



جامعة 8 ماي 1945 - قالمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص : قانون أعمال

قسم العلوم القانونية والإدارية

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

## قسمة الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري

تحت إشراف :

إعداد الطلبة:

الدكتور: براحلية زويير

1- جاهمي جمال الدين

2- حيمود محمد

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/ عيساوي نبيلة	8 ماي 1945	أستاذ محاضر - ب-	رئيسا
02	د/ براحلية زويير	8 ماي 1945	أستاذ محاضر - ب-	مشرفا
03	أ/ بوشارب إيمان	8 ماي 1945	أستاذ مساعد - أ-	مناقشا

2019-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ  
فَارزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾

سورة النساء الآية 8



# شكر وتقدير

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان، ووافر التقدير والاحترام

إلى الدكتور الفاضل

"براحلية زويرير"

لقبوله الإشراف على هذه المذكرة، ولما قدمه لنا من نصائح قيمة وتوجيهات صائبة، وهذا في جميع مراحل بحثنا هذا ومهما قلنا فلن نوفيه حقه من الشكر والثناء، فنسأل الله أن يجزيه عنا خير الجزاء وأن يديم عليه نعمة الصحة والعافية.

كما يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر والعرفان لأساتذتنا الأجلاء، الأفاضل لجنة المناقشة لتحملهم عنا قراءة هذه المذكرة وقبولهم الاشتراك في لجنة المناقشة، فلهم منا أرقى عبارات الشكر والامتنان والتقدير وجزاهم الله عنا خير الجزاء.

كما نتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى كل من مد لنا يد العون والمساعدة لإنجاز هذا البحث ولو بنصيحة أو كلمة طيبة

ويملي علينا واجب الاعتراف بالفضل أن نتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء المكتبة والكلية.

# الإهداء

نهدي هذا العمل

إلى العائلة الكريمة

وإلى أصدقائنا وأساتذتنا عبر مشوارنا الدراسي

إلى دفعة قانون أعمال

(2019/2018)

# مقدمة

المال هو عصب الحياة فهو الوسيلة الناجعة في تحقيق مآرب الحياة فتجد الناس يسعون ويكدون من أجل تحقيقه، ولقد نظمت جل القوانين طريقة كسب المال أو ما يعرف بحق الملكية الذي يعتبر من الحقوق الأساسية التي عنيت بها التشريعات منذ القدم من حيث تنظيمه وضبط نطاقه وكيفية استعماله وحمايته لذلك فقد عرفت على أنها: "حق التمتع والتصرف في الأشياء شرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة فبعد أن كانت البشرية تعيش في مشاعية مطلقة وبملكية جماعية انتقلت إلى الأفراد بظهور الملكية الفردية والمفردة ، وبالرغم من أن هذه الأخيرة هي الأصل إلا أن الملكية الشائعة والشيوخ بقي موجودا، وإن أضحي يمثل الإستثناء، ذلك أن المال الشائع وخاصة العقار أصبح يشكل أهمية كبيرة فهو يمثل الثروة الحقيقية في هذه الحياة ، والتي يركز عليها النظام الإقتصادي لمساهمة هذه الأخيرة في تحقيق التطور و الإزدهار للمجتمع .

ولقد حضيت الملكية العقارية في الجزائر على غرار باقي الدول الأخرى بتنظيم تشريعي مهم بحيث عمل المشرع على إصدار زمرة من القوانين الهادفة إلى تنظيم مجال الملكية العقارية وضمان فعاليتها في الدورة الإقتصادية ، وقد عرفت المادة 27 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري على أنها: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري والحقوق العينية العقارية من استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ، وبالتالي فهي لا تعدوا أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع أن يستغله ويستعمله ويتصرف فيه بموجبها، هذا وتعدد هذه القوانين وتتنوع بتنوع صور الملكية العقارية ، بحيث نجد الملكية الفردية وإن كانت هي الصورة الأكثر شيوع بالنظر إلى ما تتمتع به من مزايا ، فإنه يوجد بالمقابل صور أخرى للملكية ويتعلق الأمر بالملكية المشتركة والملكية الشائعة ، وهذه الأخيرة تثير مجموعة من المشاكل.

ونظرا لأن البقاء في الشيوخ أمرا غير مرغوب فيه نظرا لما له من انعكاسات سلبية على الشركاء والمال الشائع على حد سواء ، مما يجعل الإستمرار فيها أمرا غير مرغوب بسبب مزاوله كل مالك لسلطاته على الشيء الشائع ، ولا سيما الإستعمال و الإستغلال ، الشيء الذي يجعل المال الشائع عديم المنفعة من الناحية الإقتصادية ، ويتسبب في كثرة النزاعات من الناحية الإجتماعية والقانونية ، ولكون الشيوخ حالة مؤقتة مصيرها الزوال ، فإنها تنقضي بأسباب مختلفة ومتعددة منها الهلاك الكلي للشيء المشاع ، أو بيع الملاك على الشيوخ

لحصولهم لأحدهم أو بتخليهم له عنها أو أن يرث الشريك شريكا آخرًا أو بالحيازة لمدة 15 سنة غير أن السبب الرئيسي والأصلي لانقضاء الشيوخ هو القسمة.

والقسمة تعني بأنها وسيلة يراد بها إنهاء الشيوخ في العقار، واختصاص كل شريك مشتاع بجزء مفرز من العقار الشائع يتناسب وقدر حصته في هذا العقار.

ولأهمية القسمة في إنهاء الشيوخ فقد أولاهها المشرع الجزائري بأهمية كبيرة ونظم أحكامها في القانون المدني و وضع لها نصوص خاصة تضمنت أحكامها.

والقسمة التي نحن بصدد الحديث عنها هي القسمة النهائية ، إلا أن المشرع نظم أحكام القسمة إلى جانب تلك التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ وهذه هي قسمة المهايأة ، التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي قسمة المنافع ، و وضع لها أحكاما خاصة ولكنها لا تؤدي إلى زوال الشيوخ بصورة نهائية بل تعني فقط بتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع أثناء فترة الشيوخ، وذلك في حالة عدم رغبة الشركاء في الخروج من الشيوخ.

#### - أسباب اختيار الموضوع:

تنقسم دوافع وأسباب اختيارنا للموضوع إلى دوافع شخصية ذاتية من جهة وموضوعية من جهة أخرى.

**الدوافع الشخصية:** فتتجلى في ميلنا إلى هذا الموضوع، ورغبتنا في التعمق فيه لما له من صلة وطيدة بالواقع العملي والملموس في أوساط المجتمع ، وكذلك الرغبة في توسيع المدارك العلمية حيث أن هذا الموضوع يجعل الباحث فيه ينتقل بين فروع القانون المختلفة.

#### الدوافع الموضوعية والعلمية: فتكمن في الآتي:

- البقاء في الشيوخ له مضار اقتصادية واجتماعية، حيث تتعارض رغبات الشركاء في استغلال المال الشائع، فيؤدي ذلك إلى تعطيل الإنتفاع، مما يؤدي إلى لحاق ضرر بالشركاء وباقتصاد البلد، كما لو كان العقار الشائع مصنعا كبيرا، أو أرضا زراعية كبيرة فإن الشركاء دفعا لهذه المشاكل الجمة، فإنه غالبا ما يبحثون عن الوسائل والحلول التي تمكنهم من التخلص من الإشتراك ، والوسيلة الأمثل لذلك هي قسمة العقار الشائع بين الشركاء ليحصل كل منهم على نصيبه بصورة مستقلة.

- الصورة الغالبة للعقار الشائع هو الميراث، والعقار المنبثق عن الميراث قد يستمر بقاءه على الشيوخ فترة طويلة بدون قسمة، مما ينجم عنه عدة مشاكل تؤدي إلى تعكير جو



الأسرة بعد صفاء، كما أن بقاء العقار على الشيوخ يمنع الإستفادة منه و استغلاله على الوجه الأمثل، فالشريك يشعر بأن الملك لا يعود له على وجه الإستقلال، مما يؤدي إلى أن يهمل العقار الشائع لهذا السبب.

- كثرة النزاعات في المحاكم أشغلتها بالمشاكل الناجمة عن الملكية الشائعة، سواء بالإفراز أو تحديد نصيب كل وارث أو قبولها للقسمة أم لا.
- الإرتفاع العالمي المتزايد لأسعار العقارات بصفة عامة والأراضي بصفة خاصة أدى بالعديد من أفراد المجتمع بالرغبة في تصفية ملكيتهم وإفرازها وذلك للتعرف فيها.
- كثرة الإشكالات والنزاعات في مجال قسمة الملكية العقارية الشائعة وتعقيدها، خاصة في ظل غياب تكوين متخصص للقضاة في هذا الموضوع، وكذلك نقص الدراسات في هذا المجال.

#### - أهمية الموضوع:

تتجلى الأهمية العملية لهذا الموضوع في أن مسائل قسمة الملكية العقارية الشائعة تعتبر شديدة الصلة بالواقع العملي لحياة الناس، ولذلك كان لابد من التطرق إليه، وبيان طرق القسمة للملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري.

أما الأهمية العلمية لدراسة هذا الموضوع فتبرز في تزويد المكتبة الوطنية بمادة علمية فقهية متخصصة في تحديد التنظيم الخاص بقسمة الملكية العقارية الشائعة، مدعين ذلك باجتهادات قضائية، فتكون مرجعا للطلبة والباحثين على حد سواء.

#### - أهداف الدراسة :

يطمح هذا البحث إلى إثبات وإبراز مدى نجاعة التشريعات والقوانين والتنظيمات المسطرة لتنظيم و تأطير عملية قسمة الملكية العقارية الشائعة، وبذلك احتواء جل النزاعات الممكن أن تطرأ بين أفراد الأسرة والمجتمع ككل، ووضع الحلول والميكانزمات التي من شأنها ضمان حيابة كريمة وهادئة وتحقيق العدل والمساواة.

- الصعوبات التي واجهت الدراسة
- لا يخلو أي عمل في مجال البحث العلمي من بعض الصعوبات التي قد تصادف الباحث خلال إنجازهِ للمذكرة.
- من بين الصعوبات التي اعترضتنا قلة المراجع المتخصصة في المنظومة العقارية بصفة عامة ، والدراسات التي تناولت الملكية العقارية الشائعة بصفة خاصة.
- تشعب موضوع القسمة العقارية، وكثرة الإشكالات المحيطة به، مما حال دون الإلمام به خاصة في ظل تباثر النصوص القانونية بين القانون المدني، قانون الأسرة والقوانين العقارية الخاصة، إضافة إلى ضيق الوقت .
- الدراسات السابقة
- دراسة معنونة ب: أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص القانون العقاري من إعداد الطالب: عبد المجيد رحابي تحت إشراف الدكتور سليمان بارش بتاريخ 2009 حيث قسمت المذكرة إلى مقدمة وفصل تمهيدي وفصلين وأخيرا الخاتمة.
- دراسة معنونة ب: قسمة المال المشاع دراسة مقارنة مقدمة من طرق الطالب فلاح سفيان تحت إشراف الدكتور فرحان عمر بتاريخ 2019، حيث قسمت إلى مقدمة وبابين كل باب يتضمن فصلين وأخيرا الخاتمة.
- إشكالية الدراسة:
- تتمحور إشكالية البحث حول التساؤل التالي :
- كيف نظم المشرع الجزائري قسمة الملكية العقارية الشائعة، وإلى أي مدى وفق في ذلك من خلال الآثار المترتبة عن هذه القسمة ( خاصة الأراضي الفلاحية )؟
- وحتى نجيب على هاته الإشكالية يمكن لنا طرح مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية:
- ما المقصود بالملكية الشائعة؟
- ماذا نعني بالقسمة، ومن هو صاحب الحق في طلب القسمة؟
- كيف يتم إدارة المال الشائع عن طريق قسمة المهابة ؟
- ما هي طرق قسمة الملكية العقارية الشائعة؟
- ما هي الإجراءات الواجب إتباعها في كل من القسمة الإتفاقية والقضائية؟

- ما هي الآثار المترتبة عن القسمة بنوعيتها ؟

- المنهج المتبع:

أما عن المنهج المتبع في دراسة هذا الموضوع، فاعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، حيث تم استخدام المنهج الوصفي للإلمام بالموضوع من خلال التطرق إلى الإطار النظري للملكية الشائعة، وكذا التطرق إلى إجراءات وطرق القسمة، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية وبعض القرارات القضائية.

كما لا غنى عن استعمال آليات المنهج المقارن باستعمال بعض تشريعات الدول الأخرى والمنهج التاريخي لسرد المراحل التاريخية التي مرت بها الملكية الشائعة .

- تقسيم الدراسة:

ارتأينا تقسيم موضوع البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول المعنون بـ : الإطار النظري لقسمة الملكية العقارية الشائعة، والذي قسمناه إلى ثلاث مباحث، المبحث الأول: ماهية الملكية الشائعة، المبحث الثاني : الحق في طلب قسمة العقار الشائع المبحث الثالث: إدارة الملكية الشائعة بواسطة المهايأة ، أما الفصل الثاني والمعنون بانتهاء الملكية الشائعة عن طريق القسمة، والذي بدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث، المبحث الأول : القسمة الاتفاقية ، المبحث الثاني : القسمة القضائية ، المبحث الثالث : الآثار المترتبة عن قسمة الملكية العقارية الشائعة .

وقد فرض التقسيم نفسه بما يتناسب وتوازن الموضوع .

# الفصل الأول

الإطار النظري لقسمة

الملكية العقارية الشائعة

### تمهيد

يعتبر حق الملكية من أكثر الحقوق العينية أهمية وقد أولها المشرع الجزائري عناية كبيرة تمثلت في تنظيم أحكام الملكية وسلطات المالك، وبيان أنواعها العادية والشائعة وأسباب اكتسابها، كما أفرد الدستور الجزائري نصا خاصا لحماية هذا الحق، ونظرا لأهمية هذا الحق تثيره الملكية الشائعة من إشكالات، وما يكتسبه موضوع الملكية الشائعة، فقد قسمنا هذا الفصل والمعنون بالإطار النظري لقسمة الملكية العقارية الشائعة، من خلال تقسيمه إلى ثلاث مباحث يتمثل المبحث الأول في ماهية الملكية الشائعة، والمبحث الثاني الحق في طلب قسمة العقار الشائع، والمبحث الثالث إدارة الملكية الشائعة بقسمة المهأية.

### المبحث الأول: ماهية الملكية الشائعة

لإحاطة بماهية الملكية الشائعة تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب المطلب الأول تناولنا فيه تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية، والمطلب الثاني تم التطرق فيه إلى تنظيم الملكية الشائعة مع تمييزها عما يشابهها، لنعرج في الأخير على صور ومصادر الملكية الشائعة في مطلب ثالث.

### المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نتناول فيه تعريف الملكية العقارية الشائعة، والفرع الثاني نتطرق فيه إلى الطبيعة القانونية للملكية الشائعة.

### الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الشائعة

إن تعريف الملكية العقارية الشائعة هي لفظة مكونة أو مركبة من ثلاث كلمات، سنتناول مدلول كل لفظة على حدى لنخلص في الأخير إلى تعريف الملكية الشائعة.

### أولاً: الملكية العقارية

نتناول التعريف بحق الملكية ثم العقار ثم الملكية العقارية.

### 1- تعريف حق الملكية:

هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً، حيث تخول لصاحبه كافة السلطات على شيء مادي معين، فيحق له الاستعمال -الاستغلال- التصرف.<sup>1</sup>

ويعرف الملك عند الفقهاء بأنه اختصاص الإنسان بالشيء على وجه يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع يمنع ذلك.

عرفها المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 674 على أنها: "هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، در هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 10.

<sup>2</sup> أنظر الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية مؤرخة في 30 ديسمبر 1975، عدد 78.

وحسب ما عرفته محكمة النقض المصرية فهو: "حق جامع مانع نافذ تجاه الناس كافة، فهو جامع يخول المالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه، وهو مانع مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لآخر أن يشاركه في ملكه، أو يتدخل في شؤون ملكيته وهو في ذات الوقت حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ما لم يكتسبه الخصم لتوافر شروط الحيابة المكسبة للملك.<sup>1</sup>

### 2- تعريف العقار:

عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 683 بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".  
وهو نفس التعريف الذي تبناه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري "وهو كل شيء ثابتا المستقر بحيزه لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف"<sup>2</sup>

### 3- تعريف الملكية العقارية:

يمكن تعريف الملكية العقارية على أنها: "حق التمتع والتصرف في الشيء الثابت والمستقر في حيزه، لا يمكن نقله منه دون تلف، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تجرمه القوانين والأنظمة"، وهذا التعريف هو مزيج بين مضمون المادة 674 والمادة 683 مدني التي عرفت العقار.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> خالد سلطي نواف السنجلوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة دراسة فقهية قانونية ومقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013، ص 11.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "حق الملكية" مع شرح مفصل الأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 11.

<sup>3</sup> عمار نكاع، "عناصر نطاق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، المجلد ب، جوان 2017، ص 165.

كما عرفتها المادة 27 من القانون 25/90 بقولها: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".<sup>1</sup>

ويمكن تقسيم الملكية العقارية إلى ثلاثة أنواع:

أ- **عقارات بحسب الطبيعة:** هي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير منتقل، فشمّل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني وأشجار.

ب- **عقارات بحسب الموضوع:** عرفها المشرع الجزائري بقوله: "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

فالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتيازات تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعها منقولا.

### 3- عقارات بحسب التخصيص:

العقارات بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها رصدت لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك لنفس الشخص، وذلك ما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي وآلات زراعية يستعين بها على زراعة الأرض، والعقارات بالتخصيص هي منقولات منحت على سبيل المجاز، صفة العقار لأنها خصصت لخدمته أو استغلاله.<sup>2</sup>

### ثانيا: الملكية الشائعة:

1- **تعريف الشيوغ لغة:** لم تعرف كتب المعاجم الملكية الشائعة، وإنما عرفت الشيوغ أو

المشاع، فقد ورد في المصباح المنير: "(ش ي ع): شاع الشيء شيوغا ظهر، ويتعدى

<sup>1</sup> - قانون رقم 25-90 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49، 1990.

<sup>2</sup> - محمد علي حسون، مفهوم الملكية العقارية الخاصة بين التشريع الجزائري والمقارن، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة يومي 25 و26 سبتمبر 2013، ص 13-14.



بالحرف وبالألف، فيقال شعت به وأشعته ...، وشاع اللبن في الماء إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه".  
والشيوخ كما يعني الظهور فهو أيضا بمعنى الانتشار والتفرق، جاء في لسان العرب: "... وشاع الخبر في الناس، يشيع شيئا وشيعانا ومشاعا وشيوعا، فهو شائع: انتشر واخترق وذاع وظهر، وأشاعه هو وأشاع الشيء: أطاره وأظهره، وقولهم: هذا خبر شائع، وقد شاع في الناس، معناه قد اتصل بكل أحد فاستوى علم الناس به ولم يكن علمه عند بعضهم دون بعض".<sup>1</sup>

ومعنى المشاع لغة: هو غير مقسوم، لذلك قال النووي في كتابه تحرير ألفاظ التنبيه "المشاع والشائع هو غير المقسوم"، قال الأزهرى هو من قولهم شاع اللبن في الماء إذا تفرق فيه ولم يستمر، ومنه قيل سهم شائع لأن سهمه متفرق في الجملة المشتركة.<sup>2</sup>  
وعليه فإن الشيوخ يحمل المعاني اللغوية التالية: الظهور والانتشار والتعرف في الشيء هذا من جهة، وعدم القسمة وعدم التمييز في الشيء من جهة ثانية.

**2- تعريف الملكية الشائعة اصطلاحاً:** ارتأى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير مقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال ذاته.

ولما كان ملاك المال الشائع فلا بد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال النصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك وتعيين حصص الملاك في الشيوخ عادة عند بدء الشيوخ تبعا لمصدره، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصى له وإن كان عقداً تكفل بتعيين حصة كل شريك، وقد لا تتعين الحصص، كأن

<sup>1</sup>- لبييض بويكر، التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران احمد بن بلة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 30.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 31.

يشترى عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه، فعند ذلك تكون الحصص متساوية مادام لم يقدّم الدليل على غير ذلك.<sup>1</sup>

كما يمكن تعريفها: ملكية أكثر من شخص لشيء واحد بغير فرز، وتجنّب نصيب كل منهم في هذا الشيء، فالمالك على الشيوع يملك حصة تقدر بنسبة من المال لا يقابلها جزء محدد من الشيء محل الحق. فهو يشترك هو وباقي الملاك، كل بقدر حصته في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك لهم شيوعاً، فلا يختص أي منهم منفرداً بقدر محدود من الشيء.

والشيوع حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي، فالشيوع متصور لكل الحقوق العينية الأصلية.<sup>2</sup>

نصت عليه المادة 725 من القانون المدني المصري: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك".

فالشيوع يعني تعدد الملاك لشيء واحد دون أن يختص كل منهم بشيء مفرز فيه، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال، لا تتركز في جانب منه بالذات بل تقع على الشيء الشائع جميعه، وهذا الشيء يكون مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل متهم مادياً فيه، إلا أن هذا النصيب يتعين من الناحية المعنوية في الحق نفسه، فحق الملكية ينقسم بين الشركاء لكل منهم حصته، والأصل أن تكون الحصص متساوية ما لم يقدّم دليل على غير ذلك.<sup>3</sup>

نصت على الشيوع المادة 1030 من القانون المدني الأردني على أنه: "مع مراعاة أحكام الحصص الإرثية لكل وارث، إذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء، وتحسب حصص كل منهم متساوية ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 796.

<sup>2</sup> - محمد عزمي البكري، الملكية الشائعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 7.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص

ويقصد بالملكية الشائعة الحالة التي يكون فيها المال مملوكا لأكثر من مالك.<sup>1</sup>

نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة في المادة 713 قانون مدني التي تنص على الآتي: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقرزة فهم شركاء على الشيوع ما لم يقد دليل على غير ذلك"، وعليه تكون الملكية الشائعة في حالة تعدد الملاك دون أن يكون لأي منهم حق مفرز محدد، كما لم يحدد عدد الملاك على الشيوع، إذ يمكن أن يكون شخصين أو أكثر، غير انه عند التعدد تكون الأنصبة متساوية ما لم يقد دليل على غير ذلك.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة وتمييزها عما شابهها

نتناول في هذا المطلب فرعين، يتضمن الفرع الأول تنظيم الملكية الشائعة والفرع الثاني تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية.

### الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة

تطور تنظيم الملكية الشائعة عبر حقب زمنية بداية من القوانين التي نظمتها في الحضارات القديمة، ثم الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

### أولاً: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة

سيتم التطرق إلى تنظيمها في العصور البدائية ثم في القانون الروماني

#### 1- تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية:

كانت الملكية في العصور الأولى للإنسان جماعية، بحيث كانت قائمة على سيطرة وتملك زعيم القبيلة لجميع الموال العقارية الموجودة على مستوى حدود هذه القبيلة، مما نتج عنه عدم المساواة بين أفراد القبيلة الواحدة لوجود الطبقية، تمثلت في وجود طبقة مقربة من رئيس القبيلة مثل أفراد أسرته، أو طبقة رجال الدين المحيطين به وهم الطبقة العليا، ويتميزون عن غيرهم من أفراد القبيلة لأنه كان لهم إمكانية الحصول على بعض أموال القبيلة في حالة أراد

<sup>1</sup> عبد الناصر زياد هياجنة وأحمد علي العويدي، "تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 02، 2011، ص 672.

<sup>2</sup> إسعد فاطمة، محاضرات في الملكية الشائعة، لقاء على طلبه السنة الأولى ماستر تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017، ص 3.

رئيس القبيلة ذلك، إلا أنه كان لهذا الأخير الحق في استيراد ملكية هذه الأموال في أي وقت يشاء.<sup>1</sup>

وظهرت هذه الملكية على هذا الشكل في القانون الأكادي ثم قانون حمورابي في المادة 98 منه، وذلك في عهد الأسرة المالكة الأولى من حضارة بابل، ووجدت بعض الإشارات لهذه الصورة من الملكية في الحضارة اليونانية، وذلك في بعض أوراق البردي التي تشرح الملكية الجماعية في مدونة جيوس Gais، إلا أن هذه الصورة تختلف عن الملكية الشائعة بمعناها الحالي، ومنه لا يمكن أن نقول أن الملكية الشائعة كانت معروفة في هذه العصور.<sup>2</sup>

### 2- تنظيم الملكية الشائعة في الحضارة المصرية القديمة:

دخول الملكية الجماعية في مرحلة جديدة في الحضارة المصرية القديمة، كانت ناتج لتصورها، بحيث ظهرت في العصر الوسيط الأول من الدولة المصرية القديمة من حوالي 2180 ق.م إلى سنة 1785 ق.م، صورة من الملكية الجماعية هي ملكية الأسرة بدلا من ملكية القبيلة، بحيث كان مال الأسرة مملوكا ملكية مشتركة لا ملكية فردية لكل فرد فيها، بحيث انفراد الابن الأكبر بمركز قانوني متميز في هذه الملكية يسمح له بإدارة أموالها والتمتع بالنصيب الأكبر فيها، وهذا المركز ينتقل إلى من يلي الابن الأكبر في السن في حال وفاته.<sup>3</sup>

### 3- تنظيم الملكية الشائعة في العهد الروماني:

لم تظهر صورة الملكية الشائعة بمعناها المعروف حاليا، إلا في القانون الروماني الذي يعتبر من أقدم التشريعات التي عرفت نظام الشيوخ، فظهر ما يسمى الملكية الجماعية للأراضي والمراعي، ثم ظهرت فيما بعد ملكية العائلة للمنزل والأرض المحيطة به، فأجيز للعائلة استعمالها والانتفاع بها إلا أنه ليس لرب الأسرة حق التنازل عنها لتعلق حق الورثة بها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- أيمن سعد، سلطات المالك على الشيوخ في استعمال المال الشائع واستغلاله-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 37.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 37.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 38.

<sup>4</sup>- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 21.

وهذه الملكية كانت تعتبر نوعاً من أنواع الملكية الجماعية في القانون الروماني، وكانت سابقة في وجودها على وجود عقد الشركة، لذا فقد اعتبر البعض القواعد المنظمة للشروع الوراثي في هذا القانون هي المصدر الأساسي للقواعد المنظمة للشركة فيما بعد.<sup>1</sup>

وقد اعتبر القانون الروماني المالك على الشروع مالكا كغيره من الملاك، لكن حق ملكيته مقيد بحقوق باقي الشركاء، بحيث له ملكية مطلقة على حصته الشائعة، لكن لا يستطيع القيام بأي عمل من شأنه أن يمس بجوهر المال الشائع أو يتعارض مع حقوق الشركاء الآخرين.<sup>2</sup>

واعتبر القانون الروماني الملكية الشائعة وضعا قانونيا استثنائيا، وهي حالة مؤقتة آيلة للزوال، للتحويل إلى عدة ملكيات مفرزة حسب عدد الشركاء فيها، ولأن القانون الروماني يرى في الملكية الشائعة خروج عن الأصل، وهو الملكية المفرزة لم تكن هناك ضرورة ملحة لتنظيم الشروع في حالة البقاء، واهتم بتنظيم قسمة المال الشائع أكثر من تنظيم أحكام الملكية الشائعة والقواعد التي تنظم سلطات الملاك على الشروع من استعمال واستغلال وتصرف، لذا فقد منح القانون الروماني كل مالك مشاع مهما بلغ مقدار حصته، الحق في طلب القسمة النهائية وفي أي وقت شاء.<sup>3</sup>

### ثانيا: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تناول تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي، ثم نتطرق إلى تنظيم هذه الملكية في كل من القوانين الوضعية (فرنسا، مصر) ثم الجزائر.

#### 1- تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي:

لم يستعمل الفقه الإسلامي في عمومه اصطلاح (الملكية الشائعة) المعروفة في القوانين الوضعية، وإنما استعمل للدلالة على هذا النظام اصطلاح (شركة الملك)، وتعد الملكية الشائعة أي شركة الملك إحدى صور الشركة.

حيث أن الشركة في الفقه الإسلامي لها مفهوم واسع ومختلف عن مفهومها في القانون المدني الوضعي، فهي تتسع لتشمل (شركة العقد) وهي ما يطلق عليها في القانون الوضعي

<sup>1</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 799.

<sup>3</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 39.

اسم (الشركة)، سواء كانت مدنية أو تجارية، وشركة الملك يقابلها في القانون الوضعي (الملكية الشائعة)، واستعملوا لفظ "المشترك أو الشريك" للدلالة على المالك في الشيوخ<sup>1</sup>، أو الشريك في الشيوخ، وقد عرفت المادة 1060 من مجلة الحكام العديلية العثمانية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان بقولها: "شركة الملك هي أن يكون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر، أي مختصا بهما بسبب من أسباب الملك كسواء وإيهاب وقبول وصية وتوارث أو بخلط أموالهم أو اختلاطها.

وقد جاءت النصوص المنظمة لاستعمال المال الشائع خاصة القسمة المؤقتة للمال الشائع، وهي قسمة المهايأة في القوانين الوضعية لمعظم الدول العربية، ومنها القانون الجزائري مستمدة من الفقه الإسلامي، كما عالج هذا الأخير موضوعا لم يتناوله القانون المدني الجزائري وهو تنظيم استعمال المال الشائع في حالة غياب أحد الشركاء.<sup>2</sup>

أما فيما يخص مشروعية شركة الملك، فهناك نصوص خاصة في الكتاب والسنة تدل بوضوح على مشروعيتها، ومن هذه النصوص قوله عز وجل في محكم تنزيله: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"<sup>3</sup>، وقوله تعالى: "فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ"<sup>4</sup>.

تدل هذه الآيات الكريمة على أن الله تبارك وتعالى قد جعل الميراث مملوكا لجميع الورثة على الشيوخ، وذلك قبل قسمته وتوزيعه، وجاء حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من كان له شريك في ربة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك".

<sup>1</sup> عقوني محمد، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 29.

<sup>2</sup> عقوني محمد، المرجع السابق، ص 30.

<sup>3</sup> الآية 11 من سورة النساء.

<sup>4</sup> الآية 12 من سورة النساء.

والربعة هي المنزل، ويدل هذا الحديث على مشروعية شركة الملك<sup>1</sup> في صورة لا تقبل التمييز والتفريق كأن يشتري أثناء مثلا مالا أو يبيعه لهما الغير، أو يوصي لهما به ويقبلا، أو يرثاه منه، فيصير ذلك المال مشتركا بينهما، ويكن كل منهما شريكا للآخر فيه، كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض، فتصير هذه الذخيرة المخلوطة أو المخلوطة مالا مشتركا بين الاثنين".<sup>2</sup>

وتتفرع شركة الملك إلى نوعين من التقسيمات، يتنصل الأول في شركة اختيارية وشركة جبرية، أما الثاني فيتمثل في شركة عين وشركة دين.

وتعرف شركة العين على أنها الاشتراك في المال العين والموجود كاشتراك اثنين شائعا في أرض أو دار، ويعرفها الفقهاء المعاصرون بأنها ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون تعلق بجزء معين مميذ كعقار أو سيارة ورثها جميع الورثة عن مورثهم، فملكية كل واحد منهم لخصته مرتبب بجزء مختلط بملك الغير.<sup>3</sup>

وقد عمل الفقهاء المسلمون على وضع أحكام مفصلة لتنظيم شركة الملك في مذاهبهم المتعددة من استعمال المال المشترك واستغلاله والتصرف فيها، انتهاء بقسمته وحددوا سلطات كل مالك مشاع على المال الشائع، وإدراكا منهم نظام قانوني يستمر لفترة طويلة رغم ما يشوب هذه الملكية من عيوب، كما لم يتوقف الفقه الإسلامي في وضع أحكام الملكية فقط، وغنما عمل في جميع مذاهبه على وضع قواعد لإنهاء الملكية الشائعة، حيث أفرد بابا خاصا بقواعد القسمة النهائية للمال الشائع.<sup>4</sup>

## 2- تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري:

لقد حذا القانون المدني المصري القديم حذو القانون المدني الفرنسي السابق على صدور تعديل 1976/12/31 المنظم للشيوخ، في إغفاله لتنظيم أحكام الملكية الشائعة على الرغم من أهمية هذه الأخيرة وانتشارها في مصر، بسبب الميراث وبقاء الورثة غالبا في الشيوخ لفترة

<sup>1</sup> - الإمام مسلم، "صحيح مسلم بشرح النووي"، كتاب المسافات، باب الشفعة، رقم الحديث، الجزء (المجلد 3)، ص 1229.

<sup>2</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> - أيمن سعد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 30.

طويلة، فلم يكن القانون المدني المصري القديم سوى مترجم للتقنين المدني الفرنسي السابق على صدور التعديل المذكور في تنظيمه للملكية الشائعة، وإذا كان لهذا الأخير أسباب تاريخية تدفعه إلى هذا الإعراض، لذا فقد اجتهد القضاء المصري بقيادة محكمة النقض في عهد هذا التقنين لسد هذا النقص التشريعي، وقدم لجمهور العلماء كثيرا من الأحكام والحلول العملية لتنظيم المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، والتي كانت خير معين للمشرع المصري في التقنين الحالي في تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة.<sup>1</sup>

أما في القانون المدني المصري الحالي الصادر في 09 رمضان 1367 هـ الموافق لـ16 يوليو 1948 المعمول به اعتبارا من 15/10/1949، فقد تلافى القصور التشريعي الذي كان يشوب التقنين السابق بشأن تنظيم الملكية الشائعة، فلقد تبسط التقنين الحالي في تنظيم أحكام الملكية الشائعة، وقسمت المال الشائع بما يتناسب مع أهميتها في مصر، ولقد فصلت المذكرة الإيضاحية هذا التطور التشريعي بقولها: "أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي" السابق يذكر عنها شيئا مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر، وقد تبسط المشرع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها، فجعل لحق المشتري لجزء مفرز من المال الشائع فينقل -إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع- إلى ما يؤول إلى البائع بطريقة القسمة، ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع، حيث يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من التعنت بسبب تحكم الأقلية، فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين<sup>2</sup>، ويكون رأي من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ملزما للجميع، وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوخ بالقسمة، ففصل إجراءاتها وهي تتفق بالجملة مع الإجراءات التي نص عليها القانون الحالي، ونص على الأثر الكاشف للقسمة، فأزال بذلك التناقض الموجود بين التقنين الأصلي والتقنين المختلط، ونص على ضمان التعرض والإستحقاق في القسمة، وعلى نقض القسمة للغين فيما يزيد على الربع وهذه النصوص لا نظير لها في التقنين الحالي

<sup>1</sup> - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 10.

<sup>2</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 43.



"السابق"، ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهايأة، وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري، وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة.<sup>1</sup>

هذا ولقد نظم التقنين المدني المصري الحالي أحكام الملكية الشائعة في المواد من 825 إلى 833، ويقصد بها النصوص التي تنظم استعمال المال الشائع وإستغلاله والتصرف فيه، كما نظم قسمة المال الشائع في المواد من 834 إلى 849، في حين نظمت المواد من 846 إلى 848 أحكام قسمة المهايأة باعتبار هذه القسمة طريقة من طرق تنظيم الانتفاع بالمال الشائع.<sup>2</sup>

### 3- تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي:

لقد صدر في فرنسا في 1976/12/31 القانون رقم 76-1286 كتعديل تشريعي شامل للنصوص المنظمة للشيوع في القانون المدني الفرنسي، ولقد صدر هذا التعديل ثمرة لمجهود ضخم بذله كل من القضاء والفقهاء الفرنسيين في ظل أحكام القانون السابق، لوضع الحلول العملية لمشكلات الشيوع التي لا تنتهي، ولاسيما وقد خلى القانون السابق من نصوص تنظم الملكية الشائعة، إذ كان القانون الروماني والشروح الواردة عليه هما المصدران الرئيسيان له، لذا أغفل تنظيم أحكام الملكية الشائعة، لكن هذا القانون القديم إهتم من جانب آخر لتنظيم أحكام القسمة النهائية للمال الشائع.

هذا وقد حذا تقنين نابليون لسنة 1804 حذو القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم في تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة وأحكام الشيوع بوجه عام.<sup>3</sup>

وبداية من القرن التاسع عشر بدأت الملكية الشائعة تنتشر في المجتمع الفرنسي رويدا رويدا، وأصبحت تستمر لمدة طويلة، وتغيرت نظرة المجتمع الفرنسي إليها، فلم تعد تلك الملكية البغيضة التي يجب الخلاص منها بمجرد نشوئها، وإنما أصبحت نظاما قانونيا قد لا يجد أفرادها وسيلة غيره لتحقيق مصالحهم، وإزاء هذا النقص التشريعي واستمرار انتشار الملكية الشائعة، أصبح تدخل الشارع لتنظيم أحكام الملكية الشائعة، لما يتلاءم مع أهميتها وانتشارها

<sup>1</sup> - عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 11-12.

<sup>3</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 45.

في الحياة العملية مطابا ملحا نادى به الفقه الفرنسي لمدة طويلة، ووصف هذا النقص التشريعي بأنه ثغرة مؤسفة تعيب قانون نابليون الذي هو مفخرة الفرنسيين<sup>1</sup>، وإستجاب المشرع الفرنسي لهذا النداء، وأصدر اصطلاحا شاملا في 31 ديسمبر 1976، والذي تركز فيه الفكرة الرئيسية لهذا القانون على التمييز بين مجموعتين مختلفتين من النصوص، المجموعة الأولى وتقع في المواد من 815 إلى 17/815 أي في 18 مادة جديدة تطبق على الشيوخ في حالة غياب تنظيم اتفاقي له، أما المجموعة الثانية فتقع في المواد من 1873 إلى 18/1973 أي ثمان عشرة مادة جديدة، وهي النصوص التي تنظم أحكام الشيوخ ولكن بشرط اتفاق جميع الشركاء على تطبيقها.<sup>2</sup>

تجدر الإشارة أن هذه النصوص تقع مباشرة بعد الفصل الخاص بالشركات في القانون المدني الفرنسي، ويطلق الفقه الفرنسي على هذه المجموعة اصطلاح "التنظيم الاتفاقي للشيوخ"، وهي المجموعة التي حققت نجاحا كبيرا في الحد من النزاعات التي ساهمت في إستعمال وإستغلال المال الشائع، كما نظم القانون سلطات المالك المشاع بطريقة تتفق مع الحاجة العملية ولا تمس بمصلحة مجموع الشركاء.

#### 4- تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري:

نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية الشائعة أو ما يعرف بالشيوخ الاختياري ضمن الكتاب الثالث المعنون بالحقوق العينية الأصلية من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ضمن القسم الرابع من الفصل الأول تحت الباب الأول المعنون بحق الملكية، وذلك في المواد 713-742، وهي موزعة على النصوص المنظمة لسلطات المالك المشاع في المواد من 713-721 والمواد المنظمة لقسمة المال الشائع من المادة 722-737.

<sup>1</sup>- أيمن سعد، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 55.

### الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية

بعد التطرق لمفهوم الملكية الشائعة يتحتم تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها، لتحديد طبيعتها القانونية وذلك نظرا للخلط بينها وبين بعض المصطلحات وخاصة الملكية المشتركة.

### أولا: تمييز الملكية المشتركة عن الملكية الشائعة

إن الملكية العقارية الشائعة هي حالة تعدد المالكين في الشيء الواحد دون تحديد حصص كل واحد منهم، فيسمى كل واحد منهم مالك على الشيوع، مشتاعا، أو شريكا في الملك، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك وهم غير ملزمين على البقاء في الشيوع.

كما أن نصيب كل مالك فيها ليس نصيبا ماديا، وإنما حصة يعبر عنها بالأرقام، فضلا عن أن حق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون انقسام المال ذاته، وتشكل هذه الوضعية أمر غير مرغوب فيه كثيرا فهي مؤقتة.

وعليه تتحد الملكية المشتركة مع الملكية الشائعة في أثر الشيوع، ذلك أنه في الملكية المشتركة تكون الأجزاء المشتركة شائعة بين جميع الشركاء، دون أن يمنع أحدهم باقي الشركاء في استعمال حقوقهم عليها، وفي الملكية الشائعة يكون الشيء الشائع مشتركا بين جميع الشركاء دون استثناء أي منهم بنصيب معين فيه، ويبرز الاختلاف بين الملكية العقارية الشائعة والملكية المشتركة في عدة أوجه:

### 1- من حيث القسمة:

المشرع أقر بأن القسمة ممكنة دائما في الشيوع العادي، وهو حق لكل شريك في الملك بأن ينفرد بحصة مفرزة، وهذا ما جاءت به المادة 722 من ق.م.ج.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> راجع المواد 713 إلى 722 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

بينما في الشيوخ الإجباري كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العقار المبني، لا يجوز لأي من الشركاء طلب قسمتها لأنها لا تقبل القسمة بطبيعتها، وهذا ما كرسته المادة 747ق.م.ج.<sup>1</sup>

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 0917881 مؤرخ في 2015/04/16، الغرفة العقارية للمحكمة العليا- غير منشور- "من المقرر قانونا بالمادة 747 من القانون المدني أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزيدة بمعزل من الأجزاء الخاصة".

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القضاة بمصادقتهم على تقرير الخبير وتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم لها يضمن لحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا صحيح القانون.<sup>2</sup>

## 2- من حيث سلطات المالك على الشيء الشائع:

في الشيوخ العادي لا يجوز لأي من الشركاء أن يستعمل الشيء الشائع أو أن يستغله أو يتصرف فيه فوق حقه دون موافقة بقية الشركاء<sup>3</sup>، وبالرجوع لنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري، فإن الشريك في الشيوخ الذي يملك حصته ملكا تاما له التصرف فيه، واستعمالها مع عدم إلحاق ضرر بحقوق الشركاء الآخرين، حيث له أن يبيع حصته أو يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة أو أن يهبها، وإذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع، وغير واقع عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، بينما في الشيوخ الإجباري التبعية<sup>4</sup>، تكون جميع الأجزاء المشتركة تابعة تبعية مطلقة للأجزاء الخاصة فإنه يمنع على المالك

<sup>1</sup> راجع المادة 747 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث قرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص

<sup>3</sup> مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 156.

<sup>4</sup> الشيوخ الإجباري إما أن يكون أصليا يعبر عن حالة كون المحل مخصصا لمنفعة جماعية من الأشخاص كمدفن الأسرة ( مقبرة الأسرة)، وإما أن يكون تبعية وهو الذي يكون محله عقارا مخصصا لاستعمال عقارات مملوكة ملكية مفرزة لعدة أشخاص كالممر، وهذا النوع وطبق على الأجزاء المشتركة.

الشريك التصرف في نصيبه منها بمعزل عن حصته، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها رقم: 488219 مؤرخ في 2008/11/12 بنصه: "من المقرر قانوناً أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون".<sup>1</sup>

#### ثانياً: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة

إن الملكية المفترزة هي الصورة العادية للملكية الخاصة، ومن خلال حق الملكية هذا يتمتع صاحب الحق بالشيء محل الحق، بمنحه جميع السلطات التي بواسطتها يتحصل منافع ومزايا هذا الشيء، وفي مقابل هذه الصورة نجد صورة أخرى للملكية أين يتمتع صاحب الحق بجميع السلطات التي تمكنه من الانتفاع بالشيء محل الحق، ولكن يتحصل على نسبة محدودة أو جزء معين من المزايا والمنافع، ويطلق على هذه الصورة "الملكية الشائعة".<sup>2</sup>

إن القاعدة التي يبنى عليها الشيوع هي وحدة المحل مع تعدد الملاك، وبالتالي تتعدد حقوق الملكية بعددهم، وكل واحد من هؤلاء الملاك يتمتع بحق الملكية على نفس محل الحق أي كل المال الشائع، وفي الوقت ذاته وبمقتضى هذا الحق يمنح لكل شريك سلطات تمكنه من الانتفاع من الشيء محل الحق، المتمثلة في الإستعمال والإستغلال والتصرف، ولكن اكتظاظ الحقوق وتزاحمها لا تحقق نفس القدر من الانتفاع الممكن الحصول عليه في الملكية المفترزة، لذلك فإن الشريك على الشيوع يتحصل على نسبة معينة من المزايا والمنافع مقارنة بالملكية المفترزة، وهذه النسبة تتحدد على أساس حصة كل شريك التي تنتشر في كل ذرة من ذرات المال الشائع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قرار رقم 488219 مؤرخ في 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، الجزء 03، الغرفة العقارية، 2010، ص 301.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 797.

<sup>3</sup> - حواسين كريمة، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 6-7.

ثالثاً: تمييز الملكية الشائعة عن الشركة

الأموال الشائعة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك، أما أموال الشركة فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع، بل هي مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، إذ متى قدم كل شريك نصيبه فقد حقه العيني عليه، لينق إلى الشركة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه، ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها.<sup>1</sup>

رابعاً: تمييز الملكية الشائعة عن الحكر

لا يوجد شيوع في الحكر، لأن البناء مملوك للمحتكر والأرض مملوكة للمحكر، فملكيتهما لا ترد على شيء واحد، ولا شيوع أيضاً في حالة ما إذا تنازل المالك للغير عن حقه في الاستعمال أو الاستغلال كله أو بعضه، فلا شيوع بين المالك والمنتفع، ولا بين المالك وصاحب الانتفاع، وحق الملكية ليس مشتركاً بينهما.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

يثار تساؤل حول طبيعة حق الشريك على الشيوع الذي يستوجب وجود أكثر من حق ملكية واحد في نفس الوقت، الأمر الذي أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة حول طبيعة الملكية الشائعة نتناولها أولاً، ونعالج موقف المشرع الجزائري ثانياً.

أولاً: الآراء الفقهية:

- الرأي الأول: حق الشريك المشتاع حق ملكية

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء، أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية، كل ما في الأمر أن ملكية الشيء الشائع تتعدد فيها الملاك، أما الشيء ذاته وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ، ومقتضى ذلك أن حق كل شريك يرد على الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً بقدر حصته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - حواسين كريمة، المرجع السابق، ص 8.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 122.

ويتضح مما ذكر أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، في حين لا يكون هناك تقسيم مادي لمحل الحق، وهذا التكييف لا يقدح فيه أن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال الشائع، إذا كان الشركاء الآخرين الذين يشاركونه في الحصول على هذه المزايا ملاك مثله، فالاستناد إلى فكرة الاستئثار والتي تعتبر غير أساسية لحق الملكية لا تتنافى مع حرمان الشريك من الاستئثار بجميع مزايا الشيء الشائع<sup>1</sup>، لأن المنع موجه إلى الغير.

#### - الرأي الثاني: حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثالث والرابع)، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة، حتى إذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك، وتحول بذلك حقه إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق.<sup>2</sup>

#### - الرأي الثالث: حق الشريك حق عيني من نوع خاص

ذهب هذا الرأي إلى أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، إذ أن الشيوخ ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموعة من الشركاء، ولا لكل من الشركاء.

هذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن إعتبار الشيوخ صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء، أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك فمن يكون إذا هو مالك الشيء الشائع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أحمد عبد العال أبوقرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999، ص 129

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص 74.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 121.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة 713 من القانون المدني: "إذا ملك اثنان أو أكثر..."، فالمادة نصت صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية، كما نصت المادة 714 من القانون المدني: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...".

هذه المادة تجمع بين يدي المالك على الشيوخ جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف.<sup>1</sup>

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقرر قانونا أنه كل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع وحصتها في الشيوخ لم تمس، ولم تجري قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرده المشتري وتعويض المدعى عليها خرقت القانون".<sup>2</sup>

وفي قرار آخر: "من المقرر قانونا أن الشريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها -ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوخ اخطئوا في تطبيق القانون".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- بابل محمد، منازعات الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، قانون خاص، فرع قانون عقاري، جامعة سوق أهراس، سنة 2008-2009، ص 13.

<sup>2</sup>- قرار رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28، المجلة القضائية، 1994، عدد 1، ص 38.

<sup>3</sup>- قرار رقم 39496 مؤرخ في 1987/04/08، المجلة القضائية، 1991، عدد 03، ص 9.



### المطلب الثالث: صور ومصادر الشيوخ

نعالج في هذا المطلب صور الشيوخ في الفرع الأول ثم مصادر الشيوخ في الفرع الثاني

#### الفرع الأول: صور الملكية الشائعة

تتمثل صور الملكية الشائعة في ملكية الأسرة والشيوخ الإجباري.

#### أولاً: ملكية الأسرة

وهي عبارة عن ملكية شائعة بين أعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، وفيما يأتي نتكلم عن شروطها وأحكامها وتقييم النظام القانوني لها.

#### 1- شروط إنشاء ملكية الأسرة:

نصت المادة 1061 من التقنين المدني الأردني على أن: " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وانفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة وإما من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية"، كم نصت المادة 1/1062 على أنه: " يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة..."، يتضح من هذين النصين أن شروط إنشاء ملكية الأسرة هي كالتالي:

أ- أن يكون الشركاء أعضاء في أسرة واحدة: وتتكون أسرة كل شخص من ذوي قرياه وهم كل من يجمعهم أصل مشترك، ونرى إضافة الزوجين وأقاربهما إلى ذلك، ونستند في هذا الرأي إلى أمرين أحدهما قانوني يتمثل في نص المادة 37 التي قضت بأنه: " يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر"، والآخر يتعلق بحكمة التشريع فههدف المشرع من ملكية الأسرة هو تقوية الأواصر الاجتماعية بين الأقارب وزيادة القيمة الاستثمارية للأصول، وبالتالي فلا بأس من التوسع في مفهوم الأسرة.<sup>1</sup>

ب- أن تجمع الشركاء وحدة العمل أو المصلحة: ونرى بأن هذا الشرط يزيد لا مبرر له لأنه متوافر بالضرورة، فلو كانت الموال المشتركة عبارة عن تركة كمصنع أو متجر أو أرض زراعية أو مسكن، فمن الواضح أن هناك وحدة عمل أو مصلحة بين الورثة، وإذا لم تكن هذه الأموال تركة وحصل الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة، فمن المؤكد أن الذي دفع الشركاء إلى

<sup>1</sup> - حواسين كريمة، المرجع السابق، ص 52.

ذلك هو وحدة العمل أو المصلحة، ونرى بأن وحدة العمل أو المصلحة هي بمثابة السبب بمفهومه الحديث، أي الباحث الدافع إلى التعاقد، وطبقاً لقواعد السبب فإن القانون يفترض وجود المصلحة المشروعة ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

ج- أن تكون الأموال الداخلة في ملكية الأسرة المملوكة للشركاء: سواء تملكوها بالإرث أو بسبب آخر، وإن كان الإرث هو الغالب، ويجب أن تكون هذه الأموال مملوكة ملكية حالة لأعضاء الأسرة، إذ لا يجوز إنشاء ملكية الأسرة بأموال ستؤول إليهم في المستقبل<sup>1</sup>.

د- أن يتفق الشركاء كتابة على تكوين ملكية الأسرة: وعليه فمصدر ملكية الأسرة هو العقد، وهو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، وإذا ورد هذا العقد على أموال عقارية وجب تسجيله في دائرة التسجيل متى كانت هذه العقارات واقعة في مناطق تمت فيها التسوية، ويجب أن تتوفر في هذا الإتفاق أركان العقد وشروطه، ومن هذه الشروط وجوب تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة.

أما بخصوص المدة فيجب ألا تتجاوز خمسة عشرة سنة،<sup>2</sup> وإذا تجاوزت هذا الحد انقضت لتكون مساوية له، ولكن بإمكان الشركاء تجديد المدة بعد إنتهائها، وتجدر الإشارة إلى أن المدة ليست شرطاً من شروط إنشاء ملكية الأسرة والدليل على ذلك هو ما قضت به المادة 2/1062 من جواز عدم تحديد أجل لملكية الأسرة.<sup>3</sup>

## 2- أحكام ملكية الأسرة:

تتمثل أحكام ملكية الأسرة فيما يلي:

أ-قسمة ملكية الأسرة وحق الشركاء في الخروج منها: نصت المادة 740 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1048.

<sup>2</sup> عبد الوهاب عرفة، القسمة وإستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب(دعوى القسمة)، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص163.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني " الحقوق العينية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 84.

جميعاً وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضاء باقي الشركاء".  
هذه المادة يقابلها في التقنين المدني الأردني المادة 01/1063 التي تنص على أن: " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً"، ويفهم من هذه النصوص أنه يجوز للشريك أن يخرج من ملكية الأسرة عن طريق التصرف بنصيبه لأحد الشركاء، أو عن طريق التصديق به لأجنبي بشرط موافقة جميع الشركاء.

وتجدر الإشارة إلى أن إخراج الشريك لنصيبه من ملكية الأسرة لا يعد قسمة للأموال الداخلة في هذه الملكية إلا إذا بقي شريك واحد فيها، كما أنه إذا تعذر تسليم الشريك المنسحب حصته أعطي ما يقابل هذه الحصة ولا يباع المال كله في المزاد.<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 2/1063 على أنه: " وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضائه أو جبراً عليه فلا يكون شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء"، يتضح من هذا النص أن تملك الأجنبي لحصة أحد الشركاء سواء أكان برضائه، كما لو اشتراها منه أو جبراً عليه كما لو كان الشريك في حصته، ولكن لا يجعله شريكاً في ملكية الأسرة إلا إذا رضي بذلك ورضي باقي الشركاء، وفي هذا خروج عن الشرط القاضي بضرورة أن يكون الشركاء أعضاء في أسرة واحدة، وهو خروج أمله الضرورة بناء على قاعدة "يغتفر في البقا ولا يغتفر في الابتداء".

ونود أن نشير أخيراً إلى أن ملكية الأسرة تنتهي بنهاية المدة المتفق عليها ولكن الموالم تبقى مملوكة على الشيوخ بين الشركاء ما لم يطلب أحدهم القسمة.

#### ب- إدارة ملكية الأسرة:

نصت المادة 741 من التقنين المدني الجزائري: " للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال ويجوز

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 207.

عزل المدير بالطريقة التي عين بها كما يجوز للمحكمة عزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل" وهذه المادة مطابقة للمادة 1064 من القانون المدني الأردني.<sup>1</sup>

يتضح من هذا النص أن المدير يعين بقرار يتخذه من يملك أغلبية الحصص في ملكية الأسرة، أي ما يزيد على النصف، ويجب أن يكون هذا المدير شريكا في ملكية الأسرة، كما يتضح أيضا أن صلاحيات هذا المدير تتجاوز أعمال الإدارة المعتادة إلى أعمال الإدارة غير المعتادة، إلا إذا قيدت هذه الصلاحية بالإتفاق، ونستنتج ذلك من إعطائه حق إحداث تغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك، وهذا من أعمال الإدارة غير المعتادة .

**ج- تطبيق قواعد الشيوخ والوكالة والتركة:** نصت المادة 1065 على أنه: " فيما عدا القواعد السابقة تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة وأحكام التركة على ملكية الأسرة"، إن الأحكام التي أوردها المشرع في ملكية الأسرة تختلف عن أحكام الملكية الشائعة، ولكن فيما عدا هذه الأحكام ينبغي الرجوع إلى الأصل المتمثل في قواعد الشيوخ لأن ملكية الأسرة صورة من صور الشيوخ، كما أن المركز القانوني للمدير هو أنه وكيل عن الشركاء، فتطبق على علاقته بهم قواعد الوكالة، وإذا كانت الأموال الداخلة في ملكية الأسرة تمثل تركة غير مقسمة فإنها تبقى خاضعة لحكام التركة.<sup>2</sup>

#### ثانيا: الشيوخ الإجباري:

نص عليه المشرع الجزائري في المواد 743 إلى 772 من القانون المدني وكذا القوانين الخاصة، والملكية المشتركة في العقارات المثبتة حالة أو نوع من أنواع الملكية الشائعة، غير أن هذا النوع وإن كانت الملكية مقسمة إلى حصص وكل مالك له حرية التصرف في حصته كمن يبيع مسكنه، غير أن هناك أجزاء مشتركة لا يجوز لأي مالك التصرف فيها.<sup>3</sup> وقد نصت المادة 1060 من القانون المدني الأردني على أنه: "... ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي خصص له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ".

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 56.

<sup>3</sup> - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 67.

يتضح من هذا النص أن الشيوخ الإجباري هو الحالة التي يكون فيها المال مشاعا بصورة دائمة بسبب الغرض الذي أعد له هذا المال، والشيوخ الإجباري يكون غما أصليا أو تبعيا، والشيوخ الإجباري الأصلي هو الذي يكون محله مخصصا لمنفعة جماعة من الأشخاص كمدافن الأسرة وصورها، أما الشيوخ الإجباري التبعي فهو الذي يكون محله عقارا مخصصا لاستعمار عقارات أخرى مملوكة ملكية مفرزة لعدة أشخاص كالطرق والآبار والجسور المخصصة لخدمة عدة عقارات، ودراستنا هنا تنصب على الشيوخ الإجباري التبعي نظرا لأهمية العملية، وبذلك فهو النوع الغالب الوقوع.

ولقد عنى المشرع لتنظيم حالتين من حالات الشيوخ الإجباري التبعي وهما ملكية الطوابق والشقق والحائط المشترك وبتناول هاتين الحالتين كما يلي:

### 1- ملكية الطوابق والشقق:

أخذ القانون المدني الأردني من مجلة الأحكام العدلية ملكية الطبقات في صورة العلو والسفل وهو نظام مستمد من الفقه الإسلامي يقوم على إن كل من صاحب السفل وصاحب العلو يكون مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة أرضية وشققا وجدرانا ونوافذ وأبوابا ويملك صاحب السفل الأرض التي أقيم البناء كله، كما يكون له حق السقف في العلو أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل<sup>1</sup>.

وبجانب هذا النظام الإسلامي أخذ المشرع بملكية الطبقات والشقق وهو نظام يقوم على تعدد ملاك البناء الواحد بحيث يكون لكل واحد منهم طابق أو شقة مملوكة ملكية مفرزة ومعدة للاستخدام والخاص، وتبقى الأجزاء المعدة للاستخدام المشترك في البناء مملوكة ملكية شائعة شيوخا جبريا وقد انتشر هذا النوع من الملكية في العصر الحديث على نطاق واسع بسبب ارتفاع تكاليف تملك بناء مستقل، وسنتناول كل صورة كما يلي:

أ- **ملكية الطبقات والشقق:** وردت أحكام هذه الملكية في القانون المدني وقانون ملكية الطوابق والشقق رقم ( 25 ) لسنة 1968 وتعد ثلاثة وإذا حصل تعارض بينهما لا بد من تطبيق أحكام القانون الأخير لأنها وردت في قانون خاص والخاص يقيد العام ، وإذا كانت ملكية

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2001، ص126.

الأجزاء المفترزة مملوكة ملكية خالصة لا تمتاز بأية أحكام خاصة إذ لمالك هذه الأجزاء ما للمالك عموماً من حقوق وعليه ما على هذا المالك من التزامات فان الأجزاء الشائعة المخصصة للاستعمال المشترك لها أحكامها الخاصة ولذلك تعد جوهر ملكية الطبقات أو الشقق وهذا يقتضي تحديد هذه الأجزاء ثم بيان حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة لها.<sup>1</sup>

### 3- ملكية الأجزاء المشتركة:

✓ **تحديد الأجزاء المشتركة:** تتحدد الأجزاء المشتركة بالإتفاق بين الشركاء وغالباً تكون سندات الملكية ومن أمثلة ذلك ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك لأصحاب تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، وكل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه.

وهذا على سبيل المثال لا الحصر، وطبقاً للقانون الفرنسي أن الأجزاء المشتركة هي تلك غير المخصصة لاستعمال أحد الملاك، وبالنسبة للحوادث الفاصلة بين شقتين فهي ملكية مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.<sup>2</sup>

✓ **حقوق الملاك في الأجزاء المشتركة:** تعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك الطبقات والشقق، فتعتبر في حالة شيوع إجباري، ويتحدد نصيب كل مال في هذه الأجزاء بالإتفاق المثبت في سند الملكية، وفي حالة عدم التحديد فالقاعدة هي أن نصيب كل مالك يكن بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه في الدار، وذلك وقت إنشاء الدار، فأى تغيير من تحسينات وغيرها يطرأ بعد ذلك لا يعتد به والتصرف في هذه الأجزاء جماعي، وكل شريك له الحق في الانتفاع على حسب الوظيفة الطبيعية لهذه الأجزاء.<sup>3</sup>

### ✓ **التعديل والتصرف في الأجزاء المشتركة:**

يجوز لأي من الملاك القيام بأي تعديل في الأجزاء المشتركة ولو بدون موافقة الملاك بشروط أربعة:

<sup>1</sup> - غازي أبو عرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 130.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 199.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، 128.

– أن يتم التعديل على نفقة الشريك الذي سيتكفل بإحداثه.

– أن يكون من شأنه تسهيل استعمال تلك الأجزاء.

– أن لا يغير التعديل من تخصيصها.

– أن لا يلحق الضرر بالملاك الآخرين.

وفيما عدا ذلك فالتعديل غير جائز إلا بموافقة جميع الشركاء، ولا يجوز تغيير شكل البناء الخارجي أو المساس بسلامته.

✓ **التزامات الشركاء:** على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الجزء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

يلتزم كل شريك بالمساهمة في تكاليف الإدارة والصيانة والحفظ والتجديد، ويدخل في ذلك أعباء الترميم وإصلاح المصعد وتجديد الآلة الرافعة للمياه.

ويستطيع الشريك التخلص من هذا الالتزام إذا هو تخلى عن ملكيته المفرزة.<sup>1</sup>

✓ **إدارة الأجزاء المشتركة:** يجوز لملاك كل مبنى مقسم إلى طبقات أو شقق تكوين هيئة من الشركاء تتولى غدارة هذا البناء، ويطلق عليها اتحاد الملاك، ويمكن أن يتمتع هذا الاتحاد بالشخصية المعنوية، حيث يكون له ذمة مالية مستقلة ويحق له مباشرة إجراءات التقاضي، ويعين الاتحاد مأمور يتحدث باسمه.

**4- ملكية الأجزاء المفرزة في البناء:**

✓ **تحديد الأجزاء المفرزة:** تتمثل الأجزاء المفرزة في الطبقات والشقق التي يتكون منها البناء، حيث تكون كل شقة أو طبقة مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص، أي أن الملكية المفرزة تنصب على الجزء الخاص بالمالك والمعد لاستعماله وحده، ويتضمن ذلك الطابق أو الشقة وما يوجد بداخلها من فواصل بين الحجرات والأنابيب والأسلاك الكهربائية الممتدة داخلها وأبواب المداخل والشبابيك أو البلكونات الخاصة بالشقق والأدوات الصحية والبلاط

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 201.

والأخشاب التي تغطي الأرضية والجدران، أما الجدران الرئيسية والسقف فتعد من الأجزاء المشتركة.<sup>1</sup>

✓ **سلطات وحقوق المالك على الجزء المفترزة:** لمالك الطبقة أو الشقة كافة حقوق وسلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف، فله أن يستعملها بنفسه أو يسكن فيها ذويه، وله أن يستغلها بالإيجار وله أن يتصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الهبة وغير ذلك من التصرفات، إلا أن حق المالك مقيد بحقوق الجيران فلا يحق له أن يباشر أعمال تضر بجيرانه أو من شأنها أن تضر بمتانة وصلابة المبنى، وغيرها من الأعمال المضرة بالمبنى وجيرانه.

5- **تنظيم العلاقة بين صاحب العلو وصاحب السفل:** يمتلك كل من ساحل العلو وصاحب السفل ملكية طبقته ملكية خالصة، إلا أن التلاصق بين الطبقتين يفرض على كل منهما عدة التزامات تجاه الآخر.

✓ **التزامات صاحب السفل:** يلتزم صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، وأن يعيد بناء السفل إذا تهدم، على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، ويجوز في كل حال لقاضي المور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.<sup>2</sup>

✓ **التزامات صاحب العلو:** لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل، فالأصل أن لصاحب العلو الحق في إضافة أدوار عليا وفي الارتفاع، إلا أن ذلك الحق مقيد بقيدين:

**الأول:** وجود إتفاق في سند الملكية يحدد مدى الإرتفاع والدوار المسموح بها، هنا يقيد صاحب العلو بهذا الإتفاق.

**الثاني:** يجب أن لا يكون من شأن الإضافة المساس بحقوق صاحبي السفل.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، 140.



ويلتزم صاحب العلو كذلك بصيانة أرضية علوه حتى يحافظ على سقف السفلى، ولا يجوز له أن يتقل السقف بما يجاوز طاقته.

هذا بالإضافة إلى المبدأ العام الذي يرد على كل البحيرات وهو الإمتناع عن الغلو في الاستعمال على نحو يسبب أضرار غير مألوفة للجار.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: مصادر الشيوخ:

تنشأ الملكية الشائعة إما بتصرف قانوني أو واقعة مادية، لأن مصدر الشيوخ هو مصدر الملكية بصفة عامة، أي أن هذه المصادر تكمن في أسباب كسب الملكية مادام هذا السبب يتصل بعدة أشخاص في نفس الوقت، ومثل التصرف المنشئ لملكية شائعة أن يشترى شخصان أو أكثر عقارا على الشيوخ، وقد تكون الوصية إذا أوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوخ، كما قد تكون الواقعة مادية وأكثرها انتشارا في الميراث، حيث تنتقل الكثير من ملكية المباني والأراضي الزراعية إلى الورثة، وتضل ملكيتها شائعة فيما بينهم لفترة من الزمن.

وقد ثار الجدل حول اكتساب الملكية الشائعة بالتقادم، غير أن الرأي الراجح هو إمكان ذلك على أساس أن الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد، فيكون لكل من الحائزين في الشيوخ أن يقوم بأعمال الحياة بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه في الحياة بما يجوز لهم من هذه الأعمال.<sup>2</sup>

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم صادر في 10 أكتوبر 1946، أن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث أن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد، ولا فارق بين الإثنتين إلا من حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوخ تخالط يد غيره من المشتاعين، والمخالطة ليست عيبا في ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقارا وحازوه شائعا بينهم جاعلين لكل منهم

<sup>1</sup> - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 17.

حصة فيه، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية، أم ناب في الحيازة بعضهم عن بعض، هذا ما لم يكن لمالك العقار يد عليه وحلت الحيازة الغاصبة.

أما إذا كان للمالك يد على العقار فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح.

فأساس الحكم المذكور أن الحيازة الصالحة للتقادم هي الحيازة التي تشابه حيازة المالك، فمجرد أن يستعمل الحائز الملكية استعمال الشريك على الشيوع عند حيازته للحصة الشائعة حتى تنقلب حيازته إلى ملكية شائعة بالتقادم.<sup>1</sup>

كما نصت المادة 824 موجبات وعقود أنه: "عندما يكون شيء أو حق ما ملكا شائعا ومشتركا بين عدة أشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك أو شبه شركة، وهي تكون إختيارية أو إضطرارية".

يستفاد من هذه المادة أن الملكية الشائعة قد تنشأ:

**6- إختياريا:** أي بإرادة الإنسان، كان يعمد مثلا أربعة أشخاص إلى شراء عقار، بحيث يختص كل منهم بربع هذا العقار، فيصبح العقار المذكور في هذا المجال مملوكا على الشيوع من قبلهم.

**7- بقوة القانون:** أي دون إرادة الإنسان، كما في حال وفاة المالك عن عقارات كان يملكها انفراديا وثلاثة ورثة، فتنتقل ملكية العقار إلى هؤلاء لحظة الوفاة، متحولة من ملكية فردية للمورث إلى ملكية شائعة للورثة وفقا لأنصبتهم الإرثية التي يحددها قانون الإرث الذي يطبق عليهم.<sup>2</sup>

وحالة الميراث في هذه الحالة هي الغالبة في الحياة العملية، وفيما يلي نتناول هذه الحالة، وكذلك نتناول الأسباب الأخرى لكسب الملكية وهي: الوصية، الالتصاق، العقد، الحيازة، الشفعة، الاستيلاء.

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - جورج ن.شدرابي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 57.

أولاً: الميراث:

عالج المشرع الجزائري مسألة الميراث كمصدر من مصادر الملكية في نص المادة 774 من القانون المدني والتي تحيلنا إلى قانون الأحوال الشخصية (الأسرة).

وقانون الأسرة تكلم عن الميراث في المادة 126 وما يليها.

كما أحالت القوانين المدنية ومنها المصري والسوري والعراقي تحديد أنصبة الشركاء في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم إلى الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها، كما أن المشرع الجزائري أخذ أحكام الميراث من مبادئ الشريعة الإسلامية.

أ- **تحرير التركة وجردها ووضع اليد عليها:** تجري العملية بإدراج تفاصيل جميع ما للمتوفي من حقوق والتزامات وأصول عقارية أو منقولة، وذلك بتدوينها في محضر وتضع المحكمة يدها على تلك الأموال بإيداعها لدى شخص ثالث، وتقدر له أجره عن قيامه بهذا العمل بغية المحافظة عليها، ولا يجوز التصرف فيها إلا بموافقة المحكمة.

ب- **تصفية التركة:** ثم تقوم المحكمة بعد أن حررت التركة بتصفيتها فتبدأ بإيفاء الضرائب والرسوم المحقة على التركة وإيفاء المصاريف المنفقة على المتوفي، بحيث لا تتجاوز القدر المعروف، وإيفاء الديون الأخرى بعد أخذ موافقة الورثة الكبار، وإذا كانت تلك الديون مستندة إلى حجة أو حكم مكتسب درجة الثبات أو سند ثابت التاريخ على الدائن يمين الإستظهار، أما بقية الديون أو الحقوق الأخرى فتبلغ المحكمة<sup>1</sup> الدائنين بتحريك الدعوى في المحكمة المختصة إذا رغبوا بذلك خلال مدة ثلاثين يوماً لإثبات ذلك، وللمحكمة أن تحجز ما يعادل قيمة هذه الديون لنتيجة الدعوى.

ج- **توزيع وبيع أموال التركة:** أما المرحلة الثالثة والأخيرة فهي قيام المحكمة بتوزيع التركة وبيعها، فإذا طلب أحد الورثة الكبار تملك مال منقول في التركة وإقترن ذلك بموافقة بقية الورثة، ومن ثم يقوم مقام القاصر قانوناً ومن ولي أو وصي أو قيم، فتقوم المحكمة بتعيين خبير أو أكثر من قائمة الخبراء لتقدير تلك القيمة خلال المدة التي تحددها المحكمة في حال كون التركة مدنية، أما إذا لم تكن كذلك فيدفع ما يناسب حصة بقية الورثة منها، فتقرر عندئذ

<sup>1</sup> علي جبار صكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيع، الطبعة الأولى، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 31.

المحكمة تملكه حصص الورثة من المال المنقول إذا رأت أنه لا يضر بالقاصر، وتبدأ المحكمة بعد إكمال إجراءات البيع وفق قانون رعاية القاصرين بتصفية التركة بعد أن سددت المصاريف المطلوبة للمتوفي بالقدر المعروف، وتبدأ بذلك وفق الترتيب التالي:

- إيفاء ديون الدائنين الذين أثبتوا ديونهم.
- تسليم الورثة الكبار حسب ما يستحقونه من حصصهم.
- تسليم حصة القاصر إذا كانت زهيدة إلى من يقوم مقامه.
- إتخاذ ما يلزم لإدارة عقار القاصر أو حصته منه وإستثمار أمواله وفق القانون.<sup>1</sup>

#### ثانياً: الوصية:

عالج المشرع الجزائري مسألة الوصية في نص المادة 775 من القانون المدني والتي أحالتنا إلى قانون الأسرة لاسيما المادة 184 منه.

كما أحالت القوانين المدنية ولاسيما نص المادة 1125 من القانون المدني الأردني على أن: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت. ويكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به".

فالوصية تصرف قانوني انفرادي مضاف إلى ما بعد الموت بموجبه ينقل الموصي إلى الموصى له حقا ماليا بدون عوض، وهي سبب من أسباب كسب الملكية بالخلفية بسبب الموت، وسنعالج بعض أحكام الوصية ثم التصرفات التي تأخذ حكم الوصية.<sup>2</sup>

#### 1- بعض أحكام الوصية:

إن موضوع الوصية من موضوعات قانون الأحوال الشخصية، لذا سنقتصر هنا على معالجة الأحكام التي تطرق لها القانون المدني الأردني:

نصت المادة 1126 على أنه: " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها".

وإستنادا إلى هذا النص لا تجوز الوصية لغير الورثة إلى في حدود الثلث، وما جاوز ذلك موقفا على إجازة الورثة، ولا تجوز الوصية للوارث إلا إذا إجازها بقية الورثة، وغذا تمت

<sup>1</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 116.

الوصية مستكملة لشروطها فإن ملكية الموصى به تنتقل إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصي، ويرد على هذا الحكم استثناء يتعلق بالعقارات، فقد نصت المادة 1130 على أنه: "لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل.

ويرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة إلى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة إلى الغير".

ومما يؤيد أن الوصية بالعقار ليست تصرفاً شكلياً، ما نصت عليه المادة 1127 بقولها أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها"، إذ يتضح من هذا النص أن الورقة الرسمية أو الورقة العادية المصدق على توقيع الموصي عليها شرط لسماع الدعوى وليست شرطاً لصحة الوصية، والدليل على ذلك جواز إثبات الوصية بالإقرار كما يستدل من مفهوم مخالفة النص.

ويلاحظ على النص أنه اشترط أن تكون ورقة الوصية محررة بخط الموصي، وهذا شرط لا مبرر له مادامت الوصية قد حررت في سند رسمي ووقعت من قبل الموصي.<sup>1</sup>

## 2- التصرفات التي تأخذ حكم الوصية:

لقد أعطى المشرع الأردني لنوعين من التصرفات حكم الوصية حماية منه لحقوق الورثة من تصرفات مورثهم التي فيها معنى الوصية وذلك كما يأتي :

أ- **التصرفات الصادرة من شخص في مرض الموت ومقصود بها التبرع:** نصت المادة 1128 على أنه:

"كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً ما كانت التسمية التي تعطى له.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن المتصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولا يحتج على الورثة بسند المتصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً.

فإذا أثبت الورثة أن المتصرف صدر من مورثهم في مرض الموت إعتبر المتصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له المتصرف غير ذلك أو وجدت أحكام خاصة تخالفه".

<sup>1</sup> - علي هادي لعبيدي، المرجع السابق ، ص 118.

ب- التصرفات الصادرة من شخص لأحد الورثة مع إحتفاظه بحيازة العين وبحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة: نصت المادة 1129 على أنه: " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك".<sup>1</sup>

لقد تصدى هذا النص لحالة من حالات التحايل على القانون، غالبا ما يلجأ إليها المورث عندما يريد تفضيل أحد ورثته على الآخرين، فيتصرف له بمال من أمواله في صورة بيع مثلا ولكنه يقصد منه الوصية، أي لا يريد نقل ملكية المبيع حال حياته وفي مقابل عوض، وإنما يبغى نقل الملكية بعد الوفاة ودون عوض، ومن أجل تحقيق هذه الغاية يحتفظ المورث بحيازة المبيع وبحقه في الانتفاع به مدى الحياة، ولهذا فقد إعتبر المشرع هذين الميرين قرينة قانونية على أن التصرف وصية وليس تصرفا آخر، ويشترط لتطبيق هذه القرينة توافر ثلاثة شروط وهي:

- أن يكون المتصرف له أحد الورثة، والعبارة في تحديد صفة الوارث هي بوقت حصول الوفاة وليس بوقت صدور التصرف.

- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي ترف فيها.

- أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى الحياة.<sup>2</sup>

### ثالثا: الإتصال (الالتصاق):

عالج المشرع الجزائري مسألة الإلتصاق في نص المادة من 778 إلى 791 من القانون المدني.

الإتصال هو اندماج أو إتحاد بين شيئين متميزين أحدهما عن الآخر مملوكين لشخصين مختلفين اندماجا ماديا بفعل الطبيعة أو بعل الإنسان ولا يمكن فصلهما دون تلف. وقد رتب القانون على هذا الإندماج المادي أثرا قانونيا وهو تملك مالك أحد الشيين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضي، لذلك فالإتصال يعد سببا مستقلا من أسباب كسب الملكية الشائعة.

<sup>1</sup> - علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 120.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 121.

بناء على ذلك يلزم لتحقيق الإتصال لكسب الملكية توافر الشروط التالية:

1- أن يوجد شيئان ماديات متميزان ويستوي أن يكون عقارين أو منقولين، أما التحسينات والإصلاحات التي يقوم بها الحائز على ملك الغير لا تعد شيئاً متميزاً عن الشيء الذي يجري عليه التحسين، والتالي لا تطبق عليها قواعد الإتصال.

2- أن يندمج الشيئان إندماجاً مادياً يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف، وعليه لا تسري قواعد الإتصال الكنز المدفون في الأرض ولا على عقار بالتخصيص لإمكانية فصلها دون تلف.<sup>1</sup>

3- أن يكون الشيئان مملوكين - عند إتصالهما - لشخصين مختلفين.

4- أن لا يوجد اتفاق سابق بين المالكين على الاندماج.

يمكن تقسيم حالات الإتصال التي أوردها المشرع إلى حالتين:

الإتصال بفعل الطبيعة لا دخل للإنسان في إحداثه، والإتصال بفعل الإنسان وقد تحدث بين منقول وعقار أو بين منقولين.

#### 1- الإتصال بفعل الطبيعة "الإتصال الطبيعي":

يقصد به الإتصال الذي يحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل فيه كالطمي الذي يجلبه السيل، والأرض التي تتحول من مكانها بسبب السيول لتندمج بأرض أخرى مملوكة لشخص آخر، وقد أورد المشرع الأردني خمس حالات للإتصال الطبيعي وهي على النحو التالي:<sup>2</sup>

أ- **طمي النهر:** تنص المادة 1131 من القانون المدني الأردني على أن: " الطمي الذي يأتي به النهر أو السيل إلى أرض أحد يكون ملكاً له، ويقصد بالطمي التراب الذي يجلبه النهر أو السيل، والذي يترسب على مر الزمان على حافة الأرض الملاصقة لمجرى النهر دون تدخل من جانب الإنسان.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 189.

<sup>3</sup> عيد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 254.

ب- تحول الأرض عن مكانها: تقضي المادة 1132 مدني الأردني على أنه: "يجوز لمالك الأرض التي تتحول عن مكانها بسبب حادث وقع قضاء أن يطالب بها إذا تحققت معرفتها ويضمن صاحب الأرض الأكثر قيمة، لصاحب الأرض الأقل قيمة قيمتها ويمتلكها. ولا تسمع دعوى المطالبة بها بعد مضي سنة على وقوع الحادث".

ج- الجزر المتكونة بصورة طبيعية في مجرى النهر أو مجاري المياه: قد تتكون بعض الجزر في مجرى النهر وقد تتكشف المياه عن بعض الأراضي، وفي هذا الصدد تنص المادة 1133 مدني أردني على أن: "الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهر أو مجاري المياه تعتبر جزءاً من أملاك الدولة الخاصة"، وهذا ما يسمى بطرح النهر وهي عبارة عن الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، وكذلك الجزر التي تتكون في مجراها، فهذه الأرض التي ظهرت في مجاري المياه أملاكها الخاصة، وهذا ما تؤكد المادة 1134 من القانون المدني الأردني.

د- الأرض التي تنكشف عنها المياه: نصت المادة 1135 على أن: "الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الغدران أو المستنقعات التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة"، والواضح من هذا النص أنه لو كان المستنقع مملوكاً لأحد الأشخاص فإن الأرض التي تنكشف عنها مياه المستنقع لانحسارها أو لجفافها تكون ملكاً لصاحبه، أما إذا كان بدون مالك كانت الأرض التي تنكشف عنها المياه ملكاً للدولة.

هـ- تحويل النهر لمجره: تفيد المادة 1136 مدني أردني بأنه: "إذا إتخذ نهر مجرى جديداً كان لأصحاب الأراضي المجاورة للمجرى القديم حق أخذ هذا المجرى ببدل المثل كل في الجزء الذي يقع أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط المجرى ويوزع ثمن المجرى القديم على أصحاب الأرض التي شغلها المجرى الجديد كل بنسبة ما فقد من أرضه".<sup>1</sup>

## 2- الإتصال بالعقار بفعل الإنسان "الإتصال الصناعي":

يقصد بالإتصال الصناعي الذي يتم بفعل الإنسان إذ تتدمج من غراس أو بناء أو بذر بعقار ليس مملوكاً كمالك تلك المواد، وينقسم هذا النوع من الإتصال إلى نوعين من حيث طبيعة الأشياء التي إندمجت ببعضها إتصال منقول بعقار وإتصال منقول بمنقول، ولما كان

<sup>1</sup> - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 191.



المشرع قد ميز بين النوعين من حيث الأحكام الواجب تطبيقها على كل نوع، فإننا نعرض لأحكام كل نوع على حدى على النحو التالي:

### أ- إتصال منقول بعقار بفعل الإنسان:

انطلاقاً من أن الأرض هي الأصل وكل ما يقام عليها يعتبر تابعاً لها<sup>1</sup>، فقط وضع المشرع قاعدة بموجب المادة 1137 من القانون المدني الأردني مفادها أن: "كل بناء أو غرس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، وهذه القاعدة ليست إلا تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة 1019 من القانون المدني الأردني التي تنص على: "وكل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً إلا إذا نص القانون أو قضى الإتفاق بغير ذلك".

### ب- إتصال المنقول بالمنقول بفعل الإنسان:

تنص المادة 1145 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا إتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما".

يفهم من هذا النص أن إتصال المنقول بالمنقول لا يعد سبباً لكسب الملكية إلا بتوافق

شرطين:

**أولهما:** أن يكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين.

**ثانيهما:** أن يندمج المنقولان في بعضهما، بحيث يستحيل فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، يستوي بعد ذلك أن يكون الإتصال قد وقع بإرادة أحد الطرفين أو بقوة قاهرة، كما يستوي أن يكون الإتصال بين منقولين أو أكثر ويقع ذلك في صور ثلاث وهي:<sup>2</sup>

- الضم - التحويل - المزج.

<sup>1</sup> - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 206.

رابعاً: العقد

عالج المشرع الجزائري مسألة العقد في نص المادة 792 من القانون المدني التي تنص على: "تتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية".

العقد لغة هو العهد، وقال القوي عاقفته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته، وجاء في مجلة الأحكام العدلية العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما به والإنعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما، والعقد هو الإيجاب المقترن بقبوله، ويعرف الباحث بأنه اقتران الإرادة المنفردة للطرف الموجب بالإرادة المنفردة للطرف القابل في إنشاء التزام قانوني ينصب أثره في محل العقد، وأشارت المادة (73) من القانون المدني العراقي بان العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود فيه، وعرف القانون المدني الفرنسي في المادة (1101) "بأنه التزام اتفاق بمقتضاه شخصاً أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله، والتعريف الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام، أما المشروع التمهيدي للقانون المصري فقد عرفه (اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها)، وهذا هو نفس التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى، وكان المقصود منه نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق، ويرى الدكتور السنهاوي أن العقد أخص من الاتفاق فهو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الإنفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد.<sup>1</sup>

أما القانون المدني الجزائري فقد عرفه بأنه اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، ونرى أنه قد ساير التعريفات التي أوردها المشروع الفرنسي الإيطالي، والقانون الفرنسي والمشروع المصري فلم يخرج عن كون العقد هو اتفاق، كما أنه جمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام.

<sup>1</sup> - علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 44.

والعقد هو أول مصادر الالتزام بين الدائن والمدين على الوجه الذي يظهر أثره في محل العقد، وهذا الأثر في محل العقد هو نقل ملكيته من أحد العاقدين إلى الآخر، ومبدئيا لا مسؤولية تعاقدية دون وجود عقد، ولكي يوجد عقد يجب بالضرورة افتراض شخصين تقريبا بهدف تنظيم عقد، ويكون عندئذ في حقة المخابرات<sup>1</sup>، فإذا تطابقت إرادتي الطرفين أي اقتران الإيجاب بقبول مطابق له فيلزم لتتمام العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فالملكية تنتقل بالعقد سواء كان المعقود عليه منقولاً أو عقاراً، ويعد التصرف القانوني الصادر من الأفراد بصيغة العقد أحد أسباب نشأة الملكية الشائعة كسواء شخصين أو أكثر عقاراً أو منقولاً كسيارة مثلاً، فيصبحون شركاء متشايعين تتحد حصة كل منهم في المال الشائع حسب الإتفاق الحاصل بينهم، فإذا ساهم أحدهم ببديل بيع العقار أو المال المنقول بنصفه أو ثلثه مثلاً فيحدد نصيبه في المال الشائع حسب نسبة ما دفعه، وهذا لا يعتبر قاعدة عامة وإنما الإتفاق القائم بين الشركاء هو الذي يحدد ذلك فالعقد شريعة المتعاقدين.

#### خامساً: التقادم المكسب للملكية (الحيازة):

عالج المشرع الجزائري مسألة الحيازة في نص المادتين 827 و 828 من القانون المدني.

الحيازة هي وضع الإنسان يده على شيء ويبقى تحت تصرفه مدة من الزمن، فتعد سبباً من أسباب كسب الملكية بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها، والقاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية، فهي تعزز حماية الوضع الظاهر، فالحائز يستطيع التمتع بما للمالك من حق على هذا الشيء، فمن حاز مالا منقولاً اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس، والحق العيني يولي صاحبه حقاً مباشراً على موضوعه، فمالك الشيء سواء كان عقاراً أو منقولاً يستطيع مباشرة أي عمل أو نشاط عليه دون حاجة للجوء إلى أي تصرف أو إجراء قانوني معين، فمصدر سلطة هذا الشيء هو القانون الذي منحه هذا الحق، كما لا يفترض وجود رابطة قانونية مع شخص آخر، فمن يباشر هذه السلطة يعد صاحب الحق حتى يقوم الدليل العكسي،

<sup>1</sup> - عيد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 801.

فحائز الأرض يعتبر وفقا للظاهر هو المالك لهذه الأرض ولا يطالب بإثبات ملكيته لها، فإذا ادعى شخص ملكيته لهذه الأرض فيكون مدعيا خلاف الظاهر ويقع عليه عبء الإثبات.<sup>1</sup>

والتقادم المكسب لحق الملكية نوعا مسقط ومكسب، فالتقادم المسقط هو مرور الزمان الذي لا تسمع بعده الدعوى على التعدي من مدع ترك حقه بالالتزام مدة 15 سنة، أما التقادم المكسب فهو أحد أسباب كسب الحق بحيازته المدة المنصوص عليها قانونا، وأساس التقادم المكسب هو الحيازة، أما التقادم المسقط فأساس التقادم فيه هو ترك الحق أو إهمال المطالبة به.

#### سادسا: الشفعة:

عالج المشرع الجزائري مسألة الشفعة في نص المادتين 794 و 795 من القانون المدني.

ويراد بالشفعة لغة الضم أو الزيادة فقد سميت شفعة لأن الشفيع يضم ما يمتلكه بهذا الحق إلى ملكه فيزيده ويراد بها اصطلاحا: حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنققات، وقد اختلف الفقه المصري في تحديد طبيعة حق الشفعة هل هو حق شخصي أو حق عيني، ولكن الفقه الفرنسي رجح اعتبار الشفعة من قبيل حق الخيار أو الإمكان القانوني، ويقول الأستاذ السنهوري في هذا المجال: الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق أصلا إنما الشفعة سبب لكسب الحق ولكنه يعود بعد ذلك ليصف الشفعة بأنها حق إلا أنها حق في منزلة وسط بين الحق في الملك والرخصة في الملك، فهي حق الشخص في أن يمتلك، والمنزلة الوسط التي يشير إليها الأستاذ السنهوري هي ما يعرف بحق الخيار أو الإمكان القانوني، ويعود السبب في المنزلة الوسط هذه إلى أن الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية هي واقعة مركبة من عنصرين أحدهما مادي يتمثل في الارتباط القائم بين العقار المشفوع به وهو العقار الذي بسببه تطلب الشفعة، والعقار المشفوع فيه وهو العقار الذي يمتلك بالشفعة كحالة الشيوخ أو الجوار، والآخر إرادي يتمثل في إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فالعنصر الأول يجعل الشفيع في مركز قانوني يخوله كسب الملكية بإرادته المنفردة بشروط معينة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> - علي هادي لعبيدي، المرجع السابق، ص 138.

### سابعاً: الاستيلاء

عالج المشرع الجزائري مسألة الإستيلاء في نص المادة 773 من القانون المدني. يعتبر سبباً من أسباب الملكية بالنسبة للعقارات والمنقولات التي لا مالك لها أي المباحة، وقد أصبح في القوانين الحديثة قاصراً على المنقولات دون العقارات، وهو أحد أسباب الشيوخ، ويحدث بوضع الشخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه، فهو واقعة مادية مقتضاها وضع اليد أو الحيازة ولكنها تختلط بإرادة التملك، وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام الاستيلاء في المواد (1098-1105)، وقد اعتبر القانون في المادة الأخيرة المشار إليها في الهامش حالة ردم جزء من البحر وجعله أرضاً يمكن الإستفادة منها سبباً لتملك العراقي لها، ولكنه تطلب الحصول على إذن من الحكومة بذلك إما في حالة عدم حصول الإذن فإنها تباع له من قبل الدولة ببدل مثلها، وهذه هي الحالة الوحيد التي أشار إليها المشرع فيما يتعلق بالإستيلاء على العقار وجعله سبباً لكسب الملكية.<sup>1</sup>

### ثامناً: الهبة:

لم يرد نص في القانون المدني في الفصل الثاني تحت عنوان طرق اكتساب الملكية على الهبة، قانون الأسرة نص في الفقرة الأولى من المادة 202 على أن "الهبة تملك بلا عوض".

والأمر كذلك فإن الهبة تعتبر من أسباب اكتساب الملكية.

والهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض، الهبة هي تملك مال لآخر بدون عوض.<sup>2</sup>

وعرف التقنين اللبناني في المادة 504 على أن: "الهبة تصرف بين الحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل"، وقانون الأسرة الجزائري نص في المادة 203 على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"

<sup>1</sup> - علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> - عيد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 50.

وفي المادة 205: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

والهيئة وفق أحكام المادة 206 من قانون الأسرة: "تتعقد الهيئة بالإيجاب والقبول، وتتم الحياة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

وإذا اختل احد البنود السابقة بطلت الهيئة والعقود الناقلة للملكية مهما كانت تسميتها<sup>1</sup> ووفق أحكام القانون المدني المادة 324 مكرر 1 يجب إخضاعها تحت طائلة البطلان إلى الشكل الرسمي أي تحريرها من قبل موظف مؤهل أو ضابط عمومي وإشهارها وفق لأحكام المادة 793 من القانون المدني، وأقرت المحكمة العليا في قرار لها منشور في مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2008 مبدأ مفاده يشترط القانون تحرير عقد الهيئة وجوبا تحت طائلة البطلان رسميا وبحضور شاهدين.

### تاسعا: الوقف:

لم يرد النص في الفصل الثاني من القانون المدني بعنوان طرق اكتساب الملكية على الوقف كسبب من أسباب كسب الملكية.

والوقف ورد النص عليه في عدة نصوص قانونية من القانون رقم 90-25 والمتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم إذ تنص المادة 31 على أن: "الأماك الوقفية هي الأماك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين للوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

القانون المتعلق بالوقف رقم 91-10 المعدل والمتمم نص في المادة الأولى: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأماك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفية المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها".

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة، نص القانون المذكور أعلاه: "يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

<sup>1</sup> - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 36.

ويعتبر القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون خاص، إذ نص على الوقف في الفصل الثالث في المواد من 213 إلى 220، وتنص المادة 213 على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

وقضت المحكمة العليا في قرارها رقم 157310 الصادر في 16/07/1997 المنشور في المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1997، صفحة 34 أنه:

من المقرر شرعا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقلا للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرها".

ولما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ بالرغم من تعلقه بأرض محبسة، فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 41، 42.

### المبحث الثاني: الحق في طلب قسمة العقار الشائع

سنعالج في هذا المبحث الخاص بالحق في طلب قسمة العقار الشائع مفهوم القسمة في المطلب الأول، ثم صاحب الحق في طلب القسمة في المطلب الثاني، وأخيرا نعالج مسألة القيود الواردة على الحق في طلب القسمة في المطلب الثالث.

#### المطلب الأول: مفهوم القسمة

لتوضيح مفهوم القسمة لا بد من التفرقة بين تعريفها كقرع أول، ثم التطرق إلى مشروعيتها كقرع ثاني، ثم التطرق إلى أهمية القسمة كقرع ثالث .

#### الفرع الأول: تعريف القسمة

لتعريف القسم نعرفها أولا من حيث اللغة ثم نعرفها من حيث الإصطلاح والقانون وثالثا وأخيرا تعريفها عند بعض الفقهاء.

#### أولا: تعريف القسمة لغة

تطلق القسمة ويراد بها فرز أجزاء الشيء بعضها عن بعض، فيقال قسمته قسما أي فرزته أجزاء، والفاعل يقال له قاسم والإسم القسم بالتكسير، والجمع أقسام مثل حمل أحمال والاسم القسمة.<sup>1</sup>

#### ثانيا: تعريف القسمة إصطلاحا وقانونا

- 1- عرفها الحنفية بقولهم: "جمع نصيب شائع في مكان معين".
  - 2- عرفها المالكية بقولهم: " تمييز مشاع مملوك من مالكين فأكثر معينا ولو بإختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض".
  - 3- عرفها الشافعية والحنابلة بقولهم: " تمييز بعض الأنصاء عن بعض وإفرازها عنها ".
- إذا نظرنا إلى تلك التعريفات نجد أنها وإن اختلفت ألفاظها إلا أنها متفقة في المضمون، غير أننا نلاحظ أن الحنفية والشافعية والحنابلة إقتصروا في تعريفهم للقسمة على إظهار حقيقة المعرف، بينما نجد أن المالكية أضافوا في تعريفهم أنواع القسمة وطريقتها مما جعل تعريفهم أكثر وضوحا وهو التعريف المختار.

<sup>1</sup> - مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، "قسمة الأعيان"، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الإسلام في آسيا الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2010، ص 152.



4- في القانون المدني الأردني ورد تعريف القسمة في المادة 1038 منه كما يلي:

" القسمة إفرار وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي".

5- لا يوجد تعريف للقسمة في القوانين ذات العلاقة مثل قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري، وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني.<sup>1</sup>

ثالثاً: تعريف القسمة عند بعض الفقهاء:

لقد عرف بعض الفقهاء القسمة بأنها:

"عملية تحديد نطاق حق ملكية مشتتة بغية إيجاد التطابق بين نطاقه المعنوي أو الحسابي ونطاقه المادي".

ورعفها البعض: أن القسمة هي طريقة لانقضاء الشيوخ، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام أو حصص بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء.

الفرع الثاني: مشروعية القسمة:

القسمة مشروعة والأصل في ذلك الكتاب والسنة والمعقول (الإجماع).

أولاً: من الكتاب:

قال تعالى: " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا". (النساء الآية 08).

وجه الدلالة: إن الله عز وجل ذكر القسمة في هذه الآية، وذكر موضعها أي الشيء المقسوم، وهو المال الذي أجاز إعطاء جزء منه لمن حضر هذه القسمة، وهذا خير دليل على مشروعية القسمة وجوازها فلو لم تكن مشروعة لما أجاز الله عز وجل لتلك الفئات الأخذ من ذلك المال المقسوم، وهذه قسمة عامة في كل شيء ولا يجوز قصرها على قسمة التركة خلافاً لمن قال بغير ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مازن زايد جمال عمران، القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة، أطروحة استكمال لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 8.

<sup>2</sup> - مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 153.

ثانيا: من السنة

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل فيقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"، وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقسم الغنائم بين أصحابه وقسم خيبر على ثمانية عشر سهما. وجه الدلالة: يدل قوله صلى الله عليه وسلم: "اللهم هذه قسمتي" ومباشرته صلى الله عليه وسلم للقسمة بنفسه بين القائمين من أصحابه رضوان الله عليهم بوضوح على مشروعية القسمة وإلا لما قال الرسول صلى الله عليه وسلم ما قاله ولما فعله بنفسه.

ثالثا: الإجماع

جرى العمل بالقسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير، فكان ذلك إجماعا على مشروعيتها.

الفرع الثالث: أهمية القسمة

شرعت القسمة لتحقيق مصلحة الشركاء الذين يشتركون في ملكية شائعة في عين من الأعيان، فتجلب له منفعة وتدفع مفاصد يغلب على الظن حدوثها، ولعل من أهم المصالح التي تحققت للشركاء دفع الضرر الطالب حدوثه من الشركة، فإن وجود الشركة في الأعيان يغلب عليه الظن أن يترتب عليها حدوث ضرر للشركاء، مما يؤدي إلى التنازع، ودفعاً لهذا الضرر وتطبيقاً للقاعدة الفقهية "الضرر يزال" شرعت القسمة بين الشركاء، مما يؤدي إلى التخلص من ضرر الشركاء، وأيضاً من الأمور المترتبة على مشروعية القسمة إعطاء الحرية لكل مالك في التصرف فيما يملكه دون مضايقة أحد أو رجوع إلى أحد من الشركاء، حيث تمنحه القسمة التصرف في ملكه كيف يشاء، هذا فضلاً على أن القسمة توصل باب التنازع والتشاجر بين الملاك المحتمل.<sup>1</sup>

المطلب الثاني: صاحب الحق في طلب القسمة

لمعالجة مسألة صاحب الحق في طلب القسمة لابد من التطرق إلى الشريك في الشيوخ كفرع أول، ثم نتطرق إلى تدخل المحكمة في الفرع الثاني، كما يجب أن نشير إلى أن الحق في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم ولا يصح التنازل عليه في فرع ثالث.

<sup>1</sup> - مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 155.

الفرع الأول: الشريك في الشيوخ

بالرجوع لنص المادة 1/724 من القانون المدني الجزائري فإنها تنص على: " إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة".

يتبين من هذا النص القانوني أن المدعي في القسمة القضائية للعقار الشائع، هو كل شريك مشتتاه مهما صغرت حصته، والشريك هو من له حق شائع في الشيء، سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه.

كما يجوز لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه، إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة، ونشير إلى أن مشتري جزء مفرز من العقار الشائع لا يصبح شريكا في كل هذا العقار، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع باسمه دعوى القسمة، وإنما بوصفه دائنا له أن يرفع دعوى القسمة باسم الشريك البائع طبقا لأحكام الدعوى غير المباشرة، ويمكن رفع دعوى القسمة من قبل الخلف الخاص أو العام للشريك على الحصة الشائعة، وإذا اتفق كل الشركاء المشتاعين على اللجوء للقسمة القضائية.<sup>1</sup>

فيمكن للطلب أن يأخذ شكل عريضة جماعية، كما يمكن أن تتعدد القسمة القضائية للعقار الشائع بين الدولة والخواص لإمكان قيام الشيوخ بينهم، وهو ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك، حيث تعمل الدولة على تعجيل طلب القسمة والخروج من الملكية الشائعة، فتنبص المادة على ما يلي: "يهدف تقسيم العقارات التي تكون ملكيتها مشاعة بين الدولة وغيرها، ومتى كان ذلك ممكن إلى إخراج حصة الدولة منها وما يبقى يكون ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين".

لا شك أن البقاء في الشيوخ أمر غير مرغوب فيه، لكثرة ما ينشئه من متاعب ومشاكل وخلافات بين الشركاء المشتاعين، لذلك كان الأصل أن الشريك لا يمكن أن يجبر على البقاء في الشيوخ، فكل شريك في الشيوخ له أن يطلب القسمة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 382.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 382.

الفرع الثاني: تدخل المحكمة

للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها القسمة القضائية، وذلك إذا كان في الشيوخ شريك غير كامل الأهلية أو شريك غائب، إذا لم تر الإذن لوصية أو قيمة أو النائب عنه في الإتفاق على القسمة، أو إذا كانت أذنت بذلك ولكنها لم ترد التصديق على القسمة الإتفاقية لإجهاها بحق مثل هذا الشريك، فلكل شريك أن يرفع دعوى القسمة على باقي الشركاء بتكليفهم بالحضور أمام المحكم المختصة، أما من لم يعلن من الشركاء أو يختصم أو يتدخل في دعوى القسمة فإن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة على هذا الشريك.<sup>1</sup>

كما أعطى المشرع للمحكمة الحق في قسمة العقار من دون طلبها من الشركاء، وذلك في الحالة التي يعارض فيها الشركاء الذين يمثلون الأقلية تصرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع في الملكية الشائعة، وهذا حسب المادة 720 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً".

وبذلك فإنه إذا رجع المعارضون إلى القضاء في الميعاد المحدد أي خلال شهرين ابتداء من تاريخ إعلانهم بقرار التصرف، فإن المحكمة المختصة عليها النظر في موضوع النزاع، وحسب نص المادة 720 من القانون المدني فإن المحكمة تنظر في أمر قسمة العقار الشائع، فإذا كانت هذه القسمة تتحقق دون إلحاق ضرر بمصالح الشركاء فإن المحكمة تقضي بإجراء القسمة دون طلبها من أي شريك في الشيوخ، أما إذا رأت غير ذلك وأن القسمة قد تضر بمصالح الشركاء، فإنه لا يبقى من مناص في الإبقاء على الشيوخ والترجيح بين قرار الأغلبية ومعارضة الأقلية.

وقد أثير التساؤل حول ما أقره المشرع للمحكمة في مدى لزومها ومن تلقاء نفسها في بحث ملائمة إجراء القسمة قبل أن تنظر في تأييد التصرف من عدمه، وذلك جاء في نص

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 383.

المادة 720 من أن دور المحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الحق في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم ولا يصح التنازل عليه

إن الحق في طلب القسمة القضائية لا يسقط بالتقادم فيستطيع الشريك أن يطلب القسمة في أي وقت ما دامت حالة الشروع قائمة، حيث أن حق طلب القسمة لا يسقط بعدم الاستعمال لأن الشروع حالة متجددة وهو ما يؤدي إلى تجدد الحق في طلب القسمة القضائية باستمرار طوال مدة بقاء الشروع، وإذا كان هذا الحق مقرر لكل شريك، إلا أنه كغيره من الحقوق يخضع في استعماله لنظرية التعسف في استعمال الحقوق المنصوص عليها في القانون المدني، ولذلك يجب أن لا ينطوي استعمال الشريك المشاع لهذا الحق على تعسف في استعماله.

فإذا كان طلب القسمة لا يحقق لطالبه مصلحة أو كانت هذه المصلحة تافهة لا تتناسب مع هذا الضرر الكبير الذي يصيب بقية الشركاء كان للقاضي أن يرفض الطلب فيبقى الشروع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير على الشركاء، ومثل ذلك أن تكون قسمة العقار عينا غير ممكنة ولا بد أن يباع العقار وتكون الأسعار في حالة انخفاض كبير وطارئ وتشير إلى أن الحق في طلب القسمة القضائية لا يصح التنازل عنه وكل تنازل عن طلب القسمة القضائية يعد باطلا.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: القيود الواردة على الحق في طلب القسمة

الحق في طلب القسمة قد يفيد منه أن يكون الشريك مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص في القانون أو بموجب اتفاق، وهذا ما تنص عليه المادة 722 من القانون المدني الجزائري: " لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع ما يم كمن مجبرا على البقاء في الشروع بموجب نص أو اتفاق".

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 383.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 384.

الفرع الأول: القيد القانوني

قد يتدخل القانون لإعتبارات يقدرها ويمنع الشريك في المال الشائع من طلب القسمة ويجبر على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون، كما هو الحال في الشيوع الإجباري حيث يقتضي الغرض الذي أعد له الشيء الشائع بقاءه في الشيوع إذ لا يصلح الإستعمال المعد له إذا تم تقسيمه، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 737 من القانون المدني الجزائري: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد أن هذا المال يجب أن يبقى دائما على الشيوع"<sup>1</sup>.

فالعبارة بالغرض الذي أعد له العقار الشائع، فإذا كان الغرض يقتضي أن يبقى العقار الشائع دائما على الشيوع، ولا يمكن الانتفاع به إلا ببقائه على هذا الحال، كان الشيوع إجباريا وهي مسألة موضوعية فقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان العقار الشائع ضروريا للإستعمال المشترك، وما إذا كانت القسمة من شأنها أن تعيق استعمال هذا العقار أو تجعل الانتفاع به على النحو الذي أعد له مستحيلا.<sup>2</sup>

والتنوع قد يكون أصلا إجباريا أي أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار وإنما توجد مستقلة، وتكون مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد على وجه دائم كمباني المدافن العائلية، وقد يكون الشيوع جبريا بطريقة تبعية، حيث تكون الملكية الشائعة تابعة لعقارات يملكها عدة أشخاص مثل: الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات أو الشقق والطريق الخاص المشترك ما بين أبنية متقابلة.<sup>3</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 بالمزاد بمعزل عن الأجزاء الخاصة".

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 37.

<sup>2</sup> - حياة محمد كحيل، القسمة القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص 40.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 40.

ونجد أن الشيوخ الإجباري التبعية هو الذي يكتسب أهمية بالغة مقارنة مع الشيوخ الإجباري الأصلي وذلك لكثرة انتشاره، بحيث تكون فيه الملكية مكرسة لخدمة عقارات أخرى، وتعتبر من ملحقاتها الضرورية، وأدى ذلك إلى ارتباطها بها وعدم إنفصالها عنها، بحيث تكون الحصة الشائعة فيها تابعة للعقار المخصصة لاستعماله في النزول عنه أو في رهنه من ناحية ولا يجوز لمالكها أن يتنازل عنها أو يرهنها مستقلة عن ذلك العقار من ناحية أخرى وبذلك تقترب من الإرتفاق، فإذا كان الشيوخ الجبري التبعية يشبه الإرتفاق، إلا أنه لا يعتبر إرتفاق، حيث أن طبيعة حق الشريك في الشيوخ الجبري ليس حق إرتفاق، وإنما هو حق شركة في الملك، إذن يوجد عقار مرتفق وعقار مرتفق به بل أن للشركاء حقوق متساوية في كل جزء منه.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: القيد الإتفاقي

من المقرر قانوناً أن الحق في طلب القسمة ليس متعلقاً بالنظام العام وذلك باعتبار أن القاعدة القانونية هي أن الإتفاق قانون التعاقد، ولهذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز تعطيل طلب القسمة تعطيلاً مؤقتاً حيث يتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة معينة<sup>2</sup> حددها القانون بما لا يجاوز خمس سنوات طبقاً للفقرة الثانية من المادة 722 من القانون المدني الجزائري.

لذلك يمتنع طلب القسمة طوال هذه المدة احتراماً لاتفاقات الشركاء في هذا الشأن.

ويكون الإتفاق نافذاً في حق من يخلف الشريك المشاع سواء أكان الخلف عاماً أو خاصاً، ويلاحظ هنا أن الخلف الخاص يتقيد باتفاق سلف من البقاء في الشيوخ إلى نهاية المدة المتفق عليها في حدود الأجل القانوني ولو لم يكن عالماً به وذلك خلافاً لما تقضي به القواعد العامة المقررة في المادة 109 من القانون المدني الجزائري: "... وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".<sup>3</sup>

وإذا كان لا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فبمقتضى ذلك أن الإتفاق مقدماً على البقاء في الشيوخ لمدة خمس سنوات يكون في الأصل

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> - محمد المنجي، دعوى القسمة، مؤسسة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 111.

<sup>3</sup> - أحمد خالد، المرجع السابق، ص 38.

صحيحاً في حدود خمس سنوات وباطلاً في المدة الزائدة على ذلك، بمعنى أن المدة المتفق عليها تنقص إلى خمس سنوات.<sup>1</sup>

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الذي نص على أنه لا يمكن الإتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تفوق خمس سنوات.

يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً الإتفاق بخصوص تركة شخص ما زال على قيد الحياة.<sup>2</sup>

كذلك يجوز للشركاء بعد انقضاء مدة خمس سنوات أن يتفقوا على مدة جديدة، لاكن لا يصح الإتفاق مقدماً على أن يتجدد الإتفاق بعد انقضاء مدته لمدة متتالية، وإذا حصل أن اتفق الشركاء على مدة خمس سنوات جديدة قبل انقضاء المدة السارية فإن المدة الجديدة تحسب من يوم الإتفاق عليها وليس من يوم انقضاء المدة السارية، وإلا تجاوزت المدة خمس سنوات من يوم الإتفاق الجديد وهذا لا يجوز.<sup>3</sup>

والحكمة من تحديد خمس سنوات كحد أقصى للإتفاق على البقاء في الشيوخ هي أن البقاء في الشيوخ لا يزال أمراً غير مرغوب فيه، ولا يتعدى كونه حالة استثنائية، لذلك لا يجبر الشركاء في المال الشائع على البقاء في الشيوخ إلا لمدة معقولة فيكون لكل شريك الحق في طلب إنهاؤها لكي تعود الملكية إلى وضعها الطبيعي.<sup>4</sup>

وتتعدد دوافع الشركاء إلى الإتفاق على البقاء في الشيوخ، فقد يكون بينهم من هو ناقص أهلية تقتضي القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ويكون ناقص الأهلية قد شارف على استكمال أهليته، فيتفق الشركاء ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية أن يبقوا في الشيوخ إلى حين استكمال ناقص الأهلية أهليته، وقد يكون بين الشركاء في الشيوخ غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ هذه المدة حتى يرجع الغائب<sup>5</sup>، وقد يكون العقار الشائع مشروعاً لا يرجى ربحه إلا بعد فترة زمنية معينة يفضل للشركاء انتظارها قبل

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> - قرار رقم: 320777 مؤرخ في: 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 62، ص 401.

<sup>3</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 39.

<sup>4</sup> - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 115.

<sup>5</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 36، 37.



القسمة، وقد لا تكون الظروف الاقتصادية مواتية لبيع العين الشائعة بثمن مناسب، فيفضلون الانتظار فترة تؤمل بعدها الفرص الملائمة.<sup>1</sup>

ومن المقرر قانوناً خضوع الإتفاق على البقاء في الشروع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة، فيتم هذا الإتفاق عادة بين جميع الشركاء بمجرد أن يتبادلوا التعبير عن إرادتهم المتطابقة وذلك سواء باللفظ الصريح أو الكتابة، كما يكون التعبير عن الإرادة الضمنية باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

ويعتبر الإتفاق على البقاء في الشروع عملاً من أعمال الإدارة، وليس عملاً من أعمال التصرف، لذلك يكفي توفر أهلية الإدارة في الشريك دون أهلية التصرف.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 37.

<sup>2</sup> - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 113.

### المبحث الثالث: إدارة الملكية الشائعة بقسمة المهايأة

سنعالج مسألة إدارة الملكية الشائعة بقسمة المهايأة في ثلاثة مطالب، حيث سننتظر إلى تعريف المهايأة في المطلب الأول، ومنتظر إلى أنواع المهايأة في المطلب الثاني ونعالج التكيف القانوني لقسمة المهايأة في المطلب الثالث.

#### المطلب الأول: تعريف المهايأة

إن أهم طريقة للإنتفاع بالعقار الشائع هي قسمته قسمة مهايأة، وقسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة لا تنهي حالة الشيوع وإنما تقتصر على تنظيم الإنتفاع بالعقار الشائع بحيث يحصل على شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته وتستهدف قسمة المهايأة تخلص الشركات من مشاكل إدارة العقار الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية المهايأة استحساناً نظراً للحاجة إليها عندما يكون المال الشائع غير قابل للاستعمال المشترك وقد استدل الفقهاء على جواز المهايأة بقوله تعالى بخصوص ناقة سيدنا صالح عليه السلام: (قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّغْلُومٍ)<sup>1</sup> وقوله في ذات الموضوع: (وَيَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ)<sup>2</sup>.

كما أن استدلو بما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قسم في غزوة بدر كل بغير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر وكانوا يتعاقبون على ركوبه<sup>3</sup>، وقد نظم القانون المدني الجزائري قسمة المهايأة في المواد من 733 إلى 736، إذ نصت المادة 733 على: "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات فإذا لم تشترط لها مدة وإنتهت المدة المنفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن عنها الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاث أشهر أنه لا يرغب في التجديد...".

<sup>1</sup> - الشعراء الآية 155.

<sup>2</sup> - القمر الآية 28.

<sup>3</sup> - وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 6، ص 47، 74.

الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة

" المهايأة لغة مأخوذة من هياً يقال هاء، يهوء ويهيئ والهيئة الحالة الظاهرة وتهايأت للشيء: أخذت له أهيته وتفرغت له، وتهايأ القوم: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد بها النوبة"<sup>1</sup>.

وقد ذهب أحد الفقهاء المحدثين إلى أن التعبير بقسمة المهايأة تعبير غير دقيق لأنه يحمل على الظن بوقوع فعل القسمة على المهايأة نفسها وهذا محال، لأن المهايأة نفسها لا تنقسم وذلك بإعتبارها عملية متكاملة الوقائع ولذلك يرى أنه كان من الأصح الإكتفاء بلفظة "مهايأة" فقط أو إستعمال مصطلح "عملية المهايأة" أو "قسمة الإنتفاع"، لأنه أكثر دقة ودلالة على الكيفية أو الهدف منها فضلا على أنه يظهر طابعها التنظيمي المتميز<sup>2</sup>.

وهذا الإنتقاد ليس له محلا عند دراسة هذا الرأي في ضوء تعبيرات اللغة العربية فإن هذا التعبير من قبل إضافة الشيء إلى إستعماله، كقطع السكين وكتابة القلم، فلا يعني ذلك أن القطع يكون للسكين أو أن الكتابة تكون للقلم، وكذا قسمة المهايأة فهي تعني انها القسمة التي تتم بالمهايأة.<sup>3</sup>

الفرع الثاني: تعريف المهايأة اصطلاحا

لتعريف المهايأة: اصطلاحا نقوم بتعريفها أولا في الفقه الإسلامي، ثم نعرفها ثانيا عند فقهاء والقانون، ثم نعرفها ثالثا وأخيرا في القانون الجزائري.

أولا: تعريف المهايأة في الفقه الإسلامي

يعتبر الفقه الإسلامي أو من عرف قسمة المهايأة بإعتبارها طريقة من طرق الإنتفاع بالمال الشائع يقع في الأصل باتفاق جميع الشركاء، وقد وردت أحكام قسمة المهايأة في كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المتعددة ضمن باب القسمة.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف القسمة المهايأة حسب ما يراه كل مذهب، إلا أنها تدور حول معنى واحد وهو أن قسمة المهايأة هي قسمة المنافع، ويرى بعض الفقه أن أهم

<sup>1</sup> - ندى سالم حمدون ملا علو، "مفهوم المهايأة وتكييفها"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، عدد 42، 2009، ص 3.

<sup>2</sup> - حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 41.

<sup>3</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 49.

وأوضح تعريف هو ما جاء به المالكية بالقول أن: " إختصاص كل شريك يشترك فيه عن شريكه زمنا معيناً من متحد أو متعدد" <sup>1</sup>.

فقد جاء تعريفاً مبيناً لكيفية قسمة المشترك المتحد كالدائر مثلاً، بحيث يختص كل مالك على الشيوع بالانتفاع به مستقبلاً عن شريكه مدة زمنية معينة، وأما المتعدد كالدارين مثلاً فيختص كل شريك بالانتفاع به مستقبلاً عن شريكه مدة زمنية معلومة، وبذلك ذكر هذا التعريف نوعي القسمة الزمانية والمكانية وبين كيفية نشوئهما. <sup>2</sup>

#### ثانياً: تعريف فقهاء القانون:

تعدد تعريف شراح القانون للمهاياة، فبعضهم عرفها بأنها: "هي التي يتناوب فيها الشركاء على إقتسام منافع الشيء الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم"، وعرفها آخرون بأنها: "إما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، وهذا وذاك بصفة مؤقتة" <sup>3</sup>.

وللمهاياة تعريف عام وهو "قسمة المنافع" والذي يشمل الحالات التي تجوز فيها المهاياة سواء بين المالكين لرقبة المال مثل الشركاء، أو التي تكون بين المالكين للمنفعة كالمستأجرين، كما تجوز المهاياة بالوقف وبين أصحاب حقوق التصرف، والمهاياة بين المستأجر والمالك.

كما تعرف المهاياة كذلك على أنها وسيلة يستعين بها الشركاء لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع من خلال الإتفاق على قسمة منفعة المال الشائع بينهم. <sup>4</sup>

#### ثالثاً: تعريف المهاياة في القانون الجزائري:

نظم هذا النوع من القسمة في التشريع الجزائري ضمن المواد 733-736 من القانون المدني الجزائري، ولم يتعرض لتعريف المهاياة غي أنه وصفها في الفقرة الأولى من المادة

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup> - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 51.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 51.

<sup>4</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 51.

733 بما يلي: " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء...".

كما تنص المادة 734 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

من خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع الجزائري بين الصور التي تتم وفقها القسمة المهايأة ومن خلال وصف قسمة المهايأة المكانية في نص المادة 733 من القانون المدني، وقسمة المهايأة الزمانية في نص المادة 734 من نفس القانون.

ونخلص مما ذكرنا أنه إذا كان إجماع بين كل الشركاء في الملكية الشائعة على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع وإدارته، فإن كل عمل يتم بمقتضى التنظيم يكون صحيحاً وناظراً في حق الجميع، ويسري على هذا الإتفاق عليهم على خلفهم سواء كان عاماً أو خاصاً، وتتجلى أهم الصور في هكذا إتفاق عن طريق قسمة المهايأة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: أنواع المهايأة:

المهايأة قسمة المنافع، وقد تكون زمانية وفيها يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم، وقد تكون مكانية وفيها ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: المهايأة الزمانية:

لقد نصت على هذا النوع من القسمة المادة 734 من القانوني المدني والتي جاء فيها: " يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته"، إن قسمة المهايأة الزمانية هي التي يتبادل فيها الشركاء منافع المال المشترك كل منهم حسب حصته ولمدة زمنية معينة، وهذا النوع من المهايأة عادة ما يكون في المنقولات التي عادة ما يتعذر على الشركاء إستغلالها في نفس

<sup>1</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> - نسيمه درار، "قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، 2014، ص 296.

الوقت، إلا أن ذلك يجوز في العقار خاصة إذا كان العقار لا يقبل إستغلاله أو الانتفاع به بأكثر من شخص واحد، ومثال ذلك المنزل والمرآب.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم ينظم المهايأة الزمانية كما نظم المهايأة المكانية، مما يعطي تفسير أنه يمكن أن نطبق نفس القواعد خاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الإيجار، إلا أن السؤال يبقى مطروحا في إمكانية تحولها إلى قسمة نهائية كما في المهايأة المكانية خاصة إذا لاحظنا أن هذا النوع من المهايأة يبقى شائعا ولا يهيئ للقسمة النهائية، فالمهايأة الزمانية تنتهي بإنهاء مدتها المعينة بالإتفاق، وعليه تنقضي ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها.

#### أولاً: المهايأة الزمانية الجماعية

المقرر أن كل شريك يمتلك في كل ذرة من المال الشائع، ويتقرر له حق المالك من استعمال واستغلال وتصرف، فإن لم يمكنه باقي الشركاء من الإنتفاع بجزء يعادل حصته، كان ذلك منهم يجيز للشريك الرجوع عليهم بالربع فضلا عن التزامهم بعدم التصرف له دون انتظار لإجراء القسمة إذا كان التعرض في جزء من المال يأبى القسمة العينية<sup>1</sup>، التي يقصد بها التمليك، ومن ثم يجوز اللجوء للقسمة التي تؤدي إلى انتفاع كل الشركاء بهذا الجزء فتجري قسمة مهايأة زمنية جماعية، فيتناوب بعض الشركاء الانتفاع به للمدة التي يتم الإتفاق عليها، ثم يترك البعض هذا الجزء لينتفع به من لم ينتفع منهم النوبة السابقة وهكذا حتى ينتفع الجميع النوبات.<sup>2</sup>

مثال ذلك أنه في اتحاد الملاك، قد يتفق الملاك على أن يكون لكل منهم حصة في جراج العمارة التي توجد بها وحداتهم، وحينئذ تكون هذه الحصة شائعة تعطى لكل مالك الحق في وضع سيارته بالجراج، فإن كان الجراج يتسع لجميع السيارات، وجب اللجوء إلى قسمة المهايأة الزمنية الجماعية والتناوب فيها حتى يتمكن جميع الملاك من الانتفاع بالجراج، ويتم الإتفاق بينهم على مدة الإنتفاع ومن تتضمنه منهم النوبة الأولى، فإن كان عدد الملاك أربعين بينما لا يتسع الجراج إلا لثلاثين سيارة، بدأت النوبة الأولى بهذا العدد وبعد انتهاء مدة المناوبة

<sup>1</sup> - أنور طلبية، الملكية الشائعة، طبعة منقحة، المكتب الجامعي الحديث، 2017، ص 415.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 416.

المتفق عليها، كشهر أو شهرين يخرج العشرة الأخيرين ويدخل بدلا منهم من لم تشمله النوبة الأولى، وهكذا يمكن اللجوء إلى القرعة لتحديد ملاك النوبة الأولى وترتيبهم من الأول إلى الثالثين وفقا لأولوية السحب، فإن لم يتفق الشركاء على هذه المهاية جاز اللجوء لقاضي المواد.<sup>1</sup>

### ثانيا: أحكام المدة في قسمة المهاية الزمانية:

في القانون المدني المصري تنص المادة 847 من القانون المدني المصري على أنه: " تكون قسمة المهاية أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كلٌ منهم لمدة تتناسب مع حصته".

هذا هم النص الوحيد الخاص بقسمة المهاية الزمانية في القانون المدني المصري، ولم ينظم هذا القانون مدة المهاية الزمانية كما نظم مدة المهاية المكانية، ولذا يسري عليها القواعد العامة التي سبق شرحها في أحكام المدة في قسمة المهاية المكانية.

ولكن يجب لصحة الإتفاق بين الشركاء على قسمة المهاية الزمانية أن يحدد الإتفاق دور كل منهم في الانتفاع، وإلا وقع الإتفاق باطلا وذلك على خلاف الحال في الإتفاق على قسمة المهاية المكانية، وذلك لأن مقدار المنفعة في قسمة المهاية المكانية محدد بالمكان، بينما تتحدد في قسمة المهاية الزمانية بالزمان.<sup>2</sup>

ويستطيع الشركاء الإتفاق على تناوب الانتفاع بالمال الشائع بمقتضى قسمة المهاية الزمانية لأية مدة بشرط ألا تزيد نوبة أحدهم في الانتفاع عن خمس سنين، حتى لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ لأطول من هذه المدة.

ويستطيع الشركاء الإتفاق تجديد التناوب في الإنتفاع بمقتضى المهاية الزمانية لعدة مرات بشرط أن لا تزيد نوبة أحدهم في المدة الواحدة على خمس سنوات، كما لا يجوز أن تزيد مجموع نوبات الإنتفاع لجميع الشركاء في المدة الواحدة على سنوات أيضا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 416.

<sup>2</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 114.

ثالثاً: عدم تحول المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية

المهايأة الزمانية لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهام طالمت مدتها، حتى ولو زادت مدتها أو مدة إنتفاع أحد الشركاء بمقتضاها على خمس عشرة سنة، فلم يرد في القانون هذا الحكم الإستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه في المهايأة المكانية، فالمهايأة الزمانية لا تقسيم فيها للمال الشائع إلى أجزاء مفرزة مثلما يحدث في المهايأة المكانية، إنما هي تتأوب في الإنتفاع بالمال الشائع كله لمدة تتناسب مع حصة كل شريك فهي لا تهىء للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها، والإتفاق على قسمة المهايأة الزمانية اتفاق ملزم لجميع الشركاء لا يستطيع أي شريك مهما كان مقدار حصته أن يتحلل منه قبل انتهاء مدته المتفق عليها، حتى لو كان ذلك لرغبته في إنهاء الملكية الشائعة بقسمتها قسمة نهائية ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على غير ذلك.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: المهايأة المكانية:

إذن تكون قسمة المهايأة المكانية بأن يتفق الشركاء يتفق الشركاء أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز من العقار الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء، فيكون لكل من الشركاء أن يحوز الجزء المفرز الذي يختص به ويستقل بإيراداته وإستغلاله والإنتفاع به دون أن يتقاضى منه باقي الشركاء شيئاً نظيراً عدم مطالبة هؤلاء الشركاء بثمة شيء نظير استغلالهم بالأجزاء التي حازوها.

كأن يكون العقار الشائع أرضاً يملكها شريكان فيختص أحدهما بالجزء الشرقي والآخر بالجزء الغربي أو منزلاً فيختص أحدهما بالطابق الأول والثاني بالطابق الثاني.<sup>2</sup>

ولما كان الغرض من قسمة المهايأة هو تنظيم الإنتفاع بالعقار أو المال الشائع أثناء قيام الشيوخ لإنهاء هذا الشيوخ، فهي لا تخضع لأحكام القسمة النهائية وغنما تخضع لأحكام عقد الإيجار وهذا من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات.

ولهذا فإن كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في القسمة المكانية أو بكل الشيء في القسمة الزمانية في مركز المؤجر.

<sup>1</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> - عقوني محمد، المرجع السابق، ص 62.



أولاً: مدة قسمة المهايأة المكانية

إن قسمة المهايأة المكانية عقد يلزم لنفاذه إجماع الشركاء، ومتى أبرم الشركاء هذا العقد وجب أن لا تتجاوز مدته خمس سنين، فيكون العقد صحيحاً إذا تضمن تلك المدة أو ما يقل عنها، فإن جاوزها كان باطلاً بالنسبة للمدة التي تجاوز خمس سنين وهذا بطلان نسبي مقرر لأي من الشركاء، وبالتالي يجوز لأي منهم رفع دعوى ضد باقي الشركاء باعتبار عقد قسمة المهايأة منتهياً عندما تنقضي خمس سنين من تاريخ إبرامه، فإن لم تكن تلك المدة قد اكتملت جاز لأي من الشركاء رفع دعوى بإبطال عقد القسمة فيما جاوز خمس سنين، ومتى قضى الإبطال خضعت جميع الأجزاء لقواعد الشيوخ دون قواعد الإيجار اعتباراً من اليوم التالي لانقضاء الخمس سنوات، طالما تم الإخطار بعدم الرغبة في التجديد قبل انتهاء السنة التالية للمدة المتفق عليها بثلاثة أشهر أو رفع دعوى، إذ يقوم إعلان صحيفة الدعوى مقام الإخطار وليس للإخطار شكل خاص.

فإذا لم يتضمن عقد القسمة مدة بأن جاء خلوا منها أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد<sup>1</sup> كانت مدة المهايأة المكانية سنة واحدة تتجدد تلقائياً سنة فسنة إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر<sup>2</sup>، أنه لا يرغب في التجديد وينحصر الإخطار في المدة التي تجدد فيها العقد حتى لا يمتد سنة أخرى، ويجب أن يتم الإخطار قبل انتهاء السنة بثلاثة أشهر على الأقل، فيجوز الإخطار قبل أربعة أشهر أو خمسة، أما إن تم الإخطار قبل انتهاء السنة بمدة تقل عن ثلاثة أشهر، فيكون الإخطار حابط الأثر وبالتالي لا تنتهي به القسمة وإنما تجدد سنة أخرى، إذن نخلص إلى عقد قسمة المهايأة إن لم يتضمن مدة كانت مدته سنة واحد تتجدد لسنة فسنة<sup>3</sup>.

ثانياً: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية

جاء في نص المادة 2/733 قانون مدني جزائري ما يلي: "وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك

<sup>1</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 396.

<sup>2</sup> - برهام محمد عطا الله، عقد البيع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 195.

<sup>3</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 397.

على الشيوخ جزءا مفرزا من المال الشائع مدة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة".

وعليه فالفقرة الثانية والثالثة من نص المادة 733 جاءتتا بقاعدتين نظمهما هذا القانون وحذا حذوه القانون المدني المصري في المادة 2002/846.

**القاعدة الأول:** (إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك).<sup>1</sup>

ووفقا لهذه القاعدة وإذا كانت المهايأة المكانية الوسيلة المثلى لتنظيم وتسهيل انتفاع الشركاء بالمال الشائع، فإنهم قد يتفقون على تجديدها من مدة إلى أخرى، أو أن تجدد بينهم بقوة القانون من سنة إلى أخرى.<sup>2</sup>

وفقا لنص المادة 1/733 قانون مدني جزائري حتى تبلغ مدتها في الحالتين خمسة عشرة سنة وتتقلب بذلك القسمة المؤقتة للانتفاع إلى قسمة نهائية للمال الشائع.

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

**القاعدة الثاني:** (إذا حاز الشريك على الشيوخ جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة)

والمقود بهذا النص أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، قرينة على قيام قسمة المهايأة طوال هذه المدة ولا يكلف بإثبات حصول هذه القسمة، ولا بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها، وتأكيدا لذلك قضت المحكمة العليا قرار غرقتها المدنية بتاريخ 30 سبتمبر 1998 على أنه: " إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، وبما أن المطعون ضده قد مارس حيازة طويلة منذ سنة 1933 إلى سنة 1990 على

<sup>1</sup> - مهدي كامل الخطيب، دعوى الفرز والتجنيب، على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الألفي

القانونية بالمينا، دون سنة نشر، ص 223.

<sup>2</sup> - أيمن سعد، المرجع السابق، ص 103.

الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع أي احتجاج...، فإنهم يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً...<sup>1</sup>.

وبناء عليه فإن هذه القاعدة قد أعفت الحائز من عبء إثبات بسبب حيازته للجزء المفرز الذي ينتفع به طيلة خمسة عشرة سنة بافتراض أنه يحوزه على أساس قسمة مهايأة مكانية، لكن يسقط هذا الفرض إذا نجح أحد الشركاء الآخرين في إثبات أنها حيازة لا تستند إلى قسمة مهايأة، ومن الواضح أن هذه القرينة لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشريك وتعادل حصته لأنها وحدها التي يمكن أن تستند إلى قسمة مهايأة مكانية، أما باقي المال فيبقى شائعاً.<sup>2</sup>

وتدعيماً لمسألة تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية صدر قرار رقم 32128 مؤرخ في 1984/01/09 مجلة قضائية 1990 عدد 02 ص 71.  
من المقرر قانوناً أنه إذا دامت المهايأة للمال الشائع 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المطعون فيه أيد حكماً صادقاً على تقرير خبرة بقسمة العقارات المتنازع عليها وذلك رغم وجود رسم قسمة أملاك بين أسلاف المتخاصمين مؤرخ في 1824/02/15، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم هذا خرقوا المادة 733 من القانون المدني.

### المطلب الثالث: التكييف القانوني لقسمة المهايأة

بما أن قسمة المهايأة هي قسمة ترد على الانتفاع بالشيء وليس على ملكيته، فإنه يسري على العلاقة بين الشركاء أحكام عقد الإيجار، بحيث يعتبر الشريك في القسمة الزمانية أو بما يختص به في القسمة المكانية مستأجراً والشركاء الآخرين مؤجرين، ومؤجر بالنسبة لما يختص

<sup>1</sup> - مريم تومي، سلطات الشريك في الملكية الشائعة -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص غير منشورة، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2015، ص 49.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 50.

به الشركاء الآخرين وهم مستأجرين<sup>1</sup>، حيث تنص المادة 735 قانون مدني جزائري: "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج فيها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

وعليه فقسمة المهايأة لا تخضع لأحكام القسمة النهائية وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار، وسنتناول هذا المطلب في أربعة فروع: الفرع الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير، الفرع الثاني: أهلية المتقاسمين، الفرع الثالث: إثبات قسمة المهايأة، الفرع الرابع: حقوق المتهايين والتزاماتهم

### الفرع الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير

بالرجوع إلى أحكام عقد الإيجار المتعلقة بالاحتجاج على الغير والمنصوص عليها بالمادة 469 مكرر 4 من قانون مدني جزائري، وبإسقاط أحكام هاته المادة على القسمة المهايأة لأنها تتعارض مع المهايأة إذ تطبيقه نجد أنه إذا اقتسم الشركاء المال الشائع قسمة مهايأة، ثم باع أحدهم حصته الشائعة فيحتج بالقسمة على المشتري إذا كان لها تاريخ ثابت قبل البيع، ولو لم يكن المشتري عالما بالقسمة، كما يجوز للمشتري أن يتمسك بالقسمة ولو كانت غير نافذة في حقه لعدم ثبوت تاريخها، وذلك كله إعمالا بحكم المادة 604 مدني مصري والخاصة بنفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة.<sup>2</sup>

ومقارنة نص المادة 604 قانون مدني مصري مع ما جاء به القانون المدني الجزائري في المواد 469 مكرر 3 التي تنص على: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون للمستأجر أن يحتج على من انتقلت إليه الملكية"، والمادة 469 مكرر 4 التي تم ذكرها سابقا، فإنه ورغم تأكيد المشرع الجزائري على نفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية، وحقه في

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار الميسر للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2011، ص 50.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 850.

التمسك بعقد الإيجار إلا أنه لم ينص صراحة على ضرورة أن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل انعقاد البيع".<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: أهلية المتقاسمين

حسب نص المادة 733 مدني جزائري، يعد الشريك المتهايي مؤجرا ومستأجرا في آن واحد، لذلك فإن أهليته أهلية إدارة دون أهلية التصرف.

فإذا تم النظر إليه بصفته مستأجرا فالأهلية اللازمة لصحة الإيجار هي أهلية الإدارة، حيث تعتبر المهاية من أعمال الإدارة، وتخضع من له سلطة من له ولاية على مال القاصر أو من في حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهاية للأحكام الخاصة بسلطة التأجير، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز:

1- للقاصر المأذون له بالإدارة أن يباشر قسمة الأراضي الزراعية مهاية لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي.<sup>2</sup>

2- للولي بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهاية لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سنة الرشد بسنة.<sup>3</sup>

3- للموصي أو القيم أو الوكيل أن يعقد مهاية تزيد مدتها على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة أو من الأصيل، فإذا عقدت المهاية لمدة أطول من ذلك انقضت إلا ثلاث سنوات.<sup>4</sup>

4- للوصي قسمة أموال القاصر مهاية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - مريم تومي، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> - مريم تومي، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 88 من القانون، رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 24، المؤرخة في 12/06/1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 468 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - مريم تومي، المرجع السابق، ص 62.

الفرع الثالث: إثبات قسمة المهايأة:

تطبق القواعد العامة في إثبات الإيجار والاحتجاج به على الغير فيما يخص قسمة المهايأة، ويتم إثبات هذه الأخيرة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز 100.000 دج، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادلها<sup>1</sup>، وهذا تطبيقاً للمادة 467 مكرر من التقنين المدني التي تنص على ما يلي: "وينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ وإلا كان باطلاً".

الفرع الرابع: حقوق المتهايين والتزاماتهم:

بعد أن يتم الإتفاق بين الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع من خلال المهايأة، سواء أكانت زمانية أم مكانية، فإن المهايأة ستبدأ ترتيب آثارها، ولما كانت المهايأة عبارة عن عقد ملزم لجانين، لذلك فهي ترتب حقوق والتزامات في ذمة أطرافها.<sup>2</sup>

يمكن تفصيلها في الآتي:

أولاً: التزامات الشركاء المتهايين:

تتمثل التزامات الشركاء المتهايين في الالتزام بالسلم والصيانة والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

1- الالتزام بالتسليم: أول التزام على الشركاء المتهايين هو التزامهم تسليم المال الشائع للشريك، ليتمكن من الانتفاع به وأحكام التسليم يسري عليها أحكام عقد الإيجار، حيث يتم التسليم وفقاً لطبيعة ذلك المال الشائع، ولأننا بصدد الحديث عن العقار فإنه يجب على الشركاء وضع العقار تحت يد الشريك المنتفع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وفي كل الأحوال لا يتم التسليم إلا بإزالة جميع الموانع التي تحول دون الانتفاع، سواء كان المانع بسبب أحد الشركاء أو بسبب الغير.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 822.

<sup>2</sup> قباد شيرزاد نوري، "المهايأة في الملكية الشائعة" دراسة مقارنة، بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من صنوف القضاة، مجلس قضاء إقليم كردستان، العراق، أربيل، العراق، 2016، ص 16.

<sup>3</sup> علي الطيب مصطفى أحمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، 2015، ص 71.

2- الالتزام بالصيانة: من خلال الرجوع إلى الأحكام التي تناولت التزام المؤجر بصيانة المأجور، والتي أشارت إليها المادة 479 من القانون المدني الجزائري حيث يلتزم هؤلاء الشركاء بإصلاح وترميم كل ما يحدث من خلل في المال الشائع، والذي يؤدي إلى الإخلال بالمنفعة المقصودة، والإصلاحات والترميمات التي يلتزم الشركاء بالقيام بها هي الترميمات الضرورية وكمثال إصلاح حائط آيل للسقوط، إصلاح أعمدة المنزل... إلخ.<sup>1</sup>

ويجب التمييز بين الحاجة إلى الصيانة الضرورية وبين الهلاك الجزئي، حيث أن هذا الأخير لا يجيز للشريك المتهايي المنتفع أن يجبر بقية الشركاء على القيام به إذا كان ذلك الهلاك الجزئي لا يؤدي إلى زوال المنفعة المقصودة، وإن كان يؤدي إلى انتقاصها، فهنا يكون من حق الشريك المنتفع فقط المطالبة بإنقاص الأجرة، وإنقاص هذه الأخيرة في عقد المهايأة يكون من خلال زيادة مدة انتفاع الشريك المتهايي وتقليل مدة انتفاع الركاء الآخرين، نظر لطبيعة قسمة المهايأة المنصبة على المنفعة.<sup>2</sup>

وإذا كان الهلاك الجزئي يؤدي إلى جعل المال الشائع في حالة تجعله غير صالح للانتفاع وفق ما أعد له، أو ينقص من الانتفاع نقصا كبيرا، ولم يكن لبقية الشركاء اليد في شيء من ذلك جاز للشريك المنتفع إذا لم يقد الشركاء المتهايين في ميعاد مناسب بإعادة المال الشائع إلى حالته التي كان عليها، أن يطالب غما بإنقاص الأجرة أو فسخ المهايأة مع حقه في طلب إنهاء الشبوع طبقا للمادة 481 من القانون المدني الجزائري.<sup>3</sup>

### 3- الالتزام بضمان التعرض والعيوب الخفية

يلتزم الشركاء المتهايين بضمان التعرض الصادر من قبلهم سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا، وذلك بسبب التزامهم بضمان انتفاع الشريك ومن التزم بالضمان بالمنع عن التعرض. فضلا عن ذلك فهم ملزمون بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير باعتبارهم ملاك ومن مصلحتهم حماية ملطيتهم، أما بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية، فقد يكون المال الشائع فيه عيب خفي وسلم للشريك دون أن يوضح له هذا العيب وفي ذلك فإنه ليس للشريك

<sup>1</sup> - نسيمه درار، المرجع السابق، ص 299.

<sup>2</sup> - نسيمه درار المرجع السابق، ص 300.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 300.

التزام بضمان كل عيب بل لا بد من توافر شروط معينة، الذي يوجب الضمان وهي: 1- أن يكون العيب مؤثراً، 2- أن يكون العيب خفياً.<sup>1</sup>

ثانياً: التزامات الشريك المتهاين أثناء فترة انتفاعه

تتمثل التزامات الشريك في دفع المقابل والحفظ والاستعمال وفق الغرض ورد المال الشائع بعد نهاية المدة، وهي كالاتي:

#### 1- الالتزام بدفع مقابل الانتفاع:

يتميز عقد المهايأة بخصوصية من حيث الالتزام بدفع الجرة والتي تختلف عن التزام المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر، فالمهايأة كما عرفها البعض مقايضة منفعة بمنفعة أخرى، لذلك فكل شريك يدخل في المهايأة وينتفع إما بجزء معين في المهايأة المكانية أو بالمال الشائع كله في المهايأة الزمانية، والشركاء يسمحون له بذلك في مقابل التزامه بالسماح لهم بالانتفاع بحصة في فترات انتفاعهم، فلا تكون الجرة في المهايأة نقداً، لأنها عبارة عن مجرد وسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال المملوك على الشيوع بين عدة أشخاص<sup>2</sup>، وإذا اخل أحد الشركاء بالتزامه بدفع مقابل الانتفاع وهو السماح للشريك الآخر بالانتفاع، فيحق لهذا الشريك الأخير أن يطالب بالتنفيذ العيني بإجبار الشريك المتمتع بالسماح له بالانتفاع حسب احكام العقد المبرم بينهم باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وإذا فشل التنفيذ العيني يتحول إلى التنفيذ بمقابل من خلال تقدير قيمة المنفعة التي كان سيحصل عليها لو سمح له بالانتفاع ثم إلزام الشريك المتمتع بدفعها.<sup>3</sup>

#### 2- الالتزام بالمحافظة على المال الشائع:

يلتزم الشريك بالمحافظة على المال الشائع وذلك ببذل عناية الرجل المعتاد في تلك المحافظة، حيث يجب عليه أن يخطر الشركاء بكل أمر يوجب تدخلهم لحفظ المال الشائع.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - علي الطيب مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص 72

<sup>2</sup> - قبادة شيرزاد نوري، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - نسيمه درار، المرجع السابق، ص 303.

<sup>4</sup> - علي الطيب مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص 74.



### 3- الالتزام باستعمال المال الشائع وفق الغرض المعد له:

الأصل أن يستخدم المال الشائع على النحو المتفق عليه لأن العقد شريعة المتعاقدين، وخلاف ذلك لا بد أن يكون الاستعمال موافق لما عد له المال، أو ما يقتضيه العرف، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة للتعرف على الغرض الذي أعد له المال الشائع من خلال الرجوع إلى طبيعة المنطقة وطريقة البناء، فهناك فرق بين عقار في منطقة سكنية وعقار في منطقة صناعية بحتة، وإذا خالف الشريك المنتفع ما تقدم ذكره من أحكام فإنه وتطبيقاً للقواعد العامة يكون من حق المنتفع المطالبة بالفسخ وانتهاء المهايأة، وحتى انتهاء الشروع في بعض الحالات.<sup>1</sup>

### 4- الالتزام برد المال الشائع عند انتهاء المدة:

لما كانت المهايأة محددة المدة فإن الشريك في جميع الأحوال يرد الجزء الذي تم تسليمه له في فترة المهايأة إلى باقي الشركاء، ليعود المال إلى حالته الطبيعية في الشروع، وذلك لأن المهايأة لا تنتهي الشروع وغنما تمكن من الانتفاع بذلك المال الشائع لمدة معينة، وعلى هذا الأساس فالالتزام بالرد يعتبر من الالتزامات الرئيسية التي تتلاءم وطبيعة المهايأة.

والسؤال المطروح يدور حول الحكم فيما لو زاد الشريك المنتفع من قيمة المال الشائع، فهل يلتزم برد الزيادة أم لا؟<sup>2</sup>

هنا يجب التمييز بين حالتين: حالة عدم علم الشركاء بهذه التحسينات، وبين علمهم بها واعتراضهم عليها.

فإذا قام بتلك التحسينات بدون علمهم أو أنهم علموا بها واعتراضوا لا يستطيع ان يطالبهم بشيء، أما إذا قام الشريك بهذه التحسينات بعلمهم وبدون معارضتهم، فهم ملزمون بتحمل هذه المصاريف كل بقدر حصته، وأخيراً يبقى المال الشائع امانة بيد الشريك المنتفع طيلة فترة المهايأة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قيادة شيرزاد نوري، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> - علي الطيب مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

### خلاصة الفصل الأول:

نخلص إلى مجمل ما قيل في الفصل الأول والمعنون بالإطار النظري لقسمة الملكية الشائعة، حيث تناولنا من خلاله ماهية الملكية الشائعة وفصلنا فيها تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية، مع الإحاطة بتنظيمها وتمييزها عما يشابهها من مفاهيم، وكما تطرقنا إلى أهم صورها ومصادرها.

وبغرض توضيح جوهر الموضوع والمتمثل في القسمة، تناولنا الحق فيطلب قسمة العقار الشائع، حيث عالجنا بداية مفهوم القسمة مرورا بمشروعية القسمة مع تبيان أهميتها وأركانها من الرضائية والشكلية.

كما أشرنا إلى صاحب الحق في طلب القسمة بشيء من التفصيل، ووصولاً إلى القيود الوارد على الحق في طلب القسمة والمتمثلة أساساً في القيد الاتفاقي والقيد القانوني.

وبما أن طبيعة الموضوع متعلقة بقسمة الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، ارتأينا أن نشير بداية إلى القسمة المؤقتة والمتمثلة في إدارة الملكية الشائعة بقسمة المهايأة والمتمثلة أساساً في المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية.

**الفصل الثاني**  
**انقضاء الملكية العقارية**  
**الشائعة بالقسمة**

### تمهيد

إن الشيوخ مهما كانت طريقة إدارته والانتفاع به قد يؤدي إلى إعاقة الانتفاع بالشيء على أحسن وجه، لهذا من حق أي شريك في الشيوخ طلب القسمة، لأن هذا هو الأصل والبقاء فيه هو استثناء طبقا للمادة 722 من القانون المدني والتي تنص على: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق.

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه ."

وعليه تبقى الملكية المفترزة هي الصورة المثلى للانتفاع بالشيء، حيث يمكن القول أن الشركاء يمكنهم أن يقسموا المال الشائع، والأصل في القسمة أن تكون اتفاقية أي بتراضي الشركاء فيما بينهم، واستثناء تكون القسمة قضائية، لذا سنتعرض في هذا الفصل في ثلاث مباحث كالتالي:

المبحث الأول: القسمة الإتفاقية.

المبحث الثاني: القسمة القضائية.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قسمة الملكية العقارية الشائعة.

### المبحث الأول: القسمة الإتفاقية:

إن الأصل في القسمة تكون رضائية أي باتفاق الشركاء فيما بينهم، إلا إذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية، ففي هذه الحالة يجب أن تكون القسمة قضائية أو كانوا كلهم بالغين سن الرشد ولكنهم اختلفوا في طريقة القسمة فتكون القسمة قضائية، وبهذا سوف نتطرق إلى مفهوم القسمة الرضائية في المطلب الأول، ثم إلى طرق و إجراءات القسمة الرضائية في المطلب الثاني، ثم نتطرق إلى الدعاوى المتعلقة بالقسمة الرضائية في المطلب الثالث.

### المطلب الأول: مفهوم القسمة الاتفاقية:

إن القسمة الإتفاقية تعد طريقة واضحة وسهلة لإنهاء الشيع، فإجراءاتها بسيطة ولا تتطلب وقتا طويلا، إلا أنها حتى تتم بطريقة صحيحة وتنتج آثارها لا بد من توافر جملة من العناصر سنتعرض لها من خلال الفروع التالية:

### الفرع الأول: تعريف القسمة الاتفاقية:

بالرجوع إلى نص المادة 723 من الأمر 75-78 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ، نجدها تنص على ما يلي: " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

ولهذا فالقسمة الإتفاقية هي التي تتم باتفاق جميع الشركاء، ويشترط أن تتوافر جميع أركان العقد من رضا، محل، سبب وشكلية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: خصائص القسمة الإتفاقية:

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود، إذ يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة بكل عقد من رضا ومحل وسبب، فالأصل في عقد القسمة الرضائية مع مراعاة ما يشترطه القانون بإفراغه في شكل رسمي إذا كان المحل هو عقار.

<sup>1</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 81.

### أولاً: القسمة عقد رضائي:

يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد، إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمناً حتى يقوم العقد، ويضاف لهذه الشروط شرط رابع وهو التسجيل لهذا العقد.

إذن فهي تعتبر قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء يتفق فيها الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال طبقاً لما تراضوا عليها، وهي بمثابة عقد ومن ثمة فهي تكون ملزمة لجميع الشركاء وخلفائهم، ويتضح من ذلك أن القسمة الرضائية لا تتم إلا بإجماع<sup>1</sup> الشركاء ورضاهم، ولا تكفي الأغلبية أياً كانت قسماً/ فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم للقسمة فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء (القسمة القضائية)، أما إذا تراضوا جميعاً فإنها يمكن أن تتم بأي طريقة تروق لهم فقد يجريها بطريقة عينية أو بطريقة التصفية في حال تعذر القسمة عيناً.

### ثانياً: القسمة عقد شكلي:

إن الاتفاق الوارد على الرضائية يجب أن يخضع أولاً للشكلية المطلوبة، لأن القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على العقود، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها... في شكل رسمي"، وفي هذه الحالة يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة، حيث يقوم بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة فيها الأراضي، فلا بد من تعيين مساحة وحدود العقار المشاع بصفة كلية، وتحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين.

<sup>1</sup> - مقرود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2015، ص 10.

1- الطريقة الأولى: إذا كانت الأرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء، فهنا يعبر عن الحصص بالكسور كالمربع والنصف أو المساحة بالمتر مربع.

2- الطريقة الثانية: تمثل في التعيين الدقيق إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: شروط القسمة الإتفاقية

كي تتم القسمة الرضائية لا بد أن تتوافر جملة من الشروط وهي:

أولاً: إجماع كافة الشركاء ورضاهم على اقتسام المال المشاع :

يشترط في القسم الرضائية للملكية الشائعة أن تتم بموافقة كل الشركاء، وإن يكون كل شريك راض عن الكيفية التي اختارها الشركاء للقيام بالقسمة وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 723 من القانون المدني، حيث اشترط إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية فلا تكفي الأغلبية لإتمام القسمة، فلا تتعد القسمة الاتفاقية إذا كان هناك اعتراض من احد الشركاء حتى ولو كان نصيبه ضئيلاً .

كما اشترطت المادة السالفة الذكر ضرورة تطابق إرادة الشركاء حول اقتسام العقار الشائع إذ يعتبر الشرط الجوهري في القسمة الرضائية، فحتى يتحقق الإجماع فلا بد من رضا جميع الشركاء الذين يشترط فيهم الأهلية وإن تكون إرادتهم خالية من كل عيوب الرضا، والا كان العقد محلاً للطعن، ومحل العقد هو العقار المشاع محل القسمة، والذي يجب أن يكون مستوفياً لشروطه، وهي نفس الشروط المقررة للمحل في القواعد العامة إذ يشترط في العقار أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، أن يكون مشروعاً وقابل للتعامل فيه وأن يكون مملوكاً للشركاء المتقاسمين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مقروود سليمة، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - فلاح سفيان، قسمة المال المشاع -دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في الحقوق، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص 13.

ثانيا: حضور الشركاء القسمة وكمال أهليتهم:

يشترط لتمام القسمة الرضائية أن يكون الشركاء المتقاسمين حاضرين في القسمة أو من يمثلهم قانونا وهذا الشرط لا بد منه ، ويشترط فيمن يحضر القسمة أن يكون حرا ومؤهلا للتعبير عن رغبته في اقتسام العقار الشائع وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 723 من القانون المدني: "إذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون ."

فإذا حدث وأن كان بين الشركاء شريك أو أكثر قاصرا أو محجورا عليه إما لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب أو كان بينهم من منعه ظروف للحضور لذا يحضر من ينوب عنه قانونا وهو الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل.

فإذا كان الشريك كامل الأهلية فلا إشكال في ذلك لأنه يكون أهلا لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه بما في ذلك القسمة الاتفاقية للعقار المشاع .

وقد أولى المشرع الجزائري حماية خاصة للفئات السالفة الذكر من خلال فرض رقابة مسبقة عن القسمة، لذا اشترط ضرورة الحصول على الإذن من القاضي ليتصرف في أموال من هم تحت مسؤوليته ، وأن يبدي في ذلك عناية الرجل الحريص ، سواء تعلق الأمر بالولي أو الوصي أو المقدم وهذا ما أخذت به المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد فرض المشرع الجزائري على القاضي الذي ينظر في طلب الإذن بالتصرف في أموال ناقص أو فاقده الأهلية<sup>1</sup> أن يراعي حالة الضرورة والمصلحة وإن يتم البيع بالمزاد العلني إذا رأى وجها لذلك ففي هذه الحالة لا بد أن تتم الإجراءات تحت إشراف المحكمة لمراعاة مصلحة القاصر لان حماية القصر من النظام العام، ويتم البيع بناء على قائمة شروط البيع و الإذن القضائي .<sup>2</sup>

وكون القسمة تصرف يتأرجح بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر المميز ، فإذا وقع نزاع بين الأطراف بشأن القسمة يرفع الأمر إلى القاضي .

<sup>1</sup> - المادة 40 من القانون المدني الجزائري: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة".

<sup>2</sup> - فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 14.



ثالثاً: شهر عقد القسمة للعقار الذي تمت تسويته:

إذا تعلقت القسمة الرضائية بعقار فلا بد من احترام ركن الشكلية، وهنا لم نتكلم عن الشكلية فهذا يعني الشكلية المباشرة وغير المباشرة.

فالشكلية المباشرة وتعني الرسمية وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره الموثق.<sup>1</sup>

أما الشكلية غير المباشرة فهي لا تمس التصرف بحد ذاته وإنما الهدف منها نقل الملكية، لأنه بالرجوع إلى المادتين 15 و16 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري نجدها تنص على ما يلي: "حيث نصت المادة 15 على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية".

وتنص المادة 16 من نفس القانون على أن: "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمى إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي قضى بأنه من المقرر قانوناً أن العقود الإدارية التي ترمى إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، ومن ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من قبل الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقاً سليماً للقانون".

كما أن القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون مادام نقل ملكة أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي، ولهذا لا بد من احترام مبدأ الرسمية والشهر لأنه في الأصل لا يمكن التكلم عن الشهر دون الرسمية، وعليه فالقسمة لا تكون حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيلها، أما في ما يتعلق بالمتقاسمين يصبح كل شريك مالكا للقدر الذي آل إليه بموجب عقد القسمة ويعتبر كل متقاسم مالكا للحصة التي

<sup>1</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 82.

آلت إليه منذ أن ملك في الشيوخ، وأنه لم يملك غيرها نصيبا في بقية الحصص التي اختص بها برضى المتقاسمين.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: طرق وإجراءات القسمة الرضائية:**

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من صور القسمة بالمادة 723 من القانون المدني، ولهذا سنتعرض إلى طرق القسمة الرضائية في فرع أول، ثم نتطرق إلى الإجراءات التي تمر بها القسمة الرضائية في فرع ثاني.

**الفرع الأول: طرق القسمة الرضائية:**

تصنف القسمة الرضائية إلى عدة تصنيفات، فمن حيث الشمول تقسم إلى قسمة جزئية وقسمة كاملة ومن حيث نوع المال الذي يؤول إلى الشريك بعد القسمة إلى قسمة عينية وقسمة تصفية (نقدية)، وذلك حسب ما يلي:

**أولاً: القسمة من حيث الشمول:**

فالقسمة للمشاع تشمله كله أو تنصب على جزء منه وهي بذلك تنقسم إلى نوعين هما:

**1- القسمة الكلية (الشاملة):** وهي التي تشمل جميع الأموال الشائعة ويحصل بموجبها كل شريك على نصيب مفرز منها، وهذا هو الأصل والأساس في القسمة، ويرجع الأمر إلى الشركاء في اختيار نوع القسمة والغالب هو اختيارهم القسمة الكلية.<sup>2</sup>

**2- القسمة الجزئية:**

وهي التي تقع على جزء من المال الشائع، فتتصرف وتنحصر بمال معين من الأموال الشائعة أو قسم من تلك الأموال، فهي لا تشمل كل هذه الأموال فيبقى القسم الآخر شائعا بين الشركاء، ويتحقق ذلك إما بإخراج شريك أو أكثر من حالة الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي أو قد يحصل اتفاقهم على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحد الشركاء ويبقى الآخرون في حالة الشيوخ فيما تبقى من المال وهذا القول الأخير في القسمة الجزئية ينطبق على التخارج التي أسماها القانون المدني الأردني بالمخارجة، وعرفها بأنها بيع

<sup>1</sup> بلبل محمد، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> علي جابر صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 261.

الوارث نصيبه في الشركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات الشركة معينة.<sup>1</sup>

**ثانيا: القسمة من حيث نوع المال الذي يؤول للشريك بعد القسمة:**

وصنفها القسمة من حيث نوع المال الذي يعود على الشريك بعد إتمام القسمة، فقد يكون مالا عينيا أو مالا نقديا وذلك حسب التفصيل الآتي:

**1- القسمة العينية:** القسمة العينية تطبق في القسمة الرضائية والقسمة القضائية على السواء، وبمقتضاها يفرز نصيب الشريك في الأموال الشائعة فيستحق هذا الشريك نصيبا في المال الشائع، فيفرز بموجب هذه القسمة نصيبهم عينا في المال الشائع، ويتم هذا الإفرار إما بطريقة التجنيب أو القرعة، ويختار الشركاء الطريقة التي يفضلونها بأن تكون بمعدل أو بغير معدل، وتتم بذلك حسب وضعية المشاع فإذا لم يكن بالإمكان إجراء القسمة إلا إذا حصل أحد الشركاء على نصيب يعد أكثر من حصته فيسدد للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل، مقابل نقدي يساوي أنصبتهم، فتصبح موازية ومعادلة لحصصهم، وهذه القسمة نوعان إما قسمة جمع أو قسمة تفريق وهي كالتالي:

**أ- قسمة الجمع:** وقد تضمنتها مجلة الأحكام العدلية وتتم بجمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها مثلا: ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة لكل واحد عشرة.<sup>2</sup>

**ب- قسمة التفريق:** وعرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها القسمة التي تعين فيها الحصة الشائعة في العين الواحدة المشتركة في جزء منها مثلا قسمة عرصة بين اثنين، فيقال لها قسمة تفريق أو قسمة فرد، فتقسم إلى قسمين فيعطي كل واحد منهما قسما يكون كل واحد أفرز نصف حصته وبإدال شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته فهذا الإجراء فرقت حصة كل شريك في الأرض المشتركة في جزء منها.

<sup>1</sup> علي جابر صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 261.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 268.

02 - قسمة التصفية :

هي القسمة التي تعتمد على بيع المال الشائع بالمزاد أو بدونه ، واقتسام ثمن البيع على الشركاء بنسبة حصصهم<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: الإجراءات التي تمر بها القسمة الإتفاقية:

لما كانت القسمة الإتفاقية اتفاق يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشروع القائم بينهم، فإن هذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلا بد من تراضي الشركاء جميعا ولا بد من توافر أهلية التصرف فيهم، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون إرادتهم سليمة خالية من العيوب التي تشوبها.

ومحل هذا العقد هو العقار الشائع الذي تعود ملكيته إلى جميع الشركاء، وبالتالي فإن حق الاستغلال وحق الاستعمال وحق التصرف يعود لهم جميعا.

وكما سبق التطرق إليه فإن القسمة الرضائية عقد تسري عليه القواعد العامة التي تحكم العقود، وهذا ما يجعل للشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة، غير أن هذا الاختيار مرتبط بإتباع بعض الإجراءات، وهذا إذا كان المال المشاع المراد قسمته عقارا.<sup>2</sup>

تنص المادة 723 من القانون المدني ما يلي: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.."، إذن فللشركاء إختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الرضائية، فقد يختارون أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو تكون بغير معدل، وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشروع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقيون في الشروع فيما بقي من المال بعد التجنيب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، دون سنة نشر، ص 100.

<sup>2</sup> - عويسي نادية وغياطو صليحة، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2013، ص 30.

<sup>3</sup> - عيد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 809.

وقد يختارون القسمة بطريقة التصفية وخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عينا، ويتفقون على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد ويقتسمون ثمنه، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا اجمعوا على ذلك، فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد جاز لهم حصر المزايدة فيما بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذا رسي المزاد على الأجنبي اعتبر رسوا المزاد بيعا لا قسمة، أما إذا رسي على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية.<sup>1</sup>

تخضع قسمة العقار الشائع في القسمة الإتفاقية للشكالية المطلوبة حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره موثق وهو من يقوم بإجراءاتها في غالب الأحيان، فتتم هذه القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجود بها العقار.

وبعد الاطلاع على وثائق الملكية الشائعة وشهادة السلبية، يقوم خبير عقاري معتمد بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء على خمس نسخ.

فيشترط :

**أولاً: رخصة التجزئة :** وهي عبارة عن تقسيم للملكية العقارية إلى عدة قطع أرضية لأشخاص يرغبون في إقامة بنايات سكنية وتهدف هذه العملية إلى توفير السكن الحضري الفردي المنسجم مع النسيج العمراني وتتم هذه العملية بواسطة رخصة التجزئة ، هذه الأخيرة تم التطرق إليها بواسطة القانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير في المادة 57 التي تنص على : " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها.<sup>2</sup>

تحضر رخصة التجزئة وتسلم في الأشكال والشروط والأجال التي يحددها التنظيم .

وعرفت المادة 8/2 من القانون 08-15 المؤرخ في 2008/07/20 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها بنصها : " التجزئة : القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم

<sup>1</sup> - مقروود سليمة، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - القانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية عدد 51.

ملكية عقارية إلى قطعتين أو عدة قطع مخصصة للبناء من اجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير ."

وحددت المواد من 07 إلى 32 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 كيفيات تحضير وتسليم رخصة التجزئة حيث يتقدم صاحب الملكية أو موكله بطلب رخصة التجزئة مرفقا بنسخة من عقد الملكية أو بتوكيل وفق القانون المدني ،أو بنسخة من القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنوية كالشركات مشتملا على ملف محدد في نفس المرسوم على خمس نسخ يرسل إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص ليبلغ المعني بالقرار المتضمن رخصة التجزئة في غضون شهرين من تاريخ إيداع الطلب ثم يتم إشهار رخصة التجزئة بمكتب الحفظ العقاري من طرف السلطة التي أبدت رأيها بالموافقة عليها خلال شهر من تاريخ تبليغ صاحب الطلب والذي يلتزم بإنجاز الأشغال المتعلقة بجعل الأراضي مجزأة قابلة للاستغلال تسلم له شهادة قابلية الاستغلال من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي والتي تثبت مطابق الأشغال حيث أن يبيع أو كراء الأراضي المجزأة لا يتم إلا بعد تسليم شهادة قابلية الاستغلال والتي يجب أن تذكر مراجعها في العقد ، هذا في حالة كون العقار قطعة أرضية .

**ثانيا: شهادة التقسيم :** نصت عليها المواد من 33 إلى 40 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 السالف الذكر في إطار أحكام المادة 59 من القانون 90-29 و عرفها المشرع الجزائري في المادة 26 من المرسوم 91-176 الملغى بالمرسوم 15-19<sup>1</sup> على أنها "الوثيقة التي تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام وتسلم من طرف الهيئة الإدارية المختصة ، وذلك بإيداع طلب يتقدم به الشركاء في المال المشاع أو وكيلهم الذي يوكل لتقديم الطلب الذي يجب أن يكون موقعا من طالب الشهادة ويرفق الطلب بالوثائق اللازمة من سندات الملكية والتوكيل إن وجد ، كما يرفق بتصميم للموقع يشمل الواجهة وشبكات الخدمة

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 21 ماي 1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 06-03 المؤرخ في 07-01-2006 وكذا بالمرسوم التنفيذي 09-307 المؤرخ في 22/09/2009 الذي يحدد كيفيات وإجراءات ومحتوى وثائق رخصة التجزئة وشهادة تقسيم الأرض ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم(المواد من 07 إلى 30 منها)، الملغى بالمرسوم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، جريدة رسمية عدد 07 الصادرة في 12-02-2015.

ونقاط الاستدلال والتصاميم الترشيدية التي تبين حدود الأرض ومساحتها والموقع واقتراح التقسيم .

يودع الملف لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي في خمس نسخ ليرسل هذا الطلب الهيئات المكلفة بالتحقيق فيه ، وبالنظر إلى أن طلب شهادة التقسيم وتسليمه يكون وفقا للأشكال المنصوص عليها في رخصة التجزئة فأصدار شهادة التقسيم من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي ، وهذا في حالة وجود مخطط شغل الأراضي ، ويكون من اختصاصه باعتباره ممثلاً للدولة في حالة عدم وجود مخطط شغل الأراضي ، وعلى الهيئة المكلفة أن تبلغ شهادة التقسيم خلال الشهرين المواليين لتاريخ إيداع الطلب وحدد المشرع الجزائري مدة سنة واحدة لصلاحية شهادة التقسيم يبدأ سريانها من تاريخ تبليغها.

حيث تعتبر شهادة التقسيم من الوثائق الضرورية التي يجب على الشركاء في العقار المشاع استخراجها لأنها تراعي الطابع العمراني وتضبط واجهة البناءات ، وتقلل من التجاوزات في المجال العمراني والتي من شأنها أن تمس بسلامة الشركاء في العقار المشاع إذا تمت قسمة البناءة أو الغير ، ولهذا أوجد المشرع الجزائري قسمة التصفية كحل بديل في حالة استحالة قسمة المال الشائع ، أو الإنقاص من قيمة المال ، وبما أن القواعد المتعلقة باستخراج الرخص والحصول على الشهادات من النظام العام فلا تصح القسمة بخلافها ولا يستجاب لطلب إنهاء حالة الشيوخ إذا لم يستوفي الشريك أو الشركاء شهادة القسمة .

وكلاهما أي كلا الشهادتين يجب إشهارهما بالمحافظة العقارية، لأن لهذا الشهر أثر قانوني وهو اختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي 91-176 المتعلق بكيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم.<sup>1</sup>

ثالثاً: رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية: أما إذا كان المال الشائع عقاراً فلاحياً فإن المشرع وضع قيوداً على القسمة، ومن ذلك نجد المادة 55 من قانون التوجيه العقاري: "لا تخلق هذه

<sup>1</sup> - المرسوم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، المرجع السابق.

المعاملات المختلفة ضررا بقابلية الأرض للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ولا تتسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه...".

وحماية للوجهة الفلاحية صدر المرسوم التنفيذي 97-490 الذي يحدد شروط عملية تجزئة العقار الفلاحي وهي:

- أن لا يقل الجزء المفرز لأصغر نصيب عن المساحة المرجعية المحددة بالمادة 03 من المرسوم 97-490.<sup>1</sup>

- يجب أن يحصل المتقاسمين على رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية وهي رخصة تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية، والتي تقدم من قبل مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية بناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة الودية وترخيص الإدارة المختصة، ويقوم الموثق بعد ذلك بتحرير عقد القسمة ثم يسجله ويشهره بالمحافظة العقارية.

**الفرع الثالث: أحكام خاصة لقسمة بعض الملكيات العقارية الشائعة:**

نعالج في هذه الجزئية بعض الأحكام القانونية والتنظيمية الخاصة والتي أفردتها المشرع بأحكام استثنائية .

**أولاً: القسمة الاتفاقية للتركة العقارية :**

أوجب المشرع على الأطراف في القسمة الاتفاقية للتركة العقارية أن يفرغوا اتفاقهم في شكل رسمي ، وذلك باللجوء إلى موثق طبقاً لأحكام المادة 03 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 والمتضمن مهنة الموثق ، حيث يقوم الأطراف بتقديم ملف كامل يقوم على ضوئه الموثق بتحرير فريضة شرعية مراعيها فيها أحكام قانون الأسرة في قسمة التركة وعلم الفرائض والمواريث المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يحدد فيها نصيب كل وارث أي الحصة التي تعود لكل شريك ، وعلى الموثق أن يتحرى إدراج أسماء جميع الورثة مع تحديد أنصبتهم تفادياً للنزاعات التي قد تنشأ فيما بعد .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20/12/1997 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية العدد 84، سنة 1997.

<sup>2</sup> - حسين طاهري، دليل الموثق، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، ، 2007، ص 46.



وفي قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 40396 مؤرخ في "13/02/1989 أن تحديد الأنصبة في أي تركة كانت لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية.<sup>1</sup> كما أن التركة العقارية بين الورثة لا تتم إلا بوفاء المورث حقيقة أو حكما ، وعليه فإن أي تصرف من المورث بقسمة أملاكه العقارية على أولاده لا أساس له قانونا أو شرعا وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها حيث نص على " حيث أن تصرف مورث الأطراف بقسمة أملاكه على أولاده لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو القانون لأن التركة لا تفتح إلا بوفاء المورث .

كما أن القسمة ذاتها لا تتم إلا بين الشركاء والورثة ليسوا شركاء مع مورثهم فتصرف المورث كما ذكر لم يعتمد على أساس شرعي أو قانوني ، لأن نصيب كل وارث لا يتحدد إلا بعد وفاة المورث."

### ثانيا: القسمة الاتفاقية للعقارات الشائعة بين الدولة والخواص :

لقد حدد المشرع الجزائري الإجراءات الخاصة التي تجري بها قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص وذلك من خلال القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية<sup>2</sup> من المادة 39 إلى غاية المادة 44 وكذلك المذكرة رقم 3654 المؤرخة في 19/07/1999 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ويكون الهدف من عملية قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص هو الخروج من الشيعوع بالنسبة للدولة وإفراز حصتها منه ، ففي حالة عدم قابلية العقار للقسمة تتنازل عنه الدولة للخواص الشركاء بمقابل. وحسب المذكرة الوزارية رقم 3654 الصادرة عن الأملاك الوطنية فإن التنازل معنا تحويل ملكية عقار معين لفائدة شخص معين مقابل ثمن يحدد على أساس القيمة التجارية للعقار ، ويأخذ هذا التنازل شكل البيع لأن عملية البيع إلا بعد حصول على إذن من الوالي .

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر ، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> - قانون 30-90 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية، جريدة رسمية عدد52، المؤرخة في 02-12-1990.

وهناك تناقض بين مضمون المذكرة والقانون السالفي الذكر حيث أن المذكرة تقرر بأن يكون الإذن صادرا عن الوزير المكلف بالمالية ، في حين أن القانون نص على أن يكون الإذن صادرا من الوالي هذا في الحالة الرضائية<sup>1</sup>.

وفي حالة عدم قدرة الخواص على شراء الحصة العائدة للدولة لأي سبب كان فيكون الحل هو التنازل عن طريق التناقص إذ أن حصة الدولة تباع بأي طريقة تستدعي التناقص وهذا البيع يكون بناء على إذن من الوالي بينما الثمن يحدد من قبل إدارة الأملاك الوطنية، وتقوم بعد عملية البيع بتحصيل كل الثمن وتدفع لكل مالك من الملاك في الشيوخ حصته وهو ما نصت عليه المادة 2/40، وفيما يخص الحق في طلب القسمة فإن لكل من الإدارة وباقي الشركاء الخواص في الشيوخ الحق في طلب القسمة ويتخذ هذا الطلب شكل عريضة تقدم من طرف مسؤول الأملاك الوطنية في الولاية وتقدم هذه العريضة إلى والي الولاية التي يوجد فيها العقار محل القسمة، أما فيما يخص طلب المقدم من قبل الشركاء الخواص فإنه يتخذ صورتين:

- أن يقدم الطلب إلى الوالي قصد التقسيم بالتراضي.

- أن يقدم إلى الجهات القضائية المختصة طبقا لقانون المدني الخاصة بالقسمة القضائية.<sup>2</sup>

ويتضح أن قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص قد تكون ودية أو قضائية، فبعد أن يكلف الوالي مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا بتقييم الحصص المطابقة بحقوق الدولة من جهة والخواص من جهة أخرى مع إضافة معدل فارق القيمة لبعض الحصص إذا اقتضى الأمر ذلك، ويكلف الأعوان التابعين لإدارة أملاك الدولة بإجراء القسمة وتحديد الحصة العائدة للدولة وإبقاء ما يزيد على الحصص المكونة ملكا مشاعا بين الشركاء الآخرين في الشيوخ، وبعد إتمام هذه العملية يتولى الوالي تبليغ كل شريك في الشيوخ بنتيجة العملية<sup>3</sup>، وبالطرق الإدارية ويكون لكل للشريك الحق في الاعتراض كتابيا على النتيجة المتوصل إليها وذلك في أجل شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ حسب نص المادة 42 من القانون أعلاه وتتوج هذه

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 72.

<sup>3</sup> - أعمار يحيياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، 2001، ص

العملية بقرار يتأخذه الوالي المختص يصادق على محضر توزيع الحصص على الملاك الشركاء في الشيوخ ثم يبلغهم المحضر المصادق عليه، وفي حالة الموافقة عليه من الجميع يتم تحرير عقد إداري للقسمة تعدده مصالح أملاك الدولة وتخضعه للإجراءات القانونية المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري وهذا بعد إمضائه من قبل جميع الأطراف، غير أنه قد يعترض عدة شركات على محضر توزيع الحصص المصادق عليه وفي هذه الحالة تلجأ مصالح أملاك الدولة إلى القضاء.

غير انه عمليا نجد أن القسمة القضائية للعقارات الشائعة بين الدولة والخواص نادرا ما تقع، فحتى ولو رفض الخواص شراء حصص الدولة لأي سبب كان فإنها تلجأ للطرق الودية للفصل في الأمر وذلك من خلال إبقاء شركائها الخواص شاغلين لحصتها مقابل أجر معين من خلال سند يدعى سند شغل.

### المطلب الثالث: الطعن في القسمة الاتفاقية :

لما كانت القسمة الرضائية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد، فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلية ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان، وقد يطعن في القسمة الرضائية بالإبطال لنقص الأهلية أو لغيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه.

أما ما يهمنا هو الطعن بالغبن الذي أفرد له القانون أحكاما خاصة في القسمة الاتفاقية، وأجاز رفع دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن، ويلاحظ نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الرضائية، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن، لأنه من المفترض أنها أحيطت بالضمانات الكافية لرفع الغبن عن المتقاسمين، وكفالة المساواة بينهم.<sup>1</sup> وعليه نقسم هذا الفرع على النحو التالي: أولا أحكام نقض القسمة الرضائية و ثانيا شروط نقض القسمة الاتفاقية لغبن

<sup>1</sup> - إيمان عوني محمد عبد الهادي، المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوخ "دراسة مقارنة"، رسالة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 82.

### الفرع الأول: أحكام نقض القسمة الإتفاقية:

تنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري: <sup>1</sup> " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

#### 1- اقتصار نقض القسمة للغبن على القسمة الإتفاقية وحدها:

يتضح مما سبق انه وفقا للقانون المدني الجزائري يقتصر نقض القسمة للغبن على القسمة الإتفاقية وحدها دون القسمة القضائية، أما مجلة الأحكام العدلية فلم تقصر نقض القسمة للغبن على القسمة الإتفاقية وحدها، بل جاء لفظ القسمة في المادتين (1160-1127) عاما بحيث يشتمل على القسمة الرضائية والقضائية، وبهذا يتفق حكمها مع ما اخذ به القانون المدني الفرنسي الذي يجيز نقض القسمة للغبن ولو كانت قضائية. <sup>2</sup>

ونرى أن ما أخذ به القانون المدني الجزائري مرده، أن القسمة القضائية تتخذ فيها كل الاحتياطات لمنع الغبن، وطالما أن نطاق جواز نقض القسمة للغبن محصور في القسمة الرضائية، فإنه يجوز نقض القسمة الرضائية بجميع أنواعها سواء كانت كلية أم جزئية، قسمة عينية أو بطريق التصفية، ولكن الغبن الذي يعتد به في القسمة الرضائية بطريق التصفية ليس هو الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبيا، وإنما هو الغبن في قسمة الثمن بين الشركاء، ولكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو احد الشركاء فإنه يعتد بالغبن الذي يقع في البيع، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة <sup>3</sup>، فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة وقسم الثمن بين الشركاء، فكان كل منهم فيما عدا الشريك المشتري أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية، كان لكل هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن.

2- الغبن في ذاته عيب يجيز نقض القسمة: يعتبر الغبن في ذاته عيبا في عقد القسمة الرضائية يجيز نقضها، أي أن نقض القسمة الرضائية يتم لمجرد الغبن خلافا للقواعد العامة،

<sup>1</sup> - الأمر 75-78 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 901.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 905.

فلا يشترط لنقض القسمة بالغبن أن يكون الغبن الحاصل في القسمة نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح في الشريك المغبون، وذلك بهدف تحقيق المساواة بين الشركاء، ومن هذا المنطلق فإن أحكام الغبن في القسمة تختلف عن أحكام الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا ولا أن يكون المتقاسم المغبون كامل الأهلية.<sup>1</sup>

**3- لا يجوز نقض القسمة الرضائية للغبن في العقود الاحتمالية:** لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالي بسبب الغبن، فمثلا لو قسمت قطعة أرض شائعة بين شريكين على أن تكون ملكية الأرض لأحدهما مقابل أن يقدم الشريك للشريك الآخر إيرادا مدنيا مدى الحياة أو مقابل أن يرتب له على الأرض كلها حق انتفاع مدى الحياة.<sup>2</sup>

فقد يموت من سيحصل على المرتب مدى الحياة بعد المرتب الأول، وقد يستمر مدة طويلة تفوق قيمة الأرض، وعليه فالغبن أمر وارد في العقود الاحتمالية ومن ثم لا يجوز نقضها للغبن.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن:

تنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري:<sup>4</sup> "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

تعتبر دعوى نقض القسمة للغبن كغيرها من الدعاوي القضائية التي يجب أن تتوفر على مجموعة من الشروط والأوضاع المنصوص عليها في المواد 08، 13، 15، 16 والمواد 511

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 171.

<sup>2</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 137.

<sup>3</sup> - إيمان عوني محمود عبد الهادي، المرجع السابق، ص 85.

<sup>4</sup> - الأمر 75-78 المؤرخ في 26/09/1985 المتضمن القانون المدني الجزائري. المرجع السابق.

وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة أساس بشروط قبول الدعوى والإختصاص النوعي للجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى نقض القسمة الودية.

من خلال نص المادة 732 من القانون المدني يمكن استنتاج شروط رفع دعوى الغبن وهي:

1- **وجود غبن يزيد عن الخمس:** يجب على المتقاسم المغبون أن يتمسك بحقه في نقض القسمة الاتفاقية للغبن، ويشترط في الغبن أن يزيد عن الخمس والعبرة من ذلك استقرار المعاملات، فلو فتح المجال للطعن في القسمة لمجرد وجود تفاوت في الأنصبة لما استقرت القسمة، على عكس ما هو سائر في القانون الفرنسي أين لا يجوز نقض القسمة الاتفاقية للغبن.

وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، فالمشرع الجزائري اعتمد نسبة الخمس أسوة بالمشرع المصري والذي أخذها بدوره من الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

ولمعرفة مدى وقوع الغبن يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، يتم تقدير المال الشائع بواسطة خبير أما التقدير الوارد في عقد القسمة لا يعتد به إلا في مجال المقارنة، ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك في هذا المجال، وبعدها تتم مقارنة قيمة نصيب الشريك الحقيقية مع تلك التي تحصل عليها بعد القسمة.

وإذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية لنصيب الشريك وقيمة ما تحصل عليه تزيد عن الخمس، كان هذا الشريك ضحية غبن في القسمة.

فإذا فرضنا أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50.000) دج وكان هناك خمس شركاء يملكون حصصهم بالتساوي، كانت القيمة الحقيقية للنصيب المفرز لكل شريك هي عشرة آلاف (10.000) دج.

حتى يعتبر مغبونا يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفرز بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفرز أي أقل من ثمانية آلاف (8000) دج، أما إذا كانت متساوية أو أكثر فلا يجوز له نقض القسمة الاتفاقية للغبن.

في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1982/04/14 تحت رقم 19926 جاء فيه: "حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة

<sup>1</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 138.

الموضوع اكتفى بتقسيم أموال التركة الإجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم:

أولاً: تقسيم أموال التركة وقت القسمة ونصيب الشريك المغبون.

ثانياً: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان للشريك المدعي قد لحقه غبن....<sup>1</sup>

والعبرة بالغبن الواقع على كل شريك على حدى وليس على مجموعة من الشركاء، فإذا افترضنا في المثال السابق خمس شركاء مشتركين في الحصص، حصة كل شريك بعد القسمة هي عشرة آلاف (10.000) دج ولو كان نصيب ما تحصل عليه أحد الشركاء هو ثمانية آلاف (8.000) دج، فنحن لسنا بصدد غبن يقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد عن الخمس على عاتق المدعي أو الشريك المغبون، ويمكن لهذا الأخير التنازل صراحة عن حقه في التمسك بالانقضاء، فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية، ويجوز أن يكون التنازل ضمناً كما إذا نفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً يعد علمه بالغبن الذي لحقه كأن يدفع المعدل الذي التزم بدفعه أو لقبضه إذا كان هو الدائن به، تسلم المال المفروز الذي وقع في نصيبه راضياً ولو لم تقتضي السنة التي يجب أن يرفع من خلالها دعوى نقض القسمة أو التصرف في المال المقرن بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضا بما قسم له والنزول عن هذه الدعوى أو عن هذا الحق.<sup>2</sup>

### 2- ميعاد رفع دعوى القسمة للغبن:

يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وإذا كانت القسمة منصبة على عقار تحسب من تاريخ شهر القسمة، وبانقضاء هذا الميعاد يسقط الحق في رفعها، فميعاد الإسقاط على خلاف مدة التقادم، لا ينقطع ولا يتوقف سريانه كما هو الشأن في دعوى تكلمة الثمن التي تسقط بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات حسب المادة 359 من القانون المدني، والهدف من تحديد مدة السنة مدة حتمية حددها القانون المدني بقاعدة أمرت تقتضي الوجوب والإلزام ولا

<sup>1</sup>-القرار رقم 19926 المؤرخ في 14/04/1982، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص 111.

<sup>2</sup> - إيمان عوني محمود عبد الهادي، المرجع السابق، ص 86.

يمكن مخالفتها. وتسقط الدعوى الرامية إلى نقض القسمة الودية إذا لم ترفع خلال سنة من بلوغ القاصر سن الرشد.

### 3- الآثار المترتبة على نقض القسمة الودية:

ومتى ثبت للقاضي وقوع الغبن للمدعي يزيد عن الخمس، فيجب عليه أن يقضي بنقض القسمة أي بإبطالها لأن القاضي ليس له سلطة تقديرية في ذلك لتحقيق سبب إبطال القسمة، يحق للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته نقدا أو عينا، هذا ما تضمنته المادة 732 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.<sup>1</sup>

إن المشرع الجزائري قد شدد على تكملة ما نقص من حصة الشريك المغبون وهذا راجع إلى أن القسمة تقوم على مبدأ المساواة.

أما إذا إنقضت القسمة للغبن بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادة حالة الشيوخ إلى ما كانت عليه، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدء الشيوخ وكأنه لم ينقطع. ويترتب عن هذا الحق لكل شريك في طلب القسمة من جديد سواء في ذلك الشريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر لم يطلب نقضها.

يجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت من قبل وبالتالي نقضها أيضا للغبن، كما يمكن أن تكون قسمة قضائية ولا يجوز نقضها للغبن.

بما أن نقض القسمة الاتفاقية للغبن له أثر رجعي، وبالتالي تسقط تصرفات الشركاء في الأموال المقررة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، فتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بآثارها حتى بعد نقض القسمة، وهذا طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فهيمة لقسوري، "شهر دعاوى والأحكام القضائية العقارية"، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، أبريل 2010، ص 333.

<sup>2</sup> - عيد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 906-907.



### المبحث الثاني: القسمة القضائية:

إذا اختلف الشركاء ولم يستطيعوا الوصول إلى قسمة رضائية بإجماعهم فتنقل للقسمة القضائية، كما يمكن اللجوء إلى طلب القسمة القضائية ابتداء دون محاولة إجراء قسمة رضائية، فلا يعد شرطاً أولياً لطلب القسمة القضائية أن تسبقه محاولة القسمة الرضائية، وعليه سنتناول القسمة القضائية بشيء من التفصيل في ثلاث مطالب، المطلب الأول خصص للإحاطة بمفهوم القسمة القضائية، والمطلب الثاني تطرقنا فيه إلى شروط وإجراءات رفع دعوى القسمة، ثم عرجنا في المطلب الثالث على طرق القسمة القضائية وتدخل الدائنين في القسمة.

### المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية:

نتناول في هذا المطلب تعريف القسمة القضائية كفرع أول، ثم نسرد الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى القسمة القضائية في فرع ثاني.

### الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية:

سننظر إلى تعريف القسمة القضائية قانوناً أي في القانون المدني، ومختلف التعاريف الفقهية.

### أولاً: تعريف القسمة القضائية قانوناً:

نظم القانون المدني الجزائري القسمة القضائية للملكية العقارية الشائعة في عدة نصوص، إلا أنه لم يورد تعريف صريح لها، لذلك سنتناول القسمة القضائية في القانون الجزائري والقانون المدني المصري إضافة إلى القانون الأردني.

### 1- موقف القانون المدني الجزائري:

لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصاً يعرف به القسمة القضائية، ولكنه نص في المادة 724 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة...". يتضح من خلال النص أن القسمة القضائية تكون في حالة اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع وتمارس عن طريق دعوى ترفع أمام المحكمة من طرف أحدهم أو بعضهم ممن يريد الخروج من الشروع على بقية الشركاء.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

كما نصت المادة 88 من قانون الأسرة على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة".<sup>1</sup>

يتضح من خلال هاتاه المادة أنه في حالة وجود قاصر بين الشركاء على الشيوع ينوب عنه وليه في القسمة ويجب اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على إذن.

2- موقف القانون المدني المصري:

لا يختلف موقف القانون المدني المصري مع ما أخذ به القانون الجزائري، حيث لم يتضمن تعريف للقسمة القضائية واكتفى بنص المادة 1/836 على أنه: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

3- موقف مجلة الأحكام العدلية:

عرفت المادة 1122 من مجلة الأحكام العدلية القسمة القضائية بقولها: "قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم".<sup>2</sup> ولأن القانون عادة لا يعرف وإنما يترك ذلك للفقهاء، فسنورد بعض التعاريف الفقهية للقسمة القضائية.

ثانيا: تعريف القسمة القضائية فقها:

1- القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء، فهي القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر عنها، رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها، وهذا بناء على دعوى ترفع من احد الشركاء في المال الشائع وتسمى دعوى القسمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-11 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - محمد سلام ، درويش مصطفى اللوح، القسمة القضائية للمال الشائع (دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2018، ص 14.

<sup>3</sup> - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثالثة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص 100.

2- القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء.<sup>1</sup>

3- وعرفت على أنه يتم اللجوء للقسمة القضائية عند تعذر إجماع الشركاء اللازم لانعقاد القسمة الاتفاقية، أو حيث يكون احد الشركاء غير كامل الأهلية، ولم تأذن المحكمة لنائبه القانوني إجراء هذه القسمة.<sup>2</sup>

من خلال ما سبق يمكن تعريف القسمة القضائية بأنها: "قيام المحكمة المختصة بتحديد حصة الشريك في العقار الشائع بجزء مفرز يعادل حصته قبل القسمة جبرا، وذلك بناء على طلب أحد الشركاء أو بعضهم عند تعذر اتفاقهم على القسمة، أو كان بينهم ناقص أهلية أو غائب".

من خلال مختلف التعاريف السابقة نستنتج أن القسمة القضائية تكون في حالات محددة في القانون المدني وقانون الأسرة وهي:

**الفرع الثاني: حالات القسمة القضائية:**

هناك ثلاث حالات يتم اللجوء فيها وجوبا إلى القسمة القضائية، وذلك في حالة اختلاف الشركاء، الحالة الثانية عندما يتفق الشركاء وكان بينهم غير كامل أهلية، والحالة الثالثة خاصة بقسمة التركات.

**أولا: حالة اختلاف الشركاء:**

هذه الحالة تقتض أن جميع الشركاء يستمتعون بالأهلية الكاملة، أي ليس بينهم فاقد الأهلية أو ناقصها وأن جميع الشركاء حاضرين أي ليس بينهم غائب، إلا أنهم لا يصلون - بالإجماع- إلى الاتفاق على القسمة<sup>3</sup>، وما على الذي يريد الخروج من الشروع إلا أن يرفع دعوى على باقي شركائه، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة، أما إذا رفع الشريك على

<sup>1</sup> - عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، ط 2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص 105.

<sup>2</sup> - إيمان عوني محمود عبد الهادي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 103 .

الشيوع دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعضهم الآخر وصدر الحكم فإن الذي لم يدخل خصما يستطيع وحده التمسك بعدم نفاذه.<sup>1</sup>

**ثانيا: حالة اتفاق الشركاء وكان بينهم ناقص الأهلية أو غائب:**

في هذه الحالة تكون أمام فرضين:

**الفرض الأول:** أن يستأذن الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة في إجراء قسمة اتفاقية، فلا تآذن له ، ومن ثم وجب اللجوء إلى القسمة القضائية.<sup>2</sup>

**الفرض الثاني:** عندما تآذن المحكمة بإجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للثبوت من عدالته فلا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.<sup>3</sup>

**ثالثا: في حالة قسمة التركة:**

نصت عليها المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تفرض على الورثة المالكين على الشيوع أن تكون القسمة عن طريق القضاء متى كان هناك قاصر أو معدوم أهلية أو معتوه<sup>4</sup> أو ذي غفلة<sup>5</sup> أو سفيه<sup>6</sup> أو غائب<sup>7</sup>، كما يجب أن تراعي في قسمة التركة بعض الحالات المنصوص عليها بأحكام المادتين 109 ، 173 من قانون الأسرة، وهذه الحالات هي:

<sup>1</sup> - بوشنافة جمال، محاضرات في مقياس المدخل للقانون العقاري، مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق اختصاص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة يحي فارس المدية، السنة الجامعية 2008-2009، ص 16.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 910.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 910.

<sup>4</sup> - المعتوه: هو الشخص المصاب باختلال في عقله، فلا يذهب عقله كالمجنون، فيكون تصرفه مختلا يشبه تصرف العقلاء أحيانا وتصرف المصابين بالجنون أحيانا أخرى.

<sup>5</sup> - ذي الغفلة: الشخص عديم التجربة.

<sup>6</sup> - السفية: هو الشخص ضعيف الرأي، وهو العاجز والأحمق الذي لا يحسن التصرف في المال لضعف عقله.

<sup>7</sup> - تنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائرية: " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر مفقودا".

- حالة المفقود: هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم وفقا لأحكام المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

- حالة الحمل: إذا كان من بين الورثة يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ، ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها، لأنه من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتساب أهلية الوجوب خاضعا لشروط الولادة حيا طبقا للمادة 173 من قانون الأسرة الجزائري.

### المطلب الثاني: شروط وإجراءات رفع دعوى القسمة:

حدد المشرع مجموعة من الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى القسمة ، كما يجب على رافع الدعوى إتباع جملة من الإجراءات للمطالبة القضائية بالقسمة لهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول (الشروط الموضوعية لرفع دعوى القسمة ) ، الفرع الثاني (الشروط الشكلية و الإجرائية )

### الفرع الأول: الشروط الموضوعية لرفع دعوى القسمة:

#### أولاً: اختلاف الشركاء حول القسمة:

يستخلص من نص المادة 1/724 من القانون المدني أنه يشترط لرفع دعوى القسمة أن يكون هناك اختلاف في اقتسام المال المشاع للجوء إلى القضاء، وبمعنى آخر أنه لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يرفع دعوى القسمة، ما لم يعرض القسمة وديا على باقي الشركاء، وسواء كان الاختلاف على مبدأ القسمة أو على طريقته، ففي كلتا الحالتين يلجأ الأطراف إلى القضاء، أين يتم قسمة العقار المشاع على الشركاء سواء قبل بها الشركاء أو رفضوا، وفي حالة الرفض يتم الطعن وفق ما يقرره القانون.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - فلاح سفيان، المرجع السابق، ص50.

### ثانيا: طلب إجراء القسمة:

يتضح من نص المادة 724 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر أن طلب القسمة حق لكل شريك، وانطلاقا من هذا الحق يتم تحريك دعوى القسمة ويكلف باقي الشركاء للحضور أمام المحكمة أو من يقوم مقامهم، ولا تصح القسمة إذا أهمل أحد الشركاء والسبب في ذلك أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة، إذ يجب أن تكون موجهة ضد جميع الشركاء تحت طائلة بطلان الإجراءات.<sup>1</sup>

### ثالثا: أهلية طلب القسمة:

يجب أن يكون طالب القسمة القضائية مؤهلا لذلك، ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على كون الأهلية شرط أساسي للتقاضي، لكنه يستخلص من الأهلية شرط في رفع دعوى القسمة، هو أن المشرع جعلها سببا للدفع بالبطلان في القسم الرابع، ضمن الفصل الثاني بعنوان الدفوع الشكلية من الباب الثالث، المعنون وسائل الدفاع ضمن الكتاب الأول تحت تسمية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، إذ جعل المشرع حالات الدفع بالبطلان محددة على سبيل الحصر، وتكون إما بانعدام الأهلية أو التفويض، وانعدام الأهلية يمكن إثارته كدفع شكلي بعد البدء في إجراءات الدعوى، بشرط أن لا يقدم من تقرر البطلان لصالحه لانعدام الأهلية، أي دفع في الموضوع وإلا سقط حقه في الدفع بالبطلان.

وتجد الإشارة كذلك أن أهلية طالب القسمة والتي شرطها المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تجب في الشريك وكذا في ممثله قانونيا (الولي، الوصي، المقدم).

### رابعا: الإذن لإجراء القسمة:

اشتراط المشرع الجزائري في المادة 88 من قانون الأسرة السالفة الذكر، على الولي الإذن من القاضي لإجراء القسمة، ولم يفرق بين القسمة الاتفاقية والقضائية، وشدد المشرع على

<sup>1</sup> محمد عبد الرحمان ضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 427.

حماية القاصر بحيث أوجب على القاضي أن يراعي حالة الضرورة ومصصلحة القاصر عند منحه الإذن بقسمة العقار الذي يملكه القاصر على الشيوخ.<sup>1</sup>

### خامسا: الصفة والمصلحة في دعوى القسمة:

اشتراط المشرع لقبول الدعوى توفر عنصري الصفة والمصلحة، إذ تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون..."، وعليه يشترط في الشريك الذي يطالب بقسمة المال المشاع توفر شرطي الصفة والمصلحة.

### 1- الصفة في دعوى القسمة:

طبقا للمبدأ العام الذي يقضي بعدم اقتضاء الشخص لحقه بنفسه، ونتيجة لذلك أصبح القانون يكفل لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه الحق في الحماية القضائية، هذه الأخيرة يجب أن يتمسك بها الشخص بنفسه ، أو بواسطة من ينوب عنه قانونا، ومن ثمة يجب على طرفي الدعوى أن يكونا حائزين على الصفة.

والصفة في الدعوى قد تكون عادية أو استثنائية أو إجرائية<sup>2</sup> ، فالصفة العادية في الدعوى هي الصفة الأصلية التي تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني، وبالتالي فإن الحماية القضائية لا تمنح إلا لصاحب هذا الحق أو المركز القانوني، ويجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أما الصفة الاستثنائية فهي استثناء من القاعدة العامة -رافع الدعوى هو صاحب الحق- وذلك في حالة ما إذا نص القانون صراحة على تحويل الشخص صفة في الطول محل صاحب الصفة الأصلية في رفع الدعوى، ومن الأمثلة على ذلك ما هو منصوص عليه بالمادة 189 قانون مدني، وتعرف بالدعوى غير المباشرة ، حيث تجيز للدائن أن يرفع الدعوى باسم مدينه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup>- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، Encyclopedia، الجزائر، 2015، ص 86.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 90

والصفة الإجرائية تنشأ له الحق في الدعوى غير أنه لا يستطيع استعمال حقه بنفسه أمام القضاء لوجود ظروف تمنعه من ذلك، وهذه الظروف قد ترجع إلى ظروف مادية، فالقاصر أو الشخص المعنوي أو الغائب... ، فهؤلاء لا يستطيعون مباشرة الدعوى بنفسهم بل تباشر عنهم بواسطة الممثل القانوني.<sup>1</sup>

فالصفة في دعوى القسمة تثبت لكل شريك في المال المشاع سواء كان شريكا منذ بدأ حالة الشيع أو شريك طارئ، أما الصفة الإجرائية فتثبت في حالة القاصر حيث يمثل وليه أو من ينوب عنه قانونا، أما الصفة الاستثنائية فمثالها الدعوى غير المباشرة التي يرفعها مدين الشريك في الشيع على باقي الشركاء للمطالبة بالقسمة واستقاء حقه.<sup>2</sup>

### • الصفة في قسمة التركات العقارية:

نظم المشرع الجزائري مسألة انتقال الحقوق عن طريق الميراث بموجب المادة 127 وما يليها من قانون الأسرة، ثم تدخل بمناسبة تبنيه لنظام الشهر العيني لفرض إجراء الشهر لإثبات انتقال الملكية والحقوق العينية العقارية عن طريق الوفاة بموجب المادة 15 من الأمر 74-75 وأستحدث لإتمام هذا الإجراء الشهادة التوثيقية بموجب المادة 91 من المرسوم 76-63.<sup>3</sup>

### - انتقال حقوق الميراثية طبقا لقانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

كما نصت المادة 180 من نفس القانون "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".

<sup>1</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> - فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 95.



ويفهم من نص المادتين أن الوفاة باعتبارها واقعة مادية يترتب على حدوثها أن تنتشأ للورثة صفة الوارث بمجرد وقوعها، غير أن التركة بجميع عناصرها المنقولة أو العقارية لا تنتقل لهم إلا بعد تصفيتها من مصاريف التجهيز والديون الثابتة في ذمة المورث والوصية إن وجدت.

والملاحظ أنه ورغم أن قانون الأسرة لاحق لقوانين الشهر العقاري، إلا أنه لم يتضمن أي إشارة لمسألة اشتراط الشهر العقاري كسبب موجد للحق العيني العقاري متى تم اكتسابه بسبب الوفاة، ويفهم من هذا الموقف أن المشرع قد أبقى موقفه المتعلق باعتبار انتقال الملكية عن طريق الوفاة هي السبب في وجود الحق وليس الشهر العيني، خروجاً عن القاعدة العامة في نظم الشهر العيني في الجزائر التي تعتبر الشهر سبب وجود الحق العيني العقاري.

كما يفهم أن المشرع قد أبقى الشهادة التوثيقية كوسيلة إثبات في مجال انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة، وهذا يستوجب التعرض إلى مفهوم الشهادة التوثيقية.<sup>1</sup>

#### - تعريف الشهادة التوثيقية:

هي شهادة تعد من قبل الموثق وتشهر في مجموعة البطاقات العقارية باسم جميع المالكين، سواء كانوا ورثة أو موصى لهم على الشيوخ كل بالحصة التي تعادله، وقد استحدثها المشرع الجزائري بموجب المادة 91 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص الفقرة الأولى منها على ما يلي: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية لمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجال المحددة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجبها شهادة موثقة"<sup>2</sup>، وقد عرفت بأنها الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية.

#### ✓ دور الشهادة التوثيقية في إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة:

نصت المادة 15 من الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له

<sup>1</sup> - وهيبة عثمانية، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائريين، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015، ص 465.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 466.

بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

وبناء على نص المادة المذكورة أعلاه فإن المشرع الجزائري يكون قد ربط بين وجود الحق العيني اتجاه الغير وشهره في مجموعة البطاقات العقارية، عندما جعل من شهر هذه الحقوق شكلية إلزامية يترتب على إغفالها أن يصبح الحق العيني في حكم العدم في مواجهة الغير، على أنه أكد أن انتقال الحق في الملكية عن طريق الوفاة يتم بمجرد حدوث هذه الأخيرة باعتبارها واقعة قانونية وليست تصرفاً قانونياً يجب شهره، وعليه فإن المبدأ هنا هو أنه لا وجود للحق العيني إلا من تاريخ شهره ، ويستثنى من هذه القاعدة انتقال الملكية عن طريق الوفاة.<sup>1</sup>

ورغم اختلاف القضاء حول دور الشهادة التوثيقية في دعوى قسمة المال الشائع، ومن خلال بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يتضح التوجه لإسقاط دور الشهادة التوثيقية في إثبات الصفة في مثل هذه الدعاوى.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الذي نص على "الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة.

لا تشكل الشهادة التوثيقية قيوداً على ممارسة الدعوى أمام القضاء"<sup>2</sup>، وكذا القرار الذي نص على "وحيث أن ما يعيب القرار المطعون في محله ذلك انه وبمجرد وقوع الوفاة تنتقل الملكية في العقار من المورث إلى الورثة، ولا يتوقف ذلك على أي إجراء ، إذ يصبح الوارث بتمام الوفاة مالك للعقار الذي يملكه المورث.

ولا يتوقف ذلك على الشهادة التوثيقية المنصوص عليها بالمادة 91 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25.

وحيث أن الشهادة التوثيقية ليست إلا وثيقة إدارية لا تضيف أي شيء للوارث، فهي شأنها شأن الولد المولود من فراش لم يتم تسجيله بالحالة المدنية، فهو يتمتع بجميع حقوق الولد الشرعي ولا يتوقف ذلك على تسجيله بالحالة المدنية، كذلك الحال بالنسبة لانتقال الملكية في

<sup>1</sup> - وهيبة عثمانية، المرجع السابق، ص 466.

<sup>2</sup> - قرار رقم 572702 مؤرخ في 2011/02/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2011، ص 92.

العقار عن طريق الوفاة، فالوارث يعد مالكا لهذا العقار ويتمتع بجميع حقوق المالك، وهي لا تعدوا أن تكون شهادة إدارية، وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الدعوى لانقضاء الصفة، لعدم تقديم الشهادة التوثيقية يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 15 السالفة الذكر.<sup>1</sup>

وعليه جعل المشرع الجزائري من الشهر العيني شرط لوجود الحق، واستثنى من هذا المبدأ شهر الحق المكتسب نتيجة واقعة الوفاة، وقد قرر أن الشهادة التوثيقية وسيلة لإثبات انتقال الملكية عن طريق الوفاة، غير أن القضاء الجزائري بقي يتأرجح بين موقفين كلاهما معيب.<sup>2</sup>

## 2- المصلحة في دعوى القسمة:

تعرف المصلحة بأنها الحاجة إلى الحماية القضائية، وكل دعوى طبقا للقاعدة العامة يجب أن تكون قائمة على مصلحة، لأن هذه الأخيرة هي مناط كل دعوى، فلا تجوز مباشرتها إذا كان رافعها لا يجني منها أية فائدة مادية أو معنوية<sup>3</sup>، ومصلحة الشريك في رفع دعوى القسمة هي اقتسام المال الشائع، وتحويل إفراس الجزء الخاص به، وتحويل حصته المعنوية إلى جزء خاص به يتصرف فيه بشتى أنواع التصرف<sup>4</sup>، إلا أنه وطبقا للقواعد العامة يمنع التعسف في استعمال الحق، إذا كانت المصلحة التي تتحقق للشريك من جراء القسمة قليلة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء، أو طلب القسمة في وقت غير مناسب، فإن للقاضي رفض طلب القسمة، وإبقاء الشئوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - قرار رقم 0912385 مؤرخ في 2015/03/12، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، "قرار غير منشور"، عن

حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> - وهيبة عثمانية، المرجع السابق، ص 472.

<sup>3</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص 116.

<sup>4</sup> - فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 67.

<sup>5</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 429.

سادسا: ثبوت ملكية المقسم لهم:

يشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع، والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل، فيجب على الشركاء تجهيز مستندات دعوى القسمة والتي تثبت ملكيتهم للمال الشائع المطلوب قسمته، وهذه المستندات كثيرة ومتنوعة ومتعددة بحسب كل دعوى ومحل المال الشائع المطلوب قسمته.<sup>1</sup>

**الفرع الثاني: الشروط الشكلية والإجرائية لرفع دعوى القسمة:**

نتناول في هذا الفرع الشروط الشكلية والشروط الإجرائية لرفع دعوى القسمة .

**أولا: الشروط الشكلية لرفع دعوى القسمة:**

**1- عريضة افتتاح دعوى القسمة:**

نظم المشرع الجزائري كيفية التماس القسمة من القضاء ويكون ذلك عن طريق عريضة، ترفع إلى المحكمة المختصة للنظر في طلب القسمة القضائية، حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها تنص على أن ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، إضافة إلى أنه يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى مجموعة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا.<sup>2</sup>

ثم بعد ذلك تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية ، وتاريخ أول جلسة على نسخة العريضة الافتتاحية وذلك بعد دفع الرسوم المقررة قانونا ، وتسليمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم مع احترام الآجال المنصوص عليها قانونا.

**2- شهر العريضة الافتتاحية لدعوى القسمة:**

هذا وقد أوجبت المادتان 3/17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إشهار عريضة رفع الدعوى بالمحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهرا طبقا

<sup>1</sup> - محمد عبد الرحمان ضويبي، المرجع السابق، ص 428.

<sup>2</sup> - المادة 15 من القانون 08-09، المؤرخ في 28 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد رقم 21.

للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار.<sup>1</sup>

وبما أننا بصدد دراسة مسائل القسمة، فإن شهر العريضة الافتتاحية المنصوص عليه يتعلق بشهر العرائض المتعلقة بدعوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها، ومن مسائل تعديل الحقوق العينية العقارية مسائل القسمة.<sup>2</sup>

يجب الإشارة أيضاً أن إشهار الدعوى القضائية بالمحافظة العقارية الرامية إلى تغيير مركز قانوني بالنسبة لعقار أو حق عيني عقاري، قد نصت عليه المادة 85 من مرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، وكذا المادة 684 من القانون المدني، التي كيفت الدعاوى بمثابة حق عيني عقاري، هذا إضافة إلى المادة 16 مكرر من الأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، هاته المادة مستحدثة بموجب القانون رقم 18-18 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1440 الموافق لـ 27 ديسمبر 2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، حيث احتوى في مادته 35 على إدراج مادة جديدة في الأمر 74-75 السالف الذكر.<sup>3</sup>

إذ لا يمكن قبول دعوى القسمة أمام الجهات القضائية الواقع بدائرة اختصاصها العقار، ما لم يتم شهر عريضة افتتاح الدعوى، والغرض من شهر عريضة الدعوى محلها قسمة عقار مشهر هو إعلام الغير بأن العقار موضوع نزاع قضائي، وهو الأثر القانوني الوحيد دون سواه، بغرض المحافظة على حقوق المدعي في حال صدور الحكم لصالحه، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يؤدي شهر عريضة افتتاح الدعوى إلى إيقاف إجراءات شهر انتقال الملكية أو التصرف في عقار.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 129.

<sup>3</sup> - مذكرة رقم: 2316 صادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مؤرخ في 2019/02/25 ص 01.

<sup>4</sup> - جبار جميلة، "الحكم القضائي كسند لإثبات الملكية العقارية الخاصة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد الرابع عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة - 2- لونيبي علي، جوان 2018، ص 15.

هذا ويتم إثبات الشهر أمام القضاء حسب ما تقتضي به الفقرة الأخيرة من نص المادة 85 من المرسوم المشار إليه سابقا بإحدى الويلتين:

ما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه، أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الشهر.

ويكون شهر عريضة افتتاح الدعوى من قبل المحافظة العقارية بالتأشير على البطاقة العقارية التي يتواجد بها العقار محل دعوى القسمة.<sup>1</sup>

**ثانيا: إجراءات دعوى القسمة:**

**1- الأطراف في دعوى القسمة:**

ترفع دعوى القسمة من طرف أحد الشركاء أو بعضهم على باقي الشركاء في الشروع<sup>2</sup>، غير انه يوجد أشخاص آخريين يمكنهم رفع دعوى القسمة إذا كانت لديهم المصلحة القانونية، وسنأتي على ذكر كل الأشخاص التي يمكن أن تكون طرفا في دعوى القسمة من خلال ما يأتي:

**أ- المدعي في دعوى القسمة:** سوف نتناول بعض الأحوال التي تتعلق بالمدعي في دعوى القسمة وهي:

• **رفع الدعوى من احد الشركاء في المال الشائع ضد باقي الشركاء:**

أي أن دعوة القسمة القضائية ترفع من احد الشركاء في العقار الشائع بطلب قسمة هذا العقار، وذلك في حالة اتفاق الشركاء على إجراء القسمة الاتفاقية فيما بينهم.<sup>3</sup>

ويجوز رفع الدعوى من أكثر من شريك أو من جميع الشركاء عدا واحد الذي لم يوافق على القسمة الاتفاقية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - جبار جميلة، المرجع السابق، ص 75.

<sup>2</sup> - المادة 1/724 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 67.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 67.

• الأجنبي المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين.

إذا باع احد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشيوخ مع بقية الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء، ويترتب على ذلك أن المشتري قد أصبح شريكا في الشيوخ، وهو الذي له أن يرفع دعوى القسمة.<sup>1</sup>

وهو الذي يختصم فيها دون الشريك البائع، لكن كل ذلك مشروط بأن يقوم هذا المشتري بشهر عقد شرائه طالما أن الملكية لا تنتقل، ولا يكون التصرف الناقل للملكية نافذا سواء بين المتعاقدين ، أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر<sup>2</sup>

أما الأجنبي المشتري الذي لم يرق بإجراءات الشهر لعقد شرائه فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدين البائع ، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة<sup>3</sup> إذا ما توافرت شروطها والتي نصت عليها المادة 189 من القانون المدني الجزائري بقولها " لكل دائن ولو لم يحل اجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدنية مقبولا إلا اذا اثبت أن المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه".<sup>4</sup>

فمن خلال هذه المادة يمكن لنا استخلاص شروط الدعوى غير المباشر والتي إذا توافرت يمكن المشتري الذي لم يرق بشهر عقد الشراء من رفع دعوى باسم البائع بوصفه دائنا له وهي كالتالي:

- شروط متعلقة في الدائن: وهو أن يكون دين الدائن اتجاه مدينه محققا ، موجودا وقت استعمال الدعوى غير المباشرة، حتى وإن لم يكن حقه مستحق الوفاء وقت رفع الدعوى.

<sup>1</sup> - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، انقضاء الشيوخ في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2018، ص 25.

<sup>2</sup> - المواد 15 و16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .جر عدد 92 المؤرخة في 18/11/1975 ، وكذا الأمر رقم 75-58 المتضمن

القانون المدني المعدل والمتمم المرجع السابق

<sup>3</sup> - محمد المنجي المرجع السابق ، ص 67

<sup>4</sup> - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- شروط متعلقة بالمدين: وهو أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقوقه ، وان يكون من شأن هذا التقصير إفسار المدين أو زيادة إفساره، وأن يدخل المدين كخصم في الدعوى ليكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه.<sup>1</sup>
- شروط متعلقة بالحق الذي يباشره الدائن باسم مدينه: وهو أن يكون حق لا رخصة، وأن يكون حقا ماليا، وإن كان المشتري الأجنبي الذي لم يقم بشهر عقد الشراء ليس له رفع دعوى القسمة لأنه لا يعتبر شريك في الشيوغ، غير أنه يجوز له أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله بوصفه دائنا لأحد الشركاء.<sup>2</sup>

### ✓ الأجنبي المشتري لحصّة مفرزة من أحد الشركاء المشتاعين:

إذا اشترى الأجنبي جزءا مفرزا من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، ومن ثمة لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكا في الشيوغ، فلا تجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصامه فيها<sup>3</sup>، فالأجنبي المشتري لا يعتبر مالكا إلا تحت شرط واقف، هو حصول القسمة بين الشركاء الأصليين ثم وقوع الحصّة المفرزة المبيعة في نصيب الشريك البائع.

### • المالك في الشيوغ لحصّة تحت شرط فاسخ أو واقف:

#### ✓ الشريك المشتاع تحت شرط فاسخ:

يعد مالك إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ فتزول ملكيته، وإذا فرض ورفع الدعوى غيره من الشركاء المشتاعين وجب عليه اختصام الشريك تحت شرط فاسخ في الدعوى.

#### ✓ الشريك المشتاع تحت شرط واقف:

لا يعد مالكا إلا إذا تحقق الشرط الواقف، وليس له سوى اتخاذ إجراءات تحفظية، فلا يكون له الحق في رفع دعوى القسمة لأن القسمة ليست من الإجراءات التحفظية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 20.

<sup>3</sup> - أشرف احمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 25.

<sup>4</sup> - عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) في ضوء

أحكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، مصر 2006 ص 110



ب- المدعى عليه في دعوى القسمة القضائية:

إن دعوى القسمة لا ترفع إلا من الشريك ولا ترفع إلا على الشريك، وهو ما نصت عليه المادة 724 من القانون المدني الجزائري: "...يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة"، حيث أن دعوى القسمة تقام على جميع الشركاء (ماعداء رافع الدعوى) وأصحاب الحقوق العينية لأنها لا تقبل التجزئة، فلا بد من دعوة كافة الشركاء وأصحاب الحقوق العينية للحضور في هذه الدعوى.<sup>1</sup>

وإذا ما رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض الآخر، جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كم يجوز لهم أن يتدخلوا في الخصومة، فإذا أغفل اختصاص بعض الشركاء في الشروع فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم<sup>2</sup>، كما يمكن للمحكمة أن تتدارك ذلك بنفسها وتامر بإدخال من لم يختصم من الشركاء في الدعوى وذلك لمصلحة العدالة وإظهار الحقيقة.

ولكن لا يجوز للشركاء المشتاعين الذين اختصموا في دعوى القسمة القضائية الدفع بعدم قبولها، لأن الدعوى لم توجه إلى باقي الشركاء، لأن المقرر قانوناً أن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات القسمة هو بطلان نسبي لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم، وله طلب عدم نفاذ القسمة في حقه.<sup>3</sup>

ولما كانت إجراءات بيع العقار لعدم إمكانية قسمته جزءاً من إجراءات دعوى القسمة فإنه يجب اختصاص جميع الشركاء، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها حيث نص على: "من المقرر قانوناً أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأرض المتنازع عليها ملكية شائعة بين الورثة، فإن قضاة الاستئناف قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 210.

<sup>3</sup> - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 79.

<sup>4</sup> - قرار رقم: 51109 مؤرخ في 19/04/1989، م ق 1991، عدد 01، ص 17.

وإذا كان من بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لا تتوافر فيه الأهلية، دعي الوكيل القضائي لتمثيل الغائب، أو الولي أو الوصي لتمثيل عديم الأهلية أو ناقصها، كما يمكن أن تتعقد القسمة القضائية للعقار الشائع بين الدولة والخواص، وإمكان قيام الشيوخ بينهم، وهو ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وبضبط كفيات ذلك<sup>1</sup> حي تنص: "يهدف تقسيم العقارات التي تكون ملكيتها مشاعة بين الدول وغيرها، ومتى كان ذلك ممكن إلى إخراج حصة الدولة منها وما يبقى يكون ملكا مشاعا بين الملك الآخرين".<sup>2</sup>

وقد حددت كيفية إجراء القسمة بين الدولة والخواص باقي مواد المرسوم والمذكرة رقم 3654 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ووزارة المالية بتاريخ 19/07/1999.

### 2- تكليف الخصم للحضور:

يعد التماس القسمة من القضاء بعريضة، وبعد استيفاء كل الشروط الشكلية الواجبة الاتباع لقبول عريضة دعوى القسمة شكلا، لا بد من تكليف الخصم للحضور في رفع الدعوى ليكون الحكم حجة عليه، حتى لا يتصل من تنفيذ حكم القسمة بعد صدوره، ويقوم المحضر القضائي بهذه المهمة باعتباره الشخص المؤهل قانونا، ويجب أن يستوفي التكليف بالحضور مجموعة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

كما يجب احترام المدة المقررة قانونا والمحددة بعشرين يوما من تاريخ التكليف بالحضور إلى تاريخ أول جلسة، عندما يقبل المدعى عليه تسلم التكليف بالحضور، أما إذا رفض المدعى عليه تسلم التكليف بالحضور المحدد بعشرين يوما تحسب من تاريخ ختم البريد.<sup>3</sup>

ويمدد هذا الأجل (عشرين يوما) أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج، يسلم المحضر القضائي للمدعى عليه في التاريخ

<sup>1</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص71

<sup>2</sup> - المادة 18 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - المادة 16 وكذا المادة من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

المعين في المحضر ويجب أن يتضمن محضر التبليغ التكليف بالحضور مجموعة من البيانات هي:

- اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،

- اسم ولقب المدعي وموطنه،

- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له،

- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها،

- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط،

- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه،

- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر،

- تنبيه المدعي عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

ونظرا لأهمية بيانات محضر التبليغ يؤدي خلو هذا الأخير من أي البيانات إلى بطلانه بطلانا

مطلقا، والمحكمة التي تنظر في الدعوى هي صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة التبليغ أو بطلانه.<sup>1</sup>

### 3- الاختصاص في دعوى القسمة:

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية

القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايري النوع والموقع الإقليمي.

ويقع على المتقاضى أن يدرك تماما الجهة التي خولها القانون النظر في دعواه نوعيا

وإقليميا، إما بموجب القواعد العامة أو بموجب نص خاص.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 19 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أ- الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها، بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولاسيما وفقا لنوع الدعوى.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى أحكام المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، وينعقد الاختصاص في دعوى القسمة للقسم العقاري، وباستقراء نص المادتين 511، 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 511 على: "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية".<sup>2</sup>

في حين نصت المادة 512 على: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

- في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية...
- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع...
- في القسمة وتحديد المعالم....."<sup>3</sup>

ويعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام، حيث تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت فيها الدعوى وهو حق مخول للخصوم أيضا<sup>4</sup>، وهذا قبل إثارة أي دفع في

<sup>1</sup>- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 74.

<sup>2</sup>- المادة 511 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>3</sup>- المادة 512 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- المادة 36 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الموضوع، فإذا تعلق الأمر بقسمة التركة كمصدر للشيوخ فيؤول الاختصاص إلى قسم شؤون الأسرة.

### ب- الاختصاص الإقليمي:

الاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي، ويشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه معيارا للاختصاص<sup>1</sup>، ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة من ضمنها الاختصاص بنظر دعوى القسمة قد جعله المشرع الجزائري للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المطلوب قسمته، وهذا طبقا للمادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان المتوفي، أي محكمة افتتاح التركة حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

كما تنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار...، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...

2- في مواد الميراث، .... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى...".  
وعدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام وهو من الدفوع الشكلية، وعلى المدعى عليه الذي يقدم هذا الدفع أن يسبب طلبه ويبين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها<sup>3</sup>، ويجب أن يثار الدفع قبل أي فصل في الموضوع.

### المطلب الثالث: طرق القسمة القضائية وتدخل الدائنين في القسمة:

تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول تناولنا فيه طرق القسمة القضائية، والفرع الثاني خصصناه لتدخل الدائنين في القسمة.

<sup>1</sup> - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> - المادة 40 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - المادة 51 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الفرع الأول: طرق القسمة القضائية:

الأصل أن تكون القسمة القضائية قسمة عينية إذ يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، فإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمته أمرت المحكمة ببيعه بالمزاد العلني عن طريق قسمة التصفية، وعليه نستعرض لكنا الطريقتين بالتفصيل:

أولاً: القسمة العينية:

1- تعريف القسمة العينية:

تعرف القسمة العينية على أنها تقسيم الشيء المشترك أقسام مفرزة لكل شريك حصة، وتتولاها المحكمة وتسهر على تنفيذها<sup>1</sup>، بحيث إذا رأت المحكمة أن المال المراد قسمته قابلاً للقسمة ولا تقوت المنفعة المقصودة من القسمة، وجب عليها أن تستعين بأهل الخبرة لتقويم المال الشائع وتقسيمه إلى حصص مفرزة بمقدار عدد الشركاء فيختص كل منهم بحصة مفرزة تعادل حصته الشائعة.<sup>2</sup>

2- شروط القسمة العينية:

بالرجوع إلى نص المادة 2/724 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "...إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته"، حيث يتضح من نص هذه المادة أنه يشترط في المال القابل للقسمة العينية أن يظل الانتفاع به ممكناً بعد تقسيمه، وأن لا يؤدي ذلك إلى إحداث ضرر أو نقص كبير في قيمته، فلو أن المال الشائع مثلاً كان طابقاً مملوكاً لشخصين، فإنه يكون قابلاً للقسمة إذا أمكن تقسيمه إلى شقتين صالحتين للسكن، وعلى العكس من ذلك فإن المصنع قد يكون غير قابل للقسمة بين عدة شركاء لأن المنفعة المقصودة تقوت بالقسمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> مروان كركبي، سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 276.

<sup>2</sup> غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 105.

### 3- مراحل القسمة العينية:

انطلاقاً من نصوص المواد 724، 725، 726 فإن القسمة العينية تمر بثلاثة مراحل، سنأتي على ذكرها في الآتي:

#### أ- المرحلة الأولى: قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب:

تنص المادة 2/724 من القانون المدني الجزائري على انه: "... وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كالمال يقبل القسمة عينا..."

كما تنص المادة 725 "يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية.

وإذا تعذر أن يأخذ الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".

من خلال هاته النصوص نرى أن هذه المرحلة تمر بعدة خطوات:

#### • الخطوة الأولى: تولي القاضي عملية التقسيم بنفسه:

قد يرى القاضي أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية، ولا يترتب عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته، فيتولى القسمة بنفسه، وذلك باعتبار أن القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع الفصل فيه بنفسه، ضف إلى ذلك أن المشرع ترك أمر اللجوء إلى الخبراء لتقدير القاضي، ومنه يمكن للمحكمة أن تجري القسمة بنفسها فتقوم بتكوين الأنصبة وتجري الاقتراع عليها، أو تفرز كل شريك نصيبه بطريق التجنيب، وتصدر حكماً بإفراز حصة كل شريك، لكنه وعملياً فإن المحاكم تجري عادة على انتداب خبير.<sup>1</sup>

#### • الخطوة الثانية: تعيين خبير عقاري لتقسيم العقار وقسمته عينا:

هنا تلجأ المحكمة إلى أهل الخبرة فتبدأ بتعيين خبير أو أكثر إن رأت وجهاً لذلك، والقاضي العقاري المختص إقليمياً هو المؤهل قانوناً لإصدار الحكم بتعيين خبير، وهذا ما نصت عليه المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، وللقاضي سلطة في تعيين الخبير القضائي سواء مقيّد في قوائم الخبراء القضائيين أو

<sup>1</sup> - محمد عبد الرحمن ضويني، المرجع السابق، ص 430.

غير المقيدين في هذه القوائم، فإذا لم يكن الخبير المعين مسجل في قائمة الخبراء فعليه أن يؤدي اليمين أمام القاضي الأمر بالخبرة.

وهذا ما نصت عليه المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 95-310 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم. ويجب على القاضي أن يبين في الحكم التمهيدي المتضمن تعيين خبير عقاري مجموعة من البيانات هي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء،
- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص،
- تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً،
- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن الحكم بتعيين خبير أو خبراء، هو حكم صادر قبل الفصل في الموضوع، ليأمر بالخبرة كإجراء من إجراءات التحقيق، وهذا الحكم غير قابل للاستئناف ولا الطعن بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع، وهذا طبقاً لأحكام المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتسدن للخبير العقاري بموجب الحكم التمهيدي مجموعة من المهام تأتي على ذكرها بنوع من التفصيل:

- ✓ استدعاء أطراف الدعوى مع إرفاق الاستدعاءات بتقرير الخبرة والاطلاع على وثائقهم: والهدف من ذلك التأكد من شفافية وصحة العمل الذي يقوم به الخبير المعين من طرف المحكمة، وتكون الاستدعاءات صادرة من المحضر القضائي المختص إقليمياً.
- ✓ انتقال الخبير إلى العقار محل القسمة: الذي يجب أن يعينه في الحكم تعييناً نافياً للجهالة وذلك من أجل تفادي الغلط في قسمة العقار محل الدعوى القضائية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 128 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص



✓ **التأكد من مدى خضوع العقار لإجراءات المسح العام:** المحدثّة بموجب الأمر 74-75 والتأكد باسم من قيد العقار أو سلم الدفتر العقاري حسب الحال، وإذا كان محل لذلك مع التبرير حيث يعتبر هذا الإجراء ضروري ومهم من الناحية العملية والقانونية على أساس أن العقار محل القسمة قد يكون باسم المالك أو المورث، إذ لا يمكن قسمة عقار شائع لا يزال باسم مورث اطراف الدعوى القضائية، وغن فعلت ذلك المحكمة فالمحافظ العقاري المختص إقليميا سوف يمتنع عن إشهار الحكم القضائي بقسمة المال الشائع على أساس عدم تطابق الاسم المذكور بالبطاقة العقارية على مستوى المحافظة العقارية وأسماء الأشخاص الذين استفادوا من قسمة العقار محل الدعوى القضائية.<sup>1</sup>

✓ **التأكد من عدم تصرف الأطراف في نصيبهم في العقار محل القسمة:** من خلال إرفاق التقرير بكشف المعاملات العقارية الصادرة من المحافظة العقارية على أساس انه لا يجوز قانونا القضاء بقسمة عقار غير مملوك لأطراف الدعوى القضائية<sup>2</sup>، إذ يجب على الأطراف إثبات الملكية على الشيوع بموجب سند ملكية، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها حيث نص: "لا تثبت الملكية على الشيوع إلا بسند يفيد الملكية المشاعة وعلى من يدعي بوجودها تقديم البينة على ذلك".<sup>3</sup>

✓ **تحديد الطبيعة القانونية للعقار محل القسمة:** من خلال الاطلاع على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، وهذا للتأكد من الطبيعة القانونية للعقار غير المبني، هل هو عقار فلاحي وجب قسمته طبقا لما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 97-409 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية.<sup>4</sup>

ونظرا للدور الذي تلعبه الأراضي الفلاحية في تنمية الاقتصاد وتحقيق الأمن الغذائي والاكتفاء الذاتي فقد تدخل المشرع من أجل حماية هذه الأراضي وتفادي تفتيتها بوضع قيود يتعين على المالك مراعاتها في كل عملية لتجزئة الأراضي أو التصرف فيها وهي احترام

<sup>1</sup>- رحابية عماد الدين، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 95.

<sup>3</sup>- قرار رقم 320777 مؤرخ في 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 62، ص 401، عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 127.

<sup>4</sup>- رحابية عماد الدين، المرجع السابق، ص 96.

المساحة المرجعية، فصدور المرسوم التنفيذي رقم 97-409 السالف الذكر، والذي جاء ليبيّن مضمون المادة 55 من قانون التوجيه العقاري والتي وضعت مجموعة من القيود، منها عدم تجزئة الأراضي الفلاحية إلى حصص إلى حد تتعارض مع مقاييس حجم تجزئة الأراضي الفلاحية<sup>1</sup>، وسوف نتناول بالشرح والتفصيل المساحة المرجعية لكل صنف من الأراضي الفلاحية.

### \* احترام المساحة المرجعية:

لقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 97-409 المساحة المرجعية التي يجب مراعاتها عند تجزئة كل صنف من الأراضي الفلاحية أين نصت المادة 02 منه على أنه: "يجب أن تتم كل عملية تجزئة أراضي فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية كما هي محددة أدناه، ونصت المادة 03 من المرسوم السالف الذكر على أنه تعتبر كمساحات مرجعية للمستثمرة الفلاحية في مفهوم هذا المرسوم المساحات المبينة أدناه:<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>- غلاب نجاة، تجزئة الأراضي الفلاحية المشاعة الخاضعة للقانون الخاص، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2013-2014، ص 190.

<sup>2</sup>- غلاب نجاة، المرجع السابق، ص 19.

المساحة المرجعية بالهكتار	نظام المزروعات	الصيغ	نوع الأراضي	المناطق
1,5	خضر	1	مسقية	أ+ الأراضي
4	خضر وفواكه	2	غير مسقية	المسقية في
7	زراعة أشجار	3		المناطق الأخرى
8	خضر/زراعات كبرى	1		أ-ب-ج-د-م
7	زراعات كبرى/ أعلاف	2		
10	زراعات صناعية/ زراعات كبرى	3		
20	زراعات كبرى/ أعلاف بقول جافة	1	غير مسقية	ب
18	زراعات كبرى/أعلاف بور	1	غير مسقية	ج
	بقول جافة/ زراعات كبرى بور	2		
10	زراعات كبرى/ خضر	1	غير مسقية	د
3	زراعات	1	مسقية	و
1	زراعات النخيل المكثفة	2		
3,5	زراعات النخيل/ زراعات كبرى	3		
10	زراعات كبرى/ أعلاف	1	غير مسقية	م
11	زراعات الأشجار غير مسقية	2		

من خلال دراسة الجدول يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد في تحديد المساحة المرجعية

للأراضي الفلاحية على مجموعة من المعايير وهي:

- المنطقة.

- نوعية الأرض.

- نظام المزروعات.

ولتوضيح الأمر نضرب المثال التالي: المنطقة -أ- تضم أراضي السهول الساحلية والمجاورة للساحل، وأن هذه المناطق تستفيد من كميات أمطار تفوق 600 مم، حسب تعريف المادة 81 من قانون المالية لسنة 1989، وهي بطبيعتها مسقية، وعادة هذه الأراضي تزرع إما خضرا أو أشجار فقط، وإن المالك أو الملاك المشتاعين الذين يريدون تجزئة هذه الأراضي بقسمتها يتعين أن تكون مساحتها لا تقل عن 1.5 هكتار بالنسبة للخضر وزراعة الأشجار، و07 بالنسبة لزراعة الأشجار فقط<sup>1</sup>، بمعنى أنه إذا تملك شخصان عقار فلاحى على الشيوخ وينسبة النصف لكل منهما، وكانت الأرض الفلاحية من صنف -أ- مزرعة بالخضر مساحتها الإجمالية 01 هكتار، وأراد قسمتها إلى حصتان فإنه لا يمكن أخذ حصتيهما عينا، لأن مساحة 01 هكتار هي أقل من المساحة المرجعية والمحددة بـ 1.7 هكتار، كما هو مبين في الجدول أعلاه، وعليه فإن عدم احترام المساحة المرجعية يحول دون قسمة الأرض الفلاحية بقوة القانون.<sup>2</sup>

✓ إرفاق رخصة البناء وشهادة المطابقة في حالة إذا كان العقار محل القسمة مبنيا:

نظرا لأن القاضى يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة فعليه أن يتأكد أن العقار المبنى المراد قسمته يحوز رخصة البناء وشهادة المطابقة على أساس أنه في العديد من الحالات ما يقوم على الشيوخ الدين لم يتحصلوا على الأوراق والسندات التي تجعلهم يحوزون الأملاك العقارية المبنية برفع دعوى قسمة، من أجل إضفاء الرسمية على تلك البنايات على أساس أن الحكم القاضى بقسمة المال الشائع يحتوي على جميع عناصر العقار موضوع الخبرة القضائية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - غلاب نجاة، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 21.

<sup>3</sup> - رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 96.

وهذا ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في قرارها الذي ينص على: "حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه قدم إلى قضاة الموضوع وثائق تثبت امتلاكه مع المطعون عليهم عقارا على الشيوع ويتمسك أمامهم بطلب الخروج من حالة الشيوع طبقا لأحكام المادة 722 وما يليها من القانون المدني، مع العلم أن العقار محل طلب القسمة شيد بناء على رخصة بناء مؤرخة في 1984/05/20 قبل سريان القانون 90-22.

وحيث أن قضاة الموضوع انتهوا إلى التصريح بعدم قبول دعوى القسمة قبل أن يحصلوا على شهادة المطابقة يعد ذلك مخالفا للقانون مما يعرض للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن طلب الخروج من الشيوع، واستنادا إلى أحكام المادة 722 من القانون المدني الجزائر وما يليها لا يتطلب القانون أن يحصل الشخص على شهادة المطابقة، فتلك شهادة إدارية لا تقيد القاضي من الحكم في طلب الخروج من حالة الشيوع.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى اعتبار شهادة المطابقة التي تصدرها السلطات الإدارية قيذا على رفع الدعوى وهو القيد الذي لم ينص عليه القانون بعد مخالفة لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.<sup>1</sup>

✓ **قسمة المال الشائع إلى حصص وذلك بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب:**  
وهذا هو الطريق الأصلي لقسمة المال الشائع إلى حصص عينية، فإذا كان من الممكن أن يقسم المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب، فإنه يجب على الخبير أن يقوم بذلك يستوي في ذلك أن تكون القسمة كلية فتشتمل على كل المال الشائع وجميع الشركاء، أو أن تكون القسمة جزئية على جزء من المال الشائع أو على بعض الشركاء.

<sup>1</sup> - قرار رقم: 0999750 مؤرخ في 2016/06/16، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، القسم الخاص، "غير منشور"، عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 130.

فإن كان المراد قسمته أحد الأموال الشائعة فإن يقسم عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، وتترك بقية الأموال الشائعة وإن كان من يريد القسمة هم بعض الشركاء، أفرز الخبير نصيبهم ثم قسمه حصصا على أساس أصغر نصيب.<sup>1</sup>

فإذا توزعت أسهم العقار موضوع القسمة الذي تبلغ مساحته 2000 متر مثلا كالآتي: أ لديه 500 سهم، ب 400 سهم، ج 1000 سهم، د 500 سهم.

في هذه الحالة يصار إلى وضع مشروع الإفراز على أساس 400 سهم وهي أصغر حصة، فتكون المساحة الخارجة لهذه الحصة 333.333 مترا مربعا على أساس المعادلة الآتية:

$$2000 / 400 \times 2400 = 333.333 \text{ مترا مربعا.}$$

فإذا كانت هذه المساحة تساوي أو تزيد عن المساحة الدنيا المفروضة قانونا لإفراز صحة القسمة، نال سائر الشركاء ما يناسب حصصهم على أساس المعادلة المذكورة أعلاه نفسها، أما في حالة لم تكن مساحة الحصة الأدنى تسمح بالإفراز فعلى المحكمة أن تضم الحصص الصغرى إلى بعضها، وتخصصها بحصة مفرزة واحدة تبقى مملوكة شيوعا.<sup>2</sup>

وهذا ما يسمى بالقسمة الجزئية، لأن بعض الشركاء يخرجون بنتيجتها من الشروع، بينما يبقى آخرون في هذه الحالة.<sup>3</sup>

وفي جميع الأحوال متى تم تكوين الحصص، فإن الاقتراع يجري عليها من قبل المحكمة.

تمتاز هذه الطريقة بأنها تتفادى احتمال التحيز لشريك على حساب الآخر، إلا أنها تؤدي إلى توزيع نصيب صاحب الحصة الأكبر، وقد تحصل عليها في أجزاء متفرقة مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 446.

<sup>2</sup> - جورج ن شدرابي، المرجع السابق، ص 79-80.

<sup>3</sup> - مروان كركبي، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 277.

<sup>4</sup> - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 73.

✓ القسمة بطريق التجنيب أو من خلال تعيين جزء مفرز لكل شريك يوازي حصته الشائعة:

إذا تعذر إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب، فعلى الخبير أن يجنب لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع يساوي حصته الشائعة، ولا يقصد بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة، وإنما يمكن أن يتحقق هذا التعذر في غير حالات الاستحالة، كأن يكون من شأن التقسيم إلى حصص متساوية أن ينقص من قيمة المال أو تتعقد إجراءاتها، كما لا يتشترط موافقة الشركاء على إجراء القسمة بطريق التجنيب، بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير، ويكون ملزماً لجميع الشركاء حتى ولو لم يوافقوا عليه<sup>1</sup>، ومع ذلك فللشركاء أن يطلبوا القسمة عن طريق التجنيب حتى لو أمكن القسمة على أساس الحصص شريطة إجماعهم على ذلك<sup>2</sup>، ومن الأمثلة على التجنيب كأن يكون مملوكاً على الشيوع أرض ومنزل وسيارة، قيمة الأرض أربعين ألف دينار، وقيمة المنزل عشرين ألف دينار، وقيمة السيارة عشرين ألف دينار، وكان عدد الشركاء ثلاثة، الأول النصف والثاني الربع والثالث الربع، فللخبير أن يجنب قطعة الأرض لمن يملك النصف والمنزل لمن يملك الربع والسيارة لمن يملك الربع.<sup>3</sup>

✓ القسمة العينية إلى حصص أو التجنيب بمعدل:

يكون تكوين الحصص على أساس المساواة العينية كأصل عام، أي أن تكون كل حصة مساوية للأخرى في محتوياتها، حيث ينفرد كل شريك بحصته عينا، سواء قسم الخبير المال إلى حصص، أو جنب نصيب كل شريك مفرزاً، إلا أن تقسيم الشيء المملوك إلى أنصبة متساوية عملية ليست باليسيرة، بل قد يتعذر في كثير من الحالات القسمة على هذا الأساس، مما جعل المشرع يخرج عن الأصل ويجيز الاكتفاء بأن تكون الحصص متساوية من حيث القيمة<sup>4</sup>، وفي هذه الحالة يلجأ الخبير إلى تحديد معدل من النقود، لتكميل بعض الحصص

<sup>1</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 447.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 87.

<sup>3</sup> - محمد سلام درويش، محمد اللوح، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 408.

الناقصة، هذا المعدل يلتزم بدفعه صاحب الحصة الأكبر إلى باقي الشركاء كل بحسب ما نقص من حصته، وهذا ما نصت عليه المادة 2/725 من القانون المدني الجزائري.<sup>1</sup>

فعلى فرض أن المال الشائع عبارة عن أرض ومنزل ومتجرين، مجموع قيمتهم ثمانمائة ألف دينار، قيمة الأرض أربعمائة وخمسين ألف، والمنزل قيمته مئة وخمسين ألف دينار، وكل متجر قيمته مئة ألف دينار، وكان هذا المال مملوكة لأربعة شركاء، الأول النصف والثاني الربع والثالث والرابع لكل منهما الثمن، واختص من تملك النصف بالأرض، ومن تملك الربع اختص بالمنزل، ومن تملك الثمن اختص كل واحد منهما بأحد المتجرين، فهنا يكون الشريك الأول الذي يملك النصف قصد حصل على نصيب أكبر من النصيب المقرر له بواقع خمسين ألف دينار، فعلى الشريك الذي اختص بالأرض أن يعرض الشريك الذي اختص بالمنزل بمقدار النقص وهو الخمسين ألف دينار.<sup>2</sup>

والمعدل هو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذي حصل على نصيب أكبر من نصيبه بدفعه إلى الشريك الذي نال نصيباً أو جزءاً مفرزاً أقل من نصيبه، وذلك على سبيل التعويض عما نقص من حصته".<sup>3</sup>

والعبرة في تكوين الحصص أياً كانت طريقة القسمة بقيمة العقارات المشاعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشروع ولا وقت رفع الدعوى<sup>4</sup>، لأن وقت إجراء القسمة هو الوقت الذي يمكن من خلاله تحقيق المساواة بين الشركاء، وحصول كل شريك على ما يعادل حصته في المال الشائع.<sup>5</sup>

نجد أنه متى أتم الخبير المهام المسندة إليه بعد تبليغه الحكم القاضي بتعيينه، وهذا بعد انقضاء المهلة الزمنية المحددة من قبل المحكمة لتسليم الخبرة لدى أمانة ضبط المحكمة، تعاد الخبرة أمام نفس المحكمة، حيث يقوم احد أطراف الدعوى الأولى ممن لهم مصلحة في قسمة

<sup>1</sup> - تنص المادة 725 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... وإذا تعذر أن يأخذ الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".

<sup>2</sup> - محمد سلام درويش، محمد اللوح، المرجع السابق، ص 35.

<sup>3</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 449.

<sup>4</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 153.

<sup>5</sup> - محمد عبد الرحمان ضويني، المرجع السابق، ص 449.



العقار برفع دعوى الرجوع بعد الخبرة ، ليطالب من خلالها المصادقة على تقرير الخبرة وقسمة العقار<sup>1</sup>، حيث يبدي الأطراف طلباتهم ودفعهم بخصوص الخبرة ونتائجها، والحكمة من ذلك تمكين الخصوم والمحكمة من مناقشة ما توصل إليه الخبير والأساليب التي استند إليها في تقريره، حيث يجوز للخصوم إبداء أقوالهم وملاحظاتهم على أعمال الخبير والنتيجة التي انتهى إليها، ويجب على المحكمة تمكينهم من ذلك.

فبعد إن يقوم الخبير بأداء مهمته ويقدم تقرير بنتيجة القسمة مبينا الأساس الذي استند إليه في تكوين الحصص، يودع هذا التقرير لدى كتابة ضبط المحكمة التي تنظر في القسمة القضائية<sup>2</sup>، إلا انه غالبا ما تثار منازعات بشأن القسمة لاسيما في تكوين الحصص، نحاول ذكرها في الآتي:

### ب- المرحلة الثانية: الفصل في المنازعات التي يثيرها الخصوم في القسمة:

تنص المادة 726 من القانون المدني الجزائري "تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

هنا يمكن تصور نوعين من المنازعات: منازعات تتعلق بتكوين الحصص، ومنازعات لا تتعلق بتكوين الحصص.

#### • المنازعات تتعلق بتكوين الحصص:

هذه المنازعات تثار كدفع أمام نفس المحكمة النظرة في الدعوى، وعلى القاضي العقاري الفصل والإجابة على هذه المنازعات والدفع وإلا عرض حكمه لقصور في التسبيب.

ومن أمثلة المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص: كأن يدعي أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية، أو يدعي أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل، وما إلى ذلك من المنازعات التي ترجع إلى تكوين الحصص.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 34.

• المنازعات غير المتعلقة بتكوين الحصص:

وتتعلق بالمنازعات التي تثور بين الشركاء حول أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، مثل أن يدعي شريك أن شريك آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك شيئا في المال الشائع، وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته، ويؤول الاختصاص بالفصل في كل هاته المنازعات إلى المحكمة التي تفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي.<sup>1</sup>

وما يجب ذكره انه في حالة وجود منازعات أثناء إجراء القسمة فإن المحكمة تختص بالفصل فيه قبل أن تتعرض إلى الفصل في دعوى القسمة، أي يجب في هذه الحالة أن تصدر حكما بصحة أو عدم صحة تكوين الحصص التي حددها الخبير في مشروع القسمة.<sup>2</sup>

ج- المرحلة الثالثة: الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز:

تنص المادة 727 من القانون المدني الجزائري: "تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز"، فمتى انتهى الفصل في المنازعات التي تثيرها القسمة القضائية مهما كان نوع هذه المنازعات يعود الشركاء لتحريك دعوى القسمة، وذلك من قبل من له مصلحة في التعجيل، وذلك بعد أن تم وقفها حتى يفصل نهائيا في المنازعات، وأصبح حق كل شريك مبنوتا فيه خاليا من النزاع، ولما كانت الحصص بالذات التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة لجأ القانون للاقتراع لتعيين هذه الحصص<sup>3</sup>، ومن ثم تجري المحكمة القرعة بين الشركاء، فإذا كانت الحصص مثلا سبعة وكان الشركاء ثلاثة، فيكون الواحد منهم حصة واحدة والثاني حصتان والثالث أربع حصص، وضعت القرعة في سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى سبعة ورقمت الحصص على هذا النحو كذلك، حيث يسحب الشريك الأول ورقة واحدة والشريك الثاني ورقتين والثالثة أربعة أوراق وبالتالي يأخذ كل شريك الحصة التي سحب رقمها<sup>4</sup>، ومتى تمت القرعة أثبتت المحكمة

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 159.

<sup>3</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 58.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 58.

إجراءاتها بمحضر الجلسة ثم تقضي بتحديد حصة كل شريك، أي تصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.<sup>1</sup>

**ثانياً: قسمة التصفية:**

بالرجوع إلى المادة 728 من القانون المدني نجد أنها تنص على ما يلي: "إذا تعذرت القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع". - يتضح من خلال هذه المادة أن قسمة التصفية تكون في حالة تعذر القسمة العينية، ويراد بها بيع المال الشائع بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه بين الشركاء كل بحسب حصته، فالقاعدة العامة في القسمة العقارية هي القسمة العينية والاستثناء هي قسمة التصفية وتكون في حالات سنأتي على ذكرها:

### 1- حالات قسمة التصفية:

هناك حالتين يتم اللجوء فيهما إلى قسمة التصفية هما:

أ- عدم إمكانية قسمة المال الشائع:

فإذا تبين للقاضي أن العقار المملوك على الشيوع تتعذر قسمته عيناً كما لو كان مصنوعاً أو مسكناً معد لسكن أسرة واحدة، فإن القاضي يحكم في دعوى القسمة بإجراء تصفية العقار بالبيع في المزاد.<sup>2</sup>

ب- حدوث نقص كبير في قيمة المال الشائع:

في هذه الحالة يكون من شأن القسمة العينية تقويت المنفعة المقصودة من المال المراد قسمته، كما لو كان المال الشائع فندقاً أو مستشفى مثلاً<sup>3</sup>، أو قطعة أرض معدة للبناء، لو قسمت قسمة عينية على عدد الشركاء المشتاعين، لأصبح كل جزء منها صغيراً لا يسمح

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 170.

<sup>3</sup> - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 107.

بالبناء من الناحية الفنية الهندسية، أو لا يسمح إلا ببناء مبان صغيرة تحدث نقصا كبيرا في قيمة الأرض ككل من الناحية الاستثمارية.<sup>1</sup>

وقد صدر في هذا الشأن مجموعة من قرارات المحكمة العليا من ضمنها القرار الذي نص على: "ما دام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن تترتب عنها انخفاض في قيمته، فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب".<sup>2</sup>

ومن قرار آخر نص على: "يجوز بيع السفينة المملوكة على الشيوخ بالمزاد العلني لتعذر قسمتها عينيا".<sup>3</sup>

وكذا القرار الذي نص على: "من المقرر قانونا إذا تعذرت القسمة عينيا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع المال بالمزاد العلني، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

ولما ثبت -أن المستأنف عليه سابقا- عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فقط، فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك، وبالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط، قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه.<sup>4</sup>

يتضح مما سبق انه في حالة ما تبين أن القسمة العينية متعذرة لتوفر حالة من الحالات السابقة فإن المال الشائع يباع في المزاد العلني، والذي يثبت شرط التعذر هو الخبير الذي تعينه الجهات القضائية للقيام بمشروع القسمة.

والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة سواء كان شريكا أو شخصا من الغير، لكن المشرع خول اقتصار المزايدة بين الشركاء فقط إذا اتفقوا على ذلك بالإجماع.

<sup>1</sup>- أنور طلبية، المرجع السابق، ص 246.

<sup>2</sup>- قرار رقم 201854، مؤرخ في 200/09/27، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 274.

<sup>3</sup>- قرار رقم 354940 مؤرخ في 2007/02/21، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 02، ص 149.

<sup>4</sup>- قرار رقم 94089 مؤرخ في 1993/10/26، المجلة القضائية، 199، عدد 01، ص 79.

وفي هذه الحالة تأمر المحكمة بقصر المزايدة عليهم، ويكون رسو المزداد على أحدهم في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، أما إذا لم يتفقوا على قصر المزايدة عليهم، ومع ذلك رسا على أحدهم كان أيضا بطريق التصفية.<sup>1</sup>

أم إذا رسي المزداد على أجنبي كان هذا بيعا فيما بين الشركاء والراسي عليه المزداد، أما في علاقة الشركاء فيما بينهم بالنسبة لدائنيهم، فإن رسو المزداد على الأجنبي ليس إجراء تمهيديا لقسمة الثمن المتحصل عليه من المزداد، فيترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسمة.<sup>2</sup>

وتمر عملية البيع بالمزاد العلني بمجموعة من الإجراءات يجب مراعاتها في بيع العقار المشاع بالمزاد العلني.

### ب- إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني:

قد يتفق الشركاء على رفع الأمر للقاضي ليتولى إجراءات البيع بالمزاد العلني لعدم إمكانية القسمة عينا، لأن القسمة حق قانوني وشرعي للشريك، وفي مقابل ذلك لا يسوغ للقضائي الاستجابة لمطلب الشركاء ببيع المال الشائع بالمزاد العلني، ويجوز للقاضي الاستعانة بأكثر من خبير للتحقق من عدم قابلية المال الشائع للقسمة قبل إصدار الحكم ببيعه بالمزاد العلني.

### المرحلة الأولى: إعداد قائمة شروط البيع:

يتم البيع بناء على قائمة شروط بيع يقوم بإعدادها المحضر القضائي، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمله التعجيل من المالكين على الشيوخ طبقا لنص المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتضمن هذه القائمة مجموعة من البيانات حددها المشرع في المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي كالتالي: "يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 172.

المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدها وكيل التفليسة، حسب الحالة.

تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية :

1 - الإذن الصادر بالبيع،

2 - تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا، لا سيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها، عند الانقضاء، مفرزا أو مشاعا، وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات،

3 - شروط البيع والتمن الأساسي،

4 - تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء،

5- بيان سندات الملكية."

كما نص المشرع في المادة 2/786 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوخ لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع، يعدها المحضر القضائي، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمله التعجيل من المالكين على الشيوخ تشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه، على ذكر جميع المالكين على الشيوخ وموطن كل منهم، ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 أعلاه، نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني."

وتتمثل الوثائق المذكورة في المادة 784 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يلي:

1- مستخرج جدول الضريبة العقارية، 2- مستخرج من عقد الملكية والإذن بالبيع عند الانقضاء، 3- الشهادة العقارية، صرحت بهذا المادة 784 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>1</sup>

ورد في نص المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تشتمل قائمة البيع زيادة على البيانات الأخرى تحديد الثمن الأساسي للعقار، وتحديد هذا الثمن أو ما يسمى

<sup>1</sup> - فرقاق عمر، فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 150.

بالسعر الافتتاحي يتم طبقا لنص المادة عن طريق خير عقاري يعين بموجب أمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي، وذلك بعد دفع مصاريف الخبرة إلى أمين الضبط طبقا للمادة 739 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يقوم المحضر بإبلاغ الدائنين عن إيداع قائمة شروط البيع، والذين لهم الحق في طلب إلغائها عن طريق الاعتراض طبقا للمادة 787، بعد أن يقوم المحضر القضائي بتبليغ قائمة شروط البيع للأطراف المبينة في المادة 787 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>1</sup>

يبدأ تاريخ سريان الاعتراضات، ويتم تحديد تاريخ الجلسة قصد النظر فيها من طرف رئيس المحكمة طبقا لأحكام المادة 742 حيث تقدم الاعتراضات من طرف أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين، أو من ورثتهم بثلاثة أيام قبل جلسة الاعتراضات، وإلا سقط حقهم في الاعتراضات، وسيتم تسجيل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها، وتعد جلسة الاعتراضات المعترض والحاضر والحاجز والملاك والمحضر القضائي، ويفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل للطعن في أجل ثمانية (08) أيام، وفي حالة عدم تقديم أي اعتراض بالجلسة يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني.<sup>2</sup>

### المرحلة الثانية: الإعلان عن البيع بالمزايدة:

يقوم المحضر القضائي بالإعلان وفقا للمواد 749، 750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث يحرر المحضر قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين يوما على الأكثر وعشرين (20) يوما على الأقل، مستخرج من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع بالمزاد العلني على نفقة طالب التنفيذ، ويتم التعليق والنشر بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

1- في باب أو مدخل كل عقار من العقارات أرضا أو مباني.

2- في جريدة يومية أو وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار.

المادة 750 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتم تعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي

<sup>1</sup> - فرقاق عمر، فلاح سفيان، المرجع السابق، 150.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 150.

- 1 - في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضاً أو مباني،
  - 2 - في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز،
  - 3 - في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع،
  - 4 - في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار،
  - 5 - في الساحات والأماكن العمومية،
  - 6 - وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايدين.
- يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفق مع ملف التنفيذ.<sup>1</sup>

### المرحلة الثالثة: جلسة البيع بالمزاد العلني:

يقوم رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعين لهذا الغرض، بالإشراف على جلسة البيع، وله أن يتخذ ما يراه مناسباً لمقتضيات البيع بالمزاد العلني، وله أن يؤجل جلسة البيع إذا وجدت أسباباً جدية من بينها قلة المزايدين عن النسبة المحددة قانوناً أو ضعف العروض، وفي هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق على نفقة من طلب التأجيل.

أما عن مجريات الجلسة فيقوم القاضي بالتحقق من حضور جميع أطراف البيع والتأكد من تمام إجراءات النشر والتعليق.<sup>2</sup>

يأمر رئيس المحكمة بافتتاح جلسة البيع ويذكر شروط البيع والسعر الأساسي ثم يحدد المصاريف ومبلغ التدرج على أن لا يقل في جميع الأحوال عن 100.000 دج، فإذا لم يتوفر نصاب المزايدين أو كانت العروض أقل من الثمن الأساسي، أو لم يتقدم أي مزاد بأي عرض خلال 15 دقيقة في هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق، وفي الجلسة الجديدة إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي، وبغض النظر عن عدد المزايدين يقرر الرئيس تأجيل

<sup>1</sup> - المادة 750 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - المادة 753 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.



الجلسة، وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق، وبيع العقار لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي.<sup>1</sup>

ويتم بيع العقار أو العقارات بالتتابع ويمنع بيعها بالجملة، ويرسو المزداد على من تقدم بأعلى عرض من المزايدين، ويعتمد الرئيس في ذلك النداء ثلاث متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة، ويجب على من رسى عليه المزداد أن يدفع في الجلسة 5/1 خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، أما باقي الثمن 5/4 فيدفعه في أجل ثمانية أيام من تاريخ رسو المزداد، وفي حالة المخالفة يتحمل نفقة إعادة البيع وفرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بمبلغ أقل من الثمن الذي رسى عليه المزداد، ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى، وتجدر الإشارة إلى أنه لا ينعقد البيع بالمزايدة إلا برسو المزداد ويسقط بمزداد أعلى ولو كان باطلا.<sup>2</sup>

كما يقوم رئيس المحكمة بتقدير مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها أتعاب المحضر القضائي بموجب أمر على عريضة تقدم من طرف هذا الأخير أو من أحد الدائنين، ويعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني وينوه عنها في حكم رسو المزداد فيما بعد، وتقتص هذه الأتعاب قبل أي قسمة، أما عن انتقال الملكية فيتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزداد بالمحافظة العقارية خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره، ويترتب على صدور تطهير العقار من كل التأمينات العقارية حسب نص المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على مل يلي: "تنقل إلى الراسي عليه المزداد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزداد سندا للملكية.

قبل التطرق إلى الآثار مع المال المشاع بالمزايدة لا بد من التنويه على أنه يعاقب على المتعرض لحرية المزايدات بالعقوبة المقررة في المادة 175 من قانون العقوبات المعدلة، وتجدر الإشارة إلى أنه لا تسري أحكام الغين في البيع بالمزايدة في بيع العقارات بالمزاد العلني، وهو ما

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 310.

<sup>2</sup> - المادة 69 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

نص عليه المشرع في المادة 360 م ق م ج<sup>1</sup> "لا يجوز الطعن بالغبن اذا تم بطرق المزاد العلني بمقتضى القانون"، كما لا تطبق أحكام ضمان العيوب الخفية في مجال بيع العقار بالمزاد نص المادة 385 من نفس القانون: " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"، ويجب على الراسي عليه المزاد العلني أن يدفع ثمن العقار المبيع، إضافة إلى الشهر بالمحافظة العقارية وفقا للمادتين 793 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و15 من المر 74-75 السالفين الذكر، وفي حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء فيجب مراعاة مصلحته واتباع الإجراءات التي فرضها القانون.<sup>2</sup>

ويتم توزيع الثمن بعد أن يحرر المكلف بإجراء بيع المشاع محضرا بالكتلة المالية الناتجة عن البيع والتي ستقسم بين الورثة والمالكين على الشيوع بعد تصفية الديون المترتبة على العقار .

### الفرع الثاني: تدخل الدائنين في القسمة:

تنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري: " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم".

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

يتضح من هذا النص أنه لدائني الشركاء مصلحة واضحة في التدخل في إجراءات القسمة حتى يحولوا دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم، وصور التواطؤ متعددة: كاتفاق شريك مدين مع باقي الشركاء على أن يختص بأموال غير قابلة للحجز ، أو من السهل إخفاؤها كالنقود والسندات لحاملها، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطى له دون علم الدائنين أو أوقعوا في نصيبه أموالا قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، ص 316.

<sup>2</sup> - فراق عمر، فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> - احمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 253.

وكذلك إذا كان الشريك قد تصرف في جزء مفرز أو في حصة شائعة في المال الشائع، فيعتمد الشركاء على إيقاع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر بغية إسقاط حق المتصرف إليه أو نقله إلى مال آخر غير المال الذي ورد عليه التصرف.<sup>1</sup> وعلى هذا الأساس فقد هيا القانون لدائني الشركاء مجموعة من الوسائل تمكنهم من منع التواطؤ قبل وقوعه أو تفادي نتائجه، وعليه سنتعرض إلى موقف الدائنين قبل إتمام القسمة وبعدها.

**أولاً: مصالح الدائنين قبل إتمام القسمة:**

**1- مصالح الدائنين المراد حمايتها:**

للدائن وفقاً للقواعد العامة، أن يتدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، وتدخل الدائنين في إجراءات القسمة مقصور على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية.<sup>2</sup> والدائنون هنا هم دائنو كل شريك، ويستوي أن يكون دائنًا شخصيًا أو ذا حق مقيد، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك.<sup>3</sup>

فالدائن هنا يستطيع أن يراقب سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته نتيجة لتراخي الشريك المدين في اقتضاء حقوقه، أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضراراً بمصلحته، كما له أن ينازع في تكوين الحصص، أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب مادام طريق القرعة ممكناً، وله أن يطلب قبول غير الشركاء في المزايدة إذا ما اتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم فقط.<sup>4</sup>

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قولها: "يكون التدخل في الخصومة في أول درجة، أو في مرحلة الاستئناف اختياريًا"

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 937.

<sup>4</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 194.

أو وجوبيا ، ولا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة ، ويتم وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى ."

فقد خول المشرع للدائن التدخل في دعوى القسمة حماية له من أي اصرف يقوم به الشركاء فقد يضر بمصلحته.

### 2- حق المعارضة والتدخل:

أ- **حق المعارضة:** وهو الحق المعطى للدائنين، وذلك بتقديم اعتراضهم على القسمة التي قد رجت في غيابهم وبغير تدخلهم<sup>1</sup>، ولم يشترط القانون شكلا معيناً لهذه المعارضة، فيصح أن تكون على شكل إنذار على يد محضر قضائي أو بأية وسيلة أخرى، ويقع عبء إثبات حصولها على الدائن وتوجه المعارضة إلى كافة الشركاء بما فيهم الشريك المدين، كما أن المعارضة ليست ليس لها ميعادا محددًا في القانون، فيصح أن تكون بمجرد علم الدائن بأن لمدينه حصة في المال الشائع، ويبقى حق الدائن قائماً إلى أن تتم قسمة هذا المال.<sup>2</sup>

والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية، فيكفي أن تتوافر في الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال، ومتى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء تعين عليهم عند اقتسام المال الشائع أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة، سواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية<sup>3</sup> وإلا كانت غير نافذة في حقهم، وهذا ما نصت عليه المادة 792 من القانون المدني الجزائري.

### ب- حق التدخل:

هناك طائفة من الدائنين يجب على الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة، ولو لم توجه منهم أية معارضة ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، وهؤلاء هم الدائنون المقيدة حقوقهم قبل رفع الدعوى، وأهم الدائنين الذين تقرر لهم حق عيني<sup>4</sup>، والمقصود بالدائنين المقيدة حقوقهم هم الدائنون الذي تقرر لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على ما لمدينهم من حصة شائعة من العقار، وتم تقييد حقوقهم في المحافظة العقارية طبقاً للقانون قبل رفع دعوى القسمة

<sup>1</sup> مروان كركبي، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 295.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

<sup>4</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 113.

<sup>1</sup>، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 729: " .. ويجب على آل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة".

كما ينطبق الحكم بطريق القياس على من يشتري جزءا مفرزا من العقار الشائع ويقوم بشهره. <sup>2</sup>

والجدير بالذكر أن كيفية الإدخال في الخصام منظمة بموجب أحكام المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنص على أنه: "يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده"، كما أنه يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم عند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو إظهار الحقيقة. <sup>3</sup>

والإدخال في الدعوى مهما كان سببه فإنه يجري بموجب تكليف بالحضور حسب الأوضاع والإجراءات المقررة في المواد 406 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه. <sup>4</sup>

### ج- الأثر المترتب على معارضة الدائن أو على تدخله:

يترتب على معارضة الدائن أن يصبح طرفا في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو تدخله، فلا يجوز مباشرة أي إجراء إلا في مواجهته، ومن ثم لا يجوز مباشرة بيع المال الشائع، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص، لا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراء القسمة ولا إجراء القرعة، ولا تجنيد أنصبة الشركاء المفرزة ولا التصديق على حكم القسمة في غير مواجهة الدائن. <sup>5</sup>

ولكن لا يجوز للدائن أن يطلب بيع المال في المزاد بدلا من قسمته عينيا، إذا كانت القسمة العينية ممكنة، كذلك لا يجوز له أن يطلب أن تكون القسمة قضائية إذا أجمع الشركاء على أن تكون اتفاقية، كما لا يجوز للدائن أن يمنع الشريك من التصرف في حصته، وفي هذه

<sup>1</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 195.

<sup>2</sup>- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup>- المادة 201 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>5</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 940.

الحالة يحتفظ الدائن بحقه في الدعوى البولصية، ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله.<sup>1</sup>

ثانيا: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة:

يمكن تصور فروض ثلاثة نوجزها في الآتي:

**1- تدخل الدائنين فعلا في إجراء القسمة:**

مادام الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه، فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة، ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته، فإذا تمت القسمة فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها، ولا يجوز له أن يطعن فيها بالدعوى البولصية، فقد حل تدخله في القسمة محل هاته الدعوى.<sup>2</sup>

**2- عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته حقه المقيد:**

إذا ما وجه الدائن للشركاء معارضته، أو كان له حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة، لكن الشركاء تجاهلوه ولم يقوموا بدعوته في إجراءات القسمة ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه، فإن القسمة لا تكون نافذة في حق الدائن، ويعفى من إثبات التواطؤ لأنه مفترض بمجرد عدم دعوته وإدخاله في إجراءات القسمة، واعتبرها المشرع قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وبذلك يعود المال إلى الشيوخ بالنسبة للدائنين، ومنه يجوز لأي شريك طلب القسمة من جديد حتى تكون القسمة نافذة في حق الدائنين.<sup>3</sup>

ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت إليه بالضرر، ويكفي لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مقلًا: أن القسمة قد جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية... إلخ، أما إذا بيع العقار الشائع في المزاد العلني واقتسم ثمنه فليس هناك ضرر لحق الدائن، إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل بكثير من قيمته الحقيقية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 942.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 942.

<sup>3</sup> - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص 167.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 942.

ويجوز للدائن أن يقصر - بدلا من إعادة طلب القسمة- على مطالبة جميع الشركاء متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقه من القسمة، على اعتبار أن عدم دعوة الشركاء له للتدخل خطأ تقصيريا من جانب الشركاء، مما يخول للدائن مطالبتهم بتعويض ضرره، غير أنه يمكن للشركاء أن يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى إذا أوفوا لهذا الدائن حقه، ثم يرجع الموفي أو الموفون على زميلهم المدين.

### 3- عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل:

وفي هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر لأنه لم يعلم بالقسمة فلم يعارض، أو يكون مقصرا إذا ما دعي إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل، وفي جميع الأحوال إذا تمت القسمة دون أن يتدخل في إجراءاتها، فإن الشركاء لا ذنب لهم في ذلك لأن التقصير من جانب الدائنين، ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة في حق الدائن، وليس أمامه سوى الطعن فيها عن طريق الدعوى البولصية، وذلك بأن يثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه وفقا للقواعد المقررة في هذه الدعوى (دعوى عدم نفاذ التصرف).<sup>1</sup>

وهذا ما يفهم من نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش". ولقبول الدعوى البولصية، يجب توفر مجموعة من الشروط من ضمنها إفسار المدين، وإثبات التواطؤ بينه وبين الشركاء على الإضرار بدائنيه، وكفي إثبات هذا التواطؤ التديسي أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة، يفترض من فرط سرعتها تواطؤ الشركاء على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنين من المعارضة فيها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 943.

<sup>2</sup> - حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 83.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قسمة الملكية العقارية الشائعة:

إن القسمة بنوعيتها أي الاتفاقية والقضائية ترتب جملة من الآثار، فبالرجوع إلى نص المادة 730 من القانون المدني نجدها تنص على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

كما تنص المادة 731 من نفس القانون على أنه: "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

وعليه يتضح من خلال النصين السابقين أن قسمة المال الشائع ترتب جملة من الآثار، فالأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز<sup>1</sup>، فالقسمة كاشفة أو مقررة لحق الشريك وأيضا بما أن القسمة قائمة على أساس المساواة بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز يساوي حصته، وجب ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأي منهم تعرض أو استحقاق في نصيبه المفرز، وهذا هو الأثر الناتج عن القسمة، والذي سنتعرض لآثار القسمة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: إفراز المال الشائع.

المطلب الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق.

المطلب الثالث: شهر القسمة.

<sup>1</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 135.



المطلب الأول: إفراز المال الشائع:

بالرجوع إلى نص المادة 730 قانون مدني نجدها تنص على أنه: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

يتضح من خلال نص المادة 730 السابقة الذكر أن القسمة لها أثر كاشف وليس ناقلا للملكية، فعندما يفرز نصيب كل شريك بالقسمة يستأثر بملكيتها ويفقد معها حقه في بقية الحصص الأخرى<sup>1</sup>، وذلك من يوم وفاة المورث أو تحقق سبب الملكية على الشيوع بصفة عامة وليس من وقت حصول القسمة، وقسمة المال الشائع ليس لها أثر كاشف فقط بل لها أيضا أثر رجعي، أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع.

وعليه سنتطرق للأثر الكاشف والأثر الرجعي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الأثر الكاشف:

ويقصد بأن القسمة تكشف لكل شريك عن حصته التي آلت إليه، ويعد مالكا منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها من بقية الحصص، وهو التفسير الفقهي الذي اتفق عليه الفقهاء، إذ اعتبروا هذا الأثر على سبيل الحقيقة فيما كان يملكه المتقاسم في الحصة التي آلت إليه، ويعتبر غير مالك للحصص الأخرى على سبيل الغرض فيما كان يملكه في هذه الحصص، ويتعدد نطاق الحقوق بالقسمة النهائية وبكل تصرف ينهي حالة الشيوع.

والملاحظ أن تحقيق عملية القسمة لما اتخذته من إفراز كان محل تطور كبير في الشرائع المتعاقبة، فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية فكل شريك عندهم يملك بقدر حصته في المال الشائع، وعند القسمة يكون قد بادل شركاؤه على حصصهم الشائعة في هذا النصيب المفرز بحصته في كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء، ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية كانت القسمة على هذا المنظور ناقلة للملكية أيضا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 215.

<sup>2</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 138.

لكن هذا التحليل والرأي أغفل أمر الحصة الشائعة التي كانت للشريك قبل القسمة في نصيبه المفرز، فهذه الحصة قد اندمجت في نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه في هذه الحصة لا ناقلة لها، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف للحصة الشائعة المملوكة للشريك قبل القسمة، ولهذا يتضح أن للقسمة حسب النهج التقليدي أثرين هما: أثر كاشف والثاني ناقل، غير أن هذين الأثرين متعارضان مما جعل المقتضيات العملية ترجح أثر على آخر.

فالرومان رجحوا الأثر الناقل وتطبيقاً لهذا فإن كل متقاسم خلف خاص للمتقاسمين الآخرين فيما آل إليه من نصيب مفرز، حيث ينتقل هذا النصيب محملاً بالحقوق العينية التي رتبها المتقاسمون قبل القسمة كحق الرهن و الانتفاع، كما اعتبرت القسمة بوصفها عقداً ناقلاً للملكية، سبباً صحيحاً في التقادم القصير، كما أصبح كل متقاسم ملزماً بأن يدفع الرسوم المفروضة لنقل الملكية.<sup>1</sup>

غير أن الفقه الحديث يأخذ بالأثر الكاشف للقسمة على سبيل الحقيقة و لا المجاز القانوني، فالقسمة لا تنشأ حقاً جديداً للمتقاسم، بل حقه الذي كان شائعاً آل إليه بالقسمة، و كل ما أحدثته القسمة هو تركيز هذا الحق الشائع في حيز مادي، فحق الشريك المشتاع و إن كان محددًا تحديداً معنوياً بحصته الشائعة، سواء كانت ثلثاً أو سدساً أو نصفاً، إلا أنه من الناحية المادية يرد على الشيء كله، و من هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية و الحدود المادية لحق الشريك، فالقسمة هنا تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشروع و لا تخوله حقاً جديداً، و الأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة فهو مستمد من وثيقة القسمة، وطبقاً للنظرية الحديثة فإن الأثر الكاشف يغني عن الأثر الرجعي، كون الأول يحقق الهدف المرجو من الثاني.

فإن الاتجاه الحديث يعتبر الأثر الرجعي افتراض و مجاز كذلك، فاعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ بداية الشروع و أنه لم يملك غيرها في بقية الحصص مخالف للحقيقة، فهو يتنافى مع فكرة قيام الشروع لمدة من الزمن<sup>2</sup>، حيث كان حق الشريك خلالها يرد

<sup>1</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> - عيد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 225.

على الشيء الشائع كله، فالأثر الرجعي لا يؤخذ به إلا في حدود الغرض الذي سطر له و هو حماية المتقاسم من الحقوق التي قرررها غيره من الشركاء على العين الشائعة قبل القسمة، و هو ما يهدف إليه الأثر الكاشف كذلك.

**أولاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف:**

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة، يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم والتصرفات التي يترتب عليها ثم الأموال التي ينطبق عليها.

فبالنسبة إلى الأشخاص فيحتمل على المتقاسم وعلى الدائن المرتهن بالأثر الكاشف للقسمة وذلك ، بالنسبة للمتقاسم الذي حاز بحسن نية نصيبه في عقار لمدة خمس سنوات، ثم تبين أن العقار لم يكن مملوكاً للمتقاسمين، فلا يحق لهذا المتقاسم أن يستند إلى القسمة أو يحتج بالأثر الكاشف لها، باعتبار هذه الأخيرة تعتبر سنداً صحيحاً يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، يحتج كذلك على الغير إذا رهن أحد الشركاء في الشيوع حصة شائعة أو جزء مفرز من المال الشائع إلى أجنبي من الغير.

لا يسري هذا الرهن في حق الشريك الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة ، على أساس أن هذا الشريك ليس خلفاً للشريك الراهن، ومعنى هذا أن الدائن المرتهن أو الغير يسري عليه الأثر الكاشف للقسمة، أي ينقل الرهن إلى الجزء المفرز الذي رهنه بعد القسمة، وبالتالي يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خالياً من أي حق رتبه الشركاء الآخرون.

بالنسبة للأموال فباعتبار أن سبب القسمة هو شيوع كل المال بين الشركاء و من ثم كان طبيعياً أن ترد القسمة على كل المال الشائع، فإن ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التي أفرزتها القسمة، سواء كانت الأموال عقارات أو منقولات، أو حقوق ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف على مصنعه.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للتصرفات فإن كل تصرف من شأنه أن ينهي حالة الشيوع يترتب عليه هذا الأثر الكاشف للقسمة ، فإذا رسي المزداد في قسمة التصفية على أحد الشركاء، فإن رسو المزداد يعتبر قسمة عن طريق التصفية، وبالتالي يترتب عليها الأثر الكاشف بمعنى أن الراسي عليه المزداد قد تملك وقت الشيوع.

<sup>1</sup>-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 183.

### ثانيا: نتائج الأثر الكاشف:

يترتب على القسمة باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم عدة نتائج:

- 1- أن الحصة التي آلت إلى المتقاسم تعد أنها كانت خالصة و ملكه منذ بدء الشروع، وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشروع، و بالتالي تسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، مع إعطاء حق إبطال التصرف بالنسبة للمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة وهذا وفقا لنص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري.
- 2- لا تصلح القسمة سببا صحيحا بالتقادم العشري وفقا لنص المادة 828 من القانون المدني الجزائري ، لأن السبب الصحيح ناقل للملكية على عكس القسمة التي تكون كاشفة لحق الملكية.
- 3- يجوز نقض القسمة الاتفاقية للغبن الفاحش إذا رفع المتقاسم المغبون الدعوى خلال سنة من القسمة، وهذا وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري، و عليه يجب أن يأخذ كل متقاسم جزء مفرز معادل لحصته الشائعة وبالتالي تكون القسمة عادلة.<sup>1</sup>
- 4- إن القسمة ليست سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذي آل إليه، إنما يكون سنده هو السند الأصلي للملكية الشائعة والمتقاسم لا يعتبر خلفا للمتقاسمين الآخرين، وكل التصرفات التي يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشروع، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر، إذ أن الأثر الكاشف للقسمة يقتصر على مجرد نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز المتصرف فيه لأنه ليس خلفا للمتصرف، ولكن لا تؤدي إلى اعتباره قابلا للإبطال على أساس أنه صادر من غير مالك، إذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله، وإن كان ذلك في نطاق النسبة المحددة له.

<sup>1</sup> - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 110.

بالتالي تستقر التصرفات التي أجراها الشريك المتصرف قبل القسمة، مع انتقالها إلى الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة، مع إعطاء الحق للمتصرف إليه في طلب إبطالها، إذا كان لا يعلم بأن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وهذا وفقا لنص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري ، فالتصرفات الكاشفة تنتج أثارها بين المتقاسمين أو الأطراف دون حاجة للشهر، ولا يحتج بهذا الأخير إلا على الغير، أي الشهر ضروري في الاحتجاج بها على الغير وذلك لحماية مصالح المتقاسمين وتجنبه إعادة القسمة من جديد.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الأثر الرجعي للقسمة:

نتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بالأثر الرجعي، فنبين معناه وكذا أهم المسائل التي يستتبع فيها الأثر الرجعي، ومدى تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام، ثم نتطرق إلى إبراز موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة.

### أولاً: مفهوم الأثر الرجعي:

#### 1- المقصود به:

يراد بالأثر الرجعي للقسمة أن كل متقاسم يعتبر كأنه مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشروع للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة<sup>2</sup>، وقد ثار خلاف في الفقه الوضعي حول تقرير الأثر الرجعي للقسمة، غير أن الأغلبية من شراح القانون يرون أن المشرع لم ينص على الأثر الرجعي للقسمة إلا لما له من أهمية، فهو ضروري لحماية المتقاسم من الحقوق والتكاليف العينية والتي يكون قد رتبها أحد الشركاء على العين الشائعة أثناء الشروع، وفكرة الأثر الرجعي على هذا النحو تعتبر مجازا أو افتراضا مخالفا للحقيقة، إذ أن المال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكا على الشروع قبل القسمة لسائر الشركاء ولم يفرز ويخصص للمتقاسم إلا بعد القسمة، وطالما أنه أنتهينا إلى أن الأثر الرجعي للقسمة يعتبر مجرد افتراض، وإذا كان الغرض من الأثر الرجعي للقسمة أن يحصل المتقاسم على الحصة التي آلت إليه خالية من أية حقوق وتكاليف عينية يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها عليها قبل القسمة، فإن النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة لا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر،

<sup>1</sup> - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> - عيد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 258.

والحد من النتائج التي يمكن أن نستخلصها من الأثر الرجعي والتي توجد حتى عملية تدعوا إليها يقتضي قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق، واستعادة من جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصحيحة قبل القسمة.

### 2- المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي:

والتي وجدت لأن الحاجة العملية لا تستدعي أعمال هذا الأثر وهي أعمال الشكل التالي بيانه: <sup>1</sup>

الثمار التي ينتجها المال الشائع في أثناء الشروع من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة، فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز بدء الشروع، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة.

إن العبرة من تحديد قيمة المال الشائع تكون بقيمته وقت القسمة، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي الاعتماد بقيمة المال وقت بدء الشروع.

إذا صدر قانون جديد أثناء الشروع يضع قواعد جديدة لتنظيم القسمة تختلف عن قواعد القانون القديم، فإنه يتعين تطبيق قواعد القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي تطبيق القانون الساري وقت بدء الشروع.

يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء أثناء الشروع صحيحا بعد القسمة حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء، وكان مقتضى الأثر الرجعي أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه المال.

وهذه بعض النتائج وغيرها كثير التي يتم فيها استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للقسمة، فنجد أن الأثر الرجعي يتم حصره في نطاق الغرض أو الحكمة التي أراد المشرع تحقيقها دون التوسع في تطبيقه، فيكون الأثر الرجعي للقسمة مرتبط وجودا وعدما بالحكمة التي دعت إليه وهي حماية المتقاسم من التصرفات التي يقرها غيره أثناء الشروع. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 958.

<sup>2</sup> - رحابي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 173.

### 3- عدم تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام:

إذا كان الأثر الرجعي لا يتوسع في تطبيقه مما يقتضي استبعاد إعماله على الحالات التي لا تتعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، فإنه يضاف إلى ذلك أن مبدأ رجعية القسمة ليس متعلقا بالنظام العام، فيجوز للشركاء أن يتفقوا على عدم التمسك به، أو بمعنى آخر أن يتفقوا على عدم التمسك، وليس أدل على ذلك من الحكم الوارد في القواعد المتعلقة بالرهن الرسمي والتي تقتضي بأنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.<sup>1</sup>

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة:

تنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري على أن: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، و أنه لم يكن مالكا على الاطلاق لباقي الحصص الأخرى".

فالواضح أن هذا النص قد اقتصر على تكريس الأثر الرجعي للقسمة وأغفل أثرها الكاشف، رغم أن المشرع الجزائري ساير المشرعين المصري والفرنسي والفقهاء التقليدي في الاعتراف للقسمة بأثر رجعي، إلا أنه أورد من ناحية أخرى نصوصا متعددة أبعد فيها هذا الأثر الرجعي، كما سبق ذكر بعضها سابقا، فمن ما نصت عليه المادة 2/714 من القانون المدني بقولها:

" إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

فالمشرع الجزائري يظهر بذلك صراحة إعراضه عن إعمال الأثر الرجعي للقسمة، إذ يبقى على صحة التصرف باعتباره صادرا من مالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير المتصرف، ولكنه يستبدل بهذا المحل الجزء الذي وقع

<sup>1</sup> - رحابي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 173.

بالقسمة في نصيب المتصرف عن طريق فكرة الحلول العيني، ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف إلا على أساس الغلط، وهو ما يعني منعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

وكذلك ينفي المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة صراحة، حيث ينص في الفقرة الثانية من المادة 890 من القانون المدني على أنه:

" وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبه إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل.."

فيتضح أن المشرع أكد على أن هذا الرهن يبقى صحيح وبنفس مرتبته رغم وقوع النصيب المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك الراهن، ولكنه غير محله تبعا لتغير محل ملكية الشريك الراهن بالقسمة يعادل قيمة المرهون.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن عدم الاعتداد بالأثر الرجعي للقسمة هو الذي جعل المشرع الجزائري ينص في الفقرة 01 من المادة 890 من القانون المدني على أن:

" يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته."

فالمشرع أبقى الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع نافذا أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته، ووقوع مزاده على احد الشركاء بالقسمة إذ لو وقع العقار المرهون في نصيب واحد من الشركاء بالقسمة أو برسو المزاد عليه لكان مقتضى الأثر الرجعي للقسمة اعتباريا لباقي الشركاء راثنين مالا يملكون فلا يصح الرهن الصادر منهم في حدود حصصهم فيه، ولا يسري بالتالي في حق الشريك المقسوم له العقار أو الراسي عليه المزايدة إلا بقدر حصته فيه.

ويزيد في تأكيد نفي المشرع الجزائري للأثر الرجعي للقسمة، ما ينص عليه في شأن الضمان والغبن من أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة طبقا لأحكام

<sup>1</sup> - رحابي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 175.



المادتين 1/731 و 1/732 من التقنين المدني، بحيث لو كان للقسمة أثر رجعي لوجب ان يكون التقدير على أساس القيمة وقت بدء الشروع، وكذلك ما ينص عليه في المادة 02/879 من القانون المدني بقوله:

" وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشروع فانقاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين أما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين".

وعليه فإن انتفاع أحد الشركاء المشتاعين بالارتفاق يقطع التقادم المسقط لمصلحة الباقيين، وإن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم، بينما لو كان للقسمة أثر رجعي في هذا الشأن ووقع العقار المرتفق كله في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي وقف التقادم لمصلحته، أو انقطع بانتقاعه لوجب القول بسريان التقادم في مواجهته منذ بدء الشروع دون توقف أو انقطاع وعدم إفادته مما كان يفيد من ذلك وقت الشروع.<sup>1</sup>

ونخلص من مقارنة وتحليل هذه النصوص المذكورة للأثر الرجعي للقسمة بنص المادة 730 من التقنين المدني المعبر في الظاهرة عن الأخذ به، إن موقف المشرع لا يخرج عن أحد الأمرين التاليين:

**الأمر الأول:** إما أن المشرع الجزائري أراد مسايرة الفقه التقليدي في مصر وفرنسا، فيما كان يأخذ به من ترادف بين الوصف الكاشف و الأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمد إلى افتراض مخالف لواقع يجب معه تفسير المادة 730 من القانون المدني الجزائري المقرر للرجعية، تفسيراً ضيق يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقين على النصيب، بحيث يجب عدم الاعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض.<sup>2</sup>

**الأمر الثاني:** وإما أن إرادة المشرع الجزائري الحقيقية منصرفه كما يتضح من النصوص الأخرى إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 من القانون المدني الجزائري إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفروز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصاً كاملاً لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة دون أي قصد حقيقي إلى إنكار

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 172

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 173.

الواقع من قيام فترة الشيوخ أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوخ مملوكة ملكية خالصة استثنائية لهذا المتقاسم وحده.

ويفضل الأخذ بالتفسير الثاني لموقف المشرع الجزائري، لأنه التفسير الذي يخلو مما يقوم عليه التفسير الأول من افتراض واصطناع، ولأنه هو المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها، وطبيعة حق الشريك المشتاع على النحو السابق بيانه، ولأنه أخيرا هو المتفق مع كثير من النصوص القانونية الأخرى التي يبعد فيها المشرع الجزائري بجلاء ووضوح فكرة رجعية القسمة.

وعلى هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي بل يعتبر ان النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة، مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهته بتصرفات بقية الشركاء المشتاعين في هذا النصيب خلال فترة الشيوخ.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الضمان في القسمة:

إن الضمان يشمل التعرض والاستحقاق، ويقصد بالتعرض أن يدعي الغير ملكية العين التي ألت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو يدعي حقا عينيا آخر عليها أما عن الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه.

يترتب عادة ضمان التعرض والاستحقاق على العقود الناقلة للملكية، حيث لا بد من نقل الملكية هادئة، مستقرة من الناقل أو من الغير، وهذا على عكس التصرفات الكاشفة أين الأصل فيها عدم ترتيب الضمان.<sup>2</sup>

لكن المشرع أقر الضمان في القسمة وجعله التزاما متبادلا بين المتقاسمين لتحقيق العدل و المساواة بين المتقاسمين في القسمة، لذا سنقسم هذا المبحث إلى تبيان أساس الضمان وشروطه في الفرع الأول، وإلى أحكام الضمان في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: أساس الضمان وشروطه:

لقد فرض المشرع علي المتقاسمين التزاما بالضمان، وهذا ما نصت عليه المادة 731 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> حيث جاء فيها: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع

<sup>1</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 226.

<sup>2</sup> - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 119.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه".

يفهم من نص هذه المادة أن المتقاسمون يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق في شأن نصيبه لسبب سابق على القسمة، إذ ليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة، في حين أن أحدهم يحرم من كل حقه أو من بعضه.

**أولاً: أساس الضمان في القسمة:**

هذا الضمان كان مقرراً في القانون الروماني، حيث كانت القسمة ناقلة مثل البيع أو المقايضة، وبالرغم من العدول عن الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف للقسمة فإن هذا الضمان مازال مقرراً لإرتباطه بوظيفة القسمة ذاتها، وهي تحقيق المساواة بين المتقاسمين عن طريق حصول كل منهم على ما يوازي حصته الشائعة، ذلك أنه لو تلقى أحد المتقاسمين في القسمة عينا معينة، ثم حكم لأجنبي بملكية تلك العين أو بجزء منها أو بتكليف عليها لسبب سابق على القسمة، فإن معنى هذا أن هذا المتقاسم لم يحصل على نصيبه أو أنه قد حصل على جزء منه فحسب، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من أنصبتهم التي يستحقونها.<sup>1</sup>

وتدور أحكام ضمان القسمة حول هذا الأساس، ولذلك نجد أن المشرع قد خص الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة منها في العقود الناقلة كالبيع والمقايضة، حيث أن هذه العقود تقوم على فكرة المضاربة، لكن ليس معنى ذلك استبعاد القواعد التي نص عليها المشرع في التزام البائع بالضمان كلية وإنما تطبق هذه القواعد على الضمان من القسمة من الحدود التي تتعارض فيها مع طبيعة القسمة والأساس الذي تقوم عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 221.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 221.

ثانيا: شروط الضمان:

يشترط لقيام الضمان أربعة شروط، فيجب أن يقع التعرض والاستحقاق فعلاً، ويكون ذلك لسبب سابق على القسمة، وأن لا يكون التعرض والاستحقاق وقع لخطأ المتقاسم نفسه، وأن لا يكون هناك شرط يعفي من الضمان.<sup>1</sup>

1- وقوع التعرض و الاستحقاق:

فيتحقق التعرض إذا ادعى شخص ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم أو إذا ادعى حقا عينيا آخر عليها، أما الاستحقاق فيتم إذا ما حكم لهذا الشخص بما يدعيه.

غير أنه إذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، متناسين نصيب شريك آخر لهم، فهنا لا يوجد ضمان بل القسمة في حد ذاتها باطلة بطلانا مطلقا.<sup>2</sup> والمتقاسمون يضمنون التعرض القانوني فقط لا التعرض المادي و هذا طبقا للقواعد العامة، سواء كان التعرض صادر من متقاسم آخر أو من أجنبي.

غير أن الالتزام بالضمان وفق قواعد القسمة يطبق فقط على الأموال التي كانت على الشيوع فقط أي التي كانت محلا للقسمة، لأن الالتزام بالضمان مرتبط بفكرة الأثر الكاشف للقسمة، كما سبق بيانه.

2- أن يكون سبب التعرض سابقا على القسمة:

فيكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل القسمة، أما التعرض الواقع بعد القسمة فلا يضمنه المتقاسمون و مثال ذلك أن تنزع ملكية المتقاسم المفرزة من أجل المصلحة العامة، فإذا كان نزع الملكية قد تم قبل القسمة وجب الضمان و كان لازما على المتقاسمين جميعا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، ص 39.

<sup>2</sup>- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 241.

<sup>3</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 222.

### 3- أن لا يكون الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم:

وإذا كان كذلك، فمن الطبيعي أن يتحمل الخطأ وحده، دون أن يجبر المتقاسمين الآخرين و مثال هذا حيازة أجنبي لعين وقعت في نصيب المتقاسم، فأهمل هذا الأخير قطع التقادم مما أدى إلى اكتسابها به.<sup>1</sup>

### 4- أن لا يكون هناك إعفاء من الضمان باتفاق صريح من الشركاء

تشدد المشرع في الإعفاء من الضمان المترتب على القسمة و هذا على خلاف الضمان في عقد البيع فاشتراط صراحة النص على الإعفاء من الضمان، كما اشترط أن يذكر سبب الاستحقاق المراد إعفاؤه من الضمان، فشرط الإعفاء من الضمان في القسمة صريحا و خاصا.<sup>2</sup>

غير أنه إذا تم الإعفاء من الضمان على الوجه السليم، فإن ذلك لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن أو اللفظ.

### الفرع الثاني: أحكام الضمان:

إذا حدث التعرض للشريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي الشركاء لإدخالهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض، ويكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض نتطرق إليه أولا، وفي حالة تحقق إحدى حالات الرجوع بالتعويض وجب عليه التعويض عن هذا الاستحقاق نتطرق إليه ثانيا.

### أولا: حق رجوع المتقاسم بالتعويض:

إذا تعرض الغير للمتقاسم فلهذا الأخير أن يرجع بالتعويض على المتقاسمين الآخرين، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه، هذا في إحدى الأحوال الآتية:

- إذا تدخل المتقاسمين في الدعوى بناء علي طلب المتقاسم المتعرض له وفشلوا في رد الإستحقاق.

<sup>1</sup> - بوحديش عادل، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 160.

- إذا لم يتدخل المتقاسمون في الدعوى بالرغم من طلب المتقاسم المتعرض له، وحكم بالاستحقاق للمتعرض ولم يثبت للمتقاسمين خطأ المتعرض له، وجب الضمان على المتقاسمين الآخرين اتجاه المتقاسم الذي استحق نصيبه.

- إذا لم يتدخل المتقاسمون رغم طلب المتقاسم المتعرض له، فأقر هذا الأخير بحق المتعرض، ولم يفلح المتقاسمون في دفع التعرض، فهنا نفس النتيجة وهو الالتزام بالتعويض للمتقاسم الدائن بالضمان.<sup>1</sup>

- إذا لم يخطر المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، وحكم بالاستحقاق للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون أن تدخلهم لو تم لأدى إلى رفض الدعوى، وهنا أيضا نفس النتيجة، وهي الالتزام بالتعويض.<sup>2</sup>

- إذا أقر المتقاسم المتعرض له بحقه دون دعوى، ولم يثبت المتقاسمون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه فهنا يجب أيضا الالتزام بالتعويض.

### ثانيا: الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق:

إذا ثبت للمتقاسم ضمان الاستحقاق وفقا للحالات السابقة الذكر ، إلتزم المتقاسمون الآخرون بالتعويض عن هذا الاستحقاق، هذا الأخير الذي يكون على ثلاث حالات هي: الاستحقاق الكلي، الاستحقاق الجزئي، ورد ما أداه المتقاسم للمتعرض.<sup>3</sup>

#### 1- الاستحقاق الكلي:

إذا استحق المعترض العين كلية وذلك بإثبات ملكيته لها ، فاستردها من المتقاسم وهنا يرجع المتقاسم بالتعويض شاملا لكل من قيمة العين المستحقة وقت القسمة، وملحقاتها ، وثمارها والمصروفات النافعة التي أنفقها على العين، والمصروفات المالية، إذا كان المتقاسمين سيئي النية، وكذلك مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق التي حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد خسارته الدعوى، وبوجه عام عدم تعويض هذا الأخير عما لحقه من خسارة و

<sup>1</sup>- تيقرين تيزيري وحماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 62.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 981.

<sup>3</sup>- تيقرين تيزيري وحماني حكيمة، المرجع السابق، ص 63.

ذلك قياسا على الضمان في البيع، طبقا لأحكام المادة 375 من القانون المدني الجزائري، إلا ما يتعارض مع طبيعة القسمة إذا كان مستحق الضمان يستتزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها، ويرجع بالباقي على المتقاسمين الآخرين، و يلتزم المتقاسمون كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم مستحق الضمان، حتى مستحق الضمان نفسه يتحمل جزء من هذا التعويض حسب نسبة حصته، إذ أن نصيب كل واحد من الآخرين نقص بسبب هذا الاستحقاق، فيجب تبعاً لذلك أن ينقص نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم جميعاً ، هذا وفقاً لنص المادة 731<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري.

### 2- الاستحقاق الجزئي:

يتحصل المتقاسم مستحق الضمان التعويض عن ما لحقه من خسارة نتيجة الاستحقاق الجزئي للعين المفروزة التي آلت إليه، ويساهم هو كذلك مع المتقاسمين الآخرين كل حسب نسبة حصته.<sup>2</sup>

### 03 رد ما أداه المتقاسم المعترض توفياً للإستحقاق:

طبقاً للمبدأ القائل بتطبيق أحكام لا ضمان في البيوع على القسمة مادامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة ومقوماتها، وبالتالي تطبيقاً للمادة 374 من القانون المدني المتعلقة بالبيع على الضمان في القسمة، وبموجب هذا القياس يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المعترض على تفادي الاستحقاق سواء كلي أو جزئي مقابل مبلغ مالي.<sup>3</sup>

ويقع الالتزام هنا على جميع المتقاسمين بضمان هذا المبلغ المالي بما فيهم المعترض له في حد ذاته، كما أن القانون لم ينص على مدة خاصة لتقادم هذا الالتزام لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة طبقاً للمادة 308 من القانون المدني، ويبدأ سريان مدته من تاريخ ثبوت الاستحقاق طبقاً للمادة 315 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - بلبل محمد، المرجع السابق، ص 146.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 147.

ويكون حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضمونا في القانون الجزائري بامتياز المتقاسم سواء كان المال الشائع عقارا أو منقولاً طبقاً للمواد 999 و 1001<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري.

### المطلب الثالث: شهر القسمة

يفرق القانون في مجال الشهر بين التصرفات التي من شأنها نقل الملكية العقارية، والتصرفات المقررة والكاشفة، ويعتبر عقد القسمة الودية والحكم بتثبيت القسمة والحكم برسو المزاد على أحد الشركاء، من أبرز الأمثلة للتصرفات والحكام القضائية المقررة أو الكاشفة ولن القسمة سواء تمت بالاتفاق أو القضاء فإنها تؤدي إلى تغيير الوضعية القانونية والمادية للعقار محل القسمة، وحتى تكون القسمة نافذة فيما بين المتقاسمين واتجاه الغير فإنها تخضع لإلزامية الشهر القانوني، وعليه سنتعرض إلى تسجيل وشهر عقد القسمة الودية (الفرع الأول) الفرع الثاني تنفيذ الحكم أو القرار القضائي المتعلق بالقسمة.

### الفرع الأول: تسجيل وشهر عقد القسمة الودية:

لكي يرتب عقد القسمة الرضائية جميع آثاره، يتوجب بعد تحريره في الشكل الرسمي تسجيله لدى مفتشية التسجيل والطابع والبطاقة العقارية التابع لها مكتب التوثيق، وشهره لدى المحافظ العقارية، حيث يهدف الإشهار العقاري إلى إعلام المتعاملين في ميدان العقار، مما يكسبها حجية في مواجهة الغير بما تحقق من استقرار المعاملات العقارية.<sup>2</sup>

### أولاً: التسجيل:

#### 1- تعريف التسجيل:

هو إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية مختصة إقليمياً تابعة سلمياً إلى وزارة المالية، ويقوم به موظف عمومي يدعى مفتش التسجيل حسب المادة 180 من القانون 76-105 المتعلق بالتسجيل.

<sup>1</sup> الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> مجيد خلفوني، "المحافظة العقارية"، نشرة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، العدد الثاني، 2006، ص 17.



تجري عملية التسجيل بمقابل، فمفتش التسجيل يقبض من جراء هذه العملية حقوق ورسوم تدعى رسوم التسجيل، كما أن التسجيل ذو طابع إجباري ونهائي فالمكلف مجبر بأداء حقوق التسجيل وتسديدها بطرق إدارية، ويعتبر التسجيل مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية، فهو يسبق عملية الشهر العقاري، كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم التسجيل على العقود تستخلص قبل إتمام إجراء التسجيل.<sup>1</sup>

### 2- الوثائق الواجب إعدادها لدى مفتشية التسجيل والطابع:

#### أ- البيانات الإلزامية في الوثائق المودعة:

يلتزم الموثق بإيداع العقود وكافة الوثائق المرافقة لها لدى مفتشية التسجيل والطابع طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون التسجيل، ويجب أن تشمل كل المعلومات اللازمة لتسهيل عمل المفتش أثناء إجراء عملية التسجيل.<sup>2</sup>

\* **الكشوف الإجمالية:** تم النص عليها بالمادة 153 من قانون التسجيل، ويقوم بإعداده الموثقون وكتاب الإدارات المركزية أو المحلية، على استمارات تسلمها إدارة الضرائب، ويذكرون فيها تاريخ ورقم العقود المبرمة الموجودة في الفهرس، ويذكر في الكشوف الإجمالية ألقاب وأسماء الأطراف وعناوينهم، وتحتوي على نوع العقود والمبالغ والقيم الخاضعة للرسوم إضافة إلى مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة، والمتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة، موقعا بصفة قانونية.<sup>3</sup>

وتودع هذه الكشوف لدى مكتب التسجيل المختص في الأجال المحددة بموجب هذا القانون، وتعد في نسختين، حيث تودع النسخة الأولى لدى مكتب التسجيل المختص إقليمياً، أما النسخة الثانية فترجع إلى القائم بالإيداع.

<sup>1</sup>- قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، القطب الجامعي بلقايد، السنة الجامعية 2011-2012 ص 77.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 89.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 89.

### \* النسخة الأصلية:

يتعين على محرري العقود والوثائق إيداع النسخ الأصلية أو الأصول لدى مفتشية التسجيل، وذلك حسب ما جاء في المادة 1/9 من قانون التسجيل، وتختلف المعلومات الموجودة في النسخ الأصلية باختلاف طبيعة التصرف المراد تسجيله، إذ أنه في العقود الرسمية المحررة من طرف الموثق، لا بد من أن تحتوي على طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعليه وبعد إيداع النسخ الأصلية لدى مفتش التسجيل يقوم بتحليلها وتكييفها من أجل اقتطاع رسوم التسجيل.<sup>1</sup>

### \* الملخصات:

زيادة على إيداع النسخ الأصلية والكشوف الإجمالية، يتوجب على محرري العقود إيداع ملخصات العقود الناقلة للملكية، وهي عبارة عن ملخص تحليلي يدون على استمارة تسلمها الإدارة مجانا، ويتضمن ملخص الأحكام الرئيسية للعقد، وتحرر في نسختين، نسخة لمفتش التسجيل ونسخة ترسل لمفتشية الضرائب لمتابعة ومراقبة مستعمل الملكية<sup>2</sup> وهذا تطبيقا لنص المادة 2/153 من قانون التسجيل.

### 3- رسوم وآجال التسجيل:

إن القائمين بالإيداع ملزمون باحترام الآجال المحددة بموجب قانون التسجيل، وهذه الآجال تختلف باختلاف التصرفات القانونية، وتكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبة تصاعدية، تبعا لنوع العقود يندرج عقد القسمة ضمن التصرفات القانونية الخاضعة لرسم نسبي تصاعدي، حيث يقدر بـ 1,5 % من مبلغ الأصول الصافية المقتسمة بين الشركاء، وهذا طبقا لأحكام المواد 20 و 244 من قانون التسجيل، وإلى ضريبة الطابع المحددة بمبلغ 40 دج للصفحة الواحدة.

<sup>1</sup> - قان كريم، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 73-74.

ويتم تسجيل عقد القسمة في أجل شهر ابتداء من تاريخ تحريرها وذلك بموجب المادة 58 من قانون التسجيل، وكذا المادة 60 التي تنص على: "انه يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعاون التنفيذ التابعين لكتابات الضبط و...، خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها.<sup>1</sup>

ثانيا: الشهر:

ينبغي على الموثق المحرر لعقد القسمة أن يبادر إلى شهر هذا العقد عن طريق إيداعه لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا.

### 1- تعريف المحافظة العقارية:

وتعرف على أنها "مصلحة أو هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية، وتتمثل وظيفتها الأصل في حفظ والعقود ومختلف المحررات الخاصة للشهر المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء أصلية أو تبعية، وذلك بعد شهرها وشهرها في مجموعة البطاقات العقارية"، تم استحداثها بموجب المادة 20 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري<sup>2</sup>، ويسهر على تسييرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري.<sup>3</sup>

فقد نصت المادة 14 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه يلزم الشهر في مجموعة البطاقات العقارية للعقود التالية:

- جميع العقود الرسمية أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة، المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد لتأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والتنبيه للتعديلات التي تخص العقارات في مجموعة البطاقات العقارية.

<sup>1</sup>- قان كريم، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup>- عمروش الحسين، المحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية في الجزائر، بتاريخ من 27 إلى 28 أبريل 2011، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، كلية الحقوق.

<sup>3</sup>- مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 17.

وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية للعقار محددة ومسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.

كما تؤكد المادة 15 والمادة 16 السالفة الذكر.

يتضح مما سبق أن وظيفة الشهر يتم تجسيدها في الآتي:

- إعلام الغير بالتصرفات الوارد على العقار.

- دعم الائتمان العقاري.

- تسهيل تداول العقارات.

- ضمان سلامة التصرفات العقارية.<sup>1</sup>

ويعتبر هذا تجسيدها لمبدأ التخصيص في نظام الشهر العيني، حيث تخصص لكل عقار بطاقة خاصة به يسجل عليها جميع التصرفات الواردة عليه، كما يحدد فيها مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه، فالشهر العقاري يهدف إلى تنظيم هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.

### 2- إيداع الوثائق بالمحافظة العقارية:

ويتم إجراء الشهر بإيداع الوثائق على مستوى المحافظة العقارية وبالضبط على مستوى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة، مع ضرورة مراعاة الآجال المحددة في المادة 99 من المرسوم 63-76 والتي حددت تاريخ إيداع العقود خلال مدة شهرين من تاريخ تحريرها، وهذه الآجال تعتبر من النظام العام وأن عدم احترامها يعرض مودعي العقود إلى غرامة مالية قدرها (1000دج).

وحسب المادة 92 من المرسوم 63-76 تستدعي لزوم إيداع في أن واحد لصورتين رسميتين أو نسخ من العقود أو القرارات موضوع عملية الشهر، حيث ترجع واحد من هذه الصور أو انسخ إلى القائم بالإيداع (موثق) بعد أن يؤشر عليها المحافظ العقاري، مما يدل

<sup>1</sup> - ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 121.

على صلاحيتها وعدم وجود نقص بها، وبالتالي ختمها بختم الإشهار، أم الصورة الثانية يحتفظ بها لدى المحافظة العقارية.<sup>1</sup>

ويقتضي بمناسبة إشهار عقد القسمة رسم قدره 01 % يحسب على قيمة العقارات المصرح بها في العقد.

وإذا تم قبول الإيداع، فيقوم المحافظ العقاري بإجراء الشهر العقاري الذي يأخذ تاريخه ابتداء من ذلك اليوم، والآثار المترتبة على الشهر فإن وجودها لا يتحقق إلا من يوم تمامه.<sup>2</sup> ويجب أن يبلغ للموقع على التصديق بقبوله أو رفضه خلال 15 يوما من تاريخ الإيداع.

### الفرع الثاني: تنفيذ الحكم أو القرار القضائي المتعلق بالقسمة:

حتى يكون الحكم القضائي النهائي قابل للتنفيذ في دعوى القسمة، يجب أن يحتكم القاضي إلى تطبيق النصوص القانونية التي تسري عليه من حيث الشكل والموضوع، حسب ما بحوزته من أدلة إثبات أو نفي، وله في جميع الأحوال أن يسبب أحكامه بحيث يكون المنطوق خلاصة الأسباب، لهذا سوف نتطرق إلى البيانات التي يتضمنها الحكم القضائي مع التركيز على منطوقه، لكون عملية التنفيذ وبالخصوص الشهر تنصب على منطوق الحكم، ثم نبين كيفية شهر الحكم القضائي النهائي، ثم نتطرق إشكالات تنفيذ الحكم القضائي بالقسمة.<sup>3</sup>

### أولا: البيانات التي يشتمل عليها لزوما حكم القسمة:

الحكم القضائي الفاصل في دعوى القسمة هو حكم مصرح وكاشف عن حقوق المتقاسمين الثابتة من تاريخ ملكيتهم الشائعة، إذ بعد أن تجري القسمة القضائية بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضر، تصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا حسب نص المادة 727 من القانون المدني الجزائري، ويجب تحت طائلة البطلان أن يتضمن لزوما الحكم: الديباجة، الوقائع، الحثيات، الأسباب وأخيرا المنطوق<sup>4</sup>، بحيث يجب أن يتضمن البيانات الضرورية المتعلقة بالعقار، والمنطوق هو ما توصل إليه القاضي بعد دراسة وتحليل مختلف

<sup>1</sup> - عمروش الحسين، سلطات المحافظ العقاري، المرجع السابق، ص 03.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 03.

<sup>3</sup> - جبار جميلة، المرجع السابق، ص 19.

<sup>4</sup> - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دارة هومة، الطبعة الخامسة، سنة 2006، ص 69-70.

جوانب القضية ومعطياتها وقيامه بصياغتها في حيثيات تبين الإجراءات المتبعة وموضوع النزاع الذي تنصب عليه قسمة ملكية عقارية مشاعة، وكذا طلبات ودفع الخصوم وما قدموه من أدلة إثبات ونفي ومستندات.

كما تتطلب هذه الأحكام ضرورة شهرها في المحافظة العقارية طبقا لنص المادة 38 من 63-76: "كل إشهار لعقود وقرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء ارتفاقات أو حقوقا مشتركة، يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار".  
يضاف لهذا النص نص المادة 2/14 من الأمر 74-75 السالف الذكر.

وبناء على ما تقدم يتضح أن الحكم الذي يخلو من أحد البيانات المذكورة أعلاه يكون حكما غير قابل للشهر، وبالتالي غير قابل للتنفيذ ولا يرتب أثر الفرز المترتب على القسمة القضائية.<sup>1</sup>

**ثانيا: الإجراءات المتبعة لإيداع الحكم القضائي بالقسمة بغرض الشهر:**

يتم إيداع الأحكام القضائية النهائية للشهر أمام المحافظة العقارية المختصة بثلاث طرق، سنأتي على ذكرها:

### 1- شهر حكم القسمة بموجب عقد إيداع:<sup>2</sup>

يحرر عقد إيداع حكم قضائي للشهر من قبل موثق، بعد أن يتضمن عقد الإيداع جملة من البيانات وهي كالتالي:

- تحديد هوية الشخص المتقدم بطلب شهر الحكم القاضي بالقسمة وعلى أن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية.

- مضمون الحكم المتمثل في القسمة.

- استظهار طالب الشهر لنسخة تنفيذية للحكم الصادر عن المحكمة تحت رقم .. وبتاريخ محدد.

- ذكر محتوى نص الحكم كاملاً.

- تحديد هوية الأطراف المتقاسمة.

<sup>1</sup> - جبار جميلة، المرجع السابق، ص 20

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 21-22.

- تعيين الأملاك موضوع القسمة، وهي قطعة الأرض المشاعة، مساحتها، حدودها، موقعها.

- أصل الملكية أو ذكر المورث وأصل ملكيته.

- توزيع الحصص على المتقاسمين بناء على القرعة التي يجريها القاضي استنادا للخبرة، وبيان هذا التوزيع على المتقاسمين تكون الحصة في شكل قطعة أرض تحمل رقم من مخطط القسمة مع ذكر مساحتها وحدودها، تبيان الملكية والاستغلال، الشروط والالتزامات كأن يتحمل كل واحد من المتقاسمين الارتفاقات الموجودة أو التي ستوجد، أو تحمل الرسوم والضرائب.

- تذكير الأطراف المتقاسمين بقبولهم للقسمة بصفة نهائية من دون تعديل.

- ذكر الحالة المدنية للمتقاسمين على أنهم من جنسية جزائرية/ ليسوا في حالة حجز أو إفلاس أو تسوية قضائية، وان العقار موضوع القسمة صافي ومحرر من الديون أو الرهن أو أية تأمينات عينية أخرى ولم يدخل ضمن أملاك الدولة.

- تذكير المتقاسمين بالمصاريف التي تقسم بينهم بحسب أنصبتهم في العقارات المقسمة.

- تلاوة القوانين الجبائية وغيرها.

- تبيان القيمة الإجمالية لهذا العقار مع تقييم تفصيلي لكل حصة.

- الإشارة إلى تسجيل العقد بمصلحة التسجيل والطابع.

- الإشارة إلى شهر نسخة من عقد الإيداع على يد الموثق الممضي أسفل العقد بالمحافظة العقارية المختصة.

- تحديد موطن تنفيذ هذا العقد.

- تاريخ تحرير العقد وقراءة مضمونه وتوقيعه.

### 2- إيداع حكم قضائي للشهر من قبل محضر قضائي:

الطريق الثاني لإيداع الحكم القضائي بالمحافظة العقارية بغرض الشهر يكون من قبل محضر قضائي بطلب من احد لمتقاسمين أو بعض المتقاسمين المحكوم لصالحهم أو ورثة الذين يطلبون التنفيذ في حالة وفاة المستفيد من التنفيذ بعد إثبات صفتهم بفريضة، حيث ينتقل المحضر القضائي إلى المحافظة العقارية ويودع نسخة من الحكم القضائي موضوع القسمة

والممهور بالصيغة التنفيذية<sup>1</sup> لدى المحافظ العقاري بغرض شهره وتبليغه تبليغ رسمي للسند التنفيذي.<sup>2</sup>

### 3- شهر الحكم القضائي عن طريق كتابة الضبط:

تنص المادة 90 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على انه يعمل إلى جانب الموثقين كتاب الضبط والسلطات الإدارية على إشهار جميع العقود والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم ضمن الآجال المحددة شريطة أن تكون الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية محل الأحكام القضائية قد تم إشهارها مسبق حسب ما تقضي به المادة 88 من المرسوم 63-76 المذكور أعلاه.

إلا أن هذا الطريق غير مجدي، إذ من مصلحة المتقاضى الحصول على حكم قضائي نهائي أن يبادر بإجراء الشهر إما بواسطة موثق أو محضر قضائي.<sup>3</sup>

### ثالثا: إشكالات تنفيذ حكم القسمة:

من أهم الإشكالات التي تخص هذا النوع من الأحكام، إما أن تكون متعلقة بمنطوق الحكم، أو تلك الخاصة ببعض أنواع العقارات لاسيما العقار الفلاحي.

### 1- إشكالات التنفيذ تتعلق بمنطوق الحكم:

يجب أن يستوفي منطوق الحكم البيانات المطلوبة قانونا والتي يستطيع من خلالها المحافظ العقاري شهر الحكم القضائي، لأن انعدامها يحول دون إمكانية الشهر، غير أن الإشكال المطروح هو أن القاضي قد يهمل ذكر هذه البيانات، لكونها بيانات تختلف باختلاف نظام الشهر، حيث تأخذ الجزائر بنظام الشهر العيني في المناطق الممسوحة، وبنظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المادة 601 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> المواد من 406 - 416 القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> جبار جميلة، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 23.



### 2- إشكالات التنفيذ تخص الأراضي الفلاحية:

عرفت المادة 04 من التوجيه العقاري المعدل والمتمم للأراضي الفلاحية هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله، وعليه نجد أن الأراضي الفلاحية في حد ذاتها تصنف إلى أراضي خصبة جداً وأراضي متوسطة الخصوبة وأخرى ضعيفة<sup>1</sup>، وبالنظر إلى النصوص القانونية المتعلقة بالأراضي الفلاحية فإن عملية تجزئة وقسمة هذه الأراضي تخضع للمساحة المرجعية المحددة بموجب المرسوم 97-490 المذكور سابقاً، وعليه فإن عملية تجزئة الأراضي الفلاحية المتمثلة في مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية بناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة لمباشرة عملية القسمة، حتى لا يكون الجزء المفرز أصغر نصيب من المساحة المرجعية، الشيء الذي يحول دون عملية القسمة، لأنها تكون باطلة متى أدت إلى إنشاء وحدات عقارية تتعارض مساحتها والمساحة المرجعية، علماً أنه صدرت مؤخراً تعليمة تجمد قسمة الأراضي الفلاحية.<sup>2</sup>

### 3- الإجراءات المترتبة على إشكالات شهر الحكم القضائي (رفض الإيداع):

إذا حال الأمر دون إمكانية تنفيذ الحكم القضائي عن طريق الشهر، رفض المحافظ العقاري الإيداع، أي رفض عملية شهر الحكم القضائي، ويكون الرفض بسبب غموض الحكم أو خلوه من البيانات المحددة قانوناً، أو عدم الاستجابة للمقاييس القانونية في عملية التجزئة، ويكون الرفض في شكل قرار إداري يصدر عن المحافظ العقاري، هذا القرار حتى يكون مشروعاً يستوجب أن يكون مؤسساً قانونياً، وإلا كان محل طعن أمام القاضي الإداري المختص لكون قرارات المحافظة العقارية قابلة للطعن حسب ما تشير إليه المادة 24 من الأمر 74-75، أما إذا كان قرار رفض الإيداع مؤسس قانوناً، فما على طالب التنفيذ إلا أن

<sup>1</sup> - قانون رقم 90-25، يتضمن التوجيه العقاري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 97-490، المرجع السابق.

يرفع دعوى قضائية يطلب من خلالها تصحيح الحكم القضائي، وفي حالة التصحيح يقوم المحافظ العقاري بتنفيذ الإجراء الذي يأخذ مرتبته بأثر رجعي من تاريخ الإيداع.<sup>1</sup> إن شهر القسمة سواء أتمت بالاتفاق أو بالقساء يؤدي إلى محو آثار الشيوخ بأثر رجعي من يوم نشأته فيجعل المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه من يوم نشأة الشيوخ وليس من يوم الشهر، وتجعله كأنه لم يملك أي جزء آخر من يوم نشأة حالة الشيوخ أيضا، وهذا ما تنص عليه المادة 730 من القانون المدني الجزائري، ولكن بالرغم من ذلك فإن التصرفات التي يقوم بها الشريك قبل القسمة تظل صحيحة على النحو المفصل في المادة 714 وما يليها من القانون المدني.<sup>2</sup>

وعلى هذا فإن عدم شهر عقد القسمة يفقدها كل قيمة قانونية عملية، ويجعلها كأن لم تكن في مواجهة الغير وحتى بين الشركاء المتقاسمين أيضا، ولكن يجوز لأي شريك أن يسعى إلى شهرها وفق ما تم ذكره سابقا، أما التصرفات التي يجريها الشركاء قبل شهر القسمة فإنها تعتبر بمثابة تصرفات في أجزاء شائعة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بن عائشة نبيلة، مسؤولية المحافظ العقاري، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية، المرجع السابق، ص 4-5.

<sup>2</sup> - ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، السنة الجامعية 2010-2011، ص 347.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 347.

### خلاصة الفصل الثاني:

وفي ختام هذا الفصل والذي عالجنا من خلاله كيفية إنقضاء الملكية العقارية الشائعة والمتمثلة في القسمة الإتفاقية وكذا القسمة القضائية، فالقسمة الإتفاقية تحصل إذا اتفق جميع الشركاء على إجراءها بالتراضي دون الإلتجاء إلى القضاء فيتنفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها فإذا لم يتيسر الإتفاق لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الإلتجاء للقضاء وهو ما يعرف بالقسمة القضائية والتي تتخذ أحد الشكلين، بأن تكون قسمة عينية إذا كان العقار قابلاً للقسمة أما إذا كان غير ذلك أو كانت قسمته تنقص من قيمته فيجوز للشركاء بيعه عن طريق المزاد العلني وإقتسام المقابل حسب كل نصيب.

كما عالجنا الآثار المترتبة على قسمة الملكية العقارية الشائعة حيث أن القسمة إذا تمت صحيحة فإنه يترتب عليها آثار شتى أهمها لزوم القسمة لكل من المتقاسمين، فلا يجوز لهم الرجوع فيها حتى تستقر أحكامها، كما يترتب على القسمة إنهاء الملكية الشائعة وذلك بإفراز المال الشائع والذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من مجرد حصة رمزية في مال الشائع إلى حصة مادية مفرزة ويرتبط بأثر الإفراز أثر آخر هو ضمان المتقاسمين على سبيل التبادل لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويرجع هذا الإرتباط إلى أن القسمة تهدف إلى إعطاء كل متقاسم حقه غير منقوص ولاشك أن التعرض والإستحقاق ينقص من قيمة ما آل إلى الشريك.

كما أن القسمة وحتى تنتج آثارها لا بد من اتباع إجراءات التسجيل والشهر العقاري.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة، التي حاولنا التطرق فيها لقسمة الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، والتي تم التعرض فيها إلى كل من الإطار النظري لقسمة الملكية العقارية الشائعة، حيث تم إبراز ماهية الملكية الشائعة من خلال تبيان تعريفها وطبيعتها القانونية، وكذا تنظيمها وتمييزها عما يشابهها، وأخذ صورها ومصادرها، وبغرض توضيح القسمة بشكل جيد إرتأينا التطرق إلى الحق في طلب قسمة العقار الشائع من خلال توضيح مفهوم القسمة، وكذا تحديد صاحب الحق في طلب القسمة مع إبراز القيود الواردة على هذا الحق.

وقبل أن نخوض في أنواع القسمة بالتفصيل، عرجنا على قسمة المهايأة، كونها قسمة مؤقتة تنظم الانتفاع بالعقار الشائع، وتسبق كل أنواع القسمة من خلال التطرق إلى تعريف المهايأة و أنواعها، وكذا الآثار المترتبة عنها .

وصولاً إلى انقضاء الملكية العقارية الشائعة بالقسمة، وبداية بالقسمة الإتفاقية التي تعد طريقة واضحة وسهلة لإنهاء الشيوخ بإجراءاتها بسيطة ولا تتطلب وقت طويل، إلا أنها حتى تتم بطريقة صحيحة وتنتج آثارها لابد من توافرها على جملة من الشروط .

كما أجاز المشرع الجزائري الطعن بالبطلان لكل ذي مصلحة إذا كانت القسمة مخالفة للنظام العام، أو اختل ركن من الأركان العامة، كما أجاز الطعن بالإبطال في حالة نقص الأهلية وكذا إذا شاب إرادة احد الشركاء عيب من عيوب الإرادة.

الطريقة الأخرى للقسمة هي القسمة القضائية والتي تعد الطريقة الوحيدة لإنهاء الشيوخ في حالة اختلاف الشركاء على اقتسام الملكية العقارية الشائعة بالتراضي، أو في حالة وجود قاصر بين الشركاء المشاعين، إذن فالقسمة القضائية تتم في صورة دعوى تسمى دعوى القسمة.

والقسمة القضائية نوعان قسمة عينية، و قسمة تصفية، والأصل أن قسمة العقار تكون عينية، أي أن ينفرد كل شريك بحصته مفرزة وعينا، و على من أوكلت له مهمة القسمة أن يتبع إجراءات القرعة، ويلتزم بدفع مقابل إلى من أفرزت له القرعة نصيب أقل من قيمة حصته حتى يتساوى المتقاسمون فيما بينهم.

أما إذا تعذرت القسمة العينية أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته، يبيع هذا العقار بالمزاد وفق الطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

كما يترتب على القسمة بنوعيتها الإتفاقية والقضائية العديد من الآثار أبرزها الإفراز والضمان.

من خلال هذه الدراسة يمكننا إجمال أهم النتائج المتوصل إليها:

- 1- في الملكية الشائعة يكون كل شريك في الشيوخ مالكا لجميع السلطات على كل ذرة من أجزاء الشيء الشائع، وذلك بقدر حصته في المال، فله سلطة التصرف والإستعمال والإستغلال في كل جزء من الأجزاء، وللآخرين مثله تماما في حدود حصصهم وأنصبتهم.
- 2- منح المشرع الجزائري لكل شريك الحق في طلب الخروج من الشيوخ، ويقيد هذا الحق بموجب نص قانوني أو باتفاق الأطراف .
- 3- للشركاء الحق في إدارة المال الشائع عن طريق قسمة المهايأة بصيغتها الزمانية أو المكانية إذا تراضوا على ذلك، وتسري عليها أحكام عقد الإيجار بما يتناسب وطبيعتها.
- 4- قسمة المهايأة المكانية تتحول إلى قسمة نهائية بمضي مدة 15 سنة، بينما المهايأة الزمانية لا يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها.
- 5- في حالة وجود قاصر بين الورثة أو المالكين على الشيوخ، لابد من مراعاة الإجراءات المنصوص عنها قانونا عند إجراء القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية.
- 6- القسمة الإتفاقية تعد عقد كسائر العقود، أي لابد من توفر الأركان العامة للعقد والمتمثلة في الرضا، المحل، السبب والشكلية.
- 7- المشرع الجزائري أجاز الطعن في القسمة الإتفاقية، لأنها عقد كسائر العقود إلا انه خصص للغبن أحكاما خاصة خلافا للغبن المنصوص عنه بالقواعد العامة، كما أقر أحكاما خاصة تحكم سير الدعوى وترتب أيضا آثارا خاصة لهذا النوع من الغبن.
- 8- إذا لم يتفق الشركاء على قسمة الملكية العقارية الشائعة أو كان بينهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب، تتم القسمة قضائيا عن طريق المحكمة.
- 9- عمليا فالقاضي غالبا ما يتنازل عن مهامه القانونية لجهات لم يخولها القانون ذلك، وخاصة في عملية القرعة عند توزيع الحصص في القسمة العينية، حيث في كثير من الأحيان يتولى الخبير عملية القرعة.
- 10- بالنسبة للأراضي الفلاحية الشائعة فقد كانت نية المشرع في حمايتها واضحة من خلال الأحكام التي أوردها في المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المحدد لشروط تجزئة الأراضي

الفلاحية، والغرض من ذلك تفادي الحصول على أراضي فلاحية مفتتة لا تكفل تحقيق الإكتفاء الذاتي، أو تعدد الإنتفاع بها، غير أن هذا المرسوم وما يؤخذ عليه انه لم يصل إلى الحماية الحقيقية، وبالقدر الكافي للأراضي الفلاحية حيث أغفل العديد من الأحكام مثلا، إذا كان العقار الفلاحي غير قابل للقسمة لعدم توفر المساحة المرجعية لكل الأنصبة فكان يمكنه أن ينص صراحة أن تؤول الملكية لأحد الشركاء الذي له علاقة بالأرض، مما يضمن استغلالها استغلال أمثل مقابل تقديمه للتعويضات المناسبة لباقي الشركاء.

11- القسمة القضائية هي القسمة التي تتم أمام القضاء، وذلك عن طريق رفع دعوى من أحد الشركاء أو بعضهم ضد الشركاء الآخرين، حيث يراعي في هذه الدعوى مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية والإجرائية.

12- القسمة القضائية للملكية العقارية الشائعة إما تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، فالأصل في القسمة القضائية أن تكون عينية إذا لم يترتب عليها إضرار بالشركاء أو أحدهم، أو إنقاص في المنفعة، وإستثناء تتم القسمة عن طريق المزاد العلني إذا تعذر قسمة الملكية العقارية الشائعة عينا.

13- يعاب على المشرع أنه فيما يخص القرعة كمرحلة هامة تمر بها القسمة العينية لم يحدد الأطراف الضابطة لعملية القسمة، خاصة في حالة الحصول على أنصبة متفرقة ليجد الشريك نفسه في مواجهة ضرر النصيب المتفرق .

14- في حالة ما إذا كان العقار غير قابل للقسمة، فقد أخضعه القانون لعملية التصفية أو البيع بالمزاد العلني، لكنه لم يورد أحكاما خاصة بالرغم من الأهمية والخصوصية التي تتميز بها القسمة القضائية العقارية، وأحال كيفية البيع بالمزاد العلني إلى الأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

15- أجاز المشرع الجزائري تدخل دائن الشريك المتقاسم في القسمة حماية لمصلحته، ومحافظة على ضمانه العام.

16- الأثر الأساسي الذي يترتب على القسمة في الملكية العقارية الشائعة هو أن يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته فيه بعد أن كانت شائعة، وذلك لما ترتبه القسمة من نتائج كونها ذات أثر كاشف وناقل للملكية.

17- الأثر الكاشف للقسمة يعني أنها لا تعطي الشريك حقا جديدا وإنما تكشف حقا قائما أصلا منذ الشروع بتعديل جوهرى في محله حيث أن القسمة ما هي إلا إعلان عن وضع قانوني وحق ثابت وتسجيل قيامه.

18- الأثر الناقل للقسمة يتمثل في أن الشريك على الشروع يكون مالكا في كل ذرة من الشيء وعند القسمة ينقل نصيبه للشركاء، ويأخذ مقابل ذلك نصيبهم في مكان آخر من الشيء الشائع بنظام المبادلة الناقلة للملكية.

19- الأثر الرجعي للقسمة معناه أن كل متقاسم يعتبر كأنه كان مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشروع للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة.

20- لا يترتب على القسمة العقارية سواء كانت إتفاقية أو قضائية أي أثر إذا لم يتم شهرها على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، وذلك يعتبر نتيجة من نتائج نظام الشهر العيني الذي أخذ به المشرع الجزائري.

وفي الأخير نقتح مجموعة من التوصيات وهي كالاتي:

1- إن القانون أجاز تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية لمجرد استمرارها 15 سنة بناء على الإرادة الضمنية للشركاء، والمستخلصة من سكوتهم على المهايأة طيلة هذه المدة، وما يعاب على ذلك أن استمرار القسمة طيلة هذه المدة لا يعبر في كل الحالات عن الرضا بالقسمة النهائية فالأولى الإعتداد بالإرادة الصريحة.

2- عدم وضوح المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 17 من نفس القانون والمادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 04/14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فيما يخص دعاوى القسمة من حيث الاختلاف في إشهار عريضة رفع دعوى القسمة من عدمه وعليه نقتح تعديل هذه المواد بإضافة عبارة قسمة إلى العبارات المنصوص عليها وهي الفسخ، الإبطال التعديل، النقص والإلغاء.

3- إخضاع القسمة الودية التي تتم أمام الموثقون باتفاق الأطراف للرقابة القضائية، والمصادقة عليها قضائيا، وذلك تفاديا لما قد يحدث فيما بعد من أوضاع يصعب تداركها، كحالة وجود إكراه مادي أو معنوي، أو بسبب وجود مانع أدبي بين أطرافها قد حال دون أن تكون القسمة عادلة.



- 4- التزام الخبير بالقيام بأعمال الخبرة شخصيا وذلك باستدعاء الأطراف عن طريق محضر قضائي في العناوين التي يقيمون فيها، و الانتقال إلى عين المكان بحضورهم مع اللجوء إلى مصالح مسح الأراضي و الشهر العقاري عند اختلاف المتقاسمين بشأن تحديد القطع الأرضية موضوع القسمة.
- 5- عندما يعرض نزاع على القضاة يتعلق بقسمة عقارات مملوكة على الشيوخ ، يستوجب الأمر تعيين خبير، ولا بد من حصر وتحديد مهامه، لأن كثرة النزاعات المطروحة على المحاكم جعلت معظمها إن لم نقل كلها تتخلى عن صلاحياتها للخبير الذي أصبح هو القاضي في نظر المتقاسمين.
- 6- لا بد على المشرع أن يوضح بدقة أحكام قسمة الملكية العقارية الشائعة ، ويكون هذا بجمع النصوص القانونية المتفرقة بين القانون المدني و قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين الخاصة ، وهذا بهدف توضيح الإجراءات أكثر.
- 7- يجب أن تكون القسمة عادلة، فإذا ما ظهر غبن بعد القسمة، فإنه تنقضي القسمة الإتفاقية للغبن، بينما نص القانون في المادة 732 على أن للقسمة الإتفاقية هي التي تنقض للغبن أما القسمة القضائية فلا يجوز نقضها للغبن ونرى أنه من الضروري نقض القسمة القضائية كذلك، وهذا من شأنه تحقيق العدالة بين الشركاء المشتاعين.
- 8- تدخل الدائنين واعتراضهم نص عليه المشرع في القسمة القضائية وأغفل ذلك في القسمة الودية فنترح على المشرع أن يتدارك هذه الجزئية.
- 9- قيام مسؤولية الخبير عما ورد محررا في تقرير خبرته من تصريحات وتصرفات ومعاينات في حالة مخالفتها للحقيقة، وقيام الحق العام تبعا لذلك، إضافة إلى أن الخبراء ملزمون بالقيام بالمهام المسندة إليهم في المدة المحددة، وأن لا يماطلون ويقصرون في أداء الواجب المهني تعطيلًا لحقوق المتقاضين.
- 10- إزاء النتائج الضارة التي ترتبت على اعتبار القسمة ذات أثر رجعي، ونظرا لاعتبار هذا الأثر محض افتراض قانوني، وحسما للخلاف القائم في التطبيق في مجال القضاء حول استخلاص النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها الأثر الكاشف ، والأثر الرجعي للقسمة بدون ضوابط قانونية، وجب على المشرع وضع قواعد قانونية تبرز الأثر الناقل والأثر الكاشف فتكون ذات أثر مزدوج أسوة بالشرعية الإسلامية، وكما سار

عليه المشرع العراقي في نص المادة 1075 من القانون المدني العراقي، حيث اعتبرت أن للقسمة أثرا مزدوجا ناقلا وكاشفا مع ترجيح الأثر الناقل، وبقاء الأثر الرجعي في حدود الغرض منه بما يحقق الحماية للمتقاسم من التصرفات التي يجريها شركاءه أثناء فترة الشيوخ حيث نصت المادة السالفة الذكر على: "ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل مقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفترزة التي آلت إليه، وأنه لم يملك قط شيء من باقي الحصص".

11- لا بد على المشرع أن يحدد الجهة المختصة بقسمة المال الشائع لأنه في العديد من الحالات يقع تداخل بين محكمة مقر المجلس والمحاكم التي ترفع أمامها دعوى قسمة المال الشائع.

12- لا بد على القضاة طلب شهادة التعمير، لأن هذه الأخيرة تبين طبيعة الأرض محل القسمة من جهة ومن جهة أخرى تساعد الخبير والقاضي في تحديد القيمة المادية للعقار موضوع القسمة .

13- الأثر الرجعي للقسمة يتنافى مع مبادئ وخصائص نظام الشهر العيني وخاصة مبدأ الأثر الفوري للشهر وأثره الناقل للملكية، ولذا لا بد على المشرع أن يتدارك هذا التناقض ويضع نص واضحا يبرز من خلاله أثر القسمة، ويجعله فوريا لا رجعيا، وهذا لإعطاء مصداقية أفضل لنظام الشهر العيني.

14- يجب على المشرع أن يتدخل ويحدد طبيعة الأحكام الصادرة في دعوى القسمة، لاسيما عند تبليغ أحد الشركاء على الشيوخ تبليغا شخصيا، وعدم تمكن الباقيين من التكليف بالحضور أو عدم تسليمهم التكليف بالذات فهذه المسألة أثارت عدة مشاكل عملية فالقاضي عندما يصدر حكما حضوريا بالنسبة للبعض وحكما غيابيا بالنسبة للبعض الآخر، فما هو الحل عندما يتم تسجيل معارضة للطرف الغائب مع وجود استئناف للطرف الحاضر في الحكم.

15- لم يضع المشرع الجزائري وسائل قانونية لمواجهة مشكلة تجزئة العقار الفلاحي لأنه قيد المالك في تجزئتها من جهة ، ويسجل قصوره في عدم تحديد مواقع الأراضي الفلاحية من جهة أخرى ، مما نجم عنه أن كثيرا من الجهات القضائية تقبل طلبات قسمة هذه الأراضي، رغم عدم توفر النصاب القانوني من المساحة المرجعية ، لذا وجب على

المشرع تدارك هذه المسألة لسن قوانين ومراسيم تحدد فيها مواقع الأراضي الفلاحية بدقة ،  
ومن جانب آخر في حالة استحالة قسمة العقار الفلاحي لعدم توفر شرط المساحة  
المرجعية، ورفض الورثة أو الملاك على الشيوخ بيع العقار، فإن هذا من شأنه أن  
يحدث اختلافات فيما بينهم حول استغلاله فيبقى مهملاً .  
وفي ختام بحثنا نحمد الله أن وفقنا لإتمام هذه الدراسة، ونرجوا أن نكون قد وفقنا في الإلمام  
ببعض جوانب الموضوع ولو بجزء يسير .

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم:

1- سورة النساء.

2- الإمام مسلم، "صحيح مسلم بشرح النووي"، كتاب المسافات، باب الشفعة، رقم

الحديث، الجزء (المجلد 3).

ثانياً: النصوص القانونية .

أ- الأوامر

1- الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975،

المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/ 05 المؤرخ في 13 ماي

2007، جريدة رسمية مؤرخة في 30 ديسمبر 1975، عدد 78.

2- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام

وتأسيس السجل العقاري .ج.ر عدد 92 المؤرخة في 18/11/1975

ب- القوانين:

1- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة

الرسمية، عدد 24، المؤرخة في 12/06/1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02

المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

2- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن قانون التوجيه العقاري،

جريدة رسمية عدد 49، 1990.

3- القانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة

الرسمية عدد 51.

4- قانون 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية، جريدة رسمية

عدد 52، المؤرخة في 02-12-1990.

5- القانون 08-09، المؤرخ في 28 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية

والإدارية، جريدة رسمية عدد رقم 21.

ج- المراسيم :

- المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20/12/1997 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية العدد 84، سنة 1997.
- المرسوم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، جريدة رسمية عدد 07 الصادرة في 12-02-2015.
- مذكرة رقم: 2316 صادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مؤرخ في 25/02/2019.

ثالثا: المؤلفات

- 1- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر .
- 2- أحمد عبد العال أبوقرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999.
- 3- أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، انقضاء الشيوخ في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 4- أمير يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، 2001.
- 5- أنور طالبة، الملكية الشائعة، طبعة منقحة، المكتب الجامعي الحديث، 2017
- 6- أيمن سعد، سلطات المالك على الشيوخ في استعمال المال الشائع واستغلاله- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 7- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 8- برهام محمد عطا الله، عقد البيع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر .

- 9- جورج ن.ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006 .
- 10- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 11- حسين طاهري، دليل الموثق، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، ، 2007.
- 12- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث قرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 13- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2015.
- 14- حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
- 15- حياة محمد كحيل، القسمة القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018 .
- 16- رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2008.
- 17- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، دون سنة نشر.
- 18- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2001.
- 19- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الخامسة، سنة 2006.
- 20- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني " حق الملكية" مع شرح مفصل الأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

- 21- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 22- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 23- عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) في ضوء أحكام النقص القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، مصر 2006.
- 24- عبد الوهاب عرفة، القسمة وإستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة)، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 25- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، ط 2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
- 26- علي جبار صكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيع، الطبعة الأولى، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016 .
- 27- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني " الحقوق العينية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 28- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، Encyclopedia، الجزائر، 2015.
- 29- غازي أبو عرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016 .
- 30- ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 31- محمد المنجي، دعوى القسمة ، مؤسسة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.



- 32- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 33- محمد عبد الرحمان ضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- 34- محمد عزمي البكري، الملكية الشائعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
- 35- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثالثة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
- 36- مروان كركبي، سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- 37- مصطفى الجمال، نظام الملكية، منشأة العارف بالإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
- 38- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر.
- 39- مهدي كامل الخطيب، دعوى الفرز والتجنيب، على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الألفي القانونية بالمينا، دون سنة نشر.
- 40- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
- 41- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 42- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، در هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 43- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار الميسر للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2011.

رابعاً- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

2- عقوني محمد، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2015-2016.

3- علي الطيب مصطفى أحمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، 2015.

4- فلاح سفيان، قسمة المال المشاع -دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في الحقوق، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019.

5- مريم تومي، سلطات الشريك في الملكية الشائعة -دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص غير منشورة، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2015.

6- ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، السنة الجامعية 2010-2011.

ب- رسائل الماجستير:

1- إيمان عوني محمد عبد الهادي، المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوع "دراسة مقارنة"، رسالة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.

- 2- بلبل محمد، منازعات الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، قانون خاص، فرع قانون عقاري، جامعة سوق أهراس، سنة 2008-2009.
- 3- حواسين كريمة، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2013-2014 .
- 4- خالد سلطي نواف السنجلاوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة دراسة فقهية قانونية ومقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013.
- 5- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.
- 6- غلاب نجاة، تجزئة الأراضي الفلاحية المشاعة الخاضعة للقانون الخاص، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2013-2014.
- 7- قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، القطب الجامعي بلقايد، السنة الجامعية 2011-2012.
- 8- لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران احمد بن بلة، السنة الجامعية 2014-2015.
- 9- مازن زايد جمال عمران، القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة، أطروحة استكمال لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- 10- محمد سلام ، درويش مصطفى اللوح، القسمة القضائية للمال الشائع (دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2018.

ج- مذكرات الماجستير

- 1- تيقرين تيزيري وحماني حكيم، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، شعبة القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.
- 2- عويسي نادية وغياط صليحة، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2013.
- 3- مقرود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2015.
- 4- قباد شيرزاد نوري، "المهاياة في الملكية الشائعة" دراسة مقارنة، بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من صنوف القضاة، مجلس قضاء إقليم كردستان، العراق، أربيل، العراق، 2016

د- مذكرات المدرسة العليا للقضاء

- 1- بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006.

هـ- محاضرات

- 1- إسعد فاطمة، محاضرات في الملكية الشائعة، ملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.
- 2- بوشنافة جمال، محاضرات في مقياس المدخل للقانون العقاري، مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق اختصاص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة يحي فارس المدية، السنة الجامعية 2008-2009

د - المقالات

- 1- عمار نكاع، "عناصر نطاق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، المجلد ب، جوان 2017، ص 165.
- 2- عبد الناصر زياد هياجنة وأحمد علي العويدي، "تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 02، 2011.
- 3- مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، "قسمة الأعيان"، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الإسلام في آسيا الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2010.
- 4- نسيمة درار، "قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، 2014.
- 5- ندى سالم حمدون ملا علو، "مفهوم المهايأة وتكييفها"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، عدد 42، 2009.
- 6- فهيمة لقسوري، "شهر دعاوى والأحكام القضائية العقارية"، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، أبريل 2010.
- 7- وهيبة عثمانية، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائريين، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015.
- 8- جبار جميلة، "الحكم القضائي كسند لإثبات الملكية العقارية الخاصة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد الرابع عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة - 2، لونيبي علي، جوان 2018.
- 9- مجيد خلفوني، "المحافظة العقارية"، نشرة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، العدد الثاني، 2006.

سابعاً: المداخلات

- 1- بن عائشة نبيلة، مسؤولية المحافظ العقاري، مداخلات مقدمة ضمن الملتقى الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية، بتاريخ من 27 إلى 28 أبريل 2011، كلية الحقوق. جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية.

2- عمروش الحسين، المحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية في الجزائر، بتاريخ من 27 إلى 28 أبريل 2011، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس، المدينة.

3- محمد علي حسون، مفهوم الملكية العقارية الخاصة بين التشريع الجزائري والمقارن، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة يومي 25 و26 سبتمبر 2013.

### ثامنا - القرارات:

- قرار رقم 488219 مؤرخ في 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، الجزء 03، الغرفة العقارية، 2010

- قرار رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28، المجلة القضائية، 1994، عدد 1

- قرار رقم 39496 مؤرخ في 1987/04/08، المجلة القضائية، 1991، عدد 03

- قرار رقم: 320777 مؤرخ في: 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 62

- القرار رقم 19926 المؤرخ في 1982/04/14، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982

- قرار رقم 572702 مؤرخ في 2011/02/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2011

- قرار رقم 0912385 مؤرخ في 2015/03/12، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، "قرار

غير منشور"، عن حمدي باشا عمر

- قرار رقم: 51109 مؤرخ في 1989/04/19، م ق 1991، عدد 01

- قرار رقم 320777 مؤرخ في 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 62، ص 401، عن

حمدي باشا عمر

- قرار رقم 354940 مؤرخ في 2007/02/21، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 02

- قرار رقم: 0999750 مؤرخ في 2016/06/16، الغرفة العقارية للمحكمة العليا،

القسم الخاص، "غير منشور"، عن حمدي باشا عمر

- قرار رقم 201854، مؤرخ في 200/09/27، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة

العقارية، الجزء الأول، 2004

- قرار رقم 94089 مؤرخ في 1993/10/26، المجلة القضائية، 1994، عدد 01.

الفهرس

# فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
	الفصل الأول: الإطار النظري لقسمة الملكية العقارية الشائعة
07	المبحث الأول: ماهية الملكية الشائعة
07	المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية
07	الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الشائعة
07	أولا: تعريف الملكية العقارية.
07	ثانيا: تعريف الملكية الشائعة .
12	المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة وتمييزها عما شابها
12	الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة
12	أولا: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة
14	ثانيا: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
20	الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية
20	أولا: تمييز الملكية المشتركة عن الملكية الشائعة
22	ثانيا: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة
23	ثالثا: تمييز الملكية الشائعة عن الشركة
23	رابعا: تمييز الملكية الشائعة عن الحكر
23	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة
23	أولا: الآراء الفقهية
25	ثانيا: موقف المشرع الجزائري
26	المطلب الثالث: صور ومصادر الشيوخ
26	الفرع الأول: صور الملكية الشائعة
26	أولا: ملكية الأسرة
29	ثانيا: الشيوخ الإجباري
34	الفرع الثاني: مصادر الشيوخ



## فهرس المحتويات

35	أولا: الميراث
37	ثانيا: الوصية
39	ثالثا: الإتصال (الاتصاق)
42	رابعا: العقد
44	خامسا: التقادم المكسب للملكية (الحيازة)
45	سادسا: الشفعة
45	سابعا: الاستيلاء
46	ثامنا: الهبة
47	تاسعا: الوقف
49	المبحث الثاني: الحق في طلب قسمة العقار الشائع
49	المطلب الأول: مفهوم القسمة
49	الفرع الأول: تعريف القسمة
49	أولا: تعريف القسمة لغة
49	ثانيا: تعريف القسمة إصطلاحا وقانونا
50	ثالثا: تعريف القسمة عند بعض الفقهاء
50	الفرع الثاني: مشروعية القسمة
50	أولا: من الكتاب
51	ثانيا: من السنة
51	ثالثا: الإجماع
51	الفرع الثالث: أهمية القسمة
51	المطلب الثاني: صاحب الحق في طلب القسمة
52	الفرع الأول: الشريك في الشيوع
53	الفرع الثاني: تدخل المحكمة
54	الفرع الثالث: الحق في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم ولا يصح التنازل عليه

# فهرس المحتويات

54	المطلب الثالث: القيود الواردة على الحق في طلب القسمة
55	الفرع الثاني: القيد الإتفاقي
56	الفرع الأول: القيد القانوني
59	المبحث الثالث: إدارة الملكية الشائعة بقسمة المهايأة
59	المطلب الأول: تعريف المهايأة
60	الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة
60	الفرع الثاني: تعريف المهايأة اصطلاحا
60	أولا: تعريف المهايأة في الفقه الإسلامي
61	ثانيا: تعريف فقهاء القانون
61	ثالثا: تعريف المهايأة في القانون الجزائري
62	المطلب الثاني: أنواع المهايأة
62	الفرع الأول: المهايأة الزمانية
63	أولا: المهايأة الزمانية الجماعية
64	ثانيا: أحكام المدة في قسمة المهايأة الزمانية
64	ثالثا: عدم تحول المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية
65	الفرع الثاني: المهايأة المكانية
65	أولا: مدة قسمة المهايأة المكانية
66	ثانيا: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية
68	المطلب الثالث: التكيف القانوني لقسمة المهايأة
69	الفرع الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير
70	الفرع الثاني: أهلية المتقاسمين
70	الفرع الثالث: إثبات قسمة المهايأة
71	الفرع الرابع: حقوق المتهايئين والتزاماتهم
71	أولا: التزامات الشركاء المتهايئين
72	ثانيا: التزامات الشريك المتهايئ أثناء فترة انتفاعه

# فهرس المحتويات

75

خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني: انقضاء الملكية العقارية الشائعة بالقسمة

77

المبحث الأول: القسمة الإتفاقية

77

المطلب الأول: مفهوم القسمة الاتفاقية

77

الفرع الأول: تعريف القسمة الاتفاقية

77

الفرع الثاني: خصائص القسمة الإتفاقية

78

أولا: القسمة عقد رضائي

78

ثانيا: القسمة عقد شكلي

79

الفرع الثالث: شروط القسمة الإتفاقية

79

أولا: إجماع كافة الشركاء ورضاهم على اقتسام المال المشاع

79

ثانيا: حضور الشركاء القسمة وكمال أهليتهم

80

ثالثا: شهر عقد القسمة للعقار الذي تمت تسويته

82

المطلب الثاني: طرق وإجراءات القسمة الرضائية

82

الفرع الأول: طرق القسمة الرضائية

82

أولا: القسمة من حيث الشمول

83

ثانيا: القسمة من حيث نوع المال الذي يؤول للشريك بعد القسمة

84

الفرع الثاني: الإجراءات التي تمر بها القسمة الإتفاقية

85

أولا: رخصة التجزئة

86

ثانيا: شهادة التقسيم

87

ثالثا: رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية

88

الفرع الثالث: أحكام خاصة لقسمة بعض الملكيات العقارية الشائعة

88

أولا: القسمة الاتفاقية للتركة العقارية

89

ثانيا: القسمة الاتفاقية للعقارات الشائعة بين الدولة والخواص

91

المطلب الثالث: الطعن في القسمة الاتفاقية

91

الفرع الأول: أحكام نقض القسمة الإتفاقية

## فهرس المحتويات

93	الفرع الثاني: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن
97	المبحث الثاني: القسمة القضائية
97	المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية
97	الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية
97	أولا: تعريف القسمة القضائية قانونا
98	ثانيا: تعريف القسمة القضائية فقها
99	الفرع الثاني: حالات القسمة القضائية
99	أولا: حالة اختلاف الشركاء
100	ثانيا: حالة اتفاق الشركاء وكان بينهم ناقص الأهلية أو غائب
100	ثالثا: في حالة قسمة التركة
101	المطلب الثاني: شروط وإجراءات رفع دعوى القسمة
101	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لرفع دعوى القسمة
101	أولا: اختلاف الشركاء حول القسمة
102	ثانيا: طلب إجراء القسمة
102	ثالثا: أهلية طلب القسمة
102	رابعا: الإذن لإجراء القسمة
103	خامسا: الصفة والمصلحة في دعوى القسمة
107	سادسا: ثبوت ملكية المقسم لهم
108	الفرع الثاني: الشروط الشكلية والإجرائية لرفع دعوى القسمة
108	أولا: الشروط الشكلية لرفع دعوى القسمة
110	ثانيا: إجراءات دعوى القسمة
117	المطلب الثالث: طرق القسمة القضائية وتدخل الدائنين في القسمة
117	الفرع الأول: طرق القسمة القضائية
118	أولا: القسمة العينية
130	ثانيا: قسمة التصفية

## فهرس المحتويات

- 137 الفرع الثاني: تدخل الدائنين في القسمة
- 138 أولا: مصالح الدائنين قبل إتمام القسمة
- 141 ثانيا: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة
- 143 المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قسمة الملكية العقارية الشائعة
- 144 المطلب الأول: إفراز المال الشائع
- 144 الفرع الأول: الأثر الكاشف
- 146 أولا: نطاق تطبيق الأثر الكاشف
- 147 ثانيا: نتائج الأثر الكاشف:
- 148 الفرع الثاني: الأثر الرجعي للقسمة
- 148 أولا: مفهوم الأثر الرجعي
- 150 ثانيا: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة
- 135 المطلب الثاني: الضمان في القسمة
- 153 الفرع الأول: أساس الضمان وشروطه
- 154 أولا: أساس الضمان في القسمة
- 155 ثانيا: شروط الضمان
- 156 الفرع الثاني: أحكام الضمان
- 156 أولا: حق رجوع المتقاسم بالتعويض
- 157 ثانيا: الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق
- 159 المطلب الثالث: شهر القسمة
- 159 الفرع الأول: تسجيل وشهر عقد القسمة الودية
- 159 أولا: التسجيل
- 162 ثانيا: الشهر
- 164 الفرع الثاني: تنفيذ الحكم أو القرار القضائي المتعلق بالقسمة
- 164 أولا: البيانات التي يشتمل عليها لزوما حكم القسمة
- 165 ثانيا: الإجراءات المتبعة لإيداع الحكم القضائي بالقسمة بغرض الشهر

# فهرس المحتويات

167	ثالثا: إشكالات تنفيذ حكم القسمة
170	خلاصة الفصل الثاني
171	خاتمة
178	قائمة المصادر والمراجع
	الملاحق

فهرس المحتويات

يعد الشيوع في العقار حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، وهو من الحالات الكثيرة الوقوع في الحياة اليومية والذي يكون مصدره في غالب الأحيان الميراث إلى جانب التصرفات القانونية ن ونص القانون باعتبارهما مصدر ثان للشيوع ولقد تناول المشرع الجزائري الملكية الشائعة في المواد من 713 إلى 742 من القانون المدني الجزائري وخصها بأحكام أخرى في نصوص قانونية منفردة ، ويعد الشريك في الشيوع مالكا لحصته الشائعة ملكية تامة مما ينجر عنه عدة إشكالات تتعلق بحق كل مالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وما يهمننا هو قسمة العقار الشائع كحل نهائي لمختلف مشاكل الشيوع ، والمنازعات بين الشركاء وهذا ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع ، وقد خلصنا في نهاية هذه المذكرة إلى مجموعة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي :

- 1- لكل شريك الحق في طلب القسمة النهائية إما بالتراضي أو عن طريق القضاء لينفرد بنصيبه عينا ، و إذا تعذر ذلك أخذته عن طريق التصفية .
- 2- تستمر حالة الشيوع إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بذلك .
- 3- تتقلب قسمة المهايأة المكانية التي دامت 15 سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على عدم تحولها إلى قسمة نهائية .
- 4- تتم القسمة عن طريق الاستعانة بالخبرة الفنية حيث يقوم الخبير بفرز الحصص بعد ما كانت معنوية .
- 5- يترتب على قسمة العقار الشائع إفرار نصيب كل شريك متقاسم ، كما يترتب عنها أثر جوهري وهو ضمان المتقاسمون بعضهم لبعض مما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق للقسمة .

**الكلمات المفتاحية :** الشيوع ، حصة ، قسمة ، اتفاقية ، قضائية ، تصفية ، خبرة ، الإفرار ، الأثر الكاشف ، الضمان . العقار ، المهايأة

### **Le partage de propriété immobilière indivise**

**L'indivision se définit comme étant un état juridique lie a la pluralité des copropriétaires du droit réel c'est aussi un cas qui assise si souvent et dont la cause principale est héritage.**

**Les comportements juridiques aussi que le texte juridique sont également des causes de l'indivision.**

**Le législateur algérien a régit la propriété indivise son forme de disposition organisées dans les articles 713 au 742 du code civil algérien et la introduite dans d'autres textes juridiques .**

**Les bien indivis provoquent plusieurs problématiques relatives au droit de chaque**

**Copropriétaires concernant son pouvoir d'usage .**

**Et ce qui nous intéresse dans cette situation c'est le partage des biens indivis comme étant une solution définitive pour les problèmes d'indivision et de contestation entre les indivisaires .cet état de fait nous a bien encourage pour traiter ce thème.**

**A la fin , nous avons abouti au résultats qu'on peut synthétiser comme suit :**

**Chaque Copropriétaire a l'indivis a le droit au partage finale par consentement réciproque on litige pour avoir son lot complet on par voie de liquidation en cas de difficulté.**

**L'état de l'indivision persiste sil ya un texte juridique ou un accord nécessitent de rester a l'indivis**

**Le partage de l'indivision spatiale qui a dure 15 se transforme au partage définitif a condition que les copropriétaire s'accorde sur le non transfert au partage définitif.**

**Le partage s'effectue a travers le recours a expertise technique résultent de son processus la révélation des parts divisées après avoir été des apports moraux.**

**Les copartageants , sont garants uns envers les autre du trouble on de l'éviction dus a une cause antérieure au partage**

**Mots clés :** indivision, quote-part, partage, amiable, judiciaire, licitation, expertise, Lotissement, l'effet, déclaratif, garantie, immobilier, Le partage de l'indivision