



جامعة 08 ماي 1945 قالمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون خاص (إستثمار)

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية و الادارية

## النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري

تحت إشراف:  
الدكتورة: منى مقلاتي

إعداد الطلبة:  
- إيمان حميدود  
- نادية قلقول

تشكيل لجنة المناقشة:

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	خليل بوصنوبرة	08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
2	منى مقلاتي	08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا
3	محمد حميداني	08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ محاضر "ب"	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2017

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿الله لا اله إلا هو الحي القيوم لا تأخذه سنة

ولا نوم له ما في السموات وما في الأرض

من ذا الذي يشفع عنده إلا بإذنه يعلم

ما بين أيديهم وما خلفهم ولا يحيطون

بشيء من علمه إلا بما شاء وسع كرسيه

السموات والأرض ولا يؤده حفظهما

وهو العلي العظيم﴾

صدق الله العظيم

## شكر وتقدير

أما الشكر فله تعالى صاحب المنة، الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله،  
فله الشكر وله الحمد سبحانه وتعالى على كل نعمة أنعم بها علينا.

أما بعد، فإننا نتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذتنا القديرة الدكتورة منى مقلاتي  
التي رافقتنا دون هوادة طيلة مدة إنجاز هذا العمل.

كما نتقدم بخالص شكرنا وتقديرنا لأعضاء اللجنة الموقرة التي ستناقش هذا العمل،

وكذلك نتقدم بالشكر والتقدير لكل الأساتذة الذين رافقونا في مشوارنا الدراسي،  
وكل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

مقدمة

## مقدمة:

لقد حرص الإنسان منذ بدء الخليقة على الإستئثار بحيازة الأشياء سواء المنقولة منها أو العقارية وعدم التفريط بملكيتها لها، فكانت علاقته بهذه الأشياء تعد مصيرية له مادام يسعى إلى بقاءه على قيد الحياة، وبعد تطور الحياة والمجتمعات وتكوين التجمعات البشرية من قبائل ثم الإمارات أو الدول تعززت حاجة الناس إلى توثيق ملكيتهم لهذه الأموال، فالمال عصب الحياة تقضى به مآرب الدنيا و تؤدّى به فروض الدين و توصل به الأرحام وتعان به الأفراد و الأمم و يرثه الأبناء عند وداع الآباء، لذلك أشاد القرآن بذكره فقال تعالى: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا"<sup>1</sup>.

## 1- التعريف بالموضوع:

اهتمت الشرائع السماوية والوضعية بالمال وبوسائل ملكيته ووجوه التصرف فيه، ووضعت له الشرائع والقوانين التي تحمي الملكيات ذلك لأن الملكية تمثل حق الاستئثار باستعمال واستغلال والتصرف في هذه الأموال على وجه الدوام، فحق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا وأرفعها مستوى هذا الأخير قد يكون حقا عقاريا إذا ورد على عقار، وقد يكون منقولا إذا ورد على منقول، والملكية نوعان ملكية مفرزة يكون فيها مالك الشيء شخصا واحدا، وملكية شائعة يكون فيها مالك الشيء أكثر من شخص واحد، وهي موضوع دراستنا فقد تمتلك الأموال على وجه الشيوخ بين عدة أشخاص والشيوخ صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين النصيب المادي لكل منهم في الشيء.

الملكية الشائعة منتشرة في الجزائر وأسبابها كثيرة، وهي تتوافر في الغالب نتيجة الميراث، فإذا توفي الشخص انتقلت ملكيته لورثته على الشيوخ بنسبة حصصهم في التركة، لكن من المسلم به أنّ الشيوخ أمر غير مرغوب فيه لما يسببه من متاعب وصعوبات للشركاء، نتيجة الاختلاف في إرادات أصحاب الحق فيها، وما ينشأ عنها من نزاعات تتعلق بطريقة استعمال أو استغلال أو التصرف بالمال الشائع، الأمر الذي يجعل الملكية أكثر تعقيدا.

نظرا لهذه الأضرار وغيرها التي تنجم عن الشيوخ، نجد المشرع الجزائري اهتم بها ونظمها ضمن المواد من 713 إلى 742 من القانون المدني وهذا ما سيكون محور الدراسة.

## 2- مجال الدراسة:

يتناول هذا البحث دراسة موضوع النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري والذي يتطلب منا التعمق في النصوص القانونية المتصلة به، والمتمثلة في كل من القانون المدني الجزائري،

<sup>1</sup> الآية 46 من سورة الكهف.

قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، بما يمكننا من التفصيل في موضوع الملكية الشائعة، كما يتم الاعتماد على النصوص القانونية للتشريعات العربية في كل من القانون المصري إضافة إلى القانون اللبناني والسوري، كذلك تم تعزيز هذا البحث بمجموعة من الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وتم الاستعانة والأخذ بالأراء الفقهية المختلفة بما يثري موضوع البحث.

### 3- أهمية الموضوع:

يعد موضوع الملكية الشائعة من أهم موضوعات القانون المدني عموما والقانون العقاري خصوصا، لما له من أهمية كبيرة على الجانب النظري والجانب العملي، ويرجع ذلك لكون الملكية على الشيوع تمس بأهم حق يسعى جميع أفراد المجتمع إلى الوصول إليه وهو حق الملكية . وتتجسد أهمية الموضوع على المستوى النظري في بحث حقيقة أحكامه النظرية الواردة في مختلف النصوص القانونية، خاصة أن الملكية الشائعة هي ملكية من نوع خاص، اختلفت حولها الآراء الفقهية من قبل الفقهاء ورجال القانون.

كما تتجلى أهمية بحث هذا الموضوع على المستوى العملي في كون الملكية الشائعة موضوع شديد الالتصاق بالواقع العملي، حيث نظمته مختلف التشريعات المعاصرة عامة والتشريع الجزائري خاصة، هذا من جهة ومن جهة أخرى كثرة نزاعات الشيوع أمام القضاء الجزائري والمتعلقة أساسا بالمطالبة بقسمة الأملاك الشائعة نظرا لعدم الاتفاق بين الشركاء على الشيوع، وهو ما يقتضي ضرورة إعطاءها حولا واضحة.

### 4- أسباب اختيار الموضوع:

إن الدوافع والأسباب التي جعلتنا نخوض غمار هذا الموضوع تتلخص في الأسباب التالية:

#### أ- أسباب ذاتية:

تتعلق هذه الأسباب أساسا في الرغبة في إعداد دراسة فقهية قانونية حول الملكية الشائعة، وهي المسألة التي حاول دراستها العديد من الباحثين، إلا أنها تبقى من المسائل التي تقتضي الكثير من البحث والتعمق والتمحيص، بما يجعل هذا العمل محاولة لجمع شتات هذا الموضوع على اعتبار أنه منشور في القوانين الوضعية الجزائرية من القانون المدني وقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يسهل للقارئ الرجوع إليه، ومساهمة منا في إثراء البحث العلمي ولو بإضافة لبنة متواضعة لصرح القانون المدني عموما والقانون العقاري خصوصا، ونخص بالذكر أن موضوع الملكية الشائعة واقع معاش على الصعيد الشخصي للباحث.

## ب- أسباب موضوعية:

تعود هذه الأسباب إلى طبيعة الموضوع في حد ذاته ذلك لأن الملكية الشائعة من بين أكثر الملكيات انتشارا في المجتمع الجزائري الذي يفضل العيش تحت ظل سقف واحد، وأن العيش الجماعي بالنسبة له يدعم وحدة الأسرة ويكسبها احترام باقي الأسر الأخرى، وأن الأملاك الشائعة تعتبر موروث قيم عن السلف إذ يهتم به الخلف من بعدهم، ويتكفلون بتنميته، إضافة إلى حساسية هذا الموضوع و تعلقه بمسألة جد مهمة في حياة الفرد و ملكيته.

## 5- أهداف البحث:

يمكن تعداد أهداف الدراسة المقترنة بموضوع الملكية الشائعة كما يلي:

- أ- محاولة استقراء وتحليل ما جاءت به مختلف المصادر والمراجع القانونية والفقهية المتعلقة بالشيوع بدافع فهمه على المستوى النظري، ومن ثم ضمان تطبيقه على المستوى العملي.
- ب- محاولة إيجاد حلول للمشكلات التي يثيرها هذا الموضوع على أرض الواقع.
- ج- محاولة معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري فيما يتعلق بالملكية الشائعة، على أساس أن لها شقين شق نظري وشق إجرائي.
- د- بيان الأهمية المتوخاة من إقرار هذا النظام، ومعرفة المسار الذي انتهجه المشرع الجزائري.

## 6- إشكالية البحث:

استنادا إلى دوافع البحث سواء ما تعلق منها بالدوافع الشخصية أو الموضوعية يمكننا طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى توفيق المشرع الجزائري في وضع الحلول للنزاعات المترتبة عن الملكية الشائعة ؟

وتتفرّع عن هذه الإشكالية عدّة تساؤلات فرعية نبلورها كالاتي:

- أ- ما هو نطاق حق الملكية الممنوح للشركاء في حالة الشيوع ؟
- ب- هل انقضاء الشيوع بالقسمة هو وضع نهائي يحقق دائما أم هناك استثناءات؟

## 7- مناهج البحث:

لبلوغ هدفنا من هذه الدراسة في إيجاد حلول للإشكالية المثارة والتساؤلات سابقة الذكر، اعتمدنا على عدة مناهج تتناسب مع موضوع البحث ومقتضياته، حيث كان المنهج التحليلي بمثابة أرضية يستند عليها تناول هذا الموضوع، لاسيما ما تعلق بالتطرق لماهية الملكية الشائعة من حيث تحليل نصوص القانون المدني المتعلقة بها وتحليل أغلب الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع، كذلك استعنا بالمنهج التاريخي عندما تطرقنا إلى دراسة التطور التاريخي للملكية الشائعة عبر مختلف العصور،

بالإضافة إلى أنه تم الاعتماد على المنهج المقارن عند تبيان ما نصت عليه مضامين مختلف التشريعات مقارنة بما جاء في نصوص التشريع الجزائري.

## 8- الدراسات السابقة:

إن التطرق لموضوع النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري يستدعي جمع المادة العلمية المتعلقة به والاطلاع على كل ما له صلة بالموضوع من نصوص قانونية واجتهادات قضائية وآراء فقهية و غير ذلك. مما يستدعي منا ضرورة الوقوف على عدد معتبر من الدراسات والبحوث السابقة التي تناولت الموضوع، فمن خلال ذلك يتبين لنا بشكل جلي النقائص التي تظهر في هذه الدراسات والتي اعتبرناها قصورا في الإحاطة بالموضوع، وهي دراسات يمكن عرضها على النحو التالي:

أ- دراسة يوسف دلاندة ضمن مؤلفه المنشور: "الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة"، دار هومة، الجزائر، 2015، حيث أنه أغفل عدة جوانب هامة في الملكية الشائعة كتطورها التاريخي وطبيعتها وكذلك تمييزها عن غيرها بالإضافة إلى أنه لم يتطرق إلى الآراء الفقهية في دراسته واكتفى بتحليل نصوص القانون المدني الجزائري، أما فيما يتعلق بانقضاء الشيوخ بالقسمة لاحظنا أنه تطرق للخبرة فقط دون دعوى القسمة بما في ذلك شروطها والإختصاص فيها، كذلك بالنسبة لآثار القسمة نجد أنها غير موجودة هي الأخرى .

ب- دراسة فوزي دفاص، "تنظيم الملك الشائع في القانون المدني"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الحقوق والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012/2011، حيث تطرق إلى الإنتفاع بالمال الشائع دون توضيح الملك المشاع ودون التطرق إلى أي تعريف سواءا للشركاء على الشيوخ أو تعريف للملك الشائع و تحديد طبيعته.

أما من حيث أنواع الشيوخ فالملاحظ على هذه الدراسة أنها تناولت الشيوخ الإجباري دون التعرض للشيوخ العادي كنوع أساسي للملكية الشائعة.

و بالنسبة للقسمة فهذه الدراسة تناولت القسمة الإتفاقية والقضائية فقط ولم تتعرض إلى قسمة المهايأة.

ج- دراسة بوبكر لبيص، "التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014. حيث وفقت هذه الدراسة في الجمع بين الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة بالملكية الشائعة، إلا أنّ هذه الدراسة اقتصرت على جزئية واحدة من الملكية الشائعة وهي التصرف دون التطرق إلى



الإدارة والقسمة، كما أنها تناولت الشيوخ الاختياري وأهملت الشيوخ الإجباري وملكية الأسرة كصور للملكية الشائعة .

#### 9- صعوبات البحث:

لا يخلو أي موضوع بحث علمي من مواجهة بعض الصعوبات والعراقيل على اختلافها، ومن بين أهم الصعوبات التي واجهها بحثنا ما يلي:

- أ- الملكية الشائعة موضوع شائك ومتشعب ويتضمن العديد من الجزئيات الدقيقة يلزم الوقوف عندها وهذا ما يستدعي الإحاطة بجميع جوانبها والتي كان من الصعب التوفيق فيها نظرا لضيق الوقت.
- ب- شح المادة العلمية المتعلقة بموضوع الملكية الشائعة مما صعب جمع المعلومات بصورة متصلة وكذا ندرة المراجع المتخصصة في التشريع الجزائري هذا ما استدعى الاطلاع على المراجع الخاصة بالتشريعات الأخرى والتي كانت أكثر وضوحا ودقة وتعمقا في هذا الموضوع.
- ج- يضاف إلى هذه الصعوبات إشكالية ضبط المصطلحات واعتماد مصطلح واحد لتفادي الوقوع في خلط بين المصطلحات الدالة على الملكية الشائعة والمصطلحات المشابهة لها.

#### 10- خطة البحث:

بالنظر لسعة الموضوع و مستلزمات الإمام بجميع عناصره ارتأينا أن نقسم موضوع الدراسة إلى فصلين ومقدمة وخاتمة، إذ يتناول الفصل الأول ماهية الملكية الشائعة ويقسم هذا الفصل بدوره إلى ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول منه مفهوم الملكية الشائعة والمبحث الثاني يتناول إدارة الملكية الشائعة أما المبحث الثالث فيتناول التصرف في الملكية الشائعة.

والفصل الثاني خصص لدراسة انقضاء الملكية الشائعة بالقسمة، حيث قسم هو الآخر إلى ثلاث مباحث، تطرقنا في المبحث الأول منه إلى مضمون القسمة وفي المبحث لثاني إلى دعوى القسمة، أما المبحث الثالث والأخير تطرق إلى آثار القسمة، وأنهينا الدراسة بخاتمة ضمناها أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث.

# الفصل الأول

## الفصل الأول

### ماهية الملكية الشائعة

تعدّ الملكية الشائعة موضوعا واسعا وثريا، وتحديد ماهيتها يتطلب الإحاطة بمختلف جوانبها وأبعادها، فهي نظام مركب يتّصف بالتعقيد لأنّها إحدى صور الملكية المقررة قانونا لشخص معين على شيء معين، وقد نظم المشرّع الجزائري الملكية الشائعة من خلال نصوص القانون المدني من المادة 713 إلى المادة 742 منه، وقد خصت بعدّة تعاريف من الفقه والسنة وغيرها، كما خوّّل القانون الملاك على الشيوع الحق في إدارة المال الشائع سواء إدارة معتادة أو غير معتادة وفقا لما تقتضيه الحاجة، كما وباعتبار أنّ الملكية الشائعة هي ملكية مكن القانون الملاك على الشيوع سلطة التصرف فيها سواء بالإيجار أو الرهن أو غيرها من التصرفات الأخرى.

كل هذه المسائل وغيرها سوف نتناولها بالتفصيل والتدقيق من خلال هذا الفصل الذي قسم إلى ثلاث مباحث أساسية، خصص المبحث الأول لدراسة ماهية الملكية الشائعة، في حين سيتناول المبحث الثاني إدارة الملكية الشائعة بجميع صورها، بينما سنتطرق من خلال المبحث الثالث إلى التصرف في الملكية الشائعة، وذلك وفقا لما يلي:

### المبحث الأول

#### مفهوم الملكية الشائعة

توجهت الدراسات القانونية على اختلافها إلى دراسة الملكية كونها نظام واقعي عملي أكثر منه نظري، ونظرا لأهمية الملكية ارتأينا تسليط الضوء عليها من خلال التطرق إلى أهم جوانبها وتعداد أسسها وطبيعتها وكذا صورها، والتي تعد الملكية الشائعة من بين أهم هذه الصور، فهي كيان قانوني يحمل في طياته عدة عناصر متكاملة في ما بينها تميزه عن غيره من الكيانات الأخرى، وعلى هذا الأساس استدعت الحاجة ضرورة تناول الملكية الشائعة بنوع من التدقيق والتمحيص بناء على نقطتين أساسيتين، تمثلت الأولى في تحديد المقصود من هذه الملكية الشائعة أمّا بالنسبة للنقطة الثانية فسوف تتمحور حول تحديد الصور التي تكون عليها هذه الملكية في إطار التشريع الجزائري، وتتم دراسة هاته المسائل على النحو التالي:

#### المطلب الأول

##### المقصود بالملكية الشائعة

إن اعتبار الملكية الشائعة صورة من الصور التي تكون عليها الملكية تعد انطلاقة غير كافية لتثبيت تكييف معين لها وإصدار حكم عليها أو تصنيفها بدقة، لذلك لا بد من دراستها دراسة تحليلية

تمكننا من ذلك منطلقين من تحديد تطورها التاريخي، وصولاً إلى تعريفها وتمييزها عن غيرها من الملكيات، ثم نتوجه إلى التعرف على مصادرها لنتمكن في الأخير من تحديد طبيعتها القانونية، وكل هذه النقاط سوف نتناولها على النحو التالي:

## الفرع الأول

### التطور التاريخي للملكية الشائعة

مرت الملكية الشائعة بعدة تطورات وفقاً لمراحل تاريخية مختلفة وتحديد تطوّر الملكية الشائعة يقصد به بحث تطور نظام الملكية الشائعة على مر العصور ومنه البحث عن جذورها، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع من خلال أربعة نقاط على النحو التالي:

#### أولاً: العصور البدائية

مرت الملكية الشائعة بعدة مراحل في تطورها فقد بدأت ملكية جماعية،<sup>1</sup> يعود التصرف فيها إلى سكان القبيلة أو العرش الذين يقومون عادة باستغلالها جماعياً،<sup>2</sup> فالثروة هي بالأصل ملك مشاع للقبيلة،<sup>3</sup> حيث كان لكل بيت أو أسرة نصيب منها حسب إمكانياته وحاجاته مع ترك جزء من الأراضي للاستغلال الجماعي، وفي حالة تنقيب أحد الأفراد أو إهماله لحصته من الأراضي المشاعة فإنّ شيخ القبيلة يتولى تسليم الأراضي لمن يخدمها،<sup>4</sup> هذه الصورة من الملكية الجماعية ليست ملكية شائعة بمعناها المعروف حالياً.

#### ثانياً: في القانون الروماني

يعتبر هذا القانون من أقدم التشريعات التي عرّفت نظام الشيوع، ولقد عرّف الشيوع الوراثي الناتج عن وفاة المورث وإجماع ورثته في ملكية أمواله على الشيوع حتى يتم تقسيمها وكانت الملكية تعتبر من أنواع الملكية الجماعية في القانون الروماني،<sup>5</sup> كما أنّ القانون الروماني قد تأثر في مجمله بتقسيم الأموال حسب ما كان معروف لدى اليونان،<sup>6</sup> إذ يعتبر أنّ لكل شريك في الشيوع حصة في كل

<sup>1</sup> علي هادي العبيدي، "الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية"، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 29.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2000، ص 52.

<sup>3</sup> زهدي يكن، "تاريخ القانون"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1969، ص 46.

<sup>4</sup> حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 52.

<sup>5</sup> أيمن سعد، "سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص ص 37-38.

<sup>6</sup> عصام نجاح، "القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2011، ص 11.

ذرة من ذرات الشيء الشائع فإذا ما تمت القسمة واختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك تنازل كل شريك عن نصيبه في الجزء الذي اختص به كل شريك من الشركاء الآخرين مقابل نزول كل منهم له عن نصيبه في الجزء الذي كان مخصص له.<sup>1</sup>

### ثالثاً: الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي

سندرس في هذا العنصر الملكية الشائعة من عدة جوانب وهي كالتالي:

#### 1- في القرآن الكريم

قال تعالى: " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"،<sup>2</sup>

كذلك قوله تعالى: "فهم شركاء في الثلث"<sup>3</sup>

#### 2- في السنة

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من كان له شريك في ريع أو نخل فليس له أن يبيع حتى بإذن شريكه فإنّ رضى أخذ وإن كره ترك".

3- وقد عرّف المذهب المالكي الملكية الشائعة بأنها: " حالة تحدث بين اثنين فصاعداً من الاختلاط

لتحصيل الربح وهي تحدث بغير قصد كالإرث".<sup>4</sup>

وعليه فإنّ الشيوع في الفقه الإسلامي يقال شاع الشيء اذاعه والدار ونحوها بما يملك كان مشتركا بين الناس لم يقسم، يقال اشترى دار على الشيوع ويقال في الدعاء شائع الخير صحبتك وغمرك وشاعكم السلام والأمن وأشاع الشيء وبه أظهره ونشره والدار ونحوها جعلها مشركة الملك من غير قسمته واشتاع وكذلك اشتركا وتشايح الأمر شاع والرجلان في الشيء تشاركا فيه ولم يقتسما.<sup>5</sup>

#### رابعاً: الملكية الشائعة في الجزائر

مرّت الملكية العقارية في الجزائر بعدة مراحل جوهرية مختلفة وكنتيجة حتمية هذه المراحل مرّت بها الملكية الشائعة باعتبارها نوع من أنواع الملكية العقارية، ومن هذه المراحل ما يلي:

#### 1- المرحلة العثمانية:

طبقت في الجزائر خلال الفترات الزمنية المختلفة والسالفة للعهد العثماني أحكام الشريعة الإسلامية على الأراضي الزراعية وبسبب المشاريع التوسعية دفع الحكام إلى تعزيز الزراعة لكن بالمقابل كان

<sup>1</sup> مصطفى محمد الجمال، " نظام الملكية منشأة المعارف"، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص181.

<sup>2</sup> الآية 11 من سورة النساء.

<sup>3</sup> الآية 12 من سورة النساء.

<sup>4</sup> أيمن سعد، المرجع السابق، ص39، ص11.

<sup>5</sup> أحمد فلاح عبد البخيت، " الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص127.

هناك انعدام الأمن بسبب الهجمات الغربية والصراعات القبلية مما دفع بالسكان إلى ترك أراضيهم،<sup>1</sup> وتغيّر الوضع مع مطلع العهد العثماني الذي صنّف الملكية العقارية إلى أربعة أصناف هي:<sup>2</sup>

أ- أملاك الدولة وأراضي البايلك.

ب- الأملاك الوقفية (الحبوس).

ج- الأملاك الخاصة.

د- الأملاك المشاعة.

وجد في الجزائر أراضي شاسعة من أرض عرش أو سبقة، حيث اشتهر أنّ ملكيتها تابعة للحاكم الذي يترك الانتفاع بها للقبيلة مع حرية اتخاذ نمط الانتفاع المناسب للضروريات أو لحاجيات المجموعة،<sup>3</sup> وهذه الأراضي تتغير تسميتها حسب المناطق، إذ كانت تعرف " ببلاد الجماعة" بالمغرب الأقصى وبأراضي "السبقة" بالغرب الجزائري، وبأراضي " العرش" بالوسط والشرق الجزائري، وبأرض "عربي" أو أرض "قبائل العرب" بالبلاد التونسية.<sup>4</sup>

ومما تقدّم يمكن القول أنّ الملكية الشائعة هي الأراضي التي تستعمل جماعيا من قبل سكان عرش معين في جهة معيّنة من الوطن، أو سكان قرية أو قبيلة معيّنة وكانت أغلب الأراضي من هذا النوع آن ذاك.<sup>5</sup>

## 2- مرحلة الاستعمار الفرنسي:

تعرّضت الملكية العقارية بمختلف أنواعها في هذه الفترة لسياسة استعمارية تهدف إلى سلب أراضي الجزائريين ومنحها للمعمّرين، وذلك من خلال عدد كبير من القوانين والمراسيم والقرارات وأهمّها:

أ- مرسوم 08 سبتمبر 1830: الذي يحدّد ملكية الدولة.

ب- قرار الحاكم "كوزيل" الصادر بـ 1830/12/07، والذي تمّ بموجبه السّماح للأوروبيين بامتلاك الأملاك الوقفية.

ج- القرار الصادر في 1858/10/30 الذي أخضع الأملاك الوقفية لأحكام المعاملات الخاصة بالملكية المطبقة على المسلمين واليهود.

<sup>1</sup> ليلي طلبة، "الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2010، ص13.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ بن عبيدة، "إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2003، ص9.

<sup>3</sup> عمار علوي، " الملكية ونظام العقار في الجزائر العقار"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 37.

<sup>4</sup> حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص52.

<sup>5</sup> عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص9.

د- القانون المؤرخ بـ 1873/07/26 المتمم بقانون 1987/04/28 المتعلق بإقامة الأملاك العقارية وصيانتها في الأوطان الجزائرية والذي يهدف إلى إخضاع الملكية العقارية في الجزائر للقانون الفرنسي.<sup>1</sup>

### 3- مرحلة ما بعد الإستقلال:

انقسمت هذه المرحلة التاريخية بدورها إلى عدة حقبة تاريخية نلخصها كالتالي:

#### أ- الثورة الزراعية: وأهم ما جاء فيها :

صدور الأمر رقم 31-173 المؤرخ في 1971/11/08 الذي ينصّ في مادته التاسعة عشرة بأنّ الصندوق الوطني للثورة الزراعية يتكوّن من الأراضي النائية (والتي من بينها أراضي العرش)، الأراضي الفلاحية للبلدية، الأراضي الفلاحية أو ذات الطبيعة الفلاحية التابعة للأملاك الولاية أو الدولة،.... أراضي العرش الفلاحية أو ذات الطبيعة الفلاحية.<sup>2</sup>

#### ب- الإحتياطات العقارية:

تمت عمليات دمج الأراضي الزائدة عن الإحتياجات العائلية في الإحتياطات العقارية للبلدية لكن فشل هذا النظام لعدة أسباب فبلدية قامت ببيع أراضي المواطنين من أجل البناء قبل إدماجها ضمن الإحتياطات البلدية ودون تبليغ وتعويض مالكيها، كما باعت لهم قطع أرض للبناء دون ان تسلم لهم العقود الرسمية ودون القيام بإجراءات التسجيل والشهر.<sup>3</sup>

#### ج- فترة ما بعد صدور قانون التوجيه العقاري سنة 1990:

بمقتضى القانون رقم 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأول عام 1411 الموافق لـ 18 نوفمبر 1990 والمتضمنّ قانون التوجيه العقاري،<sup>4</sup> إذ صنّفت المادة 23 من قانون التوجيه العقاري الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها إلى الأصناف القانونية الآتية:<sup>5</sup>

- الأملاك الوطنية.
- الأملاك الخاصة.
- الأملاك الوقفية.

<sup>1</sup> ليلي طلبة، المرجع السابق، ص ص 15-16.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 18.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 21.

<sup>4</sup> حمدي باشا عمر، "مجمّع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار"، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 352.

<sup>5</sup> حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2000، ص ص 8-9.

والصنف الثاني أي الأملاك الخاصة إما أن تكون ملكية تامة أو مجزأة أو مشتركة أو مشاعة،<sup>1</sup> وبمقتضى القانون رقم 90-30 وردت الملكية الشائعة في القسم الثالث منه ضمن الفصل الثاني الذي كان عنوانه: "الموارد والثروات الطبيعية التابعة للأملاك الوطنية العمومية"، وبالرجوع على القسم الثالث الذي كان عنوانه " العقار الشائع ملكيته بين الدولة والخواص، وهذا القسم احتوى على ثلاث مواد فقط هي : المادة 97-98 والمادة 99، حيث نصّت المادة 97 على ما يلي: "تساهم المصالحة إلى تسيير الأجزاء المشتركة في عقار الشائع أو المشاركة ملكيته، في مصاريف تسيير الأجزاء المشتركة في حدود نسبة الحقوق المخصّصة لها طبقاً للقانون والتنظيمات المعمول بها".<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### معنى الملكية الشائعة وتمييزها عن غيرها من الملكيات

بعد أن حاولنا في الفرع السابق إعطاء لمحة تاريخية عن الملكية الشائعة، سنتعرّض في هذا الفرع إلى مسألة تعريف الملكية الشائعة وكذا مسألة تمييز هذه الملكية عن باقي الملكيات الأخرى، فمن خلال هاتين المسألتين يحدّد الإطار المفاهيمي لهذا البحث وهذا سيكون كالتالي:

#### أولاً: معنى الملكية الشائعة

سنحاول تحديد المقصود من الملكية الشائعة وذلك يقتضي البحث عن معناها في اللغة العربية ثم الإصطلاح الفقهي القانوني من خلال النقطتين التاليتين:

#### 1- المقصود بالملكية الشائعة من الناحية اللغوية:

سنحاول تحديد المقصود بكل مصطلح على حدى:

#### أ- تعريف مصطلح الملكية لغة:

أملكه الشيء وملكه إياه تمليكاً جعله ملكاً له نملكه وملك ذا أمر أمره، كقولك ملك المال ربّه وإن كان أحقّ وليّ في هذا الوادي ملك وملك ومُلك، ومُلكٌ يعني مرعى ومشرباً ومالاً وغير ذلك ممّا تملكه.<sup>3</sup>

#### ب- تعريف مصطلح الشائعة لغة:

من الشيوع والشيوع والشياع ما أوقدت به النار وقيل هو دقّ الحطب تشيع به النار، كما يقال شباب للنار وجلاة العين وشييع الرجل بالنار: أحرقه وأشعت السرّ وشعت به أدعت به ويقال نصيب فلان

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 21.

<sup>2</sup> المادة 97 من القانون رقم 90-30 المؤرّخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لأوّل ديسمبر سنة 1990 المتضمّن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرّخة في 1990/12/02.

<sup>3</sup> ابن منظور، "لسان العرب"، المجلّد الأوّل، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص 4266.



شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا معزول، قال الأزهرى: إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها.<sup>1</sup>

## 2- المقصود بالملكية الشائعة من الناحية الاصطلاحية:

سندرس للوهلة الأولى كل مصطلح على حدى، أي نعرّف الملكية ثم الشائعة وفي الأخير ننتقل إلى تعريف الملكية الشائعة من الناحية الاصطلاحية، وهذا سيكون كالتالي:

### أ- الملكية في اصطلاح القانونيين المعاصرين:

هي حق الاستئثار باستعماله " الشيء" واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود الشرع فالملكية حق يكفل لصاحبها كل السلطات التي يمكن الحصول عليها من الشيء وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف فلصاحب الشيء أن يمارس هذه السلطات كيفما يشاء ولا يمنعه من ذلك إلا القيد القانوني.<sup>2</sup>

### ب- مصطلح الشائعة من الناحية الإصطلاحية:

يقصد بها تملك شخصين أو أكثر مالا بحصص غير مفرزة لكل منهم نصيب في ذلك المال.<sup>3</sup> كما تستعمل كلمة "مشاع" أحيانا للدلالة على الأراضي الشائعة المشتركة بين عدة شركاء وبذلك تكون العقارات المتروكة للأشخاص معينين ينتفعون بها على العادة محصورين أو غير محصورين لكنهم معلومون كالمراعي والمرافق المتروكة للأهالي المنتسبين لقرية واحدة أو أكثر.<sup>4</sup>

### ج- المقصود بالملكية الشائعة من الناحية الاصطلاحية:

هي ما تعلق بجزء نسبي غير معيّن وغير محدّد وتكون كل ذرة من 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 إستئثار بنصيب معين منها،<sup>5</sup> كما يقصد بالملكية الشائعة: وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشيء يتضمن كل منها جميع سلطات الملكية، وتوزع هذه السلطات بين أكثر من شخص،<sup>6</sup> وعليه ففي الملكية الشائعة يتعدّد الملاك للشيء الواحد بحيث يكون هذا الشيء مملوكا لأكثر

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص 2378-2379.

<sup>2</sup> محمد عثمان شبير، "مدخل إلى فقه المعاملات المالية المال، الملكية العقدة"، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2010، ص 118.

<sup>3</sup> عبد واحد كرم، "معجم المصطلحات القانونية عربي- فرنسي- إنجليزي"، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 1995، ص 258.

<sup>4</sup> زهدي يكن، "شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 149.

<sup>5</sup> أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 127.

<sup>6</sup> مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 73.

من شخص يملك كل منهم حصة شائعة في الشيء المملوك بأكمله ومندرجة في كل ذرة من ذراته،<sup>1</sup> وإضافة إلى ذلك حق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوخ بين عدة أشخاص حيث يكون لكل منهم فيه نصيب معين كالثلث أو النصف أو الربع ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير مقسم ولو كان في الأصل قابلاً للانقسام، فإذا ما تمت القسمة أصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة يستأثر بها مادياً دون غيره من الشركاء.<sup>2</sup>

### 3- المقصود بالملكية الشائعة من الناحية القانونية:

ذهبت بعض التشريعات في بلورتها لفكرة الملكية الشائعة من منطلقات مختلفة تبعا لنظام الملكية العقارية، ويمكن إبراز بعض التعريفات من استقرائنا لنماذج من القوانين العربية، حيث عرّفها قانون الموجبات والعقود اللبناني ضمن نص المادة 824 كما يلي: " عندما يكون شيئاً أو حقاً ملكاً شائعاً ومشاركاً بين عدة أشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى "شركة ملك" أو "شبه شركة" وهي تكون اختيارية أو اضطرارية".<sup>3</sup>

يتبين من مضمون هذه المادة القانونية أنّ المشرّع اللبناني عدّد صور الملك المشاع فأقرّ بأنّه شيء وكذا قد يكون حقاً بين عدة أشخاص، هذين العنصرين أي كل من تعدد الأشخاص وكذا الشيء أو الحق الذي يشتركون فيه ينشأ كيان قانوني يطلق عليه مصطلح "شركة ملك" أو "شبه شركة" وهما مصطلحين يطلقان على الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي وهذا ما ذكرناه سابقاً.

تكون الملكية الشائعة اختيارية بإرادة الأشخاص وذلك بالإتفاق على هذه الحالة وقد تكون اضطرارية أي بصفة إجبارية تكون عليها حالة الشيوخ، وهذا يوضّح أنّ هناك نوعين من الشيوخ فيكون اختيارياً أو اضطرارياً.

أمّا القانون المدني المصري فقد عرّف الملكية الشائعة ضمن نص المادة 825 كما يلي: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوخ وتحسب حصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، " الملكية الشائعة"، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون مكان نشر، 2009، ص 19.

<sup>2</sup> محمد وحيد الدين سوار، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 108.

<sup>3</sup> المادة 824 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/03/09 بتاريخ 1932/04/11، والمعدّل بموجب القانون رقم 483 بتاريخ 1995/12/08، الجريدة الرسمية عدد 51، بتاريخ 1995/12/21.

<sup>4</sup> المادة 825 من القانون المدني المصري المعدّل والمتمم الصادر بمقتضى القانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2011/07/14، الجريدة الرسمية عدد 28 مكرر، بتاريخ 2011/07/16.

يتّضح من خلال دراسة مضمون هذه المادة أنّ المشرّع المصري لم يشرع مباشرة في تعريف الملكية الشائعة بل جاء يذكر ويعدد مقوماتها التي تتمثّل في تعدد ملاك في ملك واحد غير مفرزة بين هؤلاء الشركاء من حيث الحصة فهذه الأخيرة تكون متماثلة أي لا مالك يفوق باقي الملاك في حصته هذا في حالة إذا لم يقم الدليل على غير ذلك.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري فقد وردت الملكية الشائعة في الكتاب الثالث الحقوق العينية الاصلية الباب الأوّل منه حق الملكية بوجه عام هذا الأخير الذي أدرجت فيه الملكية الشائعة في القسم الرابع تحت عنوان " الملكية الشائعة" وأحكام هذه الملكية من المادة 713 إلى المادة 742 أي إلى غاية القسم الخامس " الملكية المشتركة في العقارات المبنية"، وبالرجوع إلى المادة 713 من القسم الرابع نجد أنّها عرّفت الملكية الشائعة كما يلي: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصّة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصة متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك"<sup>1</sup> ويستشف من مضمون هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري سار ضمن نفس الطرح الذي أتى به المشرّع المصري، وبالتالي تم إقرار تحقق الملكية الشائعة من خلال إقرار تعدد الأشخاص من إثنين فأكثر لهم صفة الملاك على شيء معيّن يعدون جميعاً ملاكاً له، وهذا الملك يقسم إلى حصص متساوية فيما بينهم إذا لم يقم دليل على غير ذلك، مع العلم أنّها غير مفرزة وعليه يمكن القول من كل ما تقدّم أنّ هؤلاء الملاك هم ملاك على الشيوع، وهذه الملكية تقوم على الشروط التالية: تعدد الملاك، ملك معيّن، غير مفرز فيما بينهم وبالتالي نعتبر حصصهم متساوية ما لم يثبت عكس ذلك.

وفي الأخير نشير إلى أنّ المشرّع الجزائري كيفَ الشيوع على أنه ملك وهذا يعني أنّه يتعرّض لنفس قواعد الملكية المعروفة وعناصرها والسلطات التي تمنحها لملاكها من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف.

### ثانياً: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات

الملكية بعناصرها الثلاثة الإستعمال والإستغلال والتصرف قد تكون مفرزة عندما يرد الحق على شيء محدّد عقار أو عدّة أشياء في عقار أو منقول وقد تكون مشتركة عندما يرد حق الشركاء جميعاً على كل المال، فيعتبر كل شريك مالكا لكل المال مع باقي شركائه وقد تكون شائعة عندما تنحصر ملكية كل شريك في حصة شائعة من المال المشترك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المادة 713 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 بتاريخ 1975/09/26، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 1975/09/30 المعدّل والمتمم بمقتضى القانون 10/05 المؤرّخ في 20/06/2005 الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرّخة في 26/06/2005.

<sup>2</sup> أنور طلبية، " الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات"، دون اسم الناشر، دون مكان نشر، 1996، ص 5-6.

## 1- تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة

الملكية المفترزة هي الملكية التي يكون الشيء المملوك فيها مميزا بذاته ومرتكزا في مكان محدد بالذات،<sup>1</sup> وبذلك تعتبر الصورة العادية للملكية والتي تقوم بامتلاك الشخص جزءا معينا من شيء أو شيئا من أشياء متعددة للملكية فيكون الشيء المعين مملوكا لشخص واحد على وجه الإستقلال ويكون محل الحق فيها محددًا ماديا، فيستطيع المالك أن ينتفع بالعين بأجمعها ويتصرف فيها بشتى أنواع التصرفات إلا ما لا يجيزه القانون،<sup>2</sup> وتعتبر الملكية المفترزة ملكية معينة ومحددة بحدود تفصلها وتمييزها عن غيرها من الملكيات الأخرى، أما الملكية الشائعة هي ما كانت متعلقة بجزء نسبي غير معين وغير محدد ويكون كل جزء من المال فيها مشتركا بين الملاك مهما كان صغيرا وكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء فإن كانت الدار مشتركة بين ثلاثة أشخاص فلكل واحد منهم ثلث أي جزء منها خشبا كان أو حديدا أو حجرا غير متميز عن الأخر.<sup>3</sup>

كما تكون الملكية مفترزة إذا امتلك الشخص جزءا معينا من شيء أو شيئا من أشياء متعددة كمواد البناء الموضوعة في مخزن تعود كل منها لفرد معين أو تكون في صورة أرض مملوكة لشخص معين والأشجار المغروسة فيها لشخص معين آخر ففي هاتين الحالتين نكون أمام ملكية مفترزة متعددة وليست شائعة،<sup>4</sup> أما الشيء المملوك في الشيوع فلا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته شائعة فيه بمعنى أن يكون لكل شريك حصته محددة في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك،<sup>5</sup> وتتوافر عناصر الملكية الثلاثة بالنسبة للملكية المفترزة وبالنسبة للملكية الشائعة، وبالتالي يجوز للمالك في أي من النوعين استعمال المال واستغلاله والتصرف فيه بقدر حصته إن كان شائعا وفي كل المال إن كان مفترزا،<sup>6</sup> ويكون الملك في الملكية المفترزة لصاحبه وحده دون غيره ويحق له أن ينتفع به بأي وجه من أوجه الإنتفاع أو يتصرف فيه بإرادته المنفردة تصرفا جائزا من بيع أو إجارة أو هبة أو غيرها من التصرفات التي يراها في صالحه دون التوقف على إرادة الغير،<sup>7</sup> في حين أنّ الشيوع نظام مركب

<sup>1</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الأسدي، " الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع"، الطبعة الأولى، دار الرضوان، عمان، الأردن، 2016، ص 24.

<sup>3</sup> جمال خليل النشار، " إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 27.

<sup>4</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 24.

<sup>5</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 16.

<sup>6</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص 6.

<sup>7</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 28.

يتميز بالتعقيد في مظهره وفي جوهره ومظهر الشيوع هو اشتراك عدة أشخاص في ملكية شيء واحد ومن شأن هذا الاشتراك أن يحقق المساواة بينهم جميعاً في التسلّط على هذا الشيء أمّا من ناحية جوهر الشيوع فإنّ الإشتراك في ملكية الشيء كلّهُ يتحدّد بنسبة رمزية يرمز بها إلى حصّة كل منهم في الشيء فتتشتّى عن ذلك حالة شاذة تنسب إلى الملكية.<sup>1</sup>

## 2- تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

الملكية المشتركة هي ملكية جماعية يكون المالك فيها مجموعة من الشركاء دون أن تتمتع هذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية،<sup>2</sup> فيضمحل حق الشريك العيني في المال المشترك فلا يملك جزءاً مفرزاً أو شائعاً يكون له حق التصرف فيه وإنّما هذا حق للجماعة كلّها،<sup>3</sup> وتعتبر الملكية مشتركة بينهم بينهم فيها يملك كل شريك نصيب قصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد من الشركاء عن تحقيقه منفرداً ومن ثمة يتفق مع شركاء آخرين لتكون الملكية لهم مجتمعين ويتحوّل حقه في الشيء المملوك للجماعة أي مجرد حق شخصي في استغلال الشيء أو في الحصول على نصيب في الأرباح التي يحققها هذا الشيء،<sup>4</sup> ويحدّد نصيب كل شريك في تكاليف الملكية المشتركة وفقاً لقدرة انتفاعه بها، فإن كان سطح الحائط المشترك مائة متر وكان أحد الشريكين ينتفع بكل السطح بينما كان الشريك الآخر ينتفع بنصفه فقط قسمت التكاليف بينهما بهذه النسبة.<sup>5</sup>

وما يميّز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة أنّ الشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين وإنّما يملك كل منهم حصّة فيه وينصب حقه مباشرة على هذه الحصّة على خلاف الملكية المشتركة فإنّ الشيء المملوك يملكه كل الشركاء مجتمعين.<sup>6</sup>

كذلك يكمن الاختلاف في محل الحق بين الملكيتين فالحصّة في المال الشائع تعتبر شائعة في كل المال أمّا في الملكية المشتركة فلا يستطيع الأفراد استئنيان حصصهم كون الملكية تعود للجماعة كلّها.<sup>7</sup>

7

<sup>1</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 24.

<sup>4</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 18.

<sup>5</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص 6.

<sup>6</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 30.

<sup>7</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 26.

وما يميّز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة أنّ الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات بخلاف الملكية المفترزة حيث يملك فيها الشخص الشيء كله دون أن يشاركه فيه أحد، فليست هناك حصص متساوية،<sup>1</sup> وأنّ الشيء المملوك على الشيوع لا يعتبر وحدة متكاملة مملوكة لمتعددين وإنّما هو مكوّن من جزئيات وذرات صغيرة يملك كل شريك حصة شائعة فيها،<sup>2</sup> والمالك في الشيوع محروم فعليا من سلطات المالك الأساسية فينقيد حقه بحقوق نظراته من الشركاء الآخرين وبالتالي تقدر حصص الشركاء بالثلث أو الربع أو الخمس دون تعيين حصة مادية مفترزة من الشيء الشائع،<sup>3</sup> وقد تكون الأنصبة متساوية أو مختلفة ويحددها المصدر المنشئ للشيوع ودائما يكون سببا من أسباب كسب الملكية،<sup>4</sup> فإن كان مصدره ميراثا حدد الشرع حصة كل وارث وإن كان وصية حيث الموصي حصة كل موصى له وإن كان عقدا فالعقد يكون مكتوبا فيه حصة كل شريك وفي بعض الأحيان لا تتعيّن الحصص كأن يشتري عدّة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه، ففي هذه الحالة تكون الحصص متساوية مالم يعلم دليل على غير ذلك،<sup>5</sup> وإذا كانت الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفترزة إلّا أنّهما من طبيعة واحدة فكلاهما ملكية فردية لأنّ المالك على الشيوع وإن كان يملك حصّته في الشيء المملوك ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص، كما أنّ المالك في الملكية المفترزة هو شخص واحد إلا أنّه يملك الشيء كلّهُ،<sup>6</sup> كما يظهر الاختلاف جليا في حق المنفعة فيكون حق المالك في الملكية الشائعة مفيدا بحدود خاصة وفي نطاق حصّته الشائعة، أما في الملكية المشتركة فيسند حق الانتفاع للجماعة كلها لا لفرد منها فهي التي تملك الشيء المشترك وهي التي يحق لها استعمال حقها،<sup>7</sup> بحيث يجوز للمالك التصرف فيها واستغلالها في الحدود التي يبينها القانون،<sup>8</sup> وعموما فإنّ الاختلاف بين أنواع الملكية الثلاثة يتجلى في صاحب الحق، ففي الأولى أي الشائعة تكون لأكثر من شخص واحد أمّا في المفترزة فتتقرر لمالك واحد وفي

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص30.

<sup>2</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص20.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص25.

<sup>4</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص6.

<sup>5</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص29.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص31.

<sup>7</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص ص 26-27.

<sup>8</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص6.

الثالثة أي المشتركة تكون لجماعة من الأفراد لا يملكون أي جزء في المال الشائع وهذا الأخير يكون ملكا لكل الجماعة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### مصادر الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

بما أننا مازلنا بصدد تحديد المقصود من الملكية الشائعة فلا بد من التطرق إلى مصادرها للتمكن من تحديد طبيعتها القانونية، وهذا ما سندرسه في هذا الفرع من خلال النقطتين التاليتين أولهما مصادر الملكية الشائعة، أما النقطة الثانية تحدد فيها الطبيعة القانونية للملكية الشائعة وهذا ما سيتم تفصيله كما يلي:

#### أولاً: مصادر الملكية الشائعة

مادامت الملكية الشائعة ملكية فهي تتمتع بنفس مصادر الملكية والتي أهمها التصرفات القانونية والواقعة المادية، وهذا ما سندرسه وفقاً لما يلي:

#### 1- التصرفات القانونية:

هي التي ترتب إلزاماً يكون مصدره هو إرادة الإنسان، فإذا اقترنت هذه الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقداً، وإذا لم تقترن بإرادة أخرى سمي التزاماً بإرادة منفردة.<sup>2</sup>

#### أ- التصرف القانوني الناتج عن العقد:

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني،<sup>3</sup> وأهم هذه العقود نذكرها كالتالي:

#### - عقد البيع:

ملزم لجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً،<sup>4</sup> وعليه فالبيع عقد يلزم البائع أن ينتقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر مقابل ثمن نقدي،<sup>5</sup>

<sup>1</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، " النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 7.

<sup>3</sup> محمد السعدي صبري، " الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 37.

<sup>4</sup> ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 54.

<sup>5</sup> محمد شتا أبو سعد، " عقد البيع"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2003، ص 7.

## - الهبة:

تدل عادة (بخلاف الكيفيات التالية) على الهبة بين الأحياء: عقد يتنازل فيه شخص هو الواهب حالياً ونهائياً بلا مقابل وبنية التبرع عن مال حاضر يعود له لصالح شخص آخر هو المتبرع له الذي يقبل ذلك،<sup>1</sup> وعرفت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: " الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".<sup>2</sup>

## ب- التصرف القانوني الناتج عن الإرادة المنفردة:

أو التصرف القانوني الإفرادي هو عمل قانوني يتم وينتج أثره بإرادة واحدة ونجد أنّ الإرادة المنفردة لها القدرة على إنشاء آثار قانونية متعددة فقد تكون سببا في إنشاء الحق العيني،<sup>3</sup> ومن بين هذه التصرفات ما يلي:

## - الوصية:

هي التصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بغير عوض عينا كان الموصي به أو منفعة بمعنى أنّ تصرف المالك فيما هو مملوك له وقت حياته إذا تعلق بمحل التصرف بعد موت المالك المتصرف.<sup>4</sup>

## - الوقف:

هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق بريعه لجهة من جهات البر والإحسان كبناء مسجد وتخصيص أراضي للمقابر أو لفائدة الجمعيات الخيرية سواء في الحال أو في المال وهو يصدر بإرادة منفردة من الواقف.<sup>5</sup>

## 2- الواقعة المادية:

ليست الإرادة وحدها القادرة على نقل الملكية العقارية بين الأفراد بل أنّ للواقعة المادية هذه المكانة كذلك دون تدخل إرادة الفرد، فالواقعة المادية يرتب عليها القانون أثر بغض النظر أن تكون

<sup>1</sup> جيرار كورنو، " معجم المصطلحات القانونية"، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 1997، ص 1753.

<sup>2</sup> المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية، عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، " شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 398.

<sup>4</sup> عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، " أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا"، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني، دون سنة نشر، ص 175.

<sup>5</sup> عمقوت عمر، " قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية"، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 324.



الإرادة قد اتّجهت إلى إحداث هذا الأثر وهي تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان،<sup>1</sup> ومن هذه الوقائع المادية ما يلي:

#### أ- الميراث:

- لغة: هو انتقال الشيء من شخص إلى آخر.

- اصطلاحاً: هو انتقال ملكية الميت سواء كانت مالا أو حقا إلى ورثته الأحياء وهذا وفقا للقاعدة الفاعلة بأن الحي يرث الميت ويكون ذلك بعد أداء حقوق الميت وهي ما تسمى بالحقوق المتعلقة بالتركة.<sup>2</sup>

#### ب- الحيازة:

تعتبر الحيازة من الأنظمة القانونية التي تتمتع بأهمية بالغة سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية لما يترتب عنها من نتائج خطيرة الأمر الذي دفع المشرع إلى منحها عناية خاصة،<sup>3</sup> فالحيازة هي واقعة مادية، وهذا ما أكدّه قرار المحكمة العليا تحت رقم 201544 لصادر بتاريخ 2000/11/22 الذي أقرّ ما يلي: " الحيازة واقعة مادية تثبت بكل الطرق القانونية، وكان على قضاة المجلس أمام ادعاءات الطاعن وإنكار المطعون ضدها اللجوء إلى أي إجراء من الإجراءات التي يخولها لهم القانون للتأكد من موضوع الدعوى والتحري أكثر، خاصة وأنهم أكدوا بأن الأرض تحت حيازة المطعون ضدها، حيث أنّ القضاة أقرّوا أنّ الحيازة انتقلت للمستأنف عليها من مدة تزيد عن السنة وأنّ المستأنف لم يثبت مزاعمها فيما يخص الحيازة، فإنّه باكتفائهم بهذا التسببب "القضاة" فإنهم قد قصرّوا في تعليل قرارهم وعرضوه للنقض"<sup>4</sup>، وبما أنّها مصدر من مصادر الملكية وسببا لها فهي بالضرورة مصدر من مصادر الشيوع، ولكن الحيازة التي نقصدها هنا هي الحيازة التي تمنع أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلى على أساس الشيوع أو على أساس أنّ كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشيء أو على أساس أنّ كلاهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذي يحوزه الآخر،<sup>5</sup> وتجدر الإشارة إلى أنّ الحيازة على الشيوع تجبز لكل شخص من الحائزين أن يقوم بأعمال الحيازة يشترط ألا يحول ذلك دون القيام شركائه بما يجوز لهم من هذه الأعمال.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> عمتوت عمر، "موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية"، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 851.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، "مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار المسيرة للطباعة والنشر، 2011، ص 162.

<sup>4</sup> القرار رقم رقم 201544 الصادر بتاريخ 2000/11/22، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، جزء 2، سنة 2004، ص 283.

<sup>5</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعة في دعاوي العملية، دعوى ثبوت الملكية"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 409.

<sup>6</sup> محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية أسباب كسب الملكية، الحيازة والتقديم"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 16.

## ج- الإستيلاء:

أن يضع الإنسان يده على شيء غير مملوك لأحد بنية تملكه ومجال الاستلاء قد ينصب على المنقولات بهدف تملكها أو بهدف استعمالها فقط أو على العقارات ولكن لا يكون في هذه الحالة سوى بهدف استعمالها دون تملكها.<sup>1</sup>

## د- الإلتصاق:

هو اندماج شيئين متميزين مملوكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الإندماج، ويؤدي اندماج أحد الشيئين في الآخر إلى أن يصبح كلاهما شيئاً واحداً ويتعذر الفصل بينهما دون تلف ويترتب على ذلك بالضرورة إسناد ملكية الشيء كاملاً بعد الإندماج إلى أحد المالكين، وعلى هذا فالاندماج ذو واقعة مادية يكون سبباً لكسب الملكية وهو سبب قائم بذاته يفيد كسب المالك الأصلي للشيء.<sup>2</sup>

## هـ- الشفعة:

الشفعة هو سلطة أو مكنة تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك وهذا هو الحل في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه وبالتالي تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبراً على المشتري.

ويمكن القول أيضاً أن الشفعة هي إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته ودفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأييد.<sup>3</sup> وفي حالة شفعة الشيوخ نجد أن مثالها في حالة البيع الشريك المشاع جزءاً من العقار المشاع إلى أجنبي وبالتالي يصبح الشريك في الشيوخ شفيحاً بعد مالك الرقبة وفي هذه الحالة يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع ولكل واحد حصته غير مفرزة فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته إلى أجنبي تثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا المبيع ولا يتحقق ذلك إلا بتوفر الشروط التالية:

- أن يكون العقار شائعاً.
- أن يتصرف أحد الشركاء في حصته عن طريق البيع.
- أن يكون البيع لفائدة أجنبي.

بتحقق هذه الشروط تثبت الشفعة بعد إجماع مالك الرقبة عن المطالبة بها.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> بن طيبة صونية، " الإستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص7.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، " الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 169.

<sup>3</sup> أحمد خالدي، " الشفعة"، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص8، ص19.

## ثانياً: الطبيعة القانونية للملكية لشائعة

الملكية الشائعة بمعناها المتقدم تختلف عن الملكية المشتركة التي يكون المالك فيها جماعة من الجماعات يساهم كل شريك فيها بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يصعب على كل واحد منهم تحقيقه منفرداً،<sup>2</sup> ويرى البعض أنّ حق الشريك في الشيوع يختلف عن حق الملكية المفترزة فهما حقان متميزان رغم اجتماعهما في طائفة واحدة هي الملكية ويؤيد البعض الآخر وجهة النظر هذه ويذهب إلى أنّ الشيوع ينطوي على ملكية من نوع خاص فحق الشريك في الشيوع هو حق ملكية لكن من نوع خاص هي الملكية الشائعة،<sup>3</sup> ومن ثمة تعتبر ملكية واحدة لعدة شركاء مجتمعين لا يملك كل منهم إلا مجرد حق شخصي في استغلال الشيء والحصول على الأرباح الناشئة عنه ولا يعود للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال المشتركة نتيجة تصفية الشيء المملوك ملكية مشتركة لهذه الجماعة وهو ما يختلف اختلافاً جذرياً عن الملكية الشائعة التي يملك كل شريك حصة شائعة في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك،<sup>4</sup> والملكية الشائعة تعد ملكية وسط من المفترزة والمشاركة وهي نوع من الملكية الفردية فهي لا تتطابق في طبيعتها مع الملكية المشتركة وإنما تشترك مع الملكية الفردية لأنها نوع منها، كما أنّ نوعي الملكية الفردية المفترزة والشائعة قد تنشئ دون إرادة أصحابها لاسيما الملكية المشتركة لا تقوم إلا بإرادة أصحابها المؤسسين لها فالإتفاق هو مصدرها،<sup>5</sup> وتختلف الملكية المشتركة في طبيعتها عن الملكية الشائعة ذلك أنّ الأولى يكون المالك فيها جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بفرده لا الشيء المملوك ولا أي حصة فيه وإنما يكون الجميع مالكين مجتمعين للشيء المملوك لهم دون أن تكون لهم شخصية معنوية وبما يترتب عليها نتيجة مؤداها أنّ الملكية الشائعة هي حق ملكية تام يشتمل على جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف بما لا يضر حقوق الآخرين في حصصهم الشائعة.<sup>6</sup>

وفضلاً عما سبق فإنّ في الملكية الشائعة يملك الشريك ملكية تامة حصة شائعة في كل ذرة من ذرات المال المملوك على الشيوع وملكته لهذه الحصة تعطيه حق التصرف والإستيلاء على ثمارها

<sup>1</sup> منى مقلاتي، "القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، دفعة 2014/2015، ص 95.

<sup>2</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 20-21.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 20-21.

<sup>5</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>6</sup> فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 22.

وهي بذلك ملكية فردية تختلف عن الملكية المشتركة التي يكون فيها المال المملوك كله لجميع الشركاء مجتمعين والتي لا تخرج عن كونها ملكية جماعية مشتركة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### صور الملكية الشائعة

إنّ دراسة الملكية الشائعة لا تمر من دون التطرّق إلى صورها لأنّها تمثل الجانب العملي المجسد على أرض الواقع وبما أنّ الملكية المشاعة هي تعدد المالكون في الشيء الواحد بدون أن تحدد حصص كل واحد منهم.<sup>2</sup>

وبالتالي فإنّ هذه الملكية التي يتعدد ملاكها على شيء واحد تتضمن عدة صور كل صورة لها أحكام خاصة تميزها عن غيرها من صور الملكية الشائعة، وبناءا على ذلك سنعمد في دراستنا على تسليط الضوء على الصورة الاولى من صور الملكية الشائعة بدءا من الشيوخ العادي ثم تعرج على الصورة الثانية منها والتمثلة في ملكية الاسرة وتنتهي إلى الصورة الاخيرة وهي الشيوخ الإجباري.

### الفرع الأول

#### الشيوخ العادي

يعد الشيوخ العادي من أهم صور الملكية الشائعة وقد تضمنته مختلف التشريعات ضمن نصوصها فهو واقع مشاع فيما يخص العقار أو بالأحرى الملكية، وسندرسه في عدّة نقاط كما يلي:

#### أوّلا: تعريف الشيوخ العادي

من خلال استقراء نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالملكية الشائعة لا نجد نص صريح يعرف الشيوخ العادي، وإنما تعريف ضمني يستشف من قراءة نصوص الملكية الشائعة، لكن يمكن إعطاء تعريف اصطلاحي يوضح هذه الصورة من الشيوخ، وهو كالتالي: " الشيوخ العادي حالة قانونية يكون فيها الحق العيني مملوكا لعدّة أشخاص دون تحديد نصيب كل منهم ماديا في الشيء لكنه يتعيّن معنويا في الحق نفسه،<sup>3</sup> والشيوخ العادي يعرف أيضا بأنه الشيوخ الذي يملكه شخصان أو أكثر دون أن يكون لكل منهم جزء محدد ومفروز ومعين من الشيء المشاع.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص 22-23.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، " حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 126.

<sup>3</sup> يوسف دلاندة، " الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة"، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 64.

<sup>4</sup> مروان كركبي، سامي بديع منصور، " الأموال والحقوق العينية العقارية الاصلية"، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 239.

## ثانيا: مميزات الشيوخ العادي

يتمتع الشيوخ العادي بجملة من الخصائص نذكرها على النحو التالي:

- 1- ملكية جماعية: تشتمل على جميع عناصر الملكية المتمثلة بالإستعمال والإستغلال والتصرف وبالتالي هي تختلف تماما عن ملكية الشخص المعنوي (الشركة).
- 2- ملكية مشتركة: فالشركة لا تنشأ إلا عن عقد فهي عقد متبادل بينما حالة الإشتراك قد تنشأ عن الإرادة الاختيارية وقد تكون إجبارية.
- 3- ملكية مؤقتة: بمعنى أنّ المبدأ هم عدم البقاء في الشيوخ إذ لا يجبر أحد على ذلك حيث أجاز المشرع البقاء في الشيوخ بالإتفاق بين الشركاء فالمدة القصوى لا يمكن أن تتجاوز خمس سنوات.<sup>1</sup>

## ثالثا: مصادر الشيوخ العادي

تتحقق مصادر الشيوخ العادي عن طريق التصرف القانوني المتمثل في العقد والوصية والهبة، فقد يقوم أكثر من شخص بشراء عقار بصفة مشتركة وفي العقد يتم تحديد حصة كل واحد إما أن تكون بنسب متفاوتة كأن يشتري أرض على الشيوخ بينهما ويتفقا على أن لكل واحد منهما النصف أو أن يشتري اثنين جزء من عقار من مالك الأرض دون القيام بفرز الحصة التي اشترت، ففي هذه الحالة المالك والمشتريين مالكين للأرض على الشيوخ، وكل الحالات المذكورة تسمى بالشيوخ الإرادي أي أنّ إرادة الطرفين أو الوصي أو الواهب هي من تدخلت وقررت حالة الشيوخ.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

## ملكية الأسرة

لدراسة هذا الفرع لابد من التطرق إلى عدّة عناصر أساسية للتمكن من معرفة ملكية الأسرة انطلاقا من تعريفها وتبيان شروط تكوينها، تم تحديد مدتها وأخيرا كيفية انقضائها وذلك على النحو التالي:

## أولا: تعريف ملكية الأسرة

<sup>1</sup> مروان كركبي، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ص 240-243.

<sup>2</sup> يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 66.

إنّ ملكية الأسرة هي ملكية تنشأ بتصرف قانوني من اتفاق يفرغ في سند كتابي بين أفراد الأسرة الواحدة الذين يربطهم أصل مشترك وكذلك وحدة العمل والمصلحة.<sup>1</sup>

### ثانياً: شروط تكوين ملكية الأسرة

بعد أن عرفنا ملكية الأسرة سنعمد إلى تبيان الشروط المكونة لها، انطلاقاً من المادة 738 من القانون المدني الجزائري التي وضعت شروط خاصة لتكوين ملكية الأسرة فنصت على ما يلي: "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة وتتكون هذه الملكية إمّا من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلّها أو بعضها ملكاً للأسرة وإمّا من أي مال آخر لهم".<sup>2</sup>

يتبين من خلال دراسة مضمون هذا النص أنّ المشرّع الجزائري قد حدد العناصر المكونة لملكية الأسرة، هذه العناصر تعدّ شرطاً لنشأة ملكية الأسرة منطلقاً من أعضاء الأسرة الواحدة هؤلاء الذين لم يرد لم تعريف يوضح من يدخل في نطاق هذه الأسرة ومن يخرج عنها، أمّا فيما يخص الشرط الثاني وهو أن نجمع أعضاء هذه الأسرة وحدة العمل أو المصلحة واستبعاد القرابة كرابط وحيد بينهم، والشرط الثالث الذي جاءت به هذه المادة هو أنّه لا يمكن أن نتحدث عن ملكية الأسرة دون التطرق إلى اتفاق أعضاء الأسرة الواحدة على انشاءها بالأصل، فبعد اتفاقهم على ذلك الحال الذي تكون فيه الملكية شائعة لعدّة سنوات، هذا الاتفاق الذي لا يكون دون أن يفرغ في قالب معين فقد اشترط المشرّع وفي هذه الحالة الكتابة دون تحديد الصورة التي يكون عليها رسمياً وعرفياً، وبالتالي ترك المجال مفتوحاً أمام أعضاء الأسرة الواحدة، وفي النهاية لا يمكن المرور دون التعمق في كل شرط على حدى وسيكون هذا كالتالي:

### الشرط الأوّل: أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة

تنشأ ملكية الأسرة بين أعضاء الأسرة الواحدة ولم يحدد القانون المقصود بأعضاء الأسرة هنا ولا نرى قصراً للأمر على ذوي القربى الذين يجمعهم أصل مشترك، بل نرى مع فريق من الفقهاء أنّه يدخل في هذا المجال الزوجان وذلك باعتبار أنّ أساس فكرة ملكية الأسرة تقوم على الرابطة القوية

<sup>1</sup> أكرم محمود حسين، السيد بسام مجيد سليمان، "إدارة ملكية الأسرة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 36، 2008، ص 5.

<sup>2</sup> المادة 738 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

ولاشك أنها تكون كذلك بين الزوجين خاصة إذا كان الجامع بين الأعضاء في هذه الملكية هو وحدة العمل والمصلحة.<sup>1</sup>

### الشرط الثاني: أن تجمع الشركاء وحدة العمل والمصلحة

يشترط لقيام ملكية الأسرة أن تجمع أعضائها وحدة العمل والمصلحة، فقد تتكون هذه الملكية من التركة التي ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة كالأراضي الزراعية أو مصنع أو متجر، كما قد تكون هذه الملكية من أي مال آخر مملوك لأعضاء الأسرة الواحدة واتفقوا على إدخاله في هذه الملكية.<sup>2</sup>

### الشرط الثالث: أن يكون اتفاق الأسرة الواحدة كتابة

لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل والمصلحة أن يتفقا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة، فالكتابة هي ركن في عقد تكوين ملكية الأسرة تخلفها، يعني بطلان العقد وإذا ما ورد عقد ملكية الأسرة على مال يتوجب التسجيل، وجب تسجيله في دائرة التسجيل كالعقارات التي تقع في منطقة تمت فيها التسوية.<sup>3</sup>

### ثالثا: مدة ملكية الأسرة

نصت المادة 739 من القانون المدني الجزائري على مدة ملكية الأسرة بنصها التالي: "يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة غير أنه يجوز لكل شريك ان 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"،<sup>4</sup> ويستشف من مضمون هذه المادة أنّ المشرع الجزائري قد ضبط مسألة إنشاء ملكية الأسرة وقيدها بحد أقصى لا يتجاوز خمسة عشرة سنة، تخول لك شريك أحقية الحصول على إذن لإخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه في حالة وجود مبرر قوي لذلك، لكن ما نلاحظه أنه لم يتم تحديد المقصود بهذا المبرر وحالات توافره، وأوردت الفقرة الثانية من المادة الاستثناء المتعلقة بعدم تحديد أجل للملكية

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص 245.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، "الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2011، ص 82.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 245.

<sup>4</sup> المادة 739 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

ورغبة الشريك في إخراج نصيبه منها بتحديدته بستة أشهر تحسب من يوم الإعلان عن رغبته في ذلك إلى باقي الشركاء.

نجد أيضا أنّ المشرّع المصري قد حدد هو أيضا مدّة خمسة عشرة سنة كمدة قصوى لملكية الأسرة وذلك في المادة 1/252 من القانون المدني المصري، فإذا تجاوزها المشتاعون انقضت بصورة تلقائية، هذا الإحتمال في حالة استمرار الإتفاق الناشئ بين أفراد الأسرة الواحدة، لكن قد يحدث احتمال وأنّ الشريك يريد إخراج نصيبه قبل انقضاء مدة خمسة عشرة سنة، وهنا يكون له ذلك لكن بعد طلب إذن من المحكمة.

للشريك ان يتبع إجراءات مستعجلة في القسمة، خاصة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها، كما يمكنه كلب تعيين حارس قضائي ووضع الأختام وكجزء تحفظي لتفادي تهريبها أو العبث بها.<sup>1</sup>

وفي حالة القسمة تراعى حقوق الغائبين والمحجورين وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو النيابة العامة أن تتقدّم إلى المحكمة بطلب تصفية الشركة وتعيين مقدم ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام وإيداع النقود وأن يفصل في الطلب.<sup>2</sup>

#### رابعاً: انقضاء ملكية الأسرة

تنقضي ملكية الأسرة وفقاً لما يلي:

- 1- انقضاء المدة المتفق عليها دون إبداء الرغبة في تجديدها.
- 2- اتفاق الشركاء على إنهاء ملكية الأسرة بالإتفاق.
- 3- إذا كان المال الذي تتكون منه ملكية الأسرة مملوكاً بين شريكين وطلب أحدهما الخروج من الملكية لوجود مبرر قوي يسوغ هذا الخروج في حالة الشريكين إخراج نصيبه منها فتتقضي بعد ستة أشهر من يوم إعلان الشركاء برغبته في إخراج نصيبه.
- 4- هلاك المال الذي تتكون منه ملكية الأسرة أو نزع ملكيته للمصلحة العامة.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث

#### الشيوع الإجباري

<sup>1</sup> بلحاج العربي، " أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، طبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص30.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، " أحكام الشركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا"، دار الثقافة، وهران، الجزائر، 2009، ص33.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، " الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، المرجع السابق، ص85.



سنعالج في هذا الفرع مسألة تحديد المقصود بالشيوع الإجباري ثم تحديد حالاته وذلك من خلال نقطتين على النحو التالي:

### أولاً: تعريف الشيوع الإجباري

الشيوع الإجباري هو الحالة التي يكون فيها الشيء مملوكاً أو منتقلاً به على الدوام، أي يبقى المال مشاعاً بين الشركاء ولا يجوز طلب القسمة فيه، ويرجع ذلك إلى طبيعته التي تأبى الانقسام.<sup>1</sup>

### ثانياً: حالات الشيوع الإجباري

بعد تحديد المقصود من الشيوع الإجباري نتوجه إلى النقطة الثانية التي يتحدد فيها حالتي الشيوع الإجباري انطلاقاً من الشيوع الإجباري الأصلي لننتهي بالشيوع الإجباري التبعية كما يلي:

- 1- الشيوع الإجباري الأصلي: وهو الشيوع الذي يكون محله غير تابع لعقار وإنما مستقلاً ومخصصاً بطبيعته لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد كمباني المدافن العائلية.
- 2- الشيوع الإجباري التبعية: هو الشيوع الذي يكون محله أشياء مملوكة على الشيوع لعدة ملاك مختلفين ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة كالحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات أو الشقق وغيرها.<sup>2</sup>

مما تقدّم يمكن القول أنّ الشيوع الإجباري أو ما يعرف بالملكية المشتركة والتي نصت عليها المواد من 743 إلى 772 من القانون المدني الجزائري والملكية المشتركة هي نوع من أنواع الملكية الشائعة غير أنّ هذا النوع وإن كانت الملكية فيه مقسمة إلى حصص وكل مالك له حرية التصرف في حصته لكن أهم ما يميز هذا الشيوع الإجباري أنّه ليس مؤقتاً بل يبقى على هذا الحال أي أبدي.

### أ- ملكية الطبقات:

هذه الملكية مقسمة بدورها إلى ملكيتين أولهما تتمثل في ملكية العلو والسفل والملكية لثانية تتمثل في ملكية الطبقات والشقة.

### - ملكية العلو والسفل:

تقوم هذه الملكية على أساس أنّ البناء يتكون من طابقين الأول يسمى السفل والثاني يسمى العلو، وبذلك تشتمل ملكية العلو والسفل على نوعين من الملكية النوع الأول ملكية مفرزة وهي ملكية العلو والسفل أرضاً وسقفاً وجدراناً وأبواباً، أمّا النوع الثاني ملكية شائعة تتمثل في الأجزاء المشتركة التي

<sup>1</sup> G Boudry Lacontinerie, M Chauveau, "Traité théorique et pratique de droit civil français des biens", 3<sup>ème</sup> édition, La société du recueil Jb, Paris, France, 1905, p198.

<sup>2</sup> دفاًس فوزي، "تنظيم الملك المشاع في القانون المدني"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011/2012، ص 20.

يمكن أن ينتفع بها كل من صاحب العلو وصاحب السفل كباب المدخل الرئيسي مثلا،<sup>1</sup> والعلاقة بين السفل والعلو فضلا عن كونها علاقة جوار دائمة ومستمرة فإنها علاقة إتصالية وإرتباطية يتصل فيها البناء الأسفل بالأعلى والعكس، لذلك منعت الشريعة كلا من صاحبي العلو والسفل القيام في طبقة كل واحد ما يضر طبقة الآخر.<sup>2</sup>

#### - ملكية الطبقات والشقق:

هي الأرض المقام عليها منزل مقسما إلى طبقات أو شقق كانت هناك بعض الأجزاء منه معدة لانفعاك الشركاء جميعا كالأرض التي يقوم عليها البناء والأساس والجدران المشتركة والزقاق الضيق والبئر المشتركة، وهذه الأجزاء العقارية معدة لخدمة المنفعة العقارية بالنسبة إليهم جميعا ولا يصبح لأحد منهم أن يطلب إنهاء الشركة فيها وإلا كان ذلك تفويض لوضعية قانونية تختل باختلالها حالة الشركة.<sup>3</sup>

ودراسة ملكية الطبقات والشقق تقتضي التعرّض للأجزاء المشتركة والتي ورد تعريفها في نص المادة 745 من القانون المدني الجزائري، والتي يستنبط منها التعريف التالي: "الأجزاء المشتركة هي أجزاء العقار المخصصة لغرض الإستخدام المشترك لجميع الشركاء أو لأكبر عدد منهم، وبناء عليه يكون حق الملكية فيها موزعا توزيعا ماديا جماعيا يضر بالملكية الفردية، وهي غالبا ما تكون عناصر غير مادية وغير معينة في العقار المبني ويقتضي استعمال الجزء المشترك عدم التغيير من طبيعته،<sup>4</sup> وهذه الأجزاء المشتركة وردت في قرار المحكمة العليا رقم 50937 الصادر في 1990/05/09، والذي أقرّما يلي: "من المقرر قانونا أنّ الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعدّ أجزاء مشتركة في العقارات المبنية والتي يملكها على الشيوع كافة المشتركين، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، "الحقوق العينية الأصيلة والتبعية"، المرجع السابق، ص86.

<sup>2</sup> أحمد فرج حسين، "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص ص 109-110.

<sup>3</sup> الزهرة بركة، "النظام القانوني للملكية العقارية المشتركة في التشريع الجزائري" مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014، ص11.

<sup>4</sup> مريم تومي، "النظام القانوني للملكية المشتركة"، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2014، ص ص 62-63.

<sup>5</sup> قرار رقم 50937 الصادر بتاريخ 1990/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991، ص 32.

نجد أنّ هذا القرار ذكر عدّة أجزاء مشتركة على سبيل المثال وليس الحصر، وقد تم تقسيمها إلى ثلاثة أصناف حسب وصف استعمالها في المواد 05، 06، 07، 08 من المرسوم رقم 666/83 وهي كالتالي:

**الصنف الأول:** المادة 06 من المرسوم 666/83: " الأجزاء المشتركة من الصنف الأول هي الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك".<sup>1</sup>

**الصنف الثاني:** هي الأجزاء المشتركة المخصصة لاستعمال الذين يشغلون بناية واحدة بعينها.<sup>2</sup>

**الصنف الثالث:** وقد حصرها المشرع الجزائري في المادة الثامنة من المرسوم رقم 666/83 في المصاعد وآلاتها وأقفاص المصاعد الموجودة في العمارات والمصاعد هي الأجزاء المشتركة التي تدخل في عدد العناصر التي يطلق عليها عناصر التجهيز المشتركة للبناء.<sup>3</sup>

#### ب- الحائط المشترك:

متى كان الحائط مملوكا للجارين معا كان مشتركا، هذه صورة من صور الملكية الشائعة وعليه يجب أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين فلا يكفي أن يكون فاصلا بين أرضين أو بين أرض وبناء وكذا يجب أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائهما فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط فأصبح هذا الحائط جزءا من البناء الأول فإن القرينة القانونية لا تقوم، ويعتبر في وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خاصة لصاحب هذا البناء.<sup>4</sup>

الحائط المشترك هو جزء مادي من البناء ويعد مملوكا لصاحبه لكن لا يمكن التصرف فيه كيفما يشاء، وهذا خوفا من الإضرار به وهذا يعني الإضرار بالشريك الآخر لهذا الحائط، لذلك لا بد من التحفظ من استعماله أو التصرف فيه وهذا ما أكدّه القرار رقم 338735 الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/15 والذي جاء بما يلي: " لا يجوز لمالك الحائط المشترك إحداث فتحات فيه أو الإنتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي شيء يمس بمكانته".

فالمدعين (ورثة) طعنوا بالنقض في قرار مجلس قضاء حيث قامت النيابة العامة بتقديم طلباتها الرامية إلى رفض هذا الطعن ذلك أنّ الطاعنين يستندون في طلبهم إلى أسباب قاصرة وهذا ما أقرته

<sup>1</sup> المادة 6 من المرسوم رقم 666/83 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، الجريدة الرسمية رقم 83/47.

<sup>2</sup> يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> مريم تومي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص 160-161.

المحكمة العليا وهو قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه في الموضوع، "وهو المصادقة على الخبرة المنجزة من طرف الخبير والذي يترتب عليه إلزام ورثة (م) بإزالة الإطار الزجاجي محل النزاع". وقررت المحكمة العليا أيضا أنّ المصاريف القضائية تبقى على عاتق الطاعن.<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### إدارة الملكية الشائعة

تهدف إدارة الملكية الشائعة إلى الانتفاع بالمال الشائع في أقصى صورة وبطريقة لا تضر بأحد من الشركاء،<sup>2</sup> فهم ملاك لهذا المال ولهم اقتسام ثماره فيما بينهم ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله،<sup>3</sup> وقد تكون إدارة المال الشائع من أعمال الإدارة المعتادة أو من أعمال الإدارة غير المعتادة وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال المطلبين الآتيين:

### المطلب الأول

#### أعمال الإدارة المعتادة

أعمال الإدارة المعتادة هي تلك الأعمال التي تهدف إلى الانتفاع بالشيء دون أي تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له ذلك الشيء،<sup>4</sup> مثال ذلك زراعة الأرض محل حق الملكية الشائعة وشراء ما يلزمها من سماد وبذور وحفظ المحصولات بعد جمعها ثم بيعها بالسعر الجاري في السوق فهذه كلّها تعتبر قبيل أعمال الإدارة المعتادة،<sup>5</sup>

### الفرع الأول

#### حفظ المال الشائع

أعمال الحفظ التي يصح أن يقوم بها كل شريك في الشبوع منفردا دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، قد تكون أعمالا مادية مثل صيانة المال الشائع وترميمه إذا احتاج إلى ترميمه وتحويطه

<sup>1</sup> القرار رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 429.

<sup>2</sup> بوبكر لبيض، "التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريًا، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العموم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014، ص 57.

<sup>3</sup> أحمد محمود خليل، "إدارة المال الشائع والتصرف فيه"، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 80.

<sup>4</sup> بوبكر لبيض، المرجع السابق، ص 56.

<sup>5</sup> إبراهيم أبو النجا، "الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي"، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 88.

بسور أو بسياج إذا كان حفظه يقتضي ذلك وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند في حاجة إلى التسجيل وجني الثمار قبل أن تتلف.<sup>1</sup>

وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوي مثل قطع التقادم المكسب ورفع دعاوي الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مغتصب أو في يد أي حائز آخر ودعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود للمال الشائع.<sup>2</sup>

فالمشرع الجزائري اعتبر أنّ أعمال الحفظ حق مكفول لكل شريك في الشيوع يقوم بها متى دعت الحاجة إلى ذلك حتى لو كان ذلك من دون موافقة باقي الشركاء ونص صراحة عليها من خلال المادة 718 من القانون المدني.

فأعمال الحفظ يجوز أن يتولاها كل شريك مشتاع منفردا دون حاجة إلى موافقة باقي شركائه كالوفاء بالضرائب،<sup>3</sup> وله أن يزرع الأرض الزراعية وأن ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد والبذر والحصد وأن يستأجر المواشي والآلات اللازمة وكل هذه أعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة وتكون نافذة في حق سائر الشركاء.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني

### نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف

يتحمل جميع الشركاء نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال كل بقدر حصته ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.<sup>5</sup>

وفي هذا الإطار نجد أن المادة 719 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع والمقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"،<sup>6</sup> لذلك

<sup>1</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص16.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، دار إحياء تراث العربي، لبنان، 2004، ص ص 805-806.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص81.

<sup>4</sup> فايز السيد اللساوي، أشرف فايز اللساوي، مرجع سابق، ص112.

<sup>5</sup> رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص81.

<sup>6</sup> المادة 719 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

يتبين أنّ المشرع الجزائري قد قضى أنّ جميع النفقات التي يتم صرفها من طرف الشريك المنفرد يتحملها جميع الشركاء بقدر حصة كل واحد منهم وذلك على أساس الأنصبة،<sup>1</sup> وليس هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فكل الشركاء في الشيوخ ملاك للمال الشائع فتتقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا ونفقات حفظ المال الشائع هي النفقات التي صرفت في صيانتها وترميمه أو تسجيل سنده أو تحويطه بسور أو قطع التقادم أو مصروفات الدعاوي التي رفعت لحفظ المال الشائع،<sup>2</sup> ويلتزم الشركاء جميعا بالتكاليف المستحقة والأعباء المالية الناشئة عن حالة الشيوخ ويكون توزيع هذه النفقات والتكاليف والأعباء على الشركاء حسب اتفاقهم فإذا لم يوجد اتفاق ولم يوجد نص قانوني يبين كيفية توزيعها على الشركاء يتم توزيعها عليهم بقدر نصيب كل منهم في المال الشائع،<sup>3</sup> وللشريك المشتاع أن يرجع على بقية شركائه بما انفق حتى ولو كانوا قد عارضوا قيامه بأعمال الحفظ فهناك من يؤسس هذا الرجوع على تواجد الفضالة والإثراء بلا سبب أو يؤسسها على فكرة النيابة القانونية عن بقية الشركاء،<sup>4</sup> والشريك في الشيوخ في حالة قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم يعتبر أصيلا عن نفسه ثم هو وكيل عن سائر الشركاء إذا لم يعترض أحد منهم على عمله فيرجع عليهم بدعوى الوكالة فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم الشركاء أعتبر فضوليا بالنسبة إليهم فيرجع الشريك بدعوى الفضالة، أمّا إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم عن اعتراضهم يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب.<sup>5</sup>

ويدخل ضمن الوسائل الرامية لحفظ الشيء أعمال الترميم والصيانة بهدف الحفاظ على الملكية الشائعة حتى وإن كانت حصته غير مفرزة فهو مخول قانونيا للدفاع عن حقه.<sup>6</sup>

لذلك تعتبر المحافظة على المال الشائع حقا لكل شريك حيث يكون لكل شريك ولو بغير موافقة باقي الشركاء أن يقوم بكل الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع سواء كانت أعمالا مادية أو أعمالا قانونية.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> بو بكر لبيض، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 808.

<sup>3</sup> ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 93.

<sup>4</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 81.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 806.

<sup>6</sup> عبد الرحمن بربارة، "الحماية الجزائية للملكية العقارية الخاصة"، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 29.

<sup>7</sup> ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 92.

ويكون الرجوع بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب،<sup>1</sup> ويجوز لأي من الشركاء التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية العين ويترتب على ذلك أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء كل بقدر نصيبه في المال الشائع وهنا يتحمل الشركاء النفقات كل بقدر حصته الجديدة أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### سلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع

إن إدارة المال الشائع هي في الأصل من حق الشركاء في الشيوخ مجتمعين لا ينفرد بها أحد منهم ذلك لأن لكل شريك حق في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين فإذا استقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان في هذا اعتداء على حقوق باقي الشركاء فلا بد إذن من إجماعهم ليقرروا على أي وجه تكون إدارة المال الشائع.<sup>3</sup>

#### أولاً: تولي أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع

إن ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة،<sup>4</sup> وقد بين المشرع الجزائري هذا التنظيم فاعتبره أصلاً في إدارة المال الشائع وذلك في المادة 715 من القانون المدني الجزائري، غير أن الوصول إلى هذا الإتفاق بإجماع الشركاء ليس أمراً ميسوراً في الغالب من الأحيان،<sup>5</sup> والمقصود بالأغلبية هنا هي تملك أكثر من نصف الأنصبة وبغض النظر عن عددهم حيث يمكن أن يكونوا من حيث الأشخاص أقلية بل أن تتولى بنفسها أعمال الإدارة المعتادة،<sup>6</sup> وفي هذا الصدد تنص المادة 716 على أنه: "يكون ملزماً للجميع للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم توجد الأغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال لشائع"،<sup>7</sup> ويفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد

<sup>1</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 809.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 810.

<sup>4</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> بوبكر لبيض، المرجع السابق، ص 55.

<sup>6</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 81.

<sup>7</sup> المادة 716 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

حدد النصب المعقول الذي يمكن تحقيقه للقيام بالأعمال المتعلقة بالإدارة المعتادة فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

ونخلص مما سبق أنّ للأغلبية أن تختار مديرا كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما كان أم خاصا.<sup>1</sup>

فإذا كان هناك أغلبية من الشركاء على أساس قيمة الأنصبة متفقة على الوجه الذي يدار به المال الشائع فهذه الأغلبية هي التي تدير المال حتى ولو كانت شخص واحد من الشركاء وكان يملك أكثر من نصف المال الشائع وليس لباقي الشركاء مهما كان عددهم أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا تعسفت الأغلبية في استعمال حقها في الإدارة،<sup>2</sup> وكما كان من حق الأغلبية ووضع نظام للإدارة فهذه الأغلبية أيضا تعديل النظام أو إلغائه أو وضع بديل عنه،<sup>3</sup> ولها أيضا أن تقيم وكيلًا عنها من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم في حالة ما إذا تدر المال الشائع بنفسها، فيكون هذا الوكيل نائبًا عن الأغلبية في حدود الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة التي يقوم بها تكون نافذة في حق الجميع.<sup>4</sup>

#### ثانيا: تولي أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين

يحدث غالبا أن يتولى أحد الشركاء وحده إدارة المال الشائع ويسكت بقية شركائه فلا يعترضون فعندئذ يعدّ هذا الشريك في قيامه بأعمال الإدارة أصيلا عن نفسه ووكيلا عن بقية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة،<sup>5</sup> وفي هذا الغرض وهو غير نادر الحصول يعتبر أنّ هناك وكالة ضمنية صدرت من باقي الشركاء إلى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع وتكون أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه نافذة في حق الشركاء،<sup>6</sup> فإذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإذا انفقت الأغلبية على أساس الأنصبة على اختيار مدير من بين الشركاء أو غيرهم كان هو

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 827.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 88.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 828.

<sup>5</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 87.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 825-826.



صاحب الشأن في الإدارة أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا وذلك في حدود قواعد الفضالة،<sup>1</sup> وعلى ذلك إذا اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر فإذا كانت حصص من لم يعترضوا بالإضافة إلى حصة الشريك المدير تمثل أغلبية الأنصبة كأن عمله نافذا في مواجهة الجميع باعتبار أنّ العمل صادر من الأغلبية،<sup>2</sup> وإذا اعترض عليه شركاء يملكون أقل من نصف المال الشائع فإذا ما قام به يسري في حق الشركاء المعترضين لأنّ الشريك المدير يعتبر في هذه الحالة ممثلا للأغلبية التي لم تعترض عليه أما إذا كان المعترضون يملكون أكثر من نصف المال الشائع ففي هذه الحالة لا يجوز لهذا الشريك أن يستمر في الإدارة وعليه أن يتتحي.<sup>3</sup>

### ثالثا: عدم توفر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع

فإذا لم تتوفر أغلبية من الشركاء بحسب قيمة الأنصبة لإدارة المال الشائع بل يتعارض ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون ان تخلص منهم اغلبية لم يبق إلا الإلتجاء الى القضاء،<sup>4</sup> ومنه الى المحكمة المختصة لتتخذ من التدبير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع سواء من بين الشركاء أو من غيرهم،<sup>5</sup> ويقوم بأعمال الإدارة المعتادة ويقدم الحساب للشركاء إلى حين أن يعود الشركاء أو أغليبتهم إلى اتفاق فيتتحي بعد ذلك المدير الذي اختارته المحكمة أو إلى أن يتم إجراءات القسمة للمال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة.<sup>6</sup>

### المطلب الثاني

#### أعمال الإدارة غير المعتادة

نصت المادة 717 من القانون المدني الجزائري على أن: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسينه الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج من حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا

<sup>1</sup> رمضان ابو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، صص 87-88.

<sup>2</sup> إبراهيم ابو النجا، المرجع السابق، صص 90.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، صص 90.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، صص 828.

<sup>5</sup> رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، صص 88.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، صص 829.

كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات".<sup>1</sup>

## الفرع الأول

### مفهوم أعمال الإدارة غير المعتادة

يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة الأعمال التي من شأنها أن تحدث تغييرا أساسيا أو تعديلا في الغرض الذي أعد له المال الشائع لتحسين الإنتفاع به كتحويل أرض زراعية إلى أرض بناء أو تحويل مطعم إلى مقهى أو هدم منزل وإعادة بناءه لجعله أصلح الإستغلال أو أرض تقام عليها مصانع أو مزارع للزهور مثلا،<sup>2</sup> يخلص من هذا التعريف أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة وهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة،<sup>3</sup> و أعمال الإدارة غير المعتادة تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، ولم يكتفي المشرع في شأنها بالأغلبية العادية للشركاء بل تطلب أغلبية خاصة للقيام بهذه الإدارة وهي ثلاث أرباع الشركاء أو الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع حتى ولو كان شريكا واحدا.<sup>4</sup>

وهذه الأعمال أحكامها تخرج عن كونها أعمال الإدارة المعتادة وإنما هي أعمال غير عادية للإدارة وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص ان تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات.<sup>5</sup>

## الفرع الثاني

### الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة

أعمال الإدارة غير المعتادة هي الأعمال التي تخرج عن الحدود المألوفة للإدارة المألوفة للإدارة المعتادة، وهذه الأعمال في حاجة إلى موافقة الأغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية المقررة

<sup>1</sup> المادة 717 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص90.

<sup>3</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص23.

<sup>4</sup> بوبكر لبيض، المرجع السابق، ص57.

<sup>5</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص89.

في الإدارة المعتادة،<sup>1</sup> ويشترط للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة أن يقرر ذلك أغلبية الشركاء الذين يمتلكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، ولكن يجب على هذه الأغلبية أن تعلن قراراتها لباقي الشركاء الذين يمثلون الأقلية، والهدف من هذا الإعلان هو ضمان حق الأقلية التي يضرها القيام بأعمال تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.<sup>2</sup>

ولا شك أنّ هذه الأعمال هي خطيرة جدا لأنها أكثر مساسا بحقوق الأقلية، ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم الأغلبية التي حولها هذه السلطة أن تعلن قرارها لباقي الشركاء حتى يسري في حق الأقلية على أن هذه الأقلية لها حق اللجوء إلى المحكمة خلال شهرين من يوم إعلانها من قبل الأغلبية بقرارها في الإدارة للتظلم في هذا القرار وللمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية أو تقره،<sup>3</sup> وفي حالة عدم موافقة المحكمة على القرار يمنع على الأغلبية القيام بالأعمال، وترى الموافقة وهنا تقر المحكمة ما تراه مناسباً من التدابير اللازمة للقيام بالعمل كوضع شروط أو تقرير ضمانات تكفل القيام بالعمل بشكل مرضي،<sup>4</sup> وقد يبقى العمل غير مأمون العاقبة فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة وتأمّر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية.<sup>5</sup>

### الفرع الثالث

#### إقامة أحد الشركاء ببناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة

إذا قام أحد الشركاء ببناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها فإنّ هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة،<sup>6</sup> ويترتب على ذلك أنّ هذا العمل يقتضي موافقة الشركاء أصحاب الثلاثة أرباع من الأرض الشائعة.<sup>7</sup>

قد توافق الأغلبية على هذا العمل صراحة دون القيام به أو بإقراره بعد إتمامه وقد لا توافق الأغلبية عليه وقد لا تقره، عندئذ لا ينفذ هذا العمل في مواجهة باقي الشركاء الذين يملكون الأغلبية

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 832.

<sup>2</sup> ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 91.

<sup>3</sup> بوبكر لبيض، المرجع السابق، ص 57.

<sup>4</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 90.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 833.

<sup>6</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 23.

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 834.

المقررة في هذا الشأن وبجبر الشريك على إزالة البناء عند قيام هذا التعارض مع دفع لتعويضات لباقي الشركاء إن كان له محل.<sup>1</sup>

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانوناً على البناء قبل اتمامه أو أقرته بعد إقامته فإنّ جميع الشركاء يساهمون في التكاليف بنسبة حصة كل واحد منهم في الأرض الشائعة ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً.<sup>2</sup>

### المبحث الثالث

#### التصرف في الملكية الشائعة

تعد الملكية الشائعة ملكية جماعية يجتمع فيها الملاك المشتاعين في المال الشائع، وهذا يعني أنّ هذه الملكية تخول لملكها (الشركاء المشتاعين بقوة القانون) حقوقاً عديدة أهمها حقه في التصرف في المال الشائع الذي يخول لكل مالك حق على ما يملكه وبالتالي يعد هذا التصرف صحيحاً وناظراً في حق الجميع، كما أنّ هذا التصرف تتوجه فيه إرادة الشركاء مجتمعين أو أغلبيتهم إلى ما يخدم المال الشائع بالدرجة الأولى متخذين من الإيجار والرهن وحتى التصرفات الناقلة للملكية كالبيع وسيلة لذلك وهذه هي الصورة الغالبة على العموم لكن قد نجد أنّ الشريك يتصرف في المال الشائع بصفة إنفرادية في حدود حصته المشاعة، فهو يمتلكها ملكاً تاماً وهذا يعد أمراً بديهاً لكن قد يتصرف هذا الشريك في كل المال الشائع متجاوزاً بذلك حدود حصته، وهذه الحالات والصور ستكون محل دراستنا ضمن هذا المبحث.

### المطلب الأول

#### تصرف الشركاء في الملكية الشائعة

التصرف هو السلطة القانونية التي تمنح لجميع الشركاء على مالهم الشائع ويكون تصرفهم هذا صحيحاً وناظراً، ولا يمنع ذلك من وجود تصرف تكون فيه أقلية الملاك في الشيوخ خاضعة لإدارة الأغلبية وجعل زمام الأمر في يد هذه الأغلبية، ويعد ذلك خروجاً عن مبدأ سلطات الإدارة ولكن هذا الخروج ما هو إلا لحماية المال الشائع،<sup>3</sup> وعليه فإنّ هذا المطلب سيتضمن دراسة التصرف الصادر

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام"، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 91.

عن جميع الشركاء وكذا التصرف الصادر عن أغلبية الشركاء وفي الأخير ندرس الرهن كأهم تصرف صادر عن الشركاء.

## الفرع الأول

### التصرف الصادر عن جميع الشركاء

يكون التصرف صادرا عن جميع الشركاء في المال الشائع بمعنى متفقين بإرادتهم المحضة على التصرف في هذا المال ويكون هذا التصرف في صورتين، إما التصرف في المال الشائع كله وإما التصرف في جزء منه.

#### أولاً: تصرف جميع الشركاء في كل المال الشائع

يكون التصرف صحيحا وناظرا في حق الجميع، فإذا كان التصرف ناقلا للملكية في المال كله كالبيع مثلا، ترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء وتنتهي بذلك حالة الشيوع بينهم، إذ أننا بصدد التصرف الصادر من ملاك المال، إذ يتقرر لهم على هذا المال سلطة التصرف التي تثبت لكل مالك على ما يملكه.<sup>1</sup>

#### ثانياً: تصرف جميع الشركاء في جزء من المال الشائع

إذا كان التصرف في جزء من المال الشائع مفرزا خرج الجزء الذي تم فيه التصرف من الشيوع واقتصر الشيوع بين الشركاء على الجزء الباقي، وإذا تصرفوا جميعا في الحصة الشائعة في المال الشائع فإن ذلك يؤدي إلى زيادة عدد الشركاء على الشيوع ويترتب على ذلك تعديل حصص الشركاء،<sup>2</sup> ولكن إذا ما ترتب على الشركاء حق عيني أصلي أو تباعي كرهن مثلا على المال الشائع عندئذ يعد التصرف الصادر من كافة الشركاء أثناء الشيوع نافذا بعد وقوع القسمة،<sup>3</sup> وعليه فإن التصرف الصادر عن جميع الشركاء في كل المال الشائع أو في جزء منه يكون صحيحا ويظل نافذا في مواجهة كل الشركاء وخلفائهم أي كانت نتيجة القسمة وعليه لا تطبق قاعدة الأثر الرجعي للقسمة، وهذا لحماية الشريك من الأعباء التي يترتبها شريك آخر.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 116.

<sup>3</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، "القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب"، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 52.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 117.

## التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إنّ هذا التصرف الصادر من أغلبية الشركاء نصت عليه المادة 720 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على ما يلي: " الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه، إذ استندوا في ذلك على 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"<sup>1</sup>، يستشف من مضمون هذه المادة أنّ المشرع الجزائري ضبط مسألة التصرف الصادر من أغلبية الشركاء في المال الشائع حيث قيد صدور هذا التصرف بقرار أغلبية تمتك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، كما يستنبط من هذه المادة أيضا أنّ تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع لا يكون إلا بقرار يتخذ بناء على أسباب قوية تدفعهم إلى ذلك لكن هذا لن يكون إلا بإعلان الأغلبية قرار التصرف في المال الشائع إلى باقي الشركاء (الأقلية) هذه الأخيرة لها حق التظلم من القرار خلال شهرين من وقت الإعلان، وجاء في هذا الصدد قرار يؤكد هذه المسألة حيث ورد فيه مسألة تحديد الحد الأدنى المكون لأغلبية الشركاء، كما أحاط هذا القرار بمسألة الأسباب القوية التي هي الدافع الوحيد والأساسي للقرار الذي يتخذه أغلبية الشركاء، كما أكد أيضا على وجوب إعلان باقي الشركاء في هذه الحالة وهو القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28، وجاءت حيثياته كما يلي:

" شرط الإعلان لباقي الشركاء 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 لباقي الشركاء ولما ثبت من مسندات القضية الحالية أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء لما يقتضيه القانون لذا فإنّ القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"<sup>2</sup>، وفي الأخير يمكن أن يستنتج من نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري وكذا القرار 92343 ضرورة توافر أسباب قوية تستدعي التصرف في المال لشائع، ونظرا لتعذر إجماع الشركاء على التصرف فقد تدخل المشرع لمعالجة هذا الاستثناء فأجاز لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن

<sup>1</sup> المادة 720 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر .

<sup>2</sup> القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص34.

يقرروا التصرف فيه مع إعطاء الأقلية حق اللجوء إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانهم بقرار الأغلبية، وهذا القرار لا يكون نافذاً على الفور حتى يتم إعلان الأقلية به ويكون ذلك بأي طريقة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### الرهن كأهم تصرف صادر من الشركاء

ويكون هذا الرهن في إطار الحالتين اللتين تم التطرق إليهما سابقاً وهما أن يكون التصرف صادراً من جميع الشركاء وكذا أن يكون صادراً من أغليبيتهم.

#### أولاً: الرهن الصادر من جميع الشركاء

تنص المادة 890 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: " يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته"،<sup>2</sup> يتضح من هذا النص أنّ الرهن الصادر من جميع الشركاء يكون صحيحاً وناظاً في حصصهم جميعاً لأنّ هذا صادر عن إرادتهم جميعاً، ويبقى هذا النفاذ مهما كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو ما يترتب على بيع العقار الشائع لعدم إمكانية قسمته.

وعليه إذا كان هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء ثلاثة مثلاً وأنّ هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع فإنّ الرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة وهم جميعاً شركاء مشتاعين يكون صحيحاً وناظاً في حقهم جميعاً، فالرهن نافذ قبل القسمة في حق جميع الشركاء والرهن بعد القسمة يبقى أيضاً صحيحاً وناظاً ومهما كانت النتيجة،<sup>3</sup> حيث ينتقل القرار المرهون كله حتى ولو لم يتمكن من قسمته عينا، فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة فإنّ العقار ينتقل إليه كله كما قدمنا، أمّا إذا رهن الشركاء الثلاثة العقار كله ثم باعوه إلى أجنبي فينتقل العقار مرهوناً إلى المشتري وقد يقع أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع ثم يرهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع ثم يقسم العقار الشائع فيقع في نصيب الشريك الراهن جزءاً مفرزاً من هذا العقار الشائع غير الجزء المفرز الذي رهنه،<sup>4</sup> والحصّة المفرزة التي تقع في نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون متقلّة بحق الرهن لأنّ كلّهم رهنوا العقار عندما كان شائعاً فيبقى مرهوناً عند إفرازه أمّا إذا وقع العقار الشائع في نصيب أحد الشركاء الثلاثة فإنّ منطق القواعد العامة يؤدي إلى القول أنّ الرهن يضل

<sup>1</sup> احمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> المادة 890 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، "الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية"، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 49.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية"، الجزء العاشر والأخير، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 325.

صحيحاً فقط في قدر حصته، فالأثر الرجعي للقسمة يقتضي ألا يسري الرهن الرسمي على الشريك الذي يختص بالعقار إلا في حدود حصته.<sup>1</sup>

أمّا الرهن الحيازي فالأثر الرجعي للقسمة فيه يكون إلا في حدود الجزء المفرز للشريك إختص به بمقتضى القسمة.<sup>2</sup>

### ثانياً: الرهن الصادر من أغلبية الشركاء

يتضح من المادة 720 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر أنّ الرهن الذي يصدر من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع يكون صحيحاً وناظاً في حق جميع الشركاء لأنه صادر منهم جميعاً قبل القسمة أو بعدها مهما كانت نتيجتها.<sup>3</sup>

حيث أنّه إذا احتاجت هذه الأغلبية إلى المال لإصلاح العقار الشائع الخاص بهم فرهنوه للحصول عليها، وإذا اعترضت الأقلية على ذلك وجب عليهم رفع الأمر إلى المحكمة في خلال شهرين من تاريخ إعلانهم بقرار الأغلبية وللمحكمة أن تقضي في هذا الطعن إما بقسمة العقار أو بإعطاء الشريك المعارض نصيب

إذا كان ذلك لا يضر الشركاء الآخرين وإذا لم تر المحكمة ذلك كان عليها أن تفحص قرار الأغلبية فإذا وجدت له مبررات قوية قضت بنفاذه وإن لم تجد له مبرراً قضت بالإستمرار في الشئوع وإلغاء قرار الأغلبية أو عدم نفاذ قرار الأغلبية في حق الأقلية.<sup>4</sup>

### المطلب الثاني

#### تصرف الشريك في الملكية الشائعة

للشريك الحق في التصرف بحصته الشائعة،<sup>5</sup> وله إجراء جميع التصرفات في الحصة الشائعة فالشريك في الشئوع مالك يسلم له القانون بحقه في التصرف بحصته،<sup>6</sup> وتصرف الشريك في حصته الشائعة نافذ في مواجهة شركائه دون الحاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم به مادام يتصرف في حدود حصته ونصيبه،<sup>7</sup> ويعد مالكا لحصته مالكا تاماً وله أن يتصرف فيها ويكون له باعتباره مالكا سلطة

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية"، المرجع السابق، ص ص 53-54.

<sup>2</sup> نبيل ابراهيم سعد، "التأمينات العينية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 209.

<sup>3</sup> همام محمد محمود زهران، " التأمينات العينية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 1.

<sup>4</sup> زاهية حورية سي يوسف، "عقد الرهن الرسمي"، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص ص 47-48.

<sup>5</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 184.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص 186.

<sup>7</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 54.



التصرف فيها دون الحاجة إلى موافقة شركائه وتكون نافذة في مواجهتهم،<sup>1</sup> والشريك قد يتصرف منفردا في حصته الشائعة وهذا هو الغالب،<sup>2</sup> كما قد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع أو في المال الشائع كله.<sup>3</sup>

## الفرع الأول

### تصرف الشريك في جزء من الملكية الشائعة

إن حق الشريك في الشيوع حق ملكية يرد على الشيء الشائع جميعه في حدود نصيبه،<sup>4</sup> فالملكية في حالة الملكية الشائعة حق ينفرد به شخص معين أو أشخاص معينون على شيء معين،<sup>5</sup> وعليه اعتبر المشرع الجزائري التصرف الصادر عن الشريك في الشيوع حقا له على أن لا يكون تصرفه مضرا بالشركاء الآخرين، وبعبارة أخرى إن كل شريك في الشيوع يعتبر كما لو كان صاحب ملكية حقيقي بالنسبة لحصته ولهذا يكون له أن يباشر على هذه الحصة كل سلطات المالك دون موافقة الباقيين بشرط ألا يتعارض هذا مع طبيعة حصته وإلا لا يسري تصرفه قبلهم وعلى ذلك فإن تصرف الشريك في حصته يعتبر تصرفا صادرا من مالك أي من شخص يملك التصرف وليس تصرفا في ملك الغير،<sup>6</sup> فإذا كان تصرف الشريك في حصته الشائعة لا يثير صعوبة ما فإن تصرفه في حصته مفرزة يثير الصعوبات ذلك أن الشريك لا يملك قبل القسمة إلا حصته على الشيوع ولهذا يعد تصرفه في حصة مفرزة خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا ما أثار الخلاف حول موضوع تصرف الشريك في حصته المفرزة،<sup>7</sup> وهو بذلك لا يستقل بملكية المال الشائع أو بملكية جزء منه بدل أن يكون له حق في كل ذرة من ذرات هذا المال مقيد بحقوق شركائه فيها فهو يستقل بملكية حصة شائعة في كل المال المملوك على الشيوع ولا يستقل بملكه حصة جزء منه،<sup>8</sup> فإذا كان التصرف منصبا على جزر مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 842.

<sup>3</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 29.

<sup>4</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 212.

<sup>5</sup> حسنين المحمدي بوادي، "حقوق الإنسان وضمانات المتهم قبل وبعد المحاكمة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 19.

<sup>6</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 212.

<sup>7</sup> المرجع نفسه، ص 212.

<sup>8</sup> سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة (عقد البيع، عقد الكفالة)"، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية شتات وصادر، مصر، لبنان، 1990، ص 736.

وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فيني إبطال التصرف،<sup>1</sup> وهذا انطلاقاً من مبدأ أنّ للمالك على الشيوخ حق التصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة ورهن، سواء كان رهناً حيازياً أو رسمياً وأن يستعمل حقه ويستغله بشرط عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### تصرف الشريك في كل الملكية الشائعة

إذا كان الشريك يملك حصة معينة وتصرف في المال الشائع كله أو في قدر يجاوز حصته سواء كان التصرف بالبيع أم بالرهن أم بغيره من التصرفات فلا شك أنّ مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق باقي الشركاء إلا في حدود حصة المتصرف المملوكة له على الشيوخ،<sup>3</sup> فلا يجوز للشريك في الملك أن يتصرف في جميع المال المشاع من غير رضا شركائه في الملك،<sup>4</sup> فإذا تصرف هذا الشريك بالبيع في كل الشيء الشائع فلا يعد تصرفه بيعاً لملك الغير، وبالتالي لا يعد هذا البيع قابلاً للإبطال إلا في القدر الزائد على حصة الشريك المتصرف،<sup>5</sup> ويعتبر صحيحاً بالنسبة إلى الجزء الشائع الذي له،<sup>6</sup> وإذا باع الشريك كل المال الشائع وكان المشتري وقت البيع يعتقد أنّ المال مملوكاً للبايع وحده فإنّ البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير،<sup>7</sup> لذلك كان تصرفه رغم صحته يعتبر غير نافذ في حق باقي الشركاء المشتاعين ويظل كذلك بعد القسمة حماية لما يقع بها من نصيب لكل منهم،<sup>8</sup> أما إذا كان المشتري يعلم

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 868.

<sup>2</sup> محمد حسنين، "عقد البيع في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 199.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ص 215-216.

<sup>4</sup> عبد الحميد الشواربي، "التعليق الموضوعي على القانون المدني الجديد (أحكام عقد البيع والعقود التي تقع على الملكية)"، الكتاب الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص 259.

<sup>5</sup> رمضان أبو السعود، "دروس في العقود المسماة (عقد البيع)"، الدار الجامعية، دون مكان وسنة نشر، ص 121.

<sup>6</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 259.

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)"، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الكلية الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 303.

<sup>8</sup> رمضان أبو السعود، "شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 106.

وقت الشراء أنّ للبائع شريكا في المال الشائع امتنع عليه الطعن في البيع للغلط ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أنّ البائع سيستخلص ملكية المال الشائع لينقلها إليه.<sup>1</sup>

فإذا لم يستطع البائع أن يستخلص لنفسه المال الشائع كله كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع وإذا حدثت القسمة ووقع جزء مفرز من المال الشائع المبيع في نصيب البائع كان من حق المشتري إما أخذه بما يناسبه من الثمن وإما أن يطلب الفسخ أما إذا استطاع الشريك البائع أن يستخلص لنفسه كل المال الشائع بأي سبيل لم يكن في إمكان المشتري طلب فسخ البيع،<sup>2</sup> أما عن أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء وسواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع فإنّ الشركاء الآخرين غير الشريك البائع يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفرز أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث

#### الأسباب التي تستدعي التصرف في المال الشائع

قد يسود استغلال المال الشائع وهو باقي على الشيوع ولا توجد طريقة لتلافي هذا النقص ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال الشائع بين الشركاء ضار بمصالحهم فعندئذ يتبين أنّ الأجدى ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة بل هو التصرف في المال الشائع،<sup>4</sup> فيجب التأكيد على أنّ الشريك على الشيوع لا يفقد صفته كمالك، فهو بذلك يملك حصته ملكا تاما ويتصرف فيها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء،<sup>5</sup> وقد تواتي فرصة يستطيع معها التصرف في المال الشائع في صفقة رابحة يخشى من فواتها وألا تعود،<sup>6</sup>

فإذا كان ثمارا كان لمالكها الحق في التصرف بها بيعا أو استخدامها من قبله مباشرة أو تحويل العنب إلى عصير أو التمور إلى عسل التمر أو القطن إلى قماش أو تعديله فإذا كانت مزرعة معدة

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 878-879.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، "شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص 102.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)"، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 304.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 839.

<sup>5</sup> مأمون عبد العزيز ابراهيم، " الحقوق العينية التبعية"، الطبعة الأولى، دار الإعمار العلمي، الأردن، 2015، ص 49.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 839.

لزراعة الحبوب فيتم تعديلها مثلا يجعلها بستانا،<sup>1</sup> وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعمير يستدعي نفقة ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين،<sup>2</sup> ولا يكفي أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون بل يجب أن يكون أيضا أهلا للتصرف فيه،<sup>3</sup> ورهن الحصة الشائعة جائز سواء كان ذلك في العقارات أم في المنقولات،<sup>4</sup> بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع كأن تكون أرضا مثلا في إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضي رهن الأرض هذه الأسباب وأخرى تعتبر أسبابا قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة تارة بالبيع وتارة بالرهن.<sup>5</sup>

### خلاصة الفصل الأول

في ختام هذا الفصل نخلص أن الملكية الشائعة صورة من صور الملكية فيكون الشيء فيها مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا في هذا الشيء و لكنه يتعين معنويا في الحق نفسه، فحق الملكية ذاته منقسم بين عدة أشخاص كما أن الملكية المفترزة و الملكية المشتركة هما أيضا صورتان من صور الملكية لذلك حاولنا تمييز و تحديد أوجه التفرقة بين هاتين الصورتين و بين الملكية الشائعة كذلك بيان مصادر هذه الملكية، كما أن هناك صوراً من الملكية الشائعة تغلب في الواقع العملي كالشيوخ العادي.

كذلك تطرقنا من خلال هذه الدراسة إلى أن الملكية الشائعة تخول جميع الشركاء فيها الحق في إدارة المال الشائع سواء إدارة معتادة أو غير معتادة ولهم التصرف في مالهم الشائع باعتبارهم ملاك غير أن هذه الملكية من جانب يملك فيها كل شريك حصته حسب نسبتها في المشاع فهو يمتلك كما

<sup>1</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 839.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر والأخير، المرجع السابق، ص 336.

<sup>4</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 208.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 839.

المالك في الملكية المفترزة كافة السلطات التي تخولها حق الملكية على هذه الحصة أما من جانب آخر فإن حقه مقيد بعدم الإضرار بالشركاء الآخرين، فإذا تصرف في حصته المشاعة فعليه أن لا يغير تصرفه ما أعد له هذا الشيء، فيتطلب أن لا تكون طريقة تصرفه تؤدي إلى منع الشركاء من ممارسة هذا الحق على حصصهم.

# الفصل الثاني

## الفصل الثاني

### انقضاء الملكية الشائعة بالقسمة

الشيوع هو وضعية قانونية أين يمارس عدة أشخاص نفس الحقوق على نفس الملك،<sup>1</sup> ففي هذه الحالة يشترك المالك المشتاع في ملكية المال الشائع مع غيره من الشركاء أثناء ممارستهم سلطاتهم على المال المشاع، وهو الذي جعل الملكية الشائعة ليست بالنظام الأمتل الأمر الذي عبّر عنه الله تبارك وتعالى بقوله: "ضرب الله مثلا رجلا فيه شركاء متشاكسون ورجلا سلما لرجل هل يستويان مثلا الحمد لله بل أكثرهم لا يعلمون"،<sup>2</sup> هذا يعني أن البقاء في الشيوع هو أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشئه من متاعب ومشاكل وخلافات بين الشركاء المشتاعين، ولذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع، ما جعل القانون يمنح الشريك المشتاع الحق في طلب الخروج من الشيوع،<sup>3</sup> وذلك من خلال المطالبة بالقسمة التي تعدّ أهم وسيلة قانونية للتخلص من حالة الشيوع، حيث أن طلب القسمة يرفع أمام القضاء في شكل دعوى قضائية يطلق عليها دعوى القسمة، والتي يتعين على القاضي أن يفصل فيها إما بقبول القسمة وإما برفضها، وكون الشريك ملزما بالبقاء في الشيوع، وعند قبول القسمة فإنها تحدث آثار بالنسبة للشركاء في ما بينهم، وفي ما بين الشركاء والغير.

كل هذه المسائل المتعلقة بالقسمة سنعالجها في هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث، حيث سيدرس المبحث الأول مفهوم القسمة، أمّا المبحث الثاني سيتم التطرق فيه إلى دراسة دعوى القسمة بكل جزئياتها وشروطها، لنعرج في الأخير إلى المبحث الثالث الخاص بدراسة الآثار المتعلقة بقسمة المال الشائع، وذلك وفقا لما يلي:

#### المبحث الأول

##### مضمون القسمة

القسمة هي تعيين الحصة الشائعة بين المتقاسمين في حصة وفي مكان وجمعها وتمييزها، ذلك أن حصة كل شريك في المال المشترك شائعة سارية في كل جزء من أجزاء المال المقسوم وبإجراء

<sup>1</sup> Brigitte Hess Fallon, Anne marie Simon, "Droit Civil", 5<sup>ème</sup> édition, Edition Dalloz, Paris, France, 199, p133.

<sup>2</sup> الآية 26 من سورة الزمر.

<sup>3</sup> Gérard Cornu, "Droit Civil, Les Biens", 13<sup>ème</sup> édition, Edition Alpha, Paris, France, 2009, P136.

القسمة تصبح الحصّة المذكورة معينة في مكان وقد كان نصف هذه الحصّة المعينة المقررة قبل القسمة لشريك ونصفها الآخر للشريك الآخر ولذلك فالشريك الذي نصيبه تلك الحصّة يملك نصفها باعتبارها ملكه وعين حقه وبهذا الإعتبار يحصل في القسمة إفراز.<sup>1</sup>

فالقسمة ضرورة ذلك لأن الحاجة داعية إليها ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره وليتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي ولتتوفر على مصلحته بكاملها،<sup>2</sup> لذلك سنتعرض في هذا المبحث المقسم إلى مطلبين الأول لتحديد مفهوم القسمة والتعريف بها ثم نعرض إلى تبيان أنواع القسمة

### المطلب الأول

#### مفهوم القسمة

الحق في طلب القسمة متفرع عن وجود وضع الشيوع و ذلك بقصد وقفه وإنهائه فمقتضى ذلك ثبوته لكل من يكون شريكا في الشيوع وقصره على من يثبت له هذا الوصف فحسب ولذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الأصلي في الشيوع فقط بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلافة عامة أو خاصة على حصته الشائعة إذ من شأن هذه الخلافة إحلال الخلف العام أو الخاص محله في الشيوع وفي وصفه كشريك.<sup>3</sup>

وباعتبار القسمة هي السبب الرئيسي لإزالة الشيوع فلكل شريك ما لم يكن في شيوع إجباري بموجب نص في القانون وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة معينة من حقه في أي وقت مادام الشيوع قائما أن يطلب قسمة المال الشائع.<sup>4</sup> فالقسمة سبيل إزالة الشيوع وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع فالمقصود منها هي تلك التي ترد على الملكية فتزيل عنها وصف الشيوع وتعطيها وصف الإستتار والإفراز،<sup>5</sup> لذلك تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أن: (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، درا هومة، الجزائر، 2013، ص31.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، "قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص16.

<sup>3</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص35.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص883.

<sup>5</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص32.

<sup>6</sup> المادة 722 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.



مقتضى هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز طلب القسمة على اعتبار أنها أصل للشريك حتى يتخلص من الشيوع وحقا ثابتا لكل من يثبت لصالحه هذا الوصف شريطة أن لا يكون هذا الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون أو اتفاق بينه وبين باقي الشركاء في الشيوع لمدة معينة.

## الفرع الأول

### تعريف القسمة

تعد حالة الشيوع وضعية مال أو حقوق يملكها عدد من الأشخاص بصفة مشتركة دون تمييز ولهم إمكانية وضع حد للشياع باقتسامه كالميراث مثلا،<sup>1</sup> ولم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني تعريفا للقسمة وإنما ترك ذلك للشراح والفقهاء مثل بقية المشرعين حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة من القانون نجد أن المشرع الجزائري قد نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

وتعددت تعريفات القسمة باعتبارها عقدا كغيرها من العقود إلا أن لها مفهوما خاصا لذا سنحاول في هذا الفرع تحديد المقصود بالقسمة سواء من الناحية اللغوية أو الإصطلاحية وهذا ما سيتم معالجته من خلال نقطتين وفقا لما يلي :

#### أولا : تعريف القسمة لغة

القسمة من الإقتسام من الفعل يقسم أي الشيء جزأه وقسمه تقسيما وفرقه وقسم المال بين الشركاء وهو أن يأخذ كل من الشركاء أو الورثة قسمته من المال أو الميراث أو نحو ذلك،<sup>3</sup> كما تأتي القسمة بمعنى قسم يقسم تقسيما فهو قاسم الشيء جزأه والأرض جزأها إلى أقسام.<sup>4</sup>

#### ثانيا : تعريف القسمة إصطلاحا

وضع فقهاء القانون العديد من التعريفات الجامعة المانعة للقسمة فقد عرفت القسمة بأنها إفراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس معين في مكل مشاع.<sup>5</sup> والقسمة في مجال الملكية الشائعة الشائعة هي عملية تضع حدا لهذه الوضعية وذلك باستبدالها بحصص محددة لكل واحد من الشركاء

<sup>1</sup> محمود توفيق اسكندر، " الخبرة القضائية"، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 216.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> جبران مسعود، "الموجز الرائد"، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، لبنان، 1992، ص ص 631-632.

<sup>4</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ص ص 87-88.

<sup>5</sup> عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 31.

على الشيوع.<sup>1</sup> وفي تعريف آخر عرفت القسمة بأنها عملية أو نتيجة العملية ويكون موضوعها التقسيم الإرادي للملكية إلى حصص،<sup>2</sup> كما عرفت بأنها إفراز الأنصبة بعضها عن بعض وأن من شروطها ان يكون الشركاء مالكين للعين المتنازع عليها وأن يكون هناك ضرر وأن تكون قابلة للتعديل في العين المقسمة.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### مشروعية القسمة

قد يملك الأشخاص أموالاً على الشيوع ويقوم كل واحد من هؤلاء المالك بتقديم حصته لتسيير هذه الأملاك لكن قد ينشب الخلاف بينهم وفي هذه الحالة لا مناص من إجراء القسمة،<sup>4</sup> ثم إن المتدبر لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في التصرفات يجد أن موضوع قسمة المال الشائع من الموضوعات الهامة والمعتبرة في نظر الشرع وذلك لأن التصرفات المعتبرة في نظر الشرع لا بد أن يكون وراءها مشروعية ومشروعية القسمة أساسها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع.<sup>5</sup>

### أولاً : القرآن الكريم

قال الله تعالى: "وإذا حضر القسمة أولى القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً".<sup>6</sup>

شرع الله تعالى لأولى القربى ممن لم يكن وارثاً وكذا اليتامى والمساكين إذا حضروا قسمة التركة بين الورثة أن يرزقوا منها فيعطي لهم المتقاسمون شيئاً منها فدل ذلك على مشروعية القسمة وجوازها شرعاً.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ابتسام القرام، "المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري"، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 1998، ص 209.

<sup>2</sup> جبرار كورنو "المصطلحات القانونية"، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص 537.

<sup>3</sup> مورييس نخلة وآخرون، "قاموس الثلاثي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 1319.

<sup>4</sup> أحمد يحيى، "الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 147.

<sup>5</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 29.

<sup>6</sup> الآية 08 من سورة النساء.

<sup>7</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 14.

وقوله سبحانه تعالى: "واعلموا أن ما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل".<sup>1</sup>

كذلك قوله عز وجل: "ونبئهم إن الماء قسمه بينهم كل شرب محتضر".<sup>2</sup>

### ثانيا : السنة

ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: "إنما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة"، والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم: في كل ما لم يقسم العقار وإن كان اللفظ عاما وقوله فإذا وضعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة لأنها حينئذ تكون مقسومة.<sup>3</sup>

وقوله صلى الله عليه وسلم "أيا دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيا دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام"، فقسم النبي عليه السلام غنائم خيبر وحنين بين الغانمين وقسم المواريث مما يدل على الإباحة.<sup>4</sup>

وما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل فيقول: "اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك" فقوله: " اللهم هذا قسمي" عام لكل قسمة مما يدل على ان القسمة مشروعة وتؤكد ذلك بقوله: " أعط كل ذي حق حقه".<sup>5</sup>

وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: "من كان له شريك في نخل أو أربعة فليس له أن يبيع حتى يأذن شريكه فإن رضي أخذه وإن كرهه ترك"، يبين هذا الحديث أن بيع الشريك حصته المشاعة والمختلطة بصحة شريكه للعقد موقوفا على إجازة هذا الشريك منعا للضرر الذي قد يلحق به.<sup>6</sup>

### ثالثا : الإجماع

أجمعت الأمة على جواز القسمة لحاجة الناس إليها ليمكن كل واحد من الشركاء من التصرف المستقل في حصته ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي،<sup>7</sup> وكان هذا الإجماع من لدن رسول الله

<sup>1</sup> الآية 41 من سورة الأنفال.

<sup>2</sup> الآية 28 من سورة القمر.

<sup>3</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 31.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 23.

<sup>5</sup> أحمد حسين فراج، المرجع السابق، ص ص 15-16.

<sup>6</sup> أسعد فاطمة، " نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 348.

<sup>7</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 23.

الله صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على مشروعية القسمة لما لها من ضرورة شرعية تتمثل في إنهاء الشيوع وما يسببه من متاعب للشركاء ولم ينكر ذلك أحد فكانت مشروعيتها متوارثة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### تقييد الحق في طلب القسمة

إذا كان الأصل أن للشريك الحق في طلب القسمة في أي وقت ما دام الشيوع قائما وذلك لكي يتخلص من حالة الشيوع فإن هذا الأصل ليس مطلقا بل يتقيد منه أن يكون الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون او بموجب اتفاق بين الشركاء المشتاعين.<sup>2</sup>

#### أولا: القيد القانوني

تعد قسمة المال الشائع أمر ضروري وحتمي لإنهاء الشيوع وذلك لتحقيق رغبة الشركاء في الإستقلال كل منهم بنصيبه فالأصل أن يكون لكل شريك الحق في أن يطالب بقسمة المال الشائع سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا،<sup>3</sup> غير أنه قد يجبر الشريك على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون كما هو الحال في الشيوع الإجباري حيث يقتضي الغرض

الذي أعد له الشيء الشائع بقاءه على الشيوع إذ لا يصلح للإستعمال المعد له إذا قسم،<sup>4</sup> وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 737 من القانون المدني حيث تنص على أنه: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع".<sup>5</sup> وتبين من هذا النص أن طلب القسمة للمال الشائع متوقف على الغرض الذي أعد له فإذا كان هذا المال يجب أن يبقى على الشيوع فلا حق للشركاء في طلب تقسيمه.

ومن ذلك مثلا أنه ليس للشركاء في ملكية الأسرة أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة.<sup>6</sup>

ونجد تطبيقا لهذه الأحكام في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأرض المقام عليها العمارة وأجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع فإنها لا تقبل القسمة وليس للشريك أن

<sup>1</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 37.

<sup>5</sup> المادة 737 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>6</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 36.

يتصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذي يملكه مفرزا في الدار،<sup>1</sup> وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 747 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة".<sup>2</sup>

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قضى بأن الأجزاء المشتركة غير قابلة للتقسيم بحيث تبقى على حالتها الطبيعية على أساس ان كل تقسيم يعتبر ضارا بحقوق الأطراف .

### ثانيا: القيد الإتفاقي

قد يكون هناك إتفاق بين الشركاء يلزمهم بالبقاء في الشيوخ مدة معينة يمنع عليهم خلالها طلب القسمة فالقانون يجبر إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوخ خروجاً عن الأصل الذي بمقتضاه أن من حق كل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع في أي وقت يشاء ولكن إجازة مثل هذه الاتفاقات يجب أن يتقيد بقيود معينة عن المدة التي تلزم الشركاء بالبقاء في الشيوخ خلالها،<sup>3</sup> ويقع الإتفاق غالبا بين جميع الشركاء ويجوز أن يجري بين بعضهم فقط فيكون الإتفاق ملزما لهم دون سواهم ويجب أن يكون القيد مؤقتا.<sup>4</sup>

ويكون هذا الإتفاق نافذا في حق من يخلف الشريك المشتاع سواء كان الخلف عاما أم خاصا ولذلك قدر المشرع مدة خمس سنوات كأجل أقصى يجوز الإتفاق على البقاء في الشيوخ والإمتناع عن طلب القسمة خلاله،<sup>5</sup> وهذا وفقا للفقرة الثانية من المادة 722 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا 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".<sup>6</sup>

وقد يدعو الشركاء إلى الإتفاق على البقاء في الشيوخ دوافع متنوعة فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ويكون ناقص الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية على أن يبقوا جميعا في الشيوخ إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته،<sup>7</sup> وهذا ما قضى به المشرع الجزائري من خلال المادة 723 من القانون المدني

<sup>1</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص37.

<sup>2</sup> المادة 747 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>3</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص38.

<sup>4</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 35.

<sup>5</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 38-39.

<sup>6</sup> المادة 727 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 883-884.

الجزائري حيث جاء فيها أنه: "يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".<sup>1</sup>

وقد يكون من بين الشركاء في الشيوخ غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة فينتفك باقي الشركاء على البقاء في الشيوخ طوال هذه المدة حتى يحضر الغائب وقد يكون أمام الشركاء مشروع لاستغلال المال الشائع أو لإجراء إصلاحات فيه فينتفك الشركاء على البقاء في الشيوخ المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لإنجاز الإصلاح المطلوب.<sup>2</sup>

ويجوز أن يتفق الشركاء على تجديد الإتفاق لمدة خمس سنوات ثانية،<sup>3</sup> وإذا حصل أن إتفق الشركاء على مدة خمس سنوات جديدة قبل انقضاء المدة السارية فإن المدة الجديدة تحسب من يوم الإتفاق عليها وليس من يوم إنقضاء المدة السارية وإلا أصبح الشركاء ملزمين بالبقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات من يوم الإتفاق الجديد وهذا لا يجوز،<sup>4</sup> فإذا انقضى ثلاث سنوات وعمد الشركاء إلى التجديد فإن التجديد في هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت نهاية الثلاث سنوات التي انقضت لا من وقت انقضاء الخمس سنوات التي كان الإتفاق قد تم عليها فتجديد المدة معناه استبدال المدة الجديدة بالباقي من المدة القديمة.<sup>5</sup>

يتبين بأن هناك أسبابا متنوعة قد تقتضي من الشركاء البقاء في الشيوخ مدة معينة فيعمدون إلى الإتفاق فيما بينهم على البقاء في الشيوخ طوال هذه المدة ولا يوجد ما يمنع من ان يكون الإتفاق على البقاء في الشيوخ مقصورا على بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر.<sup>6</sup>

## المطلب الثاني

### أنواع القسمة

إن التنظيم القانوني للقسمة كغيره من الأنظمة التي تعرضت لتطور كبير في أحكامه وكانت القسمة نهاية التكتل التي تكون عليه الملكية الشائعة، لذلك كان من المناسب في هذا المقام وقبل الدخول

<sup>1</sup> المادة 723 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 42.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 885.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 39.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 885-886.

<sup>6</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 42.

في تحديد أحكامها أن نبين أنواعها باعتبار أن كل نوع منها يمتلك أحكام خاصة تميزه عن غيره بمعنى آخر أن لكل نوع حالة خاصة به يستعمل فيها و بذلك تنتهي حالة الشيوخ ، وبناءا على ما تقدم فإننا سنسلط الضوء حول النوع الأول ألا وهو القسمة الإتفاقية ثم النوع الثاني والمتمثل في القسمة القضائية، ومن ثم نخرج إلى النوع الثالث والأخير وهو قسمة المهياة وهذا ما سيكون محل دراسة في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع وفقا لما يلي:

## الفرع الأول

### القسمة الإتفاقية

عدد المشرع الجزائري في المواد المتعلقة بالقسمة عدة أنواع للتمكن من إنهاء حالة الشيوخ أهمها هي القسمة الإتفاقية حيث يتفق فيها الشركاء المشتاعين على إنهاء هذا الوضع، الأمر الذي سيدفعنا الى دراسة القسمة الإتفاقية من خلال التعرض إلى مسألة تعريفها لنتمكن من تمييزها عن غيرها من القسمات ومن ثم ضبط الشروط المكونة لها لننتهي في الأخير الى تحديد طبيعتها القانونية وهذا سيكون على النحو التالي :

### أولا : تعريف القسمة الإتفاقية ( الرضائية )

وهذه القسمة يطلق عليها أيضا القسمة الودية، وهي القسمة التي تجري باتفاق الشركاء أو برضاهم

وهي عكس القسمة القضائية<sup>1</sup> التي تجري باتفاق جميع الشركاء، اذا لا يكفي لتحقيقها إتفاق أغلبية الشركاء،<sup>2</sup> و جاءت المادة 723 من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد تنص على ما يلي : "يستطيع الشركاء إذا انعقد اجتماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"،<sup>3</sup> يستخلص من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري مكن الشركاء المشتاعين في حالة توافق إرادتهم من تقسيم مالهم الشائع و ترك لهم حرية اختيار الطريقة المناسبة لهم، كل هذا يدور حول أن هؤلاء الشركاء لهم حق التصرف في مالهم بتقسيمه الى حصص مفرزة و الخروج بذلك من حالة الشيوخ، لكن الحرية التي منحها المشرع تقيد إذا ما تعلق الأمر بناقص الأهلية و كان من الملاك وهنا لا بد من اتباع إجراءات أخرى يحددها القانون و هذا بالدرجة الأولى حماية لناقص الأهلية ، وليس لتضييق من حق الشركاء في المطالبة

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، " موسوعة الشركات التجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص132.

<sup>2</sup> على هادي العبيدي، المرجع السابق، ص68.

<sup>3</sup> المادة 723 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

بالقسمة . و بالتالي نرى من جانبنا أن القسمة الإتفاقية هي إقرار جزء من المال الشائع لشريك مبادلة هذا الشريك لماله من باقي المال الشائع فيما يختص به الشريك الاخر و يكون ذلك برضاهم و إجماعهم .

### ثانيا: شروط القسمة الإتفاقية

سنعرض في هذا العنصر الى شروط القسمة الإتفاقية التي سندرسها من خلال أربعة نقاط تكون على النحو التالي :

#### 1- الشرط الأول

إستنادا للمادة 723 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر نجد أنه يشترط لصحة القسمة الرضائية إتفاق جميع الشركاء الذين يملكون المال الشائع على قسمته وعليه لا يكفي تحقق أغلبية الشركاء أو الأغلبية الخاصة كتلك التي تتطلبها أعمال الإدارة غير المعتادة وعدم موافقة أحد الشركاء على قسمة الرضا يكفي لعدم قيامها ومهما كان مقدار حصته.<sup>1</sup>

#### 2- الشرط الثاني

تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة ، فإجراء القسمة بالتراضي ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية فالقسمة باطلة ،لذلك لا بد من اتباع الإجراءات التالية لتفادي هذا البطلان وهو أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة لإجراء القسمة وتصادق هذه الجهة على عقد القسمة الإتفاقية في هذه الحل يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية هذا يعني أن البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر،<sup>2</sup> فعقد القسمة الإتفاقية لمال قاصر يكون محل للبطلان النسبي،<sup>3</sup> وعليه فدعوى الطعن بالبطلان لا يحتج بها إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصر، أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجور عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مقرود سليمة، " القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014/2015، ص12.

<sup>2</sup> سعيد أحمد شعلة، " قضاء النقص المدني والجزائي في البطلان"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص317.

<sup>3</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعوى العملية، دعوى بطلان العقود"، الجزء التاسع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص105.

<sup>4</sup> سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 317.



**3- الشرط الثالث**

يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية إذا كان محله عقارا فاذا كان المال الشائع في حالة عدم تسجيل عقد القسمة الرضائية لا يترتب عليه إزالة الشيوخ ، ويكون العقد المبرم بين الشركاء باطلا و لا يترتب آثاره بين المتقاسمين أنفسهم و الغير.<sup>1</sup>

**4- الشرط الرابع**

يجب حضور الشركاء المتقاسمين و الأصل حضور جميع الشركاء المشتاعين و ذوي العلاقة بالقسمة وقت حدوث القسمة و في حالة وجود غائب فيجب مراعاة الأحكام القانونية التي تنظم هذه الحالة الإستثنائية.<sup>2</sup>

**ثالثا : الطبيعة القانونية للقسمة الإتفاقية**

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود، وينبغي توافر الشروط الموضوعية في العقد من رضا الأطراف و محل و سبب، وعلى ذلك يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد ولا يستلزم القانون لقيامه شرطا آخر، إذ يكفي لتمامه أن يقوم الأطراف بالتعبير عن إرادتهم تعبيرا صريحا أو ضمنيا حتى يقوم العقد ويضاف الى هذه الشروط شرط رابع وهو تسجيل هذا العقد و شهره.<sup>3</sup>

**الفرع الثاني****القسمة القضائية**

تطرقنا في الفرع السابق الى مفهوم القسمة الإتفاقية باعتبارها النوع الأول الذي ورد في التقنين المدني الجزائري، الأمر الذي يدفعنا في هذا الفرع الى دراسة النوع الثاني من أنواع القسمة و المتمثل في القسمة القضائية أو الجبرية ، و هذه الدراسة تتفرع بدورها الى التطرق لعدة عناصر لتمكنا من الإحاطة بهذا النوع و هذا سيكون على النحو التالي :

**أولا: تعريف القسمة القضائية**

هي حالة عدم وجود إتفاق بين الشركاء في القسمة حيث يلجأ هؤلاء الشركاء أو الطرف اللذي تهمة القسمة الى القضاء، من أجل طلب الخروج من حالة الشيوخ و يكون للقاضي في هذه الحالة أن

<sup>1</sup> مازن زايد جميل عمران، " القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة ناجح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص ص 28-30.

<sup>2</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص12.

<sup>3</sup> مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص10.

يحكم له بذلك،<sup>1</sup> ويمكن القول أيضا أنها القسمة التي تحصل بواسطة المحكمة بناء على طلب احد الشركاء عند اختلافهم أو امتناع أحدهم عن إجراء القسمة.<sup>2</sup> وهذا ما جاءت به المادة 724 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع يرفع في الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة ، وتعين المحكمة إن رأت وجها ذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحق نقص كبير في قيمته."<sup>3</sup>

يستشف من نص هذه المادة القانونية أن المشرع الجزائري تطرق الى مسألة غياب اتفاق الشركاء المشتاعين فيما يخص تقسيم مالهم الشائع فحول في هذه الحالة للشريك الذي يريد الخروج من الشيوع الحق في رفع دعوى قضائية أمام المحكمة ضد باقي الشركاء، و للمحكمة في هذه الحال أن تعين خبيرا يعمل على تقسيم المال الشائع الى حصص مفرزة، بعد أن تتأكد أنه من الممكن تقسيم هذا المال عينا دون أن يحدث نقص كبير في قيمته. و في الأخير يمكن القول أن المشرع جاء بقسمة يغيب فيها اتفاق الأطراف و هي القسمة القضائية التي يفصل فيها القاضي وفقا لسلطته و خبرة الخير و جاء القرار رقم 51109 الصادر من المحكمة العليا مؤكدا على هذا و الصادر بتاريخ 19/04/1989 ويستشف منه ما يلي: "أنه من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيسا على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون."<sup>4</sup>

### ثانيا: شروط القسمة القضائية:

إن التطرق الى شروط القسمة القضائية يمكننا من تحديد ما يدخل في نطاق هذه القسمة و ما يخرج عنها و هذا لعدم توفره على هذه الشروط التي سنعددتها على النحو التالي:

#### 1- الشرط الأول:

أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة لكل مالك في مال شائع تتعذر فيه القسمة الرضائية أن يطلب إزالة الشيوع، فهو بهذا يطالب بقسمة المال الشائع قسمة قضائية،<sup>5</sup> أما

<sup>1</sup> سماعيل شامة، " النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 206.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، " موسوعة الشركات التجارية"، المرجع السابق، ص132.

<sup>3</sup> المادة 724 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>4</sup> القرار رقم 51109 الصادر بتاريخ 19/4/1989، المجلة القضائية، العدد الاول، 1991، ص17.

<sup>5</sup> بدوي حنا، "محاكمات مدنية"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص207.

بالنسبة لناقص الأهلية فيقوم الوصي أو القيم بطلب الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية لقسمة المال الشائع و حصول ذلك القاصر على حصته المفترزة منه.<sup>1</sup>

## 2- الشرط الثاني:

حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم أي حضور جميع الشركاء لأن دعوى القسمة هي دعوى غير قابلة للتجزئة.

## 3- الشرط الثالث:

ثبوت ملكية المقسوم لهم حيث يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل.

## 4- الشرط الرابع:

أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضررا من القسمة.<sup>2</sup>

## ثالثا: أنواع القسمة القضائية

بعد التعرض الى تعريف القسمة القضائية و وضع شروط لها، لا بد من التطرق لمسألة الأنواع التي تتضمنها هذه القسمة أو بالأحرى نوعي القسمة القضائية أولهما يعد الأصل و ثانيهما يمثل الإستثناء وهاذين النوعين سنتطرق إليهما كما يلي:

1- **القسمة العينية:** هي الحالة التي يكون فيها المال المشاع قابلا للقسمة عينا،<sup>3</sup> ويكون المال المشترك قابلا للقسمة إذا لم تؤدي القسمة لتفويت المنفعة المقصودة منه بالنسبة لجميع الشركاء أي ان المال بعد تقسيمه يبقى محتفظا بالمنفعة القائمة قبل القسمة، فمثلا لو كان المال الشائع عبارة عن دار سكن كبيرة مملوكة لشخصين فإنها تكون قابلة للقسمة إذا أمكن تقسيمها إلى دارين صالحين للسكن.<sup>4</sup> و في هذه القسمة يقوم القاضي بتعيين خبير من أجل تقسيم المال الشائع إلى حصص، على أن تجري القسمة في الأخير عن طريق الإقتراع (القرعة)،<sup>5</sup> وهذا ما جاءت به المادتين 726 و 727 من القانون المدني الجزائري حيث ورد فيهما ما يلي :

<sup>1</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعوى العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 105-106.

<sup>2</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، "أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013، ص ص 428-429.

<sup>3</sup> سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 206.

<sup>4</sup> علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 72.

<sup>5</sup> سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 206.

- المادة 727 تنص على أنه: " تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".<sup>1</sup>
- تنص المادة 726 على أنه: "تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".<sup>2</sup>

يفهم من نص هاتين المادتين أن المشرع الجزائري جاء بوسيلة تمكن الشركاء المشاعين من تقسيم مالهم من خلال عملية الإقتراع، هذه الأخيرة التي تقوم المحكمة المختصة بالنظر و الفصل في كل المنازعات المتعلقة بتقسيم الملكية الشائعة، بتثبيتها ضمن محضرها لتنتهي في الأخير الى إصدار أحكام تقضي بإعطاء كل شريك مشاع نصيبه المفرز، و في هذا الصدد جاء القرار رقم 914339 الصادر بتاريخ 1992/10/28 بما يلي: " أنه من المقرر قانونا أن يقسم المال الشائع على أساس تكوين الحصص ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع و تختص المحكمة بتثبيتها بعد الفرز نصيب كل شريك و الفصل في كل المنازعات لا سيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك و بتكوين الحصص، ولما كان من الثابت في -قضية الحال- أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص والقسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع فإنهم بذلك خالفوا القانون".<sup>3</sup>

## 2- قسمة التصفية:

الأصل أن تتم القسمة عينا بإعطاء كل شريك جزءا من الأموال المشاعة، سواء المنقولة أو العقارية يتناسب مع حصته في المال الشائع،<sup>4</sup> فإن تعذرت القسمة العينية لجأ في هذه الحالة إلى القسمة بطريق التصفية ببيع العين بالمزاد العلني،<sup>5</sup> و قسمة ثمنه على الشركاء، وإذا عرض المصفي القسمة على الشركاء ووافقوا عليها جميعا، حرر محضرا بذلك وقعه جميع الشركاء فتكون القسمة في هذه الحالة انفاقية، أما إذا اعترض البعض لجأ الى القسمة القضائية،<sup>6</sup> وهذا التعريف ليس ببعيد عن التعريف الفقهي لهذه القسمة الذي يقر بأنها بيع المال الشائع بالمزاد العلني و قسمة الثمن الناتج عن هذا البيع على الشركاء كل بنسبة حصته.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> المادة 727 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> المادة 726 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> القرار رقم 91439 الصادر بتاريخ 1992/10/28، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1994، ص 18.

<sup>4</sup> أنور طلبية، " العقود الصغيرة الشركة والمقاوله والتزام المرافق العامة"، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، ص229، 2004.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الإيجار والعارية"، المجلد الأول، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص63.

<sup>6</sup> أنور طلبية، " العقود الصغيرة الشركة والمقاوله والتزام المرافق العامة"، المرجع السابق، ص229.

<sup>7</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص461.

وفي هذا السياق نصت المادة 728 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "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 و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".<sup>1</sup> يستشف من مضمون هذا النص القانوني أن المشرع الجزائري جاء باستثناء للقاعدة التي تقر بأن يقسم المال الشائع قسمة عينية لكن في حالة استحالة هذه القسمة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته جاء المشرع بمنفذ استثنائي وهو بيع المال بالمزاد العلني ووفق الطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشرط أن يقتصر المزاد على الملاك لهذا المال الشائع المراد تقسيمه دون الغير، فهو حصر المجال ولم يفتحه لجميع الأشخاص، وهذا بطلبهم مجتمعين، وهذا ما يستشف من القرار رقم 15130، الصادر بتاريخ 1998/03/25، والذي جاء مضمونه كما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته يبيع هذا المال بالمزاد العلني و تقتصر 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.

ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس رفضوا طلب الطاعن الرامي إلى بيع العقار المشترك بالمزاد العلني بحجة أن الحكم المستأنف راعى رأي الأغلبية مع أن رأي الأشخاص ليس من شأنه تغيير حكم القانون لاسيما المادة 728 من القانون المدني هذا من جهة، ومن جهة أخرى منحوا اثنين من الشركاء نصيبهم نقدا كليا دون الحصول عينا على نصيب ناقص عينا فخالقوا نص المادة 02/ 725 من القانون المدني مما يعرض قرارهم للنقض".<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### قسمة المهايأة

لم يكن المشرع الجزائري بكل من القسمتين الإنفاقية والقضائية بل تطرق أيضا من خلال مواد القانون المدني إلى نوع آخر وهو قسمة المهايأة، هذه الأخيرة سندرسها من خلال هذا الفرع و نتعرض إلى عدة نقاط جوهرية أولها تحديد تعريف لهذه المهايأة ثم تحديد أنواعها لننتهي إلى وضع شروط لها و هذا ما سيتم على النحو التالي:

#### أولا: تعريف قسمة المهايأة

سننتعرض في هذا العنصر إلى مسألة تعريف قسمة المهايأة وهذا يقتضي بالضرورة البحث عن

<sup>1</sup> المادة 728 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> القرار رقم 15130، الصادر بتاريخ 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، ص 28.

تعريفها من عدة مستويات سواء من الناحية اللغوية أو الفقهية وكذا القانونية ، وهذا ما سيعالج من خلال أربع نقاط على النحو التالي :

### 1- تعريف قسمة المهايأة لغة:

مهايأة الأمر المتهاياً عليه ، وتهايؤوا : توافقوا و ياهيء.

مالي: كلمة تعجب ، أو اسم لتتبه كصه لأسكت بني على حركة ساكنين وعلى الفتح خفة وهياًه تهيئة، وتهيئنا : أصلحه.<sup>1</sup>

### 2- تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي :

أ- عرف الحنفية المهايأة بأنها : أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز، وذلك بذلك النصف، أو هذا ب كله في كذا من الزمان، ذلك ب كله من الزمان بقدر مدة الأول.

ب- أما بالنسبة للشافعية فلا يوجد تعريف صريح عن المهايأة .

ج- أما عند المالكية فقد كانوا أكثر دقة في تعريفهم للمهايأة فقد عرفها ابن عرفة أنها: "

اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معيناً من متحد أو متعدد أي استقلال

كل واحد منهما بشيء مشترك بينهما، سواء كان هذا الشيء متحدا كالدائر أو السيارة، أو متعددا كالدارين أو سيارتين".<sup>2</sup>

وهذه التعاريف الفقهية استندت على الآيات القرآنية التي أجازت المهايأة مصدقا لقوله تعالى: "

قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم"<sup>3</sup>، وكذا قوله تعالى: " ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر"<sup>4</sup>، فدلت الآيات على جواز المهايأة على الماء لأن قوم سيدنا صالح، جعلوا شرب الماء يوما للناقة ويوما لهم تحضيره من كان له توبة فالآية دالة على المهايأة وهي قسمة المنافع كما أقر بذلك الله سبحانه وتعالى حسب نص الآيات.<sup>5</sup>

### 3- تعريف قسمة المهايأة إصطلاحا

يقصد بقسمة المهايأة أي القسمة التي ترد على منفعة العين وليس على العين ذاتها فيستأثر كل منهم

<sup>1</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، " القاموس المحيط"، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2001، ص1719.

<sup>2</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص ص196-197.

<sup>3</sup> الآية 155 من سورة الشعراء.

<sup>4</sup> الآية 27 من سورة القمر.

<sup>5</sup> نعيم سمارة المصري، " قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 19، العدد الأول، يناير 2011، ص6.

بجزء معين منها يعادل حصته فيها و يتسنى له من ثم أن يحوز مالا مفرزا ينفرد بإرادته فيستعمله أو يستغله أو يؤجره لغيره.<sup>1</sup>

#### 4- تعريف قسمة المهايأة قانونيا

نص القانون المدني الجزائري على قسمة المهايأة في المواد من 733 إلى 736 لكن من هذه المواد الأربعة لم يرد فيها تعريف واضح و صريح لقسمة المهايأة لكن أقرب المواد إلى تعريف هذه القسمة هي المادة 733 التي تنص على ما يلي: " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل الإنتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها و لم 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 وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة ".<sup>2</sup>

يستشف من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري أكد أن الإتفاق الذي يكون بين الشركاء في الشيوع هو شرط لإنشاء قسمة المهايأة حيث بموجب هذه الأخيرة يختص كل شريك منهم بجزء مفرز يساوي حصته في ذلك المال المشاع، هذا الشريك يتنازل للبقية في مقابل الإنتفاع بباقي الأجزاء، كما يبين المشرع أيضا في هذه المادة أن الإتفاق القائم بين الشركاء لا يزيد على خمس سنوات فهو بالتالي وضع تسقيف لهذه المدة وتجاوزها، يعني بطلان هذا الإتفاق والقسمة معا.

#### ثانيا: أنواع قسمة المهايأة

تطابق أنواع القسمة التي وضعها كل من الفقه و التشريع، هذه الأنواع التي وضعت ضمن التصنيفات لتسهيل علينا دراستها، أهمها هي التصنيف الذي يضم كل من عنصر الزمان والمكان لهذه القسمة وتصنيف يضم جانب إدارة الشركاء من حيث الرضا والجبر وندرس هذين التصنيفين كما يلي :

##### 1- قسمة المهايأة من حيث الزمان والمكان:

يعد هذا الصنف من أهم التصنيفات التي جاءت بصدد تحديد أنواع قسمة المهايأة من حيث الزمان و المكان، حيث سنقوم بدراسة كل عنصر على حدى على النحو التالي :

<sup>1</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص198.

<sup>2</sup> المدة 733 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

## أ- المهياة الزمانية :

هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعين على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع، وليس بجزء مفرز فيه وذلك لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له في المال.<sup>1</sup>

## ب- المهياة المكانية :

هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعين على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع في مقابل التنازل لشركائه عن الإنتفاع بباقي الأجزاء،<sup>2</sup> في مدة لا تتجاوز خمسة عشرة سنة فإن تجاوزتها هذه القسمة انقلبت الى قسمة نهائية،<sup>3</sup> وهذا ما جاء في القرار رقم 59514 ، المؤرخ في 1990/05/09 أقر ما يلي : " من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهياة خمس عشرة سنة انقلبت الى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ولما كان الثابت في قضية الحال - أن القسمة تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من خمسة عشرة سنة، ومن ثم فمصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون."<sup>4</sup>

## 2- قسمة المهياة من حيث التراضي و الجبر:

يعد هذا التصنيف من أهم التصنيفات التي تتعلق بأنواع قسمة المهياة حيث سندرسه من خلال نقطتين أساسيتين تتعلقان بالرضا والجبر .

## أ- قسمة المهياة الرضائية:

تحصل المهياة في الأحوال المادية والغالبية بموجب اتفاق الشركاء عليها، لكن ليس بالضرورة كل شركاء فقد يكون رضا أغلبيتهم .

## ب- قسمة المهياة القضائية:

الإتفاق هو الأصل أما القضاء فهو الإستثناء، حيث يلجأ الشريك الى القانون لتحديد مدة أو حصته في مال شائع وهذا في غياب الإتفاق.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص249.

<sup>2</sup> نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص8.

<sup>3</sup> أشرف أحمد عبد الوهاب، "موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني حتى 2004"، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2006، ص279.

<sup>4</sup> القرار رقم 59514 الصادر بتاريخ 1990/05/09، المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1991، ص35.

<sup>5</sup> محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، صص234-236.



## ثالثاً : شروط قسمة المهايأة :

إن شروط المهايأة تختلف باختلاف نوعها فإذا كانت إتفاقية اعتبرت عقداً ويجب أن تتوفر فيها أركانها من رضا ومحل وسبب، وإذا كانت المهايأة زمانية وجب تعيين المدة وفي حالة عدم حصول الاتفاق على المدة فللمحكمة أن تحدد المدة التي تراها مناسبة.<sup>1</sup>

ومن الشروط أيضاً ما يخص المتهايئ ، حيث يشترط على هذا الشريك المتهايئ المحافظة على المال الشائع أثناء نوبته ورده بالحالة التي استلمه فيها فإن عليه الإلتزام بالنفقة عليه وصيانته فلو كانت بينهما غنم وتهايئا على أن يرعاها كل واحد منهما شهراً وأن يستأجر لها أجيراً فإن على الشريك نفقة على أجيره خلال نوبته.<sup>2</sup>

كما يشترط خضوع قسمة المهايأة الى القواعد التي تحكم التصرفات الواردة على المنافع و بالتالي لا يشترط تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي لأن هذا التصرف ليس من شأنه نقل ملكية العقار أو ترتيب حق عيني عليه،<sup>3</sup> وفي هذا الصدد جاء قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/05/31 تحت رقم 198689 و مضمونه كما يلي: "من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار و شهرها تعتبر قسمة مهياة تخص الانتفاع مع بقاء ملكية العقار في الشيوع. وحيث أنه لما ثبت في -قضية الحال- أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساؤوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني".<sup>4</sup>

## المبحث الثاني

## دعوى القسمة

الدعوى حق دستوري مقرر بموجب الدساتير لكل شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً، فهي وسيلة الحماية القضائية للأفراد في المجتمع وكذلك للمؤسسات والهيئات المتمتعة بالشخصية المعنوية،<sup>5</sup> وتعد الدعوى الوسيلة التي يلجأ بها المواطن إلى السلطة القضائية للحصول على حقه، فالحقوق التي التي ينظمها القانون المدني لا يكتمل تنظيمها إلا بتنظيم وسائل حمايتها،<sup>6</sup> وتعتبر الدعوى إحدى

<sup>1</sup> علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص58.

<sup>2</sup> صاحب عبيد الفتاوي، " الأحكام القانونية لقسمة المهايأة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد الثاني، بغداد، العراق، 2010، ص19.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص58.

<sup>4</sup> القرار رقم 198689، الصادر بتاريخ 2000/05/31، مجلة الإجتهد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الأول لسنة 2004، ص283.

<sup>5</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 373.

<sup>6</sup> عمارة بلغيث، " الوجيز في الإجراءات المدنية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002، ص43.

تطبيقات حق اللجوء إلى القضاء وتعد من الحقوق العامة وتتميز بأنها غير مقيدة، فهي حق لجميع الأشخاص في الحدود التي يجيزها القانون فحرية الدعوى مقتضاها أن لكل شخص أن يدعي ما يشاء أمام المحاكم بطريق الطلب أو الدفع في أي وقت وفي مواجهة من يرى اختصاصه،<sup>1</sup> ففي حالة الشيوخ واختلاف الشركاء على عنصر التراضي في إجراء القسمة فتكون آرائهم متضاربة مما يمنع الشريك من الإستئثار بحصته وفرزها عن حصص شركائه فيعيق وصوله إلى ملكه في الشيوخ،<sup>2</sup> نجد أن المشرع قد تدخل ليضع حد لعدم اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع فأعطى الحق للشريك الذي يرغب في إنهاء حالة الشيوخ، باتخاذ الإجراءات القانونية في سبيل الوصول إلى ذلك فقسمة المال الشائع عن طريق رفع دعوى القسمة،<sup>3</sup> لذلك سيكون محور البحث في هذا المبحث حول مسألتين الأولى مفهوم دعوى القسمة، والمسألة الثانية حول الإختصاص في دعوى القسمة .

### المطلب الأول

#### مفهوم دعوى القسمة

إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة إتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوخ فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية فيرفع دعوى القسمة،<sup>4</sup> فإذا أراد أحد الشركاء أن يخرج من الشركة ببيع حصته فلم يتسنى له ذلك لعدم وجود راجب من الشركاء لشراء تلك الحصة أو أنهم يرغبون بشرائها، لكن بئس بئس فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى القضاء ليتوصل إلى جبر الشركاء على بيع المال المشاع كله وتوزيع ثمنه بينهم.<sup>5</sup>

### الفرع الأول

#### تعريف دعوى القسمة

تنص المادة 724 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة."<sup>6</sup> من خلال هذه المادة يمكن تعريف دعوى القسمة بأنها دعوى مختلطة، إجرائية، وموضوعية، يقصد بها قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشيوخ، فهي دعوى إجرائية لأنها تتضمن الإجراءات التي

<sup>1</sup> أمينة مصطفى النمر، "الدعوى وإجراءاتها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص ص 13-14.

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 366.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 366.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 910.

<sup>5</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 366.

<sup>6</sup> المادة 724 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

تؤدي إلى اختصاص كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال الشائع، وهي دعوى موضوعية لأن الحكم الصادر فيها يؤثر في الملكية وفي الخصوم وفي المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، وفي كل المنازعات الأخرى التي تتعلق بالقسمة،<sup>1</sup> وعلى هذا الأساس فقد قضى المشرع الجزائري بأنه في حالة اختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشبوع، أن يبادر برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة لقسمة هذا المال إذا كان يقبل القسمة عينا ودون أن يلحقه نقص كبير في قيمته،<sup>2</sup> فإذا رغب أحد الشركاء باللجوء إلى القضاء لوضع حد لاختلافه مع شركائه فيكون الطريق القانوني له إقامة دعوى القسمة لتحقيق مصلحته في الدعوى فهي السبيل لبلوغ غايته منها، وليس من المتصور إقامة دعوى بطلب إذن أو أخذ موافقة الشركاء الرافضين للقسمة فالقسمة لا تجري إلا وفقا لطلب يقدم من أحد الشركاء فالمحكمة لا تتدخل من تلقاء نفسها بإجراء القسمة.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### شروط دعوى القسمة

إن الحق في طلب إنهاء الشبوع متعلق بحق الملكية فما دام الشريك يملك حصته فله ممارسة السلطات التي يخولها حق الملكية على الشيء وحق إقامة الدعوى ما هو إلا نتيجة ترتبت على ذلك، ولأنه حق عائد للأفراد لذا فيطلب من الراغب بإنهاء الشبوع أن يتقدم بطلب إلى القضاء لمباشرة الإجراءات المطلوبة للوصول إلى مبعثه واستقلاله بملكه مفرزة،<sup>4</sup> غير أن هذا الطلب مرتبط بضرورة أن تتوفر في الرافع الدعوى الشروط العامة لرفع الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والأهلية.

### أولا : الصفة

الأصل هو وجوب رفع الدعوى أو الطلب أو الطعن أو الدفع أو الدفاع من ذي صفة على ذي صفة، وإلا كان غير مقبول، فالدعوى لا تقبل إلا من صاحب الحق أو من ينوب عنه،<sup>5</sup> فالصفة في الدعوى لا تثبت إلا للشخص الذي يدعي لنفسه مركزا قانونيا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أما الصفة في الخصومة القضائية تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني إذا كان هو رافع الدعوى بنفسه

<sup>1</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في دعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 137.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 371.

<sup>5</sup> نبيل صقر، " الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص ص 123-124.

وقد تثبت لغيره الذي يمثله في رفعها ومباشرتها كالوكيل أو النائب القانوني ( الوصي، الولي، المقدم، رئيس مجلس الإدارة).<sup>1</sup>

والصفة ركن أساسي وجوهري في كل دعوى قضائية وتصبح غير مقبولة في حالة فقدانها ويطبق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.<sup>2</sup>

### ثانيا : المصلحة

يقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى فإذا انتقلت تلك المصلحة لفائدة رافعها فلا تقبل دعواه،<sup>3</sup> ومن المسلم به أن المصلحة شرط لقبول الدعوى ،ومن المبادئ الأساسية في الإجراءات أنه : "حيث لا مصلحة لا دعوى . فيشترط لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة في رفعها ،وإلا حكم القاضي بعدم قبول الدعوى . وشرط المصلحة شرط عام في كل دعوى قضائية سواء رفعت أمام القضاء العادي أم القضاء الإداري،<sup>4</sup> وتعد المصلحة أهم شرط لقبول الدعوى ولا يكفي لقبول الدعوى أن تكون لصاحبها مصلحة ، وإنما يجب أن تكون المصلحة قانونية، قائمة وحالة وأن تكون شخصية ومباشرة.<sup>5</sup>

### ثالثا : الأهلية

أهلية الخصم هي صلاحيته لاكتساب المركز القانوني للخصم ومباشرة إجراءات الخصومة<sup>6</sup> والأهلية القانونية شرط لازم لرفع الدعوى ، ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدامها عملا بنص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري . كما يجب أن تتوفر الأهلية في متخذ الإجراء يجب أن تتوفر أيضا في الخصم الموجه إليه الإجراء لأنه يتعرض لمخاطر الحكم ضده لذلك يستدعي أن يكون في وضع يمكنه من الدفاع عن حقه والرد على ما يتخذ ضده من إجراءات،<sup>7</sup> وبناء على ذلك ذلك فلا ترفع الدعوى من قاصر ولا ترفع على قاصر ، ويلحق بالقاصر عديم الأهلية أو ناقصها مثل

<sup>1</sup> خليل بوصنوبرة، " الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، الجزء الأول، منشورات نوميديا، قسنطينة، الجزائر، 2010، ص ص146-147.

<sup>2</sup> عمر حمدي باشا، " مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات"، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 39.

<sup>3</sup> عمار بالغيث، المرجع السابق، ص 47.

<sup>4</sup> نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص125-126.

<sup>5</sup> خليل بو صنوبرة، المرجع السابق، ص ص 148-149.

<sup>6</sup> محند أمقران بوبشير، " قانون الإجراءات المدنية"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 74.

<sup>7</sup> خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص ص 154-155.

الصبي الصغير والمجنون والمعنوه والمغفل والغائب و المحجور عليه فالقاصر يحتاج إلى ولي أو وصي وناقص الأهلية ، يحتاج إلى نائب عنه سواء كان قيما أو مقدما أو وكيلًا أو حارس قضائيا.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### الخصوم في دعوى القسمة

تتطلب الدعوى وجود طرفين أي وجود خصومة تتكون من مدعي ومدعى عليه، فالخصومة هي شرط أساسي في كل دعوى ولا يتصور قيام دعوى وتحقيق شروطها دون وجود الخصومة، ومقتضاها تكليف الشخص لخصمه بالحضور أمام القضاء ليقاضي منه حقا ثابتا أو مزعوما،<sup>2</sup> ثم إن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك ولا ترفع إلا على شريك، بحيث يملك رفعها الشريك الأصلي في الشيوخ وخلفه العام أو الخاص على الحصة الشائعة،<sup>3</sup> ويجوز لأي شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الإتفاقية أن يرفع دعوى القسمة فيكون هو المدعي ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا في دعوى القسمة،<sup>4</sup> طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 724 من الفقرة الفقرة الأولى حيث جاء فيها أنه : " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة . " <sup>5</sup> ولأن المظهر العملي للخصومة يتمثل في المرافعة أمام المحكمة المختصة و المحكمة المختصة ملزمة بالتحقق من صفة الخصوم قبل المباشرة في المرافعة حتى لو لم يقع دفع بذلك لأن الخصومة من النظام العام وهو دفع يجوز إثارته من قبل الخصوم في أية مرحلة من مراحل الدعوى،<sup>6</sup> فلما كان الشيوخ حالة قانونية ناجمة عن تعدد الحق العيني فلا بد من إدخال جميع الشركاء خصوصا في دعوى القسمة ، فإذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض الآخر جاز فيها بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى ، كما يجوز لهم أن يدخلوا فيها من تلقاء أنفسهم كما يحق للمحكمة إدخالهم من تلقاء نفسها دون طلب من أحدالخصوم،<sup>7</sup>

<sup>1</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 135-136.

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 374.

<sup>3</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 94.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 912.

<sup>5</sup> المادة 724 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>6</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 374-375.

أحد الخصوم،<sup>1</sup> فإذا لم ترفع على جميع الشركاء ترتب إغفال بعضهم عدم الإحتجاج على هذا البعض بالحكم الصادر فيها.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### الإختصاص و الخبرة القضائية في دعوى القسمة

تعد القسمة الاتفاقية قسمة تخلو من الجانب النزاعي فجميع الشركاء متفقين على مسألة تقسيم مالهم، هذا عكس القسمة القضائية للمال الشائع التي تستدعي ضرورة رفع دعوى قضائية، بطلب أحد الشركاء الذي يريد الخروج من حالة الشيوع، أو بطلب الشركاء المتنازعين في توزيع الحصص المفترزة بينهم. كل هذه الطلبات و غيرها تتدرج تحت عنوان دعوى القسمة هذه الأخيرة تستلزم إتباع إجراءات معينة لصحتها، و يعد الإختصاص أهمها على الإطلاق لنعرج في الأخير لمسألة الخبرة التي تمثل الفاصل في هذه الدعوى، وعليه ففي هذا المطلب نتعرض إلى ثلاثة فروع، نعالج في الفرع الأول الإختصاص النوعي أما الفرع الثاني نتطرق فيه لمسألة الإختصاص الإقليمي، لنختم في الأخير أي الفرع الثالث إلى دراسة مسألة الخبرة القضائية و كل هذا سيكون على النحو التالي:

#### الفرع الأول

##### الإختصاص النوعي

يعد الإختصاص التوجيه الأمثل والصحيح الذي تملكه الدعوى القضائية هذا الأخير يتفرع إلى نوعين جوهريين، سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة النوع الأول و هو الإختصاص النوعي و ذلك من خلال ثلاث نقاط نتعرض في النقطة الأولى إلى تعريف الإختصاص النوعي، وأما في الثانية نحدد أنواع الإختصاص النوعي لنعرج في الأخير إلى النقطة الثالثة و المتعلقة بدراسة طبيعة الإختصاص النوعي و كل هذا سيكون وفقا لما يلي:

##### أولا : تعريف الإختصاص النوعي

يتمثل الإختصاص النوعي في صلاحية الجهة القضائية للنظر في النزاع الذي يدخل ضمن ولاية القضاء، وقد وزع المشرع المشرع الإختصاص بين مختلف الجهات القضائية من محاكم و مجالس قضائية و المحكمة العليا و مجلس الدولة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 395.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 95.

## ثانيا : أنواع الإختصاص النوعي

من خلال استقراء مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجود نوعين لهذا الإختصاص، أولهما هو الإختصاص النوعي للمحاكم، وثانيهما هو الإختصاص النوعي للمجالس وسندرس هذين النوعين سندرسهما على النحو التالي:

## 1 - الإختصاص النوعي للمحاكم:

حدد المشرع في هذا النوع جميع الدعاوى التي تختص بفصلها المحاكم الابتدائية، و هي جميع الدعاوى المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية والعقارية و قضايا شؤون ن الأسرة، بمعنى أن تحديد إختصاص محكمة معينة يقصد به تحديد القضايا التي تباشر بشأنها سلطة القضاء، و القواعد المحددة للإختصاص تهدف إلى بيان حدود و نصيب كل محكمة من القضايا ، التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها كما تعتبر المحكمة المختصة بنظر جميع القضايا بصفة ابتدائية ونهائية.<sup>2</sup>

وهذا ما أكده القرار رقم 45699 المؤرخ في 1988/05/23 والصادر عن المحكمة العليا والذي جاء بما يلي : "من المقرر قانونا أنه تختص المحاكم ابتدائيا ونهائيا بالمنازعات بين المستأجر والمؤجر إذا كانت قيمة الإيجار السنوي يوم رفع الدعوى لا تجاوز ألف و خمسة مائة دينار ولما كان ثابت -في قضية الحال أن الإيجار الشهري يوم رفع الدعوى كان يبلغ 95 دج، فإن قضاة المجلس اللذين قضوا بقبول الاستئناف شكلا يكون قد خرقوا القانون."<sup>3</sup>

وتفصل المحاكم أيضا في جميع الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار جزائري وهذا ما جاءت به المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .وقد استحدث المشرع الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم وتختص الأقطاب المتخصصة بالنظر في قضايا التجارة الدولية والإفلاس والتسوية القضائية والمنازعات المتعلقة بالبنوك ومنازعات الملكية الفكرية والمنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات، وتحدد محاكم الأقطاب المتخصصة عن طريق التنظيم وتفصل الأقطاب المتخصصة في القضايا المطروحة أمامها بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة وتكون أحكام المحاكم قابلة للإستئناف.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سليمان بارش، " شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الخصوم القضائية أمام المحكمة"، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص67.

<sup>2</sup> فريجة حسين، " المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010، ص35.

<sup>3</sup> القرار رقم 45699، الصادر بتاريخ 1988/5/23، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1992، ص124.

<sup>4</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص35.

وبالرجوع إلى القسمة نجد أن محاكم القضاء العادي وفق أحكام القانون العضوي رقم 11، 05 المؤرخ في 17 يوليو 2005 والمتعلق بالتقسيم القضائي هي الجهات المختصة بالفصل في دعاوى إنهاء حالة الشيوخ،<sup>1</sup> كما جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في مادته 512 أن القسم العقاري والذي يدخل ضمن أقسام المحاكم يختص بالنظر في القضايا المتعلقة بالقسمة، حيث جاء نص المادة بما يلي: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية :

- 1- في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى وحق الإستغلال وحق السكن،
- 2- في الحيازة والتقدم وحق الإنتفاع وحق الإستعمال وحق الإستغلال وحق السكن،
- 3- في نشاط الترقية العقارية،
- 4- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوخ،
- 5- في إثبات الملكية العقارية،
- 6- في الشفعة،
- 7- في الهبات و الوصايا المتعلقة بالعقارات،
- 8- في التنازل عن الملكية وحق الإنتفاع ،
- 9- في القسمة وتحديد المعالم...<sup>2</sup>

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر القضايا الذي يفصل فيها على مستوى القسم العقاري، هذا الأخير الذي يعد من أحد أهم الأقسام المكونة للمحاكم الابتدائية، ومن بين هذه القضايا القسمة وتحديد المعالم المتعلقة بالعقارات لكن نجد أن المشرع ترك مسألة القسمة مفتوحة المجال لكل أنواع القسمة أي في حالة الملكية الشائعة إلى غيرها من الملكيات.

## 2- الإختصاص النوعي للمجالس

تختص المجالس القضائية بالحكم في قضايا الإستئناف، التي ترفع إليها من المحاكم الابتدائية في جميع القضايا القابلة للإستئناف، و مجلس للإستئناف يعتبر درجة ثانية، كما يختص المجلس القضائي بالفصل في طلبات تنازع الإختصاص بين القضاة إذا كان النزاع يتعلق بجهتين قضائيتين

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص105.

<sup>2</sup> المادة 512 من القانون رقم 09/08، الصادر بتاريخ 208/04/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23.



واقعتين في دائرة اختصاصه، وكذلك يختص المجلس بالنظر في طلبات رد القضاة المرفوعة ضد قضاة الحكم التابعين لدائرة اختصاصه.<sup>1</sup>

وجاء هذا النوع من الإختصاص ضمن المادتين 34 و 35 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

### ثالثا: طبيعة الإختصاص النوعي

نصت المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن الإختصاص النوعي من النظام العام، وتقضي فيه الجهة القضائية المطروح أمامها من تلقاء نفسها و في أية مرحلة كانت عليها القضية.<sup>2</sup> وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 31,432 والصادر بتاريخ 1983/05/30 ، والذي جاء فيه ما يلي : "من المقرر قانونا أن عدم إختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعد من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حال كانت عليها الدعوى، فإن استئناف الأمر بإجراء خبرة باعتباره حكما تحضيريا يكون مقبولا رغم مقتضيات أحكام المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية وأن قضاة الإستئناف المخاطرين بفعل الأثر الناقل للإستئناف مطالبون بالبت في الوجه المأخوذ في الدفع بعدم الإختصاص، وهذا الدفع لا يعد طلبا جديدا طبقا لمقتضيات المادة 107 من نفس القانون."<sup>3</sup>

وجاء في هذا الصدد القرار رقم 35,724 و الصادر بتاريخ 1985/01/09 والذي أقر ما يلي: " من المقرر قانونا أن الإختصاص النوعي من النظام العام فإن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا يكون مقبولا، ولما كان الخطأ مصلحيا، وجب اعتبار الدولة مسؤولة ، ومن ثمة مساءلتها أمام الجهة القضائية الإدارية وليس المدنية ، وعليه فإن المجلس القضائي الذي فصل في دعوى متعلقة بحادث تسبب فيه وراح ضحيته أحد رجال الدرك في مركز المصلحة ومنح التعويض لذوي الحقوق يكون قد خرقت قاعدة جوهرية حينما تمسك باختصاصه وعرض قراره للنقض."<sup>4</sup>

بالرغم من أن القرارين وردا في ظل الإجراءات المدنية القديم إلا أنهما يحملان نفس المبدأ الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وهو أن الإختصاص النوعي من النظام العام .

### الفرع الثاني

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، 37.

<sup>2</sup> عبد الله مسعودي، " الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 29.

<sup>3</sup> القرار رقم 31.432، الصادر بتاريخ 1983/05/30، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989، ص 182.

<sup>4</sup> القرار رقم 35.724، الصادر بتاريخ 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1989، ص 25.

### الإختصاص الإقليمي

تطرقنا في الفرع السابق إلى مسألة الإختصاص النوعي، الأمر الذي يدفعنا في هذا الفرع إلى دراسة مسألة الإختصاص الإقليمي، هذه الأخيرة تعد ثاني أهم نوع من أنواع الإختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال نقطتين أولها تعريف بالإختصاص الإقليمي ، وثانيهما طبيعة الإختصاص الإقليمي وهذا سيكون على النحو التالي :

#### أولا : تعريف الإختصاص الإقليمي

يقصد بالإختصاص الإقليمي نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة ، وقواعد الإختصاص الإقليمي أو المحلي هي القواعد التي تهتم بتوزيع القضايا على أساس جغرافي أو إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع ، ولعل توزيع الإختصاص بين إقليم الوطن الهدف منه هو تقريب العدالة من المتقاضين، من أجل سرعة الفصل في القضايا و تحقيقا لهذا نقد وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة تحدد المحكمة المختصة إقليميا بنظر النزاع ،التي تقرر أن المدعي يسعى وراء المدعي عليه وبذلك أعطى المشرع الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه.<sup>1</sup>

#### ثانيا : طبيعة الإختصاص الإقليمي

في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعتبر لاغيا و عديم الأثر كل شرط يمنح الإختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار والسبب في هذه الرخصة حسب رأينا لم تمتاز به المسائل التجارية من السرعة و الإلتمان.<sup>2</sup>

وأجازت المادة 46 من نفس القانون استثناء للخصوم الحضور أمام القاضي، ولولم يكن مختصا إقليميا واختيارهما للتقاضي أمامه إلا أنهما يوقعان على تصريح بالنقاضي أمامه، و إذا تعذر التوقيع أشار القاضي إلى ذلك وبالتالي يكون القاضي مختصا حتى الفصل في الدعوى ويكون استئنافهما أمام الجهة التي اختارها أي أمام المجلس الذي به القاضي.

أما المادة 47 من نفس القانون أوجبت على صاحب المصلحة إثارة الدفوع الشكلية قبل التطرق للموضوع.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص34.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص34.

### مفهوم الخبرة القضائية

يفصل القاضي في مسائل معينة له دراية بها و لا تخرج عن الاطار القانوني ، أما باقي المسائل التي يستعصي عليه إدراكها و التي تتعلق بجوانب فنية او علمية يلجأ فيها الى تعيين خبراء مختصين ذوي خبرة ،بهذه الجوانب لمساعدته على إصدار أحكام خاصة بالمنازعات المعرضة عليه ، ومنه سنحاول في هذا الفرع دراسة هذه الخبرة القضائية من خلال عدة عناصر نتطرق في العنصر الأول لتعريفها ثم نتعرض في العنصر الثاني الى تحديد مجالها لنعرج في العنصر الأخير الى تبيان المهام التي يقوم بها الخبير و هذا كله سيكون على النحو التالي :

#### أولا : تعريف الخبرة القضائية

للخبرة القضائية عدة تعاريف نذكر منها ما يلي : "الخبرة القضائية هي إجراء تحقيقي و استشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الإختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمور علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها".

وعرفت أيضا بأنها: "استعانة القاضي أو الخصوم بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العملية التي تتعلق بوقائع النزاع و ذلك للقيام بأبحاث فنية و علمية واستخلاص النتائج منها في شكل رأي غير ملزم".<sup>1</sup>

#### ثانيا : مجال الخبرة القضائية

ورد مجال الخبرة في نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي : "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية ، تقنية أو علمية محضة للقاضي"،<sup>2</sup> يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر مجال الخبرة في الوقائع المادية التقنية و العلمية المحضة وهذا يعني خروج المسائل القانونية عن مجال الخبرة لأن القاضي يفترض فيه العلم و الدراية بالقانون و الإلتزام بتطبيقه، وهذا يعني أن القاضي يحتاج إلى خبرة تقنية و علمية من الخبراء مختصين لإصدار أحكامه.

وهذه الخبرة تمس عدة منازعات. منها منازعات الأحوال الشخصية أو شؤون الأسرة و كذا المنازعات العقارية التي تكون فيها الخبرة عقارية،فبإسقاط هذه الخبرة على قسمة عقار مملوك على الشيوخ نجد

<sup>1</sup> محمد حزيط، " الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص15.

<sup>2</sup> المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر .

أن المشرع أجاز في المادة 724 من القانون المدني السالفة الذكر للمحكمة بتعيين خبير أو أكثر. وهذه الحالة أي قسمة المال الشائع بين الشركاء. تعد من الحالات المقررة لتعيين الخبير بنص قانوني. فالمحكمة يلتزم عليها الأمر بإجراء خبرة لحسم النزاع المفروض عليها، حيث لا تملك المحكمة خياراً آخر غير طريق الخبرة للفصل في الدعوى<sup>1</sup> وبما أننا بصدد قسمة المال الشائع وتعيين خبير مختص بهذا الشأن هذا الغرض جاء قرار للمحكمة العليا رقم 233109 الصادر بتاريخ 2002/07/17 والذي يقرر ما يلي : " تتم قسمة المال الشائع في حالة اختلاف الشركاء و تعيين خبير من طرف المحكمة عن تكوين الحصص و إجراء القرعة، حيث أنه بموجب مقتضيات المواد 727/1725 من القانون المدني يلزم الخبير بتكوين الحصص و فيما بعد تجري القسمة بطريق الإقتراع. و أنه في قضية الحال يستخلص من عناصر الملك و لاسيما من القرار المطعون فيه بأن الخبير لم يجري عملية القرعة للقيام بالقسمة خرقاً بذلك لنص 727 من القانون المدني".<sup>2</sup> هذا القرار يتعلق بالمال الشائع القابل للقسمة حيث يحصل فيه كل على جزء مفرز دون أن تحدث القسمة ضرراً أو تفوت المنفعة المقصودة من المال الشائع قبل قسمته.<sup>3</sup>

لكن قد تصادفنا عدم قابلية العقار الشائع للقسمة وهي واقعة مادية يتم إثباتها بواسطة خبرة بنص القانون.<sup>4</sup>

### ثالثاً : مهام الخبير

نجد أن الخبراء على اختلاف ميادين خبرتهم مجتمعين في تعداد المهام التي توكل إليهم. من بحث و تحري و تدوين لكننا في هذا العنصر سندرس المهام الموكلة للخبير في المجال لعقار لأنها تخدمنا في دراسة قسمة العقار الشائع، من خلال خبير عقاري هذا الأخير يقوم بعدة مهام نذكرها كالتالي:

- 1 - وضع المخططات الطبوغرافية و الوثائق التقنية الملحقة بالعقود الرسمية الناقلة للملكية العقارية.
- 2 - وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية و تحديدها ووضع معالم حدودها.
- 3 - القيام بالتحريات العقارية المرتبطة بعمليات نزع الملكية للمنفعة العامة و تحرير مخطط جزئي بذلك.

<sup>1</sup> محمد حزيط، المرجع السابق، ص75.

<sup>2</sup> القرار رقم 233109، الصادر بتاريخ 2002/07/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004، ص323.

<sup>3</sup> جابر مهنا شبل، "انقضاء الشبوع بالقسمة القضائية"، مجلة كلية الحقوق، المجلد 16، العدد الثالث، 2016، ص 15.

<sup>4</sup> كريمة بغاشي، " الخبرة القضائية في المواد المدنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص29.

4 - تقييم الأملاك العقارية بتحديد قيمتها التجارية والإيجارية وفي الأخير.

5 - القيام بجميع الدراسات و الرسوم الطبوغرافية المتعلقة بتجزئة الأراضي وتقسيمها.<sup>1</sup>

كل هذه المهام يقوم بها الخبير بنفسه، ولا ينبغي غيره في ذلك و لو بصفة جزئية، و لكن هذه القاعدة قد يستحيل تطبيقها من الناحية العملية لأنه قد يحتاج أثناء قيامه بالأعمال التحضيرية إلى من يعاونه إلى القيام بها، كالأعمال اللازمة لجمع مادة عمل الخبير على أن التقرير الفني لهذا العمل هو الذي يتعين على الخبير أن يقوم به بنفسه،<sup>2</sup> وللإشارة يمكن القول أن الخبير بصفة عامة يعين بموجب أمر استعجالي، و كذا يعين بموجب حكم قضائي صادر من محكمة الموضوع.<sup>3</sup>

### المبحث الثالث

#### آثار القسمة

الأثر الرئيسي من القسمة هو إفراز المال الشائع حيث يختص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع،<sup>4</sup> فمن خلالها يتعين نصيب كل شريك مستقل عن نصيب غيره من الشركاء فيملك حصته مستقلا بعد القسمة و ينقطع حق اشتراك الآخر فيها و بالقسمة يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثانية لصاحب الملكية المطلقة من بيع وإيجار ورهن وبناء أو هدم و نحو ذلك شريطة أن لا يكون هذا التصرف مضرا بملك الغير.<sup>5</sup>

ثم أن القسمة تنشئ تحقيق المساواة بين المتقاسمين لذا أوجب المشرع على المتقاسمين أن يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق،<sup>6</sup> و يقتضي الكلام على هذه الآثار عرض النقاط الآتية التي سنتناولها من خلال المطلبين التاليين:

#### المطلب الأول

##### الأثر الكاشف

<sup>1</sup> سماعين شامة، المرجع السابق، ص125.

<sup>2</sup> محمد حزيط، المرجع السابق، 127.

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، "مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات"، المرجع السابق، ص47.

<sup>4</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص371.

<sup>5</sup> أحمد خالد، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 190-191.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص195.

إفراز المال الشائع هو اختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع و هو الغرض الذي يهدف إليه المتقاسمون و بمعنى آخر هو استقلال كل شريك بملكية الجزء الذي اختص به في القسمة ملكية مفرزة مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين.<sup>1</sup>

من خلال الشيوخ يكون للشريك حصة شائعة في المال الشائع كله فإذا ما وقعت القسمة تركز حق الشريك في جزء مفرز من المال يخلص له دون غيره من الشركاء و سنرى أن هذا الإفراز يتم على نحو كاشف للحق.<sup>2</sup>

## الفرع الأول

### تعريف الأثر الكاشف

تنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ و إن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى ".<sup>3</sup> يتضح من هذا النص أن القسمة عندما تفرز نصيب كل شريك يكون لها أثر رجعي ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوخ فإذا كان قد تملك في الشيوخ بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت وقوع القسمة، وإذا كان قد تملك في الشيوخ بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة،<sup>4</sup> فالتصرف الكاشف هو التصرف الذي يقرر وضعا قانونيا قائما من قبل دون أن يعدل فيه وهذا المعنى يفيد أن القسمة لا تعطي للمتقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل فالحق الذي كان له أثناء الشيوخ هو الذي انتقل إليه بالقسمة لأن حق الشريك المشتاع وإن كان محددًا تحديدا معنويا بحصته الشائعة إلا انه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله،<sup>5</sup> فإذا كان قد تملك في الشيوخ باعتباره شريكا في مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة، وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك أي مال آخر مفرز في نصيب أي شريك آخر فلا يعتبر أنه قد تملك و لو حصة شائعة في هذا النص المفرز الذي تملكه الشريك الآخر،<sup>6</sup>

<sup>1</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص372.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص195.

<sup>3</sup> المادة 730 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية وللقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص197.

<sup>5</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص373.

الأخر،<sup>1</sup> ومن هنا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية و الحدود المادية لحق الشريك و ذلك بإفراز جزء من المال الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما وإذا حققت القسمة هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع فهي لا تحول الشريك سندا جديدا و إنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة والأثر الكاشف بهذا المعنى يطابق الحقيقة لأنه مستمد من طبيعة القسمة.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### التمييز بين الأثر الكاشف و الأثر الرجعي للقسمة

الأثر الكاشف للقسمة يعبر عن حقيقة الحال وهو مستمد من طبيعة القسمة إذ هو يبين أن القسمة ليست سند تملك المتقاسم لما آل إليه وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف يجب الأخذ بها دون تضيق،<sup>3</sup> أما الأثر الرجعي هو الأثر الذي يفيد أن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك في الشيوع وأن ما لم يؤل إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام، فيفترض بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث قد ملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه و يترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث و بقيت إلى أن تمت القسمة وهي مرحلة لتطور سنين عديدة ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي،<sup>4</sup> والأثر الكاشف بذلك يكفي للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشيوع،<sup>5</sup> أما الأثر الرجعي للقسمة فهو محض افتراض إذ أن معناه هو اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة و أنه لم يملك غيرها في بقية الحصص وهذا يخالف الحقيقة لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع منذ كان يرد حق الشريك خلالها على الشيء الشائع كله،<sup>6</sup> ثم أن واقع الأمر أن مرحلة الشيوع قد خلفت آثارا لا يجوز تجاهلها منها أن ما قبضه الورثة من ثمار في أثناء الشيوع لا يجب رده ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب ردها و لوجب

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 947-948.

<sup>2</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 373-374.

<sup>3</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية القانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 201.

<sup>4</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 374.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 954.

<sup>6</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 201.

أيضا أن يستولي كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موث مورثه، و منها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث و يعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث<sup>1</sup> والغرض من هذا الأثر الرجعي هو حماية كل متقاسم من الحقوق التي تفررت على الشيء الشائع من قبل أحد الشركاء الآخرين أثناء قيام الشيوع و يترتب على ذلك أنه يجب التضيق من نطاق تطبيق الأثر الرجعي باعتباره افتراضا مخالفا للحقيقة وحصره في حدود الغرض من تقريره واستبعاده فيما عدا ذلك.<sup>2</sup>

وإذا أجاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس بمرحلة الشيوع هذه فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعي ومن شأنه أن يحو مرحلة الشيوع محوا تاما و يعتبرها كأنها لم تكن،<sup>3</sup> والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري يظهر صراحة إعراضه عن أعمال الأثر الرجعي للقسمة وذلك من خلال المادة 730 من القانون المدني السالفة الذكر، إذ يبقى على صحة التصرف باعتباره صادرا من مالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير المتصرف،<sup>4</sup> و كذلك يبقى المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة صراحة حيث ينص في الفقرة الثانية من المادة 890 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل."<sup>5</sup> ويتضح من هذا النص أن المشرع أكد على أن هذا الرهن يبقى صحيحا و بنفس مرتبته رغم وقوع النصيب المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك الراهن و لكنه غير محله تبعا لتغير محل ملكية الشريك الراهن فأوقعه على قدر من الأعيان الواقعة في نصيب الراهن بالقسمة يعادل قيمة المرهون.<sup>6</sup>

### الفرع الثالث

#### مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

يقتضي تحديد مجال تطبيق الأثر الكاشف أن نبين الأشخاص الذين يقوم بالنسبة إليهم هذا الأثر والتصرفات التي يترتب عليها والأموال التي يطبق عليها.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص955.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص201.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص955.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص225.

<sup>5</sup> المادة 890 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>6</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص225.



## أولا : من حيث الأشخاص

يطبق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص على جميع الأشخاص لا فرق في ذلك بين الشركاء المتقاسمين في المال الشائع و الغير،<sup>1</sup> فبالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم فلا يحق للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، حيث أن القسمة ليست سندا لتملك المتقاسم لما آل إليه،<sup>2</sup> و سرى أيضا الأثر الكاشف بالنسبة للغير فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءا مفرزا من المال الشائع لدائن مرتهن فإن هذا الدائن وهو من الغير يسري في حقه الأثر الكاشف لأن القسمة كاشفة و بالتالي يترتب على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر غير الشريك الراهن نصيبه المفرز خاليا من الرهن و قد سرى في حق الدائن و هو من الغير.<sup>3</sup>

## ثانيا : من حيث التصرفات

إن الأثر الكاشف للقسمة تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها ولهذا يجب تحديد التصرفات التي تعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليها ذلك الأثر والعبارة في هذا الشأن لكي يعتبر التصرف من قبيل القسمة أن يكون التصرف مؤديا إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه و سواء تم ذلك بالنسبة إلى جميع الشركاء في الشيوخ أو إلى بعضهم،<sup>4</sup> فيعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف إذ تضاف الحصة المباعة إلى حصة الشريك المشتري، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معادلا و من ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المباعة من وقت بدء الشيوخ لا من وقت البيع،<sup>5</sup> أما إذا بيع بيع المال الشائع لأجنبي ففي هذه الحالة يعتبر التصرف بيعا فيما بين الشركاء و المشتري، لذلك يجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من كل الرهون التي تترتب عليه من الشركاء أثناء الشيوخ أما فيما بين الشركاء فيعتبر التصرف قسمة لها أثر كاشف، أي ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن و يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي،<sup>6</sup> ومن

<sup>1</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص386.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص207.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص963-964.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص208.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص961.

<sup>6</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص380.

ومن ثم لا تنفذ في حقه التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع في خصوص المبيع، ولكن التصرفات التي أبرمها هو فإنها تبقى، وإذا قسم الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعاً بائعين و بقيت التصرفات التي أبرمها أثناء الشيوع في خصوص المبيع.<sup>1</sup>

### ثالثاً: من حيث الأموال

يتناول الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة وتم إفرازها فيتناول العقار و المنقول كما يتناول الأشياء المادية و الحقوق المعنوية،<sup>2</sup> وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال كل ما لم يكن شائعاً و مفرزاً مثل معدل القسمة و الحقوق الشخصية.<sup>3</sup>

#### 1- معدل القسمة

إذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخلاً من قبل في نطاق الشيوع فلا يطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق تطبيقاً لذلك إذا لم يكن المعدل الذي التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر مبلغاً من النقود بل كان عقاراً يملكه، فالقسمة في هذه الحالة لا تكون كاشفة لملكية هذا المعدل بل تكون ناقلة لملكيته من مالكه إلى المتقاسم الآخر، و بالتالي يصبح هذا الأخير خلفاً للمتقاسم الأول.<sup>4</sup>

#### 2- الحقوق الشخصية

هي سلطة تثبت لشخص معين في اقتضاء أداء معين من شخص آخر ويعبر عنه بقيام "رابطة اقتضاء"، أي قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء دين معين أي بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل و بذلك يكون للدائن حق في اقتضاء هذا الأداء من المدين.<sup>5</sup>

لذلك فالأثر الكاشف لا ينطبق على الحقوق الشخصية إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم و ذلك ما لم يكن غير قابل للإنقسام إذا في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للإنقسام لأحكام الشيوع،<sup>6</sup> مثال ذلك أن يتوفى شخص و يكون

<sup>1</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 961-962.

<sup>3</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 384.

<sup>4</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 215.

<sup>5</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 384-385.

<sup>6</sup> أحمد خالدي، "القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 215.

للتركة دين فإن هذا الدين لا يدخل في الشيوخ مع أموال التركة الشائعة، بل ينقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة، و من ثم لا يمر هذا الدين بمرحلة شيوخ تسبق القسمة بل هو ينقسم منذ البداية بين الورثة، و بالتالي لا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الدين و يعتبر كل وارث صاحب حصته في هذا الحق الشخصي من وقت وفاة المورث لا بفضل الأثر الكاشف بل بفضل انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن القانون المدني الجزائري لم يقم بمعالجة مسألة دين التركة، وأحال ذلك أ أحكام قانون الأسرة بموجب المادة 774 منه بقولها: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث على انتقال أموال التركة".<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### ضمان التعرض والإستحقاق

بما أن القسمة عقد فلا بد من أن ينتج عن هذا العقد آثار والتي حدد أهمها على الإطلاق ألا وهو الأثر الكاشف للقسمة في المطلب السابق أما الأثر الثاني للقسمة كسبب منهي لحالة الشيوخ فهو ضمان التعرض والإستحقاق الذي يعد التزام يقوم به شخص ما لشخص آخر مسه تعرض سواء كلياً أو جزئياً، كان الشخص الأول أو الغير سببا في التعرض، وعليه فإننا سنفصل في هذا الإلتزام من خلال تحديد مفهومه، وذلك في الفرع الأول، أما شروطه سنتطرق إليها في الفرع الثاني، لنخرج في الأخير إلى تحديد الآثار التي تترتب عند تحقق هذا الضمان من خلال الفرع الثالث و هذا كله سيكون على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مفهوم ضمان التعرض والإستحقاق

بما أن ضمان التعرض والإستحقاق هو من الآثار القسمة فلا بد من دراسته دراسة تحليلية منطلقين من تحديد مفهومه و هذا ما سنعالجه في هذا الفرع بدءاً بتعريف ضمان التعرض والإستحقاق، لننتقل في العنصر الثاني إلى توضيح الحكمة منه لننتهي في الأخير إلى دراسة أنواع التعرض التي تستوجب الضمان، وهذه العناصر ستكون على النحو التالي:

### أولاً : تعريف ضمان التعرض والإستحقاق

<sup>1</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص385.

<sup>2</sup> المادة 774 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

قبل الخوض في تعريف ضمان التعرض والإستحقاق كالالتزام يقوم به الشخص لا بد من تعريف مصطلح التعرض والإستحقاق كل على حدى لتقريب فهم هذا الإلتزام منطلقين من تعريف التعرض ثم الإستحقاق

### 1- تعريف التعرض:

هو كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها الحق المبيع بحسب الحالة التي كان عليها وقت المبيع وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>1</sup> و يمكن القول أن التعرض هو بمعنى الطرد أو الوضع خارجا، فالمشتري المتعرض له هو من "يطرد" من الإستفادة من الشيء و المحروم من حيازته الهادئة.<sup>2</sup>

2- تعريف الإستحقاق : هو في الأصل نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، والإستحقاق هو حرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضا.<sup>3</sup>

يعرف الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق أنه: "ضمان البائع أي فعل صادر منه نفسه أو من غيره و يكون من شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال المبيع".

و يعرف أيضا بأنه: "التزام البائع بأن يمكن المشتري من حيازة المبيع والإنتفاع به انتفاعا هادئا مستمرا لا يعكر صفو حيازته تعرض صادر من البائع أو من غيره".<sup>4</sup>

### ثانيا: الحكمة من الضمان في القسمة

نجد أن الضمان يستند في عقد البيع إلى أن عقد البيع ناقل للملكية فالبيع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري وبالتالي يضمن له ما نقل، هذا هو الأصل أما الضمان في القسمة يستند إلى مبدأ المساواة ذلك أن القسمة ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها و مع ذلك رتب القانون عليها ضمان التعرض و الإستحقاق كما رتبته على عقد البيع وهذا بهدف المساواة بين المتقاسمين، فبمقتضى القسمة يجب أن يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له من المال الشائع من حصة شائعة فإذا اتضح ان أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها أو بعضها كان معنى ذلك أنه لم يأخذ نصيبه الكامل في الأموال المشتركة الأمر الذي يقتضي تعويضه، والحقيقة أن المال الذي استحق في يد المتقاسم لم يكن من الواجب إدخاله في القسمة أما و قد أدخله الشركاء فيها فإن الشريك الذي اختص به يجب أن

<sup>1</sup> عبد القادر محمد القصاصي، "ضمان التعرض والإستحقاق في حق البيع، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 1999، ص.6.

<sup>2</sup> الحسين بن الشيخ آث ملويا، "المنتقى في عقد البيع"، دار هومة، الجزائر، 2005، ص.380.

<sup>3</sup> عبد القادر محمد القصاصي، المرجع السابق، ص.7.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص.4.

يعوض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعا فالإلتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ يجب أن يسود القسمة وهو مبدأ المساواة.<sup>1</sup>

### ثالثا: أنواع التعرض

من خلال استقراء مواد القانون المدني الجزائري نجد أن للتعرض نوعين يكونان سببا في الضمان الذي يقوم به الشخص المتضرر، أولها يكون تعرض شخصي و ثانيهما صادر من الغير وهذا ما سندرسه وفقا لمل يلي:

1- **التعرض الشخصي:** تناولته المادة 371 من القانون المدني الجزائري بنصها: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في التمتع كليا أو جزئيا سواء أتى التعرض من فعله الشخصي أو من فعل الغير"<sup>2</sup>

يستشف من نص هذه المادة القانونية أن المشرع الجزائري تعرض إلى مسألة التعرض والضمان فيما يخص عقد دون باقي العقود ، حيث يقوم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري وهذا يعني حيازة هادئة طبيعية للشيء المحاز بحيث يضمن البائع التعرض سواء كليا أو جزئيا، هذا التعرض الذي يصدر من البائع شخصيا أو يصدر من فعل الغير أي الفعل الذي لا يقوم به البائع و هذا ما سندرسه في العنصر القادم تحت عنوان " التعرض الصادر من الغير".

و يمكن القول أن التعرض الشخصي هو التعرض الذي يقع من البائع على المشتري و يخل هذا التعرض بانتفاع المشتري بالمبيع أو يحول دون انتفاعه به كليا أو جزئيا وذلك بصرف النظر عما إذا كان التعرض يقوم على سبب مادي أو سبب قانوني و بصرف النظر عما إذا كان التعرض مباشرا أو غير مباشر، ومع ذلك فهناك من الحالات ما يعتبر تعرض البائع للمشتري فيها مشروعا.<sup>3</sup>

2- **التعرض الصادر من الغير:** ورد تناوله هو الآخر في المادة 371 من القانون المدني الجزائري سألفة الذكر

<sup>1</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 400-401.

<sup>2</sup> المادة 371 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، " عقد البيع والمعاوضة" الطبعة الاولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 277.

إن هذا التعرض على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لضمان التعرض الشخصي والذي يكون إما ماديا أو قانونيا فإن البائع لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان قانونيا، وهو التعرض الصادر من الغير على المبيع كله أو على جزء منه.<sup>1</sup>

و في الأخير يمكن القول أن المشرع وضع دعوى منع التعرض سواء كان شخصا أو تعرض صادر من الغير لمالها من قوة على توفير الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذي يقع له و يعكر عليه حيازته للشيء،<sup>2</sup> وفي هذا الصدد جاءت المادة 820 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي : " من حاز عقارا و استمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض"،<sup>3</sup> تقابلها المادة 961 من القانون المدني المصري والذي جاء فيه ما يلي: "من حاز عقارا و استمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض".<sup>4</sup>

يستشف من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري والمصري سارا على نفس السياق حيث قاما بضبط مسألة رفع دعوى التعرض التي وضعا لها شروط منطلقين من حيازة العقار وهي حيازة مادية للشيء لمدة زمنية محددة والتي تم تقييدها بحد أدنى لا يقل عن سنة كاملة من حيازة الشيء، واشترط المشرعين أيضا أن يقع تعرض يمس بالدرجة الأولى حيازة الشيء حيازة هادئة و طبيعية، و أضافا إلى هذا الشرط شرطا آخر وهو أن يرفع الشخص المتضرر "الحائز" دعوى لمنع والحد من هذا التعرض خلال السنة التي تلي التعرض.

## الفرع الثاني

### شروط قيام الضمان

وجود عقد يعني وجود التزامات على أطرافه من شأنها خلف استمرارية للعقد أهمها هي الالتزام بضمان التعرض الذي يلحق بالطرف الآخر في العقد لكن لقيام هذه الضمانة لا بد من توفر عدة شروط تعددها كالتالي أولها وقوع تعرض فعلا وثانيهما متعلق بوقوع التعرض من الغير أما الشرط الثالث وهو أن يكون التعرض بسبب سابق للقسمة وفي الأخير ندرس الشرط الرابع و المتمثل في أن لا يوجد شرط صريح يعفى من الضمان وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

<sup>1</sup> الحسين بن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص390.

<sup>2</sup> معوض عبد الثواب، "الموسوعة النموذجية في الدفع"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندري، مصر، 2000، ص624.

<sup>3</sup> المادة 820 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>4</sup> المادة 961 من القانون المدني المصري سالف الذكر.

## أولا : وقوع تعرض فعلا

لا يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض والاستحقاق لقيام الضمان في هذه الحالة لا يكون أمام المتقاسم إلا أحد الأمرين الأول أن يحبس معدل الثمن حتى يزول التعرض ما لم يمنعه عن ذلك شرط في العقد، والثاني أن يسلم للغير بحقه فيقع الإستحقاق ويتوفر الشرط الأول، ولكن هذا لتسليم يقع تحت مسؤولية وكذلك لا يكفي<sup>1</sup> ظهور عيوب خفية التي من شأنها الإنقاص من قيمة الشيء أو من نفعه وذلك بحسب الغاية المقصودة منه،<sup>2</sup> لأن القانون لم يوجب ضمان العيوب الخفية في القسمة كما أوجب ذلك في البيع، و يرجع ذلك إلى وجود فرق جوهري بين القسمة والبيع ففي البيع ليس هناك ما يلزم المشتري بقبول المبيع المعيب، أما في القسمة فإن المال الشائع لا بد أن تشمله القسمة و لو كان معيبا فيقع في نصيب أحد الشركاء ولا يعني اكتشاف هذا العيب سوى أن الحصة المفززة التي آلت إلى المتقاسم قومت بأكثر من قيمتها عندئذ لا يكون أمامه إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين عن طريق نقض القسمة بسبب الغبن إذا كان هذا الغبن يزيد على الخمس.<sup>3</sup>

## ثانيا: وقوع التعرض من الغير

ينشأ العقد عدة التزامات في ذمة أطرافه فينبغي على كل طرف أن يقوم بتنفيذ تلك الالتزامات المترتبة عليه. ومن هذه الالتزامات ضمان التعرض الصادر عن الغير من أعمال تعد تعرضا للمشتري واعتداء على حقه في ملكيته أو في حيازته للمبيع<sup>4</sup> وعليه فالشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والإستحقاق في القسمة هو أن لا يكون الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ذلك رغم أن القواعد العامة من القانون المدني توجب هذا الشرط لأنه من الناحية العكسية إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه فيجب عليه أن يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطأه فلا يسأل عنها إلا نفسه.<sup>5</sup>

## ثالثا : أن يكون التعرض بسبب سابق على القسمة

<sup>1</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص401.

<sup>2</sup> أمازوز لطيفة، " التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011/07/03، ص370.

<sup>3</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص402.

<sup>4</sup> توفيق حسن فرج، "عقد البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص292.

<sup>5</sup> محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص405.

لقيام الضمان يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل القسمة، إذ لا يعقل أن يتحمل الشركاء المشتاعين نتائج تعرض او استحقاق بسبب حدث بعد القسمة،<sup>1</sup> بمعنى إذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا ضمان مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة وذلك بعد تمام القسمة، ومثل ذلك أيضا أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حيازة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز وعليه فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق لأن سبب الإستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة ومن الأسباب أن الإستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين.<sup>2</sup>

#### رابعا : لا يوجد شرط صريح يعفى من الضمان

الشرط الرابع من الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والإستحقاق هو ألا يوجد شرط صحيح يعفى من الضمان، فلا يكفي لإسقاط الضمان وجود شرط ضامن على الإسقاط أو أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذي يؤدي إلى الإستحقاق، و لا يكفي أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان كما هو الحكم في البيع حيث يكفي الإتفاق على الإعفاء من الضمان بشرط عام أي لا يقتصر على سبب معين أو نوع معين بل يجب لذلك أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة سبب الإستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان في شأنه ويرجع هذا التشدد من جانب المشرع حرصه على أن تتحقق المساواة بين المتقاسمين بقدر الإمكان.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث

#### أثار تحقق الضمان

تحقق الضمان يستدعي بالضرورة تحقق الأثار الناتجة عنه وهذا كنتيجة حتمية له، حيث أننا في هذا الفرع سنتعرض إلى هذه الأثار منطلقين من مسألة الإستحقاق الكلي ثم إلى مسألة الإستحقاق الجزئي لننتهي في الأخير إلى مسألة دعوى الإستحقاق وهذا ما سيتم تفصيله على النحو التالي:

#### أولا : الإستحقاق الكلي

<sup>1</sup> جورج ن ش دراوي، "سلسلة الحقوق العينية العقارية"، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015، ص93.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص970.

<sup>3</sup> محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص408.



هو نوع من أنواع الإستحقاق فالتعرض يحدث ضرر لكل الأجزاء المملوكة للمشتري وفي هذه الحالة لا بد من تعويضه تعويضا كليا بحيث يكون للمشتري في حالة فقد أنه لملكية المبيع الرجوع على البائع بالتعويض و قد تولى القانون تفصيل عناصره وهي كافية لجبر الضرر الذي يلحق بالمشتري نتيجة لاستحقاق المبيع، وإذا كانت أغلب القوانين لم تأخذ بحسن أو سوء نية البائع في الإعتبار عند تقدير التعويض.<sup>1</sup>

### ثانيا : الإستحقاق الجزئي

تذهب غالبية القوانين في صدد الضمان عن الإستحقاق الجزئي إلى التمييز بين الإستحقاق الجزئي الجسيم والإستحقاق الجزئي غير الجسيم:

- 1- يكون الإستحقاق الجزئي جسيما إذا بلغ من الجسامة والأهلية قدرا لو علمه المشتري وقت المبيع لما أقدم على إبرامه .
- 2- يكون الإستحقاق الجزئي غير الجسيم عندما يبلغ هذا الحد من الجسامة بحيث لو علمه المشتري وقت الشراء لما امتنع عن إبرام العقد، و تقدير التعويض يكون بحسب الجزء الذي تضرر.<sup>2</sup>

### ثالثا : دعوى الإستحقاق

هي تلك الدعوى التي تقوم لحماية الملكية بقيمتها ممن يدعى ملكية عقار ما، وهي بذلك تصنف على أنها دعوى عينية مجالها المطالبة بملكية العقار الذي صار تحت يد الغير نتيجة تصرف ما، و عليه فإن دعوى الإستحقاق التي يرفعها المالك للمطالبة بملك له تحت يد الغير محلها ينصب على المطالبة بالملكية ولا يمتد إلى طلب رد الشيء إلى المالك بعد أن حازه الغير بناءا على التزام في جانب ذلك،<sup>3</sup> وإذا رفعت دعوى الإستحقاق على المشتري من قبل الغير فإنه يتوجب على البائع التدخل فيها و يجوز كذلك إدخاله في الدعوى جبرا عنه، لأن له الصفة في تلك الدعوى من أجل دفع التعرض عن المشتري ، فيمكن للبائع دفع تعرض الغير إما من خلال التنفيذ العيني برد دعوى الإستحقاق فإن لم يستطيع البائع رد تلك الدعوى فإنه يلجأ إلى تنفيذ التزامه عن طريق التعويض.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر محمد أفصاصي، المرجع السابق، ص134.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص150.

<sup>3</sup> وهاب عياد، " التصرف في الملكية العقارية الشائعة"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007/2008، ص ص58-59.

<sup>4</sup> محمد أحمد هزيم، "ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 85.

ومما تقدم يمكن القول أن أطراف دعوى الإستحقاق (استرداد الملكية) هما المدعي بملكية العقار بمعنى المالك و المدعى عليه وهو الحائز أي الذي يوجد العقار محل الدعوى تحت يده وترفع دعوى الإستحقاق في أي وقت يرى من يدعي ملكية العقار رفعها فيه، فهي غير مقيدة بأجل محدد و بذلك فهي دعوى لا يمسه التقادم طالما أنها مرتبطة بحق الملكية وهو حق دائم لهم إلا إذا استطاع المدعي عليه إثبات تملكه للعقار عن طريق الحيازة (التقادم المكسب)،<sup>1</sup> و هناك حالات ترفع دعوى الإستحقاق على المشتري والبائع معا لما فيها من فائدة لمدعي الإستحقاق حين صدور الحكم القضائي النهائي بملكية المبيع فلا يستطيع البائع أو المشتري منازعة المستحق في المبيع و خصوصا إذا ثبت له الإستحقاق بحكم قضائي نهائي.<sup>2</sup>

### خلاصة الفصل الثاني

يستخلص في نهاية هذا الفصل والمتعلق بانقضاء الملكية الشائعة بالقسمة أن هذه الأخيرة تعدّ وسيلة للخلاص من حالة الشبوع، باعتباره أمرا شاقا بالنسبة للشركاء، فهو يعيق مسألة الاستفادة من العين المشاعة من خلال تصادم المصالح والسلطات الممنوحة لهم على نفس العين، لهذا لا يجبر الشركاء على البقاء في هذه الوضعية، حيث تدخل المشرع من خلال منح حق المطالبة بالقسمة للشركاء في أي وقت ما عدا الحالة التي يكون فيها الشبوع إجباريا، كونه يجبر الشركاء على البقاء في الشبوع، لأنه إذا تمت القسمة ستمس بالملك المشاع بالدرجة الأولى وكنتيجة حتمية تمس بالشركاء، ما جعل القسمة ليست الحل الأمثل والدائم للتخلص من الشبوع.

<sup>1</sup> وهاب عياد، المرجع السابق، ص59.

<sup>2</sup> محمد أحمد هزيم، المرجع السابق، ص86.

الخاتمة

## الخاتمة:

في ختام هذا العمل المتعلق بالملكية الشائعة، يمكن أن نصل إلى جملة من النتائج والاقتراحات نعرضها فيما يلي:

### أولاً: النتائج المتعلقة بالملكية الشائعة:

1- من خلال نصوص القانون المدني المتعلقة بالملكية الشائعة وجدنا أن المشرع الجزائري نص على سلطة التصرف في الشيوع و فصل فيها و أغفل النص على سلطة الإستعمال و الإستغلال.

2- جاء في نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالملكية الشائعة عبارة المال الشائع بصفة عامة هذا ما أوقعنا في خلط وعدم الوضوح، من مقصود المشرع المدني الجزائري.

3- المشرع المدني الجزائري لم يتطرق مطلقاً إلى الشيوع في المناطق العمرانية وكذلك إلى الشيوع في المناطق الريفية.

4- إن السبب الرئيسي للشيوع هو الميراث، و الإشكال يكمن في أن الورثة قد يكون منهم إبنات والأحكام تختلف بين تطبيق الشريعة الإسلامية أو تطبيق القانون المدني، في القسمة لأن المشرع الجزائري نص فقط على المساواة في الحصص.

5- لم يخضع المشرع الجزائري القسمة الودية التي يقوم بها الموثقون للرقابة القضائية.

6- المشرع الجزائري لم يتطرق لإخضاع القسمة لإشراف القضاء في حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية من بين الأطراف.

7- عدم وجود قواعد قانونية قاطعة عند تطبيق الأثر الكاشف والأثر الرجعي في القسمة.

### ثانياً: الإقتراحات المتعلقة بالملكية الشائعة:

1- نقترح فيما يتعلق بإغفال المشرع الجزائري عن النص على سلطة الإستعمال والإستغلال في الملكية الشائعة واكتفائه فقط بالنص على سلطة التصرف، بل و فصل فيها و أحاط بجميع جوانها و بما أن الملكية الشائعة هي نوع من أنواع الملكية و أن هذه الأخيرة تمنح لصاحبها التمتع بسلطات ثلاثة هي: سلطة التصرف سلطة الإستعمال و سلطة الإستغلال لذلك كان يجدر بالمشرع الجزائري النص عليهما بالتطرق إليهما باعتبارهما عنصرين جوهريين، لاكتمال حق الملكية و التفصيل فيهما.

- 2- نقترح فيما يختص عبارة المال الشائع التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني، و التي كانت نوعا ما غامضة حيث أن المال الشائع قد يكون عقارا و قد يكون منقولاً، لذلك لا بد أن يتم الفصل و التمييز بعبارات واضحة و دقيقة من المشرع المدني بين المال الشائع و المال الشائع المنقول، فالأحكام المتعلقة بقسمة المال الشائع العقار تختلف عن قسمة المال الشائع المنقول، تفاديا لأي خلط أو لبس في الموضوع.
- 3- نقترح فيما يتعلق بعدم تطرق المشرع الجزائري إلى الشيوخ في المناطق الريفية حيث أن الأحكام المتعلقة بالقسمة في المناطق العمرانية تختلف عن الأحكام المتعلقة بالقسمة في المناطق الريفية كون هذه الأخيرة تحضى بحماية خاصة للمحافظة عليها، لذلك كان يجدر بالمشرع الجزائري أن يتطرق إلى هذه المسألة وبضبط الأحكام المتعلقة بالقسمة في كل من المنطقتين في إطار القانون المدني بما أنه أغفل النص على هذه النقطة إغفالا تاما.
- 4- نقترح بخصوص إشكال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في قسمة المال الشائع أو تطبيق أحكام القانون المدني الجزائري، ذلك لأن أحكام الشريعة الإسلامية تختلف في تقسيم الميراث بين الذكر والأنثى في حين أن المشرع الجزائري ينص على المساواة في تقسيم الحصص وطبقا لذلك نقترح أن يدرس المشرع هذه المسألة ويفصل فيها بالإحالة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عندما يكون سبب الشيوخ هو الميراث وأن يفصل في غير ذلك من المسائل الأخرى المسببة للشيوخ طبقا للقانون المدني.
- 5- نقترح فيما يخص عدم إخضاع المشرع الجزائري القسمة الودية التي يقوم بها الموقوفون للرقابة القضائية، أن يتم إخضاعها لإشراف الرقابة القضائية والمصادقة عليها قضائيا وذلك تفاديا لما يحدث فيما بعد من أوضاع يصعب تداركها نتيجة لوجود إكراه مادي أو معنوي بين أطرافها قد حال دون أن تكون القسمة عادلة.
- 6- نقترح فيما يتعلق بعدم إخضاع القسمة لإشراف القضاء في حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية أنه يجب إخضاع القسمة لإشراف القضاء و رقابته حتى و لو كان ذلك بالإتفاق مع أوليائهم أو القيمين عليهم أو أوصيائهم في القسمة الإتفاقية، لأن مسألة وجود قاصر أو ناقص أهلية مسألة حساسة، و لا بد من حماية حقوقهم.
- 7- نقترح بخصوص عدم وجود قواعد قانونية قاطعة عند تطبيق الأثر الكاشف لذلك يجدر بالمشرع، أن يضع قواعد قانونية لحسم الخلاف القائم في التطبيق في مجال القضاء بحيث يجب ألا يترك استخلاص النتائج التي تدعوا الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر

الكاشف و الأثر الرجعي للقسمة بدون ضوابط قانونية وعليه فإننا نفضل أن يتدخل المشرع ليجرز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء.

في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن نظام الملكية الشائعة في التشريع الجزائري قد حظى باهتمام المشرع الجزائري، حيث تم التعرض إليه من خلال النصوص التشريعية المقررة إلا أنه لا يزال بحاجة إلى المزيد من المجهودات التشريعية المعمقة و إعادة النظر في بعض الجوانب التي تم إغفالها باعتبار أن إهمالها يؤدي في الواقع إلى المزيد و العديد من المنازعات المترتبة عن الشبوع و عدم توفيق و إمام المشرع الجزائري في وضع الحلول المناسبة لها.

الملاحق

# قائمة المصادر والمراجع



## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر

#### أ. القرآن الكريم

#### ب. القواميس

1. ابتسام القرام، " المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري"، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998.
2. ابن منظور، "لسان العرب"، المجلد الأول، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
3. جبران مسعود، "الموجز الرائد"، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، لبنان، 1992.
4. جيرار كورنو " المصطلحات القانونية"، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.
5. جيرار كورنو، " معجم المصطلحات القانونية"، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 1997.
6. عبد واحد كرم، " معجم المصطلحات القانونية عربي - فرنسي - إنجليزي"، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.
7. عمتوت عمر، " قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية"، دار هومة، الجزائر، 2009.
8. عمتوت عمر، "موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية"، دار هومة، الجزائر، 2012.
9. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، " القاموس المحيط"، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2001.
10. موريس نخلة وآخرون، " القاموس الثلاثي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

#### ج. القوانين:

1. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 بتاريخ 26/09/1975، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30/09/1975 المعدل والمتمم بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 26/06/2005.

2. قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية، عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

3. القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لأول ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرخة في 02/12/1990.

4. القانون رقم 09/08، الصادر بتاريخ 25/04/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23/04/2008.

5. المرسوم رقم 83/666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، الجريدة الرسمية رقم 83/47.

### ج. القوانين الأجنبية:

1. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 09/03/1932 بتاريخ 11/04/1932، والمعدل بموجب القانون رقم 483 بتاريخ 08/12/1995، الجريدة الرسمية عدد 51، بتاريخ 21/12/1995.

2. القانون المدني المصري المعدل والمتمم الصادر بمقتضى القانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 14/07/2011، الجريدة الرسمية عدد 28 مكرر، بتاريخ 16/07/2011.

### ثانيا: المراجع

#### أ. المؤلفات باللغة العربية:

1. ابراهيم أبو النجا، "الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي"، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.

2. أحمد خالدي، "الشفعة"، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.

3. أحمد خالدي، "القسم بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، درا هومة، الجزائر، 2013.

4. أحمد فراج حسين، "قسم الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

5. أحمد فرج حسين، "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

6. أحمد فلاح عبد البخيت، " الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
7. أحمد محمود خليل، " إدارة المال الشائع والتصرف فيه"، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2001.
8. أشرف أحمد عبد الوهاب، "موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني حتى 2004"، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2006.
9. أعرم يحيوي، " الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية"، دار هومة، الجزائر، 2004.
10. أمينة مصطفى النمر، " الدعوى وإجراءاتها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، **السنة**.
11. أنور طلبية، " الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات"، دون اسم الناشر، دون مكان نشر، 1996.
12. أنور طلبية، " العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة"، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، 2004.
13. أيمن سعد، " سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
14. بدوي حنا، "محاكمات مدنية"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
15. بلحاج العربي، " أحكام الشركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا"، دار الثقافة، وهران، الجزائر، 2009.
16. بلحاج العربي، " أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، طبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
17. بن طيبة صونية، " الإستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
18. توفيق حسن فرج، " عقد البيع والمعاوضة" الطبعة الاولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
19. توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

20. جمال خليل النشار، " إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
21. جورج ن ش دراوي، " سلسلة الحقوق العينية العقارية"، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015.
22. حسنين المحمدي بوادي، "حقوق الإنسان و ضمانات المتهم قبل وبعد المحاكمة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
23. الحسين بن الشيخ آث ملويا، " المنتقى في عقد البيع"، دار هومة، الجزائر، 2005.
24. حمدي باشا عمر، " حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومة، الجزائر، 2003.
25. حمدي باشا عمر، " نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2000.
26. حمدي باشا عمر، "مجمّع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار"، دار هومة، الجزائر، 2001.
27. حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، دار العلوم ، عنابة، الجزائر، 2000.
28. خليل بوصنوبرة، " الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، الجزء الأول، منشورات نومديا، قسنطينة، الجزائر، 2010.
29. رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)"، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
30. رمضان أبو السعود، " دروس في العقود المسماة (عقد البيع)"، الدار الجامعية، دون مكان وسنة نشر.
31. رمضان أبو السعود، "شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000.
32. زاهية حورية سي يوسف، "عقد الرهن الرسمي"، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
33. زهدي يكن، " تاريخ القانون"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1969.
34. زهدي يكن، " شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
35. سعيد أحمد شعلة، " قضاء النقض المدني والجزائي في البطلان"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.

36. سليمان بارش، " شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، الخصوم القضائية أمام المحكمة"، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
37. سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة (عقد البيع، عقد الكفالة)"، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية شتات وصادر، مصر، لبنان، 1990.
38. سماعين شامة، " النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري"، دار هومة، الجزائر، 2004.
39. السيد عبد الوهاب عرفة، " القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب"، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، مصر، 2006.
40. عبد الحفيظ بن عبيدة، "إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2003.
41. عبد الحميد الشواربي، " موسوعة الشركات التجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
42. عبد الحميد الشواربي، "التعليق الموضوعي على القانون المدني الجديد) أحكام عقد البيع والعقود التي تقع على الملكية"، الكتاب الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
43. عبد الرحمن بربارة، "الحماية الجزائية للملكية العقارية العقاري الخاصة"، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017.
44. عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الإيجار والعارية"، المجلد الأول، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
45. عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، الجزء الثامن، دار إحياء تراث العربي، لبنان، 2004.
46. عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام"، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
47. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)"، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الكلية الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

48. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية"، الجزء العاشر والأخير، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
49. عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، " أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا"، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني، دون سنة نشر.
50. عبد الله مسعودي، " الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، دار هومة، الجزائر، 2009.
51. عصام نجاح، " القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2011.
52. علي جبار صكيل الأسدي، " الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع"، الطبعة الأولى، دار الرضوان، عمان، الأردن، 2016.
53. علي علي سليمان، " النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
54. علي هادي العبيدي، "الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية"، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
55. عمار علوي، " الملكية ونظام العقار في الجزائر العقار"، دار هومة، الجزائر، 2004.
56. عمارة بلغيث، " الوجيز في الإجراءات المدنية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002.
57. عمر حمدي باشا، " مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات"، دار هومة، الجزائر، 2001.
58. فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، " الملكية الشائعة"، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون مكان نشر، 2009.
59. فريجة حسين، " المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010.
60. كريمة بغاشي، " الخبرة القضائية في المواد المدنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
61. ليلي طلبة، "الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2010.

62. مأمون عبد العزيز ابراهيم، " الحقوق العينية التبعية"، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي،الأردن، 2015.
63. محمد السعدي صبري، "الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
64. محمد المنجي، " الموسوعة الجامعة في الدعاوي العملية، دعوى ثبوت الملكية"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الاسكندرية، مصر، 2002.
65. محمد المنجي، " الموسوعة الجامعية في الدعاوي العملية دعوى القسمة"، الجزء الثامن، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2002.
66. محمد المنجي، "الموسوعة الجامعية في الدعوى العملية، دعوى بطلان العقود"، الجزء التاسع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2002.
67. محمد حزيط، " الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.
68. محمد حسنين، " عقد البيع في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
69. محمد حسين منصور، " الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000.
70. محمد شتا أبو سعد، " عقد البيع"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2003.
71. محمد صبري السعدي، " شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
72. محمد صبري السعدي، "الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية"، دار الهدى، الجزائر، 2010.
73. محمد عبد الرحمن الضويني، " أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013.
74. محمد عثمان شبير، "مدخل إلى فقه المعاملات المالية المال، الملكية العقد"، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2010.

75. محمد كامل مرسي باشا، " شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية أسباب كسب الملكية، الحيازة والتقدم"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.
76. محمد وحيد الدين سوار، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
77. محمود توفيق اسكندر، " الخبرة القضائية"، دار هومة، الجزائر، 2002.
78. محند أمقران بوبشير، " قانون الإجراءات المدنية"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
79. مروان كركبي، سامي بديع منصور، " الأموال والحقوق العينية العقارية الاصلية"، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
80. مريم تومي، "النظام القانوني للملكية المشتركة"، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2014.
81. مصطفى محمد الجمال، " نظام الملكية منشأة المعارف"، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
82. معوض عبد الثواب، "الموسوعة النموذجية في الدفع"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000.
83. نبيل ابراهيم سعد، "التأمينات العينية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
84. نبيل صقر، " الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والادارية"، دار الهدى، الجزائر، 2009.
85. همام محمد محمود زهران، " التأمينات العينية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
86. يوسف دلاندة، " الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة"، دار هومة، الجزائر، 2015.
87. يوسف محمد عبيدات، " مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار المسيرة للطباعة والنشر، 2011.
88. يوسف محمد عبيدات، "الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2011.



**ب. الرسائل والمذكرات العلمية:**

**1- رسائل الدكتوراه:**

1. أسعد فاطمة، " نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
2. أمازوز لطيفة، " التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011/07/03.
3. منى مقلاتي، "القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، دفعة 2015/2014.

**2- رسائل الماجستير:**

1. بوبكر لبيض، "التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014.
2. دفا فوزي، " تنظيم الملك المشاع في القانون المدني"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012/2011.
3. عبد القادر محمد القصاصي، " ضمان التعرض والإستحقاق في حق البيع، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 1999.
4. مازن زايد جميل عمران، " القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة ناجح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
5. محمد أحمد هزيم، "ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

6. وهاب عياد، " التصرف في الملكية العقارية الشائعة"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008/2007.

### 3- مذكرات الماستر:

1. الزهرة بركة، " النظام القانوني للملكية العقارية المشتركة في التشريع الجزائري" مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.

2. مقroud سليمة، " القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.

### ج- المجلات

1. القرار رقم 31.432، الصادر بتاريخ 1983/05/30، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989.

2. القرار رقم 35.724، الصادر بتاريخ 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1989.

3. القرار رقم 51109 الصادر بتاريخ 1989/4/19، المجلة القضائية، العدد الاول، 1991.

4. قرار رقم 50937 الصادر بتاريخ 1990/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991.

5. القرار رقم 59514 الصادر بتاريخ 1990/05/09، المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1991.

6. القرار رقم 45699، الصادر بتاريخ 1988/5/23، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1992.

7. القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

8. القرار رقم 91439 الصادر بتاريخ 1992/10/28، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1994.

9. القرار رقم 15130، الصادر بتاريخ 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998.

10. القرار رقم 198689، الصادر بتاريخ 2000/05/31، مجلة الإجتهد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الأول لسنة 2004.
11. القرار رقم رقم 201544 الصادر بتاريخ 2000/11/22، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، جزء 2، سنة 2004.
12. القرار رقم 233109، الصادر بتاريخ 2002/07/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004.
13. القرار رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.
14. أكرم محمود حسين، السيد بسام مجيد سليمان، " إدارة ملكية الأسرة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد ستة وثلاثون، 2008.
15. جابر مهنا شبل، "إنقضاء الشيوخ بالقسمة القضائية"، مجلة كلية الحقوق، المجلد 16، العدد الثالث، 2016.
16. صاحب عبيد الفتلاوي، " الأحكام القانونية لقسمة المهايأة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد الثاني، بغداد، العراق، 2010.
17. نعيم سمارة المصري، " قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 19، العدد الأول، يناير 2011.

**د- باللغة الأجنبية:**

1. Brigitte Hess Fallon, Anne marie Simon, "Droit Civil", 5<sup>ème</sup> édition, Edition Dalloz, Paris, France, 1999.
2. G Boudry Lacontinerie, M Chauveau, "Traité théorique et pratique de droit civil français des biens", 3<sup>ème</sup> édition, La société du recueil Jb, Paris, France, 1905.
3. Gérard Cornu, "Droit Civil, Les Biens", 13<sup>ème</sup> édition, Edition Alpha, Paris, France, 2009.

الفهرس

## فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
01	مقدمة .....
06	الفصل الأول: ماهية الملكية الشائعة .....
06	المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة.....
06	المطلب الأول: المقصود بالملكية الشائعة.....
07	الفرع الأول: التطور التاريخي للملكية الشائعة.....
11	الفرع الثاني: معنى الملكية الشائعة وتمييزها عن غيرها من الملكيات.....
18	الفرع الثالث: مصادر الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية.....
22	المطلب الثاني: صور الملكية الشائعة.....
23	الفرع الأول: الشيوع العادي.....
24	الفرع الثاني: ملكية الأسرة.....
27	الفرع الثالث: الشيوع الإجباري.....
30	المبحث الثاني: إدارة الملكية الشائعة.....
31	المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة.....
31	الفرع الأول: حفظ المال الشائع.....
32	الفرع الثاني: نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف.....
33	الفرع الثالث: سلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع.....
36	المطلب الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة.....
36	الفرع الأول: مفهوم أعمال الإدارة غير المعتادة.....
37	الفرع الثاني: الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.....
38	الفرع الثالث: إقامة أحد الشركاء ببناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة.....
38	المبحث الثالث: التصرف في الملكية الشائعة.....
39	المطلب الأول: تصرف الشركاء في الملكية الشائعة.....
39	الفرع الأول: التصرف الصادر عن جميع الشركاء.....
40	الفرع الثاني: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء.....

41	الفرع الثالث: الرهن كأهم تصرف صادر من الشركاء.....
43	المطلب الثاني: تصرف الشريك في الملكية الشائعة.....
43	الفرع الأول: تصرف الشريك في جزء من الملكية الشائعة.....
44	الفرع الثاني: تصرف الشريك في كل الملكية الشائعة.....
45	الفرع الثالث: الأسباب التي تستدعي التصرف في المال الشائع.....
47	خلاصة الفصل الأول .....
48	الفصل الثاني: انقضاء الملكية الشائعة بالقسمة.....
48	المبحث الأول: مضمون القسمة.....
49	المطلب الأول: مفهوم القسمة.....
50	الفرع الأول: تعريف القسمة.....
51	الفرع الثاني: مشروعية القسمة.....
53	الفرع الثالث: تقييد الحق في طلب القسمة .....
55	المطلب الثاني: أنواع القسمة.....
56	الفرع الأول: القسمة الاتفاقية.....
58	الفرع الثاني: القسمة القضائية.....
62	الفرع الثالث : قسمة المهأأة.....
66	المبحث الثاني: دعوى القسمة .....
67	المطلب الأول: مفهوم دعوى القسمة .....
67	الفرع الأول: تعريف دعوى القسمة.....
68	الفرع الثاني: شروط دعوى القسمة .....
70	الفرع الثالث: الخصوم في دعوى القسمة .....
71	المطلب الثاني : الاختصاص و الخبرة القضائية في دعوى القسمة.....
71	الفرع الأول: الاختصاص النوعي .....
74	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي .....
75	الفرع الثالث: مفهوم الخبرة القضائية .....
78	المبحث الثالث: آثار القسمة .....

78	المطلب الأول: الأثر الكاشف .....
79	الفرع الأول: تعريف الأثر الكاشف .....
80	الفرع الثاني: التمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة .....
81	الفرع الثالث: مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة .....
84	المطلب الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق.....
84	الفرع الأول: مفهوم ضمان التعرض والاستحقاق.....
87	الفرع الثاني: شروط قيام الضمان .....
89	الفرع الثالث: أثار تحقق الضمان.....
91	خلاصة الفصل الثاني.....
92	الخاتمة .....
95	قائمة المصادر والمراجع .....
106	فهرس المحتويات .....

## الملخص:

الملكية الشائعة نوع من أنواع الملكية، و تكون غير مفرزة يتعدد فيها الملاك المشتاعون في ملكية الملك المشاع، ولها ثلاث صور هي الشيوخ العادي، و ملكية الأسرة و كذا الشيوخ الإجباري، و تخول هذه الملكية للشركاء الحق في إدارة مالهم الشائع، سواء كانت هذه الإدارة إدارة معتادة أو غير معتادة، كما تمنحهم سلطة التصرف في مالهم الشائع تصرفا صادرا من جميع الشركاء، أو تصرفا صادرا من الشريك في جزء مفرز أوفي كل المال الشائع.

غير أن هذا التعدد للملاك يعد أمرا غير مرغوب فيه، لهذا لا يجبر الشركاء على البقاء في الشيوخ و من ثمة قضى المشرع الجزائري بأنه من حق كل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ويقصد بها إنهاء حالة الشيوخ، ولها ثلاثة أنواع محددة بنص القانون وهي مقسمة إلى الودية والمهاياة و القسمة القضائية، وهذه الأخيرة تعد الأكثر انتشارا وتكون برفع دعوى أمام القضاء، ويطلق عليها إسم دعوى القسمة و يفصل فيها القاضي بمساعدة الخبير، لأن القسمة لها جوانب تقنية.

وعند قبول طلب القسمة، يترتب عليها آثار تتمثل في الأثر الكاشف و ضمان التعرض و

الإستحقاق.