المدة أو عدم ذكرها لا يؤثر في صحة القسمة.

وفيما يخص الرأي الثاني، وهو رأي ابن عرفة الذي جعل تعيين الزمن أمرا لازما في الاتفاق على قسمة المهايأة سواء كانت مكانية أو زمانية و سواء اتحد المقسوم أو تعدد، فلا يجوز أن يكون الاتفاق على هذه القسمة غير محدد المدة، حتى يعرف على وجه الدقة مقدار الانتفاع وعليه يكون الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية أمرا لازما دائما لا يستطيع أحد الشركاء التحلل منه قبل انتهاء المدة المتفق عليها، وهذا هو الرأي المرجح في المذهب المالكي[2].

ونحن بدورنا نرجح رأي ابن عرفة على أساس اتفاقه مع مبدأ استقرار المعاملات وحماية الشركاء والمتعاملين معهم من مفاجأة انتهاء المهايأة برغبة أحدهم المنفردة دون أن يعدوا لهذا الانتهاء عدته.

أضف إلى ذلك فإن هذا الرأي يتفق مع مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، فضلا عن تماشيه مع ما جاء به القانون المدني الجزائري من لزوم انعقاد قسمة المهايأة المكانية لمدة معينة سواء

---

[1] في هذا المعنى وفيما يخص المذهب الحنفي أنظر:
- زين الدين بن نجيم الحنفي، (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس...)، مرجع سابق ص179.
- علاء الدين أبو بكر الكاساني، المرجع سابق، ص32.
- عبد الله محمد سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثاني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر، ص496.
- وفي المذهب الشافعي:
- محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع ،مصر، مطبعة الحلبي، 1958، ص426.
- وفي المذهب الحنبلي:
- شمس الدين أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، الجزء الحادي عشر، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، ص499.
- منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الجزء الأول، بيروت، مطبعة عالم الكتب، دون تاريخ نشر، ص511.

[2] فيما يخص عرض الآراء المختلفة في المذهب المالكي نجد:
- شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، القاهرة، دار الفكر للطباعة والنشر، دون تاريخ نشر، ص184.

حددها الاتفاق أو القانون، وأنه لا يجوز لأي شريك التحلل من هذا الاتفاق قبل انتهاء مدته ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك، وعليه رجحنا هذا الرأي[1].

المطلب الثالث: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية.

جاء في نص المادة رقم 3،2/733 **قانون مدني جزائري** ما يلي: (وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة)[2].

وعليه فالفقرة الثانية والثالثة من نص المادة رقم 733 جاءتنا بقاعدتين نظمهما هذا القانون وحذى حذوه القانون **المدني المصري** في المادة رقم 02/846 منه.

القاعدة الأولى:

(إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك).

ووفقا لهذه القاعدة وإذا كانت المهايأة المكانية الوسيلة المثلى لتنظيم وتسهيل انتفاع الشركاء بالمال الشائع فإنهم قد يتفقون على تجديدها من مدة إلى أخرى، أو أن تجدد بينهم بقوة القانون من سنة إلى أخرى وفقا لنص المادة رقم 01/733 **قانون مدني جزائري** حتى تبلغ مدتها في الحالتين خمس عشرة سنة وتنقلب بذلك القسمة المؤقتة للانتفاع إلى قسمة نهائية للمال الشائع[3].

وهذا التحول من قسمة مهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون بمرور خمس عشرة سنة على قسمة المهايأة المكانية ما لم يوجد اتفاق سابق بين الشركاء على خلاف ذلك فأطلق عليها شراح القانون القسمة القانونية[4].

---

[1] نلفت النظر إلى أن هناك نوع آخر للمهايأة هي المهايأة القضائية التي يلجأ لها عند تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، فيجوز للقاضي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك، وذلك طبقا لنص المادة رقم 02/736 قانون مدني جزائري.

[2] أنظر: نص المادة رقم 3،2/733 من الأمر رقم 58/75 السابق الذكر.

[3] راجع:
- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص237.
- د.جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص120.

[4] أنظر: د.محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص277.

ذلك أنها ليست اتفاقية تتحقق برضاء الشركاء الضمني كما لا يصح القول أن هذا التحول مبني على اتجاه إرادة الشركاء إليه، فالأساس في هذا التحول القانوني أن الشركاء لا يملكون عند نهاية السنة الخامسة عشر استبعاد هذا التحول ولو انعقد على ذلك إجماعهم، ولو كانت الإرادة مبنى هذا التحول لأمكنها أن تبطله[1].

أضف إلى ذلك فإن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري علقت على ذلك وسببت هذا الحكم إذ جاء فيها: "وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وهذا تجديد خطير في المشروع ولكنه تجديد له ما يبرره، فإن المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهائها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية"[2].

وفي هذا الصدد قضت **المحكمة العليا بالجزائر** في غرفتها المدنية بتاريخ 09 ماي 1990 بما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"[3].

وفي نفس السياق أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بموجب القرار المدني رقم 71/26 الذي جاء فيه : "يشترط وفقا للمادة رقم 02/846 من القانون المدني حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك"[4].

ويترتب على تحول قسمة المهايأة المكانية بمرور خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية بقوة القانون ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك، أنه لا يجوز نقض هذه القسمة النهائية التي تحولت

---

[1] د.أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الثالثة، بيروت، دار النهضة العربية، 1980 ص265.

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، صادرة عن وزارة العدل، مصر، دار الكتاب العربي، ص139.

[3] قرار الغرفة المدنية رقم 59514، المؤرخ في 09 ماي 1990، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثالث، 1992، ص35.

[4] قرار مدني رقم 71/69، المؤرخ في 26 جانفي1971، الصادر عن دار القضاء العالي، مصر، المكتب الفني، السنة رقم 22، ص136.

عن المهايأة بسبب الغبن[1] لأن ذلك يرد إلا في القسمة النهائية الحاصلة بالتراضي طبقا لنص المادة رقم 732 قانون مدني جزائري وتقابلها المادة رقم 845 قانون مدني مصري.

وزيادة على ما سبق فإنه إذا كان بين الشركاء شخص لم تتوفر فيه الأهلية أو كان غائبا فإن هذا لا يمنع أن تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية على أساس أنه سبق عند إبرام عقد المهايأة المكانية أن ناب عن ناقص الأهلية وليه أو وصيه أو القيم عليه[2].

فإذا كان بين هؤلاء الشركاء من هو ناقص الأهلية، لا يجوز التمسك في مواجهته بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة سنة على الاتفاق المنشئ لها مراعاة للإجراءات القانونية المفروضة، وهذا الرأي المرجح حفاظا على مصالح الشريك ناقص الأهلية[3].

وباعتبارها قسمة نهائية فإنها واجبة التسجيل[4]، إذ رغم ظهور فريقين، الأول[5]، يرى ضرورة تسجيل قسمة المهايأة المكانية المتحولة للاحتجاج بها على الغير ولا يعفى منها كونها وقعت بقوة القانون، فلابد من اتفاق الشركاء على كتابة ورقة مثبتة لذلك، لتسجل باعتبارها قسمة نهائية وفي الحالة العكسية يلجأ للمحكمة للحكم بثبوت القسمة وتسجيل ذلك، وفي الحالتين تعتبر القسمة قد وقعت سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير، من تاريخ التحول وليس من تاريخ التسجيل.

---

(1) د.محمد المنجي، المرجع السابق، ص ص 274، 275.

(2) أنظر:
- المادة رقم 723 من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.
- د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص62.
- مهدي كامل الخطيب، دعوى الفرز والتجنيب، المنيا، دار الألفى، دون تاريخ نشر، ص225.

(3) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع فقها وقضاء، الطبعة الثالثة، طنطا، دار محمود للنشر والتوزيع، ص239.

(4) المادة رقم 15، 16 من الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12 نوفمبر1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 75/92.

(5) نجد في الفريق الأول:
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في الجزائر، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان الأشغال التربوية، 2003، ص114.
- د.عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، بيروت، دار الفكر العربي، 1991، ص111.
- د.طلبة وهبة خطاب، نظام الملكية، الطبعة الثانية، مصر، مكتبة وهبة للنشر والتوزيع، 1988، ص358.

أما الفريق الثاني[1]، والذي يضم بعض فقهاء القانون المدني فيرى أنه لا ضرورة لتسجيل هذه القسمة التي تحولت إلى قسمة نهائية، فالتسجيل واجب في القسمة القضائية عكس القسمة القانونية.

ونحن نرجح الرأي الأول ونوجب تسجيل هذه القسمة التي تحولت إلى قسمة نهائية تحقيقا للغاية من الإشهار في حماية حقوق الغير.

هذا ويكون تاريخ القسمة في جميع الأحوال في اليوم التالي لانقضاء خمس عشرة سنة على قسمة المهايأة المكانية، لا يوم ابتداء المهايأة المكانية، ولا يوم كتابة الاتفاق المثبت للقسمة النهائية، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور حكم القاضي بثبوت القسمة النهائية[2].

وباستجماع ما ورد حول تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية نؤيد الرأي الفقهي الذي اعتبر هذا الحكم مخالف للشريعة الإسلامية ذلك أن استمرار هذه القسمة طيلة المدة المذكورة ليس بدافع اطمئنان الشركاء إلى نتائجها وإنما قد يكون لاستبداد بعضهم بحصته وحرص الباقين على ما بأيديهم خشية ضياع كل حقوقهم مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم[3].

فهذه القاعدة غير مؤسسة ذلك أن استمرار المهايأة خمس عشرة سنة ليس مؤداه الرغبة الضمنية في القسمة النهائية على هذا الوضع، والشركاء إن أرادوا ذلك بوسعهم التعبير عنه صراحة، وأن الأصل في القسمة أن تكون اتفاقية ، وقول عكس ذلك فيه ضرر لهم[4].

وعليه لابد من إزالة ما قد يلحق الشركاء من ضرر جراء هذا التحول القانوني المتعسف وأن يكون هذا التحول بالإرادة الصريحة لجميع الشركاء، فيتفقون على إنهاء الشيوع على النحو الذي استمروا عليه في قسمة المهايأة.

---

[1] نجد فيه عدة فقهاء من بينهم:
- د.رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص359.
- د.توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1980 ص274.

[2] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1084.

[3] لتفصيل أكثر راجع:
- د.عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص112.
- سيد محمود عمر، الرسالة السابقة، ص484.
- محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1998، ص284.

[4] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص108.

وباعتبار أن هذه القاعدة – نص المادة رقم 02/733 **قانون مدني جزائري**- لا مثيل لها في القانون المدني الفرنسي ولا في الفقه الإسلامي فإنه أولى بالمشرع الوضعي تعديل نص المادة رقم 02/733 قانون مدني جزائري، والمادة رقم 02/846 قانون مدني مصري، بما يتلاءم مع الفقه الإسلامي، فيعطي للشركاء الحق في قبول هذا التحول أو رفضه، ذلك أنهم لم يقصدوا عند اتفاقهم على قسمة المهايأة المكانية إنهاء الشيوع بينهم بل كل ما قصدوا هو تنظيم الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة مهما طالت.

القاعدة الثانية:

(إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة).

والمقصود بهذا النص أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة قرينة على قيام قسمة المهايأة طوال هذه المدة، ولا يكلف بإثبات حصول هذه القسمة ولا بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها[1]، وتأكيدا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار غرفتها المدنية بتاريخ 30 سبتمبر1998 على أنه: " إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية وبما أن المطعون ضده قد مارس حيازة طويلة منذ سنة1933 إلى سنة 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع أي احتجاج ...، فإنهم يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما..."[2].

وبناء عليه فإن هذه القاعدة قد أعفت الحائز من عبء إثبات سبب حيازته للجزء المفرز الذي ينتفع به طيلة خمسة عشرة سنة بافتراض أنه يحوزه على أساس قسمة مهايأة مكانية لكن يسقط هذا الفرض إذا نجح أحد الشركاء الآخرين في إثبات أنها حيازة لا تستند إلى

---

[1] أنظر:

- د.عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص287.

- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص163.

[2] قرار الغرفة المدنية رقم 181.703، المؤرخ في 30 سبتمبر1998، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1998، ص37.

قسمة مهايأة[1].

ومن الواضح أن هذه القرينة لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشريك وتعادل حصته لأنها وحدها التي يمكن أن تستند إلى قسمة مهايأة مكانية أما باقي المال فيبقى شائعا[2].

وقد قضت محكمة النقض بأنه: " وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة رقم 846 من القانون المدني المصري تنقلب قسمة مهايأة مكانية التي تدوم خمسة عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على عكس ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، ومؤدى هذا أنه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء، إعمالا لهذه القرينة للحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية من المادة رقم 846 المشار إليها"[3].

وقد انتقد الأستاذ الدكتور محمد شكري سرور هذا الحكم الوارد في نص المادة رقم 02/846 **مدني مصري**، على أساس أن القرائن تبنى على الغالب وليس الغالب أن تكون الحيازة للجزء المفرز تستند إلى قسمة مهايأة مكانية.

وتجدر الإشارة أن هذه القاعدة لا مثيل لها في القانون المدني الفرنسي، ولا في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: سلطات الشريك أثناء المهايأة المكانية.

كأصل عام فإن سلطات الشريك المشتاع على الجزء المفرز الذي يؤول إليه بمقتضى القسمة مهايأة في القانون المدني تحدد بالاتفاق بين الشركاء، إلا أن خلو الاتفاق من ذلك لا يبطله، ذلك أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن قسمة المهايأة هي قسمة منفعة

---

[1] راجع:
- فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث، الإسكندرية، منشأة المعارف،1991، ص137.
- د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005، ص214.
- أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، المرجع السابق، ص289.

[2] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1080.

[3] القرار المدني رقم 69/26، المؤرخ في 26 يونيو1969، الصادر عن مجموعة أحكام النقض المكتب الفني، طبع دار القضاء العالي، السنة العشرون، ص1064.

للشيء الشائع، وبمقتضى ذلك يكون لكل شريك مشتاع استعمال الجزء المفرز الذي آل إليه واستغلاله دون أن يحاسبه أحد في ذلك وهو مجبر على المعاملة بالمثل[1].

فلو كان ما استقل به الشريك المشتاع شقة فإن له أن يسكنها هو وأسرته، أو يؤجرها لأحد الشركاء أو لشخص آخر وبالأجرة والشروط المتفق عليها بينه وبين المستأجر، ولو كان أرضا زراعية فله زرعها على ذمته أو تأجيرها للغير، دون أن يتعارض استعمال الشريك المشتاع للجزء الذي استقل به أو يزيد على المدة المتفق عليها للمهايأة المكانية[2]، ولا يجوز لأي شريك إجراء أي تصرف ناقل للملكية على الجزء الذي آل إليه بمقتضى قسمة المهايأة.

كما لا يجوز للشريك استعمال الجزء الذي آل إليه بمقتضى المهايأة المكانية أو استغلاله بما يتنافى مع الغرض الذي أعد من أجله، كما ليس له تغيير طبيعته[3].

المبحث الثاني: قسمة المهايأة الزمانية.

لقد تطرق المشرع الجزائري لقسمة المهايأة الزمانية في نص المادة رقم 734 قانون **مدني جزائري** والتي جاء فيها:(يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته).

وعليه سندرس ذلك وفق ثلاثة مطالب، نتناول في الأول تعريف المهايأة الزمانية ونبين في المطلب الثاني مدتها، لنخلص في المطلب الثالث إلى سلطات الشريك المشتاع أثناء هذه القسمة.

المطلب الأول: تعريف المهايأة الزمانية.

من خلال النص السابق ذكره يمكن تعريف قسمة المهايأة الزمانية بأنها اتفاق جميع الشركاء المشتاعين على التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته دون تقسيمه بينهم إلى حصص مفرزة[4].

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص111.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة نفسها، ص111.

(3) محمد بن الحاج السلمي، (ملكية الشقق)، يوم دراسي حول الملكية والتحفيظ العقاري منعقد بطنجة، كتابة الدول في الإسكان، يومي15، 16 ماي 1992، ص382.

(4) أنظر:
- د.جورج ن شدراوي، حق الملكية العقارية، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، ص64.
- عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص113.

كما عرفها البعض على أنها القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع وليس بجزء مفرز منه مثل القسمة المكانية وذلك لمدة معينة[1].

ويترتب على قسمة المهايأة الزمانية أنه يجوز لكل واحد من الشركاء المشتاعين التناوب الواحد تلو الآخر في الانتفاع بكل المال الشائع ويستقل بالانتفاع به على انفراد، دون أن يتقاضى منه باقي الشركاء شيئا، وذلك لمدة معينة يتم تحديدها بحيث تتناسب مع نسبة الحصة المملوكة له في المال الشائع[2].

ونص المادة رقم 734 مدني جزائري يقابله نص المادة رقم847 **مدني مصري** التي ورد فيها: (تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك...)، فسجلنا وجود خطأ مادي في النص الجزائري وهو قول المشرع: " أن يتناولوا بدلا من أن يتناوبوا، على أساس أن التناوب شرط أساسي في المهايأة الزمانية وليس التناول "، ثم مصطلح المال المشترك الذي لابد من تعويضه بمصطلح المال الشائع.

كما أن حصول المهايأة الزمانية غالبا ما يكون في المنقولات المملوكة شيوعا إذ يتعذر انتفاع جميع الشركاء بها في وقت واحد فيتفقون على التناوب في الانتفاع بها حسب حصصهم فيها، مثل السيارة المملوكة شيوعا إذ يتفق الشركاء أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له، والجرار الزراعي المملوك على الشيوع إذ يستعمله كل شريك مدة معينة في أرضه بحسب الحصة المملوكة له[3].

لكن هذا لا يعني أن قسمة المهايأة الزمانية تقتصر على المنقولات إذ تقع أيضا على العقارات الشائعة كالأرض الزراعية المملوكة شيوعا، أين يتفق فيها الشركاء على انفراد كل منهم بالانتفاع بها مدة تتناسب مع حصته، فينتفع بها من يملك ربعها مثلا لمدة سنة، وينتفع بها من يملك نصفها لمدة سنتين، وهكذا فهي منفعة مبادلة[4].

وعلى غرار المهايأة المكانية يمكن أن يذهب اتفاق الشركاء على قسمة بعض الأموال المملوكة بينهم مهايأة زمانية مع ترك البعض الآخر دون تقسيم[5].

---

(1) د.محمد المنجي، المرجع السابق، ص287.
(2) د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص143.
(3) د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص206.
(4) د.عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص112.
(5) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص112.

المطلب الثاني: مدة قسمة المهايأة الزمانية.

سندرس أحكام المدة في قسمة المهايأة الزمانية من خلال مقارنة ما جاء به القانون المدني الوضعي مع أحكام الشريعة والفقه الإسلامي في هذا المجال.

فطبقا لنص المادة رقم 734 **قانون مدني جزائري** والتي يقابلها نص المادة رقم 847 **مدني مصري**، يكون التناوب على الانتفاع بالمال الشائع لكل شريك، خلال مدة تتناسب مع حصته وهذا هو النص الوحيد في القانون المدني الجزائري إذ لم ينظم مدة المهايأة الزمانية عكس ما نص عليه في المهايأة المكانية.

وبما أن كليهما يمثل الصورة المثلى للانتفاع بالمال الشائع فإنه يسري على المدة القواعد العامة التي سبق شرحها والمتعلقة بقسمة المهايأة المكانية.

ورغم خضوع مدة المهايأة الزمانية للقواعد العامة إلا أنه من اللازم تحديد مدة الانتفاع باليوم والشهر والسنة[1]، ودور كل منهم في الانتفاع وإلا وقع الاتفاق باطلا وذلك عكس الاتفاق في قسمة المهايأة المكانية، إذ أن مقدار المنفعة في هذه القسمة محدد بالمكان بينما يتحدد في الزمانية بالزمان، فهو عنصر أساسي وجوهري تقوم عليه القسمة[2].

كما أن المهايأة الزمانية يجوز أن تتكرر لنوبات متعددة، إذ بعد انقضاء المدة المقررة لآخر شريك تبدأ نوبة الشريك الأول وهكذا ما لم يكن عقد القسمة قد حدد العدد الذي تتكرر فيه المهايأة ويلتزم جميع الشركاء به.

فإن لم يتفق الشركاء على عدد تتكرر فيه النوبات ثم بدأ الشريك الأول في نوبة جديدة بعد انقضاء نوبة الشريك الأخير، دون اعتراض من أي من الشركاء، بدأت نوبة جديدة

---

[1] راجع:
- إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2001 ص117.
- فاتح كمال، (الإشكالات المرتبطة بأراضي الضم -القسمة-)، اجتهادات المجلس الأعلى لسنة 2007 الرباط، مطبعة الأمنية، ص520.
- Henri et Léon Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome Quatrième, 3eme Edition, Paris Montcherestien, P446.
- Arrêt du Chambre Civile N° 211/05, 03 Novembre 2005, Bulletin des Arrêts Chambres Civiles, N°09, 2005, P192.

[2] راجع:
- د.محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص335.
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص206.

بموجب إرادة الشركاء الضمنية ويجوز بذات الطريقة أن تتكرر ما لم يقم أحد الشركاء بإخطار باقي شركائه بعدم رغبته في تجديد المهايأة[1].

أضف إلى ذلك فإنه يشترط ألا تزيد نوبة كل شريك في الانتفاع على خمس سنوات حتى لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع لأطول من هذه المدة، كما لا يجوز أن تزيد مجموعة نوبات الانتفاع لجميع الشركاء في المدة الواحدة على خمس سنوات أيضا[2].

وبالرغم من إمكانية التجديد في قسمة المهايأة الزمانية إلا أنها لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ولو زادت على خمس عشرة سنة، إذ لم يرد في القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، وذلك يرجع إلى أن المهايأة الزمانية لا يقسم فيها المال الشائع إلى أجزاء مفرزة – كما يحدث في المهايأة المكانية-، بل هي تناوب في الانتفاع بالمال الشائع كله لمدة تتناسب مع حصة كل شريك، فهي لا تهيئ للقسمة النهائية ومن ثمة لا تنقلب إليها[3].

وبناء عليه فإن الاتفاق على قسمة المهايأة الزمانية ملزم لجميع الشركاء، لا يستطيع أي شريك مهما كان مقدار حصته التحلل قبل انتهاء مدته المتفق عليها ولو كان ذلك لرغبته في إنهاء الملكية الشائعة بقسمتها قسمة نهائية، ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على غير ذلك.

أما في **الفقه الإسلامي**[4]، فقد انعقد الإجماع في مذاهبه الأربعة على وجوب تحديد مدة انتفاع كل شريك بالمال الشائع بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية وبالاتفاق المنشئ لها.

---

(1) راجع:
- د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص146.
- أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، مرجع السابق، ص302.

(2) خلافا لهذا الرأي يرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي أن المشرع لم يحدد مدة قصوى للمهايأة الزمانية عكس المكانية، وعليه يمكن الاتفاق عليها لمدة تتجاوز خمس سنوات وهو رأي منتقد جدا ونؤيد من خالفه لأن ذلك قد يمنع الخروج من هذا الوضع الاستثنائي للشيوع وطلب القسمة النهائية.
- أنظر: د.عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، القاهرة، دار الكتاب المصري، دون تاريخ نشر، ص242.

(3) راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1086.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص21.

(4) في هذا المعنى ظهر فقهاء في المذهب الحنفي منهم:
- علاء الدين أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ص32.
- زين الدين ابن نجيم الحنفي، المرجع السابق، ص179.
- وفي المذهب المالكي: شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص498.
- وفي المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص373.

كما يجب أن يحدد هذا الاتفاق مقدار مدة نوبة كل شريك في الانتفاع من بدايتها إلى نهايتها باليوم والشهر والسنة، وإلا بطلت هذه القسمة لأنها كقسمة مبادلة تقدر فيها منفعة كل شريك لمدة معينة[1]، فإذ كان الرأي الغالب متمثلا في **المذهب الحنفي** و**المذهب الشافعي** و**المذهب الحنبلي**، لم يجعل حدا أقصى لمدة المهايأة الزمانية، ولا لمدة نوبة كل شريك في الانتفاع تاركين ذلك لاتفاق الشركاء، فإن المالكية قد بينوا مقدار المدة التي تجوز فيها المهايأة في المنقولات وذلك خلال المدة اليسيرة لا المدة الكثيرة، كالمهايأة الزمانية في الحيوان والثياب، التي لا تصح لزمن طويل، أما العقارات فقد أجاز المالكية المهايأة فيها ولمدة بعيدة.

وإذا اتفق الشركاء على المهايأة وحددوا لها زمنا بعيدا، ثم طلب أحدهم إطالة المدة التي يأخذ فيها نصيبه وطلب شريك آخر تقصيرها وجب إجابة من طلب التقصير لأنه أقرب إلى الاستيفاء[2].

وفيما يخص لزوم الاتفاق على قسمة المهايأة الزمانية أو عدم لزومه فقد ظهر في الفقه الإسلامي رأيان:

الأول: متمثلا في **المذهب الحنفي والمذهب الشافعي**، وأصحها **المذهب الحنبلي**، إذ وبالرغم من أن تعيين المدة في الاتفاق المنشئ للمهايأة الزمانية شرط جوهري يبطل الاتفاق دونه، إلا أن هذا الاتفاق جائز غير لازم يستطيع أي شريك مهما كان مقدار حصته الرجوع فيه سواء قبل استيفاء نوبته أو بعدها، فإذا رجع أحدهم قبل استيفاء نوبته فله ذلك، وإن كان ذلك بعد استيفاء نوبته التزم أن يدفع لشركائه أجرة المثل لما استوفى، بعد خصمه منها ما يعادل حصته وتنقضي المهايأة الزمانية في الحالتين[3].

---

[1] د.حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص151.

[2] الحافظ أبو رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، دار المعرفة، 1972، ص237.

[3] راجع:
- علاء الدين أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ص32.
- زين الدين ابن نجيم الحنفي، المرجع السابق، ص179.
- محمد ابن عابدين، المرجع السابق، ص269.
- وفي المذهب الشافعي: الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ص426.
- وفي المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص328.

وسند هذا الرأي أن الأصل هو قسمة المال الشائع نهائيا، يختص بمقتضاها كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته بصورة نهائية، وقد استعيض عن ذلك بقسمة المهايأة المكانية والزمانية لتسهيل الانتفاع بالمال المؤقت[1].

أما المذهب المالكي: فيرى أن الاتفاق على قسمة المهايأة الزمانية ملزم لجميع أطرافه لا يستطيع أي شريك مهما كانت حصته نقضه قبل انتهاء مدته، ذلك أنه يشبه عقد الإيجار من حيث اللزوم [2].

و**بالمقارنة** نجد أن **المالكية** يتفق مع ما ذهب إليه التشريع **الوضعي المصري والجزائري** من أن الاتفاق على قسمة المهايأة الزمانية اتفاق ملزم لجميع أطرافه لا يجوز نقضه قبل انتهاء مدته[3]، وهو رأي مرجح على أساس أنه يتفق مع مبدأ استقرار المعاملات ويجنب الشركاء والمتعاملين معهم مفاجأة انتهاء قسمة سبق لهم الاتفاق عليها بإرادة أحدهم المنفردة هذا من جهة ومن جهة أخرى يعد هذا الرأي عادلا، إذ أن كل شريك في قسمة المهايأة الزمانية يكون في انتظار وقت حلول نوبته للانتفاع بالمال الشائع كله لمدة معينة تتناسب مع مقدار حصته.

زيادة على ذلك فإن المهايأة الزمانية هي الصورة الوحيدة في الشيوع التي تتيح للشريك المشتاع الانتفاع بكل المال الشائع مرة واحدة لمدة معينة وليس بجزء منه، وهذا الرأي يسد الطريق أمام الشريك السيئ النية الذي استوفى نوبته ثم يرغب في نقض قسمة المهايأة الزمانية لحرمان شركائه الآخرين بالانتفاع مثله بالمال الشائع لمدة معينة.

وينتقد الأستاذ أيمن سعد عبد المجيد سليم، في رسالته الاتجاه الأول الذي يرى إمكانية اللجوء لطلب القسمة النهائية في أي وقت باعتبارها هي الأصل، إذ أن ذلك من شأنه رفع حاجة الشركاء في اقتسام المال الشائع بينهم قسمة مهايأة.

كما أن القسمة النهائية وفي كثير من الحالات قد تكون مضرة بمصلحة الشركاء وبالمال الشائع نفسه فلا يكون أمامهم سوى اللجوء للمهايأة الزمانية، كأن يكون المال الشائع

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص116.
(2) أبو عبد الله محمد الخرشي، المرجع السابق، ص185.
(3) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص117.

أرضا زراعية شائعة بين عدد كبير من الملاك لكل منهم حصة ضئيلة منها لا يمكن الانتفاع بها أو حتى بيعها فتبرز قسمة المهايأة الزمانية كطريقة مثلى للانتفاع[1].

المطلب الثالث: سلطات الشريك أثناء المهايأة الزمانية.

الأصل في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي أن يحدد الاتفاق بين الشركاء المنشئ للمهايأة الزمانية، سلطات الشريك المشتاع على المال الشائع وذلك عندما تحل نوبته في الانتفاع بهذا المال، وإذا خلا الاتفاق من هذا التحديد فهو غير صحيح.

ويرى جانب من الفقه[2]، أنه لكل شريك مشتاع استعمال المال الشائع في نوبته بنفسه أو بواسطة غيره حسب الطريقة التي يلجأ لها، وكذا استغلاله، أما في الفقه الإسلامي فالمذهب الحنفي يرى أن الشريك لا يستطيع في المهايأة الزمانية إلا استعمال المال الشائع في نوبته دون استغلاله ولو اشترط ذلك في الاتفاق المنشئ للمهايأة الزمانية لوقع ذلك باطلا[3].

وفي نفس المذهب هناك من يرى إمكانية الاتفاق حتى على الاستغلال وهذا مرجح حتى في فقه القانون المدني[4]، ولا يجوز للمالك المشتاع مهما كان مقدار حصته إجراء أي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية على المال الشائع كالبيع أو المرتبة لحق عيني آخر عليه كالرهن وهذا أثناء نوبته، ونفس الحكم يسري على التصرفات المادية التي أطلق عليها القانون المدني المصري (أعمال الإدارة غير المعتادة) ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

المبحث الثالث: خضوع المهايأة لأحكام عقد الإيجار:

قبل ذلك لابد من الإشارة إلى ظهور اتجاهين: الاتجاه الأول مؤيد لتكييف قسمة المهايأة بأنها إيجار والثاني رافض لهذا التكييف.

وقد ظهر المعارضين لهذا التكييف في الفقه الإسلامي عند الحنفية[5]، والحنابلة، إذ رفضوا تكييف قسمة المهايأة بأنها إجارة، ذلك إن هذه الأخيرة تستحق فيها منفعة العين بالعقد

---

(1) د.أحمد فراج حسين، (قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي)، مجلة كلية الحقوق، الصادرة عن جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، السنة التاسعة عشرة، 1977، ص235.

(2) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1085.

(3) عبد الله بن سليمان، المرجع السابق، ص497.

(4) علاء الدين أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ص33.
كما أشار فقهاء القانون الأردني لذلك من بينهم:
- وليد نجيب قسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، عمان، مطبعة الجامعة النموذجية، 1993، ص248.

(5) راجع:
- أبو بكر محمد السر خسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة للنشر،1986، ص ص180، 181.
- أبو الفضل عبد الله الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار الفكر العربي، دون تاريخ للنشر، ص251.

أما المهايأة فإن ما يستوفيه كل واحد منها يأخذ حكم المنفعة من ملكه، كما أن الإجارة تعطل بموت أحد أطرافها، والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين.

ويضيف الحنابلة أن المهايأة ليست لازمة كالإجارة[2]، أما الشافعية[3]، فيقولون أنها بيع وبعضهم الأخر يعتبرها كالإيجار، وعلى عكس ذلك يصرح المالكية كلهم بأن قسمة المهايأة كالإيجار على اعتبار أن كل منهما يرد على المنافع[4].

وتأكيدا لذلك حذى المشرع المدني الوضعي حذو المالكية وألحق المهايأة المكانية بأحكام عقد الإيجار من أجل تنظيم العلاقات بين الشركاء.

وهذا رأي مرجح، ذلك أن المهايأة المكانية هي منفعة في مقابل منفعة ينتفع الشريك فيها بجزء مفرز، فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء مقابل حصول الشركاء على نصيبه في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، أما في المهايأة الزمانية فينفرد كل شريك في نوبته بنصيب باقي الشركاء في المال الشائع مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع بحصته لكل الشركاء الباقين كل في نوبته[5].

وعليه فالمهايأة بنوعيها هي مقايضة انتفاع بانتفاع وبالتالي إيجار وكل شريك يعد مؤجرا لحصته ومستأجرا لحصص الشركاء الآخرين.

من أجل هذا نص المشرع المدني الجزائري في المادة 735 منه بأنه:(تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة)[1].

---

[2] موفق الدين أبو محمد بن قدامه، المغني، بيروت، دار الكتاب العربي،1983، ص80.

[3] [6] أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، مصر، مطبعة الإمام، دون تاريخ نشر، ص413.

[4] راجع:
- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص499.
- أبو عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ص400.

[5] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص821.
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص114.
- خالد إبراهيم التلاحمة، الرسالة السابقة، ص ص 39، 40.
- محمد سامح الشيخ سالم الدويك، الرسالة السابقة، ص108.

[1] نص المادة رقم 735 قانون مدني جزائري تقابله المادة رقم 848 من القانون المدني المصري.

وإن كان المشرع الجزائري قد نص صراحة على تطبيق أحكام عقد الإيجار على قسمة المهايأة إلا أنه قيد هذا الإلحاق بما يتناسب وطبيعة قسمة المهايأة، فلم تأتي الصياغة مطلقة لذلك نجد شراح القانون عند تطرقهم لبيان طبيعتها يقولون بأنها ليست كالإيجار حقيقة وإنما هي بمثابة الإيجار أو قريبة منه أو في حكمه[2].

وبناءً على نص المادة المذكورة أعلاه والتي قررت خضوع المهايأة للأحكام المتفقة مع طبيعتها والخاصة بعقد الإيجار، المتمثلة في:

- الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير.
- أهلية الشريك في المهايأة.
- حقوق والتزامات الشريك في المهايأة.
- إثبات حقوق المهايأة.

فإننا سندرس كل منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير.

تخضع قسمة المهايأة من حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام الإيجار، طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها[3]، وأحكام الإيجار في هذا تضمنتها المادة رقم 604 قانون مدني مصري التي جاء فيها:

(1.إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

2. ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه)[4].

فهذا النص لا يتعارض مع المهايأة، إذ بتطبيقه نجد أنها تكون نافذة ويحتج بها في مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل

---

[2] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص821.
- د.حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف 1994، ص346.
- أحمد سلامة، المرجع السابق، ص259.

[3] د.محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص270.

[4] نص المادة رقم 604، من القانون المدني المصري.

بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع[1]، ويلتزم المشتري بكافة الالتزامات، حتى لو كان هذا الخلف لا يعلم وقت تلقيه بسبب وقوع القسمة، أما إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل انتقال الحصة الشائعة إلى الخلف فإنها لا تنفذ في حق المشتري، ومع ذلك يجوز لهذا الخلف التمسك بها ولو كانت غير نافذة في حقه.

أضف إلى ذلك فإنه لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين، ولم يكن الإيجار نافذا في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه حسب المواعيد[2]، فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل انقضاء المهايأة، فإن الشريك البائع يلتزم بأن يدفع للشريك المهايئ تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد تقاضي التعويض من البائع أو ممن انتقلت إليه الملكية، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به[3].

وبمقارنة نص المادة رقم 804 مدني مصري مع ما جاء به القانون المدني الجزائري في المواد 469 مكرر03 التي تنص على:(إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون للمستأجر أن يحتج على من انتقلت إليه الملكية)، والمادة رقم 469 مكرر04 التي أوضحت: (لا يجوز للمستأجر أن يحتج على من انتقلت إليه الملكية بما دفعه مقدما من بدل الإيجار إذا أثبت هذا الأخير أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتما أن يعلم ذلك وفي حالة عدم إثبات ذلك فلا يكون لمن انتقلت إليه الملكية إلا الرجوع على المؤجر السابق)، فإنه ورغم تأكيد المشرع الجزائري على نفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية وحقه في التمسك بعقد الإيجار، إلا أنه لم ينص صراحة على ضرورة أن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل انعقاد البيع، وهذا ما ننبه له المشرع الجزائري.

---

[1] راجع:
- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص247.
- عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص120.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص346.

[2] د.محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص270.

[3] أنظر:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص822.
- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص247.

المطلب الثاني: أهلية الشريك في المهايأة.

حسب نص المادة رقم 733 مدني جزائري يعد الشريك المتهايئ مؤجرا ومستأجرا في آن واحد لذلك فإن أهليته أهلية إدارة دون أهلية التصرف[1].

فإذا نظرنا إليه بصفته مستأجرا فالأهلية اللازمة لصحة الإيجار بالنسبة له هي أهلية الإدارة وتعتبر المهايأة من أعمال الإدارة[2]، وتخضع سلطة من له الولاية على مال القاصر أو من في حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهايأة للأحكام الخاصة بسلطته في التأجير ويترتب على ذلك أنه لا يجوز[3]:

1.للقاصر المأذون له بالإدارة أن يباشر قسمة الأراضي الزراعية مهايأة لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي[4].

2. للولي بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهايأة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة[5].

3. للموصى أو القيم أو الوكيل أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاثة سنوات إلا بترخيص من المحكمة أو من الأصيل، فإذا عقدت المهايأة لمدة أطول من ذلك أنقصت إلى ثلاث سنوات[6].

4. للوصي قسمة أموال القاصر مهايأة.

---

[1] راجع:
- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص235.
- عبد المجيد رحابي، المذكرة السابقة، ص121.

[2] راجع:
- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص41.
- مأمون أحمد الشامي، الرسالة السابقة، ص75.

[3] د.محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص271.

[4] د.أحمد سلامة، المرجع السابق، ص259.

[5] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص148.

[6] د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص457.

المطلب الثالث: حقوق المتهايئين والتزاماتهم.

تسري بالنسبة لحقوق والتزامات الشركاء المتهايئين في قسمة المهايأة أحكام عقد الإيجار إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة[1]، لذلك يلتزم الشريك بما يلتزم فيه المستأجر بصفة عامة وله حقوقه.

وإذا كان الإيجار يلتزم فيه المستأجر بدفع الأجرة فإن ذلك يتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة ذلك أن انتفاع كل شريك بالجزء الذي اختص به بمقتضى القسمة يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى مهايأة مكانية أو بذات العين مدة أخرى مهايأة زمانية[2] ويلتزم كل شريك باستعمال العين فيما أعدت له وأن يردها عند انتهاء المدة المتفق عليها[3].

زيادة على ذلك يلتزم المتقاسمون تجاه بعضهم البعض بتسليم الشيء إلى من يستحقه بحسب الاتفاق وبضمان انتفاع كل منهم بما تسلمه انتفاعا هادئا وبإجراء الترميمات الضرورية على نفقة الشركاء جميعا بنسب حصصهم[4]، وسيتم تفصيل ذلك لاحقا في باب خاص.

المطلب الرابع: إثبات قسمة المهايأة.

يثبت عقد المهايأة بنفس طرق إثبات عقد الإيجار، الذي تسري عليه القواعد العامة في الإثبات[5].

وأحكام عقد الإيجار لا تسري كلها على قسمة المهايأة، كالتي لا تتفق طبيعتها مع طبيعة القسمة لذا نهيب بالمشرع الجزائري إخضاع قسمة المهايأة لأحكام خاصة بما تتفق مع طبيعتها فهي ليست إيجارا، لأن هذا الأخير يتم بين شخصين أحدهما مالك للعين المؤجرة

---

[1] راجع:
- د.رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص360.
- د.جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص105.
- د.محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص117.

[2] د.مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1985، ص119.

[3] د.محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، بنغازي، دار الحقيقة، 1989، ص307.

[4] أنظر:
- د.محمد لبيب شنب، موجز الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، عمان، دار وهدان للطباعة، 1995 ص311.
- أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، مرجع سابق، ص306.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص26.

[5] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص130.

والآخر غير مالك، أما المهايأة فمصدرها الاتفاق بين أشخاص كلهم ملاك لمال واحد بهدف تنظيم الانتفاع به كما قد يكون مصدرها القضاء.

خاتمة الفصل الثاني:

لقد نظم القانون المقارن بما فيه القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي قسمة المهايأة كصورة مثلى لاستعمال المال الشائع متمثلة في كل من المهايأة المكانية والزمانية، إذ تمثل الأولى القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال مقابل التنازل لشركائه على الانتفاع بباقي الأجزاء الأخرى على ألا تزيد مدتها على خمس سنوات، وببلوغها قدر خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، أما الثانية الزمانية فهي اتفاق جميع الشركاء على التناوب بالانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته دون تقسيمه، ولا خلاف بين الفقهاء على اشتراط المدة فيها.

من جهة أخرى فقد ذهب فقهاء القانون إلى عدم جواز الاتفاق على قسمة المهايأة الزمانية لأكثر من خمس سنوات، أما الفقه الإسلامي فلا يشترط حدا أقصى للمدة التي يمكن أن تمتد إليها.

أضف إلى ذلك فإن المهايأة الزمانية لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها.

وقد تم ترجيح الرأي الذي أخضع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار، فنص المشرع المدني الجزائري على ذلك صراحة في المادة رقم 735 منه، وهذا بالنسبة للأحكام التي تتفق مع طبيعتها من أحكام عقد الإيجار المتمثلة في الاحتجاج بالمهايأة في مواجهة الغير أهلية الشريك في المهايأة حقوق والتزامات طرفي المهايأة وإثبات قسمة المهايأة.

خاتمة الباب الأول:

تعد سلطة استعمال المال الشائع السلطة الأولى الممنوحة للشريك المشتاع من أجل استعمال حق ملكيته على المال الشائع، إذ اعترف القانون المدني الوضعي المقارن في كل من الجزائر مصر للشريك المشتاع سلطة استعمال المال الشائع من خلال نص المادة رقم 1/714 مدني جزائري، الذي تقابله المادة رقم 1/826 مدني مصري الأمر الذي تأكد بوضوح في المادة رقم 815 مكرر9 قانون مدني فرنسي.

غير أن ممارسة هذه السلطة من طرف الشريك المشتاع قيدت في الجزائر ومصر بقيد واحد هو عدم إضرار الشريك المستعمل بحقوق باقي الشركاء في المال الشائع أثناء الاستعمال، ليأتي القانون المدني الفرنسي أكثر دقة فنص على ثلاثة قيود.

والمشرع المدني في الجزائر لم ينظم حالة استئثار الشريك منفردا بالمال الشائع وحكمها ومثله المصري، والفقه الإسلامي، بينما ورد حكم ذلك في القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة رقم 815 مكرر2/9 منه، لذا أولى به التنصيص على ذلك.

وزيادة على ما تقدم فإن للشركاء المشتاعين الاتفاق فيما بينهم على طريقة لتنظيم استعمال المال الشائع عن طريق قسمة المهايأة وهي قسمة منافع لا قسمة أعيان، تتمثل في اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، فلا ينتهي بها الشيوع والفضل في تنظيمها يرجع للفقه الإسلامي الذي أرسى قواعدها فسارت على نهجه التشريعات الوضعية المقارنة.

وقد اتفق فقهاء القانون المدني في مصر والجزائر مع ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية على تقسيم قسمة المهايأة إلى مكانية وزمانية تخضع لأحكام عقد الإيجار، إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة.

وبدوام قسمة المهايأة المكانية مدة خمس عشرة سنة تنقلب إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

الباب الثاني

سلطات الشريك في استغلال المال الشائع.

الباب الثاني: سلطات الشريك المشتاع في استغلال المال الشائع.

إن استغلال المال الشائع يعني استثماره والقيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثماره.

وإذا كان كل شريك في الملكية الشائعة مالك لكل ذرة من ذرات المال الشائع فهذا يؤدي إلى التنافس بين الشركاء للحصول على منافعه، الأمر الذي ينجم عنه تعارض وجهات نظرهم في شأن إدارته والانتفاع به على الوجه السليم.

ذلك أن ما يريده أحدهم قد يرفضه آخرون فقد يرغب أحد الشركاء في أن يجعل المنزل للسكن ويريد الآخر جعله محلا للتجارة، في حين يرى الآخر تسخيره كمخزن مثلا.

وعليه فإن اختلاف الشركاء على طريقة استغلال وإدارة المال الشائع نظرا لاختلاف وجهات نظرهم وتفاوت أغراضهم، وتنوع اتجاهاتهم يؤدي إلى سوء إدارة هذا المال، إن لم يصل إلى حد تعطيل استغلاله، وفي ذلك إهدار لمصالح الشركاء جميعا والمصلحة العامة أيضا[1].

من أجل ذلك كان لابد من وضع تنظيم خاص يراعى فيه التوفيق بين استغلال وإدارة المال الشائع من جهة، وبين الحقوق المتماثلة لكل الشركاء على نفس المال[2].

وهذا ما اتجه إليه المشرع في **الجزائر**، **مصر** و**فرنسا**[3]، بوضع قواعد خاصة لإدارته تتلاءم مع الطبيعة القانونية للملكية الشائعة، ضمانا لحسن استغلال هذا المال فتتحقق المصلحتان المشتركة والفردية معا.

وإذا كان الأصل هو التنصيص على ضرورة إجماع الشركاء في إدارة المال الشائع[4] فإنه ترد عليه استثناءات هامة ترجع إلى تعذر الإجماع في أغلب الأحيان تتمثل في الاكتفاء برأي الأغلبية وتغليبه على رأي الأقلية في المال الشائع فكفل القانون لهذه الأقلية الضمانات الكافية حتى لا تتحكم فيها الأغلبية.

---

(1) أنظر: د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص62.

(2) زوبير بخوش، إدارة المال الشائع، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006، ص05.

(3) يجب الإشارة هنا إلى أننا سنستعمل في هذا الباب وبالأخص في الفصل الأول منه القانون رقم 76/1286 المتضمن القانون المدني الفرنسي، وهذا في الجانب المتعلق بالإجماع فندرس بذلك المادة رقم 815 مكرر03 كما هي في القانون القديم ونشير فيما بعد للتعديلات التي طرأت عليها حسب القانون رقم 2006/728 المعدل والمتمم للقانون المذكور أعلاه.

(4) أنظر:

- D. François Delhay, La nature Juridique de l'indivision, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, P237.

هذه الأغلبية من الشركاء تختلف في حالتين من الإدارة كما نظمها المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون المدني: إدارة معتادة للمال الشائع وإدارة غير معتادة[1].

وقد انفرد القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 31 ديسمبر1976، - وهو محور دراستنا– باستثناء آخر من الأصل العام، هي حالة الإذن القضائي لأحد الشركاء على الشيوع بالإدارة والاستغلال

كما نص المشرع الوضعي على كيفية المحافظة على المال الشائع وحق الشريك منفردا في الحفظ والصيانة دون أخذ أهمية لموافقة الشركاء الآخرين، ذلك أن القيام بها مطلوب على وجه السرعة والاستعجال.

وفي سبيل استغلال المال الشائع نص المشرع الفرنسي على نفقات الشيوع وكيفية توزيع الثمار.

وفيما يخص **القانون المدني الفرنسي** فإننا سندرس استغلال المال الشائع وإدارته في القانون المدني رقم 76/1286، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر1976، والذي طرأت عليه تعديلات وفق القانون رقم 2006/728 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2006، إذ سنعطي في كل مرة التعديلات اللاحقة بالمواد موضوع الدراسة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن **الفقه الإسلامي** لم ترد في نصوصه مصطلح إدارة المال الشائع بل جاءت الصياغة عامة تتكلم عن أعمال التصرف التي تشمل أعمال الإدارة وأعمال التصرف معا، فبينت نصوصه كثيرا من الأحكام التي تعد تطبيقا لأعمال الإدارة كإيجار المال الشائع والبناء على الأرض الشائعة بالإضافة إلى ذكر ما يتعلق بتنظيم أعمال حفظ ونفقات المال الشائع.

وستكون الدراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري، المصري، والقانون المدني الفرنسي رقم 76/1286، مع الإشارة للتعديلات التي خضع لها، وكذلك المقارنة في بعض الأحيان بالفقه الإسلامي.

وبناء على ما سبق سنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين نتناول فيهما تباعا ما يلي:

الفصل الأول: قواعد استغلال المال الشائع.

الفصل الثاني: الحفظ ونفقات وتوزيع الثمار في المال الشائع.

[1] زوبير بخوش، المذكرة السابقة، ص07.

الفصل الأول: قواعد سلطة استغلال المال الشائع.

تتمثل إدارة واستغلال المال الشائع في كل الأفعال والتصرفات التي تهدف إلى الانتفاع بهذا المال واستثماره مثل إيجار الدار وقبض أجرتها وصيانتها ودفع الضرائب المستحقة عنها، وكذلك إيجار الأرض الزراعية أو زراعتها وشراء ما يلزم لهذه الزراعة من بذور وسماد وبيع محصولاتها بأثمانها الجارية[1].

وإدارة المال الشائع قد تثير مشاكل وصعوبات ذلك أن ملكيته ثابتة لأكثر من شخص.

وعليه قد تختلف وجهات نظر الشركاء في كيفية الاستغلال وتتفاوت أغراضهم، فما يريده أيا منهم قد لا يريده الآخرون.

وقد تريد أغلبيتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية، مما يؤدي إلى سوء استغلال المال الشائع، إن لم نقل تعطيل استغلاله وهذا فيه إهدار لمصالح الشركاء جميعا[2] الأمر الذي لابد فيه من ضوابط يمكن بها مواجهة هذا الموقف.

كما يجب أن نأخذ في الاعتبار أن الشركاء في المال المملوك على الشيوع، قد يجتمعون على رأي واحد ويتحقق الاتفاق بينهم في الإدارة والاستغلال وقد تتباين وجهات نظرهم فكيف تتم إدارة هذا العقار؟.

لذا يمكن التغاضي عن شرط إجماع الشركاء لإجراء أي عمل من أعمال الإدارة التي يمكن القيام بها مجتمعين أو منفردين وجعل زمام الأمر بيد أغلبية الشركاء، التي إن لم تتفق على حل معين أمكن الالتجاء للقضاء لحسم النزاع.

وعليه اتفق المشرع المدني في الجزائر، مصر، فرنسا، والفقه الإسلامي على أن قاعدة الإجماع هي المبدأ العام الذي يحكم استغلال وإدارة المال الشائع.

إذ في **الجزائر، ومصر،** أخضع المشرع طرق تطبيق قاعدة الإجماع للقواعد العامة كمبدأ أساسي في الإدارة، إلا أنه أورد عليه استثناءا هاما يسمح لأغلبية الشركاء بالقيام بأعمال الإدارة.

---

(1) د.محمود عبد الرحمن محمد علي، (نظام الملكية الشائعة في القانون المصري)، الملتقى المغاربي حول العقار البليدة، جامعة سعد حلب، يومي 25 و26 أفريل2007، ص07.

(2) راجع:

- إبراهيم إبراهيم الصالحي، التصرف في المال الشائع وآثاره في القانون المدني، الطبعة الأولى، مصر، الإيمان للطباعة والنشر، 1995، ص35.

- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص57.

أما في فرنسا فإن المشرع المدني الفرنسي في قانون 31 جويلية 1976 – الذي عدل فيما بعد-،خفف من حدة قاعدة الإجماع بتنظيم طرق تطبيقها بنصوص خاصة أدرجت ضمن النصوص المنظمة للشيوع.

كما أورد على هذه القاعدة استثناءا هاما يسمح لأغلبية الشركاء القيام بأعمال الإدارة وكذا استثناءا ثان يتمثل في الإذن القضائي لأحد الشركاء بإدارة المال الشائع واستغلاله.

وفيما يخص **الفقه الإسلامي**، فإنه أخضع مبدأ الإجماع للقواعد العامة دون ذكر استثناءات على هذه القاعدة.

وبناء على ما سبق سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول: قاعدة الإجماع في إدارة المال الشائع، ونخصص الثاني لسلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع، بينما نخلص في المبحث الثالث إلى توضيح الاستثناء الثاني على مبدأ الإجماع وهو الإذن القضائي لأحد الشركاء بإدارة واستغلال المال الشائع، أي سلطة القضاء في الإدارة.

المبحث الأول: قاعدة الإجماع في إدارة المال الشائع.

تتم إدارة واستغلال المال الشائع والانتفاع به في الأصل بإجماع الشركاء كمبدأ عام مما يؤدي إلى ضرورة تعريفها وذكر أسباب الأخذ بها في التشريعات المقارنة.

وإن كان إجماع الشركاء في الانتفاع بالمال الشائع هو المبدأ العام، فإن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات مما يدل على وجود مساوئ وآثار سلبية لها، فضلا على وجوب إظهار طرق تطبيقها، وكل ذلك سندرسه وفق ثلاثة مطالب نتناول فيها تباعا:

- مفهوم قاعدة الإجماع.
- مساوئ قاعدة الإجماع.
- تطبيقات قاعدة الإجماع.

المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإجماع.

إن استغلال المال الشائع يتم بإجماع الشركاء واتفاقهم دون أن يحدث بينهم أي اختلاف، لذا نتناول مفهوم هذه القاعدة من خلال فرعين يخصص الأول لتعريف قاعدة الإجماع، والثاني لمبررات هذه القاعدة.

الفرع الأول: تعريف قاعدة الإجماع.

يقصد بقاعدة الإجماع ضرورة موافقة جميع الشركاء لإمضاء أي عمل يتعلق بإدارة المال الشائع[1] إذ تجتمع كلمة الشركاء على الانتفاع بهذا المال وتحديد كيفية الإدارة اللازمة لذلك، إلا إذا تم الاتفاق بين الشركاء على غير ذلك[2]، إذ نصت المادة رقم 715 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)[3].

فحسب نص المادة المذكور أعلاه وإن كان الأصل هو إجماع الشركاء في إدارة المال الشائع فإنه لم يرد فيها استثناءات عن هذا الأصل سوى ما يتفق عليه الشركاء، لكن المشرع الجزائري أورد في نصوص لاحقة لهذا النص استثناءا على هذا الأصل يخول أغلبية معينة من الشركاء الحق في إدارة المال الشائع واستغلاله.

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص183.

(2) أنظر:

- Brigitte Hess-Fallon, Anne-marie, Op.cit, P134.

(3) ويقابلها: نص المادة رقم 827 قانون مصري.

وعليه كان أولى بالمشرع الجزائري أن يضيف في نهاية نص المادة ما يمكن من جواز مخالفة هذا الأصل، بوجود نص قانوني مخالف لذلك، مراعاة لما سيأتي في النصوص التالية من جواز اتفاق أغلبية معينة من الشركاء على إدارة المال الشائع.

كما أن نص المادة رقم 715 قانون مدني جزائري يقابله نص المادة رقم 815 مكرر1/3 من القانون المدني الفرنسي الصادر في31 ديسمبر1976 والتي جاء فيها: (أعمال الإدارة والتصرف المتعلقة بالأموال الشائعة تتطلب موافقة جميع الشركاء المشتاعين).

وبالمقارنة بين النصين في الجزائر وفرنسا: إذا كانت إدارة المال الشائع تتطلب إجماع الشركاء فإن التصرف فيه أولى بذلك[1]، فكان لابد على المشرع الجزائري التنبيه لذلك والتنصيص عليه مثلما فعل المشرع الفرنسي.

وبالرجوع لنص المادة 815 مكرر1/3 من القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي رأي ضرورة موافقة جميع الشركاء في أي عمل من أعمال الإدارة، وكذا أعمال التصرف المادية كالبناء على الأرض الشائعة أو إحداث تغيير مثل تحويل مبنى معد للسكن إلى مبنى إداري[2] وهي أعمال تعتبر في القانون المدني الجزائري والمصري من قبيل أعمال الإدارة غير العادية.

أضف إلى ذلك فإن قاعدة الإجماع تعد قاعدة معروفة في فرنسا حتى قبل صدور قانون 31 ديسمبر1976، إذ درج القضاء الفرنسي على تطبيقها قبل صدور هذا القانون في إدارة المال الشائع[3].

أما في الفقه الإسلامي فقد نصت على قاعدة الإجماع المادة رقم 1069 من مجلة الأحكام العدلية التي نصها:(مثلما يتصرف صاحب الملك المستغل في ملكه كيفـما يشاء

---

(1) أنظر:

- Francois Terré, Philippe Simler, Droit civil, 4eme Edition, Paris, Dalloz, 1992, P360.

- P.Jean Chevalier, Louis Bach, Droit civil, Tome 1, 12e Edition, France, Sirey, 1995 P375.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص185.

(3) راجع:

- Yvaine Buffelan-Lanore, Droit civil, 12e Edition, Paris, Dalloz, 2001 P644.

- P.Frederic Zenati, (Propriète et droits réels), Revue Trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°1, 1991, P145.

فأصحاب الملك المشترك أيضا بالاتفاق كذلك)[1].

ومصطلح التصرف هنا يضم حتى أعمال الإدارة، إذ للشركاء في الملك المشترك إن كان منزلا أن يتفقوا على تأجيره لواحد منهم أو لشخص أجنبي، وتقسيم الأجرة بينهم بنسبة حصصهم أو هدم المنزل الشائع وإعادة بنائه[2].

الفرع الثاني: مبررات قاعدة الإجماع.

تفرض الطبيعة القانونية الخاصة للملكية الشائعة إجماع كل الشركاء في الشيوع على تنفيذ أعمال الإدارة، فتساوي حقوق الملاك على الشيوع في الطبيعة على مال واحد بغض النظر عن مقدار حصة كل منهم يترتب عليه تماثل حقوقهم وسلطاتهم على المال الشائع إذ ليس لأحدهم حق متميز أو أقوى من حقوق شركائه الآخرين حتى يفرض إرادته عليهم باختيار الطريقة التي تروق له لإدارة المال الشائع[3].

كما أن حالة الشيوع في الغالب الأعم هي حالة لا إرادية توجد رغم إرادة الشركاء إذ أن أكثر أسباب الشيوع انتشارا الميراث [4].

فالمالك المشتاع يجد نفسه بعد وفاة مورثه قد فرضت عليه حالة الشيوع دون تدخل إرادي منه وقد تدعو الحاجة إلى الاستمرار فيها لمدة طويلة من الزمن.

وليس من العدل أن يخضع لإرادة غيره من شركائه الآخرين، أيا كان مقدار حصته في إدارة ما يملكه معه[5].

---

(1) نص المادة رقم 1069 من مجلة الأحكام العدلية للفقه الإسلامي.

(2) راجع:
- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص59.
- إبراهيم إبراهيم الصالحي، المرجع السابق، ص36.

(3) أنظر:
- Pierre Catala, (L'indivision), Défrénois, Repertoire du Notariat Défrénois, France Montreil cedex, N°64, 1979, P80.
- د.محمود عبد الرحمن محمد علي، الملتقى السابق، ص07.
- د.محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص121.

(4) أنظر:
- Noëlle Lesourd, Op.Cit, P06.
- Pierre Capoulade, (Propriété et Droits Réels), Revue Trimestrielle de Droit Immoblier, Paris, Dalloz, N°3, 1999, P363.

(5) أنظر:
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص72.
- Bretton et Mazaud, Droit civil, Tome 4, Paris, Montcherestien, 1989, P80.

وعليه نص المشرع على قاعدة الإجماع[1]، حماية للمصالح المشروعة لجميع الشركاء إذ غالبا ما تكون هذه المصالح متنافرة ومتعارضة انطلاقا من اختلاف الأهداف الخاصة لكل منهم ولو انفرد أحدهم بإدارة المال الشائع دون بقية الشركاء لسعى إلى تحقيق مصلحته هو ولو على حساب مصالح الآخرين، لذلك فإن أقوى ضمان لرعاية مصالح مجموع الشركاء على الشيوع هو اشتراكهم جميعا في إدارة المال الشائع بحيث لا يعتد بأي عمل لم يحظ بموافقتهم جميعا[2].

المطلب الثاني: مساوئ قاعدة الإجماع.

إذا كان تماثل حقوق الملاك المشتاعين في الطبيعة على مال واحد يفرض ضرورة موافقتهم جميعا للقيام بأي عمل من أعمال إدارة المال الشائع، إلا أن تطبيق هذه القاعدة بصورة مطلقة قد يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة المشتركة للشركاء والتي فرضت هذه القاعدة لحمايتها.

وفي هذا الجانب يكفي أن يكون مالك واحد من الملاك المشتاعين غير مكترث بإدارة المال الشائع لضآلة حصته أو لسوء نيته، إذ برفضه يستطيع شل حركة إدارة المال الشائع وفي هذا إضرار بمصلحة الشركاء الآخرين[3].

من جهة أخرى يندر اتفاق جميع الملاك المشتاعين على كلمة واحدة في إدارة المال الشائع فتضارب أهوائهم وتنازع رغباتهم، وتعدد آرائهم في الإدارة ومحاولة كل منهم فرض رأيه الذي يحقق مصلحته الشخصية على شركائه الباقين، كل ذلك يحول في الغالب دون إمكانية إدارة واستغلال المال الشائع عن طريق اتفاقهم[4].

لهذا وضع **المشرع المدني الجزائري** ومثله المصري والمشرع الفرنسي في قانون 31 ديسمبر1976 تنظيما لهذه الإدارة عند اختلاف الشركاء، فجعل السلطة في هذا الشأن للأغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة بحيث يكون رأيهم ملزما للجميع.

ولا يجوز لأحد من الشركاء الاعتراض على ما تتخذه الأغلبية من قرارات، وإذا لم تتحقق الأغلبية أصلا فلا يوجد من سبيل سوى اللجوء إلى القضاء الذي يكون له الحق في

---

(1) د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص72.

(2) خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص61.

(3) راجع:

- Hassler, (L'intérét Commun), Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, Dalloz, N°1 1984, P581.

(4) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص730، 731.

وضع نظام للإدارة وحسن استغلال المال الشائع بناء على طلب أي من الشركاء أو من بعضهم[1].

المطلب الثالث: طرق تطبيق قاعدة الإجماع.

إذا كانت قاعدة الإجماع تتأكد عادة بحضور جميع الشركاء لحظة القيام بعمل من أعمال الإدارة حتى يعبر كل منهم عن موافقته على هذا العمل بأي طريقة من طرق التعبير عن الإرادة التي تكون غالبا عن طريق توقيعه، إلا أنه أحيانا قد يتعذر حضور جميع الشركاء خاصة عند تعددهم وتفرق أماكن وجودهم[2].

لذلك قد تتحقق قاعدة الإجماع عن طريق النيابة سواءا أكانت اتفاقية أم قضائية وكذا الفضالة إذا توافرت شروطها.

هذه هي إذن طرق تطبيق قاعدة الإجماع التي نظمها **المشرع الفرنسي** في قانون1976 ضمن النصوص المنظمة للشيوع كوسيلة من وسائل تيسير إدارة المال الشائع، فجاء ذلك مغرقا في التفاصيل لكنه يتسم بالوضوح[3].

وسنبين في هذا المطلب هذه الطرق وفقا للترتيب الذي اتبعه المشرع الفرنسي في قانون31 ديسمبر1976، إذ يتناول فيه تباعا ما يلي:

الفرع الأول: الوكالة.

الفرع الثاني: النيابة القضائية.

الفرع الثالث: الفضالة.

الفرع الأول: الوكالة.

سمح المشرع الفرنسي للشركاء على الشيوع بتوكيل أحدهم في إدارة المال الشائع وذلك بمقتضى وكالة صريحة تصدر منهم جميعا، واعتبر الشريك الذي يقوم بإدارة المال الشائع بعلم شركائه الآخرين ودون اعتراضهم وكيلا ضمنيا عنهم.

---

(1) راجع:
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص165.
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 74، 75.
- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص62.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص188.

(3) أنظر:
- Testu Fx, Indivision, 2eme Edition, Paris, Dalloz, 1995, P682.

ومنه فالمشرع الفرنسي نظم نوعين من الوكالة لتيسير تطبيق مبدأ الإجماع، وكالة صريحة ووكالة ضمنية.

أولا : الوكالة الصريحة:

وسنعرض في هذا الجزء لأطراف الوكالة، أجر ومسؤولية الوكيل، إلغاء الوكالة ثم سلطات الوكيل.

أ- أطراف الوكالة:

تنص المادة رقم 815 مكرر1/3 من القانون المدني الفرنسي رقم 1296-76 على أنه:

(ceux-ci peuvent donner a l'un au à plusieurs d'entre eux un mandat général d'administration un mandat spécial est nécessaire pour tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normal des biens indivis, ainsi que pour la conclusion et le renouvellement des baux)[1].

والترجمة الحرفية لنص المادة تؤكد على أنه:(يستطيع الشركاء توكيل واحد أو عدة أشخاص من بينهم للقيام بأعمال الإدارة، وذلك بمقتضى وكالة عامة ويلزم وكالة خاصة للقيام بالأعمال التي لا تدخل في الاستغلال العادي للمال الشائع).

وبمقتضى هذا النص يستطيع مجموع الشركاء توكيل واحد أو عدة أشخاص من بينهم للقيام بأعمال إدارة المال الشائع عن طريق وكالة عامة تخول الوكيل سلطة القيام بجميع أعمال الإدارة أو بمقتضى وكالة خاصة تحدد للوكيل عملا معينا من أعمال الإدارة يقوم به ولا يتجاوزه[2].

وهكذا قد يتوافر بالوكالة رضا مجموع الشركاء دون حضورهم بأنفسهم للتوقيع على هذا العقد، فيستطيع أي شريك توكيل غيره من الشركاء في الحلول محله لإبرام عقد الوكالة وبالتالي يجتمع صوتان في شخص واحد، فيشترك في عقد الوكالة باعتباره أصيلا عن نفسه

---

[1] Article N° 815- 3/1 de loi N° 76-1286 du 31 décembre 1976.

[2] راجع:

- Pierre Catala, Art.Préc, P66.
- P.André Colomer, Droit Civil, 4eme Edition, Paris, Librairie de la cour de cassation, P438.

ووكيلا عن غيره من الشركاء[1].

ومن جهة الوكيل فقد نصت المادة رقم 815 مكرر3 على توكيل واحد أو عدة أشخاص من بين الشركاء للقيام بأعمال الإدارة.

ويثور التساؤل هنا حول إمكانية توكيل الغير للقيام بأعمال الإدارة[2].

التفسير الحرفي لهذا النص يحصر الوكالة في الشركاء أنفسهم، فلا يمكنهم توكيل أجنبي عنهم في إدارة المال الشائع.

وهذا النص قلب وعكس ما استقر عليه القضاء وجرى عليه العمل قبل صدور قانون 31 ديسمبر1976 بالسماح لفئة الموثقين بأن توكل لإدارة المال الشائع، لكن بعض الفقهاء الفرنسيين نادوا بتعديله بما يسمح للموثقين بالإدارة[3]، بمقتضى وكالة تصدر إليهم من جميع الشركاء، ذلك أن خبرتهم تسمح بتذليل الكثير من الصعوبات في الإدارة[4].

ودعا فريق ثان من الفقهاء بعد الفريق الأول في فرنسا إلى تفسير هذا النص تفسيرا واسعا يسمح بإمكان إعطاء الوكالة لغير الشركاء المشتاعين إتباعا لما جرى عليه العمل والقضاء سابقا وحجتهم في ذلك أن المشرع وإن كان قد ذكر في النص السابق إمكان إعطاء الوكالة لواحد أو عدة أشخاص من الشركاء إلا أنه لم يمنع إعطاءها لغيرهم[5].

وسنرى ما طرأ من تعديل على هذه الفقرة وفق القانون رقم 06-728 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2006، وهل استجاب المشرع لإرادة الفقه الفرنسي، أم لا؟.

وفيما يخص شكل هذه الوكالة وإثباتها، فإنه تطبق القواعد العامة التي تحكم شكل الوكالة عليها وللشركاء الحرية الكاملة في اختيار الشكل الذي يروق لهم، بشرط أن تكون

---

(1) راجع:

- Dagot Michel, L'indivision, Paris, L.I.T.E.C, 1977, P210.
- Michel Mathieu, Indivision, Fasc 1320, France, Juris Classeur, 2003 P06.

(2) أنظر:

- Dagot Michel, Op.Cit, P203, 209.

(3) أنظر:

- Pierre Catala, Art.Préc, P70.

(4) أنظر:

- Jean Picard, (L'organisation de L'indivision et la pratique notariale) Juris Classeur Périodique, N° 1, 1978, P115.

(5) أنظر:

- Nerson Fayard et Breton, L'indivision, Fasc N° 402, Paris, Dalloz, 1977 P10.
- Costes, (La Réprésentation dans la gestion d'une indivision), Juris Classeur Périodique, N°01, 1985, P11.

الوكالة لإجراء عمل مشروع، وفيما يخص إثبات الوكالة فتنطبق عليها القواعد الخاصة بإثبات الأعمال القانونية مدنية أو تجارية[1].

ب- أجر ومسؤولية الوكيل.

نصت المادة رقم 1986 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

(la mandat est gratuit -s'il n' ya convention contraire)[2].

ومعناه أن الوكالة تكون مجانية ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، فالوكيل عن الملاك المشتاعين لا يستطيع مطالبتهم بأجر مقابل قيامه بأعمال الإدارة والتصرف ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك[3].

بينما نصت المادة رقم 815 مكرر12 من القانون المدني الفرنسي[4]، على أنه:

(l'indivisaire qui gère un ou plusieurs biens indivis est redevable des produits nets de sa gestion, il a droit à la rémunération de son activité, dans les conditions fixées à l'amiable, ou à défaut par décision de justice).

ومعناها أنه:(يلتزم الشريك على الشيوع الذي يدير واحدا أو مجموعة من الأموال الشائعة برد كافة الثمار الناتجة عن إدارته وله الحق في الحصول على أجر مقابل أعماله بالشروط التي يحدها الاتفاق، فإن لم يوجد فبواسطة القضاء)[5].

وقد انقسم الفقه الفرنسي في تفسير هذه المادة إلى اتجاهين:

---

(1) أنظر:

- Pierre Catala, Art.Préc, P67.

(2) أنظر:

- L'article N° 1986 de code civil.

(3) أنظر:

- Dagot Michel, Op.Cit, P212.

(4) هذا النص لم يرد عليه تعديل بمقتضى القانون رقم 728-06.

(5) أنظر:

- P.Christian Atlas et Gérard Champenois, (Chronique de Jurisprudence Civil Droit des Biens), Défrénois, Répertoire du Notariat Défrénois, France, Montreil Cedex, 121e Année N°24, 2001, P1519.
- D. Noëlle Lesourd, Op.Cit, Fasc 1320, P09.
- Dominique Fiorina, (Fruits et plus-values indestriels des bien indivis),Défrénois Répertoire du Notariat Défrénois, France, Montreil Cedex N°08 2004, P553.

الاتجاه الأول: يرى أصحابه أن الوكيل عن الملاك المشتاعين يستطيع مطالبتهم بأجر مقابل قيامه بأعمال الإدارة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك على اعتبارات نص المادة رقم 815 مكرر12، وهو استثناء من القاعدة العامة الواردة في نص المادة رقم 1976[1].

بينما يرى **الاتجاه الثاني** أن هذه المادة تنطبق فقط على الوكيل الذي يدير المال الشائع بمقتضى وكالة عامة، أما الذي يقوم بأحد أعمال الإدارة بمقتضى وكالة خاصة فهو لا يستحق أجرا عن وكالته، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

ويستدل على ذلك بحجة أن هذه المادة هي استثناء من القواعد العامة لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه، فضلا على أن هذا الرأي يؤدي إلى تحفيز الشركاء لأن يوكلوا واحدا منهم وكالة خاصة لأنه لن يطلب أجرا.

أضف إلى ذلك فإنه ليس من المجحف بحق الشريك المدير بمقتضى وكالة عامة، في أن يحصل على أجر نظير قيامه بإدارته[2]، وهذا الرأي يؤيده نص المادة رقم 1873 مكرر10 الوارد في النظام الاتفاقي في الشيوع التي منحت الوكيل دون غيره الحق في الحصول على أجر مقابل عمله ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، إذ جاء نصها كما يلي:

(le gérant a droit sauf accord contraire à la rémunération de son travail. Les condition en sont fixées par les indivisaires à l'exclusion de l'intéressé ou, à défaut par le président du tribunal de grande instance statuant à titre provisionnel)[3].

والتي تترجم كما يلي:

(للمدير الحق، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، في الحصول على أجر مقابل عمله بالشروط التي يحددها الشركاء على الشيوع، فإن لم يوجد فبواسطة رئيس المحكمة الابتدائية

---

[1] أنظر

- Gean Maurin, (Brefaperçu de la loi du 31déc1976 relative à l'indivision), Défrénois Répertoire du Notariat Défrénois, France, Montreil Cedex, N°19 1977, P31510.

[2] أنظر:

- Pierre Catala, Art.Préc, P68.

[3] أنظر:

- Article N° 1873-10 du droit civil.

المختصة وذلك بصفة وقتية)، وهذا رأي مرجح[1].

أما من جهة مسؤولية الوكيل فهو يتحمل كامل التزامات الوكيل بوجه عام والواردة في نصوص المواد 1991 إلى المادة رقم 2002 قانون مدني فرنسي، فيسأل عن أخطائه التي ارتكبها في سبيل قيامه بعمله، مع ملاحظة أن مسؤولية الوكيل بأجر أشد من مسؤوليته دون أجر، وفق نص المادة رقم 02/1992 مدني فرنسي[2].

جـ- إلغاء الوكالة:

إن الوكالة الصادرة من مجموع الشركاء لا يجوز أن تلقى إلا موافقة من أصدرها.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم شهير لها بتاريخ17 يوليو1973 جاء فيه:(ما لم يوجد اتفاق مخالف فالوكالة الصادرة من مجموع الشركاء لا يمكن أن تلقى إلا بموافقة من صدرت عنه)[3].

ويثور التساؤل حول مدى لزوم موافقة الوكيل على إنهائه وكالته عندما يكون هو أحد الشركاء.

إن الوكالة في هذا الصدد تعقد لتحقيق مصلحة مجموع الشركاء، لذلك يلزم موافقة الشريك الوكيل على إنهاء وكالته باعتباره قد اشترك في هذا العقد كموكل ووكيل في آن واحد مشتركا مع غيره في ملكية المال الذي صدرت الوكالة لإدارته.

لكن يستطيع من جهة أخرى كل مالك على الشيوع في حالة ارتكاب الوكيل أخطاء فادحة تعرض المصلحة المشتركة للخطر أن يطلب وفقا لنص المادة رقم 815 مكرر3/6 من القانون المدني الفرنسي من رئيس المحكمة الابتدائية عزل هذا الوكيل، وإنهاء وكالته[4].

---

(1) أنظر:
- P.Frédéric Zenati-Castaing, Thierry Rever, les biens, 3eme Edition, France, Presses Universitaires, 2008, P568.

(2) أنظر:
- Rodiere, Mandat, Répertoire de droit civil, 2eme Edition, Paris, Dalloz, PP 184,208.

(3) أنظر:
-1er Chambre Civil, 17 juillet 1973, Bulletin Civil, N°247, P217.

(4) راجع:
- Christian Atlas, (Le fondement de la désignation judiciaire d'un administrateur de l'indivision), Défrénois, repertoire du notariat défrénois France, N°10, 2001, P625.
- P. Patrice Jourdain, Op.Cit, P98.

وفي كل الأحوال للشركاء إمكانية تجنب ضرورة موافقة الشريك الوكيل لإنهاء وكالته بتحديد وكالته بعمل معين أو بمدة محددة تنتهي وكالته تلقائيا بانتهاء هذا العمل أو بفوات هذه المدة[1].

د. سلطات الوكيل.

1. سلطات الوكيل بوكالة عامة.

يقصد بالوكالة العامة الوكالة التي تعقد بألفاظ عامة مثل التوكيل بالإدارة، التوكيل بالاستغلال... وغيرها، إذ لا تسمح هذه الوكالة سوى بالقيام بأعمال الإدارة.

وقد فرق المشرع الفرنسي وفق نصوص المواد 1987، 1988 مدني فرنسي بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة من جهتين، الأولى من حيث عدد الأعمال، فبينما لا تسمح الوكالة الخاصة إلا بالقيام بعمل أو مجموعة أعمال محددة، فإن الوكالة العامة تجيز القيام بمجموعة الأعمال التي تتضمنها ألفاظ الوكالة، أما الجهة الثانية من حيث طبيعة الأعمال فبينما تمكن الوكالة العامة القيام بأعمال الإدارة، تجب الوكالة الخاصة للقيام بأعمال التصرف[2].

هذا وقد انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين هذه التفرقة استنادا على أن التمييز بين نوعي الوكالة لابد أن يقوم على أساس طبيعة العمل الذي تسمح به الوكالة وليس عدد الأعمال وهذا هو المقصود بالوكالة العامة في القانون المدني الفرنسي بوجه عام[3].

إلا أنه في الشيوع استخدم المشرع الفرنسي للتعبير عن أعمال الإدارة التي تسمح بها الوكالة العامة اصطلاح:(أعمال الاستغلال العادي للمال الشائع)، (l'exploitation normale des biens indivis) إذ اشترطت المادة رقم 815 مكرر3 وكالة خاصة للقيام بالأعمال التي لا تدخل في الاستغلال العادي[4].

---

(1) راجع:

- Pierre Catala, Art.Préc, P69.
- Brigitte Hess Fallon, Anne-marie Simon, Op.Cit, P159.

(2) نشير هنا إلى أن أعمال التصرف التي تكلم عنها المشرع الفرنسي تكون إما تصرفات قانونية كالبيع وإما أعمال تصرف مادية، وهي ما سماه المشرع الجزائري عندنا أعمال الإدارة غير المعتادة، لذلك ستقتصر الدراسة في هذا الباب والفصل الأول منه على أعمال التصرف المادية دون التصرفات القانونية.راجع في ذلك:

- R.Rodiere, Op.Cit, P129.

(3) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص198.

(4) راجع:

- Francois Terré, Philippe Similer, Op.Cit, P360.

وبمفهوم المخالفة فالوكالة العامة تشمل كل أعمال الاستغلال العادي باستثناء تأجير المال الشائع[1].

إذ رغم أن إيجار المال الشائع يدخل ضمن أعمال الاستغلال العادي إلا أن أهميته وخطورته في التشريعات الحديثة تمنح ضمانات كثيرة للمستأجر لحمايته باعتباره الطرف الضعيف في العقد فاشترط لذلك وكالة خاصة[2]، وقد عرف العميد بريتون Breton أعمال الاستغلال العادية بأنها أعمال استغلال المال الشائع التي تتفق مع الغرض الذي أعد له ولا تمس جوهر الشيء أو تغير من طبيعته[3]، ومن أمثلتها زراعة الأرض المشتركة، بيع محصول الأرض المشتركة، تحصيل إيرادات المال الشائع[4]، فهي في القانون المدني الفرنسي، ترادف أعمال الإدارة المعتادة الواردة في القانون المدني الجزائري.

وعليه فالوكالة العامة لا تجيز القيام بأعمال التصرف المادي في المال الشائع مثل إقامة بناء على الأرض المشتركة[5]، فأطلق المشرع الجزائري مصطلح أعمال الإدارة غير المعتادة على هذه الأخيرة والتي يلزم للقيام بها **وكالة خاصة.**

2. سلطات الوكيل لوكالة خاصة.

يمكن للوكيل بمقتضى الوكالة الخاصة القيام بالأعمال التي لا تدخل في الاستغلال العادي للمال الشائع وكذا إبرام إيجار المال الشائع وتجديده وإنهائه والقيام بكافة أعمال التصرف المادي.

---

(1) أنظر:

- P.André Colomer, Op.Cit, P438.

(2) راجع:

- Hugues Perinet-Marquet, (Droit des biens), La semaine juridique France, Juris Classeur, N°13-2006, P613.
- Pierre Catala, Art.Préc, P71.

(3) أنظر:

- Breton et Mazaud, Op.Cit, P404.

(4) أنظر:

- Imil Enama, thése.Préc, P338.

(5) أنظر:

- Pierre Catala, Art.Préc, P71.

لذلك يلزم في الوكالة الخاصة تحديد نوع العمل المطلوب والمال الشائع المنصبة عليه والجزء الذي سيقع عليه العمل حتى يحتج بهذا العمل في مواجهة الشركاء[1].

ثانيا: الوكالة الضمنية. وسندرسها كما يلي:

أ-**أطراف الوكالة:** جاء في نص المادة رقم 815 مكرر2/3 قانون مدني فرنسي أنه:

(si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins son opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administrastion mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvlement des baux)[2].

وبترجمتها نجد: (إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع بعلم شركائه الآخرين ودون اعتراضهم فإنه يعد وكيلا ضمنيا عنهم، ويستطيع عندئذ القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف أو إبرام إيجار المال الشائع وتجديده)[3]، إذ أعطى هذا النص لكل مالك على الشيوع وأيا كان مقدار حصته الحق في إدارة المال الشائع عن طريق **وكالة ضمنية** تكون بين الشركاء على الشيوع، تفترض قيام شريك على الشيوع بإدارة المال الشائع بعلم شركائه الآخرين وعدم اعتراضهم[4].

فالوكيل الضمني هو أحد الشركاء، والموكل شركائه الآخرين أما إذا قام شخص من الغير بالإدارة بعلم جميع الشركاء ودون اعتراضهم، فإنه لا يعد في هذه الحالة وكيلا ضمنيا عنهم ولا تنطبق عليه نص المادة رقم 815 مكرر2/3، وإنما تحكم علاقته بالشركاء قواعد الفضالة إذا توافرت شروطها[5].

---

(1) عبد اللطيف كرازي، إدارة المال المشتاع في التشريع المغربي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قانون خاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 2006-2007، ص156.

(2) L'article N° 815-3/2 de la loi N°76-1286 Préc.

(3) نص المادة رقم 815 مكرر2/3 من القانون المدني الفرنسي لم يعدل بموجب القانون رقم 2006-728، بل حافظ على نفس المضمون.

(4) Frédéric Zenati, (Propriété et droit réels...), Art.Préc, P146.

(5) لقد طبق القضاء الفرنسي السابق على قانون1976 نظرية الوكالة الضمنية في مجال إدارة المال الشائع كوسيلة من وسائل التخفيف من حدة قاعدة الإجماع.
أنظر:

- Noëlle Lesourd, fasc 20, Op.Cit, P06.

وبناء عليه يكون للشريك المشتاع بمقتضى الوكالة الضمنية إدارة المال الشائع كله أو جزء منه، وكذا القيام بجميع أعمال الإدارة أو بعضها، فضلا على أن إدارته نافذة في حق كل الشركاء وملزمون بها كأنها صدرت منهم جميعا[1].

ووجود قاصر بين الشركاء لا يمنع أحدهم من إدارة المال الشائع بواسطة الوكالة الضمنية ذلك أن نائبه له وكالة عامة بإدارة مال القاصر، بمقتضاها يقوم بأعمال الإدارة[2].

ب. شروط الوكالة الضمنية.

يلزم لتطبيق النص سابق الذكر توفر ثلاثة شروط:

1. **القيام بأعمال الإدارة:**

إذ يجب في البداية أن يقوم أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة للمال الشائع فيمضى فيه وكأنه قد تلقى وكالة صريحة من شركائه الآخرين للقيام به، إذ يعد وكيلا ضمنيا عنهم منذ بداية عمله، سواء أعلن للغير ذلك أو لم يعلن، ذلك أنه يتحمل مسؤولية الإدارة دون الأخذ بعين الاعتبار علم الغير أو عدم علمه بهذا العمل[3].

2.علم الشركاء الآخرين:

على الشريك القيام بأعمال الإدارة بمعرفة بقية الشركاء في الشيوع، فضلا على أن سكوتهم بعد علمهم لا يعد رفضا لذلك وإنما قبول.

ومسألة علم الشركاء الآخرين أو عدم علمهم مسألة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات من شهود وقرائن ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك، إلا أن عدم علم الشركاء الباقين بما قام به أحدهم من أعمال الإدارة يؤدي إلى تطبيق قواعد الفضالة على أعمال هذا الشريك بتوافر شروطها[4].

3- عدم اعتراض الشركاء الآخرين:

إذ يؤخذ على محمل الوجوب لصحة الوكالة الضمنية ضرورة عدم اعتراض باقي الشركاء رغم علمهم بذلك، فموافقة جميعهم على العمل الذي يقوم به الشريك المشتاع لإدارة المال الشائع ضرورية لذلك يكفي اعتراض أحدهم أيا كان حصته حتى تسقط هذه الوكالة .

---

(1) Dagot Michel, Op.Cit, P225.
(2) Pierre Catala, Art.Préc, P76.
(3) Frédéric Zenati-Castaing, (les biens…), Op.Cit, P569.
(4) لتفصيل أكثر راجع:
- Francois Terré, Philippe Similer, Op.Cit, P360.
- Pierre Catala, Art.Préc, P80.

أي أن هذا النص يعبر صراحة وبقوة ظاهرة عن جدية قاعدة الإجماع[1].

ولم يشترط المشرع الفرنسي شكلا معينا لاعتراض الشركاء ولا وسيلة إثباته لذلك يجوز التعبير عنه وإثباته بكافة الطرق كتابة أو عن طريق شهادة الشهود.

من جهة أخرى وحتى يتم ذلك يجب الاعتراض قبل إتمام الشريك عمله المتعلق بالإدارة فإن بادر الشريك في القيام بعمل من أعمال الإدارة واستمر فيه وأتمه بعلم شركائه الآخرين فلا يستطيع أي من الشركاء الآخرين الاعتراض على عمله.

إذ لا يكون لاعتراضهم هنا أثر رجعي ويلتزمون بهذا العمل وكأنه قد صدر منهم جميعا طالما قد أتمه أحدهم بعلمهم، حفاظا على استقرار المعاملات وعدم المساس بحقوق الغير الذين قد اكتسبوا حقا من تعاملهم مع الوكيل الضمني.

أما إن اعترض أحد الشركاء على إدارة شريكه قبل إتمام العمل المتعلق بالإدارة فإنه ملزم بالتوقف عن الاستمرار في هذا العمل.

وإذا استمر في أعمال الإدارة رغم هذا الاعتراض فإن هذا العمل لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء ويتحمل نتائج ذلك في مواجهة الغير[2].

جـ. نطاق الوكالة الضمنية:

حسب نص المادة رقم 815 مكرر2/3 من القانون المدني الفرنسي رقم 1286-76 فإنه بتوافر عناصر الوكالة الضمنية يحق للوكيل الضمني عن الشركاء القيام بكافة أعمال الإدارة العادية التي يستطيع القيام بها من كانت له وكالة عامة صريحة أي أعمال الاستغلال العادي المتفقة مع الغرض المعد له المال الشائع ولا تمس جوهره باستثناء إيجار المال الشائع وتجديده، كما لا تشمل هذه الوكالة أعمال الإدارة غير المعتادة[3].

وعليه فإن نص المادة رقم 815 مكرر2/3 لا يعد استثناءا حقيقيا عن قاعدة الإجماع بقدر ما هو وسيلة من وسائل تسيير تطبيق هذه القاعدة.

---

(1) أنظر:
- Francois Delhay, La nature juridique de l'indivision, Thése, Lille, 1968, P105.

(2) راجع:
- Pierre Catala, Art.Préc, P80.
- Watine Drouin, Art.Préc, P276.

(3) راجع:
- Dagot Michel, (Le bail des biens indivis), La semaine juridique, France, Juris Classeur Périodique, N°15-1985, P3178.
- Watine-Drouin, Art.Préc, P276.

الفرع الثاني: النيابة القضائية.

جاء في نص المادة رقم 815 مكرر1/4 قانون مدني فرنسي رقم 1286-76:

(si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge)[1].

وترجمتها كما يلي:(إذا وجد أحد الشركاء المشتاعين في حالة لا تسمح له للتعبير عن إرادته، جاز لشريك آخر أن يطلب من القضاء منحه الصلاحية في الإنابة عنه سواء كانت النيابة عامة أو بالنسبة لبعض الأعمال الخاصة، ويحدد القاضي شروط ونطاق هذه النيابة)[2].

وعلى هذا الأساس فإن النص المذكور أعلاه يبين حالة وجود أحد الشركاء في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته لنقص في أهلية أو لغيابه عن موقع المال الشائع، أين يجوز لوليه أو الوصي عنه أن ينوبه بمقتضى نيابة قانونية في التعبير عن موافقته أو رفضه لأي عمل من أعمال الإدارة.

كما أن الشريك الغائب يستطيع توكيل غيره للتعبير عن إرادته سواءا بالرفض أو القبول لأعمال الإدارة، لكن هذه المادة تواجه حالة عدم استطاعة النائب القانوني عن الشريك ناقص الأهلية التعبير عن إرادة موكله لغيابه عن موقع المال مثلا، فضلا على أن هذا الغياب قد يصطدم بعدم وجود ممثل قانوني، يعبر عن إرادته في ذلك[3].

وترتيبا على ما تقدم يستطيع أي شريك في مثل هذه الحالات وأيا كان مقدار حصته اللجوء للمحكمة الابتدائية المختصة حتى تسمح له بالنيابة عن هذا الشريك، في إدارة المال الشائع، لئلا تتعطل إدارته[4].

---

(1) أنظر:

- Article N° 815-4/1 du loi N°76-1286 Préc.

(2) راجع:

- Francois Terré, Philippe Similer, Op.Cit, P364.

(3) في هذا المعنى راجع:

- Witine Drouine, Art.Préc, P300.

(4) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص208.

وفي هذا السياق يكون للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في السماح بالنيابة القضائية، إذ قد يعطيه نيابة عامة تمكنه من القيام بكل أعمال الإدارة العادية، أو يمنحه نيابة خاصة للقيام بعمل معين أين يلتزم الشريك النائب في هذه الحالة عدم الخروج عن حدود النيابة.

ونعطي مثالا على ذلك: إذ كانت النيابة قاصرة على السماح له بإيجار المال الشائع فليس له القيام بعمل آخر غير الإيجار وإلا فقد صلاحيته وكان ما قام به غير نافذ في حق الشريك الآخر الذي ينوب عنه[1].

ونتيجة لهذا يكون للقاضي المختص سلطة تحديد شروط وحدود نيابة الشريك، كأن يحدد له المدة والثمن.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 فيفري1981 بأنه:" لا يجوز لأحد الشركاء طبقا لنص المادة رقم815 مكرر1/4 النيابة القضائية عن شريكه ناقص الأهلية حتى لو كان له ممثل قانوني قريب من موقع المال"[2].

ونشير أخيرا إلى أن نص المادة رقم 815 مكرر4، لم يخضع للتعديل بمقتضى القانون رقم 728-2006 المتعلق بالقانون المدني إذ بقي النص كما هو وبقيت النيابة القضائية إحدى طرق التخفيف من حدة الإجماع.

الفرع الثالث: الفضالة.

لقد نص المشرع الفرنسي في القانون رقم 1286-76 على تطبيق نظرية الفضالة في مجال الشيوع كطريقة من طرق تطبيق قاعدة الإجماع، إذ خص المادة رقم 815 مكرر2/4 مدني فرنسي لتوضيح مجال تطبيق نظرية الفضالة في الشيوع بنصها التالي:

(A défaut de pouvoir légal de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un indivisaire en représentation d'un autre ont effet à l'égard de celui-ci suivant les règles de la gestion d'affaires)[3].

---

(1) Nerson Fayard et Breton, Op.Cit, P411.
(2) Bulletin Civil N° 11.155, Civil 1er, 18 février 1981, Juris classeur périodique.
(3)Article N° 815-4/2 de loi N° 76-1286 Préc.

ومعناها أنه:(في حالة عدم وجود سلطة قانونية مستمدة من الوكالة أو النيابة القضائية فإن التصرفات التي تتم بواسطة شريك مشتاع بالنيابة عن شريك آخر تنتج أثرها في مواجهته طبقا لقواعد الفضالة).

وبالرغم من أنها تلعب دورا احتياطيا في الملكية الشائعة إلا أن لها أهمية قصوى لا يمكن تجاهلها، وإن كانت عديمة الجدوى فيما يتعلق بحفظ المال الشائع، فقد احتفظت بأهميتها فيما تعلق بأعمال الإدارة الأخرى، إذ يكفي أن يقوم أحد الشركاء بأعمال الإدارة دون علم شركائه الآخرين فلا تنطبق عليه نظرية الوكالة الضمنية حسب المادة رقم 815 مكرر2/4 كما لا تنطبق على أعماله نظرية الوكالة الصريحة حسب نص المادة رقم 815 مكرر1/3 بل تخضع لنظرية الفضالة بتوافر شروطها[1].

وإذا كانت الفضالة تقوم بغياب الوكالة، فإنه يمكنها أن تلعب دورا بحضورها أيضا وذلك حالة تجاوز السلطات فمن يتلقى وكالة عامة ويقوم بعمل لا يدخل بطبيعته في نطاق أعمال الاستغلال العادي للأموال الشائعة، والذي يتلقى وكالة خاصة للقيام بعمل محدد ثم يجاوز هذا العمل ويقوم بآخر، هنا تطبق نظرية الفضالة بتوافر شروطها.

لذلك لابد من التطرق لأركان الفضالة وآثارها حتى نعرف كيفية تطبيقها[2].

أولا: أركان الفضالة:

يعد العنصر المعنوي أهم أركان الفضالة العادية ومعناه: قصد الفضولي تحقيق مصلحة رب العمل.

والركن المعنوي للفضالة في الشيوع ركن موضوعي يتحقق عند تحقق أركان الفضالة الأخرى التي تنحصر في ركنين، الأول هو فائدة الفضالة والثاني عدم اعتراض الشركاء الآخرين.

أ- فائدة الفضالة:

في الفضالة العادية تعتبر الفائدة بالنسبة لرب العمل سبب التزامه بما قام به الفضولي من أعمال، وقد طبق القضاء الفرنسي هذا الحكم فيما يتعلق بالشيوع وقضى بصحة الفضالة وقبول دعوى الفضولي ضد رب العمل إذا كان عمله مفيدا لرب العمل.

---

(1) Pierre Catala, Art.Préc, P27.
(2) Pierre Catala, Art.Préc, P27.

وعلى العكس استبعد تطبيق نظرية الفضالة إذا كان ما قام به الفضولي من أعمال قد اتخذ في وقت غير مناسب، أو كان مضرا بمصلحة رب العمل (الذين هم باقي الشركاء) ففي مجال الشيوع تكون نفعية ويكون رب العمل هو مجموع الشركاء.

وعليه إذا لم يكن عمل الشريك الفضولي مفيدا لمجموع الشركاء لحظة انتهائه من العمل تحمل وحده نتائج الفضالة، فلا يستطيع الرجوع على شركائه الآخرين في هذه الحالة[1].

ب. عدم اعتراض الشركاء:

يعد عدم اعتراض رب العمل على عمل الفضولي الركن الثاني للفضالة.

وغالبا ما يقوم الفضولي بعمله في غياب رب العمل أو في حضوره، فلا يعترض على هذا العمل ولا يجيزه حتى تطبق قواعد الفضالة، ذلك أنه لو أجازه أصبح الفضولي وكيلا عن رب العمل، ليس فضوليا وتطبق على أعماله في هذه الحالة قواعد الوكالة، ذلك أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ليست ركنا من أركان الفضالة[2].

يبقى أن القضاء الفرنسي طبق هذا الحكم في مجال الشيوع، فرفض تطبيق قواعد الفضالة على تدخل أحد الشركاء لإصلاح سقف منزل مملوك على الشيوع ذلك أن شركائه الآخرين قد اعترضوا على هذا العمل قبل القيام به[3].

وعليه ينتج عن الاعتراض تحمل هذا الشريك نتائج عمله وحده، فلا يستطيع الرجوع على شركائه الآخرين، ويصدر الاعتراض قبل انتهاء الشريك الفضولي من عمله حتى ينتج أثره، وفي الحالة العكسية لا يكون للاعتراض أثر رجعي على ما قام به الفضولي من عمل فيتحمل جميع الشركاء نتائج هذا العمل رغم اعتراضهم"[4].

ثانيا: آثار الفضالة:

ترتب الفضالة إذا توافرت شروطها، التزامات على عاتق كل من الفضولي ورب العمل وتفرز علاقة مباشرة بين رب العمل والمتعاقد مع الفضولي.

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص216.

(2) Pierre Catala, Art.Préc, P85.

(3) Bulletin Civil III N°74/338, 3eme Chambre Civil, 08 Octobre 1974, P258.

(4) Pierre Catala, Art.Préc, P29.

أ.التزامات الفضولي:

على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ولا يسقط هذا الالتزام بوفاة رب العمل قبل انتهاء العمل كما يجب عليه بذل جهد الشخص المعتاد في القيام به، إذ يكون مسئولا عن خطئه وإهماله، ومع ذلك يجوز أن ينقص القاضي التعويض المترتب على هذا الخطأ أو الإهمال إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

وبوجه عام فإن الفضولي يلتزم بكافة الالتزامات التي يلتزم بها الوكيل بمقتضى وكالة صريحة[1].

وترتيبا على ما تقدم فإن كل هذه الالتزامات يلتزم بها الشريك الفضولي في الشيوع، إذ طبق القضاء الفرنسي كل ذلك على الفضالة في الشيوع، وألزم الشريك الفضولي بتقديم حساب إلى شركائه الآخرين عما قام به من أعمال.

وقد أكد قانون 1976 على خضوع الفضالة في الشيوع لقواعد الفضالة العادية بمقتضى النص سابق الذكر.

ب. التزامات رب العمل:

يلتزم رب العمل تجاه الفضولي بتعويضه ورد كافة المصروفات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف والتي زادت في قيمة المال الشائع وفق نص المادة رقم 1375 مدني فرنسي فجميع الملاك على الشيوع ملزمون بذلك[2].

وبناء عليه فإن تطبيق النص السابق بهذه الكيفية دفع بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الاعتقاد بأن غياب المنفعة الدائمة تنعت الفضالة بعدم النفع، مما رتب عدم قبول دعوى الشريك الفضولي على شركائه الآخرين، إذا لم يلحق المال الشائع زيادة في قيمته وقت المطالبة.

كما أكد قانون رقم 1286-76 هذا الاتجاه، حالة قيام الفضولي بتحسين أحد الأموال الشائعة من ماله الخاص وعدم مطالبته باسترداد ما أنفقه في الحال، إذ يؤخذ في الاعتبار قيمة الزيادة التي لحقت بهذا المال لحظة مطالبته باسترداد ما أنفقه"[3].

---

(1) Pierre Catala, Art.Préc, P30.

(2) إذ تنص المادة رقم 1375 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

(Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les egagements personnels qu'il a pris et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites).

(3) Pierre Catala, Art.Préc, P86.

جـ. علاقة رب العمل بالغير:

نفرق بين حالتين: حالة ما إذا تعاقد الفضولي باسم ولحساب مجموع الشركاء، إذ يلتزم كل واحد منهم بمقدار حصته اتجاه المتعاقد مع الفضولي الذي يملك حقا مباشرا في مواجهة جميع الشركاء بما فيهم الشريك الفضولي لإلزامهم، بالوفاء بما عقده الفضولي معه من التزامات.

أما الحالة الثانية: فهي حالة إذا ما تعاقد الفضولي باسمه الشخصي، حيث لا يملك المتعاقد مع الشريك الفضولي سوى دعوى شخصية تجاه الشريك الذي أبرم العمل باسمه[1].

ولا يستطيع المتعاقد مطالبة الشركاء الآخرين تنفيذ ما التزم به الفضولي سواء باستعماله الدعوى غير المباشرة ضد شركائه الآخرين أو دعوى الإثراء بلا سبب بتوافر شروطها.

ولقد طبق القضاء الفرنسي نظرية الشيوع في أحكام متعددة، خاصة على أعمال الإدارة التي يقوم بها أحد الزوجين على المال المشترك، أثناء دعوى الطلاق، وأيضا عند قيام أحدهم بتجديد عقد الإيجار للمال الشائع.

و**كملاحظات** خاصة بهذا المبحث المتضمن المبدأ العام في استغلال المال الشائع وإدارته وهو الإجماع، فقد سجلنا تعديل نص المادة رقم 815 مكرر3 بموجب القانون رقم 728-2006 الصادر بتاريخ 23 جوان2006 المتضمن القانون المدني إذا جاءت كما يلي:

(Le ou les indivisaires titulaire d'un moins deux tiers des droits indivis peuvent à cette majorité:

1.Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis;

2.Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration;

3.Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision;

4.Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

[1] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص222.

Ils sont tenus d'en informer les autres, A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.

Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au ……des baux).

وبترجمتها نجد:

(يستطيع الشريك أو مجموع الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلثي المال الشائع:

1. تنفيذ أعمال الإدارة.
2. منح الشريك أو عدة شركاء أو للغير وكالة عامة في الإدارة.
3. بيع المنقولات الشائعة لتسهيل دفع الديون وتكاليف الشيوع.
4. إبرام وتجديد الإيجارات باستثناء تلك المنصبة على العقار ذو الاستعمال الزراعي التجاري، والصناعي، والتقليدي.

- وذلك يستلزم إعلام باقي الشركاء بهذه القرارات المتخذة.

وفي حالة عدم إعلامهم فإن القرارات المتخذة لا يحتج بها في مواجهة هؤلاء الشركاء على الشيوع.

غير أن رضاء كل الشركاء في الشيوع واجب لتنفيذ كل عمل يخرج عن الاستغلال الطبيعي للمال الشائع ولتنفيذ كل عقود التصرف باستثناء المشار إليها في الفقرة الأولى بند رقم 03

إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع بعلم شركائه الآخرين ودون اعتراضهم فإنه يعد وكيلا ضمنيا عنهم، ويستطيع عندئذ القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف وإبرام وتجديد الإيجارات للمال الشائع).

وعليه فإن المشرع المدني الفرنسي في القانون رقم 728-2006 استجاب للإرادة الفقهية بحجة التخفيف من قاعدة الإجماع، التي تركت آثارا سلبية كبيرة في مجال إدارة المال الشائع وأصبحت سلطة أغلبية الملاك الذين لهم 2/3 من المال الشائع هي الأصل في تنفيذ أعمال الإدارة.

ومنح الشريك أو عدة شركاء وكذا الغير وكالة عامة فيها، وهذا ما طالب به رجال الفقه، إذ يمكن منح الغير وكالة عامة في الإدارة، بالإضافة إلى تجديد وإبرام الإيجارات، مع وجوب إعلام باقي الملاك (الأقلية) بذلك وإلا تقع القرارات المتخذة باطلة.

كما أصبح الإجماع استثناءً من القاعدة العامة[1]، يلجأ له بتنفيذ الأعمال التي تخرج عن الاستغلال الطبيعي للمال الشائع وأعمال التصرف ونظرا لخطورتها.

وفيما يخص المادة رقم 815 مكرر3/4 من القانون الجديد فهي تتكلم عن الوكالة الضمنية في إدارة واستغلال المال الشائع، وما لاحظناه هو بقاء النص على حاله كما هو في القانون القديم.

وحسنا فعل المشرع الفرنسي بإلغائه الفقرة الأولى من المادة رقم 815 مكرر3.

إلا أننا نبرر دراستنا للقانون رقم 1286-76 بأنه إثراء ومجاراة لما جاءت به نصوص القوانين العربية خاصة في الجزائر ومصر، إذ يتطابقان في اعتبار الإجماع مبدأ عام.

يبقى أن المشرع الجزائري أفرد نصوصا خاصة لتطبيق قاعدة الأغلبية ومثله القانون المدني المصري والأردني وسنتعرض لذلك بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: سلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع.

لما كان الأصل العام أن تتم إدارة المال الشائع واستغلاله بإجماع كل الشركاء على الشيوع، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، وإذا كان اتفاقهم على أسلوب واحد للإدارة ليس سهلا في كل الأحوال، فإن **المشرع المدني في الجزائر ومصر** وضع نصوصا قانونية تمكن من مواجهة اختلاف الشركاء في الإدارة إذ أعطى للأغلبية الحق في استغلال وإدارة المال الشائع.

وعليه أصبحت الكلمة الأولى للأغلبية ورأيها ملزم للجميع مع الأخذ بعين الاعتبار قدر الأغلبية اللازمة بما يتناسب مع نوع الأعمال المطلوبة[2].

كما جعل المشرع الجزائري للمحكمة في بعض الحالات حق الرقابة على قرار الأغلبية وهنا وجب التمييز بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، وسنتناول كلاهما بالدراسة وفق مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة.

المطلب الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة.

---

(1) Gérard Cornu, Droit Civil, 13eme Edition, Paris, Edition Alpha, 2009 PP140,141.

(2) د.محمود عبد الرحمن محمد علي، الملتقى السابق، ص08.

المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة.

نظم المشرع الجزائري الإدارة المعتادة للمال الشائع بنصوص خاصة ضمن أحكام القانون المدني المتعلقة بالملكية الشائعة، دون تحديد لماهية هذه الأعمال والمقصود بها، إذ تحدث من خلال المادة رقم 716 من القانون المدني عن الأغلبية المطلوبة للقيام بهذه الأعمال دون تحديد المقصود منها.

وبالرجوع إلى نص المادة رقم 717 قانون مدني جزائري فقد نصت على الأغلبية المطلوبة للأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة، إذ أوضحت أنها التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع[1].

وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن أعمال الإدارة المعتادة هي تلك الأعمال التي تهدف إلى استعمال المال الشائع واستغلاله والحصول على ثماره دون أن يكون من شأنها إحداث تغيرات أساسية فيه أو تعديلات في الغرض الذي أعد له الشيء المملوك على الشيوع[2].

فهي على ذلك قد تكون تصرفات قانونية أو أعمالا مادية أو إجراءات قضائية[3].

ومن أمثلة التصرفات القانونية التي تعتبر من قبيل أعمال الإدارة المعتادة، القيام بتأجير

---

[1] راجع:
- زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص40.
- إلهام بعبع، حماية الملكية العقارية الخاصة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2006-2007، ص81.

[2] راجع:
- د.فوزي كمال أدهم، أبحاث في القانون المدني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2002، ص249.
- محمد سعد الدين، مرجع القاضي في المنازعات المدنية، الجزء السادس، مصر، دار محمود للنشر والتوزيع، 1991، ص96.
- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، 1988، ص190.

[3] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص227.

المال الشائع وكافة ما يقتضيه عقد الإيجار من تحرير العقد وقبض الأجرة وغيره[1] واستئجار عمال للزراعة والحرث والتسميد، أما الأعمال المادية فهي زراعة الأرض المشتركة، بقصد بيع ثمارها والصيد من البحيرة المشتركة، وفيما يخص الإجراءات القضائية نجد ممارسة سلطة التقاضي فيما ينشأ من أعمال الإدارة المعتادة من منازعات كطلب إخلاء العين المؤجرة المشتركة لعدم دفع الأجرة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك أنه:" مؤدى الفقرة الثانية من المادة رقم 801 من القانون المدني أن الإيجار يعد من أعمال الإدارة، ومن ثم فإن إيجار المال الشائع وطلب إخلاء العين المؤجرة يدخل في سلطة متولي الإدارة من الشركاء ويدخل في سلطته تبعا لذلك، التقاضي فيما ينشأ عن هذا الإيجار من منازعات"[2].

وقد أقر المشرع الجزائري في المادة رقم 716 منه على أن[3]: (يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا، وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم).

وعليه سندرس هذا المطلب من خلال توضيح ما يلي:

---

(1) بالمقارنة بما كتبناه نجد: الدكتور حمدي عبد الرحمن، يرى أن التأجير في ظل القوانين الخاصة التي تحكم بقاعدة الامتداد القانوني للعقد يعد عملا من أعمال الإدارة غير العادية ويجب أن يخضع لقيودها، أما حيث تنتفي هذه الخطورة فالتأجير يعد إدارة عادية لا خطورة فيها خاصة وأن من يملك الإدارة في ظل القواعد العامة لا يملك التأجير إلا وفق قيود زمنية معينة.

- أنظر: د.حمدي عبد الرحمن، شرح قوانين إيجار الأماكن، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1982، ص89.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص ص 227، 228.

(3) نص المادة رقم 716 من القانون المدني الجزائري، تقابلها نص المادة رقم 828 مدني مصري.

الفرع الأول: نطاق سلطة الأغلبية في الإدارة المعتادة.

لقد لاحظنا على نص المادة رقم 716 مدني جزائري المذكورة سابقا وقبل تفصيل أحكامها أنها غير مرتبة، إذ بدأها المشرع بتنظيمه لسلطة الأغلبية المطلقة في إدارة المال الشائع إدارة معتادة في الفقرة الأولى منها، وأتبعها بإعطاء المحكمة الحق - بناء على طلب أحد الشركاء- في اتخاذ ما تراه لازما من تدابير، عند تعذر توافر الأغلبية، ثم عاد في فقرتها الثانية واستكمل تنظيم سلطة الأغلبية في الإدارة.

لذلك نرى أن الأدق هو قصر الفقرة الأولى من هذه المادة على تنظيم سلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة، و تخصيص الفقرة الثانية لتنظيم سلطة المحكمة المختصة في الإدارة العادية عند تعذر الأغلبية.

وحتى نتجنب الخلط، سنبين في هذا الفرع سلطة الأغلبية في الإدارة المعتادة وندرس سلطة القضاء في الإدارة في المبحث الثالث من هذا الفصل لاحقا.

فبالرجوع لنص المادة سابقة الذكر وعند عدم توافر إجماع الشركاء على رأي معين في الإدارة المعتادة للمال الشائع، تملك الأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصبة (أي الشريك أو الشركاء الذين يملكون ما يزيد على نصف المال الشائع)[1]، الحق في إدارة المال الشائع إدارة معتادة ولو توافرت الأغلبية في شريك واحد، إذ قد يملك أكثر من نصف المال الشائع[2].

ولما كانت أعمال الإدارة استغلالا للمال الشائع وتحقيقا لصيانته وحفظه والانتفاع به يكفي فيها رأي الأغلبية عادية أو مطلقة على أساس الأنصبة لا على أساس عدد الشركاء إلا أن القول بذلك منتقد خاصة لو استأثر شريك واحد بأعمال الإدارة المعتادة لكونه مالك لأغلبية الحصص وليس للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر من هذا الشريك صاحب أغلبية الأنصبة، ومن ثمة قد لا يكترث برأي باقي الشركاء الذي قد يكون أصوب باعتباره رأي الجماعة رغم ضعف حصصهم في المال الشائع، مما يدفعهم لطلب القسمة والخروج من

---

[1] وهذا خلافا للأصل المقرر في قسمة المهايأة، الذي يتطلب إجماع الشركاء عليها لإدارة المال الشائع مما يعرقل استغلاله ويحول دون الإفادة منه على الوجه الأكمل.
أنظر: زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص42.

[2] زبير بخوش، المذكرة نفسها، ص42.

الشيوع إذا لم يستطيعوا الطعن في قرارات هذا الشريك بالتعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة[1].

ولقد خول القانون لهذه الأغلبية سواء كان شريكا واحدا أو شركاء متعددين سلطة القيام بأعمال الإدارة المعتادة للمال الشائع، وليس لباقي الشركاء مهما كان عددهم الاعتراض على إدارة هذه الأغلبية مادامت لم تخرج عن حدود الإدارة المعتادة باعتبارها أصيلة عن نفسها ونائبة في الوقت نفسه نيابة قانونية عن الأقلية[2]، مما ينفي حق هذه الأخيرة في الاعتراض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية خاصة إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء أو شريكا واحدا في الشيوع.

وترتيبا على ما سبق إذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف، فله وحده حق الإيجار، وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلا وأجر المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو أيضا الثلث، فالشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الإيجار، وإن ملكا الثلثين، فإن هذا الإيجار يسري في حق باقي الشركاء كما يسري في حقهم إذ أجر المال الشائع كله لأجنبي عن الشركاء[3]، فقضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بتاريخ 13 أفريل 1988 بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز للمالك على الشيوع في العقار أن يستأجر من

---

(1) لتفصيل أكثر راجع:
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص79.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص163.
- د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص95.
- د.إبراهيم أبو النجا، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الطبعة الأولى، مصر، دار الجامعة الجديدة، 1997، ص89.
- د.أحمد سلامة، المرجع السابق، ص155.
- د.محمد كامل مرسي باشا، (شرح القانون المدني، الجزء الثاني...)، المرجع السابق ص128.

(2) راجع:
- محمد فايق زغلول، التعليق على القانون المدني، مصر، دار الكتاب الحديث، 2009، ص189.
- د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص69.
- د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص74.

(3) أنظر:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 745، 746، 747.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس...) مرجع سابق، ص56.

باقي شركائه أو يستأجر جزءا منه إذ ليس هناك ما يمنعه قانونا من إبرام عقد الإيجار معهم عن هذا العقار الشائع"[1].

كما نجد أعمال إدارة معتادة أخرى، من ذلك: قبض الأجرة، القيام بالترميمات الضرورية، أو زراعة الأرض وغيرها.

ويجب على الشريك أو الشركاء أصحاب الأغلبية التسجيل في سجلات الفلاحين والحصول على شهادة الفلاح طبقا للمادة 06 من القرار المؤرخ في 25 ماي1996 الصادر عن وزارة الفلاحة والصيد البحري[2].

هذا ولا يحق لهذه الأغلبية باعتبارها صاحبة الحق في الإدارة أن تشترط عدم استغلال الأراضي الفلاحية، لأن ذلك يشكل تعسفا في استعمال الحق طبقا لنص المادة رقم 48 من القانون رقم 25/90 والتي جاء فيها:(يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفا في استعمال الحق نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي.

وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما)[3].

والجزاء المترتب على ذلك هو بيع أو تأجير العقار جبرا من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية[4]، بعد المعاينة طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 484/97[5].

كما أن تبليغ المستأجر بإخلاء العين من أحد الشركاء أصحاب الأغلبية، كاف لترتيب آثاره ولا حاجة ليكون صادرا منهم جميعا، وهو ما أكدته **المحكمة العليا** في قرار لها، بتاريخ 15 مارس 1992: " من المقرر قانونا أنه في حالة الإيجار المبرم بين عدة شركاء

---

(1) قرار مدني رقم 88/707، الصادر في 13 أفريل 1988، عن مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة التاسعة والثلاثون، السنة القضائية الخمسون، 1988، ص651.

(2) إذ تنص المادة رقم 06 من هذا القرار على أنه: (في حالة الملكية العقارية الفلاحية الشائعة يمكن صدور طلب التسجيل من مجموع الشركاء إذا كانوا كلهم يمارسون النشاط ألفلاحي رقم 716 من القانون المدني:
- من الشريك أو الغير المفوض من طرف الشركاء الحائزين لأغلبية الحصص.
- من الشريك المعين من طرف المحكمة طبقا لنص المادة رقم 716 من القانون المدني).

(3) المادة رقم 48 من القانون رقم 25/90، المؤرخ في 18 نوفمبر1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 90/49.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 78/96، المؤرخ في 24 أفريل 1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، جريدة رسمية رقم 96/15.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 484/97، المؤرخ في 15 ديسمبر1997، المتضمن تشكيله الهيئة الخاصة وإجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، جريدة رسمية رقم 97/83.

في الملكية وبين المستأجر فإنه يكفي قانونا تبليغ أحدهم التنبيه بالإخلاء للمستأجر ليعتبر صحيحا"[1].

وطبقا لنص المادة رقم 468، 2/573 مدني جزائري، ينفذ الإيجار الصادر من الأغلبية في حق جميع الشركاء لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وإذا عقد لمدة أطول أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات[2]، ذلك أن الإيجار يكون صادرا من ذوي الأغلبية بالأصالة عن أنفسهم وبالنيابة عن ذوي الأقلية، والنائب لا يجوز له أن يؤجر عن الأصيل لأكثر من ثلاث سنوات[3].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر بتاريخ 31 ماي 1980 بما يلي: " حق تأجير المال الشائع باعتباره من أعمال الإدارة كما يكون للشركاء مجتمعين، يصح أن يكون لأصحاب الأغلبية وتعتبر الأغلبية في هذه الحالة نائبة عن أصحاب الأقلية نيابة قانونية في المال الشائع ولكن لا تنفذ هذه الإجارة في حق الأقلية إلا لمدة ثلاث سنوات، فإذا عقدت الأغلبية إجارة لمدة تجاوز ذلك كان للأقلية أن تطالب بإنقاص المدة بالنسبة إليها إلى هذا الحد، إذ تعتبر الأغلبية فيما جاوز أعمال الإدارة المصرح بها بأدائها متعدية على حقوق الأقلية التي يحق لها إزاء ذلك المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن هذا التعدي، وذلك عن طريق التنفيذ العيني مادام ممكنا بإنهاء عقد الإيجار المنصب على نصيبهم بعد انتهاء مدة السنوات الثلاثة آنفة الذكر، دون أن يغير من ذلك حسن نية المستأجر باعتقاده أن المؤجر له هو صاحب الحق في تأجير العين مادام أنه لم يقع من صاحب الأقلية على ذلك المؤجر من المظاهر ما يوحي إلى المستأجر بأنه هو صاحب الحق في التأجير، إذ بوقوع ذلك من صاحب الأقلية يكون مخطئا فلا يحق له الإفادة من خطئه في مواجهة المستأجر"[4].

---

[1] قرار مأخوذ من كتاب: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، الطبعة الثامنة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2009، ص76، (قرار غير منشور).

[2] زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص45.

[3] للتفصيل راجع:

- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص42.

- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الإيجار، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة، مصر، دار الكتاب الحديث، 1993، ص128.

- د.رمضان أبو السعود، الموجز في عقد الإيجار، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص121.

[4] قرار الغرفة المدنية رقم 80/306، المؤرخ في 31 ماي 1980، الصادر عن مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الحادية والثلاثون، السنة القضائية السادسة والأربعون، ص1629.
وفقا لهذا الحكم، ينفذ عقد الإيجار الصادر من أحد الشركاء في حق الشركاء الباقين، طالما وجد من الظاهر ما يدل على أنه المالك الوحيد لهذا المال.

كما قضت في قرار آخر صادر لها بتاريخ 20 جوان1987 بأنه: " حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء التي تعد نائبة قانونية عن باقي الشركاء فإنه يجوز أيضا من أحد الشركاء، فإذا لم يعترض عليه أحد أو لم يعترض عليه إلا الأقلية فإنه يعد وكيلا عن الجميع أو وكيلا عن الأغلبية ونائبا عن الأقلية، وفي هاتين الحالتين فإن الإيجار يكون نافذا في حق جميع الشركاء على الشيوع لمدة ثلاث سنوات، ما لم يكن محله مكانا خاليا خاضعا لإيجار الأماكن..."[1].

ووفقا لنص المادة رقم 716 **قانون مدني جزائري**، والمادة رقم 828 **قانون مدني مصري** فللأغلبية المطلقة حق القيام بجميع أعمال الإدارة العادية، ولا تستطيع الأقلية التظلم من قرار الأغلبية في هذا الصدد للمحكمة المختصة، إلا إذا تعسفت في استعمال حقها في الإدارة وراعت مصلحتها وأهدرت مصالح الأقلية خاصة إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء أو كانت شريكا واحدا فقط[2].

وفيما يخص حالات التعسف في استعمال حق الإدارة العادية فهي كثيرة منها: بسط الأغلبية يدها على كل المال الشائع واستغلاله عن طريق إيجاره لواحد من بينهم بأجرة زهيدة بقصد حرمان الأقلية من المشاركة معهم في الإدارة أو حرمانهم من الانتفاع بالمال الشائع طوال مدة عقد الإيجار عندئذ تستطيع الأقلية التظلم من قرار الأغلبية للمحكمة المختصة مطالبة بعدم نفاذ هذا الإيجار في حقها[3].

إلا أنه يحدث ألا تقوم الأغلبية بإدارة المال الشائع بنفسها خاصة أن ذلك يقتضي تواجد جميع الشركاء الممثلين للأغلبية في مكان إبرام العقد وهو فرض لا يتحقق بسهولة، خاصة

---

[1] قرار الغرفة المدنية رقم 87/05، المؤرخ في 10 جوان1987، الصادر عن المكتب الفني السنة الثامنة والثلاثون الجزء الثاني، السنة القضائية الثانية والخمسون، ص ص801، 802.

[2] راجع:
- د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، الملكية الشائعة، الطبعة الأولى، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، ص113.
- د.مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص108.
- د.علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص61.
- د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص120.
- د.محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص312.

[3] أنظر: أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص ص 234، 235.

بتعدد عقود الإدارة الخاصة بالمال الشائع أو اختلاف مكان إقامة الشركاء على الشيوع، ومن ثم يجوز لهذه الأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو من الغير يدير المال الشائع[1].

وقد تطلق له الحرية في القيام بجميع أعمال الإدارة العادية أو المعتادة - مادامت حاجة المال تقتضي ذلك- عن طريق وكالة عامة بالإدارة أو محددة لأعمال معينة من أعمال الإدارة المعتادة بمقتضى وكالة خاصة، مع إلزام المدير بتقديم حساب شهري أو سنوي عن إدارته إلى جميع الشركاء.

زيادة على ذلك يحق للأغلبية وفقا لنص المادة رقم 2/716 مدني جزائري، وضع نظام إدارة يلتزم به المدير ويسري في حق جميع الشركاء وخلفائهم سواء أكان الخلف عاما أو خاصا، فضلا على تعديل هذا النظام أو إلغائه.

ولئن كان التعديل والإلغاء حق محفوظ للأغلبية فإنه يسري في حق جميع الشركاء أو خلفائهم حتى لو صدرا من أغلبية أخرى غير التي وضعت النظام[2].

وعليه فإن كل ما تقوم به الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة عادية، يسري في حق جميع الشركاء وخلفائهم سواء أكان الخلف عاما أو خاصا، باشرت عملا من أعمال الإدارة بنفسها أو عينت مديرا أو وضعت نظاما للإدارة رغم أن ظاهر نص المادة رقم 2/716 مدني جزائري والمادة رقم 2/828 مدني مصري، جعل دون مبرر ما يسري على الخلف مقصورا فقط على ما تصنعه الأغلبية من نظام الإدارة[3].

وفي كل الحالات يستطيع كل شريك سواء كان من الأغلبية أو الأقلية، الهروب من تحكم الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة، بطلبه قسمة المال الشائع قسمة نهائية[4].

---

[1] زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص47.

[2] راجع:

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...) مرجع سابق، ص747.
- د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص ص 114، 115.

[3] د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص321.

[4] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص747.

الفرع الثاني: انفراد الشريك بإدارة المال الشائع.

جاء في نص المادة رقم 3/716 من القانون المدني الجزائري ما يلي:(إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم)[1].

إذ وفقا لهذه الفقرة إذا قام أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة العادية، ولم يعترض أحد من الشركاء عليه بالرغم من علمهم جميعا به، فإنه يعد وكيلا عنهم في هذا العمل بمقتضى وكالة ضمنية تستفاد من سكوتهم فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي الشركاء في العمل الذي ينفذ في حقهم جميعا كإيجار المال الشائع [2].

ويحدث ذلك غالبا في حالة الميراث، حيث يتولى الأخ الأكبر غالبا إدارة الشركة لصالح الورثة دون اعتراض منهم والتوقيع على عقود الإيجار وقبضه الأجرة، ويعتبر هذا وكالة ضمنية منهم[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في **الجزائر** في قرار لها صادر بتاريخ 07 ديسمبر1985 جاء فيه: " من المقرر قانونا أن عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة، وأن أعمال الإدارة المعتادة يكون فيها رأي الأغلبية ملزما لجميع الشركاء وإذا تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

---

(1) نص المادة رقم 3/716، من الأمر رقم 58/75 سابق ذكر، وهذا النص يقابله نص المادة رقم 3/828 قانون مدني مصري.

(2) لتفصيل أكثر راجع:
- د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، الطبعة الثالثة، القاهرة، المطبعة العربية الحديثة، 1990، ص130.
- أنور طلبة، عقد الإيجار في ضوء قضاء النقض، مصر، دار الفكر العربي، 1987، ص584.
- د. رمضان أبو السعود، (الموجز في عقد الإيجار...)، مرجع سابق، ص123.
- أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، مرجع سابق، ص115.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص37.
- Gabriel Marty et Pierre Raynoud, Les bien, Tome 02, Paris, Sirey 1965 P76.
- هشام فرعون، جي فلاتييه، (ملكية الشقق)، المحامون، مجلة صادرة عن نقابة المحامين السورية، السنة الأربعون، العدد الخامس، 1975، ص170.

(3) راجع: د. محمد حسنين منصور، أحكام قانون إيجار الأماكن، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون تاريخ نشر، ص25.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بفسخ عقد الإيجار وطرد المدعي عليه من المحل التجاري، فإنهم بقضائهم هذا أخطئوا في تطبيق القانون"[1].

وفي قرار آخر لها بتاريخ 28 جوان 2000 جاء فيه: " إن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلا عنهم، حيث يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعي عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض من الباقين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة رقم 716 قانون مدني جزائري"[2].

يبقى أنه ليس شرطا سكوت جميع الشركاء حتى تقوم وكالة الشريك الضمنية وفقا لظاهر المادة رقم 3/716 مدني جزائري، بل يكفي العلم بالعمل الذي قام به الشريك فلا يعترض عليه من الشركاء من يملك مع هذا الشريك أغلبية الأنصبة، ذلك أن حق الإدارة المعتادة لا يلزم لثبوته موافقة جميع الشركاء، وإنما توافر الأغلبية المطلقة، ليعتبر الشريك هنا نائبا نيابة قانونية بحكم النص عن الجميع حتى عن الأقلية التي اعترضت[3].

أضف إلى ذلك فإن الوكيل الضمني يمكنه القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة، التي يقتضيها المال الشائع من تصرفات وأعمال مادية أو إجراءات قضائية، فهو يعد وكيلا عن

---

[1] قرار الغرفة المدنية رقم 38.418، المؤرخ في07 ديسمبر1985، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثاني، 1990، ص 120.

[2] قرار الغرفة المدنية رقم 196.140، المؤرخ في 28 جوان 2000، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق، الجزء الثاني، 2004، ص ص 186، 188، 189.

[3] راجع:
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص51.
- د.علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، ليبيا، منشورات جامعة بنغازي دون سنة نشر، ص93.
- د.إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 90.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص64.
- د.محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص121.

شركائه الآخرين في القيام بالتصرفات اللازمة للإدارة[1]، وتنطبق عليه قواعد الفضالة في حالة قيامه بالأعمال المادية الداخلة في الإدارة بتوافر شروطها إذا لم يكن وكيلا[2].

وقد اعتبر إيجار المال الشائع من ضمن التصرفات القانونية التي يستطيع الشريك القيام بها بمقتضى وكالة ضمنية[3]، فإذا قام أحد الشركاء أيا كان مقدار حصته بتأجير المال الشائع كله أو جزء منه لشريك آخر أو لأجنبي بعلم الشركاء الباقين وعدم اعتراضهم أو اعتراض الأقلية فقط عندئذ يعد وكيلا عن الجميع وإيجاره نافذا في حق الجميع لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص قانوني يخالف ذلك[4].

ولما كان الإيجار عملا يقتضي وكالة ضمنية فإن القيام بكافة الأعمال القانونية المتعلقة به تأخذ نفس الحكم كأن يقوم بنفسه بتحرير العقد.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 31 مارس1982 أنه: " لما كان تأجير المال الشائع عملا من أعمال الإدارة وكان ما يهدف إليه المطعون ضده الثاني بدعواه هو إلزام الطاعن بتحرير عقد الإيجار له عن عين النزاع، وإذا كان الطاعن لا ينازع في أنه القائم على إدارة العقار الكائن به عين النزاع دون اعتراض باقي الشركاء على الشيوع فإن الدعوى تكون قد وجهت إلى من له صفة"[5].

كما للوكيل الضمني الحق في قبض الأجرة نيابة عن الشركاء الباقين، إذ قضت محكمة النقض المصرية في ذلك وفي غرفتها المدنية بتاريخ 20 جوان1981 بـ: " إذا تولى أحد

---

(1) أنظر في ذلك:
- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، الإسكندرية، منشأة المعارف 1987، ص1583.
- أمير فرج يوسف، القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، المجلد الأول، الإسكندرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، دون تاريخ نشر، ص168.

(2) راجع:
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص237.
- د.أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، الطبعة الأولى، الإسكندرية المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص16.
- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص180.

(3) راجع:
- د.محمود عبد الرحمن محمد علي، الملتقى السابق، ص ص 8 ،9.
- أنور العمروسي، (الموسوعة الوافية في شرح....)، مرجع سابق، ص202.

(4) زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص52.

(5) قرار مدني رقم 82/172، المؤرخ في 31 مارس1972، الصادر عن المكتب الفني، السنة الثالثة والثلاثون، الجزء الأول، السنة القضائية رقم 48، ص372.

الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها في الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام وكالة ضمنية من الشركاء لأحدهم في إدارة المال الشائع، وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من انفراد الطاعنة الأولى دون باقي الورثة للتوقيع على عقد الإيجار وقبضها وحدها للأجرة وإدارتها للعقار الكائن به عين النزاع دون اعتراض باقي الورثة دليلا على وكالتها الضمنية عنهم فإنه يكون قد أقيم على ما يحمله"[1].

إضافة إلى ذلك فإن الوكيل الضمني يستطيع ممارسة سلطة التقاضي فيما ينشأ من منازعات أثناء الإدارة المعتادة كإقامة دعوى إخلاء العقار الشائع المستأجر وطلب زيادة أجرته.

وللأغلبية المطلقة على أساس قيمة الأنصبة، عزل الوكيل الضمني أثناء قيامه بأعمال الإدارة باعتراضها على استمراره في الإدارة، فلا يستطيع بذلك المضي في إدارته، وإلا تكون أعماله غير نافذة بعد هذا العزل في حق باقي الشركاء[2].

وإذا كانت الوكالة الضمنية تقوم بعدم الاعتراض، إلا أنه قد يحدث أن ينفرد أحد الشركاء بأعمال الإدارة المعتادة رغم معارضة الشركاء الباقين.

وهنا يطرح التساؤل حول مدى حجية ونفاذ أعمال الإدارة إن قام بها منفردا ودون امتلاكه لأغلبية الأنصبة مع اعتراض الشركاء على ذلك.

إن هذا العمل وإن وقع صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في حق الشركاء الباقين، كأن يقوم أحد الشركاء بإيجار المال الشائع دون أن يملك الأغلبية المطلقة لحصص هذا المال واعترض عليه باقي الشركاء أو أغلبيتهم فإن هذا الإيجار لا ينفذ في حق باقي الشركاء فنكون بذلك أمام ثلاثة فروض كما يلي:

---

[1] قرار مدني رقم 81/906، المؤرخ في 20 جوان1981، الصادر عن مجموعة المكتب الفني، السنة الثانية والثلاثون، الجزء الثاني، السنة القضائية رقم 47، ص1873.

[2] د.عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص745.

أولا: إيجار الشريك كل المال الشائع أو جزء مفرز منه يزيد عن حصته.

إذ في هذا الفرض يصبح الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذا بين المؤجر والمستأجر منه[1]، غير نافذ في حق الشركاء الباقين المعترضين على هذا الإيجار، ولو كان الشريك المؤجر يملك نصف المال الشائع ذلك أنه يقع في جزء منه على ملك الغير[2]، وهم في هذا الفرض باقي الشركاء، ومن ثمة يحق لهؤلاء طلب إخراج المستأجر من العين كلها أو من أي جزء منها دون انتظار نتيجة القسمة[3].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في غرفتها المدنية في قرار لها بتاريخ01 فيفري 1978 بأن: " الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة، لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء في اعتبار الإيجار غير قائم لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين.

لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإزالة التعديات التي أجراها الطاعن بالعين المؤجرة على سند من القول بأن العقار الشائع المملوك مناصفة للمطعون عليها قد قسم قسمة مهايأة شملت بعض أجزائه وبقيت أجزاء أخرى منه دون قسمة مخصصة لخدمة العقار وقام المطعون عليه الثاني في تاريخ لاحق للاتفاق منفردا بتأجير هذا الجزء للطاعن الذي ضمه لمطعمه. وإذا اعترض المطعون عليه الأول المالك لنصف العقار على التأجير والضم فإنهما لا يسريان في حقه ويجوز له إلزام الطاعن بإعادة الجزء الشائع إلى حالته الأولى بما يجعله منفصلا ومستقلا

---

[1] إذ يترتب على ذلك عدم جواز تحلل المؤجر من هذا العقد بحجة أن شركائه قد اعترضوا عليه، ولا يجوز ذلك للمستأجر بحجة أنه مهدد في الانتفاع بالعين بسبب عدم نفاذ الإيجار في حق الشركاء الآخرين، كما لا يجوز له طلب فسخ الإيجار طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة ولم يتعرض له أحد، وهو يستطيع طلب إبطال العقد طبقا للقواعد العامة إذا كان قد وقع في غلط، بأن حس أن الملكية خالصة للمستأجر ثم تبين له بعد ذلك أنها شائعة.
- أنظر في ذلك: د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص167.

[2] راجع:
- د.زهدي يكن، الحقوق العينية الأصلية علما وعملا، الطبعة الثانية، لبنان، منشورات المكتبة العصرية، دون تاريخ نشر، ص149.
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص88.
- د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص130.

[3] أنور طلبة، (عقد الإيجار...)، مرجع سابق، ص586.

عن باقي المحل لموافقة الشريكين"[1]، وفي قرار آخر لها بتاريخ 15 مارس 1984 جاء فيه: " حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصبة ولا يثبت لشريك مشتاع بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من النصف، والإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من النصف لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة البقية ثبوت الحق لهؤلاء باعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة له وبالتالي اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين"[2].

ووفقا لهذا الفرض يستطيع الشركاء الباقون أو من يملك منهم الأغلبية في الأنصبة تأجير العين الشائعة إلى مستأجر آخر[3]، ويلتزم الشريك المؤجر دون حق بتسليم العين إلى المستأجر من الشركاء، ولا يكون للمستأجر من الشريك الذي لا يملك الأغلبية الحق في الاعتراض على هذا الإيجار، إذ لا يكون له أكثر مما لمدينه وفقا للقاعدة التي تنص:(لا يجوز لأحد أن يدلي لغيره بأكثر مما يملك)[4].

أما إذا انتظر الشركاء بالفعل نتيجة القسمة، نفذ في حقهم الإيجار الصادر من أحدهم في الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، فإذا بيعت العين الشائعة بالمزاد العلني لعدم إمكان قسمتها ورسى المزاد على الشريك المؤجر نفذ الإيجار على كل العين في حق الجميع طبقا للأثر الرجعي للقسمة.

أما إذا رسى المزاد على شريك آخر غير المؤجر أو على أجنبي استطاع الراسي عليه المزاد في هذه الحالة أن يخرج المستأجر من العين، الذي يبقى له حق الرجوع على الشريك المؤجر[5].

---

[1] قرار مدني رقم 78/328، المؤرخ في 07 فيفري 1978، الصادر عن مجموعة المكتب الفني السنة التاسعة والعشرون، الجزء الأول، السنة القضائية رقم 44، ص ص 375 376.

[2] قرار مدني رقم 84/762، المؤرخ في 15 مارس 1984، الصادر عن مجموعة المكتب الفني السنة الخامسة والثلاثون، الجزء الأول، السنة القضائية رقم 50، ص ص 694 695.

[3] محمد السلطي، (الشركاء على الشيوع)، المحامون، مجلة صادرة عن نقابة المحامين السوريين السنة الأربعون، العدد الأول، 1975، ص18.

[4] د.رمضان أبو السعود، (الموجز في عقد الإيجار...)، مرجع سابق، ص128.

[5] راجع:
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص96.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السادس...)، مرجع سابق، ص63.
- د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص131.

ورجوعا **للفقه الإسلامي** فإنه بقيام أحد الشركاء بتأجير المال الشائع كله أو جزء منه يزيد على حصته لحساب نفسه، رغم معارضة شركائه الآخرين فإن هذا الإيجار لا ينفذ في حقهم أيا كان مقدار حصة الشريك المؤجر الذي يعتبر في هذه الحالة غاصبا لحصص باقي شركائه فتنطبق عليه أحكام الغصب[1].

ثانيا: إيجار الشريك جزءا مفرزا يعادل حصته الشائعة.

في هذه الحالة يعد الإيجار صحيحا ونافذا بين طرفيه لكنه يكون معلقا على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر، أما إذا جاء في نصيبه جزءا مفرزا آخرا لا تنفذ الإجارة ولا تنتج أي أثر[2].

وقد ثار خلاف في **الفقه الإسلامي** حول جواز إيجار الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع يعادل حصته، فظهر رأيان: الرأي الأول يمثله الإمام أبو حنيفة وزفر إذ يؤكد عدم جواز إجارة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيما يقسم وفيما لا يقسم، إلا أن يكون المستأجر شريكا في العقار ويشترط أن يكون ملاّك العقار محل الإجارة هما المؤجر والمستأجر فقط.

إذ وفقا لهذا الرأي: إذا أجّر أحد الشركاء جزءا مفرزا من المال الشائع يعادل حصته إلى أجنبي أو إلى شريك آخر، وكان عدد الشركاء ثلاثة فأكثر، فإن عقد الإيجار في هذه الحالة يقع فاسدا[3]، بدافع أن الشريك المؤجر لا يستطيع تسليم المستأجر محل العقد لأنه مال مشترك بينه وبين غيره وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه هو عقد فاسد.

---

[1] محمد حسين مبروك قنديل، نظرية الشيوع في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1985، ص ص 141، 144.

- كما نصت المادة رقم 1077 من مجلة الأحكام العدلية على أنه:(لو أجر أحد الشريكين المال المشترك لآخر وقبض الأجرة يعطي الآخر حصته منها ويردها إليه).

[2] راجع:

- د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص130، 131.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الإيجار، الجزء الأول، مصر، دار الكتاب العربي، 1952، ص83.
- محمد لبيب شنب، عقد الإيجار، الطبعة الثالثة، مصر، المطبعة العالمية، 1962، ص93.

[3] العقد الفاسد هو عقد غير صحيح عند الأحناف، إذ تتوافر فيه أركان العقد وينقصه شرط من شروط صحته أي أوصاف العقد، ويتميز عن العقد الباطل الذي تخلف أحد أركانه أن هذا الأخير هو ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، والفاسد ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وأسباب فساد العقد هي: الإكراه، الضرر، الضرر الذي يصحب التسليم، الشرط الفاسد، الربا.

وبالرغم من أن هذا العقد لا ينتج في الأصل أثرا إلا أنه لا يقوم بدور هام في حماية الغير والعاقد نفسه، ذلك أنه ينقلب صحيحا إذا أزيل سبب فساده.

- لتفصيل أكثر راجع: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، المجلد الثامن، القاهرة، دار الفكر للنشر والتوزيع، 1998، ص ص135-137.

ويرى الإمام أبو حنيفة أن الشريك المؤجر لا يستطيع إيجار حصته إلى أجنبي إلا في حالة قسمة المهايأة واستقلاله بجزء مفرز يعادل حصته.

ولكن المهايأة عقد في نفسها، فلا تكون شرطا لصحة عقد الإيجار.

وبناءً عليه فإن عقد الإيجار في هذه الحالة يقع فاسدا حتى لو وقع في نصيب الشريك المؤجر الجزء المؤجر نفسه، بمقتضى القسمة النهائية ذلك أن القدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه بينما حكم العقد يعقبه[1].

أما الرأي الثاني: وهو رأي جمهور الفقهاء ويمثله الصاحبان من الحنفية والمالكية والشافعية، وإحدى روايات الحنابلة والظاهرية، إذ يقول بجواز إدارة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ويقع العقد صحيحا ونافذا بين طرفيه سواء كان المستأجر أحد الشركاء أم أجنبي، أو وقع الإيجار على ما يقسم أو ما لا يقسم وسند الجمهور.

وسند الجمهور في هذا الرأي هو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال لا بأس بها"[2].

ووجه الاستدلال أن إجازة النبي صلى الله عليه وسلم للإيجار عام دون تفرقة بين إيجار المشاع وغيره، ولو كان إيجار ذلك غير جائز لخصه الرسول صلى الله عليه وسلم بالذكر. " وما ينطق عن الهوى، إن هو إلا وحي يوحى.."[3].

وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه فقه القانون المدني الوضعي كما رأينا سابقا.

ثالثا: إيجار الشريك حصته الشائعة.

إذا كان عقد الإيجار يقع صحيحا بين طرفيه طبقا لنص المادة رقم 714 قانون مدني جزائري، فإن الشريك المؤجر لا يستطيع تسليم هذه الحصة الشائعة للمستأجر لينتفع بها لكون أن كل شريك في المال الشائع له مثل ما للشريك المؤجر من حقوق ما دامت حقوق الشركاء غير مفرزة، وإلى أن تتم القسمة لا يكون للمستأجر أكثر مما للشريك المؤجر لذلك

---

[1] حكم العقد هو الغرض الأصلي المقصود من العقد، فحكم البيع هو نقل ملكية المبيع للمشتري وحكم الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر واستحقاق المؤجر الأجرة.
في تفصيل هذا الموضوع أنظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 1990، ص351.

[2] أبو الحسين مسلم القشيري، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الخامس، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر، ص 472.

[3] سورة النجم، الآية رقم 03 و 04.

فالإيجار الصادر من الأغلبية يكون نافذا في حق المؤجر والمستأجر الذي يكون له حق الرجوع على المؤجر[1].

أما إذا تمت القسمة فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفرزة لينحصر الإيجار فيها[2].

هذا وإذا كان عقد الإيجار المبرم صحيحا، فالمستأجر مالك للعين المؤجرة ومستأجرا لحصة الشريك المؤجر والإيجار نافذا في حق باقي الشركاء إذا كان لطرفي العقد أغلبية الأنصبة، وإذا لم يكن كذلك جاز لباقي الشركاء أصحاب أغلبية الأنصبة، الاعتراض عليه وطرد المستأجر الشريك رعاية لحقوقهم ومصالحهم في الانتفاع بالمال الشائع.

وإذا كان عقد الإيجار صحيحا في الحالتين، فللمستأجر الانتفاع بالحصة الشائعة مهايأة أو بالتخلية على أن تعود للمؤجر، فالمال لم يقسم بعد قسمة نهائية[3].

فإذا ما كان المال الشائع ملكا لشريكين اثنين وأجّر أحدهما نصيبه للآخر يصبح هذا الشريك منتفعا بنصيبه باعتباره مالكا وبنصيب شريكه باعتباره مستأجرا، وإذا ما انقضى هذا الإيجار كان لهما أن يتفقا على طريقة لإدارة المال الشائع والانتفاع به كأن يقسماه قسمة مهايأة أو أن يؤجراه لشريك آخر أجنبي عنهما.

وإذا لم يتفقا على ذلك ولم يطلب أحدهما القسمة، جاز لكل شريك الانتفاع بالمال الشائع كل بقدر نصيبه[4].

---

[1] د.رمضان أبو السعود، (الموجز في عقد الإيجار...)، مرجع سابق، ص130.

[2] راجع:
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص68.
- د.سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص49.

[3] د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص72.

[4] راجع:
- د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص139.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس...)، مرجع سابق، ص ص 61، 62.

المطلب الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة.

تتمثل أعمال الإدارة غير المعتادة في الأعمال التي تهدف إلى تحسين الانتفاع بالمال الشائع عن طريق إحداث تغييرات أساسية فيه، أو تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له المال الشائع، إذ هي أعمال مادية تخرج عن حدود الإدارة المعتادة[1].

ومن أمثلتها إذا كان المال الشائع أرضا مشتركة: البناء في الأرض الزراعية إن كانت تصلح لذلك بالنسبة لموقعها، أو إقامة منزل فيها لإيواء من يزرعها، وكذلك إقامة بناء على أرض فضاء تدخل في سياج المدينة، تحويل أرض زراعية إلى أرض يقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي[2].

ومن ذلك أيضا: إذا كان المال الشائع بناءا مشتركا: هدم منزل قديم وإعادة بنائه لجعله أصلح للاستغلال، تحويل منزل معد للسكنى يطل على شارع رئيسي إلى مركز تجاري أو إلى مخزن للبضاعة وغيرها، بناء طابق أو عدة طوابق أخرى فوق المنزل المشترك[3].

أما إذا كان المال سيارة مشتركة فمن أعمال الإدارة غير المعتادة عليها: تحويلها من سيارة أجرة إلى سيارة خاصة، أو استخدام سيارة نقل الركاب الخاصة كسيارة للرحلات وخدمة المدارس[4].

ولئن كان ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة من أعمال يعد أعمال إدارة غير معتادة فإن هذه الأخيرة تقترب بطبيعتها من أعمال التصرف المادي في الشيء الشائع، كما هو

---

[1] راجع:
- محمد بلبل، منازعات الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي سوق أهراس، 2008-2009، ص46.
- زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص81.
- إلهام بعبع، المذكرة السابقة، ص82.
- د.جورج ن. شدراوي، المرجع السابق، ص64.

[2] لتفصيل أكثر راجع:
- د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص198.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...) مرجع سابق، ص751.
- عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص237.

[3] د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص315.

[4] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص250.

الشأن في **فرنسا**، وفي **الفقه الإسلامي** الذي اعتبرها من قبيل التصرفات في الشيء الشائع[1]، وليس من قبيل أعمال الإدارة.

فإذا كان المشرع الجزائري قد أطلق على هذه الأعمال تسمية أعمال الإدارة غير المعتادة فإنه قد نظمها بقواعد تختلف عن تلك المنظمة لأعمال الإدارة المعتادة وتقترب مما يتعلق بأعمال التصرف في المال الشائع بوجه عام[2].

وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان العمل يدخل بطبيعته ضمن أعمال الإدارة المعتادة أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة، إذ لا يخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا فهو من المسائل الموضوعية[3].

لذلك فقد خول المشرع المدني في الجزائر ومصر لمن يملك من الشركاء أغلبية خاصة سلطة تقرير القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، مع السماح للأقلية بالحق في التظلم من قرارهم أمام المحكمة المختصة لخطورة هذه الأعمال[4].

وبذلك سنتولى دراسة هذا المطلب من خلال توضيح: الأغلبية اللازمة والمطلوبة في القيام بإدارة المال الشائع إدارة غير معتادة، نطاق سلطة الأغلبية في ذلك وحق الأقلية في التظلم، ثم انفراد الشريك بالإدارة غير المعتادة كل في فرع مستقل كما يلي:

الفرع الأول: الأغلبية المطلوبة للإدارة غير العادية.

جاء في نص المادة رقم 1/717 **مدني جزائري** أنه:(للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال

---

(1) د.محمود خيال، المرجع السابق، ص84.

(2) راجع:
- د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص126.
- د.طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ص 264، 265.

(3) زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص82.

(4) راجع:
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص251.
- عبد الرحمن دغنوش، حق الملكية والقيود الواردة عليه في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1977، ص108.

شهرين من وقت الإعلان)[1] ويقابله نص المادة رقم 01/829 **مدني مصري**، فالمشرع اتخذ موقفا واضحا في تحديده للأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة، وهي من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع نظرا لخطورة هذه الأعمال وأهميتها فضلا على أنها تؤدي للمساس بالمصلحة المشتركة عن طريق تغييرها من الغرض الذي أعد له المال[2].

وعلى هذا الأساس لم يكتف بالأغلبية العادية التي تتطلبها أعمال الإدارة المعتادة بل اشترط أغلبية خاصة كبيرة نسبيا، لاتخاذ قرار القيام بها [3].

ولما كان تحديد الأغلبية اللازمة في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة يحسب على أساس الحصص وليس عدد الرؤوس، فإن ذلك من شأنه أن يتوفر في شريك واحد يستطيع اتخاذ تلك القرارات بتملكه النسبة المحددة أعلاه من المال الشائع وتلتزم الأقلية بقرار هذه الأغلبية التي تنوب عنها نيابة قانونية[4]، وهو ما قضت به **المحكمة العليا بالجزائر** في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 23 مارس1988 إذ جاء فيه: " من المقرر قانونا أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع.

ومن المقرر أيضا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون "[5].

---

[1] نص المادة رقم 717، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.

[2] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص382.

[3] راجع في ذلك:
- د.عبد الكريم الطالب، (الشياع والاستثمار)، يوم دراسي حول واقع وآفاق العقار والاستثمار، جامعة مراكش، كلية الحقوق، 19 جويلية2003، ص171.
- عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص ص 234-239.

[4] راجع:
- د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص528.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الملكية في قوانين البلاد العربية...)، مرجع سابق، ص20.

[5] قرار الغرفة المدنية رقم 808 44، المؤرخ في 23 مارس1988، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثالث، 1990، ص17.

وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية في غرفتها المدنية بتاريخ 18 مارس 1971 بما يلي: " المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة له الحق في إدخال تغيرات أساسية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقا لأحكام المادة رقم 829 مدني مصري، ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلا في حدود حقه في إدارة المال الشائع وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائبا عن مالك الربع الباقي وتكون إجارته نافذة في حق هذا المالك، كما يكون له الحق في قبض الأجرة، واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء"[1].

ونص المادة المذكورة أعلاه من القانون المدني الجزائري ركزت على ضوابط قانونية محددة وواضحة تقوم عليها صحة الأعمال الإدارية غير المعتادة وهي:

1- حيازة ثلاثة أرباع أنصبة العقار الشائع.

2- إعلان القرارات لباقي الشركاء بعقد غير قضائي محرر من طرف المحضر القضائي أو برسالة موصى عليها وذلك لبدأ سريان مهلة التظلم أمام المحكمة[2].

3- ضرورة الحصول على الرخص التي يتطلبها القانون وأهمها:

- الحصول على رخصة البناء على الأرض الشائعة طبقا للمادة رقم 52 من قانون 29/90 المتعلقة بالتهيئة والتعمير[3]، مما يخول باقي الشركاء طلب وقف هذا البناء في حال عدم الحصول على هذه الرخصة.

- إذا كان المال الشائع عقارا فلاحيا فإن البناء عليه يخضع لقيد خاص وذلك بعدم تغيير وجهته الفلاحية، فلا يكون ذلك إلا لضرورة الحاجة الذاتية عملا بأحكام المواد رقم 34، 35، 36 من قانون التوجيه العقاري، لذلك وجب الحصول على رخصة من مديرية المصالح الفلاحية[4].

---

[1] قرار مدني رقم 71/210، المؤرخ في 18 مارس1971، الصادر عن مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الثانية والعشرون، السنة القضائية رقم 36، ص323.

[2] لم تنص المادة رقم 717 قانون مدني جزائري عن كيفية الإعلان وطريقته، عكس المادة رقم 720 التي نصت على الإعلان غير القضائي في أعمال التصرف كما سنرى ذلك لاحقا.

[3] المادة رقم 52 من القانون رقم 29/90، المؤرخ في 01 ديسمبر1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية رقم 90/52.

[4] إذ تم صدور قرار وزاري مشترك بين وزارة الفلاحة ووزارة السكن بتاريخ 13 نوفمبر1992 ينظم شروط وأشكال هذه الرخصة في المادة رقم 3/01 منه.

الفرع الثاني: حق الأقلية في التظلم من قرار الأغلبية.

وفقا لنص المادة رقم717 قانون مدني جزائري التي جاء فيها: (...على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات)، فإن الأغلبية المطلوبة لا تستطيع القيام بعملها الإداري إلا بعد إبلاغ قرارها إلى كل شريك من الأقلية المعترضة على هذا العمل، الذي قد يتم بكافة الطرق ولو كان شفويا، ويقع على الأغلبية عبء إثبات القيام به[1]، ذلك أن نص المادة سابقة الذكر، لم يحدد طريقة معينة لهذا الإعلان.

أضف إلى ذلك فإنه يحق لكل شريك من الأقلية الرجوع للقضاء المختص خلال شهرين من وصول الإعلان إليه، أو إلى موطنه للاعتراض على قرار الأغلبية إذ تسري مدة التظلم بالنسبة لكل شريك على حده [2]، ويقدم بعريضة إلى المحكمة المختصة وإن مضت مدة الشهرين بعد الإعلان إلى فريق الأقلية دون أن يصدر من أحدهم اعتراض، فإن قرار الأغلبية يصبح ملزما للجميع ولها أن تنفذه فورا[3].

وبرفع شريك واحد من الأقلية تظلمه خلال المواعيد المحددة أعلاه فإنه للمحكمة المختصة اتخاذ أحد الحلول الثلاثة الآتية بالاختيار، وفقا لنص المادة رقم 2/717 مدني جزائري:

---

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص253.

(2) راجع:
- د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص203.
- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص22.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، (دروس في الأموال...)، مرجع سابق، ص184.

(3) راجع:
- عبد الناصر توفيق العطار، (حق الملكية....)، مرجع سابق، ص103.
- سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص ص 97، 98.
- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، بغداد، مطبعة لجنة البيان العربي،1964، ص115.
- وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص116.

1. يمكنها إلغاء قرار الأغلبية والاستجابة لتظلم المعترض من الأقلية مما يلزم هذه الأغلبية بالامتناع عن تنفيذ ما اعتزمت القيام به من أعمال الإدارة غير المعتادة.

وإذا شرعت في تنفيذ هذه الأعمال فللمحكمة أن تقضي بإزالة ما يكون قد تم تنفيذه على نفقة الشركاء الموافقين، كل بقدر نصيبه وإعادة الحال إلى ما كانت عليه[1].

2. يمكنها رفض تظلم الأقلية، والموافقة على قرار الأغلبية دون اتخاذ أي تدبير فتنفذ الأغلبية ما قررت القيام به من الأعمال، ليسري ذلك في حق جميع الشركاء.

إلا أن هذا لا يعفي الأغلبية من المسؤولية عن تعويض الضرر الذي يحدث للأقلية إذا لم يؤت تنفيذ هذا العمل ثماره المرجوة فهي تقوم بأعمال إدارة غير معتادة تحت مسؤوليتها.

3. يمكنها الموافقة على قرار الأغلبية ورفض تظلم الأقلية مع اتخاذ ما تراه مناسبا من التدابير للمحافظة على حقوق الأقلية، كإعطاء الشريك المتظلم كفالة عينية أو شخصية تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التي تلحق به إذا قامت الأغلبية بتنفيذ قرارها ولم تؤت ثماره المرجوة وترتب عليه خسارة[2].

وتتخذ المحكمة كأساس لحكمها تحسين الانتفاع بالمال الشائع، ودورها في الموازنة بين حجج الأغلبية في تنفيذ قرارها وأوجه اعتراض الأقلية عليه.

---

[1] راجع:
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، (دروس في الأموال...)، مرجع سابق، ص185.
- د.إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص91.
- د.توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص195.

[2] لقد عرفت المادة رقم 644 قانون مدني جزائري الكفالة بأنها:(عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه).
وتنقسم من حيث مصدر التزام المدين بتقديمها إلى: كفالة اتفاقية، قانونية وقضائية.
وتكون قضائية في الحالة التي يكون فيها مصدر التزام المدين بتقديم كفيل حكم قضائي، ولها صورتين: شخصية وعينية.
فالكفالة الشخصية: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي وبذلك يصبح للدائن حق الضمان العام على أموال الكفيل بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأصلي.
أما الكفالة العينية: فهي قيام الكفيل بتقديم مال معين من أمواله ضمانا للوفاء بالدين، وبمعنى آخر ينشأ للدائن تأمينا عينيا كرهن رسم أو حيازي.
وفي قضية الحال يأمر القاضي الأغلبية من الشركاء بتقديم كفيل شخصي أو عيني (تأمين أو مال معين من أموال الكفيل يضمن الخسارة من جراء عمل الأغلبية ويضمن للأقلية حقوقها).
أنظر: محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية ...)، مرجع سابق، ص123.

فإن رأت أن من شأن القرار المتخذ التحسين في الانتفاع وجب عليها الموافقة عليه وفي الحالة العكسية يتحتم عليها رفضه[1].

وترتيبا على ما سبق فإن المحكمة المختصة لا تملك عند تظلم الأقلية تعديل قرار الأغلبية بغير موافقتها(الأغلبية)، وإلا تكون قد قضت بأكثر مما طلب منها فيتعرض حكمها للطعن بالنقض حتى لو كان التعديل يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالمال الشائع، ذلك أن القرار يصدر من إرادة الأغلبية[2].

ومما يجب أخذه في الاعتبار هو أن الأغلبية أثناء قيامها بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة تباشره باعتبارها أصيلة عن نفسها، ونائبة عن الأقلية، فتطبق على العلاقة بينهما أحكام النيابة القانونية[3]، إذ قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 13 ديسمبر 1978 أنه: " ما تباشره الأغلبية في المال الشائع من تغييرات أساسية وتعديل في الغرض يخرجه من أعمال الإدارة المعتادة، إنما تباشره وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء، فإن هي شيدت من مالها على العقار الشائع بناء، كما في الدعوى الماثلة، ملكت الأقلية فيه وفيما يغل منذ إنشائه ولو لم تف في حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصي للأغلبية تسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق، وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدنية في التملك وثماره.

فالحقان يختلفان مصدرا وأثرا، ولا يرتبطان بما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله.

ويمكن تطبيق المقاصة بشروطها بين ما للأقلية من ريع وما عليها من دين الإنفاق وفائدته مما لا يثور في خصوص الدعوى، لسيرورة الدين وفوائده أمرا مقتضيا بحكم سابق وسداد حاصل " [4].

وفي الأخير نستطيع القول أن **المشرع الوضعي** في كل من الجزائر ومصر، أخضع حق الأغلبية في الإدارة غير المعتادة للرقابة القضائية حتى يكفل حقوق الأقلية ويوفق بين

---

[1] د.عبد الفتاح عبد الباقي، (دروس في الأموال....)، مرجع سابق، ص185.
[2] د.عبد الناصر توفيق العطار، (شرح أحكام حق الملكية...)، مرجع سابق، ص103.
[3] خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية، الطبعة الأولى، 1983، مصر، دار الفكر العربي، ص642.
[4] قرار مدني رقم 78/49، المؤرخ في 13 ديسمبر1978، مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، السنة التاسعة والعشرون، السنة القضائية رقم 46، ص ص 1912، 1913.

مصالحها من جهة ومصالح تلك الأغلبية في تحسين استغلال المال الشائع من جهة أخرى وقد وفق في ذلك أشد توفيق.

الفرع الثالث: انفراد الشريك بالإدارة غير المعتادة.

قد يحدث أن ينفرد أحد الشركاء في المال الشائع بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة كالبناء عليه مثلا، وهو لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة:

الفرض الأول: أن يملك هذا الشريك وحده ثلاثة أرباع المال الشائع[1]، إذ يحق له القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة وفقا للقواعد الواردة في نص المادة رقم 717 مدني جزائري.

الفرض الثاني: أن يتلقى من مجموع الشركاء أو من الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع وكالة صريحة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة نيابة عن جميع الشركاء، فينفذ عمله في حق الجميع الموافق منهم والمعترض مع إتباع قواعد نص المادة رقم 717 مدني جزائري، إذا كان وكيلا عن الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع.

كما أنه لا يوجد في نصوص القانون المدني المصري والجزائري ما يمنع أحد الشركاء من القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة بمقتضى وكالة ضمنية عن جميع الشركاء أو عن الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع.

وأن نص المادة رقم 716 مدني جزائري و828 مدني مصري، وإن جاء ضمن فقرات المادة المنظمة لأعمال الإدارة المعتادة إلا أنه ينطبق أيضا على أعمال الإدارة غير المعتادة[2].

فالوكالة الضمنية يتسع مفهومها ليشمل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة[3] وهذا عيب آخر في الصياغة وقع فيه المشرع الوضعي، والأدق أن يفرد كل من المشرع **المصري والجزائري** نصا مستقلا يبين فيه أحكام الوكالة الضمنية بوجه عام يأتي بعد المواد المنظمة لسلطات الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الرأي في أكثر من حكم لها إذ قضت بأن: "من المقرر أن الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم

---

(1) أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، مرجع سابق، ص122.
(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص257.
(3) راجع:
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص192.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص167.

باقي الشركاء أو دون اعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقرارا لعمله ويكون البناء ملكا شائعا بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصي للباني يسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة، ولا ينشأ مع حقهم في التملك وثماره فالحقان مختلفان مصدرا وأثرا ولا يرتبطان مما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله.

وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين مالهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته"[1].

الفرض الثالث: انفراد الشريك بالقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة دون أن يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ودون أن يتلقى وكالة صريحة أو ضمنية من شركائه الآخرين، إذ في هذه الحالة يعتبر عمله اعتداء على حقوق الشركاء الباقين[2].

فإذا قام هذا الشريك ببناء على الأرض الشائعة، يحق لباقي الشركاء طلب إزالته ومطالبته بتعويض ما أصابهم من ضرر بسببه دون انتظار لنتيجة القسمة النهائية للمال الشائع، على أساس أن عمله يخالف النصوص والقواعد المنظمة للملكية الشائعة[3].

وقد قضت محكمة بالجزائر في قسمها العقاري بتاريخ 26 ديسمبر1999 في حكم لها أنه: " إذا أقام أحد الشركاء المشتاعين بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل القسمة فإن هذا الشريك يكون قد أتى عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة وذلك يقتضي موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض.

وعليه فالمدعية محقة في منع المدعي عليه من مواصلة أشغال البناء الجارية فوق القطعة الأرضية المشاعة بينهما رفقة شركاء آخرين مادام أن هذا الأخير لم يقدم ما يثبت أنه قد حصل على موافقة الأغلبية المطلوبة.

كما أنه يجوز للشركاء الباقين أن يطالبوا بهدم ما بني دون إمكانية مطالبة الشريك المنفرد بالبناء بالتمسك بأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة رقم 784 من القانون

---

(1) قرار مدني رقم 94/93، المؤرخ في 07 ديسمبر1994، مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، السنة الخامسة والأربعون، السنة القضائية رقم 60، ص1551.

(2) د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص91.

(3) راجع:
- د.أشر ف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص214.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...) مرجع سابق، ص753.

المدني التي تتعلق بمن يقيم المنشآت في أرض الغير، ذلك أن الشريك المشتاع يرد حقه على العين المشاعة كلها"[1].

كما لا يستطيع الشريك الباني في هذه الحالة إزالة البناء الذي أقامه دون موافقة الشركاء الباقين الذين يحق لهم الإبقاء على البناء ليصبح ملكية شائعة بينهم بنسبة حصة كل منهم، إذ له في هذه الحالة مطالبتهم بالاشتراك معه في نفقات البناء تطبيقا لنظرية الإثراء بلا سبب.

وقد حذى القضاء المصري حذو التشريع المدني فيها، إذ جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية لها بتاريخ 31 جانفي 1990 ما يلي:"... يعد من قبيل الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بناء أحد الشركاء في جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك الباني على إزالة البناء.

لما كان ذلك وكانت طلبات الطاعن الأول في الدعوى هي إزالة المباني المخالفة المقامة بمدخل العقار والتي يحوزها المطعون ضده الأول، وإذا قضى الحكم المطعون فيه في هذا الطلب بالرفض تأسيسا على أنه لم يثبت إسناد واقعة البناء المخالف للمطعون ضده الأول دون أن يبحث الحكم عما إذا كان البناء الذي أقيم قد تم بموافقة أغلبية الشركاء من عدمه باعتباره عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة وإن كانت هذه الموافقة وجدت صريحة أو ضمنية، إذ أن في بحثه لهذا الطلب لبيان حقيقته ما يغنيه عن بحث الطلب الاحتياطي إذ لو انتهى إلى القضاء بالإزالة لأدى ذلك إلى انفساخ عقد الإيجار لانعدام محله.

لما كان ذلك وكانت الأسباب التي اعتمدت عليها المحكمة قاصرة، وغير سائغة ولا تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه، مما يعيب بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه"[2].

وإذا كان **المشرع الوضعي** نص صراحة على السماح للأغلبية بإدارة المال الشائع إدارة عادية أو غير عادية كاستثناءات عن المبدأ العام وهو الإجماع، فإن **القواعد الفقهية** في **الفقه الإسلامي** كلها لا تقضي إلا بوجوب اتفاق جميع الشركاء لإمضاء أي عمل من أعمال الإدارة[3].

---

(1) قرار غير منشور مأخوذ من كتاب: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص382.
(2) قرار مدني رقم 90/1784، المؤرخ في 31 جانفي 1990، الصادر عن مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الحادية والأربعون، السنة القضائية رقم 54، ص369.
(3) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص263.

إلا أن الشيخ علي الخفيف أورد ما يلي:" إن هذه الأحكام تقتضيها المصلحة وهي مصلحة عامة بالنسبة إلى كل مال مشترك على الشيوع، فإذا لم تكن وسيلة للاتفاق بين الشركاء أو لإنهاء هذا الشيوع فإن الضرورة تقضي بوضع مثل هذا النظام وفي مثل هذه الحال لا يعد ذلك خروجا على المبادئ الشرعية إذ مراعاة المصلحة يعد من الأدلة الشرعية"[1].

المبحث الثالث: سلطة القضاء في إدارة المال الشائع.

قد لا تتوافر أغلبية من الشركاء بحسب قيمة الأنصبة لإدارة المال الشائع وتتعارض ميولهم وتختلف اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية، فليس هناك من حل آخر سوى الالتجاء إلى القضاء، طبقا لنص المادة رقم 716 مدني جزائري التي تقضي: (... فإذا لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع)[2].

فالقضاء يلعب الدور المتميز لتحقيق التوازن بين الشركاء المشتاعين من أجل الحيلولة دون إضرار بعضهم بالبعض الآخر، فيتخذ من المنفعة العامة لأغلبية الشركاء ومتطلبات تفعيل استغلال المال الشائع واستثماره، المعيار والضابط من أجل تحديد المصلحة التي يجب أن تحظى بالأولوية عند تعارض المصالح[3].

وعليه فإن المشرع الوضعي في **الجزائر** و**مصر** ضيق من سلطة القضاء في إدارة المال الشائع، فحصره في حالة واحدة هي تعذر توافر الأغلبية للقيام بأعمال الإدارة المعتادة وسمح له القيام بها بناء على طلب أحد الشركاء وفي حدود معينة، بينما أعطى المشرّع الفرنسي بموجب قانون1976 للقضاء، بناء على طلب أحد الشركاء بإدارة المال الشائع في حالة تعرض المصلحة المشتركة للخطر وكذلك في حالة الاستعجال.

---

(1) د.علي الخفيف، المرجع السابق، ص226.
(2) نص المادة رقم 716، من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.
(3) راجع:
- عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص197.
- زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص63.

وعليه نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة القضاء في الإدارة المعتادة.

المطلب الثاني: الإذن القضائي للشريك بالإدارة.

المطلب الثالث: الإذن القضائي في اتخاذ التدابير المستعجلة.

المطلب الأول: سلطة القضاء في الإدارة المعتادة.

حسب نص المادة رقم 1/716 مدني جزائري فإنه إذا تعذر توافر الأغلبية المطلقة على أساس قيمة الأنصبة على إدارة المال الشائع إدارة معتادة، كأن ينقسم المال الشائع مناصفة بين شريكين، دون اتفاقهما على الإدارة العادية، يستطيع كل مالك مشتاع أيا كان مقدار حصته أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير اللازمة التي تقتضيها الضرورة.

ويقصد بالتدابير التي تقتضيها الضرورة في هذا الصدد أعمال الإدارة المعتادة التي لا يمكن تأجيلها أو التي يترتب على تأجيلها إلحاق ضرر جسيم بالمال الشائع أو بمصلحة الشركاء مثل استئجار مخزن لحفظ المحصول من الأرض المشتركة خشية تلفه، ويترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير توافر حالة الضرورة وفي اختيار عمل الإدارة المعتادة الذي يناسبها.

وعليه فالمحكمة المختصة لا تستطيع في هذه الحالة سوى القيام بأعمال الإدارة المعتادة وليس من سلطتها القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، كما لا يمكنها قسمة المال الشائع قسمة مهايأة أيا كان نوعها [1]، ذلك أن اتخاذها لتدابير الضرورة مقيد بتعذر اتفاق الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة في القيام بأعمال الإدارة المعتادة، حسب نص المادة رقم 1/828 مدني مصري، والمادة رقم 1/716 مدني جزائري.

فالأعمال التي تستطيع المحكمة أن تتخذها في هذه الحالة هي أعمال الإدارة المعتادة دون غيرها، وليس من بينها قسمة المهايأة التي تطلب المشرع للقيام بها ضرورة موافقة جميع الشركاء عليها، ولم يسمح للمحكمة الأمر بها، إلا في حالة استثنائية عندما يطلبها أحد الشركاء بتعذر الاتفاق عليها، أثناء إجراءات القسمة النهائية، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره[2].

---

[1] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص266.

[2] وخلاف هذا الرأي جاء به: د.نعمان محمد جمعة، الحقوق العينية، مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص ص 167 168.

ويرى الأستاذ أيمن سعد عبد المجيد سليم أن المحكمة المختصة لا تستطيع وفقا لنص المادة رقم 1/828 مدني مصري التي تقابلها المادة رقم 716 مدني جزائري، بتعذر اتفاق الأغلبية على القيام بأعمال الإدارة المعتادة، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه المصلحة كتأجير المال الشائع لمن يتقدم باستئجاره بأجرة مناسبة.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، فيما ذهب إليه، ذلك أن النص جاء صريحا في قصر سلطتها على اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة، مما يؤدي إلى تعطيل هذه الإدارة في حالات كثيرة يتعذر فيها الحصول على الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع، تقتضي المصلحة إدارته بواسطة القضاء.

لذلك نوصي المشرع الجزائري بتعديل هذا النص وتوسيع سلطة المحكمة المنصوص عليها في المادة رقم 1/716 مدني جزائري عند تعذر توافر الأغلبية فتشمل حتى التدابير التي تقتضيها المصلحة أيضا.

وبناء على ما تقدم وبالرجوع لنص المادة رقم 1/716 مدني جزائري فإنه للمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، سواء أكان من بين الشركاء أو من غيرهم، إذ تقوم المحكمة المختصة بإدارة المال الشائع، كما لو أنها الأغلبية المطلقة للشركاء على أساس قيمة الأنصبة، لذلك فهي تتنحى تاركة الإدارة في حالة عودة أغلبية الشركاء المطلقة على أساس قيمة الأنصبة إلى الاتفاق على إدارة المال الشائع إدارة معتادة، فيتنحى المدير الذي اختارته المحكمة ما لم تبقه الأغلبية العائدة في منصبه.

وعليه فإن إدارة المال الشائع بواسطة المحكمة المختصة هي إدارة وقتية، تنتهي بعودة الأغلبية إلى الاتفاق على الإدارة أو انقضاء الشيوع بالقسمة أو بأي سبب آخر[1].

المطلب الثاني: الإذن القضائي للشريك بالإدارة.

ستقتصر الدراسة في هذا المطلب على التشريع الفرنسي، لغياب نص قانوني جزائري أو مصري بهذا الصدد، إذ جاء في نص المادة رقم 815 مكرر1/5 مدني فرنسي على أنه:

[1] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص748.

(Un indivisaire peut être autorisé par justice à passe seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun)[1].

ومعناه أن كل شريك يستطيع الحصول على إذن من القضاء بالإنفراد وحده بالقيام بعمل تعتبر موافقة شريك آخر عليه ضرورية، إذا كان رفض هذا الأخير يعرض المصلحة المشتركة للخطر[2].

وقد استوحى المشرع الفرنسي هذا النص من المادة رقم 217 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بنظام اشتراك الأموال بين الزوجين، ولكنها تختلف عنها في أنها لا تشترط اللجوء للقضاء للحصول على إذنه بل تسمح للزوج القيام بمثل هذا العمل رغم معارضة زوجه الآخر، دون حاجة للحصول على إذن من القضاء، طالما أن رفض الزوج لهذا العمل يعرض المصلحة المشتركة للخطر.

ولهذا الاستثناء تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي السابق على صدور قانون 31 ديسمبر1976 في مجال الشيوع الجبري، إلا أنه رفض الأخذ به في مجال الشيوع العادي خاصة حالة تساوي حصص الشركاء على المال الشائع، ذلك أن الشيوع العادي وضع قانوني مؤقت غير مرغوب فيه يجب الخلاص منه في أسرع وقت ممكن.

وبصدور قانون31 ديسمبر1976، أصبح تطبيق هذا الاستثناء بموجب المادة رقم815 مكرر5 عاما على جميع أنواع الشيوع العادي منه والجبري[3].

وبذلك استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن تحديد المقصود من المصلحة المشتركة ومدى تعرضها للخطر هو من صميم السلطة المخولة لقاضي الموضوع يقدرها وفقا لكل حالة على حده حسب ظروف وقائع الدعوى، والقاضي له مطلق الحرية في منح الإذن أو رفضه.

ولا يكف لمنح هذا الإذن إثبات أن العمل المطلوب يحقق مصلحة غالبية الشركاء بل يجب أن يؤدي رفض أحد الشركاء لهذا العمل إلى تعريض مصلحة جميع الشركاء للخطر.

---

(1) L'article N° 815-5/1 du loi N°76-1286 Préc.
(2) Gerard Cornu, OP.Cit, P439.
(3) Civil 1ere, 14 Février 1984.

وحقيقة ما في الأمر أن القضاء الفرنسي طبق هذا الاستثناء بحذر شديد، ذلك أنه يضحي بالمصلحة الشخصية للشريك الرافض فرض عمل عليه رغم إرادته، تحقيقا للمصلحة المشتركة التي يتغير مفهومها من وقت لآخر ومن حالة إلى أخرى.

وبناء عليه فقد قضت محكمة النقض الفرنسية، في غرفتها المدنية بتاريخ 10 ماي 1983 أنه: " المصلحة المشتركة لا تتعرض لخطر عند رفض أحد الشركاء المطالبة بفسخ عقد بيع العقار الشائع"[1].

ولا عند: " رفض أحد الشركاء إيجار جزء من المال الشائع لمدة طويلة، ولا عند "رفض أحد الشركاء تجديد عقد الإيجار للمال الشائع"[2].

وهذه الأحكام كلها مجرد أمثلة لا يمكن تعميمها على كل حالة، ويبقى تقدير تعرض المصلحة المشتركة للخطر عند رفض أحد الشركاء لعمل معين من سلطة قاضي الموضوع والعمل الذي يمكن السماح بالقيام به بواسطة المحكمة يجوز أن يكون من أعمال الإدارة فالنص جاء عاما غير مغرق.

وترتيبا على نص المادة رقم 815 مكرر3/5 الذي جاء فيه:

(L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont consentement à fait défaut)[3] .

أي أن العمل الذي قام به أحد الشركاء بناء على إذن قضائي وفق نص المادة رقم 815 مكرر1/5 ينفذ في حق جميع الشركاء الموافق منهم والمعترض[4].

ويرى الفقه الفرنسي أن المحكمة المختصة تمنح الإذن القضائي حسب نص المادة رقم 815 مكرر5، وهي المحكمة الابتدائية على أساس أنها صاحبة الاختصاص بتنظيم كافة أعمال الإدارة في المال الشائع عند تعذر الاتفاق عليها.

---

(1) Civil 3eme, 10 Mai 1983.

(2) راجع:

- Civil 1ere, 21 Juillet, 1987, Revue Trimestrielle de droit civil, 1987, P135.

(3) Jean Patarin, La double face du régime juridique de l'indivision ,Paris, Libraire général de la cour de cassation, son date d'édition, P336.

(4) L'article N°815-6/1 du loi N° 76-1286 Préc.

المطلب الثالث: سلطة القضاء في الإذن باتخاذ التدابير المستعجلة.

جاء في نص المادة رقم 815 مكرر1/6 من القانون المدني الفرنسي أنه:

(Le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun)[1].

بمعنى أنه لرئيس المحكمة الابتدائية الأمر أو الإذن باتخاذ كافة التدابير المستعجلة التي تتطلبها المصلحة المشتركة.

فهذه المادة تعتبر استثناءا حقيقيا من قاعدة الإجماع التي تحكم أعمال الإدارة في القانون المدني الفرنسي، إذ تخول للقضاء المختص سلطات واسعة في اتخاذ كافة التدابير المستعجلة التي تتطلبها المصلحة المشتركة وذلك بشروط معينة.

وعليه فإن تطبيق نص المادة سابقة الذكر يجب أن يكون في حالات الاستعجال أين يستطيع كل من له صفة من الشركاء أو من الغير – كالمدين الشخصي لأحد الشركاء- أو حتى المنتفع بالمال الشائع أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة اتخاذ كافة التدابير التي تطلبها المصلحة المشتركة[2].

وبالنظر لذلك فإن رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يكون وفقا لهذا النص بمثابة قاضي للأمور المستعجلة، فيتقيد بسلطته دون التقيد بمواعيد وإجراءات الدعاوى المستعجلة حسب قانون المرافعات الفرنسي[3]، فدور القضاء الاستعجالي الفصل على وجه السرعة في القضايا تفاديا لما قد يصيب ذوي المصلحة من أضرار نتيجة بطء الإجراءات[4].

وعليه فرئيس المحكمة الابتدائية مختص باتخاذ كافة التدابير العاجلة للحفاظ على المصلحة المشتركة، وبنظر دعوى القسمة النهائية التي قد تدوم فترة طويلة، فيستطيع خلال نظر دعوى القسمة اتخاذ هذه التدابير العاجلة حفاظا على المصلحة المشتركة، فيقدر حالة الاستعجال والتدبير الملائم لمواجهتها[5].

---

[1] Christian Atlas, (Le fondement….), Art Préc, P623.

[2] راجع:

- Dagot Michel, Op.Cit, P243.
- Dekeuwer Defosser , L'indivision dans les sociétés en participation, France Juris classeur, 1980, P43.

[3] Chambre Civil 1ere, 16 Février 1988, Bulletin Civil N°1, Revue Trimestrielle du droit civil, N°1-1989, P371.

[4] عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص199.

[5] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص273.

ورجوعا لصياغة نص المادة رقم 815 مكرر1/6 التي تقضي بأن لرئيس المحكمة المختصة الأمر أو الإذن، فقد فسرها بعض الفقهاء الفرنسيين بأن الإذن يكون لأحد الشركاء والأمر يكون لغيرهم في حالة الحجز التحفظي للمال الشائع لدى الغير مثلا[1].

وفي كل هذه الأحوال يجب توافر شرطين للتدخل القضائي حسب نص المادة رقم 815 مكرر6 هما توافر حالة الاستعجال، وأن يكون التدخل القضائي في هذه الحالة حماية للمصلحة المشتركة، فتوفر الشرطين معا ضروري ولازم[2].

كما أن تقدير توافر وجود حالة الاستعجال يترك لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية المطلقة في الإذن أو الأمر بالتدابير المناسبة لحماية المصلحة المشتركة في كل حالة، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لذلك بتاريخ 08 جانفي1991 أنه: " لمحكمة الموضوع تقدير توافر المصلحة المشتركة وفق نص المادة رقم 815 مكرر6 حتى لو ظهر أن مصالح الشركاء متضاربة فهذا أدعى إلى التدخل القضائي في حالة الاستعجال"[3].

ومن أمثلة الإجراءات المستعجلة التي نص عليها المشرع الفرنسي، ما جاء في نص المادة رقم 815 مكرر3/6 من أنه:

(Il peut également soit désigner un indivisaire comme administrateur en l'obligeant s'il y a lieu à donner caution soit nommer un séquestre. Les articles 1873-5 à 1873-9 du présent code s'appliquent en tant que de saison aux pouvoirs et aux obligations de l'administrateur, s'ils ne sont autrement définis par le juge)[4].

إذ نصت على أنه للقاضي تعيين أحد الشركاء إما بصفته مديرا للمال الشائع مع إلزامه في هذه الحالة إذا كان هناك مقتضى، بتقديم كفالة، وإما بصفته حارسا قضائيا وتحدد المواد من 1873 مكرر5 إلى 1873 مكرر9 سلطات والتزامات المدير ما لم يحددها القاضي.

وبالرغم من أن ظاهر النص يقصّر سلطة القاضي على تعيين المدير أو الحارس القضائي من الشركاء في حالة تعذر اتفاق الشركاء على إدارة المال الشائع، مما يضر

---

(1) Dagot Michel, Op.Cit, P244.

(2) Frédéric Zenati, (Propriété et droits réels), Art Préc, P378.

(3) راجع:

- Civil 1ere, 8 Janvier 1991.
- Noelle Lesourd, Op.Cit, P08.

(4) L'article N° 815-6/3 du loi N° 76-1286, Préc.

بالمصلحة المشتركة، فإن البعض يرى أنه لا يجوز للقاضي تعيين مديرا من الغير، وكذا السماح له بتعيين صاحب حق الانتفاع بالمال مديرا له[1].

وطبقا للنص المذكور أعلاه يلزم المدير المعين بتقديم كفالة إذا اقتضى الأمر، كما قد يعين القاضي أحد الشركاء مديرا أو حارسا قضائيا في الوقت نفسه للمال الشائع، يكون عليه نفس الالتزام.

وإن كانت الحراسة القضائية إجراء تحفظي داخل في اختصاص القاضي المستعجل طبقا للأصل العام، فإن هذا لا يمنع من أن يقدم طلب الحراسة إلى المحكمة الابتدائية المنظورة أمامها الدعوى الأصلية[2].

وبالرجوع إلى نص المادة رقم 815 مكرر3/6 فإن رئيس المحكمة الابتدائية الخاصة هو صاحب تحديد سلطات المدير أو الحارس القضائي والتزاماته، وقد أحال النص على المواد من 1873 مكرر5 إلى 1873 مكرر6 لتنظيم السلطات والالتزامات حالة عدم تحديدها بواسطة القاضي.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ09 فيفري1988 أنه :" المدير المعين مؤقتا وفقا لنص المادة رقم 815 مكرر3/6 إذا لم يحدد له القاضي سلطاته فإن له حق إبرام عقد إيجار المال الشائع وكذلك تجديده " [3].

وللقاضي المختص إمكانية تعديل سلطات المدير أو الحارس القضائي الذي عينه في حكم سابق- من خلال حكم لاحق-، وذلك يفترض تقديم طلب من أحد الشركاء مع تغيير في الظروف التي صاحبت حكمه السابق.

وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في تحديد مدة بقاء المدير أو الحارس القضائي وله عزله من منصبه في أي وقت دون رقابة عليه من محكمة النقض[4].

وكتعقيب على هذه السلطة الممنوحة للقضاء، فإن المشرع الفرنسي وفق إلى حد بعيد في منح السلطة للقاضي بإدارة المال الشائع في كل مرة تتعرض فيها المصلحة المشتركة

---

[1] راجع:

- Dagot Michel, Op.Cit, P259.
- Noëlle Lesourd, Op.Cit, P07.

[2] د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص145.

[3] مأخوذ من: أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص276.

[4] Claudia Nivelon-Andrien, (La propriété littéraire et artistique et l'indivision), Defrénois, Répertoire du notariat defrénois, Paris, N°20-2001, P1170.

للخطر، وكذلك في حالة الاستعجال، إذ يعد استثناءً حقيقيا عن قاعدة الإجماع، وهذا أفضل مما اتبعه **المشرع المدني في الجزائر** الذي حصر سلطة القاضي المختص في إدارة المال الشائع في حالة واحدة هي: حالة تعذر توافر الأغلبية المطلقة للقيام بأعمال الإدارة المعتادة مع قصر سلطته على اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة، مما يفوت على الشركاء في الشيوع فرص كثيرة لاستثمار المال الشائع بسبب رفض الإدارة ممن يملك منهم أغلبية الحصص وعدم اتفاقهم عند الحاجة إليها.

وعليه أولى بالمشرع الجزائري تعديل ذلك والأخذ بالاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي.

خاتمة الفصل الأول.

لقد تم تخصيص هذا الفصل لدراسة وتحديد القواعد والمبادئ الأساسية التي تنظم سلطة استغلال المال الشائع وإدارته، إذ يعد الإجماع المبدأ العام في إدارة المال الشائع في كل من الجزائر، مصر وفرنسا حسب قانون 31 ديسمبر 1976، الذي عدل فيما بعد.

فإجماع الشركاء أمر لابد منه وفق نص المادة رقم 715 مدني جزائري، من أجل حسن إدارة المال الشائع واستغلال هذا المال، ومن ثم الانتفاع به على أحسن وجه تحقيقا لمبدأ المساواة فيما بينهم جميعا.

وفي حالة تعذر إجماع الشركاء على إدارة واستغلال المال الشائع فإن المشرع الوضعي أورد استثناءات على المبدأ العام، تمثلت في منح الأغلبية سلطة الإدارة للمال الشائع والإذن القضائي بالإدارة، إذ يجب أن نفرق بين سلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة وسلطتها في الإدارة غير المعتادة لاختلاف أحكام كل منهما [1].

وعليه للأغلبية المطلقة أو العادية التي تملك أكثر من النصف إدارة المال الشائع إدارة معتادة، ولو انفرد شريك بذلك فتحسب على أساس قيمة الأنصبة وليس عدد الرؤوس طبقا لنص المادة رقم 716 مدني جزائري، ويمكن أن تتم من شريك لا يملك أغلبية الأنصبة.

ففي الحالة الأولى يكون العمل إيجارا نافذا في حق الجميع ولا يكون للأقلية أن تعترض إلا إذا ثبت أن هناك تواطؤا بين ذوي الأغلبية والمستأجر بهدف الإضرار بالأقلية ومن ثم يجوز لأي واحد من الأقلية أن يطلب عدم نفاذ الإيجار في حقه[2].

وفي الحالة الثانية، إذا صدر العمل من شريك لا يملك أغلبية الأنصبة، ولم يعترض عليه أحد من الشركاء رغم علمهم بذلك، فإن ذلك يعد موافقة ضمنية عما قام به هذا الشريك وعد وكيلا عنهم في الإدارة المعتادة.

وأما إذا اعترض البعض وسكت البعض الآخر فإن سكوتهم يعد موافقة ضمنية عما قام به هذا الشريك، وإن اجتمعت لهم مع هذا الشريك الأغلبية المطلوبة كان عمله نافذا في حقهم جميعا[3].

---

[1] زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص65.
[2] د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص146.
[3] زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص36.

لكن إذا لم يتحقق ذلك وكان من اعترض يمثل الأغلبية فإن إيجار هذا الشريك لا يكون نافذا بالنسبة للغير إلا بين الطرفين حتى لو كان عمله هذا منصرفا إلى حصة شائعة في المال الشائع ولو إلى جزء مفرز فإنه يعلق على نتيجة القسمة، فإن أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المفرز المؤجر في نصيب المؤجر فلا إشكال، وإلا لا ينفذ هذا الإيجار في حق غير الشريك وينتقل من ثم حق المستأجر إلى ما وقع في نصيب المؤجر بعد القسمة، وإن كان العقد منصرفا إلى كل المال الشائع فهو موقوف على إجازة باقي الشركاء فإن هم أجازوه كان نافذا في حقهم والعكس صحيح.

أما فيما يخص الإدارة غير المعتادة فقد استلزم للقيام بأعمالها وفق نص المادة رقم 717 مدني جزائري، أغلبية خاصة نظرا لخطورتها إذ تتطلب أن تصدر من الشركاء أو الشريك الذي يملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل.

وحسنا فعل **مشرعنا في الجزائر** باتخاذه موقفا معتدلا بعيدا عن التشدد خلافا لبعض التشريعات الأخرى كالقانون المدني اللبناني وقانون الالتزامات والعقود ألمغربي أين تم التمسك بمبدأ الإجماع في الإدارة غير المعتادة للمال الشائع، الأمر الذي قد لا يتيسر في كثير من الحالات ويؤدي إلى منازعات وبالتالي قسمته قسمة مفرزة.

ووفقا لذلك فقد منحت المادة رقم 717 مدني جزائري للأقلية الحق في التظلم من قرار الأغلبية خلال شهرين من وقت إعلان قرار الأغلبية لهم.

وللمحكمة في ذلك اتخاذ أحد الحلول الآتية:

- إلغاء قرار الأغلبية والاستجابة لتظلم المعترض من الأقلية.

- رفض تظلم الأقلية والموافقة على قرار الأغلبية دون اتخاذ أي تدبير.

- الموافقة على قرار الأغلبية، ورفض تظلم الأقلية مع اتخاذ ما تراه مناسبا من التدابير، مراعية في اتخاذ أحكامها تحسين الانتفاع بالمال الشائع والموازنة بين مصالح الجهتين: الأغلبية والأقلية.

إضافة إلى أنه يمكن للشريك الانفراد بإدارة المال الشائع إدارة غير معتادة، فإن ملك بمفرده ثلاثة أرباع المال الشائع كان عمله نافذا وصحيحا، وكذلك الحال لو تلقى وكالة صريحة ممن يملكون ذلك.

لكن إذا انفرد الشريك بالإدارة غير المعتادة دون تملكه ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل ودون موافقة من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، فإن هذا يعتبر اعتداءا على حقوق الشركاء الباقين، وإن كان ما قام به بناء يحق لهم طلب إزالته والمطالبة بالتعويض.

وفيما يخص قواعد الفقه الإسلامي فإنها لا تقضي بهذا الاستثناء وترى وجوب الإجماع للقيام بكل أعمال الإدارة.

وتكملة لذلك فإن المشرع الفرنسي جعل للقضاء سلطة في إدارة المال الشائع، حالة عدم توافر الأغلبية، بناء على طلب أحد الشركاء للمحكمة المختصة، لاتخاذ التدابير اللازمة التي تقتضيها الضرورة أو المصلحة.

وعلى من تعينه المحكمة لإدارة هذا المال سواء أكان أحد الشركاء على الشيوع أو من الغير الالتزام بشروطها دون إمكانية تجاوزها.

لنتوصل ختاما إلى أن أحكام نص المادة رقم 716 مدني جزائري غير مرتبة إذ بدأت بسلطة الأغلبية في الإدارة المعتادة مع حق المحكمة في اتخاذ التدابير اللازمة بتعذر توافر الأغلبية، ثم عادت في الفقرة الثانية واستكملت تنظيم الأغلبية.

وفيما يخص الإدارة غير المعتادة فإننا نخلص إلى أن تحديد الأغلبية المطلوبة في ذلك يعد تخفيفا من قاعدة الإجماع.

ورجوعا لنص المادة رقم 716 مدني جزائري نلاحظ أن المحكمة المختصة لا يمكنها اتخاذ التدابير اللازمة إذا اقتضت المصلحة ذلك، كتأجيره وفق أجرة مناسبة إذ تم قصر السلطة على اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة مما يؤدي إلى تفويت فرص استغلال المال الشائع، وعليه أولى بالمشرع الجزائري تعديل هذا النص وإضافة الحالة الثانية.

كما تم التعقيب على نص المادتين 815 مكرر5 ومكرر6، بأن المشرع الفرنسي قد وفق بالسماح للقضاء بالإدارة في كل حالة استعجال، أو بتعرض المصلحة المشتركة للخطر وأولى بالمشرع المدني في الجزائر أن يحذو حذوه في ذلك.

الفصل الثاني: الحفظ ونفقات وتوزيع الثمار في المال الشائع.

إذا كان قيام الشريك بأعمال الحفظ هو أحد مظاهر إدارة المال الشائع، فإن ذلك يختلف تماما عن الصور الأخرى لإدارته، فهي تهدف بالدرجة الأولى إلى الحيلولة دون تعرض المال الشائع للتلف والضياع، هذا من جهة ومن جهة أخرى تبقيه صالحا للاستعمال والاستغلال مما يجعلها تنطوي على أهمية قصوى.

كما أن طبيعة أعمال الحفظ وما تتسم به من خطورة واستعجال، طرح إشكالات قانونية عديدة، فضلا على أن مباشرتها لا تتوقف على تحقق الإجماع أو رأي الأغلبية[1]، لذا منح **المشرع الوضعي** في كل من الجزائر، مصر، فرنسا، الحق في القيام بهذه الأعمال دون حاجة لموافقة الشركاء الباقين، إلا ان ذلك كان محل خلاف في **مذاهب الفقه الإسلامي**.

أضف إلى ذلك فقد وردت نصوص في القانون المدني الجزائري الحالي بخصوص نفقات الاستغلال وتوزيع الثمار، إلا أنها جاءت موجزة ومقتضبة تنقصها الدقة والوضوح، إذ ورد نص واحد يقضي باشتراك جميع الشركاء في نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وسائر تكاليفه، كل بقدر حصته ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك[2]، ولم ترد فيه نصوص تنظيم توزيع ثمار استغلال المال الشائع رغم أهميته العملية، عكس المشرع الفرنسي الذي اهتم بذلك، كإضافة جديدة أتى بها، مراعيا إمكانية استمرار الشيوع لسنوات طويلة، مما يؤدي إلى كثرة المشاكل المتعلقة بنفقات والإيرادات، فتأتي هذه النصوص كحلول لذلك[3]، وبالمقابل وردت في **الفقه الإسلامي** نصوصا، خاصة ما يتعلق بنفقات حفظه وتعميره.

وعليه تقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كما يلي:

- المبحث الأول: حفظ المال الشائع.
- المبحث الثاني: نفقات استغلال المال الشائع.
- المبحث الثالث: توزيع ثمار المال الشائع.

---

[1] راجع:
- عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص104.
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص299.

[2] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة نفسها، ص299.

[3] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص299.

المبحث الأول: حفظ المال الشائع.

جاء في نص المادة رقم 718 من **القانون المدني الجزائري** أنه:(لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء)[1] كما ورد في المادة رقم 2/573 منه، أن أعمال الحفظ تعد من أعمال الإدارة بنصها:(ويعتبر من العقود الإدارية...وأعمال الحفظ والصيانة...)[2].

وعلى هذا الأساس يفترض خضوعها للمبدأ العام في الإدارة، وهو عدم جواز قيام الشريك بها دون موافقة بقية الشركاء، طالما أنه لا يملك أغلبية الحصص في المال الشائع، وما دام أن هذه الأعمال تدخل في نطاق أعمال الإدارة، إلا أن المشرع الجزائري قد استثناها وأجاز له مهما كانت حصته في هذا المال حق القيام بها دون الحصول على موافقة باقي الشركاء، بل وحتى رغم اعتراضهم[3].

لكن وقبل عرض حق المالك المشتاع في القيام بأعمال الحفظ لابد من تناول مفهوم هذه الأعمال، وعليه تقسم الدراسة في هذا المبحث كما يلي:

- المطلب الأول: مفهوم أعمال الحفظ.
- المطلب الثاني: حق الشريك في القيام بأعمال الحفظ.

المطلب الأول: مفهوم أعمال الحفظ.

سنتطرق لهذا المطلب من خلال تعريف أعمال الحفظ والتمثيل لها، ثم تمييزها عن أعمال التحسين كل في فرع مستقل كما يلي:

الفرع الأول: تعريف أعمال الحفظ.

استعمل المشرع الوضعي في **الجزائر، مصر وفرنسا،** مصطلح "الوسائل" أي " Les mesures" حسب نصوص المواد رقم 718 مدني جزائري، 830 مدني مصري، 815 مكرر1/2 مدني فرنسي للتعبير عن أعمال حفظ المال الشائع حتى لا تقصر على المادية منها دون التصرفات القانونية والإجراءات القضائية، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية أعمال حفظ المال الشائع بقولها " أعمال حفظ المال الشائع هي كل عمل مادي أو تصرف قانوني

---

[1] نص المادة رقم 718، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.
[2] المادة رقم 2/573، من الأمر نفسه.
[3] زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص78.

يهدف لإنقاذ المال الشائع من خطر وشيك الوقوع، دون أن يعرض المصلحة المشتركة لمجموع الشركاء لضرر جدي" [1].

وتعتبر أعمال حفظ المال بوجه عام أحد تطبيقات حالة الضرورة[2]، إذ عرفها الأستاذ بيروت بـ: " عمل الحفظ هو الذي يهدف إلى إنقاذ الذمة المالية أو أحد عناصرها من خطر وشيك الوقوع، بحيث تكون نفقاته قليلة الأهمية بالمقارنة مع هذا الخطر ولذلك فهو حالة من حالات الضرورة في مجال القانون المدني"[3]، كما عرفها جانب فقهي آخر بأنها تلك الأعمال اللازمة لصيانة الشيء وحفظه من التلف والهلاك وهي إما أعمالا مادية أو تصرفات قانونية"[4].

وفي **الفقه الإسلامي** يطلق على أعمال حفظ المال الشائع اصطلاح عمارة الملك المشترك[5] فهي بذلك تمثل الأعمال المادية اللازمة لإنقاذ المال الشائع من خطر يحدق به.

وبمقارنة نصوص القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي، فإن امتداد مفهوم أعمال حفظ المال الشائع ليشمل الأعمال المادية والتصرفات القانونية، لا يتعارض مع القواعد العامة للفقه الإسلامي، ذلك أن المالك المشتاع أثناء قيامه بها يكون في حكم المضطر الذي له القيام بكافة الأعمال المادية والتصرفات القانونية اللازمة، لدفع الخطر بشرط التناسب بين هذا العمل وبين الخطر[6].

---

[1] راجع:
- Civil 3e, 25 Janvier 1983, Bulletin Civil N° 24, Revue trimestrielle de droit civil, N°11-1984, P133.
- François Xavier Testu, L'indivision, Paris, Dalloz, 1996, P81.

[2] راجع:
- Marc Dornier, Indivision, Fasc 04, France, Juris Classeur, 1990, P03.
- Jean Bergel, La propriété, Paris, Dalloz, 1994, P153.
- Catherine Caillé, Répertoire de droit civil, Tome 06, Paris, Dalloz, 1998, P88.

[3] Perrot R, Répertoire de droit civil, 1e édition, Paris, Dalloz, P40.

[4] راجع:
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص85.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص723.
- د.محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، دمشق، مطبعة الداودي، 1980، ص374.

[5] علي الخفيف، المرجع السابق، ص ص 212-216.

[6] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص280.

إذ من قواعد الفقه الإسلامي "الضرر يزال"[1]، لكن:" الضرورة لابد أن تقدر بقدرها"[2].

وإذا كانت أعمال الحفظ لا تقع تحت حصر، فإنه وحسب التعريفات السابقة قد تكون أعمال مادية أو تصرفات قانونية أو إجراءات قضائية، فمن الأعمال المادية لصيانته، ترميمه إذا احتاج للترميم تحويطه بسور إذا كان حفظه يقتضي ذلك، جني الثمار قبل أن تتلف[3] إطعام الماشية المملوكة على الشيوع خشية موتها[4].

أما التصرفات القانونية فهي كثيرة منها استئجار مكان لحفظ آلات زراعية مملوكة على الشيوع لو تركت في العراء لتعرضت للتلف أو الهلاك، تسجيل سند ملكية العقار الشائع الوفاء بالضرائب المفروضة عليه خشية تعرضه للحجز وفاءا لها، تأمين المال الشائع وتجديد عقد التأمين ودفع الأقساط[5].

وفيما يخص الإجراءات القضائية اللازمة لحفظ المال الشائع، فنجد مثلا رفع دعوى قطع التقادم إذا كان المال الشائع في حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب، رفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك، رفع دعوى الاستحقاق إن كان المال الشائع في يد مغتصب أو في يد أي حائز آخر، ودعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع[6]، إذ قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 16 جوان 1987 أنه:" لما كانت أعمال حفظ المال الشائع المعينة بنص المادة رقم 830 من القانون المدني تتسع لرفع دعاوى الحدود

---

(1) المادة رقم 22 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) المادة رقم 20 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص 723.

(4) Pierre Catala, Art Préc, P50.

(5) Pierre Catala, Art Préc, P50.

(6) راجع:

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص724.

- Bernard Vareille, (Régimes Matrimoniaux), Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, Dalloz, N°02-1995, P401.

- د.محمود عبد الرحمن علي، الملتقى السابق، ص09.

والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

وترتيبا على ما سبق ذكره نرى أن اتساع مفهوم أعمال حفظ المال الشائع وصيانته على النحو المقدم أعلاه، فشملت الأعمال المادية والتصرفات القانونية والإجراءات القضائية لهو اتجاه صائب وحكيم في مسعاه، إذ يؤدي إلى إنقاذه من أي خطر يحدق به بأيسر السبل وفي أسرع وقت دون الحاجة لإتباع القواعد اللازمة لإدارة المال الشائع.

والاعتراض الوحيد الموجه لذلك هو ما قد يؤدي أحيانا إلى الخلط بين أعمال الحفظ وأعمال إدارة المال الشائع، خاصة وأن المشرع الفرنسي في **القانون رقم728-2006** أضاف فقرة جديدة، توسع أكثر من مجال أعمال الحفظ حتى في غير حالات الضرورة، إذ جاء نص المادة رقم 815 مكرر1/2 كما يلي:

" ....même si elles ne présent pas un caractère d'urgence" [2].

إلا أن المشرع الوضعي مازال يحتفظ بشرط الضرورة ليبقى دائما هو المميز لأعمال الحفظ عن غيرها من الأعمال، وهذا رد على الاعتراض سابق الذكر[3].

وقد قضت المحاكم الفرنسية في قرارات صادرة عن غرفتها المدنية قبل صدور قانون 2006-728 بتمييز أعمال الحفظ عن أعمال الإدارة بحالة الضرورة إذ جاء في قرار لها بتاريخ 04 فيفري 1988 أن: " دعوى المطالبة بحق ارتفاق لخدمة العقار الشائع وهو في غير حاجة ماسة إليه، تعتبر من قبيل أعمال الإدارة، يلزم موافقة جميع الشركاء لإقامته"[4].

وحتى بعد التعديل اللاحق بالقانون المدني الفرنسي فإن الحالة الوحيدة التي قد تختلط فيها أعمال الحفظ مع أعمال الإدارة، هي ما إذا اتخذت أعمال الحفظ في حالة عادية لا تدعو الضرورة لها، فيطرح إشكال أي الأحكام نطبق ؟

لذلك كان **أولى بالمشرع الفرنسي** وهو يضيف القاعدة السابقة التي تجعل إمكانية اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ المال الشائع حتى في غير حالات الضرورة، أن يضع شروطا محددة وأحكاما قانونية ثابتة دون تمثيل، تحكم أعمال الحفظ لتفريقها عن أعمال الإدارة خاصة في

---

[1] قرار مدني رقم 87/409، المؤرخ في 16 فيفري1987، الصادر عن مجموعة المكتب الفني، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الثاني، السنة القضائية رقم 53، ص842.

[2] Article N° 815-2/1 du loi N° 2006-728 Préc..

[3] R. Verdot, La notion d'acte d'administration en droit privé français, Thèse Aix-en-Provence, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, P204.

[4] مأخوذ من رسالة : أيمن سعد عبد المجيد سليم، ص282.

الترخيص للمالك المشتاع بمفرده دون موافقة بقية الملاك المشتاعين، بالقيام بها رغم أنه لا يملك الأغلبية المطلوبة من الأنصبة.

الفرع الثاني: تمييز أعمال الحفظ عن أعمال التحسين.

قد يعترض القضاء والفقه مسألة التمييز بين قضايا حفظ وصيانة المال الشائع وغيرها من الأعمال كالتحسين والتجديد، إذ تدخل إصلاحات غير ضرورية[1].

ولا تعد من أعمال الحفظ ما يقوم به أغلبية الشركاء من أعمال التحسين، فهي من أعمال الإدارة غير المعتادة التي تستلزم تبليغ الشركاء الآخرين ليمارسوا حقهم بالاعتراض عليها لدى المحكمة[2].

وبذلك فأعمال التحسين هي كل عمل يؤدي إلى زيادة في قيمة المال الشائع، دون أن تكون هناك حاجة ملحة إليه، كإقامة حمام سباحة في حديقة المنزل المشترك، أو طلاء واجهة العمارة المشتركة، لتحكمها القواعد الخاصة والمنظمة لأعمال الإدارة غير المعتادة[3].

وترتيبا على ما تقدم ومن أجل التغلب على الخلط بين أعمال الحفظ من جهة وأعمال التحسين من جهة أخرى، يستعين القضاء بخبير[4]، لتحديد طبيعة الإصلاحات التي أجراها الشريك المشتاع إن كانت ضرورية لحفظ المال الشائع وجعله قابلا للانتفاع به، أم أنها مجرد ترميمات من أجل التحسين والتزيين لا غير، أو تتخذ شكل تجديدات.

فإذا اتخذت طابع أعمال الحفظ طبق بشأنها نصوص القانون الخاصة بذلك وما جاءت به من إمكانية قيام الشريك بها منفردا دون حاجة لموافقة باقي الشركاء عليها [5].

والآن وبعد عرضنا لمفهوم أعمال الحفظ بقي أمامنا الفصل في إشكال مدى أحقية كل شريك في القيام بهذه الأعمال، وإن كان ذلك يخضع لشروط معينة مثل ما هو مفروض في الإدارة غير المعتادة أم لا.

كل ذلك سنتطرق له وفق المطلب الثاني.

---

(1) عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص106.
(2) راجع:
- خالد إبراهيم التلاحمة، الرسالة السابقة، ص91.
- محمد بخنيف، الأطروحة السابقة، ص12.
(3) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص283.
(4) عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص106.
(5) عبد اللطيف كرازي، الأطروحة نفسها، ص106.

المطلب الثاني: حق الشريك في القيام بأعمال الحفظ.

حسب نص المادة رقم 718 مدني جزائري التي جاء فيها: (لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء)[1]، وهي تتفق مع نص المادة رقم 815 مكرر1/2 قانون مدني فرنسي في جزئها الأول، الذي أثبت حق كل شريك في القيام بأعمال الحفظ وجاء فيها:

(Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence…)[2].

إذ يعد الجزء الثاني من الفقرة الأولى للمادة، مضاف بموجب القانون رقم 2006-728 والذي وسع من مجال حق الشريك في القيام بأعمال الحفظ.

وعليه و**بالمقارنة** بين النصين يتبين أنهما ينطبقان على جميع أنواع الشيوع، وليس الشيوع في الملكية فقط، إذ بدأ المشرع الجزائري نص المادة بـ:" لكل شريك في الشيوع" وكذلك فعل المشرع الفرنسي بقوله: "Tout indivisaire".

ولئن كان الشيوع في حق الانتفاع مرتبطا ارتباطا وثيقا بالشيوع في الملكية، فسنبين حق الشريك في القيام بأعمال الحفظ في فرض ما إذا كان الشيوع في ملك، ثم نبينه في فرض ما إذا كان الشيوع في حق انتفاع، لنخلص إلى تبيان طبيعة وتكييف حق الشريك القائم بالحفظ كل في فرع مستقل كما يلي:

الفرع الأول: الشيوع في الملك.

أولا: في القانون المدني الوضعي.

وفقا لنص المادة 718 مدني جزائري و 830 مدني مصري، فإنه لكل مالك على الشيوع أيا كان مقدار حصته الحق في القيام بالوسائل اللازمة لحفظ المال الشائع كله أو جزء منه دون حاجة لموافقة باقي الشركاء[3].

---

[1] وتقابلها:- نص المادة رقم 830 قانون مدني مصري.

[2] L'article N° 815-2/1 du loi N° 2006-728 Préc.

[3] عمر حمدي باشا، (المنازعات العقارية)، الملتقى الوطني حول العمران، عنابة، كلية الحقوق يومي 4 ،5 جوان 2000، ص104.

وقد قضت **الغرفة المدنية للمحكمة العليا** في قرار لها بتاريخ 17 ماي 2006 أنه "يحق لكل شريك الاعتراض على الدعم الفلاحي الممنوح لإقامة مشروع على الأرض المملوكة على الشيوع"[1].

كما صدر قرار آخر للمحكمة العليا في غرفتها العقارية بتاريخ 19 نوفمبر1997 جاء فيه: " من المقرر قانونا تطبيقا لنص المادة رقم 718 مدني جزائري أنه لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك، فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة وأن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا في غرفتها العقارية بتاريخ 21 جانفي1992 أنه : " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما نسبوا لطاعنته أنها طالبت بمفردها بحقوق مشتاعة وبعدم قبولهم دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي سجلتها، بالرغم من أن القانون يسمح لها كمالكة على الشيوع أن تتولى كل إجراء لحماية الحق الكامل على الشيوع فإن قضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون"[3].

وعليه تسري أعمال الحفظ الصادرة من أحد الملاك على الشيوع في مواجهة الشركاء الباقين كما لو كانت صادرة منهم جميعا، سواء وافقوا عليها أم رفضوها، سواء علموا بها أم جهلوها فضلا على أنها تبقى صحيحة في مواجهة الشريك القاصر أو عديم الأهلية والذي يستطيع في مقابل ذلك عن طريق ممثله القانوني الولي أو الوصي، القيام منفردا بكافة أعمال

---

[1] قرار الغرفة المدنية رقم 349341، المؤرخ في 17 ماي 2006، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2006، ص401.

[2] قرار الغرفة العقارية رقم150167، المؤرخ في 19 نوفمبر1997، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني،1997، ص59.

[3] قرار الغرفة العقارية رقم 75576، المؤرخ في 21 جانفي1992، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الأول، 1994، ص16.

الحفظ دون حاجة إلى إذن أو تصريح قضائي، وينفذ عمله في حق الشركاء الباقين[1].

كما أن القاعدة الواردة في صدر المادة رقم 718 بمنح الشريك منفردا حق القيام بأعمال الحفظ تعد بمثابة الاستثناء من القاعدة العامة (الإجماع)، التي جاء بها المشرع الوضعي لتحكم أعمال إدارة المال الشائع، ذلك أنها لصالحهم جميعا لا لصالح من انفرد بها من دونهم حفاظا على المال الشائع، والمصلحة المشتركة لمجموع الشركاء من أي خطر وشيك على المال الشائع، يحتاج لإزالته تدخل أحد الشركاء على وجه السرعة دون حاجة لموافقة الشركاء الباقين، أو حتى الحصول على إذن من القضاء[2].

وهكذا فإن عملية حفظ المال الشائع تعتبر حقا لكل مالك مشتاع وليست فرضا عليه وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة رقم 718 مدني جزائري: (لكل شريك في الشيوع الحق...)، والمشرع الفرنسي في نص المادة رقم 815 مكرر1/2 قانون مدني فرنسي بقوله : "tout indivisaire peut….."

وبذلك فإنه لا يجبر المالك المشتاع على القيام بنفسه بأعمال حفظ المال الشائع[3].

ثانيا: في الفقه الإسلامي.

لقد ظهر خلاف في المذاهب الفقهية الأربعة حول جواز انفراد أحد الشركاء بالقيام بأعمال حفظ المال الشائع (عمارة الملك المشترك)، على أساس تقسيم الفقه الإسلامي للمال الشائع إلى مال يقبل القسمة ومال لا يقبل القسمة.

فالمال القابل للقسمة في الفقه الإسلامي هو المال المشترك الصالح لتقسيم عينا أين لا تفوت بقسمته المنفعة المقصودة منه[4]، ومثاله "كل مكيل وموزون كثيرا أو قليلا وتبر

---

(1) راجع:
- Pierre Catala, Art Préc, P51..
- P. Fréderic Zenati-Castaing, Thierry Revert, Op.Cit, P568.

(2) راجع:
- زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص70.
- محمد بلبل، المذكرة السابقة، ص44.

(3) Gean Cornu, Droit civil, France, Montchrestien, 1997, P412.

(4) المادة رقم 1131 من مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الثانية، دمشق، مطابع قوزما، 1923.

الذهب[1]، والفضة والحديد والنحاس والبقر والغنم"[2]، وكذلك قطعة أرض زراعية كبيرة المساحة يملكها عدد قليل من المشتاعين.

أما المال غير القابل للقسمة فهو ما يترتب على قسمته عينا إلى حصص مفرزة ضرر من شأنه تفويت المنفعة المقصودة منه كاللؤلؤة الواحدة والثوب الواحد والمصحف الكريم والطاحونة والبئر والفرس والجمل والشاة والخيمة[3]، فلا يجبر على تقسيم هذه الأموال عينا إلى حصص مفرزة بواسطة القضاء لما في ذلك من ضرر يلحق بالشركاء، والقاضي لا يملك الجبر على الأضرار لحديثه صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار"، بل يجوز التقسيم العيني لهذه الأموال عن طريق اتفاق جميع الشركاء[4].

ليبقى الضرر المانع للقسمة هو ما لا يمكن معه انتفاع أحد الشركاء بنصيبه مفرزا بعد القسمة كما كان ينتفع به شائعا[5].

وبناء على ما سبق يستطيع جميع الشركاء الاتفاق على القيام بأعمال الحفظ للمال الشائع قابلا للقسمة أو غير قابل لذلك، وفي حالة غياب ذلك فإن الآراء في الفقه الإسلامي اختلفت حول جواز انفراد أحد الشركاء في القيام بأعمال حفظ المال الشائع وذلك كما يلي:

أ. المذهب الحنفي:

جاء في نص المادة رقم 1310 من مجلة الأحكام العدلية ما نصه:(وإذا احتاج المال الشائع غير القابل للقسمة إلى التعمير والترميم وأحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير

---

(1) تبر الذهب هو ما كان غير مضروب، فإن ضرب دنانير فهو عين ولا يقال تبر إلا للذهب والفضة.
- أنظر: محمد بن أبي بكر الرازي، معجم مختار الصحاح، القاهرة، دار المعارف، دون تاريخ نشر، ص88.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص287.

(3) د. أحمد فراج حسين، المقال السابق، ص109.

(4) قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، الجزء الأول، مصر، دار الفكر للطباعة، دون تاريخ نشر، ص437.

(5) راجع في هذا المعنى:
- الحنفي: علاء الدين أبو بكر الكاساني، (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع...)، مرجع سابق، ص19.
- الشافعي: شمس الدين بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الثامن، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، 1938، ص285.
- المالكي: أبو الوليد سليمان الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، القاهرة، مطبعة السعادة، ص56.
- الحنبلي: شمس الدين بن قدامى، (الشرح الكبير، الجزء الحادي عشر...)، مرجع سابق ص294.

فإنه يستأذن الحاكم، ويصير إذن الحاكم قائما مقام إذن الغائب صاحب الحصة)[1].

وورد في كتاب مرشد الحيران في المادة رقم 766 ما نصه:(وإن عمر الحاضر المال الشائع دون إذن القاضي فلا رجوع له على شريكه بشيء مما صرفه على العمارة)[2].

ومقتضى ذلك أنه إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة، أو كان مشتركا بين قاصرين أو بين وقفين[3]، فلا يستطيع المالك المشتاع أيا كان مقدار حصته الانفراد بالقيام بأعمال الحفظ بغير موافقة الشركاء الباقين أو الحصول على إذن من القضاء وإلا يعتبر عمله تبرعا، ولا يستطيع الرجوع في النفقات على شريكه الممتنع للاشتراك معه.

وإذا احتاج المال غير القابل للقسمة للتعمير في غياب أحد الشركاء فإن للشريك الحاضر إن أراد ذلك، أن يستأذن من القاضي فينفذ عمله في مواجهة جميع الشركاء في هذه الحالة.

أما إذا كان المال الشائع يقبل القسمة ولم يكن مشتركا بين قاصرين أو بين وقفين، فلا يستطيع المالك المشتاع الانفراد بأعمال الحفظ بغير موافقة الشركاء الباقين وليس له في غياب الإجماع طلب إذن القضاء في القيام بها.

وإذا قام بها على نفقته دون إذن الشركاء الباقين فهو متبرع لعدم اضطراره، ذلك أن المال قابل للقسمة وله الاستقلال بحصته مفرزة دون ضرر عليه[4].

ب. المذهب المالكي.

في المذهب المالكي إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة فإن لكل شريك القيام منفردا، أيا كان مقدار حصته بالأعمال اللازمة لحفظه دون حاجة إلى موافقة الشركاء الباقين سواء

---

(1) المادة رقم 1310 من مجلة الأحكام العدلية، سابقة الذكر.

(2) راجع:
- محمد زبيد الأبياني، المرجع السابق ، ص766.
- علي الخفيف، المرجع السابق، ص214.

(3) محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ص359.

(4) إذ لخص العلامة ابن عابدين الأحكام السابقة في مجموعة أبيات جاء فيها:

وإن يعمر الشريك المشترك بدون إذن للرجوع ما ملك
وإن لم يكن لذلك مضطر بأن أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذلك وكان من أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاض يرجع وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما في السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى لذا وإلا فبقيمة البنا.

أنظر: محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ص359.

بعلمهم أو بغير علمهم، وسواء حضروا جميعا أعمال الحفظ أم كان أحدهم غائبا، وتنفذ هذه الأعمال في حق الشركاء الباقين كما لو كانت صادرة بموافقتهم [1].

أما إذا كان المال الشائع يقبل القسمة فلا يجوز لأحد الشركاء القيام بالأعمال اللازمة لحفظه إلا بموافقة الشركاء الباقين، وإن قام على نفقته بهذه الأعمال اعتبر متبرعا لأنه غير مضطر للعمارة فلا يستطيع الرجوع على الشركاء الباقين للاشتراك معه في نفقات الحفظ[2].

ج. المذهب الشافعي:

في هذا المذهب إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة أو كان يقبلها وكان مشتركا بين صغيرين أو بين وقفين، فلكل مالك مشتاع الحصول على إذن من القضاء للقيام منفردا بأعمال الحفظ، وينفذ عمله في حق جميع الشركاء مراعاة لمصلحة الصغير والوقف.

أما إذا كان المال الشائع يقبل القسمة ولم يكن بين الشركاء صغير ولا وقف، فلا يستطيع أحد الشركاء القيام بها منفردا إلا بموافقة الباقين، وإنفاقه على ذلك من ماله الخاص يعد تبرعا منه لعدم اضطراره[3].

د. المذهب الحنبلي:

الرأي الراجح في المذهب الحنبلي هو أن لكل مشتاع أيا كان مقدار حصته الحق في القيام بالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع، دون حاجة لموافقة باقي الشركاء أو الحصول على إذن القضاء سواء أكان المال يقبل القسمة مثل العَرْصَة[4]، أو لا يقبلها مثل الدولاب[5] ذلك أن حفظ المال الشائع بأسرع وقت يحقق المصلحة المشتركة للشركاء ويدفع الضرر عنهم[6]، وهذا الرأي هو الراجح إذ يتفق مع نصوص القانون المدني.

---

[1] شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص365.
[2] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص292.
[3] شمس الدين أحمد الرملي، (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص300.
[4] العَرْصَة: هي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء وجمعها العراص.
راجع: محمد بن أبي بكر الرازي، المعجم السابق، ص424.
[5] الدولاب: الآلة التي تديرها الدابة ليستقى بها.
راجع:
- أحمد المقرئ، المصباح المنير، بيروت، دار القلم، دون سنة نشر، ص150.
- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، القاهرة، دار المعارف، ص305.
[6] موفق الدين قدامة، (المغني، الجزء السابع...)، مرجع سابق، ص ص 49، 50.

الفرع الثاني: الشيوع في حق انتفاع.

إذا كانت نصوص القانون المدني المذكورة سابقا والتي خولت لكل شريك في الشيوع الحق في القيام منفردا بأعمال الحفظ، وردت عامة تنطبق على كافة أنواع الشيوع بما فيها حق الانتفاع فيستطيع القيام منفردا بالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء، وتسري هذه الأعمال في حقهم كأنها صادرة منهم بالإجماع.

إلا أن التساؤل المطروح هنا هو مدى استطاعة المنتفع بالمال الشائع القيام منفردا بالتدابير اللازمة لحفظه دون حاجة لموافقة صاحب حق الرقبة، وإن كانت هذه الأعمال تنفذ في حقه رغم معارضته لها أم لا؟.

أجاب **المشرع الفرنسي** على هذا السؤال ولكن بطريقة عكسية من خلال نص المادة رقم 815 مكرر4/2 مدني فرنسي والتي جاء فيها:

(Lorsque des biens indivis sont grever d'un usufruit, ces pouvoirs sont opposables à l'usufruitier dans la mesure ou celui-ci est tenu des réparations)[1].

بمعنى أنه عندما تكون الأموال الشائعة مثقلة بحق انتفاع، فإن من يمارس هذه السلطات يستطيع الاحتجاج بها في مواجهة المنتفع.

وعليه فقد أجاز لكل صاحب رقبة على الشيوع القيام منفردا بالتدابير اللازمة لحفظ المال الشائع دون حاجة لمواجهة صاحب حق الانتفاع، فتسري هذه الأعمال في مواجهته حسب النص السابق[2].

ولما كان المشرع الفرنسي لم يمنح هذا الحق صراحة لصاحب حق الانتفاع، إلا أن الفقه أجمع بعد صدور القانون رقم 1286-76 على أن له القيام بكافة التدابير اللازمة لحفظ المال الشائع، دون حاجة لموافقة صاحب حق الرقبة وتسري هذه الأعمال في مواجهته كما لو كانت صادرة بموافقته.

وتبرير ذلك أنه رغم غياب الشيوع بين صاحب حق المنفعة وصاحب حق الرقبة لاختلاف طبيعة حق كل منهما، إلا أن المصلحة المشتركة تبرر لكل منهما القيام منفردا

---

[1] L'article N° 815-2/4 du loi N° 76-1286 Préc.

[2] أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص294.

بأعمال الحفظ حفاظا على المال الشائع، وتمكينا للمنتفع من الانتفاع دون تلف أو هلاك بعد انتهاء مدة ذلك[1].

وفي **مصر** لم ينظم المشرع المصري حالة اجتماع حق الانتفاع مع حق الرقبة الشائعة أو العكس، غير أنه ليس في نصوص هذا القانون ما يمنع الأخذ بالأحكام الواردة في القانون المدني الفرنسي، لذلك ذهب الفقهاء إلى أن صاحب حق الانتفاع يستطيع القيام بالأعمال التحفظية، ويعتبر في ذلك نائبا عن مالك الرقبة[2].

وإن غاب صراحة نص مادة في **القانون المدني الجزائري** ضمن أحكام الملكية الشائعة يقابل نص المادة رقم 815 مكرر4/2 قانون مدني فرنسي[3]، إلا أنه وطبقا لنص المادة رقم 06 من القانون رقم19/87 التي جاء فيها: (تمنح الدولة المنتجين الفلاحين المعنيين بهذا القانون حق الانتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة...) [4].

وجاءت المادة التاسعة منه محددة لمعنى حق الانتفاع طبقا له، إذ هو حق عيني عقاري يمنح على الشيوع وبالتساوي بين أعضاء المستثمرة، فالحصص فيها متساوية ويمكن التنازل عن هذا الحق ونقله والحجز عليه، أو أن يثقل برهن ويورث ويباع وهو مستمد من الإيجارات الطويلة الأمد المعروفة في الشريعة الإسلامية بالحكر[5].

وعلى هذا الأساس يكون لكل شريك منتفع الحق بالقيام بأعمال الحفظ وصيانة المستثمرة الفلاحية وقبض حقوقها والقيام بالترميمات الضرورية والأعمال الإدارية الضرورية لحسن سير المستثمرة[6].

زيادة على ذلك فإن التزام كل شريك في المستثمرة الفلاحية بالاستغلال والمشاركة في الأشغال بصفة شخصية طبقا للمادة رقم 21 من هذا القانون هو في حد ذاته حفظ وصيانة لها

---

(1) أنظر في ذلك:

- Dagot Michel, OP.Cit, P69.
- Pierre Catala, Art.Préc, P51.

(2) د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 102، 103.

(3) عمر حمدي باشا،(القضاء العقاري...)، مرجع سابق، ص77.

(4) المادة رقم 06، من القانون رقم 19/87، المؤرخ في 08 ديسمبر1987، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

(5) ليلى زروقي، التقنينات العقارية، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص99.

(6) بن يوسف بن رقية، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص172.

من الإهمال والتلف والضياع، فحصة العمل فيها شخصية لذلك وجب على الشريك السهر والمحافظة على مصالح المستثمرة مثلما يفعله في تدبير مصالحه الخاصة[1].

وهذه الحالة الخاصة بالشيوع في حق انتفاع، لم نرى تنظيما لها في **الفقه الإسلامي.**

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحق الشريك القائم بالحفظ.

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك القائم بأعمال الحفظ والصيانة منفردا دون الحصول على موافقة باقي الشركاء بل وحتى رغم اعتراضهم، فذهب البعض إلى أن المالك المشتاع عند قيامه بذلك حسب ما تم ذكره سابقا من أحكام، يعد فضوليا إذ تتحقق لو كان هذا الأخير أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأنا لغيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر طبقا للمادة رقم 151 قانون مدني جزائري، فيلتزم بذلك هذا الشريك بالتزامات الفضولي ويتمتع بحقوقه[2].

ولقد انتقد هذا الرأي على أساس أن نصوص الفضالة تعطي للفضولي الحق في مطالبة رب العمل –باقي الشركاء- برد النفقات الضرورية لكنها لا تخول الغير هذا الحق إلا بتعاقد الفضولي باسم رب العمل(المادة رقم 1375 مدني فرنسي)، في حين أن نصوص القانون المدني الوضعي قد وقفت بجانب الغير في هذا الصدد وخولته حق مطالبة الشريك القائم بأعمال الحفظ، وكذلك مطالبة الشركاء الباقين كل منهم في حدود حصته بالوفاء بالديون الناشئة عن أعمال الحفظ،(المادة رقم 815 مكرر2/2 مدني فرنسي)، سواء تعاقد الشريك القائم بأعمال الحفظ باسمه هو أم باسم جميع الشركاء، وإن كان الشركاء الباقون موافقين على ما قام به الشريك المعمر أم رافضين لذلك[3].

ويرى السنهوري أن الشريك إذا قام بعمل من أعمال الحفظ بعلم شركائه ودون اعتراضهم عد وكيلا عنهم، فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة إليهم، فيرجع بدعوى الفضالة على شركائه الآخرين.

---

(1) أنظر المواد رقم: 18، 19، 21، من القانون رقم 19/87، سابق الذكر.

(2) راجع:
- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص296.
- زبير بخوش، المذكرة السابقة، ص ص 70، 71.

(3) Revet Bout, La gestion d'affaire, En droit français contemporain, Thèse Aix-en-Provence, Librairie générale de droit, 1972, P295.

أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ رغم الاعتراض، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب[1].

وهذا الرأي رغم وجاهته إلا أنه يؤدي إلى صعوبة رجوع الشريك القائم بأعمال الحفظ على شركائه في حالة اعتراضهم أو عدم علمهم بالأعمال، كما يلقي عبء إثبات العلم على عاتق الشريك القائم بأعمال الحفظ، مما يتعارض مع صراحة نص القانون بإعطاء هذا الحق لكل شريك مشتاع دون الحاجة لموافقة باقي الشركاء[2].

والرأي الراجح في **فقه القانون المدني الوضعي والفقه الإسلامي** أن الشريك في الشيوع القائم بأعمال حفظ المال الشائع، يعتبر نائبا قانونيا عن باقي الشركاء إذ يقوم بذلك باعتباره أصيلا عن نفسه ووكيلا عن شركائه سواء اعترضوا أو وافقوا عليه، علموا أم لم يعلموا به ويستطيع الرجوع على شركائه الآخرين بدعوى الوكالة، للاشتراك معه في النفقات اللازمة لحفظ المال الشائع[3].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في الجزائر في غرفتها المدنية بتاريخ 22 نوفمبر1994 بما يلي: "ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة برفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض"[4].

وبترجيح هذا الرأي نهيب **بالمشرع الجزائري** الأخذ بهذا التكييف صراحة في نصوص القانون المدني المتعلقة بتنظيم الملكية الشائعة، لقطع الخلاف حول ذلك والتأكيد على أن النيابة **قانونية.**

---

(1) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص724.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص297.

(3) راجع:
- د.شفيق شحاته، شرح القانون المدني الجديد في الأموال، القسم الأول، القاهرة، المطبعة العالمية، 1951 ص168.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص ص171 172.
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص87.
- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 150.
- Revet Bout, Thése Préc, P P207,208.

(4) قرار الغرفة العقارية رقم 116228، المؤرخ في 22 نوفمبر1994، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثالث، 1994، ص142.

فيصبح نص المادة رقم 718 مدني جزائري كما يلي:(لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء.

ويعتبر في قيامه بهذه الأعمال نائبا عن الباقين).

المبحث الثاني: نفقات استغلال المال الشائع.

نفقات استغلال المال الشائع هي ذاتها نفقات وتكاليف حفظ وإدارة المال الشائع وذلك أن الأعمال القانونية والمادية التي يتم تنفيذها لغرض الحفظ والإدارة تستوجب مصاريف وتكاليف محددة يقوم بها الشريك [1].

وعليه يطرح التساؤل كما يلي: إذا قام الشريك منفردا بدفع نفقات إدارة المال الشائع أو حفظه وصيانته أو دفعه الضرائب المستحقة عليه أو غيرها، فهل يتحملها وحده؟، أم أنه يرجع بها على شركائه كل بنسبة حصته في هذا المال؟.

الإجابة عن التساؤل السابق يؤدي بنا إلى دراسة هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: مساهمة الشريك في النفقات.

- المطلب الثاني: استخدام أموال الشيوع في الإنفاق.

المطلب الأول: مساهمة الشريك في النفقات.

إذا قام أحد الشركاء بالإنفاق على أعمال الحفظ والإدارة من ماله الخاص، فإنه يحق له الرجوع على شركائه الباقين للإسهام معه في هذه النفقات كل بقدر حصته[2]، وهو حكم متفق عليه في القانون المدني الجزائري، القانون المدني المصري، القانون المدني الفرنسي القانون المدني الأردني، ثم في الفقه الإسلامي.

إذ نصت المادة رقم 719 من القانون **المدني الجزائري** على أنه:(يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه

[1] عبد اللطيف كرازي، الأطروحة السابقة، ص113.

[2] د.جمال فاخر النكاس، (نظام الملكية السياحية)، مجلة الحقوق، الصادرة عن جامعة الكويت كلية الآداب، السنة العشرون، العدد الثاني، 1996، ص ص 108، 109.

وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المفرزة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك)[1].

وما هذا النص إلا تطبيقا للقواعد العامة، فلما كان جميع الشركاء متساوون في ملكية المال الشائع وينتفعون به على قدر حصصهم فيه، فيكون من الطبيعي اشتراكهم في نفقات حفظه وصيانته وترميمه وكذا الضرائب المفروضة عليه أو جني الثمار قبل التلف أو قطع التقادم أو تعيين الحدود ومصاريف الدعاوى التي رفعت للحفاظ على المال الشائع، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المفرزة على المال كفوائد الديون وأقساطها وغير ذلك[2] على فرض عدم وجود اتفاق بين الشركاء يقضي بغير ذلك.

ومعنى ذلك أنه للشركاء الاتفاق فيما بينهم على نسبة أخرى في توزيع النفقات أو على إعفاء أحدهم من الاشتراك فيها [3].

وفي فرنسا تنص المادة رقم 815 مكرر3/2 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

(A défaut de fonds de l'indivision, il peut obliger ses coïndivisaires à faire avec lui les dépenses nécessaires)[4].

ومعناها أنه يستطيع الشريك المنفق إجبار شركائه الباقين على الاشتراك معه في النفقات الضرورية في حالة عدم وجود مال شائع تحت يديه.

---

[1] هذا النص يقابله في القوانين العربية:
- المادة رقم 831 قانون مدني مصري.
- المادة رقم 846 قانون مدني ليبي.
- المادة رقم 815 مكرر3.2/2 مدني فرنسي.

[2] راجع:
- د.محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الدار الجامعية للطباعة والنشر 2000، ص88.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص358.
- Marcel Planiol et George Ripert, Traité pratique de droit civil Français, Tome 03, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, P286.
- D.Duppont Delestraint, Droit Civil, 5eme édition, Paris, Dalloz, 1977 P27.

[3] راجع:
- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص316.
- وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص99.

[4] Article N° 815-2/3 du loi N°76-1286 Préc.

ويؤخذ عليه أنه نص عام ينطبق على كل النفقات اللازمة لأعمال الحفظ والإدارة، إلا أن نفقات الأعمال المحسنة للمال الشائع لا تدخل فيه[1].

وفي **الفقه الإسلامي** جاء في كتاب كشاف القناع للبهوتي ما نصه:(قال الإمام أحمد ما أنفق على المال المشترك فعلى المال بالحصص)[2].

فهو كذلك نص عام انطبق على كافة نفقات المال الشائع سواء تعلقت بالأعمال اللازمة لعمارته أو التصرف فيه، بالمفهوم الواسع للتصرف والذي تدخل فيه أعمال الإدارة وكذلك سائر التكاليف الأخرى التي يتحملها المال الشائع[3].

وهكذا فإنه لا توجد قواعد خاصة في الأنظمة القانونية السابقة تنظم طريقة رجوع الشريك المنفق على شركائه الباقين للإسهام معه فيما سبق له إنفاقه على المال الشائع، مما يجبرنا على تطبيق القواعد العامة في ذلك.

وعليه فإن حق الشريك المنفق على أعمال الحفظ في الرجوع على شركائه بما أنفقه كل بقدر حصته مقيد بعدم رجوع ما أصاب الشيء الشائع من تلف إلى خطئه.

فإذا أصلح الشريك ما أصاب الشيء الشائع من تلف ناتج عن خطئه فلا يعتبر عمله عندئذ عملا من أعمال الحفظ بل هو رفع للضرر عينا عن شركائه، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح على الشركاء الباقين، إذ قضت محكمة النقض المصرية في غرفتها المدنية –تطبيقا لذلك- بتاريخ 15 ديسمبر1988 أنه:" لئن كان من الأصول المفرزة وفقا لنص المادتين 830 و831 من القانون المدني أن للشريك في الشيوع ودون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوي في ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ويلتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتقسم عليهم كل بقدر حصته في الملكية، إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثرا بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصيب العقار بالتلف بسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن

---

(1) أنظر:

-Thierry Rivet, (Propriété et droit rééls), Revue Trimestrielle de Droit Civil, Dalloz, N°03/2008, P516.

- Dagot Michel, Op.Cit, P182.

- Francois Xavier Testu, Op.Cit, P540.

(2) منصور إدريس البهوتي، (كشاف القناع، الجزء الأول...)، مرجع سابق، ص503.

(3) راجع:

- أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص301.

- P.Jean Louis Bergel, (Propriété), Revue de droit immobilier, Paris Dalloz, N°02-1999 P188.

مسؤوليته عن تعويض ما حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس قواعد المسؤولية العقدية إذا كان انتفاعه بالعقار محكوما باتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إذا انتفى العقد.

والتعويض إما أن يكون عينا وهو الأصل ويحول إلى عوضه، أي التعويض النقدي إن تعذر التعويض عينا، فإن أصلح الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن ذلك لا يعتبر عملا من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عينا عن المضرورين دون الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة"[1].

وفي التشريع المدني الوضعي: يجوز لكل شريك أن يتخلص من دفع حصته في نفقات المال الشائع إذا تخلى عن حقه في هذا المال استنادا للقواعد العامة التي تجيز التخلص من أي التزام عيني، بتخلي من يقع عليه الالتزام عن حقه العيني في هذا الشيء[2]، فيترتب على ذلك أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء كل بقدر نصيبه في المال الشائع، ويتحملون النفقات كل بقدر حصته الجديدة، أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم[3].

وإن كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل ذلك وشهره وفقا لأحكام الشهر العقاري[4].

ورغم ذلك فإن الشريك لا يستطيع التخلي إذا كانت نفقات المال الشائع راجعة إلى خطأ من جانبه، كأن أتلف المال الشائع بخطأ منه، إذ في هذه الحالة يتحمل وحده نتيجة خطئه

---

(1) قرار مدني مؤرخ في 15 ديسمبر1988، صادر عن مجموعة المكتب الفني، السنة التاسعة والثلاثون، ص1318.

(2) لتفصيل أكثر راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص727.
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص96.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص172.

(3) راجع:
- د.محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص96.
- د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص88.
- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص118.

(4) راجع:
- د.شفيق شحاته، المرجع السابق، ص170.
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص396.

ويقع على عاتقه وحده نفقات حفظ المال وصيانته، فلا يستطيع التخلص من هذا الالتزام بتخليه عن حصته[1].

هذا وقد انتقدت فكرة التخلي على أساس أنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة[2]، ويظهر ذلك فيما لو أنفق أحد الشركاء نفقات باهظة لإصلاح الشيء، ثم هبطت أسعار السوق لدرجة أن ثمنه لو بيع لن يغطي ما أنفق على إصلاحه، إذ يستطيع بقية الشركاء الإفلات من تحمل نصيبهم في الإصلاح عن طريق التخلي عن حصصهم في الشيء.

وبذلك يتحمل الشريك منفردا نفقات الإصلاح مع أنها تربوا على قيمة الشيء الذي أصبح مملوكا له نتيجة قيام شركائه بالتخلي عن حصصهم فيه، وهو أمر غير مقبول والأولى تحمل جميع الشركاء نفقات إصلاح وحفظ المال الشائع، فيواجهوا جميعا احتمال تقلبات الأسعار، ومن ثم نقصان ثمنه في الأسواق عما أنفق فيه إعمالا لمبدأ المساواة بينهم جميعا[3].

وحتى نوضح ذلك نعطي مثالا عن عدة شركاء لسيارة تحطمت في حادث اتفقوا على إصلاحها وقام أحدهم بالإنفاق على ذلك، ثم هبطت أسعار السيارات وتبين بعد الإصلاح أنها لا تساوي ما أنفق عليها.

وبتطبيق القاعدة العامة يجوز لسائر الشركاء من غير من أنفق على الإصلاح التخلي عن حصصهم، وتصبح ملكا خاصا للشريك المنفق، فيتهربون بذلك من تحمل نصيبهم في نفقات إصلاحها والفرض أنها تربو على قيمة السيارة[4].

لذلك نوصي **المشرع الجزائري** أن يورد استثناء على قاعدة التخلي، تنص على أن الشريك لا يستطيع التخلص من التزامه بالاشتراك في نفقات المال الشائع عن طريق تخليه عن حصته، إذا أدى هذا إلى إضرار بحق الشريك المنفق.

---

(1) د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، ص173.

(2) لقد اختلف المشرع المغربي عن غيره من التشريعات والآراء الفقهية حول إمكانية التخلي ولم ينص على ذلك، بل أعطى للشريك الذي يريد التخلص من هذا الالتزام أحد الحلول الثلاث حسب نص الفصل رقم 968 من قانون الالتزامات والعقود، وهي إما:
- أولا: بيع نصيبهم مع حفظ حق المالك على الشياع الذي عرض تحمل المصروفات في أن يشفع الحصص المبيعة.
- ثانيا: تركهم للمالك المنفق الانتفاع بالشيء المشاع حتى استيفاء ما أنفقه.
- ثالثا: طلبهم القسمة.

(3) راجع:
- د. محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص126.
- د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص518.
- P.Jean Louis Bergel, (Propriété), Art.Préc, P188.

(4) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص305.

المطلب الثاني: استخدام أموال الشيوع في الإنفاق.

وسندرس هذا المطلب من خلال فرعين كما يلي:

الفرع الأول: استخدام أموال الشيوع الموجودة في حوزة الشريك.

لقد اعترف **المشرع الفرنسي** لكل مالك مشتاع بالحق في استخدام المبالغ الخاصة بالمال الشائع التي في حوزته للإنفاق على أعمال حفظه، إذ بعد اعترافه لكل مالك مشتاع بالحق في القيام منفردا بأعمال حفظ المال الشائع دون حاجة لموافقة الشركاء الباقين في الفقرة الأولى من المادة رقم 815 مكرر2، نصت في فقرتها الثانية على أنه:

(…Il peut employer à cet effet fonds de l'indivision de tenus par lui et il est réputé en avoir la libre disposition à l'égard des tiers).

بمعنى أنه :(للمالك المشتاع في هذا الصدد استخدام المبالغ الخاصة بالمال الشائع التي في حوزته للإنفاق على أعمال الحفظ، وله في سبيل ذلك حرية التصرف فيها في مواجهة الغير).

إذ يعالج النص فرض ما إذا كان هناك مبالغ خاصة بالمال الشائع أو ثماره تحت يد أحد الشركاء، كأن يكون وكيلا عن الباقين في تحصيل عائد المال الشائع كأجرته، أو في بيع ثماره والحصول على ثمنها، أو مودعا عنده مبالغ للشيوع بمقتضى عقد وديعة بينه وبين الشركاء الآخرين، أو أن يضع مستأجر المال الشائع صكا بمبلغ الأجرة لحساب هذا الشريك[1].

وفي هذه الحالات يستطيع الشريك بمقتضى نص المادة رقم 815 مكرر2/2، استخدام المال الذي في حوزته للإنفاق على أعمال حفظ المال الشائع بالقدر اللازم لذلك، دون حاجة لموافقة شركائه الباقين أو للحصول على إذن قضائي، ويعتبر ذلك حقا له[2] ، غير أنه إذا كان الشريك ناقصا أو عديم الأهلية فإن ممثله القانوني - الوصي أو الولي- يحل محله[3].

أضف إلى ذلك فإنه للمالك المشتاع التصرف في المبالغ الخاصة بالمال الشائع التي تحت يديه إلى الغير، بالقدر اللازم للإنفاق على أعمال الحفظ، فيظهر أمام الغير المالك الوحيد للمال تشجيعا من **المشرع الفرنسي** للمتعاملين مع الغير، وتسهيلا لهم في الحصول

(1) Pierre Catala, Art.Préc, P52.
(2) Dagot Michel, OP.Cit, P87.
(3) Pierre Catala, Art.Préc, P52.

على حقهم من المبالغ الخاصة بالمال الشائع الموجودة تحت يد الشريك المتعامل معهم، وهذا ما أضافه المشرع الفرنسي على النصوص المنظمة للشيوع، مستجيبا بذلك لمقتضيات سرعة التعامل ومحققا بها مصلحة مجموع الشركاء[1].

أما في **الجزائر** فلا مثيل لهذا النص في التقنين المدني الجزائري، رغم أنه ذو أهمية بالغة، تسهل للشريك الذي يريد القيام بأعمال الحفظ، الحصول على نفقاته من المبالغ الخاصة بالمال الشائع الموجودة في حوزته، دون حاجة الرجوع على شركائه الباقين، وما يترتب على ذلك من إجراءات طويلة قد تدفع الشريك إلى الإحجام عن القيام بهذه الأعمال مما يعرض المال الشائع والمصلحة المشتركة للخطر، لذا نوصي بالأخذ بهذا الحكم في نصوصه.

وفي **الفقه الإسلامي** هناك نصوص تشبه الحكم الوارد في نص المادة رقم815 مكرر2/2 من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء في كتاب شرح الصغير للدردير ما نصه: " فالغلة الحاصلة من تلك الرحى بعد تعميرها (لهم) أي للثلاثة (بعد أن يستوفي المعمر منها)، وأي من غلتها (ما أنفق) على عمارتها"[2].

وجاء في المادة رقم 1313 من مجلة الأحكام العدلية ما نصه:(إذا احتاج الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة إلى العمارة وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيصرف عليه قدرا معروفا من المال بإذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصاريف الحفظ دينا له عليه، وله أن يستوفي دينه من أجرته بإيجار ذلك الملك المشترك...).

وعليه فللمالك المشتاع الذي قام بأعمال الحفظ بمسوغ شرعي، الحق في استيفاء النفقات من غلة المال الشائع كأجرته أو ثمن ثماره.

الفرع الثاني: الإذن القضائي باستخدام المبالغ الخاصة بالمال والموجودة لدى الغير.

انفرد **المشرع الفرنسي** في قانون 1976 بتنظيم طريقة جديدة لتمويل أعمال الحفظ والإدارة بموجب نص المادة رقم 815 مكرر2/6 إذا جاء فيها:

---

(1) Philipe Jestaz, (Organisation de l'indivision), Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, Dalloz, 1977, P388.

(2) أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب مسالك مذهب الإمام مالك، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي دون سنة نشر، ص478.

(Il peut notamment, autoriser un indivisaire à percevoir des débiteurs de l'indivision ou des dipositaires de fonds indivis une provision destinée à

faire face aux besoins urgents en prescrivant, au besoin les conditions de l'emploi.

Cette autorisation n'entraîne pas prise de qualité pour le conjoint survivant ou pour l'héritier).

ومعناه:(لرئيس المحكمة الابتدائية الإذن لأحد الشركاء بمطالبة مديني الشيوع أو المودع عندهم مبالغ الشيوع بقدر من هذه الأموال يكفي لمواجهة الحاجات العاجلة ويحدد القاضي في هذه الحالة، إذا اقتضى الأمر ذلك طريقة استخدام هذه الأموال).

أي أن كل مالك مشتاع لا يوجد تحت يديه مبالغ خاصة بالمال الشائع له المطالبة باستخدام ما وجد منها لدى الغير بالقدر الكافي، للاتفاق على التدابير العاجلة، التي يريد القيام بها بهدف حماية المصلحة المشتركة.

وإذا كان هذا النص يلعب الدور البارز في استخدام هذه الأموال عن طريق إذن قضائي فإنه يشترط لتطبيقه عدم وجود مبلغ خاص بالمال الشائع تحت يد الشريك، فضلا على كون العمل المطلوب القيام به استجابة لحاجة عاجلة، فيحقق المصلحة المشتركة مثل الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع[1]، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية المطلقة في تقدير وجود حالة استعجال، أو غيابها لتطبيق هذا النص[2].

كما يشترط لقبول طلب الشريك استخدام المبلغ الخاص بالمال الشائع الموجود لدى الغير ألا يكون للغير الحائز حق فيه، إذ لا يستطيع المطالبة بأجرة المال الشائع التي لم يحل أجلها، بينما له طلب المبلغ الخاص بالمال الشائع الموجود لدى المودع عنده سواء كان أحد الشركاء أو بنكا أو مؤسسة مالية أو موثق للعقود[3].

---

[1] راجع:

- Pierre Catala, Art.Préc, P55.
- Breton, Mazaud, Droit Civil, Tome 04, Paris, Montcherestien, 1989, P427.

[2] Civil 1ere, 8 Janvier 1991, Bulletin Civil I, N°11-1991, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1991, P78.

[3] Pierre Catala, Art.Préc, P56.

وبتوافر الشروط السابقة، لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة الإذن للشريك بتحصيل ديون المال الشائع المستحقة الأداء بالقدر الكافي، للإنفاق على العمل الذي يحقق الحاجة العاجلة، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحدد مقدار المبلغ المسموح به على وجه الدقة وفرض طريقة معينة لاستخدام هذا المبلغ يلتزم الشريك بإتباعها، أو بأمره بتقديم ضمانات كافية كالكفالة لحماية حقوق الشركاء الباقين[1].

وباعتبار هذا النص الذي لا مثيل له **في القانون المدني المصري، والجزائري ولا في الفقه الإسلامي، يحقق الحاجة العملية** في تيسير تمويل أعمال الحفظ والإدارة التي لا تحتمل التأخير وتحقيق المصلحة المشتركة، ومن ثمة نوصي **المشرع الجزائري** بالأخذ به.

المبحث الثالث: توزيع ثمار المال الشائع.

إذا كانت قاعدة تراكم الثمار والإيرادات هي القاعدة العامة التي تحكم توزيع ثمار المال الشائع وإيراداته **في القانون المدني الفرنسي،** فإنه ومراعاة للمصلحة المشتركة للشركاء من جهة والمصلحة الفردية لكل شريك من جهة أخرى، أورد المشرع عليها قيودا معينة وقواعدا لتوزيع الثمار في حالات خاصة، لذا سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

- المطلب الأول: قاعدة تراكم الثمار والإيرادات.
- المطلب الثاني: تطبيقات توزيع الثمار.

المطلب الأول: قاعدة تراكم الثمار والإيرادات.

وسنتطرق لهذه القاعدة من خلال إيضاح المقصود بها، ثم القيود الواردة عليها من خلال فرعين كما يلي:

الفرع الأول: معنى قاعدة تراكم الثمار والإيرادات.

يقصد بها إضافة الثمار والإيرادات الناتجة من استغلال المال الشائع طوال فترة الشيوع إلى المال الشائع إلى حين توزيعها على جميع الشركاء كل بقدر حصته.

وقد تم النص على هذا المبدأ في المادة رقم 815 مكرر2/10 مدني فرنسي والتي جاء فيها:

---

[1] Dagot Michel, OP.Cit, P253.

(Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivis, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise)[1].

ومعناها :(تضاف ثمار وإيرادات المال الشائع إلى الشيوع، ما لم يكن هناك قسمة مؤقتة بين الشركاء أو أي اتفاق آخر ينظم الانتفاع بالمال الشائع)[2].

وبذلك خرج هذا النص عن قاعدة الأثر الكاشف للقسمة طبقا لما اقتضته ضرورة تضامن الشركاء فيما بينهم، إذ يستفيد من ثمار وإيرادات المال الشائع جميع الشركاء، حتى من وقع في نصيبه بمقتضى القسمة النهائية جزءا مفرزا من المال الشائع لا ينتج أي ثمار أو إيرادات طوال فترة الشيوع، فمن حقه نسبة تعادل حصته[3].

فإن كان المال الشائع مبنى سكنيا مكونا من عدة أدوار، وكان مؤجرا بكافة أدواره عدى الأرضي منه طوال فترة الشيوع بأجرة كبيرة، توزع هذه الأجرة المحصلة طوال فترة الشيوع على جميع الشركاء كل بنسبة حصته بغض النظر عن نتيجة القسمة النهائية التي بمقتضاها سيقع في نصيب أحدهم الدور الأرضي، الذي لم يدر ثمارا ولا إيرادا طوال فترة الشيوع[4].

ونص المادة سابق الذكر جاء عامّا، ينطبق على جميع ثمار المال الشائع ومبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه المالك المشتاع المستأثر باستعماله كله، أو جزء منه حسب نص المادة رقم 815 مكرر2/9[5].

ورغم الدور البالغ الذي لعبه نص المادة رقم 815 مكرر10 إلا أنه قد وردت عليه قيودا كثيرة نوردها كما يلي:

---

(1) Article N° 815-10/2 du loi N°76-1286 Préc.

(2) راجع:

-Thierry Rivet, (Propriétés …), Art.Préc, P515.
- P. Gérard Cornu, OP.Cit, P143.

(3) Dagot Michel, OP.cit, P289.

(4) Dominique fiorina, Art.Préc, P544.

(5) P. Frédéric Zenati, (Propriété et droit réels), Revue Trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N° 01-1998, P432.
- P. Hugues Perinet- Marquet, Art.Préc, P611.

الفرع الثاني: القيود الواردة على القاعدة العامة.

وردت في **القانون المدني الفرنسي** عدة قيود على مبدأ إضافة ثمار ومنتجات الأموال الشائعة إلى الشيوع إذ تنقسم بحسب مصدرها إلى قيد قانوني، وقيد اتفاقي، وقيد قضائي نوردها تباعا كما يلي:

أولا: القيد القانوني على القاعدة العامة.

طبقا لنص المادة رقم 815 مكرر3/10 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها:

(Aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera toute fois, recevable plus de cinq ans après la date à l'aquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être)[1].

ومعناها أنه:(لا تقبل أي مطالبة بثمار وإيرادات المال الشائع بعد مرور خمس سنوات من تاريخ تحصيلها أو من الوقت الذي كان يجب أن تحصل فيه)، فإن ثمار وإيرادات المال الشائع تخضع للتقادم الخمسي، لذا فإن هذا النص قد وضع حدا للخلاف بين الفقه والقضاء الفرنسيين السابقين على صدور قانون 1976.

إذ أن القضاء الفرنسي السابق كان يستبعد التقادم الخمسي، المسقط للحقوق الدورية المنتظمة بحجة أن ثمار وإيرادات المال الشائع لا تتوافر فيها شروط الدورية والانتظام فأخضعها للتقادم الثلاثيني[2]، لينتقد هذا الاتجاه على أساس أن تطبيق ذلك من شأنه إرهاق الشريك المشتاع الملزم برد هذه الثمار، ومدة التقادم تبدأ من تاريخ حصول أو إمكانية وجود الثمار، فيطبق على العلاقة بين الشركاء دون علاقتهم بالغير.

وعليه إن حصّل أحد الشركاء ثمار المال الشائع فلا يجوز لشريكه المطالبة بحصته منها بعد مرور خمس سنوات من تاريخ تحصيلها، بينما إذا تم ذلك بواسطة الغير، يستطيع كل منهم مطالبته بحصته في هذه الثمار قبل مرور التقادم العادي وهو ثلاثين سنة حسب نص المادة رقم 2277 مدني فرنسي[3].

---

(1) L'article N° 815-10/3 de loi N° 2006-728 Préc.
(2) Chambre Civil, 28 Avril 1983, Dalloz Périodique, 1984, P329.
(3) Jean Flour, (Pot- Pourriotour d'un arrêt), Défrénoit, Répertoire du notariat, France, Montreuil, N° 1975, P145.

زيادة على ذلك فإن هذا التقادم ينطبق على مبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه الشريك المستأثر بالانتفاع بالمال الشائع[1].

ثانيا: القيد الإرادي على القاعدة العامة.

القيد الإرادي على القاعدة العامة نوعان: الأول يرجع إلى اتفاق الشركاء والثاني يرجع إلى الإرادة الفردية لأحد الشركاء كما يلي:

أ. القيد الاتفاقي:

إذ تم النص عليه في المادة رقم 815 مكرر2/10 مدني فرنسي، وقاعدة إضافة الثمار والإيرادات إلى المال الشائع ليست آمرة مما يمكن للشريك الاتفاق على مخالفتها عن طريق اتفاقهم على قسمة مؤقتة لمنافع الشيء الشائع -ما يشبه قسمة المهايأة في القانون المدني الجزائري والمصري والفقه الإسلامي-، فيستأثر بذلك كل شريك بثمار وإيرادات الجزء الذي آل إليه بمقتضى هذه القسمة طوال مدتها[2].

وقد يتفق الشركاء على تعيين أحدهم مديرا للمال الشائع مع منحه سلطة توزيع ثماره بالطريقة التي يراها مناسبة، فلا تطبق بذلك قاعدة تراكم الثمار[3].

ب. قيد الإرادة الفردية لأحد الشركاء.

بموجب نص المادة رقم 815 مكرر1/11 والتي نصها:

(Tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices, déduction faites des dépenses entraînées par les actes aux quels il a consenti ou lui sont opposables)[4].

والتي معناها:(يستطيع كل مالك مشتاع المطالبة بنصيبه السنوي من أرباح المال الشائع بعد خصم مصروفات الأعمال التي قام بها أو التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهته)[5]، فالمالك يستطيع المطالبة بنصيبه في الأرباح السنوية، إذ يختلف ذلك عن القيد الاتفاقي في أنـه اختصاص كل شريك بثمار الجزء الذي آل إليه بمقتضى الاتفاق، فلا تضم

(1) François Xavier Testu, OP.Cit, P564.
(2) Dagot Michel, OP.Cit, P308.
(3) Francois Xavier Testu, Op.Cit, P260.
(4) L'article N° 815-11/1 de loi N° 76-1286 Préc.
(5) Thierry Rivet, (Propriéties et droit réels), Art.Préc, P515.

في هذه الحالة الثمار منذ البداية إلى المال الشائع، بينما في قيد الإرادة المنفردة تضاف إليه ليستطيع كل شريك المطالبة بنصيبه السنوي من الأرباح[1].

وكملاحظة مسجلة على نص المادة رقم 815 مكرر1/11 مدني فرنسي، فإنها قد شجعت الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول دون الحاجة لطلب القسمة، على أساس أن كلا منهم يستطيع بالإرادة المنفردة الحصول سنويا على نصيبه من أرباح المال الشائع دون حاجة إلى موافقة الشركاء الباقين[2]، فيطرح التساؤل هنا حول تحديد اليوم الذي يستطيع فيه المالك المشتاع المطالبة سنويا بحصته في الأرباح.

وأجاب على هذا التساؤل الأستاذ داجو، باليوم الذي نشأ فيه الشيوع ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على ميعاد آخر[3].

كما أن نص المادة سابقة الذكر لم يحدد المقصود بالأرباح، إلا أنه أسقط منها مصروفات الأعمال التي قام بها الشريك المطالب بحصته السنوية، وكذا المصروفات التي يحتج بها في مواجهته، كأعمال الإدارة وحفظ المال الشائع، فذهب بذلك فريق من الفقه إلى أن أرباح المال الشائع هي ثماره وإيراداته مخصوم منها مصروفات الأعمال القانونية التي تمت أثناء الشيوع[4].

ويطرح تساؤلا آخرا مقتضاه كيفية حساب حصة كل شريك في أرباح المال الشائع خاصة إذا طالب بها، وأجابت على ذلك المادة 815 مكرر2/11 مدني فرنسي بأن موثق العقود هو المختص بالحساب عن طريق محضر جرد لكافة ثمار وإيرادات المال الشائع، ثم خصم نفقات الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت قبل ذلك، ليوزع الباقي على جميع الملاك كل بحسب حصته، هذا ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على خلاف ذلك.

ثالثا: القيد القضائي على القاعدة العامة.

جاء في نص المادة رقم 815 مكرر 3/11 قانون مدني فرنسي ما يلي:

(En cas de contestation, le président du tribunal de grande instance peut ordonner une réparation provisionnelle des bénéfices sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive).

(1) Dagot Michel, OP.Cit, P134.
(2) Dagot Michel, OP.Cit, P135.
(3) Dagot Michel, OP.cit, P135.
(4) Dagot Michel, OP.Cit, P136.

بمعنى أنه:(في حالة الاعتراض يستطيع رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يأمر بقسمة وقتية لأرباح المال الشائع مع أخذها في الاعتبار عند التصفية النهائية للمال الشائع).

فرئيس المحكمة الابتدائية له أن يأمر بتقسيم وقتي لأرباح المال الشائع بناء على طلب أحد الشركاء عند اعتراض أحدهم.

إذ يفترض في ذلك أن أحد الشركاء أو بعضهم قد طالبوا بنصيبهم السنوي في أرباح المال الشائع، فاعترض الباقون، لذا من حقهم اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة لتقسيم وقتي للأرباح[1]، ويكون دور القاضي هنا احتياطيا يشبه دوره في قسمة المال الشائع[2].

وإن كان القاضي يتولى توزيع أرباح المال الشائع وفق المادة رقم 815 مكرر 3/11 مدني فرنسي توزيعا وقتيا، فإن النص أوضح صفة الوقتية مرتين الأولى في وصفه صراحة التوزيع بأنه وقتي - Provisionnelle- والثانية في نهاية النص عندما قيد هذا التوزيع بأن يأخذه القاضي في اعتباره عند القسمة النهائية للمال الشائع.

(sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive).

المطلب الثاني: تطبيقات توزيع الثمار.

كما سبق وأن ذكرنا فإن المشرع الفرنسي تناول القاعدة العامة التي تحكم توزيع ثمار وإيرادات المال الشائع، والقيود الواردة عليها من خلال نصوصه في القانون المدني، لينظم بعدها الأوضاع الخاصة المتعلقة بتوزيع الثمار.

إذا منح لكل شريك الحق في اقتضاء مقدمة مالية من النقود المتوفرة في الشيوع بضمان حصته، كما ألزم الشريك المدير برد صافي الثمار المتولدة عن إدارته ومنحه الحق في الحصول على أجر نظير هذه الإدارة، وسندرس كل ذلك من خلال فرعين كما يلي:

الفرع الأول: اقتضاء مقدمة مالية بضمان الحصة.

إذا استمرت الملكية الشائعة مدة طويلة فالشريك قد يحتاج إلى مبلغ مالي يلبي حاجاته الخاصة، فيبدي الرغبة في أخذ المال المتوفر في الشيوع دون طلب القسمة النهائية له.

وتحقيقا لهذه الرغبة من الشركاء في البقاء في الشيوع، ومراعاة لتلبية حاجاتهم الخاصة، منح المشرع المدني الفرنسي كل شريك خروجا على القواعد التقليدية، الحق في

---

(1) Francois Terré, Philippe Simler, OP.Cit, P368.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص318.

طلب مقدمة مالية من المبالغ المتوفرة في الشيوع على أن يخصم من نصيبه عند القسمة النهائية دون حاجة لموافقة باقي الشركاء، وهذا إضافة جديدة وفق القانون رقم1286-76 السابق الذكر[1].

وعليه فإن هذه الحالة نظمت من خلال نص المادة رقم 815 مكرر4/11 مدني فرنسي والتي جاء فيها:

(A concurrence des fonds disponibles, il peut semblablement ordonner une avance en capital sur les droits de l'indivisaire dans le partage à intervenir).

ومعناها أنه:(لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة وفي حدود النقود المتوفرة الأمر على نحو مشابه لأحد الشركاء بمقدمة مالية تخصم من حقوقه في القسمة المستقبلية).

إذ بمقتضى ذلك يستطيع كل مالك مشتاع الحصول على مقدمة مالية من النقود المتوفرة في الشيوع على أن تخصم من نصيبه عند القسمة النهائية، دون حاجة لموافقة الشركاء الباقين أو التنازل عن الحق في الملكية الشائعة والخروج من الشيوع، وهذا مقيد بعدة قيود كما يلي:

الأول: أن تكون هناك أموال كافية متوفرة في الشيوع تشمل الثمار المدنية للمال الشائع كأجرته وكذلك الأرباح المتولدة من المال الشائع، والمال نفسه إذا تحول لنقود ببيع جزء منه دون تقسيم ثمنه.

الثاني: ضرورة صدور قرار قضائي، إذ يجب على الشريك الذي يحتاج إلى مبلغ نقدي طلب ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، لما يملكه من سلطة تقريرية مطلقة في الأمر بهذا المبلغ، إذ يعتبر في ذلك قاضي موضوع وليس قاضيا للأمور المستعجلة[2].

الثالث: أن تكون حقوق الشريك طالب المقدمة المالية في المال الشائع عند القسمة النهائية تزيد على قيمة ما طلبه من نقود، بتحديد من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة.

---

[1] François Xavier Testu, OP.Cit, P 568.
[2] Watine Drouin, Art.Préc, P2387.

وفي حالة طلب عدة شركاء في نفس الوقت مقدمات مالية، فإنه لا يمكن السماح إلا بالتي تزيد حقوق طالبها في القسمة النهائية عليها، لتوزع النقود المتوفرة عليهم كل بنسبة حصته في الشيوع[1].

الفرع الثاني: رد الشريك صافي ثمار الإدارة وأجرته.

جاء في نص المادة رقم 815 مكرر12 قانون مدني فرنسي ما يلي:

(L'indivisaire qui gère un ou plusieurs biens indivis est redevable des produits nets de sa gestion; Il a droit à la rémunération de son activité dans les conditions fixées à l'amiable ou, à défaut, par décision de justice)[2].

ومعناها أنه:(يلتزم الشريك المدير لأحد أو مجموعة من الأموال الشائعة برد صافي الثمار الناتجة عن إدارته، ويحق له أجر مقابل عمله في الإدارة يتحدد بمقتضى الاتفاق، فإن لم يوجد فبواسطة القضاء)[3]، فاشتملت على مبدأين يحكمان نشاط الشريك المدير، الأول: تعلق برد صافي الثمار الناتجة عن إدارته والثاني: بحقه في الحصول على أجر نظير إدارته نتطرق لها كما يلي:

أولا: رد الشريك صافي ثمار إدارته.

وهو المبدأ الأول الذي اشتملته المادة رقم 815 مكرر12 مدني فرنسي، بالتزام الشريك المدير أن يرد الإيرادات الصافية المتولدة عن إدارته، فجاء النص عاما ينطبق على أي شريك مدير سواء مديرا محترفا أو متطوعا، ولو كان مصدر إدارته الاتفاق أم القضاء، فهو يلتزم في كل الأحوال بأن يضع تحت تصرف جميع الشركاء صافي إيرادات إدارته[4].

ويعنى بالإيرادات الناتجة عن إدارته كافة الثمار المتولدة من إدارة المال مع خصم نفقات الإدارة كنفقات أجور مساعدي المدير وحفظ المال الشائع ونفقات نقله وغيرها.

---

(1) Watine Drouin, Art.Préc, P285.
(2) L'article N° 815-12 de loi N° 76-1286 Préc.
(3) - Christian Atlas, Op.Cit, P137.
- P. Christian Atlas et Gérard Champenois, (Chronique de jurisprudence...), Art.Préc, P1519.
(4) Philippe Malaurie, (Composition de la mass indivise dans l'indivision successoraile), Défrénoit, Répertoire du notariat, France, Montreuil, N°5-1989, P3463.

كما يلتزم الشريك بالحفاظ على إيرادات المال الشائع الناتجة عن الإدارة، ووضعها تحت تصرف الشركاء الآخرين، وفق نص المادة رقم 815 مكرر 8 مدني فرنسي[1].

ثانيا: حق الشريك في الأجر.

وفق الشق الثاني من المادة رقم 815 مكرر12 مدني فرنسي سابقة الذكر، فإن مدير الشيوع يستحق أجرا مقابل عمله في الإدارة[2]، مما يشجع كل شريك على القيام بذلك[3].

أضف إلى ذلك يحدد مقدار الأجر وميعاده باتفاق الشركاء أو بواسطة القضاء، من طرف رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، الذي ينظر كافة المشاكل المتعلقة بالشيوع وله السلطة التقديرية الواسعة في تحديد الأجر ومواعيده مع السماح للمدير باقتطاع هذا الأجر من الثمار والإيرادات ومطالبة المودع عنده المال الشائع إعطاءه ما يعادل أجره[4].

وتحديد مقدار وميعاد الأجر مسائل موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض.

كما أن حق الشريك المدير في الأجر المنصوص عليه وفق المادة رقم 815 مكرر12 مدني فرنسي غير مرتبط بما يترتب عن إدارته من نتائج، طالما قد قام بالإدارة بحسن نية ولم يرتكب خطأ فيها.

ويمكن كذلك تحديد الأجر الاتفاقي أو القضائي، بطريقة دورية: شهري، سنوي فلا يرتبط بنوع العمل وأهميته[5].

وكختام لهذا المبحث لا بد من الإشارة إلى أن هذه النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي والخاصة بتوزيع ثمار استغلال المال الشائع، لا مثيل لها في التقنين المدني الجزائري ولا الفقه الإسلامي، **فنوصي المشرع الجزائري** بضرورة التنصيص عليها في المواد المنظمة للشيوع من خلال استحداث نصوص قانونية مستقلة تخص توزيع ثمار استغلال المال الشائع.

---

(1) إذ جاء في نص المادة رقم 815 مكرر 8 مدني فرنسي ما يلي:
(Quiconque perçoit des revenus au expose des frais pour le compte de l'indivision doit en tenir un état qui est à la disposition des indivisaires).

(2) Albert Breton, La rémunération de l'indivisaire gérant, Paris, Dalloz, 1974, P113.

(3) François Xavier Testu, Op.Cit, P581.

(4) Dagot Michel, Op.Cit, P145.

(5) أيمن سعد عبد المجيد سليم، الرسالة السابقة، ص325.

خاتمة الفصل الثاني.

منح المشرع الوضعي في كل من الجزائر، مصر، وفرنسا لكل شريك مشتاع الحق في القيام بأعمال الحفظ دون حاجة لموافقة الشركاء الباقين، وهي تلك الأعمال اللازمة لصيانة الشيء وحفظه من التلف والهلاك، إذ استقر كل من القضاء والقانون المدني في الجزائر - المادة 718 مدني جزائري- على اعتبار القيام بها حقا للشريك المشتاع يستطيع الانفراد بذلك وهذا استثناء من القاعدة العامة، أما في الشريعة الإسلامية فقد اختلفت الآراء بين مانح لهذا الحق ومانع له، ليرجح رأي المذهب الحنبلي الذي أعطى للشريك المشتاع هذا الحق.

وقد سجلنا غياب نص مادة صريح في القانون المدني الجزائري، يمنح المنتفع القيام بأعمال الحفظ والصيانة منفردا، دون الرجوع لصاحب حق الرقبة، وهذا ما نصت عليه المادة رقم 815 مكرر2/4 مدني فرنسي.

وبذلك يعتبر الشريك القائم بأعمال الحفظ نائبا قانونيا عن باقي الشركاء، فينفق عليها حسب نص المادة رقم 719 مدني جزائري، التي أكدت على تحمل ذلك بجميع الشركاء كل بقدر حصته.

وقد اعترف المشرع الفرنسي لكل مشتاع بالحق في استخدام المبالغ الخاصة بالمال الشائع التي في حوزته للإنفاق على أعمال حفظه، الأمر الذي غاب تماما في التشريع المدني الجزائري رغم أهميته البالغة، لذا على **المشرع الجزائري** التنبه لهذه الثغرة بين نصوص الملكية الشائعة.

أضف إلى ذلك فإن **المشرع المدني الفرنسي** انفرد بالنص على منح الإذن القضائي للشريك بمطالبة مديني الشيوع والمودع عندهم مبالغ الشيوع بقدر منها، لمواجهة الحاجات العاجلة وهو نص المادة رقم 815 مكرر2/6 مدني فرنسي، الذي لا مثيل له في القانون المدني الجزائري.

وهكذا فإن توزيع ثمار المال الشائع تخضع لقاعدة عامة وترد عليها قيودا، تتمثل الأولى في قاعدة تراكم الثمار والإيرادات وإضافتها للمال الشائع، وترد عليها قيودا تتمثل في:

- القيد القانوني: بموجب المادة رقم 815 مكرر3/10 مدني فرنسي، إذ لا تقبل مطالبة بالثمار بعد مرور خمس سنوات من وقت تحصيلها.

- **القيد الإرادي:** وهو إما اتفاقي باتفاق الشركاء على مخالفة القاعدة العامة، وإما قيد الإرادة الفردية بموجب المادة رقم 815 مكرر2/11 مدني فرنسي، وهو إمكانية مطالبة الشريك بنصيبه السنوي من أرباح المال الشائع.

- **القيد القضائي:** بموجب المادة رقم 815 مكرر3/11 مدني فرنسي، إذ لرئيس المحكمة الابتدائية الأمر بقسمة وقتية للأرباح.

زيادة على ذلك فالشريك له الحق في اقتضاء مقدمة مالية من النقود المتوفرة في الشيوع بضمان حصته، مع إلزام الشريك المدير برد صافي الثمار المتولدة عن إدارته، وحقه في الحصول على أجر، وهذا غير منصوص عليه في القانون المدني الجزائري، لذلك نوصي بضرورة التنصيص عليه.

خاتمة الباب الثاني.

من خلال هذا الباب تم تحديد القواعد والمبادئ الأساسية المنظمة لسلطة المال الشائع وإدارته، ويمثل الإجماع المبدأ العام في ذلك، حسب نص المادة رقم 715 قانون مدني جزائري، والانتفاع به على أحسن وجه، وقد ورد استثناء عليه، تمثل في منح الأغلبية سلطة إدارة المال الشائع والإذن القضائي بذلك، فتم التفريق بين الإدارة المعتادة للمال الشائع والإدارة غير المعتادة له.

إذ للأغلبية العادية إدارة المال الشائع إدارة معتادة ولو انفرد شريك واحد بذلك حسب نص المادة رقم 716 مدني جزائري، ليستلزم المشرع الوضعي أغلبية خاصة في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة تتطلب صدور ذلك ممن يملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، طبقا للمادة رقم 717 مدني جزائري، فمنح النص للأقلية حق التظلم من قرار الأغلبية خلال مدة محددة.

أما قواعد الفقه الإسلامي فإنها ترى وجوب الإجماع للقيام بأعمال الإدارة، دون أن تورد استثناءات على ذلك.

وقد منحت المادة 716 مدني جزائري للقضاء سلطة إدارة المال الشائع، فجاءت أحكامها غير مرتبة، كما قصرت سلطة القضاء في اتخاذ ما تقتضيه الضرورة من تدابير مما يفوت فرصة استغلال المال الشائع، وعليه أولى بالمشرع الجزائري تعديل النص.

أضف إلى ذلك فقد منح المشرع الوضعي لكل شريك مشتاع الحق في القيام بأعمال الحفظ دون حاجة لموافقة باقي الشركاء لتختلف الآراء في الفقه الإسلامي حول ذلك، فرجح المذهب الحنبلي الذي أعطى للشريك المشتاع حق القيام بها.

وقد أكد نص المادة 719 مدني جزائري على تحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات حفظ المال الشائع وإدارته، كما اعترف المشرع في فرنسا بالحق في استخدام المبالغ الخاصة بالمال الشائع التي في حوزته للإنفاق على أعمال الحفظ، الأمر الذي غاب تماما في التشريع المدني الجزائري.

وترتيبا على ذلك خضع توزيع ثمار المال الشائع في فرنسا لقاعدة تراكم الثمار والإيرادات وإضافتها للمال الشائع، التي قيدت بقيد قانوني، قيد إرادي، قيد قضائي، بموجب نصوص المواد رقم 815 مكرر3/10، 815 مكرر2/11 و815 مكرر3/11 مدني فرنسي.

لذلك أولى بالمشرع المدني في الجزائر التنصيص عليها.

الباب الثالث

سلطة تصرف الشريك في المال الشائع.

الباب الثالث: سلطة تصرف الشريك في المال الشائع.

إن الانتفاع بالمال الشائع عن طريق استعماله أو استغلاله وإدارته، لا يمثل كل السلطات الممنوحة للشريك المشتاع، فقد تدعو الظروف أحيانا إلى ضرورة التصرف فيه باعتباره السلطة الثالثة من سلطات حق الملكية بعد الاستعمال والاستغلال.

ولئن كان التصرف أهم سلطة منحها المشرع لصاحب حق الملكية، فهو إما أن يكون ماديا بإجراء أي أعمال مادية كحفر الأرض الشائعة كليا أو إزالة المبنى المملوك على الشيوع وإعدامه بتغيير صفاته وهذا لا يثبت في الشيوع إلا بإجماع الشركاء، إذ بانفراد أحد الشركاء بذلك يكون متعديا على حقوق باقي شركائه ومسؤولا عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك[1]، وإما أن يكون **التصرف قانونيا**، وهذا ما سنتطرق له بشيء من التفصيل في هذا الباب فالدراسة مقتصرة عليه.

وطبقا لذلك يخول المالك المشتاع سلطة نقل حقه العيني الأصلي إلى الغير بالبيع أو الهبة، أو تقرير حق عيني أصلي آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو حقوق عينية تبعية كالرهن مع عدم تجاوز الحدود المقررة.

لذلك فإن أحكامها القانونية متعددة إذ قد يتم التصرف في كل المال الشائع أو جزء مفرز منه باتفاق الشركاء جميعا، كما قد يصدر باتفاق غالبيتهم والحالة الأخيرة هي صدور التصرف من الشريك المشتاع منفردا، سواء في حصته الشائعة أو جزءا مفرزا أو كل المال الشائع ولكل آثاره الخاصة.

وهذا ما اتجه إليه المشرع في **الجزائر، مصر**، بوضع أحكام قانونية خاصة بسلطة التصرف في المال الشائع مراعيا في ذلك التلاؤم مع طبيعة الملكية الشائعة، فتضمن حقوق الملاك على الشيوع وتحميها قانونيا، مع مقارنة بأحكام **الفقه الإسلامي**.

لهذا ستكون دراسة هذا الباب من خلال فصلين لغرض فيهما تباعا ما يلي:

- الفصل الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع.
- الفصل الثاني: تصرف الشريك منفردا في المال الشائع.

[1] خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص100.

الفصل الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع.

جاء في نص المادة رقم 720 مدني جزائري ما يلي:

(للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا)[1].

وإن تعذر ذلك يتم بأغلبية من يملكون ثلاثة أرباعه، بتوافر أسباب قوية حتى يكون عملهم نافذا في مواجهة باقي الشركاء[2].

وتصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع قد يكون فيه كله أو في جزء مفرز منه بموجب تصرفات ناقلة للملكية أو ترتيب حقوق عينية أصلية غير حق الملكية أو تبعية، أما تصرفهم بأغلبية من يملكون ثلاثة أرباعه فيشترط فيه ضمانات كافية للأقلية غير الموافقة.

لذلك ارتأينا دراسة هذا الفصل من خلال مبحثين، تناولنا في الأول تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع، بينما خصصنا الثاني لتصرف الأغلبية في المال الشائع، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع.

إن سلطة الشركاء مجتمعين على المال الشائع المملوك لهم تماثل سلطة المالك لشيء مفرز ذلك أنها تشبه الملكية الفردية في الحالتين، ومن ثمة يصح قانونا قيام الشركاء مجتمعين بالتصرف بالبيع وبكافة التصرفات الأخرى المادية والقانونية في كل المال الشائع أو في جزء مفرز منه مما يرتب آثارا قانونية في كل حالة[3].

---

(1) هذا النص يقابله نص المادة رقم 832 من القانون المدني المصري.

(2) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص ص27، 28.

(3) أنظر:

- د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص252.

- ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته- دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني، القاهرة، كلية الشريعة والقانون، دون تاريخ مناقشة، ص18.

وعليه يكون لهم مجتمعين الاتفاق على نقل ملكية المال الشائع أو جزء مفرز منه، وكذا ترتيب حقوق عينية أخرى أصلية وتبعية[1].

وهذا ما سنتناوله بالتفصيل من خلال مطلبين كما يلي:

- المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع.

- المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز منه.

المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع.

للشركاء مجتمعين التصرف في المال الشائع بكل التصرفات القانونية، بحيث إذا أجمعوا على ذلك وقع نافذا في حقهم جميعا وانتهت به حالة الشيوع بينهم، فلا يستطيع أي منهم التنصل منه مادام أنه وافق عليه، والتزم به بنسبة الحصة التي يملكها في المال الشائع[2].

والتصرف بالإجماع يكون ناقلا للملكية كالبيع مثلا أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو حق عيني تبعي كرهن العقار الشائع رهنا رسميا أو حيازيا.

وسنعرض كل ذلك وفق فروع كما يلي:

الفرع الأول: تصرفات الشركاء مجتمعين الناقلة للملكية.

للشركاء مجتمعين سلطة التصرف في المال الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع[3] والهبة[4]، أو أي تصرف آخر.

---

[1] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص755.
- د.محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص128.

[2] خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص101.

[3] البيع حسب نص المادة رقم 351 مدني جزائري التي تقابلها المادة رقم 418 مدني مصري هو:(عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر لشخص آخر يسمى المشتري، مقابل مبلغ نقدي)، أما الفقه الإسلامي فقد اختلف فقهاؤه في تعريفهم للبيع، إذ باستقرائها نصل إلى أن البيع تمليك عيني بنقد.
راجع في ذلك:
- د.جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، الأزاريطة، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص40.
- د.فكري أحمد نعمان، (أخلاقيات البيوع)، مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، 2005، ص341.

[4] الهبة تمليك بلا عوض.

وسنقصر الدراسة في هذا الفرع على كل من البيع باعتباره التصرف الأكثر شيوعا في الحياة العملية، وبعده هبة المال الشائع.

أولا: بيع الشركاء مجتمعين كل المال الشائع.

إذا اتفق الشركاء مجتمعين على نقل ملكية المال الشائع كله للغير عن طريق بيعه انتهت بذلك حالة الشيوع التي كانت بينهم لاستحالة القسمة عينا[1].

ومثال ذلك أن مجموعة من الأشخاص يملكون عقارا شائعا بينهم، وأرادوا إنهاء حالة الشيوع سواءا بالاتفاق أو بطلب من أحدهم، وكانت قسمة العقار عينا مستحيلة بالنظر لعدد الشركاء ومساحته، أو أنها تؤدي إلى الإنقاص من قيمته فيباع العقار الشائع بالمزاد العلني وهذا ما يسمى ببيع التصفية[2].

فيأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حصته في العقار الشائع، ونكون بذلك أمام فرضين:

الفرض الأول: رسو المزاد العلني على أحد الشركاء فيدفع بذلك الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار.

الفرض الثاني: رسو المزاد العلني على شخص أجنبي، يكون ملزما له بدفع كامل الثمن[3] والمصاريف والرسوم، التي تترتب على التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلى الخزينة العمومية.

وعليه فإن هذا النوع من البيوع يخضع لإجراءات خاصة نظمها قانون الإجراءات المدنية في الجزائر، فتختص محكمة مقر المجلس القضائي للفصل بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي في بيع المشاع، وهذا خلافا للقاعدة العامة التي يؤول فيها الاختصاص إلى المحكمة الواقع في دائرتها العقار.

إذ جاء في نص المادة رقم 8 من قانون الإجراءات المدنية أنه: (...، ويؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية، للفصل دون سواها بموجب حكم

---

(1) Guy Raymond, (Vente), La semaine juridique, France, Juris classeur Périodique, 56eme année, N° 38, 1982, P19840.

(2) وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، قسنطينة، جامعة منتوري، 2007-2008، ص65.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع،...)، مرجع سابق، ص306.

قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي في المواد التالية: الحجز العقاري، وتسوية قوائم التوزيع وبيع المشاع...).

غير أن القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعاد الاختصاص للقاعدة العامة، وفق أحكام المادة رقم 722 منه[1].

مع ملاحظة أن سريان هذا النص يكون بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

أضف إلى ذلك فإن بيع العقار الشائع قد يكون باتفاق جميع الشركاء رضائيا دون اللجوء للقضاء[2]، بالتعاقد مع المشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي عنهم إذ بإتمام شكليه الكتابة الرسمية[3]، وإجراءات نقل الملكية المتمثلة في التسجيل، والشهر بالمحافظة العقارية تنتقل ملكية العقار إلى المشتري، فيكون بذلك البيع صحيحا ونافذا في حقهم جميعا.

ثانيا: هبة الشركاء مجتمعين كل المال الشائع.

يحق للشركاء مجتمعين التصرف في المال الشائع كله بالهبة سواء كان عقارا أو منقولا، إذ تعتبر من التصرفات الناقلة للملكية بمقتضى نص المادة رقم 202 من قانون الأسرة الجزائري[4] والتي جاء فيها:(الهبة تمليك بلا عوض)[5].

وتخضع الهبة لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية وإجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها في نقل الملكية، وتصدر من جميع الشركاء إلى أحدهم أو إلى أجنبي.

وإذا كانت الهبة العادية التي يكون محلها غير مشاعا لا تتم إلا بالحيازة فإنه في هبة المشاع التوثيق والإجراءات الإدارية عن الحيازة[6]، بموجب نص المادة رقم 208 قانون

---

[1] نص المادة رقم 722 من القانون رقم 09/08، المؤرخ في25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 08/21.

[2] ممدوح محمد مبروك، الرسالة السابقة، ص18.

[3] د.خالد رمول، آسيا دوة، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2008، ص33.

[4] نص المادة رقم 202 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 جويلية1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[5] هذا النص يقابله نص المادة رقم 486 من القانون المدني المصري.

[6] راجع:
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009 ص424.
- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الجزائر، دار هومة، 2004، ص11.

أسرة جزائري إذ جاء فيه:(إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة)[1].

ونخلص للقول أنه للشركاء مجتمعين التصرف في كل المال الشائع بأي تصرف ناقل للملكية، وإذا كانوا يملكون عدة أموال مملوكة شيوعا كل منها مستقلا عن الآخر مثل قطعة أرض سيارة، مباني وعمارات وقرروا مجتمعين التصرف ببيع قطعة الأرض، فهي تخرج من الملكية الشائعة بينهم، وتصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواء كان شريكا منهم أو أجنبي وتبقى ملكيتهم شائعة في المباني والسيارة والعمارات فقط، ولا يتأثر نقل ملكية العقار بما ستسفر عنه قسمة باقي الأموال الشائعة.

الفرع الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين بترتيب حق عيني على كل المال الشائع.

إذا كان للشركاء مجتمعين حق التصرف في كل المال الشائع بما ينقل ملكيته للغير فإنه يجوز لهم ترتيب حقوق عينية أصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق، أو تبعية كرهنه رهنا رسميا أو رهن حيازة، وسنفصل ذلك كما يلي:

أولا: ترتيب حق عيني أصلي.

إذ للشركاء مجتمعين أن يقرروا على كل المال الشائع، حقا من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية مثل حق الانتفاع، أو حق ارتفاق لفائدة الغير أو أحد الشركاء نتناول ذلك فيما يلي:

أ. ترتيب الشركاء مجتمعين حق انتفاع على كل المال الشائع.

وفقا لنص المادة رقم 844 مدني جزائري والتي جاء فيها: (يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن)[2]، فإن المشرع الجزائري، لم يوضح معنى حق الانتفاع بقدر ما أظهر أسباب اكتسابه، فهو حق عيني يقتطع من المالك سلطتي

[1] نص المادة رقم 208 من القانون رقم 11/84، سابق الذكر.
[2] نص المادة رقم 844 من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر، يقابله نص المادة رقم 985 من القانون رقم 48/131، المؤرخ في 16 جويلية 1948، المتضمن القانون المدني المصري.

الاستعمال والاستغلال لتمنح لشخص آخر غيره، فيخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه.

كما يعطي للمنتفع حق الأفضلية والتتبع، مما يجعله يختلف عن حق المستأجر كحق شخصي لا يستطيع صاحبه الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر، الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بها.

أما عن مصادر وأسباب حق الانتفاع فقد حصرتها المادة رقم 844 مدني جزائري في كل من العقد والشفعة والتقادم والقانون، فيكون بالعقد إذا تم ذلك بالاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالمال الشائع مع احتفاظ المالك بسلطة التصرف في هذا المال فيجوز بيع أو هبة حق الانتفاع من مالك الرقبة بأن يقدم على بيع حق الانتفاع أو بيع الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع فيصبح هو المنتفع والمشتري هو مالك الرقبة.

أضف إلى ذلك فإن الشفعة هي المصدر الثاني من مصادر كسب حق الانتفاع[1]، وذلك إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة أو بعضه، فيحق لمالك الرقبة أخذ حق الانتفاع المبيع على ماله بالشفعة، لتكون له الملكية الكاملة بموجب نص المادة رقم 795 مدني جزائري التي نصت على ما يلي: (يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشتاع لأجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها)[2].

---

[1] راجع:

- إبراهيم حسني، اكتساب الملكية بالشفعة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون تخصص قانون عقاري وزراعي، البليدة، جامعة سعد دحلب، ص ص 09 10.

- د.نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص14.

[2] نص المادة رقم 795 من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.

وحسب المادة رقم 844 مدني جزائري فالتقادم هو المصدر الثالث لحق الانتفاع، إما عن طريق التقادم المكسب الطويل المحدد بخمسة عشر سنة أو التقادم القصير بشرط وجود سند صحيح، فيتشابه بذلك مع حق الملكية[1].

وحسب الفقرة الثانية لنص المادة رقم 844 مدني جزائري فالوصية سبب آخر لكسب حق الانتفاع، إذا كان الموصى له على قيد الحياة.

وقد سجلنا ورود خطأ مادي في نص المادة رقم 2/844 مدني جزائري باللغة العربية إذ جاء فيه:(...لأشخاص متعاقدين)، بينما باللغة الفرنسية جاء فيه:

(l'usufruit peut être légué à des personnes successives…).

ومصطلح "successives" يعني "التعاقب" وليس التعاقد، على عكس ما ورد في النص العربي، إذ ظهرت عبارة متعاقدين، والأصح متعاقبين.

ومعناه أن يوصى مالك الشيء المشتاع بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب وبانتهاء حق الانتفاع لأحدهم ينشأ حق جديد للذي يليه، يستمد مباشرة من الوصية وليس من المنتفع الذي سبقه[2].

ومتى تقرر حق الانتفاع لشخص المنتفع يكون له حق الاستعمال والاستغلال لمحل الانتفاع مع احتفاظ المالك بملكية الرقبة.

وبمقتضى ذلك يكون للمنتفع استعمال المال الشائع استعمالا شخصيا في كل ما أعد له فيسكن البناء المعد للسكن ويزرع الأرض المعدة للزراعة، مما يعطيه صورة المالك له في حدود الغرض الذي أعد له وبشرط عدم إساءة استعماله، وفي ذلك تنص المادة رقم 847 مدني جزائري على أنه: (على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة.

---

[1] التقادم المكسب وسيلة يتمكن بمقتضاها الحائز الذي استمرت حيازته بحق معين مدة معينة، أن يتمسك بكسب هذا الحق، إذ يقوم على الحيازة الممتدة فترة من الزمن، فيرد على الملكية الشائعة دون الملكية المشتركة، ولتفصيل أكثر راجع:

- د.فريدة محمدي، الحيازة والتقادم المكسب، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،2000، ص81.

- د.قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص ص 233، 234.

[2] د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص258.

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 استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير)[1].

إذ في سبيل تمكن المنتفع من ممارسة حقه في الانتفاع بالمال الشائع محل الانتفاع، له القيام بأعمال الإدارة والتصرف، فضلا عن حقه في مباشرة الدعاوى اللازمة لحماية ذلك[2].

وبالمقابل تقع على عاتق المنتفع التزامات تتمثل في التقيد بالانتفاع بالمال الشائع بحسب الغرض المعد له، الحفاظ عليه ورده بالحالة التي استلمه عليها، وفق ما جاءت به نصوص المواد رقم 847-848 من القانون المدني الجزائري وما بعدها، وينتهي حق الانتفاع بانتهاء مدته المتفق عليها، وإن لم تكن محددة بعد مقررا مدة حياة المنتفع.

وفي كل الأحوال ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع ولو قبل انقضاء المدة إذا كانت محددة، إذ تنص المادة رقم 852 مدني جزائري على أنه: (ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإذا لم يعين أجل عد مقررا 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 إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن)[3].

أضف إلى ذلك فإن حق الانتفاع ينتهي بهلاك الشيء بحسب نص المادة رقم 853 مدني جزائري التي جاء فيها: (ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من شيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلى المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة رقم 848)[4].

وأخيرا ينقضي حق الانتفاع بالتقادم المسقط بعد الاستعمال لمدة خمس عشرة سنة طبقا لأحكام المادة رقم 854 من القانون المدني.

---

[1] يقابلها نص المادة رقم 988 من القانون رقم 48/131، المتضمن القانون المدني المصري السابق الذكر.
[2] د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص264.
[3] ويقابلها نص المادة رقم 933، من القانون رقم 48/131 سابق الذكر.
[4] ويقابلها نص المادة رقم 994، من القانون رقم 48/131 سابق الذكر.

وكتعقيب عما جاء به المشرع المدني في الجزائر، وعلى عكس ما ذهب إليه المشرع المصري ، فإنه لم يميز بين حق الانتفاع كحق متفرع عن حق الملكية، وحق الاستغلال الذي هو سلطة مستمدة من حق الانتفاع، مكتفيا بالتنصيص على حق الانتفاع والاستعمال والسكن لذلك نوصيه بضرورة إيضاح ذلك.

كما نخلص إلى أنه للشركاء في الشيوع أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الانتفاع على المال الشائع كله لفائدة أحد الشركاء، فيصبح منتفعا به، مالكا لحصته الشائعة بالنسبة له، أو لشخص أجنبي عن الشيوع، فيحتفظ هنا الشركاء في الشيوع بملكية العقار الشائع (مالك الرقبة).

ب. ترتيب الشركاء مجتمعين حق ارتفاق على كل المال الشائع.

جاء في نص المادة رقم 867 مدني جزائري ما يلي: (الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر.

ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال، إذ كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال)[1].

وبالرجوع لنفس النص باللغة الفرنسية الذي جاء فيه:

(La servitude est un droit qui limite la jouissance l'un fonds au profit d'un autre fonds appartenant à un autre propriétaire. Elle peut être constituée sur un domaine de l'état dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec l'usage auquel ce fonds est destiné).

سجلنا أن الصياغة باللغة العربية قد شابها نقصا، إذ حدد النص الأجنبي بأن الارتفاق هو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر ملك شخص آخر يجوز ترتيبه على مال عام، إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له، لذلك فقد سقطت من النص العربي عبارة " مملوك لشخص آخر " وكذلك " مال عام " أو " مملوك للدولة "، مما جعل النص غامضا يشوبه الاقتضاب الشديد.

[1] المادة رقم 867 من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر، تقابلها المادة رقم 1015، من الأمر رقم 48/131، سابق الذكر.

وانطلاقا من النص سابق الذكر يعتبر الارتفاق حقا عينا عقاريا لا يتصور في غير العقارات[1]، ذلك أنه فرض لجعل عقار ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر[2].

لهذا فإن حق الارتفاق له عدة خصائص، إذ يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به بارتباطه بدوام العقار بين المرتفق والمرتفق به، فضلا على أنه غير قابل للتجزئة[3].

كما أن حق الارتفاق يتبع العقار المرتفق به ويكون من ملحقاته عند التصرف فيه فينتقل للمتصرف إليه دون حاجة لذكره في العقد، ولا يقبل في ذلك الانقسام إذا ما تم التصرف في العقار المرتفق على أجزاء أو أصبح العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص إذ يبقى الارتفاق على ما كان عليه ويمتنع على الملاك الجدد للعقار المرتفق طلب قسمة الارتفاق فيما بينهم، لأن ذلك يتنافى وطبيعته القانونية وإمكانية الانتفاع منه.

أضف إلى ذلك فإن حق الارتفاق هو حق عيني عقاري يمكن ترتيبه على المال العام ما لم يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال[4].

ويستفاد من نص المادة رقم 868 مدني جزائري أن مصادر حق الارتفاق هي التصرف القانوني[5]، كالعقد والتخصيص من المالك الأصلي والتقادم في الارتفاقات الظاهرة والميراث فضلا عما تفرضه الحالة المادية أو الموقع الطبيعي للأمكنة.

---

(1) راجع:
- د.العربي بلحاج، (حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الرابع، الجزء الرابع والثلاثون، 1996، ص668.
- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص48.
- د.علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص180.

(2) راجع:
- فاطمة الزهراء بلعربية، (ارتفاق المرور)، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، مجلة صادرة عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، قسم الوثائق، 2004، ص33.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع،..)، مرجع سابق، ص1259.

(3) راجع: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق أحكام القانون المدني، باتنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص283.

(4) أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص278.

(5) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1016، من القانون رقم 48/131، سابق الذكر.

وعليه يكون التصرف القانوني مصدرا لحق الارتفاق عن طريق البيع والهبة والوصية وغيرها، فيرتب مالك العقار المرتفق به ارتفاقا لمصلحة العقار المرتفق، ليصبح بذلك بائعا لحق الارتفاق، والثاني مشتريا له يلتزم بدفع الثمن.

وننبه إلى أن التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق يخضع لنفس الإجراءات التي يتطلبها التصرف، إذا كان يتعلق بالموضوع، فيخضع البيع للكتابة والشهر بالمحافظة العقارية ويكتسب المتصرف إليه حق الارتفاق اعتبارا من تاريخ الشهر ليصبح من ملحقات العقار فمالك العقار المرتفق به إذا باع تمت إجراءات نقل الملكية قبل شهر التصرف المنشئ لحق الارتفاق.

ويشترط في التقادم كمصدر لحق الارتفاق أن يكون ظاهرا، إذ ليس للارتفاق بعدم التعلية علامة خارجية تنبئ بوجوده، ولو كان حق الارتفاق بالمرور فهو ظاهر، إذ يمر الشخص علانية في أرض جاره[1]، مع توافر شروط الحيازة المكسبة للحق من هدوء وعلانية واستمرارية للمدة القانونية اللازمة في التقادم المكسب.

كما يكون التخصيص من المالك الأصلي مصدرا لحق الارتفاق، إذ يجوز ترتيب ذلك على عقارات مملوكة لمالك واحد بمعرفته.

والسؤال الذي يطرح يدور حول أثر قسمة العقار المرتفق به على حق الارتفاق، أو بيع جزء منه.

فحق الارتفاق الذي رتبه الملاك على الشيوع قبل التجزئة أو القسمة يبقى واقفا على كل جزء من العقار المرتفق به، ويلتزم بذلك كل مالك مشتاع كل حسب النصيب الذي آل له بعد القسمة[2].

لكن إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء التي آلت بالقسمة إلى الملاك كلا حسب نصيبه، فلمالك كل نصيب من ذلك المطالبة بإزالته عن الجزء الذي يملكه حسب نص المادة رقم 877 مدني جزائري، وينتهي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو باجتماع العقار المرتفق به والمرتفق في يد مالك واحد.

---

[1] أنور طلبة، (المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر...)، مرجع سابق، ص295.
[2] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص ص 77، 78.

وبذلك نخلص إلى أنه للشركاء مجتمعين الحق في ترتيب حق ارتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويكون نافذا في حقهم جميعا.

وبالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعا من حق ارتفاق يرتب لفائدة العقار المملوك شيوعا وذلك من قبل مالك عقار آخر[1].

ثانيا: ترتيب حق عيني تبعي بالإجماع.

للشركاء في الشيوع الإجماع على ترتيب أي حق عيني تبعي على المال الشائع كله برهنه رهنا رسميا أو رهن حيازة، لذلك سنبحث في حكم أو أثر القسمة إذا ما قرر الشركاء مجتمعين ذلك ونبين مصير الرهن المرتب على المال الشائع كله لفائدة الغير أو لفائدة أحد الشركاء، قبل قسمة العقار الشائع كله أو بعدها، أو حتى عند بيعه باستحالة القسمة العينية.

أ. الرهن الرسمي للعقار الشائع بالإجماع[2].

يعتبر الرهن الرسمي تأمينا عينيا يخصص بموجبه المالك على الشيوع المال الشائع لضمان سداد الدين، دون التنازل عن حيازته [3].

وإذا كان هذا النوع من الرهون لا يرتب أي حق عيني للدائن على عقار المدين فإنه يجوز للدائن المرتهن توقيع حجزا عقاريا للحصة المرهونة وبيعها بالمزاد العلني لدى حلول أجل استيفاء الدين، أيا كان مالكها، فيحصل دينه من ثمن البيع بطريقة الأفضلية إذا كان لم يستوف حقه بعد[4].

---

[1] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص81.

[2] أشار القانون المدني الفرنسي إلى جواز رهن كل العقار الشائع بالإجماع من خلال نص المادة رقم 2414 من القانون رقم 2006/728. راجع:

- Dominique Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 5eme édition, L.G.D. France, 2006, P409.

[3] راجع:

- كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، البليدة، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، 2000-2001، ص09.

- لحميم زليخة، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه في القانون المدني الجزائري مقارنا، رسالة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1995-1996، ص120.

- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، دون تاريخ نشر، ص709.

[4] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،...)، مرجع سابق، ص219.

وبما أن الرهن الرسمي من العقود الشكلية، فإنه يلزم لصحته تدخل الموثق كي يعين الحق المضمون والمال المخصص للضمان، فلا ينفذ في حق الغير إلا من يوم قيده[1].

وطبقا لنص المادة رقم 890 مدني جزائري التي جاء فيها: (يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي ترتبت على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته)[2]، فإن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع المالكين لعقار شائع يكون نافذا في حقهم جميعا، سواء أكان ذلك قبل القسمة أو بعد القسمة، وحتى بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية[3].

فإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه انتقل إلى المتصرف إليه مثقلا بحق الرهن[4]، وما يرتبه من آثار فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذا التقدم في الحالة التي ينفذ فيها أحد دائني شريك منهم.

كما ينتقل العقار إلى الورثة مثقلا بالرهن حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، فيسري الرهن الرسمي عليهم وعلى دائنيهم وعلى الخلف الخاص والعام[5].

---

(1) أنظر: نص المادة رقم 904، من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.

(2) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1/1039 من القانون المدني المصري، والمادة رقم 1/2414 مدني فرنسي الذي جاء فيها:

« l'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quell que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure ou l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation ».

(3) راجع:

- د.خالد أحمد شبكة، (قبض الرهن وأثره في تضمين المرتهن –دراسة مقارنة-)، مجلة كلية الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد الواحد والعشرون، الجزء الثاني،2006، ص63.

- سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ص436.

- د.عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1980، ص36.

(4) راجع:

- د. أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص253.

- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2008، ص53.

- د.شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2009، ص136.

- د.محمود عبد الرحمن محمد علي، الملتقى السابق، ص11.

(5) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر...)، مرجع سابق، ص ص 260، 261.

أما بعد القسمة فإنه وتطبيقا لأحكام المادة رقم 1/890 من القانون المدني الجزائري والمادة رقم 1/1039 مدني مصري، يسري على هذه الحالة نفس الحكم السابق فينفذ الرهن الرسمي لكل العقار الشائع في حقهم جميعا، وتكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة.

لكن يبقى التساؤل مطروح حالة اختصاص أحد الشركاء بكل العقار الشائع المرهون بعد القسمة[1]، ويؤول لباقي الشركاء حصص أخرى في عقارات وأموال شائعة بينهم لم تكن مشمولة بالرهن قبل القسمة.

وكمثال على ذلك شريكان يملكان على الشيوع دارا وقطعة أرضية، وتم رهن القطعة واقتسما بعد ذلك الأموال الشائعة، فوقعت قطعة الأرض المثقلة بالرهن في نصيب أحدهما منفردا، فما مدى صحة ونفاذ الرهن في حقه دون الشريك الآخر رغم أنهما رتبا الرهن معا قبل القسمة؟

الإجابة على هذا التساؤل جاءت بها نص المادة رقم 1/890 مدني جزائري، إذ كرست صحة ونفاذ الرهن الصادر من المالكين على الشيوع للعقار مهما كانت نتيجة القسمة.

فرغم وجود قاعدة الأثر الرجعي للقسمة التي تقتضي انتقال الرهن بنسبة حصة الشريك الذي اختص بالعقار كله، أي بنسبة النصف في مثالنا السابق، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذه القاعدة وقرر انتقال العقار مثقلا بحق الرهن الرسمي حتى وإن اختص به شريك واحد بعد القسمة.

وفي حالة عدم إمكانية قسمة العقار، قسمة عينية لاستحالتها وتم بيع العقار الشائع، فإنه ينتقل مثقلا بالرهن المترتب عليه سواء أكان البيع حاصلا لأحد الشركاء أو لأجنبي[2].

وترتيبا على ما سبق فإن الرهن الرسمي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين على العقار الشائع كله لا يثير أي إشكال لوجود النص القانوني الذي أكد نفاذه، فلا يتأثر بذلك حتى بعد بيع العقار باستحالة القسمة العينية.

---

[1] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص756.
- خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص106.

[2] أنظر: نص المادة رقم 890، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.

ب. الرهن الحيازي للمال الشائع بالإجماع.

الرهن الحيازي عقد يتخلى بموجبه المالك الشريك الذي يأخذ صفة الراهن عن حيازة حصته والتمتع بها لمصلحة الدائن المرتهن، أو لشخص آخر متفق عليه، وإذا ما حل أجل الوفاء بالدين ولم يستوف الدائن المرتهن حقه، جاز له الامتناع عن رد الحصة المرهونة إلى صاحبها[1]، أو بيعها بالمزاد العلني مع مراعاة إجراءات الحجز العقاري كي يضمن تحصيل دينه.

ولا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار[2].

ورغم أن الرهن الحيازي حق عيني تبعي يقع على المنقول والعقار، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة لأحكامه، الذي قد يرتبه الشركاء على الشيوع للمال الشائع خلافا لما ورد في الرهن الرسمي، لذا فإنه لا مانع من تطبيق أحكام هذا الأخير على رهن المال الشائع رهنا حيازيا[3].

فإذا رهن الشركاء مجتمعين المال الشائع كله رهنا حيازيا، فإنه يبقى صحيحا ونافذا أيا كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند استحالة قسمته، مع مراعاة أن يكون هذا المال قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني[4].

المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من المال الشائع.

من المنطقي أن إجماع الشركاء على التصرف في جزء مفرز من المال الشائع يقع صحيحا فينفذ في مواجهة جميع الشركاء مهما كانت نتيجة القسمة.

---

(1) أنظر:
- نص المادة رقم 948، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر، ويقابله نص المادة رقم 1096 من القانون رقم 48/131 المتضمن القانون المدني المصري.
- مريم تومي، النظام القانوني للملكية المشتركة في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي سوق أهراس،2008، ص131.

(2) أنظر:
- نص المادة رقم 949، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر، ويقابله نص المادة رقم 1097 من القانون رقم 48/131 المتضمن القانون المدني المصري.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،..)، مرجع سابق، ص261.

(4) أنظر: نص المادة رقم 949، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.

ولئن كان تصرفهم في كل المال الشائع الناقل للملكية ينهي حالة الشيوع وينفذ في حقهم جميعا فإنه في حالة التصرف في جزء مفرز منه بنقل ملكيته أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي يكون ذلك صحيحا مرتبا لآثاره القانونية.

وعليه سنعرض لحكم تصرف الشركاء مجتمعين ببيع جزء مفرز من المال الشائع، ثم لحكم ترتيبهم حق عيني أصلي أو تبعي على الجزء المفرز، وأثر القسمة على ذلك كما يلي:

الفرع الأول: التصرف ببيع جزء مفرز من المال الشائع.

للشركاء مجتمعين بيع جزء مفرز من المال الشائع فيكون ذلك صحيحا ونافذا في حقهم جميعا، كأن يملك ثلاثة أشخاص منزلا يتكون من طابقين فيجمعوا على بيع الطابق الأول باعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع، لتنتقل ملكيته إلى المتصرف إليه سواء أكان أجنبيا أو أحدهم، ويبقى الطابق الثاني شائعا بينهم الثلاثة، ويكون ثالثهم الذي كان التصرف صادرا إليه ببيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوع بنسبة نصيبه فيما يخص الطابق الثاني الباقي في حالة شيوع، فلا يدخل الطابق المبيع في أية قسمة تقع بين الشركاء، ويأخذ حكم هذا البيع، الهبة والوصية باعتبارهما تصرفات ناقلة للملكية مع ضرورة مراعاة إجراءات نقل الملكية في العقارات.

الفرع الثاني: ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على جزء مفرز بالإجماع.

للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق على جزء مفرز من المال الشائع ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها، فلا يمكن لأي شريك الاحتجاج إذا ما وقع الجزء المثقل بحق الارتفاق كالمرور مثلا في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك ورتبه على جزء مفرز.

وعليه يبقى الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلا بحق الارتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه، الذي يخضع لإجراءات التصرف الناقل للملكية من رسمية وتسجيل وشهر بالمحافظة العقارية باعتباره حقا عينيا لا يرد إلا على العقارات، وهذا ما قضت به الغرفة المدنية **للمحكمة العليا في الجزائر** بتاريخ 26 أكتوبر1983 بأن حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل ملكيته إلا بكتابة عقد رسمي مع الإشهار تطبيقا للمادة رقم 12 من قانون التوثيق فجاء فيه: "أن الطبيعة القانونية المضفاة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة رقم 120 من قانون التوثيق لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الاحتجاج به على الغير، ومن ثم كان وجوبا على الأطراف إفراغ الاتفاق

المبرم حوله في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن"[1].

كما يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي على جزء مفرز من المال الشائع برهنه رهنا رسميا مثلا[2]، فيأخذ نفس حكم رهن جميع الشركاء كل المال الشائع ويبقى نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها، ولو اختص أحد الشركاء بالجزء المفرز المرهون وكان من نصيبه بعد القسمة طبقا لنص المادة 890 مدني جزائري.

أما في **الفقه الإسلامي** فإن التصرف الصادر بإجماع الشركاء في المال الشائع يكون نافذا في حقهم جميعا، سواءا أكان التصرف في المال الشائع كله أو في جزء منه، انطلاقا من القواعد العامة التي تعطي للشركاء مجتمعين الحق في التصرف في المال الشائع[3].

فيستوي أن يكون التصرف بيعا أو إجارة أو إنشاء حق عيني أصلي عليه كحق الانتفاع وحق الارتفاق أو ترتيب حق عيني تبعي عليه كالرهن، إذ جرت مجلة الأحكام العدلية على مذهب الإمام أبي حنيفة في جواز صحة التصرف الصادر من جميع الشركاء طبقا لنص المادة رقم 1071 منها[4].

إذا وبعد أن أنهينا المبحث الخاص بتصرف الشركاء في المال الشائع وتوصلنا إلى نفاذ ذلك سواء كان بالإجماع في كل المال الشائع أو في جزء منه، وذلك بالنسبة لكل الشركاء، نتناول المبحث الثاني بالدراسة وهو خاص بسلطة الأغلبية في التصرف في المال الشائع.

المبحث الثاني: تصرف الأغلبية في المال الشائع.

جاء في نص المادة رقم 720 من القانون المدني الجزائري أنه:(للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء

---

(1) أنظر: قرار الغرفة المدنية رقم 29501، المؤرخ في 26 أكتوبر1983، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1989، ص45.

(2) د.جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بنغازي، دار الكتب القانونية، 2000، ص162.

(3) راجع:

- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، بيروت، دار الجليل، 1991، ص ص 24، 25.

(4) أنظر في ذلك: خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، الرسالة السابقة، ص ص 113، 114.

حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا)[1].

فإذا كان الأصل العام أن يتم التصرف في المال الشائع باتفاق جميع الشركاء، فإنه قد تأتي ظروف هامة وأسباب قوية يتعذر معها توفر الإجماع في التصرف فيه كله أو جزء مفرز منه[2]، لذا أجاز المشرع الجزائري للأغلبية التصرف فيه بالاتفاق مقابل ضمانات قانونية كافية للأقلية.

وعليه نتطرق لهذا المبحث وفق ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: أسباب تصرف الأغلبية في المال الشائع.

المطلب الثاني: الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع.

المطلب الثالث: الضمانات القانونية المعطاة للأقلية.

المطلب الأول: أسباب تصرف الأغلبية في المال الشائع.

طبقا لنص المادة رقم 720 من القانون المدني الجزائري سابقة الذكر، فإن المشرع الجزائري اشترط لتصرف الأغلبية في المال الشائع، استنادها لأسباب قوية تستوجب تقرير التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه، خاصة إذا أساء استغلاله، وهو باق على الشيوع دون إيجاد طريقة لتجنب ذلك[3]، هذا من جهة ومن جهة أخرى تؤدي القسمة إلى الضرر بمصالحهم.

ومثال ذلك أن يتطلب المال الشائع أموالا لصيانته أو تحسينه تستدعي رهنه ضمانا لقرض من أجل ذلك، أو عرض ثمن مربح في حالة بيعه يخشى عدم تحققه مستقبلا في الحالة العكسية[4].

كما قد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التي هيأها القانون لإدارته والقسمة العينية ضارة بالشركاء، فيكون التصرف في المال لأجنبي، هو خير وسيلة لقسمته

---

[1] هذا النص يقابله: المادة رقم 832 قانون مدني مصري.

[2] راجع:

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، ....)، مرجع سابق، ص757.

- وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص88.

[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،...)، مرجع سابق، ص 758.

[4] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص90.

وقد تظهر طريقة أخرى لاستغلال المال الشائع كأن تكون أرضا وفي إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها والحصول على المال اللازم للبناء يقتضي رهن الأرض[1]، هذه الأسباب وغيرها تعد قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة تارة بالبيع وطورا بالرهن[2].

وكالتصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء منها، فتقوم أسباب قوية تستدعي التصرف في جزء مفرز منها فقط، ويتعذر إجماع الشركاء على ذلك فيجوز بالأغلبية[3].

وترتيبا على ما سبق فإن مسألة تحديد وتقدير ما إذا كانت الأسباب قوية، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع المعروض عليه النزاع، ذلك أن ما يراه قاض بمحكمة سببا قويا قد يكون بالنسبة لقاض آخر بنفس المحكمة غير كاف للتصرف بالأغلبية [4].

المطلب الثاني: الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع.

إذا تعذر إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع، فإن المشرع المدني **الجزائري والمصري** منح للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع هذا المال على الأقل سلطة التصرف فيه، بقيام أسباب قوية، بموجب نصوص المواد رقم: 720 مدني جزائري832 مدني مصري.

وإذا كان النص القانوني قد حددها بنسبة من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، فإنه قد يشكل شريكا واحدا الأغلبية اللازمة، بامتلاكه ذلك وتمثل الأقلية هنا عدد الشركاء اللذين يملكون الربع الباقي، في حدود توفر الأسباب القوية.

فهي أغلبية موصوفة ومحددة قانونا بنسبة من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل وليس بعدد الشركاء المشتاعين، اعتمد فيها المشرع في أغلب الدول العربية معيارا موضوعيا وليس شكليا.

أما في **مجلة الأحكام العدلية** فإن الأصل هو اشتراط إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله أو جزء مفرز منه، إذ جاء في نص المادة 1075 من مجلة الأحكام أنه : (كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة لا يعتبر أحد وكيلا عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر دون إذنه...).

---

[1] راجع:
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص176.
- د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص92.

[2] د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص ص 256، 257.

[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،...)، مرجع سابق، ص758.

[4] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص90.

وتم التأكيد على ذلك في مجلة **الأحكام الشرعية** على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بنصها في المادة رقم 1796 منه على: (ليس لأحد من الشريكين التصرف في المشترك وبإذن الآخر، فليس لأحدهما بيع المشترك أو لا إجارته ولا إعارته ولا زيادة البناء عليه...).

فيتضح أنه إذا أرادت أغلبية الشركاء في دار بيعها، تعين عليها الحصول على موافقة الجميع وإن تعنت أحدهم ورفض الموافقة امتنع على الأغلبية إجراء البيع محل الخلاف مهما كانت حصة المخالف زهيدة[1]، إذ لصاحب هذه الحصة رفض تصرف الأغلبية دون إبداء الأسباب وله طلب إزالة الشيوع إذا لم يكن قابلا للقسمة.

المطلب الثالث: الضمانات القانونية المعطاة للأقلية.

لئن كان المشرع الجزائري قد أعطى للأغلبية الحق في تقرير التصرف في المال الشائع فإنه قد فرض قيودا قانونية وضمانات للأقلية، تنطوي ضمنا على عدم نفاذ ما تقرره الأغلبية في هذا الخصوص، إلا بموافقة الأقلية بإجماعها أو ما تحكم به المحكمة في الحالة العكسية[2]، فالقرار الصادر من الأغلبية المحددة بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذا فورا[3].

إذ أن وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من العقار الشائع والاستناد إلى أسباب قوية يقتضي ضرورة إعلان ذلك إلى الأقلية ليكون لها حق الاعتراض خلال شهرين من ذلك أمام المحكمة المختصة، بالنظر إلى نتيجة القسمة التي يمكن أن تضر بمصالح الشركاء.

وسنتطرق لذلك بتبيان طبيعة الإعلان، ونخلص لتناول حق اعتراضها على قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة وكيفية الفصل في دعوى الاعتراض من خلال فرعين كما يلي:

---

(1) د.محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص202.

(2) د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص258.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،...)، مرجع سابق، ص758.

الفرع الأول: إعلان قرار الأغلبية للأقلية قبل التصرف.

طبقا لنص المادة رقم 720 مدني جزائري والتي تقابلها المادة رقم 832 مدني مصري فإنه: على الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، عندما تنوي التصرف في المال الشائع كله أو جزء، أن تعلن ذلك إلى الأقلية.

وإذا كان القانون المدني المصري لم يحدد طريقة معينة للإعلان فإن **المشرع المدني الجزائري** وفي النص المذكور أعلاه أكد على أن يتم ذلك بعقد غير قضائي، فلا يعتد بالإعلان الشفوي إذ يتم عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول على عكس المشرع المدني المصري، الذي لا يرى مانعا في أن يتم ذلك شفويا أو عن طريق المحضر وهذا ما أكدته نص المادة رقم 06 من قانون المرافعات في مصر، إذ أن إعلان قرار الأغلبية إلى الأقلية على يد محضر إثباتا رسميا صحيحا لتاريخ إعلان الأقلية وضمانا قانونيا لهم[1].

وقد أكدت **المحكمة العليا بالجزائر** في قرار صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 28 أكتوبر1992 على ضرورة الإعلان بموجب عقد غير قضائي وإلا كانت تصرفات الأغلبية غير نافذة في حق باقي الشركاء إذ جاء فيه ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذ استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"[2].

وباستثناء شكلية الإعلان في الكتابة فإن المشرع المدني الجزائري لم يشترط ذكر بيانات محددة فيه.

الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية.

إذا كان نص المادة رقم 720 مدني جزائري قد منح صراحة للأقلية الحق في الاعتراض على قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة، فإنه على هذه الأخيرة التأكد من قيام

---

[1] د.أشرف فايز اللمساوي، فايز السيد اللمساوي، المرجع السابق، ص259.

[2] قرار الغرفة المدنية رقم 92343، المؤرخ في 28 أكتوبر1992، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1994، ص38.

الأسباب القوية الداعية للتصرف في المال الشائع فإن اقتنعت بقيامها تنتقل بعد ذلك للنظر في إمكانية قسمة العين قسمة عينية تخلص الشركاء من الشيوع، فيصبح لكل منهم نصيبا مفرزا وإلا تعذر على المحكمة مدى وجوب هذا التصرف، إذا تبين أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء[1].

ورفع دعوى الاعتراض من قبل الأقلية يكون خلال شهرين من وقت الإعلان ويسقط حقهم في ذلك عند فوات هذه المدة.

ويبدأ حساب أجل الشهرين من تاريخ صدور الإعلان الموجه بموجب عقد غير قضائي سواء عن طريق المحضر القضائي أو بموجب خطاب مضمون الوصول وثابت التاريخ[2].

وترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المال الشائع محل التصرف إذا كان عقارا، ذلك أنها دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية حسب ما ورد في نصوص مواد قانون الإجراءات المدنية في الجزائر.

وبعد رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة تنظر في آجالها، فإن توفر ذلك قبلتها وتمحصت موضوعها بدءا بالنظر في أسباب التصرف في المال الشائع، وفيما إذا كانت قسمته تضر بمصالح الشركاء، فإن كان ذلك لا يرتب ضررا، قضت من تلقاء نفسها بالقسمة.

وفي الحالة العكسية وإذ رأت التصرف واجبا أمرت به ونفذته الأغلبية وفقا للقرار المتخذ سابقا وبتوفر الضمانات القانونية للأقلية الذي يصبح نافذا في حقها، بأن كانت أسبابه غير قوية أما إذا كان غير واجب، ألغت قرار الأغلبية، ولم يعد ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء[3].

---

[1] راجع:
- د.محمد كامل مرسي باشا، (شرح القانون المدني، الجزء الثاني...)، مرجع سابق، ص114.
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص407.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص168.

[2] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص93.

[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، ...)، مرجع سابق، ص759.

خاتمة الفصل الأول.

تصرف الشركاء في المال الشائع له صورتين، فقد يتم بإجماع كل الشركاء أو بأغلبية من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، حسب نص المادة 720 مدني جزائري.

فإذا اتفقوا على نقل ملكية المال الشائع كله للغير عن طريق بيعه، انتهت حالة الشيوع التي كانت بينهم لاستحالة القسمة العينية، زيادة على إمكانية هبة المال الشائع بإجماع الشركاء على الشيوع أو أي تصرف ناقل للملكية، ولهم مجتمعين التصرف في المال الشائع بترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع عليه كله لفائدة أحد الشركاء، أو شخص أجنبي عن الشيوع، ويصبح منتفعا به كله ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة للمال الشائع، وإن كان حق الانتفاع مقررا لفائدة شخص أجنبي يبقي الشركاء على الشيوع بملكية المال الشائع.

وبالمقابل للشركاء ترتيب حق ارتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويكون نافذا في حقهم جميعا.

وزيادة على ما تقدم فإن لهم إمكانية ترتيب حق عيني تبعي عن طريق الرهن الرسمي للعقار الشائع بموجب نص المادة رقم 1/890 مدني جزائري، وبالقياس عليه يمكن رهن المال الشائع بالإجماع رهنا حيازيا.

أما التصرف بالإجماع في جزء مفرز فيتم ببيع أو ترتيب حق عيني تبعي أو أصلي على الجزء المفرز لهذا المال.

وإن كانت الصورة الثانية للتصرف في المال الشائع تتم بالأغلبية، فقد أكد المشرع الجزائري على إمكانية ذلك لمن يملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، بموجب نص المادة رقم 720 مدني جزائري.

ولما كان غرض المشرع من منح الحق للأغلبية بالتصرف في العقار الشائع حمايتها من تعنت الأقلية، فإن إغفاله لبيان الأسباب القوية التي يمكن الاستناد إليها، قد يمكن من التعسف في حق الأقلية، لذا وجب على المشرع الجزائري التدخل قصد إيجاد ووضع حلول وأحكام دقيقة خاصة بذلك[1].

وبعد الانتهاء من الفصل الأول المخصص لتصرف الشركاء في المال الشائع نعرض الفصل الثاني المتعلق بتصرف الشريك منفردا في المال الشائع.

[1] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص95.

الفصل الثاني: تصرف الشريك منفردا في المال الشائع.

طبقا لنص المادة رقم 714 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أن: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة)[1]، فإن للشريك في الشيوع سلطة التصرف منفردا في حصته الشائعة، أو في جزء مفرز من المال الشائع أو فيه كله [2].

وهذه السلطة الأخيرة تم التأكيد عليها من قبل شراح وفقهاء القانون المدني رغم عدم النص عليها صراحة، إذ باعتباره مالكا لحصته الشائعة، قد يتصرف فيها بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها كأي مالك عاد.

وإن كان للشريك المشتاع سلطة التصرف في الحصة الشائعة بترتيب حق عيني أصلي فإن الدراسة هنا تقصر على حق الانتفاع إذ من غير الممكن ورود حق ارتفاق على الحصة الشائعة الأمر الذي يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز بكامله.

أضف إلى ذلك فالشريك يستطيع بإرادته المنفردة رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا أو حيازيا، وأن يثقلها بحق تخصيص أو امتياز، وهي حقوق عينية تبعية.

ولا مناص من أن كل هذه التصرفات المرتبة على الحصة الشائعة تخلف آثارا قانونية في مواجهة بقية الشركاء.

ومن باب أولى وحسب النص المذكور سابقا للشريك التصرف منفردا في جزء مفرز من المال الشائع والذي يقع صحيحا ومرتبا لكل آثاره القانونية، حسب ما أورده فقهاء وشراح القانون.

---

[1] هذا النص يقابله: نص المادة رقم 826 من القانون المدني المصري.

[2] وهاب عياد، المذكرة السابقة، ص04.

وعليه نتطرق لهذه السلطة من خلال ثلاثة مباحث، نورد في الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة، لنخصص الثاني لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ونخلص في المبحث الأخير لدراسة تصرف الشريك في كل المال الشائع، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

حسب ما ورد في نص المادة رقم 1/714 من القانون المدني الجزائري، فإنه لكل شريك في الشيوع بوصفه مالكا لحصته سلطة التصرف فيها منفردا بجميع أنواع التصرفات القانونية.

والمقصود بالحصة الشائعة هي السهم الساري لكل جزء من أجزاء المال الشائع، كما لو كانت الدار مشتركة بين ثلاثة أشخاص بالتساوي، فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب مشتركا بين الثلاثة لكل واحد منهم ثلث هذه الأشياء، والحصة الشائعة النطاق المعنوي لحق المالك على الشيوع.

فإذا كان حق الشريك في الشيوع حق ملكية يجعله مالكا لحصته الشائعة دون أن يشاركه فيها بقية الشركاء، فإن ذلك يمنحه سلطة التصرف فيها مستعملا الرخصة المخولة لصاحب حق الملكية في التصرف في ماله.

إلا أن وجود شركاء آخرين لذات المال المملوك شيوعا، يجعل التساؤل قائما حول حكم هذه التصرفات، فآثارها قد تمتد إلى ما بعد القسمة.

لذلك وجب علينا دراسة هذا المبحث من خلال تحديد صور تصرف الشريك في حصته الشائعة، ثم الآثار القانونية المترتبة على ذلك في مطلبين مستقلين، لتكون الدراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: صور تصرف الشريك في حصته الشائعة

للشريك المشتاع التصرف منفردا في حصته الشائعة عن طريق تصرفات ناقلة للملكية كالبيع والهبة والوقف باعتبارها عقود تبرع، وتصرفات مرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة أصليا كان أو تبعيا، وذلك من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: التصرفات الناقلة لملكية الحصة الشائعة –البيع-.

الفرع الثاني: التصرف بعقود التبرع.

الفرع الثالث: التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة.

الفرع الأول: تصرفات الشريك الناقلة لملكية الحصة الشائعة -البيع-.

يسري على بيع الشريك حصته الشائعة نص المادة رقم 1/714 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة رقم 826 مدني مصري[1]، إذ أجازت تصرفه منفردا في حصته الشائعة بالبيع باعتباره أهم التصرفات القانونية الناقلة للملكيّة، ويكون بذلك هذا البيع صحيحا ونافذا في مواجهة سائر الشركاء ما لم يضر بمصالحهم[2] وسواء كان عقارا أو منقولا، قابلا للقسمة أم لا[3].

أضف إلى ذلك فإنه يجوز أن يكون هذا التصرف في الحصة الشائعة من قبل الشريك منفردا بالبيع إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا أو لأجنبي من الغير[4]، وإذا تم لأجنبي، فإنه لا يشترط موافقة باقي الشركاء عليه، في حدود عدم الإض،رار بحقوقهـم، ذلك أن

---

[1] راجع:
- د.عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، القاهرة، دار الفكر العربي، 1984، ص101.
- د.سعيد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، مصر، مطبعة حمادة الحديثة، 1994، ص169.
- د.محمد عبد الظاهر حسين، حق الملكية، مصر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2006، ص120.
- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص ص 28، 29.

[2] راجع:
- د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع، عين مليلة، دار الهدى، 2008، ص123.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع،...)، مرجع سابق، ص164.
- د.محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص105.
- Jean Louis Bergel, (Propriété et Droit réels), Revue de Droit Immobilier, 17eme année; N°04, 1995, Dalloz, P716.

[3] يقصد بما يقبل القسمة، ما يبقى منتفعا بالحصص المقسومة فيه بعد قسمتها وفرزها بنفس الانتفاع، أما ما لا يحتمل القسمة، ما لا يصير منتفعا بأجزائه بعد قسمته أصلا، أو ينتفع به انتفاعا غير الذي كان لها من قبل، كحمام صغير لا ينقلب حمامين.
- أنظر:
- أحمد إبراهيم إبراهيم، (التزام التبرعات)، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الخامس، المجلد الأول، 1932، ص633.

[4] راجع:
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، الجزائر، دار هومة، 2005، ص67.
- د.محمد جبر الألفي، (التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه)، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الرابع 1987، ص255.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص760.

الشريك البائع قد تنازل عن نصيبه الشائع لشخص آخر يحل محله في الشيوع[1]، ويترتب على ذلك كامل الآثار بين الطرفين وتنتقل الملكية الشائعة بقوة القانون بعد تسجيل عقد بيع الحصة الشائعة وإشهاره في المحافظة العقارية[2].

وعليه فقد استقر **قضاء المحكمة العليا في الجزائر** على ذلك من خلال عديد القرارات الصادرة عنه، إذ أكدت في قرار صادر عن غرفتها العقارية بتاريخ 29 أكتوبر1990 على ما يلي:" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت للطاعن عن طريق الإرث، على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

كما جاء في قرار آخر صادر عن ذات الغرفة بتاريخ 04 ماي 1994 ما يلي:" حيث أنه من المقرر قانونا إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك، ومن ثم فإن القضاء بغير ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان ثابتا من وثائق ملف القضية أن الطاعن اشترى مناب الأخ الكبير المطعون ضده في الشياع، فإن عقد الشراء صحيح وجائز كما هو منصوص في باب الملكية الشائعة وبما أن قضاة الموضوع حكموا عكس ذلك يكونوا قد خالفوا القانون وتجاهلوا أحكام الملكية الشائعة وعرضوا بذلك قرارهم للنقض"[4].

وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 08 أفريل 1987 أكدت على جواز التصرف في الحصة الشائعة بالبيع من قبل الشريك المشتاع شريطة عدم إلحاق الضرر بحقوق سائر

---

(1) راجع:
- محمد عقوني، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، ص19.
- د.رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994، ص107.

(2) راجع:
- الطاهر بن سلطان، المقال السابق، ص35.
- د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، المرجع السابق، ص125.

(3) قرار الغرفة العقارية رقم 63765، المؤرخ في 29 أكتوبر 1990، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الرابع، 1992، ص28.

(4) قرار الغرفة العقارية رقم 110039، المؤرخ في 04 ماي 1994، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثاني، 1994، ص41.

الشركاء إذ جاء فيه:" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجر قسمة بتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها خرقوا القانون"[1].

وفي نفس السياق جاء في قرار آخر لها بتاريخ 24 مارس 1999 أنه:" الشريك على الشيوع يمكنه التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء.

وحيث أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه، فإنهم لما قضوا برفض طلب الطاعنين الرامي لإبطال هذا التصرف قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا، المادة رقم 714 قانون مدني"[2].

وعليه فقد أكدت المحكمة العليا في كل القرارات الصادرة عنها المبدأ القانوني الذي وضعه المشرع المدني الجزائري في نص المادة 1/714 منه.

وإن كان بيع الشريك حصته الشائعة كلها صحيحا ما لم يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء فإنه ومن باب أولى التصرف بالبيع في نسبة معينة من الحصة الشائعة جائز كذلك كأنه يملك نصف المال الشائع فيبيعه ويبقى شريكا مع باقي الشركاء بقدر الربع ويحل المشتري –المتصرف له- شريكا بقدر الربع مع سائر الشركاء[3].

غير أنه إذا قام الشريك ببيع مقدار شائع يزيد عن حصته، فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة سائر الشركاء، فيما تعلق بالقدر الزائد عن حصته[4]، مما يمنحهم الحق في

---

(1) أنظر: قرار الغرفة العقارية رقم 39496، المؤرخ في 08 أفريل 1987، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثالث، 1991، ص09.

(2) أنظر: قرار الغرفة العقارية رقم 186043، المؤرخ في 24 مارس 1999، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الرابع، 2000، ص195.

(3) راجع:

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حق الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص94.

(4) خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، الطبعة الثانية، مصر، دار الفكر والقانون، 2000، ص620.

رفع دعوى تثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون إلزامهم بالانتظار إلى غاية إجراء القسمة[1].

وزيادة على ما تقدم فإنه ببيع الشريك حصته لأكثر من مشتر تكون العبرة بأسبقية التسجيل فيفضل الأسبق في التسجيل إذا كان المبيع عقارا، أو بأسبقية التاريخ حالة المنقول حتى لو أعلم الشركاء بالمشتري الذي سجل عقده أو ثبت تاريخه ثانيا[2].

وترتيبا على ما سبق فإنه من اللازم تسجيل البيع إذا كان محل الحصة الشائعة عقارا أو مجموعا من المال مشتملا على عقار، فيحل بذلك المشتري محل البائع له شريكا مع باقي الشركاء ويخرج البائع نهائيا من الشيوع متى كان التصرف واردا على كل الحصة الشائعة وإن كان التصرف جزئيا فإن حلوله يكون بقدر الجزء المبيع إليه[3].

لكن إذا كان الشيوع واردا على مجموع من المال يضم أشياء متعددة وباع الشريك شيئا معينا من أشياء هذا المجموع ، كما لو كانت دارا داخلة في تركة فباع الشريك الوارث حصته الشائعة في هذه الدار وحدها دون سائر أموال التركة، يثور التساؤل حول مدى صحة هذا البيع ونفاذه وإن كان يسري عليه حكم بيع الحصة الشائعة.

إجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهين:

- الاتجاه الأول: يجيز البيع الذي يقتصر فيه حلول المشتري على المال المعين الذي توجد فيه الحصة الشائعة، ويبقى البائع شريكا في باقي أموال التركة، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 26 ديسمبر1991، إذ جاء فيه: "للشريك على الشيوع وعلى ما جرى به قضاء النقض أن يبيع حصته الشائعة في بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا، ويصبح بمقتضى عقد شرائه شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها، فإذا

---

(1) راجع:
- أنور طلبة، (الملكية الشائعة...)، المرجع السابق، ص17.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،...)، مرجع سابق، ص843.

(2) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص47.

(3) راجع:
- د.سليمان مرقس، شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الأول، مصر، مطبعة النهضة الجديدة، دون تاريخ نشر، ص553.
- د.إسماعيل غانم، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1961، ص179.

تجاهله شركائه وأجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة"[1].

- الاتجاه الثاني: يرى أن بيع الشريك حصته الشائعة من مال معين من الأموال المكونة لمجموع المال الشائع، يأخذ حكم بيع جزء مفرز بالقياس إلى مجموع المال.

وقد تم ترجيح الرأي الأول الذي يجيز ورود حصة الشريك في مال على حده، ذلك أن البيع قد تم على جزء شائع منه، فضلا على أن نية المتعاقدين انصرفت إلى بيع حصة شائعة من مال معين من مجموع المال الشائع[2].

ومنه فالمشتري لحصة شائعة في مال معين من مجموع الأموال يعد شريكا على الشيوع في ذلك المال، ويقتسمه مع شركائه دون سائر الأموال الأخرى.

وإذا تجاهله بقية الشركاء واقتسموا المال الشائع بما في ذلك المال المعين فإن هذه القسمة لا يحتج بها على المشتري[3].

أما في **الفقه الإسلامي**، فقد اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأغلبية الحنفية على جواز بيع الحصة الشائعة في كل الحالات: البيع للشريك أم لأجنبي، المشاع قابلا للقسمة أم لا، عقارا أو منقولا، البيع بإذن الشريك أو دون إذنه مستدلين في ذلك بقوله تعالى:" وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا "[4]، وقوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ "[5] فأكد أن كل ما هو حرام قد فصل للمسلمين، فيما أجاز في الآية الأولى البيع بصفة عامة، ولم يحرم بيع المشتاع فلا مبرر للقول بعدم جوازه، إذ لو كان حراما لبينه.

فالمالك على الشيوع يملك حصته وله التصرف فيها بكافة التصرفات بما فيها البيع[6].

والبيع لأجنبي جائز شريطة ألا يترتب عليه ضرر لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، كأن يبيع الشريك حصته الشائعة في البناء دون الأرض، وهو بيع فاسد إذا اشتريت على أن تبقى قائمة في الأرض، وفي الحالة العكسية يكون المشتري ملزما برفع ذلك البناء وإخلاء الأرض منه.

---

(1) نقض مدني رقم 185، مؤرخ في 20 أكتوبر1955، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض، السنة السادسة، السنة القضائية رقم 22، ص1375.

(2) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 50، 51.

(3) د.جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص 52.

(4) الآية رقم 275 من سورة البقرة.

(5) الآية رقم 119 من سورة البقرة.

(6) محمد حسين مبروك قنديل، الرسالة السابقة، ص116.

وبمقارنة أحكام الفقه الإسلامي بما جاء به القانون المدني المقارن في كل من الجزائر ومصر، نرى اتفاقها على جواز بيع الحصة الشائعة من العقار أو المنقول للشريك لعدم الضرر في ذلك، فضلا عن جواز البيع لأجنبي ليضيف القانون المدني الفرنسي حق بقية الشركاء في الاسترداد.

كما وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وسيلة لرفع الضرر هي الشفعة، إذ سنأخذ كل ذلك بشيء من التفصيل لاحقا.

الفرع الثاني: التصرف في الحصة الشائعة بعقود التبرع.

يقصد بعقود التبرع تلك التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد، دون أن ينتظر عوض من الطرف الآخر وهي الهبة، الوصية، الوقف، فإذا كان من المقرر في القانون المدني المقارن والفقه الإسلامي أن كل شريك له سلطة المعاوضة على حصته الشائعة من المال الشائع بالبيع، فإنه يجوز له التبرع بها دون مقابل عن طريق هبتها أو وقفها.

وعليه نتناول في هذا الفرع تصرف الشريك في حصته الشائعة عن طريق الهبة والوقف كما يلي:

أولا: هبة الشريك حصته الشائعة.

طبقا لنصوص المواد 202، 206، 208، قانون أسرة جزائري والتي جاء فيها على التوالي:(الهبة تمليك بلا عوض).

(تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات).

(إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة)، فإن الهبة تمليك بلا عوض، تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة[1].

---

[1] راجع:

- د.محمد بن أحمد تقية، (الهبة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي)، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد الثالث، 1998، ص38.

- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الجزائر، دار هومة، 2004، ص08.

- Jean éperon, Les Donations de biens communs sous les régimes de Communauté Conjugale, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université d'Alger, Faculté de droit, 1949, P28.

إلا أنه إذا كان الموهوب مشتاعا فإن التوثيق يغني عن الحيازة[1]، مما يعتبر ذلك جوازا ضمنيا لهبة الحصة الشائعة[2]، واردا في نصوص قانون الأسرة الجزائري ومتفقا مع نص المادة رقم 1/714 من القانون المدني الجزائري سابقة الذكر، إذ لم يشترط القانون القبض في هبة المشتاع[3].

فيصبح بذلك الموهوب له شريكا على الشيوع بانتقال الحصة إليه، وبالحالة التي كانت عليها الملكية لدى إبرام الهبة، فيحل محل الشريك الواهب في الحصة المتصرف فيها كخلف خاص له منذ شهر العقد في المحافظة العقارية[4].

أما **التشريع المدني المصري**، فقد اكتفى باشتراط الرسمية فقط في عقد الهبة دون الحيازة[5] في المادة رقم 488 منه، وهو ما لا يتعارض مع طبيعة الشيوع وتسري عليه القواعد العامة المعروفة في التصرف في الحصة الشائعة حسب المادة رقم 826 منه[6].

وإذا كان يجيز انعقاد الهبة بالقبض في المنقول دون حاجة إلى ورقة رسمية في المادة رقم 488 مدني مصري التي تنص على أنه:" يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية"، فهذا يعني عدم إمكان هبة الحصة الشائعة بشكل مطلق، إذ لم ينعقد

---

(1) راجع:
- د.محمد بن أحمد تقية، دراسة عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001، ص156.
- فايزة مخازني، تصرف الشريك في المال الشائع – دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، بومرداس، جامعة أمحمد بوقرة، 2005-2006، ص20.

(2) حسن منصف، أحكام الهبة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، مراكش، جامعة القاضي عياض، 1999-2000، ص76.

(3) راجع:
- مصطفى لعروم، (عقد الهبة)، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين الجزائر العدد الثامن، 1999، ص99.
- د. محمد كامل مرسي باشا، (شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني،...)، مرجع سابق، ص402.

(4) راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص 73.
- نزيه نعيم شلالة، دعوى الهبة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص113.
- د.عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، الدار البيضاء، مطبعة النجاح، 2004 ص292.

(5) كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص ص 179 180.

(6) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس،...) مرجع سابق، ص124.

عقد الهبة بورقة رسمية وانعقد بالقبض، حيث يقيد بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط، وهي نفسها المتعلقة بالرهن الرسمي[1].

ولما كان شراح القانون[2]، وفقهائه قد أجمعوا على جواز هبة الحصة الشائعة للشريك والأجنبي فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها[3]، فإن القانون الوضعي المقارن لم يذكر ذلك صراحة في نصوصه، مما يحتم علينا اللجوء إلى الفقه الإسلامي، طبقا لنص المادة رقم 222 قانون أسرة جزائري.

لذلك فقد اختلف **فقهاء الشريعة الإسلامية** وظهر اتجاهين لاختلافهم في إمكانية تحقق القبض فيما يمكن قسمته أولا[4].

فالحنفية يرون أن ما يمكن قسمته لا يصح هبة الحصة المشاعة منه، إذ القبض شرط الهبة ووجوب القسمة يمنع صحته وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبة الحصة الشائعة لعدم ذلك كله.

والجمهور من الفقهاء يرون أن المشاع لا يمنع من القبض سواء فيما يمكن قسمته أم لا.

الاتجاه الأول: ويمثله الفقه الحنفي وجانب من الفقه المالكي، إذ يرى الحنفية أنه من شروط الشيء الموهوب أن يكون محوزا، فلا تجوز هبة الحصة الشائعة في عين تقبل القسمة، كالدور والأرض حتى تقسم وتقبض فلو قسم الواهب ما وهبه شائعا وأفرزه وسلمه إلى الموهوب له جاز لأن الهبة تنعقد ويوقف نفاذها على القسمة، والقبض بعد القسمة هو الصحيح فالشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه، وإنما يمنع القبض الممكن من التصرف.

---

(1) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص21.

(2) ومن بينهم:
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص186.
- د.توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون تاريخ نشر، ص205.
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص 72.
- Mohamed Kamel Moursy Bey, (étude en matière de donation), Revue de droit et economie, VIII année, N°04, 1938, PP100-198.
- مصطفى لعروم، (عقد الهبة)، المقال السابق، ص99.

(3) د.محمد بن أحمد تقية، (دراسة عقد الهبة،...)، المرجع السابق، ص157.

(4) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص60.

وإذا كانت العين **لا تقبل القسمة** كالحمام والعبد فإن هبة أحد الشريكين لحصته جائز سواء كان ذلك للشريك أو لأجنبي[1].

وهناك رأي للمالكية يرى بطلان هبة الحصة الشائعة فيوافق الحنفية فيما يقبل القسمة[2].

وأدلة الاتجاه الأول في ما ذهبوا إليه كثيرة، فمن الآثار ما روى عن سيدنا عمر -رضي الله عنه- قال[3]، "ما بال أحدكم ينحل[4] ولده نحلة لا يحوزها ولا يقسمها، ويقول إن مت فهو له، وإن مات رجعت إلي، وأيم الله لا ينحل أحدكم نحلى لا يحوز ولا يقسمها فيموت، إلا جعلتها ميراثا لورثته"، والمراد بالحيازة هنا القبض[5]، والهبة دون القبض والقسمة لا تكون موجبة للملك.

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: "من وهب ثلث كذا أو ربع كذا، لا يجوز ما لم يقاسم"، كما استدلوا من المعقول بأدلة كثيرة منها، أن القبض شرط جواز عقد الهبة والشيوع يمنعه، فالقبض تصرف في الشيء الموهوب، وذلك غير ممكن في الحصة الشائعة من المال المشاع الذي يقبل القسمة.

غير أن الحنفية أجازوا للضرورة هبة الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ذلك أن الشيوع مانع من القبض، ولا سبيل لإزالة هذا المانع بالقسمة، أما فيما يقبل القسمة فلا ضرورة تبيح جوازه لأنه من الممكن إزالة المانع من القبض بالقسمة[6].

---

(1) راجع:
- علاء الدين الكاساني، (بدائع الصنائع، الجزء السادس،...)، مرجع سابق، 1986، ص120.
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني عشر، بيروت، دار المعرفة، 1986، ص65.

(2) أبو الوليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ص106.

(3) راجع:
- أبو الوليد سليمان الباجي، المرجع نفسه، ص104.
- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص106.

(4) النُحلى بالضم من العطية، فنُحلت المرأة مهرها عن طيب نفس من غير مطالبة، ويقال أعطاها مهرها نِحلة بالكسر.

(5) القبض نوعان، قبض حقيقي فعلي، وقبض حكمي يحصل بمجرد التخلية (ناقص)، ويختلف باختلاف المواضع.
راجع:
- عبد البر محمد زكي، (القبض في العقود المالية في الفقه الإسلامي الحنفي)، مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، السنة الخمسون، عدد خاص، مصر، دار الهنا للطباعة، 1983، ص ص 39-78.

(6) علاء الدين الكاساني، (بدائع الصنائع، الجزء السادس،...)، مرجع سابق، ص120.

لكن انتقد هذا الاتجاه على أساس أن لا حجة في قول أحد دون الرسول صلى الله عليه وسلم إذ أجاز صراحة هبة الحصة الشائعة بقوله: "ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم"[1] وقول عمر وعلي رضي الله عنهما لا يقدم على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وفيما يخص أدلة المعقول، فإن القول بأن الشيوع يمنع القبض غير صحيح، إذ لم يمنع صحته في البيع، كما يمكن قبض الشيء الموهوب بتخلية الكل، فجازت بذلك هبة الحصة الشائعة فيما لا يقسم، رغم أن القبض شرط لثبوت الملك، فأخذت الهبة فيما يقسم نفس الحكم.

وإذا كان الأمر كما هو في أدلة المعقول فكيف يعد الشيوع مانعا للقبض إن أجيز في القرآن الكريم إصداقه، والصداق واجب فيه الاقباض، بقوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"[2].

ونفس الأمر بالنسبة للوصية بالمال الشائع وإجارته فالعلة واحدة[3].

وعلى هذا الأساس ظهر **الاتجاه الثاني للجمهور** من الشافعية والحنابلة، والظاهرية ورأي للمالكية الذين يروا جواز هبة الحصة الشائعة، سواء كان ذلك للشريك أم لأجنبي لغني أو فقير، فيما ينقسم كالدور والأرض، وفيما لا ينقسم كالحيوان والعبد والقبض فيما يقسم يكون بتخلية الكل[4] فاستدلوا بالسنة والآثار والقياس.

فمن السنة، ما روي أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم، فقال لهم: "ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم"[5] فدل الحديث على جواز هبة الحصة الشائعة.

ومن الآثار، ما روي أن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت للقاسم ابن محمد ابن أبي بكر ولعبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر:" إني ورثت عن أختي

---

(1) الحفاظ أبي عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، الجزء السادس، مطبعة الحلبي، 1964، ص221.
(2) الآية رقم 04 من سورة النساء، والنحلة هي المهر.
(3) أنظر: الآية رقم 229 من سورة البقرة.
(4) راجع:
- شرف الدين إسماعيل المقري، على متن الإرشاد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الحلبي، 1971، ص627.
- النووي، روض الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي، 1985، ص373.
- ابن قدامة، المغني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص656.
- أبو عمر يوسف النمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987، ص529.
(5) الحفاظ أبو عبد الرحمن النسائي، المرجع السابق، ص220.

عائشة مالا بالغابة وقد أعطاني معاوية بها مائة ألف، فهو لكما"، لأنهما لم يرثا من أم المؤمنين شيئا وإنما ورثا أسماء وعبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر[1]، ووجه الدلالة أن أسماء جعلت هذا المبلغ هبة لهما لكل واحد منهما حصة شائعة فيه[2].

ومن **القياس**، أنهم قالوا بجواز هبة الحصة الشائعة قياسا على جواز بيعها فيما يقسم وما لا يقسم.

والرأي المرجح هنا هو ما ذهب إليه الجمهور بقوة أدلتهم، فاستدلوا بعدة أحاديث للرسول صلى الله عليه وسلم، تفيد كلها جواز هبة الحصة الشائعة.

ونخلص **بمقارنة** أحكام الفقه الإسلامي بما جاءت به نصوص القانون المدني المقارن إذ اتفقت جميعا على جواز هبة الحصة الشائعة، سواء كانت مما يقبل القسمة أولا، مع تقييد ذلك بشروط معينة، إلا أن علماء الفقه الإسلامي توسعوا وأفاضوا في بحث الهبة على نحو عملي يساير الواقع[3].

ثانيا: وقف الشريك حصته الشائعة.

جاء في نص المادة رقم 216 من قانون الأسرة الجزائري أنه: (يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف معينا، وخاليا من التبرع ولو كان مشاعا)[4].

كما نصت المادة رقم 3/11 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف[5]، على ما يلي: (...، ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة).

وبذلك فقد تم النص صراحة على جواز وقف المشاع في العقار والمنقول، بشرط تمام القسمة[6]، وإفراز نصيب الشركاء والنصيب الموقوف، مما قد يفهم من ذلك عدم جواز وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة، وتحديد ذلك يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي بمقتضى

---

(1) نقلا عن: د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص69.
(2) ابن حزم الظاهري، المحلي، الجزء التاسع، بيروت، دار الآفاق الجديدة، 1894، ص151.
(3) د.جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص71.
(4) أنظر نص المادة رقم 216، من القانون رقم 11/84، سابق الذكر.
(5) القانون رقم 91-10، المؤرخ في 27 أفريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، جريدة رسمية رقم 91/21.
(6) راجع في ذلك:
- محمد كنازة، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، المركز الجامعي تبسة، معهد الحقوق، 2005-2006، ص63.
- نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، ص ص 111، 112.

نص المادة رقم 02 من القانون سابق الذكر التي تنص على أنه:(على غرار مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه).

أما **المشرع المصري** فقد تناول وقف الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها في المادة الثامنة من تقنين الوقف التي تنص على أنه:(يجوز وقف العقار المنقول، ولا يجوز وقف الحصة الشائعة في غير القابل للقسمة إلا إذا كان الباقي منه موقوفا أو اتحدت الجهة الموقوفة عليها، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة.

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزا شرعا)[1]، أي أن وقف الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة جائزا، سواء أكان المشاع عقارا أو منقولا فلا يعطل الشيوع مصالح الوقف، ما دامت القسمة ممكنة فيحسم بها النزاع[2].

أما إذا كان المشاع غير قابل للقسمة فلا يمكن وقف الحصة الشائعة، وهذا الحكم ليس مطلقا[3] أوردت المادة السابقة ثلاث استثناءات يجوز فيها هي:

1. إذا كانت الحصة المراد وقفها جزءا من مال موقوف باقية على جهة خيرية قبل العمل بهذا التقنين، كما لو ملك شخصان منزلا صغيرا، وقف أحدهما حصته فيه لفائدة مسجد البلدة في ظل التقنين القديم، ثم أراد الشريك الآخر وقف حصته في نفس الدار على نفس المسجد بعد صدور التقنين الجديد، كان وقفه صحيحا، أما وقفها على غير ذات المسجد فلا يجوز[4].

2. الحصة المراد وقفها جزء من عين مخصصة لمنفعة أرض موقوفة على جهة معينة، كساقية مشتركة بين عدة أشخاص مخصصة لري أرض موقوفة على مسجد فلو وقف أحد الشركاء حصته الشائعة فيها على نفس المسجد الذي وقفت عليه الأرض لصح الوقف[5].

---

(1) أنظر نص المادة رقم 08 من قانون الأوقاف المصري.

(2) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999، ص258.

(3) راجع:

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة، 1982، ص361.

- د.أحمد فراج حسني، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة، 1989، ص339.

(4) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص361.

(5) محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص361.

3. إذا كانت الحصة المراد وقفها عبارة عن حصص وأسهم شركات الأموال، زراعية أو صناعية أو تجارية، ويستوي أن تكون الحصص عقارات أو منقولات أو خليطا منهما وسبب هذا الاستثناء يرجع إلى عدم إمكانية تحقق الضرر أو ترتب النزاع، لأن قوانين هذه الشركات نظمت طرق استغلال أموالها وصيانتها وبما لا يكون لأجنبي يد عليها، وإن كان ناظر الحصة الموقوفة[1].

وفيما يخص **الفقه الإسلامي** فنفرق فيه بين حالتين:

الحالة الأولى: تتعلق بوقف الحصة الشائعة لتكون مسجدا أو مقبرة، إذ اتفق الفقهاء المسلمين على عدم جواز الوقف، ذلك أن الشيوع قد يؤدي إلى الانتفاع من المال الشائع بالمهايأة، كأن تكون الأرض المشاعة مسجدا في عام ومزرعة في عام آخر[2].

الحالة الثانية: تتعلق بوقف الحصة الشائعة غير مسجد أو مقبرة، وفيها انقسم الفقهاء المسلمين إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يمثله الحنابلة[3]، والشافعية[4]، وهم يجيزون وقف الحصة الشائعة بصورة مطلقة، سواء أكانت فيما يقبل القسمة أو فيما لا يقبلها للشريك أو لأجنبي، ومرجع ذلك عدم اشتراطهم القبض لصحة الوقف، مستدلين بحديث بن عمر إذ قال:" المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلي منها، فأردت أن أتصدق بها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم احبس أصلها وسبل ثمرها".

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص ص 361، 362.

(2) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994، ص377.

(3) راجع:

- أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف للمرداوي، الجزء السابع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر، ص18.

- إبراهيم بن مفلح أبو إسحاق، المبدع، الجزء الخامس، بيروت، المكتب الإسلامي، 1980، ص155.

- منصور بن يونس البهوتي، (كشاف القناع، الجزء الرابع،...)، مرجع سابق، ص245.

(4) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، (مغني المحتاج، الجزء الثاني،...)، مرجع سابق، ص377.

الاتجاه الثاني: يمثله المالكية[1]، والحنفية[2]، ويميز بين المال المشاع القابل للقسمة وغير القابل له كما يلي:

الحالة الأولى: إذا كان المال الشائع الذي وقفت حصة منه قابلا للقسمة، فاختلفوا حول صحته منقسمين إلى قسمين:

القسم الأول: يجيز الوقف في هذه الحالة إذ لا يعتبر القبض شرطا لصحته، ويمثله غالبية الحنفية.

القسم الثاني: لا يجيزه لاشتراطه القبض، ويمثله محمد بن الحسن من الحنفية والمالكية.

الحالة الثانية: إذا كان المال الشائع غير قابل للقسمة، فإن وقفه جائز عند الحنفية بما فيهم محمد بن الحسن، والذي وإن كان يشترط القبض لصحته، فإنه يعتبر هذا الشرط غير محقق إلا بإتلاف المال، وعدم الانتفاع به كما هو مطلوب، وتفاديا للضرر يجوز وقف ما لا يقسم من المشاع[3].

الفرع الثالث: التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة.

إذا كانت القوانين المقارنة قد أجازت تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفات ناقلة للملكية كالبيع، أو بعقود التبرع كالهبة والوقف، فإنه قد ترتب عليها حقوقا عينية أصلية، كحق الانتفاع للغير، وتبعية كالرهن الرسمي والحيازي وحق الامتياز والتخصيص، كل هذا سنتناوله بالدراسة في هذا الفرع.

---

(1) الفقه المالكي يمثله:
- علي العدوي، حاشية العدوي، الجزء الثاني، بيروت،دار الفكر، 1992، ص343.
- أبو عبد الله محمد المغربي، مواهب الجليل، الجزء السادس، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، 1978، ص12.
- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر، ص ص 76 و81.

(2) ويمثل الفقه الحنفي:
- علي ابن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح البداية، الجزء الثالث، بيروت، المكتبة الإسلامية، دون سنة نشر، ص ص 14، 15.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء السادس، الطبعة الثانية بيروت، دار الفكر، دون سنة نشر، ص ص 210، 211.

(3) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص28.

أولا: ترتيب حق انتفاع على الحصة الشائعة.

حق الانتفاع هو ذلك الحق العيني الذي بمقتضاه يستعمل الشخص ملك غيره ويستغله وينتهي حتما بموت المنتفع[1]، فقد أجمع فقهاء القانون المدني[2]، على جواز ترتيبه على الحصة الشائعة حسب نص المادة رقم 1/714 قانون مدني جزائري، وما يقابلها في القانون المدني المصري -المادة رقم 1/826 منه- مع مراعاة أن حق الملكية الثابت للشريك المتصرف ينقسم إلى قسمين: حق ملكية الرقبة الثابت له، وحق الانتفاع الثابت للمتصرف إليه.

وإن كان كل من مالك الرقبة والمتصرف إليه مقيدين في تصرفهما، فإن أعمال التصرف وطلب القسمة من اختصاص مالك الرقبة، لتقتصر سلطات صاحب حق الانتفاع على أعمال الإدارة المعتادة.

ولما كان ذلك فإن حق الانتفاع قد ينقضي قبل القسمة أو يبقى إلى ما بعدها، ففي الحالة الأولى تعود لمالك الرقبة كل سلطاته على الشيء الشائع والتي كانت لصاحب حق الانتفاع أما لو قسمت العين وبقي حق الانتفاع الواقع في نصيب مالك الرقبة جزءا مفرزا، فإنه ينتقل إلى هذا الجزء إعمالا لنص المادة رقم 853 قانون مدني جزائري التي جاء فيها:(ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته)[3].

فيكون بذلك **المشرع المدني في كل من الجزائر ومصر** قد أخذ بالحلول العيني فيما يتعلق بالعوض القائم مقام هلاك الشيء محل حق الانتفاع[4]، والذي ينتقل إلى الجزء الذي آل للشريك مالك الرقبة حتى تنتهي المدة المحددة للانتفاع، أما **أحكام الفقه الإسلامي**، فجعلت منه حقا يستفيد به مالك المنفعة من مباشرة الانتفاع بملك الغير في العقار أو المنقول.

---

(1) راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المجلد الثاني...)، مرجع سابق، ص ص 1200، 1201.
- د.مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص88.

(2) أنظر:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص846.
- د.توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص205.
- د.مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص132.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص186.

(3) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1/944 من القانون المدني المصري.

(4) د.منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، ص254.

فيجوز بذلك للشريك التصرف في حصته الشائعة بترتيب حق انتفاع للغير، فيصير المنتفع بذلك شريكا مع باقي الشركاء[1].

ثانيا: رهن الشريك حصته الشائعة.

جاء في نص المادة رقم 882 من القانون المدني الجزائري أن:(الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)[2].

وأكدت المادة رقم 948 من ذات القانون على أن:(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، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)[3].

وعليه فالرهن نوعان رهن رسمي لا يرد إلا على العقار، ورهن حيازي على المنقول والعقار معا، يهدفان إلى حماية حقوق الدائن المرتهن ولا ينشآن إلا عن عقد، فضلا على أنهما يخولان هذا الدائن ميزة التقدم والتتبع[4].

لذلك نتناول في هذا العنصر رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا ثم رهنها رهنا حيازيا كما يلي:

---

(1) إبراهيم صالح إبراهيم، الآثار الناشئة عن قيام حق الانتفاع وانتهائه في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1984، ص89.

(2) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1030، من القانون المدني المصري.

(3) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1096، من القانون المدني المصري.

(4) راجع:

- د.زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، تيزي وزو، دار الأمل، 2006، ص10.

- Michèle Grégoire, Publicité Foncière, Bruxelle, 2006, P578.

1. الرهن الرسمي للحصة الشائعة[1].

لئن كان الفقه[2]، قد أجمع على جواز رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا تأسيسا على ملكية الراهن لحصته ملكية تامة، فإنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين حالتين:

الحالة الأولى: حلول أجل الوفاء بالدين قبل القسمة.

إذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين رغم حلول الأجل قبل قسمة العقار، فللدائن المرتهن التنفيذ بدينه على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها، ليحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن ويصبح شريكا مع سائر الشركاء على الشيوع[3].

ويثور التساؤل هنا حول مدى حق الدائن المرتهن طلب إبطال الرهن لوقوعه في غلط إذا كان يعتقد أن المدين يملك العقار المرهون ملكية مفرزة ثم اتضح أنه مالك على الشيوع.

اختلف الفقه المصري في الإجابة عن هذا التساؤل، فظهر رأيان:

---

(1) راجع:

- P. François T 'kint, Sûretés, 4e édition, Bruxelle, larcier, 2004, P287.

-P.Dominique legeais, Sûretés et garanties du crédit, 5e édition, Paris Montcherestien, 2006, P411.

- د.منصور مصطفى منصور، (تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة السادسة، العدد الأول، 1969، ص211.

(2) راجع:

- د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مصر، دار المعرفة، دون سنة نشر، ص95.

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،...) مرجع سابق، ص263.

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (وجوب تنقيح القانون المدني المصري)، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق، مصر، السنة السادسة، العدد الأول، 1936، ص78.

- د. سميرعبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف،1995، ص194.

- P.Bernard Beignier, Marc Mignot, Droit des Sûretés, Paris, Montcherestien, 2007, P417.

- P.Philippe Simler, Philippe Delebeque, Droit Civil, le Sûretés, 4e édition, Paris, Dalloz, 2004, P354.

- Alex Weill, Droit civil, 2e édition, France, Dalloz, 1974, P181.

(3) راجع:

- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الإسكندرية، الدار الجامعية، دون تاريخ نشر، ص ص 92، 93.

- د.زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص49.

- د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2008، ص56.

- أنور طلبة، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس،...)، مرجع سابق، ص724.

الرأي الأول: يرى أنه ليس من حق الدائن المرتهن طلب الإبطال، ذلك أن هذا الحق المشار له في نص المادة رقم 2/826 مدني مصري مقصور على التصرف في الحصة المفرزة دون أن يقاس عليه التصرف في الحصة الشائعة[1].

الرأي الثاني: يجيز للدائن المرتهن طلب إبطال الرهن لوقوعه في غلط، ذلك أن نص المادة رقم 2/1039 مدني مصري، والذي يقابله نص المادة رقم 2/890 قانون مدني جزائري، لم يقصد بإقراره مبدأ الحلول العيني، الخروج على حكم القواعد العامة المتعلقة بالغلط[2].

وقد تم ترجيح الرأي الأول على أساس أن نص المادة رقم 2/826 مدني مصري قاصر على تصرف الشريك في جزء مفرز، إذ بانتهاء الشيوع بالقسمة وقع في نصيبه جزء آخر، يكون للدائن المرتهن طلب الإبطال إذ كان يعتقد بملكية الشريك للعين المفرزة، فلا يطبق بذلك حكم هذه المادة على تصرف الشريك في حصته الشائعة.

الحالة الثانية: حلول أجل الوفاء بالدين بعد القسمة.

تعتبر القسمة أهم طرق انقضاء الشيوع، أين تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية، ويتجزأ المال الشائع إلى أجزاء مفرزة، يستقل فيها كل شريك بجزء منها خالصا له بصفة استئثارية[3]، وإذا تعذر ذلك يباع المال الشائع بالمزاد العلني ويختص كل منهم بمبلغ نقدي يعادل حصته[4]، وفي كلتا الحالتين يثور التساؤل حول حكم رهن الشريك حصته الشائعة، والذي أجري قبل القسمة وحل أجل الوفاء بدينه بعد القسمة، فتستمر بذلك آثاره.

لقد تطرق المشرع المدني الجزائري لحكمه في المادة 2/890 منه التي جاء فيها: (وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيانا غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة

---

(1) راجع:
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص153.
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص93.

(2) د.سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني،...)، مرجع سابق، ص ص 108، 109.

(3) وتعرف هذه القسمة بالقسمة العينية.

(4) وتعني قسمة التصفية.

ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.)[1]، فحاول من خلالها حماية المتقاسم الذي يقع في نصيبه مالا كان محملا برهن من شريك آخر بتحريره مما كان عليه من رهن من جهة، وحماية الدائن المرتهن من جهة أخرى بانتقال حقه إلى ما اختص به المتصرف، لكن وجهت عدة انتقادات لهذا النص منها:

- أنها اقتصرت على حالة وقوع أعيان غير التي رهنها في نصيبه دون ذكر حكم ما إذا اختص الراهن عند القسمة بكل العقار الشائع أو بجزء منه، ذلك أن بقاء الرهن قائما على كل العقار، أو على الجزء الذي اختص به الراهن ليس محلا للشك.

لكن إذا غيرت القسمة الحق الذي ورد عليه الرهن ابتداء، وجب أن يتدخل المشرع لبيان ما يترتب على هذا التغيير في كيان حق الرهن ذاته، ولحسم الخلاف الذي ثار حول ما إذا كان الرهن يبقى قائما على العقار كله أم يرد على حصة فيه فقط.

- تناولت المادة السابقة حالة عقار أو عقارات في نصيب الراهن فقط، دون تناول الحالة التي يختص فيها الراهن بمبلغ نقدي أو منقول.

إذ رغم ورود مصطلح "أعيان" الذي يشمل العقار والمنقول، إلا أن الجزء الأخير من النص المتعلق بتنظيم انتقال الرهن وإجراء قيد جديد يدل أن ما ينتقل إليه الرهن عقارا .

- لا مبرر للتفرقة بين صور التأمينات المختلفة، إذ يجب النص على مادة واحدة تشمل كل التصرفات المرتبة لحقوق عينية[2].

وأمام هذه النقائص أصبح إلزاما علينا دراسة مختلف نتائج القسمة على ضوء ما ورد فيها وما ذهب إليه آراء الشراح من خلال خمسة فروض كما يلي:

---

[1] نص المادة رقم 2/890، من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر، ويقابلها: نص المادة رقم 1039، من القانون المدني المصري.

[2] د.منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص ص 186-188.

الفرض الأول: اختصاص الراهن بكل العقار الشائع[1].

في هذا الفرض يزيد الضمان المقرر لمصلحة الدائن المرتهن، ليثور التساؤل حول مدى انصراف الرهن إلى كل العقار أو اقتصاره على ما يعادل حصته الشائعة التي كان الرهن منصبا عليها، فاختلف الفقهاء في الإجابة عن ذلك ليظهر رأيين:

الرأي الأول: يرى شمول الرهن لكل العقار حتى عند عدم وجوب اشتراط امتداد الرهن إلى كل العقار مطابقة لإرادة الطرفين[2]، مستدلا بذلك على انقضاء الشيوع واختصاص الشريك الراهن بالعقار الواقع عليه الرهن[3]، إذ لا يتصور بقاء حصة شائعة على ملكية مفرزة صاحبها شخص واحد لا أكثر.

كما أنه لو تم التسليم ببقاء الرهن على الحصة الشائعة ثم باعها المرتهن، فكيف يعتبر الراسي عليه المزاد شريكا مع الراهن، إذا كان الشيوع لا ينشأ بحكم من القاضي[4].

الرأي الثاني: ويرى فيه غالبية الفقه أن حق الدائن المرتهن يظل واردا على حصة شائعة من العقار الذي آل إلى الراهن، تساوي الحصة التي كانت محلا للرهن[5]، فلا يمتد الرهن إلى كل العقار المرهون، إذ قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالح غيره من دائني الراهن دون وجه حق[6].

ويرد أصحاب **الرأي الأول** عليهم أن امتداد الرهن إلى كل العقار لن يضر الراهن أو دائنيه.

يبقى أن غالبية الفقه **تميل للرأي الأول**، ونحن نؤيدها فيما ذهبت إليه، انطلاقا من نص المادة رقم 2/890 مدني جزائري، والمادة رقم 2/1039 من مدني مصري، والتي لا مانع من تطبيقها حالة اختصاص الراهن بكل العقار الشائع، فلا ينصب الرهن على كل العقار بل

---

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص139.

(2) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص116.

(3) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص95.

(4) د.أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مصر، دار النهضة، 1968، ص168.

(5) راجع:
- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص195.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، دار الثقافة، دون تاريخ نشر، ص319.
- سمير كامل، الرسالة السابقة، ص ص 409، 410.
- د.سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني،...)، مرجع سابق، ص79.

(6) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص97.

على قدر منه يعادل مقدار الدين أو يعادل الرهن الأول، فضلا على أنه لا فائدة من امتداده إلى كل العقار، إذ في ذلك إضرار على الراهن نفسه إن أراد رهن القدر الباقي من العقار.

الفرض الثاني: اختصاص الراهن بجزء مفرز من العقار[1].

إذا كان الفقه قد أجمع على أن ينصب الرهن على جزء مفرز من العقار الذي اختص به الشريك الراهن بعد القسمة، فإنهم قد اختلفوا في أساس هذا الانتقال إذا كان الحلول العيني أو مجرد أثر طبيعي للقسمة، فظهر رأيين:

الرأي الأول: ويرى أصحابه أن ورود الرهن بعد القسمة على الجزء المفرز بدلا من الحصة الشائعة، يعد حلولا عينيا، يقتصر على الحصة الشائعة فقط، فإذا تمت القسمة وقع في نصيب الشريك الراهن جزءا مفرزا يختلف عن هذه الحصة، ويحل محلها حلولا عينيا[2].

الرأي الثاني: ويؤكد أن أساس انتقال حق الدائن المرتهن على الجزء المفرز هو الأثر الطبيعي للقسمة، إذ يتركز على نسبة رمزية تعادل حصة الشريك الراهن.

فإذا تمت القسمة تركز حق الشريك الراهن على الجزء المفرز الواقع في نصيبه وانصب حق الدائن المرتهن على هذا الجزء الذي أفرزته القسمة، وهذا أثر للمطابقة بين الجزء المفرز الواقع في نصيب الراهن الذي يرد عليه حق الدائن المرتهن وبين الحصة الرمزية التي كانت لهما على كل المال الشائع بنسبة حصة الشريك الراهن، فليس في هذه المطابقة أي حلول عيني فهي عملية القسمة ذاتها[3]، ليرجح الدكتور جمال خليل النشار هذا الرأي، ذلك أن الاستبدال كشرط من شروط الحلول العيني لم يتحقق في هذا الفرض بقدر ما أدت القسمة إلى إفراز نصيب الشريك الراهن، تركز حق الدائن المرتهن عليه[4].

---

[1] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 139.

[2] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 97، 98.
- زهدي يكن، (شرح مفصل جديد لقانون للملكية العقارية، الجزء الأول،...)، مرجع سابق، ص116.
- د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص134.
- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص115.

[3] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 98، 99.
- د.رمضان أبو السعود، (الوجيز...)، مرجع سابق، ص95.

[4] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص99.

الفرض الثالث: اختصاص الراهن بعقار آخر غير الذي رهنه.

ويتحقق ذلك عندما يكون محل الشيوع مجموعا من المال، فرهن الشريك حصته الشائعة في مال معين منها ثم وقع في نصيبه عند القسمة مال آخر غير الذي رهنه حسب المادة رقم 2/890 مدني جزائري التي أقرت انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل حصته المرهونة[1].

كما لو ملك شخصان (ب) و(ج) على الشيوع أرضا ومنزلا، فرهن (ب) حصته الشائعة في الأرض لكنه اختص بالمنزل نتيجة للقسمة، فالرهن ينتقل من الأرض إلى المنزل[2]، على أساس الحلول العيني، إذ وقع في نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقار آخر غير الذي رهنه فيحل الأول محل الثاني، وينتقل مرهونا بدلا منه.

أضف إلى ذلك فإنه لولا الحلول العيني، لقيل أن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك فلا ينتقل الرهن إليه[3].

أما رهن الشريك للعقار غير المملوك له فيكون قابلا للإبطال، دون أن ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون، مما يضر بالدائن المرتهن.

وإن كان الفقه في **فرنسا**[4]، يجعل هذا الرهن مهدوما بأثر رجعي وهذا غير مقبول فإن ما تبناه المشرع الجزائري باشتراطه بعض الإجراءات الكفيلة بحماية الغير لصحة انتقال الرهن إلى نصيب الراهن المفرز كان صائبا وهي:

---

(1) راجع:
- د.زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 49، 50.
- د.نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص72.
- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص135.
- سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني،...)، مرجع سابق، ص ص 108، 109.
- سعاد الزروالي، تخصيص الرهن الرسمي في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2001، ص42.

(2) راجع:
- د.محمد وحيد الدين سوار، (شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الكتاب الثالث،...) مرجع سابق، ص70.
- فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص44.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،...)، مرجع سابق، ص329.

(4) راجع:
- Henri et Léon Mazeaud, Op.Cit, P114.
- Marie Noëlle, Leçons de droit civil, Tome 03, 3e édition, Montcherestien Paris, Sans date d'édition, P243.

- على الدائن المرتهن استصدار أمر على ذيل عريضة من القاضي يخوله إجراء قيد جديد للحفاظ على مرتبة رهنه الأول، يعين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العيني.

- فإن كان هذا القدر مساويا في القيمة لما رهنه في العقار الأول، فالرهن يشمل كل العقار بذكر ذلك في الأمر على عريضة[1].

أما إذا زاد القدر الذي آل للراهن على قيمة ما رهنه فالزيادة تقطع، وينصب الرهن على جزء مفرز يعادل قيمته مع الاستعانة بالخبراء عند الحاجة.

- يتم القيد خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي من ذوي الشأن بتسجيل القسمة كالشريك الراهن أو الذي وقع في نصيبه العقار المرهون.

يبقى أن نص المادة المذكورة أعلاه، لم يوضح كيفية الإخطار، فيجوز بذلك أن يتم بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما قد يكون إخطارا شفويا على أن يثبته من قام به[2].

وبإتباع الدائن المرتهن لهذه الإجراءات، يبقى رهنه محتفظا بمرتبته الأولى من وقت قيده الأول دون أن يزاحمه في ذلك الشركاء على الشيوع، ولو كانت مرتبته لاحقة لهم، كما لا يضر بما للشركاء الآخرين من امتياز ضمانا لحقوقهم المترتبة على القسمة، حسب نص المادة رقم 2/890 مدني جزائري.

أما إذا لم يتبع هذه الإجراءات فإن رهنه يفقد مرتبته الأولى، ويأخذ مرتبة من تاريخ القيد الجديد فيتقدم عليه دائنا مرتهنا آخر، يكون الشريك الراهن قد رهن له ما وقع في نصيبه من عقار وقيد حقه قبل قيد الرهن الأول[3].

وترتيبا على ما سبق فإن المشرع المدني الوضعي حاول التوفيق بين مصالح الراهن والمرتهن، والغير كما يلي:

---

[1] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 100، 101.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،...)، مرجع سابق، ص330.

[2] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص330.

[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص330.

- إذ وفق بين مصلحة كل من الراهن والمرتهن بنقل حق الثاني إلى ما اختص به الأول بقدر ما يعادله، وحسم كل ما يمكن أن يحدث بينهما من نزاع، نتيجة لرغبة المرتهن في الحصول على أكبر قدر ممكن ضمانا لدينه، ورغبة المدين الراهن في تقليص الحصة المرهونة إلى أدنى حد.

- حمى الغير باشتراط القيد، حتى يكونوا على بينة بكل التصرفات الموقعة على الحصة المفرزة [1].

الفرض الرابع: اختصاص الراهن بمبلغ من النقود.

ويتحقق هذا الفرض من خلال حالتين:

1. اختصاص الشريك الراهن بمبلغ من النقود كمعدل للقسمة العينية، أو إذا تعذرت القسمة عينيا فيباع المال الشائع بالمزاد، ويختص الشريك الراهن في مقابل حصته بنصيب من الثمن الذي رسا به المزاد[2].

2. حالة رسو المزاد على أجنبي، وهنا تطرح عدة تساؤلات حول مدى سريان الرهن الصادر من الشريك على الراسي عليه المزاد، وأولوية الدائن المرتهن على الثمن حالة اختصاص أحد الشركاء بكل العقار المرهون، أو الذي رسى به المزاد.

بالنسبة للحالة الأولى: فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى المبلغ الذي آل إلى المدين الراهن كمعدل للقسمة العينية، أو قسمة التصفية في حالة بيع العقار المرهون بالمزاد ورسا المزاد على أحد الشركاء، ليختص الشريك الراهن بجزء من الثمن، مقابل حرمان المدين من حصته في العقار المرهون[3].

وإن كان الشراح قد اتفقوا على ذلك، إلا أنهم قد اختلفوا حول أساس هذا الانتقال إلى رأيين:

---

[1] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص101.

[2] راجع:
- د.جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص105.
- حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص91.

[3] راجع:
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص395.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص323.
- د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص184.
- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص196.

الرأي الأول[1]: يرى أن أساسه هو الحلول العيني الذي أخذ به **المشرع المدني الجزائري** كما **المصري** في المادة رقم 2/890 منه، والذي انتقد على أساس أن مقتضى هذا الحلول هو استبدال عقار بعقار وليس عقار بنقود[2].

الرأي الثاني[3]: يعتبر أساس انتقال حق المرتهن من عقار إلى نقود، هو مقتضى الرهن ذاته بوصفه تأمينا عينيا يخول للدائن حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة[4]، فرجع لانسجامه مع نص المادة 807 مدني جزائري مع نص المادة رقم 907 من القانون المدني الجزائري.

كما اتجه الشراح إلى رأيين إجابة عن الشطر الثاني من التساؤل وهو مدى أولوية الدائن المرتهن على الثمن الذي اختص به مدينه.

الرأي الأول: يرى أن للدائن المرتهن أولوية على الثمن الذي اختص به المدين الراهن بمقتضى قسمة التصفية مع التفريق بين ما إذا كان الدين مستحق الأداء أو غير مستحق.

فإذا كان مستحق الأداء يستوفي الدائن حقه من الثمن الذي اختص به المدين الراهن ويتقدم على غيره من الدائنين طبقا لنص المادة رقم 907 مدني جزائري، التي تقابلها المادة رقم 1056 مدني مصري، وجاء فيها:(يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد)[5]، فإن التساؤل يثور حول كون الدين غير مستحق الأداء، فيرى بعض الشراح[6]، أن تقصير المدين في اتخاذ الاحتياطات اللازمة حتى يقع في نصيبه أجزاء من العقار المرهون، يسقط الأجل باستثناء ما إذا قدم المدين تأمينا آخرا، ذلك أن عدم اختصاص الراهن بجزء من هذا العقار أدى إلى إضعاف التأمين المقرر للدائن

---

(1) راجع:
- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص171.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الجزء الثالث، المغرب، دار الجيل للطباعة، 1977، ص63.

(2) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص109.

(3) راجع:
- د.مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص135.
- د.نبيل إبراهيم سعد، (التأمينات العينية...)، مرجع سابق، ص134.

(4) د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص184.

(5) أنظر نص المادة رقم 907 من الأمر رقم 58/75 سابق الذكر.

(6) د.أحمد سلامة، المرجع السابق، ص166.

المرتهن نتيجة تقصيره فيعاقب بسقوط أجل الدين، ولا ينتقل الرهن بذلك إلى هذا المبلغ، بل للدائن استيفاء دينه منه.

أما البعض الآخر فيروا انتقال الرهن إلى المبلغ الذي آل للراهن، ليخصص لضمان دين الدائن المرتهن[1]، وهذا حسب نص المادة رقم 980 مدني جزائري، التي جاء فيها:(إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معا، ويستطيع كل من هذين الآخرين أن يطلب من المدين إيداع ما يؤديه وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه)[2].

الرأي الثاني: ويرى أنه ليس للدائن المرتهن أولوية على المبلغ الذي اختص به الراهن بمقتضى القسمة، ذلك أن مقتضى الأثر الكاشف لها هو اعتبار الرهن واقعا على ملك الغير فلا يرتب أولوية للمرتهن على هذا المبلغ [3].

وقد رجح الرأي الأول بمقتضى الحجج التي جاء بها أصحابه.

بالنسبة للحالة الثانية: حالة رسو المزاد على أجنبي، فقد تم ترجيح ما ذهب إليه فقهاء القانون من أنه إذا بيع العقار المرهون كله ورسا على أجنبي فلا يسري الرهن الصادر من الشريك على الراسي عليه المزاد لأنه كالبيع، وتسجيل حكم إيقاعه يطهر العين من الرهون التي كانت عليها حسب نص المادة رقم 450 من قانون المرافعات المصري[4].

ومن ثم فالراسي عليه المزاد يتلقى ملكية العقار خالية من كل رهن كان للشريك عليه فلا يكون للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار لدى الراسي عليه المزاد[5].

الفرض الخامس: اختصاص الراهن بمنقول، وقد انقسم الفقه في هذا الفرض إلى خمسة آراء كما يلي:

---

[1] د.منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص165.
[2] تقبلها نص المادة رقم 1128، من القانون المدني المصري.
[3] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص109.
[4] راجع:
- د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص184.
- د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص395.
[5] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،...)، مرجع سابق، ص ص 766-768.

الرأي الأول: يرى وجوب قبول المال الذي اختص به الشريك الراهن للرهن الرسمي وإن اختص بمنقول لا ينتقل الرهن إليه، ويفقد بذلك الدائن المرتهن حقه[1].

الرأي الثاني[2]: يرى انتقال الرهن إلى المنقول مع بقائه رهنا رسميا، استنادا لنص المادة رقم 2/1035 من القانون المدني المصري التي تقابلها المادة رقم 886 /1 مدني جزائري، إذ جاء فيها:(لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

الرأي الثالث: يرى انتقال الرهن إلى المنقولات مع تحوله إلى رهن حيازي، قياسا على نص المادة رقم 2/1039 من القانون المدني المصري[3]، وهذا منتقد إذ ينقصه الأساس القانوني السليم[4].

الرأي الرابع[5]: يرى ضرورة التفريق بين المنقول الذي يمكن إخضاعه لقواعد الرهن الرسمي كالسفن والطائرات، فينتقل الرهن إليه ويبقى رهنا رسميا، والمنقول الذي لا يمكن إخضاعه لذلك فيحول إلى رهن حيازي لعدم إمكان شهر الحقوق الواردة عليه.

وإن حل أجل الدين يباع ويستوفى المرتهن حقه من ثمنها، وفي الحالة العكسية يمكنه المطالبة بتسليمها إليه.

الرأي الخامس: يرى انقضاء الرهن دون الإضرار بحقوق الدائن المرتهن، إذ يمكنه التنفيذ على هذا المنقول متمتعا بحق التقدم على سائر الدائنين[6].

---

[1] راجع:
- د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص187.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر،...) مرجع سابق، ص ص 264، 265.

[2] وهو رأي: د.محمد لبيب شنب، نقلا عن د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص ص 111 112.

[3] راجع:
- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص341.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 63.
- منصور مصطفى منصور،(حق الملكية...)، مرجع سابق، ص187.

[4] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص47.

[5] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص112.
- علي الحاج مختار، وعاء رهن السفينة وفقا لأحكام التشريع الليبي والمغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية، الرباط، 1993، ص116.

[6] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص47.

وعليه فالصواب حسب اعتقادنا هو ما ورد في الرأيين الثالث والرابع، إذ يتحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي، فتباع المنقولات ويستوفي الدائن المرتهن حقه منها بحلول أجل الدين وإن لم يحل ينتقل إليها الرهن.

وفيما يخص **الفقه الإسلامي** فقد اختلف فقهاؤه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول[1]: وهم الحنفية وقالوا بعدم جواز رهن الحصة الشائعة.

الاتجاه الثاني: وهو للجمهور من العلماء المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] والظاهرية[5] إذ أجازوا رهن الحصة الشائعة.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى إمكان حيازة الشيء المرهون إذا كان شائعا أم لا فالحنفية يروا أن حيازة المال المرهون شائعا مستحيلة ومن ثم لا يجوز رهنه.

ورغم إجازة الجمهور لرهن الحصة الشائعة، إلا أنهم اختلفوا في حيازة الشيء المرهون، إذ يرى المالكية والحنابلة استدامة قبض الرهن في يد المرتهن شرط، عكس ذلك يراه الشافعية، فاستدل أصحاب الرأي الأول فيما ذهبوا إليه من عدم صحة رهن الحصة الشائعة سواء كان المشاع قابلا للقسمة أم لا، رهن من الشريك أو أجنبي بأدلة من الكتاب والمعقول.

فمن الكتاب أنه من شروط صحة الرهن حيازة المرتهن للشيء المرهون، الذي لا يتم إلا بالقبض، فضلا على أن قبض المرتهن للنصف الشائع وحده لا يتصور، وما ليس مقبوض لا يصح رهنه لقوله تعالى: "فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ"[6]، والشيوع يمنع دوام القبض وبالتالي لا يجوز رهنه[7]، إذ ناقش الجمهور هذا الدليل بأن الحنفية الذين لم يجيزوا رهن الحصة الشائعة لعدم

---

(1) أبو الحسن علي المرغياني، (الهداية لشرح البداية، الجزء الرابع،...)، مرجع سابق، ص132.
(2) محمد عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص ص235، 236.
(3) أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، الجزء الثالث، بيروت، دار الفكر، دون تاريخ نشر، ص308.
(4) راجع:
- منصور بن يونس البهوتي، (كشاف القناع، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص326.
- أبو الحسن المرداوي، (الإنصاف للمرداوي، الجزء الخامس...)، مرجع سابق، ص141.
- أبو عبد الله محمد المقدسي، الفروع، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985، ص139.
(5) أبو محمد علي الظاهري، (المحلي، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص89.
(6) الآية رقم 283 من سورة البقرة.
(7) علاء الدين الكاساني، (بدائع الصنائع، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص3731.

تحقق القبض أجازوا بيع المشاع رغم أنه يقوم كذلك على القبض[1]، كما أن الحنفية أجازوا رهن اثنان أرضا مشاعة بينهما لإنسان واحد فما المانع من رهن الواحد أرضه عند اثنين.

ورد الحنفية على ذلك بأن رهن الاثنين لواحد ضمانا لدين عليهما، لا يمنع من صحة الرهن لإمكانية التسليم والقبض، والمرهون مميز بخلاف رهن الواحد لاثنين[2].

أما الدليل الثاني من المعقول، فالله عز وجل سماه رهنا في قوله تعالى:" كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ..."[3]، أي حبيسة لذلك يقتضي أن يكون محبوسا ما دام مرهونا، والشياع يمنع دوام الحبس وكذا جواز رهن الحصة الشائعة فالشريك ينتزعه في نوبته.

وناقش الجمهور ذلك بأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمن الشيء المرهون عند تعذر أخذه من الراهن والمشاع[4].

وفيما يخص أدلة أصحاب الرأي الثاني فكانت من الكتاب قوله تعالى: "فرهان مقبوضة"[5] ومن القياس أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه كالمفرز[6].

وقد ناقش الحنفية الدليل الأول بأن مقتضى الرهن هو الحبس الدائم والشيوع ينافيه وفي الدليل الثاني أن الرهن المشاع مستثنى من القاعدة، ومن ثم لا يجوز رهن الحصة الشائعة.

وهكذا فقد تم ترجيح ما ذهب إليه جمهور العلماء من جواز رهن الحصة الشائعة لسلامة أدلتهم، فضلا على أن الحنفية لا يخالفون الجمهور في جواز بيعها، وما يتحقق به القبض في البيع يثبت به في الرهن[7].

وفيما يخص المشرع المدني الفرنسي، فإن نص المادة رقم 2/2414 من الأمر رقم 2006-346 الصادر في 23 مارس 2006، اعتبرت الرهن الرسمي للحصة الشائعة في

---

(1) أبو محمد علي الظاهري، (المحلى، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص89.
(2) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار، الجزء السادس، مصر، مطبعة الحلبي، 1966، ص489.
(3) الآية رقم 38 من سورة المدثر.
(4) عبد الله بن أحمد بن قدامى أبو محمد، المغني والشرح الكبير، الجزء الرابع، بيروت، دار الكتاب العربي، دون سنة نشر، ص374.
(5) الآية رقم 283 من سورة البقرة.
(6) أبو محمد علي الظاهري، (المحلى، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص88.
(7) راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص87.
- د.علي محمد علي قاسم، تصرفات العدل في المرهون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص96.

العقار أو المجموع العقاري الشائع غير نافذ إلا برضاء المالك المشتاع صاحب هذه الحصة حتى لو لم تقع الحصة المرهونة في نصيب المالك الذي رتبه.

وتبقى الحصة الشائعة مثقلة بهذا الرهن إذا بيع كل العقار لأجنبي بالمزاد لتعذر القسمة[1].

2. الرهن الحيازي للحصة الشائعة.

إذا كان الرهن الحيازي ينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة للإجراءات الشكلية، فإنه لا ينفذ في مواجهة الغير، إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدين[2].

ولما كانت الحصة الشائعة نطاق معنوي غير مادي فإن رهنها رهنا حيازيا، وإن كان صحيحا، يثير التساؤل عن نفاذه في حق الغير، تبعا لتساؤل آخر حول إمكانية تحقق الحيازة في المشاع.

قد يبدو تعذر نفاذ حيازة الحصة الشائعة في مواجهة الشركاء، مما أدى إلى اشتراط موافقة سائرهم لصحة رهن هذه الحصة[3]، وذهب البعض الآخر إلى ما هو أدق من ذلك فتوصلوا لوسائل تجعل الدائن المرتهن يحوز حصة الراهن حيازة مفيدة ومنها:

- تقسيم المال الشائع في الشيوع قسمة مهايأة، فينقل الراهن إلى الدائن المرتهن ما اختص به[4]، بشرط أن تكون المهايأة مكانية[5].

---

(1) جاء في نص المادة 2/2414 مدني فرنسي ما يلي:
L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure ou l'indivisaire qui l' à consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'à consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.

(2) وهذا حسب نص المادة رقم 1/961 من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر، ويقابله نص المادة رقم 109 من القانون المدني المصري.

(3) د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص104.

(4) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص114.

(5) حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص90.

- اتفاق الراهن والدائن المرتهن والشركاء على تسليم المنقول الشائع كله للمرتهن فيحوز الحصة المرهونة بصفته دائنا مرتهنا، وحصص باقي الشركاء بصفته وكيلا أو مديرا[1].

- اتفاق الراهن والمرتهن والشركاء على وضع المال الشائع كله في يد أحد الشركاء أو أجنبي، يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن الدائن المرتهن، بصفته عدلا[2]، وباقي الحصص بصفته مديرا[3].

لكن هل يتفق الرهن الرسمي والحيازي كحقوق عينية تبعية في الحكم، بعد قسمة المال الشائع؟ وما مدى صحة رهن أحد الشركاء حصته الشائعة رهن حيازة ليختص بعد القسمة بمال غير الذي رهنه.

إجابة عن هذا التساؤل انقسم فقهاء القانون إلى رأيين:

الرأي الأول[4]: يرى عدم جواز تطبيق حكم المادة رقم 2/1039 مدني مصري المقابلة للمادة رقم 890 من القانون المدني الجزائري، ذلك أنهما أوردتا حكما استثنائيا مخالفا للقواعد العامة وهذا ما لا يمكن التوسع في تفسيره.

إضافة إلى أن غالبية نصوص الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الذي أخذ عنه القانون المدني الجزائري، جعلت الرهن الحيازي يخضع للقواعد العامة، التي تقضي بأنه لو رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة يقع ذلك صحيحا مع تعليقه على نتيجة القسمة فإذا تمت ووقع في نصيب الراهن جزء من المال المرهون انصب الرهن عليه، وإن لم يختص به، لا ينفذ الرهن في حق من اختص به إلا إذا أقره، فهو واقع على مال الغير، ولا ينتقل إلى المال الذي وقع في نصيب الراهن نتيجة للقسمة ولم يكن الرهن قد انصب عليه.

---

[1] راجع:
- د.محمد وحيد الدين سوار، (شرح القانون المدني، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص196.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص63.
- سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص172.

[2] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص114.
- حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص90.

[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص847.

[4] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 115 116.

كما أن نص المادة 950 مدني جزائري تطبق أحكام الرهن الرسمي الواردة بالمواد رقم 904،893،891، على الرهن الحيازي، دون الإحالة إلى نص المادة رقم 890 منه.

الرأي الثاني[1]: أجاز تطبيق نص المادة رقم 2/1039 مدني مصري سابقة الذكر على الرهن الحيازي أيا كان محله وذلك بطريق القياس، فرجح ذلك غالبية الفقه، طبقا للحلول العيني [2] فتكون المادة رقم 890 مدني جزائري تطبيقا للقواعد الواردة بالمادة رقم 714 منه.

وبمقارنة بين **الفقهين الإسلامي والمدني المقارن،** نجد أنهما اتفقا على جواز رهن الحصة الشائعة رهنا حيازيا[3]، أما رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا فلم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لذلك بخلاف القانون المدني المقارن في الجزائر ومصر الذي جعل للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون رهنا رسميا عند الاقتضاء، وبذلك يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون، إذا تم ذلك الرهن.

وما عدم تنظيم الفقه الإسلامي للرهن الرسمي إلا ما يراه اكتفاء بالرهن الحيازي، إلا أن فقهاء الشيعة الأمامية اعتبروا القبض غير لازم في الرهن مما يجعل الرهن الرسمي عندهم صحيحا[4].

ثالثا: ترتيب حق تخصيص على الحصة الشائعة.

حسب نص المادة رقم 1/937 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:(يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف)[5]، فإنه لا يشترط في حق التخصيص ما يتعارض مع الشيوع.

---

[1] راجع:
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مصر، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1961، ص136.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص63.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص166.
- توفيق حسن فرج، المرجع السبق، ص208.

[2] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر...)، مرجع سابق، ص ص 766، 767.
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص117.

[3] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص117.

[4] د.جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص118.

[5] أنظر نص المادة رقم 1/937 ، من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.

ومما جاء في المادة رقم 947 من ذات القانون أنه:(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 وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة)[1].

ولما كانت هذه المادة تحيل إلى أحكام الرهن الرسمي وتطبقها على حق التخصيص فإنه يجوز توقيعه على الحصة الشائعة أيضا[2].

رابعا: ترتيب حق امتياز على الحصة الشائعة.

يعرف حق الامتياز حسب المادة رقم 982 من القانون المدني الجزائري، بأنه أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتيازا إلا بمقتضى نص قانوني، مما يعني أن هذه الحقوق لا يشترط فيها القبض والحيازة فلا تتعارض بذلك مع الشيوع.

وجاء في نص المادة رقم 1/986 من ذات القانون أنه: (تسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق....)[3] فهي تحيل على تطبيق أحكام الرهن الرسمي على الامتياز بما فيه من ترتيب حق امتياز على الحصة الشائعة[4].

وإن كان النص السابق قد قصر الإحالة على حقوق الامتياز العقارية دون التطرق لأحكام المنقول، فإن هناك جانب فقهي يرى أنه يسري عليها ما يسري على حقوق الامتياز الواردة على العقار[5].

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في الحصة الشائعة.

إذا كان تصرف الشريك منفردا في الحصة الشائعة يرتب آثارا قانونية تنصرف إلى باقي الشركاء، وللمتصرف والمتصرف إليه، فإننا سنقصر الدراسة في هذا المطلب على

---

(1) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1095، من القانون المدني المصري سابق الذكر.

(2) راجع:

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...) مرجع سابق، ص847.

- منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص189.

(3) هذا النص يقابله نص المادة رقم 1034، من القانون المدني المصري.

(4) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر...)، مرجع سابق، ص847.

(5) د.منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص ص 189، 190.

الآثار في مواجهة باقي الشركاء لما تطرحه من إشكالات قانونية معقدة متعلقة بالشيوع تصل إلى حد إبعاد المالك عن ملكه.

ولما كان تصرف الشريك في الحصة الشائعة تصرفا صحيحا دون مساس بحقوق باقي الشركاء نافذا في مواجهتهم، فإن حلول المتصرف إليه الأجنبي شريكا بينهم –حالة نقل الملكية- قد يسبب ضررا لهم، لما في التركة أو الشركة من أسرار لا يجوز للغير الاطلاع عليها[1].

ومراعاة لذلك واستثناءا لمبدئي الملكية الفردية وحرية التعاقد، خول المشرع المدني الوضعي لباقي الشركاء حق التخلص من هذا الأجنبي عن طريق الحلول محله في هذا التصرف رفعا للضرر الذي قد ينجم عن ذلك.

وبما أن رخصة الحلول استثناءا خصها المشرع الوضعي بإجراءات وقيود حرصا على عدم إطلاقها، فقد حصرها في أحد الطريقين الاسترداد والشفعة، إذ لكل منهما مجاله وأحكامه الخاصة هذا ما سنتطرق له من خلال فرعين متتاليين، نخصص الأول لحق استرداد الحصة الشائعة، وفي الثاني لممارسة حق الشفعة كما يلي:

الفرع الأول: استرداد الحصة الشائعة.

منح **المشرع الجزائري** للشركاء في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار[2]، إذا باعها أحدهم لأجنبي عنهم والحلول محله في التصرف[3]، بموجب المادة رقم 721 من القانون **المدني الجزائري** التي جاء فيها: (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 بالبيع أومن تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح

---

[1] راجع:
- د.جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص119.
- فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص66.

[2] راجع:
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص189.
- أحمد لطفي، (استرداد الشيوع)، مجلة المحاماة المصرية، الصادرة عن نقابة المحامين، السنة الأولى، عدد خاص، 1960، ص02.

[3] راجع:
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص194.
- د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص126.

يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذ هو عوضه عن كل ما أنفقه. وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته)[1] وهي تتفق مع نص المادة 833 مدني مصري.

وبذلك نص المشرع المدني الوضعي على حق الاسترداد وفق شروط وإجراءات قانونية خاصة يخضع لها مرتبا بذلك آثارا قانونية، مما يجعلنا نتناول ذلك كما يلي:

أولا: مفهوم حق الاسترداد.

الاسترداد عموما هو حلول شخص محل شخص آخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن ومصاريف البيع[2]، واسترداد الحصة الشائعة هو حق منحه المشرع المدني الوضعي للشريك يحل بمقتضاه محل المشتري للحصة الشائعة المبيعة منعا لدخوله بين الشركاء في الشيوع[3].

ولما كان حق الاسترداد محصورا في حالة بيع حصة شائعة في المنقول، أو في مجموع من المال ولو اشتمل على عقار، فإنه وحسب نص المادة رقم 721 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقا ملازم للشيوع، ويثبت في بيع المنقول، عكس حق الشفعة الذي قد يرد في غير الشيوع وعلى العقار فقط، كما سنوضح ذلك لاحقا[4].

أضف إلى ذلك فإن العقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاسترداد، ولو كان العقار هو كل ما تركه المورث.

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي، كان لباقي الورثة أخذها منه عن طريق حق الاسترداد، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات ما دامت مندمجة في المجموع من المال[5]، وإن تم بيع حصة شائعة من المتجر لأجنبي كان لباقي أصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد.

---

(1) أنظر نص المادة رقم 721، من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.
(2) د.جمال خليل النشار،(تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص122.
(3) يسمينة ريحاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص31.
(4) محمد عقوني، المذكرة السابقة، ص122.
(5) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص771.

وقد استمد هذا النظام من نص المادة 841 من القانون المدني الفرنسي رقم 1286-76 سابق الذكر، التي قصرت الاسترداد على الشيوع الوراثي[1]، فيما بسطه المشرع المدني في الجزائر ومصر ليشمل كل شيوع مهما كان مصدره.

إلا أن الاسترداد قد انتقد في فرنسا موصوفا بالتعسف[2]، والاعتداء الصارخ على الملكية الفردية[3]، مما أدى بالمشرع الفرنسي إلى إلغاء هذا النظام، وإحلال الشفعة محله لهذا يثور التساؤل حول مدى توفيق المشرعين المصري والجزائري في الاحتفاظ بحق الاسترداد إلى جانب الشفعة رغم إلغاء المشرع الفرنسي له[4].

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا دراسة كل أحكام الاسترداد والشفعة.

ثانيا: شروط استرداد الحصة الشائعة.

انطلاقا من نص المادة رقم 721 من القانون المدني الجزائري سابق الذكر، يتضح أن شروط حق الاسترداد للحصة الشائعة هي كما يلي:

1. صدور بيع من أحد الشركاء: طبقا لنص المادة رقم 1/721 مدني جزائري، فإن البيع وحده هو الذي يفتح المجال أمام بقية الشركاء في استرداد الحصة الشائعة، الأمر الذي لا يجوز في التصرفات الأخرى كالتبرع والمعاوضة[5]، وهذ ما اتفق فيه المشرعين المصري والجزائري.

والسبب في ذلك يرجع إلى الصعوبة التي قد يجدها الشريك المسترد في دفع ما أعطاه الأجنبي مقابل الحصة الشائعة، أما التصرفات بغير عوض فهي تقوم على اعتبارات شخصية، مع انعدام العوض الذي يتعين على المسترد دفعه للمتصرف إليه[6].

---

(1) Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Traité de Droit Civil, Liban,Edition Delta,2000 P498.

(2) François Xavier Testu, Indivision, Encyclopédie, Dalloz, Civil IX, 1997 P60.

(3) د.محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص134.

(4) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص63.

(5) أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، مصر، دار الثقافة الجامعية، 1999، ص180.

(6) راجع:

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ص 136، 137.

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص ص 772، 773.

ولما جاء نص المادة سابقة الذكر صريحا في ذكر البيع، والاسترداد طريقا استثنائيا فلا يجوز التوسع فيه، أو قياس غيره من التصرفات الناقلة للملكية عليه[1]، فلا يرد هذا الحق إذا كان التصرف الصادر من الشريك في صورة هبة أو وصية.

غير أن الاسترداد يثبت لو كان البيع صوريا بإخفائه تحت غطاء أي تصرف آخر منعا لاسترداد الحصة المبيعة من باقي الشركاء، مع إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات[2]، في حين لو أعلن المسترد رغبته في الاسترداد معتمدا على أن ظاهر التصرف بيعا فليس للمتعاقدين التمسك بأن حقيقة التعاقد هبة لا يجوز فيها حق الاسترداد[3].

وقد اشترط القانون المدني المقارن في كل من الجزائر ومصر أن يتم البيع من أحد الشركاء بالتراضي، إذ لا يجوز استعمال الاسترداد في البيع بالمزاد، أين يمكن للشركاء الدخول فيه والحيلولة دون رسوه على الأجنبي[4]، ويأخذ حكم ذلك البيع بالمزاد الاختياري.

كما لا يجوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع وفقا للإجراءات التي رسمها القانون فلو أن البيع لا يزال في مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله، ولو كان الإيجاب ملزما فالاسترداد سابقا لأوانه[5].

وتأييدا لهذه المبادئ قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 30 أكتوبر 1952 بما يلي: "متى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الطاعن استرداد الحصة الشائعة في العقار الذي طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عينا أقام قضاءه على أن دعوى استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجد إلا إلى مشتري هذه الحصة متى كان أجنبيا عن الشركاء الأصليين، ومن ثم لا يجوز رفعها على المطعون عليه لأنه ليس مشتريا، ومن جهة أخرى لم يصدر بيع بعد. وأنه لا يغير من هنا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينيا.

---

[1] راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص142.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص412.

[2] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص66.

[3] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص144.

[4] راجع:
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية والتبعية...)، مرجع سابق، ص188.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص 772.

[5] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص772.

لأن الحكمة في تخويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوفر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل في الشركة، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسي لهذا البيع لا يعتبر عرضا ملزما له ببيع حصته بالثمن الذي حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استنادا إلى أن له أفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة ذلك أن هذا الحق لا يكون إلا في حالة البيع التام وهو لم يتم ولأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة وليس مؤداه أن يتخلى طالب القسمة عنها وهي حق من حقوقه، وليس معناه أن يجبر على بيع حصته لأحد الشركاء، فإن هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور"[1].

2.ورود البيع على حصة شائعة: رجوعا لنص المادة رقم 1/833 من **القانون المدني المصري** الذي جاء فيه:(للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي...)، نجده واضحا في اعتبار حق الاسترداد لا يثبت إلا إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من المنقول أو المجموع من المال.

أما بيع جزء مفرز فهو غير نافذ في حق بقية الشركاء، ولا يكون المشتري مالكا على الشيوع معهم، عكس التصرف في الحصة الشائعة أين يحل المشتري الأجنبي محل البائع ويصبح شريكا مما قد يحقق إضرارا لهم فيمارسون حق استرداد الحصة المبيعة[2].

وعليه يمارس حق استرداد على حصته الشائعة من منقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل على عقار، عكس ما إذا كانت هذه الحصة من عقار معين بالذات، فأخذها يتم عن طريق الشفعة.

إلا أن صياغة نص المادة رقم **721 قانون مدني جزائري**، المقابلة للمادة رقم **833 مدني مصري**، توصي بعكس ذلك إذ جاء فيها:(للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار...)، وكأنها أجازت استرداد حصة شائعة في عقار معين بالذات، وهذا ما أخذت به **المحكمة العليا للجزائر** في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 25

[1] نقض مدني رقم 53/09، صادر عن مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، المطبعة الأميرية بالقاهرة، السنة الرابعة، العدد الأول، 1953، ص45.
[2] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص146.

مارس 1998 جاء فيه: " من المقرر قانونا أن لكل شريك في المنقول أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع لأجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة، فإنهم يكونوا قد خرقوا نص المادة رقم 721 من التقنين المدني التي تقضي بحق الورثة في الاسترداد" [1].

وبناء عليه وجهت عدة انتقادات لهذا القرار منها:

- إن إرادة المشرع تتجه إلى تطبيق حق الاسترداد على المنقول المعين أو المجموع من المال، دون العقار المعين بذاته، وإلا لما أقر نظام الشفعة[2].

- إن نص المادة 721 مدني جزائري سالفة الذكر مأخوذ من المادة 833 **مدني مصري** التي أجمع شراحها على عدم ثبوت الاسترداد في العقار المعين بالذات، مع تأييد محكمة النقض المصرية لذلك في عدة قرارات منها ما صدر بتاريخ 16 فيفري 1959 إذ جاء فيه:"... متى كانت الحصة الشائعة التي باعها الوارث هي حصة في عين معينة وليست حصة في مجموع مشتملات التركة بما لها وما عليها من حقوق والتزامات، فإنه لا يكون لباقي الورثة حق في طلب الاسترداد استنادا إلى المادة رقم 462 مدني قديم والمادة رقم 833 مدني جديد ولو كانت العين المبيعة هي كل ما تركه المورث على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة"[3].

- إن الاعتداد بهذا الرأي يجعل نطاق حق الشفعة متداخلا مع نطاق حق الاسترداد فتتضارب النصوص القانونية، الأمر الذي وقع فيه التقنين المدني المصري القديم الذي لم

---

[1] قرار الغرفة المدنية رقم 79321، المؤرخ في 25 مارس 1998، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1998، ص84.

[2] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص65.

[3] نقض مدني رقم 56/30، مؤرخ في 16 فيفري 1956، صادر عن مجموعة المكتب الفني، السنة السابعة، ص220.

يكن يحدد نطاق الاسترداد، مما أحدث اختلافات فقهية كبيرة[1]، ونجم عنه اضطراب في القضاء المصري[2].

وترتيبا على ما سبق لا يمكننا قبول تطبيق حق الاسترداد على العقار المعين بالذات ويسري عليه نظام الشفعة في حين يثبت ذلك على المنقول الشائع والمجموع من المال ولو اشتمل على عقار، وإن كان البيع منصبا فقط على جزء من الحصة الشائعة في مجموعها[3] كربعها أو نصفها لثبوت حكمته[4].

وعلى هذا الأساس ينبغي **تعديل** نص المادة رقم 1/721 مدني جزائري، حتى لا تؤول ويتوسع في تفسيرها بما يتضارب مع نصوص أخرى، ويجعلها تتداخل معها في المضمون والمقصد، فتصبح كما يلي: (للشريك في المنقول أو المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة...).

3. صدور البيع لأجنبي عن الشركاء: حسب نص المادة رقم 1/721 من القانون المدني الجزائري سابقة الذكر، فإن صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء هو الشرط الثالث لقيام حق الاسترداد، إذ لو تم ذلك لأحد الشركاء في الشيوع لما كان في ذلك ما يتضرر منه الباقي.

وإذا اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة، وجب على الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا، حتى يستبعدوا الأجنبي عن الدخول بينهم، دون الاكتفاء باسترداد الحصص كل بنسبة ما يملك في

---

(1) Mohamed Kamel Moursy Bey, (Retrait D'indivision et préemption), Revue de Droit et économie, VIII année, N°1- 1938, P42-57.

(2) د.محمود علي عرفة، (استرداد الحصة الشائعة)، مجلة الحقوق والاقتصاد، للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، القاهرة، كلية الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الأول، 1948، ص154.

(3) وقد أثار شراح القانون في فرنسا تساؤلا حول جواز الاسترداد، إذا كان التصرف منصبا على حصة شائعة من عين معينة بالذات داخلة في مجموع من الأموال، فانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات: **الأول**: يرى جواز الاسترداد بشكل مطلق، و**الثاني**: فرق بين حالتين:
- التنازل قبل تصفية التركة فيجوز الاسترداد بإقحام المتنازل إليه نفسه في عمليات التصفية.
- التنازل بعد تمام التصفية، فلا يجوز الاسترداد وهذا الرأي عديم الأثر في القضاء.
و**الثالث:** اتجهت له أغلبية الآراء، ولا يجيز الاسترداد في هذه الحالة على أساس أنه حق استثنائي لا يمكن التوسع فيه، إلا أن هذا الاتجاه أجاز الاسترداد في حالة واحدة عندما يتصرف الوارث في نصيبه الشائع من كل عين تضمنتها التركة، أو كان العقار موضوع التنازل هو كل التركة.
راجع: د.محمد علي عرفة، المقال السابق، ص ص 137-141.

(4) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص 773.

المال الشائع، حتى لا يبقى الأجنبي شريكا معهم، مما يتنافى والحكمة من حق الاسترداد[1] كما أن رضاءهم بدخوله بينهم لا يمنعهم من استرداد حصة شائعة اشتراها أجنبي آخر إذ قد يتضرر من دخول هذا الأجنبي شريكا، ولا يتضرر من دخول الأول[2].

وقد يطالب بالاسترداد شريك واحد أو أكثر، إذ في الحالة الأخيرة تقسم الحصة الشائعة عليهم بنسبة حصصهم في المال الشائع[3].

4. المسترد أحد الشركاء: إذ يجب أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة أحد الشركاء فهم المتضررون من دخول أجنبي بينهم، فيثبت لهم دون غيرهم حق الاسترداد، ولم يميز القانون المدني المقارن بين شريك أصلي وشريك عارض، إذ يجوز لخلف الشريك الأصلي من وارث أو مشتر استرداد الحصة الشائعة المبيعة ما دام شريكا في الشيوع وقت البيع تأكيدا لما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: (ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلي وشريك عارض)[4].

وحق الاسترداد شخصي خاص بالشريك، لا يجوز لدائنيه استعماله نيابة عنه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة[5].

ولما كان من اللازم توفر صفة الشريك في المسترد فإن حق الاسترداد لا يثبت إلا للشريك في الرقبة دون الشريك في حق الانتفاع، وهذا ما جعله بعض الفقهاء شرطا خامسا[6].

ثالثا: إجراءات استرداد الحصة الشائعة.

رجوعا لنص المادة رقم 721 مدني جزائري سابقة الذكر، يتضح أن حق استرداد الحصة الشائعة يتطلب إجراءات دقيقة حفاظا على استقرار المعاملات وحماية الشركاء هي:

---

[1] راجع:
- د.محمد علي عرفة، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص314.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص148.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص415.

[2] د.محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص386.

[3] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص148.

[4] د.منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص157.

[5] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص149.

[6] د.محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص387.

- على الراغب في الاسترداد إعلان رغبته إلى كل من البائع والمشتري معا خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك الراغب في الاسترداد بالبيع أو إعلانه به، إذ ورد **خطأ مادي** في نص المادة –فذكر مصطلح إعلامه بدل إعلانه-.

ولم يحدد المشرع المدني الوضعي مدة معينة يتم خلالها الإعلان بالبيع، فضلا على أنه لم يعتبره شرطا ضروريا لبداية سريان مدة الشهر، بل يكفي إثبات الشريك البائع أو المشتري علم الشركاء[1] فعلا بهذا البيع وتراخيهم في إعلان رغبتهم في الاسترداد، وذلك بكافة طرق الإثبات وإن كان من مصلحة البائع والمشتري المبادرة إلى إعلان الشركاء بالبيع، لوضع حد لإمكان طلب الاسترداد.

كما أن المشرع لم يشترط رسمية لإعلان الرغبة فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، أو شفويا، لذلك يجوز أن يكون على يد محضر قضائي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو غير مصحوب به، أو بكتاب غير مسجل.

وإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما دون أن يطلب أي من الشركاء الاسترداد، أو طلبه أحدهم فوجه الإعلان إلى البائع دون المشتري أو العكس، يسقط ويصبح بيع الحصة الشائعة باتا والأجنبي شريكا على الشيوع بقدرها[2].

أما إذا تم التراضي بعد فوات الميعاد بغير إعلان الرغبة في الاسترداد فلا يكون إعمالا لرخصة الاسترداد بل اتفاقا على بيع جديد بين البائع والمسترد وإلغاء للبيع الأول[3].

وإذا رتب المشتري على الحصة التي اشتراها حقوقا للغير فإنها ترجع للمسترد محملة بها.

- يكفي استعداد الشريك المسترد لدفع الثمن دون حاجة إلى عرضه عرضا حقيقيا أو إيداعه خزانة المحكمة، إذ بإعلانه الرغبة في الاسترداد ولم يسلم الحصة للمشتري، لا يبق أمام المسترد إلا إرجاع الحصة[4].

---

(1) د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص130.
(2) د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص192.
(3) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص152.
(4) د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص98.

وبتوفر الشروط السابقة يتم الاسترداد بالتراضي بين الأطراف فيتسلم المسترد الحصة الشائعة، ليحل محل المشتري، أو لا يحدث الاتفاق فيلجأ الشريك الراغب في الاسترداد لرفع دعوى قضائية[1]، يطالب فيها بإثبات حقه في ذلك وشروطها:

- أن تكون ضد البائع والمشتري معا دون اختصام أحدهما فقط، ولا يقبل استئنافا أو طعنا بالنقض إلا بإعلانه إلى كل منهما في الميعاد المحدد قانونا[2].

- نص المادة رقم 721 قانون مدني جزائري سابقة الذكر التي تقابلها المادة رقم 833 **مدني مصري** لم تضع قواعد خاصة لدعوى الاسترداد كما في نظام الشفعة، لذلك تخضع للقواعد العامة[3].

- النص سابق الذكر لم يحدد مدة معينة لرفع دعوى الاسترداد كما فعل بالنسبة للشفعة وقد اختلف الشراح في ذلك وظهرت عدة آراء:

فذهب البعض إلى أنه بإعلان المسترد رغبته في الاسترداد فإن له رفع الدعوى في أي وقت شاء إلى أن تقع القسمة[4]، وهذا تفويت لغرض المشرع من اشتراط إعلان الرغبة في ميعاد معين في عدم بقاء البيع معلقا لمدة طويلة[5]، فيما ذهبت بعض الآراء إلى أن رفعها يتم خلال ثلاثين يوما المنصوص عليها بالمادة رقم 721 قانون مدني جزائري تأييدا لما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 16 فيفري 1956 سالف الذكر[6].

إلا أن هناك من اعتبر قرار المحكمة محل نظر مع اقتراح تعديل المادة بما يتفق مع هذا الهدف[7]، مستهدين في ذلك بما ورد للشفعة بهذا الشأن إذ على المشرع تحديد مدة خمسة عشرة يوما لإعلان الرغبة في الاسترداد، وثلاثين يوما لرفع دعوى الاسترداد[8]، أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد جعل الاسترداد يتم بمجرد إعلان الرغبة فيه.

وبذلك إذا رفض حائز الحصة الشائعة تسليمها له، جاز له رفع دعوى يطالب فيها بثبوت حق الاسترداد والتسليم، وإن امتنع المسترد عن دفع الثمن والملحقات كان لصاحب

---

(1) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص69.
(2) د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص198.
(3) د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص192.
(4) د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص107.
(5) د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص130.
(6) د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص197.
(7) د. رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص ص 98 99.
(8) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص155.

الشأن رفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع.وهذا هو السبب الذي منع المشرع من تنظيم دعوى قضائية تلي إعلان الرغبة بالاسترداد، كما هو الحال في الشفعة، بل تركها تخضع للقواعد العامة، إذ تتولى المحكمة فقط إلزام المسترد بدفع الثمن والمصروفات إن رفض أو ألزم الحائز بالتسليم[1].

وقد رجح هذا الرأي في تفسير النص[2].

رابعا: آثار استرداد الحصة الشائعة.

إذا كان الاسترداد هو إحلال المسترد محل المشتري فيما عقده هذا الأخير مع الشريك البائع فهو حلول شخصي بموجبه يأخذ المسترد مكان المشتري مباشرة، فتكون له جميع حقوقه وعليه التزاماته بأثر رجعي من وقت البيع الصادر من الشريك البائع، ويختفي ويبقى إلا البائع والمسترد وهذا يقتضي منا البحث في علاقة المسترد بكل من المشتري والبائع ثم علاقة البائع بالمشتري وذلك كما يلي:

1.علاقة المسترد بالمشتري: يحل المسترد محل المشتري بأثر رجعي من وقت البيع فتزول رابطة الاستخلاف بينه والمشتري لتقوم بينه والبائع وتترتب النتائج الآتية:

- سقوط التصرفات التي أجراها المشتري في الحصة الشائعة المبيعة دون الاحتجاج بها على المسترد، فإن كان المشتري قد رهن الحصة الشائعة قبل الاسترداد فإنها تؤول للمسترد خالصة من الرهن المرتب عليها[3]، ويطهر بذلك الاسترداد المبيع من هذه الحقوق طبقا للأثر الرجعي له[4]، فإذا استحقت الحصة الشائعة رجع المسترد على البائع بالضمان[5].

ولما كان المشتري غير ملزم بضمان الاستحقاق، فليس للمسترد المهدد بالاستحقاق الامتناع عن الوفاء بالثمن وملحقاته للمشتري، وإنما يمكنه في هذه الحالة عدم الوفاء للبائع بالثمن إن كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشتري[6].

---

(1) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص ص 777، 778.

(2) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص71.

(3) راجع:
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص179.
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص127.

(4) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق ، ص162.

(5) د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص131.

(6) د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص428.

- إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا، انتفع المسترد بذلك على خلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها.

ولو دفع المشتري الثمن للبائع قبل الاسترداد، فعلى المسترد رده للمشتري مع فوائده من يوم دفعه قياسا على استرداد الحقوق المتنازع فيها، كما يلتزم بدفع ما تحمله المشتري من نفقات[1].

- وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري تجاه المسترد برد الثمار التي حصل عليها من يوم البيع إلى يوم الاسترداد[2].

2. علاقة المسترد بالبائع:

طبقا لنص المادة رقم 1/721 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:(...ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته...)، تترتب نتيجتان كما يلي:

- إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع فإن الملتزم بوفائه هو المسترد[3].

فإن كان لدفع الثمن أجل، استفاد منه المسترد، ولو تم مقسطا دفعه بالتقسيط خلافا للشفعة، مع جواز إلزامه بتقديم تأمين كاف من طرف البائع، ولما كان المسترد ملزما فقط بدفع الثمن الحقيقي للبائع، وثبت أن الثمن المذكور في عقد بيع الحصة الشائعة أكبر من الثمن الحقيقي فليس عليه إلا دفع ما هو ملزم به مع إثبات صورية الثمن بجميع طرق الإثبات[4].

- التزام البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد في الحصة الشائعة من المنقول المعين بالذات.

أما لو كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار فلا بد من التسجيل فإن سبق للمشتري ذلك، يكفي تأشير المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد.

وفي حالة عدم التسجيل من قبل المشتري، على المسترد تسجيل الاسترداد فتنتقل إليه الملكية[5] ويلزم البائع بضمان الاستحقاق إذا كان انتقال الملكية يتم مباشرة منه إلى المسترد.

---

[1] د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص96.
[2] د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص131.
[3] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص781.
[4] سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص ص 185، 186.
[5] راجع:
- د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص435.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص136.

3.علاقة البائع بالمشتري:

حسب ما ذكر سابقا تزول علاقة البائع بالمشتري قبل الاسترداد بأثر رجعي، وتعتبر كأن لم تكن، فيترتب عن ذلك ما يلي:

- زوال حقوق المشتري قبل البائع، لتصبح للمسترد، فلا يجوز له بعد الاسترداد مطالبة البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة ولا بضمان الاستحقاق.

- زوال التزامات المشتري للبائع لتصبح في ذمة المسترد، فلا يجوز للبائع بعد الاسترداد المطالبة بالثمن منه، إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد، وإنما يطالب المسترد بذلك.

- رجوع علاقة البائع بالمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع، فإن ترتبت مقاصة بينهما بشأن الثمن أو اتحدت ذمتهما، فكل ذلك يزول بالاسترداد ويرجع حق المشتري في مواجهة البائع الذي سقط بالمقاصة إلى ما كان عليه ويزول اتحاد الذمة[1].

وأخيرا وفيما يخص **موقف الفقه الإسلامي** من حق الاسترداد، فقد عرف على أنه طلب رد الشيء والرجوع فيه كاسترداد البائع المبيع إن ثبت له ذلك والرجوع في الهبة لمن له حق الرجوع[2]، ويرى جمهور الفقهاء[3] أن في الشفعة ما يغني عن هذا الحق.

الفرع الثاني: ممارسة الشركاء حق الشفعة.

تعد الشفعة الطريق الثاني الممنوح للشركاء على الشيوع تخلصا من الأجنبي والحلول محله في التصرف[4]، وباعتبارها قيد على حرية التعامل، فهي وسيلة ورخصة خاصة لكسب الحقوق واستثناء من الأصل والقياس، مما أثار الشك حول ملائمة الأخذ بها وشروطها.

---

[1] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص783.

[2] أنظر: سيد عواد علي عواد، نظرية الاسترداد في الفقه الإسلامي، رسالة معدة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق والشريعة، 1977، ص15.

[3] راجع:
- محمد عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص482.
- منصور بن يونس البهوتي، (كشاف القناع، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص153.

[4] راجع:
- مصطفى لعروم، (الشفعة في القانون المدني)، مجلة الموثق، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد السادس، 1999، ص37.
- عبد الرزاق زوينة، (حق الشفعة)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء السابع والثلاثون، العدد الثاني، 1999، ص148.

وحتى **الفقه الإسلامي** الذي يعتبر مصدر الشفعة، أدرك فقهاؤه خطورتها فدرسوها بتعمق، وأبدوا في الكثير مما كتبوا ميلا واضحا لحصر نطاقها والتضييق من مجالها[1]، بل إن بعضهم أنكر مشروعيتها[2]، وهو ما ذهب إليه بعض الشراح المستحدثين إذ طالبوا بضرورة إلغائها لاعتبارها قيد خطر على حرية التعاقد، وعدم وجود ما يسوغها خاصة الشفعة بسبب الجوار[3].

غير أن الواقع العملي أثبت نجاعة الشفعة وأهميتها خاصة بالنسبة للدولة[4]، الأمر الذي جعل غالبية التقنينات العربية تأخذ بها **كالتقنين المدني الجزائري**، الذي نظم أحكامها في المواد رقم 794 إلى 807 منه، فاعتبرها سببا من أسباب كسب الملكية فتناولها بالتنظيم في الفصل الثاني من الكتاب الثالث، مما يجعل مجال دراستها هو طرق اكتساب الملكية، إلا أن كثرة الإشكالات التي تثيرها، تجعل دراستها بتوسع تفوق نطاق بحثنا، مما يحتم علينا تقصير دراستها على شروط ثبوت الشفعة في الشيوع، إجراءاتها، ثم آثارها، وذلك كما يلي:

- تعريف حق الشفعة وثبوتها.
- شروط الشفعة.
- إجراءات الشفعة.
- آثار الشفعة.

أولا: تعريف الشفعة وثبوتها.

1. **تعريف الشفعة:**

إن مصطلح شفعة مأخوذ من الشفع، بمعنى ضم شيء إلى مثله ليصير المجموع شفعا بعد أن كان كل منهما وترا، فاشتق من ذلك لفظ الشفاعة الدال على الانضمام إلى آخر طلبا

---

(1) محمد الجندي، (الشفعة في القانون المدني الأردني ودول الإمارات)، مجلة الحقوق، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة التكوين، الكويت، العدد الأول، 1985، ص ص 171، 172.

(2) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977 ص152.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع...)، مرجع سابق، ص475.

(4) إذ تعتبر وسيلة فعالة بيدها لتحقيق أغراض تتعلق بالمصلحة العامة، مثل محاربة التهرب الضريبي، حيث يكون لها أولوية شراء المبيع بالسعر الصوري المذكور في العقد، والشراء في الأشياء ذات الطابع الأثري، وشراء بعض أراضي البناء لمحاربة المضاربات العقارية وتوفير المساكن.

- راجع: د.محمد حسين منصور، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص495.

لنصرته والعفو عنه[1]، إذ قال تعالى: " مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا"[2]، بمعنى من انظم إلى غيره معاونا له في خير أو شر كان له من ذلك حظه ومن هذا سمي طلب الإنسان لمبيع يشتريه غيره شفعة لأنه يضمه إلى ما يملك فصار به شفعا.

وقد اعتبرت الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار من خلال نص المادة رقم **794 من القانون المدني الجزائري** الذي جاء فيه:(الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية.)[3].

ولا يجوز اعتبارها حقا عينيا أو شخصيا، وقد اعتبر غالبية الفقه أن الشفعة حق تملك العين المبيعة جبرا عن مشتريها بما تم دفعه من ثمن ومصروفات[4]، كما ورد في كتاب الشفعة لأحمد خالدي أنها: " استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو بقيمته الذي بيع به بصيغة"[5].

ولما كانت الشفعة قيدا هاما على الملكية فإنها تعد استثناءا من القاعدة العامة التي تكرس حرية المالك للتصرف في ما يملكه[6]، بشرط عدم مخالفة مبدأي تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون[7].

---

(1) راجع:
- علي الخفيف، (الشفعة)، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، 1952، ص445.
- د.ماجد محمد أبورخية، (شفعة الجار)، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الصادرة عن مجلس النشر العلمي، بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الرابع والعشرون، 1994 ص217.
- عبد الوهاب لطوف، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، دون سنة مناقشة، ص21.

(2) الآية رقم 85 من سورة النساء.

(3) راجع:
- د.محمد كامل مرسي باشا، (العقود التي تجيز الشفعة)، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، السنة الخامسة، العدد الثالث، 1935، ص399.
- محمد الحمداني، (العمل القضائي في الشفعة)، الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية العقارية بكلية الحقوق، جامعة مراكش، يومي 27، 28 فيفري 2004، ص138.

(4) د.محمد حسين منصور، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص495.

(5) أحمد خالدي، الشفعة، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2006، ص ص 13، 14.

(6) D.Mohamed Kamel Morsy Bey, (Du caractère réel on personnel du droit de préemption), Revue de Droit et économie politique, VIII année, N°1- 1938, P08.

(7) حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار أبو المجد للنشر، 1993، ص130.

أما **فقهاء الشريعة الإسلامية** فقد اختلفت تعريفاتهم للشفعة، إذ يرى بعضهم أنها انتقال حصة شريك إلى شريك كانت قد انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى[1]، بينما يرى البعض الآخر أنها: حق تملك العقار المبيع جبرا على مشتريه، بما قام عليه من الثمن والتكاليف[2].

2. ثبوت الشفعة: طبقا لنص المادة 795 مدني جزائري تثبت الشفعة:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي[3].

- لصاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

وهذا ما أكدته **المحكمة العليا** بالجزائر في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ11 نوفمبر1997، إذ جاء فيه: " إن المادة 795 من القانون المدني تذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة الشفعة وهم ثلاثة أصناف..."[4].

أما المشرع المدني المصري فقد وسع من نطاق الشفعة ليشمل حالات أخرى تثبت فيها وفقا لنص المادة رقم 936 منه وهي:

- لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة للجار المالك في الأحوال التالية:

---

(1) الحافظ ابن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، بيروت، دار الريان للتراث، دون سنة نشر، ص509.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص150.

(3) راجع:

- د.أنور سلطان، (طبيعة حكم الشفعة)، مجلة الحقوق، للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، السنة الثانية، العدد الأول، 1945، ص712.

- محمد بفقير، القانون العقاري، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2009، ص160.

- أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، 2003-2004، ص108.

- محمد لبيب، الطبيعة القانونية للتسجيل، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ص208.

- إبراهيم حسني، اكتساب الملكية بالشفعة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قانون عقاري، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص67.

- الضيف كيفاجي، الشفعة دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر، كلية الشريعة، 1999، ص154.

(4) قرار الغرفة المدنية رقم 1794، المؤرخ في 11 نوفمبر1997، نشرة القضاة، العدد الرابع والخمسون، 1999، ص93.

- إذا كانت العقارات من المباني أو في الأراضي المعدة، سواء أكانت في المدن أو في القرى.
- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.
- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوي القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل[1].

وفيما يخص **فقهاء الشريعة الإسلامية** فقد انقسموا حول من تثبت له الشفعة إلى اتجاهين:

فيرى أصحاب **الاتجاه الأول**[2]: وهم **المالكية، الشافعية والحنابلة** أنها لا تجوز إلا للشريك في رقبة العقار المبيع، ويدخل ضمنه الشريك على الشيوع.

أما أصحاب **الاتجاه الثاني**[3]**:** وهم **الحنفية والزيدية** فتثبت الشفعة عندهم بـ:

* الشريك في الرقبة.

* الشريك في حق خاص كحق الشرب والطريق والجار الملاصق.

وبمقارنة أحكام القانون المدني الوضعي بالفقه الإسلامي نجدها قد أجمعت على ثبوت حق الشريك على الشيوع في الشفعة، ذلك أنها تحول دون زيادة عدد الشركاء وما قد يؤدي إليه من إطالة أمد الشيوع وعرقلة استغلال العقار[4].

ثانيا: شروط شفعة الشريك في الشيوع.

حسب نص المادة رقم 2/795 مدني جزائري، فإن شروط شفعة الشريك في الشيوع هي كما يلي:

---

[1] خلافا لذلك فإن نص الفصل رقم 974 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أجاز الشفعة في حالة واحدة فقط للمالك على الشياع إذا تم بيع الحصة الشائعة من أحد الملاك لأجنبي.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص152.

[3] الحافظ بن علي العسقلاني، المرجع السابق، ص509.

[4] راجع:

- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص150.

- إدريسي المصطفى، آثار ممارسة الشفعة على الملكية العقارية، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، 1992، ص161.

- عبد العزيز راجح حسن، أسباب سقوط الشفعة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، 2007-2008، ص15.

1. **أن يكون العقار شائعا[1]**، فالعقار الذي كان شائعا بين مجموعة من الأشخاص، ثم قسم لأجزاء مفرزة يختص كل شريك بحصة واضحة الحدود، لا تكون فيه شفعة[2].

ويستوي الأمر في ذلك إذا وقعت القسمة بطريقة ودية أو عن طريق القضاء، إذ أن بيع أحدهم الحصة المفرزة إلى شخص أجنبي، لا يمنع البقية استعمال حق الشفعة في مواجهة المشتري فبمجرد القسمة يصبحون جيرانا وليس شركاء على الشيوع[3].

2. **أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة[4]**، وذلك بموجب عقد ناقل للملكية[5]، مستوفيا لعناصره الشكلية، محررا في شكله القانوني موقعا ومؤرخا، يحمل ختم الموظف المؤهل الذي تولى تحريره، وأن يكون العقار المبيع معينا تعينا دقيقا، محددا لمساحته ومعالمه وموقعه وحدوده[6].

لذلك اشترط المشرع المدني الجزائري في نص المادة رقم 795 منه والتي يقابلها نص المادة 936 مدني مصري، لثبوت شفعة الشريك على الشيوع، أن يكون التصرف المشفوع

---

[1] راجع:
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص338.
- د.بهنسي السيد بركات، (استحقاق الشفعة)، مجلة كلية الشريعة والقانون، الصادرة عن جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، العدد الثالث، 1987، ص60.
- محمد محجوبي، الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الثالثة، الرباط، دار القلم للنشر، 2002، ص ص31، 32.

[2] راجع:
- محمد العزوزي، (الشفعة فيما لا يقسم)، مجلة القضاء والقانون، الصادرة عن وزارة العدل بالمملكة المغربية، العدد رقم 156، 2009، ص90.
- مصطفى مجدي هرجة، الشفعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص32.
- عبد الله الكرني، الشفعة من خلال العمل القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، مراكش، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية، 1998، ص29.

[3] سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الشفعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1993، ص ص 172 173.

[4] راجع:
- عفيف شمس الدين، الشفعة والقسمة العقارية، بيروت، مطبعة نمنم، 1973، ص20.
- د.محمد المنجي، دعوى ثبوت الملكية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990، ص155.

[5] راجع:
- د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص209.
- محمد جباني، (دعوى الشفعة)، مجلة البحوث، الرباط، العدد السابع، السنة الرابعة،2007 ص153.

[6] مصطفى لعروم، (الشفعة)، المقال السابق، ص39.

به بيعا[1] ناقلا للملكية بعوض[2]، فلا يثبت ذلك حالة انتقال الملكية لسبب آخر كالميراث والالتصاق والتقادم[3].

وإن كان الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو عدم جواز الشفعة في التصرفات بغير عوض، فإن الشافعية أجازوا ذلك، ويؤخذ العقار بقيمته[4].

وترتيبا على ما سبق فإنه يشترط في البيع أن يكون صحيحا وتاما[5]، فثار التساؤل حول جواز الأخذ بالشفعة حالة الوعد بالبيع الذي استوفى كل شروطه.

إجابة عن هذا التساؤل فإنه لا يجوز ممارسة الشفعة في الوعد بالبيع وهذا ما أكدته **المحكمة العليا** في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 10 جانفي 1995،إذ جاء فيه:" أن قضاة الموضوع أخطؤوا لما صرحوا بإبطال عقد الوعد بالبيع والقضاء بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار"[6].

وإضافة إلى الشروط المذكورة أعلاه فإنه يجب ألا يكون هذا البيع من البيوع الواردة في نص المادة رقم 798 من القانون المدني الجزائري، التي تقابلها المادة رقم 939 مدني مصري وجاء في نصها:(لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.

- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة).

وقد أخذ بهذه الموانع بعض الفقهاء المسلمين[7].

---

(1) وهو ما ذهب إليه المشرع المدني الفرنسي في نص المادة رقم 815 مكرر14.
(2) أحمد خالدي، (الشفعة...)، مرجع سابق، ص 173، 176، 177.
(3) وقد رأى بعض الفقهاء عدم جواز طلب حق الشفعة في جزء مفرز من العقار، راجع:
- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، مصر، منشأة المعارف، ص36.
(4) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص160.
(5) د.محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد، الأردن، دار الفكر العربي، 1987، ص212.
(6) قرار الغرفة المدنية رقم 130337، المؤرخ في 10 جانفي 1995، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1995، ص12.
(7) علي الخفيف، (الشفعة...)، المقال السابق، ص464.

3. **أن يكون المشفوع منه أجنبيا عن الشركاء[1]**، إذ لا يجوز أن يكون البيع قد تم لواحد من الشركاء[2]، أو كلهم أو بعضهم، لانتفاء سبب وحكمة الشفعة دفعا للضرر المترتب عن دخول أجنبي في الشيوع، فضلا عن ضرورة حصر نطاق الشفعة والتضييق منه[3].

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في الطعن الصادر بتاريخ 29 مارس 1995 إذ جاء فيه: " ليس للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتر شريك على الشيوع توافرت فيه وقت الشراء الشروط التي تجعله شفيعا"[4].

ثالثا: إجراءات الشفعة:

وتحدد إجراءاتها فيما يلي:

1. **توجيه إنذار إلى الشفيع:**

جاء في نص المادة رقم 799 من القانون المدني الجزائري أن:(على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك)[5].

ونصت المادة رقم 800 منه على أنه:(يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة رقم 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا،

---

(1) راجع:
- د.سعيد محمد المهدي، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان، الأردن، دار الفكر العربي، 1986، ص84.
- د.أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص203.
- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990، ص19.

(2) راجع: نعمة سلوان، نظام الشفعة، الطبعة الأولى، لبنان، مطبعة لطيف، 1980، ص19.

(3) د.رمضان أبو السعود، (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص292.

(4) نقض مدني رقم 1838، مؤرخ في 29 مارس 1995، مجموعة المكتب الفني، السنة القضائية رقم 60، ص ص 41، 42.

(5) ويقابلها نص المادة رقم 940 من القانون المدني المصري.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة رقم 799).

وعليه فقد أوجبت النصوص سابقة الذكر وجوب توجيه إنذار إلى الشريك من البائع أو المشتري، يتضمن بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا والثمن والمصاريف وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه، والأجل المقدر ثلاثين يوما للإعلان، ذلك أن عدم رفع الدعوى خلال هذه الآجال يؤدي إلى سقوطها، وهذا ما أكدته **المحكمة العليا بالجزائر** في قرار صادر عن غرفتها العقارية بتاريخ 27 أكتوبر1999، إذ جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان وإلا سقط الحق"[1].

وفي قرار آخر صادر عن ذات الغرفة بتاريخ 31 ماي 2000 جاء فيه:" القضاء برفض دعوى ممارسة حق الشفعة لعدم إعلان الشفيع رغبته للأخذ بالشفعة حسب المادة رقم 1/801 من القانون المدني، فإن التصريح بالرغبة في الشفعة يكون بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة ضبط المحكمة، كما يجب أن يتم شهر العقد في المحافظة العقارية حتى يحتج به على الغير"[2].

2. **إيداع الثمن[3]، ورفع دعوى الشفعة[4]:**

أكد نص المادة رقم 2/801 من **القانون المدني الجزائري** الذي تقابله نص المادة رقم 2/942 قانون مدني مصري، على ضرورة إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، قبل رفع دعوى

---

[1] قرار الغرفة العقارية رقم 190693، المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص ص 227، 228.

[2] قرار الغرفة العقارية رقم 194391، المؤرخ في 31 ماي 2000، المجلة القضائية نفسها ص233.

[3] عكس ذلك فإن نصوص القانون المدني للإمارات العربية والأردني لا تلزم الشفيع بإيداع الثمن.
راجع: محمد الجندي، المقال السابق، ص204.

[4] راجع:
- D.Mohamed Kamel Moursy Bey, (De l'offre du prix et des accessoires en matière de préemption), Revue de Droit et économie politique, VIII année N°1- 1938, P27.
- Zerouk Kaddour, La nature juridique de la vente immobiliere en droit algérien, Thèse pour le doctorat d'état en droit, Université d'Alger, Institut des sciences juridiques, 1986, P169.

الشفعة، التي ترفع على البائع والمشتري خلال الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار[1].

وبخصوص شهر عريضة دعوى الشفعة فإن ذلك غير لازم طالما أن المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ذكرت الدعاوى التي تكون محلا للشهر وهي دعاوى الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، والشفعة باعتبارها رخصة لا تدخل ضمنها، الأمر الذي أكدته **المحكمة العليا** في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 26 أفريل 2000 جاء فيه: " من الثابت قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو بإلغاء أو بنقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا.

ولما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلا لأنها لم تشهر دعواها طبقا للمادة رقم 85 من المرسوم المشار إليه أعلاه، فإن قضاة الموضوع أخطؤوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينهما وبين أختها وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض"[2].

ويعد الحكم الصادر بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع بعد شهره بالمحافظة العقارية حسب نص المادة رقم 803 قانون مدني جزائري التي جاء فيها:(يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري)[3].

أما المشرع المدي الفرنسي فقد منح حق الشفعة للشريك في الشيوع من خلال نص المادة رقم 815 مكرر 14 منه التي جاء فيها: " l'indivisaire qui entend céder….dans l'indivision" .

---

[1] وهذا طبقا لنص المادة رقم 40 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

[2] قرار الغرفة المدنية رقم 194437، المؤرخ في 26 أفريل 2000، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2000، ص156.

[3] أنظر: نص المادة رقم 803 من الأمر رقم 58/75، سابق الذكر.

وعليه للمالك على الشيوع الذي قرر التنازل يعوض لشخص أجنبي عن الشيوع عن جزء أو كل من حقوقه الشائعة عقارا كانت أو منقولا، أن يعلن لباقي الملاك بعقد غير قضائي ثمن وشروط هذا البيع، وكذا اسم وموطن ومهنة المشتري الأجنبي.

وكل مالك على الشيوع يمكنه خلال أجل شهر من تاريخ الإعلان، أن يعلن للبائع بعقد غير قضائي ممارسته حق الشفعة على ذلك الجزء بالثمن والشروط التي حددها سابقا حالة الشفعة، فينفذ هذا العقد في أجل شهرين، يبدأ بتاريخ إرسال جوابه للبائع وإلا سقط حقه في ذلك.

يبقى ذلك دون أثر 15 يوما بعد الإعذار مع عدم الإخلال بما يستحق من تعويض يمكن أن يطالب به البائع.

رابعا. آثار الشفعة:

طبقا لنص المادة رقم 804 من القانون المدني الجزائري الذي جاء فيه: (يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، 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.)، فإنه يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع فيصبح العقد المبرم بين هذا الأخير والشريك البائع كأن لم يكن ليسري بأثر رجعي منذ انعقاد البيع، وللشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته[1].

إلا أن الشفيع لا يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري عن دفع الثمن أو ما تبقى منه إلا برضاء البائع.

وفيما يخص علاقة الشريك الشفيع بالغير فإن نص المادة رقم 806 قانون مدني جزائري الذي جاء فيه: (لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار)، كان واضحا فبيع المشتري الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، لا يسري في حق

[1] حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص206.

الشفيع[1]، ويأخذ الحصة الشائعة خالية من جميع الحقوق، غير أن هذا النص أبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية على ثمن الحصة المبيعة[2].

وبهذا نكون قد أنهينا المبحث الأول الخاص بتصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة، لنعرض المبحث الثاني الخاص بتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

المبحث الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

قد لا يقتصر تصرف الشريك منفردا على الحصة الشائعة، بل يتعداه إلى التصرف في جزء مفرز من المال الشائع.

ولما كان حق الشريك في الشيوع لا ينصب إلا على حصة معنوية، فإن التصرف في جزء مفرز من المال الشائع يطرح إشكالات كثيرة خاصة بتحديد صوره والآثار القانونية[3] التي يرتبها ذلك بالنسبة للطرفين ولبقية الشركاء، إذ قد يؤدي إلى تزاحم المشتري مع الشريك الآخر في الجزء الذي كان محلا لتصرف الشريك المشتاع.

وعليه سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول صور تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، ليترك الثاني لدراسة أثر ذلك التصرف على الطرفين وبقية الشركاء، لتكون الدراسة مقارنة بين أحكام القانون المدني الوضعي والفقه الإسلامي.

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

تطرق المشرع المدني الجزائري لحالة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع بالمادة رقم 2/714 منه[4]، التي جاء فيها:(وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة.

وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة).

وعليه ندرس تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة وبعدها، وذلك كما يلي:

---

[1] محمد عقوني، المذكرة السابقة، ص117.

[2] محمد عقوني، المذكرة نفسها، ص ص117، 118.

[3] عبد اللطيف كرازي، تصرف الشريك في المال المشاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 1998-1999، ص51.

[4] هذا النص يقابله نص المادة رقم 2/826، من القانون المدني المصري.

الفرع الأول: التصرف في جزء مفرز قبل القسمة.

لقد سكت المشرع المدني الجزائري عن حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة، مما أدى إلى ظهور عدة اتجاهات فقهية مختلفة كما يلي:

الاتجاه الأول: تصرف الشريك في جزء مفرز صحيح معلق على نتيجة القسمة.

فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، أعتبر مالكا له منذ بدأ الشيوع طبقا للأثر الرجعي الذي تقره المادة رقم 730 من القانون المدني الجزائري[1] التي تقابلها المادة رقم 843 من القانون المدني المصري، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف فيتأكد صدوره من غير مالك ويكون قابلا للإبطال[2].

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في العديد من القرارات الصادرة عنها منها القرار الصادر بتاريخ 07 ديسمبر 1950، 30 جوان 1955، 28 جوان 1956[3].

إلا أن بعض أصحاب هذا الاتجاه اعتبروا أن التصرف يصبح كأن لم يكن بتمام القسمة ولم يختص المتصرف بالجزء الذي تصرف فيه، ولا يكون قابلا للإبطال متأثرين بما ساد في فرنسا[4].

فبينما لم يحاول بعضهم تبرير مذهبهم، ذهب آخرون إلى القول أن التصرف مادام معلقا على القسمة، فهو معلق على شرط واقف - وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف- بتحققه يصح التصرف وينفذ بأثر رجعي، وإلا يصبح كأن لم يكن[5].

---

(1) إذ جاء في نص المادة رقم 730 مدني جزائري ما يلي:(يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا لها في الشيوع، وأنه لم يكن مالك على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى).

(2) راجع:

- د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثانية عشرة، العدد الأول 1964، ص03.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص ص300، 301.
- د.رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة الرابعة، المنيا، دار الألفي القانونية، 2000، ص20.
- د.محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل، 2002، ص217.

(3) سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، المجلد السابع...)، مرجع سابق، ص747.

(4) وقد نادى بهذا الرأي بعض الشراح في فرنسا منهم:

- P.Philippe Malairie, Laurent Aynes, Droit civil, Paris, C.V.J.A.S, 1986, P109.

(5) راجع:

- سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، الجزء السابع...)، مرجع سابق، ص747.
- أنور طلبة، عقد البيع، بيروت، دار الفكر العربي، 1990، ص ص296، 297.

غير أن هذا الاتجاه وجهت له انتقادات كما يلي:

- أنه يؤخر البت في مصير التصرف إلى حين تمام القسمة، فتتعطل عملية نقل الملكية التي يتحمل مشاقها المشتري[1]، ولا تستقر المعاملات المدنية.

- أنه لا يعطي للمتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف للغلط، مما يتعارض مع نص المادة رقم 714 قانون مدني جزائري.

- يخلط هذا الرأي بين الأثر الرجعي للشرط والأثر الرجعي للقسمة الذي أعطاه صفة مطلقة ليست له، إذ يتقرر الشرط الواقف باتفاق الطرفين ولا تترتب آثاره إلا بتحققه نتيجة إرادتهما، بينما يعد توقف مصير التصرف في جزء مفرز على نتيجة القسمة، نتيجة للأثر الكاشف وليس لإرادة الأطراف[2].

الاتجاه الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز تصرفا صحيحا نافذا كالتصرف في حصة شائعة[3].

فيذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار التصرف في جزء مفرز، تصرفا صحيحا نافذا كالتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه، على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لم تكن له إلا ملكية شائعة، فوجهت عدة انتقادات لهذا الرأي منها أنه:

- يؤدي إلى توجيه إرادة الطرفين إلى ما لم تتجه إليه لا في الظاهر ولا في الباطن فهي تذهب أساسا إلى التعاقد على الحصة المفرزة ذاتها لا على حصة شائعة والقول بعكس ذلك يخالف إرادة الطرفين[4].

- يؤدي هذا القول إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف مما يجعل منه متقاسما يختص بكل ما يتعلق بالقسمة، الأمر الذي يتعارض مع نص المادة رقم 714 قانون مدني

---

(1) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية، الجزء التاسع، المجلد الثاني، بيروت، دار الفكر، دون سنة نشر، ص138.
كما أن الشريك المشتاع المتصرف لا يكون له حق طلب الإبطال على أنه تصرف فيما لا يملك.
راجع: عبد اللطيف كرازي، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، الرسالة السابقة، ص53.
(2) د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص03.
(3) سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني، المجلد السابع...)، مرجع سابق، ص749.
(4) د.منصور مصطفى منصور، (حق الملكية...)، مرجع سابق، ص196.

جزائري التي تقر بانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بمقتضى القسمة مما يجعل المتصرف هو المتقاسم[1].

- يجعل الحاجة لنص المادة رقم 714 سالفة الذكر منعدمة، ذلك أنها تحدد حكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة، وبما أنه لا يمكن توقيع مثل هذا التصرف فما جدواها[2].

الاتجاه الثالث: تصرف صادر من مالك فيما يتعلق بحصة المتصرف الشائعة، ومن غير مالك فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن تصرف أحد الشركاء في حصة مفرزة من المال الشائع تصرفا في ملكه فيما يتعلق بحصته الشائعة، وفي ملك الغير بالنسبة لحصص شركائه، فيكون صحيحا بقدر حصته فقط، فيما يكون قابلا للإبطال في حصص شركائه سواء أكان المتصرف إليه عالما بالشيوع أو غير عالم به، طبقا لنص المادة رقم 397 قانون مدني جزائري التي تقابلها المادة رقم 466 مدني مصري، وعلى أساس الغلط قبل القسمة وبعدها.

ويعززون قولهم باعتبار نص المادة رقم 714 قانون مدني جزائري تعترف للمتصرف إليه حسن النية، بحق طلب إبطال التصرف بعد القسمة، مما يوجب أن يكون البطلان قائما من قبلها دون تصور أن يصبح العقد الباطل صحيحا بمقتضى القسمة[3]، بل قد يصير العقد القابل للإبطال صحيحا.

كما يتصور أن يرتب المشرع على تقرير مبدأ الحلول العيني سلب المتصرف إليه - الذي كان عالما بأن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مفرزا- حقه في إبطال البيع باعتبار أن تقريره يزيل عيب ملك الغير، ولا يمكن سلب المشتري الذي كان يجهل حالة الشيوع حقه في إبطال البيع للغلط، ذلك أن تطبيق الحلول لا ينفي وقوع المتصرف إليه في غلط، فانتقد هذا الرأي من عدة جوانب أهمها:

- أن التصرف في حصص الشركاء يختلف عن التصرف في ملك الغير، ذلك أن الحصص قد تقع في نصيب المتصرف عند القسمة، فتصبح مملوكة له منذ إبداء التصرف

(1) د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص30.
(2) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص184.
(3) د.عبد الناصر توفيق العطار، (شرح أحكام حق الملكية...)، مرجع سابق، ص128.

بفضل الأثر الكاشف للقسمة فضلا على أن المتصرف إليه وهو يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه، يكون قد ارتضى التصرف، وما سيؤول إليه بعد القسمة.

- إن أحكام التصرف في ملك الغير تسوي بين حالة العلم والجهل بملكية المتصرف للعين المتصرف فيها، وهو ما يتعارض مع نص المادة رقم 2/714 قانون مدني جزائري[1].

- يخالف هذا الرأي حقيقة الملكية الشائعة التي ترد على كل ذرة من ذرات المال الشائع المتصرف في جزء منه[2].

- إذا كان هذا الاتجاه يرى وجوب تطبيق القواعد العامة أمام سكوت المشرع عن تحديد حكم التصرف قبل القسمة، فإنه من الأولى تطبيق قواعد الشيوع.

- يعتبر هذا الرأي أن القيمة تقلب العقد القابل للإبطال صحيحا، الأمر الذي يتعارض مع أحكام القابلية للإبطال، فيكون تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع صحيحا قبل القسمة وبعدها.

الاتجاه الرابع: تصرف الشريك في جزء مفرز هو تصرف فيما يملك وفيما لا يملك.

إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع، هو تصرف فيما يملك وفيما لا يملك مع التفرقة بين حالتين:

1.حالة علم المتصرف إليه بالشيوع: هنا يعتبر البيع صحيحا فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، وغير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته على الشيوع في هذا الجزء المفرز، فلا يستطيع المشتري طلب إبطال البيع بالنسبة لحصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع، ذلك أن الشريك البائع قد باع ما يملك والمشتري ليس واقعا في غلط[3].

كما لا يمكنه طلب الإبطال بالنسبة لحصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير.

2.**المتصرف إليه غير عالم بالشيوع:** فيكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المتصرف فيه، ويصبح من حقه طلب إبطال التصرف على أساس الغلط وفقا للقواعد

---

(1) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص91.

(2) فايزة مخازني، المذكرة نفسها، ص91.

(3) راجع:

- حورية كميح، بيع ملك الغير في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1983، ص34.

- د.رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع، الطبعة السابعة، المنيا، دار الألفى القانونية، 2007، ص161.

العامة ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها، فيسري هذا الحكم على سائر التصرفات القانونية بما فيها البيع.

غير أن هذا الرأي قد وجهت له عدة انتقادات منها:

- أنه ينطلق من فكرة أن تصرف الشريك في جزء مفرز، هو تصرف فيما يملك وفيما لا يملك.

- حتى لو صحت هذه الفكرة، فهي تقتضي التوصل لنفس نتائج الاتجاه السابق وليس العكس.

- القول بأن المشتري يؤول له الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة، لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين[1].

الاتجاه الخامس[2]: تصرف الشريك في جزء مفرز صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء.

ويرى هذا الاتجاه أن سكوت المشرع المدني في كل من الجزائر ومصر عن تحديد حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة، يستدعي تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالشيوع فيعد الشريك متصرفا فيما يملك، وتصرفه صحيحا نافذا في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه فيما يكون غير نافذ في مواجهة الشركاء، إذ يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء ويكون التصرف قابلا للإبطال على أساس الغلط، إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشيوع، ودعم هذا الرأي بما يلي:

- أن عناية المشرع بالنص على إعطاء المتصرف إليه حق إبطال التصرف، إن كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، إنما قصد به إبراز قيام حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على هذا الأساس وحده، ونفى كل حق له في طلب الإبطال على أساس صدوره من غير مالك.

---

(1) د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص24.

(2) راجع:
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص181.
- د.توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص211.
- د.حسن كيرة، (الموجز في أحكام القانون المدني...)، مرجع سابق، ص ص 176 177.

- أن في إعمال فكرة الحلول العيني إذا تمت القسمة واختص المتصرف بغير الجزء الذي تصرف فيه، نفي قاطع لاعتبار التصرف صادرا من غير مالك بعد القسمة، وكذا أثناء الشيوع وقبل وقوع القسمة.

- يتضح من نص المادة رقم 2/714 مدني جزائري عدم التطرق لحكم التصرف في الجزء المفرز فيما بين أطرافه وليس بالنسبة لباقي الشركاء.

ومقتضى ذلك تأكيد عدم نفاذ التصرف في حقهم فينقله إلى ما اختص به المتصرف بعد القسمة، وبالتالي عدم نفاذه في حق الشريك الذي اختص بالجزء المتصرف فيه، وهذا مجرد استمرار لعدم نفاذه منذ انعقاده[1].

وقد وجهت انتقادات لهذا الرأي على أساس:

- أنه غير مقبول، فالشريك في الشيوع لا يمكنه أن يعطي غيره ملكية مفرزة.

- يؤدي إلى وضع شاذ ونتائج غير مقبولة، إذ يجعل الشخص مالكا في مواجهة البعض وغير مالك في مواجهة البعض الآخر[2]، ويرد على ذلك بأن هذا الوضع لا يقتصر فقط على الملكية الشائعة فهو معروف في أنظمة أخرى كبيع ملك الغير.

ورغم الانتقادات السابقة، فقد رجح هذا الرأي باعتباره أكثر تناسبا مع التنظيم القانوني الحالي والقواعد المتعلقة بالشيوع، إذ أخذت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 08 أفريل 1987 جاء فيه :"من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها، خرقوا القانون ومتى كان كذلك تعين نقض القرار"[3]، وكذا محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1997 السنة القضائية رقم 57 قضائية، جلسة بتاريخ 26 أكتوبر 1989.

وما سبق قوله يقتصر على الحالة التي لا تتجه فيها إرادة الأطراف إلى تعليق التصرف على شرط واقف، هو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، أما لو انعقد كذلك

---

(1) د.حسن كيرة، (الموجز في أحكام القانون المدني...)، مرجع سابق، ص ص177، 178.

(2) د.منصور مصطفى منصور، (تحليل أثر القسمة...)، مقال سابق، ص195.

(3) قرار الغرفة المدنية رقم 39496، المؤرخ في 08 أفريل 1987، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثالث، 1991، ص9-11.

فلا مجال لكل الخلاف السابق، بل يصح التصرف ولا ينفذ إلا بتمام القسمة احتراما لإرادة المتصرف والمتصرف إليه.

الفرع الثاني: التصرف في جزء مفرز بعد القسمة.

طبقا لنص المادة رقم 2/714 قانون مدني جزائري، التي يقابلها نص المادة رقم 2/826 قانون مدني مصري، فإن تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة يترتب عليه إحدى النتيجتين الآتيتين:

أولا: وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

لما كان حكم هذه الحالة واضحا بتأكد التصرف واستقراره نهائيا على هذا الجزء سواء كان المتصرف إليه عالما بالشيوع أم غير عالم، فإنه لا يحق للمتصرف إليه طلب الإبطال إذا كان جاهلا بعملية الشيوع وتحقق هدفه[1]، طبقا لنص المادة رقم 1/85 مدني جزائري، والتي جاء فيها:(ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية)، فمبدأ حسن النية واستقرار المعاملات يقتضي ذلك.

ثانيا: وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف.

حيث ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، إذ يحق للمتصرف إليه طلب الإبطال للغلط[2]، إذا كان جاهلا بحالة الشيوع حتى لو وقع في نصيب المتصرف جزء آخر من المال المتصرف فيه، طبقا لنص المادة رقم 2/714 مدني جزائري، أما إذا كان عالما فليس من حقه ذلك حتى لو وقع في نصيب المتصرف جزء غير الذي وقع عليه التصرف ابتداء فينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة[3].

---

[1] راجع:
- د.راقية عبد الجبار علي، (البيع الصادر من غير المالك)، مجلة الجامعة الأسمرية الصادرة عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، الجماهيرية العظمى، السنة الرابعة، العدد السابع 2007، ص ص 500، 501.
- د.علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، ليبيا، منشورات جامعة قاريونسن، دون سنة نشر، ص ص 89، 90.

[2] راجع:
- محمد عقوني، المذكرة السابقة، ص95.
- د.محمود عبد الرحمن محمد علي، الملتقى السابق، ص12.

[3] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص189.

وقد ثار التساؤل حول أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف، إذ اختلفت الآراء الفقهية في الإجابة عن ذلك كما يلي:

الرأي الأول: ذهب أصحابه إلى أن أساس الانتقال هو وحدة المحل، ذلك أن الشريك المشتاع تصرف فيما يملك، والذي قد يكون ما تعين عند التصرف وبعد ذلك بالقسمة، إذ أن حقه قائم على هذا الجزء وذاك على حد السواء[1].

الرأي الثاني: أساس الانتقال عندهم هو مجرد نقل التزام، فإذا تمت القسمة ووقع في نصيب المتصرف جزء آخر يكون التصرف صادرا من غير مالك، وليس للمتصرف إليه حق ملكية، بل مجرد حق شخصي.

لذلك فإن المشرع المدني في **الجزائر** و**مصر** قضى على خلاف القواعد العامة، بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على مال آخر، وهو الذي اتضح بمقتضى القسمة ملكية المتصرف له وقت نشوء الالتزام، فيكون أثر الحلول العيني نقل التزام وليس نقل ملكيه[2].

وعليه كان لزاما استبعاد نظرية الحلول العيني بل ينفذ الالتزام على غير محله الذي ورد عليه ابتداءً.

الرأي الثالث: أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف هو الحلول العيني حسب نص المادة رقم 2/714 قانون مدني جزائري، إذ طبق ذلك بشكل خاص في نص المادة رقم 890 قانون مدني جزائري المتعلقة بالرهن، والتي تقابلها المادة رقم 2/1039 مدني مصري[3].

وقد رأى البعض أن هذا الحلول عيني استثنائي، وليس تطبيقا للنظرية العامة للحلول العيني فلا يوجد تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه ولا نظام قانوني خاص يتميز به ولما كان نص المادة رقم 1/890 مدني جزائري قد بين الإجراءات التي يجب إتباعها لانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يقع في نصيب الراهن، فإن التساؤل يطرح حول مدى تطبيق هذه الإجراءات على كافة التصرفات الأخرى، فاختلفت الآراء الفقهية:

---

(1) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص191.
(2) منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الشريعة، دون سنة نشر، ص190.
(3) د.حسن كيرة، (الموجز في أحكام القانون المدني...)، مرجع سابق، ص118.

الرأي الأول: يرى أصحابه إمكانية إتباع الإجراءات الواردة في المادة رقم 1/890 مدني جزائري وتطبيقها على جميع التصرفات عن طريق القياس.

فإذا كان التصرف بيعا انتقل حق المشتري إلى قدر من الجزء الذي وقع في نصيب البائع يعادل قيمة الجزء الذي وقع عليه التصرف ابتداء، ويلتزم المشتري بتقديم طلب للقاضي بموجب أمر على عريضة لتخصيص هذا القدر، خاصة إذا كان ما وقع في نصيب البائع أكثر من الجزء الذي انصب عليه التصرف أصلا، ليسجل ذلك خلال تسعين يوما حسب النص السابق الذكر.

وإن كان ما وقع في نصيب البائع أقل من الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتدء فللمشتري طلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه[1].

الرأي الثاني: إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه وجود قصور بنص المادة رقم 2/714 مدني جزائري، التي تقابلها المادة رقم 2/826 مدني مصري، إذ لا يصح القياس على نص المادة رقم 2/890 مدني جزائري مع جواز تطبيقها على الرهن الحيازي[2].

كما أن الأخذ بنظرية الحلول العيني يؤدي إلى صعوبات، إذ لا تحوي قوة الإلزام أين يلتزم الأطراف بالنتيجة المترتبة على القسمة، بوقوع جزء أقل مما وقع عليه التصرف ابتداء في نصيب المتصرف، والأخذ بهذا الحلول لا يلزم المتصرف إليه، إذ من حقه طلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه.

وإذا كان ما وقع في نصيب المتصرف أكبر مما انصب عليه التصرف ابتداء، فهو ليس ملزما بمنح المتصرف إليه منافع هذا الشيء كله، إذ من حقه مطالبة المتصرف إليه دفع مبلغ يساوي هذه الزيادة.

وفي حالة التماثل بين ما وقع عليه التصرف ابتداء وما انتهت إليه القسمة، ينتقل حق المتصرف إليه وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقا، مما لا يمكن من الأخذ بنظرية الحلول العيني بإطلاقها، فظهر بذلك اتجاه ثالث.

---

[1] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص ص 790، 791.

[2] راجع:
- د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص72.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص160.

الرأي الثالث: حاول الشراح التوفيق بين الرأيين السابقين، ذلك أن في تعميم الحلول العيني على كل التصرفات غير الرهن مغالاة، وإهدار للحقوق، إذ العبرة بظروف كل حالة على حده[1]:

وقد تم ترجيح هذا الرأي الذي فرق بين حالتين:

- إذا كان التصرف بترتيب حق عيني: إما تبعي هدفه الضمان والائتمان، فيطبق نص المادة رقم 890 قانون مدني جزائري عليه، أو أصلي، فيتعلق الحكم بظروف كل حالة على حده.

- إذا كان التصرف بنقل ملكية: فإن ما يهم المتصرف إليه هو ذاتية المحل وليس قيمته النقدية، فلا تسري أحكام المادة رقم 890 قانون مدني جزائري، كما يرى بعض الشراح جواز طلب فسخ العقد من المتصرف إليه[2].

أما فيما يخص حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في **الفقه الإسلامي** فإن فقهاء الشافعية، والحنابلة والمالكية، لم يتطرقوا لذلك باستثناء الحنفية الذين تحدثوا عنه ولم يجيزوه على أساس الضرر الذي يقع على الشريك الآخر عند القسمة طبقا لمبدأ: " لا ضرر ولا ضرار".

وهكذا إذا صح تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع تعين نصيبه في ذلك الجزء وبتمام القسمة يسبب ذلك ضررا للشريك، فلا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه فنصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع لفوات ذلك ببيعه النصف، وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى وسهل طريق القسمة[3].

و**بمقارنة** أحكام القانون المدني الوضعي بما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، سجلنا عدم إجازتهم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لما فيه من إضرار بحقوق باقي الشركاء عكس القانون المدني الذي أجاز ذلك، ولكن ليس على إطلاقه.

---

[1] د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص70.
[2] الفسخ جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد الأطراف التزاماته .
[3] علي الخفيف، (الملكية في الشريعة الإسلامية...)، مرجع سابق، ص73.

المطلب الثاني: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز.

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع صحيحا بين طرفيه، فإن مساسه بحقوق باقي الشركاء يجعله غير نافذ في حقهم، مما يحتم علينا التطرق للضمانات القانونية المخولة لهم حفاظا على حقهم في المال الشائع.

ولما كان الفقه الإسلامي لا يجيز تصرف الشريك في جزء مفرز، فإن دراسة هذا المطلب ستقتصر على أثر التصرف في القانون المدني الوضعي وفق فرعين، نتناول فيهما تباعا:

- أثر تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة.
- أثر تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة.

الفرع الأول: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة.

إذا كانت سلطة التصرف في المال الشائع المخولة لكل شريك مقيدة بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، يعد اعتداء على حقوق باقي الشركاء، فلا ينفذ التصرف في حقهم، مما يرتب ما يلي:

أولا: حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق.

وذلك من أجل تأكيد حقوقهم على الجزء المتصرف فيه، وقد اتجه الفقهاء في ذلك اتجاهين بين مؤيد لهذا الحق ومعارض له كما يلي:

الاتجاه الأول: يرى بعض الفقهاء عدم أحقية باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق إذ أن المشتري للحصة المفرزة يعد شريكا مع باقي الشركاء بقدر الحصة المتصرف فيها والمملوكة للمتصرف، ولا ينفذ في حقهم التصرف الصادر من الشريك بالنسبة لحصصهم فقط، فلا يجوز لهم رفعها إلا ذا كانت ملكيتهم مفرزة بالقسمة ووقوع الحصة المبيعة في نصيب غير المتصرف[1].

وقد استدل على ذلك بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها، منعت من خلالها رفع الشركاء دعوى الاستحقاق قبل القسمة، كالحكم الصادر بتاريخ 16 جويلية 1932 الذي جاء فيه:" أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعي استحقاق

---

[1] راجع:
- سليمان مرقس، (الوافي في شرح القانون المدني...)، مرجع سابق، ص472.
- د.رمضان جمال كامل، (أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع...)، مرجع سابق، ص164.

المبيع لنفسه -سواء أكان هذا المدعي شريكا في المال المشاع أم متلقيا ملكه عن شريك فيه على المشاع- فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعي الاستحقاق في المبيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري.

فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لأوانه خليقا بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه"[1].

وفي حكم آخر صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 02 ماي 1940 جاء فيه:" ليس للشريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعي الاستحقاق في الجزء الذي باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويقع المبيع في نصيبه هو، وأما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها"[2].

كما ذهبت المحكمة في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 28 جويلية 1956 إلى اعتبار المشتري شريكا مع باقي الشركاء فلا يجوز رفع دعوى الاستحقاق، إذ جاء فيه:" ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع وبتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقي الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده.

وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه عن شريك على الشيوع أن يدعي الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لافي نصيب البائع لذلك المشتري وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم، وهو ما أخذ به القانون المدني الحالي بالمادة رقم 826 منه"[3].

الاتجاه الثاني: يرى جمهور الفقه المصري أن للشركاء حق رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم على الحصة المتصرف فيها لا لتقرير حق مادي عليها، إذ أن ما ذهبت إليه محكمة النقض في قراراتها السابقة محل نقد.

---

[1] نقض رقم 58، مؤرخ في 16 جويلية 1932، الجزء الأول، السنة الثانية، ص131.
[2] نقض مدني رقم 54، مؤرخ في 02 ماي 1940، صادر عن مجموعة المكتب الفني، الجزء الثالث، السنة القضائية العاشرة، ص189.
[3] نقض مدني رقم 107، مؤرخ في 28 جويلية 1956، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية، السنة السابعة، السنة القضائية رقم 22، ص760.

وعليه ففي الحكم الصادر بتاريخ 28 جويلية 1956، وجب مراعاة أن هذه القضية خاضعة للتقنين المدني القديم، وقول المحكمة أن ما استقر عليه قضاؤها في ظل القانون القديم هو ما أخذ به القانون المدني بالمادة رقم 2/826 مدني مصري، قول جانب الصواب إذ ليس في نص المادة أية إشارة لرفع دعوى الاستحقاق بل نظمت العلاقة بين طرفي التصرف والحلول العيني والتي بمقتضاها إذا وقع في نصيب المتصرف جزء غير الذي تصرف فيه انتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء.

وقد تم تأييد هذا الرأي وتأكيد حق باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق على كل من المتصرف والمتصرف إليه للجزء المفرز المتصرف فيه، إذ الهدف من ذلك ليس منع صحة التصرف بين طرفيه بل تأكيد الحق على ذلك الجزء[1].

ثانيا: عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف.

يعتبر التصرف في جزء مفرز من المال الشائع، تصرفا صحيحا قابلا للإبطال على أساس الغلط، وفقا للقواعد العامة التي يقتضي تطبيقها عدم جواز التمسك به إلا ممن كان طرفا فيه، ذلك أن الشركاء ليسوا كذلك فلا يثبت لهم هذا الحق[2].

غير أنه يحق لهم رفع دعوى عدم نفاذ التصرف يختصمون فيها البائع والمشتري ويطلبون عدم نفاذ التصرف الصادر فيما يتعلق بحصصهم الشائعة باعتبارهم ملاكا لها[3].

ثالثا: المتصرف إليه ليس شريكا مع باقي الشركاء.

إذا كان من حق الشركاء رفع دعوى الاستحقاق، فإن المتصرف إليه لا يصبح شريكا معهم فلا يدير المال الشائع ولا يتصرف فيه.

وهكذا يبقى من حق المتصرف طلب القسمة دون أن يثبت للمتصرف إليه المطالبة بالاسترداد أو الأخذ بالشفعة[4]، وطلب القسمة إذ قول عكس ذلك يتناقض ونص المادة رقم 2/714 مدني جزائري المقابلة للمادة رقم 2/826 مدني مصري، والتي أعطت الحق للمتصرف وحده في طلب القسمة.

---

(1) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص201.

(2) راجع:

- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص175.

- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مصر، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر، ص289.

(3) فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص124.

(4) د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص393.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1950 إذ جاء فيه : " إن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفي حدوده أي باعتباره مالكا ملكية مفرزة ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضي، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه في جعله شائعا...، ومن ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع في العقار المبيع متعينة الرفض"[1].

وعليه فأثر تصرف الشريك في جزء مفرز في مواجهة باقي الشركاء مؤداه أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم، لكن يملكون إقرار هذا التصرف إذا كان ذلك بمثابة قسمة واعتبار الجزء المتصرف فيه هو نصيب المتصرف.

الفرع الثاني: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة.

إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف لا مشكلة تثور، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر، فالقسمة تنقله خالصا من هذا التصرف بمقتضى الأثر الكاشف لها فتستبعد كل أثر لمزاحمة شركائه بتصرفاتهم السابقة قبل القسمة على النصيب المقسوم له.

وإذا كان تصرف الشريك غير نافذ قبل القسمة في حق باقي الشركاء، فمن باب أولى بعد القسمة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر.

وهكذا إذا وقع الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف، يجوز للشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المتصرف فيه رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده من المتصرف أو المتصرف إليه اللذين ليس من حقهما الاعتراض مباشرة أو عن طريق التقادم القصير[2].

المبحث الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع.

إذا كان للشريك منفردا سلطة التصرف في الحصة الشائعة أو الجزء المفرز من المال الشائع وفق أحكام وآثار تم التطرق لها خلال المبحثين الأول والثاني من هذا الفصل، فإن

---

[1] نقض مدني رقم 213، مؤرخ في 30 نوفمبر1950، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية، السنة الثانية، العدد الواحد والعشرون، السنة القضائية رقم 18، ص109.

[2] د.حسن كيرة، (تصرف الشريك في جزء مفرز...)، المقال السابق، ص73.

ذلك قد ينصب أيضا على كل المال المملوك شيوعا[1]، وهذا ما سنختص بدراسته في هذا المبحث.

وقد يكون الدافع الأساسي من هذا التصرف المنفرد، هو الاستغلال وتحقيق المصالح الشخصية، مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح باقي الشركاء خاصة إذا تم التصرف دون علمهم، مما يؤدي إلى إهدار الحقوق وعدم استقرار المعاملات.

لذلك سنتناول دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين، يخصص الأول لدراسة حكم التصرف في كل المال الشائع، ليترك الثاني لأثر ذلك التصرف كما يلي:

المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع.

لم يتطرق المشرع المدني في الجزائر وعلى غراره في مصر، لحكم تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع، مما أدى بالبعض إلى اعتبار ذلك إجازة لتطبيق القواعد العامة فيما ذهب البعض الآخر إلى ضرورة تطبيق نص المادة رقم 2/826 مدني مصري التي تقابلها المادة رقم 2/714 مدني جزائري، والمتعلقة بالتصرف في جزء مفرز، بحجة أن المشرع أورد لفظ "جزء" دون اشتراط مساواة هذا الجزء لحصته الشائعة، فيجوز أن يفوقها.

وعليه سنتطرق لحكم هذا التصرف في القانون المدني الوضعي والفقه الإسلامي وذلك كما يلي:

الفرع الأول: التصرف في كل المال الشائع في القانون المدني.

رجوعا لنص المادة رقم 2/714 مدني جزائري وما يقابلها في القانون المدني المصري فقد حددت حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لذا يطرح التساؤل حول مدى سريان حكمها على التصرف في كل المال الشائع.

إجابة عن هذا التساؤل ظهرت عدة اتجاهات فقهية:

---

[1] P. Frédéric Zenati, (Propriété et droits réels), Revue Trimestrielle de droit civil, N°1-1992, Sirey, P147.

الاتجاه الأول[1]: يجيز أصحاب هذا الاتجاه تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع دون أن ينفذ في حق باقي الشركاء الذين يمنحهم القانون حق رفع دعوى الاستحقاق، تأكيدا لسلطتهم على الشيء المتصرف فيه، مع جواز إقرار هذا التصرف ليصبح نافذا في حقهم.

ولما كان التصرف في كل المال الشائع صحيحا فيما بين طرفيه، فإنه لا يجوز للمتصرف إليه طلب الإبطال إلا إذا كان يعتقد أن المتصرف يمتلك العين كلها مفرزة، فبتمام القسمة قد يستخلص الشريك المتصرف المال المتصرف فيه لنفسه.

أضف إلى ذلك فإن إجازة نص المادة رقم 2/826 مدني مصري لتصرف الشريك في جزء مفرز، لا يشترط أن يكون هذا الجزء مساويا لحصة الشريك الشائعة، إذ قد تزيد عنها وهذا لا يمنع من تطبيق نص هذه المادة على تصرف الشريك في كل المال الشائع، مما لا يجيز للمتصرف إليه طلب الإبطال قبل القسمة أو بعدها إلا حالة اعتقاده أن المتصرف مالك ملكية مفرزة لا شائعة[2].

الاتجاه الثاني[3]:

يرى جمهور الفقه المصري أنه حتى يكون التصرف نافذا في حق الشركاء ينبغي أن يصدر التصرف منهم جميعا.

ولما كان تصرف الشركاء في كل المال الشائع تصرفا فيما يملك وفيما لا يملك، فإنه صحيح فيما يعادل حصته وقابلا للإبطال من طرف باقي الشركاء فيما يعادل حصصهم دون انتظار نتيجة القسمة، وللمتصرف إليه حق المطالبة بالإبطال فيما زاد على نصيب

---

[1] راجع:
- د.محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية في ذاته...)، مرجع سابق، ص137.
- د.مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص137.
- د.حسن كيرة، (الموجز في أحكام القانون المدني...)، مرجع سابق، ص ص173، 174.
- د.نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص 145-156.

[2] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص212.

[3] راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...) مرجع سابق، ص ص 793، 794.
- د.عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص178.
- علي الخفيف،(الملكية في الشريعة...)، مرجع سابق، ص ص 73، 74.
- زهدي يكن، المرجع السابق، ص155.

المتصرف، أو بالنسبة لكل المال الشائع إن كان يعتقد أن المتصرف يملك ملكية مفرزة[1] لذلك يمكن التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة علم المتصرف إليه بالشيوع.

إذ لا يجوز المطالبة بالإبطال وإرادته اتجهت إلى رضائه بما يقع في نصيب المتصرف بعد القسمة، فإن لم يستطع هذا الأخير أخذ كل المال لنفسه، ليكون للمتصرف إليه إنقاص الثمن بما يعادل ما وقع في نصيبه، دون أن يكون له حق المطالبة بالفسخ كما ذهب إليه بعض الفقه.

الحالة الثانية: حالة جهل المتصرف إليه بالشيوع.

للمتصرف إليه الحق في طلب الإبطال للغلط قبل القسمة وبعدها، إذا لم يقع المال كله في نصيب المتصرف، وفي الحالة العكسية يسقط حقه في ذلك.

الفرع الثاني: التصرف في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي.

انقسم فقهاء الشرع الإسلامي بشأن حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع إلى ثلاثة اتجاهات كما يلي:

الاتجاه الأول: يمثله الحنفية[2]، وبعض المالكية[3]، إذ يعتبرون تصرف الشريك المشتاع متجاوزا حصته الشائعة تصرفا صحيحا موقوفا على إذن باقي الشركاء، ولا يحق لواحد منهم التصرف في نصيب الآخرين كلا أو جزءا، وإلا عد تصرفا في ملك الغير.

الاتجاه الثاني: يمثله بعض الشافعية[4]، والرواية الصحيحة للحنابلة[5]، وبعض المالكية[6] الذين يعتبرون تصرف الشريك في كل المال الشائع، أو فيما يجاوز مقدار حصته الشائعة، إذا صدر بغير إذن باقي الشركاء، صحيحا بمقدار هذه الحصة وفاسدا في نصيب الباقي، فهم لا يوقفون التصرف على إذن الشريك فيما يتعلق بحصته وإنما يعتبرونه باطلا فيضر بالمتصرف إليه.

وتفاديا لكل ذلك حاول أنصار هذا الرأي حمايته بالتفريق بين حالتين:

---

(1) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص213.
(2) محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء السادس، بيروت، دار الفكر، دون سنة نشر، ص153.
(3) نقلا عن فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص106.
(4) محمد بن محمد الشربيني، (مغني المحتاج، الجزء الثاني...)، مرجع سابق، ص40.
(5) إبراهيم بن محمد أبو إسحاق، (المبدع، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص38.
(6) محمد عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص236.

- إذا كان المتصرف إليه عالما بملكية المتصرف على الشيوع، فلا يجوز له طلب الإبطال في كل الصفقة لأنه كان على بصيرة من أمره.

- إذا كان المتصرف إليه غير عالم بحالة الشيوع، كان له الخيار بين البقاء أو الفسخ وهو عيب قد لا يرتضيه المتصرف إليه، فإن قبله أنقص الثمن بما يعادل ما يقع في نصيب المتصرف أما البائع فلا خيار له، إذ ببيعه ما يزيد عن حصته يكون المفرط، فباع ما لا يملكه وطمع في ثمن ما لا يستحقه[1].

واستدل أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه، بأنه لو تم التصرف في كل واحد منهما لانفرد بحكم الصحة أو الفساد، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو انفرد ولا وجه لإبطاله، وأن البيع اقتضى الحكم في محلين، بامتناع حكمه في أحدهما صح في الآخر[2].

لقد نوقش هذا الدليل بأن القول ببطلان العقد في حصة الشريك الذي لم يتعاقد قد يتعارض مع مصلحته، إذا رأى في التعاقد صفقة رابحة له[3].

الاتجاه الثالث: يمثله بعض الشافعية[4]، والرواية الأخرى للحنابلة[5].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصرف باطلا سواء في حصة الشريك المتصرف أو في حصص باقي الشركاء غير المتصرفين مستدلين في ذلك من الأثر والمعقول.

من الأثر، ما روى عن ابن العباس أنه قال: "ما اجتمع حرام وحلال إلا غلب الحرام الحلال"، وتصرف أحد الشركاء فيما يفوق حصته الشائعة يجمع بين التعاقد على نصيب الشريك الآخر بغير إذنه وهو حرام، والتعاقد في نصيب المتصرف وهو حلال، وهذا جمع بين حلال وحرام، فيغلب الحرام الحلال ويفسد التصرف جميعه.

من المعقول، استدلوا من المعقول بحجتين:

الأولى: تتعلق بجهالة العوض الذي يقابل الحلال، وهو ما يؤدي لبطلان التصرف، إذ من شروط العوض أن يكون معلوما.

الثانية: أن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه، فإنها تبطل في الكل كالجمع بين الأختين أو بيع درهم بدرهمين، فانتقد هذا الدليل بأن الدرهمان والأختان ليس

---

(1) محمد بن محمد الشربيني، (مغني المحتاج، الجزء الثاني...)، مرجع سابق، ص ص40 ،41.

(2) عبد الله بن أحمد أبو محمد، (المغني، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص38.

(3) محمد حسن بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص91.

(4) محمد بن محمد الشربيني، (مغني المحتاج، الجزء الثاني...)، مرجع سابق، ص44.

(5) إبراهيم بن محمد أبو إسحاق، (المبدع، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص39.

أحدهما أولى بالفساد من الآخر لذلك يفسدان معا، ولا يقاس عليهما التصرف في كل المال الشائع[1].

المطلب الثاني: أثر تصرف الشريك في كل المال الشائع.

إن تكييف تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع بالصحيح بين طرفيه، غير النافذ في حق الشركاء فيما يعادل حصصهم، يحتم علينا دراسة آثاره بين المتعاقدين ثم بالنسبة للشركاء، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: أثر التصرف في كل المال الشائع بالنسبة لطرفيه.

يترتب على اعتبار تصرف الشريك في كل المال الشائع تصرفا صحيحا قابلا للإبطال على أساس الغلط ونافذا في حق الشركاء فيما يعادل حصة المتصرف ما يلي:

أولا: حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف.

إذا كان تطبيق القواعد العامة الواردة بنص المادة رقم 2/714 قانون مدني جزائري يمنح المتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف على أساس الغلط الناتج عن جهله بحالة الشيوع[2]، سواء في كل المال الشائع المتصرف فيه أو فيما يزيد عن حصة المتصرف فقط[3]، فإن بعض شراح القانون[4]، يعترضون على هذا الحق، ويرون عدم أحقية المرتهن في طلب إبطال التصرف، سواء كان عالما بالشيوع أو غير عالم بذلك، الأمر الذي يتعارض مع النص المذكور أعلاه فلا يمكن الاعتداد به، إذ الجهل بحالة الشيوع في ذاته يعد غلطا.

---

(1) عبد الله بن أحمد أبو محمد، (المغني، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص38.

(2) راجع:
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص794.
- محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص94.
- د.محمد حسين منصور، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص116.
- د.محمد وحيد الدين سوار، (حق الملكية في ذاته...)، مرجع سابق، ص146.
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص214.

(3) راجع:
- د.حسن كيرة، (الموجز في أحكام القانون المدني...)، مرجع سابق، ص174.
- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص64.

(4) نقلا عن فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص132.

كما ذهب بعض الفقهاء[1]، إلى إمكانية طلب الإبطال على أساس التصرف في ملك الغير حسب ما يقتضيه نص المادة رقم 397 قانون مدني جزائري، التي تقابلها المادة رقم 466 قانون مدني مصري والمتعلقة ببيع ملك الغير.

إلا أن هذا الرأي منتقد فيحق للمتصرف إليه طلب الإبطال على أساس الغلط فقط في المدة القانونية المحددة طبقا لنص المادة رقم 101 مدني جزائري بخمس سنوات من يوم اكتشاف الغلط[2]، وتقابلها المادة رقم 140 من القانون المدني المصري، أين حددت ذلك بثلاث سنوات من تاريخ كشف الغلط، وهو تاريخ علم المتصرف إليه بالشيوع، على ألا تتجاوز المدة خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد.

ويفقد المتصرف إليه حق إبطال التصرف إذا أجازه الشركاء، أو تمكن المتصرف من استحصال كل المال الشائع لانتفاء الضرر الذي شرع من أجله الإبطال.

ثانيا: حق المتصرف إليه في طلب التعويض.

إذ استعمل المتصرف إليه حقه في طلب إبطال التصرف وقضي به، وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد العين المتصرف فيها إذا كان قد تسلمها، فيما يلتزم المتصرف برد الثمن إذا كان قد قبضه.

كما أنه للمتصرف إليه الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب البطلان[3] الذي يشمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة[4].

ثالثا: حق المتصرف إليه في إجازة التصرف[5].

إعمالا لنص المادة رقم 100 من القانون المدني الجزائري، فإن حق الإبطال يزول بإجازة من تقرر لمصلحته[6]، فإذا علم المتصرف إليه بعدم ملكية المتصرف للعين المتصرف فيها مفرزة، دون المطالبة بإبطال التصرف بإجازته صراحة أو ضمنا بالسكوت عن هذا

---

[1] راجع:
- د.عبد الناصر توفيق العطار، (شرح أحكام الملكية...)، مرجع سابق، ص131.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص178.

[2] وقد عدل نص المادة رقم 101 من القانون المدني الجزائري، بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني.

[3] إذ يتضرر المتصرف إليه في كل حالات الإبطال، لأنه لم يكن عالما بالشيوع وهي الحالة التي أجاز فيها المشرع له طلب إبطال التصرف.

[4] د.رمضان جمال كامل، (أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع...)، مرجع سابق، ص ص 184، 185.

[5] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص133.

[6] هذا النص يقابله نص المادة رقم 139 مدني مصري.

الطلب لمدة تقدر بخمس سنوات قانونا، سقط حقه في ذلك ليأخذ حكم العالم بالشيوع منذ وقت التصرف.

رابعا: حق المتصرف إليه في طلب إنقاص الثمن إلى ما يعادل الحصة المتصرف فيها.

إذا لم يتمكن المتصرف من استحصال المال الشائع كله، وتمت القسمة واختص بجزء فقط منه، فإنه يجوز للمتصرف إليه المطالبة بإنقاص الثمن إلى ما يعادل هذا الجزء فقط[1] إذا رغب في أخذ الجزء المتصرف فيه، ويسترد ما يعادل حصص الشركاء إذا كان قد دفع الثمن، وإن كان التصرف رهنا والمتصرف إليه عالما بالشيوع، يعد قد ارتضى ما يقع في نصيب الراهن كضمان لدينه، ما لم يكونا قد اتفقا على استكمال الراهن الرهن بأي ضمان آخر[2]، إذا لم يتمكن المتصرف من استحصال المال الشائع كله واختص بجزء منه فقط بعد القسمة[3]، وفي حالة جهله بالشيوع يجوز له كذلك مطالبة الراهن بأي ضمان آخر تطبيقا لقواعد الرهن.

وقد ذهب **الفقه الإسلامي**[4]، إلى ما سبق وأجاز للمتصرف إليه إذا كان غير عالم بالشيوع الخيار بين الرد والإمساك، فإن أمسك له انقاص الثمن، ولو كان عالما بالشيوع لا يجوز له الخيار.

خامسا: حلول المتصرف إليه محل المتصرف.

يحل المتصرف إليه محل المتصرف بقدر الحصة الشائعة التي يملكها، فإن كان التصرف ناقلا للملكية له المساهمة في الإدارة المعتادة وغير المعتادة، ويعتد بصوته في حساب الأغلبية المتطلبة قانونا، فضلا عن حقه في الاختصام في الدعاوى المتعلقة بالقسمة كطلب إجرائها[5]، إلا أن جانبا من الفقه يجيز للمتصرف طلب القسمة، لا باسمه ولكن باسم

---

(1) راجع:
- د.محمد حسين منصور، (الحقوق العينية...)، مرجع سابق، ص117.
- د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص213.

(2) كالرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الكفالة.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص794.

(4) راجع:
- إبراهيم بن محمد أبو إسحاق، (المبدع، الجزء الرابع...)، مرجع سابق، ص38.
- منصور بن يونس البهوتي، (كشاف القناع، الجزء الثالث...)، مرجع سابق، ص177.

(5) د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص216.

مدينه [1]، إذا توافرت شروط الدعوى المباشرة التي تمكن المدين من رفع دعوى ضد مدين مدينه بتقصير المدين في استيفاء حقوقه.

سادسا: الحق في الرجوع بضمان الاستحقاق.

إذ أجاز المشتري البيع المنصب على كل المال الشائع من أحد الشركاء، فإنه يفقد حقه في طلب الإبطال وله الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق، ويستحق الشريك الآخر نصف المال الشائع.

وأيا كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع[2].

الفرع الثاني: أثر التصرف في كل المال الشائع في مواجهة الشركاء.

يترتب عن تصرف الشريك في كل المال الشائع عدة آثار في مواجهة الشركاء منها:

أولا: الحق في مطالبة المتصرف إليه وتنفيذ التزاماته.

إذ يجوز للشركاء مطالبة المتصرف إليه بتحمل الأعباء المالية، ودفع المصاريف المتعلقة بالمال الشائع أو إجراء قسمته.

وقد يتفقون معه على طريقة محددة للانتفاع به كالمهايأة مكانية كانت أو زمانية، وهذا كله نتيجة طبيعية لحلول المتصرف إليه شريكا مع سائر الشركاء بنسبة حصة المتصرف.

ثانيا: عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف.

ذلك أنهم ليسوا طرفا فيه، ويكفي لحمايتهم عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم[3].

ثالثا: حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق.

وذلك تأكيدا لحقوقهم الشائعة في الشيء المتصرف فيه واستردادها من المتصرف إليه إذ لا يجوز لهم طلب ذلك إلا فيما يتعلق بحصصهم[4].

رابعا: حق الشركاء في رفع دعوى ثبوت الملكية وعدم نفاذ التصرف.

ويكون ذلك فيما زاد عن حصة الشريك المتصرف دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة[5]

---

[1] محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص94.

[2] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن...)، مرجع سابق، ص794.

[3] فايزة مخازني، المذكرة السابقة، ص135.

[4] فايزة مخازني، المذكرة نفسها، ص135.

[5] د.عبد المنعم فرج الصدة، (الحقوق العينية الأصلية...)، مرجع سابق، ص178.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها، منها الطعن رقم 214 جلسة بتاريخ 11 نوفمبر 1975.

خامسا: عدم تمتع الشركاء بحق التعرض للمتصرف إليه في الحصة المتصرف له بها، وإلا كانوا متعرضين له فيما يملك، فيحق له رفع دعوى لتقرير ذلك.

سادسا: حق الشريك في رفع دعوى منع التعرض.

إذا تمكن المتصرف إليه من حيازة المال الشائع كله فهو متعرض للشركاء في حقوقهم ولهم طرده عن طريق رفع دعوى منع التعرض، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 44524 جلسة بتاريخ 10 جانفي 1987.

ولا يستطيع المتصرف إليه دفع دعوى عدم التعرض المرفوعة ضده، بحجة وجوب انتظار القسمة[1].

[1] د.جمال خليل النشار، (تصرف الشريك في المال الشائع...)، مرجع سابق، ص214.

خاتمة الفصل الثاني:

إن تصرف الشريك منفردا في المال الشائع يأخذ إحدى الصور الثلاث: إما تصرفه في حصته الشائعة، في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع فاستخلصنا ما يلي:

- التصرف في الحصة الشائعة يكون بعقود ناقلة للملكية بعوض أو تبرعا، وكذا بترتيب حقوق عينية على هذه الحصة، فاتفقت أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن في كل من الجزائر، مصر على إجازة بيع ذلك للشريك أو الأجنبي، فضلا عن جواز هبة الشريك لهذه الحصة الشائعة مع توسع الفقه الإسلامي في حكم ذلك.

- أجاز القانون المدني المقارن في كل من الجزائر ومصر، وقف الحصة الشائعة بينما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم ذلك، كما يمكن ترتيب حق انتفاع عليها.

أضف إلى ذلك فقد اتفق الفقه المدني المقارن والإسلامي على جواز رهن الحصة الشائعة رهنا حيازيا من قبل الشريك، فيما لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لحكم ذلك رهنا رسميا، بخلاف القانون الوضعي الذي جعل للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون رهنا رسميا عند الاقتضاء، فيتقدم عن كل الدائنين.

وتترتب أثار على هذا التصرف، تتمثل في منح حق استرداد وممارسة رخصة الشفعة لباقي الشركاء، فيصح الاسترداد إذا كان البيع صادرا من أحد الشركاء على حصة شائعة لأجنبي عنهم والمسترد هو أحد الشركاء، أما الشفعة فهي رخصة قانونية تجيز حلول أحد الشركاء محل المشتري في المال الشائع.

وترتيبا على ما سبق للشريك التصرف في جزء مفرز من المال الشائع كما يلي:

- تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز بعد القسمة صحيح بوقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وإذا وقع الجزء في غير نصيبه، ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل للمتصرف بطريق القسمة.

- و لم يجز الفقه الإسلامي تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع لما فيه من إضرار بحقوق باقي الشركاء، لذا رتب هذا التصرف أثر حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق.

وإن كان للشريك إمكانية التصرف في الحصة الشائعة، والجزء المفرز من المال الشائع فهذا لا يمنع من التصرف في كل المال الشائع الذي يخلف آثارا في حق الأطراف وفي مواجهة باقي الشركاء.

خاتمة الباب الثالث:

خصص هذا الباب لدراسة سلطة التصرف في المال الشائع من خلال فصلين، تناول الأول سلطة الشركاء في التصرف في المال الشائع، ليخصص الثاني لسلطة الشريك منفردا في التصرف في هذا المال فتوصلنا لإمكانية إجماع الشركاء على التصرف فيه، فينفذ في حقهم جميعا فضلا على أنه للأغلبية التصرف استنادا لأسباب قوية، للقاضي السلطة التقديرية في تحديدها.

وقد أجاز القانون المدني للشريك منفردا التصرف في الحصة الشائعة بكافة التصرفات بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، وهذا ما اتفق فيه مع الفقه الإسلامي.

وقد كان كل من القانون المدني الجزائري والمصري أقرب إلى أحكام الفقه الإسلامي فاتفقوا على إجازة هبة الحصة الشائعة من قبل الشريك في الشيوع منفردا ووقفها شريطة تمام القسمة.

ولا يجوز وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة إلا بشروط طبقا لتقنين الوقف المصري وأحكام الفقه الإسلامي.

ولقد منح الفقه الإسلامي الأهمية الكبرى للرهن الحيازي، دون الرهن الرسمي للحصة الشائعة الذي أجازته القوانين المقارنة بما فيها القانون المدني الجزائري، من خلال نص المادة رقم 2/890 منه.

وقد ترتب على منح الشريك المشتاع منفردا هذا السلطات، وحماية لباقي الشركاء من تصرفه، التنصيص صراحة على حقهم في استرداد الحصة الشائعة، ليحل بمقتضى ذلك أحد الشركاء محل المشتري الأجنبي للحصة الشائعة المبيعة من قبل الشريك، إضافة إلى منحهم رخصة الشفعة، كما نص المشرع المدني في الجزائر صراحة على جواز تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع من خلال نص المادة رقم 2/714 منه الذي تقابله نص المادة رقم 2/826 مدني مصري، فيقع ذلك صحيحا نافذا بين طرفيه ويستمر كذلك إلى ما بعد القسمة، سواء اختص المتصرف بما تصرف فيه أو بجزء غير الذي رهنه في نفس المال الشائع، فينتقل حق المتصرف إليه إلى ما قسم للمتصرف.

أما إذا اختص بجزء من غير المال الذي تصرف فيه، حالة تضمن الشيوع عدة أموال فالراجح تطبيق نص المادة رقم 890 قانون مدني جزائري المتعلقة بالرهن، إذا كان التصرف مرتبا لحق عيني تبعي.

ولما في هذا التصرف من اعتداء على حقوق باقي الشركاء فإنه غير نافذ في حقهم.

وفيما يخص تصرف الشريك المشتاع منفردا في كل المال الشائع، فهو صحيح منتج لكافة آثاره بين طرفيه، وغير نافذ في حق باقي الشركاء إلا بقدر حصة المتصرف.

غير أنه ولكثرة الإشكالات التي طرحها تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع، فإن الأصوب منع ذلك بنص قانوني صريح، وهو استثناء على قواعد الشيوع لا يتقرر إلا بنص.

وفي كل ما ذكر يجوز للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف للغلط الناتج عن جهله بتملك المتصرف للعين المتصرف فيها على الشيوع قبل القسمة أو بعدها، ما لم يختص المتصرف بالجزء الذي تصرف فيه.

الخاتمة

الخاتمة

نصل ختاما إلى أن حق ملكية الشريك المشتاع في المال الشائع هو حق ملكية من نوع خاص، يحقق مصلحة مجموع الشركاء في الشيوع، فاعترف الفقه المدني والإسلامي لهذا الشريك بسلطات الملكية الثلاث، متمثلة في استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه.

ولما كان حق الشريك المشتاع كحق ملكية بالمعنى الدقيق يتمتع فيه بممارسة سلطات المالك الثلاث على المال الشائع، فإن ذلك يكون مقيدا بما تقتضيه طبيعة هذه الملكية.

ومن هنا يمكن القول بتأسيس مختلف الأحكام الخاصة بواقع سلطات الشريك في الملكية الشائعة ووضع الأساس القانوني لها.

وبالقراءة المتمعنة لما جاءت به مختلف نصوص القانون المدني المقارن والفقه الإسلامي، تم التوصل لجملة **النتائج الآتية**:

أولا: فيما يخص سلطة الشريك في استعمال المال الشائع.

1- اتفاق القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي في النص على قيد واحد يحد من سلطة الشريك المشتاع في استعمال المال الشائع، هو قيد عدم الإضرار بحقوق بقية الشركاء في الاستعمال، بينما انفرد القانون المدني الفرنسي لسنة 1976 بفرض قيدي ضرورة اتفاق الاستعمال مع الغرض المعد له، ومراعاة أثر الأعمال القانونية السابقة على الاستعمال من خلال نص المادة رقم 815 مكرر 1/9 منه، وهذا إضافة إلى القيد المذكور سابقا.

2- بمقارنة نص المادة رقم 714 قانون مدني جزائري، مع نص المادة رقم 815 مكرر1/9 قانون مدني فرنسي، نجد أن ما جاء به المشرع الجزائري عاما مرنا وغير واضح، يحتاج لإزالة الغموض تجنبا للمشاكل العملية على المستوى القضائي من جهة، وعدم إعاقة استعمال المال الشائع من جهة أخرى.

3- غموض نص المادة رقم 714 سابقة الذكر، مس مدى جواز استئثار الشريك باستعمال المال الشائع كله أو جزء منه، الأمر الذي فتح المجال أمام الفقه المدني والقضاء المصري بين مؤيد لاستئثار الشريك بالمال الشائع عن طريق الاستعمال بما يعادل حصته أو يزيد عنها دون موافقة الشركاء، وذلك لا يعد غصبا، وفي حالة استعمال كل المال الشائع لا بد من الموافقة الجماعية، وبين مانع له، على أساس أن الشريك يملك كل ذرة في المال الشائع، ولا يجوز لأي منهم الاستئثار منفردا بأي جزء مفرز وإلا وجب التعويض.

وعليه أولى بالمشرع الجزائري التنصيص صراحة على أن الاستئثار في الاستعمال موجب للتعويض طبقا للقانون المدني ومحكمة النقض الفرنسيين.

4- انفراد الفقه الإسلامي بتنظيم صور للاتفاق الضمني في استعمال المال الشائع حالة غياب أحد الشركاء، فاعتبر انتفاع الشريك الحاضر بالشيء الشائع بوجه لا يضر بالغائب رضاء من هذا الأخير.

5- احتذى القانون المدني في الجزائر ومصر حذو الفقه الإسلامي في تنظيم أحكام قسمة المهايأة ضمن النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع بالقسمة رغم أنها لا تؤدي إلى إنهاء الشيوع، بل هي قسمة منافع لا قسمة ملكية تتم بصفة مؤقتة لتكفل تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع، فهي حل مؤقت يؤدي غيابها إلى تعطيل المصالح وإلحاق الضرر بالشركاء، ولا يصح الاتفاق عليها لمدة تزيد على خمس سنوات.

6- إن القاعدة الواردة في نص المادة رقم 2/733 مدني جزائري المثبتة لتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمرور خمس عشرة سنة عليها بقوة القانون ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، تعتبر خروجا على القواعد العامة المنظمة لقسمة المهايأة وتحييدا لإرادة الشركاء الذين بوسعهم التعبير عن إرادتهم في إزالة الشيوع تعبيرا صريحا لا ضمنيا.

7- المهايأة المكانية أعدل من المهايأة الزمانية، إذ أن كل الشركاء ينتفعون بها في زمن واحد، وأما الزمانية فهي أكمل من المكانية، على أساس أن كل منهم ينتفع بجميع المال المشترك في نوبته، والمهايأة كالإيجار، فيطبق عليها ما يتناسب مع طبيعتها من أحكام هذا العقد.

ثانيا: فيما يخص سلطة استغلال المال الشائع:

1- تعد قاعدة الإجماع القاعدة العامة التي تحكم أعمال إدارة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، المصري والفرنسي لسنة 1976، الذي انفرد بتنظيم طرق تطبيقها بنصوص خاصة، إلا أن التعديلات الواردة عليه في جويلية 2006م أفقدتها صفة العمومية من خلال تعديل نص المادة رقم 815 مكرر 3 منه، أين استجاب المشرع للإرادة الفقهية بحجة التخفيف من هذه القاعدة التي تركت آثارا سلبية كبيرة في مجال إدارة المال الشائع ، فأصبح للملاك الذين لهم ثلثي المال الشائع تنفيذ أعمال الإدارة كقاعدة أساسية مع إمكانية منح الشريك وكالة عامة، وقد ورد استثناء حقيقي على هذه القاعدة في القانون المدني الجزائري تمثل في الأغلبية.

2- سمح المشرع المدني في الجزائر لأغلبية الشركاء بإدارة المال الشائع مفرقا في مقدارها حسب ما إذا كان العمل يتعلق بالإدارة المعتادة أو الإدارة غير المعتادة، إذ ورد هذان المصطلحان في نصوص القانون المدني دون أن يقصد بهما المشرع ما اعتاده الشركاء من أعمال الإدارة وما لم يعتادوه، بل جاء بهما قاصدا التفرقة بين أعمال إدارة عادية لا تنطوي على تغيير أساسي في المال

الشائع أو تغيير في الغرض الذي أعد من أجله، وأعمال إدارة غير عادية تتضمن تغيير أساسي فيه أو في غرضه.

3- إذا كان السماح لأغلبية الشركاء بإدارة المال الشائع في القانون المدني الجزائري خلافا لقاعدة الإجماع، يتعارض مع القواعد الفقهية الإسلامية التي تقضي بوجوب الإجماع في أعمال الإدارة، فإن بعض فقهاء الشريعة المحدثين اعتبروا هذا الاستثناء طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة للمال الشائع كوسيلة يلجأ لها حالة عدم اتفاق الشركاء في الشيوع، وهذا ليس خروجا على المبادئ الشرعية، فمراعاة المصلحة دليلا شرعيا.

4- نص المادة رقم 716 قانون مدني جزائري جاء غير دقيق، حيث لم يفصل بين الأحكام الخاصة بسلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة العادية، وبين أحكام الوكالة الضمنية في الإدارة التي تسري على أعمال الإدارة العادية وغير العادية، مما يوجب إفراد نص لذلك.

5- لكل شريك على الشيوع الحق في القيام منفردا باتخاذ التدابير اللازمة والضرورية للمحافظة على المال الشائع وصيانته دون حاجة إلى موافقة بقية الشركاء، إذ في هذه الأعمال مصلحة عامة للجميع، يخشى من عدم اتخاذها هلاك أو تلف المال الشائع، ليرجع الشريك على بقية الشركاء بنفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف كل بقدر حصته.

6- إذا كان الراجح في فقه القانون المدني في فرنسا، مصر والفقه الإسلامي أن الشريك في الشيوع القائم بأعمال حفظ المال الشائع يعتبر نائبا قانونيا عن الشركاء الآخرين، فإن القانون المدني الجزائري لم يرد فيه ما ينص على ذلك.

7- انفراد المشرع المدني في فرنسا من خلال نص المادة رقم 815 مكرر 2/2 منه بأحكام تيسر حصول الشريك الذي يقوم بأعمال الحفظ والإدارة على نفقات هذه الأعمال بالسماح له باستعمال المال الشائع الذي في حوزته للإنفاق على أعمال حفظه دون حاجة لموافقة باقي الشركاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى السماح له بالحق في الحصول على إذن قضائي باستعمال المال الشائع الموجود لدى الغير إنفاقا على أعمال الحفظ والإدارة حسب نص المادة رقم 815 مكرر 2/6 مدني فرنسي.

8- تعد نصوص المواد رقم 815 مكرر10، 815 مكرر4/11، 815 مكرر2/12، من القانون المدني الفرنسي نصوصا لا مثيل لها في القانون المدني الجزائري والمصري والفقه الإسلامي، إذ احتوت على:

- قاعدة تراكم الثمار وأوردت قيودا قانونية واتفاقية وقضائية عليها.

- السماح لكل شريك بالحق في منحه مقدمة مالية -عن طريق القاضي المختص- في حدود النقود المتوفرة في الشيوع على أن تخصم من نصيبه في القسمة المستقبلية دون حاجة لموافقة باقي الشركاء.

- النص صراحة على حق الشريك الذي يقوم بأعمال الإدارة في الحصول على أجر نظير إدارته، والتزامه برد صافي الثمار المتولدة عن ذلك.

ثالثا: فيما يخص سلطة التصرف في المال الشائع:

1- إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله صحيح ونافذ في حقهم جميعا سواء كان بنقل ملكية المال الشائع أو جزء مفرز منه أو بتقرير حق عيني أصلي أو تبعي عليه.

2- أجاز القانون المدني الجزائري حسب نص المادة رقم 720 منه لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، تقرير التصرف فيه استنادا لأسباب قوية يخضع تقديرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- اتفاق القانون المدني الجزائري والمصري، مع أحكام الفقه الإسلامي على جواز بيع الحصة الشائعة من العقار أو المنقول للشريك لعدم الضرر من ذلك، وإذا كان البيع لأجنبي فقد اكتفى فقهاء الشريعة الإسلامية على وضع وسيلة لرفع الضرر هي الشفعة ، ليطبق القانون المدني حق بقية الشركاء في استرداد الحصة الشائعة.

كما اتفقت التشريعات المذكورة سابقا على جواز هبة الشريك حصته الشائعة سواء فيما يقبل القسمة أو لا يقبلها، مع التقيد بشروط، ليتوسع فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك على نحو يساير الواقع.

4- أجاز التشريع الجزائري تصرف الشريك في الحصة الشائعة عن طريق عقود تبرع بوقف هذه الحصة دون توضيح الأحكام الخاصة بها، إلا أن تقنين الوقف المصري بين حالات جواز ذلك، تأثرا بالفقه الإسلامي من خلال نص المادة رقم 08 منه، إذ نص على ذلك فيما يقبل القسمة، وما لا يقبلها يخضع لشروط معينة.

5- لما كان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني قد اتفقوا على جواز رهن الحصة الشائعة رهنا حيازيا، فإن الفقه الإسلامي لم يتطرق لرهنها رهنا رسميا بخلاف القانون المدني الذي نص على ذلك صراحة، وجعل للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون رهنا رسميا عند الاقتضاء.

6- إذا كان رهن الشريك الحصة الشائعة جائزا بمقتضى نص المادة رقم 2/890 مدني جزائري، فقد وجهت انتقادات لهذا النص لاقتصاره على حالة وقوع أعيان غير التي رهنها في نصيبه دون التطرق لحالة اختصاص الراهن بكل العقار الشائع أو جزء منه، أو الحالة التي يختص فيها الراهن بمبلغ نقدي.

7- إن عدم تنظيم الفقه الإسلامي لعقد الرهن الرسمي، على غرار القانون المدني، لا ينف صحة هذا العقد وترتيبه على الحصة الشائعة لتلاؤمه مع روح الحياة المعاصرة وما استجد فيها من تطورات، فضلا على أن التعامل به يحقق الغرض المبتغى من الرهن حماية لمال الدائن المرتهن فأعطاه حق تتبع العين المرهونة مع ميزة التقدم.

8- نص المادة رقم 1/721 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها نص المادة رقم 833 قانون مدني مصري جاء غير واضح ودقيق في تحديد نطاق ومجال تطبيق حق الاسترداد، فجعل ذلك ممكنا حالة بيع حصة من العقار المعين بالذات، مما يؤدي إلى تداخل أحكام الشفعة والاسترداد، فتتضارب النصوص القانونية في ذلك.

9- لم يجز الفقه الإسلامي تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لما في ذلك من مساس بحقوق باقي الشركاء، وهذا ما يتعارض مع المبدأ العام الوارد في الشريعة الإسلامية: "لا ضرر ولا ضرار"، أما القانون المدني الوضعي فقد أجاز ذلك دون إطلاقه، فأعطى للمتصرف إليه حق طلب الإبطال في حالة جهله بالشيوع قبل القسمة، ليمنحهم هذا الحق بعدها إذا لم يقع في نصيب المتصرف نفس الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتداء، لكن إذا وقع في نصيبه جزءا آخرا من نفس الشيء فإن القانون قد أجاز انتقال حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء، الأمر الذي لا تقره الشريعة الإسلامية.

وما إجازة القانون لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع إلا تخفيفا من النتائج السيئة المترتبة على عدم جواز ذلك، فوضع ضوابط ذلك بما يتفق مع حقوق باقي الشركاء.

10- في حالة تصرف الشريك في كل المال الشائع، يصبح المتصرف إليه شريكا مع باقي الشركاء بنسبة حصة هذا الشريك، وليس للباقي طلب إبطال هذا التصرف في الحصة أو أن يدعوا الاستحقاق عليها عكس تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع، لذلك فقد اتفق فقهاء القانون مع فقهاء الشريعة، على أن هذا التصرف لا ينفذ في حق باقي الشركاء إلا فيما يعادل حصته فقط فلهم من الحقوق مثل ما للشريك المتصرف.

الخاتمة

ونظرا للعوائق والإشكالات التي وقعت أمام تنظيم استعمال واستغلال والتصرف في المال الشائع في الجزائر، كان لابد من اقتراح **التوصيات** الآتية:

1- تعد الطريقة التي اتبعها قانون 31 ديسمبر 1976 المنظم للشيوع في فرنسا في تحديد القيود الواردة على حق استعمال الشريك المشتاع للمال الشائع وحصرها في ثلاثة ،أفضل مما جاء به القانون المدني في الجزائر والفقه الإسلامي، لذا نقترح تعديل نص المادة رقم 1/714 قانون مدني جزائري، فيما يتعلق بسلطة الاستعمال لتصبح كما يلي:(لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع بقدر حصته شريطة ألا يستعمله على وجه يخالف ماهية هذا الشيء أو الغرض الذي أعد من أجله أو يتعارض مع الآثار المترتبة على الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم).

إذ روعي في نص المادة المقترح: ورود الاستعمال على المال الشائع باعتباره شيئا ماديا وليس على الحصة الشائعة، إضافة إلى تحديد قيود حق الشريك المشتاع في الاستعمال بدل النص على قيد عام أدى إلى كثرة المنازعات حول تحديد المقصود منه فعطل هذا الاستعمال.

فضلا عن ذلك فإن النص المقترح فصل النصوص المنظمة للاستعمال عما يتعلق باستغلال المال الشائع والتصرف فيه، فقواعد الاستعمال مغايرة للقواعد التي تحكم الإدارة والتصرف فيه.

2- ندعو المشرع المدني الجزائري للاقتداء بالفقه الإسلامي والأخذ بالأحكام الواردة فيه لتنظيم استعمال المال الشائع حالة غياب أحد الشركاء، إذ اعتبر انتفاع الشريك الحاضر بالشيء الشائع بوجه لا يضر بالغائب رضاء من هذا الأخير، وذلك حتى لا يتعطل استعمال المال الشائع طوال فترة الغياب.

3- التنصيص صراحة على أن الاستئثار باستعمال المال الشائع موجب للتعويض اقتداء بالقانون المدني الفرنسي.

4- نهيب بالمشرع المدني الجزائري نقل النصوص المتعلقة بقسمة المهايأة إلى موضعها الطبيعي بين النصوص المنظمة لاستعمال الشيء واستغلاله.

5- نوصي بتعديل نص المادة رقم 1/733 من القانون المدني الجزائري، الخاصة بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بعد خمسة عشرة سنة، وذلك حتى نحقق التلاؤم مع الفقه الإسلامي، ويعطى للشركاء الحق في قبول هذا التحول أو رفضه، ذلك أنهم لم يقصدوا عند اتفاقهم على قسمة المهايأة المكانية إنهاء الشيوع بينهم، بل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة مهما طالت.

6- تأييدا للدكتور أيمن سعد عبد المجيد سليم، نوصي المشرع المدني في الجزائر بإخضاع قسمة المهايأة لأحكام خاصة تتفق وطبيعتها، لاختلافها عن عقد الإيجار إذ أن الأشخاص في قسمة المهايأة ملاك لمال واحد يهدفون للانتفاع به فيما بينهم.

7- إذا كان فقهاء القانون المدني قد حصروا المهايأة القضائية في حالة تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة المكانية التي تسبق القسمة النهائية، فإن فقهاء الحنفية أجازوها.

وعليه نوصي أن يتبنى المشرع المدني في الجزائر ما انتهى إليه فقهاء الحنفية في ذلك تحقيقا لمصالح الناس، ودرءا للمضار، ذلك أن الأعيان خلقت للانتفاع بها.

8- لما كان مصطلحي عادية وغير عادية أدق للتعبير عن أعمال إدارة المال الشائع حسب الأغلبية، فإننا نهيب بالمشرع المدني في الجزائر تعديل صياغة المواد رقم 716 ، 717 منه مستخدما هذين المصطلحين.

9- نقترح تعديل نص المادة رقم 716 مدني جزائري تحقيقا للدقة وفصلا بين ما يتعلق بالإدارة العادية والإدارة غير العادية، وتماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية ليكون النص الجديد كما يلي:(لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الحصص، أن تقوم بأعمال الإدارة العادية، ولها تعيين مديرا من الشركاء أو من غيرهم، ولهذه الأغلبية وضع نظاما للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع.

يسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

في حالة عدم توافر الأغلبية، للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة مع إمكانية تعيينها مديرا للشيوع عند الحاجة).

فتم في هذا التعديل مراعاة إعادة ترتيب الأحكام الواردة في نص المادة رقم 716 مدني جزائري التي تقابلها المادة رقم 826 مدني مصري، تحقيقا لدقة التعبير في الصياغة فوسع نص المادة المقترح سلطة المحكمة حالة عدم توفر الأغلبية فيكون لها اتخاذ حتى التدابير التي تقتضيها المصلحة.

كما روعي في هذا النص الفصل بين أحكام سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة العادية ودور الوكالة الضمنية في الإدارة.

10- فيما يخص الشيوع في حق الانتفاع وحق الشريك في القيام بأعمال الحفظ، وجب على المشرع الجزائري النص صراحة على حق المنتفع المشتاع في القيام بأعمال الحفظ منفردا ، دون حاجة الرجوع لصاحب حق الرقبة على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في المادة رقم 815 مكرر 4/2 مدني فرنسي.

11- نهيب بالمشرع الجزائري وعلى غرار أحكام الشريعة الإسلامية ، التنصيص على جعل الشريك في الشيوع القائم بأعمال حفظ للمال الشائع نائبا قانونيا عن الشركاء الآخرين قطعا للخلاف حول هذا التكييف، ذلك أن النيابة القانونية تتسع لتشمل التصرفات القانونية والأعمال المادية فيصبح نص المادة رقم 718 مدني جزائري كما يلي:(لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، ويعتبر في قيامه بأعمال الحفظ والصيانة نائب عن الباقين).

12- نوصي المشرع المدني الجزائري الأخذ بأحكام نصوص المواد رقم 815 مكرر 2/2 والمادة رقم 815 مكرر 2/6 مدني فرنسي، والتنصيص على السماح للشريك في الشيوع باستعمال المال الشائع الذي في حوزته للإنفاق على أعمال حفظه دون حاجة لموافقة باقي الشركاء، إضافة للسماح له بالحق في الحصول على إذن قضائي باستعمال المال الشائع الموجود لدى الغير إنفاقا على هذه الأعمال.

13- نوصي المشرع المدني الجزائري إضافة نصوص تنظم توزيع ثمار المال الشائع وإيراداته على الشركاء طوال فترة الشيوع على غرار النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي، بموجب المواد رقم 815 مكرر10، 815 مكرر4/11، 815 مكرر2/12 منه تشجيعا على الاستمرار في الشيوع إذا رغب الشركاء وضمانا لحقوقهم في الثمار.

14- إن إغفال المشرع المدني الجزائري لبيان الأسباب القوية، لتصرف الأغلبية في المال الشائع قد يؤدي إلى تعسفها في حق الأقلية، لذلك عليه التدخل قصد إيجاد ووضع حلول وأحكام دقيقة خاصة بذلك.

15- طبقا للانتقادات الموجهة لنص المادة رقم 2/890 مدني جزائري الخاصة بجواز رهن الشريك حصته الشائعة، أولى بالمشرع المدني تعديل نصها ليكون أكثر دقة ووضوحا من خلال إضافة حكم:

- حالة اختصاص الراهن بكل العقار الشائع أو جزء منه.
- حالة اختصاص الراهن بمبلغ نقدي.

16- نوصي المشرع المدني في الجزائر بتعديل نص المادة رقم 1/721 الخاصة بتحديد مجال ونطاق حق الاسترداد، تفاديا لتضارب أحكام الاسترداد والشفعة ليصبح كما يلي:(للشريك في المنقول أو في المجموع من المال الشائع أن يسترد قبل القسمة...).

17- نوصي المشرع المدني في الجزائر بضرورة التنصيص صراحة على عدم جواز تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع أو في المال الشائع كله.

18- على المشرع الجزائري الاقتداء بالفقه الإسلامي وقانون الوقف المصري، لتحديد حالة جواز وقف الحصة الشائعة وشروطها فيتضح حكم ومدى جواز ذلك.

ويكون النص كما يلي:(لا يجوز وقف الشريك حصته الشائعة ولا يجوز في عين لا تقبل القسمة إلا إذا:

- كانت عبارة عن أسهم في شركات الأموال.
- كانت جزءا من عين مخصصة بمنفعة الجهة التي يراد وقفها عليها).

وإن كان تدخل المشرع ضروريا فإنه يعد غير كاف، باعتبار الاجتهاد القضائي هو الوسيلة الفعالة لسد ثغرات التشريع.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا- المؤلفات العامة:

1- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، القاهرة، دار المعارف.

2- أباش (أحمد)، الأحكام العامة للشفعة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

3- أبو السعود (رمضان)، الموجز في شرح العقود المسماة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994.

4- أبو السعود (رمضان)، الموجز في عقد الإيجار، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.

5- أبو السعود (رمضان)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.

6- أبو النجا (إبراهيم)، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الطبعة الأولى، مصر، دار الجامعة الجديدة، 1997 .

7- أبو زهرة (محمد)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977

8- أبو قرين (أحمد عبد العال)، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، مصر، دار الثقافة الجامعية، 1999 .

9- آث ملويا (لحسين بن شيخ)، المنتقى في عقد البيع، الجزائر، دار هومة، 2005 .

10- أدهم (فوزي كمال)، أبحاث في القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث، 2002.

11- الأهواني (حسام الدين كامل)، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار أبو المجد للنشر، 1993.

12- البدراوي (عبد المنعم)، حق الملكية بوجه عام، مصر، دار الكتاب العربي، 1987.

13- البدراوي (عبد المنعم)، حق الملكية، القاهرة، مكتبة سيد عبد الله للنشر، 1973.

14- الجبوري (محمد)، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل، 2002.

15- الجمال (مصطفى محمد)، نظام الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1985 .

16- الجندي (أحمد نصر)، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009.

17- الحرفة (حامد)، الفكهاني (سعيد)، التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، القاهرة، الدار العربية للموسوعات، 1992.

18- الزريقي (جمعة محمود)، الحقوق العينية الأصلية في التشريع الليبي، الجزء الأول، ليبيا المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1996 .

19- الزحيلي (وهبة)، الفقه الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، الجزء الخامس، دمشق، دار الفكر للطباعة، 1997.

20- الزريقي (جمعة محمود)، الحقوق العينية الأصلية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بنغازي، دار الكتب القانونية، 2000 .

21- السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2008.

22- السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع، عين مليلة، دار الهدى 2008.

23- السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الطبعة الأولى الجزائر، دار هومة، 2008 .

24- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، المجلد الثامن، القاهرة، دار الفكر للنشر والتوزيع، 1998 .

25- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع والسادس والثامن والتاسع والعاشر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004 .

26- الشرقاوي (جميل)، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار النهضة العربية، 1981.

27- الشهاوي (قدري عبد الفتاح)، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية ،الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

28- الشواربي(عبد الحميد)، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995.

29- الصدة (عبد المنعم فرج)، الملكية في قوانين البلاد العربية، مصر، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر.

30- الصدة (عبد المنعم فرج)، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية، .1982

31- الصدة (عبد المنعم فرج)، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 1990 .

32- العبيدي (علي هادي)، الوجيز في شرح القانون المدني، عمان، دار الثقافة، 2005.

33- العطار (عبد الناصر توفيق)، التأمينات العينية، القاهرة، دار الفكر العربي، .1980

34- العطار (عبد الناصر توفيق)، شرح أحكام البيع، القاهرة، دار الفكر العربي، .1984

35- العطار (عبد الناصر توفيق)، شرح أحكام الإيجار، الطبعة الثالثة، القاهرة، المطبعة العربية الحديثة، .1990

36- العطار (عبد الناصر توفيق)، شرح أحكام حق الملكية، بيروت، دار الفكر العربي، 1991.

37- العمروسي (أنور)، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الثانية القاهرة، دار العدالة، دون تاريخ نشر.

38- الفضل (منذر عبد الحسين)، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، 1988 .

39- المهدي (سعيد محمد)، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان، الأردن، دار الفكر العربي، 1986.

40- الناهي (صلاح الدين)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مصر، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1961 .

41- الوكيل (شمس الدين)، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مصر، دار المعرفة، دون تاريخ نشر.

42- إمام (محمد كمال الدين)، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، الطبعة الأولى الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999 .

43- باشا (محمد كامل مرسي)، شرح القانون المدني، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الثاني 2005 .

44- بونبات (محمد)، الحقوق على العقارات، الطبعة الأولى، مراكش، المطبعة الوطنية، 2008 .

45- بحماتي (إبراهيم)، تنفيذ الأحكام العقارية، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة 2001.

46- بن (رقبة بن يوسف)، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

47- بن سعيد (عمر)، الاجتهاد القضائي وفق أحكام القانون المدني، باتنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001 .

48- بناسي (شوقي)، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة 2009 .

49- بلعكيد (عبد الرحمن)، الهبة في المذهب والقانون، الدار البيضاء، مطبعة النجاح، 2004 .

50- بفقير (محمد)، القانون العقاري، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2009 .

51- بودي (محمد حسن)، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004 .

52- تقية (عبد الفتاح)، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.

53- تقية (محمد بن أحمد)، دراسة عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر الديوان الوطني للأشغال التربوية.

54- تناغو (سمير عبد السيد)، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995

55- تناغو (سمير عبد السيد)، عقد الإيجار، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.

56- جمعة (نعمان محمد)، الحقوق العينية، مصر، دار النهضة العربية، 2000.

57- حسين (أحمد فراج)، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، الدار الجامعية، 1989 .

58- حسين (محمد عبد الظاهر)، حق الملكية، مصر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2006 .

59- حمدان (حسين عبد اللطيف)، التأمينات العينية، الإسكندرية، الدار الجامعية، دون تاريخ نشر.

60- حمدي (باشا عمر)، عقود التبرعات، الجزائر، دار هومة، 2004 .

61- حمدي (باشا عمر)، القضاء العقاري، الطبعة الثامنة، الجزائر، دار هومة للطباعة، 2009 .

62- حمدي (كمال)، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.

63- خالدي (أحمد)، الشفعة، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2006 .

64- خطاب (طلبة وهبة)، نظام الملكية، الطبعة الثانية، مصر، مكتبة وهبة للنشر والتوزيع 1988.

65- خلفوني (مجيد)، نظام الشهر العقاري في الجزائر، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان الأشغال التربوية، 2003 .

66- رمول (خالد)، دوة (آسيا)، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2008.

67- زروقي (ليلى)، التقنينات العقارية، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000 .

68- زغلول (محمد فايق)، التعليق على القانون المدني، مصر، دار الكتاب الحديث.

69- زكي (محمود جمال الدين)، دروس في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1976 .

70- زهران (همام محمد محمود)، التأمينات العينية والشخصية، مصر، دار المطبوعات الجامعية 1997.

71- سرور (محمد شكري)، الموجز في تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، مصر، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.

72- سعد الدين (محمد)، مرجع القاضي في المنازعات المدنية، الجزء السادس، مصر، دار محمود للنشر والتوزيع، 1991.

73- سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2005 .

74- سعد (نبيل إبراهيم)، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، دون تاريخ نشر.

75- سعد (نبيل إبراهيم)، الشفعة علما وعملا، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998 .

76- سلامة (أحمد)، دروس في التأمينات المدنية، مصر، دار النهضة العربية، 1968 .

77- سلامة (أحمد)، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الثالثة، بيروت، دار النهضة العربية، 1980.

78- سلوان (نعمة)، نظام الشفعة، الطبعة الأولى، لبنان، مطبعة لطيف، 1980 .

79- سليمان (علي علي)، شرح القانون المدني الليبي، ليبيا، منشورات جامعة بن غازي، دون تاريخ نشر.

80- سليمان (علي علي)، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

81- سوار (محمد وحيد الدين)، شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، دمشق، مطبعة الداودي،.1980

82- سوار (محمد وحيد الدين)، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986 .

83- سوار (محمد وحيد الدين)، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر التوزيع، 1995.

84- سوار (محمد وحيد الدين)، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر، 1997 .

85- سي (يوسف زاهية)، عقد الرهن الرسمي، تيزي وزو، دار الأمل، 2006.

86- شافي (نادر عبد العزيز)، عقد الهبة، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002 .

87- شحاته (شفيق)، شرح القانون المدني الجديد في الأموال، القسم الأول، القاهرة، المطبعة العالمية، 1951 .

88- شدراوي (جورج ن)، حق الملكية العقارية، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006 .

89- شعلة (سعيد أحمد)، قضاء النقض في الشفعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1993 .

90- شلالة (نزيه نعيم)، دعوى الهبة، بيروت، منشورت دار الحلبي الحقوقية، 2007 .

91- شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة، 1982 .

قائمة المراجع

92- شنب (محمد لبيب)، عقد الإيجار، الجزء الأول، مصر، المطبعة العالمية، 1962 .

93- شنب (محمد لبيب)، موجز الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، دون مكان نشر، دار وهدان للطباعة، 1995 .

94- طلبة (أنور)، عقد الإيجار في ضوء قضاء النقض، القاهرة، دار الفكر العربي، 1987

95- طلبة (أنور)، عقد البيع، بيروت، دار الفكر العربي، 1990 .

96- طلبة (أنور)، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004 .

97- طلبة (أنور)، مجموعة المبادئ القانونية المقررة من محكمة النقض، الجزء الثامن، مصر، دار الكتب القانونية، 2004 .

98- طلبة (أنور)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، دون تاريخ نشر.

99- عامر (عبد العزيز)، حق الملكية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.

100- عبد الباقي (عبد الفتاح)، عقد الإيجار، الجزء الأول، مصر، دار الكتاب العربي، 1952.

101- عبد الباقي (عبد الفتاح)، دروس في الأموال، القاهرة، دار الكتاب المصري، دون تاريخ نشر.

102- عبد الباقي (عبد الفتاح)، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، دار الثقافة، دون تاريخ نشر.

103- عبد الرحمن (أحمد شوقي محمد)، حق الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003 .

104- عبد الرحمن (أحمد شوقي محمد منصور)، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004.

قائمة المراجع

105- عبد الرحمن (حمدي)، شرح قوانين إيجار الأماكن، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982

106- عبد التواب (معوض)، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، الإسكندرية، منشأة المعارف 1987 .

107- عبد التواب (معوض)، الشفعة والصورية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعارف 1990 .

108- عبد السلام (سعيد سعد)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية التبعية، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 2000 .

109- عبد اللطيف (نبيل محمد)، مبادئ ونماذج العقود الرسمية والعرفية، الطبعة الأولى، بيروت دار الفكر العربي، 1990.

110- عبود (عبد المنعم بن عبد الحفيظ)، مجلة الحقوق العينية المعلق عليها، تونس، دار إسهامات 1998.

111- عرفة (محمد علي)، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، القاهرة مطبعة الجامعة، 1954.

112- علم الدين (محي الدين إسماعيل)، أصول القانون المدني، الجزء الثالث، المغرب، دار الجليل للطباعة، 1977 .

113- عمران (محمد علي)، الحقوق العينية الأصلية، بنغازي، دار الحقيقة، 1989.

114- غانم (إسماعيل)، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة، دون تاريخ نشر.

115- فرج (توفيق حسن)، الحقوق العينية الأصلية، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1980 .

116- فرج (عبد الرزاق حسن)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مصر، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.

قائمة المراجع

117- قاسم (علي محمد علي)، تصرفات العدل في المرهون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2002 .

118- قاسم (محمد حسين)، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، 2006 .

119- كامل (رمضان جمال)، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة الرابعة، المنيا، دار الألفي القانونية 2000 .

120- كيرة (حسن)، الموجز في أحكام القانون المدني، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، الإسكندرية منشأة المعارف، 1994 .

121- مبارك (سعيد عبد الكريم)، موجز أحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة 1995.

122- محجوبي (محمد)، الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الثالثة، الرباط، دار القلم للنشر، 2002 .

123- محمد (خلف)، مجموعة المبادئ القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي،.1983

124- محمد (خلف)، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، الطبعة الثانية، مصر، دار الفكر والقانون، .2000

125- محمدي (فريدة)، الحيازة والتقادم المكسب، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.

126- مصطفى (حامد)، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، بغداد، مطبعة لجنة البيان العربي، 1964 .

127- مصطفى (فتحي حسين)، الملكية بالميراث، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991 .

128- منصور (محمد حسين)، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الدار الجامعية للطباعة، 2000.

129- منصور (محمد حسين)، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006 .

130- منصور (محمد حسين)، أحكام قانون إيجار الأماكن، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر دون تاريخ نشر.

131- منصور (مصطفى منصور)، نظرية الحلول العيني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة،1956

132- منصور (مصطفى منصور)، حق الملكية في القانون المصري، مصر، دار الفكر، 1965.

133- مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الإيجار، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، مصر، دار الكتاب الحديث، 1983.

134- مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني والسابع، مصر، دار الكتب القانونية، 1995 .

135- مرقس (سليمان)، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصر، مطبعة النهضة الجديدة، دون تاريخ نشر.

136- منظور(جمال الدين أبي الفضل)، لسان العرب، الجزء الأول، القاهرة، دار المعارف، دون تاريخ نشر.

137- موسى (محمد يوسف)، الأموال ونظرية العقد، الأردن، دار الفكر العربي، 1987 .

138- ناصيف (إلياس)، موسوعة العقود المدنية، الجزء التاسع، المجلد الثاني، بيروت، دار الفكر دون تاريخ نشر.

139- نخلة (موريس)، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001 .

140- هرجة (مصطفى مجدي)، الشفعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993 .

141- يكن (زهدي)، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة بيروت، دار الثقافة، دون تاريخ نشر.

142- يكن (زهدي)، الحقوق العينية الأصلية علما وعملا، الطبعة الثانية، لبنان، منشورات المكتبة المصرية، دون تاريخ نشر.

143- يوسف (أمير فرج)، القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، المجلد الأول، الإسكندرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، دون تاريخ نشر.

ثانيا: المؤلفات المتخصصة.

1- البكري (محمد عزمي)، قسمة المال الشائع فقها وقضاءا، الطبعة الثالثة، طنطا، دار محمود للنشر والتوزيع، دون تاريخ نشر.

2- الخطيب (مهدي كامل)، دعوى الفرز والتجنيب، المنيا، دار الألفي، دون تاريخ نشر.

3- الخفيف (علي)، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، بيروت، دار النهضة العربية، 1998.

4- الضويني (محمد عبد الرحمن)، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ،الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001.

5- العلوط (بثينة)، القسمة القضائية للعقار، الطبعة الأولى، الرباط، دار السلام، 2005.

6- الكشبور (محمد)، القسمة القضائية في القانون المغربي، الرباط، مطبعة النجاح، 1996.

7- اللمساوي (أشرف فايز)، اللمساوي (فايز السيد)، الملكية الشائعة، الطبعة الأولى، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009 .

8- المنجي (محمد)، دعوى ثبوت الملكية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990.

9- المنجي (محمد)، دعوى القسمة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.

10- النشار(جمال خليل)، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء الأزاريطة، دار الجامعة الجديدة، 2000.

11- النشار (جمال خليل)، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003.

12- خالدي (أحمد)، القسمة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة للطباعة 2008.

13- خليل (أحمد محمود)، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، الطبعة الأولى ،الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2007

14- سلطح (حمدي محمد إسماعيل)، أحكام قسمة المهايأة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة،2009.

15- شمس الدين (عفيف)، الشفعة والقسمة العقارية، بيروت، مطبعة نمنم، 1973.

16- طلبة (أنور)، الملكية الشائعة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004 .

17- عبد الرحمن (محمود محمد)، استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.

18- عرفة (السيد عبد الوهاب)، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع، الإسكندرية، دار الفكر والقانون، 2006 .

19- قسوس (وليد نجيب)، إدارة وإزالة المال الشائع، عمان، مطبعة الجامعة النموذجية، 1993 .

20- كامل (رمضان جمال)، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع، الطبعة السابعة، المنيا، دار الألفي القانونية، 2007 .

ثالثا: مؤلفات الفقه الإسلامي:

1- أبو محمد (عبد الله بن أحمد بن قدامى)، المغني والشرح الكبير، الجزء الرابع، بيروت، دار الكتاب العربي، دون تاريخ نشر.

2- أبو إسحاق (إبراهيم بن مفلح)، المبدع، الجزء الخامس، بيروت، المكتب الإسلامي، 1980.

قائمة المراجع

3- أطفيش (محمد)، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء العاشر، جدة، مكتبة الإرشاد.

4- ابن عابدين (محمد أمين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء السادس، الطبعة الثالثة مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، 1984.

5- ابن قدامى (موفق الدين أبو محمد)، المغني، الجزء الخامس، بيروت، دار الكتاب العربي،1983.

6- الأبياني (محمد زيد)، السنجقلي (محمد سلامة)، شرح مرشد الحيران، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، دار الفكر العربي، 1908.

7- الأندلسي (أبو الوليد سليمان)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، القاهرة، مطبعة السعادة.

8- البهوتي (منصور بن يونس)، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثالث والرابع والخامس بيروت، دار الفكر للطباعة، 1982.

9- البهوتي (منصور بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات، الجزء الأول والثالث والخامس، بيروت مطبعة عالم الكتب، دون تاريخ نشر.

10- الباجي (أبو الوليد سليمان)، المنتقى شرح الموطأ، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مصر مطبعة السعادة، دون سنة نشر.

11- الجزيري (عبد الرحمن)، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، بيروت دار الريان للتراث، دون سنة نشر.

12- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، مصر، مطبعة السعادة، 1978.

13- الحنبلي (الحافظ أبو رجب)، القواعد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، دار المعرفة 1972 .

14- الحنفي (زين الدين بن نجيم)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس والثامن، بيروت دار المعرفة، دون سنة نشر.

15- الخرشي (أبو عبد الله محمد)، الشرح الخرشي، الجزء الرابع، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي دون تاريخ نشر.

16- الخطيب (محمد الشربيني)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني والرابع مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، 1958.

17- الدردير (أبو البركات أحمد)، الشرح الصغير على أقرب مسالك مذهب الإمام مالك، مصر مطبعة مصطفى الحلبي، دون سنة نشر.

18- الدردير (أحمد)، أقرب المسالك لمذهب مالك، الجزء الثاني، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي دون تاريخ نشر.

19- الدسوقي (شمس الدين محمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، القاهرة، دار الفكر للطباعة، دون تاريخ نشر.

20- الدسوقي (محمد عرفة)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر.

21- الرملي (شمس الدين بن أحمد)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الرابع والثامن، مصر مطبعة مصطفى الحلبي، 1938.

22- الزبيدي (محب الدين)، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الأول، القاهرة، المطبعة الخيرية، 1306.

23- السرخسي (أبو بكر محمد)، المبسوط، الجزء الثاني عشر، بيروت، دار المعرفة للنشر، 1986.

24- السيواسي (محمد عبد الواحد)، شرح فتح القدير، الجزء السادس، بيروت، دار الفكر، دون تاريخ نشر.

25- الشربيني (محمد بن محمد الخطيب)، مغني المحتاج، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994 .

26- الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء السابع، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، دون تاريخ نشر.

27- الشيرازي (أبو أسحاق إبراهيم)، المهذب، الجزء الثالث، بيروت، دار الفكر، دون تاريخ نشر.

28- الصنعاني (أحمد بن قاسم)، شرح متن الأزهار، الجزء الثالث، اليمن، طبع مكتبة اليمن الكبرى دون تاريخ نشر.

29- الظاهري (أبو محمد علي)، المحلي، الجزء الثامن والتاسع، بيروت، دار الآفاق الجديدة، دون تاريخ نشر.

30- الظاهري (ابن حزم المحلي)، الجزء التاسع، بيروت، دار الآفاق الجديدة، 1894 .

31- العدوي (علي)، حاشية العدوي، الجزء الثاني، بيروت، دار الفكر العربي، 1992 .

32- العسقلاني (الحافظ بن علي)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، بيروت، دار الريان للتراث، دون تاريخ نشر.

33- العيني (أبو محمد محمود ابن أحمد)، البناية في شرح الهداية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى بيروت، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر.

34- الفيومي (أحمد بن محمد)، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، بيروت، دار القلم، دون سنة نشر.

35- القشيري (أبو الحسين مسلم)، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الخامس، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر.

36- الكاساني (علاء الدين أبو بكر)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986.

37- المرداوي (أبو الحسن علي بن سليمان)، الإنصاف، الجزء الخامس والسابع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر.

38- المرغياني (علي ابن أبي بكر)، الهداية شرح البداية، الجزء الثالث، بيروت، المكتبة الإسلامية دون سنة نشر.

39- المرغياني (علي ابن أبي بكر)، بداية المبتدئ، الجزء الأول، بيروت، المكتبة الإسلامية، دون سنة نشر.

40- المغربي (أبو عبد الله محمد)، مواهب الجليل، الجزء السادس، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، 1978.

41- المقدسي (أبو عبد محمد)، الفروع، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية 1985.

42- المقدسي (شمس الدين أحمد بن قدامى)، الشرح الكبير، الجزء الحادي عشر، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983.

43- المقرئ (شرف الدين إسماعيل)، على متن الإرشاد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مصر مطبعة الحلبي، 1971 .

44- المقرئ (أحمد)، المصباح المنير، بيروت، دار القلم، دون تاريخ نشر.

45- الموصلي (أبو الفضل عبد الله)، الاختبار لتعليل المختار، بيروت، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر.

46- النسائي (الحفاظ أبي عبد الرحمن)، سنن النسائي، الجزء السادس، مصر، مطبعة الحلبي 1964.

47- النمري (أبو عمر يوسف)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987.

48- النووي، روض الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي، 1985 .

49- د.بدران (بدران أبو العينين)، الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، دون تاريخ نشر

50- حيدر (علي)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، بيروت، دار الجليل، 1991.

51- زادة (قاضي)، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، الجزء الأول، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، دون تاريخ نشر.

52- سليمان (عبد الله محمد)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثاني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر.

53- عبد السيد (أبو الفتح ناصر)، المغرب في ترتيب المعرب، بيروت، دار الكتاب العربي، دون تاريخ نشر.

رابعا: المقـــــالات.

1- إبراهيم (أحمد إبراهيم)، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الثانية، العدد الخامس، المجلد الأول، .1932

2- أبورخية (ماجد محمد)، شفعة الجار، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة لكويت، السنة التاسعة، العدد الرابع والعشرون، 1994.

3- أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، خيار الشفعة، مجلة الحقوق، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، دون سنة نشر.

4- الألفي (محمد جبر)، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الرابع، 1987.

قائمة المراجع

5- الجندي (محمد)، الشفعة في القانون المدني الأردني والإمارات العربية، مجلة الحقوق، الصادرة عن جامعة الكويت، كلية الحقوق، السنة التاسعة، العدد الأول، 1985 .

6- الخفيف (علي)، الشفعة، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول مصر، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، .1952

7- السلطي (محمد)، الشركاء على الشيوع، المحامون، مجلة صادرة عن نقابة المحامين السوريين السنة الأربعون، العدد الأول، 1975.

8- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق، مصر، السنة السادسة، العدد الأول، 1936.

9- العرابي (علي بن زكي)، طبيعة التقادم في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق، القاهرة، العدد الأول، السنة الثالثة، .1933

10- العزوزي (محمد)، الشفعة فيما لا يقسم، مجلة القضاء والقانون، الصادرة عن وزارة العدل بالمملكة المغربية، العدد 156، .2009

11- النكاس (جمال فاخر)، نظام الملكية السياحية، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، كلية الآداب، السنة العشرون، العدد الثاني، .1996

12- باشا (مرسي محمد كامل)، العقود التي تجيز الشفعة، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، السنة الخامسة، العدد الثالث، 1935 .

13- بركات (بهنسي السيد)، استحقاق الشفعة، مجلة كلية الشريعة والقانون الصادرة عن جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، العدد الثالث، .1987

14- بن سلطان (الطاهر)، الشيوع في الملكية العقارية، الموثق، مجلة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد السادس، 1999.

15- بلحاج (العربي)، حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الرابع، الجزء الرابع والثلاثون، 1996

16- بلعربية (فاطمة الزهراء)، ارتفاق المرور، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني مجلة صادرة عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، قسم الوثائق، 2004.

17- بوضياف (عبد الرزاق)، التقادم المكسب للملكية العقارية، المعيار، مجلة صادرة عن كلية أصول الدين والشريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد الرابع عشر، 2007 .

18- تقية (محمد)، الهبة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد الثالث، 1998 .

19- جباني (محمد)، دعوى الشفعة، مجلة البحوث، الرباط، العدد السابع، السنة الرابعة، 2007 .

20- حسين (أحمد فراج)، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الحقوق الصادرة عن جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، السنة التاسعة عشر، 1977.

21- زوينة (عبد الرزاق)، حق الشفعة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء السابع والثلاثون، العدد الثاني، 1999

22- سلطان (أنور)، طبيعة حكم الشفعة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، السنة الثانية، العدد الأول، 1945 .

23- شبكة (خالد أحمد)، قبض الرهن وأثره في تضمين المرتهن، دراسة مقارنة مجلة كلية الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد الواحد والعشرون، الجزء الثاني، 2006.

24- عرفة (محمد علي)، استرداد الحصة الشائعة، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، القاهرة، كلية الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الأول، 1948 .

25- علي (راقية عبد الجبار)، البيع الصادر من غير المالك، مجلة الجامعة الأسمرية، الصادرة عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، الجماهرية العظمى، السنة الرابعة، العدد السابع، 2007.

26- فرعون (هشام)، جي (فلاتييه)، ملكية الشقق، المحامون، مجلة صادرة عن نقابة المحامين السورية، السنة الأربعون، العدد الخامس، 1975 .

27- كمال (فاتح)، الإشكالات المرتبطة بأراضي الضم والقسمة، اجتهادات المجلس الأعلى، الرباط مطبعة الأمنية، 2007.

28- كيرة (حسن)، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، 1964 .

29- لطفي (أحمد)، استرداد الشيوع، مجلة المحاماة المصرية، الصادرة عن كلية الحقوق السنة الأولى، عدد خاص، 1960.

30- لعروم (مصطفى)، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد السادس، 1999 .

31- لعروم (مصطفى)، عقد الهبة، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر العدد الثامن، 1999.

32- محمد (زكي عبد البر)، القبض في العقود المالية في الفقه الإسلامي الحنفي، مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، السنة الخمسون، عدد خاص، مصر، دار الهنا للطباعة، 1983.

33- منصور (منصور مصطفى)، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، 1969

34- نعمان (فكري أحمد)، أخلاقيات البيوع، مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، 2005.

خامسا: المجلات القضائية والقرارات.

1- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1989

2- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد الثاني والثالث، 1990 .

3- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثالث، 1991.

4- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثالث والرابع، 1992.

5- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول والثاني والثالث 1994.

6- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1995

7- المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول والثاني 1997.

8- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول والثاني، 1998.

9- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول والرابع، 2002.

10- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004.

11- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، بالمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2006.

12- مجموعة المكتب الفني، السنة السابعة.

13- نشرة القضاة، العدد الرابع والخمسون، 1999.

14- مجموعة المكتب الفني، السنة القضائية الستون.

15- مجموعة المكتب الفني، الجزء الثالث، السنة القضائية العاشرة.

16- مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض، السنة السابعة، السنة القضائية رقم اثنين وعشرون.

17- مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية، السنة الثانية، العدد رقم 21، السنة القضائية، رقم ثمانية عشرة.

18- مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الحادية والثلاثون، السنة القضائية السادسة والأربعون.

19- مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، السنة الثامنة والثلاثون، السنة القضائية الثانية والخمسون.

20- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق، الجزء الثاني، 2004 .

21- مجموعة المكتب الفني، السنة الثالثة والثلاثون، الجزء الأول، السنة القضائية رقم ثمانية وأربعون.

22- مجموعة المكتب الفني، السنة الثانية والثلاثون، الجزء الثاني، السنة القضائية رقم سبعة وأربعون.

23- مجموعة المكتب الفني، السنة التاسعة والعشرون، الجزء الأول، السنة القضائية الأربعة والأربعون.

24- مجموعة المكتب الفني، السنة الخامسة والثلاثون، الجزء الأول، السنة القضائية الخمسون.

25- مجلة الأحكام العدلية في الشريعة الإسلامية.

26- مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الثانية والعشرون، السنة القضائية السادسة والثلاثون.

27- مجموعة المكتب الفني، السنة العشرون.

28- مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة التاسعة والثلاثون، السنة القضائية الخمسون 1988.

29- مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، السنة التاسعة والعشرون، السنة القضائية السادسة والأربعون.

30- مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، السنة الرابعة والخمسون، السنة القضائية الستون.

31- مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني المصري، السنة القضائية التاسعة والستون 2000 .

32- مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني المصري، السنة القضائية الثامنة والأربعون.

34- استئناف محكمة مصر، مأخوذ عن مجلة المحاماة، السنة التاسعة عشر، 1938 .

35- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، الصادرة عن وزارة العدل، مصر، دار الكتاب العربي.

36- مجموعة المكتب الفني، السنة الثانية والعشرون، 1971 .

38- مجموعة المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الحادية والأربعون، السنة القضائية الرابعة والخمسون.

39- مجموعة المكتب الفني، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الثاني، السنة القضائية الثالثة والخمسون.

40- مجموعة المكتب الفني، السنة التاسعة والثلاثون.

41- مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض، السنة السادسة، السنة القضائية الثانية والعشرون.

42- مجموعة المكتب الفني، المطبعة الأميرية بالقاهرة، السنة الرابعة، العدد الأول، 1953.

سادسا: الرسائل والمذكرات الجامعية.

1- أباش (أحمد)، الأحكام العامة للشفعة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق، 2003-2004.

قائمة المراجع

2- إبراهيم (إبراهيم صالح)، الآثار الناشئة عن قيام حق الانتفاع وانتهائه في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1984.

3- التلاحمة (خالد إبراهيم أحمد)، سلطات الشريك على الملكية الشائعة في العقار، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 1999.

4- الحسين (أحمد الغازي)، آثار الطوارئ على القسمة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 1991- 1992.

5- الدويك (محمد سامح الشيخ سالم)، قسمة المال الشائع في القانون المدني الأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1994 .

6- الزروالي (سعاد)، تخصيص الرهن الرسمي في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2001.

7- الشامي (مأمون أحمد)، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني والفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1993.

8- الكشبور (محمد)، القسمة القضائية في ظل القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، 1981-1982.

9- الضويني (محمد عبد الرحمن)، أحكام القسمة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1998 .

10- الكرني (عبد الله)، الشفعة من خلال العمل القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، مراكش، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية، 1998.

11- المصطفى (إدريسي)، آثار ممارسة الشفعة على الملكية العقارية، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، 1992.

12- أولاد (الطاهر العيد)، التقادم المكسب، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2004-2005 .

13- بخنيف (محمد)، أحكام العقار المملوك على الشياع، أطروحة دكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، بفاس، 2003 .

14- بخوش (زبير)، إدارة المال الشائع، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006 .

15- براهيمي (نادية)، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق.

16- بعبع (إلهام)، حماية الملكية العقارية الخاصة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2006-2007.

17- بلبل (محمد)، منازعات الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي سوق أهراس، 2008-.2009

18- تومي (مريم)، النظام القانوني للملكية المشتركة في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي سوق أهراس، 2008 .

19- حسن (عبد العزيز راجح)، أسباب سقوط الشفعة، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، عنابة، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، 2007-2008 .

20- حسني (إبراهيم)، اكتساب الملكية بالشفعة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير قانون عقاري البليدة، جامعة سعد دحلب.

21- خضيري (لحسن)، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، دون سنة مناقشة.

22- دغنوش (عبد الرحمن)، حق الملكية والقيود الواردة عليه في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1977 .

23- رحابي (عبد المجيد)، أحكام قسمة الملكية الشائعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري، باتنة، جامعة الحاج لخضر، 2009-2010.

24- ريحاني (يسمينة)، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006 .

25- زواوي (فريدة)، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود، جامعة الجزائر، 1987.

26- سليم (أيمن سعد عبد المجيد)، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2000.

27- شايب باشا (كريمة)، عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، البليدة، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، 2000-2001.

28- عقوني (محمد)، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009.

29- عمر (سيد محمود)، القسمة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 1996 .

30- عواد (سيد عواد علي)، نظرية الاسترداد في الفقه الإسلامي، رسالة معدة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق والشريعة، 1977 .

31- عياد (وهاب)، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، قسنطينة، جامعة منتوري، كلية الحقوق، 2007-2008.

32- قنديل (محمد حسين مبروك)، نظرية الشيوع في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1985 .

33- كامل (سمير)، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة طنطا، كلية الحقوق، دون سنة تخرج.

34- كرازي (عبد اللطيف)، تصرف الشريك في المال الشائع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 1998-1999.

35- كرازي (عبد اللطيف)، إدارة المال الشائع في التشريع المغربي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق -قانون خاص-، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 2006-2007.

36- كميح (حورية)، بيع ملك الغير في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1983.

37- كنازة (محمد)، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، المركز الجامعي تبسة، معهد الحقوق، 2005-2006.

38- كيفاجي (الضيف)، الشفعة دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، قسنطينة، جامعة الأمير عبد القادر، كلية الشريعة، 1999 .

39- لبيب (محمد)، الطبيعة القانونية للتسجيل، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق.

40- لحميم (زليخة)، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1995-1996 .

41- لطوف (عبد الوهاب)، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، دون سنة مناقشة.

42- مبروك (ممدوح محمد)، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني، القاهرة، كلية الشريعة والقانون، دون تاريخ نشر.

43- مخازني (فايزة)، تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، بومرداس، جامعة أمحمد بوقرة، 2005-2006.

44- مختار (علي الحاج)، وعاء رهن السفينة وفقا لأحكام التشريع الليبي والمغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية الرباط، 1993 .

45- منصف (حسن)، أحكام الهبة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، مراكش، جامعة القاضي عياض، 1999-2000.

46- منصور (مصطفى منصور)، نظرية الحلول العيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الشريعة.

سابعا: الملتقيات والأيام الدراسية

1- الحمداني (محمد)، العمل القضائي في الشفعة، الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية العقارية بكلية الحقوق، جامعة مراكش، يومي 27، 28 فيفري 2004.

2- السلمي (محمد بن الحاج)، ملكية الشقق، يوم دراسي، حول الملكية والتحفيظ العقاري المنعقد بطنجة، يومي 15، 16 ماي 1992 .

3- الطالب (عبد الكريم)، الشياع والاستثمار، يوم دراسي حول واقع وآفاق العقار والاستثمار جامعة مراكش، كلية الحقوق، يوم 19 جويلية 2003 .

4- حمدي (باشا عمر)، المنازعات العقارية، الملتقى الوطني حول العمران، عنابة كلية الحقوق يومي 4، 5 جوان 2000 .

5- علي (محمود عبد الرحمن محمد)، نظام الملكية الشائعة في القانون المصري الملتقى المغاربي حول العقار، البليدة، جامعة سعد دحلب، يومي 25، 26 أفريل 2007.

ثامنا: المصادر والنصوص الرسمية.

1 – الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم جريدة رسمية رقم 75/78.

2– الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 75/92.

3– القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

4– القانون رقم 19/87، المؤرخ في 08 ديسمبر1987، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية.

5– القانون رقم 29/90، المؤرخ في 01 ديسمبر1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية رقم 90/52.

6– القانون رقم 10/91، المؤرخ في 27 أفريل1991، المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم جريدة رسمية رقم 91/21 .

7– القانون رقم 08– 09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 08/21.

8– المرسوم التنفيذي رقم 78/96، المؤرخ في 24 أفريل 1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، جريدة رسمية رقم 15/ .96

9– المرسوم التنفيذي رقم 484/97، المؤرخ في 15 ديسمبر 1997، المتضمن تشكيلة الهيئة الخاصة وإجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، جريدة رسمية رقم97/83 .

10– القانون المدني المصري.

11ـــ قانون الالتزامات و العقود المغربي .

12– مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الثانية، دمشق، مطابع قوزما، 1923.

قائمة المراجع

- المراجع باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages Généraux

1- Atlas (Christian), Les biens, 8eme édition, Paris, L.I.T.E.C,2005.

2- Beignier (Bernard), Mignot (Marc), Droit des Sûretés, Paris Montcherestien, 2007.

3- Bergel (Jean), La propriété, Paris, Dalloz, 1994.

4- Bergel (Jean Louis), Bruschi (Marc), Traité de droit civil Liban édition Delta, 2000.

5- (Bretton) et (Mazaud), Droit civil, Tome4, Paris, Montcherestien , 1989.

6- Caillé (Catherine), Repertoire de droit civil, Tome06, Paris, Dalloz, 1998.

7- Castaing (Frédéric Zenati), Rever (Thierry), les biens, 3eme édition France, Presses Universitaires, 2008.

8- Chevalier (Jean), Bach (Louis), Droit civil, Tome I, 12e édition , France Sirey, 1995.

9- Colomer (André), Droit Civil, 4eme édition, Paris, Librairie de la cour de cassation.

10- Cornu (Gérard), Droit Civil, 13eme édition, Paris, édition Alpha, 2009.

11- Delestraint (Duppont), Droit Civil, 5eme édition, Paris, Dalloz, 1977.

12- Druffin-Bricca (Sophie), Droit Civil, Les Biens, Paris, Gualino éditeur, 2004.

13- Hess Fallon (Brigitte), Simon (Anne-Marie), Droit Civil, 5eme édition France, Edition Sirey, 1999.

14- Lanore (Vaine Buffelan), Droit civil, 12e édition, Paris, Dalloz, 2001.

15- Larroumet (Christian), Les Biens, Tome02, Paris, Edition Delta, 1997.

16- Legeais (Dominique), Sûretés et garanties du crédit, 5eme édition L.G.P.J, France, 2006.

17- Malaurie (Philippe), Ainés (Laurent), Les Biens, Paris, édition Juridique Associées, 2004.

18- Mandat (Rodiere), Repertoire de droit civil, 2eme édition, Paris, Dalloz.

19- Mazeaud (Henri et Léon), Leçons de Droit Civil, Tome Quatrième, 3eme édition, Paris, Montcherestien.

20- Muller (Michele), Droit Civil, Vanves, Edition Foucher, 2006.

21- Marty (Gabriel) et Raynond (Pierre), Les biens, Tome02, Paris, Sirey 1965.

22- Noëlle (Marie), Leçons de droit civil, Tome03, 3eme édition, Paris Montcherestien, Sans date d'édition.

23- Planiol (Marcel) et Ripert (George), Traité pratique de droit civil Français, Tome03, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1952.

24- Roberto (Perrot), Repertoire de droit civil, 1e édition, Paris, Dalloz.

25- Simler (Philippe), Stork (Michel), Droit des biens, Paris, Dalloz, 1995.

26- Simler (Philippe), Delebeque (Philippe), Droit Civil, 4e édition, Paris Dalloz, 2004.

27- T 'kint (François), Sûretés, 4eme édition, Bruxcelle, larcier, 2004.

28- Terré (Francois), Simler (Philippe), Droit civil, 4eme édition, Paris, Dalloz, 1992.

29- Weil (Alex), Droit Civil, 2eme édition, France, Dalloz, 1974.

II- Ouvrages Spéciaux

1- Atlas (Christian), Une Convention au pays de l'indivision non conventionnelle, Tome IV, Paris, Edition Dalloz, 1979.

2- Donnier (Marc), Indivision, Fasc 04, France, Juris Classeur, 1990.

3- Defosser (Dekenwer), L'indivision dans les sociétés en participation-, France, Juris classeur, 1980.

4- Delhay (Francis), La nature Juridique de l'indivision, Paris , Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.

5- Fayard (Nerson) et Breton, L'indivision, Fasc N°402, Paris, Dalloz, 1977.

6- Lesourd (Noëlle), Indivision, fasc20, France, Edition du Juris– Classeur.

7- Michel (Dagot), L'indivision, Fasc 1320, France, Juris Classeur, 2003.

8- Patarin (Jean), La double face du régime juridique de l'indivision, Paris Librairie général de la cour de cassation.

9- Testu (François Xavier), L'indivision, Paris, Dalloz, 1996.

قائمة المراجع

III –Articles :

1- Andrieu (Claudia Nivelon), La propriété littéraire et artistique et

l'indivision, Défrénois, Répertoire du notariat défrénois, Paris, N°20-2001.

2- Atlas (Christian), Le fondement de la désignation judiciaire d'un administrateur de l'indivision, Défrénois, Répertoire du notariat défrénois France, N°10-2001.

3- Atlas (Christian) et Champenois (Gérard), Chronique de Juris prudence civil, Droit des biens, Défrénois, Répertoire du notariat Défrénois, France, Montreil Cedex, 121^{e} année, N°24-2001.

4- Bergel (Louis Jean), Propriété et Droit réels, Revue de droit immobilier, Dalloz , 17eme année, N°04-1995.

5- Bergel (Jean Louis), Propriété, Revue de droit immobilier Paris, Dalloz N°02-1999.

6- Brefa (Gean Maurin), Perçu de la loi du 31 déc 1976 relative à l'indivision Défrénois, Repertoire du notariat défrénois, France Montreil cedex, N°19-1977.

7- Breton (Albert), La rémunération de l'indivisaire gérant, Paris, Dalloz 1974.

8- Capoulade (Pierre), Propriété et droits réels, Revue de droit immoblier Paris, Dalloz, N°3-1999.

9- Catala (Pierre), L'indivision, Défrénois, Répertoire du Notariat Défrénois France, Montreil cedex, N°64-1979.

10- Costes, La Représentation dans la gestion d'une indivision Juris classeur périodique, N°01-1985.

11- Drouin (Watine), Le rôle du Juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis, Revue trimestrielle de droit civil, N°01-1988.

12- Fiorina (Dominique), Fruits et plus-values indestriels des bien indivis Défrénois, Repertoire du notariat défrénois, France, Montreil cedex, N°08-2004.

13- Flour (Jean), Pot-Pourri outour d'un arrêt, Défrénois Répertoire du notariat, France, Montreuil, N°1-1975.

14- Hassler, L'intérét Commun, Revue trimestrielle de droit civil Paris Dalloz, N°01-1984.

15- Jestaz (Philipe), Organisation de l'indivision, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, 1977.

16- Marquet (Hugues Perinet), Droit des biens, La semaine juridique France, Juris classeur, N°13-2006.

17- Michel (Dagot), Le bail des biens indivis, La semaine juridique, France Juris Classeur Périodique, N°15-1985.

18- Moursy (Mohamed Kamel), Etude en matière de donation revue de droit et économie, VIII^{e} année, N°04-1938.

19- Moursy (Mohamed Kamel), Retrait d'indivision, revue de droit et économie, VIII^{e} année, N°01-1938.

20- Moursy (Mohamed Kamel), du caractére réel ou personnel du droit de préemption, Revue de droit et économie politique, VIII^{e} année, N°01-1938.

21- Moursy (Mohamed Kamel), de l'offre du prix et des accessoires en matiére de préemption, Revue de droit et économie politique, VIII^{e} année N°01-1938.

22- P. Patarin (Jean), Successions Indivision, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°01-1999.

23- Picard (Jean), L'organisation de L'indivision et la pratique notarial Juris classeur périodique, N°01-1978.

24- Raymond (Guy), Vente, La semaine juridique, France, Juris classeur périodique, 56eme année, N° 38-1982.

25- Rivet (Thierry), Propriété et droit réels, Revue trimestrielle de droit civil Dalloz, N°03-2008.

26- Vareille (Bernard), Régimes Matrimoniaux, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°02-1995.

27- Zenati (Frederic), Propriété et droits réels, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°1-1991.

28- Zenati (Frederic), Propriété et droits réels, Revue trimestrielle de droit civil, N°01-1992.

29- Zenati (Frederic), Propriété et droits réels, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°1-1997.

30- Zenati (Frederic), Propriété et droits réels, Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, N°1-1998.

IV- Revues et décisions de justice

1- La cour de cassation du chambre civile, 1981.

2- Les arrêts des chambres civiles, 1985.

3- Répertoire défrénois, 1987.

4- Les arrêts des chambres civiles de la cour de cassation, N°256, Revue trimestrielle de droit civil, 1993.

5- Bulletin des arrêts des chambres civiles, N°337.

6- Bulletin des arrêts des chambres civiles, N°09-2005.

V- Mémoires et thèses

1- Bout (Revet), La gestion d'affaire, En droit français contemporain Thèse Aix-en-Provence, Librairie générale de droit, 1972.

2- Delhay (François), La nature juridique de l'indivision, Thèse Lille, 1968.

3- Enama (Imil), Indivision et Société, Thèse Magistère Rennes ,1989.

4- Eperon (Jean), Les Donations des biens communs sous les régimes de Communauté Conjugale, Thèse pour le Doctorat en Droit Université d'Alger, Faculté de droit, 1949.

5- Kaddour (Zerouk), La nature juridique de la vente immobilière en droit Algérien, Thèse pour le doctorat d'état en droit, Université d'Alger, Institut des sciences juridiques, 1986.

6- R. (Verdot), La notion d'acte d'administration en droit privé français Thèse Aix-en-Provence, Librairie générale de droit et de jurisprudence,1960.

VI- Codes et décisions

1- Le code civil français

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنـــــــــــوان	الصفحة
مقدمـــة.	
الباب الأول: **سلطات الشريك في استعمال المال الشائع**	***08***
الفصل الأول: التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع.	***09***
المبحث الأول: حق الشريك في استعمال المال الشائع.	***10***
المطلب الأول: تعريف حق الشريك في الاستعمال.	***10***
المطلب الثاني: دليل مشروعية حق الشريك في الاستعمال.	***10***
الفرع الأول: دليل مشروعية حق الاستعمال في القوانين الوضعية.	***11***
الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الاستعمال في الفقه الإسلامي.	***12***
المبحث الثاني: قيود حق الشريك في استعمال المال الشائع.	***12***
المطلب الأول: اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض المعد له.	***13***
المطلب الثاني: عدم المساس بحقوق بقية الشركاء في الاستعمال.	***14***
المطلب الثالث: مراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة للاستعمال.	***15***
المبحث الثالث استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع .	***18***
المطلب الأول: الاستئثار بالمال الشائع في القوانين المقارنة.	***18***
المطلب الثاني: موقف القضاء من الاستئثار بالمال الشائع.	***20***
المطلب الثالث: آثار الاستئثار باستعمال المال الشائع.	***24***
الفرع الأول: التزام الشريك المستأثر بالاستعمال بدفع تعويض.	***24***
الفرع الثاني: كسب أحد الشركاء الملكية بالتقادم.	***26***
خاتمة الفصل الأول	***30***
الفصل الثاني: التنظيم الاتفاقي لاستعمال المال الشائع.	***32***
المبحث الأول: قسمة المهايأة المكانية.	***34***
المطلب الأول: مفهوم قسمة المهايأة المكانية.	***34***
الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة واصطلاحا.	***35***
الفرع الثاني: مشروعية قسمة المهايأة.	***38***
المطلب الثاني: مدة قسمة المهايأة المكانية.	***41***

المطلب الثالث: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية. ***45***
المطلب الرابع: سلطات الشريك أثناء المهايأة المكانية. ***50***
المبحث الثاني: قسمة المهايأة الزمانية. ***51***
المطلب الأول: تعريف المهايأة الزمانية. ***51***
المطلب الثاني: مدة قسمة المهايأة الزمانية ***53***
المطلب الثالث: سلطات الشريك أثناء المهايأة الزمانية. ***57***
المبحث الثالث: خضوع المهايأة لأحكام عقد الإيجار ***57***
المطلب الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير ***59***
المطلب الثاني: أهلية الشريك في المهايأة ***61***
المطلب الثالث: حقوق المتهايئين والتزاماتهم. ***62***
المطلب الرابع: إثبات قسمة المهايأة. ***62***
خاتمة الفصل الثاني ***64***
خاتمة الباب الأول ***65***
الباب الثاني: سلطات الشريك في استغلال المال الشائع. ***67***
الفصل الأول: قواعد سلطة استغلال المال الشائع. ***69***
المبحث الأول: قاعدة الإجماع في إدارة المال الشائع. ***71***
المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإجماع. ***71***
الفرع الأول: تعريف قاعدة الإجماع. ***71***
الفرع الثاني: مبررات قاعدة الإجماع. ***73***
المطلب الثاني مساوئ قاعدة الإجماع ***74***
المطلب الثالث: طرق تطبيق قاعدة الإجماع. ***75***
الفرع الأول: الوكالة. ***75***
الفرع الثاني: النيابة القضائية. ***86***
الفرع الثالث: الفضالة ***87***
المبحث الثاني: سلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع. ***93***
المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة. ***94***
الفرع الأول: نطاق سلطة الأغلبية في الإدارة المعتادة. ***96***

الفرع الثاني:	إنفراد الشريك بإدارة المال الشائع.	***102***
المطلب الثاني:	أعمال إدارة غير المعتادة.	***111***
الفرع الأول:	الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة.	***112***
الفرع الثاني:	حق الأقلية في التظلم من قرار الأغلبية.	***115***
الفرع الثالث:	إنفراد الشريك بالإدارة غير المعتادة.	***118***
المبحث الثالث:	سلطة القضاء في إدارة المال الشائع.	***121***
المطلب الأول:	سلطة القضاء في الإدارة المعتادة.	***122***
المطلب الثاني:	الإذن القضائي للشريك بالإدارة.	***123***
المطلب الثالث:	سلطة القضاء في الإذن باتخاذ التدابير المستعجلة.	***126***
خاتمة الفصل الأول		***130***
الفصل الثاني:	الحفظ ونفقات وتوزيع الثمار في المال الشائع.	***133***
المبحث الأول:	حفظ المال الشائع.	***134***
المطلب الأول:	مفهوم أعمال الحفظ.	***134***
الفرع الأول:	تعريف أعمال الحفظ.	***134***
الفرع الثاني:	تمييز أعمال الحفظ عن أعمال التحسين.	***138***
المطلب الثاني:	حق الشريك في القيام بأعمال الحفظ.	***139***
الفرع الأول:	الشيوع في الملك.	***139***
الفرع الثاني:	الشيوع في حق الانتفاع.	***145***
الفرع الثالث:	الطبيعة القانونية لحق الشريك القائم بالحفظ.	***147***
المبحث الثاني:	نفقات استغلال المال الشائع.	***149***
المطلب الأول:	مساهمة الشريك في النفقات.	***149***
المطلب الثاني:	استخدام أموال الشيوع في الإنفاق.	***154***
الفرع الأول:	استخدام أموال الشيوع الموجود في حوزة الشريك.	***154***
الفرع الثاني:	الإذن القضائي باستخدام المبالغ الخاصة بالمال والموجود لدى الغير.	***155***
المبحث الثالث:	توزيع ثمار المال الشائع.	***157***
المطلب الأول:	قاعدة تراكم الثمار والإيرادات.	***157***
الفرع الأول:	معنى قاعدة تراكم الثمار والإيرادات.	***157***

الفرع الثاني: القيود الواردة على القاعدة العامة. ***159***
المطلب الثاني تطبيقات توزيع الثمار. ***162***
الفرع الأول: اقتضاء مقدمة مالية بضمان الحصة. ***162***
الفرع الثاني: رد الشريك صافي ثمار الإدارة وأجرته. ***164***
خاتمة الباب الثاني. ***168***
الباب الثالث: سلطة تصرف الشريك في المال الشائع. ***170***
الفصل الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع. ***171***
المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع. ***171***
المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع. ***172***
الفرع الأول: تصرفات الشركاء مجتمعين الناقلة للملكية. ***172***
الفرع الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين بترتيب حق عيني على كل المال الشائع. ***175***
المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من المال الشائع. ***185***
الفرع الأول: التصرف ببيع جزء مفرز من المال الشائع. ***186***
الفرع الثاني: ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على جزء مفرز بالإجماع. ***186***
المبحث الثاني: تصرف الأغلبية في المال الشائع. ***187***
المطلب الأول: أسباب تصرف الأغلبية في المال الشائع. ***188***
المطلب الثاني: الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع. ***189***
المطلب الثالث: الضمانات القانونية المعطاة للأقلية. ***190***
الفرع الأول: إعلان قرار الأغلبية للأقلية قبل التصرف. ***191***
الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية. ***191***
خاتمة الفصل الأول ***193***
الفصل الثاني: تصرف الشريك منفردا في المال الشائع. ***194***
المبحث الأول: تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة. ***195***
المطلب الأول: صور تصرف الشريك في حصته الشائعة. ***195***
الفرع الأول: تصرفات الشريك الناقلة لملكية الحصة الشائعة ***196***
الفرع الثاني: التصرف في الحصة الشائعة بعقود التبرع. ***201***
الفرع الثالث: التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة. ***209***

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في الحصة الشائعة. ***228***
الفرع الأول: استرداد الحصة الشائعة. ***229***
الفرع الثاني: ممارسة الشركاء حق الشفعة. ***241***
المبحث الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع. ***252***
المطلب الأول صور تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ***252***
الفرع الأول التصرف في جزء مفرز قبل القسمة ***253***
الفرع الثاني: التصرف في جزء مفرز بعد القسمة. ***259***
المطلب الثاني: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز. ***263***
الفرع الأول: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة. ***263***
الفرع الثاني: أثر تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة. ***266***
المبحث الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع. ***266***
المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع. ***267***
الفرع الأول: التصرف في كل المال الشائع في القانون المدني. ***267***
الفرع الثاني: التصرف في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي. ***269***
المطلب الثاني: أثر التصرف في كل المال الشائع. ***271***
الفرع الأول: أثر التصرف في كل المال الشائع بالنسبة لطرفيه. ***271***
الفرع الثاني: أثر التصرف في كل المال الشائع في مواجهة الشركاء. ***274***
خاتمة الفصل الثاني ***276***
خاتمة الباب الثالث. ***277***
الخاتمـــــة. ***280***
قائمة المراجـع. ***290***
فهرس الموضوعات. ***326***