

جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



عنوان المذكرة

**سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في  
التشريع الجزائري**

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص قانون أعمال

إشراف الأستاذة

قادري نادية

إعداد الطالب

روبة محمد رشيد

الموسم الجامعي: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَمَا

يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ))

سورة الرعد الآية 17.

صدق الله العظيم

# شكر وعرفان

إلى التي عرفناها مثلاً حياً للكفاح والمثابرة إلى الأستاذة الفاضلة  
قادري نادية

لها مني جزيل الشكر وأسمى آيات العرفان لكريم فضلها في قبول  
الإشراف على هذه المذكرة.

والشكر موصول إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المناقشة لهذا  
العمل.

ولا أنسى تقديم أرفع عبارات التقدير إلى كل من ساهم من قريب  
أو بعيد في إنجاز هذا البحث وأخص بالذكر عمال مكتبة كلية الحقوق  
لجامعة محمد خيضر

وأقدم أرقى مشاعر الامتنان إلى الأستاذ سي مرزاق أحمد على جميل  
معروفه وبالغ كرمه فقد فتح لي أبواب مكتبته الخاصة.  
لكل أولئك أهدي هذا العمل مع الحب والتقدير.

# الإهداء

إلى الرحمة المهداة النبي مُحَمَّد ﷺ ، أسأل الله العظيم أن يسقيني  
من حوضه.

إلى من قرن الله عزّ وجلّ عبادته بطاعتها والدي الكريمين أطال  
الله في عمرهما

إلى زوجتي آمنة وأولادي مبروك وعبد الرحمن ويونس ويوسف.

إلى اختي وأسرتها

إلى أخويا وأسرتيهما

إلى آية وماريا القبطية

وإلى سميرة

إلى روح أخي يوسف الطاهرة حشرنى الله وإيّاه يوم القيامة

إلى كلّ هؤلاء أهدي هذا العمل.

الطالب

محمد رشيد

حفظكم الله

## مقدمة

من أجل دفع عجلة النمو الاقتصادي وتحسين معيشة المواطن تراهن الدولة على الاستثمار كوسيلة وسبيل لتحقيق الرفاهية الاقتصادية وذلك في كل المجالات سواء في القطاع الخدماتي أو الصناعي أو الفلاحي وربما يكون العقار من المصادر الأساسية للاستثمار.

والعقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر دون تلف وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني<sup>(1)</sup> أنه:

((كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول)).

والعقارات ثلاثة أنواع: النوع الأول منها هو العقارات بطبيعتها وهي كل الأشياء المادية التي يكون لها موقع ثابت غير منقول كالأراضي والمباني. والنوع الثاني هو عقارات بموضوعها والتي عرفتھا المادة 684 من القانون المدني:

((يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار)).

فالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع والارتفاق والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا.

والنوع الثالث هي العقارات بالتخصيص وهي المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار، وقد صنف الدستور الجزائري<sup>(2)</sup> الملكية العقارية إلى ثلاثة أصناف ألا وهي ملكية وطنية وملكية وقفية وملكية خاصة.

(1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية الصادرة في 13 ماي 2007، العدد 78.

(2) الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1996/12/07، العدد 76، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 01/16 المؤرخ في 2016/03/06، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 2016/03/07، المواد 17، 18، 64.

فإنَّ أراد الأفراد الاستثمار فتكون الملكية الخاصة هي الطريق الأيسر والأسرع لإقامة مشاريعهم وهذه الملكية تحقق للمالك كل سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال وبالتالي كلَّ أوجه الاستغلال في العقار، لكن هناك نوع من أنواع الملكية الخاصة يَحُدُّ من سلطات المالك في التصرف في العقار ولا يعطيه الحرية المطلقة في الانتفاع بهذا العقار، هذه الملكية هي الملكية الشائعة والتي عرفها الفقه على أنَّها:

((هي الوضع القانوني الناتج عن تعدد الملاك للحق العيني دون أن يختص كلَّ منهم بجزء مفرز فيه)).<sup>(1)</sup>

وعرفته المادة 713 من القانون المدني:

((إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كلَّ منهم فيه غير مفرزة، فيهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدِّم دليل على غير ذلك)).

وتنقسم الملكية الشائعة إلى صنفين:

- ملكية شائعة اختيارياً والتي نظم المشرع الجزائري أحكامها في القسم الرابع من القانون المدني.
- وملكية شائعة إجبارياً والتي نظم المشرع أحكامها في القسم الخامس من القانون المدني تحت عنوان الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة من جوانب عدة أهمها:

- الملكية التي يملكها الشريك في العقار الشائع تعتبر شائعة في كلِّ العقار ولا تتركز على جانب معين منه وذلك بخلاف الملكية المفرزة التي تكون معينة ومحددة بحدود تميزها عن غيرها.

<sup>(1)</sup> رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص515.

- نصيب المالك على الشيوخ نصيبه يتحدد معنويا، إذ لكلّ من الملاك المشتاعين حصة رمزية حسابية من القيمة المالية التي يمثلها حق الملكية الشائعة، أمّا الملكية المفرزة فنصيب المالك فيها يتعين مادياً لعدم تعدد الملاك.
- والفرق الجوهرى بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة هي السلطات التي تخولها الملكية الشائعة للمالك لها، سلطات ضيقة ومقيدة بحقوق باقى الشركاء.

كون الجزائر دولة إسلامية فكان الميراث أهم عامل أدى إلى انتشار الملكية الشائعة فيها، أمّا مصادر الملكية الشائعة الأخرى كالعقد والإرادة المنفردة فإنشاؤها للملكية الشائعة مقارنة بالميراث يكاد ينعدم.

لكن القانون واهتماما منه بتنظيم الملكية الشائعة أعطى للشريك الحق في التصرف في هذه الملكية وقيده بعدم إلحاق الضرر بباقى الشركاء، وهذا ما أكدته المادة 1/714 من القانون المدني:

((كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)).

من خلال نص هذه المادة فإنّ المشرع الجزائري خول للمالك على الشيوخ السلطات الثلاث: التصرف والاستغلال والاستعمال.

وما سنتطرق إليه في بحثنا هذا هو تصرف الشريك في العقار الشائع شيوعا اختياريا، تحت عنوان:

### • سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في التشريع الجزائري.

حيث سنتكلم عن تصرفات الشريك العقار الشائع، وهو إرادة محضة صادرة من الشريك تتجه نحو أحداث إثر قانوني معين يرتبه القانون<sup>(1)</sup>، ونحن نقصد بالتصرف في العقار الشائع التصرف

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3/1، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، لبنان، ص66.



القانوني لا المادي، أي المقصور بالتصرف هو نقل ملكية العقار كالبيع والهبة، أو إنشاء أي حق عيني آخر عليه كالرهن، حق الانتفاع، هذا هو التصرف الذي نعتمده في بحثنا.

ومجال الدراسة: سينصب على العقارات بطبيعتها أراضي ومباني.

حيث أنّ اختيارنا لهذا الموضوع: ((سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في التشريع الجزائري))، لم يأت صدفة كونه أدرج في قائمة العناوين المقترحة بل لأهميته.

### أهمية الموضوع:

#### من الناحية العلمية (النظرية):

- الكشف عن ماهية حالة الشيوخ في العقارات والتفريق بينها وبين الملكية المفترزة وكذل للتصدي للمشاكل والنزاعات التي ستجر عن تصرف الشريك منفردًا في العقار الشائع.
- إبراز وتحديد موقف المشرع الجزائري من تصرف الشريك منفردًا في العقار الشائع.
- غاية اقتصادية وهي معرفة الفرد للحصانة المكفولة له من قبل المشرع في حال أقدم على الاشتراك مع غيره في عقارات ما يجعله يقدم على ذلك بثبات وثقة.
- التعرف على مجمل حدود السلطات التي يتمتع بها الشريك في العقار الشائع.

#### أما من الناحية العملية:

- فهذه الدراسة تهم محرري العقود كالموثقين الذين يتوجب عليهم غريبة التصرفات المعروضة عليهم، وكذا التأكد من سلامتها ومراعاة استيفاء العقد لجميع الشروط التي يفرضها القانون وكشف العتم والغموض عن أي تصرف صادر من الشريك على الشيوخ.
- وفي الجانب العملي أيضا نجد بعض المتقاضين يلجؤون إلى رفع دعاوى ضد ملاك معهم على الشيوخ يلتمسون من المحكمة إبطال تصرفاتهم كونها صدرت منهم دون الرجوع إليهم.

### أسباب اختيار الموضوع:

#### الأسباب الموضوعية:

- الموضوع من ضمن موضوعات القانون المدني الهامة.
- قلة الدراسات المتعلقة بتصرف الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري.
- إثراء مكتبة الجامعة بموضوع جديد لأنّ الدراسات في هذا المجال قليلة.

### الأسباب الذاتية:

- كون الموضوع في التخصص "قانون الأعمال" والمال العقاري هو عبارة عن أموال، فيكون مجال الدراسة في قانون الأعمال.
- توسيع معارفي الشخصية في قانون الأعمال.
- هو الرغبة في تناول ودراسة موضوع تكون له فائدة عملية وذلك بإيجاد حلول حول النزاعات المتعلقة بتصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع قد تساعد القضاة في الفصل في هذه الخلافات.

انطلاقاً من أهمية الموضوع وتفعيلاً لأسبابه برزت الإشكالية التالية:

### الإشكالية:

ماهي حدود سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في التشريع الجزائري؟

والتي ستتجر عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع؟ وما آثاره؟
- ماهي أهم تصرفات الشريك في حصته الشائعة وفي كلّ العقار الشائع؟

### الدراسات السابقة:

يُعد تصرف الشريك في العقار الشائع من الموضوعات المهمة في القانون المدني ورغم أهميته نجد أنّ المشرع الجزائري، لم يتناول تصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع أو المال الشائع عموماً إلا في مادتين اثنتين المادتين 714 و 890، مما دفعنا إلى الاستعانة بمختلف المؤلفات التي كتبت في هذا الموضوع وتناولت شرح القانون المدني، ولربما كان أهم مؤلف استفدنا منه هو للدكتور جمال خليل النشار تحت عنوان:

تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء.

أما الدراسات الأكاديمية التي اعتمدنا عليها:

- **الدراسة الأولى:** هي دراسة تحت عنوان ((**تصرف الشريك في المال الشائع - دراسة مقارنة -**)) مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية للطالبة الباحثة مخازني فائزة، واستفدنا بها في كثير من الجزئيات خاصة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع والتي جاء فيها الكثير من آراء الفقهاء، غير أنّ دراستها هي دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي وهذا الأخير ليس له محل في بحثنا.
- **الدراسة الثانية:** هي دراسة حديثة نوقشت مؤخرًا وهي أطروحة دكتوراه للباحث محمد عقوني تحت عنوان ((**الانتفاع بالعمارة الشائع في التشريع الجزائري**)) كانت لحق عوننا لنا في ما يخص الانتفاع بالعمارة الشائع، وتزويدنا بالمعلومات الخاصة بالانتفاع بالعمارة الشائع.

### صعوبات الدراسة:

إن البحث في القانون العقاري والقانون المدني في حد ذاته صعوبة، لأننا وفي كلّ جزء من البحث نصطدم بمصطلحات كلّ مصطلح في حد ذاته يحتاج إلى إعادة البحث فيه ومحاولة شرحه.

- نقص المراجع المتخصصة في الموضوع والمراجع العامة لا تكاد تفي بالغرض لأنها في مجملها تتكلم عن الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو شرح للقانون المدني في التشريعات المقارنة أما في التشريع الجزائري فهي قليلة جدا.
- الدراسات السابقة معظمها تناول موضوع المال الشائع من جانبين إثنين فقط: النظام القانوني للمال الشائع وقسمة المال الشائع.

### المنهج المتبع:

استخدمنا المنهج الوصفي لأنه الأنسب عند القيام بجمع المعلومات حول موضوع الملكية الشائعة وحدود تصرف الشريك فيها، واستعملناه في كلّ جزئية من أجزاء البحث. واستخدمنا المنهج التحليلي عندما قمنا بتحليل مجمل النصوص القانونية الواردة حول هذا الموضوع.

## خطة العمل:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ولبيان مجمل الأحكام المتعلقة بتحديد سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع، قسمت الدراسة إلى فصلين على أساس التمييز بين تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع، التي تحتوي على كم هائل من المعلومات نظراً لإسهاب الفقه وكثرة آرائه حول حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع، وتصرف الشريك في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع.

فجاء الفصل الأول: تحت عنوان تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع، فيه مبحثين:

- المبحث الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع.
  - والمبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع.
- والفصل الثاني جاء معنوناً ب: تصرف الشريك في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع.

وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: تصرفات الشريك الناقلة للملكية في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع.
- المبحث الثاني: تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على حصته الشائعة وعلى كل العقار الشائع.

# الفصل الأول

تصرف الشريك في جزء مقرر من

العقار الشائع

# الفصل الأول

## تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع

إذا كان الأصل في الملكية أن تكون مفرزة يختص فيها كل شخص بما يملك، إلا أنه قد يحصل أن يكون العقار الواحد مملوك لعدة أشخاص في وقت واحد لسبب من الأسباب تسمى الملكية في هذه الحالة بالملكية الشائعة.

وفي الملكية الشائعة يملك كل شريك على الشيوع العقار الشائع ملكية مشتركة بين جميع الشركاء. فهو بذلك يملك حصة غير محددة من العقار الشائع مقل سائر الشركاء.

ونظرًا لأنّ حالة الشيوع قد تطول، فقد يضطر أحد الشركاء أو يُقَدَّم للتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع باعتباره صاحب حق ملكية تامة للعقار الشائع بالمعنى الدقيق، والقانون يُخَوِّل له أن يمارس على هذا العقار كلّ سلطات المالك من تصرف واستغلال واستعمال غير أنّ هذه السلطات تكون ضيقة ومُقيّدة بحقوق باقي الشركاء، فإذا تصرف أحد الشركاء بجزء مفرز من العقار الشائع، فما هو حكمه؟ وما هي آثاره؟

لذا سنتناول في هذا الفصل: الحالة التي يتصرف فيها الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع مبينين حكم هذا التصرف سواء قبل القسمة التي تؤدي إلى إفراز العقار الشائع أو بعدها في المبحث الأول.

وآثار هذا التصرف مهما كان نوعه فيما بين طرفيه، أي بين الشريك والمتصرف إليه. وآثاره في مواجهة باقي الشركاء في مبحث ثاني.

## المبحث الأول

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

من الأحكام التي تقوم عليها الملكية الشائعة أنّ لكل شريك سلطة التصرف في العقار الشائع شريطة أن لا يتعارض ذلك التصرف مع حقوق باقي الشركاء.

فإذا قام الشريك بتحديد جزء من العقار الشائع على أساس أنّ هذا الجزء تعادل قيمة حصته من العقار الشائع وصار هذا الجزء بحكم الملكية المفرزة، ثمّ قام هذا الشريك بالتصرف قانونياً في هذا الجزء، سواء بنقل ملكيته أو يترتب حق عيني عليه سواء كان حقاً أصلياً أو تبعياً. طبعاً باعتبارها مالكا لهذا الجزء ودون الرجوع إلى باقي الشركاء.

فإذا سلمنا بصحة هذا التصرف بين طرفيه فهل يمكن أن يكون هذا التصرف نافذاً في حق باقي الشركاء؟

هذه المسألة أثارت العديد من المشاكل النظرية حيث كانت محل جدال فقهي كبير حول حكم هذا التصرف وأثاره، كما أنّها تسببت في مشاكل عملية كثيرة في أرض الواقع لما لهذا التصرف من مساس بحقوق الشركاء الآخرين الذين يملكون أيضاً التصرف في هذا الجزء مثلهم مثل هذا الشريك (يملكون الجزء الذي تصرف فيه شريكهم).

كما أنّ هذا التصرف قد يؤدي إلى عدم استقرار في المعاملات نتيجة تعرض العديد من التصرفات للبطلان، بعد استقرار الأوضاع وذلك نتيجة اكتشاف عدم ملكية المتصرف الشريك للجزء المتصرف فيه.

لذا سنحاول من خلال هذا المبحث معالجة مسألة حكم تصرف الشريك منفرداً في جزء مفرز من العقار الشائع. وسنميز بين مرحلتين هما مرحلة قبل القسمة ومرحلة بعد القسمة في مطلبين اثنين هما:

- **المطلب الأول:** حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة.
- **المطلب الثاني:** حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة.

**المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة.**

تعتبر القسمة من الطرق القانونية التي يتم بها إنهاء حالة الشيوع وبالتالي اختصاص كل شريك الحق في المطالبة بإجراء القسمة للعقار الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق حسب نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري:

((كلّ شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق)).

وتعرف القسمة على أنّها السبيل لإزالة الشيوع وبمقتضاها يختص كلّ شريك بجزء يتناسب مع حصته من المال الشائع.<sup>(1)</sup>

وتعرف كذلك على أنّها عملية الغرض منها اخراج المالك من المال المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء، أو كما عرفت مجلة الأحكام العدلية:

((القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل))<sup>(2)</sup>

وتتم القسمة عن طريق التراضي إذا أجمع الشركاء على ذلك وهو ما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني الجزائري:

((يستطيع الشركاء إذا انعقد اجتماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون)).

وتتم بحكم القاضي إذا ما اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، واران أحدهم الخروج من الشيوع فعليه رفع دعوى على باقي الشركاء.

(1) يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015، ص 87.

(2) عبد المجيد رحابي، (أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري)، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2009، ص ص 20-21.



وهو ما نصت عليه المادة 724 من القانون المدني الجزائري:

((إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة)).

والحقيقة أنّ المشرع الجزائري في القانون المدني وعلى غرار بعض التشريعات المدنية العربية لم يعالج مسألة تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة رغم أنّه ضمن أحكام المادة 714 قد وضع حكماً خاصاً بتصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع سواء كان عقاراً أو منقولاً بعد القسمة، ولعل السبب في ذلك هو الاعتقاد بأن مثل هذا التصرف سيكون نادراً. لأنه لا تتصور أن يقوم الشريك بالتصرف ومحل التصرف غير مفرز. إلا أنّ الواقع العملي أفرز حالات من هذا النوع حيث شهدت ساحات المحاكم العديد من القضايا وأمام سكوت المشرع في تحديد حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة تضاربت آراء الفقهاء حول هذه المسألة، وتعددت مما ساهم في ظهور عدة اتجاهات فقهية لذلك سنبين في هذا المطلب رأي كل من الفقه والقانون حول مسألة تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع.

**الفرع الأول: موقف الفقه من تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة**

انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات تناولت حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء عملية القسمة أي قبل إفراز العقار الشائع وتحديد حصة كل شريك فيه وأهم هذه الاتجاهات هي:

**الاتجاه الأول: تصرف الشريك صحيح لكنّه معلق على نتيجة القسمة**

يرى أنصار هذه الاتجاه أن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة، وأنّه في حال ما تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف اعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع بأثر رجعي طبقاً للمادة 730 من القانون المدني الجزائري:

((يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وان لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى)). وبالتالي استقر نهائيا في حق المتصرف إليه.

أمّا إذا وقع في نصيب مالك آخر غير المتصرف فهنا أصبح التصرف صادراً من غير مالك ويكون للمتصرف إليه حق إبطاله عكس قبل القسمة، هذا يعني أنّ هذا الاتجاه يُكيف تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع أنّه تصرف معلق على شرط واقف هو إجراء القسمة فإذا تحقق الشرط، ووقع ذلك الجزء في نصيب المتصرف آل هذا الجزء للمتصرف إليه نتيجة القسمة وأنتج التصرف آثاره بأثر رجعي، وإذا لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف كأن لم يكن<sup>(1)</sup> إلا أنّ هذا يتعارض مع معنى العقد المعلق على شرط واقف ذلك أنّ الشرط الواقف لا يتم إلاّ باتفاق الطرفين وأثره مبنيا على الاتفاق، ويترتب على ذلك أن لا ينتج العقد أي أثر إلاّ في حالة تحقق الشرط وفي المسألة السابقة بأنّ مصير التصرف الذي قام به الشريك متوقف على نتيجة القسمة وليس على اتفاق الطرفين لأنّ للقسمة أثر كاشف<sup>(2)</sup>

هذا ما يجعلنا لا نتفق مع هذا الرأي لتعارضه مع الأحكام العامة للشرط الواقف.

ولقد تم تقديم وتوجيه الانتقادات التالية لهذا الرأي:

1. هذا الاتجاه يعلق الملكية على أمور احتمالية غير محققة وهي تأخير مصير التصرف إلى غاية إتمام القسمة والتي قد يطول امدها وتستلزم جهداً كثيراً ومصاريف المتصرف إليه في غنى عنها وليس من العدل أن يتحملها.<sup>(3)</sup>
2. هذا الاتجاه لا يعطي للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف للغلط وهو ما يتعارض ونص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري.
3. يؤدي هذا الرأي إلى عدم استقرار المعاملات المالية وبذلك يخالف مقصود النظام القانوني المدني.<sup>(4)</sup>

(1) محمد حسنين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المنفردة عنها أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص ص 129-130.

(2) اسعد فاطمة، (تصرف الشريك في حصة مفرزة من الشائع في القانون المدني الجزائري)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، الجزائر، المجلد 14، العدد 06، 2016، ص ص 193-194.

(3) مخازني فايزة، (تصرف الشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة))، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2004/2005، ص 89.

(4) لبيض بوبكر، (التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني-)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2014/2015، ص 96.

الاتجاه الثاني: رأي الاتجاه الثاني تصرف الشريك صحيح في حصته الشائعة

أنصار هذا الاتجاه يرون أن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر صحيحاً كالتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المفرز المتصرف فيه على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن تنتقل إليه حقوق أكثر من نصيب المتصرف الذي لم تكن له إلا ملكية شائعة<sup>(1)</sup>

ولقد وجهت لهذا الاتجاه الانتقادات الآتية

1. أنه يوجه إرادة المتعاقدين إلى ما لم تتصرف إليه إرادتهما لا ظاهراً ولا باطناً لأن إرادتهما اتجهت إلى التعاقد على حصة مفرزة لا حصة شائعة.
2. هذا الاتجاه يتعارض ونص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري والتي جاء في فقرتها الثانية:

((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 للمتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة)).

إن المتقاسم هو المتصرف أمّا إذا أُخذَ برأي أصحاب هذا الاتجاه (أن التصرف صحيح نافذ كتصرف في حصة شائعة) فسيحل المتصرف إليه محل المتصرف مما يجعل منه متقاسماً وشريكاً على الشيوع وهذا ما لا يستقيم وما تقتضيه أحكام القسمة والتي تفيد بأن القسمة تجري بين الشركاء الأصليين فقط.

3. إذا أُخذَ رأي أصحاب هذا الاتجاه بعين الاعتبار فالنتيجة الحتمية هي إلغاء المادة 714 من القانون المدني والتي جاءت لتحديد حكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة وحسب اعتقادهم لا يملك توقيع هذا التصرف طالما أنه تصرف الشريك في هذه الحالة كتصرف في حصته شائعة لا غير.<sup>(2)</sup>

(1) مخازني فايضة، المرجع السابق، ص 90.

(2) نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - دراسة مقارنة -، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 158.

الاتجاه الثالث: تصرف فيما يملك وفيما لا يملك

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه في حال تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من العقار الشائع، فإنه قد يكون تصرف فيما يملك وفيما لا يملك.

ما يملكه هو حصته في الشيوع في الجزء المفرز من العقار الشائع، وما لا يملكه هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء المفرز.

فإذا كان هذا التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كلّ الجزء المفرز من العقار الشائع لكنّه غير نافذ أو ساري المفعول في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع<sup>(1)</sup> كذلك: يكون لعلم المتصرف إليه (المشتري مثلاً) دوراً في تحديد الآثار المترتبة عن هذا التصرف لذلك ميز أنصار هذا الاتجاه بين حالتين:

• الحالة الأولى: علم المتصرف إليه أنّ المتصرف لا يملك الجزء المفرز الذي تصرف فيه وإنما يملك حصة على الشيوع.

في هذه الحالة التصرف صحيح بين المتعاقدين في كلّ الجزء المفرز ولكنّه غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم ويترتب على عدم نفاذ التصرف أنّ المتصرف إليه في هذه الحالة لا يحل محل المتصرف ويصبح شريكاً في العقار الشائع بل يبقى أجنبياً.<sup>(2)</sup>

لنفرض مثلاً أنّ التصرف هو بيع، في هذه الحالة يكون من المفروض أنّ المشتري قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع على القسمة فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب البائع فقد حُصّ للمشتري، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني<sup>(\*)</sup> من الجزء المفرز للمبيع إلى الجزء المفرز

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الثامن، دار أحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (د. س. ن)، ص 873.

(2) يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان - الأردن، 2011، ص 57.  
 (\*) ويقصد بالحلول العيني خروج نصيب معين من العقار الشائع من الذمة المالية للشريك ودخول نصيب آخر في الذمة نفسها. بدلاً من النصيب الذي خرج، فيحل العقار الجديد محل العقار القديم ويسري عليه النظام القانوني نفسه الذي كان سارياً على العقار القديم. (أنظر في ذلك: أمل شربا، أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثالث، 2013، ص 142).

الذي وقع فعلاً في نصيب البائع، وهذا الحكم منصوص عليه في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 2/826 من التقنين المدني المصري، ومن ثم لا يحق للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع. باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع لملك الغير، لذلك لم يبق أمام المتصرف إليه (المشتري) إلا أن ينتظر نتيجة القسمة، فإن وقع الجزء المفرز في نصيب البائع فقد أصبح خلفاً للبائع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وإن لم يقع الجزء المفرز في نصيب البائع وطبقاً للمادة 2/714 من القانون المدني الجزائري. مَلَكَ الجزء المفرز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع، بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري.<sup>(1)</sup>

• الحالة الثانية: جهل المتصرف إليه أن المتصرف يملك العقار على الشيوع

في هذه الحالة إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العقار إلا على الشيوع فيكون قد وقع في غلط جوهري متعلق بمحل التصرف وهو الجزء المفرز من العقار، إذ كان يعتقد أن الجزء المفرز من العقار مملوك للمتصرف دون باقي الشركاء، فيكون التصرف مشوباً بغلط جوهري في حصة الشريك المتصرف وبيع ملك الغير في حصص سائر الشركاء ومن ثم يكون التصرف قابلاً للإبطال في كلّ الجزء المفرز<sup>(\*)</sup> ويجوز للمتصرف إليه قبل القسمة طلب الإبطال لا في حصص الشركاء الآخرين فحسب، بل أيضاً في حصة الشريك المتصرف. وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 714 من القانون المدني الجزائري:

((...)) وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك

العين المتصرف فيها مفرزة<sup>(2)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، المجلد الرابع، دار التراث العربي، لبنان، (د. س. ن)، ص 300-301.

(\*) يجوز لمن وقع في غلط جوهري في محل التصرف ان يطلب إبطال التصرف طبقاً للقواعد العامة التي تقضي بها أحكام المادة 81 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ما يلي: ((يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله)).

(2) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 58.

ولكن إذا حصلت القسمة قبل طلب المتصرف إليه الإبطال ووقع الجزء المفرز في نصيب المتصرف، أعتبر أنه مالك للجزء المفرز يفضل الأثر الكاشف للقسمة فهنا تخلص الملكية للمتصرف إليه وينقلب التصرف صحيحاً.

أمّا إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف فإنّ المتصرف إليه يستبقي حقة في طلب الإبطال ولا يُجبر على أخذ الجزء المفرز الذي وقع فعلاً في نصيب المتصرف وهذا ما أشار إليه الأستاذ السنهوري: ((.... أمّا إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، فإنّ المشتري يستبقي حقه في طلب إبطال البيع، ولا يُجبر على أخذ الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع، لأنّ الحلول العيني وفقاً للمادة 2/826 من اليقين المدني المصري، لا يكون إلاّ حيث يعلم المشتري وقت البيع أنّ البائع لا يملك في الجزء المفرز إلاّ حصة في الشيوع))<sup>(1)</sup>

ولقد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات

1. نفس الانتقاد الذي وجهه للاتجاه الأول وهو تعليق الملكية على أمور احتمالية غير محققة وهي تأخير مصير التصرف إلى غاية تمام القسمة.
2. خالف هذا الرأي أحكام الملكية الشائعة والتي ترد على كلّ العقار الشائع المتصرف فيه.
3. قول أنّ المشتري في هذه الحالة يكون قد اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع بعد القسمة لا يتفق وإرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى التعاقد على جزء مفرز من العقار معين بالذات.<sup>(2)</sup>

**الاتجاه الرابع: تصرف صادر من مالك فيما يتعلق بحصة المتصرف الشائعة وفيما لا يملك فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء**

إنّ أنصار هذا الرأي يرون أن تصرف الشريك في حصة مفرزة من العقار الشائع إذا تعلق بحصته الشائعة هو تصرف صادر من مالك.

(1) عبد الرزاق السنهوري، شرح الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص303.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والمصري)، دار النهضة العربية، بيروت -

لبنان، ص181.

وتصرف في ملك الغير إذا تعلق الأمر بحصص باقي الشركاء ويكون قابلاً للإبطال.  
ويكون صحيحاً إذا كان بقدر حصته الشائعة سواء أكان المتصرف إليه عالماً أو جاهلاً بحالة الشيوخ وأساس ذلك المادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي:  
(إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه)).

ويسري هذا الحكم على جميع التصرفات القانونية ولا يقتصر على البيع فقط.

وكذا على أساس الغلط قبل وبعد القسمة ويعززون قولهم بأن المادة 714 من القانون المدني الجزائري تعترف للمتصرف إليه حسن النية بحق طلب الإبطال بعد القسمة. فيجب أن يكون البطلان قائماً من قبلها إذ لا يتصور أن تقلب القسمة العقد الباطل صحيحاً، ولكن بتصور أن تقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً أو أن تحد ما قابليته للإبطال، كما يتصور أن يرتب المشرع عليها وعلى تقرير مبدأ الحلول العيني سلب المتصرف إليه الذي كان عالماً بأن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مفرزاً حقه في الإبطال، باعتبار أن الحلول العيني يُزيل عيب ملك الغير، ولكن لا يتصور أن يرتب عليهما سلب المشتري الذي كان يجهل حالة الشيوخ حقه في إبطال البيع للخطأ، إذا أن تطبيق الحلول العيني لا ينفي وقوع المتصرف إليه في غلط.<sup>(1)</sup>

وانتقد هذا الرأي من عدة جوانب:

1. أن التصرف في حصص الشركاء يختلف عن التصرف في ملك الغير لأنه قد تقع هذه الحصص في نصيب المتصرف فتصبح مملوكة له منذ بدء التصرف بفضل الأثر الكاشف للقسمة.
2. أحكام التصرف في ملك الغير تسوى بين حالة الجهل والعلم وهو ما يتعارض ونص المادة 714 من القانون المدني الجزائري.
3. خالف حقيقة الملكية الشائعة لأنه ملكية الشريك ترد على كل ذرة من ذرات المال الشائع.
4. يعتبر أن القسمة يقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً وهو يتعارض مع الأحكام المتعلقة بالقابلية للإبطال التي تقضي بأن التصرف القابل للإبطال تصرف صحيح فيكون تصرف

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 179.

الشريك في جزء مفرز من المال الشائع صححا قبل وبعد القسمة. (1) لأنّ الشريك هنا يتصرف فيما يملك فيكون تصرفه صحيحاً في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه.

### الاتجاه الخامس: تصرف صحيح نافذ بين طرفين وغير نافذ في مواجهة الشركاء

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة هو تصرف صحيح نافذ بين طرفين، وغير نافذ في مواجهته باقي الشركاء لأنّه يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء ويكون التصرف قابلاً للإبطال على أساس الغلط إذا كان المتصرف إليها جاهلاً بحالة الشيوع (2)

وعزز أصحاب هذا الرأي مذهبهم بما يلي:

1. عناية المشرع في نص المادة 2/714 على إعطاء المتصرف إليه حق الإبطال إذا كان يجهل حالة الشيوع رغم أنّ ذلك محض تطبيق للقواعد العامة في شأن الرضا، إنّما قصد به إبراز أنّ حق المتصرف إليه في طلب الإبطال يقوم على هذا الأساس وحده ونفي كل حق له في طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك.
2. فكرة أعمال الحلول العيني إذا تمت القسمة واختص المتصرف بغير الجزء المفرز الذي تصرف فيه نفي قاطع لاعتبار التصرف صادراً من غير مالك بعد القسمة.
3. لم يتعرض المشرع في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري إلا لحكم التصرف في الجزء المفرز فيما بين طرفيه فقط لا بالنسبة لباقي الشركاء وذلك لتأكيد بعدم نفاذ التصرف في حقهم. (3)

ولقد انتقد هذا الاتجاه وفق ما يلي:

1. رأي غير سليم فالشريك في الشيوع لا يمكنه أن يعطي غيره ملكية مفرزة ما دام لا يملكه إلا ملكية شائعة حتى في العلاقة بينه وبين المتصرف.
2. يؤدي هذا الرأي إلى نتائج غير مقبولة حيث يجعل الشخص مالك في مواجهة البعض وغير ذلك في مواجهة البعض الآخر. (4)

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 179.

(2) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 196.

(3) مخازني فايزة المرجع السابق، ص 94.

(4) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 196-197.



• وللقضاء على مثل هذه الصعوبات نعتقد أنه من الأصوب وقف هذا التصرف على إجازة باقي الشركاء وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنه قول سديد كونه يُغني عن جهة المتصرف إليه من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط وعلى أساس التصرف في ملك الغير ومن جهة أخرى يُغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المتصرف فيها بالشفعة.

ونعتقد أنّ هذا هو الرأي الراجح من بين آراء الفقهاء لأنه وبالرغم من الانتقادات الكثيرة التي وجهت لهذا الرأي إلا أنه يُعد أكثر الآراء تماشياً مع الأحكام العامة المتعلقة بالملكية الشائعة.

وهذا الاتجاه أخذ به القضاء الجزائري وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا بقرارها رقم 39496 بتاريخ 1987/04/08.

نص القرار:

((من المقرر قانوناً أنّ كلّ شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون أن لحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً للقانون ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع، فإنّ الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها، خرقوا القانون، ومتى كان ذلك تعين نقض القرار.))<sup>(1)</sup>

وكذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 63765 بتاريخ 1990/10/29 الغرفة المدنية بما يلي:

((من المقرر قانوناً أنّ كلّ شريك في الشيوخ يملك حصته وله أن يتصرف فيها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا يعدّ خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت في قضية الحال. أنّ قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنّه ليس له الحق في بيع ملك الشيوخ، أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.))<sup>(2)</sup>

(1) المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1991، ص 09.

(2) المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1992، ص 28.

الفرع الثاني: موقف القانون من تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة

لم يتكلم المشرع الجزائري عن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع سواء عقاراً أم غيره قبل القسمة، لا في القانون المدني كونه الشريعة العامة للقوانين ولا في القوانين الأخرى، ولعل السبب في ذلك أنّ غالبية الملكيات الشائعة هي عبارة عن حقوق ميراثية تملكها الأسرة الواحدة. والشيوخ نشأ بفعل واقعة وفاة المورث، لذلك يكون من النادر التصرف في الملكية الشائعة سواء كان العقار الحضري مبنياً أو غير مبني لأجنبي على الشركاء، كما أنّ الاتفاقات الرضائية التي تحدث بين الشركاء قد تحول دون حدوث مثل هذا التصرف.

غير أنّه تجدر الإشارة أنّ هناك مراسلة صادرة من مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي بتاريخ 21 أبريل 2014 تحت رقم 04270 موجهة إلى السادة مدراء الحفظ العقاري لكلّ الولايات، وكلفتهم بتبليغها إلى السادة المفتشين الجهويين للأملك الدولية والحفظ العقاري لكل النواحي والسادة مدراء أملك الدولة لكلّ الولايات موضوعها يتعلق بإشهار العقود المتضمنة التنازل على حقوق مشاعة على أراضي فلاحية. جاء فيها ما يلي:<sup>(1)</sup>

يشرفني أن أعلمكم أنّ اللجوء إلى بيع حقوق مشاعة ضئيلة (200م مربع، 300م مربع) على أراضي فلاحية ذات ملكية خاصة، ظاهرة أخذت في الازدياد وهذا ما يعرض للخطر بصفة غير رجعية، الذمة العقارية الفلاحية إذا لم يتم اتخاذ تدابير مناسبة لمواجهتها حسب معلومات واضحة واردة إلى المصلحة المركزية والمؤكد في عدة ولايات، فإنّ الغرض من هذه المعاملات ليس سوى إنشاء تخصيصات غير قانونية، عموماً بواسطة وكالات عقارية وتكريسها بعقود توثيقية.

إنّ الحقوق المشاعة المباعة بهذه الطريقة، هي في الواقع مفرزة في مساحات محددة في غياب اعتراضات وتدابير مناسبة للحفاظ على هذه الفئة من الأراضي متخذة من طرف مصالح الفلاحة، العمران والجماعات المحلية، وتستعمل كأوعية لبنايات تشيد بطريقة غير

(1) مجلة الموثق، مذكرة المديرية العامة للأملك الوطنية حول إشهار العقود المتضمنة التنازل على حقوق مشاعة على

الأراضي الفلاحية، العدد الثالث، ديسمبر 2014، ص 76 - 77.

قانونية (بدون رخصة تجزئة ولا رخصة بناء) مما يؤدي إلى إنشاء أحياء فوضوية فالأمر يتعلق بممارسات ضارة بالفلاحة ويتجزأ عنها خاصة تقليل المساحة الفلاحية المفيدة للبلاد.

من أجل وضع حد لهذه الوضعية المضرة بالعقار الفلاحي بأن التدخل الصارم للإدارة بمختلف قطاعاتها المعنية، أصبح جد ضروريا من أجل الحفاظ على الأراضي الفلاحية العمومية والخاصة وهذا لصالح المجموعة الوطنية والسياسة المنتهجة من طرف السلطات العمومية من أجل الحفاظ على الأراضي الفلاحية العامة والخاصة.

بناء على ما سبق، وفي انتظار جهاز ينظم هذه المعاملات الذي هو في إطار تحضير بالتنسيق مع المصالح المركزية المعنية (الفلاحة، العمران ...) يطلب منكم دعوة المحافظين العقاريين إلى الامتناع من إشهار مثل العقود المذكورة.

ملخص هذه المراسلة أو المذكرة نجد أنها حملت في طياتها منع الشريك المشتاع وحده من التصرف في جزء مفرز من العقار الفلاحي قبل القسمة، ولكن حد هذا التصرف جاء في المرحلة الأخيرة وهي مرحلة إشهار العقد وهو ما يضر بمصلحة المتصرف إليه (المشتري) أكثر من مصلحة المتصرف كونه قد تصرف في جزء مفرز من العقار الفلاحي بموجب عقد توثيقي أولاً وقبض الثمن ويبقى التسجيل والشهر إجراءات في صالح المشتري.

أن حد هذه المراسلة من تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من العقار الشائع ما هي إلا تعدي صارخ على حق الملكية والتصرف فيه والذي ضمنه القانون ونص عليه الدستور هذا أول هام.

ثانيا: تعدت هذه الإرسالية على مبدأ سريان القوانين المنصوص عليه في المادة 02 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: توجيه الأمر للمحافظين العقاريين بالامتناع على إشهار العقود الرسمية هو دعوة مباشرة للموثقين للامتناع أيضا عن إبرام مثل هذه التصرفات هو تعدي على أحكام القانون 02/06<sup>(1)</sup>

(1) القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن قانون تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية المؤرخة في 08/03/2006، العدد 14.

المتضمن تنظم مهنة الموثق لا سيما المادة 15 منه التي لا تجيز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد ويطلب منه بصفة قانونية.

رابعاً: هو الأهم أنّ هذه المراسلة تجاوزت السلطة بإعطاء صيغة النفاذ للمراسلة بدون تأصيل قانوني واضح.

حتى وإن كان الهدف من هذه المراسلة هو الحفاظ على العقار الفلاحي، وذلك بمنع الشريك المشتاع التصرف في حصص ذات مساحة صغيرة. غير أنّ هذه التصرفات قد تكون بين الشركاء فكيف يمكن أن نتصور أن تمنع تصرف فيه مصلحة للعقار الفلاحي وهو بيع حصص الشركاء لشريك واحد وبالتالي اجتماع الحصص كلها في ذمة شريك واحد ما يُسهّل الانتفاع بالعقار.

وحسب رأينا فإنّ منع الشريك المشتاع في التصرف في حصص صغيرة، وإن كان الهدف من هذا المنع هو الحفاظ على العقار الفلاحي وحمايته، فإنّه في نفس الوقت يضر بالعقار الفلاحي في حال أن تكون التصرفات بين الشركاء وبيع الحصص لشريك واحد وبالتالي اجتماع الحصص كلّها في ذمة الشريك واحد مما يسهّل الانتفاع بالعقار الفلاحي ويدر المنفعة على الفرد والأمة.

## المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة

جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري:

((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 للمتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة)).

يتبين من النص أنّ هناك حالتان بعد القسمة:

- **الحالة الأولى:** وهي أن يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف سنتناولها في الفرع الأول.
- **الحالة الثانية:** وهي أن لا يقع الجزء المتصرف فيه نصيب المتصرف سنتناولها في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف

إنّ وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف لا يثير إشكال لأن حكم هذه الحالة واضح لأنّ التصرف فيها سيستمر صحيحاً ويستقر نهائياً حتى ولو كان المتصرف إليه يجهل بحالة الشيوخ، وكان في اعتقاده أنّ المتصرف يملك ملكية مفرزة لا شائعة ومن ثمّ لا يحق له طلب الإبطال بسبب جهله لحالة الشيوخ لأنّ الهدف المقصود من التصرف قد تحقق<sup>(1)</sup> وذلك وفقاً لأحكام المادة 85 من القانون المدني الجزائري والتي تنص ((ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية)).

ومن ثمّ تخلص ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه للمتصرف إليه بالتسجيل والشهر، بعد أن وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف ولم يعد لباقي الشركاء حق في الجزء المفرز المتصرف فيه.<sup>(2)</sup>

(1) مخازني فايزة، مرجع سابق، ص 96.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 875.

### الفرع الثاني: حالة وقوع الجزء المفرز في غير نصيب الشريك المتصرف

قد تناول المشرع الجزائري حالة عدم وقوع الجزء المفرز في غير نصيب الشريك المتصرف في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري والتي من خلالها يتضح أن المشرع الجزائري لم يغير حكم هذا التصرف بل يبقى صحيحاً نافذاً بين طرفيه صادراً من مالك، منصّباً على نتيجة القسمة، أمّا في مواجهة باقي الشركاء فإنّه يصبح نافذاً في حقهم لانتقاء وجه الضرر.

غير أنّه يحوز للمتصرف إليه أن يطلب الإبطال على أساس وقوعه في الغلط إذا كان جاهلاً بحالة الشيوع وهذا الجهل يعتبر عيباً من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال التصرف.

أمّا إذا كان عالماً بحالة الشيوع أو أن كان المتعاقدان متوهمان أن الجزء المفرز يقع في نصيب الشريك المتصرف فليس للمتصرف إليه الحق في طلب الإبطال لأنّه يكون قد رضي بنتيجة القسمة مسبقاً وبالتالي فإنّ حق المتصرف إليه سينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة حسب نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري.<sup>(1)</sup>

إنّ أيلولة حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بعد القسمة تثير تساؤل هام جداً وهو ما هو أساس هذا الانتقال؟

لقد اختلف الفقهاء للإجابة على هذا التساؤل فذهب البعض منهم إلى أنّ أساس الانتقال هو وحده المحل والبعض الآخر يرى أنّ أساس هذه الانتقال هو مجرد نقل التزام وآخرون يسندون هذا الانتقال إلى الحلول العيني، وفيهم من قال أنّ أساس هذا الانتقال هو حلول عيني استثنائي<sup>(2)</sup> سنتعرض فيما يلي إلى هاته كل واحد على حدى مع التطرق إلى الانتقادات الموجهة لكل رأي.

### الرأي الأول: أساس الانتقال هو وحده المحل

وذلك لأنّ الشريك المتصرف عند تصرفه قد تصرف فيما يملك (وهو محل التصرف) وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند التصرف وقد يكون هو الذي تعين بعد ذلك عند القسمة فحقه قائم على ذلك الجزء وذلك على حد سواء.

(1) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 198.

(2) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 97.

وانتقد هذا الرأي بأن مقتضى هذا التصوير في الواقع العودة إلى الاتجاه القائل الذي يعتبر تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع تصرفاً صحيحاً باعتباره وارداً على حصة شائعة وهو الذي انتقد بأنه يوجه إرادة الطرفين إلى ما لم تتجه إليه، وكذا انتقد كونه يؤدي إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف مما يجعله متقاسماً يختص بكل ما يتعلق بالقسمة، وحتى وإن صح هذا القول، فإن انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بعد القسمة بدل الجزء الأصلي المتصرف فيه أساسه الأثر الطبيعي للقسمة لا على وحده المحل. (1)

ولتوضيح هذا نضرب مثالا، وليكن التصرف عبارة عن بيع.

نفرض مثلا أن شخصان يملكان عقاراً على الشياع متكون من قطعة أرض ومنزل. فباع أحدهما حصة مفرزة وهي جزء من الأرض إلى شخص ثالث ثم تمت القسمة فوق في نصيب الشريك البائع جزء يضم المنزل وقليل من الأرض. في هذه الحالة إذا كانت مساحة الأرض التي وقعت في نصيب الشريك البائع تساوي أو تفوت مساحة الجزء المتصرف إليه هنا لا إشكال إما إذا كانت مساحة الأرض الواقعة في نصيب الشريك البائع تقل عن مساحة الجزء المتصرف منه ووفقاً لنص المادة 2/714 فإنه حق المشتري سينتقل إلى الجزء الذي آل للشريك البائع وهو جزء من الأرض والمنزل.

وهنا بحسب رأينا إما أن ينصب حق المشتري على جزء من الأرض بعد أن تقوم بثمن نقدي ويُعوض المشتري عن المبلغ المتبقي نقدياً، أو أن ينصب حقه على المنزل وحسب نتيجة تقويم ثمن المنزل ستم المخالصة، من هنا تستلزم أنه أساس انتقال الحق لا يمكن أن يكون وحدة المحل فقد تغير المحل من وقت التصرف إلى بعد القسمة.

(1) جمال خليل انتشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص190.

### الرأي الثاني: الانتقال هو مجرد نقل التزام

يرى أنصار هذا الرأي أن أساس الانتقال هو مجرد نقل التزام. وذلك لأنه إذا تمت القسمة ووقع في نصيب المتصرف جزء آخر غير الذي تصرف فيه فيكون التصرف صادراً من غير مالك، وبالتالي لا يكون للمتصرف إليه حق ملكية دائماً بل وإنما مجرد حق شخصي في مطالبة المتصرف بنقل الملكية.

وإذا قضى المشرع في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري على انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف فهو يقضي بانتقال حق دائم لم يتأثر بعملية القسمة وهكذا يمكن القول بأن المشرع قد قضى - على خلاف القواعد العامة - بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على حال آخر هو المال الذي اتضح بمقتضى القسمة. أن المتصرف كان مالكا له وقت نشوء الالتزام.<sup>(1)</sup>

فإن جاز القول بالحلول العيني، فلا يمكن القول أن يكون أثر الحلول العيني نقل الملكية، إذ ليست هناك ملكية يمكن نقلها، ولكن نكون بصدد نقل التزام، ومن الأفضل القول باستبعاد الحلول العيني من هذا النطاق.

### وانتقد هذا الرأي من عدة جوانب:

1. أنه يستند إلى الأثر الرجعي للقسمة، رغم ما يقوم عليه من افتراض مخالف للواقع حيث أنه وُجد من أجل حماية المتقاسمين، في حين لا يوجد أي خطر عليهم في حال تصرف الشريك في جزء مفرز.

2. اتباع هذا الرأي يقتضي تمكين المتصرف إليه من طلب إبطال المتصرف على أساس أن التصرف صادر من غير مالك سواءً كان عالماً أم جاهلاً بالشيوع وهو ما يتعارض ونص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري التي تعطي للمتصرف إليه الحق في طلب الإبطال إلا في حالة جهله بالشيوع.<sup>(2)</sup>

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 191.

(2) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 98.



### الرأي الثالث: أساس الانتقال هو الحلول العيني

أنصار هذا الرأي يرون أن أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بعد القسمة هو فكرة الحلول العيني. لذلك يتعين علينا توضيح مفهوم الحلول العيني.

عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: ((الحلول العيني بوجه عام يكون بخروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة بدلاً من المال الذي خرج، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسري عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على القديم))<sup>(1)</sup>

وقد عُرفَ أيضاً: ((الحلول بصفة عامة. هو التبدل القانوني، فإذا كنا بصدد تبديل شخص آخر كان الحلول شخصياً، وإذا تبدلت عين بأخرى سمي الحلول عينياً، فالحلول العيني إذن هو التبدل القانوني لعين بأخرى، وفي النطاق الأخير يتحقق الحلول العيني بخروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في ذات الذمة بدلاً من المال الذي خرج بحيث يخضع المال الجديد لذات الأحكام التي كان يخضع لها المال القديم))<sup>(2)</sup>

ويعتبر الرأي القائل بأن فكرة الحلول العيني هي أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف يعد القسمة هي أرجح الآراء، رغم أنه يوجد من يُنكر وجود حلول عيني في بيع الشريك على الشيوع حصة مفرزة.

وهناك من يرى أن هذا الحلول هو حلول عيني استثنائي وليس تطبيقاً للنظرية العامة للحلول العيني. فلا يوجد تخصيص للجزء الذي تصرف فيه ولا يوجد نظام قانوني خاص تميز به.<sup>(3)</sup>

غير أن هذا القول انتقد من طرف بعض الفقهاء بقولهم ولكن لا يجب أن يغيب عن البال أن الجزء المفرز المتصرف فيه إذا لم يكن هو المخصوص فإنه جزء من أصل الشيء الشائع جميعه الذي يرد عليه حق المتصرف، ولأن لهذا الشيء نظاماً قانونياً خاص به يُمَيِّزُهُ وأن المتصرف هو من يعتبر متقاسماً مع بقية الشركاء لا المتصرف إليه.<sup>(4)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص 251-252.

(2) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 15.

(3) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 99.

(4) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 194.

وبالرجوع للانتقادات الموجة للرأيين السابقين نجد أنه لا بد من الاعتراف بأن نص القانون على انتقال حق المتصرف إليه إلى ما آل إلى المتصرف هو حالة صريحة من حالات الحلول العيني، وإنّ الحلول في هذه الحالة، كما في كثير غيرها يؤدي إلى انتقال الملك.

غير أنه لا يمكن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها بل يجب أن يراعي ظروف كل حالة على حدة.<sup>(1)</sup>

ولقد أخذ المشرع الجزائري صراحة بفكرة الحلول العيني هي كأساس لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف في المادة 714 من القانون المدني. وطبقه بشكل خاص في المادة 890 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالرهن والتي تنص على ما يلي:

((وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين)).

وجاءت هذه المادة على أساس أن المتصرف يكون مالكا لعدة عقارات على الشيوع.<sup>(2)</sup>

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 134.

(2) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص ص 199-200.

## المبحث الثاني

### آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع

قبل التطرق إلى بيان الآثار المترتبة عن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع، سواء فيما بين طرفي التصرف أو في مواجهة باقي الشركاء، ينبغي الإشارة إلى نقطة في غاية الأهمية وهي أنّ كلّ التصرفات القانونية التي يقوم بها الشريك في الشيوخ، والتي تتعلق بجزء مفرز من العقار الشائع والتي قد تكون تصرفات ناقلة للملكية كالبيع والهبة... الخ

أو تصرفات مرتبة لحق عيني أصلي أو تباعي كحق الانتفاع أو الرهن أو غيرها يجب أن تستوفي كلّ الشروط التي يتطلبها القانون بشأنها وخاصة منها الشروط الشكلية، لترتب آثارها كاملة.

لذلك يشترط المشرع الجزائري في حالة التصرف في عقار أو حق عيني عقاري مجموعة من الشروط الشكلية المتعلقة بالرسمية والتسجيل<sup>(\*)</sup> والشهر<sup>(\*\*)</sup>. ولقد جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 1/324 مكرر 1 ما يلي:

((زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كلّ عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي المحرر للعقد)).

<sup>(\*)</sup> التسجيل هو إجراء قانوني يفرضه القانون على كلّ التصرفات الرسمية الواردة على عقارات أو على حقوق عقارية ويتمثل في دفع مصاريف مالية محددة سلفاً بموجب قانون المالية تُدفع لصالح الخزينة العمومية، وتتولى مفتشية التسجيل والطابع قبض رسوم التسجيل. ((أنظر في ذلك: مغني عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحددات التوثيقية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص170)).

<sup>(\*\*)</sup> الشهر العقار هو عبارة عن عملية قانونية تتطلب القيام بمجموعة من الإجراءات التي تتم على مستوى المحافظة العقارية والتي تهدف إلى إعلام الكافة بجميع التصرفات القانونية المنصبة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية. ((أنظر إلى: مغني عمار، المرجع السابق، ص ص189 - 190)).

وبفرغ التصرف هذا في شكل رسمي من قبل من خول لهم القانون ذلك وهم ضابط أو موظف عمومي أو شخص مكلف بحزمة عامة وهو ما نصت عليه المادة 324 من القانون المدني التجاري:

((العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)).

كما نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على نفس المبدأ:

((لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)).

وأكدت الكثير من المواد القانونية هذا المبدأ والمتمثل في ضرورة إخضاع التصرف للشهر حتى يرتب آثاره في مواجهة الغير مثل المادة 15 و 16 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري<sup>(1)</sup> التي أكدت على:

((أنّ كلّ حق للملكية أو كلّ حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يون اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية)).

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع تصرف صحيح بين طرفيه ولكنّه غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم لأنّ لهم نفس الحقوق مثل ما للمتصرف.

لذلك سنعرض في هذا المبحث لآثار التصرف بين الطرفين (المتصرف والمتصرف إليه) في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتعرض لآثار التصرف في مواجهة باقي الشركاء.

(1) الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18/11/1975، العدد 92.

**المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بين المتصرف والمتصرف إليه**

**الفرع الأول: حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف**

باستقراءنا للمادة 2/714 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:

((... وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة)).

نجد أنّ المشرع الجزائري قد أقر للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف بدعوى صدور التصرف من غير مالك.

إذ تفرق هذه المادة بين حالتين:

**1. الحالة الأولى:** علم المتصرف إليه بحالة الشيوع وبالتالي ليس من حقه طلب إبطال

التصرف لا قبل القسمة ولا بعدها لأنّه كان على بينة من امره.

**2. الحالة الثانية:** اعتقاد المتصرف إليه أنّ المتصرف يملك العقار المتصرف فيه ملكية

مفرزة فيكون من حقه طلب الإبطال قبل القسمة، ويتأسس طلب الإبطال في هاته الحالة

على أنّ المتصرف إليه قد عيبت إرادته بالغلط في صفة جوهرية في العقار المتصرف

فيه لاعتقاده أنّ المتصرف يملك العقار ملكية مفرزة لا على أساس أنّ التصرف صادر

من غير مالك. (1)

والأفضل للمتصرف إليه أن يمارس حقه في طلب الإبطال في حالة جهله بأن المتصرف لا

يملك الجزء المفرز الذي تصرف فيه قبل القسمة، لأنّه إذا انتظر نتيجة القسمة فإنّه لا يتمكن من

رفع دعوى البطلان إذا وقع الجزء المفرز في نصيب المتصرف والسبب في ذلك أنّ هدف

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص ص 181-182.

المتصرف إليه هو أن تخلص له ملكية الجزء المفرز أما وإنه تحقق هذا فإنه ليس له أن يتمسك بالبطلان وإلا كان سيء النية أي حسن النية يقتضي منه عدم التمسك بالإبطال في هذه الحالة. (1)

**الفرع الثاني: عدم صلاحية التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع لأن يكون سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير (10 سنوات)**

انطلاقاً من التكيف السابق لحق الشريك المشتاع، من أن حقه حق ملكية ويرد طوال الشروع على كل العقار الشائع ومن ثم فإن تصرفه في جزء مفرز يُعدّ صحيحاً صادراً من مالك.

ولما كان تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع هو تصرف صادراً من مالك فهو تحول دون اعتبار هذا التصرف سبباً صحيحاً يصلح لاكتساب المتصرف إليه حسن النية ملكية الجزء محل التصرف بمضي 10 سنوات من حيازته. (2)

وهذا ما أكدته المادة 828 من القانون المدني الجزائري:

((إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في نفس الوقت إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكتتب تكون عشر سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق. والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند.)) (3)

من نص المادة نستنتج أنّ السبب الصحيح للتملك بالتقادم القصير أو بمقتضى الحيازة يقتضي أن يكون صادراً من غير مالك كما لو كان صادراً من صاحب الحق ذاته، ولأنّ المتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع مالك لما تصرف فيه، لا يجوز للمتصرف إليه حسن النية أن يدعي اكتساب ملكية هذا الجزء بمضي عشر سنوات من حيازته استناداً للعقد، وذلك سواء قبل أو بعد القسمة، لثبوت صحة التصرف في الحاليتين وحتى ولو لم يختص بالجزء المفرز المتصرف فيه. (4)

(1) يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص58.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص186.

(3) المادة 828 من القانون المدني الجزائري.

(4) حسن كيرة، الموجز في شرح أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 1998، ص181.

غير أنّ هناك جانب من الفقه يرون أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير وهذا ما أكدّه الأستاذ السنوري: ((ولما كان من المفروض أن المشتري قد اشترى أرضاً مفرزة من شريك لا يملك إلاّ في الشيوع، فإنّه يكون فيما يتعلق بالسبب الصحيح، قد اشترى من شخص لا يملك إلاّ حصة شائعة، فتعتبر في حكم المشتري من غير مالك بالنسبة إلى التملك بالتقادم القصير. ولما كان حسن النية، فإذا حاز الأرض المفرزة التي اشترها مدة خمس سنوات. فإنّه يمتلكها بالتقادم)).(1)

ويُبرر أصحاب هذا الرأي مذهبهم بأنّ المادة 3/828 من القانون المدني الجزائري تعتبر السبب الصحيح متوفر في حالتين:

- إذا صدر السند من شخص لا يكون مالكا للشيء.
- أو إذا لم يكن صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم وهذه الحالة تنطبق على تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة، فالشريك المتصرف ليس صاحب الجزء المتصرف فيه، وإنّما هو مجرد شريك مشتاع فيه.

- واختلاف الفقهاء حول ما إذا كان تصرف الشريك المتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع صادراً من مالك أو من غير مالك سيثير إشكالات عدة حول إمكانية إمتلاك المتصرف إليه للجزء المفرز بالتقادم القصير حسب نص المادة 828 من القانون المدني الجزائري أم لا.

- ويبقى حل الإشكال المطروح من اختصاص قضاة الموضوع.(2)

- أمّا من وجهة نظرنا نحن فنرى أنّه إذا تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من العقار الشائع إلى المتصرف إليه ووضع هذا الأخير يده عليه وكان الشركاء على علم بذلك واستمر وضع اليد على هذا الجزء مدة عشر سنوات فإنّه يمتلكه بالتقادم القصير والذي حدده المشرع الجزائري بعشر سنوات.

(1) عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، ج 8، مرجع سابق، ص 871 هامش (2).

(2) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - مصر، 2006، ص 118.

الفرع الثالث: عدم اعتبار المتصرف إليه شريكاً على الشيوع

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر صحيحاً نافذاً بين طرفيه، إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء. فإذا كان التصرف بنقل الملكية كالبيع، فإن المتصرف إليه أو المشتري لا يحل محل الشريك المتصرف أو البائع ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

1. ليس للمتصرف إليه أو المشتري حق الاشتراك في إدارة العقار الشائع أو التصرف فيه، بل تكون العبرة برأي الشريك المتصرف عند احتساب الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو التصرف إذ لا زالت صفة الشريك باقية لم تنتقل للمتصرف إليه (المشتري). غير أنه يجوز للمتصرف إليه المشاركة بأعمال الإدارة أو التصرف ولكن بصفة أخرى كوكيل عن الشريك المتصرف.

2. ليس للمتصرف إليه أو المشتري الحق في طلب القسمة أو لا يقبل تدخله في دعوى القسمة بوصفه متقاسماً. بل يبقى هذا الحق للشريك المتصرف (البائع).<sup>(1)</sup>

3. عدم تمتع المتصرف إليه بحق ممارسة رخصة الشفعة، إذا تم بيع حصة شائعة من أحد الشركاء فلا يثبت له حق ممارسة الشفعة.

غير أنه إذا اشترى هذا المشتري (المتصرف إليه) حصة شائعة من العقار الشائع المعين بالذات وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة، جاز له ذلك، إذ أن المشتري لم يكن قبل شرائه للحصة الشائعة شريكاً بموجب شرائه للجزء المفرز، فلا يستطيع أن يحتج بأن الشفعة لا تجوز من شريك لشريك مثله.<sup>(2)</sup>

وعليه إن أثر تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء لا ينفذ في حقهم إلا أنهم يملكون حق إقرار هذا التصرف وبالتالي يكون نافذاً في حقهم. خاصة إذا كان الإقرار بمثابة القسمة واعتبار الجزء المتصرف فيه هو نصيب المتصرف.<sup>(3)</sup>

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 120.

(2) اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 205.

(3) عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية الجزء 8، المرجع السابق، ص 875 سابق.



الفرع الرابع: التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع يرتب آثاره بين طرفين على الجزء المفرز المتصرف فيه لا على حصة شائعة تعادله

إنّ التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع يُعدّ تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك حتى وإن كان حقه ينصب طوال الشيوخ على مجموع العقار الشائع.

إنّ صحة التصرف تجعله يرتب آثاره على ما تمّ التصرف فيه، وهو الجزء المفرز، فلو كان التصرف بيعاً مثلاً لانتقل حق المتصرف إليه على سبيل الإفراز إلى المتصرف فيه ذاته مما يترتب عليه عدم اعتباره شريكاً مع باقي الشركاء.<sup>(1)</sup>

غير أن جانباً من الفقه يرى أنّ صحة التصرف بين طرفيه في هذه الحالة يعني أنّ المتصرف إليه يملك حصة شائعة تعادل الجزء المفرز، وذلك بدعوى أن المشتري لا يكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لا يملك إلا حصة شائعة.

غير أنّ هذا القول لا يستقيم وعرض المشرع الجزائري في نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري، طالما أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز يُعدّ كأنه تصرف في حصته الشائعة التي تعادل هذا الجزء المتصرف فيه، فلا حاجة لنص هذه المادة.

ومن ناحية أخرى فإنّ هذا الرأي يُحمّل إرادة المتعاقدين فوق ما تحتل فإرادة المتصرف إليه صريحة في أخذ جزء مفرز من العقار سواء كان عالماً أم جاهلاً بالشيوخ فضلاً عن ذلك فإنّ هذا الرأي يجعل المتصرف إليه هو المتقاسم إذا ما تمت القسمة، وهذا ما يتعارض ونص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري والتي تجعل المتصرف هو المتقاسم، وعلى هذا فإنّ التصرف يرتب آثاره بين طرفيه على الجزء المفرز المتصرف فيه لا على حصة شائعة تعادله.

ولكن هل هذا التصرف يرتب جميع آثاره العينية والشخصية؟ هنا اختلفت آراء الشراح بين من يرى أنّ هذا التصرف يرتب التزامات شخصية فقط وذهب جانب آخر إلى القول أنّ التصرف ينتج جميع آثاره العينية والشخصية.

(1) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص116.

الاتجاه الأول: هذا الاتجاه ذهب إلى القول بأن التصرف يرتب التزامات شخصية فقط فلا ينتج آثاراً عينية ما دام الشيوع قائماً.

وذلك بدعوى أنّ الشريك إذا أراد أن يتصرف في جزء مفرز فهو مقيد في ذلك بعدم المساس بحقوق باقي الشركاء، فإذا انفرد بالتصرف فإنّه لا ينتج إلا آثاره الشخصية بين طرفيه، حيث إنّه ليس له سلطة التصرف منفرداً.<sup>(1)</sup>

كما أنّ الاعتراف بصحة التصرف يُعدّ استثناء عن الحدود الموسومة في المادة 730 من القانون المدني الجزائري مما يستوجب حصره في أضيق الحدود.

وانتقد هذا الرأي عدة انتقادات منها:

1. إذا كان انفرد الشريك بالتصرف في جزء مفرز يُضِرُّ بالشركاء، غير أنّه لا يجوز أن تكون وسيلة حماية الشركاء هي منع انتاج التصرف لآثاره العينية بين أطرافه. وإنّما إقرار الحماية يكون عن طريق منع نفاذ التصرف في مواجهة الشركاء.
2. هذا الرأي اقترب كثيراً من الرأي الذي يخالفه، والذي يعتبر أن التصرف في جزء مفرز صادر من غير مالك، مما يقتضي ترتيبه لالتزامات شخصية فقط إذا لم يطلب المتصرف إليه الإبطال، وقد يبدو الأمر مفهوماً إذا كان المتصرف غير مالك، والعكس إذا كان مالكا.
3. يجعل القول السابق مركز المتصرف إليه أكبر لو كان المتصرف صادراً من غير مالك، وهذا غير مقبول، لأنّه إذا كان يجوز له طلب الإبطال في الحالة الثانية، فإنّه لا يجوز له في الحالة الأولى مع اقتصار التصرف على التزامات شخصية في نفس الوقت.<sup>(2)</sup>

(1) خليل النشار، المرجع السابق، ص185.

(2) حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص27.

الاتجاه الثاني: هذا الجانب من الفقه يذهب إلى القول بأن التصرف ينتج جميع آثاره العينية والشخصية.

وذلك بحسب أن التصرف صادراً من مالك، كما أن حقوق باقي الشركاء محفوظة ومحمية عن طريق عدم نفاذ تصرف الشريك في حقهم، وبالتالي فإنه إذا كان التصرف ناقلاً للملكية اعتبر المتصرف إليه مالكا للجزء المفرز المتصرف فيه في فترة الشيوخ من وقت انعقاد التصرف (البيع كمثال أو من تاريخ التسجيل كون الجزء المفرز عقار)<sup>(1)</sup>

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه، وذلك بحسب أن التصرف متى كان صحيحاً وصادراً من مالك فإنه ينتج آثاره العينية والشخصية على حد سواء بين طرفيه ووسيلة حماية حقوق باقي الشركاء هي ليست عدم انتاج الآثار العينية، بل هي عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم.

وللتوفيق بين الاتجاهين أخذ المشرع بالحلول العيني القاضي بانتقال التصرف وترتيب آثاره على الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف.

(1) خليل النشار، المرجع السابق، ص185.

## المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء

يكون تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء المشتاعين لافتقاده ولاية التصرف عنهم بالنسبة لحصصهم الشائعة التي تخصصهم في الجزء المفرز المتصرف فيه (1)

وبناء على عدم نفاذ التصرف في جزء مفرز في مواجهة باقي الشركاء تترتب آثارا قانونية لدراستها يقتضي التطرق لها قبل القسمة وبعدها والسبب في ذلك أنه قبل القسمة التصرف يمس حقوق الشركاء، أما بعد القسمة فلا يمس إلا حقوق الشريك المتصرف او المتقاسم، لذلك سنتناول في هذا المطلب الآثار الناتجة في مواجهة الشركاء قبل القسمة وبعدها.

### الفرع الأول: الآثار الناتجة عن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة الشركاء قبل القسمة

اتفق الفقهاء واختلفوا حول هذه المسألة؛ اتفقوا على عدم نفاذ تصرف الشريك في جزء مفرز من العقارات الشائعة في مواجهة باقي الشركاء واختلفوا في ترتيب الآثار القانونية الناتجة عن هذا التصرف. والتي سنتناولها فيما يلي:

#### 1. عدم تمتع الشركاء بطلب إبطال التصرف: التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع

تصرف صحيح وهو قابل للإبطال على أساس الغلط وفقا للمادة 2/714 من القانون المدني الجزائري، وفقا للقواعد العامة فإنه لا يكون حق التمسك بإبطال التصرف إلا للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته الإبطال، فإذا شاب إرادة أحد الطرفين عيب من عيوب الرضا فله الحق في طلب الإبطال، أما الغير الأجنبي فلا يجوز له التمسك بإبطال التصرف ولأن الشركاء ليسوا من أطراف التصرف فلا يثبت لهم حق طلب الإبطال(2)،

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004، ص (2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات مصادر العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 248.

غير أنهم لهم الحق في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيما يتعلق بحصصهم الشائعة كونهم مُلاكاً لها. (1)

## 2. لباقي الشركاء تأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه يرفع دعوى الاستحقاق:

كقاعدة عامة أنه ليس للشريك في الشيوخ أن تأتي عملاً أو يتصرف تصرفاً فيه مساس بحقوق سائر الشركاء، وواضح أنّ انفراد الشريك بالتصرف قبل القسمة في جزء مفرز من العقار الشائع بيع أو رهن أو إنشاء حق عيني آخر فيه اعتداء على حقوق سائر الشركاء. لذلك فقد منحهم القانون حق رفع دعوى الاستحقاق على المتصرف والمتصرف إليه. لا للحصول على جزء مادي من الجزء المتصرف فيه بل للاعتراف بحقوق شائعة في هذا الجزء. (2) ورفع دعوى الاستحقاق هي تنبيه أيضاً للمتصرف إليه حتى يكون على علم بما سيقع بعد إجراء القسمة ووقع هذا الجزء المفرز في نصيب أحد الشركاء غير الشريك المتصرف بعد القسمة. (3)

إنّ ما سبق يتفق ونص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري ومع التكيف الصحيح لحق الشريك المشتاع وينسجم وأحكام عدم النفاذ وكان هذا رأي غالبية الشراح إلا أنّ منهم قال غير ذلك وأنكر تمتع الشركاء بحق رفع دعوى الاستحقاق بحجة أنه حق الاستحقاق يُمنح لمن تكون الملكية خالصة له والشركاء هنا يشاركونهم الشريك المتصرف في الملكية. (4)

وهذا لا يتحقق إلا بتمام القسمة، ووقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف وانتقد هذا الرأي بما يلي:

## 1. حق الاستحقاق يثبت للشركاء لتأكيد حقوقهم الشائعة التي يملكونها وليس

لاستحقاق جزء مفرزه، فإنّ ملكيتهم خالصة لهم والمتصرف لا يملك معهم حصصهم الشائعة. فثبت لهم حق رفع دعوى الاستحقاق.

## 2. أنصار هذا الرأي يعتبرون أن التصرف في جزء مفرز سبباً لكسب الملكية في حين

لا يجيز للشركاء حق الاستحقاق وهو ما يُضِرُّ بهم، فهم يمنحون المتصرف إليه حق

(1) مخازني فايضة، المرجع السابق، ص124.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص119.

(3) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص205.

(4) مخازني فايضة، المرجع نفسه، ص125.

التملك إذا توافرت الحيابة أو التقادم في حين يمنعون الشركاء تأكيد حقوقهم على العقار الشائع. وهذا ما يتعارض مع قصد المشرع من حماية الشركاء من تصرفات بعضهم البعض أثناء الشيوغ.<sup>(1)</sup>

### 3. مدى تمتع الشركاء لحق ممارسة رخصة الشفعة:

ثار خلاف كبير بين شراح القانون حول مدى تمتع الشركاء لحق ممارسة رخصة الشفعة. إذا بيع جزء مفرز من العقار الشائع خاصة وإنّ المشرع الجزائري أقر انتقال للأشخاص حق الشفعة بحسب نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري: ((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 الشيوغ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.)).

حيث أنّ المشرع أورد لفظ جزء هو لفظ عام قد يتصرف إلى حصة شائعة أو إلى جزء مفرز، فاتجهوا إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: أصحاب هذا الاتجاه يُقرون حق الشفعة للشركاء في حال بيع جزء مفرز من العقار الشائع لأنّ هذا البيع لا يحتج به على سائر الشركاء. إلاّ باعتباره وارداً على حصة شائعة وبالتالي يعطيهم كل الحقوق المخولة لهم قانوناً كحق الشفعة، مستدلين بالمادة 795 من القانون المدني الجزائري معتبرين لفظ جزء يشمل المفرز والشائع.

انتقد هذا الرأي من كون تقرير المشرع رخصة الشفعة غايته عدم ومنع دخول الأجنبي بينهم وفي حال بيع جزء مفرز فلن يحل المشتري محل البائع فلا يؤدي إلى زيادة عدد الشركاء. فتنتفي حكمة تقرر الشفعة وتنتفي هي معها.<sup>(2)</sup>

(1) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 206.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 874 / الهامش (2)

- الاتجاه الثاني: منع الشركاء من ممارسة حق الشفعة؛ لأنه يعتبر أنّ التصرف (ف) في جزء مفرز لا يصح إلا كذلك، وليس صحيحا القول بأنه يصح كتصرف في حصة شائعة، والشفعة تقتصر على الحصة الشائعة فقط، هذا حسب تفسيرهم للفظ (جزء) أنّ المشرع قصد به الحصة الشائعة لا الجزء المفرز، وإذا اشترى المشتري حصة مفرزة فلن يحل محل الشريك بل سيصبح جار لهم وبذلك لن يزيد عدد الشركاء. وانتقد هذا الرأي بأنه سيؤدي إلى التحايل على أحكام القانون ففي حالة أراد الشريك أن يبيع حصته دون الرغبة أن يأخذها أحد الشركاء بالشفعة، فما عليه إلا أن يلجأ إلى طريق الغش والتدليس فيبيعها مفرزة، ويحرم الشركاء منها.(1)
- وللإشارة فقد حدد المشرع الجزائري حالات منع الشركاء من ممارسة رخصة الشفعة في المادة 798 من القانون المدني الجزائري:

- 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 الثالثة.
  - إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق محل العبادة.
4. حق الشركاء في إقرار التصرف: إن عدم نفاذ التصرف في مواجهة الشركاء ما كان إلا لحماية ذلك فهم يملكون إقراره سواء بإجماعهم أو بإجماع أغلبيتهم التي تملك ثلاثة أرباع العقار الشائع، تحسب ضمنها حصة الشريك المتصرف وذلك طبقا للمادة 720 من القانون المدني الجزائري. يكون ذلك قبولا منهم بالارتباط شخصيا بالتزام التصرف ويترتب عليه سرعان هذا الأخير في حق الشركاء، فينفذ في مواجهتهم ويترتب آثاره العينية والشخصية.(2)

(1) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 207.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 875.

5. عدم تمتع الشركاء لحق طرد المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه: إذا تمكن من حيازته وذلك لعدم تقرر حقوقهم حسب ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 39496 المؤرخ في 1987/04/08.<sup>(1)</sup>

الفرع الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة الشركاء بعد القسمة

بعد القسمة سنكون أمام حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن يقع الجزء المفرز فيه في نصيب المتصرف هنا لا يثور أي إشكال إذ يستقر التصرف نهائياً ويصبح المتصرف إليه مالكا للجزء المفرز المتصرف فيه منذ التصرف أعمالا للأثر الكاشف للقسمة.
- **الحالة الثانية:** وقوع الجزء المتصرف المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف. ستترتب النتائج الآتية:

**1) يخلص الجزء المتصرف للمتقاسم المختص به دون تأثر بالتصرف:** ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف، فيحل هذا الجزء محل الجزء المنصرف فيه حلوياً عينياً، ويعتبر التصرف كأنه ورد عليه منذ إبرامه، ويخلص هذا الجزء المتصرف فيه لمن خلص واختص به بالقسمة مطهراً، ولكون هذا الأخير في استلامه من تحت المتصرف إليه، مما ينفي اعتبار المتقاسم خلفاً لأي من شركائه.<sup>(2)</sup>

**2) حق المتقاسم المختص بالجزء المفرز المتصرف فيه في رفع دعوى الاستحقاق:** في حال وقع الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف فمن حق باقي الشركاء - خاصة الشريك الآخر الذي وقع في نصيبه الجزء في غير نصيب المتصرف فيه من حق هذا الشريك رفع دعوى الاستحقاق لاسترداد من المتصرف أو المتصرف إليه وليس من حق المتصرف أو المتصرف إليه الاعتراض مباشرة لأن هذا التصرف غير نافذ في حقه -

(1) المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1991، ص 09.

(2) أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 208.



أي الشريك الآخر - ليس من حقهم كذلك الاعتراض عن طريق التقادم القصير، لأنه كما سبق القول لا يعد التصرف أصلاً سبباً صحيحاً لكسب الملكية.<sup>(1)</sup>

**3) حق المتقاسم المختص بالجزء المفرز المتصرف فيه في إقرار التصرف: وذلك وفقاً للقواعد العامة.**

---

<sup>(1)</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 204.

## ملخص الفصل الأول

إنّ عدم معالجة المشرع الجزائري لمسألة تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة أدت إلى ظهور آراء مختلفة من جانب الفقه القانوني، حيث ذهب فريق منهم أن تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة وانتقد بعده انتقادات وأمور احتمالية لذلك ظهر اتجاه ثاني.

أما الفريق الثاني يرون أن تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة هو تصرف صحيح كالتصرف في حصة شائعة تعادله.

وفريق ثالث يرى أنه تصرف فيما يملك وفيما لا يملك، ما يملكه هو حصته الشائعة وما لا يملكه هو حصص باقي الشركاء.

والفريق الرابع تتقارب وجهة نظره مع رأي الفريق الثالث بقولهم أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز تصرف صادر من مالك فيما يتعلق بحصة الشريك الشائعة وفيما لا يملك فيما يتعلق بباقي الشركاء.

وآخر رأي هو ما أخذ به المشرع الجزائري، وهو أن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع هو تصرف صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة باقي الشركاء.

أما في حال تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بعد القسمة فإنّ المشرع الجزائري قد وضع له حكما خاصا في المادة 2/714 من القانون المدني. ومفادها أنّه في حال قد وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه دون أي إشكال. أما في حال عدم وقوع هذا الجزء في نصيب الشريك المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للشريك المتصرف وأساس الانتقال هو الحلول العيني وله حق إبطال التصرف إذا كان جاهلاً بحالة الشيوع.

أما اهم الآثار الناتجة عن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع:

- لا يصلح ان يكون هذا التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير 10 سنوات.
- عدم اعتبار المتصرف إليه متقاسما مع باقي الشركاء.

# المفصل الثاني

تصرف الشريك في حصته الشائعة

و في كل العقار الشائع

## الفصل الثاني

### تصرف الشريك في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية على الإطلاق نظراً لأنه يخول صاحبه سلطات واسعة، فمقتضى حق الملكية يجوز للمالك استعمال واستغلال والتمتع بالشيء المملوك والتصرف فيه بكل أنواع التصرفات سواء تلك الناقلة للملكية أو المرتبة لحقوق عينية أصلية أو تبعية ونظراً لأن الملكية الشائعة هي ملكية من نوع خاص. وهي استثناء لأن الأصل أن تكون الملكية مفرزة. فهي ملكية يتعدد فيها الملاك للمال الواحد، وتتفاوت مصالحهم بحيث لا يختص كل شريك فيهم بجزء معين من المال الشائع ولا يتصرف فيه مطلق التصرف، نظراً لطبيعتها فهي تخضع لأحكام خاصة.

في حالة إقدام أحد الشركاء على التصرف إما في حصته الشائعة والتي يملكها ملكاً تاماً ويعطيه القانون حق التصرف فيها، وإما في حالة التصرف في كل العقار الشائع فهذه الحالة قد تثير الكثير من الصعوبات.

لذلك سنحاول في هذا الفصل التطرق لبعض التصرفات التي قد تلحق الحصة الشائعة للشريك أو كل العقار الشائع، وسنحاول توضيح آثار هذه التصرفات سواء في العلاقة بين الشريك والمتصرف إليه أو في العلاقة بين المتصرف إليه وباقي الشركاء.

## المبحث الأول

## تصرفات الشريك الناقلة للملكية في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع

الملكية العقارية الشائعة هي التي تقع على عقار معين بالذات يملكه أشخاص متعددون، ويملك كل شخص من هؤلاء حصته الشائعة في كل العقار ومن ثم فإن حق ملكية العقار الشائع هو حق ينقسم حصصاً بين الشركاء دون أن ينقسم العقار ذاته.

لذلك من الممكن أن يتصرف أحد هؤلاء الشركاء؛ إما في حصته الشائعة التي قد تكون النصف أو الربع أو في كل العقار الشائع تصرفاً ناقلاً للملكية والذي يقوم بنقل ملكية العقار من شخص لشخص آخر كالبيع والهبة والمقايضة... الخ.

لذلك سنتناول في هذا المبحث تصرف الشريك تصرفات ناقلة للملكية لما يكون العقار المتصرف فيه إما الحصة الشائعة أو كل العقار الشائع.

### المطلب الأول: تصرفات الشريك الناقلة للملكية في حصته الشائعة من العقار الشائع

إن من حق الشريك أن يتصرف بحصته الشائعة كما يحلو له، ولمن يشاء، ولا يزاحمه فيه أحد وهذا ما نصت عليه المادة 1/714 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: ((كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها أو أن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)).

ومن ثم يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة معاوضة كأنه يبيعه أو يقايض عليها، أو تبرعاً كأن يهبها<sup>(1)</sup> وبما أن مجال دراستنا هو التصرف في العقار الشائع وأن تصرفات الشريك تقع على هذا العقار، وجب تسجيل وشهر هذه التصرفات على مستوى المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها هذا العقار حتى تكون نافذة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير أيضاً<sup>(2)</sup>.

لذا سنتكلم في هذا المطلب عن أهم تصرفين ناقلين للملكية:

- بيع الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع.
- هبة الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع.

وهذا باعتبار أن البيع والهبة هما أهم تصرفين ناقلين للملكية، وتأخذ المقايضة نفس أحكام عقد البيع<sup>(3)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري (حق الملكية)، المجلد 8، المرجع السابق، ص 843.  
(2) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 133.

(3) تنص المادة 415 من القانون المدني الجزائري على: ((تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقاضين بائعاً للشيء ومشترياً للشيء الذي قايض عليه...)) فمن خلال هذه المادة نستنتج أن أحكام عقد البيع تسري على عقد المقايضة.

### الفرع الأول: بيع الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع

قبل التطرق لأحكام بيع الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع سنحاول أن نعرف عقد البيع ونبين خصائصه.

#### أولاً: تعريف البيع وخصائصه

لقد عرف المشرع الجزائري البيع من خلال المادة 351 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي:

((البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً في مقابل ثمن نقدي)).

وامتاز هذا التعريف بأمرين أولهما أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية، بل تجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر فقد يقع البيع على حقوق عينية غير حق الملكية.<sup>(1)</sup>

والأمر الثاني: أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والتصرف.<sup>(2)</sup>

يتبين من نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري أن عقد البيع يتميز بخاصتين أساسيتين تميزه عن غيره من العقود، وإذا تخلفت أحدهما لما كان العقد بيعاً:

- **والخاصية الأولى:** هي أن البيع عقد ينشئ على عاتق البائع التزاما ينقل الملكية سواء ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر.
- **والثانية:** هي أن مقابل نقل الملكية يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي.

هذا بالإضافة أن عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين، كما أنه من العقود الرضائية، بالإضافة أنه بحسب الأصل من العقود المحددة ونعرض لأهم الخصائص باختصار.

(1) محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص17.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (البيع)، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص21.

### 1. البيع ينشئ التزاما ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر:

إنّ الالتزام بنقل الملكية يُعدُّ أثر لعقد البيع، فالعقد بذاته لا ينقل الملكية مباشرة، وإنّما يتم نقل الملكية بناءً على التزام البائع بنقلها.

ووفقاً للقواعد العامة فإنّ التزام البائع ينشأ وينفذ فوراً بمجرد العقد إذا كان وارداً على منقول معين بالذات يملكه الملتزم، أمّا إذا كان الالتزام وارداً على منقول معين فلا تنتقل الملكية ولا ينفذ التزام البائع إلاّ من وقت إفراز الشيء المبيع. وإذا كان المبيع عقاراً فإنّ الملكية لا تنتقل إلاّ بالتسجيل<sup>(1)</sup>.

وهذا واضح وجليّ في نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري:

((لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.))

ثمّ نص المادة 29 من القانون الذي يتضمن التوجيه العقاري ونصها كالاتي:

((يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع

لقواعد الإشهار العقاري))<sup>(2)</sup>

### 2. عقد البيع عقد معارضة:

عقد البيع من عقود المعارضات لأنّ كلّ من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطيه. فالبايع يحصل على الثمن مقابل المبيع، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن<sup>(3)</sup>

### 3. عقد البيع عقد رضائي:

يخلص مما تقدم أنّ البيع عقد رضائي ملزم الجانبين، يتم بمجرد اتفاق الطرفين، ولا يحتاج انعقاده إلى أي إجراء شكلي، أي أنّه يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أياً كانت طريقة هذا التبادل، كتابة أو مشابهة... الخ، وليتسنى من ذلك بيع السفن إذا اعتبره المشرع عقداً شكلياً وينطبق ذلك حتى على بيع العقار وهذا ما ذكرناه سابقاً.

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 20 - 21.

(2) قانون رقم 25/90 مؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري (جريدة رسمية رقم 49 مؤرخة في 1990/11/18) معدل ومتمم بالأمر رقم 95-26 مؤرخ في 1995/09/25 الجريدة الرسمية مؤرخة في 1995/09/27، العدد 55.

(3) محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة (البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2001، ص 29.



#### 4. عقد البيع عقد محدد القيمة:

الأصل أنّ البيع عقد محدد القيمة لأنّ كلّ من عاقديه يعلم أو يستطيع أن يعلم سالفًا أي من وقت العقد، قيمة الالتزام الذي يتعهد به وقيمة الحق الذي يكسبه من العقد.<sup>(1)</sup>

ثانياً: بيع الشريك لحصته الشائعة والآثار المترتبة عنه

#### أ- بيع الشريك لحصته الشائعة:

الأساس القانوني لبيع الشريك لحصته الشائعة هو نص المادة 1/714 من القانون المدني الجزائري بناءً على ملكيته لها ملكاً تاماً، ويكون هذا التصرف ببيع حصته الشائعة صحيحاً في العلاقة بين الطرفين وناهماً في مواجهة سائر الشركاء، شريطة أن لا يكون البيع ضاراً لمصالحهم. ويجوز أن يكون البيع لأحد الشركاء، أو إليهم جميعاً، وإذا صدر البيع من شريك إلى شريك وترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوع فإنّ هذا التصرف (البيع) يُعتبر في حكم القسمة بطريقة التصفية كما لو بيع العقار الشائع كلّهُ<sup>(2)</sup>

كما يحق للشريك بيع حصته الشائعة لأجنبي من غير الشركاء ولا تشترط موافقتهم لأنّه باع ما يملك فقط دون التعدي على باقي حقوق الشركاء. لأنّه مقيد عند البيع بعدم إلحاق الضرر بشركائه في الشيوع. وفي هذه الحالة وازن المشرع من مصالح الشركاء على الشيوع، فهو يعطي الشريك مطلق الحق في بيع حصته دون إذن شركائه. إلاّ أنّه من ناحية أخرى فإنّ للشركاء الحق في الحلّ محل المشتري الأجنبي بالشفعة كون البيع واقع على عقار.<sup>(3)</sup>

وكما يجوز للشريك بيع حصته الشائعة كلّها، جاز له أيضاً أن يبيع بعضها شائعاً أيضاً، فإذا كان يملك في العقار الشائع الربع جاز له أن يبيع نصف هذه الحصة، فيبيع ثمن العقار الشائع ويدخل المشتري شريكاً في العقار الشائع بقدر حصته، مع باقي الشركاء ومنهم الشريك البائع الذي بقي شريكاً بقدر الثمن.

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص16-17.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص46.

(3) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص82.

فإذا كانت الحصة الشائعة داخلة في مجموع من العقارات الشائعة كما لو كان البائع يملك دار داخله في مجموعة من العقارات المختلفة وباع الشريك حصته في الدار وحدها دون سائر العقارات الأخرى، وحل المشتري شريكاً مع سائر الشركاء في الدار، وفي هذه الحالة ولإزالة حالة الشيوع أصبح لابد من إجراء قسمتين إثنين القسمة الأولى بين المشتري وباقي الشركاء في الدار والقسمة الثانية بين الشريك وسائر الشركاء في بقية العقارات.<sup>(1)</sup>

### ب- الآثار المترتبة عن بيع حصة الشريك الشائعة من العقار الشائع

نميز في بيع الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع الحالات التالية:

- **أثر بيع الشريك لحصته الشائعة بالنسبة للمتصرف نفسه:**  
كون أن البيع تصرف ناقل للملكية فإن ملكية الحصة الشائعة تنتقل إلى المشتري ويخرج الشريك البائع من دائرة الشركاء؛ ليصبح من الغير فلا يكون له الحق في أعمال إدارة العقار الشائع ولا الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالعقار الشائع ولا يتمتع بأي حق كباقي الشركاء، وخروج الشريك البائع من الشيوع يكون بقدر حصته التي باعها يبقى شريكاً بقدر الحصة المتبقية.<sup>(2)</sup>
- **آثار بيع الشريك لحصته الشائعة بالنسبة للمشتري:**  
إن أهم أثر يترتب على بيع الحصة الشائعة هي حلول المشتري محل الشريك البائع ففي حال باع الشريك حصته الشائعة وتمت كل الإجراءات القانونية كالتسجيل والشهر العقاري فإن ملكية الحصة الشائعة من العقار الشائع تنتقل إلى المشتري بقوة القانون ويصبح المشتري خلفاً خاصاً ويحل شريكاً على الشيوع مع باقي الشركاء فتكون له حقوق البائع وعليه التزاماته.<sup>(3)</sup>
- **يصبح المشتري متقاسماً مع المتقاسمين ويجوز له طلب القسمة ما لم يكن الشريك البائع مقيد بعدم المطالبة بالقسمة لمدة معينة، ولا يحتج في مواجهته بالقسمة التي**

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 844.

(2) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 53 - 54.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 189 - 190.

أجريت بين الشركاء إذا كان قد سجّل البيع قبل تسجيل القسمة ويحق له طلب إجراء قسمة من جديد.

● يثبت له حق التصرف فيكون له مطلق التصرف على حصته الشائعة، يثبت له إدارة العقار الشائع ويكون له حق ممارسة الشفعة. وبالمقابل يلتزم بالحفاظ على العقار الشائع سواءً بالقيام بأعمال مادية أو تصرفات قانونية كرفع دعوى الحيازة وقطع التقادم.<sup>(1)</sup>

● آثار بيع الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع في مواجهة الشركاء:

إنّ بيع الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع تصرف صحيح ونافذ في مواجهة باقي الشركاء، لذا فعليهم احترام تصرفه وتنفيذه وذلك بقبول المشتري شريكاً معهم. إنّ بيع الشريك لحصته الشائعة ظاهراً لا يضر بباقي الشركاء غير أنّه في حال باع الشريك حصته لأجنبي فدخل الأجنبي في دائرة الشركاء قد يلحق الضرر بالشركاء وذلك باطلاعه على أمور كانت في السابق أسرار بينهم.

فحلولة محل الشريك البائع تجعله مطلعاً على كل أسرارهم فمن أجل ذلك فإنّ المشرع الجزائري أعطى لباقي الشركاء الحق في التخلص من هذا الشريك الأجنبي وهي حماية قانونية أساسها رخصة الحلول محل المشتري عن طريق استعمال رخصة الشفعة. هذه الأخيرة ستمكن الشركاء من استرداد الحصة المبيعة للأجنبي. وقد عرف المشرع الجزائري رخصة الشفعة من خلال ما ورد في المادة 794 من القانون المدني الجزائري:

((الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية)).

وقصد المشرع المواد التالية من 795 إلى 807 من القانون المدني الجزائري ((من تعريف المشرع للشفعة يتبين أن الشفعة تفترض وجود عقد بيع عقاري ومشتري وشخص آخر يحل محل هذا المشتري في الصفقة، وتعني الشفعة أنّها رخصة، أي مكتة اختيارية، تحيز للشفيع أن يملك العقار المشفوع الذي باعه

(1) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 165.

صاحبه لغيره هو المشفوع منه (المشتري) وهذا الشفيع يشفع بعقار آخر يملكه  
وسمي العقار المشفوع<sup>(1)</sup>.

وقد حدد المشرع الجزائري نطاق الحق في الأخذ بالشفعة في المادة 795 من القانون المدني  
وقد ذكرت الأشخاص الذين لهم الحق في استخدام رخصة الشفعة وهم:

- مالك الرقبة إذا بيع الكلّ أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلّها أو بعضها.

ما يهمننا نحن هو الحالة الثانية وهي أنّ الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى  
أجنبي، فله الحق في استخدام رخصة الشفعة مع وجود اختلاف بين آراء الشراح فيما يخص ما  
قصد به المشرع من بيع جزء من العقار الشائع هل قصد به حصته مشاعة أم حصته مفرزة وقد  
تطرقنا إلى هذا الاختلاف في الفصل الأول من تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع.

وقد حد المشرع من استخدام رخصة الشفعة في حالات ثلاث ذكرهم في نص المادتين 798  
و807 من القانون المدني الجزائري.

- في المادة الأولى 798: ((لا شفعة:

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

- في المادة الثانية 807: ((لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.
- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
- في الأحوال التي نص عليها القانون.))

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص252.

### الفرع الثاني: هبة الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع

الهبة من التصرفات الناقلة للملكية التي من الممكن أن يلجأ إليه أحد الشركاء على الشيوع خلال فترة الشيوع، ولأهمية الهبة كتصرف ناقل للملكية وجب التعرف عليها وبيان الأثر المترتب عنها.

#### أولاً: تعريف الهبة

**1-التعريف الفقهي للهبة:** الهبة تملك مالا يملكه للموهوب له حال حياة الواهب من دون مقابل لما يهبه وبنية التبرع.<sup>(1)</sup>

#### 2-الهبة لغة:

الهبة: وهب يهب وهباً ووهباً، وهبه المال فلان لفلان أعطاه إياه بلا عوض وقيل أوهب الشيء لفلان أمكنه أن يأخذه.<sup>(2)</sup>

هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالاً أو غير مال. وهي مأخوذة أيضاً من هب بمعنى مر: لمرورها من يد إلى أخرى أو بمعنى أعطى. من هذا قول المولى عز وجل: << إنما أنا رسول ربك لأهب لك غلاماً زكياً >>. <sup>(3)</sup>

#### 2-التعريف القانوني للهبة:

جاء تعريف عقد الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(4)</sup>:

((الهبة تملك بلا عوض)).

ونصت المادة 206 من قانون الأسرة: ((أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)).

(1) مازن مصباح صباح، ((حكم هبة الحصّة الشائعة ورهنها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني))، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، كلية التربية، جامعة الأزهر، المجلد السابع، العدد الأول، 2010، ص238.

(2) المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الحادية والثلاثون، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986، ص930.

(3) منصور نور، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص11.

(4) القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

ومن نص هذه المادة نستشف أركان عقد الهبة، وهي:

أ. تطابق الإيجاب والقبول:

وتطابق الإيجاب والقبول نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة وهو الركن الأساسي لانعقاد الهبة.

ب. الحيابة:

وقصد بها المشرع سيطرة الموهوب له سيطرة مادية على الشيء الموهوب وذلك بوضع اليد عليه.<sup>(1)</sup>

وربط المشرع الجزائري صحة الهبة بتمام الحيابة ما هو إلا تقييد حرية الشريك في هبة الحصة الشائعة، فلا يستطيع أن يهب حصة شائعة لا تتحقق فيها الحيابة، غير أن المشرع تدارك الوضع واستغنى فيها عن شرط الحيابة واستبدله بالإجراءات الإدارية والتوثيق في بعض الحالات وذلك من خلال ما أورده في نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>(2)</sup>

ج. شكلية الهبة:

اشترط المشرع الشكلية في عقد الهبة وذلك ما نص عليه في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على ضرورة مراعاة أحكام التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات وهنا إذا كان الشيء الموهوب عقاراً فاشتراط المشرع الرسمية في الكتابة، وكذا التسجيل والشهر العقاري.

أما فيما يخص محل وسبب عقد الهبة فيسري عليهما القواعد العامة المحددة بالقانون المدني كأى عقد آخر.<sup>(3)</sup>

ووضع المشرع شروط أخرى لانعقاد عقد الهبة وهي: الأهلية نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة اشترط في الواهب أن يكون

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 08.

(2) تنص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: ((إذا كان الواهب ولى الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة)).

(3) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 24.

- سليم العقل.

- بالغ تسعة عشرة (19) كاملة وغير محجور عليه.

أما بالنسبة للموهوب له، فقد أجازها المشرع حتى بالنسبة للجنين في بطن أمه بشرط أن يولد حيا وذلك حسب المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري ويتولى الهبة عنه وليه الشرعي قبل سن التمييز أما إذا كان مميّزاً فيقبلها بنفسه ما دام أنه يقوم بعمل يرجع عليه بالمنفعة.

وكذا خلو الرضا من العيوب وهي الغلط والتدليس والاستغلال وهذه تحكمها القواعد العامة المحددة بالقانون المدني.

### ثانيا: هبة الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع والآثار المترتبة عنها

جاء نص المادة 1/714 من القانون المدني الجزائري صريحا بقوله:

((كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تامًا، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)).

يقر المشرع بمقتضى هذه المادة ملكية الشريك التامة لحصته الشائعة لذلك أجاز له بأن يتصرف فيها كيف ما شاء، فوفقاً لهذه المادة يجوز للشريك المالك على الشيوع أن يهب حصته لشريك معه أو لأجنبي<sup>(1)</sup>.

فإذا وهب الشريك المشتاع حصته من العقار الشائع أو بعضها. وهي في حالة الشيوع انتقل ما وهبه إلى الموهوب له في حالة الشيوع وهي الحالة التي كانت عليها الحصة وهي ملك للواهب، فمن يهب رُبع العقار شائعا ينقل ملكية الربع في الشيوع إلى الموهوب له، ويصبح خلفاً خاصاً للواهب ويحل محله في الربع الشائع. فيصير مالكا لربع العقار في الشيوع مع باقي الشركاء.<sup>(2)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الهبة والشركة)، الجزء الخامس، ص125.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص73.

ويصح في القانون المدني هبة الحصّة الشائعة سواء كانت من واحد إلى إثنين أم العكس، وذلك لأنّه لا يشترط القبض عكس ما يشترطه فقهاء الحنفية وجانب من فقهاء المالكية، فيجوز هبة الحصّة الشائعة سواء كان المشاع محتمل القسمة أم لا. (1)

نميز في آثار هبة الشريك حصته من العقار الشائع ما يلي:

• آثار هبة الشريك لحصته الشائعة بالنسبة للواهب:

- الهبة تصرف ناقل للملكية، ففي حال وهب الشريك للموهوب له حصته الشائعة انتقلت ملكية هذه الأخيرة إلى الموهوب له، ويخرج الشريك الواهب من دائرة الشركاء ليصبح في عداد الغير، فلا يكون له الحق في أعمال إدارة العقار الشائع ولا الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالعقار الشائع، ولا يتمتع بأي حق لباقي الشركاء.

- وخروج الشريك الواهب من الشيوع يكون يقدر حصته التي وهبها ويبقى شريكاً بقدر ما تبقى. (2)

• آثار هبة الشريك لحصته الشائعة بالنسبة للموهوب له:

- حلول الموهوب له محل الشريك الواهب شريطة أن تتم كل الإجراءات القانونية اللازمة لانتقال الملكية من رسمية وتسجيل وشهر لأنّ الموهوب هو عبارة عن عقار، ويصبح الموهوب له مالاً للحصّة الشائعة بقوة القانون.

- يحل الموهوب له شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء فيكون له حقوق الواهب وعليه التزاماته.

- يصبح الموهوب له متقاسماً مع باقي الشركاء.

- يجوز له طلب القسمة ما لم يكن الشريك الواهب مقيد بعدم المطالبة بالقسمة مدة معينة.

- لا يحتج في مواجهته بالقسمة التي أجريت بين الشركاء إذا كان عقد الهبة سُجِّلَ قبل تسجيل القسمة.

- له الحق بالمطالبة بإجراء قسمة من جديد. (3)

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص58.

(2) المرجع نفسه، ص48.

(3) أحمد شوقي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص94.



• آثار هبة الشريك لحصته الشائعة من العقار في مواجهة باقي الشركاء:

إن هبة الشريك لحصته من العقار الشائع تصرف صحيح ونافذ في مواجهة الباقي فما على الشركاء إلا الالتزام باحترام تصرف شريكهم وتنفيذه بحسن نية وقبول الموهوب له شريكاً معهم. وإن كان حلول الموهوب له شريكاً يسبب لهم حرجاً فهم مكتوفو الأيدي ايزاء ذلك فلا يمكنهم التخلص منه برخصة الشفعة<sup>(1)</sup> لأنه كقاعدة عامة لا تجوز الشفعة في الهبة - حيث يتخلف المقابل - لأنّ الواهب قد رضي ووهب بالتخلي عن حصته من ملكه دون مقابل ولا اعتبارات شخصية للموهوب له. لذلك لا تجوز الشفعة حتى ولو أراد الشفيع أن يأخذ العقار لقيمته.

- غير أنه بعض التشريعات المقارنة يحيزون الشفعة في حال كان التصرف هبة بعوض إذا كان العوض كبيراً. ويلتزم الشفيع في مقابل الحلول محل الموهوب له قيمة العقار الحقيقية لا العوض المقرر مقابل الهبة.

- ورأي آخر يجيز الشفعة في عقد الهبة إلا إذا كانت صورية أي أنّ العقد هو بيع غير أنه استتر تحت غطاء الهبة. وعلى الشفيع في هذه الحالة أن يثبت بكلّ طرق الإثبات أنّ العقد صوري وموضوعه ليس هبة إنّما العقد الحقيقي هو عقد بيع ويأخذ عندئذ بالشفعة ويأخذ العقار بثمنه الحقيقي لا يقيمه العوض لأنّه في الغالب هذا العوض يكون غير متلائم وقيمة العقار الحقيقية.<sup>(2)</sup>

- غير أنّ الرأي الراجع وفي نظرنا نحن هو أن رخصة الشفعة تجوز إلا في عقد البيع ولا تجوز في باقي التصرفات سواء كانت بعوض أو لغير عوض وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري، أمّا في حالة الصورية أو ثبت الشفيع ذلك بكلّ طرق الإثبات فيجوز الشفعة.

(1) أحمد شوقي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص94.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص270-271.

### المطلب الثاني: التصرفات الناقلة للملكية في حال تصرف الشريك في كلّ العقار

إذا كان المشرع الجزائري قد تعرض لحق الشريك على الشيوع في التصرف في حصته الشائعة وجعله حقا مطلقا غير مقيد بنوع من التصرف كما جعله يتم لشريك على الشيوع أو الأجنبي عنه. مع الإبقاء على شرط عدم إلحاق الضرر لباقي الشركاء، فالوضع ليس نفسه في حالة التصرف في كلّ العقار الشائع.

حيث أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الحالة. لذلك نرى أنّ هذه الحالة تخضع للقواعد العامة للتصرف في الملكية الشائعة، ويمكن أن نقيس بعض الأحكام على ما تم دراسته في السابق.

لذلك سنتناول في هذا المطلب وباختصار ما يلي:

- بيع الشريك كلّ العقار الشائع والآثار المترتبة عن هذا البيع.
- هبة الشريك لكلّ العقار الشائع والآثار المترتبة عنها.

#### الفرع الأول: بيع الشريك كلّ العقار الشائع والآثار المترتبة عن هذا البيع

##### أولاً: بيع الشريك كلّ العقار الشائع

إنّ كلّ شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها شائعة أو مفرزة وهذا هو الأصل في الملكية العقارية الشائعة، غير أنّ هذا الشريك قد يُقدم على التصرف في كلّ العقار الشائع كبيعه مثلاً، فقد تحكّم ولأول وهلة أنّه إذا قام الشريك ببيع العقار كلّهُ أو باع جزء يفوق حصته الشائعة إنه باع ملك الغير فيما زاد على نصيبه ولا ينفذ البيع في مواجهة باقي الشركاء.<sup>(1)</sup>

وإنّ عدم تعرض المشرع الجزائري لحكم تصرف الشريك منفرداً في كلّ العقار الشائع فتح باب الخلاف بين الشراح، ففيهم من اعتبر ذلك خروجاً عن القواعد العامة ومخالف لها والبعض الآخر ذهب للقول إنّ الأمر ينطبق على التصرف في جزء مفرز من العقار وهذا اللفظ قد ورد في نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري وحجتهم إن لفظ جزء دون اشتراط تساوي

(1) وهاب عياد، (التصرف في ملكية العقار الشائعة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري الصالح، قسنطينة، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص49.

هذا الجزء مع حصة الشريك الشائعة، فقد يكون الجزء حصة الشريك الشائعة أو ما يفوقها أو العقار كله.<sup>(1)</sup>

ولمناقشة صحة هذه الآراء يتعين علينا دراسة صحة حكم بيع الشريك للعقار الشائع كله. ولدراسة حكم بيع الشريك للعقار الشائع كله علينا التمييز بين حالتين:

- الحالة الأولى: جهل المشتري أنّ البائع مالك على الشيوع.
- الحالة الثانية: حالة علم المشتري أنّ البائع شريك في العقار الشائع.

**الحالة الأولى: جهل المشتري أنّ البائع مالك على الشيوع.**

إذا باع الشريك العقار الشائع كله وكان المشتري يعتقد وقت البيع أنّ العقار مملوك كله للبائع ولا شريك له فيه، فإنّه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في العقار المبيع. ومن ثمّ يجوز له إبطال البيع للغلط في حصة الشريك البائع وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في حصص باقي الشركاء لأن بيع الشريك لهذه الحصص وهو بيع لملك الغير.<sup>(2)</sup> ويُفرق الأستاذ السنهوري بين هذه الحالة وبين الحالة التي يبيع فيه الشريك جزءاً مفرزاً من العقار الشائع، حيث لا يجوز للمشتري ان يطلب إبطال البيع في حصص باقي الشركاء لأنّه قد يردّ احتمال أن يقع كلّ الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع. أمّا في الحالة الأولى والتي نحن بصددّها فهذا الاحتمال منتفٍ لأنّ الشريك قد باع كلّ العقار الشائع وهو لا يملك فيه إلاّ النصف مثلاً، وكان هذا هو أساس قراره: ((إذا باع شريك كلّ المال الشائع، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أنّ المال مملوك للبائع وحده فإنّ البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرية، وفي حصص سائر الشركاء لأنّ بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير.))<sup>(3)</sup>

وقد نخالفه الرأي في نفيه وجود احتمال وقوع العقار كله في نصيب الشريك البائع لأنّ مالك على الشيوع فماذا لو كان الشريك البائع يملك هذا العقار مع مجموعة أخرى من العقارات وكلّها على الشيوع؟ فلربّما بعد القسمة سيقع هذا العقار كله في نصيبه ويصبح بيعه لهذا العقار

(1) مخازني فايضة، المرجع السابق، ص102.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص303.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص878.

صحيحاً ونافاً في مواجهة الشركاء لأنه صدر من مالك، وفقاً لنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري:

((يعتبر المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه. منذ أن أصبح مالاً في الشيوع، وأن لم يكن مالك على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى)). فالملكية خُصت للبائع بفضل الأثر الكاشف للقسمة.

غير أنه إذا أجاز المشتري البيع، لم يعد بإمكانه أن يطعن فيه بالإبطال على أساس الغلط ولا لأنه بيع ملك الغير وإنما يستطيع الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق.

### الحالة الثانية: حالة علم المشتري أن البائع مالك على الشيوع

في هذه الحالة يكون المشتري على علم أن البائع شريكاً في العقار الشائع، فليس له الحق في طلب الإبطال على أساس الوقوع في الغلط، لأنه في هذه الحالة المشتري اعتمد على أن البائع ستخلص له ملكية العقار كله لينقلها إليه.

فإن استطاع البائع أن يستخلص ملكية العقار كله وذلك عن طريق إقرار الشركاء للبيع أو اشتري حصصهم أو أنه كان قد حصل على وعد بالبيع من بقية الشركاء بعد انتهاء مدة البقاء في الشيوع المتفق عليها، فقد تحقق ما توقعه الطرفان وتنتقل ملكية العقار الشائع كلها للمشتري بالتسجيل.<sup>(1)</sup>

أمّا إذا لم يستطع البائع أن يستخلص ملكية العقار كله ووقع في نصيبه جزء مفرز من العقار المبيع عند القسمة، كان للمشتري الحق أن يأخذ هذا الجزء ولكن بسعر يتناسب ومساحة هذا الجزء، وإمّا أن يفسخ البيع بسبب تفرقة الصفقة.<sup>(2)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 303 - 304.

(2) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 102.

### ثانياً: آثار بيع الشريك كلّ العقار الشائع

ينجم عن بيع الشريك لكلّ العقار الشائع الآثار التالية:

• آثار بيع الشريك كلّ العقار الشائع بين طرفيه:

أ- حق المتصرف إليه (المشتري) طلب إبطال البيع:

1. تمتع المشتري بحق طلب إبطال البيع لغلط وقع فيه ناتج حاله جهله بالشيوخ واعتقاده أن البائع يملك العقار كاملاً. (1)
2. حق المشتري في طلب إنقاص الثمن على أساس أنّ السعر المتفق عليه وهو سعر كامل العقار، فيكون السعر الجديد هو سعر الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع المتصرف. (2)
3. يحل المشتري محل البائع بقدر الحصة الشائعة التي يملكها البائع فيكون للمشتري أن يساهم في أعمال الإدارة المعتادة ويعتد بصوته هو لا يصوت الشريك البائع وله الحق في الأحكام في دعاوى القسمة. (3)
4. حق المشتري في إجازة البيع: إذا علم المشتري بعدم ملكية البائع العقار كلّه واختار عدم المطالبة بإبطال البيع، بإجازته صراحة أو ضمناً بالسكوت عن طلب الإبطال لمدة معينة بقدر 5 سنوات قانوناً سقط حقه في ذلك ليأخذ حكم العالم بالشيوخ منذ وقت البيع. (4)
5. حق المشتري بالرجوع على الشريك البائع بضمان الاستحقاق<sup>(\*)</sup>: إذا أجاز المشتري البيع المنصب على كلّ العقار الشائع من أحد الشركاء، فإنّه يفقد حقه في طلب الإبطال لكنّه

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 878.

(2) المرجع نفسه، ص 878.

(3) جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 216.

(4) مخازني فايزة، مرجع سابق، ص 133.

(\*) إذا نجح الغير في تعرضه للمشتري ولم يستطع البائع دفع الضرر عن المشتري (لم يستطع دفع التعرض عينا واستحق المبيع للغير) هنا للمشتري الحق في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق لتعويضه عما لحق به من ضرر ((أنظر في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص ص 219-220)).

يستطيع الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر يستحق جزء من العقار الشائع.<sup>(1)</sup>

• آثار بيع الشريك كل العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء

يترتب عن بيع الشريك كل العقار الشائع عدة آثار في مواجهة باقي الشركاء:

1. حق المشتري بتنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتقه: لهم الحق في مطالبته بتحمل

كل المصاريف المتعلقة بالعقار الشائع وأساس هذا الحق هو حلول المشتري شريكًا مع باقي الشركاء.

2. عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف: من له الحق في طلب إبطال التصرف

هو المشتري إن كان واقعا في غلط أما الشركاء فحمايتهم تكمن في عدم نفاذ البيع في مواجهتهم.<sup>(2)</sup>

3. حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق: لتأكيد حقوقهم الشائعة في العقار الذي تم

بيعه واسترداده من تحت يد المشتري، غير أن الاستحقاق لا يجوز لهم إلا فيما تعلق بحصصهم لا بحصة شريكهم البائع.<sup>(3)</sup>

4. حق الشركاء في إقرار التصرف: هذا ما نصت عليه المادة 720 من القانون المدني

الجزائري ((للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ...)).

5. إمكانية ممارسة رخصة الشفعة: إنّ المشرع الجزائري وفي نص المادة 795 من

القانون المدني الجزائري يشترط في ثبوت حق الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي، هذا يطرح الإشكال: هل تثبت الشفعة في حال بيع كل العقار الشائع؟

بعض الشراح مالوا نحو عدم جواز حق الشفعة، وبعضهم الآخر يرى أن الحكمة من الشفعة موجودة لأن بيع الشريك لكل العقار الشائع ينفذ بقدر حصته في مواجهة باقي الشركاء لذلك أجازوا الشفعة في هذه الحالة.<sup>(4)</sup>

(1) مخازني فايضة، مرجع سابق، ص135.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص216.

(3) سوار محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص128.

(4) مخازني فايضة، المرجع السابق، ص139.

### الفرع الثاني: هبة الشريك لكل العقار الشائع والآثار المترتبة عنها

في الحقيقة إنّ عقد الهبة عقد ناقل للملكية مثله مثل عقد البيع. والهبة من العقود الشكلية التي تحتاج إلى الرسمية خاصة إذا تعلق الأمر بعقار أو بحقوق عينية عقارية. فإذا أقدم الشريك على الشروع بهبة كل العقار الشائع سواء لأجنبي أو لواحد من الشركاء فإن آثار هذا التصرف لا تختلف عما تناولناه في عقد بيع كل العقار الشائع، لذلك نميز بين حالتين هما:

#### أولاً: هبة الشريك لكل العقار الشائع

##### • الحالة الأولى: جهل الموهوب له أنّ الواهب مالك على الشيوع

في هذه الحالة إذا كان الموهوب له يعتقد وبحسن نية أنّ الواهب مالك للعقار ملكية مفرزة فإنّه بذلك قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات العقار الموهوب وهو بقبوله الهبة يكون قد حصل على ملك للغير دون مقابل لذلك يحق له طلب إبطال عقد الهبة بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين على الشيوع. ويصدق هذا الحكم إذا كان الواهب يملك عقاراً واحداً بالشيوع، أمّا على فرض أنّ الواهب يملك عدة عقارات على الشيوع، فاحتمال أن يقع العقار الموهوب في نصيب الواهب بعد القسمة ممكن لذلك في هذه الحالة تصبح الهبة صحيحة وناظفة في مواجهة باقي الشركاء. والحقيقة أنّ هذه الأحكام قررتها قياساً على ما تناولناه في عقد بيع كل العقار الشائع.

##### • الحالة الثانية: حالة علم الموهوب له أنّ الواهب مالك على الشيوع

إذا كان الموهوب له يعلم أنّ الواهب شريكاً على الشيوع في العقار الموهوب ورضي وقبل الهبة رغم ذلك فليس أمامه إلا الرضا بالجزء من العقار الذي سيقع في نصيب الواهب بعد القسمة هذا إن كانت الهبة بلا عوض.

أمّا إذا كانت الهبة بعوض وكان العوض كبير بحيث يقترب من ثمن العقار فإنّ الموهوب له ليس له الحق في طلب إبطال الهبة على أساس وقوعه في الغلط. إنّما عليه انتظار نتيجة القسمة والحصول على الجزء المفرز الذي سيؤول للواهب وليس له الحق في طلب الفسخ لعدم جوازه في العقود الملزمة من جانب واحد كالهبة وفقاً للقواعد العامة.

والحقيقة أنه توجد قلة في المراجع المتناولة لموضوع هبة العقار الشائع كله مما جعلنا نجري قياساً على ما تم ذكره في أحكام بيع كل العقار الشائع.

ثانياً: آثار هبة الشريك كل العقار الشائع

أ- آثار هبة الشريك كل العقار الشائع بين طرفيه

1. حق الموهوب له طلب إبطال الهبة لغلط وقع فيه ناتج عن حالة جهله بالشيوع وكان

يعتقد أن الواهب يملك العقار كله، وتظهر مصلحة الموهوب له في إبطال الهبة إذا

كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشرط أو التزامات.<sup>(1)</sup>

2. حق الموهوب له في إجازة الهبة: القاعدة العامة تقتضي أن حق الإبطال يزول بإجازة

من تقرر لمصلحته، فإذا أجاز الموهوب له الهبة وكان يعلم أن الواهب لا يملك العقار

كله فإن حقه في طلب البطلان يسقط سواءً لوقوعه في الغلط أو لأن الواهب قد وهب

ملك الغير.

3. حق الموهوب له في طلب إنقاص الالتزامات: إذا لم يقع في نصيب الواهب العقار

كله جاز للموهوب له إذا رغب في إمساك الجزء الذي وقع في نصيب الواهب أن

يطلب إنقاص الالتزامات إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشرط.<sup>(2)</sup>

4. حلول الموهوب له محل الواهب (الشريك المتصرف): يحل الموهوب له محل الواهب

يقدر الحصة الشائعة التي يملكها هذا الأخير، فالموهوب له أن يساهم في أعمال

الإدارة المعتادة وغير المعتادة، ويُعتدُّ بصوته هو لا بصوت الشريك الواهب.<sup>(3)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشركة)، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص126.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص878.

(3) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص216.



ب- آثار هبة الشريك كل العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء:

يترتب عن هبة الشريك المشتاع كل العقار الشائع آثاره عدة في مواجهة سائر الشركاء نذكر منها:

1. حق الشركاء مطالبة الموهوب له بتنفيذ كل الالتزامات: للشركاء الحق في مطالبة الموهوب له بتحمل كل الالتزامات المتعلقة بالعقار الشائع لحلوله محل الشريك الواهب. (1)
2. عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف: حماية الشركاء تكمن في عدم نفاذ الهبة في مواجهتهم، أما حق طلب إبطال التصرف فقد تقرر للموهوب له في حال وقوعه في غلط. (2)
3. إمكانية ممارسة رخصة الشفعة: بعض التشريعات تجيز الشفعة في حال كان التصرف هبة بعوض إذا كان العوض كبيراً ويلتزم الشفيع في مقابل الحلول محل الموهوب له بقيمة العقار الحقيقية لا العوض المقرر مقابل الهبة. (3)
4. حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق: لتأكيد حقوقهم الشائعة في العقار المتصرف فيه واستردادها من تحت يد الموهوب له لأنهم مازالوا ملاكاً لها. ولأنّ الهبة الصادرة من شريكهم أثناء الشبوع لا يمكن الاحتجاج بها عليهم. ولكن يجوز لهم طلب الاستحقاق فيما يتعلق بحصصهم فقط. (4)

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

(2) مخازني فايضة، المرجع السابق، ص 137.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 271.

(4) سوار محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 128.

## المبحث الثاني

## تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على حصته الشائعة وعلى كل العقار

## الشائع

الحقوق العينية هي إما حقوق عينية أصلية أو حقوق عينية تبعية وأهم الحقوق العينية الأصلية بعد حق الملكية هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر.

والحقوق العينية التبعية هي: الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق التخصيص وحق الامتياز.<sup>(1)</sup>

### المطلب الأول: تصرفات الشريك المترتبة لحق عيني على حصته الشائعة من العقار الشائع

وفي هذا المطلب سنحاول التطرق إلى تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على حصته الشائعة من العقار الشائع.

بالنسبة لترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة فسندرس حق الانتفاع فقط لأن حق الارتفاق يقتضي من صاحبه مباشرة أعمالاً على عقار مفرز من هنا فهو لا يرد على حصة شائعة.

أم حق الحكر فتستعصي طبيعة الشيوخ عليه فلا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق الحكر على حصته لأن هذا الأخير يقتضي البناء والغراس في أرض مفرزة.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة لترتيب حق عيني تبعي. فسيكون مجال دراستنا حق الرهن الرسمي وكذا حق الرهن الحيازي لأن كل من الرهن الرسمي والحيازي يتم بإرادة الشريك دون تدخل من القانون أو القضاء. أما حق الامتياز فيقرره القانون وحق التخصيص يقرره القضاء. وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب:

(1) محمد الصغير يعلي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق ونظرية القانون -، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص 103-114.

(2) عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 845.

- ترتيب الشريك حق انتفاع على حصته الشائعة من العقار الشائع.
- رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهناً رسمياً.
- رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهناً حيازياً.

### الفرع الأول: ترتيب الشريك حق انتفاع على حصته الشائعة من العقار الشائع.

((الانتفاع هو حق مؤقت لشخص على عين مملوكة للغير يخوله استعمالها واستغلالها والتصرف في منفعتها مدة الانتفاع طبقاً لما يقضي به سبب انشائه))<sup>(1)</sup>.

وهناك من عرفه على أنه ((حق عيني بمقتضاه، يكون للشخص أن يستعمل ملك غيره، ويستغله وينتهي حتماً بموت المنتفع))<sup>(2)</sup>

وبما أنّ الشريك على الشيوع يملك حصته ملكية تامة فله أن يتصرف فيها بحرية مطلقة ومن ثمّ جاز له أن يرتب على حصته حق انتفاع للغير دون الرجوع إلى الشركاء وطلب موافقتهم، ودون حاجة إلى انتظار إجراء القسمة على العقار الشائع، وصحة نفاذ ترتيب حق انتفاع على حصته الشائعة بالنسبة للمتصرف لأنّه مالك وهو من رتب الحق على حصته وصحته ونفاذه بالنسبة لبقية الشركاء فيرجع إلى أن ترتيب الشريك المتصرف لهذا الحق ليس فيه مساس بحقوقهم.<sup>(3)</sup>

وللشريك الحق أن يتنازل عن الانتفاع من حصته الشائعة لشخص آخر شريكاً كان أم أجنبياً، يمارس على الحصة الشائعة نفس ما كان يمارسه الشريك فلا يوجد ما يتعارض ونص المادة 714 من القانون المدني الجزائري.<sup>(4)</sup>

لكن يراعي أن حق الملكية الثابت للشريك المتصرف في مثل هذه الحالة، ينقسم إلى قسمين: حق ملكية الرقبة الثابت له وحق الانتفاع الثابت للمتصرف إليه. ومن ثمّ فإنّ كلّ منهما مقيد في

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص313.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص89.

(3) عقوني محمد، (الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2016 - 2017، ص167.

(4) مخازني فايزة، المرجع السابق، ص31.

تصرفه فلمالك الرقبة الحق فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة والحق في طلب القسمة والحق في التصرف.<sup>(1)</sup>

والمتصرف إليه والمنتفع فحقه يكمن في القيام بأعمال الإدارة المعتادة هذه الأخيرة فهي الوسيلة التي تمكن المنتفع من ممارسة حقه (الانتفاع والاستغلال)، وقد ينجر عنها مشاكل عدة تواجه الشركاء على الشيوخ والمستفيد من حق الانتفاع لما لها من ارتباط بالتسيير اليومي والمعتاد وكذلك أعمال الحفظ وقد نظم المشرع الجزائري أعمال الإدارة المعتادة في المادة 716 من القانون المدني الجزائري دون أن يُوجز تعريفها لها، لذا سندرج أهم تعريفات الفقه لمداول الإدارة المعتادة.

فقد عرفها البعض منهم: ((الإدارة المعتادة هي الأعمال التي لا ترمي إلى تغيير أساسي، أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع (كإيجار الأرض المشاعة أو زرعها))<sup>(2)</sup> وهناك من عرفها؛ بأنها ((كل الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال الشيء فيما أعد له بطبيعته والحصول على ثماره))<sup>(3)</sup>.

وتعريف آخر: ((هي كل الأفعال والتصرفات التي تهدف الانتفاع بهذا المال واستثماره، ومثلها إيجار الدار المشتركة وقبض أجرتها وصيانتها ودفع الضرائب المستحقة عنها))<sup>(4)</sup>.

من التعاريف الثلاثة يتجلى لنا أن أعمال الإدارة المعتادة هي أعمال مادية: كزراعة الأرض، وحفظ المحاصيل. وتصرفات قانونية: كتأجير الأرض وجلب العمال لخدمتها، وجلب الآلات اللازمة لزراعة الأرض وتوفير ما يساعد على نحو الزرع من أدوية ومبيدات للحصول على أوفر المحاصيل.

وقد أشارت المادة 846 من ((القانون المدني الجزائري أن ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع بقدر مدة انتفاعه)).

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 89-90.

(2) نقلا عن: عقوني محمد، المرجع السابق، ص 90-91.

(3) محمد عزمي البكري؛ القانون المدني، حق الملكية المواد 825 - 874، المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 75.

(4) محمد عقوني، المرجع نفسه، ص 91.

أي أنّ المنتفع يحصل على ثمار الشيء المنتفع به طوال مدة الانتفاع المتفق عليها، ويقدر الحصة التي يرد عليها حقه.

ومن التعريف السالف الذكر فإنّ حق الانتفاع، ينقضي في الأحوال الآتية:

1. انتهاء الأجل المتفق عليه بين الشريك المتصرف والمنتفع من الحصة الشائعة من العقار الشائع.

2. ينتهي بموت المنتفع وحتى إذا مات المنتفع قبل انتهاء الأجل ينتهي حق الانتفاع لأنّه لا يورث.

3. ينتهي بعدم استعماله 15 سنة وفقا للمادة 854 من القانون المدني.

4. ينتهي بهلاك الشيء.<sup>(1)</sup>

من الحالة الأولى فإنّ حق الانتفاع ينقضي بانتهاء الأجل المتفق عليه بين الشريك المتصرف والمنتفع في الحصة الشائعة من العقار الشائع، ولأنّ مجال دراستنا هو حصة الشريك الشائعة من العقار الشائع، فإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوخ تعود الملكية كاملة إلى الشريك المتصرف صاحب حق الرقبة، لكن ماذا لو بقي حق الانتفاع قائماً بعد إجراء القسمة أو انقضاء الشيوخ في هذه الحالة ما مصير حق الانتفاع بعد القسمة؟

أنّ المشرع الجزائري لم يأت ينص يبين فيه حكم هذا الافتراض وحتى أن شراح القانون لم يساهموا تبيان مصير حق الانتفاع بعد القسمة فذهب جُلهم بتطبيق الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي في حق الانتفاع بالقياس بما ورد في نص المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري التي مفادها أنّه في الحالة التي يختص بها الشريك الراهن على أعيان غير التي رهنها، فإنّه ينتقل الرهن بمرتبته إلى ما اختص به من أعيان بإعمال فكرة الحلول العيني، وبما أنّ طبيعة حق الانتفاع تختلف عن طبيعة الرهن فلا يمكن أن يطبق هذا الحكم في حال ترتيب حق الانتفاع. ولنعتي مثالا نوضح فيه ذلك:

(1) محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 105.

• شريك يملك قطعة أرض فلاحية ومصنع على الشيوع وقام الشريك بترتيب حق انتفاع على الأرض، ويعد إجراء القسمة وقع في نصيبه المصنع في حين أن حق الانتفاع لا زال قائماً ولم تنته آجاله فإنه لا يمكن أن يؤول حق المنتفع إلى الجزء الذي آل للشريك بعد القسمة لأن الغرض من ترتيب حق الانتفاع هو الانتفاع بقطعة الأرض الفلاحية ويتم ذلك بغرسها و.... و.... وبذلك ينتفع بما سيحصده ويجمعه منها.

فإذا طبقنا فكرة الحلول العيني وانتقل حق المنتفع إلى الانتفاع من المصنع فكون قد غير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى ما لم يذهب إليه، ولا يمكن إن شاء حقوق والتزامات لم تذهب نية المتعاقدين إلى ترتيبها وعلى هذا الأساس فإن مصير حق الانتفاع بعد إجراء القسمة يترتب حسب حالات أربع وهي:

- **الحالة الأولى:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بالحصصة التي رتب عليها التصرف بعد إجراء القسمة.
- **الحالة الثانية:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع حصّة أخرى غير التي رتب عليها التصرف.
- **الحالة الثالثة:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بجزء مفرز من نفس العقار الذي رتب عليه التصرف.
- **الحالة الرابعة:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بكامل العقار الذي رتب على حصّة منه التصرف.<sup>(1)</sup>

وستنطبق لكل حالة على حدى:

- **الحالة الأولى:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بالحصصة التي رتب عليها التصرف بعد إجراء قسمة العقار الشائع أي وقوع الجزء الوارد عليه حق الانتفاع في نصيب الشريك المتصرف. هنا يستمر عقد الانتفاع على نفس الجزء المفرز بعدما كان حصّة شائعة قبل القسمة بموجب الأثر الكاشف للقسمة أصبح محل حق الانتفاع مفرزاً بعدما كان شائعاً...

(1) عقوني محمد، المرجع السابق، ص 169 - 171.

• **الحالة الثانية:** اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع لعين أخرى غير التي رتب عليها حق الانتفاع؛ وهذه الحالة ترد على مجموع من المال الشائع يتكون من عدة عقارات، فيرتب الشريك عقد الانتفاع لصالح الغير على إحدى هاته العقارات. مثلاً أن يملك الشريك على الشيوخ أرض فلاحية ومبنى ومصنع. فيرتب حق الانتفاع على الأرض الفلاحية فقط وبعد القسمة يقع في نصيبه المصنع والمبنى. في هذه الحالة ينتهي السبب المنشأ للعقد والتي دعت إليه نية المتعاقدين، وعليه فإنّ هذا التصرف ينقض بانقضاء سبب التعاقد بين طرفيه يعد إجراء القسمة.

- ويردُ الشريك صاحب الرقبة في عقد الانتفاع الثمن الزائد عن المدة التي تمّ الانتفاع بها إلى المنتفع ولا يستمر حق الانتفاع إلاّ بعقد جديد.

• **الحالة الثالثة:** اختصاص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار المرتب عليه حق الانتفاع؛ هنا تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي كما نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 890 من القانون المدني، وعليه ينتقل حق الانتفاع إلى الجزء الذي آل للشريك المتصرف (صاحب الرقبة) في حق الانتفاع بمقتضى القسمة. فيتركز حق المنتفع على ما اختص به الشريك المتصرف، ومثال ذلك عندما يكون الشريك مالكاً على الشيوخ قطعة أرض ورتب على الحصة التي يستغلها عن طريق المهاية المكانية عقد انتفاع وعند إجراء القسمة اختص بجزء من قطعة الأرض غير التي رتب عليها التصرف، ففي هذه الحالة ينتقل محل التصرف إلى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك صاحب الرقبة.

• **الحالة الرابعة:** في حال اختص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بكامل العقار الذي رتب على حصة منه التصرف؛ هنا لا يشمل عقد الانتفاع إلا ما يقابل مقدار الحصة الشائعة المنتفع بها ولا يمتد التصرف ليشمل العقار كلّه.

فقد يقع العقار كلّه، أو جزء مفرز منه أكبر من قيمة الحصة المرتب عليها حق الانتفاع في نصيب الشريك المتصرف. كما لو كان الشريك المتصرف يملك على الشيوخ قطعة أرض وبعد القسمة اختص بقطعة الأرض كاملة، فإنّ التصرف في هذه الحالة يترتب في حدود الحصة ولا يمتد إلى كامل قطعة الأرض، فإذا كان المنتفع ينتفع بنصفها لا يكون له الحق في الانتفاع بها كاملة، إلاّ بوجود اتفاق جديد.

هذه الحالات هي من رأي الدكتور محمد عقوني، لكن ربما قد غفل عن حالة ألا وهي:

- اختصاص الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بحصة تكون أقل من الحصة الشائعة التي رتب عليها هذا الحق...؟

وقد اتجه جُل الفقهاء إلى أن مصير حق الانتفاع بعد القسمة إذا بقي قائماً لا يغدو من ترتيب حالتين اثنتين فقط:

- **الحالة الأولى:** هي وقوع الجزء الوارد عليه حق الانتفاع في نصيب الشريك صاحب الرقبة لحق الانتفاع فهذا الأمر لا يثير أي إشكال فيستمر عقد الانتفاع على نفس الجزء المفرز بعدما كان حصة شائعة قبل القسمة.

- **الحالة الثانية:** في حال قسمت العين (العقار الشائع) وانقضى الشيوخ وبقي حق الانتفاع قائماً ووقع في نصيب مالك الرقبة جزء مفرز غير الذي رتب عليه حق الانتفاع. فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء وذلك إعمالاً بنص المادة 853 من القانون المدني الجزائري والتي تنص ((ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقابل قيمته (...)).

أي الأخذ بفكرة الحلول العيني.<sup>(1)</sup>

- أما رأينا الشخصي فهو يتوافق ورأي الدكتور محمد عقوني كون الحالات التي أوردها في تحديد مصير حق الانتفاع إذا بقي قائماً وانقضى الشيوخ هي حالات موجودة فعلاً فرضها علينا الواقع العملي وليست مجرد دراسات نظرية.

### الفرع الثاني: رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهناً رسمياً

عرفت المادة 882 من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي:

((أنه عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)).

(1) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص846/ جمال خليل النشار، تصرف الشريك وأثره على باقي الشركاء، ص90 - 91.



وهكذا من نص المادة فالرهن الرسمي ينشأ بعقد يكون بموجبه للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار المرهون لاستيفاء دينه عند حلول الأجل بالتنفيذ عليه متقدماً على الدائنين التالين له في المرتبة حتى ولو كان هذا العقار في يد شخص آخر عثر المدين الراهن، وعقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية إذ لا يكفي لانعقاده رضا المدين دائماً يلزمه ورقة رسمية أو حكم قضائي أو بمقتضى القانون والمراد بالرسمية هي تنبيه المدين بخطورة العقد فقد تنزع ملكيته لوفاء الدين، وهو يرد إلا على العقار.<sup>(1)</sup>

ويشترط في الرهن الرسمي ما يلي:

1. أن يرد الرهن الرسمي على عقار.
  2. أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون.
  3. أن يكون الراهن أهلاً للتصرف.
  4. أن يكون العقار المرهون مما يصلح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني.
  5. أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً المادة 886 من القانون المدني الجزائري.<sup>(2)</sup>
- وتحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلياً أو احتمالياً.
- وينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، وإذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ينقضي حق الرهن على العقار.<sup>(3)</sup>
- للشريك في العقار الشائع أن يرهن حصته الشائعة هذا الحق أساسه المادة 714 من القانون المدني الجزائري.

وبما أنّ حصة الشريك هي عقار. فيجوز له أن يرهنها رسمياً ضماناً لدين في ذمته أو في ذمة الغير.

(1) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 40.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية، الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 31.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 190.

- ورهن الشريك لخصته الشائعة تصرف صحيح ونافذ في مواجهة باقي الشركاء لأنه تصرف في حدود حقه، كما يجوز له رهنها لشريك معه أو لأجنبي دون أن تتوقف صحة الرهن على إجازة باقي الشركاء، أو على نتيجة القسمة لأن طبيعة الرهن الرسمي لا تشترط الحيابة لنفاذه ضد الغير فإذا باع الشريك حصته الشائعة إلى مشترٍ فإن ملكية الحصّة الشائعة تنتقل إلى هذا المشتري مثقله بالرهن.<sup>(1)</sup>

إلا أن يجب التفرقة في هذا الصدد بين حالتين:

• الحالة الأولى:

هي أن يحل أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن الرسمي قبل قسمة العقار ولم يقم المدين الراهن بالوفاء، ففي هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن على العقار (الحصّة الشائعة المرهونة) ويكون التنفيذ جبرياً ببيع الحصّة المرهونة بالمزاد العلني، ويحل من رسا عليه المزاد محل الشريك الراهن ويستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن البيع، ولا يحرم الدائن المرتهن من هذا الحق بحجة الانتظار إلى نتيجة القسمة.<sup>(2)</sup>

وقد نتساءل هل للدائن المرتهن الحق في طلب ابطال الرهن لوقوعه في غلط كونه كان يعتقد أن المدين الراهن يملك حصته ملكية مفرزة ثم تبين أنه يملكها على الشيوع؟ هنا اختلف الفقه في إعطائه الحق في طلب الابطال أم لا:

- الرأي الأول:

يرى هذا الجانب من الفقه أنه ليس من حق الدائن المرتهن أن يطلب ابطال الراهن كونه وقع في غلط لاعتقاده أن المدين الراهن يملك العقار ملكية مفرزة لا شائعة، مستدلين في ذلك إلى أن حق الابطال المشار إليه في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري، مقصور على التصرف في حصّة مفرزة لا شائعة.<sup>(3)</sup>

(1) محمد عقوني، (رهن الشريك لخصته الشائعة في عقار رهنا رسمياً)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر، جانفي 2014، ص525.

(2) جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص92.

(3) محمد عقوني، المرجع نفسه، ص526.

- الرأي الثاني:

يرون أنّ للدائن المرتهن الحق في طلب ابطال الرهن لأنّ المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري تقول:

((إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار او جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان ...)).

فهذه المادة وإن كان المشرع قرر فيها الحلول العيني، إلاّ أنّه لم يقصد الخروج على حكم القواعد العامة المتعلقة بالغلط والتي نصت عليها المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري.

غير أنّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول لأنّ المشرع الجزائري في نص المادة 2/714 قاصر على تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع وعند انتهاء الشيوخ بالقسمة وقع في نصيبه جزء غير الذي رتب عليه التصرف، فمن حق الدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن إذ كان يعتقد أنّ الدائن الراهن عين العقار مفرزاً ومن ثمّ لا يطبق حكم هذه المادة على تصرف الشريك في حصته الشائعة.<sup>(1)</sup>

وحماية المشرع للدائن المرتهن لاستيفاء دينه هي تمكينه التنفيذ الجبري على الحصة الشائعة ببيعها بالمزاد العلني.

• الحالة الثانية: ينقضي الشيوخ قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن، في هذه الحالة

ما مصير رهن الحصة الشائعة بعد القسمة؟

الأمر هنا لن نخرج عن أحد الاحتمالات الآتية:

1. أن يقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من العقار الشائع.
2. يقع العقار كلّّه في نصيبه.
3. يختص بعقار آخر غير الذي رهنه.
4. إمّا أن يختص بمنقولات.
5. إمّا أن يختص بمبلغ من النقود.<sup>(2)</sup>

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 93.

(2) طالبي محمد، المرجع السابق، ص 44.

## الاحتمال الأول: أن يقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من العقار الشائع

إذا وقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من العقار الشائع مساوياً لحصته الشائعة فإنّ حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء الذي آل للمدين الراهن بعد القسمة وبنفس مرتبة الرهن، وقد اتفق كلّ الشراح على هذا الانتقال غير أنّهم اختلفوا في أساس هذا الانتقال هل هو الحلول العيني أم أثر طبيعي للقسمة؟

الرأي الأول: يرى أن أساس الانتقال هو الحلول العيني: أنّ الشريك إذا رهن حصته الشائعة، فإنّ هذا الرهن قاصر على هذه الحصة وليس على العقار ككلّ فإذا تمت القسمة ووقع جزء مفرز من هذا العقار في نصيب الشريك الراهن فهذا الجزء يعتبر شيئاً آخر غير الحصة الشائعة وبذلك يحل هذا محل الحصة الشائعة حلولاً عينياً.<sup>(1)</sup>

حجة أصحاب هذا الرأي: أنّ حلول الجزء المفرز محل الحصة الشائعة هو بمقتضى أثر الحلول العيني، وليس بمقتضى أثر القسمة، لأنّ القسمة تقررت على الملكية محل الرهن، وليس على الرهن نفسه، فالدائن المرتهن لم يكن شريكاً في الشيوع، وورود القسمة على الملكية وهي في نفس الوقت محل الرهن أدى إلى تغيير المحل بحلول جزء مفرز محل حصته الشائعة، وهذا هو الحلول العيني.<sup>(2)</sup>

الرأي الثاني: يرى أن أساس انتقال حق الدائن المرتهن على الجزء المفرز هو الأثر الطبيعي للقسمة: إنّ حق الدائن يتركز قبل القسمة على نسبة رمزية تعادل حصة الشريك الراهن ولا يتركز على جزء مفرز، فإذا تمت القسمة كان مقتضاها وأثرها الطبيعي يتمثل في تحقيق تطابق مادي ومعنوي بالنسبة لحق الشريك المشتاع ويكون ذلك بإفراز جزء من الملك المشاع ليكون ملكاً خالصاً للشريك وإن وظيفة الأثر الكاشف للقسمة هي تركيز حق الشريك الراهن على الجزء المفرز الواقع في نصيبه. ومن ثمّ يكون هذا الجزء المفرز هو الذي يرد عليه حق الدائن المرتهن حيث أنّه قبل القسمة كان حقه يرد على حصة رمزية من العقار الشائع بنسبة حصة الشريك الراهن وليس في هذه المطابقة أي حلول عيني إذ هي عملية القسمة ذاتها.<sup>(3)</sup>

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 97.

(2) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 186 - 187.

(3) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 98 - 99/ انظر محمد عقوني، المرجع السابق، ص 184 - 187.

### الاحتمال الثاني: يقع العقار كله في نصيب الشريك الراهن

قد يقع في نصيب الشريك الراهن جزءاً مفرزاً من نفس العقار يزيد عن مقدار حصته أو يقع العقار الشائع كله في نصيب الشريك الراهن، فهنا يذهب بعض الفقهاء للقول أنّ حق الدائن المرتهن يظلّ وارداً على حصة شائعة من العقار الذي آل للراهن تساوي الحصة التي كانت محلاً للرهن.<sup>(1)</sup>

ويبررون ما ذهبوا إليه بالقول أنّ امتداد الرهن إلى كلّ العقار قد يؤدي إلى الإضرار بباقي دائني الراهن دون وجه حق، إذا ما وجدوا وكذلك قد يضر بالشريك الراهن إذا أراد الاستفادة من بقية العقار برهنه أو بترتيب حق عيني آخر عليه.<sup>(2)</sup>

في حين أن جانب آخر من الفقه يرى أنّ الرهن ينتقل إلى كلّ ما آل للشريك الراهن سواء كان العقار كله أو جزء مفرز يزيد عن مقدار حصته الشائعة المرهونة حتى عند عدم وجود اشتراط امتداد الرهن إلى كلّ العقار. وأدلة أصحاب هذا الرأي ما يلي:

- لا مجال لبقاء الرهن وارداً على حصة شائعة بعد انقضاء الشيوخ بالقسمة.
- وامتداد الرهن إلى كلّ ما آل للشريك الراهن لا يضر بحقوق باقي الدائنين إن وجدوا.
- في حال بقاء الرهن على الحصة الشائعة وياعها المرتهن فعل يعتبر الراسي عليه المزداد شريكاً مع الراهن، مع العلم أن الشيوخ لا ينشأ بحكم قضائي.<sup>(3)</sup>

ونحن نتفق مع من كان رأيهم عدم امتداد الرهن إلى كلّ العقار بل يبقى منصبا على قدر منه بما يعادل الحصة المرهونة الشائعة، لأنه فيه حماية للدائن المرتهن لاستيفاء دينه وحماية للدائنين الآخرين إن وجدوا ولا يحرم الراهن من حقه إذا أراد رهن الباقي من العقار.

(1) طالبي محمد، المرجع السابق، ص44.

(2) محمد عقوني، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسمياً، المرجع السابق، ص527.

(3) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص95.

## الاحتمال الثالث: أن يختص الشريك الراهن بعقار غير الذي رهنه

قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن، لا العقار الذي رهن فيه حصته الشائعة ولا جزء منه، وإنما يقع في نصيبه عقار آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوق في نصيب الشريك الراهن.<sup>(1)</sup>

والمشرع الجزائري نص على هذه الحالة وبين حكمها في نص المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري:

((وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً 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)).

وهذا هو الحل العيني، ولولا تجسيد وإعمال فكرة الحل العيني. ل قيل أن الرهن الصادر من الشريك على العقار الذي لم يختص به، تصرف صادر من غير مالك لهذا العقار من مبدأ الأمر.

فيكون بذلك هذا التصرف قابلاً للإبطال ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون، أما العقار الآخر الذي اختص به الشريك الراهن، فيعتبر أنه لم يسبق رهنه من هذا الشريك وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار.<sup>(2)</sup>

وعلى الدائن المرتهن إذا أراد أن يصون حقه في الاحتفاظ بمرتبة رهنه أن يتبع الإجراءات التي نصت عليها المادة 890 من القانون المدني الجزائري في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول.<sup>(3)</sup>

(1) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 190.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات العينية والشخصية) الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 329.

(3) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 192.

والإجراءات التي يتبناها الدائن المرتهن تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمراً على عريضة يخول له إجراء قيد جديد ويعين في هذا الأمر القدر الذي آل إلى الراهن بموجب الحلول العيني، فإذا وقع في نصيبه عقار آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول، انتقل الرهن إلى كلّ هذا العقار، ويبين ذلك في الأمر على عريضة، أمّا في حال وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر يزيد في القيمة عما رهنه في العقار الأول فإنّ الزيادة تقطع وينصب الرهن على جزء مفرز يعادل قيمة الرهن ويستعان بذلك بخبير.

ويبين ذلك في الأمر على عريضة، وإنّ المشرع قصد بهذا توفيق الأوضاع بين كلّ من الدائن المرتهن والراهن وحسم كلّ خلاف سيحدث بينهما.

ويجب أن يتم القيد الجديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن تسجيل القسمة الدائن المرتهن فقد يكون الإخطار من طرف الشريك الراهن أو الشريك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون آنفاً ولم يحدد القانون كيفية الإخطار، فيصح أن يكون عن طريق المحضر القضائي أو برسالة مسجلة أو غير مسجلة، بل يصح أن يكون حتى إخطاراً شفويّاً على أن يثبتته من قام به.

فإذا اتبع الدائن المرتهن الإجراءات هذه وأجرى القيد خلال تسعين يوماً (90) بعد إخطاره احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيّد أول مرة أمّا إذا تراخى في القيد وانقضت هذه المدة، فلا يسقط حقه في انتقال الرهن على الأعيان الأخرى، وإنّما تسقط مرتبته التي اكتسبها من قبل. والرهن الجديد تكون مرتبته من تاريخ القيد الجديد، ويتقدم على هذا الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر يكون الشريك الراهن قد رهن له العقار بعد القسمة وقيد الدائن المرتهن الآخر رهنه قبل قيد الرهن الأول.<sup>(1)</sup>

رغم أنّ المذكرة اقتصرت على تناول أحكام وآثار تصرف الشريك في عقار شائع فلا بأس أن نعرض على الاحتمالين الباقيين ولو باختصار احتمال أن يختص الشريك الراهن بمنقول واحتمال أن يختص بمبلغ من النقود.

(1) أنظر: محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 192 - 193 / جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 100 - 101.

### الاحتمال الرابع: اختصاص الشريك الراهن بمنقولات

يرى جانب من الفقه أنه إذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول فإنّ الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنّه وقع في نصيب شريك آخر لم يتعاقد معه، ولا ينتقل الرهن إلى هذا المنقول لأنّ المنقولات لا تصح أن تكون محلاً للرهن الرسمي ونتيجة للقسمة يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن.<sup>(1)</sup>

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أنّ الرهن يبقى ويتحول من رهن رسمي إلى رهن حيازي طبقاً لفكرة الحلول العيني ويحتفظ الدائن المرتهن بنفس مرتبته حسب القيد الذي أجراه على الرهن الرسمي وله الحق أن يطلب من القاضي إصدار حكم بتسليمه المنقول ليحوزه.<sup>(2)</sup>

### الاحتمال الخامس: أن يختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود

إذا آل الشريك الراهن مبلغ من النقود بعد القسمة، فإنّ الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود، أما إذا لم يكن أجل الدين حالاً جاز له أن يطلب إيداع هذه النقود إلى أن يحل الأجل.<sup>(3)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات العينية والشخصية)، الجزء العاشر المرجع السابق، ص331.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن (المرهون، الامتيازات والاختصاص)، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1994، ص ص62 - 63.

(3) طالبي محمد، المرجع السابق، ص46.



الفرع الثالث: رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهنا حيازياً

أولاً: الرهن الحيازي:

عرفته المادة 948 من القانون المدني الجزائري على أنه:

((الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمان لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.))

وخصائص الرهن الحيازي أنه عقد رضائي ملزم لجانبين فهو ينعقد بمجرد تبادل القبول والإيجاب وتطابقهما دون حاجة إلى التسليم لأنّ هذا الأخير أصبح مجرد التزام لا ركن<sup>(1)</sup>، فقبل التسليم يتم الرهن الحيازي ويترتب الحق العيني، ويستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على العين المرهونة باعتباره دائناً مرتهاً<sup>(2)</sup>.

ويجوز للشريك رهن حصته الشائعة من العقار الشائع رهنا حيازياً:

- مادام الشريك يملك حصته من العقار الشائع ملكية تامة وله أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات ناقلة للملكية أو مرتبة لحق عيني أصلي أو تباعي، والرهن الحيازي من هذه التصرفات فيجوز إذا للشريك أن يرهن حصته من العقار الشائع رهناً حيازياً.

وبما أنّ الرهن الحيازي يلزم وجوب أن يحوز الدائن المرتهن الشيء المرهون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 951 من القانون المدني الجزائري:

((على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان.))  
فالحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازي على الغير.

فهل يمكن تحقيق الحيازة للحصة الشائعة؟

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 740 - 741.

(2) طالبي محمد، المرجع السابق، ص 50.

للإجابة على السؤال سنعرض الحالات التي يمكن أن تتحقق فيها حيازة الحصة الشائعة المرهونة وبذلك يصبح الرهن الحيازي نافذ في مواجهة الغير.

### الحالات هي:

1. اتفاق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم العقار الشائع إلى أحد الشركاء أو إلى أجنبي، فيحوزه بصفته عدلاً بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة، وبصفته مديراً بالنسبة لباقي الحصص.<sup>(1)</sup>
  2. اتفاق الشركاء على وضع العقار المشترك تحت يد الدائن المرتهن، ومن ثمّ فهو يحوز حصته الشائعة بصفته دائناً وبالنسبة لباقي الحصص بأي صفة أخرى (مديراً، مستأجراً أو وكيلًا).
  3. في حالة أن يكون العقار الشائع قد قُسمَ قسمة مهايأة باتفاق الشركاء وتمكين الدائن المرتهن من حيازة جزء يعادل قيمة الحصة الشائعة المرهونة.<sup>(2)</sup>
- مما سبق فإنّ الدائن المرتهن يتمكن من حيازة الحصة الشائعة من العقار إلا في الحالات الآتية الذكر، فيصبح الرهن نافذاً في حق الشركاء دون انتظار نتيجة القسمة فتكون للدائن المرتهن إذا حل أجل الوفاء بالدين قبل القسمة ولم يوف المدين الراهن بالدين التنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها بالمزاد العلني وفق ما يتطلبه القانون، واقتضاء دينه بالأولوية من ثمن البيع. ولأنّ حكم هذا التصرف يطبق عليه نفس الأحكام المتعلقة بترتيب الرهن الرسمي في حلول أجل الدين قبل القسمة فإننا سنتجنب التكرار بعدم إعادة من ذكرناه سابقاً. وسنتطرق فقط إلى مصير رهن حصة الشريك الشائعة رهناً حيازياً في حالة إجراء القسمة واقتضاء الشيوخ قبل حلول أجل الدين المضمون.<sup>(3)</sup>

(1) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 207.

(2) جمال خليل المنشار، المرجع السابق، ص 114.

(3) محمد عقوني، المرجع السابق، ص 207 - 208.

مصير رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهناً حيازياً بعد القسمة قبل حلول أجل الدين المضمون:

إنه بعد إجراء القسمة قبل حلول أجل الدين المضمون، فإن حق الدائن المرتهن سينصب حتماً على نصيب المدين الراهن بعد القسمة، وقد يكون نصيبه إحدى الفروض التي ذكرناها في رهن الشريك حصته الشائعة رهناً رسمياً وهي:

1. إما أن يختص الشريك الراهن بكل العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه.
2. إما أن يختص بجزء مفرز.
3. إما أن يختص بعقار آخر غير الذي رهنه.
4. إما أن يختص بمنقول.
5. إما أن يختص بمبلغ من النقود.

فإنه بالنسبة للفروض (1) والثاني (2) والرابع (4) والخامس (5): فيكون لهم نفس الحكم في حالة ترتيب الرهن الرسمي على حصة الشريك الشائعة من العقار الشائع وقد تطرقنا إلى مصير الرهن في كل فرض من الفروض الأربعة.

غير أن الجدل الفقهي كان في ما يخص الفرض الثالث (3) وهو اختصاص الشريك الراهن بعقار غير الذي رهنه.

فالنسبة للرهن الرسمي فقد جاء نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري يبين حكم هذه الحالة بتطبيق فكرة الحلول العيني، أما بالنسبة للرهن الحيازي فلم يوجد نص يبين هذا الحكم، فهل من الممكن تطبيق نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري على الرهن الحيازي؟

فانقسم الفقه إلى اتجاهين: (1)

- **الاتجاه الأول:** يرى عدم تطبيق نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري على الرهن الحيازي، معللين رأيهم بأن المادة قد أوردت حكماً استثنائياً يخالف القواعد العامة، والاستثناء لا يجب التوسع في تفسيره وتطبيقه على الرهن الحيازي. (2)

(1) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص174.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص115.

فإذا أخذنا بهذا الرأي وجب استبعاد نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري وعدم تطبيقها على الرهن الحيازي ويجب تطبيق القواعد العامة.

ومقتضى هذه القواعد هو:

أنه إذا رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهناً حيازياً فإن هذا الرهن يكون صحيحاً غير أنه يكون مرتبطاً بنتيجة القسمة، فإذا وقع في نصيب الشريك الراهن الحصة التي رهنها فإن الرهن ينصب عليها. أما إذا وقع في نصيبه حصة أخرى غير التي رهنها من نفس العقار أو عقار آخر، فإن الرهن لا ينفذ في حق من اختص بالحصة المرهونة إلا إذا أقره، لأنه يكون واقعاً على ملك الغير، كما أن الرهن لا ينتقل إلى ما آل للشريك الراهن بعد القسمة.<sup>(1)</sup>

وبالتالي الرهن الحيازي ينقضي لصدوره من غير مالك نتيجة الأثر الرجعي للقسمة وعدم تطبيق نظرية الحلول العيني.

• **الاتجاه الثاني:** وهو اتجاه أغلبية الفقهاء إذ ذهبوا إلى تطبيق ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري على الرهن الحيازي بالقياس وبذلك الأخذ بالأحكام التي نص عليها المشرع وتطبيق فكرة الحلول العيني وبذلك ينتقل الرهن الحيازي إلى حصة الراهن المفردة بعد القسمة.

ومن ثم على الدائن المرتهن أن يقوم بالإجراءات المتعلقة بإجراء قيد جديد وهي إجراءات قد ذكرناها في الرهن الرسمي لا داعي لإعادتها.<sup>(2)</sup>

- وقد رجح الدكتور جمال خليل النشار رأي الفريق الثاني والقائل بتطبيق أحكام المادة 890 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها المادة 1039 من التقنين المدني المصري على الرهن الحيازي، وذلك طبقاً للحلول العيني والذي ذهب إليه كثير من الشراح.

غير أن الدكتور محمد عقوني أخذ بما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول حيث برر موقفه هذا على أن المشرع الجزائري عند تناوله الأحكام التي تنظم الرهن الحيازي، أحال في المادة 950 من القانون المدني الجزائري ما يسري إلى أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي، في حين لم يضم المشرع المادة 890 مع نصوص المواد التي

(1) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 115 - 116.

(2) محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 209.

أحال إليها، مما يعني أنه قصد إبعاد الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي المذكورة في نص المادة 890 والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني.

وهو ما يستوجب في هذه الحالة تطبيق الأحكام على مصير الرهن الحيازي في حال اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير الذي رهن فيه حصته الشائعة.

ونحن نتفق مع رأي الدكتور محمد عقوني لأن دراستنا هي تصرفات الشريك في العقار الشائع وفق التشريع الجزائري وقد اهتدى إلى الآخذ بما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من خلال تحليله لنصوص مواد أوردتها المشرع الجزائري واستنبط من روحها ما قصده المشرع الجزائري.

### المطلب الثاني: تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على كل العقار الشائع

قد يقدم الشريك على القيام بترتيب حق عيني على كل العقار الشائع سواء كان الحق العيني أصلياً أو تبعياً لذلك سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى رهن الشريك لكل العقار الشائع وإلى ترتيب حق ارتفاق على كل العقار الشائع وفي الأخير ترتيب الشريك حق انتفاع على كل العقار الشائع.

#### الفرع الأول: رهن الشريك كل العقار الشائع

لا يعتبر رهن الشريك كل العقار الشائع رهناً لملك الغير لأن الشريك الراهن يملك حصة شائعة في هذا العقار، ورهنه لكل العقار تصرف صحيح بين طرفيه منتجاً لكافة آثاره، غير أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء إذ يحق لهم رفع دعوى الاستحقاق في مواجهة الدائن المرتهن ويظل مصير الرهن متوقفاً على نتيجة القسمة.<sup>(1)</sup>

كما يجوز للدائن المرتهن طلب إبطال الرهن على أساس الغلط في ملكية الشريك الراهن إذا كان لا يعلم أن حق المدين الراهن قاصر على حصته فيه فقط، إما إذا كان عالماً بوجود شركاء آخرين فهو بالخيار بين:

- أولاً: وله أن يطلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على المدين الراهن لعدم تنفيذه ما التزم به في العقد.

(1) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996، ص 197.

• ثانياً: انتظار القسمة

فإذا حصلت القسمة وآل العقار كله إلى الشريك الراهن زال كل عائق عن نفاذ الرهن وفي هذه الحالة إذا حلّ أجل الوفاء بالدين ولم يقيم الشريك الراهن بسداد الدين، نفذّ الدائن المرتهن على العقار كله ببيعه بالمزاد العلني وقبض دينه كله وانتقلت ملكية العقار الشائع إلى من رسا عليه المزداد.<sup>(1)</sup>

أمّا إذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن إلاّ جزء مفرز من هذا العقار، فإنّ الرهن يتركز على هذا الجزء ولا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة الشركاء، وللدائن المرتهن طلب التعويض من المدين الراهن (الشريك الراهن) بسبب عدم تنفيذ التزامه.

أمّا إذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير العقار الذي رهنه فإنّ الرهن ينتقل إلى هذا العقار وذلك طبقاً لأحكام المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري كما رأينا سابقاً.<sup>(2)</sup> وعلى الدائن المرتهن في حالة اختصاص الشريك الراهن بعقار آخر غير الذي رهنه. إذا أراد أن يصون حقه في الاحتفاظ بمرتبة رهنه أن يتبع الإجراءات التي نصت عليها المادة 890 من القانون المدني الجزائري في قيد رهنه الجديد حين يحتفظ بمرتبة رهنه الأول وقم تمّ ذكر هذه الإجراءات في الفرع المتضمن رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهنا رسمياً (فلا داع للتكرار).

الفرع الثاني: ترتيب الشريك حق ارتفاق على كل العقار الشائع

الارتفاق من الحقوق العينية الأصلية وقد عرفته المادة 867 من القانون المدني الجزائري: ((حق يجعل حداً لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر...)).

وعليه فالارتفاق هو تكليف يرد على عقار لمصلحة عقار آخر على ألا يكون العقار مملوكين لشخص آخر.

(1) محمد عزمي البكري، في القانون المدني حق الملكية، المواد 825-874، المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص45.

(2) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والقصدية، المرجع السابق، ص82.

يطلق على العقار المثقل بحق الارتفاق، أي العقار المرتفق به بالعقار الخادم والعقار الذي تقرر لمصلحته الارتفاق بالعقار المخدوم.<sup>(1)</sup>

ويخلص من هذا التعريف أنّ لحق الارتفاق ثلاثة عناصر يتكون منها: **العقار المرتفق (المخدوم)، والعقار المرتفق به (الخادم)، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق.**

• **فأولاً:** يجب أن يكون هناك عقار مرتفق وهو العقار الذي تفرز لفائدته حق الارتفاق ويقرر هذا الحق مالك هذا العقار. وهذا الحق حق تابع للعقار المرتفق، ينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار وحق الارتفاق يزيد من قيمة العقار المرتفق.

• **وثانياً:** يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به وهو الذي تقرر عليه حق الارتفاق، فحد من منفعته لفائدة العقار المرتفق، وكما أنّ حق الارتفاق لا يقرر إلا لفائدة عقار فهو أيضاً لا يترتب إلا على عقار ويرتبه مالك العقار. وينتقل حق الارتفاق سلبياً مع العقار المرتفق به إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار.

• **وثالثاً:** أن يقدم العقار المرتفق به فائدة للعقار المرتفق تحد من منفعة العقار الأول (المرتفق به)، ومن امثلة ذلك أن يكون للعقار المرتفق به ممراً يؤدي إلى العقار المرتفق، أو مورداً للماء لسقيه، أو مجرى للمياه. فمضمون حق الارتفاق هنا يجعل لمالك العقار المرتفق الحق بالقيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به لذا سمي ارتفاقاً إيجابياً، أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود حق الارتفاق. كالارتفاق بعدم تغطية البناء إلى ازيد من حد يحجب عنه الرؤية أو غير ذلك فسمي ارتفاقاً سلبياً.<sup>(2)</sup>

**وخصائص الارتفاق هي:** حق عيني عقاري، حق تابع، حق دائم، حق غير قابل للتجزئة

• **حق عيني عقاري:** هو حق عيني أصلي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على العقار يستطيع مباشرة دون وساطة أحد، ودون تدخل مالك العقار الخادم والتزام المالك هو أن يتمتع عن إعاقة استعمال حق الارتفاق ويترتب على الطابع العيني للارتفاق أنه يمكن الاحتجاج

(1) محمد الصغير يعلي، المرجع السابق، ص 107.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ص 1280 - 1282 - 1295.

به على الكافة ويتمتع صاحب الارتفاق بحق الأفضلية وحق تتبع العقار الخادم في يد أي كان.

ويترتب على الطابع العقاري للارتفاق ضرورة اتباع إجراءات التسجيل والشهر المقررة في هذا الشأن.

• **حق دائم:** هو على عكس باقي الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية التي تتسم بالتوقيت فهو حق دائم غير أنه يسقط بالتقادم إذا لم يستعمل مدة 10 سنة مادة 879 القانون المدني الجزائري.

• **حق غير قابل للتجزئة:** إنه إذا جُزئ العقار فإن الارتفاق يظل مقرراً على كل جزء منه سواء كان العقار خادماً أم مخدوماً.<sup>(1)</sup>

• **أما حق تابع:** تم التطرق إليه في عناصر الارتفاق آنفاً.

• **إنشاء حق الارتفاق:**

تنص المادة 868 من القانون المدني الجزائري على أنه:

((ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا بالارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)).

إن ذكر الميراث كسبب من أسباب كسب حق الارتفاق عمل غير دقيق، لأن حق الارتفاق لا ينتقل استقلالاً من شخص لآخر، بل ينتقل مع العقار باعتباره حق تابعاً له.

أما كسب الارتفاق بعقد شرعي فقصده المشرع أن يكون عقداً بين مالكي العقارين أو وصية، والعقد هو السبب الذي يُكسب به عقد الارتفاق عادة وقد يكون عقد معاوضة أو تبرع.

أما الوصية فهي نادرة الوقوع لكسب حق الارتفاق.<sup>(2)</sup>

• **انتهاء حق الارتفاق:** حدد القانون المدني الجزائري انتهاء حق الارتفاق في المواد (م876 - م877 - م878 - م879 - م880 - م881).

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 362-363.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 958 - 299 - 960.



وهذه الحالات هي:

1. حالة تجزئة العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه، وللمالك طلب زوال الارتفاق إذا كان الارتفاق لا يقيد جزءاً معيناً (المادة 876).
2. ينتهي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد له أو النزول عنه أو بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً أو بإجماع العقارين في يد مالك واحد (المادة 878).
3. ينتهي بعدم استعماله مدة عشر سنوات (10) وبمدة ثلاثة وثلاثون سنة (33) إذا كان الارتفاق مقررًا لمصلحته مال مورث وأيضاً بالتقادم (المادة 879).
4. ينتهي حق الارتفاق إذا كان في وضع لا يسمح باستعماله أو إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق.<sup>(1)</sup>

• ترتيب الشريك من الارتفاق على كل العقار الشائع:

يرى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة أنه إذ تصرف الشريك في العقار الشائع كله سواء بالبيع أو الرهن أو ترتيب حق عيني على هذا العقار، فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصته، ويحق للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف بالنسبة إلى ما زاد على حصته، أما بالنسبة لباقي الشركاء فهذا التصرف لا يكون نافذاً في مواجهتهم فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى تثبيت حقوقهم وعدم نفاذ التصرف فيما زاد على حصة الشريك المتصرف دون انتظار نتيجة القسمة.<sup>(2)</sup>

في حين أن ترتيب الشريك حق ارتفاق على العقار الشائع كله قبل القسمة، يكون بإقرار باقي الشركاء ونحن هنا بصدد حالتين اثنتين:

- الحالة الأولى: أن يرتب الشريك حق ارتفاق لصالح كل العقار الشائع جعله عقاراً مخدوماً وفي هذه الحالة نحن نرى أن باقي الشركاء سيرضون لا محالة من ترتيب حق الارتفاق على كل العقار الشائع كونهم يسعون لتحقيق الفائدة وطالما أن الارتفاق سيزيد من قيمة العقار الشائع.

(1) محمد الصغير يعلي، المرجع السابق، ص 108.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 177 - 178.

- **الحالة الثانية:** أنّ الشريك يقرر على العقار الشائع حق الارتفاق يجعله عقارًا خادماً، فيجد من منفعته لفائدة عقار آخر، فهنا إمكانية الحصول على رضا باقي الشركاء تكاد تكون مستحيلة.
  - من أحكام ترتيب حق الارتفاق أن يكون مالك العقار هو من يرتب حق الارتفاق ويجوز أن يكون مالكاً على الشيوع للعقار ويجب الحصول على رضا كل الشركاء لترتيب حق ارتفاق على هذا العقار.
  - غير أنّه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط واقف وهو أن يمتلك هذا العقار مستقبلاً.<sup>(1)</sup>
- غير أنّ الشريك في العقار الشائع يمكنه أن يرتب عليه حق الارتفاق إذا كان قد حصل على وعد بالبيع من قبل الشركاء لحصصهم او ينتظر نتيجة القسمة والتي لا تُسفر إلاّ على هذه الفروض.

1. أن يقع العقار الشائع كلّهُ في نصيبه.

2. أن يقع في نصيبه جزء مفرز من هذا العقار.

3. أن يختص بعقار آخر غير الذي رتب عليه حق الارتفاق.

ففي حالة كان الشريك حاصلاً على وعد بالبيع من قبل الشركاء فيما يخص حصصهم كان له الحق على ترتيب حق الارتفاق على كلّ العقار الشائع سواء يجعله عقاراً خادماً أو مخدوماً. أما في حالة تعليق حق الارتفاق على شرط واقف وهو نتيجة القسمة. فإنّ حق الارتفاق يترتب حسب الفروض السالفة الذكر:

- **الفرض الأول:** وقوع العقار كلّهُ في نصيبه وهنا لا يوجد إشكال فيستمر عقد حق الارتفاق على كلّ العقار الشائع فموجب الأثر الكاشف للقسمة.
- **الفرض الثاني:** أن يقع في نصيب الشريك المرتب لحق الارتفاق جزء مفرز من هذا العقار في اعتقادنا أن عقد الارتفاق يستمر إذا كانت الفائدة المرجوة منه تتناسب مع هذا الجزء المفرز من العقار، وهنا نميز بين حالتين:

<sup>(1)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، الجزء التاسع، ص 1306 - 1308.

الحالة الأولى: يكون الشريك قد رتب حق الارتفاق بجعل كل العقار الشائع عقارًا مخدومًا (عقار مرتفق).

ففي هذه الحالة يستمر حق الارتفاق في هذا الجزء بشرط أن لا يزيد ذلك أعباء وتكاليف العقار المرتفق به، وكذلك أعطى القانون الحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال الارتفاق عن الأجزاء الأخرى من العقار الشائع، وهذا ما نصت عليه المادة 876 من القانون المدني الجزائري:

((إذا جزئ العقار المرتفق، بقي الارتفاق مستحقًا لكل جزء منه، ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به. غير أنه إذا كان الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء، جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الاتفاق عن الأجزاء الأخرى)).

ولمالك العقار المرتفق به أيضا أن يطلب التحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق وهو ما جاء في نص المادة 881 من القانون المدني الجزائري:

((يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به)).

الحالة الثانية: يكون الشريك قد رتب على العقار كله حق الارتفاق بجعله عقارًا خادماً (عقار مرتفق به)

إنّ المشرع الجزائري قد نص عن حكم هذه الحالة في المادة 877 من القانون المدني الجزائري:

((إذا جزئ العقار المرتفق به، بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه:

غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء وكان لا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها ان يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي يملكه)).

نستشف من نص هذه المادة أنّ المشرع أقر في حالة تجزئة العقار إلى أجزاء مفرزة فإنّ حق الارتفاق يستمر على كلّ جزء من الأجزاء وأعطى الحق لمالك الجزء المفرز أن يطلب زوال الارتفاق إذا كان هذا الأخير لا يستعمل على هذا الجزء.

• **الفرض الثالث:** أن يختص الشريك المرتب لحق الارتفاق على كلّ العقار بعقار آخر غير الذي رتب عليه حق الارتفاق.

في نظرنا أنّه لا يجوز الحلول العيني المنصوص عليه في المادة 890 من القانون المدني الجزائري، لأن الارتفاق أصلاً حق استثنائي نشأ لفائدة عقار كي يخدمه عقار آخر هذا الحق يفرضه الموقع الطبيعي للعقار، فإذا وقع في نصيب الشريك المرتب لحق الارتفاق عقار آخر غير الذي رتب عليه الارتفاق فإنّ حق الارتفاق ينتهي ويزول.

### الفرع الثالث: ترتيب الشريك حق انتفاع على كلّ العقار الشائع

اتفق جل الشراح على أنّه ليس للشريك الحق في التصرف في كلّ العقار الشائع وإذا أقدم على ذلك كان تصرفه وارداً على ملك الغير فيما زاد عن حصته، ولا ينفذ في مواجهة سائر الشركاء وكما يحق لهم رفع دعوى الاستحقاق في مواجهة المتصرف إليه.

فإذا أقدم الشريك على ترتيب حق انتفاع على كلّ العقار الشائع قبل إجراء القسمة فإذا أقر باقي الشركاء هذا التصرف نفذ في مواجهتهم واستمر عقد حق الانتفاع صحيحاً، وإذا لم يقره باقي الشركاء جاز للمنتفع طلب إبطال حق الانتفاع على أساس الغلط في ملكية الشريك المرتب لحق الانتفاع إذ كان لا يعلم بأنّ الشريك يملك حصة شائعة من هذا العقار أمّا إذا كان يعلم بوجود شركاء آخرين كان له الخيار بين: (1)

1. طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على الشريك المتصرف لعدم تنفيذه التزامه.

2. أو أن ينتظر نتيجة القسمة:

- فإمّا أن يقع العقار كلّّه في نصيب الشريك المرتب لحق الانتفاع فهنا يستقر حق المنتفع على كلّ العقار.

(1) محمد عقوني، المرجع السابق، ص 167 - 168.

- أو قد يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء فقط من العقار المتصرف فيه هنا يستقر حق المنتفع على هذا الجزء ولا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة الشركاء وللمنتفع الحق في طلب التعويض من الشريك المتصرف لعدم تنفيذ التزامه أو أن يطلب منه إنقاص ثمن حق الانتفاع.

أو أن يختص الشريك المتصرف بعقار آخر غير الذي رتب عليه حق الانتفاع، وعليه فإنّ هذا التصرف ينقضي لانقضاء سبب التعاقد بين طرفين بعد إجراء القسمة ويرد الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع ثمن ما زاد عن المدة التي تم الانتفاع بها إذا قبض بدل حق الانتفاع ولا يستمر التصرف (حق الانتفاع) على العقار الجديد إلاّ باتفاق جديد بين المتعاقدين.<sup>(1)</sup>

(1) محمد عقوني، المرجع السابق، ص 168 - 170.

## ملخص الفصل الثاني

أجاز المشرع الجزائري للشريك التصرف في حصته الشائعة وأساسه نص المادة 1/714:

((كلّ شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)).

وينصب هذا التصرف على التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة، غير أنّ هذا التصرف قد يرتب آثار في مواجهة باقي الشركاء، والتي تتمثل في أن المشرع الجزائري أعطى الحق لباقي الشركاء الحلول محل المتصرف إليه عن طريق استعمال رخصة الشفعة إذا كان التصرف بيعا. وكذلك للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة بترتيب أي حقي عيني سواء كان أصليا أو تبعا فله الحق في أن يرهنها ضمانا لدينه سواء رهنا رسميا أو حيازيا، وله الحق كذلك في أن يرتب عليها حق انتفاع.

أمّا إذا تصرف الشريك في كلّ العقار الشائع ففي هذا التصرف اعتداء على حقوق باقي الشركاء ولم يفصل المشرع الجزائري في حكم تصرف الشريك في كلّ العقار الشائع.

الخلاصة

## الخاتمة

من خلال هذه الدراسة التي تناولت سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في التشريع الجزائري، حاولنا أن نقوم بإبراز مجمل الأحكام الخاصة بتصرفات الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع وتصرفه في حصته الشائعة، وكذا تصرفه في كل العقار الشائع.

ولقد بينا في هذه الدراسة كيفية تنظيم المشرع الجزائري لأحكام تصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع شارحين مجمل المواد التي نظمها المشرع، وخلصنا من هذه الدراسة النتائج التالية:

1. اختلاف الفقه القانوني حول حكم تصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة، ومعرفة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالرأي القائل: أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ في مواجهة سائر الشركاء رغبة منه في حماية حقوق باقي الشركاء.

2. حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع تعد القسمة صحيح بين طرفيه حتى ولو لم يقع هذا الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف ونافاً في مواجهة سائر الشركاء لانقضاء وجه الضرر، ووضحه المشرع الجزائري في نص المادة 2/714 من القانون المدني.

3. تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع أحاطه المشرع بقيد وهو عدم المساس بحقوق باقي الشركاء، مما ترتب على ذلك أنّ المتصرف إليه لا يستفيد من الكثير من الحقوق لعل أبرزها أنّه لا يُعدّ متقاسماً، وليس له الحق في إدارة العقار الشائع.

4. أهم الآثار التي يترتبها تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بين طرفيه الحق في إبطال التصرف إن لم يكن عالماً بحالة الشيوع.

وكذا عدم صلاحية التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع أن يكون سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير (10 سنوات)، وفي مواجهة باقي الشركاء قبل القسمة ليس لهم الحق في إبطال التصرف ولتأكيد حقوقهم على الجزء المفرز لهم أن يرفعوا دعوى الاستحقاق على شريكهم.

5. لأنه ومن طبيعة الشيوع أنّه حالة قد تطول لذا فقد كفل المشرع الجزائري لكل شريك حق التصرف في حصته الشائعة بكلّ التصرفات.



6. أن انتشار حالة الشيوخ في العقار دفعت المشرع الجزائري إلى إجازة التصرف فيها من طرف كلّ شريك منفرداً رغبة منه في عدم تعطيل الانتفاع بهذه الملكية.
  7. رغم أنّ حصة الشريك في العقار الشائع شائعة إلاّ أنّه له الحق في الاستفادة عند الحاجة إليها بجعلها ضماناً لدينه.
  8. يستطيع الشركاء استعمال رخصة الشفعة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني للتخلص من مجمل الآثار التي يربتها الشريك على العقار.
  9. للشريك في العقار الشائع الحق في ان يهب حصته الشائعة ولا يجوز لباقي الشركاء استعمال رخصة الشفعة لاستردادها عكس إذا تصرف في حصته بالبيع فلهم الحق في استردادها باستعمال رخصة الشفعة.
  10. يستطيع الشريك أن يتصرف في كلّ العقار الشائع شريطة أن لا يُلحق الضرر بحقوق باقي الشركاء.
  11. كلّ التصرفات المرتبة من طرف الشريك يجب أن تخضع للإجراءات القانونية المنصوص عليها وهي الرسمية والتسجيل والشهر كون التصرف منصبا على عقار.
- مما سبق ذكره من نتائج نقترح ما يلي:

- 1- حبذا لو قام المشرع الجزائري بإضافة مواد جديدة إلى القانون المدني متعلقة ب:
  - تفصيل في حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة لإزالة اللبس الموجود.
  - عدم ترك حالة الشيوخ أكثر من خمس سنوات مثلاً أو أن يجعل قيماً زمنياً لاستمرار حالة الشيوخ.
  - إيراد مواد تنظم تصرف الشريك في كلّ العقار الشائع أو تمنعه من القيام بهذا التصرف.
  - تنظيم أحكام الرهن الحيازي مثلما نظم أحكام الرهن الرسمي على العقار الشائع.
- 2- تكوين قضاة متخصصين في القانون العقاري.
- 3- تشجيع الدراسات في هذا الموضوع من خلال تنظيم أيام دراسية أو ملتقيات وطنية حول الملكية الشائعة نظراً لانتشارها وكثرة النزاعات حولها.

قائمة

المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

أ. المعاجم:

1. المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الحادية والثلاثون، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986.

ب. القوانين والتشريعات:

1. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1996/12/07، العدد 76، المعدل والمتمم وبمقتضى القانون 01/16 المؤرخ في 2016/03/06، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 2016/03/07.

2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية الصادرة في 13 ماي 2007، العدد 78.

3. الأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 1975/11/18، العدد 92.

4. القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

5. قانون رقم 90-25 مؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري (جريدة رسمية رقم 49 مؤرخة في 1990/11/18) معدل ومتمم بالأمر رقم 95-26 مؤرخ في 1995/09/25 الجريدة الرسمية مؤرخة في 1995/09/27، العدد 55.

6. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن قانون تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2006/03/08، العدد 14.

### ثانياً: قائمة الكتب

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004.
2. جمال خليل انتشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
3. حسن كيرة، الموجز في شرح أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 1998.
4. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2000.
5. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996.
6. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
7. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، المجلد الرابع، دار التراث العربي، بيروت - لبنان.
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الهبة والشركة)، الجزء الخامس، دار التراث العربي، بيروت - لبنان.
10. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، المجلد الثامن، دار أحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (د. س. ن.).
11. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، الجزء التاسع، دار التراث العربي، بيروت - لبنان.

12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات العينية والشخصية) الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
13. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3/1، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، لبنان.
14. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والمصري)، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان.
15. محمد الصغير يعلي، (المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق ونظرية القانون -)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.
16. محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة (البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2001.
17. محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
18. محمد حسنين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
19. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات مصادر العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
20. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية، الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
21. محمد عزمي البكري، في القانون المدني حق الملكية، المواد 825-874، المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
22. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
23. محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن (الرهن، الامتيازات والاختصاص)، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1994.

24. مغني عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحددات التوثيقية، دار هومة، الجزائر، 2014.
25. منصور نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
26. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
27. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - مصر، 2006.
28. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
29. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015.
30. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان - الأردن، 2011.

### رابعاً: الرسائل الجامعية

1. عبد المجيد رحابي، (أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري)، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2009.
2. عقوني محمد، (الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2016 - 2017.
3. لبيض بوبكر، (التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني-)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2014/2015.

4. مخازني فايزة، (تصرف الشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة))، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2004.
5. وهاب عياد، (التصرف في ملكية العقار الشائعة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري الصالح، قسنطينة، السنة الجامعية 2007 - 2008.

### ثالثا: المقالات والمجلات

1. أسعد فاطمة، (تصرف الشريك في حصة مفرزة من الشائع في القانون المدني الجزائري)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، الجزائر، المجلد 14، العدد 06، 2016.
2. أمل شربا، (أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثالث، 2013.
3. محمد عقوني، (رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر، جانفي 2014.
4. مجلة الموثق، مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية حول إشهار العقود المتضمنة التنازل على حقوق مشاعة على الأراضي الفلاحية، العدد الثالث، ديسمبر 2014.
5. مازن مصباح صباح، ((حكم هبة الحصة الشائعة ورهنها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني))، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، كلية التربية، جامعة الأزهر، المجلد السابع، العدد الأول، 2010.

### خامسا: المجلات القضائية

1. المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1991.
2. المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1992.

فهرس

المحتويات



## فهرس المحتويات

07 - 01	مقدمة
45 - 08	الفصل الأول: تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع
09	مقدمة الفصل الأول
29 - 10	المبحث الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع
23 - 11	المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة
12	الفرع الأول: موقف الفقه من تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة
12	الاتجاه الأول: تصرف الشريك صحيح لكّنه معلق على نتيجة القسمة
14	الاتجاه الثاني: تصرف الشريك صحيح في حصته الشائعة
15	الاتجاه الثالث: تصرف فيما يملك وفيما لا يملك.
16	الاتجاه الرابع: تصرف صادر من مالك فيما يتعلق بحصة المتصرف الشائعة وفيما لا يملك.
19	الاتجاه الخامس: تصرف صحيح نافذ بين طرفين وغير نافذ في مواجهة الشركاء.
21	الفرع الثاني: موقف القانون من تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة
29 - 24	المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة
24	الفرع الأول: وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف.
25	الفرع الثاني: حالة وقوع الجزء المفرز في غير نصيب الشريك المتصرف.
25	• الرأي الأول: أساس الانتقال هو وحده المحل.
27	• الرأي الثاني: الانتقال هو مجرد نقل التزام.
28	• الرأي الثالث: أساس الانتقال هو الحلول العيني.

44 - 30	المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع
38 - 32	المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع بين المتصرف والمتصرف إليه
32	الفرع الأول: حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف
33	الفرع الثاني: عدم صلاحية تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع لأن يكون سببا صحيحًا للتملك بالتقادم القصير.
35	الفرع الثالث: عدم اعتبار المتصرف إليه شريكًا على الشيوع.
36	الفرع الرابع: التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع يرتب آثاره بين طرفين على الجزء المتصرف فيه
37	• الاتجاه الأول: التصرف يرتب التزامات شخصية فقط فلا ينتج آثارًا عينية ما دام الشيوع قائمًا.
38	• الاتجاه الثاني: التصرف ينتج جميع آثاره العينية والشخصية.
44 - 39	المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء
39	الفرع الأول: الآثار الناتجة عن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة باقي الشركاء قبل القسمة.
43	الفرع الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع في مواجهة الشركاء بعد القسمة.
45	خلاصة الفصل الأول
98 - 46	الفصل الثاني: تصرف الشريك في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع
47	مقدمة الفصل الثاني
68 - 48	المبحث الأول: تصرفات الشريك الناقلة للملكية في حصته الشائعة وفي كل العقار الشائع
60 - 49	المطلب الأول: تصرفات الشريك الناقلة للملكية في حصته الشائعة من العقار الشائع
50	الفرع الأول: بيع الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع

50	• أولاً: تعريف البيع وخصائصه.
52	• ثانياً: بيع الشريك لحصته الشائعة والآثار المترتبة عنه
56	الفرع الثاني: هبة الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع
56	• أولاً: تعريف الهبة.
58	• ثانياً: هبة الشريك لحصته الشائعة من العقار الشائع والآثار المترتبة عنها.
61 - 68	المطلب الثاني: التصرفات الناقلة للملكية في حال تصرف الشريك في كل العقار
61	الفرع الأول: بيع الشريك كل العقار الشائع والآثار المترتبة عن هذا البيع
61	• أولاً: بيع الشريك كل العقار الشائع.
64	• ثانياً: آثار بيع الشريك كل العقار الشائع.
66	الفرع الثاني: هبة الشريك لكل العقار الشائع والآثار المترتبة عنها
66	• أولاً: هبة الشريك لكل العقار
67	• ثانياً: آثار هبة الشريك كل العقار الشائع
69 - 96	المبحث الثاني: تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على حصته الشائعة وعلى كل العقار الشائع
69 - 88	المطلب الأول: تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على حصته الشائعة من العقار الشائع
70	الفرع الأول: ترتيب الشريك حق انتفاع على حصته الشائعة من العقار الشائع
75	الفرع الثاني: رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهنًا رسميًا
84	الفرع الثالث: رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهنًا حيازياً
84	• أولاً: الرهن الحيازي
86	• ثانياً: مصير رهن الشريك حصته الشائعة من العقار الشائع رهنًا حيازياً بعد القسمة قبل حلول أجل الدين المضمون
88 - 96	المطلب الثاني: تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني على كل العقار الشائع
88	الفرع الأول: رهن الشريك كل العقار الشائع

89	الفرع الثاني: ترتيب الشريك حق ارتفاع على كل العقار الشائع
95	الفرع الثالث: ترتيب الشريك حق انتفاع على كل العقار الشائع
97	خلاصة الفصل الثاني
100 - 99	خاتمة
106 - 102	قائمة المصادر والمراجع.
	فهرس المحتويات.