

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع

من طرف

قاسم حكيم

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيساً	أستاذ التعليم العالي، جامعة البليدة	سريير ميلود
مشرفاً ومقرراً	أستاذ محاضر 'أ'، جامعة البليدة	عمرو خليل
عضواً مناقشاً	أستاذ محاضر 'أ'، جامعة الشلف	رباحي أحمد
عضواً مناقشاً	أستاذ مساعد 'أ'، جامعة البليدة	خليفاتي عبد الرحمان

البليدة، جوان 2012

ملخص

يقتضي المال الشائع أو الملكية الشائعة وجود مجموعة من الأشخاص يملكون شيئاً واحداً وفي نفس الوقت، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم استثماره ايجابياً، نتيجة تصادم وتزاحم بين جميع حقوق الشركاء، وعدم قيامهم بالالتزامات التي فرضها عليهم القانون.

وحتى يستثمر المال الشائع على أحسن وجه، فإن المشرع تدخل لتنظيم هذه الملكية تنظيمًا دقيقًا، وذلك بتكريس حقوق لكل واحد من الشركاء المشتاعين، وتقييدها بمبدأ عام يتمثل في عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، والتزامات تقع على عاتق كل واحد منهم، من شأنها المحافظة عليه. ولما كانت الملكية الشائعة أو المال الشائع نوعان، ملكية شائعة مؤقتة، وملكية شائعة دائمة، فإن المشرع نظم هذه الحقوق والالتزامات بما يتلائم ويتناسب مع كل نوع من هذين النوعين .

ففي الملكية الشائعة العادية أو المؤقتة اعترف لكل واحد من الشركاء بحق ملكية لحصته الشائعة، التي تكون في مجموع المال الشائع، ومن ثم أعطى له الحقوق التي يتمتع بها صاحب الملكية المفترزة، وهي حق الاستعمال والاستغلال وحق التصرف مع تنظيمها تنظيمًا دقيقًا يتناسب مع طبيعة المال الشائع، يحول دون الإضرار بحقوق سائر الشركاء هذا من جهة، ويتضح ذلك جلياً في آلية قسمة المهايأة التي نظم بها الانتفاع بالمال الشائع ، وحقوق تتناسب مع طبيعة المال الشائع وهي حق الاسترداد الذي يمكن الشركاء من إبعاد الأجنبي عن المال الشائع، وحق طلب القسمة الذي يمكن الشريك بالخروج من حالة الشيوع إلى الملكية المفترزة، من جهة أخرى، وفي مقابل تلك الحقوق فإن المشرع رتب على عاتق كل واحد من هؤلاء الشركاء التزامات تضمن المحافظة على المال الشائع.

أما الملكية الشائعة الدائمة أو المال الشائع الإجباري فقد عنى بها المشرع عناية فائقة، لا سيما في الملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهذا حتى يحقق هذا الشيوع الإجباري الغرض والهدف الذي أوجده من أجله، ويتضح ذلك جلياً بتنظيم الحقوق التي يتمتع بها كل مالك مشترك، وأيضاً بتنظيم الالتزامات التي تقع على كل واحد من الملاك الشركاء، فبعدما اعترف لكل واحد منهم بحق الملكية في الأجزاء المشتركة أو الملكية المشتركة، فقد منح لهم سلطات أو حقوق صاحب الملكية المفترزة، من حيث حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، ولكن بتنظيم هذه السلطات

بما يتناسب وطبيعة المال الشائع الإجباري، بل بما يتناسب ويتوافق مع كل صورة من صوره، بالإضافة إلى تكريس حقوق أخرى تقتضيها كل صورة من صوره أيضا، إذ منح حق إنشاء الجمعية المدنية لإدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية، ومنح لمديرها سلطات واسعة لإدارتها، والحق الذي يتمتع به كل مالك لإدارتها عند عدم وجود هذه الأخيرة، بالإضافة إلى حق التعديل في الأجزاء المشتركة، والحقوق بالتبعية الناتجة عنها، كما منح للشركاء الذين لهم القدر الأكبر في قيمة الحصص في ملكية الأسرة حق تعيين مدير أو أكثر لإدارة هذه الملكية، كما أنه منح المالك في ملكية الحائض المشترك، حق التعليق والمشاركة فيه، فهذه الحقوق تتناسب مع كل غرض وهدف الذي خصصه المشرع الجزائري لتحقيقه من خلال هذه صور الشيوخ الإجباري السابقة الذكر.

وفي مقابل تلك الحقوق فإن المشرع أيضا رتب عدة التزامات على كل واحد من الشركاء المشتركين، ليحافظ على هذا الشيوخ الإجباري حتى يبقى على الدوام، يحقق هدفه، وتتمحور هذه الالتزامات بشكل عام في التزامين أساسيين، الأول يتمثل في الالتزام بعدم طلب القسمة لتعارضها مع الغرض الذي خصصه المشرع الجزائري للشيوخ الإجباري، والثاني يتمثل في الاشتراك في النفقات الناتجة عن الصيانة وحفظ الشيوخ الإجباري، وقد خصص بالإضافة إلى هذين الالتزامين، التزامات خاصة تتناسب أيضا مع كل صورة من صور الشيوخ الإجباري سألفة الذكر، فقد أوجب على كل شريك مالك في الملكية المشتركة أن يلتزم بنظام الملكية المشتركة عند وضعه من طرف الجمعية، وأما فيما يخص ملكية الأسرة، فقد أوجب على الشريك فيها ألا يطلب القسمة خلال المدة القانونية التي تدوم فيها، وأما في ملكية الحائض المشترك فقد أوجب على الشريك بعدم فتح في الحائض المشترك مطلات أو مناور، أو فتوحات تضر به.

شكر وعرّفان

أحمد الله تعالى حمداً كثيراً، وأشكره شكراً جزيلاً لما منّ به عليّ من إعانة وتوفيق بأن أوصلني إلى إنهاء هذا البحث الذي أرجوا أن يكون عملاً صالحاً في ميزان حسناتي.

وفي هذا المقام لا يفوتني أن أتقدّم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور عمرو خليل، الذي تفضّل بإشرافه على هذه المذكرة بكل تفان واهتمام، مانحاً إيّاي كل النصائح والمساعدات اللازمة لإنجاز هذا العمل على أحسن وجه.

كما لا يفوتني أيضاً توجيه أسمى التشكرات إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة، وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إتمامها.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي أولاً وقبل كل شيء إلى اللذين وفرا لي جميع الظروف المساعدة للوصول إلى هذا المستوى وإنجاز هذا العمل، والدي العزيزين أطال الله في عمرهما

كما أهدي عملي هذا إلى التي ساندتني، وتعبت من أجلي، وسدت أزمي وغرست في حب البحث، وبعثت في روح العزم والثقة والطموح، زوجتي الغالية، وإلى إخواني وأخواتي، وإلى كل الأصدقاء والزملاء والأحباب وأخص بالذكر الأخ قوادري الأخضر وجاب الله عبد الوهاب، وإلى جميع من ساعدني لإتمام هذا العمل.

أهدي هذا العمل.

الفهرس

ملخص

شكر و عرفان

إهداء

الفهرس

10مقدمة
15 1. حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع العادي أو المؤقت
16 1.1. تحديد مضمون المال الشائع العادي أو المؤقت
16 1.1.1. مفهوم الشيوخ
16 1.1.1.1. تعريف الشيوخ
18 2.1.1.1. مصادر الشيوخ
19 3.1.1.1. تميز الشيوخ عما يشابهه
20 2.1.1. تكيف حق الشريك في المال الشائع
20 1.2.1.1. حق الشريك في المال الشائع حق ملكية بالمعنى الحقيقي
21 2.2.1.1. حق الشريك في المال الشائع حق شخصي
22 3.2.1.1. المال الشائع يعد مملوكا ملكية مشتركة (جماعية)
22 3.1.1. تقييد حق الشريك في المال الشائع
23 1.3.1.1. تقييد حق الشريك من حيث عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين
23 2.3.1.1. تقييد حق الشريك من حيث اشتراط الإجماع كأصل عام
23 2.1. حقوق الشريك في المال الشائع العادي

241.2.1. حق كل شريك في الانتفاع بالمال الشائع
241.1.2.1. الانتفاع بالشيء الشائع و مداه
252.1.2.1. القاعدة العامة في الانتفاع بالمال الشائع
323.1.2.1. الاستثناءات الواردة عن القاعدة العامة في الانتفاع بالمال الشائع
382.2.1. حق التصرف في المال الشائع
381.2.2.1. التصرف الصادر من جميع الشركاء
402.2.2.1. التصرف الصادر بالأغلبية المعتبرة قانونا
423.2.2.1. التصرف الصادر من أحد الشركاء
503.2.1. حق استرداد الحصة الشائعة المبيعة من قبل الشريك
511.3.2.1. تعريف حق الاسترداد
522.3.2.1. شروط حق الاسترداد
533.3.2.1. إجراءات حق الاسترداد
534.3.2.1. آثار حق الاسترداد
554.2.1. حق كل شريك بممارسة حق الشفعة في المال الشائع
551.4.2.1. تعريف شفعة الشريك
562.4.2.1. شروط الأخذ بحق الشفعة من قبل الشريك
613.4.2.1. إجراءات الأخذ الشفعة
654.4.2.1. إسقاط الشفعة
675.4.2.1. آثار الأخذ بالشفعة من قبل الشريك الشفيع
725.2.1. حق الشريك في طلب القسمة
721.5.2.1. مفهوم القسمة
752.5.2.1. كيفية إجراء القسمة
883.5.2.1. آثار القسمة
943.1. التزامات الشريك في المال الشائع العادي
951.3.1. الالتزام بالقيام بأعمال الحفظ والصيانة
951.1.3.1. التصرفات المادية
952.1.3.1. التصرفات القانونية
972.3.1. الالتزام بالاشتراك في نفقات المال الشائع وتكاليفه

98 النفقات الضرورية.1.2.3.1
99 النفقات النافعة.2.2.3.1
99 النفقات الكمالية.3.2.3.1
99 الأساس القانوني لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفق
100 على أساس النيابة القانونية.1.3.3.1
100 على أساس أن الشريك صاحب حق ملكية.2.3.3.1
100 على أساس قواعد الفضالة والإثراء بلا سبب.3.3.3.1
102 2. حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع الإجباري.
103 1.2. تحديد مضمون الشيوخ الإجباري.
103 1.1.2. مفهوم الشيوخ الإجباري.
103 1.1.1.2. تعريف الشيوخ الإجباري.
104 2.1.1.2. أنواع الشيوخ الإجباري.
105 3.1.1.2. تميز الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي.
105 2.1.2. تكييف حق الشريك في الشيوخ الإجباري.
106 1.2.1.2. حق الشريك في الشيوخ الإجباري حق ارتفاق.
106 2.2.1.2. حق الشريك في الشيوخ الإجباري حق ملكية.
108 3.1.2. مجمل حقوق والتزامات الشركاء.
108 1.3.1.2. حقوق الشركاء.
109 2.3.1.2. التزامات الشركاء.
110 2.2. حقوق والتزامات الشريك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية.
110 1.2.2. مفهوم الملكية المشتركة في العقارات المبنية.
110 1.1.2.2. تعريف الملكية المشتركة في العقارات المبنية.
112 2.1.2.2. مصادر الملكية المشتركة في العقارات المبنية.
112 3.1.2.2. النظام المعتمد عليه في الملكية المشتركة في العقارات المبنية.
116 2.2.2. حقوق والتزامات الملاك في الملكية المشتركة.
116 1.2.2.2. حقوق والتزامات الشركاء الملاك في الأجزاء المشتركة.
127 2.2.2.2. حقوق والتزامات الشركاء الملاك في الأجزاء المفروزة.
133 3.2.2. حق إدارة الملكية المشتركة.

133 إنشاء الجمعية المدنية لإدارة والانتفاع بالملكية المشتركة.
147 2.3.2.2. حق إدارة الملكية المشتركة من قبل أحد الملاك.
149 3.3.2.2. مهنة القائم بإدارة الأملاك العقارية.
155 3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة وملكية الحائض المشترك.
155 1.3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة.
156 1.1.3.2. مفهوم ملكية الأسرة.
160 2.1.3.2. حقوق الشريك في ملكية الأسرة.
163 3.1.3.2. التزامات الشريك في ملكية الأسرة.
164 2.3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الحائض المشترك.
166 1.2.3.2. مفهوم ملكية الحائض المشترك.
167 2.2.3.2. حقوق الشريك في ملكية الحائض المشترك.
171 3.2.3.2. التزامات الشريك في ملكية الحائض المشترك.
175 خاتمة.
178 مراجع.

مقدمة

تقتضي تنمية واستثمار المال وإدارته واستغلاله إيجابيا، معرفة صاحب المال بالحقوق والسلطات التي يقررها له القانون، وهذا قصد تحريك العجلة الاقتصادية لذلك المال، فإذا كان لصاحب المال المفرز إفرزا تاما سهولة في تنميته واستثماره وإدارته واستعماله، كونه يستأثر ويتمتع بجميع السلطات والحقوق التي كرسها له القانون بشكل انفرادي، ولا ينازعه في ذلك شخص آخر، فله حق التصرف وحق الاستغلال وحق الاستعمال، وهذا مضمون حق الملكية الذي يمارسه على شيء مفرزا.

فإن الأمر على خلاف ذلك في تنمية واستثمار وإدارة واستعمال المال الشائع العادي، كون ملكية المال الشائع منقسمة بين عدة أشخاص على نفس الشيء وفي نفس الوقت، مما يجعل تحقيق ذلك أمرا صعبا لتصادم وتزاحم حقوق وسلطات الشركاء المتساوية على نفس الشيء، فإذا كان لصاحب الملكية المفرزة أن يمارس جميع حقوقه وسلطاته على المال دون أن يتوقف ذلك على شخص آخر، فإن ممارسة الشريك حقوقه في المال الشائع العادي يكون مقيدا بعدم الإضرار بحقوق شركاء الآخرين.

وهذا ما يؤدي غالبا إلى تجميد المال الشائع وتعطيل العجلة الاقتصادية له، نتيجة النزاعات والإشكالات المترتبة عن تزاحم وتصادم حقوق جميع الشركاء فيما بينهم، بالإضافة إلى أن نظام الشيوخ بحد ذاته نظام مؤقت سينتهي في وقت من الأوقات.

ومن أجل ذلك لا ينظر المشرع إلى المال الشائع العادي أو المؤقت نظرة تشجيع وترحيب، بل يذهب عكس وجهة الأفراد الذين في كثير من الحالات يبقون على حالة الشيوخ، ويقر في الأصل قاعدة عامة تتمثل في " لا إجبار على البقاء في الشيوخ " وذلك بتشجيع الأفراد بالخروج منه، ويجعل لكل شريك الحق في طلب فضه عن طريق القسمة، وعدم إجباره على البقاء فيه، وهذا قصد إعادة ذلك المال إلى التداول للمساهمة في تحريك العجلة الاقتصادية.

فإذا كان المشرع لا يجبر الأفراد على الخروج من الشيوخ إذا ما استبقوا على حالته، فإنه تدخل لتنظيم هذه الملكية الشائعة العادية أو المؤقتة تنظيماً دقيقاً، من شأنه أن يشجع الأفراد على الاستثمار والاستغلال الأمثل للمال الشائع، وذلك بتكريس حقوق والتزامات لكل واحد من الشركاء المشتاعين، وتقييدها بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، والمحافظة على المال الشائع، فلو لم يتدخل المشرع لتنظيم هذه الملكية الشائعة والموازنة بين جميع حقوق الشركاء، لتقاعس الأفراد في استثمارها واستغلالها نتيجة عدم معرفة كل شريك بحقوقه اتجاه المال الشائع، والالتزامات التي تقع عليه اتجاهه، وهذا ما يؤدي إلى إهمال المال الشائع من طرف الشركاء، مما يؤدي إلى عرقلة التنمية الاقتصادية للمجتمع، حيث أن التنظيم الذي أقره المشرع من شأنه تشجيع الأفراد وحثهم على استغلال وإدارة المال الشائع، مما يعود عليهم بالنفع وعلى المجتمع.

فإذا كان المشرع لا ينظر إلى المال الشائع العادي أو المؤقت نظرة تشجيع وترحيب، فإنه ذهب عكس ذلك في بعض الحالات وأوجد نوع آخر من حالات الشيوخ، وأرادها أن تكون دائمة غير قابلة للقسمة، وهذا ما يعرف بالشيوخ الإجباري أو الملكية الشائعة الإجبارية، وذلك بتكريس حقوق والتزامات لكل شريك تتناسب مع هذا النوع من الشيوخ، وذلك لتحقيق الغرض الذي أوجدت من أجله، كما هو الحال في الملكية المشتركة في العقارات المبنية، فهذا النوع من الشيوخ أوجده المشرع ليبقى على الدوام لتحقيق الغرض الذي أوجده من أجله ألا وهو الحق في السكن.

وقد شكل الحق في السكن في الجزائر عدة تقلبات، فيما يخص تسيير وإدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية المخصصة له، للقضاء على أزمة السكن، خاصة بعد صدور القانون رقم 81-01 المؤرخ في 1981/02/07 المعدل والمتمم، يتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة وللجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 غشت 2003، الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، مما أدى إلى صعوبة تسييرها وإدارتها من طرف ملاكها خاصة في جوانبها المالية، بعدما كانت الدولة تسهر على تسييرها وإدارتها، وهذا راجع لعدم معرفتهم بحقوقهم والتزاماتهم اتجاهها، مما نتج عنه تدهور الإطار المعيشي للسكان الأحياء.

ونتيجة سوء تنظيم وإدارة الملكية المشتركة من طرف ملاكها، أدى بالمشرع الجزائري إلى إيجاد نمط جديد لتنظيم وتسيير الأملاك المشتركة، وذلك بتكريس حقوق والتزامات لكل مالك تناولها القانون رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير

العمارات الجماعية ، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-59 المؤرخ في 07/03/1994 ،
بالإضافة للأحكام التنظيمية المتعلقة به.

وسوء تسيير وتنظيم الملكية المشتركة لا يطرح فقط بالنسبة للعقارات التي تنازلت عليها الدولة
للخواص، وإنما يطرح كذلك بالنسبة للعقارات المبنية من طرف المراقين العقاريين، فمنذ صدور
المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، طرح
إشكال فيما يخص تسيير وتنظيم العقارات المبنية من طرف هؤلاء المراقين، خاصة بعد تسليمها
لملاكها، فعدم معرفتهم بالحقوق والتزامات المتعلقة بالملكية المشتركة، أدى إلى تدهور الوضعية
العامة للعقارات، حيث نتج عنه عدة نزاعات بين الملاك، رغم تنظيمه لهذه الملكية في ثلاثة مواد من
المادة 24 إلى المادة 26 منه.

وعلى ضوء ما تقدم، فإن موضوع الدراسة يطرح إشكالية قانونية تتمحور في:

إلى أي مدى يخول القانون لكل شريك من الشركاء في المال الشائع من حقوق ؟ وما يفرضه عليه من
التزامات، حتى يتمتع به ويستثمره استثمارا إيجابيا ؟

وعلى هذا الأساس لقد اخترنا أن يكون هذا البحث هو حقوق والتزامات الشريك في المال
الشائع، وكان من الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع أهميته العملية، حيث القضايا المتعلقة
به اليوم من أكثر القضايا المطروحة في الواقع، وأمام المحاكم فبمجرد قيام حالة الشيوخ في المال بين
الأفراد وبصفة خاصة بين الورثة حتى تقوم عدة نزاعات فيما بينهم، من حيث التصرف في المال
الشائع واستعماله واستغلاله و من حيث قسمته، وكذلك الشأن في الملكية المشتركة في العقارات
المبنية، التي أصبحت تطرح عدة مشاكل فيما يخص تنظيمها وتسييرها، والحقوق والالتزامات
المتعلقة بها، وتتلخص هذه المشاكل في :

- التدهور المستمر للملكية المشتركة نتيجة عدم معرفة أصحابها بالحقوق والالتزامات المتعلقة
بالصيانة
- الغياب شبه التام لأجهزة تسييرها
- كيفية إدارة النفقات المتعلقة بها
- كثرة نزاعات الجوار في استعمال واستغلال الأجزاء البناء المشتركة

ونتيجة لهذه الأهمية، فإن المشرع الجزائري قد عالج وضبط حقوق والتزامات الشريك في
المال الشائع في القانون المدني في القسم الرابع والخامس على التوالي، من الفصل الأول "حق الملكية
بوجه عام"، من الباب الأول "حق الملكية"، من الكتاب الثالث المعنون تحت عنوان "الحقوق العينية
الأصلية" حيث تناول في القسم الرابع الملكية الشائعة وتناول فيها الشيوخ العادي والمؤقت من المادة

713 إلى 737، ودرج تحت هذا القسم ملكية الأسرة من المادة 738 إلى 742 بينما تناول في القسم الخامس حالة الشيوخ الإجباري في الملكية المشتركة في العقارات المبنية من المادة 743 إلى 772 ولأهمية هذه الأخيرة فإن المشرع تناولها أيضا في عدة تنظيمات خاصة بها.

ولما كانت جميع الحقوق والالتزامات مصدرها القانون، إذ لا حق لا يحميه القانون فإننا نحاول أن نبين في هذا البحث حقوق والتزامات كل شريك مشتاع، في كلا نوعين من الشيوخ، العادي والإجباري وفقا لما تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني والقوانين الخاصة بالملكية المشتركة، ومدى ما وصل إليه الفقه القانوني في هذا الشأن، مع مقارنتها بما ورد في بعض التشريعات كالمصري والليبي، وهذا قصد تحديد الطبيعة القانونية لهذه الحقوق والالتزامات بصفة دقيقة ومحددة.

ومن أجل ذلك سنحاول جاهدين على أن نساهم في بناء دراسة خاصة بهذا الموضوع ، تشمل فقط تعريف وتحديد كل الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها كل واحدا من الشركاء في المال الشائع، معتمدين على المنهج التحليلي الوصفي، والمقارن عندما تقتضي الدراسة المقارنة مع بعض التشريعات في بعض الأحيان، حتى تنفرد الدراسة عن باقي الدراسات التي تناولت هذه الحقوق والالتزامات ضمن عناوين مختلفة، أو خصصت لتناول أحد هذه الحقوق فقط، على أن يأتي ممن هو أقدر منا على البحث، ليوضح من الأحكام ما وقفت عنده هذه الدراسة، ونذكر منها:

- تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، من تقديم محمد عقوني، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، جوان 2009.

- القسمة القضائية للعقار الشائع، من تقديم حياة كحيل، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، جوان 2005.

- النظام القانوني للملكية المشتركة، من تقديم بلقاسم بلقاسم، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، سنة 2001-2000.

وهذا كله رغم قلة المراجع التي تناولت بالشرح الملكية الشائعة والمشاركة في العقارات المبنية في القانون المدني الجزائري خاصة التنظيمات الخاصة المتعلقة بالملكية المشتركة، التي لم تستوفي حقها من الشرح.

وفي سبيل الإجابة عن هذه الإشكالية ورغبة، في تفصيل الموضوع المختار للدراسة ارتأيت التقسيم التالي:

الفصل الأول كرسناه لإبراز حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع العادي أو المؤقت، وذلك في ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول تحديد مضمون المال الشائع العادي أو المؤقت، وفي الثاني

أفردناه للتعريف بكل الحقوق التي يتمتع بها الشريك في المال الشائع العادي، بينما خصصنا المبحث الثالث لدراسة التزامات الشريك في المال الشائع العادي.

أما الفصل الثاني خصصناه لإبراز حقوق و التزامات الشريك في الشيوع الإجباري وذلك أيضا في ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول تحديد مضمون المال الشائع الإجباري، أما المبحث الثاني فنتعرف من خلاله على الحقوق والالتزامات الشريك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية، بينما نستعرض في الثالث حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة و ملكية الحائط المشترك، وهذا على أساس أن الشيوع الإجباري في الملكية المشتركة في العقارات المبنية حقوقا والتزامات، تختلف تماما عن الشيوع الإجباري في ملكية الأسرة و ملكية الحائط المشترك، وذلك لاختلاف في الغرض والهدف المخصص لكل منهم، وقد وزعنا كل مبحث من المباحث الواردة في الفصلين إلى مطالب وفروع حتى تفي بالغرض المقصود.

ثم أنهينا موضوع الدراسة بخاتمة، حاولنا من خلالها إبراز النتائج الأساسية التي أوصلتنا إليها دراستنا.

الفصل 1

حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع العادي أو المؤقت

يتمتع صاحب الملكية المفترزة بجميع الحقوق والسلطات التي خولها له القانون عند ممارسته لهذه الحقوق، دون أن يتوقف ذلك على شخص آخر، غير أن الشريك في المال الشائع لا يتمتع بحقوقه بصفة انفرادية، حتى وإن كان المشرع قد اعترف له بحق الملكية في حصته الشائعة كما سوف نرى فيما بعد، فقيده عند ممارسته لحقوقه بشرط يتمثل في عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، لثبوت حقهم كذلك وفي نفس الوقت على ذلك المال الشائع.

وفي مقابل تلك الحقوق للشريك على المال الشائع رتب المشرع الجزائري عدة التزامات تقع على عاتق كل واحد من الشركاء والمشتاعين، وذلك حفاظا عليه.

وقد تناول ونظم القانون المدني الجزائري الحقوق التي يتمتع بها الشريك في المال الشائع العادي أو المؤقت، والتزامات التي تقع عليه اتجاه، تنظيما دقيقا يتناسب مع طبيعة حق الشريك في المال الشائع، من شأنه يضمن جميع حقوق الشركاء، وذلك بالتقييد في ممارستها بما في يد كل منهم لصالح الباقيين، وذلك بفرض عليهم عدة التزامات، وهذا كله في القسم الرابع تحت عنوان الملكية الشائعة، من الباب الأول، من الكتاب الثالث تحت عنوان الحقوق العينية الأصلية.

و لذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة محاور:

- تحديد مضمون المال الشائع العادي أو المؤقت

- حقوق الشريك في المال الشائع العادي

- التزامات الشريك في المال الشائع العادي

1.1.1. تحديد مضمون المال الشائع العادي أو المؤقت

سوف نبحت في هذا المبحث ثلاثة موضوعات لتحديد مضمون المال الشائع وهي: مفهوم الشيوع في المال وتكييف حق الشريك في المال الشائع، ثم تقيد ملكية الشريك فيه، وعليه سنخصص لكل منها مطلب مستقل:

1.1.1.1. مفهوم الشيوع في المال

يتحدد مفهوم الشيوع من حيث تعريفه وبيان مصادره، وتمييزه عما يشابهه، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

1.1.1.1.1. تعريف الشيوع أو الملكية الشائعة [1]ص(155) l'indivision(propriété (indivise)

● الشيوع لغة: شَيْعًا وشَيْوَعًا وَمَشَاعًا وشَيْعَانًا وشَيْعُوعَةً الخبر بمعنى ذاع وفسأ، ويقال شَاعَ شَيْعًا بمعنى تبعه ورافقه ومنه « شَاعَكُمْ السَّلَامُ وشَاعَكُمْ اللهُ بالسَّلام»، أي رافقكم السلام واتبعكم الله السلام، ويقال شَيْعَ و أشْيَاعُ أي أتباعه وأنصاره، ويقال كذاك سهم شَائِعٌ وشَاعٌ أي مشترك غير مقسوم، والشَاعَةُ هي الزوجة لأنها تتابع الرجل، والشَيْعُ جمع شَيْعَاءٍ ومفرده شَيْعَةٌ أي المشارك، ويقال « هذا شَيْعٌ لهذا »، أي مشارك له في أمر مُشَاعٍ بينهما، و«الدار شَيْعَةٌ بينهما»، أي مشاعة. [2]ص (411)

ويقال شائع بمعنى منتشر، وشائعة جمع شوائع بمعنى خبر غير ثابت يتناقله الناس في ظرف من الظروف. [3] ص (300)

● الشيوع قانونا: فقد عرفه القانون المدني الجزائري [4] ص في المادة 713 حيث نص على « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كم منهم فيه غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقد دليل على غير ذلك. » وهذه المادة تقابل المادة 825 من القانون المدني المصري المادة 780 سوري، و 834 لبيبي، و 1021 عراقي، و 824 لبناني، و 818 كويتي، و 1152 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، [5] ص(255) ، ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري استعمل عبارة "غير مقررة" في حين أن التشريع المصري وأغلب التشريعات استعملت عبارة "غير مفرزة" وهي الأصح قانونا، كون أن الملكية الفردية نوعان مفرزة وغير مفرزة وهذه الأخيرة تدل على الملكية الشائعة. [6] ص (234)

ويتضح من نص المادة أن الشيوع حالة قانونية وهي صورة من صور الملكية، يستوجب لتوفرها مال معين بالذات (منقول أو عقار)، يملكها أكثر من شخص واحد، ويتناول هذا الشيوع كل

المال الشائع غير المنقسم، ويترتب عن ذلك أن حق الشريك يقع على حصة معنوية شائعة في هذا المال ومن ثم فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً، دون أن ينقسم المال ذاته والأصل أن تحتسب حصص الشركاء في المال الشائع حصصاً متساوية، إلا إذا قام دليل على غير ذلك، وتتحدد حصص الشركاء عادة عند بدء الشروع تبعاً لمصدره، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث، وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له، وإن كان عقد تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك. [7] ص (796)

والشروع بهذا المعنى واسع الانتشار في الجزائر، وعلى الخصوص في ملكية العقارات وسواء كانت من الأراضي الزراعية أو المباني، نتيجة انتقال ملكيتها بالميراث إذ تنتقل ملكية العقارات إلى الورثة الذين يستبقونها دون قسمتها، بل الأكثر من ذلك تنتقل إلى ورثتهم، وتبقى ملكيتها شائعة بينهم مما يزيد من كثرة النزاعات فيما بينهم.

كما أن الشروع لا يقتصر على الملكية فقط، وإنما يتصور ويتحقق في الحقوق العينية الأصلية الأخرى، مثل حق الارتفاق، حق الانتفاع الذي يكون لأكثر من شخص على شيء واحد، أما الحق الشخصي إذا تعدد أصحابه فلا يكون محلاً للشروع، كون الالتزام فيه ينقسم بين أصحابه وهذا هو الأصل، وإما ينقسم بالتضامن فيما بينهم إذا كان ذلك الالتزام غير قابل للانقسام، وهذا ما يعرف بالتضامن الإيجابي. [8] ص (101)

ولا تثبت الملكية على الشروع إلا بسند يفيد الملكية المشاعة وعلى من يدعي بوجودها تقديم البينة على ذلك، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 320777، المؤرخ في 2005/10/12. [9] ص (124)

وإذا كان المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري والتشريعات العربية التي أخذت عنه أو تأثرت به، قد قصر الشروع على الملكية دون الحقوق العينية الأصلية، فذلك يرجع إلى أن الشروع في الملكية هو الصورة الغالبة، ولذلك يطلق على الشروع الملكية الشائعة، وهذا لا يمنع من تطبيق قواعد الملكية الشائعة على حالات الشروع التي قد توجد في الحقوق العينية الأصلية.

ومن التشريعات التي نصت صراحة على الشروع في الحقوق العينية الأصلية، القانون المدني الكويتي في المادة 818 من القانون الكويتي التي تنص «إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشروع وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك»، والقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 824 التي تنص على «عندما يكون شيء أو حق ما ملكاً شائعاً ومشاركاً بين عدة أشخاص ينشأ عن ذلك كيان يسمى شركة الملك أو شبه شركة»، ولذلك يرى زهدي يكن أن هذا التعريف للشروع الأحسن كونه يشمل على ملكية الشيء والحق.

[10] ص (138) ، [11] ص (55)

وتفاديا لكل لبس، حبذ لو أن المشرع الجزائري نص صراحة على تطبيق قواعد الملكية الشائعة، على الشيوخ في الحقوق العينية الأخرى، ما لم تتعارض هذه القواعد على طبيعة هذه الحقوق، أو ما ينص عليه القانون، وهذا ما فعله القانون الكويتي في المادة 2/818 «.... بسريان نصوص الملكية الشائعة على الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو ما يقرره القانون». [12] ص (109)

وقد عرفت الشريعة الإسلامية الملكية الشائعة أو الشيوخ، وتعرفها على أنها « ما تعلق بجزء نسبي غير معين وغير محدد، ويكون كل ذرة في المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت الدار مثلا مشتركة بين خمسة أشخاص، كان لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها. » [13] ص (28)

2.1.1.1. مصادر الشيوخ

يقصد بمصادر الشيوخ الأسباب التي أنشأتها، والأصل أن كل سبب يصلح لكسب الملكية المفردة يصلح في الوقت ذاته لكسب الملكية الشائعة وذلك إذا تملك عدة أشخاص وفي نفس الوقت شيئا معينا بالذات، ومن ثم فمصادر الشيوخ متعددة.

● فقد ينشأ الشيوخ بالتصرف القانوني كعقد بيع مثلا، إذا اشترى شخصان أو أكثر دارا أو مسكنا على الشيوخ، أو بالهبة كأن يهب شخص لعدة أشخاصا عقارا، أو بالوصية كأن يوصي شخص لاثنتين أو أكثر بأرض على الشيوخ.

● وقد ينشأ بالواقعة القانونية، كالميراث والحيازة والاستيلاء والاتصال ويعد الميراث السبب الأكثر انتشارا للشيوخ، إذ يترتب على وفاة الشخص تملك ورثته لأمواله على سبيل الشيوخ كل بنسبة حصته الإرثية، وفي هذا الصدد تنص المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري [14] على أنه « يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتبارها ميتا بحكم القاضي »، وينشأ الشيوخ بالحيازة كذلك إذا حازا شخصان أو أكثر أرضا حيازة فيما بينهم خالية من العيوب، وفي المدة القانونية، ويشترط في هذه الحيازة شرطا آخر يتمثل في خلوها من عيب اللبس، الذي يشوبها عادة نتيجة مخالطة يد الحائزين غيرهم من الشركاء المشتاعين، وقد يكتسب أحد الشركاء ملكية أنصبة الشركاء الآخرين بالتقادم إذا تحققت الشروط السالفة الذكر، وينشأ الشيوخ بالاستيلاء والاتصال إذا امتلك ملاك على الشيوخ بحكم الاتصال البناء الذي أقامه الغير في أرضهم. [15] ص (125)، [12] ص (110)

- وقد ينشأ بحكم قضائي، كما في حالة مال الأسرة في القانون الفرنسي فإنه عند وفاة رب الأسرة يجوز إبقاء على حالة الشيوخ، بحكم صادر من القضاء (قاضي المصالحات) (**juge de paix**)، وذلك بناء على طلب أحد الزوجين عند وفاة أحدهما، أو بناء على طلب الأولاد. [16] ص (119)

3.1.1.1. تميز الشيوخ عما يشابهه

الشيوخ بمعناه السابق يتشابه مع بعض صور الملكية، لذا وجب التفريق بينه وبين هذه الصور، وأساس التفريق أو التمييز يتمثل في أنه حيث يوجد شيء واحد مملوك في وقت واحد لشخصين أو أكثر، بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة رمزية تنسب إلى الشيء في مجموعه، كالربع والنصف وغير ذلك فإن الملكية تكون شائعة. [11] ص (55) ومن ثم فالملكية الشائعة تختلف :

- عن ملكية الطبقات التي هي ملكية مفرزة، وليست ملكية شائعة، لأن محل حق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل لا يشاركه فيها غيره، ولكن الأجزاء المشتركة من البناء والأرض والأدراج والمصاعد، المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك تعد مملوكة على الشيوخ [17] ص (91) ، [12] ص (109) ، غير أن هذا الشيوخ يختلف عن الشيوخ العادي من ناحية أنه لا يجوز لأي شريك طلب القسمة فيه، نظرا لطبيعته، بخلاف الشيوخ العادي فإنه ينقض عادة بالقسمة.

- عن صاحب الحق الذي يرتب أو ينشأ حق عيني متفرع عن حق الملكية، كحق الانتفاع أو الارتفاق، فإنه لا يترتب عن ذلك قيام حالة الشيوخ بين المالك صاحب الرقبة وصاحب هذا الحق، على أساس أن حق الملكية هنا ليس مشتركا بين المالك وصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق، إلا أنه يمكن أن يتصور قيام الشيوخ في حق الانتفاع أو الارتفاق. [17] ص (91) ، [12] ص (109)

- عن الملكية المشتركة (الجماعية أو الملكية المفرزة)، فالملكية الشائعة هي ملكية وسط بين الملكية المفرزة و الملكية المشتركة، فالحصة التي يملكها الشريك في الملكية الشائعة لا تتركز في جزء منه بالذات، بل شائعة في الشيء كله، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، والفرق الجوهرى بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة يكمن في تقييد من سلطات كل شريك لصالح باقي الشركاء في الملكية الشائعة، لأنه من شأنه استعمال كل شريك سلطاته قد يضر بحقوق باقي الشركاء الذين لهم نفس السلطات، خلافا في الملكية المفرزة فالمالك له أن يستعمل سلطاته في حدود القانون دون أن يتوقف ذلك على أحد.

والشيء المملوك في الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك الشريك حصة رمزية فيه كالنصف أو الثلث أو الربع، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة، ففي الملكية المشتركة أو الجماعية يرد حق الشركاء جميعا على كل المال، فيعتبر كل شريك مالكا لكل المال مع

باقي شركائه، فمتى قدم نصيبه فقد حقه العيني عليه، لينتقل إلى الجماعة دون أن تكون لهذه الأخيرة الشخصية المعنوية، في حين أن الملكية الشائعة ملكية فردية لا جماعية، كون أن كل شريك في الشيوخ يملك مفردا حصته في المال الشائع، وله أن يستعملها ويستغلها ويتصرف فيها. [18] ص (92)

• عن الشركة باعتبارها شخص معنوي فالأموال التي تملكها تشكل ذمة مالية مستقلة عن ذمة شركائها، فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوخ، ومن ثم فمتى قدم كل شريك نصيبه فيها، فقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الذمة المالية للشركة، ولا يكون للشريك إلا حق شخصي عند الشركة يتمثل في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه، ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوخ إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها. [12] ص (110)

2.1.1. تكيف حق الشريك في المال الشائع

يقصد بتكيف حق الشريك في المال الشائع، تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال الشائع، وقد اختلف الفقه في تحديد هذه الطبيعة فمنهم من يرى أن حق الشريك في المال الشائع هو حق بالملكية بالمعنى الحقيقي، ومنهم من يراه على أنه حق شخصي، وذهب رأي الثالث إلى اعتبار المال الشائع مملوكا ملكية مشتركة [19] ص ص (253 – 256) ، [20] ص ص (107-109) ، [21] ص ص (160-162)، وسوف نقوم بتحديد آراء كل فريق، مع إعطاء موقف المشرع الجزائري من هذا الاختلاف وذلك في ثلاثة فروع:

1.2.1.1. حق الشريك في المال الشائع حق ملكية بالمعنى الحقيقي

يرى هذا الفريق أن حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية حقيقي، أي حقا عينيا ينشئ رابطة مباشرة وسلطة بين الشريك وبين الشيء الشائع، تكون له سلطة التصرف وسلطة الاستعمال والاستغلال كصاحب حق الملكية المفترزة تماما، كل ما في الأمر أن سلطات الشريك مقيدة بحقوق باقي الشركاء، بالإضافة إلى أن ملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك، أما الشيء محل الحق العيني فلا يتجزأ فيبقى واحد، وعلى هذا الأساس فإن حق الشريك في المال الشائع يرد على الشيء في مجموعه، وإن كان محددًا بقدر حصته فيه، وهذا هو الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث، وبهذا أخذ المشرع الجزائري حيث نص في المادة 1/714 من القانون المدني " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.... "

وأغلب التشريعات أخذت بهذا الرأي، منها المشرع المصري حيث نص في المادة 826 على « كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ... »، والمشرع اللبناني حيث نص في المادة 828 من قانون الموجبات والعقود على أنه « لكل شريك حصة شائعة في الملكية الشيء المشترك وفي منتجاته... ».

أما في الفقه الإسلامي، ففقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية كذلك، حيث لا يعد أن يكون هذا المال مملوكا كله لكل شريك على انفراد، وإنما يملك كل شريك فيه حصة منتشرة فيه، وهذا التكييف قريب جدا مما هو سائد في الفقه الوضعي. [22] ص (162-164)، [13] ص (36)

و ذهب بعض الفقهاء في هذا المذهب إلى اعتبار حق الشريك في المال الشائع، حق عيني من نوع خاص، تميزا عن الحقوق العينية المعروفة، على أساس أن الشريك لا يتمتع بجميع مزايا الشيء من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف كما هو الحال في الحق العيني في الملكية المفترزة، غير أن هذا التكييف الأخير لم يحض بالتأييد من طرف الفقه كونه يرتب نتائج غير سليمة، بجعل المال الشائع بدون مالك طيلة فترة الشيوخ، خاصة عندما قطع المشرع كل خلاف حول طبيعة حق الشريك في المال الشائع، واعتبره حق ملكية بالمعنى الحقيقي، مما يغنينا عن البحث في طبيعة حق الشريك في المال الشائع. [23] ص (268-269)، [20] ص (158-159)

وبناء على هذا التكييف لحق الشريك في المال الشائع، فإن المشرع كرس عدة حقوق لكل واحد من الشركاء المشتاعين، بما فيها حقوق التي يتمتع بها صاحب حق الملكية المفترزة، تتناسب وطبيعة المال الشائع، وهذا ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني.

2.2.1.1. حق الشريك في المال الشائع حق شخصي

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك في المال الشائع مجرد حق شخصي وليس حق عيني، على أساس أن الحق العيني يوجب وجود شيء محدد مفرز، يمارس عليه صاحبه سلطة مباشرة، بينما حق الشريك على الشيوخ يقع على حصة رمزية غير مفرزة أو محددة تحديدا ماديا، ومن ثم لا يتحول حق الشريك إلى حق عيني إلا بالقسمة، وبالتالي يكون له حق شخصي في الحصول على منافع الشيء المشاع باقتسامها مع بقية الشركاء، كل بنسبة حصته.

وانتقد هذا الرأي كونه يتعارض لما أثبتته القانون للشريك في المال الشائع من سلطات مباشرة على الشيء الشائع، شأنه في ذلك شأن صاحب الملكية المفترزة، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 714 « كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء... »، وهذا ما يختلف

عن طبيعة الحق الشخصي الذي هو سلطة للدائن على المدين يلزمه بموجبها بأداء عمل أو الامتناع عنه. [19] ص (254)، [10] ص (141)

3.2.1.1. المال الشائع يعد مملوكا ملكية مشتركة (جماعية)

ذهب هذا الرأي إلى اعتبار المال الشائع غير مملوك لكل شريك، ومن ثم لم تثبت له صفة الملكية، بل الملكية تثبت لمجموع الشركاء المشتاعين، فبمجرد نشوء حالة الشيوخ بين الشركاء، ينشأ كيان مستقل لا يتمتع بالشخصية المعنوية مختلف تماما عن كيان وشخصية الشركاء، ولا يكون الشريك إلا دائنا بحق شخصي اتجاه هذا الكيان في اقتسام منافع الشيء الشائع، أو طلب إنهاء حالة الشيوخ بالقسمة، ولا تكون للشريك أي سلطة على الشيء الشائع، وإنما للمجموع وحده الذي يستقل بهذه السلطة، وهذا الرأي قريب من الرأي الثاني.

وقد انتقد هذا الرأي من جانب إثباته ملكية المال الشائع لمجموع الشركاء، باعتباره وحدة مستقلة بذاتها عن كل شريك، بغير أن يعترف لهذا المجموع بالشخصية المعنوية، ومن المسلم به قانونا أن الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص المعنوية أو الحقيقية، والقانون لا يعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع الذي يتألف منه الشركاء على الشيوخ، إذ كيف يتحمل هذا المجموع بالحقوق والالتزامات والقانون لا يعترف به، ومن جهة أخرى فلو سلمنا أن هذا المجموع ذو شخصية معنوية لأصبحنا أمام ملكية مفرزة، لا ملكية شائعة كما هو الحال في الشركة التي تمتلك المال وحدها باعتبارها شخص معنوي.

هذا بالإضافة إلى أن الملكية المشتركة توجب تحقيق أغراض جماعية بينما في الملكية الشائعة، تهدف إلى تحقيق أغراض فردية، والأكثر من ذلك أن هذا الرأي يخالف ما ذهب إليه أغلب التشريعات التي تعتبر أن حق المالك في المال الشائع، هو حق ملكية بالمعنى الحقيقي، [19] ص (254)، [10] ص (141)، مع تقييد في ممارسته بعدم الإضرار بحقوق الآخرين.

3.1.1. تقييد حق الشريك في المال الشائع

رغم اعتراف غالبية الفقه والتشريع بحق الملكية للشريك في المال الشائع، بالمعنى الحقيقي (حق عيني)، فإنهم لم يطلقونه على إطلاقه من حيث مباشرة كل شريك لسلطاته، بل قيده بعدة ضوابط مباشرة عند مباشرة كل شريك لسلطاته، وهذا راجع لتعدد الشركاء وثبوت نفس السلطات لكل واحد منهم، وعلى نفس المال الشائع، ويمكن إجمال هذه الضوابط في الفرعين التاليين:

1.3.1.1. تقيد حق الشريك من حيث عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين

نتيجة لتعدد أصحاب الحق في المال الشائع، وتمتعهم جميعا بذات السلطات عند مباشرتها على نفس المال، سلطة الاستعمال، الاستغلال، التصرف، ومن ثم لا يمكن أن يمارس كل شريك هذه السلطات منفردا لما في ذلك من مساس بالحقوق الشركاء المشتاعين الآخرين، ولذلك كان من المنطقي أن يتقيد كل منهم في مباشرة سلطاته بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، وهذا ما أكدته المادة 1/714 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء... "، وتمائل المادة 826 /1 من القانون المدني المصري.

ويترتب على ذلك أن لكل شريك الحق في مباشرة سلطاته، كمالك كما لم يكن في ذلك إضرار بحقوق سائر الشركاء، وعلى العكس فإنه يمنع عليه مباشرتها بما يضر بحقوق الشركاء، وإذا هو باسرها رغم ذلك كانت غير نافذة في حقهم. [19] ص ص (256-257)

2.3.1.1. تقيد حق الشريك من حيث اشتراط الإجماع كأصل عام

يقصد بهذا الشرط أن ممارسة سلطات الملكية على المال الشائع، كله أو حصة مفرزة منه يتطلب توفر إجماع الشركاء المشتاعين، كون أن حقوقهم متساوية في جوهرها على هذا المال، ولما كان تطلب الإجماع قد يؤدي في الواقع العملي إلى تعطيل من الاستفادة من المال الشائع (تعطيل ممارسة هذه السلطات)، لتعذر عادة الوصول إلى اتفاق جماعي، اتجهت القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري والمصري إلى الاكتفاء بتوافر أغلبية معينة في بعض الأحوال، في ممارسة سلطات الملكية، وفي غير ذلك يبقى الأصل وهو أن إنفراد أحد الشركاء المشتاعين بممارسة سلطات الملكية على الشيء الشائع، يتقيد باحترام حقوق باقي الشركاء المشتاعين على نفس الشيء، فلا ينبغي أن يكون من شأنه الإضرار بهم. [20] ص (160)، [8] ص (106)

ولعقد هذا الجزء من البحث يمكننا القول أن الملكية الشائعة، هي ملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية، وأن حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية بالمعنى الحقيقي مع ضرورة تقييده لما لباقي الشركاء من حقوق عليه.

2.1. حقوق الشريك المشتاع في المال الشائع العادي

مادام حق الشريك في المال الشائع حق ملكية بالمعنى الحقيقي كما سبق بيانه، فإن المشرع كرس له نفس حقوق صاحب الملكية المفرزة، فله حق الانتفاع بالمال الشائع الذي يقتضي ممارسة سلطة الاستعمال والاستغلال، مع تقييدها لما لباقي الشركاء من حق، وحق التصرف، وللحفاظ على

أن يبقى المال الشائع بين الشركاء وعدم خروجه من أيدهم لأجنبي، فإنه أعطى لكل شريك الحق في الاسترداد وحق ممارسة حق الشفعة إذا تصرف أحد الشركاء بالبيع في حصته الشائعة لأجنبي، ولأن نظام الشيوخ نظام مؤقت مآله الزوال، فإن المشرع أعطى لكل شريك مشتاع الحق في طلب القسمة، وهذا كله للطبيعة الخاصة للشيوخ.

وسوف نبحث في هذا المبحث مضمون كل حق من هذه الحقوق، بتخصيص لكل واحد منها مطلباً خاص به:

1.2.1. حق كل شريك في الانتفاع بالمال الشائع

أول ما يتبادر لكل شريك في المال الشائع هو الانتفاع به، عن طريق استعماله واستغلاله تحقيقاً لأغراضه، وهذا بمقتضى ماله من حق ملكية في المال الشائع، ونظراً لثبوت هذا الحق لجميع الشركاء أيضاً على نفس المال الشائع وفي الوقت ذاته، فمن شأن ذلك أن يؤدي حتماً إلى الاختلاف والتصادم بين جميع حقوق الشركاء في الانتفاع به، مما ينجر عنه عدة نزاعات ومشكلات بين الشركاء في كيفية الانتفاع بالمال الشائع، تحول دون استثماره إيجابياً.

لذلك عنى المشرع الجزائي بوضع قواعد وآليات لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، حيث وضع قاعدة عامة استلزم فيها الإجماع في الأصل كل الشركاء للانتفاع به، ثم أورد عليها استثناءات تسهلاً للانتفاع به، واكتفى بالأغلبية مطلوبة لكل نوع من أنواع الانتفاع المقصود به، وذلك قصد تجاوز الصعوبات العملية المتمثلة في صعوبة تحقيق الإجماع في أغلب الحالات، وجاءت المحكمة في بعض الحالات حق الرقابة على قرار الأغلبية، وستتناول هذا كله في ثلاثة فروع:

1.1.2.1. الانتفاع بالشيء الشائع ومداه

لكل شريك الحق في الانتفاع بحصته الشائعة في المال الشائع عن طريق استعمالها واستغلالها، وهذا الحق نصت عليه المادة 714 ق.م.ج « كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء... »، ومعنى هذا أن لكل شريك سلطة استعمال واستغلال الشيء الشائع بمقتضى ماله من حق ملكية عليه، مادامت حصته لا تتركز في جزء معين من هذا الشيء، بل ترد على الشيء كله، ويقصد بسلطة الاستعمال استخدام الشريك المشتاع الشيء الشائع على الوجه الذي يراه مناسباً للحصول على خدماته ومنافعه دون ثماره، والمقصود بسلطة الاستغلال، حصول الشريك المشاع على ثمار الشيء الشائع أي دخله وريعته، وهذا ما عبرت عنه المادة 714 بقولها «... يستولي على ثمارها... » .

غير أن سلطة الاستعمال والاستغلال الشريك المشتاع ليست كالمالك في الملكية المفترزة، بل قيدها المشرع بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين، هذا بغض النظر عن القيود التي يخضع لها صاحب الملكية المفترزة، المنصوص عليها في المواد 690-712 ق.م.ج، فإذا كان صاحب الملكية المفترزة يخضع لهذه القيود فمن باب الأولى أن يخضع لها كل شريك في الملكية الشائعة، باعتباره صاحب ملكية لحصته الشائعة، وإنما هذه القيود وضعها المشرع حتى ينظم المال الشائع بين الشركاء لثبوت حقهم كذلك على نفس المال، وهذا موضوع بحثنا كما سبق بيانه.

وهذا ما أشارت إليه المادة 714 من القانون المدني الجزائري «... بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...»، بحيث يتعين على كل شريك أن لا يترتب على ممارسته لهذه السلطات المساس بحقوق غيره من الشركاء، ومعنى هذا أن على كل الشريك أن يقوم فقط بأعمال الاستعمال والاستغلال التي تتفق وطبيعة ما أعد له الشيء الشائع، ويستطيع الشركاء جميعا في الوقت نفسه القيام بها، فإذا كان الشيء الشائع طريقا مثلا، استعمله كل شريك في المرور دون أن يكون لأحد منهم أن يبني عليه، لأن ذلك من شأنه تعطيل حقوق الآخرين من الشركاء، وإذا كان حوض للمياه أو بئرا فإنه يستخدمه للسقاية فقط.

أما أعمال الاستعمال والاستغلال التي لا تقبل المشاركة، لأنها تقتضي الاستئثار بالشيء الشائع أو جزء معين منه، فلا يجوز لأي شريك أن ينفرد بالقيام بها وحده دون موافقة باقي الشركاء، حتى ولو كان الجزء الذي يستقل به الشريك معادلا لحصته الشائعة، كأن يبني أحد الشركاء على الأرض الشائعة أو يزرعها، أو يؤجرها، فإذا قام بها أحد الشركاء كان لشركاء الآخرين أن يعترضوا عليه، ويرفعوا دعوى منع التعرض على أساس أن حقوق الشركاء متكافئة ومتعادلة. [24] ص ص (20-21)، [21] ص ص (162-163)

و هذه الأعمال تعد من قبل أعمال الإدارة، التي نضمها المشرع الجزائري بقواعد خاصة، وهذا ماسوف نتعرض له في الفرع التالي:

2.1.2.1. القاعدة العامة في الانتفاع بالمال الشائع

إذا كان المشرع قيد حق كل شريك في الانتفاع بالشيء الشائع بقيد عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، لثبوت نفس الحق لهم على نفس المال الشائع، وفي الوقت ذاته، وحتى يتحقق الانتفاع الأمثل لكل الشركاء المشتاعين، استلزم المشرع في الأصل إجماع كل الشركاء للقيام وممارسة أعمال الانتفاع، وهذه القاعدة تضمنتها المادة 715 بنصها « تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك»، وهي تماثل المادة 827 من القانون المدني المصري المادة 782 سوري، و826 ليبي، و1064 عراقي، و826 لبناني، و820 كويتي، و1155 من قانون

المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة، [5] ص (267)، التي تنص على " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك " .

ومعنى هذا أن الانتفاع بالمال الشائع عن طريق إدارته، أي استعماله واستغلاله تكون باتفاق الشركاء مجتمعين كأصل عام، ويجوز لهم الاتفاق على غير ذلك، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمني، انفراد أحد الشركاء المشتاعين من تلقاء نفسه بإدارة الشيء الشائع، وعدم اعتراض الآخرين على ذلك، إذ يعد حينئذ وكيفا عنهم، وهذا ما نصت عليه المادة 3/716 من القانون المدني الجزائري بقولها " ...وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين، عد وكيفا عنهم" ، ويترتب عن ذلك أن الشريك المشتاع يعود على الشركاء الآخرين بما أنفقه على المال الشائع، على أساس أحكام عقد الوكالة المنصوص عليها من المواد 571 إلى 589 ق.م.ج، وهذا المبدأ هو الذي قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 196140، المؤرخ في 2000/06/28، إذ قررت " الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيفا عنهم."

حيث أنه ومن جهة أخرى فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعي عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض من الباقيين يعد وكيفا عنهم طبقا للمادة 716 من القانون المدني. [25] ص ص (186-188)

وأفضل صور يتحقق فيها إجماع الشركاء في الانتفاع بالمال الشائع الآلية، التي أتاحتها المشرع الجزائري للشركاء بإجماعهم أن يقتسموا منفعة الشيء الشائع بينهم، بحيث يتحقق لكل منهم الاستئثار والإنفراد بمباشرة كل شريك سلطاته في الاستعمال والاستغلال على الشيء الشائع، بما يحقق له مصلحته، خلال مدة هذه القسمة، وهذا ما يعرف بقسمة المهايأة، التي تعد قسمة منافع، لا قسمة ملكية، ومن ثم فهي ليست قسمة نهائية، فهي لا تنهي حالة الشيوغ، وعلى هذا الأساس كان للشركاء عند عدم اتفاقهم على مدة معينة لقسمة المهايأة، أن يطلبوا قسمة المال الشائع وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 148362، المؤرخ في 1997/05/28، إذ قررت " من المقرر قانونا أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء في قسمة المهايأة للملك المشاع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى، يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت يشاء."

ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن المجلس لما قضى برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي، رغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة، يعرض قراره للنقض لانعدام الأساس القانوني. [26] ص (173))

وقد أجازت الشريعة الإسلامية قسمة المهايأة، وذلك إذا كان المال الشائع غير قابل للانتفاع المشترك، وقد استدلت الفقهاء على جوازها من الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى في الآية 155 من سورة الشعراء « قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ » وقوله تعالى في الآية 28 من سورة القمر « وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ »، أما من السنة بما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة أشخاص وكانوا يتعاقبون على ركوبه[11]ص(57).

وقسمة المهايأة على ثلاثة أنواع: زمانية ومكانية، وأخرى قضائية لها أحكامها الخاصة [19]ص(264)، وفيما يأتي نستعرض في أنواع المهايأة وشروطها وأحكامها:

• قسمة المهايأة الزمنية :

قد تناولت هذه القسمة نص المادة 734 ق.م.ج بقولها «...يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته...»، وهذه المادة تماثل المادة 847 من القانون المدني المصري المادة 801 سوري، و851 لبيي، و1070 عراقي، و830 لبناني [5]ص(332)، ومؤدى ذلك استغلال كل شريك لفترة زمنية تتناسب مع حصته بالانتفاع بكل الشيء الشائع فمثلا إذا اشترك شخصان في ملكية شيء بنسبة النصف لكل منهما، فيصح أن يستقل الأول بالانتفاع به لمدة شهر، ثم يستقل بعدها الشريك الثاني بالانتفاع به لمدة شهر أيضا، أو تكون لمدة شهران أو ثلاثة فثلاثة وهكذا، وإذا كان هذان الشخصان يشتركان في ملكية شائعة بنسبة الثلثين للأول والثلث للشريك الثاني، فيستقل صاحب الثلثين بالانتفاع بالملكية الشائعة لمدة ضعف مدة صاحب الثلث وهكذا.

والملاحظ أن المشرع ترك للشركاء المشتاعين حرية تحديد الفترة الزمنية وكيفية التناوب فيها، في الانتفاع بالشيء الشائع، متى كانت تتناسب مع حصة كل شريك، والأصل أن الاتفاق على هذه القسمة لا يمنع الشركاء حق طلب القسمة النهائية، ولو قبل انتهاء المدة المحددة لهذه القسمة، إلا إذا كان هناك اتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة خمس سنوات حينئذ لا يجوز أن تزيد مدتها على خمس سنوات، وهذا مانصت عليه المادة 2/722 « ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات »، كما أن المشرع لم يحدد كم مرة يجب تجديدها، فللشركاء الاتفاق على تجديدها لذات المدة أو لمدة أقل أو أكثر، ولا تنقلب هذه القسمة مهما طال مدتةا إلى قسمة نهائية، لأنها ترد على زمن الانتفاع.[19] ص ص(264-266)، [20]ص ص(161-162)

● قسمة المهايأة المكانية: [19] ص ص(264-266)، [20] ص ص(161-162)

ونصت عليها المادة 733 ق.م.ج بقولها « يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد...»، وتمائل المادة 846 من القانون المدني المصري المادة 800 سوري، و850 ليبي، و1078 عراقي، و843 كويتي[5]ص(362).

ومؤدى هذه المادة أن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز، يوازي حصته في الشيء الشائع لمدة معينة، لا تتجاوز حد أقصى خمس سنوات، فإذا حددت لها مدة تتجاوز خمس سنوات، خفضت إلى خمس سنوات، أما إذا لم يتم الاتفاق على المدة أو انتهت المدة المتفق عليها، اعتبرت لمدة سنة واحدة في الحالتين، قابلة لتجديد لسنة ثانية فالثالثة وهكذا، إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهايأة المكانية، ويشترط في هذا الإعلان أن يكون قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل.

وقد اعتبر المشرع أن قسمة المهايأة المكانية التي تتحدد وتستمر سواء باتفاق صريح أو ضمنى، لمدة خمس عشرة سنة، تنقلب إلى قسمة نهائية، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، أي أن لا يتفقوا مقدما على أن هذه القسمة لا تنقلب قسمة نهائية، وهذا ما نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 733 ق.م.ج بقولها «... وإذا دامت قسمة المهايأة خمس عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك...»، ويكون تاريخ هذه القسمة النهائية هو اليوم الأخير أو التالي لانقضاء الخمس عشرة سنة من القسمة المكانية، وليس بأثر رجعي من تاريخ بداية المهايأة المكانية، كما هو الحال في الأثر الرجعي في القسمة النهائية، وحتى تكون قسمة المهايأة المكانية التي تنقلب إلى قسمة نهائية حجة على الغير، وجب تسجيل وشهر المحرر المتضمن لاتفاق قسمة المهايأة المكانية، إن كانت هناك كتابة، وهو المعمول به في التشريع المصري، أما في الجزائر فلا يتطلب شهر ذلك المحرر لدى المحافظة العقارية، وفي هذا الخصوص قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 181703، المؤرخ في 30/09/1998 المبدأ التالي « من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.»

ولما ثبت- في قضية الحال- أن قضاة المجلس استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدعي عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة منذ 1973 إلى 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع أي احتجاج من قبل الورثة الآخرين وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما.[9] ص(117)

فإذا لم يتفق الشركاء على الكتابة فلكل شريك في حالة المنازعة حول انقلاب قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، أن يلجأ للقضاء، طالبا الحكم بثبوت القسمة النهائية، فإذا أقرتها المحكمة فإن تاريخ القسمة يكون أيضا هو اليوم التالي لانقضاء خمسة عشر سنة، لا يوم ابتداء المهايأة المكانية، ولا يوم رفع الدعوة أو يوم صدور الحكم[7]ص(837) ، كما اعتبر المشرع الجزائري أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفرز من الشيء الشائع مدة خمس عشرة سنة بغير اعتراض باقي الشركاء، أن هذه الحيازة إنما استندت إلى قسمة مهايأة هذه الحالة تعد قرينة نسبية، يمكن إثبات عكسها، افتراضها المشرع لتبرير أن حيازة الشريك التي تدوم خمسة عشر سنة، إنما استندت على قسمة مهايأة مكانية، وهذا تدعيما للأصل العام في القرائن، غير أن هذه القرينة تخص الأجزاء المفرزة التي حازها الشريك، أما بقية الشيء الشائع فيبقى على الشيوع، كأن يتفق الشركاء على اختصاص أحدهم بالانتفاع بجزء مفرز من الشيء الشائع لمدة معينة، مع بقاء باقي الشيء الشائع شائعا للانتفاع به من طرف باقي الشركاء[19]ص(265)، وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 733 بقولها «... وإذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة، افتراض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة».

• قسمة المهايأة القضائية:

ونصت على هذه القسمة المادة 736 ق.م.ج بقولها « يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.»

فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها، إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء، وبعد الاستعانة، إذا اقتضى الأمر ذلك، وهي تماثل المادة 849 مصري المادة 803 سوري، و853 ليبي، و845 كويتي [5]ص(335) ، ومؤدى هذه المادة أنه يجوز للشركاء المشتاعين أن يتفقوا أثناء بدء إجراءات القسمة النهائية التي قد تطول، على اقتسام المال الشائع قسمة مهايأة بينهم.

والأصل أن تتم قسمة المهايأة بالاتفاق بين الشركاء، وفي حالة تعذر الاتفاق يمكن الالتجاء إلى القضاء لإجرائها وطلبها، فمن المقرر أنه إذا لم تطلب القسمة النهائية، ورغب أحد الشركاء في قسمة المال الشائع قسمة انتفاع مؤقتة، وتعذر رضاء باقي الشركاء، فإنه يجوز له أن يلتجأ للقضاء لطلب إجرائها بإحدى الطريقتين مهايأة مكانية أو زمانية[17]ص(100)، [12]ص(115)، وللمحكمة أن تنظر في هذا الطلب ولها أن تستعين بخبير لتقريرها أو عدم تقريرها، والملاحظ أن كلمة الخبير قد سقطت من الفقرة الثانية من المادة 737/2 ق.م.ج مما جعل المعنى غير سليم من الناحية القانونية إذ نصت على «...وبعد الاستعانة، إذا اقتضى الأمر ذلك»، والسؤال الذي يطرح نفسه بمن تستعين

المحكمة؟ والصحيح هو " وبعد الاستعانة بخبير، إذا اقتضى الأمر ذلك" كما هو منصوص عليه في التشريعات العربية.

• غياب أحد الشركاء:

إذا اتفق الشركاء المشتاعين على قسمة المهايأة، وحدث أن غاب أحد الشركاء في الانتفاع بالشيء الشائع، فهل يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بحصة شريكه الغائب؟ لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة، كأغلب التشريعات العربية أخرى، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، فإنه لا يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بحصة شريكه الغائب إلا بإذنه وينفذ ما اتفقوا عليه، فإذا انتفع الشريك بحصة شريكه بدون إذنه لزمته أجره مثل المنفعة التي انتفع بها.

وإذا كان الانتفاع بالمال الشائع مما يختلف باختلاف المنتفع، أو كان ينقص من المال الشائع أو يضر به، ضمن الشريك المنتفع لشريكه ما حصل من نقص أو ضرر بسبب انتفاعه.

[17]ص(100)

• تكييف قسمة المهايأة:

حددت المادة 735 من القانون المدني الجزائري، الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة وكيفية واعتبرتها عقد إيجار، إذ تنص المادة على " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة"، وهي تماثل المادة 848 من القانون المدني المصري المادة 802 سوري، و852 ليبي، و1080 عراقي، و846 كويتي، و1056 أردني.

[5]ص(334)

ومؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري أخضع قسمة المهايأة بنوعها لقواعد وأحكام عقد الإيجار، بالقدر الذي لا يتعارض مع المهايأة، وذلك من حيث الاحتجاج بها على الغير، وأهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات، على أساس أن كل شريك من الشركاء في الشيوخ يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته، ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء، وبمعنى آخر فإن الشريك الذي تكون له نوبة الانتفاع في المهايأة الزمنية، يكون بمركز المستأجر والشركاء الآخرين بمركز المؤجر، أما في المهايأة المكانية يكون كل شريك بمركز المستأجر بالنسبة للجزء الذي ينتفع به، وبمركز المؤجر بالنسبة للأجزاء الأخرى، ومن ثم فالمهايأة هي مبادلة منفعة بمنفعة [11]ص(59-60)، أي أن بدل الإيجار يكون منفعة إذ لا يشترط الأجرة في الإيجار دائماً، فقد تكون بمنفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 467/2 من القانون المدني الجزائري " يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر"، ويترتب عن ذلك أن قواعد الإيجار هي التي تسري وتطبق على قسمة المهايأة بنوعها فيما لا يتعارض معها.

أما فيما يخص الاحتجاج بالمهياة على الغير، فحتى تكون المهياة نافذة في حق المشتري للحصة الشائعة، فإنه يشترط أن تكون موجودة عند انتقال ملكية الحصة الشائعة للمشتري، وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري بقولها « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا، يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية. »، وانتقال الملكية العقار في التشريع الجزائري لا تكون إلا بالشهر والتسجيل، وهذا ما نصت عليه المادة 793 ق.م.ج، « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص التي تدير مصلحة الشهر العقاري. »

أما في التشريع المصري فإنه يشترط حتى تكون المهياة نافذة في حق المشتري للحصة الشائعة أن تكون ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع، وليس قبل تسجيله، وإلا لم تكن نافذة في حقه.

[19]ص(268)، [7]صص(838-839).

وتطبيقا للقواعد العامة يجوز لمشتري الحصة الشائعة أن يتمسك بقسمة المهياة ولو كانت هذه القسمة غير نافذة في حقه، كما له أن يرفضها ويطالب الشريك المتهايي بالإخلاء، على أن يلتزم الشريك الذي باع حصته الشائعة بأن يدفع تعويضا للشريك المتهايي، ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشتري. [7] ص(839)

وكذلك الشأن في أهلية الشركاء المتقاسمين، فما دام كل شريك في مركز مؤجر ومستأجر في كلا النوعين من المهياة فإنه يشترط في أهليته، أهلية التأجير والإستجار وهي أهلية الإدارة، وليست أهلية التصرف [19]ص(267)، [7]ص(838)، فإذا كان من بين الشركاء، شريك عديم الأهلية أو ناقص الأهلية غير مأذون له بالتصرف، أو شريك غائب وجب تطبيق النصوص الخاصة بالنيابة الشرعية، المتعلقة بسلطات الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب من قانون الأسرة الجزائري، وسلطات الولي والوصي والقيم محددة في نص المادة 88 منه، التي توجب عليهم أن يستأذنوا المحكمة عند بيع العقار، وقسمته ورهنه، وإجراء المصالحة، وعند إيجار عقارات القصر لمدة يزيد عن ثلاثة سنوات أو يمتد لأكثر من سنة، بعد بلوغه سن الرشد.

وتطبق أيضا قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق الشركاء المتهايين والتزاماتهم، فكل شريك متهايي تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض، وضمان للعيوب الخفية التي تحول دون الانتفاع بالجزء المختص به، وعليه التزامات من دفع الأجرة وهنا منفعة حصته، واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند الانتهاء من المهياة، كما يلتزم بإجراء الترميمات التأجيرية للجزء الذي اختص به أو لكل الشيء الشائع خلال المدة التي اختص بها [7]ص(839).

أما فيما يخص إثبات قسمة المهاية فهي كالإيجار تخضع للقواعد العامة في الإثبات، فهي تثبت بالبنية والشهود والقرائن، فيما لا يجاوز مائة ألف (100.000)، وإلا وجبت الكتابة أو يعادل الكتابة، وهذا ما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني الجزائري بقولها « في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني، تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك »

3.1.2.1. الاستثناءات الواردة عن القاعدة العامة في الانتفاع بالمال الشائع « إجماع كل الشركاء »

سبق القول أن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري، وأغلب التشريعات العربية التي حذت حذوه، أنه اشترط في الانتفاع بالمال الشائع عن طريق إدارته إجماع كل الشركاء، ونظرا لصعوبة تحقق هذه القاعدة في الواقع العملي لاختلاف في وجهات نظر الشركاء الذي ينعكس سلبا على الاستغلال الأمثل للمال الشائع، ويحول دون الإفادة منه على وجه الأكمل.

ونتيجة لهذا الوضع تدخل المشرع في القانون المدني الجزائري، لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، وذلك بوضع استثناءات عن القاعدة العامة، تتمثل في قواعد دقيقة تكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع، لتجاوز تلك الصعوبة العملية عند تعذر هذا الإجماع، وقد ميز في هذا الصدد بين أعمال الإدارة المعتادة التي اشترط فيها الأغلبية العادية وأعمال الإدارة غير المعتادة التي اشترط فيها أغلبية موصوفة، وهذا ما سنراه في النقطتين التاليتين:

• أعمال الإدارة المعتادة – أغلبية عادية-

ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا تؤدي إلى تغيير أساسي في المال الشائع، أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع كإيجار الأرض المشاعة أو زراعتها [27]ص(121)، [12]ص(119)، وقد ورد النص على حكمها في المادة 716 ق.م.ج والتي تقرّر « يكون ملزما للجميع، كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة، ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا، سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم « وهذه المادة تقابل المادة 828 من القانون المصري، المادة 873 سوري، و837 ليبي، و1084 عراقي، و835 لبناني، و821 كويتي، و1156 من قانون العاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، [5]ص(282)

ومؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى الحق للأغلبية الشركاء في القيام بأعمال الإدارة المعتادة، فما يستقر عليه رأي الأغلبية يكون ملزما للجميع، ويقصد بالأغلبية الأغلبية العادية لقيمة الأنصبة أي التي تزيد عن النصف في قيمة الأنصبة، في حين أن القانون اللبناني اشترط أغلبية الثلاثة أرباع للقيام بأعمال الإدارة المعتادة وهذا ما نصت عليه المادة 835 من موجبات وعقود [10]ص(147)، ولهذه الأغلبية الحق في أن تتولى بنفسها أعمال الإدارة المعتادة كتأجير المال الشائع ويكون إيجارها صحيحا ونافذ في حق الجميع سواء قبل القسمة أو بعدها، وليس للأقلية أن تعترض على ذلك، إلا إذا ثبت تعسف الأغلبية في استعمال حقها في الإدارة.

وقد تستقر هذه الأغلبية في أن تختار مديرا من بين الشركاء أو من غيرهم ليتولى أعمال الإدارة المعتادة، وتكون نافذة في حق الجميع حتى في حق الأقلية التي لم توافق، كما للأغلبية أن تضع نظاما يكفل حسن الإدارة، يلتزم به هذا المدير، وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على جميع الشركاء و على خلفائهم.

وفي حالة عدم توفر الأغلبية على النحو المتقدم، وأدى هذا إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، جاز لأي شريك من الشركاء أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير اللازمة، ما يوافق الانتفاع بالمال الشائع، ولها أن تعين من يدير المال الشائع، ومن ثم يكون لهذا لمدير سلطة الحارس القضائي بتوليه أعمال الإدارة، ويجب عليه تقديم حسابا للشركاء فيما أداره. [28] ص(526)

هذا وقد يتولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع من تلقاء نفسه، ومن هنا نكون أمام فرضين: الفرض الأول: أن لا يعترض عليه باقي الشركاء ففي هذه الحالة يكون الشريك وكيلًا عنهم فيما يقوم به من أعمال الإدارة، وتسري تصرفاته في حقهم، وهذا بمقتضى وكالة ضمنية تستفاد من سكوتهم، ومن ثم وجب عليه تقديم حسابا عن أعمال وكالته، ولا يشترط سكوت جميع الشركاء عن الشريك المنفرد بأعمال الإدارة، حتى نكون أمام هذه الوكالة الضمنية، بل يكفي أن يعلم به فلا يعترض عليه من الشركاء من يملك مع الشريك أغلبية الأنصبة، لأن حق الإدارة لا يلزم لثبوته الإجماع، بل يكفي توافر الأغلبية، وينفذ عمل الوكيل في هذه الحالة في حق الجميع على أساس الوكالة عن الأغلبية غير المعترضة، والنيابة عن الأقلية عملا بالمادة 716 من القانون المدني الجزائري التي تلزم الأقلية برأي الأغلبية.

الفرض الثاني: اعتراض الأكثرية على انفراد أحد الشركاء بأعمال الإدارة المعتادة، ففي هذه الحالة لا تكون نافذة هذه الأعمال في حق باقي الشركاء ويحق لهم أن يطالبوا بإخلاء العين المؤجر مثلا إذا أجرها الشريك [12]ص(121)، [27]صص(122-123)، ومن قرارات المحكمة العليا في صدد أعمال الإدارة المعتادة القرار رقم 38418 المؤرخ في 1985/12/07، حيث نصت على المبدأ التالي « من المقرر قانونا أن عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة، وأن أعمال الإدارة

المعتادة يكون رأي الأغلبية ملزماً لجميع الشركاء، وإذا تولى أحدهم الإدارة دون الإعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون“
ولما كان الثابت – في قضية الحال- أن قضاة الإستئناف ألغوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بفسخ عقد الإيجار وطرد المدعي عليه من المحل التجاري ومن جديد قضوا بأن التنبيه غير مطابق للقانون وإبطال الدعوى لعدم مشاركة الوالي، في التنبيه وهو ما يعارض الدعوى، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون.[9] ص(111)

• أعمال الإدارة غير المعتادة – أغلبية موصوفة –

ويقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة تلك الأعمال التي تقتضي تغيير أساسيا في المال الشائع أو الغرض الذي أعد له كإعادة بناء منزل، أو تحويل مطعم إلى مقهى للانترنت، أو البناء في الأرض أو تحويلها من أرض زراعية إلى أرض معدة للاستغلال الصناعي.[12] ص(122)،[27]ص(123)
ونظرا لخطورة هذه الأعمال لم يكتف المشرع في شأنها بالأغلبية العادية، بل اشترط أغلبية موصوفة وهي التي تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع وأعطى الحق التظلم للأقلية إلى المحكمة وهذا ما قرره المادة 717 ق.م.ج، التي تنص على « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، 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.“، و تماثل المادة 829 من القانون المدني المصري المادة 784 سوري، و838 ليبي، و1065 عراقي، و836 لبناني، و824 كويتي، و1157 من قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة.[5] ص (282)

ومؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى حق لأغلبية الشركاء، التي تملك على الأقل ثلاثة أرباع الأنصبة من المال الشائع، للقيام بعمل من الأعمال الإدارة غير المعتادة في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال الشائع، وإذا كان المشرع الجزائري قد تطلب أغلبية موصوفة تتمثل في الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع أما القانون اللبناني فإنه يتطلب إجماع الشركاء للقيام بالإعمال الإدارة غير المعتادة، ولا شك أن ذلك يعد تشددا نظرا لعدم إمكان تحقق هذا الإجماع في الكثير من الأحيان[27]ص(123)،[28]ص(529) المال الشائع للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، فإنه في ذات الوقت وضع ضمانتين لحماية مصالح الأقلية المعترضة على قرار الأغلبية، تتمثل الضمانة الأولى في اشتراط إعلان قرارات الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع إلى الأقلية المعترضة، إذ

لم تشترط المادة 717 طريقاً لكيفية إجراء هذا الإعلان، ومن ثم فللشركاء المالكين لثلاثة أرباع أنصبة المال الشائع أن يعلنوا قراراتهم بكل وسيلة قانونية تفيد لإعلان، فلهم الإعلان عن طريق رسالة مضمنة بإشعار بالوصول أو تبليغ قراراتهم عن طريق محضر قضائي لإعطاء رسمية لإبلاغهم.

وإلا لم تكن تلك القرارات نافذة في حق الأقلية المعترضة، والضمانة الثانية تتمثل في حق الرجوع إلى المحكمة لمن خالف من الشركاء المعترضين خلال شهرين من تاريخ الإعلان، فإن فاتت هذه المدة دون اعتراض، أصبحت قراراتهم نهائية، وللمحكمة عند الرجوع إليها الخيار بين أحد الحلول الثلاثة:

- فهي إما أن تلغي قرار الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع، إذا كانت غير مبررة

- وإما أن توافق على هذا القرار ودون اتخاذ أي إجراء أو تدبير

- وإما أن توافق على هذا القرار مع اتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير، كإعطاء المخالف من الشركاء كفالة، تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التي تلحق به من جراء تنفيذ قرارات الأغلبية، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 44808، المؤرخ في 1988/03/23 المبدأ التالي « من المقرر قانوناً أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، ومن المقرر أيضاً أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة »

ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانوناً لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. [9] ص(113)

ومن أهم أعمال الإدارة غير المعتادة التي يقدم عليها الشريك عملياً، هي انفراد بالبناء على

جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل القسمة، فما حكم ذلك؟

فإذا كان هذا الشريك لم يملك ثلاثة أرباع أنصبة المال الشائع، أو لم توافق الأغلبية على هذا البناء أو لا تقره، فيكون هذا العمل غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء الذين يملكون الأغلبية المقررة في هذا الشأن، وبالتالي يجبر الشريك على إزالة البناء عند حصول هذا الاعتراض، مع دفع تعويض لباقي الشركاء إذا كان ما يبزره، كل ذلك دون الحاجة إلى أن يطلب باقي الشركاء القسمة ودون انتظار نتائجها.

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانونا على هذا البناء صراحة قبل القيام به أو بإقراره بعد إتمامه تعين على باقي الشركاء المساهمة في نفقات الإنشاء والبناء، كل بنسبة حصته في المال الشائع، ويكون البناء ملكا شائعا بينهم كذلك [28]ص(527).

وهذه الحالة الأخيرة لم ينص المشرع الجزائي عليها، خلافا للحالة الأولى التي تضمنتها المادة 117 ق.م.ج، حيث لا يجوز لأحد الشركاء الأفراد بأعمال الإدارة غير المعتادة طالما أن حصته لا تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع، ومن ثم كان لباقي الشركاء حق الاعتراض عليه، كما أن هذا العمل لا ينفذ في حق باقي الشركاء ولهم أن يتجاهلوه علي خلاف ذلك فقد واجه المشرع اللبناني حالة انفراد أحد الشركاء بالبناء في الشيء الشائع بالتفصيل في المادة 827 موجبات وعقود، حيث يفرق بين فرضين :

- إذا كان الشيء الشائع قابلا للتجزئة، وقام أحد الشركاء بالبناء في العقار الشائع مثلا وأجريت القسمة، فإذا وقع البناء في نصيب الشريك البائي فلا إشكال أو اعتراض من الشركاء الباقين، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر، جاز لهذا الأخير أن يختار بين طلب الإزالة وإعادة الشيء إلى حالته الأصلية وبين الاحتفاظ بالبناء مقابل دفع نفقاته.
- أما إذا كان الشيء الشائع غير قابل للتجزئة، جاز لباقي الشركاء إجبار الشريك الباني على إزالة البناء وإعادة الشيء إلى أصله وعلى نفقاته مع التعويض إن كان مقتضى له. [28]ص(529) ، [27]صص(124-125)

ولكن حق البناء في وقتنا الحاضر أصبح مقيد بضرورة الحصول على رخصة مسبقا قبل الشروع فيه لتعلقه بالنظام العام، إذ قوانين البناء والتعمير تحرم وتجزم في بعض الأحيان الشروع في البناء بدون رخصة، فقد اعتبرت المادة 77 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، أن البناء بدون رخصة والعودة إليه يشكل جريمة "جنحة" يعاقب عليها القانون، إذ تنص على "يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 3000 و 300.000 دج عن تنفيذ أشغال أو استعمال أرض يتجاهل الالتزامات التي يفرضها هذا القانون والتنظيمات المتخذة لتطبيقه، أو الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها، يمكن الحكم بالحبس لمدة شهر إلى ستة أشهر في حالة العودة إلى المخالفة ويمكن الحكم أيضا بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ضد مستعملي الأراضي أو المستفيدين من الأشغال أو المهندسين المعماريين أو المقاولين أو الأشخاص الآخرين المسؤولين على تنفيذ الأشغال المذكورة.

وهذا ما نصت عليه المادة 76 من القانون رقم 90-29، المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير [29] ، إذ تنص " يمنع الشروع في أشغال البناء بدون رخصة أو إنجازها دون احترام المخططات البيانية التي سمحت بالحصول على رخصة البناء "، وكذلك المادة 33 من

المرسوم التنفيذي رقم 91-176، المؤرخ في 28/05/1991 الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة، وشهادة التقسيم ورخصة البناء، وشهادة المطابقة ورخصة الهدم، وتسليم ذلك [30]، التي تنص « يشترط كل تشييد لبنائية أو تحويل لبنائية على حيازة رخصة البناء طبقاً لأحكام المادة 49 و52 و55 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه ومراعاة المادة الأولى من هذا المرسوم ».

وعلى هذا الأساس فإذا شرع أحد الشركاء المشتاعين في قطعة أرض مفرزة في القيام بالبناء أو أراد أن يعدل فيه بالزيادة أو النقصان بدون الحصول على رخصة، فإن السلطة العامة الممثلة في مصالح التعمير هي التي تتصد لهذا الشريك قبل ما يعترض عليه باقي الشركاء، ومن ثم يصعب ويستحيل عليه أن يقوم هذا الشريك بالبناء لتعلق هذا الحق بالنظام العام.

فإذا كان الأمر لا يطرح إشكالا في حالة إقدام أحد الشركاء بالبناء بدون الحصول على رخصة البناء مسبقاً، كون أن السلطة العامة تعترض عليه قبل الشركاء الآخرين، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة إذا ما أقدم أحد الشركاء القيام بالبناء، وقدم طلباً للحصول على رخصة البناء باعتباره مالكا في الشيوخ، فهل المصالح المعنية « البلدية » يمكن أن ترخص له بذلك؟؟ بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-176 السابق الذكر، فإنه لم ينص على هذه الحالة الأخيرة، وتطلب أن يقدم طلب الحصول على رخصة البناء " المالك " ولم يستثنى المالك في الشيوخ إذ جاء اللفظ مطلق يفيد كل مالك، و في هذا الصدد نصت المادة 34 منه على أنه « ينبغي أن يتقدم بطلب رخصة البناء والتوقيع عليه من المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له قانوناً أو الهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة الأرض أو البنائية.

يجب أن يقدم صاحب الطلب لدعم طلبه بالوثائق التالية:

- إما نسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة على النحو المنصوص عليه في القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمذكور أعلاه .
- أو توكيل طبق لأحكام الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمذكور أعلاه .
- نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البنائية.

ولكن بالرجوع إلى المادة 50 من القانون 90-25 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05، المؤرخ في 14 غشت 2004، فإنها تزيل هذا الإشكال حيث تنص على « حق البناء مرتبط بملكية الأرض ويمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض.... »، فمن خلال نص هذه المادة نجد المشرع الجزائري ورغم اعترافه في الشطر الأول من المادة، أن حق البناء مرتبط بملكية الأرض وهي عبارة عامة تفيد الملكية المفرزة و الشائعة، غير أنه اشترط في الشطر الثاني من المادة أن يمارس

هذا الحق في إطار الاحترام التام للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض، ومادام أن أعمال البناء في الأرض المشاعة من الأعمال غير المعتادة التي استوجب المشرع الجزائري للقيام بها في المادة 717 ق.م.ج، حصول الشركاء المشتاعين على أنصبة ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل القيام بها، ومن ثم لا بد التقيد بهذا الشرط عند التقدم بطلب رخصة البناء، وبالتالي فعلى الشريك الذي يريد أن يقوم بالبناء في الأرض المشاعة أن يحصل على الموافقة من باقي الشركاء المكونين أنصبة ثلاثة أرباع المال الشائع باحتساب حصته، ويقدم طلبه بناء على هذه الموافقة، كما وقد يحدث أن يقدم مجموع الشركاء المشتاعين الحائزين على أنصبة ثلاثة أرباع المال الشائع طلبا للحصول على رخصة البناء، إذا ما أرادوا القيام بالبناء على تلك الأرض المشاعة.

ومن الأحكام القضائية في هذا الصدد، نجد حكم مجلس الدولة المؤرخ في 2011/04/28 [31] ، الذي أبطل رخصة البناء التي صدرت بناء على عقد ملكية مشاعة بين شريكين، وقد حيث حكمه كما يلي « حيث تبين من خلال الدفتر العقاري للقطعة موضوع رخصة البناء المطعون فيها، أن نصيب المستأنف عليه يوجد في قطعة على الشيوع، وهو غير مفرز وغير محدد المعالم».

2.2.1. حق التصرف في المال الشائع

قرر المشرع الجزائري حق التصرف في المال الشائع لكل واحد من الشركاء، باعتباره صاحب ملكية لحصته الشائعة المتوزعة في كل المال الشائع، ونظرا لثبوت هذا الحق المماثل لجميع الشركاء، فإنه قيده بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين، ومن ثم كان بحسب الأصل أن التصرف في المال الشائع يكون لشركاء مجتمعين، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري خفف من هذا الأصل وذلك تيسيرا لحالة هذا التصرف، واكتفى بأغلبية خاصة وهي ثلاثة أرباع أنصبة المال الشائع لإجازة أي تصرف قانوني.

وحق التصرف في المال الشائع قد يصدر إذن من الشركاء مجتمعين وهذا هو الأصل، كما أنه قد يصدر من الشركاء الذين يحزون على الأغلبية المقررة قانونا، وأخيرا قد يصدر من أحد الشركاء منفردا، فما حكم هذا التصرف؟ وهذا ما سوف نتناوله في ثلاثة فروع:

1.2.2.1. التصرف الصادر من جميع الشركاء

لشركاء مجتمعين الحق في إجراء أي تصرف قانوني في المال الشائع باعتباره ملاكا لذلك المال الشائع، لثبوت ملكية كل واحد منهم، ويعد هذا التصرف الصادر بإرادة جميع الشركاء صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء، وتصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع يكون إما بنقل ملكيته

للغير، وإما بإنشاء وترتيب حق عيني أصلي أو تباعي عليه ويترتب في كلتا الحالتين نتائج هامة:
[27]ص (128)، [17]، ص(116)

● الحالة الأولى : نقل ملكية المال الشائع للغير:

ففي هذه الحالة يتفق جميع الشركاء على نقل ملكية المال الشائع للغير، كله أو جزء مفرز منه كالبيع مثلا، ويترتب عن نقل ملكية المال الشائع بأكمله للغير خروج المال الشائع من ذمة الشركاء وبالتالي إنهاء حالة الشيوع بين الشركاء، إذ أننا بصدد تصرف صادر من ملاك المال الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه.

ويترتب عن التصرف في جزء من المال الشائع خروج هذا الجزء الذي تم فيه التصرف من الشيوع، واقتصر الشيوع بين الشركاء على الجزء الباقي غير المفرز، أما إذا ورد التصرف على حصة شائعة في المال الشائع، فإنه يترتب عن ذلك زيادة عدد الشركاء في المال الشائع، مما يؤدي إلى تعديل حصص هؤلاء الشركاء.

● الحالة الثانية :إنشاء حق عيني أو تباعي على المال الشائع:

خلافًا للحالة الأولى فإن التصرف الصادر من جميع الشركاء يكون غير ناقل، بل يهدف الشركاء إلى إنشاء حق عيني أصلي على المال الشائع، كإنشاء حق انتفاع، أو حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور، أو إنشاء حق تباعي كالرهن الرسمي مثلا، ويترتب عن هذا التصرف نتيجتين هامتين:

✓ بقاء هذه التصرفات صحيحة وناذة في حق جميع الشركاء وخلفهم عاما أو خاصا مادام الشيوع قائما.

✓ أما في حالة القسمة فإنه يثار التساؤل عن مصير حق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن الذي يقع في نصيب أحد الشركاء المتقاسمين، فإن أغلبية الفقه ذهبوا إلى اعتبار أن هذا التصرف الصادر من جميع الشركاء، الذي رتب حق عيني أصلي أو تباعي، في كل المال الشائع أو جزء منه نافذا وصحيا في مواجهة كل الشركاء وخلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة، وهذا خروج عن قاعدة الأثر الرجعي للقسمة، والذي يقصد به أن المتقاسم مالكا للحصة المفترزة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا من بقية الحصص، وذهب رأي، من الفقه إلى القول أن حق الانتفاع أو حق الارتفاق، أو حق الرهن الذي رتبه الشركاء مجتمعين على العقار الشائع، يعد واقعا على ملك الغير، فيما زاد على حصة الشريك المتقاسم، وبالتالي فلا يسري الرهن على الشريك الذي وقع العقار المرهون في نصيبه، وهذا ما يقتضيه مبدأ الأثر الرجعي أو الكاشف للقسمة[17]ص(118)، [19]ص(288) وهذا الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 890 ق.م.ج التي تنص « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، ايا

كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته «، ومعنى هذا النص أن الرهن الرسمي الذي رتبه اتفاق جميع الشركاء قبل القسمة يكون نافذا وصحيحا في مواجهة الشريك الذي وقع في نصيبه هذا الرهن الرسمي، وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 1039 ق.م. [27]ص (129)

2.2.2.1. التصرف الصادر بالأغلبية المعتبرة قانونا

تجدر الإشارة على أن التصرف الصادر بأغلبية الشركاء المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع محل خلاف بين مختلف التشريعات العربية بين مجيز لهذا التصرف ومانع له، ففي حين أن الفقه الإسلامي يجمع على رفض صحة هذا التصرف، حيث نصت هذه المادة على « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته «، وهي تماثل المادة 890 من ق.م.ج [12]ص ص (131-132)، المشرع الجزائري أخذ به، وهذا ما نص عليه في المادة 720 ق.م.ج « لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا «، وهي تماثل نص المادة 832 من القانون المدني المصري المادة 787 سوري، و 841 ليبي، و 1062 عراقي، و 832 لبناني، و 827 كويتي. [5] ص (288).

وفقا لهذه المادة فإن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري، أقر حق التصرف للشركاء الذين يحزون على ثلاثة أرباع على الأقل أنصبة المال الشائع، أما المشرع اللبناني فقد استلزم الإجماع في التصرف في المال الشائع، ولم يكتفي بالأغلبية المعتبرة قانونا، وذلك في المادة 836 من قانون الموجبات والعقود، كما نجد نفس الحكم عند المشرع الأردني والتونسي [10] ص (156)، [27]ص (130)، [12]ص (132)، في أن يقرروا عليه التصرفات الناقلة للملكية، أو ينشؤون عليه حقوق عينية أصلية أو تبعية، وهذا تسهيفا لحالة الإجماع التي قلم تحدث في الواقع العملي، واشترط المشرع الجزائري لنفاذ تصرف الأغلبية المعتبرة قانونا شرطين أساسيين هما:

- أن تستند هذه الأغلبية المعتبرة قانونا في قرار التصرف إلى أسباب جدية ولم يحدد المشرع الجزائري طبيعة الأسباب الجدية التي يبني عليها هذا التصرف، تاركا ذلك للمحكمة التي لها سلطة واسعة في تحديد وتقرير هذه الأسباب الجدية، غير أن الفقه يضرب لذلك أسئلة تتمثل في أن يكون المال الشائع في حاجة إلى ترميمات ضرورية كبيرة، تقتضي الاقتراض مع رهنه، ضمنا للقرض

حتى يسهل استثماره أو إصلاحه وترميمه، أو أن يكون المال الشائع في حالة التي هو عليه متعذرا استغلاله فتقرر الأغلبية بيعه، وكذلك لو كان الثمن المعروض أعلى من ثمن المثل، فليس للمحكمة تفويت هذه الصفقة، أو كما لو كان هناك مقايضة الشيء الشائع بشيء ذو نفع كبير أو ذو قيمة مالية كبيرة. [19] ص (290)، [27] ص (131)

• وجوب إعلان قرار هذه الأغلبية إلى باقي الشركاء بعقد غير قضائي، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون الإعلان بعقد قضائي، واكتفى بأن يكون بعقد غير قضائي، ومن ثم يمكن أن يتم على أي شكل كان، وتبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة في الإثبات، فقد يكون الإعلان بواسطة رسالة مضمنة بإشعار بالوصول أو عن طريق محضر، وقد تكون شفاهة. فإذا ما تم الإعلان ومضت مدة الشهرين دون أن يخالف أحد من الشركاء كان قرار الأغلبية نافذا وملزما لجميع الشركاء، وإذا لم يتم الإعلان فلا يكون التصرف نافذا اتجاه الأقلية رغم صدوره من الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع، أما إذا اعترض أحد الشركاء على قرار الأغلبية خلال الميعاد القانوني المحدد بشهرين من تاريخ الإعلان أمام المحكمة المختصة تكون هذه الأخيرة أمام فرعيين، وهذا يقتضيه ظاهر النص:

✓ فيما أن تأمر بقسمة المال الشائع إذا كان ذلك لا يضر مصالح الشركاء، ويترتب عن ذلك سقوط قرار الأغلبية بالتصرف في المال الشائع فلا تكون له أي قيمة قانونية

✓ وإما أن ترفض القسمة إذا رأت أن هذه القسمة ضارة بمصالح الشركاء، ويترتب عن ذلك أن تنظر في قرار الأغلبية، فإذا وجدت أن قرارها بالتصرف في المال الشائع لا يستند إلى أسباب قوية فإنها تلغي قرار التصرف، أما إذا وجدت أنه كان مستندا على مبررات قوية فإنها تأمر به، ويذهب بعض الفقه أن حكم هذه المادة في هذه الحالة يعد خروجاً عن القاعدة القضائية المتمثلة في « عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه »، بحيث يجب أن تنقيد سلطة المحكمة إزاء ما اعترضت عليه الأقلية، فإذا لم تطلب هذه الأقلية القسمة، فليس للمحكمة الحكم بها من تلقاء نفسها، أما إذا طلبتها فالمحكمة أن تنظر في طلبها، بناء على مصالح الشركاء، بمعنى لا ينبغي تفسير النص بناء على ظاهره، [19] ص (291) وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 المؤرخ في 1999/10/28، إذ قررت المبدأ التالي « من المقرر قانوناً 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 المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون [9] ص (115).

3.2.2.1. التصرف الصادر من أحد الشركاء

التصرف الصادر من أحد الشركاء قد يقع على حصته الشائعة، وقد يرد على جزء مفرز، يعادل تلك الحصة، كما قد يتصرف الشريك في المال الشائع كله، لذلك نبحث فيما يلي حكم كل تصرف من هذه التصرفات:

• تصرف الشريك في حصته الشائعة:

سبق القول أن كل شريك في المال الشائع يعد ملكا لحصته الشائعة بالمعنى الحقيقي لحق الملكية، ومن ثم فكل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته الشائعة، شأنه في ذلك شأن أي مالك يتصرف في ملكه، وهذا التصرف يكون صحيحا وناظا اتجاه الشركاء جميعا دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1/714 ق.م.ج بقولها " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..."، وتمائل نص المادة 1/826 من القانون المدني المصري، و المادة 781 سوري، و835 ليبي، و1061 عراقي، و837 لبناني، و1153 من قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة. [5] ص(258)

ويتضح من ذلك أن حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة يعد خالصا له، لا يزاحمه فيه أحد من الشركاء، فله أن يجري عليها كافة التصرفات القانونية، سواء التصرفات الناظلة للملكية كالبيع والهبة والوصية مثلا، أو التصرفات التي ترتب حق عيني كحق الانتفاع أو الرهن، ماعدا حق الارتفاق ذلك أن تقرير هذا الحق يقتضي تحديد جزء مفرزا من العقار الذي يكون خادما للعقار المرتفق، وهذا يتنافى وطبيعة حق الشريك على الشيوخ في حصته المتوزعة على جميع المال الشائع، إذ لا يخول الشيوخ للشريك الاستئثار بجزء مفرز من العقار [27] ص(133)، وقد قررت المحكمة العليا في شأن تصرف الشريك في حصته الشائعة في قرارها رقم 161833، المؤرخ في 1998/09/30، المبدأ التالي "يجوز للشريك في الشيوخ التصرف في حصته شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء".

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يظهر أن قضاة المجلس رفضوا على حق طلب المدعين في الطعن الرامي إلى ابطال العقد العرفي لكون التصرف الذي قام به المرحوم (د.ل) الذي تصرف في حقوقه المشاعة لم يلحق أي ضرر بالمدعين الذين لا يجوز لهم التمسك بطلب ابطال العقد العرفي وغاية ما في الأمر أنه يسوغ لهم إجراء قسمة المال المشاع مع الدعي عليه في الطعن الذي يحل محل (د.ل) في حقوقه ولذا يتعين رفض هذا الوجه لعدم تأسيسه [25] ص ص(195-196).

و تختلف الآثار القانونية التي تترتب عن تصرف الشريك في حصته الشائعة، من حيث التصرفات الناقلة للملكية، و من حيث التصرفات التي ترتب حق عيني على الحصة الشائعة:

[19] ص ص (310-308)، [27] ص ص (133-132)، [17] ص ص (122-121)

✓ من حيث التصرفات الناقلة للملكية: ففي هذه التصرفات فإن ملكية الحصة الشائعة تنتقل إلى المتصرف إليه، فيحل هذا الأخير محل الشريك اتجاه باقي الشركاء، ويكون له كافة حقوق والتزامات الشريك المتصرف، بمعنى أنه تم استبدال شريك بشريك آخر، وإذا ما وقعت هذه التصرفات على عقار وجب تسجيلها وشهرها في السجل العقاري حتى تكون نافذة فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير وهذا طبقا للمادة 793 ق.م.ج.

✓ من حيث التصرفات التي ترتب حق عيني على الحصة الشائعة: وتختلف هذه الآثار حسب طبيعة الحق العيني أصلي أو تتبعي، فإذا رتب الشريك حق انتفاع للغير على حصته الشائعة، فإن الغير يحل محل الشريك في اقتضاء ثمار هذه الحصة، بينما يبقى للمتصرف ملكية الرقبة، ويكون كذلك للغير أي المنتفع حق الإدارة المعتادة للمال الشائع دون حق الإدارة غير المعتادة التي تبقى للشريك مالك الرقبة.

أما إذا رتب الشريك على حصته الشائعة حقا عينيا تبعا فإن الإشكال لا يثار في شأن الرهن الرسمي، على أساس أن حيازة الشيء المرهون بواسطة الدائن المرتهن لا تنتقل إليه و تبقى في يد المدين الراهن، إلا أنه في الرهن الحيازي للحصة الشائعة فإنه يثار إشكال فيما يخص انتقال الشيء المرهون (الحصة الشائعة) للدائن المرتهن، إذ حيازة الشيء المرهون (الحصة الشائعة) من طرف الدائن المرتهن أو أجنبي يتفقان عليه العاقدان، شرط أساسي لقيام الرهن الحيازي، وهذا ما نصت عليه المادة 948 ق.م.ج، بقولها «الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدين، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا، يخول حبس الشيء إلى أن يستوفى الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.»

ونفس الحكم في القانون المدني المصري المادة 1109، ولتجاوز تلك الصعوبة فيمكن الشركاء أن يتفقوا مع الدائن المرتهن على أن يحوز هذا الأخير المال الشائع كله، فيحوز الحصة الشائعة المرهونة بصفته دائنا ويحوز باقي الحصص بصفته وكيلا عن الراهنين، كما يمكن الاتفاق على أن تكون الحيازة لأحد الشركاء أو لمدير المال الشائع نيابة عن الدائن المرتهن فتتحقق الحيازة لأجنبي عن العقد. [17] ص (122)، [27] ص (137)

ويترتب عن حلول أجل الدين المضمون بالرهن، ولم يقم الشريك الراهن بالوفاء، التنفيذ جبرا على الحصة الشائعة من قبل الدائن المرتهن، وذلك ببيعها في المزاد العلني، ويدخل من يرسو عليه

المزاد شريكا جديدا في المال الشائع، هذا كله قبل إجراء القسمة، فإذا تمت القسمة قبل الوفاء بالدين المضمون الذي رتبته الشريك للغير على حصته الشائعة انتقل الرهن برتبته إلى الجزء الذي آل إلى الشريك الراهن وهذا ما نصت عليه المادة: 2/890 ق.م.ج، بقولها «...وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين»، فرغم ورود هذه المادة في شأن الرهن الرسمي، فإنها جاءت عامة تطبق في الرهن الحيازي.

• تصرف الشريك في حصة مفرزة:

الأصل أنه لا يجوز للشريك المشتاع أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، سواء كان ذلك الجزء يساوي حصته أو أقل منها، لأن ذلك يتضمن مساسا بحقوق الشركاء الآخرين، فهؤلاء أيضا يملكون فيما تصرف فيه هذا الشريك، ومن ثم فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الأصل، ويترتب عن هذا التصرف عدم نفاذه في حق باقي الشركاء لما فيه من معارضة ومصادرة لحقوقهم، سواء قبل القسمة أو بعدها، فقبل القسمة يمنع هذا التصرف الشركاء المشتاعين من مباشرة حقهم في التصرف كذلك، باعتبارهم مالكيين لنفس الجزء المفرز، أما بعد القسمة فإن هذا التصرف يؤدي إلى تحمل الشركاء المتقاسمين نصيباً مفرزاً محملاً بحق عيني أصلي أو تبغي قرره الشريك المتصرف، لم يشاركوا في تقريره أو يصدر عنهم إقراراً به [19]ص(293).

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي لم يعالج بنص خاص، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع خلافاً للمشرع المصري والجزائري. [20] ص ص(174-175) إذ المشرع الجزائري أجاز تصرف الشريك في حصة مفرزة واعتبره صحيحاً سواء كان هذا التصرف بنقل ملكية أو بترتيب حق عيني، وأوقفه وعلقه على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء الآخرين ولم يرتب عليه البطلان قصد المحافظة على استقرار المعاملات، وهذا ما نصت عليه المادة 714/2 ق.م.ج بقولها « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة»، وهو نفس الحكم الذي نجده في القانون المصري وذلك في المادة 826، المادة 781 سوري، و 835 ليبي، و 1061 عراقي، و 23 لبناني من قانون الملكية العقارية، و 1153 من قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة، و 2/1031 أردني. [5]ص(258).

ولبيان حكم هذا التصرف على ضوء ما ورد في نص المادة 2/714 ق.م.ج وما يقتضيه الواقع العملي، لابد من التفرقة بين مرحلة قيام الشبوع (قبل القسمة) ومرحلة ما بعد القسمة:

✓ حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة: ونفرق في هذه المرحلة بين حكم التصرف فيما بين أطرافه (المتعاقدين)، وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء، على أساس أن في كلتا الحالتين تنتج عدة آثار قانونية مختلفة:

❖ حكم التصرف فيما بين أطرافه (فيما بين المتعاقدين):

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في المادة 2/714 ق.م.ج، شأنه شأن المشرع المصري، والتشريعات التي حذت حذوهم السابقة الذكر، حيث اکتفوا بتحديد مصير هذا التصرف بعد القسمة، ولذلك فإن أغلبية الفقه، [27]ص(139) يرى أن هذا التصرف يعد صحيحا بين أطرافه، وهذا استنادا إلى القواعد العامة للشبوع والتي بمقتضاها يعد الشريك المشتاع الذي تصرف في جزء مفرز من المال الشائع قد تصرف فيما يملك، باعتبار أن حق ملكيته يرد طوال الشبوع على الشيء الشائع جميعه، ولكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء، فإذا باع شريك جزء مفرزا من المال الشائع، فإن هذا البيع يعد صحيحا فيما بين المتابعين لصدوره من مالك، ولكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء الآخرين فيما يتعلق بحصصهم في الشبوع في هذا الجزء المفرز، فهناك جانب آخر من الفقه يذهب إلى أن تصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر نصرفا في ملك الغير، ذلك أن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا قدر نصيبه في الشبوع، أما الباقي في هذا الجزء فهو ملك لباقي الشركاء لذلك فإن تصرف الشريك هذا وإن كان قد تم من مالك في حدود حصته، فإن ما زاد على ذلك يعتبر عنه تصرفا في ملك الغير، ويترتب عن ذلك أن يكون للمتصرف إليه حق المطالبة بإبطال التصرف على أساس أنه اشترى من غير مالك، كما يكون لباقي الشركاء المطالبة بحقوقهم في الجزء المفرز الذي تم فيه التصرف، من خلال دعوى الاستحقاق دون انتظار نتيجة القسمة.

ويترتب عن ذلك عدة آثار قانونية [12]ص(128)، [17]صص(129-130)

- فليس للمتصرف إليه أي المشتري الذي اشترى من الشريك المشتاع حق طلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير لا قبل القسمة أو بعدها، ولكن له حق طلب إبطال التصرف على أساس ما يكون قد وقع فيه من غلط جوهري بسبب جهله أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، سواء قبل القسمة أو بعدها، وذلك وفقا للقواعد العامة وهذا ما نصت عليه المادة 2/714، أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أن الشريك المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة فلا يمكنه طلب الإبطال على أساس الغلط.

- أن المتصرف إليه أي المشتري لا يدخل شريك مع باقي الشركاء، حتى في حدود الحصة الشائعة للشريك البائع في الجزء المفرز الذي باعه.

- قد يتصرف الشريك المشتاع إلى المتصرف إليه في جزء مفرز، على شرط واقف والمتمثل في وقوع هذا الجزء في نصيبه عند القسمة، فإذا وقع ذلك الجزء في نصيب المتصرف فقد تحقق الشرط وأنتج التصرف آثاره بأثر رجعي، وإذا لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف كأن لم يكن.

❖ حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء:

فإذا كان المشرع الجزائي أجاز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، وذلك يجعل هذا التصرف صحيحا بين طرفيه ومنتج لآثاره القانونية، فإنه لم يجعل هذا التصرف أيضا نافذا في حق باقي الشركاء، وهذا ما تضمنته المادة 2/714 ق.م.ج، وذلك على أساس حماية حقوق هؤلاء الشركاء، ويترتب على عدم نفاذ التصرف في جزء مفرز من المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء النتائج التالية: [27] ص ص (142-143)، [17] ص ص (130-132)، [19] ص ص (303-305)

- لباقي الشركاء حق الاعتراض على تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، وتقرير عدم نفاذه في حقهم، وذلك قصد إثبات حقهم على الجزء المتصرف فيه، وهذا كله بدعوى الاستحقاق وعدم التعرض.

- يصبح التصرف الذي قام به الشريك في الجزء المفرز نافذا في حق باقي الشركاء، إذا أقرروا هذا التصرف أو أقره منهم من تكون حصصهم بالإضافة إلى حصته تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع طبقا للمادة 720 ق.م.ج.

- عدم اعتبار المتصرف إليه شريكا لباقي الشركاء فما يتولد عن هذا التصرف من آثار يبقى محصورا في العلاقة بين أطرافه لا يحتج به على باقي الشركاء وينتج عن ذلك أن المتصرف إليه لا يحل محل الشريك المتصرف، ومن ثم فلا يكون له الاشتراك في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه، حيث يكون كل ذلك من حق الشريك المتصرف، فهو الذي يحتسب صوته عند الإجماع أو عند احتساب الأغلبية، وكذلك ليس له الحق في طلب القسمة، ولا الحق في الدخول في دعواها إذ يبقى كل ذلك للشريك المتصرف.

- ليس للمتصرف إليه الحق في المطالبة بالشفعة أو حق الاسترداد، وذلك إذا بيعت إحدى الحصص الشائعة من المال الشائع لأجنبي عن الشركاء، وذلك على أساس أن كل من حق الشفعة وحق الاسترداد مقرران لشركاء والمتصرف إليه ليس بشريك فيبقى هذا الحق لشريك المتصرف، وهذا ما سوف نتعرض له لاحقا.

✓ حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة:

فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، استقر التصرف صحيحا للمتصرف إليه، ويعتبر هذا الأخير مالكا منذ التصرف تطبيقا للأثر الكاشف للقسمة، وفي هذه الحالة يسقط حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط، كونه كان يجهل أن المتصرف الشريك لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزا وقت التصرف، لتعارض ذلك مع مقتضيات تنفيذ العقد بحسن نية، وهذا ما تنص عليه المادة 85 ق.م.ج « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.»

أما إذا لم يقع هذا الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة فإنه في هذه الحالة تطبق أحكام المادة 2/714 ق.م.ج وهي تقضي بأنه «وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة»،

ويترتب عن ذلك عدة نتائج هامة: [20]ص(183)، [12]ص(129-130)، [17]ص

ص(135-136)

انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، عن طريق الحلول العيني أي حلول الجزء الذي آل إلى المتصرف عن طريق القسمة مكان أو محل الجزء المتصرف فيه، وهذا ما ذهب إليه أغلبية الفقه الذي يرى أن انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف في القسمة، ويحل محل الجزء المتصرف فيه، يكون وفقا لنظرية الحلول العيني، فحين يذهب بعض الفقه إلى القول أن أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف ليس هو الحلول العيني، وإنما تنفيذ الالتزام على غير محله الذي ورد عليه ابتداء. [12]ص(129)

❖ يظهر الجزء المفرز المتصرف فيه من قبل الشريك من هذا التصرف بالقسمة لمن اختص به.

❖ يعد استمرار المتصرف إليه في وضع يده على الجزء المفرز خاليا من أي سند، ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد هذا المتصرف إليه.

❖ للمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، الحق في إبطال التصرف لأن انتقال حقه إلى جزء آخر غير الذي وقع عليه التصرف، قد يفوت عليه الغرض الذي دفعه إلى التعاقد، وعلى هذا الأساس يثبت له الحق في إبطال التصرف على أساس الغلط.

❖ فإذا لم يقع في نصيب المتصرف أي جزء مفرز من ذات المال الشائع المتصرف فيه، وإنما وقع في نصيبه شيء من مال آخر، فهنا في الواقع يثار التساؤل عن حكم هذه الحالة؟ ويلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 714/2 ق.م.ج شأنه شأن المشرع المصري في المادة 826/2، لم يتناول هذه الحالة، واكتفى بالحالة التي يكون فيها قد آل إلى المتصرف جزء آخر من نفس المال الشائع، ومثال ذلك لو تصرف الشريك في جزء مفرز من قطعة أرض مملوكة على الشيوع، وكان نتيجة القسمة أن اختص هذا الشريك المتصرف بمنزل أو جزء منه، فهل ينتقل حق المتصرف إليه (المشتري) إلى هذا الجزء؟؟ وللفقه فهذه الحالة وجهين مختلفين:

- يرى أن للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف لصدوره من غير مالك، وذلك على أساس الأثر الرجعي للقسمة، الذي بمقتضاه يكون المتصرف مالكا للجزء الذي آل إليه عن طريق القسمة، منذ بداية الشيوع، وفي المثال السابق يعتبر المتصرف مالكا منذ بدء الشيوع في المنزل وليس في الأرض، ولذلك تعتبر التصرفات التي صدرت منه بالنسبة للأرض في حكم الصادرة من غير مالك، وبالتالي تخضع لأحكام بيع ملك الغير، ومن ثم فالمتصرف إليه حق طلب الفسخ لاستحالة تنفيذ المتصرف لالتزاماته. [27] ص(145)، [19] ص(300)

- ويرى هذا الفريق أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى العين التي آلت إلى المتصرف بطريق القسمة ولو كان في غير المال الشائع الذي تم التصرف في جزء منه، وذلك على أساس المادة 1039/2 من القانون المدني المصري التي تماثل المادة 890/2 ق.م.ج المتعلقة بالرهن الرسمي، ويرى هذا الفريق أن هذا الحكم الوارد في المادتين، ينصرف إلى جميع التصرفات. [7] ص(877)

وقد انتقد هذا الفريق بشدة، وذلك نظرا لاختلاف نطاق كل من المادتين، فالمادة 826/2 من القانون المصري، التي تماثل المادة 714/2 ق.م.ج، اللتان ينصرف حكمهما في حالة ما إذا آل إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع غير الذي تصرف فيه المتصرف، بينما المادتين المتعلقةتين بالرهن الرسمي ينصرف حكمهما في حالة ما إذا آل إلى الراهن عند إجراء القسمة، أعيان غير التي رهنها هذا من جهة، ومن جهة أخرى اختلاف الهدف المراد من التصرف، إذ في الرهن الرسمي ما يهم الدائن المرتهن هو القيمة النقدية التي يتحصل عليها من الشيء المرتهن، أي ما يتحقق به الضمان و الائتمان بغض النظر عن محل التصرف، بينما في التصرفات الأخرى غير الرهن، فإن ذاتية الشيء ومحلّه تكون محل اعتبار لدى المتصرف إليه. [27] ص(146)

ومما ينبغي الإشارة إليه في تصرف الشريك في حصة المفرزة، هو أنه يمكن تصوره في التصرفات التي تقع على المنقول الشائع، أما في العقار الشائع فإنه يصعب تحقق ذلك من الناحية العملية، وذلك في البلدان التي أخذت بالنظام السجل العقاري أو الشهر العيني، ومنها المشرع الجزائري، حيث يقتضي هذا النظام في الجزائر أن تكون جميع التصرفات التي تتعلق بالعقار أو بأي

حق عيني عقاري آخر، لا يكون لها أثر قانوني سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري، وبالتحديد في مجموع البطاقات العقارية، وهذا ما تنص عليه المادتين، حيث تنص المادة 15 على " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، أما المادة 16: تنص على " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، 15 و 16 من الأمر 75-74، [32]، و المادة 66 من المرسوم رقم 63-76 المعدل والمتمم، والمؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بالسجل العقاري، ج.ر، العدد 38، سنة 1976، إذ تنص " كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح....." المادة 66 [33]، حيث يتم فيها تعيين وتحديد العقار تحديدا دقيقا. وفي حالة تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع فإن المحافظات العقارية القائمة بالشهر العيني تمتنع عن قيد هذا التصرف لصالح المتصرف إليه لعدم تعيينه كونه شائع، ولم يتحدد معالمه بالقسمة بعد، وبالتالي فلا تنتقل الملكية من الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه، مما يجعل هذا الأخير في وضعية غير قانونية اتجاه هذا الجزء المفرز إن كان يحوزه.

كما تجدر الإشارة إليه أن هناك بلدان أخذت بنظام الشهر الشخصي، الذي يقتضي شهر التصرفات من أجل إعلام الغير عن تلك التصرفات التي تقع على العقار المتصرف فيه، ومن ثم فلا يترتب في هذا النظام انتقال الملكية بالشهر فهي تنتقل بالتصرف، وفي هذه الحالة يمكن للشريك أن يتصرف في حصته مفرزة حيث تنتقل إلى المتصرف إليه، خلافا لما هو عليه الحال في نظام السجل العقاري أو الشهر العيني، الذي تنتقل فيه الملكية بمجرد الشهر لا التصرف، ومن ثم لا يمكن للشريك أن يتصرف في حصته المفرزة من المال الشائع.

• تصرف الشريك في المال الشائع كله:

لم يبين المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري، حكم تصرف أحد الشركاء المشتاعين في كل المال الشائع وبالرجوع إلى الفقه فإنه اجتهد لوضع حكم يحل به هذا التصرف، وترى أغلبية الفقه أن هذا التصرف يعد تصرفا صحيحا بين أطرافه لصدوره من مالك، وعدم نفاذه في حق باقي الشركاء، وعلى هذا لا يكون للمتصرف إليه طلب إبطاله سواء قبل القسمة أو بعدها،

إلا على أساس عيب شيوب إرادته يتعلق بالغلط، ويترتب عن ذلك أنه يحق لباقي الشركاء المشتاعين رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في المال الشائع المتصرف فيه، كما يحق لهم

إجازة التصرف فينفذ عندئذ بحق الجميع، أو يجيزه من يملك ثلاثة أرباع أنصبة المال الشائع
بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف. [20] ص (137-138)

كما للمتصرف إليه خيارين يسلكهما إذا كان يعلم بوجود شركاء آخرين وهما: [17] ص
ص (137-138)

✓ انتظار نتيجة القسمة، فإذا وقع كل المال الشائع عند المتصرف استقر التصرف وأنتج آثاره
القانونية، وإذا وقع جزء فقط في نصيب المتصرف من المال الشائع، ففي هذه الحالة يستقر حق
المتصرف إليه على هذا الجزء، ولا يسري التصرف في ما عدا ذلك في مواجهة الشركاء،
وللمتصرف إليه طلب التعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزام.

✓ للمتصرف إليه طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على المتصرف لعدم تنفيذ ما التزم به العقد.
وما ينبغي الإشارة إليه في هذا التصرف، أنه لا يمكن تصوره من الناحية العملية في
التصرفات المتعلقة بال عقار لاستحالة قيدها في السجل العقاري، كما ينطبق على تصرف الشريك في
جزء مفرز من عقار شائع من ناحية القيد في السجل العقاري، ينطبق على تصرف الشريك في كل
العقار الشائع، بحيث لا يمكن إشهارهما لعدم تحديد العقار المتصرف فيه تحديدا دقيقا، وهذا ما يتطلبه
النظام السجل العقاري كما بيانه.

3.2.1. حق استرداد الحصة الشائعة المبيعة من قبل الشريك

رأينا في ما سبق أن للشريك حق التصرف في حصته الشائعة في المال الشائع، ويعد هذا
التصرف صحيحا وناظرا في حق باقي الشركاء دون التوقف على موافقتهم عليه، ولكن إذا كان هذا
التصرف بيعا ناقلا للملكية فإنه قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق باقي الشركاء، وذلك بإدخال شريك
أجنبي من غير الشركاء الأصليين في الشروع، وهذا من شأنه أن يفسد عليهم محيطهم في المال
الشائع.

والمشروع الجزائي كما سبق بيانه، أنه قيد سلطات الشريك بعدم الإضرار بحقوق باقي
الشركاء، ومن أجل ذلك أعطى لهم الحق في استرداد حصة الشريك المشتاع، إذا تصرف فيها بالبيع
إلى أجنبي وذلك قصد التخلص من هذا الأجنبي، والحيلولة دون انضمامه إليهم.

وإن كان المشروع أعطى لباقي الشركاء رخصة أو حق استرداد، فإنه قيده بشروط وإجراءات
معينة ورتب عن ممارسته عدة آثار قانونية، وهذا ما سوف نبينه في الفروع الأربعة التالية:

1.3.2.1. تعريف حق الاسترداد

عرفت المادة 721 ق.م.ج حق الاسترداد بقولها « للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع 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 أنفق، وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته»، وهذه المادة تقابل المادة 833 من القانون المدني المصري، المادة 824 لبيي، و838 لبناني، و 814 سوري. [23]ص(372)، [5]ص(290)

حيث أن القانون المدني المصري استعمل عبارة « أو في المجموع من المال المنقول » في المادة 833، في حين أن القانون المدني الجزائري استعمل عبارة « أو في المجموع من المال المنقول أو العقار...» في المادة 721، وهذا من شأنه أن يطرح التباس في الأخذ بحق الاسترداد في حالة العقار، بالإضافة إلى حق الشفعة الذي قصره المشرع الجزائري على العقار فقط في المادة 794 ق.م.ج، و حق الاسترداد فقها وقضاء مقصورا على حالة بيع منقول أو مجموع من المال، وليس على العقار في حد ذاته، وذلك قصد اجتناب الاختلاط في الحقوق.

ويتضح من نص المادة 721 ق.م.ج أن حق الاسترداد يعد رخصة أتاحتها المشرع لأي من الشركاء في المنقول المعين بالذات المملوك على الشيوخ، أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، كمصنع أو متجر أو تركة، في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي جبرا عن المشتري، بحيث يخلف الشريك المسترد المشتري أو المتصرف إليه في الحصة الشائعة في جميع حقوقه والتزاماته، وحق الاسترداد هذا مصدره التاريخي هو القانون الفرنسي يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، فهذا الحق عنده إذا ملازم لشيوع في حالة الإرث، كون أن القانون الفرنسي لم يكن يعرف الشفعة، [16]ص(134) [23]ص(373)،

ويترتب عن ذلك حلول باقي الشركاء محل المتصرف إليه الأجنبي الدخيل، وليس معنى ذلك تمكينهم من الاعتراض على ذات التصرف، وإنما معناه مجرد تمكينهم من الاعتراض على كون المتصرف إليه أجنبيا عنهم واستبعاده من التصرف بحلولهم محله فيه، ولذلك لا يثبت لهم هذا الحق أو الرخصة إذا كان المتصرف إليه واحدا منهم [20]ص(188)، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 179321 المؤرخ في 1998/03/25، إذ قررت « من المقرر قانونا بالمادة 721 من القانون المدني أن لكل شريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة قبل القسمة ».

ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس قضاوا برفض دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم قد خرقوا نص المادة 721 من القانون المدني التي تعطي الورثة الحق في الاسترداد.[9] ص (131)

2.3.2.1. شروط حق الاسترداد

يتضح من النص السابق أنه لكي يكون للشريك الحق في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر يجب توافر شروط معينة هي:

- يجب أن يكون تصرف أحد الشركاء ببيعاً سواء في الحصة الشائعة أو جزء منها، فلا يثبت حق الاسترداد إذا كان التصرف بغير البيع كالهبة أو الوصية أو المقايضة، وكذلك لا يجوز الاسترداد إذا كان البيع في مرحلة التمهيد ولو صدر إيجاب ملزم بل يجب أن يكون البيع تاماً، ويشترط في هذا البيع أن يكون عن طريق التراضي، فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع جبراً بالمزاد العلني، فإذا رسا المزاد العلني على أجنبي عن الشركاء فلا يجوز لهم طلب الاسترداد، ذلك أن البيع بالمزاد العلني بنا يكلفه من العلانية يضمن علم الشركاء بالبيع ويجعل أمامهم فرصة التقدم في المزاد.[34] ص(98)
 - يجب أن يرد هذا المتصرف بالبيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال سواء كان هذا المجموع يحتوي على منقول وعقار، كالأعيان المكونة لتركة بما تشمله من حقوق عينية عقارية ومنقولة، وعناصر المحل التجاري، فحق الاسترداد يثبت في الأصل إذا كان البيع واقعا على منقول، أما إذا كان البيع واقعا على عقار فإن لشركاء حق الأخذ بالشفعة تطبيقاً لنص المادة 794 ق.م.ج.
 - أن يتم البيع لأجنبي عن الشبوع، فإن تم لأي من الشركاء الآخرين، فلا يجوز لأي شريك آخر أن يطلب الاسترداد، إذ جميع الشركاء في درجة واجدة قياساً على الشفعة، وكذلك تنتفي المحكمة من تقرير الحق في الاسترداد المتمثلة في استبعاد الشريك الأجنبي الدخيل الذي قد يفسد حرمة الشركاء في المال الشائع.[17] ص ص(123-124)،[27] ص ص(135-136)
 - أن يكون المسترد شريكاً في المال الشائع و تمتعاً بهذه الصفة عند بيع الحصة التي يريد استردادها- وأن يبقى شريكاً حتى يتم الاسترداد أو ترفع به دعوى، ويثبت هذا الحق كذلك للخلف العام كالورثة، وللخلف الخاص كالمشتري،
- وحق الاسترداد حق شخصي خاص بالشركاء، فلا يجوز لدائنوا الشركاء استعماله، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.[17] ص ص(123-124)،[27] ص ص(135-136).

3.3.2.1. إجراءات حق الاسترداد

ومتى توفرت الشروط السابقة، كان لشريك أو الشركاء استرداد الحصة المبيعة، بإتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 721 ق.م.ج وذلك قبل إجراء القسمة والمتمثلة في:

● يجب أن يقوم الشريك المسترد بإعلان رغبته في الاسترداد لكل من البائع الشريك والمشتري الأجنبي على السواء في شكل تصريح، ولم يشترط المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري شكل معين يتم به هذا الإعلان كون النص جاء مطلق وعم، غير أنه تقاديا لأي إشكال يجب أن يكون هذا الإعلان على يد محضر قضائي، تحقيقا لرسمية، ويشترط في هذا الإعلان أن يبين الشريك المسترد استعداده لدفع الثمن والفوائد والمصروفات [34] ص (99)، [23] ص (376).

وقد حدد نص المادة ميعاد لهذا الإعلان بحيث يجب أن يكون خلال شهر من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو إعلامه من طرف الشريك المتصرف، فإذا تأخر إعلان الرغبة عن هذا الميعاد سقط حق كل شريك في الاسترداد وأصبح البيع باتا في حق باقي الشركاء.

أما إذا لم يحصل إعلام الشركاء بحصول البيع، فإن حقهم في طلب الاسترداد لا يسقط إلا بمضي شهرا على علمهم بحصول البيع علما حقيقيا، ويمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية. [27] ص (137)

● بعد قيام الشريك المسترد بإعلان رغبته في آجال الثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو إعلامه، فإنه يطلب من المشتري الأجنبي أن يحل محله في البيع رضاء، وذلك بأن يسلم له المشتري بحقه في الاسترداد، فإذا لم يتم الاسترداد رضاء وجب على المشتري المسترد رفع دعوى أمام القضاء للحكم بثبوت هذا الحق، على أن ترفع الدعوى على كل من البائع والمشتري الأجنبي، حيث يجب اختصاصهما في جميع مراحل الدعوى، وهذا ما تضمنته المادة 721 ق.م.ج

4.3.2.1. آثار حق الاسترداد

فإذا تم حق الاسترداد وفقا لشروط والإجراءات المنصوص عليها في نص المادة 721 ق.م.ج، سواء رضاء أو بحكم قضائي، فإنه يترتب آثار قانونية في حق كل من المسترد والمسترد منه، وفي حق البائع والمشتري وبناء على ذلك يجب التفريق بين: العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه، والعلاقة فيما بين البائع الشريك والمشتري.

● العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه [16] ص (154-155)، [23] ص (376-377)

في العلاقة بين المسترد والمسترد منه (المشتري الأجنبي) ينتج عنها زوال البيع بينهما بأثر رجعي، بمعنى أن يحل الشريك المسترد أو الشركاء المستردون محل المشتري الأجنبي في الماضي والمستقبل، أي أنه يعتبر المسترد قد حصل على الحصة محل الاسترداد من البائع مباشرة منذ وقت البيع وليس من وقت الاسترداد، ويترتب عن ذلك الآثار التالية:

- ✓ لا يكون هناك شراء جديد بين المسترد والمسترد منه
- ✓ يستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمسترد منه (المشتري الأجنبي) لدفع الثمن إذا كان عقد البيع يتضمن ذلك ، أو إذا كان يتضمن أن يدفع الثمن على أقساط ، ويلاحظ أن المسترد لا يلتزم نحو البائع إلا بالثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صورياً، كأن يذكر المتعاقدان ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي، رغبة منهما في إبعاد المسترد عن استعمال حقه، فليس على المسترد أن يدفع غير الثمن الحقيقي، وعلى المسترد إثبات صورية الثمن كونه هو المدعي.
- ✓ لا ضمان على المشتري للمسترد الشريك، وينتج عن ذلك أنه لا يكون للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشتري، بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع، ولكن يكون له حق الضمان على البائع لأنه يستفيد من كل المزايا التي كانت للمشتري الأصلي.
- ✓ عودة الحقوق التي انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المباعة بين البائع والمسترد منه (المشتري)، وذلك لسقوط عقد البيع الذي ترتب عنه اتحاد الذمة.
- ✓ انتقال ملكية الحصة الشائعة المستردة إلى المسترد من تاريخ إبرام البيع لا من وقت الذي يتم فيه الاسترداد، أما إذا كانت الحصة الشائعة المباعة مشتملة على عقار في مجموع من المال وجب تسجيلها لانتقال الملكية، وبالرجوع إلى قواعد الشهر والتسجيل، فإن الدوائر الشهر أي المحافظات العقارية تمتنع عن تسجيل هذه الملكية إلا إذا كانت ثابتة بموجب حكم قضائي، ومن ثم وجب على المسترد استعمال حقه في الاسترداد أمام القضاء لتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المستردة، إذا كانت واقعة على عقار.

✓ العلاقة فيما بين البائع والمشتري [23] ص(377)

يترتب على حلول المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته النتائج التالية:

- ✓ أن يأخذ المسترد كل البيع، لا جزء منه فقط
- ✓ انتهاء العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري، فإذا كان المشتري لم يوفى بالثمن فليس للبائع مطالبته به.
- ✓ إذا كان للمشتري قبل البائع حقوق قبل الاسترداد، فلا يكون له بعد الاسترداد مطالبة البائع بها.

4.2.1. حق كل شريك بممارسة حق الشفعة في المال الشائع

رأينا في ما سبق الطريق الأول الذي يتم بواسطته استرجاع الحصة الشائعة المباعة لأجنبي وهو حق الاسترداد، وقد قصره المشرع الجزائري على بيع منقول أو مجموع من المال حتى ولو احتوى على عقار.

وحتى لا تتضارب الحقوق في الميدان الوحيد، فإنه أعطى لشريك أو الشركاء استعمال حق الشفعة لاسترجاع الحصة الشائعة المباعة للأجنبي إذا احتوت على عقار معين بالذات وهذا الطريق الثاني الذي يتم بواسطته استرجاع الحصة الشائعة المباعة لأجنبي مما يجعل الشفعة مغنية عن حق الاسترداد في ميدان الشيوع إذا بيعت حصة شائعة عقارية معينة بالذات، وهذا من شأنه المحافظة على المال الشائع من حيث عدم دخول أجنبي بين الشركاء ويكسر عليهم حرمتهم فيه، مما يسهل عليهم إدارته واستغلاله ايجابيا.

ولم يتناول المشرع الجزائري حق الشفعة الذي يمارسه الشريك أو الشركاء ضمن أحكام الملكية الشائعة في القسم الرابع، كما فعل بحق الاسترداد، وإنما تناوله في القسم الخامس تحت عنوان الشفعة، ونص عليه في المادة 2/795 ق.م.ج، وهذا راجع لخضوع الشريك الشافع لنفس شروط وإجراءات القواعد العامة في الشفعة، وتعد الشفعة من أسباب كسب الملكية، وقد نظمها المشرع الجزائري من المادة 794 إلى المادة 807 ق.م.ج.

وسنتناول الشفعة بما يتناسب مع أحكام الشيوع، وذلك من حيث تعريفها وشروطها، وإجراءات الأخذ بها وكيفية إسقاطها وأخيرا أثارها وذلك في خمسة فروع:

1.4.2.1. تعريف شفعة الشريك

رفت المادة 794 ق.م.ج الشفعة بقولها «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»، وهذه المادة تقابل المادة 935 من القانون المدني المصري، و المادة 238 من قانون الملكية العقارية من القانون اللبناني، ونصت المادة 2/795 ق.م.ج على ثبوت الشفعة للشريك إذ نصت «... للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشتاع إلى أجنبي».

ومن ثم فالشفعة الشريك هي رخصة تجيز له الحلول محل المشتري الأجنبي الذي اشترى جزء من حصة شائعة لعقار معين بالذات، من أحد الشركاء، ضمن شروط معينة، وبمعنى آخر فالشفعة الشريك تؤدي إلى تملك العقار المباع للشريك الشافع جبرا عن المشتري، وعلى هذا الأساس فهي تعد قيدا على حرية تصرف الشركاء. [21] ص(346)

وبناء على ما تقدم فالشفعة الشريك تعد في حقيقتها رخصة وليست حقا عينيا، ولا حق شخصيا، بل هي مصدر من مصادر كسب الملكية بالإضافة إلى المصادر الأخرى، وهذا بالنسبة لرأي الراجح في الفقه القانوني وفي الشريعة الإسلامية الذين يرون أن الشفعة هي رخصة وليست حق شخصيا أو عينيا، فهي سبب من أسباب كسب الملكية، وهذا الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري حيث أورد الشفعة ضمن طرق كسب الملكية في القسم الخامس بالإضافة إلى المصادر الأخرى. [35] ص ص (20-21)

وعلى العكس في حق الاسترداد الذي استمده المشرع الجزائري من القانون الفرنسي، فإن حق شفعة الشريك استمده من الشريعة الإسلامية الغراء فهي المصدر المادي أو التاريخي لنصوص الشفعة، ومن ثم يكون الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي عند عدم وجود نص أو عند تفسير تلك النصوص، وذلك طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التي تجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقاعدة التي يطبقها القاضي، وفي حالة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية يجب عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، كما يجب أن يراعي في الأخذ بأحكام هذه الشريعة التوفيق بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي تحكم التشريع المدني. [35] ص (22)

وتثبت الشفعة لكل واحد من الشركاء أيا كان مقدار الحصة المبيعة بالنسبة إلى حصته، وإذا تعدد الشركاء الذين يطلبون ممارسة حق الشفعة، كان استحقاق كل منهم على قدر نصيبه في العقار الشائع ما دام الشركاء من طبقة واحدة وفي نفس الدرجة، وهذا ما نصت عليه المادة 796/2 ق.م.ج على أنه «...إذا كان الشفعة من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.....».

2.4.2.1. شروط الأخذ بحق الشفعة من قبل الشريك

مادام حق الشفعة رخصة أعطاها المشرع الجزائري لكل واحد من الشركاء لمنع دخول الأجنبي عليهم، فإنه لم يتوسع فيها وقيده ممارستها بشروط معينة، وهذا ما نصت عليه المادة 794 ق.م.ج « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية. »، ونصت المادة 795/2 ق.م.ج « ...يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية،

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب لرقبة

- لشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.....»

ويخلص من نصي هاتين المادتين الشروط الواجب توفرها في الشريك الشفيع حتى يمارس حق الشفعة، قيام حالة من الشيوع في عقار، ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة من العقار، وأخيرا يجب أن يكون هذا البيع لأجنبي عن الشركاء، وسنتناول هذه الشروط الثلاثة فيما يلي:

• يجب أن تقوم وضعية من الشيوع في العقار: [20] صص(545-549)، [35] صص(55-58)

ويقصد بهذا الشرط أن تكون هناك شراكة في العقار المبيع حصة منه، بمعنى قيام وضع من الشيوع في عقار، يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع، ولكل واحد منهم حصته فيه رمزية أو حسابية، وليست جزء مفرزا محددًا فإذا باع أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة إلى أجنبي ثبت لشريكه أو الشركاء الآخرين حق الشفعة في هذا البيع، على أن تكون هذه الشراكة قبل القسمة، لا بعدها، فبمجرد القسمة يصبح كل شريك مالكا لجزء مفرزا، وليس للشريك الآخر المطالبة بحق الشفعة.

وحتى يتحقق هذا الشرط يجب أن يكون حق ملكية الشريك في العقار الشائع ثابتا وقت بيع هذه الحصة الشائعة، ويترتب عن ذلك أن كل حق ناشئا عن تصرف قانوني لم يكن مسجلا عند البيع، فلا ينشئ عليه حق ملكية للعقار الشائع، وبالتالي لا تجوز له الشفعة فيه، وذلك إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع، فلا تجوز الشفعة فيها لمن اشترى حصة أخرى فيه من شريك آخر، إذا كان عقده غير مسجل وقت بيع الحصة المشفوع فيها.

وقد أثار نص المشرع الجزائري في المادة السابقة شأنه شأن المشرع المصري بالمقصود

بعبارة

«...بالشريك في الشيوع....»، هل هو الشريك في الملكية أو الشريك في حق الانتفاع، فذهب رأي من الفقه إلى أن المقصود به هو الشريك المالك، وذلك على أساس أنه لا يجوز التوسع في تفسير نصوص الشفعة، وأن المشرع قصر حق المنتفع في الشفعة على حالة بيع ملك الرقبة.

بيد أن جمهور الفقه يرى بثبوت الشفعة لشريك في الانتفاع بوصفه شريكا في الشيوع وبذلك تثبت الشفعة لأي شريك في عقار شائع أيا كانت وضعية الشيوع فيه، شيوع في الملكية الكاملة أو في حق الانتفاع، أو في ملك الرقبة، على أساس أن النصوص جاءت مطلقة لا يجوز تقييدها دون وجود نص مخالف، فضلا عن ذلك توافر الحكمة في شفعة الشريك في الانتفاع توافرها في شفعة الشريك في الملك المتمثلة في إبعاد الأجنبي عن المال الشائع، لما يسببه من ضرر في حق سائر الشركاء.

فإذا تزامن أصحاب هذه الحقوق في طلب الشفعة إذا بيعت حصة شائعة من عقار شائع، كان لمالك الرقبة الحق بالأخذ بها باعتباره مفضلا عن الآخرين فهو أعلى مرتبة منهم عند تزامن الشركاء، وهذا ما نصت عليه المادة 795/2 ق.م.ج .

كما يرى جمهور الفقه أن اصطلاح العقار الشائع الذي استخدمه المشرع لإثبات الشفعة للشريك مما ينبغي تفسيره في ضوء التحديد الذي أورده المشرع الجزائري للمال العقاري الذي يشمل كل حق عيني على عقار، وهذا ما نصت عليه المادة 684 ق.م.ج بقلها «يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار»، [35] ص (57-56)

وتجدر الإشارة بأن المقصود بالشراكة في الشيوخ، الشراكة في ذات العقار المبيع جزء منه، ولذلك لا تجوز الشفعة لمن كان مجرد شريك في جدار الفاصل أو فناء، أو مجرى سقي مشترك، أو في آلة ري مشتركة كون أن ملكيتهم لا تنصرف إلى العقار المبيع وليسوا شركاء في العقار الذي وقع البيع على حصة شائعة منه. [35] ص (57-56)

كما يجب على الشفيع الشريك الذي يريد أن يأخذ بالشفعة، أن يستعمل هذا الحق قبل القسمة، فإذا تمت القسمة وانفرد كل شريك بجزء مفرز، فلا مجال للأخذ بالشفعة، إذا باع أحد الشركاء جزءه المفرز، وهذا ما قرره المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في الحكم المؤرخ 2000/05/31، حيث قررت المبدأ الأتي «لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوخ وعليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه، بقسمة رضائية ثابتة» وفي هذا الصدد علقت رئيسة الغرفة العقارية على هذا الحكم بقولها «رفضت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الطعن بالنقض في القرار المطعون فيه، مقررته بأن قضاة الموضوع أحسنوا تطبيق مبدأ المادة 795/2 من القانون المدني الجزائري، من حيث أن حالة الشيوخ العقار موضوع دعوى الشفعة غير قائمة في قضية الحال، ذلك لأن المدعين في الطعن الشفعاء اعترفوا بأن المشتري اشترى حصة مفرزة من عقار بعد قسمة ودية تمت بين المالكين الأصليين للعقار المذكور.» [36] ص (240-244)

• يجب أن يبيع أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع: [20] ص (550-551)

ويقصد بهذا الشرط أنه حتى تتحقق الشفعة للشريك أو الشركاء يجب أن تباع حصة شائعة من العقار من طرف أحد الشركاء، وليس جزء مفرز من ذلك العقار هذا هو رأي جمهور الفقه وهناك رأي آخر يرى بجواز الشفعة إذا كان البيع ينصب على جزء مفرزا من المال الشائع، على أساس أن لفظ المشرع في المادة 795/2 ق.م.ج، والمادة 936/2 من القانون المدني المصري جاء عاما، وذلك على أساس أن هذا البيع يقع صحيحا، ويترتب عليه أن يصبح المشتري مالكا على الشيوخ لحصة شائعة بقدر الجزء المبيع، ولذلك منع الشفعة في البيع جزء مفرزا من شأنه أن يساعد على الغش والتحايل، إذ يستطيع الشريك أن يحرم باقي الشركاء من طلب الشفعة بأن يبيع حصته مفرزة [21] ص (355)، ذلك على أساس أن الذي يشتري جزء مفرزا من العقار من أحد الشركاء لا يصبح شريكا في المال الشائع كما سبق بيانه في تصرف الشريك في جزء مفرزا من المال الشائع، فهذا

التصرف لا ينفذ في حق باقي الشركاء، فإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار، فلا يحق لمشتري الجزء مفرز، أن يشفع في هذه الحصة باعتباره شريكا على الشيوع في العقار المباع. وتجدر الإشارة كما سبق بيانه أن قوانين الشهر العيني أو السجل العقاري تجعل التصرف في جزء مفرز من العقار مستحيل الوقوع من الناحية العملية، ومن ثم فلا تكون الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في عقار شائع، بالإضافة إلى ذلك فإن قصر الشفعة فقط في حالة بيع حصة شائعة من عقار شائع، يؤدي إلى توحيد الحكم بين الشفعة والاسترداد في هذا الشأن لتوافر نفس الحكمة في الحالتين وهي منع الأجنبي من دخول المال الشائع، وهذه الوظيفة المشتركة بين الشفعة وحق الاسترداد، فهي لا تتحقق إلا إذا كان المبيع حصة شائعة.

ويشترط في بيع الحصة الشائعة أن يكون ذلك البيع حقيقيا وصحيحا وغير صوري صورية مطلقة، إذ البيع الأخير معدوم لا وجود له، أما إذا كان ذلك البيع قد أفرغ في صورية نسبية وكان الشفيع حسن النية، لا يعلم بذلك البيع وقت تعامله، وباعتباره من الغير له الحق بالأخذ بالشفعة وأن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، فإذا كان الثمن المذكور بالعقد أقل من الثمن الحقيقي قصد التهرب من الرسوم والضرائب، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع إلا بالثمن المذكور بالعقد الظاهر دون تكليفه بإثبات الثمن الحقيقي. [37] ص ص (55-56)

• يجب أن يكون البيع لأجنبي عن الشركاء [35] ص ص (65-66)، [38] ص (551)، [20] ص (552)

ويقصد بهذا الشرط أن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري استلزم للأخذ بالشفعة أن يحصل البيع لأجنبي عن الشركاء، فإذا حصل البيع لأحد من الشركاء فلا مجال للأخذ بالشفعة، وذلك قصد رفع الضرر عن الشركاء المتمثل في دخول شخص غريب عن الشركاء شريكا في العقار الشائع، وهذه علة إثبات شفعة الشريك في المال الشائع، التي تعد الوسيلة القانونية لرفع هذا الضرر، باستبعاد المشتري الأجنبي، وأخذ الحصة المبيعة منه.

ويشترط كذلك أن يكون مشتري الحصة الشائعة أجنبيا عن الشركاء وقت بيع هذه الحصة له، فإن كان شريكا في هذا الوقت، امتنعت الشفعة على باقي الشركاء، ولما كان مشتري الجزء المفرز من العقار الشائع لا يصير شريكا كما سلف بيانه، فإنه إذا اشترى من بعد حصة شائعة في نفس العقار يكون بيعها له بيعا صادرا لأجنبي، بحيث لا يملك منع باقي الشركاء من أخذها بالشفعة، لأنه لم يكن شريكا وقت هذا البيع، ويعد هذا الشرط تضييقا من نطاق ممارسة حق الشفعة، خلافا للشريعة الإسلامية التي تجعل ممارسة حق الشفعة مطلق بدون قيد ولا شرط، فإذا باع أحد الشركاء حصة أو جزء منها كان لجميع الشركاء حق أخذه بالشفعة سواء تم البيع لأجنبي أو لشريك آخر، فإذا كان البيع

لأجنبي أخذوا الصفقة كلها واستبعد الأجنبي، أما إذا كان البيع لشريك منهم فإن باقي الشركاء يشاركونه فيما أخذ سواء كانت الشركة في العقار كله أو جزء منه.

• عدم وجود مانع من الأخذ بالشفعة

يجب على الشريك الشفيع الذي أراد أن يأخذ بالشفعة أن يتأكد من عدم وجود موانع قانونية، تمنعه من الأخذ بها، فإذا أخذ بها رغم وجود هذه الموانع سقط حق الأخذ بالشفعة بحكم القانون فلا ينتج أي أثر قانوني، وهذه الموانع تضمنتها المادة 798 ق.م.ج، حيث تنص على أنه « لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات رسمها القانون

- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة «، وهي تماثل المادة 939 من القانون المدني المصري.

ويتضح من هذا النص أنه إذا توفرت إحدى هذه الموانع الثلاثة، فلا يجوز للشريك الأخذ بالشفعة وهذا ما قرره المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في الحكم المؤرخ في 2000/03/29، في بيع تم بين الأقارب، حيث قررت المبدأ الآتي « من المقرر قانونا أنه لا شفعة، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب، لغاية الدرجة الرابعة، وأن القرار المطعون فيه لما قضي بعدم الاعتداء باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الأطراف يكون قد أصاب فيما قضي، وهو تطبيق سليم للقانون» [36] ص (251)

ففي الحالات السابقة إذا بيعت الحصة الشائعة بالمزاد العلني أمام القضاء، أو إذا كان ذلك البيع للحصة الشائعة بين الأصول والفروع مهما على أو نزل، أو بين أحد الزوجين لآخر حال قيام الزوجية، أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة، فلو تم البيع من ابن عم إلى ابن عم لم تجز فيه الشفعة لأننا هنا أمام قرابة من الدرجة الخامسة، والحد الأقصى طبقا للقانون الدرجة الرابعة، وهذا ليس طبقا لنظام المواريث، وإنما طبقا للقانون المدني الجزائري في المواد 34، و35، و36، والمواد 35، و36، و37 في القانون المدني المصري، وإذا بيع العقار ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة كمسجد أو كنيسة ولا يسري النص على ما بيع ليخصص مستشفى أو مدرسة خيرية، فلا مجال بالأخذ بالشفعة في المجالات السابقة. [37] ص ص (59-60)

3.4.2.1. إجراءات الأخذ بالشفعة

إذا توافرت الشروط السابقة في الشريك المشتاع، حق له المطالبة بحق الشفعة، فإذا طالب بها وسلم له المشتري بذلك فتكون الشفعة في هذه الحالة قد تمت بالتراضي، دون حاجة إلى إجراءات قضائية، أما إذا لم يسلم المشتري بالشفعة فيجب على الشفيع الشريك اتخاذ إجراءات معينة حتى يصل إلى تملك المشفوع فيه (الحصة الشائعة العقارية المبيعة) بالشفعة بحكم من القضاء.

ونظرا لأن الشفعة تمثل قييدا على حرية التصرف فقد حدد المشرع الجزائري إجراءاتها وفرض لها مواعيد قصيرة يؤدي عدم التقيد بها إلى سقوط حق الشفيع الشريك.

تضمنت هذه الإجراءات المواد (799 ق.م.ج إلى 803 ق.م.ج)، وتتمثل هذه الإجراءات في هذه المواد في ثلاثة مراحل هي: إعلان الشفيع الشريك الرغبة في الأخذ بالشفعة، ثم إيداع بين يدي الموثق الثمن الذي حصل به البيع، ثم أخيرا رفعه دعوى الشفعة، ونعرض فيما يلي لهذه الإجراءات في النقاط التالية:

● إعلان الشفيع الشريك الرغبة في الأخذ بالشفعة: يمكن لشريك أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة من تلقاء نفسه إذا علم بوقوع البيع دون انتظار أي إجراء يتخذه كل من البائع الشريك أو المشتري، وقد يعلن عن رغبته بناء على إنذار موجه إليه من قبل البائع أو المشتري.

✓ الإنذار الرسمي الموجه إلى الشفيع الشريك: فرض المشرع على البائع الشريك أو المشتري توجيه إنذار رسمي إلى موطن كل واحد من الشركاء الشفعاء، يتضمن إعلامهم بحصول البيع ودعوتهم إلى تحديد موقفهم من هذا البيع، فيما إذا كانوا يريدون أخذ الحصة الشائعة المبيعة من العقار بالشفعة أم لا، وهذا ما نصت عليه المادة 799 ق.م.ج، بقولها « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك » وتقابل هذه المادة، المادة 940 من القانون المصري، و 247 لبناني [27] ص(291).

ويعد هذا الإنذار الرسمي ضروريا لافتتاح إجراءات الشفعة، ويترتب عليه أن يكون على الشفعاء الشركاء الراغبون في الأخذ بالشفعة أن يعلنوا رغبتهم فيها، وإلا سقط حقهم في الشفعة إذا انقضت مدة ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي دون إعلان رغبتهم. ويشترط في هذا الإنذار أن يكون رسميا أي على يد محضر قضائي، فإذا اتخذت وسيلة أخرى لهذا الإجراء فإنه يقع باطلا، ولا يؤدي إلى افتتاح ميعاد الثلاثين يوما المسقط لحقه في الأخذ بالشفعة، حتى ولو كانت هذه الوسيلة ثابتة

التاريخ. [35] ص(204)، [27] ص(292)

ويجب أن يشتمل هذا الإنذار الرسمي تحت طائلة البطلان على البيانات الواردة في نص المادة 800 ق.م.ج، والمماثلة للمادة 941 من القانون المدني المصري، وهي:

❖ بيان الحصة الشائعة من العقار الجائز أخذها بالشفعة بيانا كافيا، ويقصد بذلك البيان الذي يكون من شأنه تعريف الشريك الشفيع أو الشركاء بالحصة الشائعة تعريفا نافيا للجهالة.

❖ يجب أن يتضمن الإنذار الرسمي بيان الثمن والمصروفات الرسمية.

❖ يجب أن يتضمن كذلك شروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه، ومهنته، وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق.م.ج

✓ ميعاد إعلان الرغبة وكيفيته: يجب على كل شريك شفيع أراد أن يأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، الذي يوجهه إليه المشتري أو البائع الشريك وإلا سقط حقه في ممارستها، ويزاد عند الاقتضاء مدة المسافة إذا كان موطن البائع الشريك و المشتري يتطلب وقتا إضافيا، وهذه المدة في القانون المصري خمسة عشر يوما، وفي القانون اللبناني عشرة أيام، وتعتبر هذه المدة ميعاد سقوط وليست مدة تقادم، وبالتالي لا يرد عليها وقف أو انقطاع،

[20]ص (612)

ويشترط في هذا الإعلان أن يكون على شكل تصريح بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان باطلا، ويشترط كذلك في هذا التصريح أن يكون مسجلا وإلا فلا يمكن الاحتجاج به ضد الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 801 ق.م.ج بقولها " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا"، والمقصود بعبارة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، أنه يجب أن يعلن التصريح بالرغبة بواسطة محضر قضائي، على أساس أن هذه الصياغة صدرت عندما كانت مصلحة التبليغات تتم على مستوى كتابة الضبط، حيث بمجرد صدور قانون رقم 91-03 المؤرخ في 1991/01/08، المتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي الذي جعل منه ضابط عموميا، لكنه يعمل لحسابه الخاص، ومنذ ذلك التاريخ ألغيت مصلحة التبليغات والتنفيذ من المحاكم، مما يستدعي تعديل نص المادة 801 ق.م.ج، لتصبح كالآتي " يبلغ إلى البائع والمشتري عن طريق المحضر القضائي"، [35] ص (219)

ويجب أن يوجه إعلان إلى كل من البائع الشريك والمشتري في موطن كل منهما، وإعلان الرغبة لأحدهما لا يغني عن الآخر، ولكن لا يلزم إعلان كل منهما في نفس الوقت بل المهم أن يتم الإعلان خلال المدة المحددة له، وهذا ما قررت المحكمة العليا في اجتهادها القضائي، في حكمها المؤرخ في 2000/05/31، حيث قررت المبدأ الآتي: " القضاء برفض دعوى ممارسة حق الشفعة

لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان، واكتفائهم بوضع ثمن والمصاريف لدى الموثق يعد تطبيقاً سليماً للقانون» [36] ص (233)

وفي صدد هذا الحكم علقت رئيسة القسم بالغرفة العقارية بقولها: «رفضت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الطعن بالنقض المرفوع ضد القرار المطعون فيه من حيث أن قضاة الموضوع أحسنوا تطبيق القانون عندما رفضوا دعوى المدعين، الذين قصدوا ممارسة حق الشفعة بدون احترام الإجراءات المقررة في المادة 801 من القانون المدني، إذ اكتفوا بإيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق بدون احترام إجراءات التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، وبدون تبليغ التصريح المذكور للبائع والمشتري قبل رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة طبقاً لمقتضيات المادة 802 من القانون المدني.» [36] ص (233)

✓ مشكلة توالي البيوع: تنص المادة 797 ق.م.ج على «إذا اشترى شخص عقار تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها»، ويتضح من هذا النص أنه إذا اشترى شخص حصة شائعة من عقار تجوز فيها الشفعة ثم باعها إلى آخر قبل أن يعلن الشريك الشفيع أية رغبة في الشفعة أو قبل أن يسجل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسري في حق الشريك الشفيع، ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها الأخير، وتطبق نفس القاعدة إذا توالى البيوع بعد ذلك، وذلك بشرط أن تكون الشفعة جائزة في البيع الثاني بحيث لا يوجد أي مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه، المنصوص عليه في المادة 798 ق.م.ج، ويشترط كذلك ألا يكون البيع سوريا وللشفيع الشريك في هذه الحالة إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا نجح في ذلك ظل البيع الأول وحده هو القائم، بحيث تصح الشفعة فيه، ويترتب عن ذلك توجيه إجراءات الشفعة إلى الشريك البائع الأول. [35] ص (223-224)

• إيداع الثمن:

يجب على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة أن يودع بين يدي الموثق الثمن الذي حصل به البيع كله بالإضافة إلى المصاريف، وذلك خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، ويشترط في هذا الإيداع أن يكون قبل رفع دعوى الشفعة، فإذا مضت هذه المدة دون أن يتم الإيداع سقط حق الشفيع في الشفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 801/2 ق.م.ج، وهي تقابل المادة 942/2 من القانون المدني المصري.

ويوجب القانون على الشفيع إيداع كل الثمن الذي حصل به البيع، وذلك قصد ضمان جديته في طلب الشفعة، ويعتبر الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع حتى يتمكن الشريك الشفيع من إثبات صوريته، فإذا قدر الشفيع أن الثمن المذكور في العقد سوريا، وأن الثمن الحقيقي

أقل منه، فإنه يستطيع أن يودع ما يقدر أنه الثمن الحقيقي، بشرط أن يثبت ذلك، وإلا سقط حقه في الشفعة، على أساس أنه تخلف عن القيام بما فرضه القانون من وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع قبل رفع الدعوى، لذلك فالأفضل للشريك الشفيع في هذه الحالة أن يودع الثمن المسمى في العقد ثم يثبت صورته أثناء النظر في الدعوى. [27] ص (297)

ويقصد بالمصاريف، رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت، ويترتب عن عدم القيام بذلك سقوط الحق في الأخذ بالشفعة.

ويترتب على عدم إيداع الشريك الثمن أو أودعه بعد الميعاد، أو أودع مبلغاً أقل من الثمن الحقيقي، فإن حقه في الشفعة يسقط بصفة نهائية، فلا يكون له معاودة الإجراءات مرة أخرى، بصدد العقد المشفوع فيه، ويتعلق هذا الجزاء بالنظام العام، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [35]ص(225)

• رفع الدعوى:

تنص المادة 802 ق.م.ج على أنه «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق»، وتقابل المادة 943 من القانون المدني المصري [27] ص(299)

ويتضح من هذا النص أن دعوى الشفعة يرفعها الشريك الشفيع على كل من المشتري والبائع الشريك، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر كانت غير مقبولة، وفي حالة تعدد المشترون أو الشركاء البائعون وجب رفعها عليهم جميعاً.

ويجب أيضاً أن ترفع دعوى الشفعة، وتفيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالأخذ بالشفعة من طرف الشريك الشفيع، فإذا كان التصريح قد تم للبائع والمشتري في يومين مختلفين فالمدة تحسب من تاريخ آخر إعلان.

أما عن اختصاص المحكمة في النظر في دعوى الشريك الشفيع فهي من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، القسم العقاري، وفقاً للمادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [39] التي تنص «يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، والمادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على «ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:6/ في الشفعة.....» .

ومن المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في دعوى الشفعة اجتهادها القضائي في الحكم المؤرخ في 1999/10/27، حيث قررت المبدأ الأتي « من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان وإلا سقط الحق ». [36] ص (227)

وفي هذا الصدد علقت رئيسة قسم الغرفة العقارية على هذا الحكم بقولها « قبلت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الطعن بالنقض المرفوع ضد القرار المطعون فيه ونطقت بنقضه معتمدة على الوجه الأول للطعن المأخوذ من الخرق والخطأ في تطبيق القانون من حيث أن قضاة الموضوع قرروا بخصوص قضية الحال قيام سقوط دعوى الشفعة، في حين أن المادتين 801 و802 من القانون المدني تتضمنان إجراء يتعلق بالتصريح بالشفعة بموجب عقد رسمي وتبليغ هذا العقد تحت طائلة البطلان وقررت المحكمة العليا بأن يسري أجل سقوط الدعوى القضائية الوارد في المادة 802 من القانون المدني ابتداء من تاريخ تبليغ المحرر المتضمن التصريح بالشفعة للبائع والمشتري » [36] ص (231)

4.4.2.1. إسقاط الشفعة

تنص المادة 807 ق.م.ج على أنه « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع
- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع
- في الأحوال التي نص عليها القانون « وهي تقابل المادة 948 من القانون المصري، و246 لبناني [27] ص (309)

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري عدد مسقطات الشفعة وحصرها في ثلاثة حالات

وهي:

• نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

يسقط حق الشريك الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا تنازل عنها، سواء أكان سابقا على البيع المشفوع فيه أو لاحقا له، ويستوي أن يكون هذا النزول صريحا أو ضمنيا، ويتحقق النزول الضمني بصدور أي عمل أو تصرف من الشريك الشفيع يدل على ذلك، ومن ذلك أن يقوم الشفيع الشريك بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري، وبالنظر إلى خطورة ما يترتب على النزول من إسقاط الشفعة، فينبغي التشدد في استخلاص النزول الضمني، فلا يمكن استخلاصه إلا إذا كان قد صدر من الشفيع فعلا أو تصرفا يدل دلالة قاطعة على تركه الشفعة، كما أن للشفيع الشريك أن ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة طالما لم يصدر حكم نهائي في دعوى الشفعة، وبمجرد صدور الحكم النهائي فإن

الشفيع الشريك يصبح طرفا في العقد، وبعد تسجيله يصبح مالكا للعقار المشفوع فيه، كما أنه إذا تنازل الشفيع الشريك عن حقه في الشفعة، فإن هذا التنازل يسري في حق خلفه العام والخاص. [20] ص ص (644-645)، [27] ص ص (310-311)

• إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع:

يسقط حق الشفيع الشريك بالأخذ بالشفعة إذا مرت سنة كاملة من تسجيل المشتري عقد البيع في مصلحة الشهر العقاري، هذا في القانون المدني الجزائري، أما في القانون المدني المصري، فإن هذه المدة محددة بأربعة أشهر، وتتحقق هذه الحالة إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع الشريك إنذارا رسميا بوقوع البيع، أو إذا كان الإنذار باطلا.

وقد اعتبر المشرع الجزائري تسجيل المشتري لعقد البيع في الشهر العقاري، وسيلة كافية وقاطعة لإعلام الشفيع بالبيع علما كافيا، بحيث لا يجوز له إدعاء عدم علمه بذلك البيع بعد تسجيله، فالتسجيل يعتبر قرينة قاطعة لا يقبل إثبات عكسها بعلم الشريك الشفيع بالبيع، ويترتب عن ذلك أنه يجب على الشريك الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال مهلة سنة، وإلا سقط حقه في الشفعة. [35] ص ص (214-215)

• سقوط الشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون:

تتمثل هذه الحالات في مخالفة الشريك الشفيع إحدى أحكام الأخذ بالشفعة المنصوص عليها في القانون وهي:

- ✓ مخالفة أحكام إعلان الرغبة ، وهذا ما نصت عليه المادة 799 ق.م.ج
- ✓ مخالفة أحكام إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق، وهذا ما نصت عليه المادة 801 ق.م.ج
- ✓ مخالفة أحكام توجيه الإنذار، وهذا ما نصت عليه المادة 799 ق.م.ج
- ✓ مخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 802 ق.م.ج
- ✓ سقوط الحق في الشفعة عند عدم الإنذار وعدم تسجيل البيع بمضي مدة خمسة عشر عاما على البيع، دون إعلان الرغبة خلالها.

• أثر موت الشفيع الشريك على الأخذ بالشفعة [20] ص ص (648-645)، [34] ص ص (272-276) [27]، (276) ص ص (313-134)

السؤال الذي يطرح هنا يتعلق بمعرفة الحكم إذا توفي الشفيع بعد البيع وقبل أن يتم الأخذ بالشفعة، فهل ينتقل حق الأخذ بالشفعة إلى الورثة، أم يسقط الحق بالوفاء؟ وقد اختلفت الآراء في هذا الشأن، غير أن الرأي السائد في الفقه القانوني والشريعة الإسلامية، وفي القضاء المصري يذهب إلى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، بل ينتقل إلى ورثته

بانتهاء العقار المشفوع به، و المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري لم ينص على هذا الفرض، خلافا للمشرع اللبناني الذي نص صراحة عليه في المادة 243 من قانون الملكية العقارية على انتقال حق الشفعة إلى الورثة بقولها « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته » .
غير أنه بالرغم من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا في حالة عدم وجود نص تشريعي، ما دامت الشفعة مصدرا للشريعة الإسلامية، فإنه يجب على القاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتقرير حكم انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى الورثة، كون أن جمهور الفقهاء متفقون على انتقاله.

5.4.2.1. آثار الأخذ بالشفعة من قبل الشريك الشفيع

تظهر آثار الشفعة في القانون المدني الجزائري من خلال المواد 804 إلى 806 ق.م.ج، ويتبين من تلك النصوص أن الأثر الأساسي الذي يترتب على الأخذ بالشفعة من طرف الشريك هو انتقال ملكية الحصة الشائعة المبيعة من العقار إلى الشفيع الشريك، فذلك الهدف النهائي لنصوص المقررة للشفعة، كسبب من أسباب الملكية، ويتفرع عن هذا الأثر أن يكون للشفيع الشريك تسلم العقار، وله أيضا الحق في الضمان، وعليه في المقابل دفع الثمن وملحقاته، ويقضي أيضا بيان حكم التصرفات التي قد يكون المشتري أجراها بشأن العقار المشفوع فيه، كل هذه الآثار سنتناولها بنوع من التفصيل في النقاط التالية:

• انتقال ملكية العقار إلى الشفيع الشريك:

تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري الأجنبي إلى الشريك الشفيع عند الأخذ بالشفعة، سواء تمت بالتراضي، أو بحكم قضائي نهائي، فإذا تمت الشفعة بالتراضي وسلم المشتري للشفيع الشريك بحقه بالأخذ بالشفعة وكان المشتري قد سجل عقد بيعه، فيجب عليه أن يفرغ ذلك الإقرار في شكل رسمي أمام الموثق، ويجب شهره وتسجيله في المحافظة العقارية وفقا لأحكام الشهر العقاري، أما إذا لم يتم المشتري بتسجيل عقده، فإن الإقرار بتسليم يجب أن يكون موقعا من البائع الشريك والمشتري والشفيع، ويفرغ في شكل رسمي كذلك، كما يجوز للموثق أن يحرر عقد بيع جديد بين البائع الشريك والشفيع الشريك الأخذ بالشفعة بالإضافة إلى المشتري الذي يوقع معهم إثباتا لتسليمه بالشفعة، ويجب أن تخضع هذه الإجراءات للشهر كذلك، حيث تقوم مصلحة الإشهار بالتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة. [35] ص ص (285-286)

أما إذا تمت الشفعة بواسطة حكم قضائي، فإنه يجب أن يسجل هذا الحكم ويشهر في المحافظة العقارية، وهذا ما نصت عليه المادة 803 ق.م.ج حيث نصت على أنه « يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري »، هذا

ونظرا لأن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل فإنه يجب شهر الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفعة، ويترتب عن ذلك امتلاك الشفيع الشريك العقار من وقت تسجيل الحكم لا من تاريخ إصدار الحكم، ومن ثم يعتبر الحكم الصادر بثبوت الشفعة منشأ لحق الشفيع الشريك، وليس مقررا له.

وعلى هذا الأساس فإذا تم التسجيل والإشهار على نحو ما تقدم، فإن الشريك الشفيع لا يمتلك العقار المشفوع فيه، إلا من وقت صدور الحكم أو إقرار المشتري بحق الشفعة للشفيع الشريك، ومن هذا الوقت يجوز لشفيع الشريك أن يتصرف في العقار المشفوع فيه بأي نون من أنواع التصرفات التي أجازها له القانون في الملكية الشائعة باعتباره مالكا للحصة الشائعة العقارية. [38] ص (796)

• تسلم الشفيع الشريك للحصة المبيعة من العقار:

إذا تم للشفيع الشريك أو الشركاء الشفعاء الأخذ بالشفعة سواء بالاتفاق أو بحكم قضائي، يكون له الحق في تسلم الحصة الشائعة المبيعة من العقار، ويتحقق هذا التسليم من المشتري الأجنبي بخروجه كونه واحد من الشركاء، ويترتب عن ذلك أنه إذا هلكت الحصة الشائعة المبيعة من العقار، تحمل الشركاء تبعية الهلاك بالإضافة إلى الشريك الذي أخذ بالشفعة، فإذا لم يحدث التسليم تحمل المشتري الأجنبي مع الشركاء تبعية الهلاك على أساس أنه أصبح واحد من الشركاء.

ويقتضي تسلم الشريك الشفيع للحصة الشائعة المبيعة من العقار، استحقاقه ثمار تلك الحصة من يوم إيداع الثمن، وليس من وقت صدور الحكم، وذلك بقدر نصيب تلك الحصة، وهذا يراه جانب كبير من الفقه على أساس أنه من غير المقبول أن يلزم الشفيع الشريك بإيداع الثمن، ويحرم من استعمالها ويحرم في ذات الوقت من الثمار في الفترة الممتدة بين إيداع الثمن وصدور الحكم. [27] ص (319)

ويترتب عن ذلك أن كل الثمار التي رجعت للمشتري الأجنبي من الحصة الشائعة من العقار الشائع ملزم بإرجاعها للشفيع الشريك، ويثور التساؤل بصدد حق الشفيع الشريك في تسلم العقار المبيع عن حكم البناء أو الغرس التي قد يكون المشتري الأجنبي أقامها، وفي هذا الصدد تنص المادة 805 ق.م.ج على أنه « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس.

أما إذا حصل البناء أو الغرس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغرس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل، أو نفقات الغرس. « وهي تقابل المادة 964 من القانون المصري، و249 من قانون الملكية العقارية لبناني [27] ص (319)، وهذا النص لا يثير إشكال في الملكية الشائعة، على أساس أن أعمال البناء والغرس، تعد من أعمال الإدارة غير المعتادة التي اشترط فيها المشرع الجزائي للقيام بها وجود ثلاثة أرباع أنصبة المال الشائع للشركاء، فإذا بنى المشتري الأجنبي مع باقي الشركاء الذين يملكون

أنصبة ثلاثة أرباع العقار الشائع، بالإضافة إلى نصيب المشتري الأجنبي، قبل إعلان الرغبة في الشفعة، التزم الشفيع الشريك الذي حل محل المشتري الأجنبي بدفع نفقات البناء كونه أصبح من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع، الذين أعطى لهم القانون الحرية في إحداث تغييرات أساسية في المال الشائع العقاري تحت رقابة المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 717 ق.م.ج السابقة الذكر.

أما إذا حصل البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة وانظم المشتري الأجنبي إلى الشركاء الذين يملكون مجموع ثلاثة أرباع المال الشائع العقاري، فإن الشريك الشفيع لا يلتزم بما التزم به المشتري الأجنبي، ومن ثم لا يكون لهذا المجموع ثلاثة أرباع المال الشائع العقاري، فلا يجوز لهم إحداث البناء في العقار الشائع، أما في حالة وجود هذه النسبة بدون حصة المشتري الأجنبي، فإن الشفيع يكون من الأقلية التي لها حق التظلم إلى المحكمة من أعمال الأغلبية المقررة قانوناً.

وإذا قام المشتري الأجنبي بالبناء بمفرده على أرض مفرزة، فإن عمله هذا يشكل ضرراً بحقوق باقي الشركاء، سواء قبل إعلان الرغبة أو بعد إعلانها، فالشركاء في هذه الحالة طلب هدم البناء وإزالته، أو الموافقة عليه ومشاركته في البناء وذلك بدفع نفقاته ومصاريفه. وكما سبق بيانه، إن البناء أصبح يتطلب قبل الشروع فيه رخصة من السلطات الإدارية المختصة، وعلى هذا الأساس فلا يمكن للمشتري الأجنبي القيام به بمفرده، وإلا كان عمله غير مشروع يستوجب هدم بنائه من طرف السلطة الإدارية، ومن ثم يستعمل أن يقوم به.

• حق الشفيع في الضمان:

تنص المادة 804 ق.م.ج على أنه: «يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة»، وهي تقابل المادة 945 من القانون المدني المصري، و253 من القانون الملكية العقارية اللبناني [27] صص(221-222)، ويتضح من هذا النص أن البائع الشريك هو الذي يلتزم بالضمان نحو الشفيع الشريك، ويعتبر هذا الضمان نتيجة لحلول الشفيع الشريك محل المشتري الأجنبي.

ويترتب عن ذلك أنه إذا استحق العقار للغير، أي تثبت ملكيته كلياً أو جزئياً للغير أو ظهر حق عيني آخر عليه لشخص آخر، وذلك بعد التسليم للشفيع بالشفعة أو حكم القاضي له بها حكماً نهائياً و تم الشهر، التزم البائع بضمان الاستحقاق دون المشتري.

وكنتيجة لحلول الشفيع محل المشتري الأجنبي، أنه إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري، على تعديل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو بالإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط بسري على الشفيع الشريك، وهذا معنى قول المشرع أن يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. [35] ص ص(289-290)، [27] ص ص (321-322)

• التزام الشفيع الشريك بالثمن ومصروفاته:

إذا تمت الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي، وجب على الشفيع الشريك دفع الثمن، ففي حالة تمامها بالتراضي، ولم يكن قد تم إيداع الثمن لدى الموثق، ولم ترفع دعوى الشفعة فإن على الشفيع الشريك دفع الثمن إلى البائع، وهذا إذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه إذ يكون الثمن في هذه الحالة مستحقا للبائع وإذا دفعه المشتري يكون الثمن من حقه، وفي حالة تمامها بالتقاضي التزم الشفيع الشريك بما فرضه المشرع على الشفيع من وجوب إيداع كل الثمن الذي تم به البيع والمصاريف لدى الموثق الذي حرر عقد التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة وفقا لأحكام المادة 801 ق.م.ج [20] ص(661)، [35] ص(291)

ويلتزم الشفيع الشريك بدفع ملحقات ومصاريف البيع، وتشتمل الملحقات الثمن، نفقات عقد البيع سواء كانت رسمية أو غير رسمية، كرسوم التسجيل والسمسرة إذا بيعت الحصة الشائعة من عقار شائع بواسطة وكالة عقارية، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في المادة 801/2 ق.م.ج لم يلزم الشفيع الشريك بأن يودع ملحقات الثمن لدى الموثق، وإنما أوجب عليه إيداع الثمن والمصاريف، أما عن المصاريف فإنها تشمل المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها على الحصة الشائعة من العقار المشفوع فيها، ويقصد بهذه المصروفات تلك التي تقتضي أعمال الحفظ والترميمات أو الإصلاحات أو التحسينات التي تهدف إلى المحافظة على العقار الشائع التي أنفقها المشتري الأجنبي باعتباره شريك في المال العقاري منذ انتقال ملكية الحصة الشائعة من العقار له. [27] ص(322)

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الثمن مؤجلا فلا يحق للشفيع الشريك أن ينتفع بهذا الأجل، إلا برضاء البائع وهذا ما نصت عليه المادة 804 ق.م.ج بقولها «.... إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع....»

• آثار تصرفات المشتري في الحصة الشائعة المشفوع فيها من العقار الشائع:

قد يجري المشتري بعض التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب حقوقا للغير على الحصة الشائعة من العقار المشفوع فيها، فيثور التساؤل عن حكم هذه التصرفات نحو الشفيع الشريك، وفي هذا الصدد نصت المادة 806 ق.م.ج على أنه « لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو

ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار. ، وهذه المادة تقابل المادة 947 من القانون المدني المصري، و 250 من قانون الملكية العقارية اللبناني[27] ص (325-326)

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري ميز بين التصرفات التي يجريها المشتري قبل شهر أو تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، وتلك التي تتم بعد شهر إعلان الرغبة[35] ص ص(299-303)، [20]ص ص(670-673)،[38] ص ص(680-681)

✓ قبل تسجيل إعلان الرغبة: فقبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فإن التصرفات التي يجريها المشتري الأجنبي على الحصة الشائعة المشفوع فيها تكون صحيحة، ويختلف حكمها بحسب نوع التصرف بالنسبة للشريك الشفيع، فإذا كان التصرف مما لا يجوز الشفعة فيه كالهبة أو المقايضة، كان التصرف نافذا في حق الشفيع الشريك، ولا يجوز له أن يطلب الشفعة فيه، شريطة أن يكون التصرف مسجلا حتى يحتج به على الشفيع الشريك، وإذا كان التصرف الذي قام به المشتري الأجنبي ببيعاً، فلا يجوز للشفيع أن يشفع إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها المشتري الأجنبي ، وفي حالة ترتب حق عيني عقاري أصليا أو تبعا على الحصة الشائعة المشفوع فيها، من قبل المشتري الأجنبي، و تم تسجيله أو قيده في المحافظة العقارية، قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فإن هذا الحق ينفذ في مواجهة الشفيع الشريك، ويتلقى الحصة الشائعة من العقار محملة به.

✓ بعد تسجيل إعلان الرغبة: بعد تسجيل إعلان الرغبة، فإن هذا التسجيل يعتبر حجة على الغير، وبالتالي لا يسري في حق الشفيع الشريك أي تصرف أجراه المشتري الأجنبي على الحصة الشائعة من العقار الشائع المشفوع فيها.

ويترتب عن ذلك إذا باع المشتري الحصة الشائعة المشفوع فيها بعد تسجيل الرغبة، فإن هذا البيع لا يسري في حق الشفيع الشريك، ويكون له الأخذ بالشفعة في البيع الأول وبشروطه، و لا يلزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة، كما أنه لا يسري في حق الشفيع الشريك أي حق عيني آخر رتبه المشتري على الحصة الشائعة من العقار المشفوع فيها، وينتج عن ذلك أنه إذا حكم للشفيع الشريك بالشفعة تنتقل إليه الحصة الشائعة من العقار خالية من أي حق رتبه المشتري عليها، مع الملاحظة أنه إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، فإن الدائنين المقيدة حقوقهم في هذه الحالة تبقى لهم الأولوية على الثمن الذي يسترده المشتري، وهذا ما تضمنته المادة 806 ق.م.ج السالفة الذكر » ... على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.....«

5.2.1. حق الشريك في طلب القسمة

لا شك أن البقاء في الشبوع هو أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما فيه من متاعب ومشاكل وخلافات بين الشركاء المشتاعين، ولذلك كان الأصل هو في عدم إجبار الشريك على البقاء في الشبوع، إلا بموجب نص أو اتفاق.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع لا ينظر إلى الشبوع نظرة ترحيب وتشجيع باعتباره في غالب الأحوال عقبة في سبيل استغلال المال الشائع استغلالا اقتصاديا على الوجه الأكمل، فهو يشجع الأفراد بالخروج منه دائما، وذلك بإعطائهم الوسيلة القانونية التي تمكنهم من فض وضعية الشبوع، وتتمثل هذه الوسيلة في حق طلب القسمة.

وتعد القسمة من أهم أسباب انقضاء الشبوع، وقد عنى المشرع الجزائري بها عناية كبيرة فأفرد لها قواعد خاصة من حيث الإجراءات والآثار على السواء، مما يجعلها تنفرد عن الأسباب الأخرى للانقضاء الشبوع، فقد ينتهي الشبوع بتصرف قانوني ويتم ذلك بإجماع الحصص في يد شخص واحد، كأن يشتري أحد الشريكين حصة الآخر، أو يوصي أحد الشركين للآخر بحصة من المال، وقد ينتهي بواقعة قانونية كأن يرث أحد الشركاء أنصباة الآخرين، أو يكسب الشخص ملكية الشيء الشائع كله بالتقادم، أو أن يشتري أحد الشركاء أنصباة الباقيين [12] ص(134)، [11] ص (66)، فكل هذه السباب تخضع أغلبها للقواعد العامة، وبالتالي لا تحتاج إلى دراسة خاصة، خلافا للقسمة التي تحتاج ذلك، إذ يعد الحق في طلب القسمة من أهم الحقوق التي يتمتع بها كل واحد من الشركاء،

ونعرض بشأن دراسة الحق في طلب القسمة إلى تحديد مفهوم القسمة ثم كيفية إجرائها وأخيرا الآثار التي ترتبت عليها.

1.5.2.1. مفهوم القسمة

يتحدد مفهومها في إعطاء تعريفا لها، وبيان خصائصها والقيود التي ترد عليها .

• تعريف القسمة: نصت المادة 722 ق.م.ج على أنه « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق.

ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة، نفذ الإتفاق في حق الشريك، وفي حق من يخلفه. «، وتقابل المادة 834 من القانون المدني المصري، المادة 788 سوري، و 843 ليبي، و 1070 عراقي، و 840 و 841 لبناني، و 830 كويتي. [5] ص(292)

ويتضح من النص السابق أن الأصل أن يكون لكل شريك الحق في طلب القسمة ليتخلص من حالة الشروع، بشرط أن يكون غير مجبر على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق والقسمة التي يتخلص الشريك من حالة الشروع هي تهدف إلى إخراج المالك من المال الشائع إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء، و القسمة بهذا المعنى تعني إفراد الحصص الشائعة بعضها من بعض بمقياس ما(المتر، الوزن ، الكيل).[40] ص(223)

ويترتب عن ذلك إزالة وصف الشروع عن الملكية، وتعطيها وصف الاستثناء والإفراز، ولذلك تسمى عادة بالقسمة النهائية وهي بهذا المعنى تختلف عن قسمة المهايأة التي تستبقي الشروع في الملكية، ولكن مع تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بين الشركاء على نحو مفرز. وإذا كان من شأن القسمة إنهاء الشروع وفضه، فليس معنى ذلك أن تكون هذه القسمة كاملة وشاملة لكل الأشياء الشائعة، فإذا كانت في الأصل كذلك، فإنها في حالات أخرى قد تكون قسمة جزئية.

[20]ص ص(194-195)

• خصائص حق طلب القسمة: يتميز حق طلب القسمة بخصائص معينة هي: [12] ص ص(135-136)

✓ حق الشريك في طلب القسمة لا يقبل التنازل، وكل اتفاق يقضي بالتنازل عن طلب القسمة يعد باطلا.

✓ حق الشريك في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم، مهما طال مدة عدم استعماله، إذ يحق للشريك أن يمارسه في أي وقت، ومهما مضى من الزمن على قيام حالة الشروع، لأن هذا الحق مرتبط بوجود حالة الشروع، مما يجعله متجددا دائما و باستمرار.

✓ حق الشريك في طلب القسم لا يتأثر بوجود تنظيم يخضع له المال الشائع، إذ يجوز لكل واحد من الشركاء طلبه حتى ولو كان المال الشائع يخضع لإحدى طرق الانتفاع به.

• تقييد الحق في طلب القسمة: يخضع الحق في طلب القسمة إلى نوعين من القيود، وهذه القيود إما أن تكون ناتجة عن اتفاق، أو بحكم القانون، ونستعرض فيما يلي هذه القيود :

✓ القيد الاتفاقي: [21] ص(203)، [20] ص ص(197-199) في هذه الحالة يتفق الشركاء فيما بينهم على أن يلتزموا بالبقاء في الشروع مدة معينة، وعندئذ لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة، ويكون هذا الاتفاق نافذا حتى في حق خلف الشريك، سواء كان خلف عاما أو خاصا، ويشترط في هذا الاتفاق ألا يزيد مدته على خمس سنوات وهذا ما نصت عليه المادة 722/2 ق.م.ج « ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا تم تجاوز هذه المدة، نفذ الاتفاق في حق الشريك، وفي حق من خلفه. «، ويترتب عن ذلك أنه لو زادت المدة عن هذا الحد يبطل الاتفاق فيما يجاوز الخمس سنوات، وذلك ما لم يتبين أن الاتفاق ما كان ليتم لو علم

الشركاء أن مدته ستكون خمس سنوات، ففي هذه الحالة يبطل الاتفاق كله، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في شأن إنقاص العقد.

وإنما يجوز للشركاء بعد انقضاء المدة القانونية (خمس سنوات) أن يتفقوا على تجديدها، لكن لا يجوز الاتفاق مقدماً على أن يتجدد الاتفاق بعد انقضاء مدته لمدد أخرى متتالية، فإذا حصل أن اتفق الشركاء على مدة خمس سنوات جديدة قبل انقضاء المدة السابقة، فإن المدة الجديدة تحسب من وقت الاتفاق عليها، وليس من وقت انقضاء المدة السارية.

بالإضافة إلى ما سبق فإن حق الشريك في طلب القسمة قد يقيد شرطاً ورد في وصية، حيث يشترط الوصي على الموصى لهم بالمال الشائع عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة، شريطة أن لا يتجاوز مدته خمس سنوات المقررة قانوناً، وكان الباعث على هذا الشرط مشروع، فإذا لم يتحقق هذين الشرطين في شرط الوصية كان باطلاً لا يعتد به.

كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع من قبل بعض الشركاء دون البعض الآخر، فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لمن وافق عليه، بينما يجوز للأخرين طلب القسمة في أي وقت.

وفي هذا القيد قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 547042 المؤرخ في 2009/10/15 المبدأ التالي " لا يمكن الاتفاق على البقاء في الشروع لمدة تفوق خمس سنوات.

يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، الاتفاق بخصوص تركة شخص مازال على قيد الحياة "

[9]ص(124)

✓ القيد القانوني: إن القانون قد يقيد حق الشريك في طلب القسمة ويجبره على البقاء في الشروع بمقتضى نص في القانون ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 737 ق.م.ج على أنه "ليس للشركاء في المال الشائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشروع"، وتمثال المادة 850 من القانون المدني المصري، والمادة 805 سوري، و 854 ليبي، و 1081 عراقي، و842 لبناني، و847 كويتي[5] ص(336)، كما هو الحال في الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية، كالأرض المقام عليها تلك العقارات، وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فإنها لا تقبل القسمة، وهذه الحالة خاصة بالشروع الإجباري سنتعرض إليها في الفصل الثاني.

وقد يخول القانون للمحكمة سلطة منع القسمة مؤقتاً، وبالتالي البقاء في الشروع لمدة لا تزيد عن

خمس سنوات، وذلك إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، وكان من شأنها التعجيل بها أن يسبب ضرراً جسيماً لهؤلاء، جاز للمحكمة أن تأمر بتوقيف القسمة، وعلى هذا الأساس اشترط قانون الأسرة الجزائري أن يستأذن الولي أو الوصي أو المقدم أو القاضي عند قسمة

العقار وهذا ما نصت عليه المادة 88 و89 منه، حيث تنص المادة 88 من قانون الأسرة على « على الوالي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة....»

وتنص المادة 89 على « على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد»

2.5.2.1. كيفية إجراء القسمة

الأصل أن تتم القسمة بالتراضي أي باتفاق جميع الشركاء، وفي هذه الحالة تكون القسمة اتفاقية أو رضائية، فإن تعذر الاتفاق بين الشركاء، فيرفع الأمر إلى القضاء لإجرائها، فتكون القسمة في هذه الحالة قسمة قضائية أي بحكم قضائي، ونستعرض فيما يلي هذين النوعين من القسمة كالآتي:

● القسمة الاتفاقية أو الرضائية: نصت على هذه القسمة المادة 723 ق.م.ج بقولها «يستطيع الشركاء إذا تعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون» وتمثل المادة 835 من القانون المصري، و المادة 789 سوري، و844 ليبي، و1071 عراقي، و941 لبناني، و831 كويتي. [5] ص(293)

ويتضح من نص هذه المادة أن القسمة الرضائية أو الاتفاقية تتم باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بالطريقة التي تراضوا عليها، وذلك بأن يأخذ كل واحد منهم نصيبه مفرزا من هذا المال، وعلى هذا الأساس فالفقه يرى أن القسمة الاتفاقية ما هي إلا عقد كسائر العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلله المال الشائع، ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام العقود، فلا بد من وجود تراضي بين الشركاء، وتوافر الأهلية لجميع الشركاء، وخلو الإرادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع. [23] ص(385)

ويترتب على ذلك أنه يجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ، كما أنه تخضع هذه القسمة إلى القواعد العامة في الإثبات، فإذا زادت قيمة المال الشائع المراد قسمته على 100.000 دج - كما هو غالب - فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم الكتابة، أما إذا لم تزد القيمة على 100.000 دج فإنه يجوز إثبات القسمة الاتفاقية بالبينة والقرائن، وهذا ما نصت عليه المادة 333 ق.م.ج.

ويتضح من خلال ما سبق أن القسمة الاتفاقية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا ويشترط فيها حضورهم وتمتعهم بالأهلية الكاملة، كما أنه يتعين الرسمية وتسجيلها في مصلحة الشهر إذا وقعت على عقار، وأن لا يقع أحد الشركاء في غبن، بالإضافة إلى هذه الشروط فإن المشرع الجزائري

أورد شرطا آخر بخصوص الأراضي الفلاحية، حيث اشترط لقسمتها أن تكون قابلة للتجزئة، ونعرض فيما يلي لهذه الشروط:

✓ استلزام الإجماع: استلزم المشرع الجزائري شأنه شأن أغلب التشريعات العربية، الإجماع الذي لا يكون إلا باتفاق جميع الشركاء لحدوث هذه القسمة، وبالتالي فلا يمكن أن تتم باتفاق الأغلبية، فحالة الشيوخ لا تنتهي بغير إجماع كل الشركاء على القسمة.

ويترتب على ذلك إذا اتفق البعض على القسمة الرضائية أو الاتفاقية دون البعض الآخر، فلا ينفذ عقد القسمة على الجميع، وإنما ينفذ فقط في حق الذين ارتضوا به، أما الآخرين فلا ينفذ في حقهم إلا إذا أقروه لاحقا، وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوخ. [28] ص (549)

وقد يصدر عقد القسمة الرضائية ويعبر عنه في صورة صريحة أو ضمنية، فالصريحة لا يثار فيها إشكال أما الضمنية فيصعب استخلاصها، غير أن الفقه يضرب لها صورا، فمثلا كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من عقار شائع لم تجر تسويته، يوازي حصته، ثم يتبعه الشركاء الآخرون، فيتصرف كل واحد منهم بحصة مفرزة أيضا تعادل نصيبه، فيعد تصرفهم على هذا الوجه، دالا على رضائهم بالقسمة الفعلية، التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء. [12] ص (140)

وأخيرا فإن لشركاء الاتفاق على الطريقة التي تتم بها القسمة، فلهم أن يختاروا على أن تكون القسمة عينية بمعنى فعلية، فيحصل كل منهم على نصيب مفرز من المال الشائع، ولهم أن يقسموا المال الشائع قسمة عينية بمعدل أو بغير معدل، بمعنى أن يحصل بعض الشركاء على نصيب من المال الشائع والنصيب الآخر يكون على شكل بدل نقدي، كما لهم أن يقوموا بالقسمة عن طريق البيع بالمزاد العلني، وهذا ما يعرف بالقسمة بطريقة التصفية إذا تعذرت قسمة المال الشائع قسمة عينية، فيحصل كل واحد من الشركاء على نصيبه من ثمن البيع. [27] ص ص (153-154)،

[28] ص (549)

✓ توافر الأهلية الكاملة للشركاء وحضورهم:

يجب أن يكون الشركاء حاضرين وكامل الأهلية عند انعقاد اتفاقهم بقسمة العقار الشائع، قسمة رضائية، و يعتبر كامل الأهلية كل من بلغ 19 سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 ق.م.ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

فإذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو فاقدا لها أو غائبا، أو مفقود، فلا تصح القسمة إلا بإتباع الإجراءات التي يفرضها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 723/2 ق.م.ج "..... فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

وفيما يتعلق بالإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية، فقد تضمنها قانون الأسرة الجزائري في المادة 88 التي أوجبت على ولي القاصر أن يستأذن القاضي في قسمة العقار، وعلى القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة ومصصلحة القاصر، كما أن للوصي والمقدم نفس سلطات الولي، وهذا ما نصت عليه المواد 100، 94، 111 من قانون الأسرة الجزائري، من ثم فللولي على القاصر والمقدم على فاقد الأهلية أو ناقصها أو على الغائب والمفقود، أن يستأذنوا القاضي عند إجراء قسمة عقار أو قسمة أموال منقولة ذات أهمية خاصة.

وما تجدر به الإشارة في هذه المواد أن قانون الأسرة الجزائري، اشترط الإذن فقط لإجراء القسمة دون التصديق عليها من طرف نفس القاضي، شأنه شأن المشرع المصري فحين أن بعض التشريعات اشترطت الإذن والتصديق من طرف القاضي لإجراء القسمة الرضائية، كالتشريع السوري في المادة 789 (مدني) والتشريع اللبناني في المادة 941 (موجبات وعقود).

[12]ص(141)،[27]ص(155)

فإذا تمت القسمة بدون الإذن السالف الذكر، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية عند رشده وبلوغه 19 سنة، ولا يحتج غيره بهذا البطلان، فيزول الحق في إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، من طرف ناقص الأهلية وهذا ما نصت عليه المادة 100 ق.م.ج، «والدعوى بإبطال عقد القسمة التي ترفع من ناقص الأهلية تسقط بانقضاء خمس سنوات من تاريخ زوال السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد» وهذت مت نصت عليه المادة 101 ق.م.ج.

ويستثنى من هذا الإذن تصرف الولي الشرعي إذا كان هو الأب فقط دون الجد فلا يلزم باستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية.

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أعطى سلطات واسعة لقاضي الأحوال الشخصية لحماية أموال القاصر، إذا حدثت منازعة في شأنها، فله مراقبة أموال القاصر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة أو بناء على طلب أي شخص له مصلحة في ذلك، حيث تنص المادة 465 ق.إ.م.إ بقولها «يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، أو بطلب من أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية»

ويجوز له في هذه المراقبة أن يستدعي كل شخص يرى سماعه مفيدا، وهذا ما نصت عليه

المادة 466 ق.إ.م.إ بقولها «عند قيام القاضي تلقائيا بمراقبة الولاية أو بناء على طلب النيابة

العامة، يجوز له استدعاء كل شخص يرى سماعه مفيدا.»

كما له قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر. وهذا ما نصت عليه المادة 467 ق.إ.م.إ بقولها «يمكن للقاضي، قبل الفصل في الموضوع، أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر، هذا الأمر غير قابل لأي طعن.».

✓ تسجيل عقد القسمة: يشترط في عقد القسمة الرضائية أو الاتفاقية، إذا كان محله عقارا، أن يفرغ في شكل رسمي، ويجب كذلك أن يسجل على مستوى المحافظة العقارية، حتى يكون نافذا بين الشركاء، وملزما للغير، وهو لا يصبح كذلك إلا منذ تاريخ تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، وهذا ما قرره المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في الحكم المؤرخ في 2002/06/18، حيث قررت المبدأ التالي «من المقرر أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية»، و من ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها، والأمر بإجراء قسمة للتركة يعد تطبيقا سليما للقانون.

وحيث أنه بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، ولا سيما المادة 16 التي تنص على أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، وأنه نتيجة لذلك فإن المجلس أبعده عن حق الوثيقة المؤرخة في 1973/03/04، وأمر بقسمة التركة. [36] ص (269)

ويتضح من هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا، لم ترتب على القسمة الودية غير المشهورة أي أثر قانوني، أما فيما يخص الرسمية في عقد القسمة فإنها لم تقر بالقسمة الودية التي تمت في عقد عرفي، وهذا ما يتضح بالمبدأ الذي قرره في الحكم المؤرخ في 2002/04/24 الذي نص على «القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي».

حيث أنه بالفعل وبالرجوع إلى القرار محل الطعن وأوراق الملف يتبين وأن الأطراف قد قاموا بقسمة ودية بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1993/09/19، وبالرجوع إلى المادة 324/مكرر 1 و 4 من القانون المدني، فإنها تنص على أن كل نقل ملكية عقار يجب أن يكون بعقد رسمي بالإضافة إلى أنه طبقا للمادة 16 من الأمر المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري «بأن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية» وبالتالي، وبقضائهم كما فعلوا فإن قضاة المجلس قد خالفوا المواد

المذكورة أعلاه، و عرضوا بذلك قرارهم للنقض والإبطال، وهذا بدون إجابة عن الأوجه الأخرى التي أصبحت بدون موضوع. [36] ص ص (269-272)

✓ أن لا يقع أحد الشركاء في غبن: أجاز المشرع الجزائري لكل واحد من الشركاء نقض القسمة الرضائية، إذا وقع في غبن يزيد على الخمس، وهذا ما نص عليه في المادة 732 ق.م.ج ” يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في تقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ” وهي تماثل المادة 845 من القانون المدني المصري و المادة 799 سوري، و 849 ليبي، و 1077 عراقي، و 214-949-947 لبناني، [5] ص (324)

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أشرط في القسمة الرضائية حتى تكون صحيحة ألا يقع أحد الشركاء في غبن يزيد عن الخمس وقت حدوث القسمة، وهذا الحكم خاص فقط بالقسمة الرضائية وحدها دون القسمة القضائية، على أساس أن القانون يحيط هذه القسمة الأخيرة بضمانات تكفل عدم وجود غبن وتحقق المساواة بين المتقاسمين.

وهذا الحكم حكم استثنائي خصه المشرع بالقسمة الرضائية فيمكن أن يكون في قسمة المال الشائع العقاري أو المنقول، خلافا في حالة الغبن في عقد البيع، الذي لا يكون إلا في عقار دون المنقول وهذا ما نصت عليه المادة 358 ق.م.ج ” إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع“.

وقد اشترط المشرع في الغبن الذي يسمح للشريك بطلب نقض القسمة، أن يزيد على خمس ما يستحقه من حصته، فإذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا يعتد به، ولا يجوز الطعن في القسمة بسبب الغبن، على أن يقدر هذا الغبن بالنظر إلى قيمة نصيب التقاسم وقت إجراء القسمة، وليس وقت نشوء الشيوخ أو وقت رفع الدعوى، وهذا ما قررته المحكمة العليا رقم 19926 المؤرخ في 1982/04/14 بقولها ” حيث أن العبرة في إظهار الغبن هي المقارنة بين قيمة أموال الشركة وقت القسمة وبين قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن.

حيث أن تقرير الخبرة الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقسيم أموال الشركة بصفة

إجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة

فكان على الخبير أن يقوم:

أولاً: بتقييم أموال التركة وقت القسمة، ثانياً : تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة، ثالثاً: ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد عن الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة“. [9] ص(129)

❖ دعوى الغبن في القسمة الرضائية: يجب أن ترفع دعوى نقض القسمة بسبب الغبن خلال السنة التالية للقسمة، أي بمرور سنة من تاريخ القسمة، وهذا الميعاد يعد من مواعيد السقوط فلا يقبل الوقف أو الانقطاع، ويترتب عن نقض القسمة بسبب الغبن عودة حالة الشيوخ من جديد بأثر رجعي فتعتبر القسمة كأن لم تكن، ومن ثم زوال كل التصرفات الشركاء في المال المفرز الذي وقع في نصيب كل منهم نتيجة القسمة [17] ص(151) ، ولشركاء المتقاسمين أن يتفادوا نقض القسمة إذا أكملوا للشريك الذي وقع في الغبن ما نقص من حصته، وهذا ما نصت عليه المادة 732/2 ق.م.ج، كما يجوز إكمال هذا النقص تقداً أو عيناً، ويجب أن يكون هذا الإكمال تاماً وليس ناقصاً أي كل ما نقص من حصة الشريك المغبون، فلا يكفي في هذه الحالة التكملة إلى 5/4 الحصة، كما هو الحال في تكملة الثمن إلى 5/4 قيمة العقار في حالة الغبن في بيع عقار.

ويرى بعض الفقه أنه يجوز للشركاء المتقاسمين توكي إبطال القسمة ونقضها بسبب الغبن، بإكمال ما نقص من حصة المغبون في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو كان لأول مرة أمام جهة الاستئناف، ويذهب العلامة الأستاذ السنهوري إلى أكثر من ذلك، حيث يرى أنه يمكن تقاضي نقض القسمة بإكمال نصيب المتقاسم المغبون حتى ولو صدر حكم نهائي ينقض القسمة، متى كان هذا الحكم لم ينفذ بعد ولم تجري قسمة جديدة. [7] ص(809) ، [27] ص(157)

ومن ضمن الأحكام التي قررتها المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في شأن الغبن في القسمة القضائية، حكمها المؤرخ في 2000/07/26، إذ قررت المبدأ التالي «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد على الخمس، ويجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، ومن ثم فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود غبن وبحجة أنها غير منصفة وجزئية، يشكل خطأ في تطبيق القانون»، حيث أنها أبطلت القرار المطعون فيه، عندما خالف قضاة الاستئناف، وصرحوا بأن القسمة الحاصلة بالتراضي قد جرت سنة 1956 بين الأطراف غير أنها غير منصفة وجزئية، ولكن حسب نص المادة 732 من القانون المدني يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة.

حيث أنه و بفصله عن نحو آخر، أخطأ المجلس في تطبيق نص المادة 732 من القانون المدني وإضافة إلى ذلك فإن القرار المطعون فيه مشوب بعييب تناقض الأسباب. [36] ص ص(279-281).

✓ يجب الحصول على رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية: إذ انصبت هذه القسمة على أرض فلاحية، أوجب المشرع الجزائري الحصول على رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة، تسلم من مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية، وهذا كله طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 97-490، المؤرخ في 20 ديسمبر 1997، [41] ، المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية [41] ، والهدف الذي أراده المشرع الجزائري من هذا الإجراء هو المحافظة على الأراضي الفلاحية، إذ حدد هذا المرسوم القياس المرجعي لكل الأراضي الفلاحية التي يجب تقسيمها.

● القسمة القضائية:

نصت على القسمة القضائية المادة 724 ق.م.ج على أنه « إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة. وتعين المحكمة، إن رأت وجها لذلك، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، إن كان المال يقبل القسمة عيننا، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته. »، وتقابل المادة 836 من القانون المدني المصري، و المادة 790 سوري، و 845 ليبي، و 1072 عراقي، و 942 لبناني. [5]ص(304)

يتضح من هذا النص أن القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء نظرا لاختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع، أي إذا لم يتوصل الشركاء إلى اتفاق جماعي بشأن قسمة المال الشائع فيكون لمن يرغب في الخروج من حالة الشروع، اللجوء إلى القضاء لإجراء القسمة، وذلك برفع دعوى على باقي الشركاء.

ويتم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة المال الشائع إذا لم يكن هناك إجبار بالبقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق، وهذا ما نصت عليه المادة 722 ق.م.ج، وكذلك إذا تعذر إجماع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية المادة 723 ق.م.ج، وكذلك يتم اللجوء على القسمة القضائية إذا كان من بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائبا ولم تأذن المحكمة لنائبه القانوني بإجراء القسمة أو بعد أن أذنت له المحكمة من حيث المبدأ ثم رفضت التصديق على عقد القسمة لعدم مراعاته للأسس التي وضعتها، ولم يحترم الإجراءات القانونية، كان للمحكمة في هذه الحالة الأخيرة من تلقائها اتخاذ إجراءات القسمة القضائية (المادة 464 إلى 468 ق.م.ج.).

وقد تسبق قسمة المهياة القسمة القضائية كإجراء مؤقت إلى حين انتهاء من القسمة النهائية، وهذا يحدث غالبا بعد إذ ترفع الدعوى بطلب القسمة القضائية و يتعكر صفو العلاقات بين الشركاء بما يصعب معه عليهم تسيير إدارة المال الشائع على نحو جماعي، فإنه قد يجدوا أنه لا سبيل أمامهم تغلبا على مثل هذه العقبات إلا بتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بينهم على سبيل المهياة إلى حين تمام القسمة النهائية [19] ص(350)، وهو ما قد يوفقون إليه بإجماعهم، فإذا تعذر اجماع رأيهم على

إجراء القسمة المهايأة، كان لأي من الشركاء مهما صغرت حصته، أن يطلب من المحكمة التي تنظر في دعوى القسمة النهائية، بقسمة المهايأة، ولها في ذلك الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 736 ق.م.ج.

وتبدأ القسمة القضائية برفع دعوى أمام المحكمة، من قبل الشريك الذي يريد الخروج من الشيوخ، والمحكمة أن تجري هذه القسمة في عدة صور، وهذا ما سنتعرضه فيما يلي:

✓ دعوى القسمة: في الحالات السابقة يكون لكل واحد من الشركاء المشتاعين الذي يرغب في الخروج من الشيوخ، أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء، أمام المحكمة المختصة، فإذا كان المال الشائع عقار، فقد حدد المشرع الجزائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الاختصاص بنظر دعوى القسمة للقسم العقاري على مستوى المحكمة، أيا كانت قيمة المال الشائع المطلوب قسمته، وهذا ما نصت عليه المادة 512 ق.إ.م.إ بقولها "ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:..... في القسمة وتحديد المعالم...."، فهذا الاختصاص نوعي، أما عن الاختصاص الإقليمي فقد حددته المادة 518 ق.إ.م.إ بقولها "يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، أما إذا كان المال الشائع المراد قسمته منقولاً، فإن الاختصاص بنظر في هذه القسمة فإنه يحدد وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص المنصوص عليها في المادة 32 والمادة 37 من ق.إ.م.إ.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المال الشائع عبارة عن شركة، فإن الاختصاص بنظر في المنازعات المتعلقة بها حددته المادة 498 ق.إ.م.إ، التي نصت على أنه "يؤول الاختصاص في دعاوى الشركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك الشركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، فإذا كانت دعوى القسمة ترفع لمن يرغب من الشركاء الخروج من الشيوخ فإنه يجب رفعها على باقي الشركاء، كما أنه يجب أن يمثل الجميع في الخصومة حتى يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة حجة عليهم، فإذا أغفل المدعي واحداً من الشركاء ولم يقيم هذا الشريك بالتدخل في الدعوى أو لم تأمر المحكمة بإدخاله، فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة لا يكون حجة عليه [27] ص(159)، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 264439 المؤرخ في 2002/09/11 المبدأ التالي "حيث أن دعوى القسمة لا تكون مقبولة إلا إذا رفعت على جميع الشركاء وذلك ما تقضي به المادة 724 من القانون المدني، وأن إدخال باقي الشركاء على مستوى جهة الاستئناف لا يكفي لتصحيح إجراءات رفع الدعوى، ومن ثم فإن قضاة الموضوع عندما صرحوا ببطلان إجراءات رفع الدعوى لم ينتهكوا أي قاعدة قانونية". [9] ص(123)

وقررت أيضا المبدأ التالي في قرارها رقم 282700 المؤرخ في 2004/12/11 » حيث وحسبما تقضي به المادة 724 من القانون المدني التي تقضي على أن يتم رفع الدعوى – في حالة ما إذا رغب أحد الشركاء في المال الشائع الخروج من حالة الشيوخ – على باقي الشركاء الآخرين وحيث أن رفع الدعوى على البعض دون البعض الآخر يترتب عليه عدم قبولها لإنتفاء الصفة، لأنه في هذه الحالة لا تثبت الصفة إلا لجميع الشركاء مجتمعين، وقبول الدعوى في غياب بعض الشركاء يعد انتهاكا لأحكام المادة 459 من ق.أ.م. وحيث أن ما قام به قضاة الموضوع من تكليف خبير للبحث عن وجود عقد تنزيل أحفاد المرحوم قدوري عبد القادر يعد ذلك من جانبهم تنازلا عن وظيفتهم لشخص لا يتمتع بصفة القاضي لأن مسألة البحث عن وجود عقد التنزيل هي من المسائل القانونية التي يختص بها القضاة وليست من المسائل الفنية

وحيث أن تنازلهم عن وظيفتهم لشخص لا يتمتع بصفة القاضي هو انتهاك للمبادئ الأساسية القضاء مما يعرض قضائهم للبطلان» [9] ص ص (123-124)

✓ طرق إجراء القسمة القضائية: الأصل أن تقوم المحكمة بإجراء القسمة عينا، وذلك بتجزئة المال الشائع إلى أجزاء محددة وإعطاء كل شريك جزء يعادل حصته فيه، غير أن هذه القسمة قد تكون غير ممكنة، كما لو كان المال الشائع سيارة مثلا، وفي حالات أخرى قد تكون القسمة العينية ممكنة، ولكن يترتب على إجرائها نقص كبير في قيمة أو منفعة المال الشائع، ففي هذه الحالات فلا يمكن إجراء القسمة العينية، فنتم القسمة بطريقة التصفية، ويقصد بذلك بيع المال الشائع وتقسيم ثمنه على الشركاء بحسب حصة كل منهم، كما أتاح المشرع الجزائري لدائني الشركاء بالتدخل في إجراءات القسمة القضائية، ومن ثم فالقسمة القضائية تقتضي تحديد القسمة العينية، والقسمة عن طريق التصفية، وكيفية تدخل الدائنين في إجراءات القسمة، وهذا ما سنستعرضه في النقاط التالية:

❖ القسمة العينية: هي تلك التي يقسم فيها المال الشائع إلى أجزاء مفرزة تتناسب وحصص الشركاء، وهي لا تجري إلا في الأشياء القابلة للتجزئة، التي لا تفوت المنفعة المقصودة فيها بالقسمة، أي تبدأ القسمة العينية بتكوين الحصص أولا، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 65223 المؤرخ في 1990/12/17 » من المقرر قانونا أن المحكمة تفصل في كل المنازعات المعروضة عليها وخاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الأساس بمصادقتهم على الخبرة دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص خاصة وأن الأطراف مازالوا في حالة الشيوخ يكونوا قد خالفوا القانون.» [9] ص (120)

ويشترط في الشيء القابل للقسمة العينية، أن يظل الانتفاع به ممكنا بعد تقسيمه أو أن لا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته. [12] ص (148)

والأصل أن يقوم القاضي بنفسه بإجراء القسمة العينية، ونظرا لتعلق هذه القسمة بعمليات حسابية وفنية، فإنه في الغالب يعين خبيرا أو أكثر ليتولى عملية القسمة، وذلك لتقويم المال الشائع وقت إجراء القسمة، وهذا ما نصت عليه المادة 724/2 بقولها "وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

والأصل أن تتم القسمة العينية بطريقة القرعة، فإن تعذر ذلك أمكن إجراء القسمة بطريقة التجنيب أو القسمة بمعدل.

- القسمة بطريقة القرعة:

في القسمة بطريقة القرعة، يقسم المال الشائع حصصا متساوية على أساس أصغر نصيب، ولو كانت القسمة جزئية تقتصر على إخراج بعض الشركاء من الشروع مع بقاء الآخرين، وهذا ما نصت عليه المادة 725 ق.م.ج " يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى ولو كانت القسمة جزئية...."، وهي تماثل المادة 837 من القانون المدني المصري، المادة 790 و791 سوري، و1072 عراقي، و942 لبناني[5] ص(308)، فإذا كان عدد الشركاء ثلاثة مثلا وكانت أنصبتهم النصف والثلث والسدس، قسم الخبير المال الشائع إلى ستة أجزاء متساوية في القيمة، فيكون بذلك للشريك الأول ثلاثة أجزاء و للشاني جزآن، وللثالث جزء واحد، ويتم توزيع هذه الأجزاء على الشركاء بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز أي الجزء الذي وقع في نصيبه بالقرعة، وهذا ما نصت عليه المادة 727 بقولها " تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز."، وهذا ما قررته المحكمة العليل في قرارها رقم 54849 المؤرخ في 1989/10/25 " من المقرر قانونا أن قسمة الملكية الشائعة تجري بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها.

ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون." [9] ص(120)

- القسمة بطريق التجنيب:

إذ تعذرت القسمة على أساس أصغر نصيب أو اتفق الشركاء جميعا على استبعاد هذه الطريقة تعين على القاضي إجراؤها بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزء مفرزا من المال الشائع يتناسب وحصته أي الجزء المفرز الذي جنبته له المحكمة، وتستطيع المحكمة أن تقرر إجراء القسمة بطريق التجنيب دون حاجة إلى موافقة الشركاء، متى قدرت تعذر إجرائها على أساس القرعة [12]ص(152)، ومثال هذه الحالة لو أن شخصين يملكان طابقا مؤلفا من شقتين على الشروع بنسبة

الثلاثين للأول والثالث للثاني، وكانت قيمة الشقة الأولى تعادل أربعة ملايين دينار، في حين أن قيمة الشقة الثانية تعادل مليونان دينار، جاز للخبير أن يخص الشريك الذي يملك ثلثي الطابق الشائع بالشقة الأولى، والشريك الذي يملك الثلث بالشقة الثانية.

والقسمة بطريقة التجنيب لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة، خلافا للمشرع المصري الذي نص عليها في المادة 1/839، والمشرع السوري في المادة 793، والكويتي في 835.

[5]ص(311)

- القسمة بمعدل:

وتكون هذه القسمة إذ تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل نقدي عما نقصه من نصيبه، وهذا ما نصت عليه المادة 725 ق.م.ج بقولها « وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه. »، ويجب تعويض الشريك الذي تعذر أن يختص بكامل نصيبه عينا، بمعدل نقدي عما نقص من نصيبه وذلك سواء كانت القسمة على أساس أصغر نصيب أو بالتجنيب، والعبرة في تقويم وتكوين الحصص المال الشائع هو وقت إجراء القسمة [27] ص(161)، [12] ص ص(152-153)، ومثال ذلك على أساس أصغر نصيب، فلو قسم الشيء الشائع إلى أجزاء على أساس أصغر نصيب، وكان جزء من هذه الأجزاء أقل في القيمة من سائر الأجزاء، فإن من يقع في نصيبه هذا الجزء يجب أن يعرض عما ينقص من نصيبه بمعدل نقدي، يلتزم به من تحصل من المتقاسمين على حصة عينية أكثر من نصيبه، ومثال ذلك في قسمة التجنيب، ففي المثال السابق، إذا فرضنا أن قيمة الشقة الثانية مليونان وتسعمائة دينار، جرت القسمة على أساس إعطاء الشريك الأول الذي يملك ثلثي الطابق الشقة الأولى، مضافا إليها مبلغ ستمائة دينار، تؤخذ من الشريك الذي اختص بالشقة الثانية، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 15130 المؤرخ في 1998/03/25 « من المقرر قانونا أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

ومن المقرر أيضا أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما

نقصه من نصيبه» [9] ص(127)

❖ القسمة بطريقة التصفية:

وهي التي تتم عن طريق بيع الشيء الشائع بالمزاد العلني، وقسمة ثمنه على الشركاء كل بحسب حصته، وهذا ما نصت عليه المادة 728 ق.م.ج بقولها « إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع. »، وهي تقابل

المادة 841 من قانون المدني المصري، المادة 795 سوري، و 845 ليبي، و 1073 عراقي، و 942 لبناني، و 836 كويتي [5] ص 313، ويتضح من هذا النص أنه لا يتم اللجوء إلى القسمة بالتصفية إلا إذا تعذرت قسمة المال الشائع عينا، سواء لطبيعته التي لا تقبل القسمة، كما لو كان حيوانا أو آلة أو شقة سكنية، أو كانت قسمة ذلك المال الشائع عينا تؤدي إلى نقص كبير في قيمته، وهو ما تقدره المحكمة بحسب سلطتها التقديرية بحسب ظروف الحال.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، الغرفة العقارية في اجتهادها القضائي في الحكم المؤرخ في 27/09/2000 [36] ص (274)، حيث قررت المبدأ التالي " ما دام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب. "، وقد أسست المحكمة العليا حكمها على المادة 728 من القانون المدني، التي تشترط لبيع العقار بالمزاد العلني أن القسمة تكون مستحيلة، وينجر عنها انخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته، وحيث أن العقار المشترك قابل للقسمة كما بينته الخبرة المنجزة، وأن قسمته لا تؤدي إلى انخفاض قيمته، وحيث أن الوجه غير سديد ويتعين رفضه.

والأصل عند طرح الشيء الشائع للبيع بالمزاد أن يكون مفتوحا للكافة أي لشركاء وغيرهم، ولكن يجوز لشركاء أن يتفقوا بالإجماع على أن يقصروا المزايدة عليهم فقط دون غيرهم، وهذا ما نصت عليه المادة 728 سالف الذكر ".....وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع."،

وما تجدر الإشارة إليه إذا قصر الشركاء المزايدة عليهم فقط وكان من بينهم ناقص الأهلية أو غائبا أو مفقودا وجب استئذان المحكمة، وهذا ما تقتضيه أحكام الولاية في القانون الأسرة الجزائري، و تختلف إجراءات بيع المال الشائع بالمزاد العلني إذا كان ذلك المال الشائع عقارا أو منقولا، فإذا كان الشيء الشائع عقارا اتبع في بيعه الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 747 إلى 752، أما إذا كان منقولا فيتبع في شأنه إجراءات بيع المنقول المنصوص عليها من المادة 704 إلى 713.

ويترتب على رسو المزاد على أحد الشركاء حدوث القسمة عن طريق التصفية ورتبت جميع الآثار القانونية للقسمة، وإذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر أيضا قسمة بين الشركاء، ولكنه يعد بيعا في علاقة الشركاء بالمشتري الأجنبي، ورتب عقد البيع جميع آثاره القانونية. [19] ص (364)

✓ تدخل الدائنين في إجراءات القسمة: قد يترتب على إجراءات القسمة القضائية، إلحاق الضرر بحقوق دائني الشركاء ولذلك أعطى القانون لهؤلاء الدائنين حق التدخل في إجراءات القسمة القضائية، بهدف منع غبن قد يقع فيه مدينهم الشريك من جهة، و تفادي تواطؤ الشركاء على الإضرار بحقوقهم من جهة أخرى، ومن ثم فالدائنين الشركاء مصلحة جديفة في التدخل في إجراءات

القسمة، وهذا ما أكدته نص المادة 729 ق.م.ج بقولها « لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم،

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش. «
وهذه المادة تماثل المادة 842 من القانون المدني المصري، المادة 796 سوري، و 842 ليبي، و 1071 عراقي، و943 و945 لبناني، و 837 كويتي.[5] ص(315)

ويتضح من نص المادة السابق أن القانون يخول لدائني كل شريك من الشركاء المتقاسمين أن يعارضوا في أن تتم القسمة العينية أو أن يباع المال الشائع بالمزاد بغير تدخل لهؤلاء الدائنين، أو أن يتم ذلك في غيابهم.

هذا ويلاحظ أن القانون لم يشترط شكلا معينا للمعارضة، فبهؤلاء الدائنين أن يعلنوا للشركاء المتقاسمين اعتراضهم بأي وسيلة كانت، كأن تتم في شكل رسمي على يد محضر قضائي أو في شكل رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول، ولهم أيضا أن يتدخلوا من تلقاء أنفسهم وعلى نفقاتهم في إجراءات القسمة وفق ما يقتضيه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا وفقا لأحكام التدخل في الخصومة المنصوص عليها في الباب الخامس، الفصل الأول من المادة 194 إلى 198 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولكن القانون اشترط توجيه الاعتراض إلى جميع الشركاء المتقاسمين، عندئذ يكون الشركاء ملزمين بأن يدخلوا الدائنين المعارضين في جميع الإجراءات.

ويترتب على عدم إدخال الدائنين رغم معارضتهم أو عدم تدخلهم في دعوى القسمة، أن تصبح القسمة غير نافذة في حقهم، ويكون للدائنين حق طلب إبطال القسمة التي تمت رغم معارضتهم، وهذا ما نصت عليه المادة 729 ق.م.ج بقولها «...وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.....»، بالإضافة إلى ما سبق فإن المادة السالفة الذكر أوجبت على الشركاء المتقاسمين أن يدخلوا الدائنين غير العاديين في دعوى القسمة، حتى ولو لم توجه منهم أية معارضة، وإلا أصبحت القسمة قابلة للإبطال، وهؤلاء الدائنون هم المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في السجل العقاري، وهذه الحقوق يجب أن تكون مقررة على حصة شائعة لعقار، وهذه الحقوق هي الرهن الرسمي أو الحيازي أو حق امتياز، أو حق التخصيص.

ويلاحظ أن الأحكام السابقة تسري على القسمة القضائية وعلى القسمة الاتفاقية أيضا، بل إن حاجة الدائنين إلى الحماية بتحويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الاتفاقية نظرا لخلوها من ضمانات القسمة القضائية، [28] ص (560)

وليس لدائن الذي أدخل أو تدخل في إجراءات القسمة أن يطعن من بعد على القسمة، أما الدائن الذي تمت دعوته للتدخل في إجراءات القسمة ولم يتدخل فليس له أن يطعن فيها وبعد حصولها، إلا في حالة الغش وهذا ما تقتضيه المادة 3/729

3.5.2.1. آثار القسمة

يترتب عن إجراء القسمة للمال الشائع انقضاء حالة الشيوخ لذلك المال وينتج عن ذلك أن للقسمة أثران جوهريان، الأول يتمثل في اختصاص كل شريك متقاسم بجزء مفرز من هذا المال يعادل حصته فيه، والثاني يتمثل في ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحراق لسبب سابق على القسمة، وهذا ما سنتعرض له في هاتين النقطتين:

• إفراز نصيب كل متقاسم:

فبالقسمة سواء اتفاقية أو قضائية يتم إفراز الجزء الذي يختص به كل شريك متقاسم على وجه مستقل عن غيره من الشركاء، بحيث يباشر عليه سلطاته كمالك ملكية تامة دون أي تدخل من باقي الشركاء الذين انتهت حقوقهم الشائعة بالقسمة،

فإذا كان حق الشريك المتقاسم قبل القسمة محددًا تحديدا معنويا بحصته الشائعة التي ترد من الناحية المادية على الشيء كله، فإنه يترتب على إجراء القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع تساوي الحصة التي كانت له على الشيوخ، وبذلك يحدث تطابق بين النطاق المادي والنطاق المعنوي للحق الذي ثبت للشريك منذ تملكه في الشيوخ، [28] ص (562)

وقد اعتبر القانون المدني الجزائري الشريك الذي اختص بجزء مفرز من المال الشائع مالكا لهذا الجزء منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وليس من وقت القسمة، كأنه لم يكن يملك غير هذا الجزء شيئا في بقية الأجزاء الأخرى لباقي الشركاء، وذلك في المادة 730 ق.م.ج التي نصت على أنه «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى.»، وهي تقابل المادة 843 من القانون المدني المصري، المادة 797 سوري، و 847 ليبي، و 1075 عراقي، و 946 لبناني، و 838 كويتي. [5] ص (316)

ويتضح من النصوص السابقة أن المشرع الجزائري جعل القسمة لا تنقل إلى الشريك المتقاسم حقا جديدا، ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه اعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ، بمعنى أن المشرع رتب على القسمة

مبدأين أساسيين، مبدأ الأثر الكاشف للقسمة، والثاني الأثر الرجعي للقسمة، ونستعرض فيما يلي لهذين المبدأين:

✓ الأثر الكاشف للقسمة: ويقصد به أن يكون الشريك مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه من وقت أن تملك في الشيوخ، فلو كان مصدر الملكية الشائعة الميراث فإن كل وارث يعد مالكا للجزء الذي آل إليه بالقسمة من وقت موت المورث ، وليس من وقت تقسيم التركة، وعليه فالقسمة لا تنقل حقا جديد إلى الشريك، وإنما تكشف عن حق ثابت له من قبل، لذا فإن دورها يقتصر على تحويل الحصة الشائعة إلى حصة مفرزة من خلال تركيز الحصة الشائعة في محلها المادي المتمثل في الجزء المفرز.[11]ص(70)

✓ الأثر الرجعي للقسمة: ويقصد بهذا المبدأ أن ملكية الشريك المتقاسم للجزء المفرز الذي آل إليه بالقسمة منذ بدء الشيوخ، تكون خالية من أي تصرفات الشركاء التي أجروها في حصصهم قبل القسمة، بمعنى يخلص لكل شريك متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق،

وبهذا المعنى فإن الأثر الرجعي للقسمة هو كنتيجة للأثر الكاشف للقسمة، فهو ينتج عنه على أساس أن القول بأن ملكية الشريك المتقاسم لهذا الجزء ثابتة له منذ أن تملك في الشيوخ، ويقتضي ذلك اعتبار كل تصرف صادر من غيره من الشركاء بشأن هذا الجزء المفرز، أثناء الشيوخ صادر من غير مالك، وبالتالي غير نافذ في حق الشريك الذي اختص به[17] ص ص(181-182)، [27]ص(167)ويترتب عن هذين المبدأين نتائج هامة:[19] ص ص(380-382)،[12] ص ص(164-166)،[20] ص ص(217-219)

❖ بمقتضى هذين المبدأين الذين أحقاها القانون بالقسمة، فالحصة المفرزة التي آلت إلى المتقاسم تعد أنها كانت خالص ملكيته منذ بدء الشيوخ، وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة المفرزة أثناء الشيوخ، وتسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة، فإذا كان أحد الشركاء قد قرر حق ارتفاق أو انتفاع على جزء مفرز من المال الشائع، أو رهن هذه الحصة المفرزة، ثم وقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر نتيجة القسمة، فإن المتقاسم الذي اختص بهذا الجزء يحصل عليه خاليا من الحق الذي رتبته غيره عليه، كما يمكنه طلب شطب الرهون المقيدة على هذا الجزء الذي اختص به إذا كان عقارا.

وقد استنتى المشرع الجزائري من هذا الحكم حالة الرهن الرسمي، حيث قضت المادة 890

ق.م.ج بأنه « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته...»

وقد خفف المشرع الجزائري من هذا الأثر الكاشف للقسمة في حالة ما إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرزا من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، إذ قرر انتقال حق المتصرف إليه، من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، على أن يبقى له إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف، المادة: 2/714 ق.م.ج، السالفة الذكر

❖ بمقتضى الأثر الكاشف للقسمة أن يعد الشريك الباني أو الغارس في الأرض المشاعة، بمثابة الباني أو الغارس سيء النية على ملك الغير، فإذا بنى دون إذن المتطلب من شركائه، ووقع الجزء المفرز المحدث عليه البناء أو الغرس في نصيب شريك آخر عند القسمة، ولم يريد أن يستبقه هذا الأخير، وفقد أجاز له المشرع الجزائري هدم هذا البناء، أو قلع المحدثات وذلك على نفقة محدثها.

❖ لا تصلح القسمة للاستناد إليها كسبب صحيح: لا تصلح القسمة كسبب صحيح لاكتساب الملكية أو غيرها من الحقوق العينية العقارية المفرزة بالحيازة، وذلك بالتقادم المكسب لعشرة سنوات، حيث تنص المادة 828 ق.م.ج على أنه « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية و مستمدة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات » وخمس سنوات في القانون المدني المصري، ذلك أن السبب الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية، لولا صدوره من غير مالك، والقسمة ليس من شأنها ذلك باعتبارها كاشفة لحق الملكية لا ناقلة له، فإذا تبين مثلا أن العقار الذي دخل في نصيب أحد الشركاء المتقاسمين غير مملوك للشركاء، فلا يجوز لهذا المتقاسم إذا حاز هذا العقار بحسن نية مدة عشرة سنوات أو خمس سنوات، أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا لاكتساب ملكية العقار بالتقادم، لأن من شرائط كسب الملكية بالتقادم العشري أو الخمسي، أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح، حيث عرفت المادة 2/828 السالفة الذكر السند الصحيح بقولها « والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحبا لحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند والقسمة ليست بالسبب الصحيح.

❖ يجب قيد القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية: إذا وردت على عقار في الجبل العقاري، حيث تنتج آثارها سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو بالنسبة إلى الغير، وهذا ما تقتضيه المادة 793 ق.م.ج التي تنص « لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري. «، وهذا ما أكدته المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن، إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ومن ثم فلا يكفي العقد الرضائي للقسمة ولا الحكم القضائي المقرر للقسمة، لانتقال ملكية كل شريك متقاسم لحصته المفرزة.

ويترتب من ذلك أنه لا يجوز لشركاء المتقاسمين تمسكهم بحق الشفعة باعتبارهم شركاء في الشيوخ، إذا باع أحد الشركاء حصته المفزرة التي آلت إليه بالقسمة، بعد تسجيلها في السجل العقاري، وهذا الحكم هو نفسه في القانون اللبناني، أما في القانون المصري فإنه رتب على عدم تسجيل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، ويدخل في ذلك القسمة أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير، ويترتب على ذلك أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفزرة للجزء الذي وقع في نصيبه. [28] ص(563)، [19] ص(383)

وقد اعتبرت الغرفة العقارية للمحكمة العليا في اجتهادها القضائي، في الحكم المؤرخ في 2000/05/31، المبدأ التالي: «من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهياة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ»، وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية، أسأؤوا تطبيق المادتين، 732 و733 من القانون المدني. [36] ص(283)

❖ للمتقاسم حق امتياز على المنقول أو العقار فرضه المشرع الجزائري: ضمانا لحقوق المتقاسم، الذي قد لا يفلح في اقتضاء حقوقه المرتبة على القسمة من مدينه على معدل القسمة، أو حصة في الثمن الذي رسا به المزاد على أحد الشركاء نتيجة تراحم المتقاسم مع دائني الشركاء، وهذا ما نصت عليه المادة 998 ق.م.ج « للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل. وتكون لامتيياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتيياز البائع فإذا تراحم المكان قدم من سبق في التاريخ»،

ونصت المادة 1001 ق.م.ج على أنه «إن لشركاء الذين اقتسموا عقار، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتيياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999.»، ويلاحظ أن المشرع الجزائري جعل مرتبة حق امتياز الشريك المتقاسم في نفس مرتبة امتياز البائع، فإذا تساوى الحقيين، قدم من سبق في تاريخ التسجيل، ونفس الحكم في القانون المدني المصري، فإنه أيضا أعطى للمتقاسم الشريك حق امتياز على منقول أو عقار مع اختلاف في ترتيب حق امتياز مع حقوق الأخرى فقد جعل تأخر في المرتبة لحق الرهن الذي ينشئه أحد الشركاء على جزء مفرز من العقار الشائع في حالة انتقاله إلى عين أخرى غير المرهونة له والتي آلت بالقسمة للراهن، عن امتياز المتقاسم على هذا العقار رغم تأخر هذا الأخير في المرتبة عن التسجيل. [19] ص(377)

• ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض ما ينشأ من تعرض أو استحقاق:

تقوم القسمة على مبدأ المساواة بين جميع المتقاسمين، فإذا حصل لأحدهم تعرض في حصته المفرزة التي اختص بها نتيجة القسمة، أو استحق الغير كل أو بعض هذه الحصة المفرزة، ضمن الشركاء المتقاسمين لبعضهم البعض هذا التعرض أو الاستحقاق، إذ ليس من العدالة أن يأخذ بعض المتقاسمين حقوقهم كاملة، في حين أن البعض الآخر يحرم من كل حقه أو من بعضه، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت المساواة ووجب الضمان.

ونص المشرع الجزائري على ضمان التعرض والاستحقاق في المادة 731 ق.م.ج التي تنص على « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في حالة الخاصة التي ينشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه. «، وهي تقابل المادة 844 من القانون المدني المصري المادة 798 سوري، و 747 ليبي، و 1076 عراقي، و 948 لبناني، و 841، 842 كويتي. [5] ص(321)

ويتضح من نص المادة السابق أن القانون أوجب أن يضمن المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق في شأن ما يصيب أحد المتقاسمين في حصته المفرزة، لسبب سابق على القسمة، ويقتصر هذا الضمان والاستحقاق على ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق من الغير، فلا ضمان للعيوب الخفية، فلم يشأ المشرع أن يضمن الشركاء المتقاسمين العيوب الخفية، لأن للقسمة أثر كاشف وليس ناقلاً، فالمتقاسم لا ينقل لشركائه حصتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف عقد البيع. [28] ص(564)، [27] ص(172)

ولتحديد الضمان في القسمة لا بد من بيان الأساس الذي يقوم عليه، والشروط، والآثار التي يترتب عليه، ونستعرض لهذا كله في النقاط التالية:

✓ أساس الضمان: لقد بني حق الضمان على قواعد العدالة والمساواة التي يجب أن تسود بين المتقاسمين لتنفيذ التعهدات فيما بينهم، وبمقتضاه يكون لكل متقاسم حق الرجوع على باقي الشركاء المتقاسمين بسبب التعرض له في وضع يده أو الاستحقاق للغير بسبب حق مدعي بوجوده قبل القسمة، [40] ص(272)

ويترتب عن ذلك التزام المتقاسمين بالضمان في حالة ما إذا وقع تعرض لأحدهم من قبل الغير، بأن يدعي ملكية المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة أو جزء منه، التزم الباقيون باتخاذ كل ما يلزم لمنع هذا التعرض، فإذا لم يتسنى لهم ذلك واستحق الغير المال الذي آل إلى المتقاسم، كانوا ملتزمين بالتعويض عن هذا الاستحقاق.

✓ شروط قيام الضمان: ويشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان توفر الشروط الآتية: [21] ص ص (242-243)، [10] ص (169)، [20] ص (232-234)

❖ يجب أن يكون سبب التعرض أو الاستحقاق سابق على القسمة، أي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل القسمة، فلا ضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق بسبب لاحق للقسمة وهذا ما نصت عليه المادة 731 ق.م.ج السالفة الذكر، فالضمان يقوم إذا كان الغير يدعي مثلاً أنه اشترى النصيب الذي آل إلى المتقاسم من أغلبية الشركاء قبل القسمة، أو أنه اكتسب ملكيته بالتقادم الذي اكتملت مدته قبل القسمة، وبالعكس لا يقوم ضمان المتقاسمين إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بعد القسمة، أو نزع نصيب المتقاسم من تحت يده للمنفعة العامة بعد القسمة.

❖ يجب أن يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه، مثال ذلك أن يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، وأن يتولى المتقاسم وحده الدفاع في الدعوى دون أن يدعوا المتقاسمين الآخرين للتدخل فيها، وكانت لديهم وسيلة لدفع هذه الدعوى

❖ ويجب أن لا يكون هناك اتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان، ويشترط في الاتفاق أن يكون صريحاً وليس ضمناً تقرره الظروف، وهذا ما نصت عليه المادة 731 ق.م.ج بقولها «..... إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء.....» ونفس الحكم في القانون المدني المصري، أما القانون اللبناني فقد اعتبر الإعفاء من الضمان خاضعاً للقواعد العامة، وبالتالي يجوز أن يكون صريحاً أو ضمناً، كما يجوز أن يكون شرط الإعفاء عاماً لا يذكر فيه سبب الاستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان بشأنه، وتجدر الإشارة إلى أن شروط الإعفاء من الضمان قد يرد في عقد القسمة ذاته أو في ورقة مستقلة.

✓ آثار الضمان: إذا تحققت شروط الضمان السالفة الذكر، فإنه ينتج عن ذلك عدة آثار: [17] ص (194)، [28] ص (565)، [19] ص (374)

❖ يجب على المتقاسم الذي وقع له التعرض أن يخطر باقي الشركاء المتقاسمين لإدخالهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المعترض، وهذا قصد إتاحة الفرصة للشركاء من أجل القيام بواجباتهم في الدفاع عنه، بدفع تعرض الغير، وفي حالة لم يتمكن الشركاء من دفع هذا التعرض ونجح الغير في دعواه وحكم له بحقه أي الاستحقاق، فإنه يجب على المتقاسمين الضمان وذلك بتعويض المتقاسم عن حصته التي استحققت للغير، على أن يتحمل المتقاسمون جميعاً هذا التعويض كل بنسبة حصته بما في ذلك المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، وإذا كان أحدهم معسراً وزع القدر

الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، وذلك بمقدار حصة كل منهم، وهذا ما نصت عليه المادة 731 ق.م.ج السالفة الذكر.

❖ يتم تقدير الشيء الذي يستحق عنه التعويض وقت إجراء القسمة لا وقت الاستحقاق، وهذا أيضا نصت عليه المادة 731 ق.م.ج، وذلك على أساس تحقيق المساواة بين المتقاسمين خلافا في عقد البيع حيث تقدر القيمة بوقت الاستحقاق.

❖ وأخيرا فإن المشرع الجزائري منح المتقاسم الشريك مستحق الضمان حق امتياز على حصص المتقاسمين الآخرين، وهذا ما نصت عليه المادتين 998 و 1001 السالفتين الذكر، من القانون المدني، ونفس الحكم في القانون المدني المصري وذلك في المادتين 1146 و 1149، وكذلك في القانون اللبناني يكون حق المتقاسم مضمونا بتأمين إجباري إذا كان المال المقسوم عقارا. [28] ص(566) ولعقد هذا الجزء من المبحث، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري، أغلب التشريعات العربية، نظمت تنظيمًا دقيقًا الحقوق التي يمارسها الشركاء المشتاعين على المال الشائع، ووازنت فيما بينها حتى لا يتم الإضرار بأي واحد من الشركاء من جهة، وحتى لا يتم الإضرار بالمال الشائع نفسه، ويترك دون استثمار، من جهة ثانية.

3.1. التزامات الشريك في المال الشائع العادي

بالإضافة إلى الحقوق التي كرسها القانون إلى كل واحد من الشركاء، باعتباره صاحب ملكية، والتي تعرضنا لها في المبحث السابق، فإن القانون فرض أيضا على كل واحد من الشركاء عدة التزامات بموازاة لتلك الحقوق.

ومرد ذلك لطبيعة المال الشائع العادي فبوجود عدة شركاء في المال الواحد، فإنه يؤدي إلى الإهمال والتقصير من الشركاء في الحفاظ على المال الشائع، وذلك باتكال كل شريك على الآخر في اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظه.

مما أدى بالمشرع الجزائري إلى التدخل بقواعد قانونية تلزم كل واحد من الشركاء بأن يتخذ من الوسائل اللازمة لحفظ وصيانة المال الشائع، والالتزام بتحمل نفقات وتكاليف تلك الأعمال الحفظية، فإذا قام بها الشريك لوحده، فقد أعطى له القانون الحق في الرجوع على باقي الشركاء لاستيفاء المبالغ التي صرفها على المال الشائع.

وسوف نبحث في هذا المبحث مضمون كل التزام من هذه الالتزامات، بتخصيص لكل واحد منهم مطلب خاص به.

1.3.1. الالتزام بالقيام بأعمال الحفظ والصيانة

يقع واجبا على كل شريك أن يقوم بأعمال اللازمة لحفظ الشيء الشائع، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الآخرين، وهذا عملا بالمادة: 718 ق.م.ج التي تنص على " لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء"، وهي تماثل المادة 830 من القانون المدني المصري، المادة 785 سوري، و739 ليبي، و1066 - 1069-1067 عراقي، و 831 لبناني و825 كويتي، 1158 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. [5] ص (285)

ومرد ثبوت الحق فيها والالتزام بالقيام بها لكل شريك دون توقف على رضاء باقي الشركاء بل حتى عند اعتراضهم، يرجع من جهة على أنها ضرورية ولازمة لحفظ الشيء أي لبقائه بحيث أن مباشرتها من الشريك منفردا لا تضر هذه الأعمال بحقوق سائر الشركاء، بل على العكس فهي تفيدهم فضلا عن الطابع المستعجل الذي يغلب عليها بما لا محل لتعليق نفاذها اتجاه سائر الشركاء على موافقتهم عليها من جهة أخرى. [19] ص ص (259-260)

أعمال الحفظ التي يصح أن يقوم بها كل شريك منفردا في المال الشائع، دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء قد تكون تصرفات مادية، وقد تكون تصرفات قانونية، و سنتناول هذه الأعمال في الفرعين التاليين:

1.1.3.1. التصرفات المادية

هذه الأعمال كثيرة ومتنوعة تتعلق بقيام الشيء الشائع وتشمل في الأصل الأعمال المتعلقة بصيانة المال الشائع، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم، وتحويطه بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضي ذلك، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند في حاجة إلى تسجيل، وجني الثمار قبل أن تتلف. [11] ص (62)، [10] ص (150)

2.1.3.1. التصرفات القانونية

وتشمل الأعمال والإجراءات القانونية للحفاظ على المال الشائع، وتشمل في الأصل اتخاذ الإجراءات القانونية أو رفع دعوى، ومثال ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع في حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مغتصب أو في يد أي حائز آخر، ورفع دعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 349341 المؤرخ في 2006/05/17 المبدأ التالي " يحق لكل شريك الاعتراض على الدعم الفلاحي الممنوح لأحد الشركاء

لإقامة مشروع على الأرض المملوكة على الشيوع ما لم يكن الدعم باسم الشركاء في الشيعاء جميعاً أو بموافقتهم ومن ثم كان تجميد قرار الدعم تطبيقاً لسياسة نص المادة 718 ق.م.ج « [9] ص (112) وقررت أيضاً أن دعوى الطرد من الملكية الشائعة تعتبر من أعمال الحفظ التي لا يشترط فيها موافقة جميع الشركاء، قرار رقم 425758 المؤرخ في 13/02/2008. [9] ص (114)

ويلتزم أيضاً كل شريك بدفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه، وكذلك يلتزم الشركاء بتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو بحق اختصاص، أو بحق امتياز، ودفع فوائد الديون إن كان له ديون حتى لا يكون عرضة للتنفيذ الجبري. [7] ص (823)

ومن أحكام القضاء في هذا الشأن، قرار المحكمة العليا بتاريخ 19/11/1997 [41] ص (59-62)، حيث قررت أن الشريك في الشيوع الحق في المحافظة على المال الشائع دون موافقة باقي الشركاء إذ نصت في قرارها:

« من المقرر قانوناً أن لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء »، ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك، فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة أن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

وحيث أنه ثبت للمجلس أن الطاعن يحتل بدون حق أو سند المسكن بعد الحكم ببطلان البيع العرفي، الذي أبرمه مع أحد الشركاء، وبالتالي اعتبر على حق قضاة المجلس أن لكل شريك وحده الحق في الدفاع على الملكية المشتركة بمطالبة خروج المعتدي، وذلك دون اشتراط كل الشركاء أو أغلبهم ما دام الدعوى المرفوعة من أحد الشركاء أو بعضهم، ترمي إلى المحافظة على المال المشترك، وهذا القضاء لا يوجد فيه ما يخالف أحكام المواد 713 و 714 و 716 من القانون المدني.

وحيث أنه من جهة أخرى فلا مجال لتوجيه تنبيه بالإخلاء طبقاً للمادة 475 من القانون المدني لعدم وجود عقد إيجار بين الطرفين. ولذا يتعين رفض هذا الوجه، ونفس المبدأ الذي قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 153436 المؤرخ في 24/06/1997، إذ قررت « من المقرر قانوناً أنه يمكن لكل شريك على الشيوع أن يتخذ أي إجراء يراه ضرورياً لحفظ الشيء المشاع ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما رفضوا طلب الشريك على الشيوع بمراجعة بدل الإيجار للحفاظ على المال الشائع يكونون قد أساءوا تطبيق القانون. [9] ص (114)

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 116.228 المؤرخ في 1994/11/22، مجلة قضائية 1994، عدد 3، ص 142 (...ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه اثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدهما، عرضوا قرارهم للنقض). [43]ص(14)

2.3.1. الالتزام بالاشتراك في نفقات المال الشائع وتكاليفه

يحتاج المال الشائع للقيام بالأعمال الحفظية وأعمال الإدارة، وسائر التكاليف المتعلقة بحالة الشيوع إلى نفقات خاصة به، ونظرا لتهرب الشركاء من دفعها خاصة إذا كانوا غير منتفعين من المال الشائع، أو بعيدين عنه،

لذا فقد أوجب المشرع الجزائري على جميع الشركاء الاشتراك كل بحسب حصته في تسديد تلك النفقات وهذا ما قضت به المادة 719 ق.م.ج التي تنص على " 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 "، وهي تقابل المادة 831 من القانون المدني المصري، المادة 786 سوري، و 840 ليبي، و 1067 عراقي، و 832 لبناني، و 826 كويتي، 1159 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. [5] ص 287

ويتضح من هذا النص أن نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وكل التكاليف الناجمة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع، وهذا كله إذا لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 719 ق.م.ج أشارت إلى نوعين من النفقات، نفقات الإدارة، ونفقات الحفظ، بصفة صريحة وأشارت إلى النفقات الأخرى بقولها " وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ..."، مما يطرح التساؤل عن كل النفقات التي ينفقها الشريك على المال الشائع تندرج ضمن هذه النفقات، على أساس أن النفقات تقسم قانونا إلى ثلاثة أنواع، النفقات الضرورية، والنفقات النافعة، والنفقات الكمالية، وسنتعرض لهذه الأنواع في الفروع التالية:

1.2.3.1. النفقات الضرورية

وقد أوجب القانون على الشركاء النفقات الضرورية، لأنها إذا لم تتفق لتلف المال الشائع، أو زال من عالم الوجود خاصة إذا كان ذلك المال عقارا، وتشمل النفقات الضرورية على مصروفات ونفقات الصيانة والترميم، أو تسجيل سنده أو نفقات تحويطه بسور، ونفقات جني الثمار قبل التلف، أو قطع التقادم، أو تعيين الحدود، أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع، أو غير ذلك من نفقات الحفظ اللازمة لبقاء المال الشائع على حالته.

وتشمل أيضا نفقات إدارة المال الشائع والضرائب المفروضة عليه، فلو أحد الشركاء اقترض لدفع الضرائب المقررة على المال الشائع، يعد هذا القرض مقترض لمصلحة الشركاء جميعا، فيتعين على الشركاء تسديد هذا القرض كل بحسب حصته، فإذا لم يسددوا القرض، وقام المقترض بتوقيع حجز على المحصولات الشائعة قبل جنيها فيعد هذا الحجز صحيحا.

وتشمل أيضا على سائر التكاليف الناتجة عن الشروع، كنفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديده، أو نفقات المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها.

وهذا كله ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، فتقل مثلا بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة في النفقات في نظير قيامه بالإدارة، وكل ذلك أيضا ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك [24] ص(54) ، [28] ص(518) ومن أمثلة عن ذلك ما قضت به المادة 705 ق.م.ج حيث تنص على أنه «للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تغطية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا وعليه أن يتحمل وحده نفقة التغطية و صيانة الجزء المعلي وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا من متانته، فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التغطية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التغطية حق في التعويض.» من تحمل الشريك الذي يقوم بتغطية الحائط المشترك بنفقات التغطية وصيانة الجزء المعلي، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا من متانته، فإذا كان القانون فرض على الشركاء أن يشاركوا جميعا في دفع النفقات الضرورية فإنه لا يكون ذلك الدفع إلا في حدود حصة كل شريك.

كما يمكن لأي من الشركاء التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف الضرورية وذلك بأن يتخلى عن حصته في المال الشائع، وذلك طبعا للقواعد العامة التي تجيز لصاحب الحق العيني أن يتخلص من الالتزامات التي يتحملها سبب الشيء محل الحق بالتخلي عن هذا الحق وهذا ما يعرف بالالتزامات العينية، ويترتب على تخلي الشريك عن حصته أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء، كل بقدر حصته الجديدة أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلى على أنه إذا كان المال الشائع

عقارا وجب تسجيل التخلي عن العقار أو قيده لكي يترتب عليه الآثار القانونية، وهذا وفقا للقوانين الشهر العقاري. [8] ص ص (117-118)، [7] ص (825)

2.2.3.1. النفقات النافعة

وتشمل هذه النفقات مصروفات الإصلاح والتحسين، التي من شأنها الزيادة في قيمة العقار، فلم يوجبها القانون على بقية الشركاء، إلا إذا جرت بمعرفتهم وموافقتهم، بمعنى أنه لا يجوز لشريك أن يطالب شركاءه بها على أساس أنه شريك في المال الشائع، وإنما يجوز له المطالبة بها على أساس آخر وهو عمل الفضولي إذا أتى بنفع على العقار الشائع، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية في اجتهادها. [24] ص (55)

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن مصروفات أعمال التحسين تندرج ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة، ومن ثم فلا يتقاضى الشريك أي قيمة ما أنفق في سبيل تحسين في العقار الشائع [12] ص (126)

3.2.3.1. النفقات الكمالية

فهذه النفقات تندرج ضمن زخرفة وزينة العقار، وهي لا تزيد في قيمته، فالشركاء غير ملزمون بها، فإذا قام أحد الشركاء بها من تلقاء نفسه، فلا يمكن الرجوع على الشركاء لتعويض ما أنفقه، فتقع عليه مسؤولية ما أنفق، إلا إذا أجاز الشركاء إنفاقها صراحة أو ضمنا، وهذه الموافقة تخضع للقواعد العامة. [24] ص (55)

3.3.1. الأساس القانوني لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفق

لم يتناول المشرع الجزائري، شأنه شأن المشرع المصري، الأساس القانوني لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفقه على المال الشائع، مما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة وإلى الفقه لتحديد التكييف الصحيح لحق الشريك في الرجوع على باقي الشركاء فيما أنفقه على المال الشائع. ولقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق الشريك في الرجوع على سائر الشركاء في حفظ المال الشائع، وما أنفقه عليه من نفقات ضرورية، فمنهم من استند إلى فكرة النيابة القانونية، ومنهم من استند إلى فكرة أن الشريك صاحب حق ملكية، والفريق الثالث استند إلى قواعد الفضالة والإثراء بلا سبب. [19] ص ص (260-261)

وسنتعرض لهذه الآراء في ثلاثة فروع على التوالي:

1.3.3.1. على أساس النيابة القانونية

يرى هذا الفريق ن الفقه أن حق الشريك في الرجوع على سائر الشركاء بما أنفقه على المال الشائع لحفظه وصيانته، يستند إلى فكرة النيابة القانونية، باعتبار أن النص أجاز للشريك مباشرة أعمال الحفظ والرجوع بنفقاتها على سائر الشركاء، ففي هذه الحالة يكون الشريك بمثابة مدير عن باقي الشركاء فيما يتعلق بأعمال الحفظ، فهو يرجع عليهم بدعوى النيابة.

غير أن هذا التأسيس انتقد على أساس أن النيابة لا تستقيم في حالة القيام بأعمال مادية، وفي الرد على هذا النقد قيل بأن ما يوصف يعتبر أعمالاً مادية كالترميم إنما يتم بناء على تصرف قانوني من خلال اتفاق الشريك مع من يباشر بنفسه العمل المادي، فضلاً عن ذلك أنه من المسلم به قانوناً أن الولي أو الوصي يدخل في إطار سلطاته أعمال الحفظ بالنسبة لأموال القاصر، سواء كانت تصرفات قانونية أو أعمال مادية. [21] ص (172)، [20] ص (167)

2.3.3.1. على أساس أن الشريك صاحب حق ملكية

يرى هذا الفريق من الفقه أن حق الشريك بالرجوع على سائر الشركاء بما قام به من أعمال حفظية، وما أنفقه على المال الشائع، يستند إلى فكرة أنه صاحب ملكية يرد حقه على الشيء الشائع كله، ولا ينحصر في جزء معين منه، فحق ملكية الشريك يخول له القيام بكل الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق سائر الشركاء، وليس في أعمال الحفظ مساس بحقوقهم، فيكون له القيام بها ولو عارضوا.

ولذلك تعود منفعة هذه الأعمال على الشيء كله فيستفيد سائر الشركاء منه، ومن ثم التزام كل منهم من هذه النفقات بقدر حصته.

ولقد انتقد هذا الفريق من حين أنه ليس محل البحث عن تأسيس حق الشريك في إجراء أعمال الحفظ، وإنما المشكلة هي في تأسيس رجوع الشريك بما أنفقه على سائر الشركاء. [19] ص (261)

3.3.3.1. على أساس قواعد الفضالة والإثراء بلا سبب [7] ص ص (824-826)

ويذهب هذا الفريق وهو يشكل غالبية الفقه، وعلى رأسهم العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، إلى القول أن الشريك في الشيوخ في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر أصيلاً عن نفسه، ثم هو وكيلاً عن سائر الشركاء، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء، اعتبر فضولياً بالنسبة إليهم وعرفت المادة 150 ق.م.ج الفضالة بقولها «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك.»

حيث أن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكنه معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر فيرجع الشريك لدعوى الفضالة، أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، وعرفت المادة 141 ق.م.ج الإثراء بلا سبب بقولها "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء." «

وبالتالي فرجع الشريك على الشركاء كل بقدر حصته بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة، أو بدعوى الإثراء بلا سبب.

رغم أن المشرع لا يحبذ ولا يشجع البقاء في الشيوخ، بسبب ترك الشركاء المشتاعين المال الشائع دون استغلاله واستثماره لمدة طويلة نتيجة تزام وتصادم بين جميع حقوق الشركاء، وبدون قسمته خاصة إذا تعلق الأمر بمال عقاري، حتى يتمكن كل شريك من ملكيته المفرزة، يحسن استغلالها واستثمارها دون أن يتوقف ذلك على باقي الشركاء.

وتفاديا لعدم استثمار المال الشائع واستغلاله إيجابيا والقضاء على تصادم وتزام بين مختلف حقوق الشركاء، فإن المشرع اعترف لكل واحد من الشركاء بحق ملكية لخصته الشائعة، التي تكون في مجموع المال الشائع، ومن ثم أعطى له الحقوق التي يتمتع بها صاحب الملكية المفرزة، وهي حق الاستعمال والاستغلال وحق التصرف مع تنظيمها وتنظيما دقيقا يتناسب مع طبيعة المال الشائع، يحول دون الإضرار بحقوق سائر الشركاء هذا من جهة، وحقوق تتناسب مع طبيعة المال الشائع وهي حق الاسترداد الذي يمكن الشركاء من إبعاد الأجنبي عن المال الشائع، وحق طلب القسمة الذي يمكن الشريك بالخروج من حالة الشيوخ إلى الملكية المفرزة، من جهة أخرى.

وفي مقابل تلك الحقوق فإن المشرع رتب على عاتق كل واحد من هؤلاء الشركاء التزامات حتى تتم المحافظة على المال الشائع.

الفصل 2

حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع الإجباري

تعرضنا في الفصل الأول إلى أن الملكية الشائعة هي حالة أرادها المشرع استثنائية ومؤقتة، وفي سبيل تحقيق ذلك بما يؤمن تسهيل الخروج منها، فإنه نظم حقوق والتزامات الشريك بما يناسب هذا الهدف، بالمقابل نجد المشرع في مواضع أخرى، وعلى عكس ما ذكرناه أعلاه يعمد إلى إيجاد حالات من الملكية الشائعة الدائمة- شيوع إجباري- ويقينها بدقة ويشجع اعتمادها خلافا للحالة الأولى، ومن ثم فهو يعمد إلى تكريس وتنظيم حقوق والتزامات الشريك بما يتناسب مع ديمومة هذه الملكية الشائعة.

ومن تطبيقات الشيوع الإجباري في القانون المدني الجزائري، الملكية المشتركة في العقارات المبنية، وملكية الأسرة، وملكية الحائض المشترك، ويلاحظ أن المشرع الجزائري نظم كل صورة من صور الشيوع الإجباري تنظيما دقيقا، ومن ذلك تنظيم وتكريس حقوق والتزامات الشريك المشتاع بما يتناسب مع هدف المشرع الذي أراد أن يحققه من هذه الصور.

ولأهمية الملكية المشتركة في العقارات المبنية، فإن المشرع الجزائري نظمها في قسم خاص بها في القانون المدني، وذلك في القسم الخامس بالإضافة إلى عدة قوانين خاصة كما سوف نرى فيما بعد، وأبرزها المرسوم رقم، 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنايات الجماعية [44] ، خلافا لملكية الحائض المشترك وملكية الأسرة، التي نظمها فقط القانون المدني، حيث تناول أحكام ملكية الحائض المشترك، ضمن القيود التي تلحق حق الملكية في القسم الثالث، وأحكام ملكية الأسرة ضمن الملكية الشائعة من القسم الرابع، وهذا كله من الفصل الأول "حق الملكية بوجه عام"، من الباب الأول "حق الملكية"، من الكتاب الثالث المعنون تحت عنوان "الحقوق العينية الأصلية".

وعلى هذا الأساس سوف نبحت عن حقوق والتزامات الشريك في كل صورة من صور

الشيوع الإجباري السالفة الذكر، وفق ما اعتمد المشرع الجزائري

و لذلك نقسم هذا الفصل على ثلاثة محاور:

- تحديد مضمون الشيوخ الإجباري
- حقوق والتزامات الشريك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية
- حقوق والتزامات الشريك في الحائط المشترك وملكية الأسرة

1.2. تحديد مضمون الشيوخ الإجباري

سوف نبحت في هذا المبحث ثلاثة موضوعات لتحديد مضمون الشيوخ الإجباري المتمثلة في مفهوم الشيوخ الإجباري، وتحديد طبيعة حق الشريك فيه، ثم نقوم بتحديد مجمل حقوق والتزامات الشركاء، وعليه سنخصص لكل منها مطلب مستقل:

1.1.2. مفهوم الشيوخ الإجباري

يتحدد مفهوم الشيوخ الإجباري من خلال تعريفه وبيان أنواعه، وتمييزه عن الشيوخ العادي، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

1.1.1.2. تعريف الشيوخ الإجباري

يسمى الشيوخ الإجباري أيضا بالشيوخ الدائم، أو الإلزامي، ويسمى بالفرنسية [16]ص(227)

Indivision Forcée ou Perpétuelle ou Obligatoire

ولقد عرفته المادة 737 ق.م.ج بقولها « ليس لشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ. » وهي تماثل المادة 850 من القانون المدني المصري، المادة 805 سوري، و854 ليبي، و 1081 عراقي، و 842 لبناني، و847 كويتي [5]ص(336).

ويتضح من نص المادة السالفة الذكر أن الشيوخ الإجباري هو نوع من الشيوخ أعد ليبقى دائما مستمرا، بحيث لا يجوز فيه القسمة، تحقيقا للغرض الذي أعد له المال الشائع،

ويترتب عن ذلك أن الشيوخ الإجباري يختلف عن الشيوخ العادي، في أن الشيوخ الإجباري لا يجوز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه، ذلك أن الغرض الذي أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائما على الشيوخ، ومثال ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين، أو فناء مشترك يفصل بين ملكين متجاورين، أو بئر مشترك، أو مغسل مشترك أو ترعة مشتركة، أو مصرف مشترك، ومثل ذلك أيضا الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات، ومن أهم أحوال الشيوخ الإجباري، حالة الجوار إذا

كان الشيوخ نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد، وكان من اللازم إنشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات في استغلالها بحيث يعتبر هذا الطريق المتروك مخصص كله للمنفعة الخاصة للمالكين[7]ص(985).

2.1.1.2. أنواع الشيوخ الإجباري

الأموال التي قد توجد في حالة شيوخ إجباري نوعين، قد توجد في شكل شيوخ إجباري أصلي، وقد توجد على شكل شيوخ إجباري تبعي، ونستعرض ذلك فيما يلي:

• الشيوخ الإجباري الأصلي:

ويتحقق هذا الشيوخ إذا كانت الأشياء أو الأموال الشائعة فيه لا تكون تابعة لعقار، وإنما توجد مستقلة وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد، كمدافن الأسرة وصورها ووثائقها، بمعنى يكون الشيوخ مستقل بنفسه وليس في خدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة، ففي هذه الحالة يتم تخصيص مثل هذه الأموال بصفة أصلية لغرض مشترك أو للانتفاع الجماعي على نحو يتنافى معه قسمتها[21]ص(253)،[17]ص(197).

• الشيوخ الإجباري التبعي:

ويتحقق هذا الشيوخ إذا كان محله أشياء أو أموال تخصص بصفة تبعية لخدمة عقارات مملوكة لأكثر من مالك ملكية مفرزة، وتعتبر تلك الأشياء من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات، وهذا النوع من الشيوخ الإجباري هو النوع الهام الغالب الوقوع في الواقع العملي، ومن أبرز صوره حالة الحائط المشترك، وحالة الأجزاء المشتركة في الطبقات أو الشقق، التي تسمى في التشريع الجزائري بالملكية المشتركة في العقارات المبنية، وحالة الآبار والسواقي والقنوات والجسور المخصصة لخدمة الأراضي الزراعية المملوكة لعدة ملاك، وكذلك الممرات والطرق التي تربط بين عدة عقارات، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان الشيء أو المال الشائع لازماً ضرورة للاستعمال المشترك، وما إذا كان من شأن القسمة تعطيل الانتفاع به على النحو الذي أعد له مستحيلاً[21]ص(253)،[17]ص(197).

وتجدر الإشارة أن الشيوخ التبعي، يعد الأكثر أهمية، وتزداد تلك الأهمية في الوقت الحاضر مع انتشار التقدم العمراني، ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة للملكية المشتركة في العقارات المبنية، التي سوف نتعرض لها فيما بعد.

2.1.1.3. تميز الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي

يتميز الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي من عدة جوانب ويلتقي معه في جوانب أخرى [24] ص ص (173-174)، وفيما يلي نستعرض أوجه الاختلاف، وأوجه التشابه.

• أوجه الاختلاف: يختلف الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي في النقاط التالية:

✓ أن القسمة ممكنة دائما في الشيوخ العادي خلافا للشيوخ الإجباري، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب القسمة

✓ إن حصة الشريك في الشيوخ العادي يجوز التنازل والتصرف فيها كبيعها وتقرير تأمينها عليها، أما حصة الشريك في الشيوخ الإجباري، فلا يجوز التنازل أو التصرف فيها، أو تقرير حقوق عينية عليها أو حجزها، إلا مع العقار الذي يعتبر من ملحقاته وتوابعه.

✓ إن حقوق الشريك في الشيوخ الإجباري أوسع من حقوق الشريك في الشيوخ العادي.

✓ الشيوخ الإجباري لا ينطوي على مساوئ الشيوخ العادي، ذلك أنه لا يعطل الانتفاع بالمال الشائع كما هو الحال في الشيوخ العادي، بل أنه على العكس من ذلك فإنه يمكن من الانتفاع بهذا المال على خير وجه في الشيوخ الإجباري، فهو يحقق الغرض الاقتصادي الهام المتمثل في كفاءة استغلال العقارات التي خصص المال الشائع لخدمتها، بالإضافة إلى أنه ليس من شأنه تعطيل تداول المال، بل أنه يسهل هذا التداول.

• أوجه التشابه: يلتقي الشيوخ الإجباري مع الشيوخ العادي في النقاط التالية:

✓ يحق لكل شريك في الشيوخ الإجباري، والشيوخ العادي أن يتخذ الوسائل اللازمة لحفظ الشيء الشائع، ولو كان ذلك بدون موافقة سائر الشركاء، كما أن له الحق في أن يقوم بتجديد الشيء الشائع وإصلاحه، لأن الشيوخ الإجباري مفروض على باقي الشركاء بشكل دائم.

✓ إن الشركاء في الشيوخ الإجباري والعادي يتحملون نفقات الحفظ والصيانة، بقدر نصيب كل منهم في المال الشائع.

✓ كما أن حق الشركاء في الشيوخ الإجباري حق ملكية، كما هو الحال في الشيوخ العادي.

2.1.2. تكييف حق الشريك في الشيوخ الإجباري

اختلفت الأنظار الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوخ الإجباري بين اتجاهين، الأول يرى أن هذه الطبيعة تعد بمثابة حق ارتفاق، بينما يرى الفريق الثاني أن حق الشريك في الشيوخ الإجباري يعد حق ملكية بالمعنى الحقيقي، وسوف نستعرض كلا الاتجاهين في الفرعين التاليين:

1.2.1.2. حق الشريك في الشيوع الإجباري حق ارتفاق

فقد ذهب هذا الرأي إلى أن الشيوع الإجباري هو بمثابة ارتفاق متبادل، على أساس أن لكل شريك في الشيوع الإجباري له ملكية مفرزة، محملة بحق ارتفاق لملكية الشركاء الآخرين، ففي الممر المشترك مثلا يكون نصف الممر مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الآخر، وهذا النصف الآخر مملوك أيضا ملكية مفرزة للمالك المجاور له، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور بالنصف الأول، وهذا الرأي أخذ به القانون الأردني بشأن الحائط المشترك.

وقد انتقد هذا الرأي انتقادا شديدا سواء من طرف الفقه أو من طرف القضاء، وتم رفضه في كل من فرنسا ومصر، على أساس أنه لا يوجد في الشيوع الإجباري من الناحية الواقعية على عقار مرتفق وعقار مرتفق به لمالكين مختلفين، وإنما هو نوع من أنواع الملكية الشائعة بين مالكين أو أكثر، لهم جميعا حقوق متساوية على مجموع الشيء، يباشرونها بوصفهم ملاكا على الشيوع، ماعدا حق طلب القسمة [12]ص(182)، [21]ص(254).

2.2.1.2. حق الشريك في الشيوع الإجباري حق ملكية

وذهب هذا الرأي إلى القول أن حق الشريك في الشيوع الإجباري هو حق ملكية بالمعنى الحقيقي، شأنه في ذلك شأن حق الشريك في الشيوع العادي، وهذا الرأي الأخير انعقد عليه بالإجماع فقها وقضاء، ونبذ الاتجاه الأول، وأصبح الآن لا جدال في أن حق الشريك في الشيوع الإجباري هو حق ملكية بالمعنى الحقيقي، وهذا الحق يرد على الشيء الشائع في مجموعته، فلا يتركز في جزء معين منه، ومن ثم استقر الفقه والقضاء على أن الشيوع الإجباري التبعية بالأخص، وحقوق الارتفاق نظامان قانونيان يتميز كل منهما عن الآخر.

وهذا الاتجاه هو الذي أخذت به أغلب التشريعات العربية، ومنها المشرع الجزائري، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 743 ق.م.ج التي اعتبرت أن حق الشريك في الشيوع الإجباري في الملكية المشتركة، يعد حق ملكية إذ نصت على « الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة. »، ويتضح كذلك من خلال نص المادة 738 ق.م.ج التي تنص « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة.... »، والملاحظ في كلتا المادتين أن المشرع استعمل لفظ الملكية وليس حق الارتفاق، مما يبين بوضوح أن حق الشريك في الشيوع الإجباري،

حق ملكية وليس حق ارتفاق، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري نظم كل من حق الارتفاق، والشيوع الإجباري بأحكام خاصة لكل منها.

ويترتب على أن حق الشريك حق ملكية، وليس حق ارتفاق نتائج هامة: [45] ص (231)، [7] ص ص (288-289)، [21] ص (255).

• لا يسقط حق الشريك بعدم الاستعمال مهما طالت المدة، وذلك على خلاف حق الارتفاق الذي يسقط بعدم الاستعمال لمدة عشر سنوات (المادة 879 ق.م.ج، والمادة 1027 من القانون المدني المصري)

• يجوز بشروط محددة لمالك العقار المرتفق طلب نقل الارتفاق من موضعه الأصلي إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر (المادة 875/2 ق.م.ج، والمادة 1023 القانون المدني المصري، والمادة 89/3 من قانون الملكية العقارية اللبناني)، وهذا الحكم لا محل لتطبيقه في الشيوع الإجباري.

• لشريك في الشيوع الإجباري أن يستعمل الشيء الشائع في كل ما لا يتعارض مع الغرض المخصص له، وبشرط ألا يحول ذلك دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم، أما استعمال صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق به يكون الاستعمال قاصرا في حدود حق الارتفاق المخول له.

• لشريك في الشيوع الإجباري أن يحدث في الشيء الشائع من التعديلات ما يحقق له منفعة شخصية، دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، بشرط أن لا يترتب على تلك التعديلات منع شركائه من استعمال الشيء الشائع فيما خصص له، أما صاحب حق الارتفاق فلا يجوز له أن يقوم بأي عمل يكون من شأنه الزيادة في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به.

• لشريك في الشيوع الإجباري الحق في أن يدفع اعتداء الغير على العقار الشائع، أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له في دفع تعدي الغير، ما دام هذا التعدي لا يمس حقه في الارتفاق.

• في حالة ما إذا كان الشيء الشائع فناء أو ممرا مشتركا يفصل بين أبنية الملاك، كان لكل منهم أن يفتح مطلا مواجهها على الفناء أو الممر، إذا كان عرض هذا أو ذاك لا يقل عن المسافة القانونية، أما إذا كان حق الشريك، حق ارتفاق فإنه يجب مراعاة المسافة القانونية بين حافة المطل ومنتصف عرض الفناء أو الممر.

3.1.2. مجمل حقوق والتزامات الشركاء

إن تمتع الشركاء في الشيوخ الإجباري بحق الملكية، يخول لهم حقوق تتناسب مع طبيعة الشيء الشائع والغرض الذي خصص له، وفي نفس الوقت يتقيد الشركاء في الشيوخ الإجباري بقيود يقتضيها دوام هذا الشيوخ.

وعلى هذا الأساس نستعرض فيما يلي لمجمل حقوق والتزامات الشركاء في الشيوخ الإجباري، لكونها تشمل كل حالات الشيوخ الإجباري، وذلك في الفرعين التاليين:

1.3.1.2. حقوق الشركاء

لكل واحد من الشركاء في الشيوخ الإجباري، سلطة استعمال الشيء الذي يرد عليه الحق كما لو كان مملوكا له ملكية خاصة، كأن يفتح مطلات على الفناء المشترك، إذا كان عرضه لا يقل عن المسافة القانونية، أو يصرف فيه مياه الأمطار، إذا كانت حالة الفناء تسمح بذلك، وكان هذا العمل لا يؤثر على حقوق الشركاء الآخرين في استعمال الفناء، أو السقي من مجرى المياه إذا كان ذلك لا يلحق ضرر بباقي الشركاء وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 53572 المؤرخ في 1988/05/11 من المقرر قانونا أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

ولما كان الثابت، في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه يكونون قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح. «[9]ص(134).

كما يجوز لشريك في الشيوخ الإجباري بأن يحدث تعديلات على الشيء المشترك بقصد تسهيل استعماله، ويحقق بذلك منفعة شخصية له دون حاجة للحصول على موافقة شركائه، على أن يتحمل نفقات هذه التعديلات وحده، وذلك على خلاف الحال في الشيوخ العادي، ومن الأمثلة عن هذا التعديل، قيام الشريك بتعليق أرضه في الممر المشترك، أو تحويط ملكه بسور لتحسين منظره، أو أن يستبدل أنابيب المياه الموجودة خارج شقته، وهي أنابيب مشتركة بأنابيب أوسع حتى تصل المياه إلى شقته الموجودة في الأدوار العليا على نحو أفضل، أو أن يضيف على المصعد جهازا يرفع من مستوى وظيفته، أو يستبدل بلاط مبنى ببلاط ذو نوعية عالية، يسهل تنظيفه.

وسلطة الاستعمال والتعديل لشريك في الشيوخ الإجباري تتقيد بتقيد بقيددين، الأول ألا يتعارض هذا الاستعمال مع الغرض الذي خصص له، والثاني ألا يكون من شأن هذا الاستعمال الإضرار بالشركاء الآخرين، ومثال القيد الأول أنه ليس لشريك في الشيوخ الإجباري التبعية أن يستعمل الشيء الشائع لخدمة عقارات أخرى، غير تلك التي خصص الشيء لخدمتها، ومثال القيد الثاني أنه ليس

لشريك في المسقاة مثلا أن يروي أرضه على وجه يحول بين شركائه وبين ري أراضيهم منها، وكذلك ليس له أن يحدث في الممر المشترك مقرا لسيارته أو أن يضع فيه أدوات تعيق المرورية[45]ص(233)،[27]ص(179).

وفي هذا الصدد نصت المادة 749 ق.م.ج على أنه " لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشاركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار " .

2.3.1.2. التزامات الشركاء

تقع على عاتق كل شريك في الشيوخ الإجباري، التزامات تتلاءم مع الغرض المخصص له، ومن ثم فهذه الالتزامات تختلف عن الالتزامات التي تقع على عاتق الشريك في الشيوخ العادي، وهذا ما نستعرضه فيما يلي:[12]ص(185)، [45]ص(233)، [24]ص(173).

• لا يحقق الشريك في الشيوخ الإجباري أن يطالب بقسمة الشيء الشائع، وهذا ما نصت عليه المادة 737 ق.م.ج السالف الذكر، في حين أن القسمة ممكن طلبها دائما في الشيوخ العادي، وهذا ما تعرضنا له في حق طلب القسمة في الشيوخ العادي.

• لا يجوز لشريك في الشيوخ الإجباري أن يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع الغرض المعد لأجله الشيء الشائع، ففي الشيوخ الإجباري الأصلي ليس لشريك في مدافن الأسرة مثلا أن يتصرف في حصته إلى أجنبي، وليس لدائنيه الحجز عليها، أما في الشيوخ الإجباري التبعية لا يجوز إبرام تصرف أو توقيع حجز على الحصة الشائعة، إلا مع العقار الذي تعتبر من تابعه.

• يلتزم الشركاء في الشيوخ الإجباري، كما هو الحال في الشيوخ العادي بالمساهمة في نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وفي دفع الضرائب وسائر التكاليف المقررة عليه.

• وأخيرا هناك قيد هام يتمثل في أنه لا يجوز لشريك في الشيوخ الإجباري أن يستعمل الشيء المشترك لخدمة عقارات أخرى غير تلك العقارات التي خصص الشيء الشائع لاستعمالها.

وأخيرا ولعقد هذا الجزء من المبحث، يمكننا القول أن للشيوخ الإجباري أحكام عامة، وبالتالي حقوق والتزامات تتناسب مع طبيعة هذا المال الشائع، والغرض المخصص له في مجمل حالاته، فقد خص المشرع الصور الأخرى من الشيوخ الإجباري بحقوق والتزامات أخرى تتلاءم مع طبيعتها والغرض المخصص لها، وهذا ما نتعرض له في المبحثين الآتيين.

2.2. حقوق والتزامات الشريك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية

تزداد أهمية دراسة الملكية المشتركة في الوقت الراهن نظرا لانتشار التوسع العمراني والكثافة السكانية، حيث تزداد حركة البناء بشكل كبير، والاتجاه إلى بناء المساكن المشتركة لصعوبة الاستقلال بمسكن منفرد نتيجة ارتفاع أسعار الأراضي ومواد البناء، ولذا يزداد اهتمام القوانين الحديثة بتنظيم الملكية المشتركة، ومنها المشرع الجزائري، ويوليها الفقه العديد من الأبحاث لما تثيره من مشاكل وأهمية عملية متزايدة.

وتقتضي الملكية المشتركة، تعدد ملاك البناء الواحد حيث يكون لكل منهم طابق أو شقة من طابق، ففي هذه الحالة نكون أمام نوعين من الملكية، ملكية شائعة بالنسبة للأجزاء المشتركة من المبنى، بمعنى أن هذه الأجزاء تكون في حالة شيوع إجباري لأنها مخصصة للاستعمال المشترك، وملكية مفرزة أو مستقلة حيث يكون لكل مالك ملكيته الخالصة والكاملة للطبقة أو للشقة.

وحتى تحقق هذه الصورة من الصور الشيوع الإجباري الغرض المخصص لها، والذي أراده المشرع الجزائري أن يتحقق، ألا وهو الاستغلال الأحسن للعقارات المبنية والقضاء على النزاعات التي قد تنشأ بين الملاك، وبالتالي القضاء على أزمة السكن، فإنه كرس حقوق لكل واحد من الملاك المشتركين في مقابل ذلك فرض عليهم عدة التزامات .

وحتى نتمكن من تحديد هذه الحقوق والالتزامات في الملكية الشائعة بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة، وفي الملكية المفرزة في هذه العقارات المبنية، لابد من تحديد المفهوم القانوني للملكية المشتركة في العقارات المبنية أولا وذلك في المطلب الأول، ثم التعرض لتلك الحقوق والتزامات بالنسبة للأجزاء المشتركة و المفرزة (خاصة) بصفة عامة في المطلب الثاني، وبعدها ننفرد بحق إدارة الملكية المشتركة في المطلب الثالث نظرا لأهميته المعبرة، و هو التقسيم الذي اعتمده القانون المدني الجزائري.

1.2.2. مفهوم الملكية المشتركة في العقارات المبنية

يتحدد مفهوم الملكية المشتركة، بالتعرض إلى تعريفها ومصادرها، وأخيرا تحديد النظام الذي تقوم عليه، وذلك في ثلاثة فروع.

1.1.2.2. تعريف الملكية المشتركة في العقارات المبنية

وتسمى هذه الملكية أيضا بـ"ملكية الطوابق والشقق" وبهذه التسمية أخذت أغلب القوانين العربية، كالقانون المدني المصري و السوري والليبي والكويتي والأردني[5]ص(343)،[11]ص(87)، أما في القانون المدني الجزائري وفي القانون المدني

اللبناني تسمى بـ " الملكية المشتركة في العقارات المبنية"، وذلك ما عبر عنه المشرع اللبناني في المرسوم الاشتراعي رقم 88 المؤرخ في 16/09/1983 الذي ألغى القانون السابق الصادر سنة 1962[46]ص(99).

وقد عرفت المادة 743 ق.م.ج الملكية المشتركة في العقارات المبنية بقولها « الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة ».

ويتضح من نص المادة أن الملكية المشتركة في العقارات المبنية، هي الحالة القانونية التي يتعدد فيها ملاك البناء الواحد بحيث يكون لكل منهم طابق أو شقة من العقار المبني، أو مجموعة العقارات المبنية يملكها ملكية مفرزة ، ففي مثل هذه الحالة نكون في الواقع إزاء نوعين من الملكية، ملكية مفرزة بالنسبة للجزء الخاص، أو الطابق أو الشقة، و ملكية شائعة بالنسبة للأجزاء المشتركة من البناء ، وفي هذه الحالة الأخيرة تقوم حالة من الشيوع الإجباري، وتخضع لقواعد الشيوع الإجباري، نظرا لكون هذه الأجزاء مخصصة للاستعمال المشترك بين الشركاء.

وفي هذا الصدد فإن الفقه يعرف الملكية المشتركة، أو ملكية الطبقات أو الشقق على أنها ملكية البناء الذي يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به، يملكها ملكية مفرزة، مما يستتبع تملكهم للأجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة[47]ص(153).

ويترتب عن ذلك أن الملكية المشتركة لا تكون في الأرض الفضاء، بل لا بد من وجود بناء، وأن يتعدد المالكون لبناء واحد أو عدة بنايات، فإذا كان هناك بناء مملوكا لشخص واحد يتاخمه (يجاوره) بناء آخر مملوكا لشخص آخر، ويفصل بينهما مساحة شاغرة مستعملة بصفة مشتركة من قبل الجارين ، فإن هذه الحالة لا تشكل ملكية مشتركة لعدم تعدد الملاك لبناء واحد، وبناء على ذلك فإن الوضعيات التي أنشأتها إدارة الأملاك العقارية، من خلال إنشائها مساحة مشتركة بين بنائين منفصلين لمالكين مختلفين، ويشار إلى ذلك في العقود الممنوحة لهما، لا تعد ملكية مشتركة بالمعنى القانوني بل تعد خرقا للقانون لاسيما المادة 743 ق.م.ج، حيث نتج عن ذلك حالات عجز القضاء عن إيجاد الحلول الصحيحة لها[48]ص(128).

وأصل هذا النوع من الملكية أنه ظهر لأول مرة في أوروبا عقب الحربين العالميتين، وما تبعها من أزمة الإسكان، ونزوح الأفراد من القرى إلى المدن، وارتفاع أسعار الأراضي بحيث جاء استنباط هذا النوع من الملكيات لتمكين الطبقة المتوسطة من تملك المساكن وبالتالي تلافي دفع بدلات الإيجار المرتفعة[46]ص(99)،[21]ص(262).

وقد انتشر هذا النوع من الملكية في الجزائر، وفي مختلف البلدان العربية نتيجة لأزمة السكن، والحاجة الملحة لإسكان الطبقة المتوسطة وضعيفة الدخل، مما أدى بالجزائر كدولة إلى إيجاد عدة صيغ الإنجاز هذا النوع من الملكية.

وما تجدر الإشارة إليه أن الشريعة الإسلامية الغراء عرفت نظام الطبقات، من خلال تقسيم البناء إلى طبقات يملك كل مالك طبقة منها، بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفرزة، بحيث يكون لصاحب الطبقة الأعلى وتسمى "العلو" حق القرار على الطبقة التي تحتها وتسمى "السفل" [47] ص ص (153-154).

2.1.2.2. مصادر الملكية المشتركة في العقارات المبنية

تنشأ هذه الملكية بأسباب مختلفة [24] ص (175)، [45] ص (234)، وسوف نستعرض ذلك فيما يلي:

- بيع مالك البناء إحدى طبقاته للغير، فنتوزع الملكية المشتركة بين مالكين متعددين.
- إذا أوصى أب صاحب البناء لكل من أولاده بطابق أو شقة في المنزل الذي يملكه، أو يهب لكل من أبنائه طبقة من طبقات المنزل ليستقل به.
- وتنشأ كذلك هذه الملكية إذا اشترى عدد من الأشخاص في بناء منزل على أن يكون لكل منهم طابق أو شقة مملوكة ملكية مفرزة.
- والصور الغالبة حالياً لإنشاء هذه الملكية، هي أن تقوم الشركات (كالمساكن التي تنجزها دواوين الترقية والتسيير العقاري والوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين)، أو الجمعيات التعاونية، أو المرقين العقاريين ببناء عمارات لبيع طبقاتها أو شققها إلى الجمهور، أو أعضاء الجمعية

3.1.2.2. النظام المعتمد عليه في الملكية المشتركة في العقارات المبنية

تخضع الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات أو الشقق من حيث التنظيم والحقوق والالتزامات المتعلقة بها إلى نظامين، الأول يعرف بنظام ملكية السفلى وملكية العلو، والثاني يعرف بالملكيات المفترزة والشيوخ الإجباري، وقد أخذت أغلب التشريعات العربية بكلا النظامين رغم اختلافهما في الأساس، منها القانون المدني المصري (المادة 859 إلى 863)، والسوري (814 إلى 816)، والليبي (863 إلى 867)، والعراقي (1082 إلى 1086)، والكويتي (859 إلى 860)، والأردني (1072 إلى 1074)، [5] ص ص (345-348)، [11] ص (88)، [12] ص (186).

وفيما يلي نستعرض لمفهوم كل نظام، على أن نحدد موقف المشرع الجزائري بأي نظام أخذ وذلك في النقاط التالية:

• نظام ملكية السفل و ملكية العلو (النظام الإتفاقي):

وهذا النظام مستمد من الفقه الإسلامي، وفيه يقسم البناء إلى طبقات تكون كل منها مملوكة بأكملها ملكية مفرزة، فيكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا ملكية خالصة لطبقة بنائه بما فيها من جدران و أرضية وسقف ونوافذ وأبواب ويملك صاحب السفل الأرض التي يقوم عليها البناء كله، ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفل، ويمكن تكييف حق القرار بأنه ارتفاع للعلو على السفل. [21] ص(263)، [45]ص(234).

وعليه فإنه يشترط على كل من صاحب العلو وصاحب السفل أن يكون مالكا لطبقته ملكية تامة، وعلى وجه الاستقلال، وليس شاغلا لها كالمستأجر، وبالتالي يتمتع كل منهما بحقوق المالك المتمثلة في الاستعمال والاستغلال والتصرف، كما يتحمل كل منهما ما يقتضيه ملكه من نفقات، ولكن نظرا للوضع الخاص لهذه الملكية فإن كلا منهما يخضع لعدة التزامات [11] ص(88-89).

✓ التزامات صاحب السفل: ويمكن إجمالها في نقطتين:

❖ القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، وذلك بصيانة السقف وتقويته عن طريق تقوية المساندة التي تحمله، فإذا امتنع عن ذلك فللمحكمة بناء على طلب صاحب العلو أن تأذن له القيام بهذه الأعمال على نفقة صاحب السفل.

❖ إعادة بناء السفل كما كان في حالة تهدم البناء، وذلك لأجل تمكين صاحب العلو من بناء ملكه، وإذا امتنع عن ذلك وبناءه صاحب العلو بإذن صاحب السفل، أو بإذن المحكمة فله الرجوع عليه بما أنفقه، أما إذا بناه دون أن يحصل على الإذن المطلوب، فيقتصر حقه في الرجوع على قيمة البناء وقت التعمير، وفي كلتا الحالتين فإنه يحق لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من التصرف والانتفاع حتى يوفيه حقه، كما يجوز له أن يستأذن المحكمة لتأجير السفل واستيفاء حقه من الأجرة.

✓ التزامات صاحب العلو: يمكن إجمالها أيضا في النقطتين التاليتين:

❖ يجب على صاحب العلو أن لا يزيد في ارتفاع البناء بحيث يضر صاحب السفل

❖ وعلى العموم يلتزم صاحب العلو بعدم القيام بكل عمل من شأنه الإضرار بصاحب السفل كوضع أشياء ثقيلة على أرضية العلو تضر بسقف السفل.

بالإضافة إلى ذلك يلتزم كل منهما بحق الجوار، المتمثل في امتناع كل منهما عن أي عمل من

شأنه أن يلحق بجاره ضررا غير مألوف.

• نظام الملكيات المفروزة و الشيوخ الإجباري (النظام القانوني):

وهو نظام مستمد من القانون الفرنسي الصادر في 28 حزيران 1938، المعدل بالقانون الصادر في 4 أ شباط 1943 وبالمرسوم 20 مايو 1955، وفيه يتكون البناء من أجزاء مفروزة هي الطبقات أو الشقق لكل منها مالك مستقل بها، وأجزاء شائعة شيوخا إجباريا، وهي الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك كالأساسات والجدران الرئيسية، والمداخل والأفنية فضلا عن الأرض التي يقوم عليها البناء، وهذا القانون الفرنسي هو الذي أخذت به أغلب التشريعات العربية والأوربية، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري (856-869)، والسوري (811-824)، والليبي (860-873)، والكويتي (852-867)، والأردني (1066-1071)، بالإضافة إلى قانون الطبقات والشقق، واللبناني في المرسوم الاشتراعي رقم: 88 المؤرخ في 16/09/1973، [5]ص ص (343-345)، و(ص ص 350-353) لتنظيم الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات أو الشقق، لأنه نظم ملكية الطبقات تنظيما حديثا، فهو يتماشى مع حالة العمارات الحديثة التي تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق، ويكون قوامها هيكل متماسك للبناء بأكمله [21]ص (263)، [44]ص (254)، ومن ضمن هذه الأحكام الحديثة استحداثه لإتحاد أو نقابة لملكي الطبقات، لتضع بنفسها نظاما للانتفاع بالأجزاء الشائعة في العقار المبني، وتسهر على إدارته، ويتولى رئاسة النقابة مدير يعين بالأغلبية على أساس قيمة الأسهم، فإن تعذر ذلك عينه القاضي بعد الاستماع إلى أقوال الشركاء، ومن وظائف هذا المدير تنفيذ قرارات النقابة أو الإتحاد وكذلك حفظ الطبقات وحراستها وصيانتها، والمطالبة بالالتزامات المتوجبة على كل ذي علاقة [10]ص (176).

• موقف المشرع الجزائري من النظامين:

بالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري المتعلقة بتنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية، فإن المشرع الجزائري نظم الملكية المشتركة، وفق نظام الملكيات المفروزة والشيوخ الإجباري، أي النظام القانوني المأخوذ من القانون الفرنسي السالف الذكر، ويتضح ذلك جليا من خلال اعتماده في إدارة الملكية المشتركة على الوسائل الحديثة، ومنها تأسيس جمعية مدنية لإدارتها، ولم ينظم الملكية المشتركة وفق نظام ملكية السفلى و ملكية العلو إذ لم ينص على أي مادة تناولت أحكام نظام ملكية السفلى و ملكية العلو

وهذا ما أكدته القوانين الخاصة بالملكية المشتركة، لاسيما:

- المرسوم رقم: 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية [44]، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 94-59 المؤرخ في: 07/03/1994 [49].

- المرسوم التنفيذي رقم: 154-97، المؤرخ في 10/05/1997 المتعلق بإدارة الأملاك العقارية
[50].

وكل هذه المراسيم نظمت الملكية المشتركة وفق ما جاء في القانون المدني الجزائري، على أساس القانون الفرنسي، وذلك باعتمادها تقسيم البناية إلى أقسام خاصة وأجزاء مشتركة، بالإضافة تأكيدها على تأسيس الجمعية لإدارة الشيوخ في الأجزاء المشتركة، مع تحديد كيفية سيرها وعملها وكيفية تعيين مديرها "المتصرف"، ومهامها، وهذا ما سنتعرض له فيما بعد.

وهذا خلافاً للقانون المدني المصري والتشريعات العربية التي حذت حذوه، السابقة الذكر التي نصت صراحة بالأخذ بأحكام النظامين في آن واحد، على الرغم من اختلاف أحكامهما، وعليه فإن التشريع المصري والتشريعات العربية التي حذت حذوه، تخضع الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات إلى النظامين المختلفين السابقين الذكر، إذ يعتبر نظام الملكيات المفروزة والشيوخ الإجماعي هو الأصل والواجب التطبيق، ما لم يوجد في سندات الملكية ما يخالفه، ونظام ملكية السفلى وملكية العلو يعد استثناء يلجأ إليه إذا تبين من سندات الملك أن مالك كل طبقة يملك طبقة بما فيها من جدران رئيسية و سقف ملكية مفروزة [7]ص (1007-1008)، [21]ص (264)، [11]ص (87-88).

وبناء على ما تقدم هل يمكننا القول أن عدم تنظيم المشرع الجزائري الملكية المشتركة على أساس أحكام ملكية السفلى و ملكية العلو، أنه لم يأخذ بهذا النظام؟ والجواب على ذلك هو لا يمكننا القول بذلك على أساس أن هذا النظام مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تعد مصدراً رسمياً الثاني بعد التشريع، وهذا طبقاً لأحكام المادة الأولى حيث تنص على "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.."

من القانون المدني الجزائري، ومن ثم فليس ما يمنع من الأخذ بهذا النظام، وبالإضافة إلى ذلك أن المشرع الجزائري أعطى الحق للجمعية المدنية التي تشرف على إدارة الملكية المشتركة في تحديد النظام المعتمد في تسيير وإدارة الملكية المشتركة، قصد الانتفاع الأحسن بها، فليس ما يمنع أن تدرج هذه الجمعية في نظامها الداخلي بعض أحكام ملكية السفلى و ملكية العلو، بما يناسب طبيعة الملكية المشتركة، والأكثر من ذلك أن بعض أحكام هذا النظام تعد من القواعد العامة، فإنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بها.

وعليه يمكننا القول أن الملكية المشتركة في العقارات المبنية أو ملكية الطبقات في التشريع الجزائري، تخضع أيضاً لذلك النظامين، فالأصل أنها تخضع لنظام الملكيات المفروزة والشيوخ الإجماعي، وعند عدم وجود ما ينظم الملكية المشتركة في هذا النظام، فإنه يلجأ إلى النظام الثاني أي

ملكية السفل وملكية العلو، وهذا كما هو الحال في القانون المدني المصري والتشريعات التي حذت حذوه.

2.2.2. حقوق والتزامات الملاك في الملكية المشتركة

سبق القول أن الملكية المشتركة تشمل أجزاء شائعة شيوعا إجباريا، وهي المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك، وملكية مفرزة أو خاصة يستقل بها مالكيها، وعلى هذا الأساس عنى المشرع الجزائي بتنظيم الملكية المشتركة، وذلك بتنظيم موضوع حقوق والتزامات الملاك في الأجزاء المشتركة و المفرزة (الخاصة)، في أن واحد. ونستعرض موضوع الحقوق والإلتزامات في الفرعين التاليين:

1.2.2.2. حقوق والتزامات الشركاء الملاك في الأجزاء المشتركة

تحدد حقوق والتزامات كل واحد من الملاك في الأجزاء المشتركة، المعدة للاستعمال المشترك بحسب قيمة حصة كل مالك، ومن هنا وجب تعيين الأجزاء المشتركة وكيفية تحديد أنصبة الشركاء فيها أولا، ثم التعرض إلى مجمل حقوق الملاك في هذه الملكية المشتركة ثانيا، وبعدها إلى التزامات الملاك ثالثا، وذلك في النقاط التالية:

• تعيين الأجزاء المشتركة وكيفية تحديد نصيب كل مالك:

✓ تعيين الأجزاء المشتركة: عينت المادة 745 ق.م.ج الأجزاء المشتركة بقولها « تعتبر أجزاء مشتركة، أجزاء العقارات المبنية، وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة المالكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكثر عدد منهم.

وتعد أجزاء مشتركة مايلي:

- الأرض والأفنية، والبساتين، والجنان، والمداخل،
- الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة،
- الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك،
- الرواق الخارجي، والدرايبز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد،
- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة،

- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد،
وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:
- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة،
- الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة. « وتقابل هذه المادة 856 من القانون المدني المصري، و المادة 811 سوري، و860 لبيي، و852 كويتي، والمادة 08 من المرسوم الاشتراعي اللبناني [5]ص(343)، [27]ص(172).
- ويتضح من نص المادة 745 ق.م.ج أن المعيار الذي تتحدد به صفة الجزء من الأجزاء المشتركة، هو أن تكون هذه الأجزاء معدة للاستعمال من جميع الشركاء، أو أكبر عدد من الملاك المشتركين في الشروع، وما تقتضيه طبيعة البناء أن يكونوا شركاء فيه، ويلاحظ أن الأجزاء المشتركة قد وردت في المادة 745 ق.م.ج على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر، ويدل على ذلك عبارة « وتعد أجزاء مشتركة مايلي:»، ولهذا جاء المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12، المتعلق بالقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، والذي أضاف أنواع أخرى للأجزاء المشتركة، حيث قسمت المادة 05 منه الأجزاء المشتركة إلى ثلاثة أصناف، إذ نصت على أنه « الأجزاء المشتركة هي الأجزاء التي يملكها على الشياح جميع الشركاء في الملك، كل حسب الحصة العائدة إلى كل سهم و المخصصة لاستعمال أو لانتفاع جميع الشركاء أو كثير منهم.
- والأجزاء المشتركة مقسمة، حسب الحالات إلى ثلاث أصناف. «
- فالصنف الأول حدد الأجزاء المشتركة المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك، وحددتها المادة 06 من نفس المرسوم، إذ نصت « الأجزاء المشتركة من الصنف الأول هي الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك وتشمل ما يأتي:
- كل الأرض المشيد مجموع العقار عليها و الأرض التابعة له و لاسيما القطع الأرضية المستعملة حظيرة أو حديقة.
- الباحات وطرق المرور.
- شبكات المواسير وقنوات صرف المياه وقنوات وأنابيب الماء و الغاز والكهرباء المؤدية إلى مجموع المباني المعنية.
- مسكن أو مساكن البوابين الموجودة في أحد المباني أو في كثير منها.

- المحلات الموجودة في أحد المباني أو في كثير منها و المستعملة مكاتب معدة للمصالح التابعة لإدارة المجموع العقاري

وعلى العموم جميع المرافق ذات المصلحة العامة و الاستعمال المشترك بين جميع المباني. «
بينما الصنف الثاني حدد الأجزاء المشتركة المخصصة لاستعمال الذين يشغلون بناية واحدة بعينها، و حددتها المادة 07 من نفس المرسوم إذ نصت « الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني هي الأجزاء المخصصة لاستعمال الذين يشغلون بناية واحدة بعينها وتشمل ما يأتي:

- الأسس و الجدران الضخمة الخاصة بالواجهة أو بواجهة السقف، أو الحائط الفاصل والجدران الضخمة للأرضيات (السقائف، العوارض، الروافد) و الجزء الأعلى من العمارة الذي يشكل سقفها، و بكل ما يتكون منه الهيكل الأساسي للمبنى على العموم.

- زخارف الواجهات وكذلك الشرفات و المقصورات و السطوح و لو كانت مخصصة كلها أو جزء منها لمنفعة أحد الشركاء باستثناء الدرابيز و الأعمدة الداعمة للنوافذ و الشرفات، و الأطر المزججة و مغالق الشبائيك بأنوعها التي هي جميعها ملك خاص.

- المحلات و المساحات و الارتفاقات المشتركة، و الأبواب و الأبهاء وممرات الدخول، و الأدراج و أروقة الإفساح و محلات أو أماكن الخدمات العامة مثل أماكن العدادات وصناديق القمامة، و مسطحات الطوابق و أقفاص السلالم وكذلك الأبواب التي على شكل نوافذ، و الأطر المزججة التي توجد في الأجزاء المشتركة.

- جميع مساحات الإفساح و الممرات و المحلات غير المخصصة لاستعمال أحد الشركاء وحده و غير المشمولة في الأجزاء المشتركة العامة.

- المداخل و مجاري التهوية ورؤوس المداخل و الصناديق السردابية، و مجاري الدخان، و أنابيب تهوية المطابخ.

- القنوات و الأنابيب و فتحات مشاعب المواسير، و كذلك أنابيب مساقط مياه الأمطار، و السرداب و قنوات تفرغ النفايات و كذلك أجهزة تنظيفها.

- قنوات مساقط و صرف المياه المستعملة، و مصاريف المراحيص، و المجاري، و مأخذ الهواء و القنوات و الأعمدة الصاعدة و النازلة الخاصة بالماء و الغاز و الكهرباء(عدا أجزاء هذه الأنابيب و القنوات التي توجد داخل المحلات الخاصة و المخصصة لاستعمال مالكي هذه المحلات دون غيرهم)
- سراديب هذه القنوات المبنية.

- التفريعات الثانوية المؤدية إلى العمارة و المعنية و التي تصلها أن اقتضى الحال، بمنشآت الهاتف العامة و القنوات الرئيسية الخاصة بالماء و الغاز و الكهرباء و التطهير و مشاعب المواسير.

- جميع الأجهزة و المكائن وتوابعها المعدة للخدمة المشتركة بالعمارة، وكذلك جميع الأشياء المنقولة و المواعين الموجودة، لسد حاجات العمارة، في الأجزاء المشتركة مثل تجهيزات الإنارة وصناديق الرسائل وممسحة مدخل العمارة وصناديق القمامة.

- جميع الأشياء أو الأجزاء على العموم غير المعدة للاستعمال في جزء خاص بعينه من أجزاء الملك المقسوم، أو الأشياء والأجزاء التي ينص القانون أو العرف على أنها مشتركة، مع العلم أن جميع الأمور المعدة السابقة ليست على سبيل الحصر.

أما الصنف الثالث فقد حدد الأجزاء المشتركة المخصصة للمساعد وآلاتها، وأقفاص المصاعد في العمارات، وحددتها المادة 08 من نفس المرسوم بقولها " تقتصر الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث على المصاعد خاصة وآلاتها وأقفاص المصاعد الموجودة في العمارات. "

والملاحظ أنه حتى هذا المرسوم لم يحدد الأجزاء المشتركة على سبيل الحصر، وإنما حددها على سبيل المثال أيضا، وهذا يستفاد من عبارة " وتشمل"، من المادة 05، وذلك من عبارة " مع العلم أن جميع الأمور المعدة السابقة ليست على سبيل الحصر" من المادة 07 ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد كل الأجزاء المشتركة، فهي تتحدد في الأصل بناء على السند المنشئ لملكية الطبقات والجدول الوصفي لها، فإذا لم يتضمن هذا السند الوصفي تعيين صفة جزء من الأجزاء فيعتبر ملكية مشتركة، إذا كان معد للاستعمال المشترك بين جميع الملاك، أو العدد الأكبر منهم.

هذا ويمكننا القول بصفة عامة أنه طبقا للقانون الفرنسي أن الأجزاء المشتركة هي تلك غير المخصصة لاستعمال أحد الملاك، وبالنسبة للحوائط الفاصلة بين شقتين فإن ملكيتها تكون مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين [17]ص(199) .

✓ كيفية تحديد أنصبة الملاك الشركاء في الأجزاء المشتركة: وقد حددت المادة 746 ق.م.ج نصيب كل مالك شائع في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة المساحة التي ينتفع بها المالك بالنسبة إلى المساحة المخصصة لاستعمال أو لانتفاع الشركاء أو كثير منهم، حيث نصت المادة على أنه " تتناسب الحصة في الأجزاء المشتركة الخاصة لكل قسمة مع المساحة النافعة بالنسبة للمساحة الإجمالية النافعة لمجموع القسمات التي تشكل الوحدة العقارية. "، وهي توافق المادة 05 من المرسوم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 السالف الذكر، وقد حددها القانون المدني المصري في المادة 856/2 بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، أي بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي يملكها.

وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب في نواح مختلفة، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل لجزء من هذه الأجزاء نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة، أو التعدي عليه من الغير، ولتحديد نصيب كل مالك في نفقات هذه الأجزاء، وكذلك لتقدير رأي المالك عند حساب الأغلبية المطلوبة

لاتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة، وتحدد قيمة نصيب كل مالك على أسس مساحته من ناحية وموقعه من ناحية ثانية وقت إنشاء البناء[47]ص ص(155-156).

• حقوق الملاك المشتركين في الأجزاء المشتركة: يتمتع الملاك المشتاعين بحقوق كرسها لهم المشرع الجزائري باعتبارهم ملاكاً، تتناسب مع طبيعة الأجزاء المشتركة، و الغرض المخصص له، والتي تعد من قبيل الملكية الشائعة شيوعاً جبرياً، ويمكن إجمالها فيما يلي:

✓ حق الاستعمال والانتفاع بالأجزاء المشتركة: يحق لكل مالك أن يستعمل وينتفع بالأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول ذلك دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم، وهذا ما نصت عليه المادة 749 ق.م.ج السالفة الذكر بقولها « لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، كما له أن يستعمل و ينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة و المشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضرراً بما أعد له العقار»،

ويتضح من نص المادة أن حق الاستعمال والانتفاع بالأجزاء المشتركة في العقارات المبنية مقيد بشرطين التاليين:

- ❖ يجب أن يكون الاستعمال والانتفاع متفقاً مع الغرض الذي أعد له الجزء المشترك
- ❖ يجب أن لا يؤثر هذا الاستعمال على لاستعمال باقي الشركاء لحقوقهم

وهذا ما أكدته المادة 12 من المرسوم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 السالف الذكر بقولها « يمكن كل شريك في الملك و/أو كل شاغل له أن يستعمل بحرية، حال الانتفاع بالمحلات التي يملكها، الأجزاء المشتركة حسب ما هي معدة له ودون أن يعوق حقوق الشركاء أو المستعملين الآخرين، فلا يجوز على الخصوص لأي شريك في الملك و/أو شاغل له أن يعرقل أو يستعمل الأجزاء المشتركة خارج وجوه استعمالها المألوف، ولا يترك بها أي شيء لمدة ما»، ويلاحظ أن هذه المادة قيدت حتى الشاغل، كالمستأجر مثلاً بأن لا يعرقل أو يستعمل الأجزاء المشتركة خارج وجوه الاستعمال المبينة قانوناً.

وفي هذا الصدد ذهبته المحكمة العليا بأن الأجزاء المشتركة يجب أن تستغل وتستعمل من طرف جميع الشركاء وذلك في قرارها رقم: 50937 المؤرخ في: 09/05/1990، حيث قرر مايلي « من المقرر قانوناً أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوخ كافة الملاك المشتركين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون»،

ولما كان الثابت في قضية الحال أن النزاع يدور حول السطح والمغسل المشترك بين كافة المستأجرين، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، ومن جديد رفضهم للدعوى يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون [51]ص(32).

أما عن كيفية استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها، فإن المشرع الجزائري لم ينظمها وتركها للملاكين المشتاعين، لتحديد ذلك في نظام الملكية المشتركة الذي توضع الجمعية، وهذا ما نصت عليه المادة 747 ق.م.ج بقولها "يحدد نظام الملكية المشتركة مصير الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة وكيفيات الانتفاع بها وكذا القواعد المتعلقة بإدارة هذه الأجزاء وتسييرها"،

وبناء على ما سبق ذكره يحق لكل مالك شريك أن يدخل من المدخل المشترك للبناء، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول إلى شقته، وأن يستعمل السطح و غير ذلك ، كأن ينصب الهوائي على الجدار الخارجي للبناء، ولكن لا يجوز له أن يستعمل الأجزاء المشتركة لغير الغرض الذي أعدت له، فلا يجوز له أن يستعمل السلم لعرض بضائعه، لأن السلم غير معد في الأصل لمثل هذا الغرض، وليس له أن يستعمل أحد الجدران الرئيسية لمنفعة دار له مجاورة ، كما وليس له أن يستعمل الممر المشترك لإيواء سيارته [11]ص(91).

ومن القوانين العربية التي كانت أكثر تشديد في استعمال الأجزاء المشتركة، نظام الملكية المشتركة لإمارة الشارقة، حيث نصت المادة 20 منه على أنه " لا يحق لشركاء استعمال سطح البناء إلا بعد موافقة مدير الجمعية ولمدة مؤقتة، ليتمكنوا من الوصول إلى الهواء مثلا، وفي مطلق الأحوال يمنع منعا باتا استعمال السطح لنشر الغسيل إلا بموافقة الجمعية العمومية، ولا يحق لأحد منهم عرقلة المداخل والسلالم أو ترك أشياء عليها إطلاقا، كما لا يجوز أن يستعمل الدرج وسفرته للأعمال البيئية كضرب السجاد وتنظيف مفروشات المنامة أو غير ذلك أو وضع قساطل النباتات"،

ونصت المادة 21 من نفس القانون على أنه " لا يجوز أن تشوه الأرمامت واللافتات الواجبات ويعود ذلك وفقا لما يتناسب مع تجميل البناء، ولمدير الجمعية أن ينزع بدون موافقة صاحبها كل أرمة أو لافتة وضعت بدون موافقته المسبقة ويحرم وضع لوحات دعائية إلا في الأماكن التي يخصصها مدير الجمعية" [12]ص(191).

✓ حق تعديل الأجزاء المشتركة: ويقصد بالتعديل في الأجزاء المشتركة، أن يقوم المالك الشريك بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي، أو إضافة أبنية عليه، أو إحداث تعديل في كل ما هو ضروري لتكوين وتناسق البناء، ولم ينص القانون المدني الجزائري على حق تعديل المالك في الأجزاء المشتركة، ولكن المرسوم رقم، 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 نص على هذا الحق في المادة 13 منه، وقيده بضرورة حصول المالك الشريك على موافقة الشركاء، إذ نصت هذه المادة على أنه " لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة ولا على الخدمات

المشتركة مثل المصاعد وقنوات توزيع الماء والغاز والكهرباء... إلا بموافقة الشركاء الآخرين «، ونص المشرع المصري على هذا الحق في المادة 857/2 من القانون المدني، والمادة 812 سوري، و 861 ليبي، و 1071 أردني، و المادة 856/2 كويتي[5]ص344، [12]ص191.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 13 السالفة الذكر لم يحدد طبيعة هذه الموافقة أهي تتم بالأغلبية أم بالإجماع، أم تتم بموافقة الجمعية المدنية لإدارة الملكية المشتركة، ولم يبين أيضا حكم التعديل الذي من شأنه أن يسهل استعمال الأجزاء المشتركة خلافا للمشرع المصري واللبناني والتشريعات التي حذت حذوهم، الذين أجازوه ولو بدون موافقة الشركاء بتوفر الشروط التالية:

❖ أن يكون التعديل نافعا للأجزاء المشتركة

❖ أن لا يؤدي إلى تغيير تخصيص الأجزاء المشتركة

❖ أن لا يلحق ضررا بالملاك الآخرين

❖ أن يتحمل تلك النفقات بنفسه وذلك على خلاف الشيوع العادي

وفيما عدا ذلك فالتعديل غير جائز إلا بموافقة جميع الشركاء، فلا يجوز لأي مالك إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة من شأنه أن يمس بسلامة البناء أو يغير من شكله الخارجي، حتى ولو كان هذا التعديل عند تجديد البناء[17]ص(200)، [21]ص(270).

✓ حق التصرف في الأجزاء المشتركة: لا يجوز لأي مالك في الملكية المشتركة (ملكية الطبقات والشقق) أن يتصرف في الأجزاء المشتركة أو في بعضها، مستقلا عن الملكية المشتركة أو عن طبقته أو شقته التي يملكها في البناء، لأن نصيبه في الأجزاء المشتركة يعد من ملحقات الطبقة أو الشقة التي يملكها.

ولم ينص القانون المدني الجزائري، ولا المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 المعدل والمتمم، السالف الذكر على عدم إمكانية التصرف في الأجزاء المشتركة، استقلا عن الملكية المشتركة، وبالرجوع إلى القانون رقم: 81-01 المؤرخ في: 07/02/1981، المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية السالف الذكر، فإنه تضمن هذا الحكم في المادة الأولى منه بقوله «تعد قابلة للتنازل مع أجزائها المشتركة»، مما يقيد أن التصرف في المساكن لا يكون مستقلا عن "الأجزاء المشتركة"، على خلاف ذلك فإن المشرع المصري، نص صراحة في المادة 856/2 من القانون المدني على أنه «ليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذي يملكه»، و المادة 811 سوري، و 860 ليبي، و 1067 أردني، و المادة 852 كويتي، و المادة 10 من المرسوم الاشتراعي اللبناني[5]ص(341)، [27]ص(183).

ويترتب على أنه لا يجوز لأي مالك من ملاك المساكن، أن يتصرف في نصيبه من الأجزاء المشتركة استقلالا عن المسكن الذي يملكه في البناء، وكذلك لا يمكن أيضا الحجز عن الأجزاء المشتركة وبيعها بالمزاد العلني استقلالا عن المسكن أو الشقة، أو الطبقة، وهذا ما أكدته المادة 747 ق.م.ج حيث نصت على " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة " وتقابل المادة 09/2 من المرسوم 666-83 المؤرخ في: 1983/11/12 حيث نصت على " ... ومن ناحية أخرى وعملا بالمادة 747 من القانون المدني، لا يمكن أي شريك في الملكية أن يطلب شراء الأجزاء المشتركة بالمزاد "،

✓ حقوق بالتبعية في الأجزاء المشتركة: أعطى المشرع الجزائري للملاك المشتركين في العمارة حق تعليتها، والحق أيضا في بناء عمارات في الأجزاء المشتركة وبالأخص في الأفنية، والبساتين أو الجنائن، وهذا ما نصت عليه المادة 745/2 ق.م.ج بقولها "..... وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي

- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة

- الحق في البناء عمارات جديدة بافنية والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة. "

ومما يتضح من خلال هذه الفقرة من المادة 745 ق.م.ج أنها لم توضح كيفية وشروط إجراء هذا البناء، على أساس أن البناء في الأجزاء المشتركة يعد من أعمال التعديل التي لا تجوز إلا بموافقة الشركاء كما نصت عليه المادة 13 من المرسوم 666-83 السالف الذكر، وضم إلى ذلك أن البناء والتعديل فيه يخضع لقواعد فنية وتقنية تطالبها المشرع في قوانين البناء قبل الشروع فيها، مما يجعل ممارسة هذا الحق من طرف الملاكين المشتركين أمرا صعبا.

• التزامات الملاك بالنسبة للأجزاء المشتركة:

في مقابل تلك الحقوق التي يتمتع بها الملاك المشتركين في الأجزاء المشتركة، فإنهم يخضعون إلى عدة التزامات بالنسبة للأجزاء المشتركة، وتتلخص هذه الالتزامات فيما يلي:

✓ لا يجوز لمالك المسكن أو الطبقة أو الشقة أن يطلب قسمة الأجزاء المشتركة، ويرجع عدم أحقية المالك في طلب القسمة في الأجزاء المشتركة لطبيعة هذه الأجزاء والغرض الذي خصصت له، الذي يجعلها غير قابلة للقسمة رضائية كانت أو قضائية[11]ص(92) ، وعلى هذا جرت المادة 747 ق.م.ج بقولها " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم..... " .

وهذا ما قررتها المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 10/07/1991، تحت رقم 76988 حيث نصت على " من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد، لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية، ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما. "[52]ص(35) ،

وتجدر الإشارة إلى أنه عدم طلب القسمة في الأجزاء المشتركة يلتزم به حتى الشاغلون وأولادهم بعد وفاتهم، الذين يترشحون لاكتساب بالشيوع المحل أو السكن القابل للتنازل بواسطة وليهم، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 07 من القانون رقم 86-03 المؤرخ في 04/02/1986 المعدل والمتمم للقانون 81-01 المؤرخ في 07/02/1981 السالف الذكر، والتي جاء فيها " يبقى الشيوع إلزاميا إلى غاية بلوغ أصغر ولد سن الرشد "[48]ص(129) .

✓ على كل مالك مشترك أو شاغلا فعليا أم لا أن يشارك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة، وصيانتها وإدارتها وتجديدها مثل نفقات المصعد، التدفئة، أجره البواب، أنعاب مدير الإتحاد أو الجمعية....، ويكون نصيبه من هذه التكاليف بنسبة قيمة ما يملك في العقار أو يشغله، ما لم ينص في نظام الملكية المشتركة على غير ذلك، وقد حددت المادة 750 ق.م.ج هذه النفقات بقولها " تنقسم التكاليف المشتركة إلى نوعين:

✓ تكاليف من النوع الأول وهي تتعلق بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة الخاصة بها.

يتولى هذه التكاليف مجموع الشاغلين فعليين كانوا أم لا، وتتوزع هذه التكاليف حسب حصص متساوية بين كل واحد من الشاغلين الذين يجب أن يوفوا بها لدى المتصرف، وذلك وفقا للكيفيات التي حددتها الجمعية العامة.

✓ تكاليف من النوع الثاني وهي تتعلق بالترميمات الكبرى للعقار وصيانتته وكذا أمن الشركاء في الملكية والشاغلين لها.

وينكفل الشركاء في ملكية العقار بهذه التكاليف.

ويتم توزيع هذه التكاليف على أساس حصة كل جزء مشترك من الأجزاء المتعلقة بكل قسمة. " هي تقابل المادة 858 من القانون المدني المصري، و المادة 813 سوري، و 862 لبيي، و 72 لبناني من الملكية العقارية، و المادة 858 كويتي، و المادة 1/4 من قانون الطوابق والشقق للقانون الأردني [5]ص(345)، [11] ص(92) .

ويتضح من نص المادة 750 ق.م.ج أن المشرع الجزائري فرق بين نوعين من النفقات تدفع للمتصرف "مدير الجمعية"، كما أنه رتب عن ذلك اختلاف في مدى إسهام الشريك فيها، والملتزم بها، حيث جعل التكاليف من النوع الأول، والتي تتعلق بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة الخاصة بها، على عاتق الشاغلين فعليين كانوا أم لا، وتوزع عليهم بحصص متساوية، أما تكاليف من النوع الثاني والمتعلقة بالترميمات الكبرى للعقار وصيانته، وكذا المتعلقة بأمن الشركاء في الملكية و الشاغلين لها تقع على عاتق الملاك المشتركين، وتوزع عليهم بحسب قيمة ما يملكون في العقار أو المسكن، وهذا ما أكدته المادة 46 من المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12، و المادة 47 من نفس المرسوم التي بينت بكل دقة هذه النفقات.

وتتحدد قيمة الجزء الذي للمالك في المسكن على أساس مساحته، وموقعه، دون الأخذ بعين الاعتبار ما يطرأ عليه من تحسينات، كما أن العبرة في تحديد القيمة هو وقت إنشاء البناء وليس بعده [12]ص(193)، فإذا لم يفي المالك أو الشاغل بتلك النفقات فلا يحرم من الانتفاع بالأجزاء المشتركة في المسكن أو الطبقة أو الشقة، وإنما تقتطع منه جبرا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/02/23، تحت رقم: 299253، حيث قررت المبدأ التالي: « الامتناع عن تسديد نصيب في مصاريف إصلاح السطح المشترك لا يحرم الممتنع من الانتفاع به، وإنما يترتب عليه الحق في التنفيذ الجبري لتسديد نصيب الممتنع ».

ولكن حيث من جهة فإن السطح هو من الأجزاء المشتركة، التي لكل شريك في الملكية الحق في أن يستعملها أو ينتفع بها بكل حرية، شريطة أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين عملا بالمادتين 745 و 749 من القانون المدني، وبالتالي فلما قضى المجلس بجرمان الطاعنين من استعمال السطح يكون قد خالف أحكام المواد المذكورة، وحيث من جهة أخرى فإن إجماع الطاعنين على تنفيذ الحكم الذي ألزمهم بتسديد نصيبهم في المصاريف التي يتطلبها إصلاح السطح وإن كان لا يعطي للمدعي عليه في الطعن الحق في منعهم من الانتفاع بالسطح، إلا أنه يتيح له حق تنفيذه جبرا.

وحيث بهذا فإن القضاة بفصلهم كما فعلوا يكونون قد أشابوا قرارهم بانعدام الأساس القانوني وخالفوا المواد المذكورة، ومن ثم عرضوا قرارهم المنتقد للنقض والإبطال [53]ص ص(251)- (253).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري فرض على المجموعات والمصالح والهيئات العمومية إذا كانت شريكة أو شاغلة في الملكية المشتركة أن تدرج في ميزانيتها الإعتمادات الضرورية لدفع التكاليف الملزمة، وهذا من شأنه عدم التهرب هذه الهيئات من دفع مستحقاتها في النفقات المتعلقة بدعوى عدم وجود ميزانية لهذا الغرض (المادة 750 مكرر ق.م.ج.)، وفي حالة امتناع هذه الأشخاص المعنوية عن دفع النفقات المتعلقة بالصنف الأول والثاني، يمكن للمتصرف

أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبرية (المادة 750 مكرر 1 ق.م.ج.)، على مستوى الخزينة العامة "المحاسب العمومي"، بعد إنذارها لتحصيل هذه النفقات وذلك بتقديم للمحاسب العمومي الأوراق الثبوتية لهذا الدين، كقواتير وقرارات الجمعية وجميع الوثائق الأخرى (المادة 750 مكرر 2 ق.م.ج، والمادة 59 من المرسوم رقم: 83-666، المؤرخ في 1983/11/2).

أما في حالة نقل ملكية إحدى البناءات، فإنه يكون على المالك السابق ملزماً بدفع جميع الديون المتعلقة بنفقات الملكية المشتركة والمستحقة عليه عند تاريخ انتقال الملكية و الواجب دفعها نفداً، سواء تعلق الأمر بأرصدة أو بدفع نهائي (المادة 1/754 ق.م.ج، و 1/60 من المرسوم رقم 83-666)،

هذا ولا يحق للمالك المشترك أن يتخلى عن حصته في الملك للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة، حيث يجب على الشريك في الملك الذي يتنازل عن حصته بمقابل أن يقدم للموثق شهادة لم يمضي على تاريخ تسليمها شهر، تثبت أنه غير مقيد بأي التزام إزاء جماعة الشركاء في الملك، ويجب أن يبلغ إعلان انتقال الملكية للمتصرف، عن طريق رسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام بمبادرة من المشتري، ويمكن للمتصرف أن يعترض في أجل قدره 15 يوماً ابتداء من تاريخ الإعلان المذكور على دفع الأموال للحصول على المبالغ التي ما تزال مستحقة، ولم يدفعها المالك السابق، (المادة 754 ق.م.ج، والمادة 2/60 من المرسوم 83-666)

ويلاحظ أن المشرع الجزائري والتشريعات العربية السالفة الذكر خرجت عنه المبدأ الذي ينص على أنه يستطيع المالك أن يتخلص من هذا الالتزام إذا هو تخلى عن ملكيته المفترزة وعن حقه في الأجزاء المشتركة، إذا أوجبت على المالك المتنازل عن حصته بمقابل أن يسدد نفقاته عند تاريخ انتقال الملكية [45]ص(241).

✓ أن يلتزم المالك المشترك الجديد عند شرائه مسكن بكل ما ورد في نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية من التزامات وشروط، خاصة إذا تعلق الأمر بمسكن تابع للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري، وهذا ما تضمنته وثيقة لشراء ملك عقاري تابع للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري حيث نصت على

»....إضافة إلى ذلك ألتزم:

- بتنفيذ مواد دفتر شروط الملحق بعقد البيع
- بالانخراط في تنظيم الملكية المشتركة
- بعدم إبرام أي عملية تتعلق بالملك المشتري قبل إتمام سعر التنازل

من جهة أخرى ألتزم باحترام أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 03-269، المؤرخ في 07 أغسطس 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري. «[54] ص وكذلك ينص نموذج عقد البيع على التصاميم بالتزام المشتري عند قبوله هذا البيع ونضمامه دون أي تحفظ بجميع التزامات المتعلقة بالقواعد والشروط السارية على الملكية المشتركة، دون أي تحفظ. [55]ص.

2.2.2.2. حقوق والتزامات الشركاء الملاك في الأجزاء المفرزة

فإذا كانت حقوق والتزامات الملاك المشتركين في الملكية المشتركة، تتحدد بحسب قيمة حصة كل مالك في استعمال الأجزاء المشتركة، فإن حقوق والتزامات الملاك المشتركين في الأجزاء المفرزة تتحدد بحسب حدود ملكيتهم في تلك الأجزاء، ومن ثم لا بد من تحديد هذه الأجزاء الخاصة أو المفرزة أولاً، ثم نعرض إلى الحقوق والتزامات المتعلقة بهذه الأجزاء الخاصة، وذلك في النقاط التالية:

• تعيين الأجزاء المفرزة أو الأجزاء الخاصة:

عينت المادة 744 ق.م.ج الأجزاء الخاصة بقولها «تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص.

وتعد أجزاء خاصة:

- كل من تلبط الأرض والأرضية، والتغطية،
- الأسقف والأحواش، باستثناء الجدران الأساسية في البناء،
- الحواجز الداخلية وأبوابها،
- أبواب المساطح والنوافذ والأبواب النافذة ومغلق الشبائيك والمصارع أو الستائر وتوابعها،
- قضبان النوافذ والدرابيز الحديدية للشرفات،
- الطلاء الداخلي للحيطان، والحواجز مهما كانت،
- الأنابيب الداخلية، ومنحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع الحنفيات واللوازم المتصلة بها
- إطار وأعلى المداخل والخزائن، والخزائن المموهة،
- الأدوات الصحية للحمامات والمغسلة والمرحاض،
- أدوات المطبخ،
- الأدوات الخاصة للتدفئة والماء الساخن التي يمكن أن توجد داخل المحل الخاص،

وتعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين، الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة، دون الجدران الأساسية في البناء. ”

وقد حددتها المادة 2 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12 بقولها ”الأجزاء الخاصة هي الأجزاء التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع المرافق التابعة له“، ويتضح من هذين النصين أن المشرع الجزائري حدد الأجزاء الخاصة أو المفرزة على سبيل المثال أيضا لا على سبيل الحصر، كما هو الحال في تحديد الأجزاء المشتركة، غير أن المادة 03 من المرسوم 666-83 السالف الذكر أعطت قاعدة عامة لتحديد الأجزاء الخاصة بقولها ” وبشكل عام كل ما هو مندرج داخل المحلات مما هو مخصص لاستعمال ساكنها لا غير “ أي أن كل ما لا يعد من الأجزاء المشتركة يكون مملوكا ملكية مفرزة لأصحاب الطبقات أو الشقق، وبالتالي فهي تتناول ما يوجد في داخل الشقة مما أعد للاستعمال المالك وحده، كالجدران الفاصلة بين الغرف الداخلية، والنوافذ والأبواب والشرفات، وأنابيب المياه وأسلاك الكهرباء الممددة داخل الطبقة أو الشقة، وكذا ما يكسي أرضية الشقة أو المسكن من البلاط أو الرخام، فهو يعد مملوكا لصاحب الطبقة أو الشقة ملكية مفرزة. [12] ص (189-190)

والملاحظ أن المرسوم رقم: 666-83، المؤرخ في 1983/11/12 في المادة 03 منه نص على الأجزاء الخصوصية المانعة واعتبرها من تكوين الأجزاء الخاصة، حيث نصت هذه المادة على ”تتضمن الأجزاء المانعة إلى كل محل من المحلات المانعة المشمولة في جسم البناية الجماعية لكن بشرط وجود الأشياء المذكورة أدناه فيما يلي خاصة:

- البلاطات و الأرضيات المبلطة والأرضيات الخشبية وجميع التليبيسات بصورة عامة.
- سقوف البيوت أي الألواح الخشبية وما يغطيها من جبس و المقولبات الناتئة و الزخارف التي يمكن أن تزين بها السقوف وقطع النجارة التي يمكن أن تجمل بها.
- الجدران الداخلية بأبوابها.
- الأبواب المسطحة و المداخل الخاصة، و النوافذ و النوافذ التي على شكل أبواب ومغاليق الشبائيك بأنواعها و المشربيات المتحركة، ودعامات و حواجز النوافذ و الشرفات، وزجاج الشرفات و المقصورات و هياكلها.
- الطلاء الداخلي للجدران السميكة والجدران الفاصلة.
- الأنابيب و القنوات أو الخطوط الداخلية المخصصة للاستعمال في المحل دون غيره لتوزيع الماء و الغاز والكهرباء ولصرف المياه المستعملة والنفايات.
- الأجهزة و الصنابير والأقفال واللواحق التابعة لها.

- التجهيزات الصحية لبيوت الاستحمام وبيوت النظافة والمراحيض.
- تجهيزات المطابخ وأحواضها.
- التجهيزات الفردية الخاصة بالتسخين والماء الساخن الموجودة داخل المحل الخاص.
- الخزانات الحائطية وحافظات الثياب.
- كل ما يهيم الزخرفة الداخلية والتأطير، ورفوف المداخل والمرابيا، و الطلاء و الخشبيات و الصناديق.
- وبشكل عام كل ما هو مندرج داخل المحلات مما هو مخصص لاستعمال ساكنها لا غير. «

• حقوق الشركاء الملاك في الأجزاء الخاصة:

بما أن لكل مالك على الجزء الخاص أو المفرز الذي يملكه حق ملكية، وعلى ذلك فهو يتمتع بالجزء الذي يخصه بجميع الحقوق التي يتمتع بها المالك على ملكه، من حق استعمال واستغلال وتصرف، أي يتمتع بجميع سلطات الملكية التي يتمتع بها صاحب الملكية المفرزة، كما يقع عليه وحده ما يقتضيه هذا الجزء الخاص من نفقات،

ويترتب عن ذلك أن للمالك في الجزء الخاص أو المفرز أن يتصرف في هذا الجزء الذي يملكه وحده، فله أن يرتب عليه حق انتفاع، وله وله أن يبيعه أو يهبه، أو يرهنه، وله أيضا أن يمارس مختلف الدعاوى أمام القضاء لحماية ملكيته أو حيازتها. [12] ص(194)

وبصفة عامة فإن هذه الحقوق تخضع للقواعد التي تحكم صاحب الملكية التامة، فقد ذكرنا هذه الحقوق فقط، كون لا يمكننا التطرق إلى حقوق المالك في الأجزاء المشتركة بمعزل عن التذكير بحقوق المالك في الأجزاء المفرزة، وبالرجوع إلى المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، وبالتحديد في المادة 1/11، فإن المشرع الجزائري منح للمالك المشترك حق التعديل في الأجزاء الخاصة، إذ نصت هذه المادة على أنه

«التعديل: يمكنه، تحت مسؤوليته وفي حدود القوانين والتنظيمات أن يعدل – كما يبدو له- الهيئة الداخلية للمحلات التي يملكها، غير أنه يجب عليه، في حالة في حالة ثقب جدران ضخمة فاصلة بين الحجراء، أن ينجز هذه أشغال تحت مراقبة رجل مهنة. ويجب عليه أن يتخذ جميع التدابير اللازمة لعدم الإضرار بمتانة العمارة، و سيكون مسئول عن كل ما يمكن أن يترتب على هذه الأشغال من حالات انسياخ أو تدهور في البناية.

ويجب ألا ينجز هذه التعديلات أبدا أي زيادة في أعباء الجيران إلا بموافقة منهم. «.

• التزامات الشركاء الملاك في الأجزاء الخاصة:

فهذه الالتزامات هي نفسها التي يخضع لها صاحب الملكية الشائعة المفترزة ويمكن تلخيصها في النقاط التالية:

✓ أن يلتزم الملاك المشتركين بالقيود الخاصة بالملكية التي أوردتها المشرع الجزائري لاسيما المتعلقة بالجوار، أي أن للمالك مسؤولية عن مضار للجوار غير المألوفة طبقا للمادة 691 ق.م.ج، و علاقة الجوار هذه لها أهمية خاصة بالنظر لطبيعة الجوار الذي يربط الملاك بعضهم البعض.

✓ أن يلتزم المالك الشريك بشرط المانع من التصرف، ومعناه يجوز الاتفاق على منع المالك من أن يتصرف في مسكنه أو طبقته أو شقته إلى شخص أجنبي إلا بموافقة باقي الملاك، أو بموافقة الجمعية المدنية، فإذا وقع هذا الاتفاق فيجب أن يلتزم به وإلا كان مخلا بالتزاماته، ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها، وكذلك في حالة تصرف الشريك في طبقتهم أو شقته لأشخاص متعددين بعد تقسيمها، قد ينزل من مستوى المبنى، لذلك فقد يتفق الشركاء على منع مثل هذا التصرف، ويذهب الفقه إلى اعتبار مثل هذا الشرط الأخير مقرا لحق ارتفاق على كل طبقة أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى. [47] ص(158)

✓ ألا يتعسف المالك المشترك في استعمال حقه، فإذا تعسف في حقه وسبب ضررا للغير فإنه تقع عليه المسؤولية طبقا للمادة 124 مكرر ق.م.ج.

وبالرجوع إلى المرسوم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، فإن المشرع الجزائري اشترط على كل مالك عند استعمال وانتفاع بالأجزاء الخاصة ألا يضر بحقوق الشركاء الآخرين، وهذا في نص المادة 11 منه بقولها « لكل شريك في الملكية الحق في أن يستعمل الأجزاء الخاصة التي يملكها وأن ينتفع بها كما يبدو له لكن بشرط ألا يضر بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية والمحلات الأخرى، وألا يمس بواجهة العمارة، وألا يقوم بأي شيء يمكن أن يعرض متانة العمارة للخطر مع التحفظات التالية:

- التعديل: يمكنه، تحت مسؤوليته و في حدود القوانين و التنظيمات أن يعدل - كما يبدو له- الهيئة الداخلية للمحلات التي يملكها غير أنه يجب عليه، في حالة ثقب جدران ضخمة فاصلة بين الحجراء، أن ينجز هذه الأشغال تحت مراقبة رجل مهنة. ويجب عليه أن يتخذ جميع التدابير اللازمة لعدم الإضرار بمتانة العمارة، وسيكون مسؤولا عن كل ما يمكن أن يترتب على هذه الأشغال من حالات اسنياح أو تدهور في البناية.

ويجب ألا ينجر عن هذه التعديلات أبدا أي زيادة في أعباء الجيران إلا بموافقة منهم.

- الدكاكين و المتاجر: لا يجوز أن تمارس في المحلات المستعملة دكاكين أو محلات تجارية أي تجارة يمكن أن تنطوي على أخطار الانفجار أو الحريق أو من شأنها لما يصدر عنها من ضوضاء أو روائح، أن تضايق سكان العمارة مما قد يقتضي تحقيقا لمعرفة المنافع والمضار.

لا يجوز بحال من الأحوال أن تستعمل الدكاكين أو المتاجر محلات للسكن.

- الضوضاء: يجب على الشركاء في الملكية أن يسهروا على عدم تعكير هدوء العمارة في أي وقت من الأوقات منهم أو من أفراد أسرهم أو ضيوفهم أو أناس في خدمتهم.

وعليه، فيجب ألا يتسببوا في أي ضوضاء غير عادية وأن لا يسمحوا بذلك، وأن لا يقوموا بأي عمل يؤدي بماكنة أو أداة بدونهما مهما كان نوعه إذا كان من شأنه أن يضر بمتانة العمارة أو يزعج جيرانه بالصخب أو بالرائحة أو بأي ضرر آخر من الأضرار.

لا يجوز إقامة أي محرك في الأملاك الخاصة باستثناء المحركات الصامتة بشرط أن تكون مجهزة بنظام يقاوم التشويش معد لعدم تشويش استقبال الحصص الإذاعية و المتلفزة.

كل ضوضاء أو صخب ليلي مهما كان نوعه يفسد على السكان هدوؤهم ممنوع منعاً باتاً و لو كان حاصله داخل الشقق، وهو يعرض صاحبه إن اقتضى الحال لملاحقات قضائية.

وفيما يتعلق على الخصوص بأجهزة ومكائن تصدر أصواتاً مثل المسجلات الصوتية و الإذاعية و التلفزة و الآلات الموسيقية... فإن استعمالها مسموح به شريطة مراعاة تنظيمات البلدية و الشرطة.

- الحيوانات: الحيوانات الخطيرة ممنوعة.

- استخدام النوافذ و الشرفات و المقصورات:

لا يجوز نشر الثياب على النوافذ و الشرفات، غير أن نشره في المقصورات التابعة للمطبخ مسموح به. و لايجوز نفض الزرابي أو هزها إلى وفقاً لتنظيمات الشرطة الحضرية .

لا يجوز وضع أي شيء على حافات النوافذ و الشرفات دون تثبيته لتفادي سقوطه.

ويجب وضع الزهريات أو غير ذلك من أصص النباتات بحيث لا يتسبب سقها على اتساخ واجهات البناية، ولا يزعج المارة أو الجيران.

لا يجوز أن يطرح أي شيء البتة في الشارع أو في الفناء أو في الحديقة سواء أكان الشيء المطروح ماء أو أقدار أو أوساخ كانت.

- اللوحات المبنية و اللافتات: يمكن كل شريك أن يثبت على باب شقته أو محله لوحة مبنية لاسمه ومهنته، غير أنه لا يجوز أن يوضع على واجهة البناية أي لافتة أو إعلان أو مطيلة أو ترويج.

ولا يسري هذا الخطر على مالكي دكاكين أو متاجر الذين يمكنهم امتلاك اللافتة أو القيام

بالإشهار الذين يرونهما مفيدتين، وذلك طبقاً للتنظيم الجاري به العمل.

- الانسجام و الصيانة: يجب صيانة أبواب مداخل الشقق والنوافذ وألواحها الخارجية و الستائر والمشربيات والدرايز وحواجز الشرفات والنوافذ ودعائمها، ويجب أن يسهر أصحابها على إبقائها في حالة جيدة.

غير أنه، لاحترام مظهر العمارة وانسجامها، فإن التعديلات التي تهم الطلاءات الخارجية بما في ذلك طلاء أبواب مداخل الشقق ستكون موضوع عملية شاملة يقررها المجلس المتداول كما سيبين فيما بعد.

- صيانة قنوات المياه والصنابير: حرصا على تجنب وقع تسربات المياه، و اهتزازات في القنوات والصنابير وطرادات ماء المراحيض، يجب صيانة هذه الأدوات وإبقاؤها في حالة جيدة، وعدم التأخر في تصليحها عند اللزوم.

يتولى صاحب المحل المسؤول ترميم الخسائر التي يتسبب فيها تسرب ما صدر من محله.

- التسخين وتنظيف المداخن: يجب القيام بتنقية جهاز التسخين وقنوات الدخان والآلات التي تخدمها كلما كان ذلك ضروريا، وحسب التنظيمات المعمول بها.

يمنع حتما استعمال أجهزة الاحتراق البطيء أو التي تنتج عنها غازات سامة، وأنواع الوقود التي يمكن أن تسخّم أو تفسد قنوات الدخان بأي صفة من الصفات.

لا يجوز أن تستخدم قنوات الدخان إلا للغرض الذي أعدت من أجله أو كسرداب للتهوئة.

-الارتفاق: يجب أن يتحمل الشركاء في الملك تنفيذ عملية تنقية الأجزاء المشتركة و الجدران الفاصلة أو الأشغال التي يتم القيام بها فيها، وعليهم أن يفتحوا محلاتهم عند الحاجة للمهندسين المعماريين و المقاولين و العمال المكلفين بمراقبة هذه الأشغال أو الإشراف عليها أو القيام بها.

يجب أن يرتبوا مكانا بارزا بأنفسهم أو بواسطة رئيس الذين يشغلون المحلات، وعلى نفقتهم لجميع الأشياء التي يكون وضعها ضروريا (الزرايبي، اللوحات الفنية، الأثاث و غير ذلك من الأشياء مختومة كانت أم غير مختومة).

- المسؤولية: كل شريك في الملك مسؤول حيال الآخرين عن النتائج الضارة التي يتسبب فيها هو أو إهماله، أو تكون بفعل شخص أو ملك حيوان هو مسؤول عنه قانونيا.

كل شريك في الملك لا يشغل هو نفسه محلاته يبقى هو المسؤول شخصيا عن تنفيذ هذا التنظيم من قبل الذين يشغلون المحلات المذكورة عدا طعنه لهؤلاء.

يجب على شريك أن يجعل من مسألة التأمين على الأخطار المنصوص عليها في هذه الفقرة قضيته الشخصية وعلى نفقته الخاصة.

- التنظيم و الارتفاقات: أن تنفيذ أي تنظيم يخص نظافة المدينة و الأمن واجب على الجميع.

وكذلك الأمر على العموم بالنسبة إلى كل ارتفاق حفاظا على العمارة وتحقيقا للمصلحة المشتركة. «.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري قيد حق استعمال الأجزاء المفترزة أو الخاصة من قبل الملك المشتركين، تقييدا شديدا، خلافا للملكية المفترزة العادية التي لا تكون في الطوابق والشقق وهذا قصد الحفاظ على جميع حقوق الملاك.

3.2.2. حق إدارة الملكية المشتركة

إن احتواء عقار مبني أو مجموع عقارات مبنية على عدة مساكن، متكونة من عدة عائلات في بناء واحد، وانتفاعها في نفس الوقت بالأجزاء المشتركة أو الخاصة ينتج لا محالة العديد من الاحتكاكات والخلافات، وتسهيلا لحل هذه الخلافات من جهة، وعدم ملائمة وكفاية القواعد العامة في إدارة المال الشائع العادي لإدارة والانتفاع بالأجزاء المشتركة أو الخاصة في الشيوخ الإجباري، فإن المشرع الجزائري ونظرا لأن هذا الشيوخ الإجباري لا يقبل القسمة وله غرض خاص يحققه، قرر وسائل وآليات أخرى لإدارة الملكية المشتركة، فقد أجاز لجماعة الشركاء المشتركين، أو الشاغلين للملكية بتشكيل جمعية مدنية لإدارة هذه الملكية المشتركة، كما أجاز لأحد الملاك أن يقوم بهذه الإدارة بشروط معينة، إذا لم تنشأ هذه الجمعية، وأخيرا أنشأ مهنة القائم بإدارة العمارة، قصد الانتفاع الأحسن بالملكية المشتركة، وهذا ما سوف نتعرض له في ثلاثة فروع على التوالي:

1.3.2.2. إنشاء الجمعية المدنية لإدارة والانتفاع بالملكية المشتركة

أوكل المشرع الجزائري إدارة الأجزاء الخاصة أو المشتركة إلى جماعة من الملاك المشتركين أو الشاغلين للملكية المشتركة، وذلك بتأسيس جمعية مدنية تقوم بأعمال الإدارة والانتفاع، فيما يخص تلك الأجزاء المشتركة، وأعطى لها في سبيل تحقيق ذلك سلطات ومكنات واسعة تضمنها المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12، وسوف نتعرض إلى هذه الجمعية من حيث الإنشاء والغرض منها ومن حيث سلطات الجمعية العامة، ومن حيث سلطات متصرف الجمعية (المدير).

● إنشاء الجمعية المدنية والغرض منها:

✓ إنشاء الجمعية: نصت على هذه الجمعية المدنية المادة 756 مكرر 2 بقولها "تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها جمعية تتمتع بالشخصية المدنية...."، وتقابل المادة 862 من القانون المدني المصري، و المادة 817 سوري، و 866 لبيبي، و المادة 859 كويتي، و 1075 أردني، و المادة 12 من المرسوم الاشتراعي اللبناني، [5]ص(348)، [46]ص(121)

وكذلك نصت على هذه الجمعية المادة 15 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12 على أنه "تتشكل جماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له في شكل جمعية ذات شخصية مدنية"، وتعرف هذه الجمعية بأسماء مختلفة في التشريعات العربية، ففي التشريع المصري والسوري،

والليبي والكويتي والإماراتي تعرف باسم إتحاد "ملاك الطبقات والشقق"،- بينما في لبنان فتعرف بـ "جمعية المالكين"، أما في الأردن فتعرف بجمعية "مالكي الطبقات والشقق"، أما في القانون الفرنسي فتعرف تحت اسم "نقابة مالكي الطبقات". [12] ص ص(194-196)، [46] ص(121)

ويتضح من النصوص السابقة أن تكوين الجمعية المدنية، يعد أمراً جوازياً إذا اتفق عليه جميع الشركاء، وليس أمراً وجوبياً بخلاف الحال في القانون الفرنسي، الذي يعتبر تشكيل نقابة لإدارة الأجزاء المشتركة أمر وجوبياً وبقوة القانون، وعليه إذا لم يكون الملاك الجمعية المدنية لإدارة البناء أو العمارة، فإن إدارة الأجزاء المشتركة تبقى خاضعة لقواعد إدارة المال الشائع العادي، ومن التشريعات التي توجب بتشكيل هذه الجمعية القانون المصري، وذلك إذا تجاوز عدد طوابق البناية خمسة طوابق، والقانون اللبناني والأردني إذا تجاوز عدد الطوابق أربعة. [47] ص(159)، [11] ص(92)

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري والتشريعات العربية السالفة الذكر لم تنص صراحة على اعتبار الجمعية المدنية شخصاً معنوياً، ومع ذلك فهي تتمتع بالشخصية المعنوية، إذ جعل لها ذمة مالية وأعطاهم الحق في التقاضي باسمها (المادة 2/18 و 53 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12) ولكن تكوين الجمعية المدنية لا يؤدي إلا تملكها للبناء أو العمارة، فتبقى هذه الملكية للشركاء في أجزائها المشتركة، وعلى هذا الأساس لم يخضع هذه الجمعية المدنية لقانون الجمعيات بل أخضعها لأحكام خاصة بها، تناولها القانون المدني الجزائري، والرسوم رقم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12.

فلو لم يعترف المشرع الجزائري بهذه الجمعية بالشخصية المعنوية لفقدت دواعي وجودها، إذ وجود هذه الشخصية يقتضيه الواقع العملي.

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري والرسوم 666-83، السالف الذكر لم يحدد وقت بدء الشخصية المعنوية، غير أن بعض الفقه يرى أن بدءها يكون من تاريخ إيداع نظام إدارة البناء لدى مصالح التسجيل والشهر، وعندنا أمام المحافظة العقارية، على أساس أن شهر هذا النظام هو الذي ينتج الفرصة للغير للعلم بوجود الجمعية. [12] ص (197)

✓ الغرض من الجمعية: نصت المادة 756 مكرر 2 الفقرة 2 على غرض الجمعية المدنية بقولها «... تتولى الجمعية إدارة العقار والمحافظة عليه وكذا تسيير الأجزاء المشتركة»، وأضافت المادة 16 من المرسوم رقم 666-83 السالف الذكر صلاحية أخرى إذ نصت على «تتمثل صلاحية الجمعية في الحفاظ على العمارة وتسيير أجزائها المشتركة، وهي مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالشركاء و/أو الشاغلين أو تلحق بالغير بسبب عدم صيانة الأجزاء المشتركة»، وتضيف الفقرة

الثالثة منها " ... ويمكنها أن تتخذ جميع التدابير الضرورية للحفاظ على العمارة وحسن تسيير الأجزاء المشتركة منها. "

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري أوكل للجمعية كل ما يتعلق بتسيير وإدارة وانتفاع بالأجزاء الخاصة أو المشتركة، وهذا كله بغية حسن انتفاع بالملكية المشتركة ، وحسن إدارتها والمحافظة عليها، كما رتب المادة 16 من المرسوم 666-83 المسؤولية المدنية للجمعية إذا أصاب أحد الشركاء أو الشاغلين، أو الغير ضررا بسبب عدم صيانة الأجزاء المشتركة أو الخاصة. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشأ أن يكون الغرض من تكوين الجمعية بناء العقارات وشراؤها لتوزيع ملكية أجزائها على الأعضاء، غير تلك التي تبنى بالأفنية والبساتين أو الجنائن التي تكون الأجزاء المشتركة، وتناولتها المادة 8/745 ق.م.ج، على خلاف ذلك فإن المشرع المصري والتشريعات التي حذت حذوه كالأردني والسوري، والليبي فإنها جعلت من غرض تكوين الإتحاد أو هذه الهيئة، بناء عقارات متعددة الطبقات والشقق أو شراؤها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائه.

[21] ص(273)، [07]ص(1026-1027)

• سلطات الجمعية العامة:

نظرا لما تثيره الجمعية المدنية المكلفة بتسيير وإدارة الملكية المشتركة من مسائل تفصيلية وإشكالات فيما يتعلق بكيفية عمل هذه الجمعية، والأشخاص الذين يباشرون أعمال الإدارة فيها كالجمعية العمومية، تدخل المشرع الجزائري لتنظيم هذه المسائل الفرعية التي لم يتناولها القانون المدني الجزائري، بموجب المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12.

وسوف نستعرض فيما يلي: لأحكام الجمعية العامة من حيث تكوينها وعملها واختصاصاتها في النقاط التالية:

✓ تكوين الجمعية العامة: تتألف الجمعية العامة من جميع ملاك الملكية المشتركة، أو من الشاغلين لها كالمستأجرين مثلا، وهذا ما نصت عليه المادة 1/756 ق.م.ج والمادتين 14 و15 من المرسوم 666-83 السابق الذكر، وقد عرض المشرع للأساس الذي يقوم عليه اتخاذ قرارات الجمعية وهو ما نصت عليه المادة 746 ق.م.ج بقولها " تتخذ قرارات الجمعية عن طريق الاقتراع بالأغلبية البسيطة أو الأغلبية المحددة، ويتكفل بتنفيذ هذه القرارات متصرف العقار، الذي يوضع مباشرة تحت مراقبة الجمعية،

يعد هذا المتصرف، وكيلا للجمعية ويمثلها لدى القضاء .»، وهذا ما أكدته المادة 17 من المرسوم 666-83، المؤرخ في 1983/11/12.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري خرج عن القاعدة العامة المتمثلة في أن لكل مالك عدد من الأصوات في الجمعية العمومية يتناسب مع حصته في الأجزاء المشتركة، إذ اعتد المشرع الجزائري بالأصوات الاقتراع بالأغلبية البسيطة أو الأغلبية المحددة، دون عدد الأصوات الموازي لقيمة ما يملك المالك في الأجزاء المشتركة، وهذا خروج عن القانون الفرنسي الذي أخذ عنه هذا النظام، ومن القوانين التي أخذت بهذه القاعدة العامة: القانون الأردني والكويتي، غير أن القانون الكويتي أورد استثناء عن ذلك، حيث قضى أنه إذا كانت حصة المالك تزيد على النصف فإنه يتعين إنقاص عدد ما له من أصوات إلى ما يساوي مجموع أصوات باقي الملاك، وقد استمد القانون الكويتي هذا الاستثناء من القانون الفرنسي. [12] ص (198)

هذا وبالرجوع إلى المادتين 28 و29 من المرسوم 83-666 السالف الذكر، فقد بيننا طبيعة القرارات التي تصدرها الجمعية العامة بالأغلبية البسيطة من أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين عنهم، والقرارات التي تصدرها الجمعية بالأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، إذ تنص المادة 28 من المرسوم 83-666 على "يصادق على مقررات الجمعية بالأغلبية البسيطة من أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين عندما تهم خاصة ما يلي:

- المسائل المتعلقة بتطبيق هذا التنظيم للملكية المشتركة و المصادقة على التنظيم الداخلي و المواضيع التي قد تكون مقررة، وجميع المسائل التي تهم الملكية المشتركة.
- الترخيص لبعض الأعضاء بالقيام على نفقتهم بأشغال تلحق الضرر بالأجزاء المشتركة أو بالمظهر الخارجي للعمارة وفقا لما هي معدة له.
- كفيات إنجاز وتنفيذ أشغال باتت إجبارية بموجب الأحكام القانونية أو التنظيمية.
- تغيير وتوزيع الأعباء المذكور في المواد أعلاه و التي باتت ضرورية بسبب تغير في استعمال جزء أو عدة أجزاء.

أما المادة 29 من نفس المرسوم السابق الذكر فتنص على "يصادق بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين أو الممثلين على المقررات الآتية:

- تعيين المتصرف أو عزله.
- جميع أشغال التحسين مثل تغيير عنصر أو عدة عناصر من التجهيزات الموجودة، وإدخال عناصر جديدة وتعديل محلات ذات استعمال مشترك، أو إحداث مثل هذه المحلات، بشرط أن تكون مطابقة للغرض الذي هيئت العمارة له.
- توزيع مصاريف تسيير الأجزاء المشتركة أو العناصر المغيرة أو المستحدثة وصيانتها وتعويضها.

كما عرض المشرع الجزائري للحالة التي يتعدد فيها الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة على الشيوع، من حيث تمثيلهم في الجمعية، فنص في المادة 764 مكرر ق.م.ج على أنه « يساهم الشريك في الملكية في أعمال الجمعية وله الحق في التصويت على جميع المسائل التي تخص الملكية المشتركة،

كما يشارك المستأجر في جميع أعمال الجمعية، وله الحق في الإدلاء بصوت تقريره في الحالات التالية:

- عندما تناقش الجمعية التكاليف من النوع الأول
 - عندما تناقش الجمعية أشغال الترميم التي يراها أغلبية الأعضاء ضرورية
 - عندما يكون الشريك في الملكية المعني غائبا أو لم يمثله أحد لدى الجمعية بصفة النظامية
- وكما بينت المادة 764 مكرر 1 طريقة التصويت عن طريق الوكالة بقولها « يجوز أن يمثل الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها، وكيل يختارونه باستثناء المتصرف أو زوجه. ولا يمكن لأي وكيل أن يتلقى أكثر من تفويض لإجراء التصويت.
- في حالة شيوع قسمة، وعند غياب الممثل المشترك الذي فوضه المعنيون، يعين رئيس المحكمة وكيلاً وذلك بطلب من أحد الشركاء على الشيوع أو من المتصرف»
- وفي هذا الاصدد الأخير أضافت المادة 21/2 من المرسوم 83-666 مايلى «..... وفي حالة شياع الملك بين عدة أشخاص فإن هؤلاء يجب عليهم أن ينتدبوا واحد منهم لتمثيلهم وإذا لم يخطرأ بشياع الملك ويعينوا مندوبا لهم لكي توجه إليه الاستدعاءات، فإن الاستدعاءات ستوجه قانونيا إلى مقر سكنى الملك القديم أو إلى المقر الذي يتخذه مسكننا له «
- ويتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري أعطى الحق في التمثيل في هذه الجمعية بالإضافة إلى المالك الشريك إلى كل من المستأجر، وإلى ورثة المالك وإلى وكيل المالك أو الشاغل بالشروط التي وردت في المواد السابقة، حتى لا تبقى الملكية المشتركة دون تمثيل.
- ✓ انعقاد الجمعية وسيرها: المادة 763 ق.م.ج على أنه « تعقد الجمعية اجتماعا عاديا وجوبا مرة في السنة خلال الثلاثة أشهر التي تلي نشاط نهاية السنة باستدعاء من طرف المتصرف.
- كما تعقد الاجتماعات استثنائيا عند الاقتضاء باستدعاء من طرف المتصرف بناء على مبادرة منه أو بطلب من الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها.
- ولا يجوز للجمعية أن تناقش قانونا إلا القضايا المقيدة في جدول الأعمال والتي تتم بشأنها الاستدعاءات والإخطارات المثبتة بصورة نظامية. «

يتضح من نص هذه المادة أن الجمعية العامة تنعقد اجتماعها العادي وجوبا مرة في السنة، خلال الثلاثة أشهر التي تلي نهاية السنة، وتعد اجتماع استثنائيا كلما دعت الضرورة إلى ذلك سواء كان بطلب من المتصرف أو من الشركاء في الملكية المشتركة أو الشاغلين لها، وهذا ما أكدته المادة 19 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12.

وذلك بعد استدعاء المالكين المشتركين أو الشاغلين من طرف المتصرف، ويتم هذا الاستدعاء بواسطة رسالة مسجلة مع وصل بالاستلام، أو عن طريق تسليم الاستدعاء مقابل توقيع في سجل الخاص بالاستدعاءات وتبلغ هذه الاستدعاءات قبل خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ الاجتماع مالم كانت الأمور مستعجلة (20 من المرسوم رقم 666-83، المؤرخ في 1983/11/12)، ويبين المتصرف في هذه الاستدعاءات مكان انعقاد الاجتماع وتاريخه وساعته، وكذلك المسائل المبرمجة في جدول الأعمال، المادة 22 من [44]، الذي يقوم المتصرف بتحضير هذا الأخير كما يمكن لكل شريك في الملك أو الشاغل له أن يبلغ المتصرف قبل خمسة عشر يوما قبل تاريخ الاجتماع عن المسائل التي يجب أن تدرج بجدول الأعمال، ويجب كذلك أن تبلغ تلك المسائل المتضمنة التعديل في جدول الأعمال من قبل المتصرف إلى جميع الملاك في الملك أو الشاغلين له، المادة 23 من [44]

كما أنه لا تصح المداورات الجمعية قانونا إلا في المسائل المدرجة في جدول الأعمال التي تمت من أجلها الإستدعاءات والتبليغات السالفة الذكر، ويجب أيضا إثبات حضور كل أعضاء الجمعية الداخلون لحضور الجلسة بتوقيع ورقة الحضور، ويذكر فيها اسم كل شريك في الملك أو شاغله، ومقر سكنه وكذلك اسم ومقر سكنى الوكيل الذي يمثله إن اقتضى الأمر ذلك، ويشهد بصحتها رئيس جلسة الجمعية المعين، المادة 24 من [44]

أما عن كيفية سير الجمعية العامة، فقد نصت المادة 763 مكرر ق.م.ج على ذلك بقولها «تعين الجمعية في مستهل كل اجتماع لها رئيسا للجلسة عن طريق التصويت برفع اليد، وإن تعذر ذلك يعين تلقائيا الشريك في الملكية أو الشاغل لها الأكبر سنا.

يقوم المتصرف بدور كاتب الجلسة، غير أنه لا يسوغ للمتصرف أو زوجه ولو كانا مالكين أن يرأسا الجلسة»، المادة 25 من [44]

ويكون لكل شريك في الملك عند التصويت في الجمعية من الأصوات ما يعادل عدد الحصص التي يملكها، ولكل مكتر حق التصويت عندما يتضمن جدول الأعمال الجمعية، أعباء من الصنف الأول وأشغال الترميم تعترف أغلبية الأعضاء بضرورتها، وكذلك عندما يكون الشريك في الملك المعني، غائبا أو غير ممثل تمثيلا قانونيا، المادة 26 من [44]

كما أنه يمكن لشركاء في الملك أو الشاغلين له أن يمثلهم وكيل عنهم يختارونه، باستثناء المتصرف أو زوجه، أما العاجزون فيصوتون بممثلهم القانونيين، المادة 27 من [44]

ولرئيس المحكمة مقر وجود العمارة تعيين وكيل أو ممثل عن ورثة الحصة الشائعة في العمارة، بناء على طلب من أحد الشركاء في الحصة الشائعة، أو من المتصرف، ولا يمكن لهذا الوكيل أو الممثل أن يتلقى أكثر من تفويض في التصويت، المادة 27/2 من [44]

✓ قرارات الجمعية العامة: وفي هذا الصدد نصت المادة 764 مكرر 2 ق.م.ج على أنه "تنطبق القرارات التي صادقت عليها الجمعية العامة على جميع الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها، وكذا خلفائهم.

ولا يمكن منازعة هذه القرارات من طرف المعارضين أو الغائبين الذين لم يتم تمثيلهم، إلا أمام المحكمة وذلك في أجل شهرين ابتداء من تاريخ تبليغ القرارات، تحت طائلة سقوط الحق. "، وهي تماثل المادة 32 من المرسوم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983.

ونصت كذلك المادة 767 ق.م.ج على أنه " لا يجوز للجمعية العامة، مهما كانت أغلبية الأصوات، أن تلزم أحد الشركاء في الملكية بتغيير الأجزاء الخاصة فيما أعدت له، أو تغيير كيفية الانتفاع بها كما هو مقرر في نظام الملكية المشتركة. "، وهي تماثل المادة 18 من المرسوم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983.

ويتضح من هذه النصوص أن قرارات الجمعية، تعد ملزمة لجميع الشركاء المالكين أو الشاغلين وكذا خلفائهم، حتى المتغيبين منهم، ولا يمكن الطعن في هذه القرارات إلا أمام المحكمة مقر وجود العمارة، وذلك في أجل شهرين من تاريخ تبليغها للمعنيين، تحت طائلة سقوط هذا الحق.

ويشترط في هذه القرارات حتى تكون صحيحة من الناحية القانونية ألا تتضمن ما يلزم أحد الشركاء في الملكية بتغيير الأجزاء الخاصة فيما أعدت له، أو تغيير كيفية انتفاع بها، كما هو مقرر في نظام الملكية المشتركة، حتى ولو اتخذت تلك القرارات بأغلبية الأصوات،

وقد أضافت المادة 31 من المرسوم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 إجراءات شكلية أخرى يجب أن تراعى عند إصدار الجمعية قراراتها، وإلا كانت تلك القرارات غير صحيحة من الناحية القانونية، وبالتالي بدون قيمة. حيث نصت على " تتوج اجتماعات الجمعية بمحضر يعده كاتب الجلسة ويشتمل على مكان وتاريخ وساعة عقد الاجتماع، وعدد أصوات الحاضرين أو الذين مثلهم غيرهم، وجدول الأعمال والنص الكامل لكل قرار مع ذكر عدد الأصوات الموافقة وأسماء الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له وأسماء مندوبيهم إن اقتضى الحال الذين صوتوا ضد القرار، والذين لم يشاركوا في التصويت و الذين امتنعوا عن التصويت.

يوقع رئيس وكاتب الجلسة على هذا المحضر ثم يسجلون الواحد تلو الآخر في دفتر خاص مفتوح لهذا الغرض، ومحفوظ بمقر الجمعية.

يبلغ كل محضر لكل شريك من الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له الذين حضروا اجتماع الجمعية أو لم يحضروه.

✓ اختصاصات ومهام الجمعية العامة: تقوم وتنظر الجمعية العامة بالأعمال التالية:

❖ تتداول الجمعية العامة في كل ما يخص بإدارة وانتفاع وسيرذالأجزاء المشتركة في البناء أو العمارة: ولها في سبيل ذلك أن تتخذ قرارات تتضمن إجراء بعض الأعمال والإضافات للأجزاء المشتركة، التي تزيد في قيمة العقار كله أو بعضه على نفقة جميع الشركاء، على أساس ما تضعه من شروط على الشركاء أو على بعضهم لمصلحة البعض الآخر، وهذا ما نصت عليه المادة 2/756 مكرر 2 ،

» تتولى الجمعية إدارة العقار والمحافظة عليه وكذا تسيير الأجزاء المشتركة»، وهذا ما تضمنته

المواد 14-15-16 من المرسوم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983

❖ تحديد مصير البناء عند انهدامه جزئيا أو كليا: إذا هلك البناء أو تهدم بحريق أو أي سبب آخر كان للجمعية النظر في أمر بنائه وتجديده، ويتعين على الشركاء أن يلتزموا بما تقرره الجمعية في هذا الشأن، ويجب أن تصدر قراراتها في هذا الشأن بأغلبية الأصوات، وهذا ما نصت عليه المادة 1/565 مكرر 1 بقولها « إذا حدث هدم كلي أو جزئي، فإنه يمكن للشركاء المالكين للأجزاء المتكون منها المبنى المهدم أن يقرروا بأغلبية الأصوات تجديد المبنى أو إصلاح الجزء الذي لحقه الضرر .

وتخصص بالدرجة الأولى التعويضات الواجبة للعقار المهدم لتجديد البناء وذلك مع مراعاة حقوق الدائنين المسجلين. »

ويتضح من الفقرة الثانية من المادة، أنه إذا قررت الجمعية تجديد البناء المهدم بالأغلبية السابقة خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال البناء والتجديد هذه، مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين المسجلة في السجل العقاري، الذي ينتقل حقهم إلى التعويض، إذ ينتقل الرهن الرسمي عند هلاك العقار إلى المال الذي يحل محل العقار أو ينتقل إلى مبلغ التأمين، أو إلى مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يكون للمرتهن أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقا لمرتبته، راجع المادة 900 ق.م.ج.

❖ تملك طوابق أو عمارات: وفي هذا الصدد تنص المادة 769 ق.م.ج على أنه « لا يمكن بناء طوابق أو عمارات بهدف إنشاء محلات جديدة للاستعمال الخاص، إلا إذا كان قرار الجمعية القاضي بذلك، قد اتخذ بإجماع أعضائها الشركاء في الملكية

ويقتضي قرار إعطاء حق بناء طابق لنفس الغرض فوق عمارة مبنية، بالإضافة إلى إجماع الشركاء في الملكية، موافقة الشركاء الساكنين بالطابق العلوي للعمارة المذكورة.»

ويتضح من هذا النص أنه يجوز لجمعية ملاك الملكية المشتركة أو الطبقات والشقق بشخصيتها القانونية والمستقلة أن تضيف طوابق أو تبني عمارات لغرض من الأغراض، كأن تخصص تلك الطوابق لمكاتب إدارتها، أو تستغلها وتخصص إرادتها لتغطية النفقات المشتركة ولا يتحقق ذلك، حسب النص السابق إلا بالشرطين وهما:

- أن يصدر قرار بناء الطوابق أو عمارات بإجماع أعضاء الجمعية العامة

- موافقة الشركاء الساكنين بالطابق العلوي والأخير للعمارة المذكورة

فإذا تحققت إضافة طوابق للعمارة جاز للمدير أو المتصرف الجمعية تأجير تلك الطوابق المضافة، وقبض الأجرة أو بدل الإيجار وصرفها في سبيل إدارة الأجزاء المشتركة، لحساب جميع الملاك. [12] ص(203)

❖ تدقيق الحساب والتقارير المقدمة إليها من متصرف الجمعية: وقد أوجبت المادة 44 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12، بيان كيفية مسك حسابات الإدارة من قبل المتصرف وتقديمها إلى أعضاء الجمعية وتدقيقها وتسديدها سنويا لمنح المتصرف براءة ذمة، وفي هذا الصدد على أنه "يقدم المتصرف باعتباره وكيل حساب تسييره و لاسيما كشف الأموال التي تلقاها أو قام بتسبيقها أو صرفها، لجماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له.

يقدم الحساب سنويا عن تسييره ويعرض حساباته على الجمعية للمصادقة عليها، وذلك قبل انقضاء أجل ثلاثة أشهر عقب قفل السنة المالية، وقرار هذه الأخيرة يمنحه البراءة في تسييره.

❖ تقرير الجمعية للمخطط السنوي للصيانة: تضع الجمعية في سبيل الأشغال الواجب القيام بها لصيانة الملكية المشتركة مخططا سنويا تحدد فيه مبلغ المساهمة لكل شريك مالك التي يجب أن تكون 40% من مبلغ المساهمة التي يجب أن يساهم بها كل شريك في الملك، وفي هذا الصدد نصت المادة 53 من المرسوم 666-83 المؤرخ في 1983/11/12 " يحدث في سبيل الأشغال الواجب القيام بها في إطار مخطط سنوي للصيانة صندوق للأموال المتداولة يمول في مطلع كل سنة مالية برصيد يدفعه كل شريك في الملك.

يساوى الرصيد المطلوب دفعه 40 % من مبلغ المساهمة التي يجب أن يساهم بها كل شريك في الملك بموجب المخطط السنوي للصيانة الذي تفرره الجمعية".

● متصرف الجمعية المدنية:

في سبيل السير الحسن للجمعية المدنية، أوجب القانون المدني الجزائري والمرسوم رقم 83-666 السالف الذكر، تعيين متصرف أو مدير للسهر على تنفيذ قرارات الجمعية بشكل عام وله وظائف وسلطات أخرى تضمنها المرسوم 83-666 السالف الذكر، والملاحظ أن هذا المرسوم قد وسع في سلطات هذا المتصرف، ويتضح ذلك جليا في سلطاته في تحصيل أعباء ونفقات الملك

المشترك، وسوف نستعرض كيفية تعيين هذا المتصرف وعزله، وما هي اختصاصاته، وأخيرا نستعرض سلطاته الواسعة في تحصيل نفقات وأعباء الملك المشترك وذلك في النقاط التالية:
✓ تعيين المتصرف وعزله:

❖ تعيين المتصرف: [12]ص(204)، [46] ص(128) أطلقت عليه المدونات العربية الأسماء مختلفة ، ففي مصر وسوريا وليبيا ، أطلقت عليه تسمية "أمور الإتحاد"، كما أطلق عليه كل من القانون المدني الكويتي والقانون الفرنسي تسمية " مدير الإتحاد" ويسميه القانون الأردني واللبناني بإسم "مدير الجمعية"

ونصت على تعيينه المادة 756 مكرر 3 ق.م.ج بقولها " ينتخب المتصرف من طرف الجمعية التي يجوز لها أن تفصله عند الاقتضاء.

وفي حالة التقصير، يعين المتصرف تلقائيا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للمكان الذي يوحد فيه العقار. "

ويتضح من هذا النص أن المتصرف يعين بطرقتين، فإما أن ينتخب عليه من طرف الجمعية، أو يتم تعيينه من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار، وذلك في حالة تقصير الجمعية بتعيينه.

وقد حددت المادة 34 من المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 كيفية تعيين هذا المتصرف والمدة التي يمارس فيها صلاحيته، إذ أوجبت أن يعين المتصرف عن طريق الاقتراع وبأغلبية ثلثي أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين عنهم لمدة سنتين قابلة لتجديد عدد مرات التي تراها الجمعية ضرورية لذلك، ويمكن أن يتم اختياره من بين الذين يشغلون العمارة أو المجموع العقاري أو من غيرهم.

وفي حالة تخلي هذا المتصرف عن منصبه الذي عيّن فيه، بسبب مانع منعه من ذلك، أو تهاون في ممارسته حقوقه وأعماله التي أسندت إليه من قبل الجمعية، دون أن تقوم هذه الأخيرة على استبداله بمتصرف آخر، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقع في دائرة اختصاص تواجد العمارة، يقوم تلقائيا بتعيين متصرف بناء على إشعار من أغلبية الشركاء في الملك أو الشاغلين له.

❖ عزله: يتم عزل المتصرف بنفس الطريقة التي عيّن بها، إذ تشترط المادة 34/4 من المرسوم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، أن يصدر قرار العزل من الجمعية العامة بثلثي أعضاء الحاضرين أو الممثلين عنهم، كما أوجبت نفس المادة على الجمعية بتعويضه عما قد يصبه من ضرر نتيجة العزل.

ويتحدد التعويض المخصص لهذا المتصرف من قبل الجمعية أو من قبل المجلس الشعبي البلدي، عندما يكون هو صاحب قرار تعيينه، ويجب أن يكون التعويض مساويا على الأقل نسبة 5 % من قيمة كراء المحلات التي تتكون منها العمارة أو المجموع العقاري، المادة 36 من [44] كما تجدر الإشارة إليه أن بعض التشريعات أغفلت طريقة عزل المدير كالقانون الأردني، واكتفت بالقول بأن نظام إدارة البناء هو الذي يبين كيفية تعيين المدير وعزله، في حين اشترط القانون الكويتي صدور قرار العزل بأغلبية أصوات جميع أعضاء الجمعية، والقانون السوري اشترط عزل المدير توافر أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأعضاء [12] ص (207).

✓ اختصاصات المتصرف:

لم يبين القانون المدني الجزائري اختصاصات وسلطات متصرف الجمعية، ولكن بالرجوع إلى المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983، بين وحدد بكل دقة سلطاته، ومنحه صلاحية واسعة في إدارة العمارات، فبعدما أعطى المتصرف سلطة تمثيل الجمعية المدنية أمام المحاكم والجهات الإدارية في تعامل الجمعية مع الغير، باعتباره وكيلا عنها، (المادة 37 ، 42 من [44] عدل اختصاصاته على الوجه التالي:

❖ تنفيذ قرارات الجمعية العامة وبنود النظام الخاص بالملكية المشتركة، وفي هذا الصدد تنص المادة 764 ق.م.ج «... ويتكفل بتنفيذ هذه القرارات متصرف العقار، الذي يوضع مباشرة تحت مراقبة الجمعية...»، والمادة 38 من المرسوم 83-666 التي تنص على «يتولى المتصرف تنفيذ أحكام الملكية المشتركة ومداوات الجمعية».

وله في سبيل تحقيق ذلك تطبيق العقوبات في هذا المجال، وبإخطار الجمعية لاتخاذ جميع التدابير اللازمة إذا لم يكن لتدخله هو أي تأثير، ويجب عليه فضلا عن ذلك أن يعمل على تنفيذ قرارات الجمعية ولاسيما الأشغال التي تقررها الجمعية وفي حالة قيام عوائق غير متوقعة يجب عليه استدعاء الجمعية أو حتى رفع دعوى قضائية إلى المحكمة، المادة 39 من [44]

❖ تقرير وتنفيذ الإصلاحات المتعلقة بالصيانة، أو التي لها طابع العجلة والعمل على أمنها وحراستها ووضع نظامها الداخلي بعد موافقة الجمعية، وفي هذا الصدد تنص المادة 40 من المرسوم رقم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983 على أنه «يكلف المتصرف بإدارة العمارة، والعمل على الحفاظ عليها وحراستها وصيانتها، يسهر على الهدوء في العمارة، ويعد التنظيم الداخلي ويعلقه بعد مصادقة الجمعية عليه.

يدير الأجزاء المشتركة من العمارة، ويكفل صيانتها الضرورية، ويسهر على نظافة العمارة وعلى أمنها....».

❖ مسك جميع الوثائق المتعلقة بالجمعية، وبالأخص الوثائق المنصوص عليها في المادة 40/5 من المرسوم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 وهي:

- جميع الاتفاقات والأوراق والمرسلات والتصاميم والوثائق المتعلقة بالعمارة وجماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين.

- دفاتر الجمعية وخاصة منها الدفاتر التي تتضمن المحاضر والقطع الملحقة بها والتي هو مؤهل بتسليم نسخ أو مستخرجات منها والتصديق على مطابقتها للأصل.

- لوثائق التي تهم التسيير المحاسبي

- القائمة التي تتولى إعدادها وضبطها باستمرار، والتي تتضمن جميع الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له مع ذكر الحصص التي يملكونها.

❖ تعيين الحراس والبوابين وتحديد أجورهم، بعد أخذه موافقة الجمعية العامة، وهذا ما تنص عليه المادة 40/4 السالفة الذكر إذ تنص " ... يوظف البوابين والمستخدمين المكلفين بالصيانة ويسرحهم، ويحدد شروط عملهم حسب النصوص المعمول بها، والجمعية وحدها هي المؤهلة لتحديد عدد مناصب العمل ونوعها... "

❖ يتولى تحضير الميزانية التقديرية التي تقرها الجمعية ويتولى تنفيذها وهو بهذه الصفة، يطالب جميع الشاغلين للمحلات بالفعل أم لا بدفع الحصة المترتبة عليهم لتغطية النفقات الناجمة عن الصنف الأول من الأعباء، وكذلك مطالبته جميع الشركاء في الملك بدفع مبلغ تقديري خاص في مطلع كل سنة مالية لتنفيذ قرارات الجمعية التي لها صلة على الخصوص بأشغال الصيانة والترميمات الكبرى وأعمال التحسين وزيادة المحلات الخاصة وعمليات الإغلاء أو إعادة البناء، لمادة 40/5 البند 5، 6، و7 من [44].

❖ دعوة الجمعية العامة للانعقاد كل سنة خاصة في حالة الاستعجال فإنه يقوم باستدعائها فوراً لاتخاذ قرارات بشأن فتح الورشة وتمويلها الأولي وكذلك دفع الشركاء في الملك المبالغ التقديرية الخاصة، المادة 41 من [44]

وبالأخص عند انجاز أشغال الترميم المستعجلة، فيجب على المتصرف توجيه نداء لتوفير أرصدة تساوي 1/3 المصروفات الواجب إنفاقها على هذه الأشغال المستعجلة، وذلك عقب اجتماع استثنائي تعقده الجمعية بدعوى من المتصرف، المادة 55 من [44]، ويترتب عن ذلك تقديمه تقريراً عن الأعمال التي تمت في السنة المنصرمة، وعن الموازنة والمصارف للمصادقة عليها من طرف الجمعية، المادة 44 من [44].

❖ يعمل المتصرف أيضا على تأمين العمارة ضد الأخطار التي يمكن أن تلحق بها وبالجماعة التي يمثلها، وكذلك لتغطية هذه الجماعة في مسؤوليتها المدنية المترتبة بسبب أخطاء مستخدميها والأضرار التي تتسبب فيها الأجزاء المشتركة، المادة 2/41 [44].

✓ سلطات المتصرف في تحصيل أعباء ونفقات الملك المشترك:

كرس المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12/11/1983 سلطات واسعة، وخاصة للمتصرف للمطالبة المالك أو الشاغل في الملك بدفع حصته من النفقات والأعباء المشتركة، وتحصيلها تتجاوز سلطات الوكيل، وهذا رغم اعتبار هذا المتصرف وكيلا عن الجمعية كما سبق الإشارة إليه، فبعدما فرض عليه أي المتصرف أن يقبض جميع النفقات والأرصدة المتعلقة بالملك المشترك ويودعها في الصندوق الخاص بالجمعية، في الآجال التي تحددها هذه الأخيرة، المادة 54 من [44] فقد وضع له الوسائل القانونية لتحصيلها وهي كما يلي:

❖ يمكن للمتصرف أن يلجأ إلى التحصيل الإجباري إذا لم يقم أحد الشاغلين أو المالكين بدفع الجزء من النفقات المترتبة عليه، والذي ألزمته وقررت الجمعية العامة، وفي هذا الصدد نصت المادة 56 من المرسوم 83-666 السالف الذكر على أنه « يطالب بدفع المبالغ المحددة أعلاه في الآجال التي تقررها الجمعية.

يمكن المتصرف أن يلجأ إلى طريق التحصيل الإجباري في حالة عدم قيام أحد الشاغلين أو المالكين بدفع جزء النفقات المترتب عليه بموجب الصنف الأول من الأعباء، أو في حالة عدم دفعه القسط المترتب عليه بموجب الأشغال أو الالتزامات التي يفرضها الصنف الثاني من الأعباء «.

❖ يحق للمتصرف أن يطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي تقع في دائرة اختصاصه البناية، أن يصدر أمرا بالتنفيذ، وفقا للإجراءات المعمول بها في مجال التحصيل الضريبي على الشاغل المخل بالتزاماته المتعلقة بدفع كسور الأعباء من الصنف الأول، وقبل أن يصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي هذا الأمر، عليه أن يتأكد من أن الشاغل تم إنذاره مرتين بواسطة رسالة مضمنة بإشعار بالاستلام، وذلك خلال مدة الشهر الموالية للأجل المفروض، بالإضافة للتأكد من محضر الجمعية، الذي يحدد توزيع نفقات تلك الكسور، وفي هذا الشأن تنص المادة 57 من المرسوم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983 على « يجب على المتصرف في حالة عدم دفع كسور الأعباء من الصنف الأول وبعد إنذارين اثنين مصحوبين بإشعار بالاستلام ووجهين خلال الشهر الموالي للأجل المضروب، ولكن بدون جدوى أن يلتمس ضد الشاغل المخل بالتزامه من رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي توجد بها العمارة، إصدار أمر بالتنفيذ ترفق به جميع الأوراق الثبوتية ولاسيما محضر قرار الجمعية الذي يحدد توزيع كسور الأعباء المرتبطة بهذا الصنف ونسختان من الإنذارين.

ينفذ الأمر بالتنفيذ الصادر بهذه الطريقة طبقاً للأجراء المعمول به في تحصيل الضرائب.

❖ رتب المشرع الجزائري رهنا قانونيا وحق امتياز على حصة الشريك في الملك، وذلك إذا أخل هذا الأخير بالتزاماته المتعلقة بدفع القسط الذي قرره الجمعية العامة لإنجاز أشغال تتعلق بالأجزاء المشتركة، وهذا ما تضمنته المادة 756 ق.م.ج التي تنص على أنه «تضمن جميع الديون المستحقة للجمعية على كل شريك في الملكية برهن قانوني على قسمته

وتستفيد هذه الديون بالإضافة إلى ذلك من الامتيازات الخاصة بمؤجر العقار»، ويتضح من هذا النص أن للمتصرف باعتباره مدير ووكيلا للجمعية المدنية وسيلتين قانونيتين لإجبار المالك المخل بدفع أقساطه، فإما أن يلتجأ إلى المصادرة العقارية لملك الشريك المخل بتسديد ديونه لمدة ثلاثة أشهر من إنذاره، وبيعه عن طريق القضاء، المادة 2/58 من [44]، وذلك بإتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (المواد المتعلقة بإجراءات البيع عقار بالمزاد العلني وردت في القسم التاسع من الباب الرابع من المادة 747 إلى 765 ق.إ.م.إ.).

وإما أن يلتجأ إلى حجز على أموال المالك المؤجر لملكيته، على أساس أن له حق امتياز، وذلك عن طريق حجز أموال المدين لدى الغير، ويكون ذلك بحجز ما يقبضه المالك المؤجر من مبالغ الكراء وبدل الإيجار من المستأجر، المادة 3/58 من [44].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعفي غياب المالك الشريك في الملك أو بقاء شقته غير مسكونة من إلزامية دفع جميع الأعباء والنفقات المقررة عليه، المادة 4/58 من [44]، فهو ملزم أيضا حتى في حالة انتقال الملكية إلى شخص آخر، بدفع جميع الديون الناتجة عن الملكية المشتركة نقدا، التي لم يف بها، والأصل أن يفى بها عند انتقال الملكية.

وعلى هذا الأساس اشترط المشرع الجزائري على الشريك في الملك الذي يريد أن يتنازل عن مسكنه بمقابل أن يقدم للموثق شهادة لم يمضي على تاريخ تسليمها شهر تثبت أنه غير مقيد بأي التزام إزاء جماعة الشركاء في الملك، وإلا امتنع الموثق عن تحرير العقد الناقل للملكية، عمليا الموثقون لا يطلبوا مثل هذه الوثيقة، وهذا لاستحالة تسليمها من قبل الجمعية التي ليس لها وجود مادي، في أغلبية العمارات، بل في كل العمارات، وهذا راجع لعدم إلزامية إنشاء الجمعية المدنية لإدارة الملكية المشتركة، ومن ثم يبقى التساؤل يطرح نفسه، ما قيمة هذا التنظيم من الناحية العملية؟ ويجب أن يبلغ إعلان انتقال الملكية للمتصرف عن طريق رسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام، بمبادرة من المشتري وهذا حتى يتمكن المتصرف أن يعترض في أجل قدره 15 يوما، ابتداء من تاريخ الإعلان عن دفع الأموال للمالك البائع من قبل المشتري، وذلك قصد خصم المبالغ التي ما تزال مستحقة على عاتق المالك البائع، المادة 60 من [44].

2.3.2.2. حق إدارة الملكية المشتركة من قبل أحد الملاك

سبق البيان أن القانون المدني الجزائري والمرسوم رقم 83-666، المؤرخ في 1983/11/12 السالف الذكر، قصر حق إدارة الملكية المشتركة على الجمعية المدنية فقط دون سواها، ونظرا لعدم إنشاء هذه الجمعية من قبل المالكين و الشاغلين، كون أن إنشائها ليس وجوبيا بل هو اختياريًا، كما سبق بيانه، فإنه أدى إلى تدهور وسوء في تسيير الملكية المشتركة.

ولتفادي ذلك تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01، الذي يتعلق بالنشاط العقاري [56]، وأعطى للمالك المشترك دون الشاغل، حق إدارة الملكية المشتركة، كإجراء استثنائي ريثما يتم إنشاء وتشكيل الجمعية المدنية المخول لها قانونا تسيير وإدارة الملكية المشتركة، وفي هذا الصدد تنص المادة 25 منه على أنه " يمكن أن تنفذ إدارة الملكية المشتركة بعناية أحد المالكين المشتركين على الأقل، بصرف النظر عن أحكام المادتين 756 مكرر 2 و756 مكرر 3، من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26 والمذكور أعلاه.

ويخول هذا المالك المشترك المعني بممارسة الصلاحيات الراجعة لهيئات الملكية المشتركة بغية ضمان المحافظة على البناية وتسييرها فيما يخص الأجزاء المشتركة حسب الشروط المحددة في نظام الملكية المشتركة".

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يهدف من خلال هذا الإجراء، تشجيع المبادرات الرامية إلى تنفيذ ما يسمى بنظام الملكية المشتركة من أجل حسن سير إدارة العمارات والأحياء السكنية، نتيجة للفوضى التي شهدتها البنايات الجماعية وتجمعات المساكن [57] ص (273) ، وقد صدر تطبيقا لهذا المرسوم بناء على المادة 28 منه، المرسوم التنفيذي رقم 94-59، المؤرخ في 1994/03/07 [49] ، الذي يعدل ويتم المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 السالف الذكر، وأضاف فيه فصلا كاملا في الباب الثالث، تحت عنوان " أحكام خاصة "، يشرح ويبيّن كيفية إدارة الأجزاء المشتركة، من قبل أحد الملاك من البناية، بإضافة إليه المادة 45 مكرر 1، إلى غاية مكرر 4 .

ومن خلال ما سبق فإننا نستعرض كيفية تعيين هذا المالك لإدارة الملكية المشتركة، وماهي سلطاته وكيفية إنهاء مهامه وذلك في النقاط التالية:

● كيفية تعيين المالك لإدارة الملكية المشتركة:

أعطى المشرع الجزائري لكل واحد من الشركاء المعنيين على الأقل في الملكية المشتركة حق المبادرة بإدارة الملكية المشتركة، وهذا ما يستفاد من نص المادة 25 من المرسوم 93-03، المؤرخ في 1993/03/01 السالف الذكر، المادة 45 مكرر 1 من [44]

وحتى تباشر وتثبت إدارة الملكية المشتركة للمالك المبادرة بحق إدارتها، يجب أن يسلم رئيس محكمة المكان الذي يوجد به موقع البناية الأمر بالإدارة، الذي يستند إلى عريضة المقدمة من طرفه، طبقاً للمادة 26 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، المؤرخ في 01/03/1993 والملاحظ أن المادة 26 من المرسوم التشريعي 03-93 لم تبين حالة رفض الطلب من قبل رئيس المحكمة، هل يجوز استئنافه أمام المجلي أم لا، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الأوامر القضائية تستأنف في خلال 15 يوماً من تاريخ الرفض، أمام المجلس القضائي، (راجع المادة 312 ق.إ.م.إ.)، المادة 45 مكرر 1 من [44].

ويجب على الشريك في الملكية الذي يبادر بإدارة الملكية المشتركة، أن يعلق نسخة مصدقة طبقاً للأصل من الأمر الموافق عليه من قبل رئيس المحكمة، في بهو مدخل البناية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة، ويجب عليه كذلك أن يعلم بذلك مصالح المعنية في البلدية التي يتبعها موقع البناية، (المادة 45 مكرر 2، الفقرة 2 من [44].

فإذا تحققت تلك الشروط والإجراءات، فإن قرارات التسيير والإدارة تكون مفروضة على جميع المالكين المشتركين، والشاغلين الآخرين وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل المطبق على الملكية المشتركة، المادة 2/26 من [56]

• سلطات المالك المبادر في إدارة الملكية المشتركة:

فبمجرد تحقق الشروط السالفة الذكر، يتمتع المالك المبادر بإدارة الملكية المشتركة لجميع سلطات واختصاصات الجمعية المدنية، ولاسيما اختصاصات المتصرف، حيث يمارس جميع صلاحيته المنصوص عليها سابقاً، في الحدود والشروط التي ينص عليها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التشريعي رقم: 03-93 السالف الذكر، إذ تنص " ...ويخول هذا الملك المشترك المعني ممارسة الصلاحيات الراجعة لهيئات الملكية المشتركة بغية ضمان المحافظة على البناية وتسييرها فيما يخص الأجزاء المشتركة حسب الشروط المحددة في نظام الملكية المشتركة. " وتنص المادة 45 مكرر 3 من المرسوم رقم: 666-83 المؤرخ في 12/11/1983، بقولها " يحل الشريك في الملكية المبادر بإدارة الملكية المشتركة محل أجهزة الملكية المشتركة، ويمارس جميع صلاحياتها في الحدود والشروط التي ينص عليها القانون. "

ويستخلص مما سبق أن هذا المالك المبادر بإدارة الملكية المشتركة، يتمتع بجميع سلطات واختصاصات المتصرف التي سبق ذكرها.

• كيفية إنهاء مهام الشريك المبادر بإدارة الملكية المشتركة:

مادام حق الإدارة الذي يقوم به أحد الشركاء في البناية، إجراء استثنائي مكنه منه القانون بغية ضمان المحافظة على البناية وتسييرها وإدارتها، خاصة بالنسبة للأجزاء المشتركة، فإن مهامه وتلك

الصلاحيية المخولة إليه تنتهي بمجرد تطبيق نظام الملكية المشتركة، وذلك بتنصيب أجهزة الملكية المشتركة، وهذا ما نصت عليه المادة 26/3 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 1993/03/01، بقولها " ... لا ينته التحويل المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 25 أعلاه، إلا بتطبيق تنظيم الملكية المشتركة كما حددته المواد من 743 إلى 772 من الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في 26/09/1975 والمذكور أعلاه والمتضمن القانون المدني، والنصوص اللاحقة." ويشترط المشرع الجزائري على المتصرف الجديد أو المكلف بإدارة الملكية المشتركة المعين قانونا أن يقوم بإجراءين، حتى يمارس مهامه واختصاصه وهما:

✓ أن يعذر الشريك المبادر بإدارة الملكية المشتركة، بواسطة رسالة مضمنة بإنهاء التسيير الاستثنائي، الذي يقوم به والقيام بتصفيته خلال الشهر الذي يعقب تنصيب الأجهزة المشتركة لإدارة البناية وتسييرها، المادة 45 مكرر 4، الفقرة 2 من [44]

✓ أن يرسل نسخة من هذا الإصدار إلى كتابة الضبط لدى المحكمة التي أصدرت الأمر المذكور في الفقرة الأولى من المادة 45 مكرر 2، المادة 45 مكرر 4، الفقرة 3 من [44]

3.3.2.2. مهنة القائم بإدارة الأملاك العقارية

فإذا كان المشرع الجزائري قد أوكل إدارة الملكية المشتركة للجمعية المدنية كأصل عام، وكاستثناء أوكلها إلى أحد الملاك المشتركين إذا بادر هو بها، وبالشروط السابقة الذكر، فإنه لم يكتفي بذلك حيث أنه وفي إطار تطوير النشاط العقاري، وتحقيق أفضل تسيير وإدارة للبنائيات، وتجاوز السلبات الناتجة عن عدم إقدام الملاك المشتركين بإدارة تلك البنائيات، سواء عن طريق تأسيس جمعية، أو قيام أحدهم بالمبادرة في الإدارة، أحدث بموجب المرسوم رقم: 97-154، المؤرخ في: 1997/05/10 مهنة القائم بإدارة الأملاك العقارية [50]، و أوكلها لشخص خارج عن الملاك المشتركين، يحترف هذه المهنة بالشروط القانونية المقررة لها، وفي هذا الصدد تنص المادة 03 منه على أنه " يعد قائما بإدارة الأملاك كل شخص يحترف النشاطات الآتية:

- استئجار المحال ذات الاستعمال السكني والمهني والتجاري والحرفي
- تحصيل الإيجارات والأعباء المرتبطة بها
- صيانة المحال وأجزائها المشتركة، وكذلك المرافق والتجهيزات التي قد تشمل عليها
- المراقبة والحراسة
- التأكد من مطابقة استعمال المحال لوجهتها

- العمل على القيام بكل الأشغال، والإصلاحات والصيانة، ومن ضمن ذلك عند الاقتضاء وحسب الشروط المقررة الأشغال الكبرى الضرورية لتوفير الأمن والصحة في الأماكن المؤجرة. ”
وقد نظم المرسوم رقم: 154-97، المؤرخ في 10/05/1997 ، بشروط وإجراءات الحصول على رخصة القائم بإدارة الأملاك العقارية، ولذلك التزامات هذا الأخير اتجاه المالك، وهذا ما نستعرضه في النقاط التالية:

• تعيين القائم بإدارة الأملاك العقارية:

يتم تعيين القائم بإدارة البناية عن طريق تعاقد المالك أو مجموعة من الملاك مع الشخص القائم بإدارة الأملاك العقارية، المرخص له قانونا بالقيام بهذه الوظيفة، طبقا لأحكام القانون المدني، وبالأخص عقد الوكالة، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم 154-97 السالف الذكر على أنه ” يمكن أن تكون الأملاك العقارية، مهما تكن طبيعتها ووجهتها، محل إدارة وتسيير للحساب.

لا يمكن أن تنجز إدارة الأملاك العقارية وتسييرها للحساب إلا في إطار عقد يبرم طبقا لأحكام الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، ويوكل المالك بموجبه ذلك إلى قائم بالإدارة، ” وتضيف المادة 26 منه على أنه ” يحصل القائم بإدارة الأملاك بموجب وكالته على راتب يحدده بالإشتراك مع موكله... ”، مما يتضح من هذه المادة الأخيرة، أن العلاقة التي تحكم هذين المتعاقدين هي علاقة الوكيل بموكله.

وقد يكون القائم بإدارة الأملاك شخصا طبيعيا أو معنويا كشركة مثلا، مؤسسة طبقا للأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، تحترف هذه المهنة وتشكل ممارستها مانعا لممارسة لأي نشاط ماجور آخر (المادة 4 من المرسوم رقم: 154-97، المؤرخ في: 10/05/1997) ، وتعد هذه المهنة عملا تجاريا وتخضع للقيود في السجل التجاري (المادة 2/5 من المرسوم رقم: 97-154).

• شروط الحصول على رخصة مهنة القائم بإدارة الأملاك العقارية:

تطلب المشرع الجزائري على الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، الذين يرغبون في ممارسة مهنة القائم بإدارة الأملاك العقارية، الحصول مسبقا على ترخيص أو اعتماد من الوزير المكلف بالسكن، الذي يمنح هذا الاعتماد بصفة شخصية لمدة غير محددة، يخول صاحبه اختصاصا على الصعيد الوطني، بالإضافة إلى هذا الشرط فإن المشرع الجزائري اشترط على الأشخاص المعنويين شرط آخر، يتمثل في أنه يجب أن تتضمن قوانينها الأساسية الخاصة بها ممارسة وظيفة القائم بإدارة الأملاك، المواد 5، 6، 7 من [50].

كما تطلب القانون توفر شروط خاصة في الذي يتقدم بصفة فردية للحصول على اعتماد القائم بإدارة الأملاك العقارية، تضمنها نص المادة 08 من المرسوم 154-97 السالف الذكر، إذ تنص على أنه « لا يحق لأحد أن يترشح للحصول بصفة فردية على اعتماد القائم بإدارة الأملاك أن لم يكن مستوفيا الشروط الآتية:

- يتجاوز عمره 30 سنة

- يتمتع بخلق حسن

- يتمتع بحقوقه المدنية والوطنية

- يثبت مؤهلات مهنية متعلقة بالنشاط المقصود

يحدد الوزير المكلف بالسكن بقرار، مقاييس المؤهلات المهنية المذكورة أعلاه. «

وتطبيقا لنص هذه المادة الأخيرة فقد صدر قرار من طرف وزير السكن المؤرخ في

[58].1998/02/04

يحدد مقاييس المؤهلات المهنية لممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية، إذ حددت المادة 02 منه هذه المؤهلات بقولها « يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه المقاييس الآتية الترشح للممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية:

* الشخص الطبيعي الذي يثبت:

- مستوى بكالوريا التعليم الثانوي على الأقل

- تجربة مهنية بخمس (5) سنوات على الأقل في ميدان إدارة الأملاك العقارية أو في ميدان

له علاقة مباشرة بذبك

* الشخص المعنوي:

بصرف النظر عن الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم: 154-97، المؤرخ في 3 محرم

عام 1418 الموافق 10 مايو سنة 1997 والمذكور أعلاه، ينبغي أن تتوفر في مدير مؤسسة معين

بصفة قائم بإدارة الأملاك العقارية مقاييس المؤهلات المحددة في الفقرة الأولى أعلاه. «

كما أعطت المادة 03 منه أيضا ميزة لأعوان دواوين الترقية والتسيير العقاري لممارسة هذه

المهنة وفقا للشروط التي حددتها هذه المادة، إذ تنص على « نفتح ممارسة مهنة مسيير الأملاك

العقارية بصفة انتقالية وفي حدود سنة ابتداء من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية

للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لأعوان دواوين الترقية والتسيير العقاري الذين مارسوا

مهنة عون مؤهل في هذه المؤسسات خلال مدة لا تقل عن عشر (10) سنوات، ويثبتون مستوى تعليم

لمدة ست (6) سنوات في التعليم الأساسي أو شهادة معادلة. «، وقد عدلت هذه المادة فيما يخص المدة

المفتوحة، إذا أصبحت ثلاثة سنوات من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، وذلك بموجب قرار صادر من وزير السكن مؤرخ في 1999/09/25، يعدل ويتمم القرار المؤرخ: 1998/02/04 الذي يحدد مقاييس المؤهلات المهنية لممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية[59]، إذ نصت المادة الأولى منه على « يمدد الأجل المحدد في المادة 3 من القرار المؤرخ في 7 شوال عام 1418 الموافق لـ 04 فبراير سنة 1998 والمذكور أعلاه بثلاث (03) سنوات «،

• إجراءات الحصول على الاعتماد أو رفضه:

✓ إجراءات الحصول على الإعتماد:

❖ تقديم الطلب إلى وزير السكن: إذا توافرت الشروط السابقة الذكر في الشخص الذي يريد ممارسة مهنة قائم بالإدارة، وجب عليه تقديم طلب إلى وزير السكن في رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام، مرفوقا بالوثائق المنصوص عليها في المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم: 154-97 المؤرخ في 1997/05/10، التي تنص على « يرسل طلب الاعتماد المحرر في عاد إلى الوزير المكلف بالسكن في ظرف موصى عليه مع وصل التسليم ويكون الطلب مرفقا بما يأتي:

* بالنسبة للأشخاص الطبيعيين:

- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية (البطاقة رقم: 3 لا تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر

- مستخرج من شهادة عقد الميلاد

- وثيقة إثبات حيازة المحل

- وثيقة أو سند إثبات التأهيل المهني

*بالنسبة للأشخاص المعنويين:

- نسخة من القانون الأساسي

- نسخة من النشرة الرسمية للإعلانات القانونية المتضمنة تأسيس الشركة

- نسخة رسمية إضافية من المداولة التي عين من خلالها الرئيس أو احتمالا المدير العام أو

المسير، إلا إذا كان هؤلاء معنيين بموجب القانون الأساسي.»

❖ مرحلة إجراء التحقيق ودراسة الملف من قبل مصالح الوزير: عند وصول الملف إلى الوزير، فإنه

يطلب من المصالح المختصة القيام بالتحقيق حول الشخص المتقدم بطلب الاعتماد، وبعدها يحال

الملف للدراسة أمام لجنة الاعتماد لدراسته، التي أنشأها الوزير بقرار مؤرخ في 10 جمادى الأولى

عام 1418، الموافق لـ 12 أكتوبر سنة 1997، يتضمن تعيين أعضاء لجنة اعتماد القائمين بإدارة

الأملاك العقارية[60]، خصيصا لهذا الغرض وفي هذا الصدد تنص المادة 10 من المرسوم 97-

154، المؤرخ في 1997/05/10 على ما يلي « يطلب الوزير المكلف بالسكن من المصالح

المخولة القيام بالتحقيق بمجرد تسليم طلب الإعتماد

وبعد التحقق تتولى لجنة الاعتماد المنصوص عليها أدناه دراسة الملف المرفق بطلب الاعتماد

يسلم الوزير المكلف بالسكن الاعتماد بناء على رأي اللجنة بالموافقة «

✓ إجراءات المتبعة في حالة رفض طلب الاعتماد:

أتاح المشرع الجزائري للشخص الذي رفض طلب اعتماده حق التظلم في القرار المبلغ له، بعدم الموافقة أمام وزير السكن، الذي يشترط فيه القانون أي قرار الرفض، أن يكون معللا و مبلغا إليه، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-154، السالف الذكر بقولها « يجب أن تكون مقررات الرفض معللة ومبلغه للمتشرح بصفة فردية ».

وتضيف المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي، العناصر التي يجب أن يتضمنها التظلم، وأجل التظلم، إذ تنص على « يمكن الطالب في حالة المادة 11 أعلاه أن يرفع تظلما كتابيا إلى الوزير المكلف بالسكن من أجل:

- تقديم عناصر إعلامية أو إثباتات جديدة من شأنها أن تدعم طلبه،

- الحصول على دراسة تكميلية

غير أن طلب الطعن يجب أن يصل إلى الوزير المكلف بالسكن خلال أجل شهرين (2) ابتداء من تاريخ بتبليغ رفض الاعتماد.»

• سحب الاعتماد:

يحق لوزير السكن سحب وإلغاء قرار الاعتماد بممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية، في كل وقت تحققت فيه شروط سحب هذا القرار قانونا، نص عليها المرسوم التنفيذي رقم: 97-154 المذكور أعلاه وهي:

✓ حالة وفاة صاحب الاعتماد أو تخليه عنه، أو في حالة حل الشركة الحائزة على الاعتماد، وفي هذا الصدد نصت المادة 15 من نفس المرسوم على « يصرح الوزير المكلف بالسكن ببطلان الاعتماد في حالة تخلي الحائز عن الاعتماد أو وفاته أو في حالة حل الشركة الحائزة للاعتماد.»

وفي هذه الحالة يتخذ الوزير المكلف بالسكن التدابير التحفظية الضرورية في حالة وفاة القائم بإدارة الأملاك أو في حالة حدوث أي مانع آخر لأي قائم بإدارة الأملاك يحول دون مواصلة ممارسة نشاطه، المادة 14 من [50]

✓ يشترط المرسوم التنفيذي رقم: 97-154 السالف الذكر على الأشخاص المعنوية تبليغ مصالح الوزير المكلف بالسكن بكل تعديل يطرأ على القانون الأساسي لها في أجل أقصاه (02) شهران، المادة 13 من [50]، وإلا يمكن للوزير سحب هذا الاعتماد، وفي هذا الصدد تنص المادة 16 من نفس المرسوم التنفيذي على أنه « يمكن سحب الاعتماد مؤقتا إذا لم تبلغ التعديلات المذكورة في المادة

13 أعلاه حسب الشروط المنصوص عليها في المادة نفسها أو إذا ارتأت المصالح المعنية في الوزارة المكلفة بالسكن أن التعديلات تتنافى مع الإبقاء على الاعتماد.“

✓ يسحب الاعتماد نهائياً إذا ارتكب حائز الاعتماد على مخالفات خطيرة ضد التشريع والتنظيم المعمول بهما، أو ضد أعراف المهنة، ويسحب أيضاً بصفة نهائية في حالة إدانته قضائياً من أي محكمة مختصة، بسبب ارتكابه أعمال خطيرة، المادة 17 من [50]

• حقوق والتزامات القائم بإدارة الأملاك العقارية :

بالإضافة إلى الحقوق والالتزامات التي يفرضها عقد الوكالة المبرم بين المالك والقائم بإدارة الأملاك العقارية في إدارة البناية، فإن المرسوم رقم 97-154 السالف الذكر، فقد بين حقوق التي يتمتع بها القائم بالإدارة، والتزامات التي يجب أن يلتزم بها، وهذا قصد ضمان إدارة حسنة للأملاك العقارية

وما يمكن ملاحظته على هذا المرسوم التنفيذي رقم: 97-154 المؤرخ في 10/05/1997، أنه بين حق واحد للقائم بإدارة الملكية، والمتمثل في حقه في الراتب في المادة 28، بينما فرض عليه عدة التزامات من المادة 20 إلى 25.

✓ الحقوق: لم يشير المرسوم التنفيذي رقم: 97-154 السالف الذكر إلا إلى حق واحد للقائم بمهنة إدارة الأملاك العقارية، كما سبق بيانه وهو حقه في الراتب حيث نصت عليه المادة 26 منه بقولها ” يحصل القائم بإدارة الأملاك بموجب وكالته على راتب يحدده بالاشتراك مع موكله، غير أن مبلغ الراتب الذي يمنح بعنوان إدارة الأملاك العمومية يتم تحديده بعد استشارة الوزير المكلف بالسكن“، أما بقية الحقوق يستمدّها من عقد الوكالة المبرم بين الوكيل والموكل. ✓ الالتزامات: تتمحور هذه الالتزامات في مايلي:

❖ يمسك القائم بإدارة الأملاك، جرد ما يوجد في البناية أو المحال التي يسيرها المالك أو المحين، إذ لا يجوز له أن يستعمل تلك الأملاك التي أوكلت إليه لصالحه أو لأغراضه الشخصية، المادة 20 من [50]

❖ يجب على القائم بإدارة الأملاك أن يؤمن على المسؤولية المدنية والعواقب المالية التي قد يتحملها اتجاه موكله، كونه مسؤولاً عن أفعال أعوانه ومستخدميه، المادتين 21 و 22 من [50]

❖ يتعين على القائم بإدارة الأملاك أن يلتزم بالسر المهني، أي الأسرار التي اطلع عليها أثناء تأدية مهنته، المادة 23 من [50]

❖ يلتزم القائم بإدارة الأملاك العقارية بتمثيل موكله في مجالس الشركاء في الملكية بما فيها، مجالس الجمعية المدنية، ويشارك وإياهم في جميع الأعمال التي يخولها التشريع والتنظيم هذه المجالس، المادة 20 من [50] ،

❖ يلتزم كذلك القائم بإدارة أن يعلم موكله بكل العيوب والشوائب الموجودة في الأملاك الموكلة إليه، والتي من شأنها أن تلزم مسؤولية المالك وكذا بالأضرار والإصابات التي تلحق هذه الأملاك، المادة 25 من [50]

ولعقد هذا الجزء من المبحث، فإنه يمكننا القول أن المشرع الجزائري كرس حقوقا والتزامات ونظمها تنظيما دقيقا تتناسب مع طبيعة الملكية المشتركة في العقارات المبنية والغرض الذي وجدت من أجله، ولما كانت هذه الملكية تطرح إشكالا فيما يخص تسييرها وإدارتها فإن المشرع الجزائري وضع آليات ووسائل خاصة للقيام بحق إدارة هذا النوع من الملكية، حتى يرفع ويطور من كيفية التسيير والإدارة في الملكية المشتركة، ولكن عدم إجبارها الملاك على هذه الآليات والوسائل أدت إلى تدهور في تسيير وإدارة البنائية، ويتضح ذلك جليا في الفوضى التي تتخبط فيها العمارات، وعدم معرفة المالك بمثل هذه الوسائل والآليات القانونية.

3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة وملكية الحائض المشترك

إذا كان المشرع الجزائري قد عنى بتنظيم وتفصيل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالملكية الشائعة المؤقتة أو العادية، وحقوق والتزامات المتعلقة بالملكية المشتركة في العقارات المبنية لأهميتها، فإنه لم يغفل عن بعض ما لهذه الملكية الشائعة الإلزامية من صور خاصة تتميز وتختلف عن الملكية المشتركة والملكية العادية، فعرض من هذه الصور الملكية الأسرة وملكية الحائض المشترك، والحقوق والالتزامات المتعلقة بهما، حيث نظم تلك الحقوق والالتزامات المتعلقة بها، بما يتفق وطبيعتهما من جهة، والتخصيص أو الغرض المعد له الشيء نحل هذه الملكية من جهة أخرى. وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة، وفي المطلب الثاني نتناول حقوق والتزامات الشريك في ملكية الحائض المشترك.

1.3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الأسرة

قبل التطرق إلى هذه الحقوق والالتزامات المتعلقة بملكية الأسرة، لابد أن نحدد مفهوم ملكية الأسرة كصورة من صور الشيوخ الإلزامي، وهذا في الفرع الأول، ثم بعدها نتعرض إلى حقوق الشريك في ملكية الأسرة في الفرع الثاني، وأخيرا نتعرض إلى التزامات الشريك في ملكية الشريك في ملكية الأسرة في الفرع الثالث، على التوالي:

1.1.3.2. مفهوم ملكية الأسرة

يتحدد مفهوم ملكية الأسرة بوضع تعريف لها، ثم تحديد الغرض منها، وبعدها معرفة شروط إنشائها، وأخيرا تحديد مدتها القانونية، وهذا ما سنستعرضه في النقاط التالية:

• تعريف ملكية الأسرة:

لم يورد المشرع الجزائري وكذلك القانون المصري الذي أخذ عنه المشرع الجزائري، وأغلب التشريعات العربية ملكية الأسرة تعريفاً لملكية الأسرة، غير أن الفقه القانوني يعرفها بقوله « ملكية الأسرة هي ملكية تنشأ بتصرف قانوني من اتفاق يفرغ في سند كتابي بين أفراد الأسرة الذين يربطهم أصل مشترك وكذلك وحدة العمل أو المصلحة ويعبر عن حق كل شريك فيها بجزء نظري أو حصة معنوية يرمز لها برقم حسابي معين، فهي إذن نظام مستقر وليس عابراً كالملكية الشائعة. » [61] ص (54)

ومصدر هذا النوع من الملكية في القانون السويسري، ومشروع التقنين الإيطالي، والذي أصبح بعد ذلك التقنين المدني الإيطالي، حيث أن هذان القانونان هما اللذان اشتق منهما القانون المدني المصري نظام ملكية الأسرة [7] ص (1034)، ثم انتقلت إلى باقي الدول العربية التي أخذت عن التشريع المصري، كالقانون المدني الجزائري، والسوري، والليبي، والقانون الإماراتي، في حين أن القانون المدني العراقي والكويتي واللبناني قد أغفل الأخذ بها [21] ص (257)، [12] ص 176.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية الغراء نظام ملكية الأسرة على الرغم من أن الفقه الإسلامي لم يستعمل في مجموعه اصطلاح ملكية الأسرة المعروف في القانون الوضعي، ويجد هذا التنظيم سنده حسب الفقه الإسلامي في شركة الملك التي تشمل الاشتراك بين المشاركين بإرث أو بيع أو غيرها، أي ذلك العقد بين المتشاركين في الأصل والربح ويشتمل الاشتراك بين المتشاركين بإرث أو بيع أو غيرها، والشركة في الفقه الإسلامي لها مفهوم واسع ومختلف عن مفهومها في الاصطلاح القانوني فهي تتسع لتشمل " شركة العقد" التي يطلق عليها القانون اسم الشركة سواء كانت مدنية أو تجارية، وشركة الملك هي التي يطلق عليها القانون الوضعي الملكية الشائعة، ولما كانت ملكية الأسرة صورة من صور الملكية الشائعة فهي من ثم شركة الملك [61] ص (55).

وثمة نصوص خاصة من الكتاب والسنة تدل بوضوح على مشروعية شركة الملك، ودلائل تبين مشروعية ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي وهي:

في القرآن الكريم: قوله تعالى: « يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ..... » [62]

وكذلك قوله تعالى «.... فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ..... » [63]

ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين أن الله تبارك وتعالى قد جعل الميراث مملوكا على الشيوع بين الأولاد قبل قسمته، وكذلك تشير الآية الثانية إلى الإخوة الذين يرثون رجلا ليس له والد ولا ولد.

✓ السنة النبوية: قال رسول صلى الله عليه وسلم: " من كان له شريك في رُبْع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يأذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك. "،

ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف أنه يدل على مشروعية شركة الملك لأن الرُبْع هي الدار بعينها، وجمعها "رباع" و "أرباع" و "أربع" [61] ص(58).

✓ ويمكن أيضا تخريج هذا النوع من الملكية على قاعدة الاستصحاب وفقا للقاعدة: " الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم. " [61] ص(52)، [12] ص(176)

✓ هذا فضلا عن أن كلا من القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين أجازوا للورثة أن يستمروا شركاء بقدر أنصائبهم فيما ورثوه عن مورثهم [61] ص(52)، [12] ص(176)

• الغرض من ملكية الأسرة:

تظل الكثير من الأسر بعد وفاة المورث، على حالة الشيوع لوجود روابط القرابة بينهم، أو تحقيقا لأغراض مشتركة تقتضيها مصالحهم، كما لو كان ذلك المال الموروث أرضا زراعية أو محلا تجاريا يكون من الأفضل أن يظل في إطار الاستغلال المشترك، حيث تقوم الثقة والتعاون بين أفراد الأسرة الواحدة [17] ص(207).

وتتبدى أيضا فائدة تنظيم ملكية الأسرة بوجه خاص في نطاق الاستثمار الزراعي، ذلك لأنه يحافظ على وحدة الأرض الزراعية الموروثة بما فيها من ملحقات ضرورية لاستثمارها، ويحول دون تجزئة الأرض [41]، كما تتبدى فائدة ملكية الأسرة في استفادة جميع الشركاء بحق السكنى إذا كانت التركة منزلا استمروا كلهم في سكناهم جميعا [12] ص(176).

لذلك حرص المشرع الجزائري وأغلب التشريعات العربية على تنظيم هذه الحالات الواقعية بالتنظيم القانوني، المتمثل في تنظيم ملكية الأسرة، ولكن بطريقة اختيارية حيث يترك للأفراد حرية الاتفاق على إنشاء هذه الملكية.

• شروط إنشاء ملكية الأسرة:

تنص المادة 738 ق.م.ج على أنه " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم. " وهذه المادة تماثل المادة 851 من القانون المدني المصري، و المادة 806 سوري، و 855 ليبي، 1061 أردني، [5] ص(337)، [12] ص(176)، وتنص المادة 739 ق.م.ج أيضا على أنه " يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمس عشر سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه

من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك.“ وهذه المادة أيضا تماثل المادة 853 من القانون المدني المصري، و807 سوري، و856 ليبي، و1062 أردني، [5] ص(339)، [12] ص(176).

ويستخلص من النصوص السابقة أن انشاء ملكية الأسرة يتطلب توفر أربع شرائط وهي

كالآتي:

✓ يجب أن يكون الشركاء أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل والمصلحة:

يجب أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة، ولا اعتبار لدرجة قرابته مادام يجمعهم أصل واحد، وذلك عملا بأحكام المادة 32 ق.م.ج التي نصت على أن ” تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد“، وهي تماثل المادة 34 من القانون المدني المصري، و المادة 37 أردني، و39 عراقي [61] ص(61)، [11] ص(83) ، وتضيف المادة 35 ق.م.ج على أنه ” يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر “، وهي تماثل المادة 37 من القانون المدني المصري، و المادة 37 مصري، و39 عراقي [61] ص(61).

وعليه فإن ملكية الأسرة لا تنهض إلا بين أشخاص تجمعهم رابطة القرابة أي الأشخاص الذين تربطهم قرابة الدم سواء أكانت هذه القرابة مباشرة أم قرابة حواشي، أم قرابة الزوجين وأقاربهما، وهذا المعنى الواسع لمفهوم الأسرة، والأخذ بهذا المعنى لمفهوم الأسرة، هو الهدف الذي سعى إليه المشرع عند تنظيمه لملكية الأسرة، ويتمثل في تقوية الأواصر الاجتماعية بين الأقارب وزيادة القيمة الاستثمارية للأموال، وبالتالي فلا بأس من التوسع في مفهوم الأسرة في هذا الصدد [11] ص(83)، [61] ص ص(61-62).

وجود القرابة لوحدها لا يكفي لإنشاء ملكية الأسرة بل لابد أن تتوفر بجانب إنتماء الشركاء إلى أسرة واحدة، وحدة العمل أو المصلحة، وهذا نصت عليه المادة 738 بقولها ” لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة“، إذ الضابط الذي يكون الأسرة هنا ليس هو القرابة لوحدها بل هو وحدة العمل والمصلحة.

وتأخذ وحدة العمل أو المصلحة عدة صور، منها إذا أُنفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معيناً يستلزم وحدة الإدارة، أو إذا كان مال الأسرة متجراً، أو مصنعا موروثاً، يستحسن بقاءه كتلة متماسكة لكي يتسنى استغلاله على الوجه الأكمل [7] ص(1047)، [12] ص(177).

✓ يجب أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة:

يجب أن تكون الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة مملوكة لأعضائها، وقت إبرام عقد ملكية الأسرة، إذ لا يجوز إنشاء ملكية الأسرة بأموال ستؤول إليهم في المستقبل، وتدل على ذلك العبارة الأخيرة من المادة 738 ق.م.ج. "... وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وانفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة، وإما من أي مال آخر...."، ويتضح من هذا النص الأخير للمادة أن الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة قد تكون آلت للشركاء عن طريق الإرث وهذا هو الغالب، أو بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، وسواء أكانت أموالا عقارية، أو منقولة، أو مجموعة من الأموال، كمشروع تجاري أو صناعيا أو زراعي، ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مال مفرز، لإدخاله في ملكية الأسرة، بل لا يوجد ما يمنع من أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة ابتداء على تقديم كل منهم مال مفرز يملكه، لتتكون الحصص من هذه الأموال المفرزة ملكية شائعة[7] ص ص(1048-1049).

✓ يجب أن يتفق الشركاء كتابة على تكوين ملكية الأسرة:

إن الثقة التي تتيح التعاون في مجال ملكية الأسرة قد لا تتحقق بالنسبة لأعضاء الأسرة الواحدة، ومن ثم أوجب المشرع الجزائري، والتشريعات التي أخذت بملكية الأسرة أن يفرغ الاتفاق المنشئ لملكية الأسرة في عقد شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، وفي هذا الصدد تنص المادة 738 ق.م.ج بقولها " ...أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة..."، والكتابة هنا شريطة للانعقاد، لا للإثبات ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية بل يكفي أن تتحقق بأي سند عادي مكتوب.

ويترتب عن تخلفها أي الكتابة البطلان، فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلا، ولو أقر به المتعاقدين أو وجهت فيه اليمين، والحكمة من كل ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة قد تصل إلى خمس عشرة سنة، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة، فضلا عن كون الكتابة ركن للإنعقاد فهي في ذات الوقت دليل إثبات، ويقصد بالدليل الكتابي في الإثبات كل كتابة يمكن أن يستند إليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه، وبأخذ بها في الإثبات بوصفها دليلا كاملا[61] ص ص(66-67)،[7] ص ص(1045-1046).

هذا ويجب الإشارة إلى أنه إذا تضمن الاتفاق بإنشاء ملكية الأسرة على عقارات ما، وجب وتعين تسجيلها في مصلحة الشهر العقاري، وفقا لأحكام المادة 793 ق.م.ج والمادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75، المتعلق بالمسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، وهذا حتى تتغير ملكية هذه العقارات من ملكية مفرزة لبعض أعضاء الأسرة، أو من ملكية شائعة شيوعا عاديا إلى ملكية أسرة[27] ص(198).

ولما كان الاتفاق المنشئ لملكية الأسرة عقد وجب توفر فيه أركان وشروط انعقاده وفقا للقواعد العامة، وبالأساس توفر لدى أعضاء الشركاء في الأسرة المتعاقدين أهلية التصرف، أي بالغين سن الرشد، وسن الرشد حسب نص المادة 40 ق.م.ج هو 19 سنة كاملة، متمتعين بقواهم العقلية وغير محجور عليهم، إذ أن الذي يدخل وينظم بماله في ملكية الأسرة، تنقيد حريته في التصرف فيه كما سنرى فيما بعد، فإذا وجد بين أعضاء الأسرة من هو قاصر، وجب إتباع الأحكام والإجراءات المقررة في قانون الأسرة الخاصة بالقصر، ومن ضمنها إذا كان من بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه، وجب على الوصي أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ما له ضمن ملكية الأسرة. [21] ص (259)، [61] ص ص (67-68)

✓ يجب أن لا يتجاوز الاتفاق عن إنشاء ملكية الأسرة على خمس عشرة سنة:

ويشترط أخيرا ألا تزيد مدة الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة على خمسة عشرة سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 739 ق.م.ج بقولها "يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة..."، وفي هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادي، فقد رأينا في الفصل الأول أنه لا يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوع العادي مدة تزيد على خمس سنوات.

وإذا اتفق على إنشاء هذه الملكية لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أنقضت هذه المدة إلى مدتها القانونية خمس عشرة سنة، لكن يجوز أن يتفق أعضاء الأسرة على تجديد مدة ملكية الأسرة بعد انقضاء مدتها الأولى لمرات متعاقبة، شريطة أن لا تزيد على خمس عشرة سنة من وقت الاتفاق، أي أن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد، لا من وقت انقضاء المدة السارية، وإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها، ولم يطلب أحد من الشركاء القسمة، ففي الشيوع قائما، ولكنه يصبح شيوعا عاديا لا ملكية الأسرة [27] ص ص (198-199)، [21] ص ص (260-259)، [7] ص ص (1051-1050).

هذا ويجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة دون تحديد مدة لها وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 739 ق.م.ج السالفة الذكر، بقولها "وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين كان لشريك..."

2.1.3.2. حقوق الشريك في ملكية الأسرة

لما كانت ملكية الأسرة صورة من صور الشيوع الإجباري كما سبق بيانه، فإن حق الشركاء في ملكية الأسرة حق ملكية بالمعنى الحقيقي كما هو الحال في الملكية الشائعة العادية، ومن ثم فلكل واحد من الشركاء فيها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في حصته الشائعة فيها.

غير أن ملكية الأسرة تتميز عن الشيوع الإجباري من حيث أن الشركاء والملاك فيها يكونون من الأقارب الذين ينتسبون إلى أسرة واحدة، وتتميز كذلك عن الملكية الشائعة العادية من وجهين، الأول يتعلق بإدارة المال الشائع، والثاني يتعلق بتصرف الشريك في نصيبه [21] ص(260).

ونتيجة لهذه الفروق والطبيعة الخاصة لهذه الملكية، فقد انعكس ذلك على تنظيم حقوق الشركاء في ملكية الأسرة بالكيفية التي تتفق والقرابة التي تربط بين الشركاء [61] ص(59).

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري والتشريعات العربية التي أخذت بنظام ملكية الأسرة، نظمت حق الإدارة وحق التصرف، اللذين تتميز بهما ملكية الأسرة، وتخضع فيما عدا ذلك فيما يتعلق بتنظيم أحكام الحقوق الأخرى إلى قواعد الملكية الشائعة، وقواعد الوكالة، وقد تعرضنا لها في الفصل الأول، وهذا ما نصت عليه المادة 742 ق.م.ج على أنه " فيما عدا الأحكام السابقة، تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة."، وهي تماثل المادة 855 من القانون المدني المصري، و المادة 810 سوري، و 859 لبيبي، والمادة 1065 أردني [5] ص (342)، [11] ص(86)، ووفقا لما سبق بيانه فإننا نستعرض في هذا الصدد إلى كل من حق الإدارة وحق التصرف اللذين نضمهما المشرع الجزائري بما يتفق مع طبيعة ملكية الأسرة وذلك فيما يلي:

• حق إدارة ملكية الأسرة :

لما كانت إدارة الأموال المكونة لملكية الأسرة تعني حمايتها واستغلال، أي القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمارها، فقد وضع المشرع قواعد خاصة لإدارتها تتلاءم مع الطبيعة القانونية لها، ضمانا لحسن استغلال هذه الأموال بحيث تتحقق المصلحتان المشتركة والفردية معا، وكما نظم أعمال الحفظ بوصفها مظهرا من مظاهر إدارتها، ووضع القواعد التي تحكم نفقات حفظها وإدارتها [61] ص(143)

وفي هذا الصدد نصت المادة ق.م.ج على أنه " للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحد أو أكثر، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك، ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل"، وهي تماثل المادة 854 من القانون المدني المصري، و المادة 800 سوري، 858 لبيبي، 1064 أردني [5] ص(854)، [11] ص(85)

ويتضح من خلال هذه النصوص القواعد والآليات التي كرسها المشرع لتنظيم حق الإدارة في ملكية الأسرة، مما يتفق مع طبيعتها، إذ أجاز للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص تعيين مدير أو أكثر لإدارة المال الشائع من بين الشركاء، فلا يجوز لهذه الأغلبية، وعلى خلاف الحال في

الملكية الشائعة، تعيين مدير أجنبي عن الشركاء، ويبرر هذا الحكم بالرابطة القوية التي تقوم بين الشركاء والتي توجب أن يكون المدير واحد منهم[27]ص(200).

ويتضح كذلك من نص المادة 741 ق.م.ج، أنه يجوز لهذه الأغلبية عزل المدير، ولو اتفق على غير ذلك، كما أنه يجوز للمحكمة عزل المدير، بناء على طلب أحد الشركاء إذا وجد سبب قوي يبرر عزله، كأن يكون سيئ النية أو يصدر منه خطأ جسيم.

ولكن يلاحظ أن سلطة المدير في إدارة ملكية الأسرة هي أوسع من سلطة المدير في الشروع العادي من وجهين، الأول، فهي لا تقتصر على أعمال الإدارة العادية، بل تتناول أيضا القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، وقد سبق أن رأينا أن التغيير في الغرض الذي أعد له المال الشائع شيوع عادي لا يمكن أن يتم إلا بموافقة الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، والثاني ليس للأقلية أن تتظلم من إدارة المدير فيما يخص الإدارة غير المعتادة، بل إن الأغلبية نفسها تحرم من الاعتراض على إدارته هذه، إذا لم تكن قد عمدت على تحديد سلطاته في اتفاق خاص، ومن ثم يجوز عزله بناء على هذا التقييد[12] ص ص(179-180)،[21] ص(261) .

وفيما يخص هذه الأحكام فإنها تسري قواعد الوكالة على العلاقة بين الشركاء والمدير، والعلاقة بين هؤلاء والغير الذي يتعامل مع المدير باسم الشركاء، وهذا وفقا لنص المادة 742 ق.م.ج.

• حق التصرف في ملكية الأسرة :

أما فيما يخص القواعد التي تنظم وتحكم مق التصرف في ملكية الأسرة، فقد تناولتها المادة 740 ق.م.ج بقولها " ليس لشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة، إلا بموافقة الشركاء جميعا.

وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضا باقي الشركاء"، وهي تماثل المادة 853 من القانون المدني المصري، و808 سوري، و857 لبيي، و1063 أردني [5] ص(341)، [11] ص(88).

ويتضح من هذا النص أنه يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة، أن يتصرف في نصيبه ولو كان شائعا لأجنبي عن الأسرة، إلا بموافقة الشركاء جميعا، وذلك سواء أكان التصرف معاوضة أو بتبرع، وسواء أكان التصرف بنقل الملكية إلى الغير أو برهنها إليه، ووفقا لهذه القاعدة، فإن التصرف الممنوع هو التصرف إلى أجنبي عن الأسرة، فإذا كان التصرف لأحد الشركاء فيكون جائزا وناظرا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى رضائهم، أما التصرف إلى أحد أعضاء الأسرة، فإنه جائز ونافذ في حق باقي الشركاء، ولو لم يكن واحد منهم، إذ المنع الوارد في النص السابق، هو المنع من التصرف لأجنبي عن الأسرة، لا لأجنبي عن ملكية الأسرة[27]ص(201).

ويترتب عن ذلك أنه إذا تصرف الشريك في حصته لأجنبي بموافقة باقي الشركاء، فإن ذلك لا يؤدي وحده إلى جعل ذلك الأجنبي شريك في ملكية الأسرة، بل يلزم موافقة الشركاء على دخوله كشريك، فقد يوافق الشركاء على أن يبيع أحدهم نصيبه لأجنبي بشرط تجنيب هذا النصيب، وإخراجه من ملكية الأسرة، ونفس الحكم إذا قام الدائنون بالتنفيذ على نصيب أحد الشركاء وبيعه جبرا لأجنبي، ففي هذه الحالة يتملك هذا الأجنبي الحصة، إلا أنه لا يصبح شريكا في ملكية الأسرة، إلا بموافقة كل الشركاء، فإذا لم تتحقق هذه الموافقة تعين إخراج نصيبه من ملكية الأسرة [17] ص(211)، [7] ص(1054).

3.1.3.2. التزامات الشريك في ملكية الأسرة

فرض المشرع الجزائري كبقية التشريعات العربية التي أخذت بنظام ملكية الأسرة، التزام هام وضروري للمحافظة على مثل هذا النوع من الملكية، بالإضافة إلى الالتزامات التي يترتبها العقد المنشأ لملكية الأسرة على جميع الشركاء، والالتزامات التي يخضع لها كل واحد من الشركاء طبقا للقواعد العامة في الملكية الشائعة العادية، والتي تعرضنا لها في الفصل الأول من هذه الدراسة، فإن المشرع الجزائري والتشريعات العربية التي أخذت بنظام الملكية الشائعة، فرض التزام هام وضروري لبقاء ملكية الأسرة، ويتمثل في التزام كل شريك في البقاء على الشيوع في ملكية الأسرة حسب المدة المقررة لها، فلا يجوز للشريك في ملكية الأسرة أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها.

غير أن المشرع لم يجعل هذا الالتزام مطلقا بل خفف منه، وأجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من ملكية الأسرة، قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوي لذلك، كما إذا اقتضت الظروف الخاصة للشريك الطالب لإخراج نصيبه، أن ينقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته [21] ص(260). وفي هذا الصدد نصت المادة 739 ق.م.ج السالفة الذكر بقولها "يجوز الإنفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك"،

وتضيف الفقرة الثانية منها على أنه "..... وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك"،

ويتضح من هذا النص أن حق الشريك في إخراج نصيبه من ملكية الأسرة، يقيد بقيدين عندما تكون المدة محددة، ولا تزيد عن 15 سنة، الأول أن يرفع هذا الشريك دعوى بطلبه إلى المحكمة المختصة بإخراج نصيبه من ملكية الأسرة، والثاني أن يدعم طلبه هذا بمبرر قوي، كما لو اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال لسداد دين عليه، للإفناق على أسرته، أو حدث بينه وبين بقية الشركاء خلاف لا أمل في تسويته[12]ص(179).

أما إذا لم تحدد مدة لهذه الملكية، كما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة، جاز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في ذلك، كما أن المادة 2/739 لم تحدد كيفية الإعلان لشركاء، وبالتالي فإنه يتحقق بكل وسيلة تفيد ذلك، فقد يتم برسالة موصى عليها، أو عن طريق محضر قضائي.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أخرج أحد الشركاء نصيبه، سواء لوجود مبرر قوي، أو في حالة عدم تحديد مدة للملكية، فإن هذا لا يؤدي إلى قسمة المال الشائع، ولذلك لا تنطبق قواعد القسمة القضائية، بحيث يجوز الالتجاء إلى التجنيب ولو كان التقسيم على أساس أصغر نصيب ممكناً، بل ويصح إعطاء الشريك الخارج مقابل نصيبه نقداً، عند تعذر التجنيب دون الالتجاء إلى بيع المال كله بالمزاد[21]ص(260) .

2.3.2. حقوق والتزامات الشريك في ملكية الحائط المشترك

يثير التلاصق في الجوار العديد من المشاكل بين الجيران المتلاصقة أملاكهم، لذلك حرص المشرع الجزائري على إيجاد الحلول القانونية لهذه المشاكل، وذلك بتنظيم تلك العلاقة تنظيمًا دقيقًا، كفرض قيود على الملكيات المتجاورة.

ومن ضمن هذه العلاقات التي عنى المشروع بتنظيمها، تلك المتعلقة بعلاقة الجوار في الحائط الفاصل بين عقارين، وذلك بتكريس وبيان لكل مالك الحقوق التي يتمتع بها من جهة، وفرض عليه عدة الالتزامات أو قيود حتى يحافظ على هذه العلاقة، ويحميها من المشاكل من جهة أخرى.

والحائط الفاصل بين عقارين، قد يكون مملوكاً ملكية خاصة لأحد الجارين، وقد يكون حائطاً

مشتركا، أي مملوكاً للجارين معاً، فأما الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة لأحد الجارين، فإنه لا

ينتج عنه ملكية مشتركة أو شائعة، وبالتالي لا يثير مشاكل بين الملاك كذلك التي يثيرها الحائط

المشترك، على أساس أنه إذا قام هذا المالك حائطاً على حدود ملكه ليفصله عن ملك جاره، كونه له

حرية الكاملة في تحويط ملكه أم لا، حيث تنص المادة 1/708 ق.م.ج على أنه « ليس لجار أن يجبر

جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط

إلا في حالة المذكورة في المادة 697..... ».

فيكون مالكا لهذا الحائط وحده ملكية مفرزة، يمارس عليه جميع سلطات الملكية الخالصة (سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف)، ومن ثم فلا يجوز للجار أن يطلب من مالك الحائط أن يتنازل له عن جزء من هذا الحائط أو عن الأرض التي أقيم عليها الحائط، والأصل أنه لمن أقام الحائط باعتباره مالكا له أن يهدمه كله أو جزء منه دون أن يكون لجاره أن يعترض على ذلك، ولا يقيد من حق هذا المالك في استعمال حائطه الذي بناه، إلا القيود التي أوردها المشرع في شأن نظرية التعسف في استعمال الحق [20] ص (247) ، كمنعه من هدم هذا الحائط دون عذر قوي إن كان ذلك يضر بالجار المستتر ملكه بالحائط، حيث تنص المادة 2/708 ق.م.ج على أنه «..... غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط» ،

ولما كانت هذه الملكية تعد ملكية مفرزة، فإنها ليست موضوع دراستنا فهي تخضع ضمن مجال قيود التي تقع على الملكية، أما الحائط الفاصل المشترك للملوك للجارين معا الذي ينشأ ملكية مشتركة بين هذين الجارين، فإنه يؤدي إلى عدة مشاكل وصعوبات عند ممارستها لحقوقهما على نفس تلك الملكية المشتركة وفي نفس الوقت، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى تحديد وتنظيم تلك الحقوق بما يتناسب مع طبيعة هذا النوع من الملكية الشائعة أو المشتركة، وإلى تقيدها أيضا بعدة قيود أو التزامات من شأنها عدم الإضرار بالطرف الآخر.

وقد تناول المشرع الجزائري تنظيم ملكية الحائط المشترك من المادة 703 إلى المادة 708 ق.م.ج تحت قسم القيود التي تلحق حق الملكية من الفصل الأول المتعلق بحق الملكية بوجه عام، من الباب الأول الخاص بحق الملكية، وهذا كله ضمن الكتاب الثالث المسمى الحقوق العينية الأصلية. فإذا كان المشرع الجزائري أورد ملكية الحائط المشترك، وهي تندرج ضمن أحكام الشيوخ الإيجاري، وضمن المكان المخصص لقيود الملكية، وليس ضمن أحكام الملكية الشائعة، فهو تأس بالمشرع المصري الذي أخذ عنه، ويرجع ذلك لأن لا يتوزع موضوع وأحكام ملكية الحائط المشترك بين مكانين مختلفين، الأول المتعلق بالملكية الشائعة، والثاني المتعلق بالحائط المملوك كله لأحد الجارين، الذي تناوله المشرع الجزائري والمصري ضمن قيود الملكية، فلعل هذا الاعتبار العملي هو الذي أدى بهما من أن يتناولوا النصوص المتعلقة بالملكية الحائط المشترك مع النصوص الخاصة بالحائط المملوك كله لأحد الجارين في المكان المخصص لقيود الملكية، تفاديا للتكرار [21] ص (114).

وقبل التطرق إلى تحديد الكيفية التي نظم بها المشرع الجزائري الحقوق المتعلقة بملكية الحائط المشترك، والالتزامات المتعلقة بها، وجب ضبط مفهوم ملكية الحائط المشترك وذلك في الفرع الأول،

وبعد ذلك نتعرض إلى حقوق المتعلقة بهذه الملكية في الفرع الثاني، وأخيرا نتعرض إلى الالتزامات المتعلقة بها في الفرع الثالث.

1.2.3.2. مفهوم ملكية الحائط المشترك

يتحدد مفهوم ملكية الحائط المشترك بوضع تعريفا لها، ثم تحديد شروطها وأخيرا كيفية إثباتها، وسوف نستعرض كل هذا في ثلاثة نقاط:

• تعريف ملكية الحائط المشترك:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا لملكية الحائط المشترك، ولكنه أورد الأحكام الخاصة المتعلقة بالحائط المشترك، ويعرف الفقه ملكية الحائط المشترك بـ " تعتبر ملكية الحائط المشترك صورة من صور الشيوع الإجباري، ويكون الحائط مشتركا إذا اشترك الجاران في إقامته، أو أقامه أحدهما وسمح باشتراك الجار الآخر فيه بمقابل أو بدون مقابل [17] ص(69) ، وقد استمد المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بملكية الحائط المشترك من القانون المدني المصري، الذي بدوره استمدها من الشريعة الإسلامية، والتقنين الفرنسي، ومشروع التقنين الإيطالي [21] ص(114).

• شروط ملكية الحائط المشترك:

يتضح من التعريف السابق أنه يجب لاعتبار الحائط مشتركا توفر الشرطين الأتيين: [64]

ص(422-423):

✓ أن يبنى الحائط المشترك على حدود عقارين أي بناءين

✓ أن ينشأ بنفقات مشتركة بين المالكين

• إثبات ملكية الحائط المشترك:

تقتضي القواعد العامة في الإثبات القول بأن عبء إثبات الاشتراك في ملكية الحائط تقع على عاتق المدعي، بمعنى أنه من يدعي الاشتراك في ملكية حائط يفصل بين ملكه وملك جاره أن يقيم الدليل على ما يدعيه، ولكن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري، خرج عن هذه القواعد، فأقام قرينة في ضوء ما يحققه الحائط الفاصل من فائدة لكل من الجارين، حيث اعتبر الحائط الذي يكون منذ إنشائه فاصلا بين بناءين قرينة على أنه حائط مشترك، وفي هذا الصدد تنص المادة 707 ق.م.ج على أنه " يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بناءين مشتركا حتى مفرقهما، هذا ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، وهي تماثل المادة 817 من القانون المدني المصري، وقد استمد المشرع المصري هذا النص، من المادة 653 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 69 من المشروع الإيطالي [21] ص(114).

ويلزم شرطان للتمسك بالقرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 707 ق.م.ج والمادة 817 من القانون المدني المصري، وهما [65] ص(128)، [47] ص(151):

✓ أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين يستتر به كل منهما: فلا تقوم القرينة بالتالي بالنسبة لحائط فاصل بين قطعتي أرض فضاء، أو بين بناء وقطعة أرض فضاء، حيث تثبت ملكية الحائط في هذه الحالة الأخيرة لصاحب الأرض الذي بنى عليها هذا الحائط، ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات.

✓ التعاصر الزمني لإقامة البنائين المتلاصقين: حيث يلزم أن يكون إنشاء الحائط في نفس الوقت الذي تم فيه إقامة البنائين الذي يفصل بينهما، وعلى ذلك إذا تم إنشاء بناء ثم بعد ذلك تم إقامة بناء آخر استتر بحائط جار، فتنتهي القرينة في هذه الحالة، لاختلاف وقت إقامة كل من البنائين، أي أن يكون البنائين قد أقما في وقت واحد، أما إن كان أحدهما مقاما قبل الآخر، فإن الحائط يعتبر جزء من البناء الأول وملكا لصاحبه [17] ص(69).

فإذا توفر الشرطان، قامت القرينة القانونية على أن الحائط الفاصل مشتركا لمالكي البنائين حتى مفترق الفرق أي حتى قمة البناء الأقل ارتفاعا، أما الجزء الذي يعلو المفترق فيعتبر مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى.

وتجدر الإشارة إلى أنه يستطيع الجار الآخر أن ينقض هذه القرينة البسيطة التي افترضها المشرع بالدليل العكسي، كأن يقدم سندا يثبت أنه يملك الحائط كله أو يثبت أنه استقل باستعمال الحائط والإنفاق على إصلاحه مدة خمس عشرة سنة فتملكه بالتقادم، أو يستدل بعلامات ظاهرة تفيد أن الحائط قد أعد لاستعمال أحد الجارين فحسب، كما لو أعد الحائط لتحمل سقف أحد البنائين دون الآخر، إلى غير ذلك مما يؤدي إلى سقوط القرينة، وفي الحالات التي لا تقوم فيها القرينة يجري إثبات ذلك طبقا للقواعد العامة [21] ص(115).

2.2.3.2. حقوق الشريك في ملكية الحائط المشترك

إذا توفرت الشروط السابقة وثبت الاشتراك في ملكية الحائط سواء بمقتضى القرينة التي أقامها المشرع الجزائري في المادة 707 ق.م.ج، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات، كان الحائط مملوكا لشركاء على الشيوع، والشيوع هنا إجباري، فلا يجوز طلب القسمة فيه، لأن الغرض الذي أعد له الحائط يقتضي أن يبقى دائما على الشيوع.

ومن ثم فإن المشرع الجزائري كرس لكل شريك حقوق تتناسب مع طبيعة هذه الملكية، فلكل شريك الحق في أن يستعمل الحائط المشترك، وله الحق في أن يقوم بتعليته ليدعم الجزء المعلي من

المباني التي يريد إضافتها، كما يحق له أن يشترك في الجزء المعلي، وسوف نستعرض لهذه الحقوق في النقاط التالية:

• حق استعمال الحائط المشترك:

ونصت على هذا الحق المادة 704 ق.م.ج بقولها « لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته. فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه»، وهي تماثل المادة 814 من القانون المدني المصري، والمادة 974 سوري، و823 ليبي، و1087 عراقي، و1201 إماراتي، و70 من قانون الملكية العقارية اللبناني[12] ص(218)، [7] ص(933).

ويتضح من خلال هذه النصوص أن القانون يجيز لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له، بشرط ألا يحول ذلك دون استعمال الشريك الآخر له، فيحق لكل شريك أن يضع فوق الحائط المشترك عوارض يسند عليها سقف بنائه، دون أن يحمله فوق طاقته، أو دون أن يضع عليه أكثر من نصف الثقل الذي يتحمله، بحيث يبقى في طاقة الحائط ما يكفي للشريك الآخر من استعمال المائل، فله مثلا أن يحدث حفرا في الحائط كي يهيئ فيه مكانا لدولاب أو مدفأة، أو أنبوبة مياه، أو نحو ذلك، كما له أن يسند إلى ظهر الحائط أبنية خفيفة أو أمتعة، وهذا كله بشرط أن يراعي قوة احتمال الحائط، وأن لا يؤثر على حق الشريك الآخر في الاستعمال[21] ص(116).

• حق الشريك في تغطية الحائط المشترك:

ونصت على هذا الحق المادة 705 ق.م.ج بقولها « للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تغطية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التغطية وصيانة الجزء المعلي و أن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا من متانته.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التغطية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التغطية حق في التعويض»، وهي تماثل المادة 815 من القانون المدني المصري، المادة 975 سوري، و824 ليبي، و1089 عراقي، و71 من قانون الملكية العقارية اللبناني، و1286 أردني، و1198 إماراتي، ويلاحظ أن التقنين المدني السوري واللبناني يختلفا عن التقنين المدني المصري في أنه يشترط في تغطية الحائط رضاء كل من الشريكين، ويشترط القانون الأردني والإماراتي حصول الشريك الذي يريد أن يقوم بتغطية الحائط المشترك على رخصة مسبقا[12] ص(218)، [7] ص(998).

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري، قد أورد فرضين في تغطية الحائط المشترك، فإما أن يعيد بناءه، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تغطيته، وفي كلا الفرضين يبقى الحائط مشتركا في غير الجزء المعلي، أما الجزء المعلي فيكون ملكا خالصا للشريك الذي قام بتغطية الحائط، وفيما يلي نستعرض هذين الفرضين:

✓ الفرض الأول: تغطية الحائط دون إعادة بنائه

وفي هذه الحالة قد يتفق الشركاء على تغطية الحائط إذا كانت لهم مصلحة مشتركة في ذلك، على أن يتحمل الشركاء نفقات التغطية كل بنسبة حصته، ويبقى الحائط مشتركا بينهم في جميع أجزائه. غير أن التغطية قد تكون من مصلحة أحد الشركاء فقط دون الآخر، ففي هذه الحالة يعطي المشرع الجزائري والتشريعات السابقة الذكر، الحق في تغطية الحائط المشترك لهذا الشريك صاحب المصلحة، ولو دون موافقة الشريك الآخر، وذلك بشرط أن تكون هذه المصلحة جديّة، كأن تقتضي مصلحته التغطية لإضافة طباقا جديدا فوق طبقات بنائه الموجودة فعلا، وكانت التغطية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائط، ويشترط في ذلك أن لا يلحق ضررا جسيما بشريكه، و على الشريك الذي يقوم بالتغطية أن يتحمل وحده نفقات التغطية وصيانة الجزء المعلي، وكذلك يجب عليه أن يعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا من متانته[64] ص(427)، [7] ص(999) .

✓ الفرض الثاني: تغطية الحائط عن طريق إعادة بنائه

فإذا لم تكن التغطية ممكنة دون إعادة بناء الحائط، فإن المشرع الجزائري أجاز للشريك الذي له مصلحة جديّة في التغطية، أن يهدم الحائط ويعيد بناءه إذا ما تبين أن الحائط المشترك غير صالح لتحمل التغطية، ويشترط أيضا في هذه الحالة أن لا يلحق ذلك الهدم ضررا جسيما بالجار الآخر، كأن يؤدي الهدم إلى هدم بناء الجار الآخر أو هدم جزء كبير منه، ففي هذه الحالة يترك الحائط المشترك على حاله، ويبنى حائط آخر إلى جانبه، ويكون هذا الحائط الآخر ملكا خالصا لصاحبه، على أن يتحمل هذا الشريك نفقات إعادة بناء الحائط كله، وإذا اقتضى الأمر زيادة من سمك الحائط، بسبب تغطيته، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار.

وإذا قام أحد الشركين صاحب المصلحة بتغطية الحائط المشترك على النحو السابق بيانه، واقتضى الأمر بعد ذلك تجديد الحائط، فإن هذا الحائط يظل مشتركا بين الجارين في غير الجزء الذي تم تغطيته، فهذا الجزء الأخير يكون ملكا خالصا لمن قام بتغطيته، وسواء كانت هذه التغطية قد تمت دون تجديد الحائط أم أنها تمت بعد تجديده. [27] ص(87)، [7] ص(999) .

ويتضح من ذلك أنه إذا اختل الحائط المشترك أو تهدم، فإن نفقات إعادة بنائه تكون عليهما معاً، كل بنسبة نصيبه فيه، سواء أكان للشريكين معاً حمولة عليه أو لأحدهما فقط، ويستطيع أحد الشريكين أن يقوم بالبناء ويرجع على الآخر بنصيبه في النفقات بشرط موافقة الشريك الآخر أو إذن القضاء في حالة عدم الموافقة، أو غيابه أو أن تكون هناك ضرورة، وإلا فلا رجوع على شريكه شيء. [17] ص(73)،

وما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا كان القانون المدني الجزائري لم يشترط الحصول على رخصة مسبقة قبل القيام ببناء الحائط المشترك سواء بتعليته، أو بهدمه وإعادة بنائه، فإن قوانين العمران استلزمت حصول على الرخصة مسبقاً قبل القيام بأي عملية بناء أو عملية هدم، وبالتالي يجب على الشريك الذي له مصلحة جديّة في تعليّة الحائط المشترك أو هدمه لإعادة بنائه الحصول على رخصة البناء، أو على رخصة الهدم قبل القيام بأي عملية تمس الحائط المشترك، وفي هذا الصدد نصت المادة 52 من القانون رقم 90-29، المؤرخ في 01/12/1990، المعدل والمتمم [66] على أنه «تشرط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييح»

وتنص المادة 60 منه على أنه «يخضع كل هدم كلي أو جزئي للبناء لرخصة لهدم في المناطق المشار إليها في المادة 46 أعلاه، أو كلما اقتضت ذلك الشروط التقنية والأمنية، تحضر رخصة الهدم وتسلم في الأشكال والشروط والأجال التي يحددها التنظيم.»

• حق الشريك في الاشتراك في الجزء المعلي:

سبق القول أنه إذا انفرد أحد الشركين بتعليّة الحائط المشترك على النحو السابق، أصبح ذلك الجزء المعلي ملكاً خالصاً له، وذلك سواء تمت التعليّة دون إعادة بنائه أو عن طريق بنائه. وقد أجاز المشرع الجزائري والمصري للجار الذي لم يطلب التعليّة ابتداءً أن يكون شريكاً فيها، وفي هذا الصدد نصت المادة 706 ق.م.ج بقولها «يمكن للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليّة أن يصبح شريكاً في الجزء المعلي إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة» وهي تماثل المادة 816 من القانون المدني المصري، المادة 2/975 سوري، 825 لبيبي، و1090 عراقي، و71 من قانون الملكية العقارية اللبناني. [7] ص(1000)

ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري أعطى الحق الاشتراك في الجزء المعلي جبراً على مالكه للجار الشريك في الجزء الأسفل من الحائط المشترك، وذلك شريطة أن يقوم بدفع نصف نفقات التعليّة، ونصف قيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة من ناحية

الشريك الذي قام بالتعليق، هذا إذا كان الجار شريكا من قبل في الجزء الأسفل، ويريد بعد ذلك الاشتراك في الجزء المعلي، أما إذا كان الحائط كله ملكا خالصا لأحد الجارين فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه، خلافا للقانون المدني الفرنسي الذي يجيز ذلك. [21] ص (119)

وعلى الجار الذي يريد أن يكون شريكا في الجزء المعلي أن يعلن رغبته في ذلك، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص، فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك، فإذا تم إعلان الرغبة من هذا الأخير ودفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر، ولم يسلم له جاره بذلك، كان له حق الالتجاء على القضاء، وحق الاشتراك في الجزء المعلي يبقى قائما ما قام سببه، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلي حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعليق. [7] ص (1001)

3.2.3.2. التزامات الشريك في ملكية الحائط المشترك

في مقابل تلك الحقوق التي كرسها المشرع الجزائري، للشريك في ملكية الحائط المشترك، فإنه فرض عليه التزامات تتناسب مع طبيعة هذه الملكية، وسوف نستعرض هذه الالتزامات في النقاط التالية:

✓ الالتزام بعدم فتح في الحائط المشترك مطلات أو مناور:

فإذا كان المشرع الجزائري أعطى الحق للشريك في ملكية الحائط المشترك، أن يستعمله وفق للغرض الذي أعد له، فإنه أوجب عليه أن يلتزم بعدم فتح في الحائط المشترك مطلات ومناور أو فتوحات أخرى، لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط والمتمثل في ستر كل من العقارين أو البنائين اللذين يفصل بينهما، وفي هذا الصدد نصت المادة 704 ق.م.ج على أنه «للمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له...».

وعلى هذا الأساس فإذا جاوز أحد الجارين الالتزام الواجب مراعاته في استعمال الحائط المشترك كان للشريك أو الجار الآخر، أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله، وللقاضي في هذا الشأن سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة، وإذا فتح في الحائط المشترك مطلات أو مناور جاز للشريك الآخر، أن يطلب سد هذه الفتحات، أما إذا فتح الجار منورا في الحائط الفاصل وهو ملك خالص له، وتمكن جاره من أن يكون شريكا في الحائط سواء عن طريق الشراء أو بالتقادم، أو بطلب المشاركة في الجزء المعلي كما سبق بيانه، فإنه يمكنه أن يطالب الجار بسد هذه المنور.

وإذا فتح الجار منورا في الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك، وبقي المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم، فلا يجوز للجار الآخر الشريك بعد ذلك أن يطلب سد المنور، وهذا شريطة أن لا يكون ذلك راجعا إلى تسامح الجار، وينطبق نفس الحكم في حالة المطل، إذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلا، ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المطل [21] ص (116)، [7] ص (996).

• التزام الشريك بنفقات الصيانة والإصلاح والتجديد:

إذا كان الجاران مشتركين في ملكية الحائط المشترك والانتفاع به، فمن الطبيعي أن يتحملا معا كل بنسبة حصته نفقات صيانته وإصلاحه، وتحديدته، وذلك إذا كان الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي أعد له، أو إذا احتاج إلى هدم وإعادة بنائه وقد نصت على هذا الالتزام المادة 704/2 ق.م.ج السالفة الذكر، بقولها «... فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه»، وهي تماثل المادة 814/2 من القانون المدني المصري.

ويتضح من هذا النص أن على الشركاء أن يتحملوا نفقات ما يحتاج إليه الحائط المشترك من ترميم وصيانة وتجديد كل بقدر حصته فيه، وبالتالي يجوز لأي منهم أن يجبر الجار الآخر على المساهمة في هذه النفقات مادامت أنها ضرورية لاستعمال الحائط المشترك وفقا للغرض الذي خصص له.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحائط يصلح للغرض الذي خصص له، ولكن مصلحة أحد الشركاء، اقتضت تجديده، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات هدمه وإعادة بنائه، وكذلك يكون الحال إذا كانت حاجة الحائط إلى ترميم أو التجديد ترجع إلى خطأ أحد الشركاء. [17] ص (72)، [21] ص (120)، [20] ص (250)

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر، التزاما عينيا، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة فيه، أي في الحائط المشترك، وإذا تخلى عن ملكيته الشائعة أصبح الشريك الآخر هو وحده الذي له حق استعمال الحائط المشترك بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته، فإذا لم يرممه وسقط، كانت الأنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين واقتسامها بينهما، وعلى أن حق الشريك في التخلي عن الحائط المشترك على هذا النحو يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى الحائط، وإلا فإنه سيظل منتقعا بالحائط بالرغم من تخليه عنه، بل يجب أن يهدم البناء أولا، ثم يتخلى عن الحائط ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء فإنه قبل أن يهدم البناء فعلا يظل شريكا في الحائط ولا يستطيع التخلي عنه. [7] ص (997)

وفي جميع الأحوال يحق لكل شريك إصلاح الحائط المشترك وصيانته، كما يحق له مطالبة شريكه بتجديد الحائط إذا تصدع، وكاد أن ينهار، فإن رفض فله القيام بذبك مع الرجوع عليه من بعد بنصيبه في نفقات الهدم وإعادة البناء[12] ص ص(221-222)

وأخيرا ولعقد هذا الجزء من المبحث فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري وإن كان قد أول أهمية كبيرة للملكية المشتركة في العقارات المبنية، نظرا لأهميتها، فإنه لم يهمل الصور الأخرى في الشيوخ الإجباري، المتعلقة بملكية الأسرة والحائط المشترك، إذ نظم الحقوق والالتزامات بما يتناسب مع طبيعة كل منهما، حتى تحقق كل واحدة منهما الهدف والغرض المخصص لهما.

غير أنه ما يمكن ملاحظته على ملكية الأسرة من الناحية العملية، يتمثل في عزوف أفراد الأسرة الواحدة عن تشكيل هذه الملكية، رغم تنظيمها تنظيما دقيقا من طرف المشرع الجزائري، وهذا قد يعود إلى أن الهدف الذي قصده المشرع يمكن تحقيقه من خلال نظام قانوني آخر، وهو الشركة، حيث في كثير من الأحيان نرى تكوين الشركة يكون من مجموع أفراد الأسرة الواحدة.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد عنى عناية فائقة بالمال الشائع الإجباري، لا سيما بالملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهذا حتى يحقق هذا الشيوخ الإجباري الغرض والهدف الذي أوجده من أجله.

ويتضح ذلك جليا بتنظيم الحقوق التي يتمتع بها كل مالك مشترك، وأيضا بتنظيم الالتزامات التي تقع على كل واحد من الملاك الشركاء، فبعدما اعترف لكل واحد منهم بحق الملكية في الأجزاء المشتركة أو الملكية المشتركة، فقد منح لهم سلطات أو حقوق صاحب الملكية المفردة، من حيث حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، ولكن بتنظيم هذه السلطات بما يتناسب وطبيعة المال الشائع الإجباري، بل بما يتناسب ويتوافق مع كل صورة من صورته، بالإضافة إلى تكريس حقوق أخرى تقتضيها كل صورة من صورته أيضا، إذ منح حق إنشاء الجمعية المدنية لإدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية، ومنح لمديرها سلطات واسعة لإدارتها، والحق الذي يتمتع به كل مالك لإدارتها عند عدم وجود هذه الأخيرة، بالإضافة إلى حق التعديل في الأجزاء المشتركة، والحقوق بالتبعية الناتجة عنها، كما منح للشركاء الذين لهم القدر الأكبر في قيمة الحصص في ملكية الأسرة حق تعيين مدير أو أكثر لإدارة هذه الملكية، كما أنه منح المالك في ملكية الحائط المشترك، حق التعليق والمشاركة فيه، فهذه الحقوق تتناسب مع كل غرض وهدف الذي خصصه المشرع الجزائري لتحقيقه من خلال هذه صور الشيوخ الإجباري السابقة الذكر.

وفي مقابل تلك الحقوق فإن المشرع أيضا رتب عدة التزامات على كل واحد من الشركاء المشتركين، ليحافظ على هذا الشيوخ الإجباري حتى يبقى على الدوام، يحقق هدفه، وتتمحور هذه الالتزامات بشكل عام في التزامين أساسيين، الأول يتمثل في الالتزام بعدم طلب القسمة لتعارضها مع

الغرض الذي خصه المشرع الجزائري للشيوع الإجباري، والثاني يتمثل في الاشتراك في النفقات الناتجة عن الصيانة وحفظ الشيوع الإجباري، وقد خصص بالإضافة إلى هذين الالتزامين، التزامات خاصة تتناسب أيضا مع كل صورة من صور الشيوع الإجباري سالفه الذكر، فقد أوجب على كل شريك مالك في الملكية المشتركة أن يلتزم بنظام الملكية المشتركة عند وضعه من طرف الجمعية، وأما فيما يخص ملكية الأسرة ، فقد أوجب على الشريك فيها ألا يطلب القسمة خلال المدّة القانونية التي تدوم فيها، وأما في ملكية الحائط المشترك فقد أوجب على الشريك بعدم فتح في الحائط المشترك مطلات أو مناور، أو فتوحات تضر به.

الخاتمة

بعد هذا العرض السابق نكون قد وصلنا إلى نهاية هذا البحث، حيث قد بينا في فصله الأول مضمون وطبيعة حق الشريك في المال الشائع العادي أو المؤقت، ثم بينا بعد ذلك الحقوق التي يتمتع بها هذا الشريك ومداهما، والالتزامات المفروضة عليه للمحافظة على هذا المال، وفي الفصل الثاني بينا كذلك مفهوم وطبيعة حق الشريك في المال الشائع الإجباري ومواطن الاختلاف بينه وبين الشيوخ العادي، ثم بينا مختلف الحقوق التي يتمتع بها الشريك والالتزامات المفروضة عليه اتجاه هذا المال الشائع الإجباري، وذلك بحسب طبيعة كل صورة من صورته.

وبعد هذا العرض المتواضع لموضوع « حقوق والتزامات الشريك في المال الشائع » فإننا نستجلي أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة وذلك على النحو التالي:

✓ أن الحقوق التي يتمتع بها الشريك في المال الشائع الإجباري أوسع نطاقا من الحقوق التي يتمتع بها الشريك في المال العادي، ويتضح ذلك جليا عند إجراء أي تعديل في المال الشائع بما يعود بالنفع عليه، ففي الشيوخ الإجباري يحق لكل شريك أن يعدل في المال الشائع على نفقاته دون انتظار موافقة الشركاء، في حين في الشيوخ العادي لا يستطيع الشريك إجراء أي تعديل حتى ولو عاد ذلك بالنفع على المال الشائع إلا بموافقة باقي الشركاء.

✓ إن كان المشرع اعترف بحق الملكية لكل شريك في كلا النوعين من الشيوخ أي في الشيوخ العادي والإجباري، فإنه نظم الحقوق والالتزامات فيهما بما يتناسب وطبيعة كل نوع، حيث نظم الحقوق والتزامات في المال الشائع العادي بما يتناسب مع عدم ديمومته، بينما نظم الحقوق والالتزامات في الشيوخ الإجباري بما يتناسب مع بقاءه والغرض المخصص لكل صورة من صورته.

✓ السلطة التي يتمتع بها المتصرف "المدير" في المال الشائع الإجباري أوسع نطاقا ومجالا بالنسبة إلى سلطة المدير في المال الشائع العادي، ويتضح ذلك جليا في تحصيل أعباء ونفقات المال الشائع، ففي الشيوخ الإجباري يكون للمتصرف تحصيلها جبريا قبل أن يلتجأ إلى القضاء لتحصيلها، بينما لا يستطيع فعل ذلك المدير في الشيوخ العادي

✓ المتصرف "المدير" في المال الشائع تعيينه الجمعية أو رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المبني، بينما المدير في المال الشائع العادي قد يعينه الشركاء ، وفي حالة الإختلاف تعيينه المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء.

✓ يستطيع أحد الملاك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية أن يقوم بإدارتها، بناء على أمر قضائي في حالة غياب الجمعية ، ويكون له نفس سلطات المتصرف التي تعيينه الجمعية، بينما لا يستطيع الشريك في الشيوغ العادي القيام بذلك، ففي هذه الحالة للشركاء الحق في طلب من المحكمة تعيين مدير إدارة المال الشائع، أو طلب القسمة.

✓ الآليات والوسائل التي وضعها المشرع الجزائري في إدارة المال الشائع الإجباري أوسع من آليات إدارة المال الشائع العادي، ويتضح ذلك جليا في الآليات التي نص عليها في إدارة العمارات (إنشاء جمعية مدنية، إنشاء مهنة القائم بإدارة العمارات)، بينما في الشيوغ العادي نص فقط على آلية المهاية.

أما فيما يخص التوصيات، فإننا ما نسجله في شأن الشيوغ العادي، أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري نظم الملكية الشائعة العادية تنظيما دقيقا من حيث الحقوق والالتزامات، فإن الواقع العملي يفرز لنا غير ذلك، وذلك من حيث جهل الأفراد لحقوقهم والتزاماتهم فيه، إذ مازال الكثير منهم يبقون على الملكية الشائعة دون قسمتها لمدة طويلة، ودون الانتفاع بها مما يعرقل الاستثمار والاستغلال الأحسن لها، وبالتالي التأثير السلبي على الحياة الاقتصادية ومن ثم لا بد على المشرع أن يجد الوسيلة القانونية التي يجبر بها الأفراد على الخروج من الشيوغ، أو على الأقل يجبرهم على استثمار واستغلال تلك الملكية الشائعة.

أما فيما يخص الملكية المشتركة فإن المشرع نظمها تنظيما دقيقا، سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة، فبرغم هذا كله فوضعية العمارات في الجزائر في تدهور مستمر، ومن ثم لا بد على المشرع أن يعيد النظر في كيفية استغلال وإدارة تلك العمارات، كأن يفرض على الشركاء الملاك أن ينشئوا الجمعية المدنية، وأن ينظموا إليها إجباريا وليس اختياريا، كما هو الحال الآن، هذا من شأنه أن يجعل الملاك يتحملون مسؤوليتهم في إدارة تلك العمارات المبنية، بدلا من تحملها من طرف الدولة حاليا، فرغم كل الآليات التي وضعها المشرع الجزائري لإدارة العمارات فمازالت الدولة تسهر على صيانتها رغم تنازلها للملاك.

وبهذا أكون قد أنهيت من هذه الدراسة، وأدعوه سبحانه أن يهدينا إلى سواء السبيل والحمد لله أولا وأخيرا فيا رب هذه يدي، ومن خلفها قلب يدعوك ويقين في رحمتك إنك موجب الدعاء.

قائمة المراجع

- 1- Ibtissem Garram, Terminologie Juridique, dans la législation algérienne, Palais du livre, Blida
- 2- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة والأربعون، 2008.
- 3- المعجم الكافي -عربي- عربي، المعجم العربي المصور للطلاب.
- 4- الأمر 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، العدد:78 المؤرخة في 1975/09/30.
- 5- معوض عبد التواب، "المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني"، الجزء الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 6- قدوج بشير، "النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2004، الجزائر.
- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، مصر.
- 8- نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية- أحكامها - مصادرها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 9- حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 10- زهدي يكن، "الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا"، منشورات المكتبة العصرية، صيدا بيروت.
- 11- علي هادي العبيدي، "الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، طبعة 2008.
- 12- محمد وحيد الدين سوار، "حق الملكية في ذاته في القانون المدني"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 13- جمال خليل النشار، "تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000.

- 14- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984.
- 15- عمار علوي، "الملكية والنظام العقاري في الجزائر- العقار"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 16- محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية"، الجزء الثاني، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 17- محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 18- أنور طلبة، "الملكية الشائعة"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.
- 19- همام محمد محمود زهران، "الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 20- حسن كيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- 21- عبد المنعم فرج الصدي، "الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان.
- 22- علي الخفيف، "الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية"، معهد البحوث والدراسات العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان 1990.
- 23- أنور العمروسي، "الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني"، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
- 24- زهدي يكن، "شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع عشر في الشركات، شركات الملك، وشركات العقد"، دار الثقافة، 1969.
- 25- مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، المحكمة العليا، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2004.
- 26- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، سنة 1997.
- 27- محمد حسن قاسم، "موجز الحقوق العينية الأصلية- الجزء الأول حق الملكية (حق الملكية في ذاته - أسباب كسب الملكية"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2000.
- 28- رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 29- القانون رقم 04-05، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425، الموافق لـ 14 غشت 2004، يحدد ويتم القانون رقم 90-29، المؤرخ في 1990/12/01 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر، العدد 51، المؤرخة في 15 غشت سنة 2004.

30- المرسوم التنفيذي رقم 91-176، المؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 الموافق لـ 28 ماي 1991 يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج.ر، العدد 26، المؤرخة في 01 يونيو 1991.

31- قرار مجلس الدولة: رقم 061202 المؤرخ في: 2011/04/28.

32- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395، الموافق لـ 1975/11/12، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر، العدد 92 المؤرخة في 1975/11/18.

33- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1397، الموافق لـ 1976/03/25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 60، المؤرخة في 27 يوليو 1976.

34- أنور طلبية، "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.

35- أحمد خالدي، "الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة"، دار هومة، الجزائر، 2008.

36- مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، المحكمة العليا، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2004.

37- السيد عبد الوهاب عرفة، "الوجيز في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار في ضوء أحكام محكمة النقض"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.

38- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني- أسباب كسب الملكية"، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، مصر.

39- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، العدد: 21، المؤرخة 2008/04/23،

40- عبد الحميد الشواربي، "أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء"، منشأة المعارف، مصر

41- المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 شعبان عام 1418، الموافق لـ 20 ديسمبر سنة 1997، يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر، العدد 84، المؤرخة في 1997/12/21.

42- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 02، سنة 1997.

43- حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

44- المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 07 صفر عام 1404، الموافق لـ 12/11/1983، يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 47 المؤرخة في 15/11/1983.

45- نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني- دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

46- جورج ن ش دراوي، "حق الملكية العقارية"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.

47- مصطفى محمد الجمال، "نظام الملكية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

48- حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

49- المرسوم التنفيذي رقم: 94-59 المؤرخ في: 25 رمضان عام 1414، الموافق لـ 07/03/1994 يعدل ويتمم المرسوم رقم 83-666، المؤرخ في 12/11/1983، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنايات الجماعية، ج.ر، العدد 13 المؤرخة في 09/03/1994.

50- المرسوم التنفيذي رقم 97-154 المؤرخ في 03 محرم عام 1418، الموافق لـ 11/05/1997 يتعلق بإدارة الأملاك العقارية، ج.ر، العدد 28، المؤرخة في 11/05/1997

51- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 02، سنة 1991.

52- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 03، سنة 1992.

53- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2005.

54- القرار المؤرخ في 04 محرم عام 1425، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2004، يحدد نموذج وثيقة الالتزام لشراء الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية التسيير العقاري، ج.ر، العدد 22، المؤرخة في 15/04/1998.

55- المرسوم التنفيذي رقم 94-58، المؤرخ في 25 رمضان 1414، الموافق لـ 07/03/1994، يتعلق بنموذج عقد بيع البناء على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، ج.ر، العدد 13، المؤرخة في 09/03/1994.

56- مرسوم تشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق لـ 01/03/1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، العدد رقم 14، المؤرخ في 03/03/1993.

57- ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، "النظام العقاري في الجزائر- العقار"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.

58- القرار المؤرخ في 07 شوال عام 1418 الموافق لـ 1998/02/04، الذي يحدد مقاييس المؤهلات المهنية لممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية، ج.ر، العدد 16، المؤرخة في 1998/03/22.

59- القرار المؤرخ في 15 جمادي الثانية عام 1420 الموافق لـ 1999/09/25، يعدل القرار المؤرخ في 1998/02/04، الذي يحدد مقاييس المؤهلات المهنية لممارسة مهنة قائم بإدارة الأملاك العقارية، ج.ر، العدد 77، المؤرخة في 1999/11/03.

60- القرار المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1418 الموافق لـ 12 أكتوبر سنة 1997، يتضمن تعيين أعضاء لجنة اعتماد القائمين بإدارة الأملاك العقارية، ج.ر، العدد 16، المؤرخة في 1979/10/12.

61- بسام مجيد سليمان العباجي، "ملكية الأسرة – دراسة مقارنة"، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

62- الآية رقم 11 من سورة النساء

63- الآية رقم 12 من سورة النساء

64- محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية"، الجزء الأول، منشأة المعارف، مصر، 2004.

65- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، "الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المنفردة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

66- القانون رقم 90-29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411، الموافق لـ 1990/12/01، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر، العدد 52، المؤرخة في 1990/12/02.