جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حماية الشريك في الشيوع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقـــــوق

شعبة: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

قريشي فاطمة الزهراء

لحمر نادية

تحت إشراف الأستاذ:

سرايش زكريا

أعضاء لجنة المناقشة:

*الأستاذ(ة): لحضيري وردية..... . رئيسا(ة)،

*الأستاذ: سرايش زكريا.....مشرفا،

*الأستاذ(ة) : سعدون كريمة.....ممتحنا(ة).

السنة الجامعية 2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

{قُلِ اللهمَّ مالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ أنك عَلى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ}

صدق الله العظيم

الآية : 26 من سورة آل عمران

الشكر والتقدير

نتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر على ما أنعم علينا« **لئن شكرتكم لأزيدنكم ».**

- ثم نتوجه بخالص شكرنا إلى أساتذتنا، نفع الله بهم، وجعلهم ذخرا للطلبة.
- إلى أستاذنا المشرف: **«زكريا سرايش»** الذي وجهنا وساعدنا في عملنا.
- إلى كل الأصدقاء لمساعدتهم، وكل من مدّ لنا يد العون و أرشدنا بالآراء والتوجيهات على انجاز هذا العمل، فجزآهم الله كل الخير.
- و الله الموفق و المستعان إنّه نعم المولى ونعم النصير.

الإهداء

إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما،

إلى إخوتي وأخواتي،

إلى كل من منحني العطاء وقوة العمل،

إلى كل طلاب العلم والمعرفة، خاصة صديقاتي العزيزات:

سليمة، فاطمة، ليلى، سعاد، وسام و ليندة،

إلى من ساهم من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل المتواضع

خاصة جمال مرابط.

نادية

الإهداء

إلى أبي وأمي شفاهما الله وأطال عمرهما، إلى إخوتي وأخواتي، إلى كل من ساهم في تدوين هذا العمل، خاصة الصديقات العزيزات أمال، زينة، ليلى، سعاد، وسام، حنان، وليندة، أهدي هذا العمل المتواضع.

فاطمة الزهراء

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص: صفحة

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ع: العدد

ج ر: الجريدة الرسمية

ط: طبعة

د س ن: دون سنة النشر

د ب ن: دون بلد النشر

ق أ: قانون الأسرة

د ج: دينار جزائري

ثانيا: باللّغة الفرنسية

P : page

حماية الشريك في الشيوع

مقدمة

مقدمة

إذا كانت الصورة العادية لحق الملكية يفترض وجود شخص واحد يستند إليه هذا الحق، حيث يستأثر بمفرده بمحل الملكية دون منازع أو مزاحم وهذا هو الأصل، إلاّ أن الملكية قد تكون على غير هذا الأصل وذلك في حالة ما إذا ثبتت الملكية لأكثر من شخص على نفس الشيء دون أن يختص كل منهم بحصة مفرزة فيه، وهو ما يعرف بالملكية الشائعة وهي حالة تتصف بعدة حقوق من طبيعة واحدة تمارس على محل واحد بدون تقسيم مادي للحصص[1].

فالملكية الشائعة ملكية يتزاحم فيها حقوق أكثر من مالك على الشيء الواحد دون أن يتعين لكل منهم حصة شائعة فيه يرمز لها بنسبة حسابية كالنصف والثلث والرابع وغير ذلك[2]، وهو المعنى الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 713 من ق م ج. على أنّه: **« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك»**[3].

فالنزاعات هي الصورة المنتشرة بين الشركاء، ذلك أن الشركاء المشتاعون يتمتعون في نفس الوقت وعلى نفس المحل بنفس السلطات، على أساس أن المشرع الجزائري في نص المادة 714 من ق م ج. أعتبر أن حق الشريك المشتاع في المال الشائع الذي مازال من أكثر الموضوعات في التقنين المدني، هو حق ملكية تام. وهو الأمر الذي يؤدي إلى تداخل وتشابك حقوقهم، وكما قيل الخلطة سبيل المنازعة.

فاختلاف وجهات النظر بين الشركاء في سبيل الانتفاع بالمال المشترك هو ما يؤدي إلى نشوب النزاعات بينهم، وتكدّر صفو العلاقات وتفاشي الأسرار، خصوصا في حالة ما إذا كان الشيوع مصدره الإرث الذي عادة ما يجمع أفراد الأسرة الواحدة أو شركة ناهيك عن الآثار السلبية التي تجعل

---

[1]-SOPHIE (D), Laurence (C), Droit des biens, 2éme édition, Dalloz, Paris, 2007, P,165.

[2]- العبيدي (علي هادي)، الوجيز في شرح القانون المدني:(الحقوق العينية، دراسة موازنة)، ط.8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.55.

[3]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر. ع. 78، الصادرة في 1975/09/30،المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ج ر. ع. 31، الصادرة في 2007/05/13.

علاقات الأفراد محل مخاصمة، مما يعني أن الشيوع نظام مركب يتميز بالتعقيد في مظهره وجوهره، ولوضع حد لهذه المنازعات، ولأجل الوصول إلى منع تعطيل الانتفاع بالشيء على الأقل، وحماية الشركاء بعضهم من بعض قرر المشرع عدة صور للحماية تقيد كل شريك وهو في صدد مباشرة سلطات الملكية، الأمر الذي يفسر تغليب الأغلبية التي تختلف نسبتها من حال لآخر.

كما قرر المشرع استبعاد تطلب الإجماع لممارسة سلطات الملكية على المال الشائع، على اعتبار أن تطلبه يؤدي إلى تعطيل ممارسة هذه السلطات ولهذا اكتفى بالأغلبية، لكن بنسب مختلفة بحسب نوع التصرف القانوني، غير أن هذا لا يعني أن الأغلبية تتحكم في الأقلية، بل حرص على كفالة حقوقها عن طريق تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرارات الأغلبية، فقرر ضرورة ضمان حقوق الأقلية من خلال وجوب إعلانهم بكل التصرفات، وفي مواعيد محددة.

نظرا لأن نظام الشيوع ليس بالمفيد من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فإنّه نظام بحد ذاته مؤقت ينتهي باستعمال حق القسمة من طرف المالك في أي وقت يشاء، وذلك من خلال حق الخيار بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، لهذا يتفق المشرع الوضعي على ضرورة منح الحماية للشركاء المشتاعين أثناء الإدارة إذا اتفقوا على ذلك، وأثناء التصرف إذا أجمعوا على ذلك، وأثناء القسمة إن رغبوا في إنهائه من دون حدوث ضرر لهم أو لأحدهم، ولتفادي حدوث ذلك دفعتنا دراستنا للبحث عن كيفية حماية الشركاء المجتمعين في حالة تعارض رغباتهم وماذا قدم المشرع في هذا الصدد؟

ويمكن تحديد أسباب اختيارنا لهذا الموضوع فيما يلي:

عناية المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، بالملكية بوجه عام والملكية الشائعة بوجه خاص، مما يتطلب منا عرض هذه الأحكام، لكي نستظهر مدى عناية المشرع بحماية الشركاء وقدرته على مسايرة تطور الأحكام واستيعابها لسائر الوقائع والمستجدات.

أن حماية الشريك المشتاع لم يخط بالبحث رغم أن موضوعات الملكية الشائعة مصدره ضاربا في أعماق التاريخ، الذي هو الشريعة الإسلامية والمعاملات المتعلقة بها منتشرة.

أنه في الوقت الراهن كثرت النزاعات الموجود في أروقة القضاء، الأمر الذي دفع بالمتقاضين وهم الملاك المشتاعين عن التساؤل والبحث عن الحماية التي أقرها لهم القانون الوضعي والتي هم

بحاجة إليها، خاصة إذا كان العرف والعادة هما اللذان يحكمان غالبا في بعض أحكامها في مجتمعاتنا العربية، إذ لا تكاد أسرة تخلو من هذا النوع من الملكية.

أنّه عمليا معروفا أنه يتطلب لإنهاء الشيوع إجراءات طويلة قد تمس بحق الانتفاع، مما يخرج حق الملكية من الغرض المخصص لها وأثناء هذه المدة نتساءل عن الحماية الممكنة تحقيقها، وكيفية تطبيقا.

إزاء هذه الأسباب وكلها جعلنا الأمر نهتم بدراسة هذا الموضوع من خلال استقراء الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري في الباب الخاص بالملكية، والكشف عن مظاهر الحماية أثناء فترة الشيوع إلى غاية إنهائه، مع مقارنة هذه الحماية كلما استلزم الأمر مع التشريعات المقارنة، للكشف عن هذا الغموض نطرح المشكلة التالية:

ما هي الحماية المقررة للشريك في الشيوع؟

تأسيسا على ذلك، وللإجابة على المشكلة المطروحة نعتمد أسلوب المنهج التحليلي، ومنه ارتأينا في دراستنا إتباع التقسيم الأتي:

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة

المبحث الأول: حماية الشريك خلال إدارة المال الشائع

المطلب الأول: الحماية المقررة للشريك في الإدارة العادية

المطلب الثاني: الحماية المقررة للشريك في الإدارة غير العادية

المبحث الثاني: حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع

المطلب الأول: الحماية ممثلة في اشتراط الأغلبية الموصوفة

المطلب الثاني: الحماية ممثلة في حق الاسترداد

الفصل الثاني: حماية الشريك في الشيوع أثناء القسمة

المبحث الأول: الحماية المقررة في القسمة الاتفاقية

المطلب الأول: الحماية ممثلة في اشتراط الإجماع في القسمة الاتفاقية

المطلب الثاني: الحماية ممثلة في حق الشريك في نقض القسمة

المبحث الثاني: الحماية المقررة للشريك في القسمة القضائية

المطلب الأول: حق الشريك في رفع دعوى القسمة

المطلب الثاني: الحماية ممثلة في الأثر الكاشف للقسمة.

الفصل الأوّل

حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة

الفصل الأول

حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة

تكمن المشكلة في أن حق الملكية الوارد على الملك المشترك ليس له صاحب واحد كما في الملكية العادية المفرزة؛ إنما له أصحاب متعددون يملكون حصص فيه، الأمر الذي يؤدي بالشركاء إلى التفكير في كيفية الانتفاع بهذا المال، من دون إلحاق الضرر بحقوق باقي الشركاء، ويتحقق ذلك بسلطة الشريك في إدارة المال الشائع والتصرف فيه.

حتى يزيل ما يصيب أقلية الشركاء من التعنت بسبب تحكم الأغلبية فقد أقرّ المشرع حماية خاصة عند إدارة المال الشائع، فتعرض إلى حق الإدارة بنوعيها: العادية وغير العادية، وواجه كل العقبات العملية التي تحول دون حسن استغلال المال الشائع مراعيا ما عسى أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال، بالمقابل من ذلك تعرض إلى ظروف هامة، وأسباب قوية تستدعي التصرف فيه، فوضع حالات استثنائية أجاز التصرف بشروط مع إعطاء ضمانات كافية لكل الشركاء.

لذلك تكون بداية دراسة لهذا الفصل، مع المظهر الأول لحماية الشريك خلال إدارة المال الشائع (المبحث الأول: حماية الشريك خلال إدارة المال الشائع)، ويلي ذلك دراسة حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع كمظهر ثاني (المبحث الثاني: حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع).

المبحث الأول

حماية الشريك خلال إدارة المال الشائع

الأصل أن يتفق الشركاء جميعا على إدارة المال الشائع [4]، وهي الصورة المثلى للوصول إلى أفضل النتائج وتجنب المنازعات فيما بينهم، إلا أن تعذر الحصول على الإجماع في معظم الحالات يؤدي إلى المساس بالحماية التي وضعها المشرع للشريك من أجل الانتفاع بالمال الشائع.

لتوضيح هذه الحماية المفروضة خلال الإدارة، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتناول المظهر الأول للحماية، والمتمثل في الحماية المقررة للشريك في إطار الإدارة المعتادة (المطلب الأول: الحماية المقررة للشريك في إطار الإدارة المعتادة)؛ أما المطلب الثاني يتناول المظهر الثاني للحماية، يكمن في الحماية المقررة في إطار الإدارة غير المعتادة (المطلب الثاني: الحماية المقررة للشريك في إطار الإدارة غير المعتادة).

المطلب الأول

الحماية المقررة للشريك في الإدارة المعتادة

لقد حرص المشرع الجزائري على تقرير حماية للشريك خلال القيام بأعمال الإدارة المعتادة، غير أن المشرع لاحظ أن اتّفاق جميع الشركاء في الشيوع على طريقة إدارة العين الشائعة كثيرا ما يتعذر حصوله بينهم، وخاصة إذا كان عدد الشركاء كبيرا لاختلاف مصالحهم وتفاوت أغراضهم، ممّا يتعذر إجماعهم، فقرّر عدة صور للحماية خلال الإدارة العادية من أجل تيسير القيام بها.

---

[1]-أنظر: المادة 715 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،المرجع السابق.

لتوضيح هذه الصور قسّمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، تضمن كل فرع صورة من صور الحماية، بحيث نتناول بداية حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية (الفرع الأول: حق اللّجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية)، يلي ذلك حق الأقلية في اللجوء إلى القضاء إذا تعسفت الأغلبية (الفرع الثاني: حق اللّجوء إلى القضاء في حالة تعسف الأغلبية)، وأخيرا حق الإنفراد بحفظ المال الشائع (الفرع الثالث: حق الإنفراد حفظ المال الشائع).

الفرع الأول

حق اللّجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية

نظّم المشرّع الجزائري الإدارة المعتادة للمال الشائع بنصوص خاصة ضمن أحكام القانون المدني، فقد نصت المادة 716 من ق م ج. على أنّه: " **يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم توجد أغلبية فللحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللاّزمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع**"[5].

الملاحظ أن المشرع جعل حق الإدارة للشركاء جميعا، ونظرا لصعوبة اتفاق كل الشركاء حول طريقة الإدارة العادية، فانه لم يترك الأمر بلا حل بل أخذ بمنطق المصلحة العامة، حينما جعل للأغلبية حق الإدارة المعتاد، ويراد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا ترمي إلى إحداث تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، وتشمل هذه الأعمال إيجار المال واستغلاله[6].

---

[5]- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[6]- العبيدي (على هادي)، المرجع السابق، ص.61.

إن الأغلبية المقصودة بالنص أعلاه هي أكثر من نصف الحصص، فلو كان المال مملوكا لخمسة أشخاص وكان اثنان منهم يملكون 51% من المال الشائع كان لهما الحق في إتيان أعمال الإدارة المعتادة حتى ولو كانوا من حيث عدد الأشخاص أقلية، لأن الأغلبية كما أسلفنا تحسب على أساس قيمة الحصص لا بعدد الأشخاص[7]، والعلة بالاعتداد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة 716 من ق م ج.الوصول إلى حماية أكبر عدد من الشركاء.

فإذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء، بحسب قيمة الأنصباء، لإدارة المال الشائع، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية، فإنه تبرز حماية الشريك في هذه الحالة من خلال إعطائه حق اللجوء إلى القضاء[8]، خصوصا أنه ليس للمحكمة أي سلطان في شأن إدارة المال الشائع إدارة معتادة إلاّ حين لا تتوفر الأغلبية من الشركاء وشلّت الإدارة بسبب ذلك.

فالمحكمة لها أن تتدخل بناء على طلب أحد الشركاء، ويجب إعلان هذا الطلب لسائر الشركاء ويقوم كل من الشركاء الحاضرين أو من ينوب عنهم بتوضيح وجهة نظره مؤيدة بما يقدمه من أدلة ومستندات، ثم يقول القضاء كلمته بقرار ينص فيه على ما يراه مناسبا [9].

فمن الناحية العملية، يلجأ الشريك المتضرر إلى القضاء بموجب دعوى إستعجالية وللقاضي أن يتخذ التدابير الضرورية المؤقتة[10]، فقد يأمر القاضي عند اللزوم بتعيين مديرا للمال

---

[7]- عبيدات (يوسف محمد)، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط.1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2011، ص.117.

[8]- السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط القانون المدني الجديد:(حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 828.

[9]- منصور (محمد حسين)، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 105.

[10]- بخوش (زوبير)، إدارة المال الشائع، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006، ص. 64.

المشترك للمصلحة يوافق عليه الشركاء أو يختاره القاضي للمصلحة أيضا[11]، والغرض من الدعوى الإستعجالية في هذه الحالة، اتخاذ أي تدبير وقتي يحقق من خلاله حماية مؤقتة للحق المدعى به، و دفع خطر محدق يمس بحق الانتفاع بالمال الشائع.

في هذه الحالة المدير يمكن أن يكون من الشركاء أو من الغير، بحيث يجب عليه أن يقدم الحساب للشركاء، وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم إلى الاتفاق، وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة [12].

كما يمكن له أيضا أن يعين حارس قضائي طبقا للمادة 604 ق م ج. التي تنص: **« تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إذا تبيّن أنّ الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن. وتنتهي الحراسة في هذه الأموال إذا عيّن مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية »**[13].

يلتزم هذا الحارس، بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها و بإدارة هذه الأموال وببذله عناية الرجل المعتاد طبقا للمادة 607 من ق م ج. و تنتهي مهمة الحارس بانتهاء المهمّة المسندة إليه، أو باتفاق الشركاء على طريقة لإدارة المال الشائع.

للقاضي أيضا أن يأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار[14]، أو ترميم العقار الشائع وصيانته واتخاذ كل الإجراءات والتدابير التي تقتضيها ضرورة المحافظة على المال الشائع، لتبقى عين القضاء

---

[11]- منصور (محمد حسين)، المرجع السابق، ص. 105.

[12]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 829.

[13]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[14]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.829.

حريصة على تحقيق الحماية للشركاء، من خلال منح السلطة التقديرية للقاضي باتخاذ كل التدابير التي يراها مناسبة.

بهذا يكون المشرع قد نظّم الملكية الشائعة تنظيما اعتنى فيه بإدارة أغلبية الشركاء، ويعدّ انتصارا لإدارة الأكثرية في مجال تنظيم الملكية الشائعة، ومظهرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية[15]

الفرع الثاني

حق اللجوء إلى القضاء في حالة تعسف الأغلبية

لقد جعل المشرع الجزائري في نص المادة 716 من ق م ج. أعمال الإدارة العادية من حق الأغلبية، ولهذه الأغلبية أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة للمال الشائع بنفسها، كتأجير المال الشائع مثلا، وقبض الأجرة والقيام بالترميمات الضرورية، أو زراعة الأرض وغيرها من الأعمال المعتادة...إلخ، كما يمكن لها أن تختار مديرا لإدارة المال وأن تضع نظاما يسري على الشركاء جميعا، كأن تقرر الأغلبية في النظام عدم جواز إبرام عقد الإيجار لأكثر من 6 أشهر[16].

فالقرارات التي تصدرها الأغلبية أو المدير المعين من قبلهم تسري على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم، سواء كان الخلف عاما أو خاصا، بشرط عدم التعسف في استعمال الحق، خصوصا إذا كانت الأغلبية تتحقق في شخص واحد [17].

لذلك فإن احتساب الأغلبية المطلقة على أساس قيمة الأنصباء أمر منتقد، فقد يستأثر شريك واحد وحده بأعمال الإدارة إذا كان يملك أغلبية الحصص فيه، وتلك نتيجة غير عادلة، خاصة وأن

---

[15]- سوّار (محمد وحيد الدّين)، حق الملكية في ذاته في القانون المدني وأحدث الأحكام، ط.2 ، مكتبة الثقافة القانونية للنشر والتوزيع،عمان، 1997، ص.119.

[16]- بخوش (زوبير)، المرجع السابق، ص.44.

[17]- عبيدات (يوسف محمد)، المرجع السابق، ص. 63.

القانون لم يجعل للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر ممن يملك الأغلبية في شأن أعمال الإدارة المعتادة.

فمن ثم قد لا يكترث صاحب الأغلبية برأي باقي الشركاء الذين قد يكون رأيهم هو الأصوب، مادامت هذه الأغلبية على علم أنه يكون ملزم للجميع كل ما تستقر عليه، لذا قرّر المشرع حماية الشركاء الذين يمثلون أقلية الحصص من خلال إعطائهم حق الرجوع بدعوى التعسف في استعمال الحق، إذا كان يتضمن تعسّفا، والتعسف في استعمال الحق يؤدي بالضرر بالشركاء، سواء كان الضرر مادي أو معنوي فإنه يستوجب التعويض[18].

تبرز هذه الحماية في إعطاء الشريك وسيلة دعوى التعسف وبالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر ق م ج: «**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**
- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»** [19].

على هذا الأساس يطبق القاضي قواعد التعسف في استعمال الحق، إذا أثبت المدعي توفّر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، وقد يدفعهم هذا الطلب إلى القسمة والخروج من الشيوع إذا لم يستطيعوا الطعن في قرارات هذا الشريك في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة، كما يعتبر أيضا تعسفا، إذا أقدمت هذه الأغلبية على تسلم المال الشائع، وأخرجت الآخرين منه انفردت باستعماله، فهنا جاز للمحكمة أن تتدخل من أجل حماية مصالح جميع الشركاء.

---

[18]- كيرة (حسن)، الموجز في أحكام القانون المدني: (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص. 163.

[19]- الأمر 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الفرع الثالث

الإنفراد بحفظ المال الشائع

من أجل المحافظة على المال المشاع والاستمرار فيه، قرر المشرع في المادة 718 من ق م ج. للمالك المشتاع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء [20]، وطبقا للمادة 2/573 من ق م ج. فإنّ أعمال الحفظ تعد من أعمال الإدارة بنصّها: « **ويعتبر من العقود الإدارية... وأعمال الحفظ والصيانة...**»[21].

على هذا الأساس كان من المفروض أن تخضع أعمال الحفظ والصيانة للقاعدة السابقة، التي تقضي بعدم جواز قيام الشريك بها بدون موافقة بقية الشركاء طالما أنّه لا يملك أغلبية الحصص في المال الشائع ما دام أنّ هذه الأعمال تدخل في نطاق أعمال الإدارة[22]، إلا أن المشرع و سعيا منه لحماية الشريك، فقد افرد له الحق في القيام بأعمال الحفظ منفردا، وذلك من أجل إبقاء المال الشائع في حدود الغرض الذي أعد له، وعلى الحالة التي هو فيه أثناء بدء الشيوع.

أولا: مجال أعمال الحفظ

إن المشرع الجزائري قد استثنى أعمال الحفظ من القاعدة السابقة، وذهب إلى إجازة لكل شريك مهما كانت حصّته في هذا المال، حق القيام بها دون الحصول على موافقة باقي الشركاء بل ورغم اعتراضهم، لأنها تتطلب الإنجاز السريع، لذا سمح المشرع لكل شريك القيام بها دون الحصول على رضاء الشركاء الآخرين[23].

---

[1]-الأمر 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[21]- الأمر نفسه.

[22]- بخوش (زوبير)، المرجع السابق، ص. 68.

[23]-المرجع نفسه، ص.70.

المراد بأعمال الحفظ هي تلك الأعمال المادية أو القانونية اللاّزمة لحفظ الشيء وصيانته [24]، والغاية التي يهدف إليها المشرع من خلال تقرير هذه القاعدة، تمكين الشركاء من الانتفاع بالمال الشائع على أكمل وجه، لذا أعتبر هذا الاستثناء نوع من الحماية.

بالرجوع إلى نص المادة 718 من ق م ج. يتضح أنّ المشرع الجزائري، أجاز لكل شريك في الشيوع مهما كانت حصته أن يقوم بالأعمال الضرورية للمحافظة على المال الشائع ودون حاجة إلى موافقة بقية الشركاء، وذلك لأنّ في هذه الأعمال تحقق مصلحة جميع الشركاء [25].

هذا ما أكّده القرار المؤرخ في 1992/01/21 تحت رقم 75576، «أنّ لكل شريك وحده الحق في الدفاع على الملكية المشتركة، بمطالبة خروج المعتدي وذلك دون اشتراط كل الشركاء أو أغلبيتهم، مادام الدعوى المرفوعة من أحد الشركاء أو بعضهم ترمي إلى المحافظة على المال المشترك وهذا القضاء لا يوجد فيه ما يخالف أحكام المواد 713-714-716 من القانون المدني» [26].

تتسع أعمال الحفظ لتشمل كل من الأعمال المادية مثل: إجراء الترميمات الضرورية وأعمال الصيانة جني ثماره قبل التلف، تحويطه بسور. والأعمال القانونية مثل: رفع دعوى من دعاوي الحيازة، وقطع التقادم، المطالبة بوضع الحدود، وتسجيل سند الملكية، والوفاء بالضرائب المفروضة على العين ومصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع...وإلى غير ذلك [27].

---

[24]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 132.

[25]- العبيدي (علي هادي)، المرجع السابق، ص. 62.

[26]- أنظر:(المحكمة العليا)، الغرفة العقارية، قرار 150167 مؤرخ في 1997/11/19، المجلة القضائية، ع. 2، سنة 1997، ص. 61-62.

[27]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص. 132.

هذا ولا تعدّ أعمال التّحسين من قبيل أعمال الحفظ، وعلى ذلك يتعين على الشريك ولو كان مالكا لأكثرية الحصص أن يقوم بها قبل إبلاغ شركائه بما اعتزم إجراءه من تحسينات[28]، وتكمن العلة في هذه القاعدة أن حق الشريك على المال الشائع يخول له القيام بكافة الأعمال، إلاّ ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرون، وليس في أعمال الحفظ مساس بحقوقهم، فيكون له القيام بها ولو عارضوا.

لذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يرد على المال الشائع كله لا ينحصر في جزء معين منه، لتعود منفعة هذه الأعمال على الشيء كله فيستفيد سائر الشركاء [29]، فإذا قام الشريك بأعمال الحفظ بدون اعتراض من باقي الشركاء، يكون أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي الشركاء وله الرجوع عليهم بما أنفقه، كل بقدر حصته، بدعوى الوكالة.

أمّا إذا قام الشريك بهذه الأعمال بدون علم باقي الشركاء، فإنّه يكون قد باشر عملا خاصا به وتولى عملا خاصا بغيره في ذات الوقت ولذلك يعتبر فضوليا فيرجع على باقي شركائه بدعوى الفضالة؛ أما إذا اعترض باقي الشركاء على العمل وقام به الشريك رغما عن ذلك فإنّه حينئذ يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب[30]، وفي كل الأحوال فإنه لا مجال لتحمل الشريك الذي قام بهذه الأعمال كل المصاريف لوحده، بل أتاح المشرع له عدّة طرق للجوء إلى القضاء، ومطالبة باقي الشركاء بالمشاركة في المصاريف، وما هذا التعدد إلا صورة من صور الحماية.

كما أن القانون لا يشترط على الشريك في إطار المحافظة على الملك المشاع أن يستظهر أمام المحكمة بوكالة عن جميع الورثة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 228116

---

[28]- سوّار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص.14.

[29]- سعد (نبيل إبراهيم)، الحقوق العينية الأصلية: (في القانون المصري اللبناني، دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 137.

[30]- طلبة (أنور)، الوسيط في القانون المدني: (الملكية، المجرى، والمسبل، حقوق المرور، وضع الحقوق، الحائط المشترك، المطلات، المناور)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001، ص. 94.

المؤرخ في 1994/11/22. «...ولما ثبت –في قضية الحال- أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض» [31].

ثانيا: الرجوع على باقي الشركاء بنفقات الحفظ

لتجنيب الشريك الذي قام بأعمال الحفظ على نفقاته الخاصة الضرر الذي قد يلحقه جراء ذلك، فقد أقرّ له المشرع حماية تمثل في حقه في الرجوع على شركائه بما انفق على المال الشائع بقدر حصته فيه، حتى وإن كان قد قام بالعمل دون موافقتهم، وهذا ما يتضح في نص المادة 719 من ق م ج. بنصها **«يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك»** [32].

يتضح من النص أعلاه أنّ جميع الشركاء في المال الشائع يتحملون هذه النفقات بنسبة حصة كل واحد منهم في هذا المال الشائع، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، على اعتبار أن الشركاء في الشيوع ملاك للمال الشائع كله على حد سواء، فمن المساواة أن يشترك جميع الشركاء في مثل هذه النفقات التي يهدف الشريك من خلال القيام بها إلى حفظ المال كله وليس حصته فقط، فلتحقيق مصلحة الشركاء جميعا، تقرر حماية هذا الشريك الذي بادر من تلقاء نفسه بدفع له نفقات الحفظ كل بقدر حصته في المال الشائع.

فإذا قام أحد الشركاء ببعض نفقات إدارة المال الشائع أو حفظه وصيانته أو قام بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على الملك، جاز له

---

[31]- أنظر: (المحكمة العليا)، قرار رقم 116828المؤرخ في 1994/11/22، المجلة القضائية، ع. 3، سنة 1994، ص 142.مشار إليه في: حمدي (باشا عمر)، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة ، الجزائر، 2000، ص. 14.

[32]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الرجوع على سائر الشركاء كل بقدر حصته[33]، هذا ويجوز لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات، إذا تخلى عن حصته في المال الشائع، استنادا إلى القواعد العامة، التي تجيز التخلي عن الحق العيني[34].

إن الأحكام الواردة في نص المادة 719 من ق م ج. ما هو إلاّ تطبيقا للقواعد العامة، فكل الشركاء في الشيوع ملاك للمال الشائع، فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته، ويكون الرجوع عليهم بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب، كما قدمنا [35].

المطلب الثاني

الحماية المقررة للشريك في الإدارة غير المعتادة

نظرا لخطورة أعمال الإدارة غير العادية على الشركاء، فإن المشرع من أجل حماية الشريك في الشيوع اشترط أغلبية خاصة للقيام بها، فهي أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة، باعتبار أن أعمال الإدارة غير العادية تخرج عن حدود أعمال الإدارة المعتادة، ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة. بالإضافة إلى ذلك كفالة حقوق الأقلية المخالفة.

لهذا تشمل دراستنا لهذا المطلب، صورتين للحماية، الأولى تتمثل في حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية (الفرع الأول: الاعتراض على قرار الأغلبية)؛ أما الصورة الثانية للحماية هي حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية (الفرع الثاني: حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية).

---

[33]- يكن (زهدي)، الملكية والحقوق العينية الأصلية، ط.2، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، 1962، ص. 151.

[34]- سوّار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص.126.

[35]- خليل (أحمد محمود)، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص. 15.

الفرع الأول

الاعتراض على قرار الأغلبية

لما كان المقصود من أعمال الإدارة غير المعتادة الأعمال التي تهدف إلى إحداث تغير أساسي في الغرض الذي أعد له المال الشائع كإحداث بناء جديد في أرض زراعية، أو هدم منزل قديم وإعادة بنائه لجعله أصلح للاستغلال، أو كتحويل غرف منزل يطل على شارع رئيسي إلى مخازن [36]، فإن خطورة هذه الأعمال لا تكفي الأغلبية للقيام بها على نحو ما سبق أن رأينا في إدارة المال الشائع إدارة معتادة.

خاصة أمام استحالة الإجماع بالقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، والذي من شأنه تعطيل الانتفاع الذي قد يعود بالفائدة على كل الشركاء، لذلك ترخص المشرع في النزول عن استلزام الإجماع إلى الاكتفاء بموافقة الأغلبية.

من هنا اتخذ المشرع حلاّ وسطا يوفق فيه بين المصالح المتعارضة وفي نفس الوقت يحمي الأغلبية من عناد الأقلية، ويقي في ذات الوقت الأقلية من تحكم الأغلبية [37]،وإنّ الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هي الأغلبية المطلقة، أي ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصباء، بل هي أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة [38].

ذلك فإنّ للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا ما يرونه في شأن تلك الأعمال بشرط إعلان قرارهم إلى باقي الشركاء، ويسري هذا القرار في حق الأقلية، من أجل حماية مصالح الأقلية من الشركاء والتي قد يضرّها القيام بأعمال تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، فإن

---

[36]- سوّار (محمّد وحيد الدّين)، المرجع السابق، ص.121.

[37]- عبد السلام (سعيد سعد)، حق الملكية فقها وقضاء: (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 167.

[38]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 832.

القانون قد كفل لهذه الأخيرة في حالة عدم موافقتها على قرار هذه الأغلبية حق معارضة هذا الاتفاق أمام القضاء. ولهذه الأقلية حق التظلم إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان [39].

فهذه الحماية المتمثلة في حق الاعتراض على قرار الأغلبية نصت عليها المادة 717 ق م ج. بنصها: «**للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال...خلال شهرين من وقت الإعلان**» [40]، فإذا مضت المدة دون أن يرجع أحد من الأقلية للاعتراض على قرار الأغلبية سقط حقه وأصبح القرار نافذا. وليس للإعلان شكل خاص فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ويقع على الأغلبية أو المدير عبئ إثباته [41].

ذلك أن المادة 717 السالفة لم تحدد طريقة معينة لهذا الإعلان، رغم ذلك فقد حددت مظهرين من مظاهر الحماية، فهي لا تكتفي بالأغلبية العادية، بل تطلب توافر أغلبية خاصة كبيرة تمثل على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في المال الشائع من جهة، ومن جهة أخرى أوجبت على هذه الأغلبية إعلان قرارهم إلى الأقلية المعارضة، التي تستطيع الطعن أمام المحكمة خلال شهرين من الإعلان.

الفرع الثاني

حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية

إذا كان المشرع الجزائري قد اشترط ثلاثة أرباع للقيام بأعمال الإدارة غير العادية، فإنه في نفس الوقت منح ضمانات تكفل حماية لمصالح الأقلية المعترضة على قرار الأغلبية، حيث تنص المادة 2/717 من ق م ج. على أنّه: «**للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية،**

---

[39]- سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص. 134.

[40]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[41]- طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص. 89.

أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات» [42].

المستفاد هذه المادة سلطات المحكمة في هذه الحالة ومنحت للقاضي سلطة تقديرية لسماع حجج الأقلية والأغلبية على حدّ سواء، من أجل تقدير صواب القيام بالعمل الذي قررته الأغلبية، فلهذا عند الرجوع إليها الخيار بين أحد حلول ثلاثة:

1- فهي إمّا أن تلغي قرار الأغلبية.

2- وإمّا أن توافق على هذا القرار، ودون اتخاذ أي تدبير.

3 - وإمّا أن توافق على هذا القرار، مع اتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير. كما لو ارتأت إعطاء المخالف من الشركاء كفالة [43]. والكفالة التي يمنحها القاضي في هذه الحالة هي كفالة قضائية، ذلك أن المدين ملزم بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فيكون هذا الحكم مصدر الالتزام.

بناء على ذلك تضمن الكفالة الوفاء بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التي تلحق به من جراء تنفيذ قرار الأغلبية[44]، فتجد الأقلية في رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع، ويتبين من ذلك أن موافقة المحكمة على العمل لا يعفي الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض، فيما إذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء[45].

---

[42]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[43]- سوار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص. 123.

[44]-المرجع نفسه ، ص. 123.

[45]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 833.

على أن المحكمة لا تلزم الشركاء المعارضين بنفقات الإدارة غير العادية التي أنفقها أحد الشركاء ، إلاّ بعد أن تتثبت من قيامه بالتبليغات المقتضية، ليتمكن شركاؤه من ممارسة حقهم بالاعتراض، لدى القاضي المختص، على اعتزام شريكهم إجراءه من أعمال، إذا شاؤا ذلك [46].

فبذلك يكون المشرّع الجزائري قد أخضع حق الأغلبية في الإدارة غير العادية إلى رقابة قضائية تكفل حقوق الأقلية وتوفق بين مصالحها من جهة، ومصالح تلك الأغلبية في تحسين الانتفاع بالمال الشائع وجعله أصلح للاستغلال[47].

المبحث الثاني

حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع

إن وجود المال على الشيوع لا يتنافى مطلقا مع حق الشركاء في التصرف فيه، سواء كان التصرف كليا أو جزئيا، أو كان التصرف ماديا أو قانونيا، أم ورد التصرف على حصة مفرزة أو على نصيب في الشيوع، فإذا كان التصرف الذي تم بموافقة جميع الشركاء لا يثير أية صعوبة؛ فإن تصرف بعض الشركاء في المال الشائع قد يؤدي بالمساس بالحماية التي فرضها المشرع للبعض الآخر.

لذلك تكون بداية دراستنا لهذا المبحث، مع المظهر الأول للحماية التي أقرها المشرع خلال التصرف، والمتمثل في اشتراط الأغلبية (المطلب الأول: الحماية ممثلة في اشتراط الأغلبية)، يلي ذلك التعرض لمظهر الحماية الثاني، والمتمثل في حق الاسترداد (المطلب الثاني: الحماية ممثلة في حق الاسترداد).

---

[46]- سوار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص. 123.

[47]- بخوش (زوبير)، المرجع السابق، ص. 88.

المطلب الأول

الحماية ممثلة في اشتراط الأغلبية الموصوفة

الأصل في التصرف في المال الشائع هو اشتراط إجماع الشركاء، غير أن المشرع ولأجل تسيير أمور هذا التصرف ولعسر توافر الإجماع اشترط أغلبية خاصة مع حفظ حق الأقلية في هذه الحالة من أجل إبراز هذه الحماية الممنوحة للطرفين اقترحنا فرعين: والمتمثل أوله في حالة عدم الإجماع (الفرع الأول:في حالة عدم الإجماع)، والثاني يتضمن حق الاعتراض الممنوح للأقلية المعارضة (الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية).

الفرع الأول

في حالة عدم الإجماع

بديهي أن يملك جميع الشركاء، التصرف في المال الشائع سواء كان التصرف ماديا، باستهلاك الشيء أو بالتغيير فيه، أو تصرفا قانونيا، كنقل ملكية الشيء كله أو جزء منه، أو بتقرير حق عيني أخر على المال كله أو جزء منه[48]، مع تقييد حق كل منهم في حق جميع الشركاء، ويعتبر التصرف الجماعي قائما ونفذا رغم وقوع القسمة وأينا كانت نتيجتها.

غير أنه وفي حالة عدم الإجماع، فإن المشرع قد أجاز لأغلبية معينة من الشركاء التصرف في المال الشائع، شروط معينة وتحت رقابة القضاء ممّا يحمي حقوق الأقلية، وذلك في نص المادة 720 من ق م ج: « **للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى**

---

[48]- سعد (نبيل ابراهيم،) المرجع السابق، ص. 141.

باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا»[49].

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع وضع ضوابط قانونية، ومخالفتها يؤدي إلى المساس بالحماية التي أقرّها لباقي الشركاء، حيث تفرز منح سلطة التصرف للذين يمثلون ثلاثة أرباع المال الشائع، وهي نفس الحماية الممنوحة للأغلبية في الإدارة الغير المعتادة، وأن قرار الأغلبية ينبغي أن يكون مبينا على بواعث وأسباب قوية تبرر اتخاذه وإمضاءه رغم عدم اجتماع رأي جميع الشركاء عليه، كأن تعرض فرصة مواتية يخشى فواتها لبيع المال الشائع بشروط مربحة مغرية [50].

كذلك كأن يستند ترميم العقار الشائع قرضا يضمن برهنه، وقد يرد التصرف على جزء مفرز، كبيع جزء من الأرض الشائعة لإقامة بناء على الجزء الباقي منها[51]. وهذا الشرط لم يوجد عبثا، وإنما الغرض منه هو حماية الشركاء بدون استثناء، عن طريق بسط المحكمة رقابتها على هذه التصرفات، والتي يمكن أن تشكل خطرا، وهذا هو مسلك القانون المدني المصري وذلك في نص المادة 832 منه[52].

الفرع الثاني

الاعتراض على قرار الأغلبية

هذا الحق أيضا عبارة عن حماية أخرى أقرها المشرع للشريك أثناء التصرف في المال الشائع من طرف الأغلبية الموصوفة، فمهما يكن أمر الأقلية المعارضة للتصرف فإن لها على المال

---

[49]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[50]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص. 181.

[51]- عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 180.

[52]- قانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 55 لسنة1970.

الشائع نفس الحقوق التي للأغلبية فيه، لذلك فإن المشرع لم يتركها دون حماية بل حماها كما حماها في خصوص الإدارة غير المعتادة، فقد أوجب على الأغلبية ضرورة إبلاغها بقرار التصرف، فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في المال الشائع لا يكون نفذا فورا، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية ويكون الإعلان بأي طريقة، ويقع عبء إثباته على الأغلبية[53].

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 المؤرخ في 1992/10/28 " من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية. ولما ثبت-من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون"[54].

للأقلية بعدها الاعتراض على قيام هؤلاء الشركاء بالتصرف وأوجب أن يكون الاعتراض أمام المحكمة المختصة وفي خلال شهرين من تاريخ الإعلان[55]، في حالة فوات الميعاد دون رجوعهم إلى القضاء يصبح قرار الأغلبية نهائيا وملزما في حقهم، وفي هذه الحالة فإن الحماية الممنوحة للأغلبية الكبيرة تعادل نفس الحماية المكفولة أيضا للأقلية.

أما إذا رجع المخالفون أو أحدهم إلى المحكمة واعترض على قرار الأغلبية خلال الميعاد المذكور، فيجب على المحكمة أولا أن تقوم بالنظر فيما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية أم لا، فإذا رأت أنه من الممكن قسمة المال الشائع دون ضرر يصيب مصالح الشركاء، فلها في هذه الحالة أن تقضي بقسمته، ويكون من نتيجة ذلك سقوط قرار الأغلبية بالتصرف في المال الشائع.

---

[53]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 840.

[54]-أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28، المجلة القضائية، ع.1، سنة 1994، ص. 38.

[55]- عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 180.

أما إذا وجدت المحكمة أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء فإنها ترفضها، ثم تنظر في قرار الأغلبية فإذا وجدت أن قرارها بالتصرف في المال الشائع لا يستند إلى أسباب قوية فإنها تلغي القرار؛ أما إذا اقتنعت قيامه على أسباب قوية فإنها تؤيده[56].

إن المادة 720 من ق م ج. قد وفقت بين مصلحة الأغلبية فيما يتعلق بحقها في التصرف، بجعل للأغلبية سلطة في تقرير التصرف ويجعل للأقلية سلطة الطعن في هذا القرار، وفي النهاية تقدر المحكمة تبعا للظروف القائمة إن كان التصرف حكيما، ولا تقرره إلاّ إذا رأت أنه يحقق المصلحة لجميع الشركاء، وفي نفس الوقت.

المطلب الأول

الحماية ممثلة في حق الاسترداد

من أجل التخلص من الأضرار التي يمكن أن تلحق باقي الشركاء أثناء التصرف، فقد أوجد المشرع رخصة الاسترداد، التي تعتبر مظهر من مظاهر الحماية للطرف الأخر في النزاع، حيث تخول للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع في المال المنقول أو العقار[*] أن يسترد الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي، والهدف الاسترداد هي تمكين الشركاء من منع دخول الأجنبي بينهم في المال الشائع[57].

---

[56]- قاسم (محمد حسن)، موجز الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية، أسباب كسب الملكية)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص. 131-132.

[*]- (يلاحظ بأن المشرع المصري نص المجموع من المال دون أن يرد فيه بلفظي المنقول أو العقار)

[57]-حسنين (محمد)، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط. 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص. 205.

لذا ستتضمن دراسة هذا المطلب، بداية التطرق إلى شروط وإجراءات حق الاسترداد (الفرع الأول: شروط وإجراءات حق الاسترداد)، تليها الآثار المترتبة عن حق الاسترداد (الفرع الثاني: آثار حق الاسترداد).

الفرع الأول

شروط وإجراءات حق الاسترداد

لقد منح المشرع الجزائري لباقي الشركاء، حق الحلول محل المشتري الأجنبي في التصرف، وذلك باعتراضهم إذا كان المتصرف شريكا في البيع، وهو حق ملازم للشيوع يجنب الشركاء الضرر الذي قد يترتب من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء، ويثبت حق الاسترداد بغض النظر عن المصدر الذي نشأ عنه الشيوع، سواء كان مصدر الشيوع العقد، أو الوصية، وحتى الميراث.

حيث تنص المادة 721 من ق م ج. « **للشريك في المنقول الشائع، وفي المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه وإذا تعدد المستردون، فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته**»[58].

أولا: شروط حق الاسترداد

من النص السالف الذكر يتضح أن الشروط الواجب توافرها لاستعمال حق الاسترداد هي أربعة تنصب كلها في هدف واحد وهو: حفظ وحماية الحقوق المشتركة بين الشركاء في المال الشائع.

---

[58]- المادة 721 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

1- صدور بيع من أحد الشركاء في الشيوع

يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء في الشيوع، ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف، تبرعا كان أو معاوضة، أو بيع صوري أو البيع الباطل بطلان مطلقا[59]، كما لا يجوز الاسترداد، إذا كان البيع في مرحلة التمهيد، أي في مرحلة الإيجاب والقبول لأنه سابق لأوانه.

على أن يتم البيع اختياريا أي بالممارسة، فإذا كان البيع جبرا بالمزاد تنفيذا لحجر أوقعه دائن الشريك أو بمزاد تم وفقا لأحكام القانون إن كان للمسترد الدخول فيه فلا يجوز المطالبة بحق الاسترداد[60]، وهذه القيود أحاطها المشرع حرصا على حماية الشركاء، فقيد التصرفات إذا جعل حق الاسترداد يرد على المعاوضات الذي يتم بطريق الممارسة.

من ثم فإن البيع وحده هو الذي يفتح المجال أمام بقية الشركاء في استرداد الحصة الشائعة، والعلة في قصر الاسترداد على البيع أن الاسترداد طريق استثنائي لا ينبغي التوسع فيه ولا يقاس عليه غيره من التصرف الناقلة للملكية، وعلى هذا فلا يرد إذا كان التصرف الصادر من الشريك للأجنبي في صورة هبة، أو وصية، أو غير ذلك من صور المعاوضات بغير بيع، لأن الهدف من التصرف في مثل هذه الحالة أن الشريك المتصرف راع اعتبارات شخصية يتعارض معها الاسترداد [61].

2- ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال أو عقار

إن العلة من الاسترداد، هي عدم دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع، بغية الحفاظ على الأسرار الخاصة بين الشركاء الذين في غالب الأحيان يكونون من عائلة واحة لذلك لا يجوز

---

[59]- خليل (أحمد محمود)، المرجع السابق، ص. 30.

[60]- طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص. 98.

[61]- النشار (جمال خليل)، تصرف الشريك في المال وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص. 143.

الاسترداد إذا كان البيع واردا على جزء مفرز من المال الشائع، لأن هذا البيع غير نافذ في حق الشركاء الآخرين، فلا يكون من شأنه أن يجعل المشتري شريكا، وبذلك تنتفي علة الاسترداد[62].

بعكس التصرف في الحصة الشائعة؛ لأن بيع الحصة الشائعة هو الذي يحل فيه المشتري محل البائع، وبالتالي يصبح شريكا مع باقي الشركاء، ومن ثم لهم حق استرداد الحصة المبيعة وذلك بإخراجه من الملكية قصد مواجهة الضرر[63]، وإذا باع الشريك بعض حصته الشائعة، نصفها أو ربعها مثلا، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد، إذ يدخل الأجنبي المشتري هنا أيضا شريكا مع نفس شريك البائع ومع سائر الشركاء، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريك معه، فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه[64].

إن حق الاسترداد لا يرد إلاّ في منقول شائع أو في المجموع من المال المنقول ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، أو العقار المعين بالذات، حيث يتشرط لاستعمال حق الاسترداد وفقا لأحكامه أن يكون محله أيضا عقار دون حق الشفعة. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 179321 الصادر بتاريخ 1998/03/25: «ولما ثبت-في قضية الحال-أن قضاة المجلس قضوا برفض دعوى الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم يكونون قد خرقوا نص المادة 721 من ق م ج. التي تعطي الورثة الحق في الاسترداد، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [65].

لكن هذا القرار ورغم صدوره إلا أنه وجهت له عدة انتقادات منها:

---

[62]- سعد (نبيل إبراهيم سعد)، المرجع السابق، ص. 149-150.

[63]- النشار (جمال خليل)، المرجع السابق، ص. 146.

[64]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.856.

[65]- أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 179321 المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية، ع.1، 1999، ص. 83.

- أن إرادة المشرع تتجه إلى تطبيق الاسترداد في المنقول المعين أو المجموع من المال ولم تتجه إلى تطبيقه على العقار المعين بذاته، وإلا لمّا أقر نظام الشفعة.
- أن نص المادة 721 السالفة الذكر مأخوذة من المادة 833 من التقيين المدني المصري[66] وقد أجمع شرّاحه على عدم ثبوت الاسترداد في العقار المعين بالذات، وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها.
- إن الاعتداد بهذا الرأي يجعل نطاق الشفعة متداخلا مع نطاق الاسترداد، مما يجعل التضارب بين النصوص القانونية قائما، وهو ما كان يعرّفه التقيين المصري القديم الذي لم يكن يحدد نطاق الاسترداد، ما أحدث اختلافات فقهية كبيرة، ونجم عنه اضطراب غير مسبوق للقضاء المصري.
- بسبب هذه الانتقادات لا يمكن القبول بتطبيق حق الاسترداد على العقار المعين بالذات؛ وإنما يسري عليه نظام الشفعة، في حين يسري هو على المنقول الشائع والخليط من المال العقار والمنقول، حتى لو كان البيع منصبا فقط على جزء من الحصة الشائعة في مجموعها.

كما يستفاد أيضا من المادة 721 ق م ج. على أنّه يمكن أن يكون محل دعوى الاسترداد مجموع من المال كالشركة والمتجر، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي، كان باقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات، ما دامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال، فإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي، كان لباقي أصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد[67].

3- أن يكون البيع إلى أجنبي عن الشركاء

من خلال هذا الشرط تتحقق الحكمة من حق الاسترداد ألا وهي استبعاد الأجنبي من دخول بين الشركاء، لذلك يجب أن يكون هذا البيع قد صدر لأجنبي عن الشركاء وذلك لأن الحكمة من

---

[66]- قانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم55 لسنة 1970

[67] – خليل (أحمد محمود)، المرجع السابق، ص. 31.

الاسترداد موجودة؛ أما إذا كان البيع لأحد الشركاء فلا يجوز لباقي الشركاء استرداد الحصة المبيعة لأن مظنة الضرر بهم غير متوفر في هذه الحالة[68]، فالمشتري شريك معهم وهو لا يزال معهم بعد أن اشترى الحصة الشائعة، ولم يستجد على الشركاء أجنبي يتضررون من دخوله بينهم[69].

لذلك فإذا تقدم شريك واحد أو بعض الشركاء دون بعض يطلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة من أحدهم، وجب على المسترد أو المستردون استرداد كل الحصة المبيعة لا بعضها وإلاّ بقي الأجنبي في الشيوع وانعكس بذلك القصد من الاسترداد وهو استبعاده من عداد الشركاء، كذلك الحال إذا لم يكن المبيع إلى أجنبي هو حصة شريك واحد وإنما حصص عدد من الشركاء، فحينئذ يجب على المسترد أو المستردين أن يستردوا منه كل الحصص ليؤمنوا دخوله بينهم في الشيوع[70].

4- أن يكون المسترد هو أحد الشركاء

بتوفر الشروط السابقة كان لكل شريك أن يطلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة[71]، فهذا واضح لأن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم، ولذلك يثبت لهم دون غيرهم الحق في الاسترداد، سواء كان شريك أصلي أو شريك غير أصلي، فيجوز لخلف الشريك الأصلي من وارث أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا في الشيوع وقت البيع[72].

فإذا تعدد الشركاء الذين يطلبون الاسترداد كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته، ويجب أن يشمل الاسترداد كل الحصة المبيعة، فإذا كان البيع منقولا مملوكا على الشيوع لشخصين بنسبة

---

[68] – النشار (جمال خليل)، المرجع السابق، ص. 147.

[69] – السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 856.

[70] – كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص. 191.

[71] – قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 136.

[72] - السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 858.

النصف لكل منهما، وباع أحدهما حصته شائعة إلى أجنبي فلا يجوز للشريك الآخر أن يطلب استرداد الربع مثلا[73].

ثانيا: إجراءات حق الاسترداد

بالرجوع إلى نص المادة 720من ق م ج. نجد أنها إلى جانب شروط حق الاسترداد قد تضمنت أيضا مجموعة من الإجراءات، وكلها تقوم على التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء في الشيوع. لذلك فقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقا مدة طويلة[74]، فيجب على الشريك الراغب في الاسترداد أن يعلن رغبه في ذلك، ويجب إعلان هذه الرغبة إلى كل من البائع والمشتري معا.

فقد حدد القانون ميعاد إعلان هذه الرغبة وهي شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، فإذا تأخر إعلان الرغبة عن هذا الميعاد سقط حق الشريك في الاسترداد؛ أما إذا لم يحصل إعلان للشركاء بحصول البيع فإن حقهم في طلب الاسترداد لا يسقط إلاّ بمضي شهر على علمهم بحصول البيع علما حقيقيا[75].

فلا شك أن المشرع أحسن عندما نص على موعد محدد لإبداء الرغبة في استعمال هذا الحق وربطه بميعاد قصير، مما يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية، فلو لم يحدد هذه المدة، أو أطال فيها، فإنه يستتبع المضرة بالمشتري لكونه يظل مهددا باستعمال هذا الحق لفترة طويلة، ومن ثمة فإن المشرع بهذا التقليص قد حمى كل الأطراف، خاصة الشريك في الملكية الشائعة.

---

[73] - قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 136.

[74]- سعد (نبيل إبراهيم سعد)، المرجع السابق، ص. 150.

[75]- قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص.136 - 137.

هذا الاسترداد يكون بإعلان يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري، مبديا فيه رغبته في الاسترداد واستعداده لدفع الثمن الذي عرضه المشتري وكافة المصروفات[76]، لكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا، ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة، بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع أو للمشتري، إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع[77].

لم يتطلب القانون شكلا خاصا للإعلان فيجوز أن يكون على يد محضر أو بكتاب مسجل أو عادي كما يجوز أن يكون شفاهة[78]، ويقع على الشريك المسترد إثباته، لتفادي ذلك يحسن أن يكون الإعلان على يد محضر[79]، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ولم يعلن الآخر بعد انقضائه سقط حقه في الاسترداد[80]، فإذا لم يتم الاسترداد بالتراضي يكون للشريك رفع الدعوى، في أي وقت إلى أن تتم القسمة، على كل من البائع والمشتري حيث يجب اختصامهما معا في جميع مراحل الدعوى[81].

لم يضع المشرع قواعد خاصة لدعوى الاسترداد كما فعل في شأن دعوى الشفعة، ولذلك يجب إخضاعها لحكم القواعد العامة. ومن هنا يكفي إظهار المسترد استعداده لتعويض المشتري عن كل ما أنفقه دون حاجة إلى عرض ذلك عرضا حقيقيا أو إيداعه خزينة المحكمة وليس ثم ميعاد مفروض من تاريخ إعلان الرغبة يتحتم على المسترد رفع الدعوى خلاله[82].

---

[76]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص. 138.

[77] – السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 865.

[78]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص. 138.

[79] - طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص. 100.

[80]- يكن (زهدي)، الملكية والحقوق العينية الأصلية، ط.2، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، 1998، ص. 258.

[81] - منصور (محمد حسين)، المرجع السابق، ص. 126.

[82]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص. 192-193.

الفرع الثاني

آثار حق الاسترداد

إنّ حق الاسترداد سواء تم بالتراضي أو بالقضاء، فإنه يترتب عليه نتائج هامة، لذا يجب التفرقة في هذا الصدد بين الآثار المترتبة على العلاقات التالية:

أولا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والمشتري

إذا كان الاسترداد لا يعتبر إعادة بيع للحصة الشائعة؛ إنما هو مجرد حلول المسترد محل المشتري[83]، ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري أو المتصرف إليه بأثر رجعي، أي من تاريخ التصرف، ولا يعتبر هذا شراء جديدا و كأنه هو المتصرف إليه من أول الأمر، فإذا كان المتصرف إليه قد رتب حقا للغير على الحق المتنازع فيه فلا يحتج بذلك على المسترد[84].

يحل المسترد محل المشتري وقت البيع، لا من وقت الاسترداد فحسب، وعلى ذلك تسقط الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع، حيث تخلص للمسترد الحصة المبيعة خالية من أي حق عيني أو تبعي قام به المشتري، وطالما أن المسترد يعد وكأنه اشترى من البائع، فيلتزم هذا الأخير قبله بضمان الاستحقاق وليس المشتري، كما أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع.

فإذا كان الحق مؤجلا أو مقسطا استفاد المسترد من ذلك، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن وجب على المسترد أن يفوض المشتري. كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات، ويلتزم أيضا برد الثمار التي حصل عليها من وقت البيع إلى المسترد[85].

---

[83]- النشار (جمال خليل)، المرجع السابق، ص. 161.

[84]- أبو السعود (رمضان)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 539-540.

[85] – حسنين (محمد)، المرجع السابق، ص. 209.

ثانيا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والبائع

يستطيع المسترد مطالبة البائع بجميع الالتزامات الناتجة عن عقد البيع كالالتزام بنقل ملكية المبيع[86]، وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين ما إذا كان المبيع حصة شائعة في منقول معين بالذات، أو إذ كان حصة شائعة في مجموع من المال يشمل العقار.

ففي الحالة الأولى: تنتقل الملكية إلى المسترد مباشرة من وقت انعقاد العقد طبقا للأثر الرجعي للاسترداد؛ أما الحالة الثانية: فإن الأثر الرجعي لا يسري في كل الحالات لأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالشهر[87]، كما يحق للبائع أيضا أن يطالب المسترد بالوفاء بالثمن أو الباقي منه إذا لم يكن المشتري قد دفعه، فإذا لم يكن للمشتري قد وفي بالثمن للبائع، وجب على المسترد الوفاء به ويلاحظ أن المسترد لا يلزم نحو البائع إلاّ بالثمن الحقيقي[88].

ثالثا: الآثار المترتبة على العلاقة بين البائع والمشتري

يعد البيع وكأنه تم مباشرة للمسترد، فتزول العلاقة بين البائع والمشتري زولا رجعيا، وعلى ذلك تزول كافة الحقوق التي كانت للمشتري اتجاه المسترد حتى تصبح للمسترد، كما تزول الالتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري لمصلحة البائع، حيث تصبح تلك الالتزامات شاغلة لذمة المسترد من وقت البيع، وعلى ذلك لا يجوز للبائع مطالبة المشتري الثمن وإنما يطالب المسترد به[89].

كما ترجع العلاقة بين البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع، فإذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة بينهما بشأن الثمن أو اتحدت الذمة، فإن هذا يزول، ويرجع المشتري على البائع بذلك، وتسقط المقاصة ويزول اتحاد الذمة[90].

---

(86) - شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص. 139.

(87) - النشار (جمال خليل)، المرجع السابق، ص. 163.

(88) - عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 185.

(89) - أبو السعود (رمضان)، المرجع السابق، ص. 539-540.

(90) - النشار (جمال خليل)، المرجع السابق، ص. 167.

الفصل الثاني

حماية الشريك في الشيوع أثناء القسمة

الفصل الثاني

حماية الشريك في الشيوع أثناء القسمة

إنّ الملكية الشائعة ليست صورة مثلى للملكية، فاجتماع حقوق الشركاء المشتاعين على المال الشائع يؤدي إلى مشاكل من شأنها أن تعوّق الانتفاع بهذا الشيء على خير وجه [1]، فهي صورة للملكية، من الناحية الاقتصادية لا تسمح بالاستغلال الأمثل للمال الشائع لاختلاف مصالح الشركاء، ومن الناحية القانونية مصدر للمتاعب والخلافات، قد يؤدي إلى ضرر بالشركاء. فكانت في شرعية القسمة إنهاء لهذه الخلافات وتحقيق لمصلحة الشركاء في الانتفاع وحماية لأموالهم ومصالحهم، بحصول كل شريك على ملكية مفرزة من المال المملوك على الشيوع يساوي حصته.

إنّ القسمة أهم سبب لإنهاء الشيوع، وعودة الاستقرار بين الشركاء، لذلك عنى المشرع بتنظيمها وأفرد لها قواعد خاصة [2]، كلها تهدف لحماية الشركاء المشتاعين، فما هي نوع من الحماية التي أقرّها المشرع لذلك؟، خاصة وأن الشركاء قد يرغبون جميعا في قسمة المال،أو يرغب بعضهم ويوافق الباقون، فتكون حينئذ القسمة رضائية، وقد يرغب بعض الشركاء في القسمة ويمتنع الآخر، فهنا تفرض الضرورة اللجوء إلى القضاء.

لتوضيح هذا الفصل نتعرض إلى المظهر الأول للحماية المقررة في إطار القسمة الاتفاقية (المبحث الأول: الحماية المقررة في إطار القسمة الاتفاقية)، يلي ذلك التعرض للمظهر الثاني للحماية المكرسة في القسمة القضائية (المبحث الثاني: الحماية المقررة في القسمة القضائية).

---

[1]- خالدي (أحمد)، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 19.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: (ماهية القسمة، أنواع القسمة وأركانها، قسمة المهايأة، قسمة الأعيان، قسمة المال، الآثار التي تترتب عن القسمة وطوارئها)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.307.

المبحث الأول

الحماية المقررة في القسمة الاتفاقية

إنّ البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه ولا يجبر الشركاء عليه، لذلك جاءت المادة 722 من ق م ج بمبدأ عام والذي يقضي بحق كل شريك بالمطالبة بقسمة المال المشترك في أي وقت ما لم يكن مجبرا على البقاء فيه بموجب نص أو اتفاق[*]، وفي إطار القسمة الاتفاقية فإنه يشترط أن تتم برضا الشركاء جميعا،ولرد الضرر بأحد المتقاسمين أوجب المشرع نقض القسمة لغبن حماية له.

إزاء ذلك تكون بداية دراستنا لهذا المبحث، مع المظهر الأول للحماية، والمتمثل في اشتراط الاجماع للقسمة (المطلب الأول: الحماية ممثلة في اشتراط الاجماع للقسمة)، يلي ذلك التعرض للمظهر الثاني للحماية المتمثل في حق الشريك في نقض القسمة (المطلب الثاني: الحماية ممثلة في حق الشريك في نقض القسمة).

المطلب الأول

الحماية ممثلة في اشتراط الإجماع للقسمة الاتفاقية

القسمة الرضائية هي تلك القسمة التي تجرى بين المتقاسمين على أساس الرضا، ولا تتم إلاّ بإجماع الشركاء جميعا، فبمجرد إجماعهم لهم الحق في اقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها مناسبة (الفرع الأول: حق الشركاء مجتمعين في اختيار طريقة القسمة)، لكن لا يكفي إجماع الشركاء لقيام القسمة الاتفاقية، بل لابد من توافر الأهلية الكاملة، فإذا كان بينهم ناقص الأهلية، فما هي الحماية المقررة له قانونا؟ (الفرع الثاني: الحماية المقررة لناقص الأهلية).

---

[*]- البقاء في الشيوع بموجب نص قانوني كما هو الحال في الشيوع الإجباري الذي فيه لا يستطيع الشركاء المطالبة بقسمة المال الشائع إذا تبين من الغرض الذي أعدّ له هذا المال أنّه يجب أن يبقى دائما في الشيوع.
وبمقتضى الاتفاق فقد اشترط المشرّع مدّة لا تتجاوز 5 سنوات قابلة للتجديد. إذا تمّ الاتفاق على هذا النحو امتنع على من ارتضى هذا الاتفاق بأن يطالب بالقسمة خلال المدّة المتفق عليها.

الفرع الأول

حق الشركاء مجتمعين في اختيار طريقة القسمة

إن القسمة الاتفاقية تعتبر السبيل الأول لإنهاء حالة الشيوع ودّيا بين الشركاء، ومن ثمّ أخضعها المشرع لإجراءات بسيطة بعيدا عن القضاء، وغير مكلفة من الناحية المادية، وحتمية ذلك تقتضيها حاجة الشركاء للحماية، وقد نصت المادة 723 من ق م ج على أنّه: **« يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون» [1].**

دائما وبغية تحقيق حماية أكبر لعدد أكبر من الشركاء، فإنّه لكي تتم القسمة الاتفاقية، لابد من اتفاق الشركاء جميعا، ومن ثم فإنّ الأغلبية لا تكفي لإتمام القسمة مهما بلغت، حيث يجب أن ينعقد الإجماع بين الشركاء على هذه القسمة، ولهذا لا تتم القسمة بالتراضي إذا كان هناك من الشركاء من يعترض عليها، مهما كان نصيبه ضئيلا [2].

فإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون البعض الأخر، فإنّ الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها، حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع [3]، فالقسمة بهذا المعنى عقد كسائر العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحله المال الشائع، ومن ثم تسري عليه أحكام العقود، من حيث تراضي الشركاء، وتوافر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، ووجود سبب مشروع واستيفاء المحل لشروطه [4].

---

[1]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، المرجع السابق، ص.307.

[3]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.893.

[4]- خليل (أحمد محمود)، المرجع السابق، ص.40.

كما يتضح من النص القانوني أيضا، أنّه منح حرية واسعة النطاق للشركاء في اختيار طريقة القسمة التي يرونها مناسبة، طالما هذا الاختيار الذي ارتضوا عليه، يحقق لهم الحماية المرجوة فقد يختارون أن تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع بأي نوع من أنواعها فيمكن للشركاء الاتفاق على القسمة العينية، بوسيلة تكوين الحصص، فيقسم المال إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكنا [1].

فقد تكون القسمة العينية بمعدل، وذلك في حالة ما حصل الشريك على نصيب أزيد من حصته، فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل مبلغا من النقود يعدل أنصبائهم فتكون معادلة لحصصهم؛ أمّا إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيبا مقررا من نفس هذا المال يساوي حصته الشائعة، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل [2].

كما يمكن أن يكون اتفاق الشركاء ضمنيا، أو ما يطلق عليه بالقسمة الفعلية، ولا يشترط أن يكون الاتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن تستنتج من ظروف الحال، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثمّ يتبعه باقي الشركاء يتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، ويتضح من تصرفاتهم أنّهم ارتضوا بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه [3].

فقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، وتشمل كل الأموال الشائعة، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض الأموال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو قد تكون جزئية بالنظر إلى ما يترتب عليها من إخراج بعض الشركاء، فقط دون البعض الآخر [4].

---

[1]- حيتوس (عمار)، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، الجزائر، (د س ن)، ص.249.

[2]- خلدي (احمد،) المرجع السابق، ص.42.

[3]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص.204.

[4]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.895.

قد يختارون القسمة بطريقة التصفية، خاصة إذا كانت قسمة المال عينا متعذر، فيتفقون على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد، ويقتسمون ثمنه كل بنسبة نصيب كل منهم فيه [1]، وغير ذلك من الطرق التي لدى الشركاء حرية الاتفاق عليها، لكن إذا كان المال الشائع من الأموال غير المنقولة وجب أن يتبع في تقسيمه الإجراءات المنصوص عليها في القانون [2].

فمن الإجراءات المنصوص عليها في القانون نذكر ما نص عليه الأمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السّجل العقاري، حيث تنص المادة 15 منه: « **كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلاّ من تاريخ يوم إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية** » [3].

يفهم من هذا النص أنّه إذا كان محل القسمة عقارا وجب الشهر حتى تكون حجية على الغير، والغرض من شهر القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير والإعلام، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف؛ أمّا إذا لم تشهر فإنّها تكون حجية على المتقاسمين فقط، ولا يكون حجة على الغير.

ما تجدر ملاحظته أنّ المشرّع الجزائري يجيز للأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودّية أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين لإفراغ هذا الاتفاق في الشكل الرسمي طبقا لأحكام المادة 03 من قانون 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن مهنة الموثق، ويتلقى الموثق من الأطراف ملف كاملا بالوثائق المطلوبة، وذلك لتحديد الحصة التي تعود إلى كل شريك [4].

---

[1]- خليل (محمد محمود)، المرجع السابق، ص.41.

[2]- العبيدي (علي هادي)، المرجع السابق، ص.70.

[3]- أمر رقم 75-74، المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس السجّل العقاري، ج ر، ع. 92، الصادرة في 1975/11/18، المعدل والمتمم.

[4]- BELKHIER (S) , BELKHIER (N), Succession, Partage, Vente sur licitation, 1ère édition, Edition Zakaria, Algérie, 1992, P 15.

خلاصة القول أنّ للشركاء الحق في قسمة المال الشائع بينهم، بأي وسيلة أو طريقة يتفقون عليها، كما لهم الحق في الاتفاق على استعمال القرعة أو عدم استعمالها، كل ذلك جائز طالما تراضوا على ذلك، وطالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم[1]، ومن الأحكام كذلك التي أصبحت تلعب دورا في حماية الشركاء من الآثار المترتبة عن القسمة الاتفاقية، أنها تعتبر عقد لازم استنادا إلى القاعدة القانونية: « **العقد شريعة المتعاقدين**»، فلا يجوز لأحد أطرافها الرجوع فيها بإرادته المنفردة.

الفرع الثاني

الحماية المقرّرة لناقص الأهلية

مراعاة لمصالح الشركاء جميعا وحماية لهم، فإنّ المشرع استهدف بالحماية حالة من الحالات الأكثر انتشارا بين الشركاء أثناء القسمة الاتفاقية وذلك إذا وجد من هو غير كامل الأهلية، وسبق أن أشرنا إلى أنّ من شروط القسمة الاتفاقية أن يحصل الرضا من جميع الشركاء عليها، ولكي يكون الرضا صحيحا لابدّ وأن يصدر ممن كان أهلا له، والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء.

حيث نصّت المادة 40 من ق م ج. بقولها: «**كل شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسنّ الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة**» [2]. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية[*]، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون طبقا لنص المادة 723 من ق م ج.

---

[1]-السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.895.

[2]- أمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[*]- لقد نصّ القانون المدني على حالة وجود ناقص الأهلية، في حين أغفل حكم حالة الغائب، مع أنّ قانون الأسرة يعتبره في حكم ناقص الأهلية.

المقصود بالإجراءات المشار إليها في المادة 723من ق م ج. هي الإجراءات التي تضمنها قانون الأسرة في المادة 81 منه: «**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفة، ينوب عنه قانونيا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**» [1].

فالولاية على أموال القاصر هي إذا نظام قانوني يهدف إلى حماية أموالهم، ويكون ذلك بتكليف شخص معين بأن ينوب عن هذا الصغير في مباشرة التصرفات القانونية، وتعتبر هذه الولاية إجبارية، وتجد مصدرها إمّا في نصّ القانون أو في حكم قضائي.

حيث أنّ الولاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري ثابتة قانونا للأب، في المرتبة الأولى باعتباره رب الأسرة والأقدر على رعاية شؤون أولاده، وفي حالة وفاته تؤول بقوة القانون إلى الأم [2]، وفي هذا الترتيب الذي جمع فيه المشرع رابطة الدم، الهدف من خلاله جعل القاصر محميّا من طرف أطراف ليست أجنبية عليه.

فنظرا لأهمية وخطورة إجراء القسمة، يشترط المشرّع الجزائري ألاّ يستقل بها الولي أو الوصي أو المقدم، بل يجب على هؤلاء الحصول على إذن من المحكمة كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف [3]، إذ تنص المادة 88 من ق أ ج: «**على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرّجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.**

وعليه يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

---

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة، ج ر.ع. 24، سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 2005/02/27، ج ر. ع. 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

[2]- أنظر: المادة 87 من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]- قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص.154.

1. بيع عقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3. استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

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

فإذا كان بينهم من هو فاقد الأهلية[*]، وجب تطبيق الإجراءات التي ينصّ عليها القانون، وإلاّ جاز لهذا الشخص أن يتمسك ببطلان عقد القسمة [2]، باعتبار أنّ إجراء القسمة له خطره على حقوق باقي الشركاء، لذا اشترط القانون فيه ألاّ يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب، بل أوجب على هؤلاء أن يحصلوا على إذن من المحكمة [3].

من ثمّ فإنّ الولاية على مال القاصر ليست مطلقة بل هي مقيّدة، وهذا التقيد مفيد جدّا لحماية أموال القاصر، وعلى الولي أن يتصرف على هذا الأساس تصرف الرّجل الحريص المسؤول، ويمارس نيابته في الحدود التي رسمها القانون ويمنع عليه مباشرة تصرفات معينة إلاّ بإذن القاضي.

فإذا قام بمباشرة تصرف من التصرفات المذكورة في المادة 88 من ق أ ج. دون إذن المحكمة، أو عدم التصديق بعدها، فإنّ القسمة تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، ويجوز لغيره أن يتمسك به، ويستطيع بعد زوال نقص الأهلية النزول عن التمسك به [4].

---

[1]- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[*]- المقصود بفاقد الأهلية هنا هو عديم التمييز، سواء كان صغير السنّ، أو محجورا لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أو غائب.

[2]- يكن (زهدي)، المرجع السابق، ص. 154.

[3]-السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 896.

[4]-عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص.189-190.

يلاحظ فيما يتعلق بهذه الحماية التي كفلها القانون لناقص الأهلية، أن القانون المدني يشترط رقابة سابقة من جانب المحكمة –رئيس المحكمة- بأن تأذن بإجراء القسمة، كما يتطلب رقابة لاحقة من جانبها أيضا –رئيس القسم المختص- بأن تصادق على القسمة بعد التأكد من عدالتها، للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

كما يلاحظ بأن المشرّع الجزائري قد شدّد في مثل هذه التصرفات، بحيث وسّع مجال تطبيقها فجعلها تشمل بيع العقار والقسمة، والرهن والصلح، وبيع المنقول واستثمار أموال القاصر بالقرض والاقتراض، والمساهمة في شركة وإيجار عقار القاصر لمدّة تزيد على ثلاث سنوات وتمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد [1].

أخيرا فإنه من النصوص السابقة، نفهم أنّه في حالة وجود ناقص الأهلية عن الشركاء لا يحول دون وقوع القسمة الاتفاقية، وما الإجراءات التي تطلّبها القانون إلاّ جاءت لحماية ناقص الأهلية.

المطلب الثاني

الحماية ممثلة في حق الشريك في نقض القسمة

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد فهي تخضع للقواعد العامة، فمن ثمّ فإنّ المشرّع قرّر نفس وجوه الطعن التي قرّرها للعقد، فيحق الطعن بالغبن في القسمة الاتفاقية بسبب عدم المساواة بين المتقاسمين حسب حصصهم وتفاديا لذلك عالج المشرع هذا الأمر، حيث حمى المتقاسم الذي يقع في الغلط وكفل المتقاسم الأخر بتجنب القسمة. هذا الأخير خصّ له المشرع أحكاما خاصة في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية.

[1]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص.56.

لتبرير هذه الضمانات فإنه يترتب دراستها في فرعين: أوّلهما يتمثل في الحق في نقض القسمة الاتفاقية للغبن (الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية للغبن)، يليه حق المدعى عليه في تجنب الحكم بنقض القسمة (الفرع الثاني: حق المدعى عليه في تجنب الحكم بنقض القسمة).

الفرع الأول

نقض القسمة الاتفاقية للغبن

بالرغم من أنّ القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه الأحكام العامة للعقود، والتي نظّمها القانون المدني في النظرية العامة للالتزامات، فإنّ القانون قد قرّر سببا خاصا للطعن في هذا العقد بسبب الغبن [1]، حيث نصّت المادة 732 من ق م ج. على أنّه: «**يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنّه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة**» [2].

فالغبن هنا لا يشترط لتوافره استغلال طيش أو هوى جامح في نفس المتقاسم، وإنّما يشترط فقط توافر الغبن بما يزيد عن الخمس نصيب المتقاسم، فإذا تبين بعد إجراء القسمة الاتفاقية أنّ أحد الشركاء المتقاسمين قد لحقه غبن أي عدم تعادل بين نصيبه في الملكية الشائعة وما آل إليه بعد اقتسام المال بما يزيد عن الخمس ، جاز له التمسك بنقض القسمة[3].

هكذا يكون المشرّع قد راعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته [4]، كما أنه خصّ القسمة فيما يخص الغبن

---

[1]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص.134.

[2]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص.144.

[4]- أبو السعود (رمضان)، المرجع السابق، ص.551.

بأحكام خاصة، فأجاز نقض القسمة الاتفاقية للغبن، بناء على طلب الشريك المغبون، وهذا كافيا لرفع دعوى الغبن طالما كان زائدا عن الخمس.

واضح من نصّ المادة 732 من ق م ج. أنّ الغبن الذي يعتد به هو ما يزيد على الخمس، أمّا لو قل عن ذلك فلا يعتد به. فقد برّر شراح القانون ضرورة تحديد مقدار معين لنقض القسمة للغبن حتى يتمّ استقرار القسمة، وعدم السماح للشركاء بطلب نقضها لأي غبن مهما بلغ مقداره، ومن ثمّ فإنّ أي غبن لا يجاوز قيمة الخمس، لا يعتد به ولا يجوز الطعن في القسمة بسببه [1].

فإذا افترضنا أنّ القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50.000)دج وكان هناك خمس شركاء يملكون حصصهم بالتساوي، كانت القسمة الحقيقية للنصيب المفرز لكل شريك هي عشرة آلاف (10.000)دج، لكي يعتبر الشريك مغبونا يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفرزة بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفرز، أي اقل من ثمانية آلاف (8.000)دج؛ أمّا إذا كانت مساوية أو أكثر فلا يجوز له نقض القسمة الاتفاقية للغبن [2].

فالعبرة في التقدير بقيمة الشيء وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة، وليس وقت بدء الشيوع، أو وقت رفع دعوى الغبن، فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هي مبلغ معين، فلا يعتد به بأي أمر يحدث بعد القسمة ويزيد في هذه القيمة كانخفاض أسعار الأوراق المالية أو اعسار شريك في ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الاعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها [3].

كما يجوز نقض القسمة للغبن أيّا كانت الأموال المقسومة، عقار أو منقولا، وسواء كان المتقاسم المغبون قاصرا أو رشيدا، والحكمة من تقرير هذا الحكم هي أن المساواة روح القسمة

---

[1]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، المرجع السابق، ص.382.

[2]- حيتوس (عمار)، المرجع السابق، ص.259-260.

[3]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.904.

الاتفاقية. لذلك عنى المشرّع بأن يكفل المساواة بين المتقاسمين عن طريق تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة [1].

فإذا توافر الغبن على النحو المذكور، كان للمتعاقد المغبون أن يستعمل الحماية التي أقرّ له المشرع، وذلك بأن يرفع دعوى بنقض القسمة خلال السنة التالية لها وإلاّ سقط حقه فيها [2]، فالسنة هنا هي ميعاد اسقاط لا مدّة تقادم. وهو ميعاد لا ينقطع ولا يقف، بخلاف مدّة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف، وقد استهدف المشرع هذا الميعاد لتحقيق الاستقرار النهائي للمراكز القانونية للشركاء، وحتى لا يبقى مصير القسمة معلقة مدة طويلة.

يبدأ حساب مهلة سنة من يوم تمام عقد القسمة فإذا انقضت السنة لا تقبل الدعوى سواء علم المغبون أو لم يعلم، فإذا كان المال المقسوم عقارا تحسب المدّة من تاريخ اتمام آخر عقد للقسمة، لأنّ هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة واحدة [3].

فقد يتعدد الشركاء المغبونون، وفي هذه الحالة يجوز لهم رفع دعوى الغبن، سواء كانوا منفردين –أي كل واحد بصحيفة دعوى مستقلة- أو مجتمعين –أي تضمهم صحيفة دعوى واحدة [4]، كما يجوز رفعها من وارث الشريك المغبون أو من دائنه بالدعوى غير المباشرة، ولكن لا تقبل من الشريك غير المغبون [5]، وعبء إثبات الغبن الحاصل في القسمة الرضائية يقع على المدعي بلا شك، وذلك بكل طرق الإثبات باعتبار أنّ محل الإثبات واقعة مادية.

---

[1]- سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص.177.

[2]- الجمال (مصطفى محمد)، المرجع السابق، ص.171.

[3]- حيتوس (عمار)، المرجع السابق، ص.261.

[4]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، المرجع السابق، ص.388.

[5]- طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص.126.

فمن الناحية العملية تقوم المحكمة بتعين خبيرا لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، ولتقدير قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضا، وبمقارنة قيمة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس، بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة [1].

على هذا النحو يكون المشرّع قد راعى مبدأ المساواة بين الشركاء من أجل الوصول إلى الحماية المنتظرة، حيث قرّر حق الطعن للمدعي من جهة. وإذا تأكدت المحكمة من الغبن، تصدر المحكمة بإبطال القسمة، واعتبرت كأنّها لم تكن ويعود الشركاء ملاك على الشيوع من جديد، لأن المساواة بين الشركاء هي التي تؤدي إلى استقرار القسمة، وإيصال الحقوق لأصحابها أهم من الاستقرار المزعوم.

الفرع الثاني

حق المدعى عليه في تجنب الحكم بنقض القسمة

أوضحنا فيما سبق أنّه إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدّده القانون، فإنّه يجوز للمغبون أن يرفع دعوى نقض القسمة للغبن على باقي الشركاء. وهذه عبارة عن حماية، غير أنّ المشرّع الجزائري قد وضع حماية أخرى للمدعى عليهم وأمكنهم من تجنب الحكم بالغبن، وذلك إذا أكملوا للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته.

ذلك حسب نصّ المادة 2/732 من ق م ج. التي تنصّ على أنّه: **«...للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته»** [2].

---

[1]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.906-907.

[2]- أنظر: المادة 732 من الأمر 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

طبقا لهذه المادة فإنّه يجوز للمدعى عليه أن يوقف سير دعوى الغبن، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعى ما نقص من حصته نقدا أو عينا [1]، فلم يكتفي المشرّع بتكملة حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق، كما فعل في بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية، وإنّما استلزم أن يكمل له ما نقص من حصته [2].

فيجب إكمال الشريك المغبون، نقدا أو عينا، ما نقص من حصته، لتفادي دعوى نقض القسمة، وإعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه في القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص. والسبب في ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلي حد معين؛ أما القسمة فليست من عقود المضاربة، بل هي عقد يقوم في أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين، فإذا اختلفت هذه المساواة اختل العقد[3].

فتجوز التكملة في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام الاستئناف، بل له ذلك حتى بعد صدور حكم نهائي وقبل إجراء قسمة جديدة[4]، فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى، والمقصود بمنع القسمة من جديد ليس القسمة الاتفاقية بل القسمة القضائية التي تكون بناء على طلب إضافي أثناء نظر الطلب الأصلي.

تجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يضاف إلى التكملة ثمرات النقض، أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع، وكذلك المصروفات التي يكون المغبون قد تكبدها، ويجوز أن يكون الإكمال نقدا أي بإعطاء المغبون مبلغا نقديا يوازي ما نقص من حصته، كما يجوز أن يكون عينيا وذلك

---

[1]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص.58.

[2]- سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص.178.

[3]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 908.

[4]- طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص. 127.

بإعطائه جزء من المال الشائع الذي وقع في حصته، فالمدعى عليه له الخيار بين الإكمال بأي من الطريقتين[1].

المبحث الثاني

الحماية المقررة في القسمة القضائية

إذا تعذر الإجماع بين الشركاء على القسمة الاتفاقية، أو لوجود قاصر ورفضت المحكمة الإذن لإجراء القسمة، فلا خيار من الالتحاء إلى القضاء ليتولى بنفسه إجراء القسمة، ولتكون حينئذ القسمة قسمة قضائية، فلابد أن يطلب الشركاء أو أحدهم إجراء القسمة باعتباره صاحب المصلحة من المحكمة، وبمجرد إجراؤها يختص كل شريك بملكية حصة مفرزة منذ أن كان على الشيوع.

في ضوء دراستنا لهذا المبحث نفصل في دعوى القسمة كحق ثابت لكل شريك، لإنهاء حالة الشيوع (المطلب الأول: الحماية ممثلة في حق كل شريك في رفع دعوى القسمة)، يليه مدى اعتبار الأثر الكاشف مظهرا من مظاهر الحماية (المطلب الثاني: ممثلة في الأثر الكاشف للقسمة).

المطلب الأول

الحماية ممثلة في حق كل شريك في رفع دعوى القسمة

القسمة القضائية هي القسمة التي تتولى المحكمة إجراؤها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين [2]، وقد أفرد لها القانون المدني شروط وإجراءات خاصة، مما يعكس مدى عناية المشرع بحماية الشريك المشتاع.

---

[1]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، المرجع السابق، ص. 397، 398.

[2] – الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 94.

لدراسة هذه الحماية والتي تتمثل في: الشروط التي حدّدها المشرع لرفع دعوى القسمة (الفرع الأول: شروط رفع دعوى القسمة)، يليه كيفية إجراء دعوى القسمة (الفرع الثاني: كيفية إجراء دعوى القسمة).

الفرع الأول

شروط رفع دعوى القسمة

لقد حدد القانون شروطا من أجل إجراء القسمة القضائية، وبدونها لا يمكن إجراءها، وكما قلنا فإن هذه الشروط هدفها ضمان حماية الشركاء وهذه الشروط تضمنتها المادة 1/724 من ق م ج. بنصها: **« إذا اختلف الشركاء في انقسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة»**[1].

أولا: أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم إجراء القسمة

يستفاد من النص أعلاه أن المدعي في دعوى القسمة القضائية هو أحد الشركاء، والمدعى عليه فيها هم بقية الشركاء، وباستعمال هذا الحق تتحرك الدعوى، وتتم القسمة القضائية حتى ولو رفض أحد الشركاء إجراء القسمة[2]، فلا تجوز القسمة القضائية إلاّ بطلب من أحد الشركاء، وليس للمحكمة أن تتدخل من تلقاء نفسها في إجراء القسمة القضائية، إذ أوجب القانون على المحكمة إجراء القسمة القضائية إذا طلب فريق من الشركاء أو أحدهم تقسيم الأموال المشتركة[3].

فإن كان أحد الشركاء غائبا أو قاصرا قام وليه أو وصيه مقامه؛ أما إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء،

---

(1)- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2)- عبيدات (يوسف محمد)، المرجع السابق، المرجع السابق، ص. 128.

(3)- العبيدي (علي هادي)، المرجع السابق، ص.72.

وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء، ويترتب على ذلك أن المشتري قد أصبح شريكا في الشيوع، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها دون الشريك البائع[1].

أما إذا اشترى الأجنبي جزء مفرزا من المال الشائع دون موافقة ثلاثة أرباع الشركاء، فإن هذا الشراء وإن كان صحيحا لا ينفذ في حق سائر الشركاء، ومن ثم لا يعتبر المشترى للجزء المفرز في الشيوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصامه فيها، ويظل الشريك الأصلي هو صاحب الحق في القسمة[2].

كما لا تقتصر دعوى القسمة على المدعى فحسب بل يجوز كذلك لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينة إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة[3]، ما يلاحظ من خلال هذا الشرط أن القانون حمى الشركاء من خلال منع الخلف العام وكذا الخاص في التدخل ورفع الدعوى، إذ لا يجوز لهم أن يقوموا مقامهم، لأن طلب القسمة القضائية يستند إلى اعتبارات شخصية، في حين أجاز تدخل دائن الشريك المتقاسم في القسمة، حماية لمصلحته ومحافظة على ضمانه العام.

ثانيا: حضور سائر الشركاء أو من يقوم مقامهم

يجب على المدعي إعلان باقي الشركاء جميعا بعريضة الدعوى وذلك حسب المادة 1/427 من ق م ج. حيث ترفع من شريك على شريكه أو شركائه في الشيوع فالمدعي عليه هم باقي الشركاء، فإذا لم يعلن أحد الشركاء، كان له أن يتدخل فيها، كما يصح إدخاله بناء على طلب المدعي أو أحد المدعى عليهم، كما للمحكمة أن تأمر بإدخاله من تلقاء نفسها[4]، حيث يجب أن يمثل الجميع في الخصومة حتى يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة حجة عليهم، فإذا أغفل المدعي واحدا من الشركاء، فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة لا يكون حجة عليه[5].

---

[1]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 913.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 434.

[3]-سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص. 188.

[4]-سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص. 188.

[5] - حسن (محمد قاسم)، المرجع السابق، ص. 159.

هذا ما أكدّه منطوق قرار المحكمة العليا رقم 51109 بتاريخ 1989/04/19 «من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيسا على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استجواب نقض القرار المطعون فيه»[1].

تكمن العلة في ذلك أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة، ولكن عدم صحة القسمة لا يتمسك به إلاّ الشريك الذي لم يدخل خصما في الدعوى[2].

ثالثا: أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة

إنّ الاختصاص بالنظر بدعوى القسمة يؤول إلى المحكمة باعتبارها صاحبه الاختصاص العام، رغم أن المشرع الجزائري في نص المادة 1/724 والمقتبس من النص المصري لم يشر إلى مسألة الاختصاص النوعي ولا الإقليمي. في حين أن المشرع المصري جعل الاختصاص في دعوى القسمة للمحكمة الجزئية وذلك في نص المادة 1/8360 من القانون المدني المصري **«إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى عن يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية»**[3].

---

[1]-أنظر:(المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 51109 مؤرخ في 1989/04/19، المجلة القضائية، ع.1، سنة 1991، ص. 17.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 428.

[3]- القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 55 لسنة 1970، المرجع السابق.

هذا وإن الاختصاص يختلف حسب ما إذا كان محل الدعوى عقارا أو منقولا، فإذا كان المراد قسمته منقولا فالمحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم؛ أما إذا كان عقارا فإن الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار [1].

كما أن نص المادة 726 من ق م ج. نصت على أن الفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص يؤول إلى المحكمة[2]، وهي نفس الملاحظة التي يمكن اكتشافها بالمقارنة مع نص المادة 1/724 إذ أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري فإنه لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقسمة بصفة عامة.

حيث نص المشرع المصري في المادة 838 من ق م. المصري على أن:« **تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي في اختصاصها»**، كما أنه ينص في نص المادة 839 من ق م. المصري على أنه: «**متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه... »**[3].

بينما المشرع الجزائري لم يورد مثل هذه الأحكام، لاسيما وأن التنظيم القضائي الجزائري يبدأ من المحكمة الابتدائية ثم المجلس القضائي ثم المحكمة العليا، ولا يتضمن ما يعرف بالمحكمة الجزئية الموجودة في التنظيم القضائي المصري. وعليه فإن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، فإنها تعرض كلها على

---

[1]- أنظر : المادة 37 و40 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]- القانون 131 لسنة 1948 المتضمن قانون مدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 55 لسنة 1970، المرجع السابق.

المحكمة لكي تفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، ذلك ما يتضح في نص المادة 726 من ق م ج[1].

رابعا: ثبوت ملكية الشركاء

يشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل[2]، وتختلف وسائل الإثبات باختلاف محل دعوى القسمة، ويعتبر عقد البيع المشهر أهم هذه الوسائل. الملاحظ أن هذا الشرط لم تنص عليه المادة 1/727 من ق م ج. بشكل صريح، وإنما تم استنتاجه عن طريق تطبيق القواعد العامة في القانون.

الفرع الثاني

كيفية إجراء القسمة القضائية

الملاحظ عمليا أنه لإجراء القسمة القضائية يتطلب في الغالب وقتا طويلا، وفي هذه الأثناء تظل الأشياء المطلوب قسمتها على الشيوع، فإذا لم توجد قسمة مهايأة منذ الأصل، فقد يكون من مصلحة الشركاء الاتفاق عليها في انتظار إجراء القسمة النهائية[3].

في حالة عدم الاتفاق على القسمة الرضائية، يجوز للمحكمة إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء أن تأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك، وتجري المحكمة القسمة عينا، فإذا تغدر ذلك لجأت إلى قسمة التصفية[4].

---

[1] - خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 114.

[2] - الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 428.

[3] - كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص. 208.

[4] - خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 101.

فقد رعى القانون طبيعة المال الشائع، وأوجد طريقتين لإجراء القسمة، أولها أصلي والثاني احتياطي، ومن ثم تفادى إرجاع طالب القسمة خائبا، خصوصا أن وصول الشريك إلى مرحلة القسمة لإنهاء حالة الشيوع، بسببه مشاكل بين الشركاء عادة ما يؤدي ذلك إلى المساس بالحماية المقررة له.

أولا: الطريق الأصلي لتقسيم الشيء الشائع إلى حصص عينية

إذا تبيّن للمحكمة أن المال المشترك قابل للقسمة شرعت بتقسيمه عينا، ويقصد بالقسمة العينية توزيع المال الشائع بين الشركاء عينا، بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز منه[1]، على أنه يشترط لصحة هذه القسمة أن يكون المال المشترك قابل للقسمة، إذا لم تؤدي القسمة إلى تفويت المنفعة المقصودة منه بالنسبة لجميع الشركاء، أي أن المال بعد تقسيمه يبقى محتفظا بالمنفعة القائمة قبل القسمة، فمثلا لو كان المال الشائع عبارة عن دار سكن كبيرة مملوكة لشخصين فإنها تكون قابلة للقسمة إذا أمكن تقسيمها إلى دارين صالحين للسكن[2].

الأصل أن يقوم القاضي بنفسه بعملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن ينتدب القاضي خبيرا أو أكثر ليتولى عملية القسمة، لما يتطلبه ذلك من عمليات حسابية وفنية يحسن قيام خبير بها[3]، وسماح القاضي بتدخل الخبير ليس أمرا جزافيا، باعتبار أن الخبير في كثير من الأحيان له الكفاءة والخبرة على وضع الخيارات المناسبة أمام الشركاء من دون الحاق الضرر بهم، وهو ما يعكس حرص المشرع على توفير أقصى حد من الحماية للشركاء في الشيوع.

حيث نصت المادة 2/724 من ق م ج. على ما يلي: **«وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه**

---

[1]- عبيدات (يوسف محمد)، المرجع السابق، ص. 131.

[2]- العبيدي (علي هادي)، المرجع السابق، ص.72.

[3]– قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص.161

نقص كبير في قيمة»[1]، وتكون مهمة الخبير الأولى إبداء رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنه دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته أو أنها غير ممكنة، فإذا رأى أن القسمة غير ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته، فإنه يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بإجراء قسمة التصفية[2].

أما إذا تبين للخبير إمكانية قسمة المال المملوك على الشيوع دون أن يلحقه نقص كبير، تولى قسمة المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب سواء كانت القسمة جزئية أو كلية[3]، وهو ما أوردته نص المادة 1/725 من ق م ج. التي تنص على أنّه: **« يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية»**[*].

فمثلا إذا كان الشركاء ثلاثة وكانت حصصهم هي النصف، والثلث والسدس، قسم الخبير المال الشائع أسداسا، فيكون بذلك للشريك الأول ثلاثة أجزاء وللثاني جزآن، وللثالث جزء واحد، ويشترط لإجراء هذه الطريقة إمكان قسمة الشائع إلى أجزاء متساوية[4].

أما إذا تعذر تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب فتتم القسمة بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزء مفرز يعادل حصته، ولكل شريك أن ينازع في هذا التكوين، وبعد أن تفصل المحكمة في هذه المنازعات، تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي جنب له[5].

فلو كان مثلا المال الشائع منزلا وأرضا ومتجرا، وكانت قيمتهم جميعا تبلغ ستمائة ألف دينار، وقوّم المنزل مثلا بثلاثمائة من الآلاف، والأرض بمائتي ألف، والمتجر بمائة ألف، وكان الشركاء

---

[1]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 446.

[3]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص. 145.

[*]- فالقسمة الجزئية هي التي تقتصر على جزء من المال الشائع أو بعض الشركاء؛ أما القسمة الكلية فتشمل كل المال الشائع وجميع الشركاء.

[4]- سوار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص. 150.

[5]- قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 161.

ثلاثة لأحدهم النصف، وللثاني الثلث، وللأخير السدس، فيختص من له النصف بالمنزل، ومن له الثلث بالأرض، ومن له الثمن بالمتجر[1].

كما يصح أيضا أن يلجأ الخبير إلى التجنيب، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب، فتجرى القسمة بطريق التجنيب إذن في حالتين: إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب[2].

سواء قام الخبير بتقسيم المال المشاع إلى حصص أو حدّد نصيب كل شريك مفرزا وهذا هو الأصل على أنه إذا تعذر ذلك، واقتضى الأمر أن يحصل أحد الشركاء على أقل من نصيبه عينا، وجب إكمال نصيبه بمبلغ نقدي، ويطلق علية المعدل "Soulte"[3]، وهو الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 2/725 من ق م ج: « **وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه** »[4].

يفهم من هذه المادة أن الخبير قد لا يتمكن من تقسيم المال إلى حصص تماما، فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من الأخرى، قدّر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان[5].

على أنّ العبرة في تحديد قيمة المال هو بوقت إجراء القسمة[*]، لا بوقت بدء الشيوع ولا بوقت رفع دعوى القسمة[1]،وما هذا إلا مظهرا للحماية، حيث أنه لتحقيق المساواة في القسمة والذي يعد مبدأ

---

[1]-الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص.446.

[2]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.322.

[3]- سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص. 191.

[4]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[5]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 111.

جوهريا فيها فان ضرورة إيصال حق الملكية للشريك جامع ومانع ومن دون نقص،ابتدع المشرع المبلغ النقدي كوسيلة لدفع الضرر.

بعد الفصل في المنازعات ما بين الشركاء[**]، يصدر القاضي الابتدائي قراره. ويختلف هذا القرار حسب الأساس الذي جرت عليه القسمة:

1- فإذا كانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدر القاضي الابتدائي حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه.
2- وإذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتدوّن المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز[2]، والتصديق من طرف المحكمة يجب القيام بها لإعطاء حكم القسمة حجية.

فإذا كانت الحصص مثلا سبعا، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثاني حصتان وللثالث أربع حصص، وضعت في القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك. وسحب الشريك الأول ورقة واحدة، والشريك الثاني ورقتين، والشريك الثالث أربع ورقات، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه.

فقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلاّ على حصص متباعدة بعضها عن بعض ولكن هذا هو شأن القرعة، ولا مفر من هذه النتيجة، إلاّ إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة

---

[*]- هذا الحل أخذ به المشرع أيضا في تقدير الغبن الحاصل في القسمة الاتفاقية.

[1]- طلبة (أنور)، المرجع السابق، ص.112.

[**]- سواء تعلق الأمر بمنازعات تكوين الحصص مثل أن يدعي أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية، أو أن المعدل الذي قدّره الخبير أقل مما يجب، أما النوع الثاني من المنازعات يتعلق بالمنازعات التي تثور حول أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، مثل أن يدعي شريكا آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك سيئا في المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة.

[2]- سوار (محمد وحيد الدين)، المرجع السابق، ص. 153.

على تقريب حصص كل واحد منهم[1].

إن الاعتماد على نظام القرعة كوسيلة لإجراء القسمة كان ولا زال هدفها هو تطييب النفوس ورضائها، بما انتهت إليه[*] والقضاء على الخصومة المحتملة، وحسم النزاعات، رغم أن القانون لم يتعرض إلى تفصيلات إجراء القرعة، بينما تعرضت الشريعة الإسلامية لذلك، وفصّل الفقهاء في كيفية إجرائها، ونظرا لايجابيات هذه العملية في الوصول إلى حماية الشركاء، فانه باستطاعة القضاء العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية والأخذ بما احتوته.

في هذا المجال صدر قرار رقم 74123، مؤرخ في 1991/05/21، ثبت فيه: «أن تقييم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات، لاسيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك بتكوين الحصص، ولما ثبت في قضية الحال-أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع[**]، فإنهم بذلك خالفوا القانون»[2].

سبق أن بيّنا أن القسمة العينية هي الأصل الذي يجب أن يتجه التفكير إليه أوّلا، وذلك إذا كان المال الشائع قابلا للقسمة عينا دون نقص يلحقه، ومن أجل تفادي هذا النقص فإن المشرع الوضعي بيّن وبالتفصيل المراحل التي تمر بها القسمة العينية، ممّا يعني أنه لا مجال لإلحاق الضرر

---

[1]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.928.

[*]- ثبت مشروعية القرعة في القرآن الكريم في صورة آل عمران الآية:44 بقوله تعالى: **«ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»**، وفي صورة صفات الآية: 139-141 لقوله تعالى: **« وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ ،إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنْ الْمُدْحَضِينَ »**.

[**]-الملاحظ عمليا أنه لم نرى خبيرا واحد حرر محضرا بالنزاع الطارئ عليه من الشركاء المتقاسمين حول تكوينه الحصص على أصغر نصيب وطرحه على المحكمة للفصل فيه طبقا لما تنص عليه المادة 726 من ق م ج.

[2]- أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 74123، مؤرخ في 1991/05/21، مجلة قضائية، ع. 4، سنة 1991، ص.83. مشار إليه في: حمدي (باشا عمر)، المرجع السابق، ص.104.

بالشركاء أثناء القسمة، لأن هذا التدرج يؤدي إلى حصول كل شريك على كامل حقه وهو تأكيد مرة أخرى على ضرورة حماية الشريك في الشيوع.

ثانيا: الطريق الاحتياطي لإجراء القسمة

ليست قسمة التصفية إلاّ طريقا احتياطيا لإجراء القسمة، بحيث لا يجوز الالتجاء إليها إلاّ عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو طريق القسمة العينية[1]،والمقصود بقسمة التصفية عند شرّاح القانون هو بيع المال الشائع بالمزاد العلني، وقسمة الثمن الناتج عن هذا البيع على الشركاء كل بنسبة حصته [2].

هذا ما نصت عليه المادة 728 من ق م ج على أنه: «**إذ تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذ طلبوا هذا بالإجماع**»[3].

حيث تأمر المحكمة ببيع المال وتقسيم ثمنه بالتساوي حماية لمصالح الشركاء، وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون إلحاق الضرر بقيمته، كما لو كان المال الشائع آلة معينة أو سيارة مثلا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته أو منفعته، أو كان المال الشائع قطعة أرض صغيرة بحيث لو تم تجزئتها تفقد قيمتها[4].

في مثل هذه الحالات تكون قسمة التصفية، عن طريق بيع المال الشائع بالمزاد العلني وتقسيم حصيلة البيع على الشركاء كل بحسب حصته في المال، ويتم بيع المال الشائع بناء على أمر

---

[1]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص. 210.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمان)، المرجع السابق، ص 461.

[3]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[4]- قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 123.

يصدره القاضي[1]، وتعتبر قسمة التصفية بديل مناسب لحماية مصلحة الشركاء واختصاص كل شريك بحصته ولو كان يسيرا، لأن الثمن الذي يحصل عليه بالبيع يعوض عن الملك، وفضلا على ذلك للشريك الحق أن يشتري حصة شريكه، فيأخذ المشترك جميعا لنفسه. فبقاء مبدأ الخيار للشركاء لابد منه.

الأصل هو السماح للشركاء في المال الشائع إذا اتفقوا بالإجماع أن تقتصر المزايدة عليهم فقط، وذلك بمقتضى نص المادة 728 من ق م ج، ويبدو أن المشرع أراد من هذا السماح للشركاء بالمحافظة على أموالهم، خاصة إذا كان المال الشائع يجمع أسرارهم.

كما يجوز للغير الدخول في المزاد، فإن رسا المزاد على أحد الشركاء يكون المزاد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، وإذا رسا المزاد على أجنبي أعتبر أيضا قسمة بين الشركاء، ولكنه يعد بيعا في علاقة الشركاء بالمشتري الأجنبي، وفي الحالة الأولى تطبق أحكام القسمة، وفي الثانية تطبق أحكام البيع[2].

لذلك صدر قرار، رقم 33120، مؤرخ في 1984/10/6 جاء فيه: «حيث قضت المحكمة العليا أنه في حالة تغدر القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد، وذلك بالطرق المنصوص عليها قانونا غير أنه يمكن أن تكون هذه المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم إذا ما طلبوا هذا بالإجماع. وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع أنصبتهم في الدار المشاعة بينهم وبين المدعى عليهم دون عرض الدار للبيع بالمزاد العلني»[3].

---

[1]- شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)، المرجع السابق، ص.147.

[2]- قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 123.

[3]- أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 33120 مؤرخ في 1984/10/06، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 1989، ص. 153، مشار إليه في: حمدي (باشا عمر)، المرجع السابق، ص. 107.

مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يتضمن إجراءات خاصة لبيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته، إلاّ إذا كان المال عقارا، فيباع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين، ووفقا للأحكام الخاصة بزيادة السدس وإعادة البيع على مسؤولية المشتري المتخلف، والأحكام الخاصة بحكم مرسي المزاد[1].

أما إذا كان المال الشائع منقولا، فيتعين في بيعه لعدم إمكان قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقّع الحجز عليها لدى المدين [2]، وإذا تم اللّجوء إلى قسمة التصفية، فإنه يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية وحمايته، إذ يجب على نائبه الشرعي الحصول على إذن المحكمة قبل أن يوافق على قصر المزايدة على الشركاء فقط، وهذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس.

المطلب الثاني

الحماية ممثلة في الأثر الكاشف للقسمة

إلى جانب الحماية التي فرضها المشرع للشركاء أثناء الشيوع، فإنه من جهة أخرى عمد أيضا إلى حماية كل شريك لما يؤول إليه مفرزا بالقسمة مما قرّره غيره من الشركاء على هذا الجزء أثناء الشيوع[3]،وهو ما يتم بتبني بعض التشريعات للأثر الرجعي للقسمة،في حين لا يؤيد بعض الفقه ذلك ويتمسكون بالأثر الكاشف، فالإفراز يعد الأثر الأساسي والجوهري للقسمة، بموجبه يكشف للشريك عن حق كان قائما، لتصبح الملكية ملكية مفرزة من المال الذي كان شائعا.

---

[1]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 918.

[2]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 126.

[3]- زهران (همام محمد محمود)، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص. 251.

لهذا تتطلب بداية دراستنا في هذا المطلب، الوقوف عند الجدل الذي أثير بين شرّاح القانون حول الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة (الفرع الأول: تمييز الأثر الرجعي عن الأثر الكاشف للقسمة)، ثم التطرق إلى النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف للقسمة (الفرع الثاني: نتائج الأثر الكاشف للقسمة).

الفرع الأول

تمييز الأثر الرجعي للقسمة عن الأثر الكاشف للقسمة

سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، فإن الأثر الجوهري الذي ينتظره الشركاء هو الإفراز، بحيث يحصل كل شريك على حصة مفرزة، تساوي حصته الرمزية من المال الشائع، تكون خالية من كل آثار التصرفات السابقة على القسمة، من أجل ذلك جاء نص المادة 730 من ق م ج. مقررا ذلك: **«يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنّه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»**[1].

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري، قد اعتمد فكرة الأثر الرجعي[*]، (L'effet rétroactif) والذي يكون عندما يفرز نصيب كل شريك، ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع، فإذا كان قد تملك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة. وإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، وإذا كان قد تملك في الشيوع بإعتباره شريكا في مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة وهكذا[2].

---

[1]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[*]-وقد ساير في ذلك المشرع المصري والفرنسي والفقه التقليدي.

[2]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.947.

الغاية من وراء هذا الأثر، أن المشرع سعى لحماية الشريك من تصرفات الشركاء الصادرة بغير احترام الأغلبية المتطلبة، حيث يحصل الشريك المتقاسم على الجزء المفرز خاليا من آثار أية تصرفات أبرمها غيره من الشركاء أثناء قيام الشيوع[1]، بالمقابل فإن القسمة لا تنشئ للمتقاسم حق جديدا لم يكن له، لكنها تكشف عن حق ثابت له من قبل، هذا ما يعبر عنه بالأثر الكاشف، (L'effet déclaratif du partage).

بدأت فكرة الأثر الكاشف في الظهور في أواخر القرن الرابع عشر، على أثر ظهور النتائج الضارة لتطبيق فكرة الأثر الناقل للقسمة[*]، وتحت ضغط الحاجات العملية، في ميدان القانون المالي، وكذا في مجال القانون المدني، بسبب ظهور الرهن المعروف باسم « obligation bonoum»[2].

فانتهى الأمر في القانون الفرنسي القديم في أواخر القرن 16 إلى اعتبار النصيب المقسوم لكل شريك خالصا له، مطهّرا من كل رهن لم يقرّره هو عليه من قبل، وإلى إعفاء القسمة من الرسوم المفروضة على نقل الملكية، فاعتبرت بذلك أن القسمة «كاشفه» لا ناقلة لحق المتقاسم[3].

فظهر ذلك في كتابات **«بوتيه»**، إذ يقول: (يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك، فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال وقعت في نصيب الورثة)، فالقسمة طبقا لهذا التصوّر كاشفة للحق، كما لها أثر رجعي[4].

---

[1]- منصور (محمد حسن)، المرجع السابق، ص. 183.

[*]-ظهر في ظل القانون الروماني، والذي يعتبر أن القسمة ناقلة للملكية، على أساس أن جميع الشركاء أثناء الشيوع يملكون كل ذرة من ذرات المال الشائع، وعلى ذلك فإن القسمة عندهم تقوم على مبادلة الشركاء بمقتضاها كل شريك متقاسم للآخرين كما كان له من حصة في أنصبائهم المقسومة لهم.

[2]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.950-951.

[3]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص.214.

[4]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 148.

فساير المشرع الفرنسي الحديث في مطلع القرن الماضي هذا التأصيل، فأعلنه في التقيين المدني، لكن وقع في خلط بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة[1]، إذ اقتصر على نقل عبارة "بويته" فيما يتعلق بالأثر الرجعي للقسمة، وأغفلت عبارته في أثرها الكاشف، وهذا يرجع إلى ما شاع من خلط بينهما حتى أعتبر مدلولهما واحد، فأصبح يذكر أحدهما للدلالة على الآخر مع أنه لا ترادف بينهما، إذ هما يختلفان في الأساس وفي نطاق التطبيق[2].

لهذا يتفق الفقه على انتقاد الأثر الرجعي للقسمة، لقيامه على افتراض يخالف الواقع، يتمثل في إنكار الشيوع القائم قبل القسمة، وكان يكفي للمشرع حماية لحقوق الشركاء، المبدأ المقرر في الملكية الشائعة من أنّه: **«ليس للشريك المشتاع بمقتضى ملكيته أن يضر بحقوق باقي الشركاء معه»**. بحيث ينحصر استخدام الأثر الرجعي للقسمة في حالة مخالفة هذه القاعدة، إجهاضا للتصرفات الصادرة بالمخالفة لها، وبالمخالفة للأغلبية المتطلبة للتصرف[3].

فبمقتضى الأثر الرجعي تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت قيام الشيوع عند إعمال قواعد الضمان والغبن، بينما الأخذ بذلك يتنافى مع ما يجب في القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين[4]. كذلك فإن مقتضى الأثر الرجعي أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التي أنفقت على الجزء الذي وقع في نصيب غيره، أثناء الشيوع، خلافا لما يقضي به المنطق وطبيعة الشيوع من تحمله بها.

أيضا بمقتضى الأثر الرجعي أن يعتبر التصرف من جميع الشركاء في المال الشائع أثناء الشيوع قابلا للإبطال بعد القسمة لصدوره من غير مالك، بينما تقضى طبيعة الشيوع باعتبار هذا التصرف صحيحا ونافذا في حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها[5].

---

[1]- كيرة (حسن)، المرجع السابق، ص.215.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 509.

[3]- زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص. 252.

[4]-السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 962.

[5]- الجمال (مصطفى محمد)، المرجع السابق، ص ص. 184-185.

إلاّ أنه طالما لم يحسم هذا الخلاف، فإنّ نص المادة 730 من ق م ج.[*] تظل قائمة في تكريسها للأثر الرجعي للقسمة، رغم أن طبيعة القسمة لها أثر كاشف، لأنها لا تنشأ حقا جديدا بل تكشف عن حق كان أثناء الشيوع.

فالأثر الكاشف للقسمة يعبر عن حقيقة الحال، وهو مستمد من طبيعة القسمة، ويقتصر عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع[1]، لذلك اعتبر أثرا مقبولا لدى جمهور شراح القانون فهم يقبلون جميعا النتائج التي تستخلص من هذا الأثر، طالما كانت الحاجة العملية تدعوا إلى ذلك[2].

إلا أنّه لكي تتضح فكرة الأثر الكاشف لابّد أن نحدد نطاقها من حيث التصرفات التي لها أثر الكشف، والأموال التي ينطبق عليها الأثر الكاشف، والأشخاص الذين يحتج عليهم ذلك[3]، ويترتب عن الأثر المقرر (الكاشف) للقسمة سواء كانت عينية أو بطريق التصفية متى رسا المزاد على أحد الشركاء، حيث يعتبر هذا الشريك مالكا للعين كلها منذ بدء الشيوع، ويعتبر الشركاء الآخرون وكأنهم لم يملكون فيها شيئا[4].

ينطبق الأثر الكاشف على الأموال أيضا التي كانت موضوعا للقسمة سواء كانت عقارات أم منقولات، أو حقوقا ترد على أشياء غير مادية كحق المؤلف أو براءة الاختراع[5]؛ أما بالنسبة للحقوق الشخصية فلا ينطبق عليها الأثر الكاشف إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق.

---

[*]-يقابله في ذلك نص م. 843 من ق م المصري **«يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص»** وهو نص مطابق تماما لما جاء في نص المادة 730 من ق م ج.

[1]- سعد (نبيل ابراهيم)، المرجع السابق، ص.200.

[2]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 516.

[3]- عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 204.

[4]- منصور (محمد حسين)، المرجع السابق، ص. 182-183.

[5]- عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 205.

كذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعا فاقتصرت القسمة على مجرد إفرازه، ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقا من الحقوق لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق[1].

أما بالنسبة للأثر الكاشف على الأشخاص فيسري على جميع المتقاسمين، سواء من عاصر منهم الشيوع في بدايته أو انتقلت إليه حصة أحد المشتاعين خلال الحياة أو بسبب الوفاة ولم يدخل في الشيوع إلاّ بعد بدايته، ويسري الأثر الكاشف كذلك على الغير، سواء كان دائن عادي أو دائن بحق مقيد أو مكتسب لحق عيني أصلي[2].

رغم اختلاف فقهاء القانون خصوصا في مصر، حول تكييف الإفراز الناتج عن عملية القسمة، وتضارب أرائهم في هذا الشأن، فإنّه نجد لدى معظمهم دعوات ملحة لضرورة تعديل المادة 843 من ق م. المصري من أجل تقرير أن للقسمة أثرا مزدوجا يتمثل في الأثر الناقل للملكية من جهة ومن جهة أخرى أثرا كاشفا، مع ترجيع أحدهما على الآخر.

فهو نفس الحال لدى المشرع الجزائري، الذي طابق في مضمون نص المادة 730 من ق م ج. المادة 843 من القانون المصري، خصوصا أمام التباين الذي نجده في مضامين المواد 714/2، 890 ،731/1، 732/1 و879/2 من ق م ج. وكلها مواد تضمنت نفي قاطع للأثر الرجعي رغم تكريسه في نص المادة 730 من ق م ج.

لنصل في النهاية إلى أن المشرع الجزائري؛ إمّا أنّه أراد مسايرة الفقه التقليدي في مصر وفرنسا، وإمّا أنه أساء التعبير لما تضمّنته المادة 730 من ق م ج. دون قصد.

---

[1]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 161.

[2]- عبد السلام (سعيد سعد)، المرجع السابق، ص. 206.

الفرع الثاني

نتائج الأثر الكاشف للقسمة

يترتب على الأثر الكاشف للقسمة نتائج وهي ذات أهمية كبيرة نوجزها فيما يلي:

أولا: سقوط االتصرفات الصادرة من أحد الشركاء على جزء مفرز آل إلى غيره

فإذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع، ثم كانت القسمة فوقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر فهنا يأتي دور الأثر الكاشف[1]، أي ينتقل هذا الجزء خاليا من أثر التصرفات التي صدرت من الشركاء الآخرين أثناء الشيوع، فالشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة، ومن ثم لا ينفذ في حقه أي تصرف وقع من شريك آخر في أثناء الشيوع، ولا يتثبت وينفذ إلاّ التصرفات الصادرة منه هو في هذا الجزء المفرز، وهذه هي أهم نتيجة للأثر الكاشف[2]، والذي يحقق أفضل حماية للشريك بعد الشيوع من خلال تمتعه بحصة مفرزة خالية من أي أثر للتصرفات.

فمثلا لو أبرم أحد الشركاء رهن أثناء الشيوع، فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو على جزء مفرز منه أو على حصة شائعة فيه[3].

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو هبة ووقع المال الشائع بالقسمة في نصيب شريك آخر، فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من

---

[1]- الضويني (محمد عبد الرحمن)، المرجع السابق، ص. 521.

[2]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص. 965.

[3]- سعد (نبيل ابراهيم)، المرجع السابق، ص. 210.

هذه التصرفات ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع في نصيبه هذا المال عند القسمة، بل آل إلى شريك آخر[1].

ثانيا: تسجيل القسمة وشهرها

إن المشرع الجزائري لم يفرّق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار، والتصرفات الكاشفة مثلما ميّز ذلك المشرع المصري[*]، حيث يقضي قانون الشهر العقاري رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، شهر جميع التصرفات الواردة على العقار، وذلك بموجب نص المادة 15 منه.

بمعنى أن عدم التسجيل والشهر الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، فإذا كانت التصرفات الكاشفة كالقسمة ترتب آثارها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها وشهرها بحيث يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع نصيب، فإنه لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلاّ بعد تسجيل القسمة وشهرها، والغير هنا هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع وقام بشهره قبل شهر عقد القسمة[2].

---

[1]- السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، المرجع السابق، ص.965.

[*]- التصرفات الناقلة يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بالنسبة للمتعاقدين ولا للغير، أما التصرفات الكاشفة يترتب على عدم تسجيلها، أنها لا تكون حجة على الغير، لكن تكون حجة بين المتقاسمين.

[2]- خالدي (أحمد)، المرجع السابق، ص. 164-165.

خاتمة

خاتمة

تعتبر الملكية أهم الحقوق على الإطلاق على اعتبار أنّ الإنسان منذ العصور القديمة سعى إلى التملك، فنتج عن ذلك علاقة شرعية بين الإنسان والمال، وبمر الوقت تكوّنت علاقات بين البشر بسبب الاختلاط والتجمع، الأمر الذي أدى إلى الاشتراك والمشاركة، فظهرت أنواع من الملكيات وكان أهمها وأكثرها شيوعا تلك الملكية التي تجمع بين عدة مالكين، بحيث يملكون كل ذرة من ذرات هذا الشيء، وهو ما يعرف بالملكية الشائعة.

فقد قيل في الإتحاد قوة، إلاّ أن هذا القول لا ينطبق على الملكية الشائعة حيث أنّ كثرة الأيدي تؤدي إلى سوء المشاركة وغالبا إلى النزاع، فيقع المساس بالحقوق وسوء الاستغلال والانتفاع والتصرف، الأمر الذي يؤدي إلى مشاكل عديدة، فيضيع الهدف من الملكية، وتزول الحماية المقررة للشركاء في الملكية الشائعة.

فمن أجل تقارب وجهات النظر على الأقل في كيفية الانتفاع وفي نفس الوقت تحقيق الحماية الكافية والفعالة للشركاء وتكريس مبدأ المساواة والعدالة، وضع المشرع قواعد لإدارتها والتصرف فيها وفضلا عن ذلك أقرّ بعدم إجبار الشركاء بالبقاء على الشيوع، فأوجد مبدأ عاما وهو أن لكل شريك الحق في طلب القسمة وحده دون مزاحمة باقي الشركاء.

ما يعني أن المشرع قد أقرّ عدة وسائل لحماية الشريك قبل القسمة وأثناء القسمة، بحيث تبقى بين يدي الشريك، فله استعمالها لدرء الخطر المتوقع والواقع على حقه في الملكية الشائعة نذكر: حق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية، حق الاعتراض، دعوى الاسترداد، دعوى الغبن، دعوى القسمة، وهي كلها وسائل قضائية تجعل عين القضاء هي الرقيبة الوحيدة لتحقيق الحماية المطلوبة والمتوقعة من أصحاب الحقوق، وأثناء دراستنا لهذا الموضوع توصلنا في النهاية إلى النتائج التالية:

أن أغلب التفسيرات للنصوص القانونية المتعلقة بالملكية الشائعة، مستوحاة من قواعد الفقه الإسلامي على أن هذه الملكية مصدرها الشريعة الإسلامية كدعوى الغبن، القسمة الاتفاقية، نظام القرعة.

أن المشرع الجزائري نظم الملكية الشائعة تنظيما مفصّلا في القانون المدني، فوضع قواعد لإدارتها والتصرف فيها وكذا قسمتها، وفي أغلب نصوصه نجدها مستسقات من التشريع المصري.

أنّه يحق لكل شريك في الشيوع أن يتخذ كل التدابير اللاّزمة لحفظ المال دون موافقة باقي الشركاء، مع ضمان حقه بالرجوع على باقي الشركاء بنفقات الحفظ.

أن المقصود بالتصرف في المال الشائع مقصورا على التصرف القانوني كالبيع والهبة...إلخ، لأن هذا التصرف ليس فيه مساس بحقوق باقي الشركاء؛ أما التصرف المادي فهو عكس ذلك لأنه قد يؤدي إلى انعدام المال الشائع.

أن القانون المدني يتفق على إعطاء الحق في التصرف الجماعي، حيث اشترط أغلبية موصوفة تقدر بثلث أرباع المال الشائع مع منح باقي الشركاء حق استرداد الحصة الشائعة، منعا لتسرب أسرار الشركة أو التركة فيما يخص تصرف البيع فقط.

أن كثيرا ما يعتقد بعض الناس أن المال المتصرف فيه مملوك ملكية مفرزة ثم يتضح خلاف ذلك، فكان ولابد أن يضع المشرع التي تحكم مثل هذه التصرفات حفاظا على أموال المتصرف إليه من ناحية، وكذا تحقيق الاستقرار في التعامل.

أن أهم سبب لإنهاء حالة الشيوع غير المرغوب فيها لدى الكثير من الشركاء هو اللّجوء إلى القسمة، التي تكون لازمة على الجميع مع ضرورة تسجيلها في محضر القسمة، ليكون ذي حجة على حجته.

أن القسمة الاتفاقية تعتبر عقد كسائر العقود، تخضع في انعقادها لشروط العقد.

أن المشرع قام بحماية ناقص الأهلية من خلال اشتراط رضاءه أوّلا ثم قام بترتيب من يقوم مقامه لإجراء القسمة.

أن القانون الوضعي اشترط قابلية المال الشائع للقسمة بدون نقص في قيمته حماية لحصة الشريك وأن لا يترتب عليها ضرر بأحد الشركاء، ولذلك أقرّ عدة مراحل للقسمة اتفاقية أو قضائية، عينية أو قسم تصفية، بمعدل أو بغير معدل، صريحة أو فعلية.

أن نظام القرعة يعتبر صورة مثلى للحماية ومستحب في القرعة، طالما يحقق المساواة بين الشركاء.

أن أهم أثر للقسمة الإفراز وهو حصول كل شريك على حصة مفرز من الملكية التي كانت شائعة فهي ذات أثر كاشف وأثر رجعي.

من خلال دراستنا أيضا لموضوع الحماية، تبينا أنّ هناك نقائص على المشرع إعادة النظر فيها وذلك باقتراح بعض الحلول:

ندعو كل شراح القانون إلى العودة إلى الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الأساسي للأحكام في شتى أنواع المعاملات من أجل سد الفراغات التي تخلّلت بعض النصوص القانونية في القانون المدني في مجال الحماية.

دعوة المشرع إلى العمل بنظام القرعة عمليا وذلك، من خلال إجبار القضاة على ذلك بالنظر إلى إيجابياتها الكثيرة التي تساهم في حماية الشريك مع النص على طريقة معينة ثابتة لها.

الدعوة إلى ضرورة أن يكون الطعن للغبن في القسمة القضائية أيضا إلى جانب القسمة الاتفاقية، سواء كان الغبن يسيرا وفاحشا، مع تمديد مدة السنة لسقوط الدعوى، لأن الحقوق لا تسقط بمضي الوقت، بل الزمان هو الذي يخفضها.

إزاء الجدال الذي ثار حول أثر القسمة حيث اعتبرت ذات أثر رجعي، والذي قدر على أنّه افتراض قانوني، ندعو المشرع لأن يتدخل ليبرز الأثر الحقيقي للقسمة، خصوصا أمام استبعاد هذا الأثر في كثير من النصوص القانونية، وذلك بتبني الأثر الكاشف باعتباره الأكثر اتفاق مع طبيعة الأشياء.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

- **القرآن الكريم**

أولا: باللغة العربية

1- الكتب

- **أبو السعود (رمضان)**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000 .
- **الجمال (مصطفى محمد)** ، نظام الملكية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 2002.
- **السنهوري (عبد الرزاق أحمد)**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- **الضويني (محمد عبد الرحمن)**، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: (ماهية القسمة، أنواع القسمة وأركانها، قسمة المهيأة، قسمة الأعيان، قسمة المال، الآثار التي تترتب عن القسمة وطوارئها)، طبعة1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.
- **العبيدي (علي هادي)**، الوجيز في شرح القانون المدني: (الحقوق العينية الأصلية، دراسة موازنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- **النشار (جمال خليل)**، تصرف الشريك في المال وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- **حسنين (محمد)**، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- **حمدي (باشا عمر)**، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة الجزائر، 2000.

- **خالدي (أحمد)**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء إجتهاد مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر،2008.

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

- **زهران (همام محمد محمود)**، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

- **شهاب (عبد القادر محمد)، محمدين (عبد القادر محمد)**، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

- **سعد (نبيل إبراهيم)**، الحقوق العينية الأصلية: (في القانون المصري اللبناني، دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

- **سوار (محمد وحيد الدين)**، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة القانونية للنشر والتوزيع، عمّان، 1997.

- **طلبة (أنور)**، الوسيط في القانون المدني: (الملكية، المجرى، والمسبل، حقوق المرور، وضع الحقوق، الحائط المشترك، المطلات، والمناور)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001.

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

- **عبيدات (يوسف محمد)**، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2001.

- **قاسم (محمد حسن)**، موجز الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية، أسباب كسب الملكية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

- **كيرة (حسن)**، الموجز في أحكام القانون المدني: (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصدرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- **منصور (محمد حسين)**، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

- **يكن (زهدي)**، الملكية والحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، 1998.

2- المذكرات

- **بخوش (زوبير)**، إدارة المال الشائع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006.
- **حيتوس (عمار)**، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، د س ن.

3- النصوص القانونية

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـــ 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 جريدة رسمية عدد15، الصادرة في 27 فيفري 2005.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.
- القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، المعدل والمتمم بالقانون رقم55 لسنة 1970.
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد92، الصادرة في 1975/11/18.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 1975/09/30، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05، المؤرخ في 2007/05/13.

4- القرارات القضائية

- **(المحكمة العليا)**، الغرفة المدنية، قرار رقم 51109 مؤرخ في 1989/04/19، المجلة القضائية عدد1، سنة 1991.

- **(المحكمة العليا)**، الغرفة المدنية، قرار رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1994.
- **(المحكمة العليا)**، الغرفة المدنية، قرار رقم 179321 المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1999.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- **BELKEIR (S), BELKEIR (N)**, Succession, partage, vente sur licitation, 1ere édition, Zakaria, Algérie, 1992.
- **SOPHIE (D), LAURENCE (C)**, Droit des biens, 2éme édition, Dalloz, Paris, 2007.

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول: حماية الشريك في الشيوع قبل القسمة.....05

المبحث الأول: حماية الشريك خلال إدارة المال الشائع.....06

المطلب الأول: الحماية المقررة للشريك في الإدارة العادية.....06

الفرع الأول: حق اللّجوء إلى القضاء في حالة عدم توفر الأغلبية.....07

الفرع الثاني: حق اللّجوء إلى القضاء في حالة تعسف الأغلبية.....10

الفرع الثالث: الإنفراد بحفظ المال الشائع.....11

أولا: مجال أعمال الحفظ.....12

ثانيا: الرجوع على باقي الشركاء بنفقات الحفظ.....15

المطلب الثاني: الحماية المقررة للشريك في الإدارة غير العادية.....16

الفرع الأول: الاعتراض على قرار الأغلبية.....17

الفرع الثاني: حق المحكمة في منح ضمانات لصالح الأقلية.....18

المبحث الثاني: حماية الشريك خلال التصرف في المال الشائع.....20

المطلب الأول: الحماية الممثلة في اشتراط الأغلبية الموصوفة.....20

الفرع الأول: في حالة عدم الإجماع.....21

الفرع الثاني: الاعتراض على قرار الأغلبية.....22

المطلب الثاني: الحماية ممثلة في حق الاسترداد.....24

الفرع الأول: شروط وإجراءات حق الاسترداد.....24

أولا: شروط حق الاسترداد.....25

ثانيا: إجراءات حق الاسترداد.....29

الفرع الثاني: آثار حق الاسترداد.....31

أولا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والمشترى 31

ثانيا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والبائع.....32

ثالثا: آثار المترتبة على العلاقة بين البائع والمشترى.....32

الفصل الثاني: حماية الشريك في الشيوع أثناء القسمة.....33

المبحث الأول: الحماية المقررة للشريك في القسمة الاتفاقية.....34

المطلب الأول: الحماية ممثلة في اشتراط الإجماع للقسمة.....34

الفرع الأول: حق الشركاء مجتمعين في اختيار طريقة القسمة.....35

الفرع الثاني: الحماية المقررة لناقص الأهلية.....38

المطلب الثاني: الحماية المقررة في حق الشريك في نقض القسمة.....41

الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية لغبن.....41

الفرع الثاني: حق المدعي عليه في تجنب الحكم بنقض القسمة.....44

المبحث الثاني: الحماية المقررة في القسمة القضائية.....46

المطلب الأول: الحماية ممثلة في حق كل شريك في رفع دعوى القسمة.....46

الفرع الأول: شروط دعوى القسمة.....46

أولا: أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم إجراء القسمة.....47

ثانيا: حضور سائر الشركاء أو من يقوم مقامهم.....48

ثالثا: أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة.....48

رابعا: ثبوت ملكية الشركاء.....50

الفرع الثاني: كيفية إجراء القسمة القضائية.....50

أولا: الطريق الأصلي لتقسيم المال الشائع إلى حصص عينية.....50

ثانيا: الطريق الاحتياطي لإجراء القسمة.....55

المطلب الثاني: الحماية ممثلة في الأثر الكاشف للقسمة.....57

الفرع الأول: تمييز الأثر الرجعي عن الأثر الكاشف للقسمة.....57

الفرع الثاني: نتائج الأثر الكاشف للقسمة.....61

أولا: سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على جزء مفرز آل إلى غيره.....61

ثانيا: تسجيل القسمة شهرها 62

خاتمة 64

قائمة المراجع.....67

الفهرس