

جامعة عمارة تليجي بالأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الموضوع

# فرز العقار المشاع في القانون الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة ماستر في القانون العقاري

إشراف الدكتور

– مسعودي محمد الأمين

من إعداد الطلبة:

– دقموسي سليمان

لجنة المناقشة :

رئيسا .....

مشرفا ومقررا .....

عضوا و مناقشا .....

السنة الجامعية 2017/2018

# كلمة شكر

أول الشكر للمولى عز وجل الذي لا يهني الإنسان إلا بذكره و  
طاعته أما بعد فالصلاة على النبي المرسل الذي بلغ الرسالة و  
أوى الأمانة ونصح الأمة و الرحمة المهرة لناس جمعاً خير الأنام  
صلى الله عليه وسلم .

بعد الانتهاء من إعداؤ وراستنا هذه

يسعدنا أن أتقدم بجزيل الشكر و التقدير

للأستاذ المشرف سعوي محمد الأمين الذي تشرف بتبنيه  
لعملي هذا حيث لم يبخل علي بالنصح والتوجيه وتقريم المنهج  
العلمي السليم كان واقفا على هذا العمل بكل وقفة وترقيق  
لما أتقدم بالعرفان لكل من السادة رئيس اللجنة والاستاؤ

المناقش

والى كل الأساتذة الكرام الذين رافقونا في مشوارنا منذ السنة

الأولى إلى هذه اللحظة لكم منا كل الشكر والتقدير

وقموسي سليمان

# الإهداء

إلى من الجنة وضعت تحت قديمها إلى التي حملتني في رحلها وغمرتني بحبها  
وشملتني بودها وعطفها وسهت الليالي لراحتي وتعبت وكلت من اجل  
سعادتي... إلى من أنارت دربي بدعواتها وكان رضاها نورا لدربي... أمي  
الحنونة .

إلى من احمل اسمه ورباني على لذة الإيمان والتقوى وكان سندا لي ومثالي  
وقدوتي في الحياة إلى من أفنى عمرة ليقيم لنا أسباب السعادة ولم يبخل  
يوما علينا بالعتاء... إلى أبي العزيز .

كل اخوتي دون استثناء

إلى نصفي الآخر ورفيقي في الحياة وسندي

دقموسي سليمان

قصص

## مقدمة

يعتبر حق الملكية من الحقوق الأساسية التي عنيت بها جل التشريعات منذ القدم، من حيث تنظيمه و ضبط نطاقه، و كيفية استعماله و حمايته لذا عرفته المادة 674 من القانون المدني<sup>1</sup> و يقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 544 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804<sup>2</sup>، والأصل أن الملكية مفرزة، فالمال يملكه مالك واحد ومن ثم يستأثر به دون غيره وله أن يتصرف فيه كيفما شاء وفيما شاء، غير أن لهذا الأصل استثناء يتمثل في إمكانية تعدد الملاك في ملكية شيء واحد، وهذا هو حال مجموعة من الأشخاص آل إليهم الشيء عن طريق الميراث ولم تتم قسمته، أو أنهم اشتروا الشيء معا دون تقسيمه فيما بينهم والشيوع قد يكون مصدره العقد، كما لو اشترى شخصان مالا على الشيوع، وقد يكون الوصية كما لو أوصى شخص للاثنتين بمال على الشيوع، وقد يكون أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، كالتقادم أو الشفعة، ويعد الإرث أكثر المصادر شيوعا،<sup>3</sup>

ففي هذه الحالة خلافا للملكية المفرزة يبقى المال مشاعا بين الشركاء، ويعبر في هذه الحالة عن الملكية ب" الملكية الشائعة"، والملكية الشائعة، الشيوع صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات، و إنما تتحدّد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته. إن حق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوع بين عدة أشخاص، حيث يكون لكل منهم فيه نصيب معين ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير مقسم، ولو كان في الأصل قابلا للإنقسام، فإذا ما تمت القسمة أصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة يستأثر بها ماديا دون غيره من الشركاء<sup>4</sup>

منتشرة في الجزائر، ويرجع البعض من الفقهاء الفرنسيين ذلك إلى نظام الإرث الخاضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو نظام كثيرا ما يعمل على تقنين الملكية إلى قطع صغيرة وعديدة

<sup>1</sup> المادة 674: الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء، شرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

<sup>2</sup> التي تعرف حق الملكية بقولها " الملكية هي الحق الانتفاع بما يملكه و التصرف فيه بطريقة مطلقة"

<sup>3</sup> تيقرين تيزيري ، حماني حكيمة،قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق ، شعبة القانون الخاص الشامل ،جمعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013/2012، ص 06

<sup>4</sup> محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010 ، عمان، الأردن، ص108.

## مقدمة

قد لا يمكن حصرها، وكذا إلى تعقيد إجراءات نظام الإرث لذلك يفضل الورثة البقاء في الشيوخ على قسمة الميراث.

وبما ان الشيوخ ملكية بين عدة أشخاص فلا يعرف كل شخص حد ود ملكه ولا حد انتفاعه به وهذا من شأنه أن يجعل استغلال هذا المال أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكته شخص واحد إذ كثيرا ما يختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال المال ولذا تعد حالة الشيوخ من الناحية الاقتصادية غير مرغوب فيها ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها إذ تكفي الإشارة إلى أنه يترتب على الوفاة وانتقال التركة بين الورثة فترة من الزمن قد تطول أو قد تقصر لذا لا بد من تنظيم الملكية الشائعة، على نحو يقلل بقدر الإمكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد. ونظرا لهذه المضار وغيرها والتي تتجم عن الشيوخ ولذا المشركاء مفترقين أو جميع الحق في طلب إنهاء حالة الشيوخ وذلك باللجوء إلى عملية فرز العقار المشاع من أجل التصرف فيه كل حسب نصيبه وعليه نطرح الإشكالية التالية:

كيف حدد المشرع الجزائري طرق فرز العقار المشاع من خلال القوانين العامة والخاصة؟

وما هي الحالات التي تكون فيها القسمة اتفاقية؟ و متى تكون قضائية؟

أمام هذه التساؤلات، وفي إطار المقاربة المنهجية، اعتمدت المنهج الذي رأيتُه مناسباً وملائماً لمعالجة هذا الموضوع. إذ اعتمدت الوصفي في الفصل من خلال التطرق إلى كل من مفهوم الملكية الشائعة في القانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى وبالاعتماد كطلك إلى تعريفات الفقه القانوني وكذلك في الفصل الثاني اعتمدت إلى المنهج التحليلي الاستقرائي من خلال تحليل النصوص العامة والخاصة في إطار فرز العقار المشاع في القانون الجزائري

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوخ، فقد ينقضي بسبب واقعة مادية، كأن يكتسب أحد الأشخاص ملكية المال الشائع بالتقادم أو أن تؤول ملكية هذا المال إليه بالميراث، وقد ينقضي الشيوخ عن طريق تصرفات قانونية كأن يتم بيع المال الشائع إلى الغير باتفاق الشركاء أو بأن يشتري أحد الشركاء أنصبة الباقين.

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوخ هو القسمة، والقسمة قد تكون قضائية كما قد تكون رضائية وهو ما سيكون محل الدراسة .

وعليه تمثلت أهمية هذا الموضوع في أن:

## مقدمة

أهمية العقار في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

-القسمة الرضائية أو القضائية من أهم سبب لإنهاء الشيوخ والذي ينتشر غالبا عن طريق الميراث.

حالة الشيوخ لها مضار اقتصادية واجتماعية قد تتعارض ورغبات الشركاء في استغلال المال الشائع مما يؤدي ذلك إلى تعطيل الانتفاع كذلك قد يؤدي تعارض الرغبات في نشوب الخلافات فجاأت القسمة كحل لإنهاء هذه الخلافات

نهذف من خلال دراستنا الى تبيان الطرق القانونية التي اقرها المشرع الجزائري من أجل فرز العقار المشاع وذلك من أجل تمكين كل طرف فيه من أتجل منحه حق التصرف والاستغلال بما يراه مناسباً لمصالحه .

من اجل دراسة الموضوع بكشل ملم ووافي قمت بتقسيم الدراسة إلى فصلين الفصل الأول كان حول مفهوم الملكية الشائعة من خلال مبحثين الأول تضمن الملكية الشائعة ذلك في مطلب اول في تعريف الملكية الشائعة وتمييزها عما يشابهها والمطلب الثاني حول أسباب الشيوخ أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لأنواع الشيوخ الاجباري من خلال المطلب الأول الذي تضمن ملكية الأسرة أما المطلب الثاني فقد كان حول الحائط الفاصل المشترك و الطبقات والشقق.

أما الفصل الثاني فقد كان متخصصا في موضوع الدراسة ألا وهو فرز العقار الشائع وذلك من خلال مبحثين أيضا ففي المبحث الأول تطرقنا إلى أنواع القسمة التي اقرها المشرع الجزائري وهي القسمة الاتفاقية و القسمة القضائية وذلك في مطلبين أما المبحث الثاني فقد كان حول كيفية إجراء القسمة و الآثار المترتبة عليها تقسيما إلى مطلبين الأول تضمن كيفية القسمة سواء رضائية أو قضائية أما الثاني فقد كان حول آثار كل من القسمة الرضائية والقسمة القضائية

القضايا  
الأولى  
مفهوم الملكية المشاعية

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

---

### تمهيد

الأصل أن تكون الملكية ثابتة لشخص واحد على شيء مفرز على سبيل الاستثناء والإنفراد، غير أن الملكية قد توجد في وضع استثنائي بحيث تثبت في نفس الوقت لعدة أشخاص على نفس الشيء فيختص كل منهم بحصة رمزية أو حسابية معينة على شكل ملكية شائعة فمن خلال هذا الفصل ومن خلال المبحثين الآتيين سوف نبين مفهوم هذه الملكية الشائعة وكيف تنشأ في المبحث الأول وكيف تكون انواعها في الملكية الشائعة وهذا في المبحث الثاني.

# الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

## المبحث الأول : الملكية الشائعة

الملكية هي سلطة على شيء معين سواء مادي أو معنوي وهي ليست المال في ذاته، وإنما ترد على المال سواء كان منقولاً أو عقاراً، أو على حق معنوي كملكية التأليف والاختراع، وهي حق الإستثمار باستعماله وباستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون.

والقانون الجزائري كغيره من القوانين العربية يعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية التي تحكمه مجموعة من النصوص يتضمنها أساساً القانون المدني وكذا قانون التوجيه العقاري، الذين ضبطا المبادئ العامة للملكية، وأقرا صراحة حرية التملك، والجزائر ورثت وضعية معقدة بخصوص الملكية العقارية بتعاقب حقبة تاريخية مختلفة سواء أثناء العهد التركي الذي أرسى بعض التقسيمات المختلفة للعقارات كأراضي الوقف وأراضي الموت، ثم الاحتلال الفرنسي حيث طبقت أحياناً القوانين الفرنسية الصادرة بفرنسا وأحياناً أصدر الاحتلال قوانين خاصة بالجزائر.

والأصل أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد يستأثر به بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف، وهذه هي الملكية المفردة أو الملكية العادية.

ولكن يمكن أن تثبت ملكية شيء لعدة ملاك في نفس الوقت، كل واحد منهم يملك حصة في هذا الشيء ملكية تامة دون أن تتجزأ، وهذه هي الملكية الشائعة<sup>1</sup>، والمالك الشائع كالمالك المفرد من حيث جواز التصرف فيه بالبيع والهبة<sup>2</sup> وكذا ممارسة عناصر الملكية الأخرى كالاستعمال والاستغلال، وفي هذا المبحث نعرف الملك المشاع ثم نميزه عن النظم المشابهة، و نبين أسباب تكوين الملكية الشائعة .

والملكية الشائعة منتشرة في الجزائر، ويرجع البعض من الفقهاء الفرنسيين ذلك إلى نظام الإرث الخاضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو نظام كثيراً ما يعمل على تقنين الملكية إلى قطع صغيرة وعديدة قد لا يمكن حصرها، وكذا إلى تعقيد إجراءات نظام الإرث لذلك يفضل الورثة البقاء في الشيوع على قسمة الميراث.

<sup>1</sup> أولاد العيد الطاهر، التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر،

2007، ص38

<sup>2</sup> المصلح عبد الله بن عبد العزيز، قيود الملكية الخاصة في الإسلام، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى،

1988، ص120

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

المطلب الأول : تعريف الملكية الشائعة وتمييزها عما يشابهها

الفرع الأول : تعريف الملكية المشاع

الملكية الشائعة حالة قانونية يمتلك فيها الشركاء حصص غير مفرزة كالورثة في الشيوخ قبل القسمة<sup>1</sup> يقال للملك أنه شائع يقصد بلفظ شائع: غير مجزأ، غير مقسم بعد، يقال بخلاف المال المقسم إلى حصص، بشكل أخص في المال الشائع بالنسبة للملكية<sup>2</sup>، ويقال لكل واحد منهم مالك على الشيوخ أو مشتاع أو شريك في الملك<sup>3</sup>.

وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، وإنما يقع حق كل شريك على حصته الشائعة في هذا المال، فحق الملكية على الملك المشاع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته، فالشيء الشائع مملوك لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه<sup>4</sup>.

وتتعين حصص الملاك في الشيوخ عادة عند بدء الشيوخ تبعا لمصدره، فإن كان ميراثا عين القانون نصيب كل وارث، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصى له، وإن كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك، وقد لا تتعين الحصص، كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوخ دون أن يبينوا حصة كل منهم، فعندئذ تكون الحصص متساوية ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك.

وقد عرف المشرع الملكية الشائعة في المادة 713 من القانون المدني "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مقررة، فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقر الدليل على غير ذلك."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثالثة، ص 13

<sup>2</sup> جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 935

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 2004، ص 304

<sup>4</sup> بخوش الزبير، إدارة المال الشائع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، سنة 2007، ص 1

<sup>5</sup> المادة 713 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

الملاحظ على هذا النص ، أن المشرع استخدم لفظة الشيء وهذا معناه دخول العقار والمنقول، فكلاهما قد يرد عليه الشيوخ، أنظر المادة 721 قانون مدني.

كذلك أقر المشرع أن الشيوخ لا يقوم إلا على ملكية اثنان فأكثر لشيء واحد .فالملك يجب أن يملكه أكثر من شخص واحد،حتى تكون بصدد ملكية شائعة.

كذلك أوجب المشرع في المادة السالفة أن تكون الحصص غير مقررة، أي غير مفرزة وهو التعبير الذي استخدمه المشرع المصري في المادة 725 مدني مصري لتعريف بالملك الشائع حيث قال: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوخ"...ونجد أن عبارة مفرزة أنسب من عبارة مقررة لأن التقرير قد يحمل معان أخرى عكس الفرز فهو أدق في التعبير عن الحالة.

كما يتبين من مادة القانون الجزائري 713 مدني أن الملكية المشاعة تتكون من حصص فحق المالك في هذا النوع من الملك يتعلق بحصة في مجموع الملك لأن هذا الأخير ينقسم حصصياً دون أن ينقسم المال ذاته<sup>1</sup> .

فالملاك أو المشتاعين يجب أن تعين حصة كل منهم في مجموع الملك سواء كانت النصف أو الربع أو غيرها من الأنصبة مما عين عادة عند بدء الشيوخ تبعاً لمصدره<sup>2</sup> وصورة هذا النوع من الملكية العقارية أن يرث إخوة مهما كان عددهم عقاراً عن أبيهم المتوفى فيكونون بذلك شركاء في هذا العقار على الشيوخ لكل واحد منهم حصته التي قررها له الشرع والقانون فإن كانوا إخوة ذكورا كانت حصة كل واحد منهم مساوية لأخيه وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً كان للذكر مثل<sup>3</sup> حظ الأنثيين وقد يكون مصدر الشيوخ وصية كأن يوصي شخصاً الإثنين أو أكثر بعقار ويتحدد نصيب كل موصى لهم قسم العقار بينهم بالتساوي يستشف هذا من نص المادة 195 قانون أسرة، وإن كان مصدر الشيوخ عقداً<sup>4</sup> فيرجع إلى أحكام العقد نفسه المنشئ للشيوخ في تحديد الأنصبة وفي حالة عدم نص العقد على نصيب كل شريك في الشيوخ تعتبر الحصص متساوية بنص المادة 713 مدني جزائري..." وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك إذاً

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

<sup>2</sup> السنهوري، مرجع سابق، ص 796 .

<sup>3</sup> أنظر الآية 11 من سورة النساء/مع ملاحظة أن المثال ليس فيه نصيب للزوجة  $\frac{1}{8}$  لأنه غير مذكورة في المثال

<sup>4</sup> مثاله أن يشتري عدة أشخاص قد يكونوا من أسرة واحدة عقاراً على الشيوخ دون تحديد نصيب كل واحد منهم.

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

تحديد الأنصبة أمر واجب في مثل هذه الملكية فيجب أن يحدد لكل شريك في الشيوح حصته لأن القانون يوجب تحديد الأنصبة في الملكية الشائعة وإن لم تكن الأنصبة محددة بنسب إما الربع أو النصف أو غيرها فهو يفترض تساوي الحصص تقاديا لعدم تحديد الحصة.

والملاحظ أن هناك فرق بين فرز الحصص وتحديد الحصص لأن الفرز هو تعيين الحصة بمكانها وجهتها وحدودها في العقار ومساحتها . وغيره أما التخصيص فهي نسب في الشيء توزع على الشركاء حسب حقهم في الشيوح دون تحديد لمكان معين في العقار مثل الربع، النصف فمثلا صاحب الربع يملك ربع العقار بدون تحديد لجزء من العقار يعود له ولا سبيل للخروج من هذا الوضع إلا بالقسمة الودية أو القسمة القضائية<sup>1</sup>.

وتعدد الملاك في الملكية الشائعة يثير عدة إشكالات فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف لأن ممارسة هذه السلطات تقتضي إجماع الشركاء فرغم أن كل شريك في الشيوح يملك حصته ملكا تاما وله التصرف فيها والاستيلاء على ثمارها كما له حق استعمال حصته بشرط ألا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء بنص المادة 714 قانون مدني إلا أن المادة التي بعدها 715 جعلت إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاقا يخالف ذلك وهذا الاجتماع للشركاء لا يشترط أن يكون إجماعا تاما يضم كل الشركاء بل تكفي فيه الأغلبية من الشركاء فقط بحسب قيمة الأنصبة وقد حددت المادة 717 هذه الأغلبية بثلاثة أرباع المال الشائع أي الرأي الغالب في إدارة المال الشائع يكون لمجموعة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار المشاع وإن لم توجد أغلبية فالمحكمة هي التي تتخذ التدابير اللازمة في تعيين مدير للمال الشائع بناء على طلب أحد الشركاء حسب المادة 716 مدني<sup>2</sup>.

ومنه يمكن القول بأن فالشيوح مهما كانت صورته له ثلاث عناصر :

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها، نشر دار الجامعة الجديدة،

2004 مصر ، ص 72 وما بعدها

<sup>2</sup> المادة 716 : يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة. فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما، أو خاصا.

وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم."

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

تعدد أصحاب الحق العيني " الملاك المشتاعين " أو أصحاب حق الرقبة المشتاعين وحدة طبيعة حقوقهم " حق ملكية، أو حق رقبة، أو حق انتفاع ".  
وحدة محل حقهم، سواء كان مالا واحدا عقارا أو منقولا، أو كان عدة أموال.

والمالك المشاع صنفان :الأول مشاع غير قابل للقسمة، وهو الذي لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مرادا قبلها، سواء كان الانتفاع به بمنفعة أخرى غير منفعته الأصلية كالحصة في أرض زراعية أو دار كبيرة، أم لا يمكن الانتفاع به مطلقا كساقية أو حمام أو دابة، والثاني مشاع قابل للقسمة، وهو ما يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصودا منه قبل القسمة.<sup>1</sup>

وفي الفقه الإسلامي عرف الملك المشاع كما يلي :المال الشائع أو المشاع، هو المال المشترك، أو الممتزج بغيره بحيث لا يمكن تمييزه.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: تمييز الملك المشاع عن النظم المشابهة.

إن الطابع الإستثنائي الذي تتميز به الملكية الشائعة يجعلها تختلف عن بعض النظم المشابهة، فالمشاع باعتباره حالة مؤقتة تنتهي حتما في مدة أقصاها 20 سنة تختلف عن الملكية الفردية التي تبقى كذلك إلى أن يطرأ عليها تصرف كالبيع إلى أكثر من مشتري أو وفاة المالك وانتقالها للورثة.<sup>3</sup>

وكذلك الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في الشيء كله لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميزها عن الملكية المفززة التي يكون فيها الملك محدد ومفزز، كما أن الملكية الفردية أضحت هي الأصل والملكية الشائعة هي الإستثناء، والمالك في الشيوع يكون مرتبطا في التصرف في ملكه بحقوق الشركاء الآخرين بينما المالك في الملكية المفززة لا يخضع إلا للتشريع المعمول به.

<sup>1</sup> إمام محمد كمال الدين، نظرية الفقه في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، 1998 ، ص424

<sup>2</sup> فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1989، ص338

<sup>3</sup> قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، سنة 2001، ص 181

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

كما تختلف الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة التي هي جماعية لا فردية، فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ولا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا الحصة فيه مفرزة أو شائعة، إذ أن كل شريك في الملكية المشتركة يقدم نصيبه يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الجماعة دون أن تكون لها شخصية معنوية.

أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا جماعية لأن كل شريك على الشيوع يملك مفردا حصة في المال الشائع وينصب حقه على هاته الحصة مباشرة<sup>1</sup>

والشيوع يتميز عن الشخصية المعنوية، فإذا كان المال شائعا بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال، أما إذا كان المال مملوك لشخص معنوي كالشركة فالمال مملوك كله لهذا الشخص المعنوي، وليس لأحد الشركاء في الشركة حق عيني في أموالها فلا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفياتها<sup>2</sup>.

ويوجد في القوانين الجرمانية نظام يسمى بملكية اليد المشتركة، وفيه يكون المال المشترك مملوكا لجميع الشركاء كجماعة دون أن يكون خاضعا للقسمة بينهم، وذلك بسبب الغرض الذي خصص له، وهو ينطبق على الجماعات التي لا تملك الشخصية المعنوية، والمشاركة بين الزوجين في النظم التي توجب هذه المشاركة بينهما ما دامتا زوجين<sup>3</sup>، فهو نظام وسط بين الملكية الشائعة وملكية الشخص الاعتباري، إذ هو يتميز عن الملكية الشائعة بأن الأموال فيه تكون مملوكة للشركاء مجتمعين، والواقع أن هذا النظام لا تسيطر عليه فكرة محددة.

والشيوع يختلف عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد، فقد تكون رقبة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر، فلا يعتبر مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع في شيوع فيما بينهما، لأن لكل منهما حق يختلف عن الحق الذي للآخر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> زيدان محمد، حق الإرتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2004 ، ص

116

<sup>2</sup> دفاش فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2011، 01/2012، ص 15.

<sup>3</sup> الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي مدينة نصر، 1996 ، ص 129 .

<sup>4</sup> بخوش زبير، إدارة المال الشائع، الرجوع السابق، ص 02.

# الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

## المطلب الثاني: أسباب الشيوخ

إن أي سبب يؤدي الى كسب ملكية فردية مفرزة يصلح سببا لنشوء ملكية شائعة المهم أن يكون هذا السبب يتصل بعدة أشخاص في الوقت ذاته . وهذا يعني أن الشيوخ قد ينشأ بتصرف قانوني شرعي أو بواقعة مادية ، ولذلك قال صاحب البدائع : " الشركة في الأصل نوعان : شركة الأملاك وشركة العقود، وشركة الأملاك نوعان : نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما . أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، أو يتصدق عليهما، فيقبلا فيصير المشتري والموهوب و الموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك .وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك"<sup>1</sup>

## الفرع الأول: نشوء الشيوخ بتصرف قانوني

تنشأ الملكية الشائعة بالتصرفات القانونية والشرعية<sup>2</sup>، سواء أكانت هاته التصرفات قد وقعت من جانب واحد أو جانبيين ، وسنبين ذلك فيما يلي:

**تصرفات منشئة للشيوخ من الجانبين:** وذلك مثل أن يشتري شخصان فأكثر مالا على الشيوخ ، ومن ذلك ما جاء في كفاية الأختيار " : أما لو كان مشاعا بأن اشترياه معا على الشيوخ"<sup>3</sup> ، أو أن يبيع مالك نصف داره أو أرضه في الشيوخ<sup>4</sup>.

**تصرفات منشئة للشيوخ من جانب واحد:** ومثال ذلك أن يوصي أو يهب شخص ماله لاثنتين أو أكثر على الشيوخ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لبييض بوبكر،التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون فرع المعاملات المالية،قسم العلوم الإسلامية،كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية،جامعة وهران 01 أحمد بن بلة،2014/2015، ص 38.

<sup>2</sup> حسن كيره ،الحقوق العينية الأصلية ،حق الملكية ،ج2 ،ط2 ، من دون اسم دار النشر ، 1958 م ،ص 309

<sup>3</sup> أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تج : علي عبد الحميد بلطجي ،محمد وهبي سليمان ،ط 2 ،دار الخير ، 2886 م، دمشق - سوريا، ص190

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال ،ج 9، دار احياء التراث ، العربي ، القاهرة - مصر ، 2849 م ، ص518

<sup>5</sup> لبييض بوبكر،المراجع السابق، ص 39

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

---

### الفرع الثاني: نشوء الشيوع بواقعة مادية.

وينشأ الشيوع أيضا بالوقائع المادية ، وذلك مثل الحيازة أو استيلاء شخصين فأكثر على مال مباح ، والالتصاق والشفعة والتقادم تصلح أيضا أن تكون سببا لنشأة الشيوع. وأهم سبب لنشأة الشيوع وأغلبها وأكثرها وقوعا هو الميراث، لأن أكثر ما يكون الشيوع في حالة وفاة المورث ، وتركة لورثة متعددين ، فتنقل إليهم أموالهم شائعة بينهم ، حيث يعد كل الورثة ( الخلف العام ) شركاء على الشيوع في كل أعيان التركة إلى أن تنقرر القسمة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> لبيض بوبكر، المراجع السابق، ص 39

# الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

## المبحث الثاني : أنواع الشيوخ

تجدر الإشارة إلى أن الملكية المشاعة نوعان شيوخ اختياري أو شيوخ اجباري. فالشيوخ الاختياري هو ما كان قابلا للقسمة بمعنى أن الخروج من حالة الشيوخ أو البقاء فيه متوقف على إرادة المالكين فكل واحد من الشركاء المشتعين إفران نصيبه عين له حق طلب إفران نصيبه فيصبح بذلك مالكا ملكية مفرزة حيث نصت المادة 722 قانون مدني على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق " والخروج من الشيوخ كما أسلفنا يكون إما اتفاقيا إذا انعقد إجماع الشركاء على تقاسمهم وخروجهم من الشيوخ حسب المادة 723 مدني وإما قضائيا باللجوء إلى القضاء إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع حسب المادة 724 مدني حيث تكون القسمة القضائية بطريقة الاقتراع حسب المادة 727 مدني جزائري.<sup>1</sup>

اما المال الشائع شيوخا اجباري هو الذي عرفته المادة 743 من القانون المدني بقولها " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة" يتجلى من هذا النص في أن الملكية المشتركة لا تكون في الأرض الفضاء بل لابد من وجود بناء وتعدد المالكين لهذا البناء فالبناء أو مجموعة البناءات المملوكة لشخص واحد لا تشكل ملكية مشتركة وقد حددت إجبارية هذه الملكية والإبقاء جبرا على الشيوخ فليس للمالكين المطالبة بقسمتها المادة 747 مدني حيث نصت على " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن القسامات التي تشكل الوحدة العقارية".<sup>2</sup>

الأصل في الشيوخ التوقيت بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله.

<sup>1</sup> خليل أحمد قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص223

<sup>2</sup> تبنت المحكمة العليا حكما مماثلا لما جاء في نص المادة 747 مدني في قرارها رقم 78876 بتاريخ 1991/07/01 مجلة قضائية لسنة 1992، العدد 03، ص35

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

والمال الشائع في الشيوع الإجباري يكون مخصصا لغرض معين ، وأن هذا الغرض يقتضي أن يبقى المال على الشيوع دائما طالما بقي هذا المال مخصصا لهذا الغرض ولذلك فالمال الشائع شيوعا إجباريا لا يجوز قسمته إلا إذا انتهى تخصيصه للغرض المعدل والذي يقتضي بقاءه على الشيوع لأي سبب من الأسباب ويتوافر الشيوع الإجباري في صورتين أساسيتين :

- الشيوع الإجباري الأصلي يتحقق إذا كان المال الشائع مخصصا بصفة مستقلة الخدمة أو انتفاع مجموعة من الأشخاص على وجه الدوام كما هو الشأن بالنسبة للشركات إذ أن الشخص المعنوي المملوك يكون في هذه الحالات مخصصا لغرض معين في سبيل خدمة أو انتفاع الأشخاص المالكين له.

- وأما الشيوع الإجباري التبعية فيتحقق إذا ما وجد شيء شائع مخصص لخدمة عقارا أو أجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء على سبيل الفاصل المشترك والأجزاء المشتركة في منزل مقسم إلى شقق أو طبقات لملاك مختلفين وتسري على الشيوع الإجباري التبعية أحكام الملكية دون أحكام الارتفاق (يعني الشيوع الإجباري التبعية يكون العقار مملوك لأصحاب العقار على سبيل الشيوع بينما حقوق الارتفاق).

يكون العقار المرتفق به مملوك لمالك آخر غير مالك العقار المرتفق والحق في العقار الشائع شيوع إجباري لا يسقط بعد الاستعمال<sup>1</sup> عكس الحق في الارتفاق مدة 15 سنة.

### المطلب الأول : ملكية الأسرة

إذا قلنا بأن معيار التمييز بين الشيوع العادي و الشيوع الإجباري هو حرية الشخص في طلب القسمة للخروج من الشيوع ، فإن ملكية الأسرة تعتبر شيوعا إجباريا، لأنه و خلال مدة قيامها لا يمكن للشركاء طلب القسمة للخروج من حالة الشيوع طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 740 من التقنين المدني و التي تنص على ما يلي : " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة " .

الشيوع يكون إجباريا إذا كان الغرض الذي خصص له المال الشائع يقتضي أو يبقى شائعا على الدوام ، و بالرجوع إلى ملكية الأسرة نجد أن الغرض الذي خصص له هذا المال مصدره الاتفاق

<sup>1</sup> محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 02 ، سنة 2000 ، ص 135-136

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

و ليس طبيعة المال في حد ذاته . و تظهر أهمية هذا النوع من الملكية خاصة في نطاق الاستثمار الزراعي ، لأنها تحافظ على الأرض الزراعية الموروثة و على المنقولات المرصدة لخدمتها ، كما تظهر أهميتها أيضا في نطاق الاستثمار التجاري .

تنص المادة 738 من التقنين المدني على ما يلي : " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . و تتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها و اتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة و إما من أي مال آخر لهم . " فمن خلال هذه المادة يمكن استنتاج شروط إنشاء ملكية الأسرة و هي :

### الفرع الأول أن يكون الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة مكتوبا

طبقا للمادة 738 من التقنين المدني السالفة الذكر فإن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا بموجب اتفاق مكتوب ، فالكتابة هنا ركن لانعقاد و ليست شرطا للإثبات فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلا حتى و لو اقر به المتعاقدون، يجب أن تميز بين الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية ، و الكتابة كأداة للإثبات ، فقد يتطلب القانون شكلا خاصا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية مثل عقد بيع العقار ، إذ في هذه الحالة تكون الكتابة لازمة لانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا. أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في الكفالة مثلا ، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا و يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين .

و إذا لم يتبين من النصل ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو إثباته ، و لم يمكن الوصول إلى ذلك بطرق التفسير المختلفة ، فإن الكتابة في هذه الحالة تكون مطلوبة لإثبات ، لأن القاعدة هي أن تكون التصرفات رضائية ، و الاستثناء هو أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلا خاصا بالنسبة لبعض التصرفات<sup>1</sup>

و الإتفاق هو تراضي على إنشاء ملكية الأسرة ، و يشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية في الأعضاء المتعاقدين، و الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية التصرف لا الإدارة ، ذلك لأن من يدخل ماله في ملكية الأسرة تنقيد حريته في التصرف فيه ، بالإضافة إلى أن من يتولى إدارة هذه الملكية يتمتع بسلطات واسعة تتسع لتشمل الإدارة غير المعتادة كما سنرى لاحقا . و عليه يجب

<sup>1</sup> السعدي محمد صبري ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع ، دار هومة، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 43.

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

توافر الأهلية الكاملة فيمن يريد أن يكون عضوا في ملكية الأسرة ، أي بالغاً لسن الرشد متمتع بقواد العقلية ، غير محجور<sup>1</sup> و لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يدخل مال من ينوب عنه في ملكية الأسرة، إلا بعد الحصول على إذن من القاضي<sup>2</sup> .

و المادة 738 من التقنين المدني السالفة الذكر لم تبين نوع الكتابة المطلوبة ، فهي لم تشترط الكتابة الرسمية و عليه يكفي أن يكون المحرر عرفياً لإنشاء ملكية الأسرة.<sup>3</sup>

و السبب في اشتراط الكتابة هو أن ملكية الأسرة يمكن أن تدوم مدة طويلة قد تصل إلى خمسة عشر سنة ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوباً حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة.<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة

يشترط أن يكون الشركاء الذين يتفقون على إنشاء هذه الملكية أعضاء أسرة واحدة ، و المعنى القانوني الدقيق لاصطلاح الأسرة هو الذي ينصرف إلى الأقرباء بالنسب وحدهم ، وهم من يجمعهم أصل مشترك " و هو ما تقضي به المادة 32 من التقنين المدني التي تنص على ما يلي : " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد

<sup>1</sup> حيث تنص المادة 40 من التقنين المدني على ما يلي : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواد العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة

<sup>2</sup> تنص المادة 88 من قانون الأسرة على ما يلي : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريرص و يكون مسئولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام .

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1 . بيع العقار ، قسمته ، و رهنه ، و إجراء المصالحة ،

2 - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة ،

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

<sup>3</sup> رقت المادة 324 من التقنين المدني الكتابة الرسمية يقولها " : العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه " و تعرف المحررات العرفية بأنها الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي موثق في تحريرها.

<sup>4</sup> السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 940

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

<sup>1</sup>، و لا يهم إذا كانوا فيما بينهم أقرباء قرابة مباشرة ، و هي التي تجمع ما بين الأصول و الفروع ، أو قرابة حواشي و هي التي تربط ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

و لكن هناك من يرى القول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوي القربى فيه شيء من التضيق، ولذا ينبغي أن تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج و الزوجة فليس من الضروري أن تقوم بينهما قرابة، لأنه ليس من المتصور أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أولاد الأعمام، ولا تقوم ما بين الزوج و الزوجة ، و أنه ينبغي تجنب القول بأن أسرة الشخص تتكون من ذوي قرياه و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك<sup>2</sup>، حيث لا يصح أن يفهم معنى الأسرة في هذا الخصوص وفقاً لما تنص عليه المادة 32 من التقنين المدني السالفة الذكر، و إنما يجب أن تؤخذ الأسرة بالمعنى الدارج المألوف بين الناس، ما دام أن العلة في قيام ملكية الأسرة هي الرابطة القوية التي تقوم بين أعضائها على أساس وحدة العمل أو المصلحة ، و عليه لا يقتصر أعضاء الأسرة على الأقرباء بالنسب ، بل يشملون كذلك الزوج و الزوجة كما يشملون الأوصياء<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة

تقضي العبارة الأخيرة من المادة 738 من التقنين المدني بأنه : " ... و تتكون هذه الملكية إما من تركة وراثتها و اتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة و إما من أي مال آخر لهم " . و عليه يجب أن تكون الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة مملوكة للأعضاء وقت الاتفاق على إنشاء هذه الملكية ، فلا يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من الأموال التي ستؤول إلى أفرادها في المستقبل ، و الغالب أن تكون هذه الأموال تركة وراثتها و اتفقوا على إبقائها كلها أو بعضها في الشبوع ضماناً لحسن الاستغلال ، و يجوز أن تكون هذه الأموال مملوكة لكل منهم بسبب آخر غير الميراث<sup>4</sup>، فلا مانع أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مفرز ، لإدخاله في ملكية الأسرة بل يمكن أن يتفق أعضاء الأسرة ابتداءً على أن يقدم كل واحد منهم مال مفرز

<sup>1</sup> كيره حسن، المرجع السابق ، ص 239

<sup>2</sup> السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 940

<sup>3</sup> الصدة عبد المنعم فرج ، المرجع السابق، ص 258 .

<sup>4</sup> الصدة عبد المنعم فرج ، المرجع نفسه، ص 259 .

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

يملكه ، لتتكون من هذه الأموال المفترزة ملكية الأسرة الشائعة<sup>1</sup> فهي أقرب إلى الشركة ، و يكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا يقتضي وحدة الإدارة ، غير أن الشركة شخص معنوي يكون هو المالك لهذه الأموال ، أما في ملكية الأسرة فتبقى الأموال مملوكة على الشيوع لأعضاء الأسرة.

### الفرع الرابع: أن لا تزيد مدتها عن خمس عشر سنة

تنص المادة 739 من التقنين المدني على ما يلي : " يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة ، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك. " و إذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك. "

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أنه توجد حالتين فيما يتعلق بمدة ملكية الأسرة ، الأولى أن يتفق الشركاء على تحديد المدة ، و الثانية أن لا يقوموا بتحديد المدة في الإتفاق المكتوب المنشأ لهذه الملكية و في الحقيقة الإتفاق أو عدم الإتفاق على تحديد المدة ليس له تأثير على المدة فهي في كل الأحوال لا يجوز أن تتجاوز خمسة عشر سنة ، و إنما له تأثير على حرية الشريك في إخراج نصيبه من ملكية الأسرة .

### أولاً : تحديد المدة في الاتفاق

فإذا تم تحديد مدة ملكية الأسرة في الاتفاق فيجب أن لا تزيد هذه المدة عن خمسة عشر سنة ، و إذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، و لم يطلب أحد من الشركاء القسمة ، بقي الشيوع قائماً ، و لكنه يصبح شيوعا عاديا لا ملكية أسرة<sup>2</sup>، و في هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادي ، فقد رأينا فيما سبق أنه لا يجوز الإتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات .

و لا يجوز للشريك في ملكية الأسرة طلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، و هذا ما قضت به المادة 740 من التقنين المدني التي نصت على ما يلي : " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ... " غير أن المشرع قدر أنه قد يطرأ أثناء هذه المدة ما

<sup>1</sup> لسنهوري عبد الرزاق ، المرجع نفسه، ص 943.

<sup>2</sup> الصدة عبد المنعم رج ، المرجع السابق ، ص 260 ؛ طلبه أنور ، المرجع السابق ، ص 615 .

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

يجعل أحد الشركاء في حاجة إلى إخراج نصيبه، و لهذا أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له لإخراج نصيبه من الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، و من خلال نص الفقرة الأولى للمادة 739 من التقنين المدني سألفة الذكر نجد أن المشرع قد قيد حق الشريك في إخراج نصيبه من ملكية الأسرة:

1 - أن يرفع الشريك دعوى بطلبه إلى المحكمة المختصة .

2- أن يستند في طلبه إلى وجود مبرر قوي ، كما لو اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو كان في حاجة إلى المال ، أو وقع بينه و بين باقي الأعضاء خلاف لا أمل في تسويتها.<sup>1</sup>

### ثانيا : عدم تحديد المدة في الإتفاق

إذا لم تحدد لملكية الأسرة مدة في الاتفاق المكتوب ، كان لكل شريك الحق في أن يطلب إخراج نصيبه من هذه الملكية و ذلك بعد مرور ستة أشهر من يوم إعلان رغبته في ذلك إلى باقي الشركاء<sup>2</sup>، طبقا لنص المادة 739/02 من التقنين المدني و التي تنص على ما يلي : " و إذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك " .

و تجدر الإشارة أخيرا أن إخراج أحد الشركاء نصيبه من ملكية الأسرة بعد إنقضاء ستة أشهر من إعلانه لبقية الشركاء عن رغبته في ذلك ، أو لوجود مبرر قوي إذا كانت هناك مدة محددة ، فإن هذا لا يعتبر قسمة للمال الشائع ، حيث يجوز اللجوء إلى التجنيب و لو كان التقسيم على أساس أصغر نصيب ممكن ، أو لدفع مبلغ نقدي<sup>3</sup>.

و بالإضافة إلى الشروط السابقة لا بد أيضا من مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العفاري ، طبقا لنص المادة 165 من التقنين المدني و التي تنص على ما يلي : " الإلتزام بنقل الملكية أو

<sup>1</sup> سوار محمد وحيد الدين ، حق الملكية في ذاته، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص 179؛

<sup>2</sup> سوار محمد وحيد الدين، المرجع نفسه، ص 179 .

<sup>3</sup> الصدة عبد المنعم فرج ، المرجع السابق، ص 265

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري " حيث يترتب على إبرام عقد ملكية الأسرة تغيير في حق ملكية العقارات ، فبعدما كانت مملوكة على الشيوع باعتبارها تركة أصبحت مملوكة على الشيوع أيضاً لكن باعتبارها ملكية أسرة، أو بعدما كانت مملوكة ملكية مفرزة لأعضاء الأسرة أصبحت مملوكة لهم على الشيوع بعد إبرام عقد ملكية الأسرة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : الحائط الفاصل المشترك و الطبقات والشقق

#### الفرع الأول : ملكية الحائط الفاصل المشترك

إذا كان الحائط الفاصل بين جارين مملوك لهما على الشيوع ، كان هذا الشيوع إجبارياً نظراً لطبيعة الغرض المخصص له هذا الحائط مثل : الاشتراك في حائط قد ينتج من اشتراك الجارين في إقامته أو من اكتساب أحدهما الملكية المشتركة في الحائط الذي بناه الآخر بالتقادم أو بالالتصاق ، ونصت في هذا الشأن المادة 817 مدني مصري على أنه :

« الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين يعد مشتركاً حتى مفترقهما ما لم يقر الدليل على العكسية ومقتضى هذا النص يشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

- 1) أن يكون الحائط الفاصل فاصلاً بين بناءين لا مجرد فاصل بين عقارين
- 2) أن يكون الحائط فاصلاً بين البناءين منذ إنشائه لا في تاريخ لاحق : فإذا كان أحد الجارين قد بنى في ملكه ثم تتبعه الآخر في البناء مستتراً بينائهما فلا يفترض الاشتراك في الحائط الفاصل بينهما وإذا أثبت الاشتراك في ملكية الحائط فإن هذا الحائط يعتبر مملوكاً على سبيل الشيوع الإجباري فلا يجوز قسمته بين الشركاء ولا يجوز لأي منهم التصرف في حصته فيه استقلالاً عن البناء الذي يملكه على نحو ما رأيناه في القواعد العامة للشيوع الإجباري والأصل كذلك أن لكل مالك أن يستعمل الحائط المشترك في حدود الغرض المخصص له وبشرط عدم الإضرار بالشركاء والآخرين الاشتراك في نفقات الحائط المشترك يوزع بنسبة حق كل شريك وللشريك أن يتخلص من الاشتراك في النفقات إذا تخلى عن الملكية بما يستتبعه ذلك من عدم الانتفاع

<sup>1</sup> الصدة عبد المنعم فرج ، المرجع السابق، ص 265

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

بالحائط للشريك الحق في التعديل في الشيء لتحقيق مصلحته الشخصية ما دام ذلك لا يضر بشريكه<sup>1</sup>

للشريك الحق في تغطية الحائط المشترك إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بالغا وهو وحده الذي ينفق على التغطية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا منه .

بالإضافة إلى نفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التغطية وكذلك يتعين على من يريد التغطية أن يجري زيادة سمك الحائط في أرضه إذا اقتضى الأمر ذلك ، وإذا تعذرت زيادة السمك في أرضه ولزم أن يشتمل جزءا من أرض جاره تعين عليه أن يعوضه عن ذلك

ويلاحظ أن الحق في التغطية مشروط في الحالتين بعدم الإضرار بالجار ضررا بليغا ، فإذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهزام بناء الجدار أو إحداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك في هذا الحائط هدمه لإعادة بنائه

- إذا تمت التغطية دون حاجة إلى هدم الحائط أو بعد هدمه وإعادة بناءه ظل الجزء الأسفل ملكا مشترك دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبا الآخر بتعويض ، أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتغطية<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : ملكية الطبقات أو الشقق

يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذي يتعدد مالكة بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفرزة ، مما يستتبع تملكهم للأجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة

وقد انتشر هذا النوع من الملكية في بعض الدول الأجنبية عقب الحرب العالمية الأولى والثانية وما تبعهما من أزمة الإسكان وانتشر أيضا في مصر على إثر أزمة الإسكان بعد أن لجأ الأفراد إلى بناء العمارات وبيعها شققا

وقد عرفت الشريعة الإسلامية كذلك نظام الطبقات على أساس تقسيم البناء إلى طبقات ملك كل مالك طبقة منها بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفرزة وبحيث يكون لصاحب

<sup>1</sup> مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، الطبعة 2 ، سنة 2000 ، ص 144-146

<sup>2</sup> مصطفى الجمال ، المرجع نفسه ، ص 141،142،143

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

الطبقة الأعلى وتسمى (العلو) حق القرار على الطبقة التي تحتها وتسمى (السفل) وهذا النظام يختلف عن نظام ملكية الطبقات أو الشقق الذي ينتشر في الوقت الحاضر ، حيث يقوم هذا النظام على أساس النظر إلى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة وتقتصر الملكية المفترزة لكل مالك على الجدران الثانوية التي توجد داخل الطبقة أو الشقة وما تشمله الطبقة أو الشقة في الداخل من أدوات وما تكسب به الأرضية من أخشاب أو بلاط أو غيرها<sup>1</sup>

<sup>1</sup> مصطفى الجمال، مرجع سبق ، ص 148 ، 149

## الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة

### الخلاصة

وخلاصة القول في الملكية المشاعة سواء كانت إختيارية أو إجبارية على نحو ما فصلنا أنها حق ملكية تشمل جميع عناصر الملكية من تمتع وتصرف في العقار حسب المادة 675 مدني والمادة 714 مدني واستشهد بالمادة 675 مدني لأن المادة 713 مدني أقرت أن الشريك في الشيوخ مالك بنصها أن " إذا ملك اثنان أو أكثر...وكذلك المادة 714 بنصها على أن"كل شريك في الشيوخ يملك...فالشاهد من النصين أن الشريك في الشيوخ مالك له كل حقوق المالك الأصلي بضوابط الملك المشاع.

وإذا بحثنا في الطبيعة القانونية للملكية الشائعة وجدناها ملكية وسط بين الملكية المفردة الفردية والملكية الجماعية وذلك لأن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ تكون شائعة في كل العقار بحيث لا تتركز في جانب معين من العقار ولا جهة محددة بالذات وفي مقابل هذا نجد الحصة المملوكة في الشيوخ ليست ملك لكل الشركاء بل كل شريك يملك حصته دون فرز وإذا أردنا أن نحدد إلى أي الملكيتين تكون أقرب بمعنى هل الملكية المشاعة تكون أقرب في صورتها إلى الملكية الفردية أم إلى الملكية الجماعية وجدناها تشترك مع الملكية المفردة الفردية في طبيعتها لأن كل شريك في الشيوخ يملك ملكية فردية لحصته في المال الشائع وفي العقار الشائع عكس الملكية الجماعية التي لا يملك أي واحد من الجماعة ملكية بمفرده ولا حتى حصة فيها فضلا على أن يملك الكل بل الملكية في الملكية الجماعية تعود للمجموعة دون أن تكون لهم شخصية معنوية أما الشيوخ الإجباري فالسائد قديما تكليفه على أساس نظرية الإرتفاق المتبادل وذلك بأن يكون لكل شريك نصف المال مثلا مفرزا وله حق ارتفاق على النصف الآخر أي تكون بصدد عقار مرتفق وآخر مرتفق به غير أنه هجرت هذه النظرية وأصبح السائد اليوم هو اعتبار الأجزاء المشتركة في هذا النوع من الملكية ملكية شائعة بين مالكين أو أكثر لكل منهم حقوق المالك على المال الشائع وعليه واجباته وما يتميز به هذا النوع من الشيوخ هو عدم امكانية أي شريك المطالبة بقسمته لأن حالة الضرورة التي أملت هذه الحالة من الشيوخ الإجباري تقتضى بقاءه كذلك طالما بقيت الأوضاع التي دعت إليه قائمة.

القضايا  
الثانوية  
فرز العقار والمشاع

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

### تمهيد

تعتبر القسمة من مقتضيات المعقول، حيث الحاجة داعية إليها، ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره و ليتخلص من سوء المشاركة و من تعدد الأيدي، إذ مما لا شك فيه أن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لا شك في رجحانه على الاستغلال الجماعي للشيء الشائع.

والشروع كثيرا ما يكون مصدر للمتاعب بين الشركاء مما يوقع الاختلاف بينهم، خاصة وأن الشركاء في الغالب يكونون من أعضاء أسرة واحدة، فكانت القسمة بينهم دفعا للنزاع<sup>1</sup> والقسمة هي عقد يهدف إلى وضع حد للملكية على الشروع<sup>2</sup>، و بمقتضى هذه القسمة يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع.

و الأصل هو أن لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشروع، و هذا ما تنص عليه المادة 722 ق م التي تنص على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق".

لذلك فحق الشريك في طلب القسمة لا يمكن النزول عنه، كما أنه لا يسقط بالتقادم، كما أنه حق لا يتأثر بتنظيم العقار، أو بوجود حق عيني على الملك الشائع، غير أن لحق الشريك في طلب القسمة قيود ترد عليه و هذا ما أكدته المادة 722 ق م المذكورة أعلاه و يوجد قيدين:

– قيد اتفاقي و مثاله كأن يتفق الشركاء على البقاء في الشروع، و هذا الاتفاق لا يجوز أن يكون لمدة تزيد عن خمس سنوات فلا يجوز في هذه الحالة طلب القسمة و هذا ما نصت عليه المادة 02/722 من القانون المدني. و هناك قيد قانوني<sup>3</sup> و مثاله ما نصت عليه المادة 737 ق م التي تنص على " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا، أنه يجب أن يبقى دائما على الشروع".

<sup>1</sup> فراج أحمد حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997، ص 16

<sup>2</sup> قليمي عمر، الدليل العملي في التسجيل و الطابع، معهد الاقتصاد الجمركي و الجبائي الجزائري التونسي القليعة، الجزائر، 1990، ص 90.

<sup>3</sup> و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه " من المقرر قانونا أن لكل شريك في عقاره أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق "قرار رقم 33797 مؤرخ في 1984/11/05، المجلة القضائية، السنة 1989، العدد 03، ص 71

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

### المبحث الأول: القسمة الاتفاقية و القسمة القضائية.

للقسمة النهائية باعتبارها قسمة ملك، صورتان إما قسمة اتفاقية و إما قسمة قضائية، و قد تكون القسمة واردة على جميع الأموال الشائعة فتعتبر قسمة كلية تحدد فيها نصيبا مفرزا لكل شريك من مجموع الأموال الشائعة و هذا ما يعتبر الأصل فيها.

و قد تكون جزئية فتشمل جزءا فقط من المال الشائع، فتحدد لكل شريك جزء مفرزا مع بقاء جزء من الأموال مملوك على الشيوخ.

كما قد تكون قسمة عينية فيأخذ كل شريك نصيبه المفرز عينا، و في حالة ما إذا كانت هذه القسمة غير ممكنة لسبب يرجع إلى طبيعة المال تكون القسمة بطريقة التصفية، فيباع المشاع و يقسم الشركاء ثمن البيع كل حسب حصته.

فالبقاء في الشيوخ أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينجر عنه من خلافات بين الشركاء المشتاعين، خاصة من حيث إدارة هذا المال، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوخ إلا بموجب نص قانوني أو اتفاق، و هو ما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني، و ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: القسمة الاتفاقية (الرضائية)

إن المشرع الجزائري لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة لما تؤدي إليه من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف به، هذا إلا أن الغالب أن يكون استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع، ولذا فإن المشرع يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت لإنهاء حالة الشيوخ وذلك عن طريق المطالبة بالقسمة.

### الفرع الأول : تعريف القسم الرضائية

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من صور القسمة في المادة 723 من القانون المدني حيث تنص " يستطيع الشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقسموا المال المشاع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون".

<sup>1</sup> مقروود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في القانون الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص، قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015/2014، ص 05.

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

انطلاقاً من نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على قسمة المال الشائع لكنه لم يتعرض إلى تعريف دقيق لهذه العملية على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية هذا ما دفعنا للبحث في بعض القوانين الأخرى ومنها نجد:<sup>1</sup>

القانون الأردني حيث عرفت القسمة في المادة 1038 منه بأنها "إفراز وتعيين الحصة الشائعة"<sup>2</sup>.

وكذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة بنفس هذا التعريف.

القانون المدني اليمني عرفها على أنها:"مقدار ما لكل شريك في المال و افرازه بعد موازنة السهام في المثليات تعديلها في القيميات."<sup>3</sup>

والقانون الجزائري لم يتطرق إلى تعريف واضح للقسمة إلا أن هناك بعض الفقهاء للقانون المدني الجزائري عمدوا إلى مجرد إعطاء فكرة عنها بدلا عن تعريفها تعريفا دقيقا، ومن هذه التعريفات نجد:<sup>4</sup>

القسمة بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية وهو المعنى المقصود من لفظ القسمة.

القسمة هي التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشبوع، حيث يختص كل طرف فيها بجزء مفرز لا يشاركه فيه غيره من الشركاء، فيتحدد نصيبه المفرز في شيء متكامل يختص به وحده.

القسمة هي وسيلة لعدم إجبار الشركاء على البقاء في الشبوع وهي بذلك تتيح للشريك الخروج من الشبوع إلى الملكية الفردية.

غير أن هناك من فقهاء القانون من وضعوا تعريفا مختصرا للقسمة، فعرفها البعض:<sup>5</sup> بأنها إعطاء كل شريك في الشبوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع."

<sup>1</sup> عويبي نادية وغياطو صليحة، القسمة الرضائية في العقار -دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2013/2012، ص 10

<sup>2</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 05.

<sup>3</sup> نفس المرجع

<sup>4</sup> نفس المرجع ، ص 06

<sup>5</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 06.

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

أما البعض الآخر فعرفها بأنها "عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء."

ولكنهم اتفقوا على أنها "تعيين للحصص الشائعة بإفرازها وإعطاء كل شريك حصته ليستقل بها، ويتصرف فيها تصرف المالك المنفرد عن غيره من الشركاء."

كل هذه التعاريف ولو اختلفت لفضا لكنها تتلاقى في نفس المضمون وهو "إنهاء حالة الشيوخ وإعطاء كل شريك حقه في المال الشائع مفزرا يستقل به."

كما يتلخص مضمون القسمة في الفقه الإسلامي على أنها "إنهاء حالة الشيوخ بتمييز الأنصاء من بعضها وإفرازها"<sup>1</sup>.

وفي الأخير نخلص إلى أن القسمة عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشتاعون ومحلها المال الشائع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص القسمة الرضائية

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود، لذا يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة بكل عقد من رضا ومحل وسبب فالأصل في عقد القسمة الرضائية مع مراعاة ما يشترطه القانون كإفراغه في شكل رسمي إذا كان المحل هو عقار<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

إذن فهي تعتبر قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء يتفق فيها الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهما نصيبه من المال طبقاً لما تراضوا عليها وهي بمثابة عقد ومن ثمة فهي تكون ملزمة لجميع الشركاء وخلفائهم.

<sup>1</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 06

<sup>2</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 41

<sup>3</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 10

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 188

## الفصل الثاني: نرز العقار الشائع

ويتضح من ذلك أن القسمة الرضائية لا تتم إلا بإجماع الشركاء ورضاهم ولا تكفي الأغلبية أيا كانت قيمتها، فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم للقسمة، فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء (القسمة القضائية).

أما إذا تراضوا جميعا فإنها يمكن أن تتم بأي طريقة تروق لهم فقد يجراها بطريقة عينية أو بطريقة التصفية في حال تعذر القسمة عينا...<sup>1</sup>

إن الاتفاق الوارد على الرضائية يجب أن يخضع أولا للشكلية المطلوبة لأن القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على العقود وهذا ما نصت عليه المادة 371 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري "زيادة على 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 العقار، فلا بد من تعيين مساحة وحدود العقار المشاع بصفة كلية وتحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين:<sup>2</sup>

**الطريقة الأولى:** إذا كانت الأرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء فهذا يعبر عن الحصة بالكسور كالربع والنصف أو المساحة بالمتر المربع.

**الطريقة الثانية:** تمثل في التعيين الدقيق إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية.

### الفرع الثالث: شروط القسم الرضائية

حسب نص المادة 723 من ق.م.ج<sup>3</sup> السالفة الذكر فإن القسمة الإتفاقية هو عقد أطرافه هم الشركاء المشاعون، ومحلّه هو المال الشائع، وسببه هو إنهاء حالة الشيووع.

<sup>1</sup> مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 11

<sup>2</sup> عويسي نادية وغياطو صليحة، المرجع السابق، ص 3

<sup>3</sup> المادة 723 من القانون المدني حيث تنص "يستطيع الشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقسموا المال المشاع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون".

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

فالقسمة الإتفاقية باعتبارها عقد وجب أن تسري عليها أحكام سائر العقود، مع مراعاة حالة وجود ناقص الأهلية أو غائبا بين الشركاء.

تعديلات في الإيجاب، فهنا يعتبر إيجاب جديد صادر منهم الى الشركاء الآخرين ولهؤلاء اما القبول أو الرفض، فيسقط الإيجاب بمرور المدة المحددة، فإذا لم تكن هناك مدة محددة يسقط بمرور مدة معقولة<sup>1</sup>، تستنتج حسب ظروف الحال وطبيعته المعاملة، عملا بنص المادة 63 من ق.م.ج<sup>2</sup>

يمكن أن يكون إتفاق الشركاء ضمنيا، أو ما يطلق عليه بالقسمة الفعلية، ولا يشترط أن يكون الإتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن تستنتج من ظروف الحال، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتبعه باقي الشركاء بتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، فيتضح من تصرفاتهم أنهم ارتضوا بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه<sup>3</sup>

يمكن أن توجد تطبيقات أخرى كلما اتضح من ظروف الواقع إتجاه إرادة جميع الشركاء في الشروع إلى إفراز نصيب مادي مفرز لكل شريك بدل حصته الشائعة، ويستخلص بالتالي أن القسمة الضمنية مادامت مؤسسة على الإرادة فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الإتفاقية الصريحة، باستثناء ما يتعارض من هذه الأحكام مع صفتها الضمنية أو الواقعية<sup>4</sup>. يجوز تعليق القسمة الإتفاقية على شرط واقف، كأن يتفق الشركاء على تعليقها على ثبوت ملكية عين لهم، أو تعليقها على شرط فاسخ، كأن يتفق الشركاء على إنفاخ القسمة إذا لم يقر بها باقي الشركاء.

<sup>1</sup> شامة إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 203 .

<sup>2</sup> المادة 63 من القانون المدني: إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.

<sup>3</sup> كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1991، ص 204 .

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2001،

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

إن القسمة الاتفاقية تعتبر السبيل الأول لإنهاء حالة الشيع وديا بين الشركاء، ومن ثم أخضعها المشرع لإجراءات بسيطة بعيدا عن القضاء، وغير مكلفة من الناحية المادية، وحتمية ذلك تقتضيها حاجة الشركاء للحماية، دائما وبغية تحقيق حماية أكبر لعدد أكبر من الشركاء، فإنه لكي تتم القسمة الاتفاقية، لابد من اتفاق الشركاء جميعا، ومن ثم فإن الأغلبية لا تكفي لإتمام القسمة مهما بلغت، حيث يجب أن ينعقد الإجماع بين الشركاء على هذه القسمة، ولهذا لا تتم القسمة بالتراضي إذا كان هناك من الشركاء من يعترض عليها، مهما كان نصيبه ضئيلا<sup>1</sup>

فإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون البعض الآخر، فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها، حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع<sup>2</sup> فالقسمة بهذا المعنى عقد كسائر العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلّه المال الشائع، ومن ثم تسري عليه أحكام العقود، من حيث تراضي الشركاء، وتوافر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، ووجود سبب مشروع واستيفاء المحل لشروطه<sup>3</sup>

كما يتضح من النص القانوني أيضا، أنّه منح حرية واسعة النطاق للشركاء في اختيار طريقة القسمة التي يرونها مناسبة، طالما هذا الاختيار الذي ارتضوا عليه، يحقق لهم الحماية المرجوة فقد يختارون أن تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع بأي نوع من أنواعها فيمكن للشركاء الاتفاق على القسمة العينية، بوسيلة تكوين الحصص، فيقسم المال إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكنا<sup>4</sup>

فقد تكون القسمة العينية بمعدل، وذلك في حالة ما حصل الشريك على نصيب أزيد من حصته، فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل مبلغا من النقود يعدل أنصبتهم فتكون معادلة لخصصهم؛ أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيبا مقورا من نفس هذا المال يساوي حصته الشائعة، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل<sup>5</sup>

<sup>1</sup>نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 36

<sup>2</sup>عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 893 .

<sup>3</sup>خليل أحمد محمود، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص 40

<sup>4</sup>حيتوس عمار، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم

الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، د س ن، ص 249 .

<sup>5</sup>قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، المرجع السابق، ص 37

## الفصل الثاني: نرز العقار الشائع

كما يمكن أن يكون اتفاق الشركاء ضمنيا، أو ما يطلق عليه بالقسمة الفعلية، ولا يشترط أن يكون الاتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن تستنتج من ظروف الحال، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتبعه باقي الشركاء يتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، ويتضح من تصرفاتهم أنهم ارتضوا بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه<sup>1</sup>

فقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، وتشمل كل الأموال الشائعة، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض الأموال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو قد تكون جزئية بالنظر إلى ما يترتب عليها من إخراج بعض الشركاء، فقط دون البعض الآخر<sup>2</sup> قد يختارون القسمة بطريقة التصفية، خاصة إذا كانت قسمة المال عينا متعذر، فيتفقون، على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد، ويقتسمون ثمنه كل بنسبة نصيب كل منهم فيه<sup>3</sup> وغير ذلك من الطرق التي لدى الشركاء حرية الاتفاق عليها، لكن إذا كان المال الشائع من الأموال غير المنقولة وجب أن يتبع في تقسيمه الإجراءات المنصوص عليها في القانون<sup>4</sup> فمن الإجراءات المنصوص عليها في القانون نذكر ما نص عليه الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في المادة 15<sup>5</sup> منه الذي يفهم منها أنه إذا كان محل القسمة عقارا وجب الشهر حتى تكون حجية على الغير، والغرض من شهر القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير والإعلام، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف؛ أما إذا لم تشهر فإنها تكون حجية على المتقاسمين فقط، ولا يكون حجة على الغير. ما تجدر ملاحظته أن المشرع الجزائري يجيز للأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين لإفراغ هذا الاتفاق في الشكل الرسمي طبقا لأحكام المادة 03 من

<sup>1</sup> كيرة حسن، المرجع السابق، ص204.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، المرجع السابق، ص895

<sup>3</sup> خليل) محمد محمود(، المرجع السابق، ص41 .

<sup>4</sup> قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، المرجع السابق، ص38

<sup>5</sup> المادة 15 من القانون 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إقرارهما في مجموع البطاقات العقارية

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

قانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة الموثق، ويتلقى الموثق من الأطراف

ملف كاملا بالوثائق المطلوبة، وذلك لتحديد الحصة التي تعود إلى كل شريك.<sup>1</sup>

خلاصة القول أن للشركاء الحق في قسمة المال الشائع بينهم، بأي وسيلة أو طريقة يتفقون عليها، كما لهم الحق في الاتفاق على استعمال القرعة أو عدم استعمالها، كل ذلك جائز طالما تراضوا على ذلك، وطالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم<sup>2</sup> ومن الأحكام كذلك التي أصبحت تلعب دورا في حماية الشركاء من الآثار المترتبة عن القسمة الاتفاقية، أنها تعتبر عقد لازم استنادا إلى القاعدة القانونية " العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز لأحد أطرافها الرجوع فيها بإرادته المنفردة.<sup>3</sup>

**الأهلية:** لا بد من أن تتوفر في الشركاء الأهلية الكاملة وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي تشوبها، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من ق.م.ج<sup>4</sup> بالتالي نقول أنه لكي يكون عقد القسمة صحيحا، ومنتجا لكافة آثاره القانونية

لا بد من توفر شرط الأهلية الكاملة في الشركاء على الشيوخ وهي تسعة عشر سنة كاملة، ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

وإذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائبا وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لما تقتضيه نص المادة 723 من ق.م.ج.

**الشكلية:** إن القسمة تخضع إلى القواعد العامة في الإثبات، المنصوص عليها في المادة 333 من ق.م.ج<sup>5</sup> ومنه نجد أنه إذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة على مئة ألف 100.000

<sup>1</sup> قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، المرجع السابق، ص 38

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 895

<sup>3</sup> قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، المرجع السابق، ص 39

<sup>4</sup> المادة 40 من القانون المدني: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

<sup>5</sup> المادة 333 من القانون المدني: " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دج لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل.

## الفصل الثاني: نزع العقار الشائع

دج، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، أو ما يقوم مقامها، وإذا قلت عن ذلك أي عن 100.000 دج، فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن. وقد يكون محل القسمة منقول أو عقار، فإذا كان محل القسمة منقولا، فعقد القسمة يكون رضائيا يكتفي فيه بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية، أي لا يشترط فيها الرسمية ولا الشهر<sup>1</sup>

أما إذا كان محل للقسمة عقارا فيجب أن تفرغ في ورقة رسمية، ويجب شهره طبقا لنص المادة 15 من القانون 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد ومسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذلك نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> التي نستخلص منها أنه بالإضافة إلى شرط الكتابة فلا بد من شهر عقد القسمة الذي يعتبر بمثابة إعلام للجميع بنشوء الحق أو انقضائه، أو تعديله أن نقضه، وهذا ليكون للغير حق المعارضة على هذه التصرفات، وبالتالي تكون هناك الشفافية في التصرفات القانونية واستقرار المعاملات وتعزيز الثقة للمتعاملين والإدارة<sup>4</sup>.

إذا كنا بصدد قسمة ودية واقعة على العقارات أو المنقولات ذات أهمية خاصة لا بد من مراعاة إجراءات قانونية أهمها إجراء الرسمية، وكذا عملية الشهر في المحافظة العقارية لإمكانية الاحتجاج بها على الغير، بالرغم من أنها تكون حجة فيما بين المتقاسمين دون شهرها. إن عقد القسمة من العقود الكاشفة للملكية، وليس ناقلة لها، وبالتالي لا يطعن فيها إلا بالتزوير، وهذا وفقا لنص المادة 324 مكرر 5 من ق.م.ج<sup>5</sup> التي بتوفر هذه الشروط يكون عقد القسمة صحيحا ومنتجا لكافة آثاره القانونية.

<sup>1</sup> تيقيرين تيزيري، حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق ، شعبة القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية -2012/2013، ص17

<sup>2</sup> القانون 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد ومسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية عدد 92 الصادرة بتاريخ 18/11/1975 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> المادة 793 من ق م ج " :لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

<sup>4</sup> خالد أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008 ، ص .

164

<sup>5</sup> المادة 324 مكرر 5 من ق.م.ج: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني."

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

يفهم من نص المادة 324<sup>1</sup> من القانون المدني على أنه بالإضافة إلى شرط الكتابة أو الرسمية لابد من أن تتوفر في عقد القسمة مقاييس أوجبها القانون لصحتها، وهي أن يكون محرر من طرف موثق أو شخص مكلف بخدمة عامة، وما تم الاتفاق عليه فيما بين المتقاسمين، وما توصلوا إليه من نتيجة القسمة، وهذا كله يجب أن يكون في حدود سلطته واختصاصاته، ووفقا للأشكال القانونية المقررة في هذا الشأن.

إذا شهر عقد قسمة العقار، فإنه يكون حجة على الغير، أما إذا لم يشهر فإنه يكون حجة فيما بين المتقاسمين فقط ولا يكون حجة على الغير، غير أنه يجوز للغير أن يتمسك به في مواجهة المتقاسمين، والاحتجاج به عليهم، ولا يستطيع المتقاسمين التمسك به في مواجهة الغير بعد التسجيل<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: القسمة القضائية.

إن الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق وتراضي بين جميع الشركاء، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع، وبالتالي لامناص لفض حالة الشيوخ إلا باللجوء إلى القضاء، لكن في بعض الحالات فإن القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المشاع بواسطة القضاء، وعلى كل فإن المشرع الجزائري قد حدد 3 حالات معينة، بوجودها فلا سبيل للشركاء في الشيوخ إلا اللجوء إلى القضاء

### الفرع الأول : تعريف القسمة القضائية

إن المشرع لا ينظر إلى الشيوخ نظرة تشجيع و ترحيب لأنه يشكل في غلب الأحيان عقبة في سبيل استغلال المال الشائع، استغلالا اقتصاديا على أحسن وجه.

و على أية حال إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص القانون أو باتفاق بينهم، جاز لهم و في أي وقت أن يطالبوا بالقسمة، لأن حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعماله، فهذا الحق مرتبط بوجود حالة الشيوخ، ومتجددا

<sup>1</sup> المادة 324 من القانون المدني: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته."

<sup>2</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 19

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

باستمرارها<sup>1</sup> وإتفاق الشركاء على قسمة المهايأة الزمنية أو المكانية، لا يمنع من طلب إجراء القسمة، لأن قسمة المهايأة ليست إلا طريقاً من طرق تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع. وإذا كان الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق جميع الشركاء إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع، و هنا لا طريقاً آخر لفض حالة الشيوخ إلا باللجوء إلى القضاء، غير أنه و في بعض الأحيان فإنّ القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المشاع بواسطة القضاء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: حالات القسمة القضائية

و على العموم فإن قسمة المال الشائع تكون قضائية في القانون الجزائري وفق ثلاث حالات: فالقسمة القضائية هنا تتم في صورة دعوى تسمى بدعوى القسمة لقسمة المال المشاع وهو:

- 1- إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الاتفاقية، وأراد أحدهم الخروج من حالة الشيوخ
- 2- إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب، فال ولي، أو المقدم، أو الوصي هو الذي يستأذن القاضي، وللقاضي ان يرفض<sup>66</sup>
- 3- هي الحالة التي تنص عليها المادة 181 من ق.أ.ج المتعلقة بقسمة التركات، والتي تفرض على الورثة المالكين على الشيوخ أن تكون القسمة عن طريق القضاء، متى كان معهم وارث قاصر.

قد يلجا الشريك في الشيوخ إلى القضاء بغرض استصدار حكم بقسمة المال الشائع ، حيث تجري القسمة بالاقتراع<sup>3</sup> ثم تثبت المحكمة ذلك في محضرها ، وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، و يعد هذا الحكم سنداً للملكية يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية.

<sup>1</sup> حسن كيرة : المرجع السابق، ص196

<sup>2</sup> المادة 181 قانون الأسرة

<sup>3</sup> حسب المادة 727 ق.مدني

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

المبحث الثاني: كيفية إجراء القسمة و الآثار المترتبة عليها.

المطلب الأول: كيفية إجراء القسمة.

الفرع الأول: إجراءات القسمة الرضائية (الاتفاقية )

للشركاء بعد الاتفاق على قسمة المال الشائع أن يختاروا في أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، كما يمكن لهم الاتفاق على قسمة الأموال الشائعة كلها.

فقد يختارون أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل واحد منهم عينا في المال الشائع، أو قد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو تكون بغير معدل، أو أن تكون القسمة عينية كلية شاملة لجميع المال الشائع، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقي في الشيوخ فيما بقي من المال بعد التجنيب.

كما قد يختارون أن تكون القسمة بطريقة التصفية وهذا إذا تعذر قسمة المال عينا، ويتفقون على بيع المال المشاع كله أو بعضه في المزاد ويقسمون ثمنه، وما عسى أن لا يباع من هذا المال يبقى شائعا فيما بينهم، أو يقسمونه عينا، وإذا اتفق الشركاء على البيع بالمزاد العلني جاز لهم حصر المزايدة بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذا رسي المزاد على شريك اعتبر قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسي المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة<sup>1</sup>

بالنسبة للاتفاق على قسمة التركة:

على الأطراف المتفقة على القسمة الودية أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين لإفراغ هذا الاتفاق في الشكل الرسمي طبقا لأحكام المادة 03 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2005 المتضمن مهنة الموثق، حيث يتلقى هذا الأخير من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة، ويقوم بإعداد فرضية شرعية مراعيًا أحكام قانون الأسرة في قسمة التركة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك لتحديد الحصة التي تعود إلى كل شريك هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها

<sup>1</sup> كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية و أحكامها و مصادرها . منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر . 2001 ص 194 .

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

رقم 40396 المؤرخ في 24/02/1986 حيث جاء فيه: "حيث أن تحديد الأنصبة في أي تركة لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية"<sup>1</sup>

أي يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة الودية بحضور الأطراف والشهود، وأن يعمل على تسجيل ذلك العقد وإشهاره في المحافظة العقارية.

### بالنسبة للإتفاق على قسمة عقار

إذا كان الإتفاق وارد على قسمة عقار، يجب أن يخضع للشكلية المطلوبة طبقا للمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج<sup>2</sup>، 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 الموجودة بها العقار، وبعد الإطلاع على وثائق الملكية الشائعة وشهادة التقسيم، يقوم خبير عقاري بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء على خمس نسخ.

أما إذا كان المال المشاع عقارا فلاحيا فإن المشرع الجزائري وضع قيودا على القسمة فنصت المادة 55 من قانون التوجيه العقاري...<sup>3</sup>: "لا تلحق هذه المعاملات المختلفة ضرا بقابلية الأرض للاستثمار ولا يؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقارية وبرامجه"...

فالمشرع وبهدف حماية الوجهة الفلاحية للعقار، تدخل وحد من سلطة الملاك في قسمة الأراضي الفلاحية، فتكون هذه القسمة باطلة، وهذا متى أدت إلى إنشاء وحدات عقارية تتعارض مساحتها مع مقاييس التوجيه العقاري.

<sup>1</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 20

<sup>2</sup> شهادة التقسيم هي وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو أكثر، وإذا كانت عمارة مجزئة فالمطلوب هنا هو إعداد جدول وصفي للتقسيم، أما رخصة التجزئة فتشترط لكل تقسيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، على أن يكون محل التجزئة هوراض عارية والهدف منها هو تشييد بناية عليها.

والرخصة المسبقة سواء كانت رخصة تجزئة أو شهادة التقسيم يجب إشهارها بالمحافظة العقارية لأن لهذا الشهر أثر قانوني، وهو إختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية جديدة. نفس المرجع، ص 20

<sup>3</sup> الأمر 90-25 المؤرخ في 08/12/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 95-26

## الفصل الثاني: نرز العقار الشائع

بالنسبة للاتفاق على قسمة المال الشائع مع وجود قاصر أو غائب من الشركاء:

حتى تكون القسمة صحيحة فإن المشرع الجزائري أوجب مراعاة بعض الإجراءات، وهذا في حالة ما إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، وهذا ما جاء في نص المادة 723 من ق.م.م. السالفة الذكر.

غير أن هذه المادة أغفلت الغائب، مع أن قانون الأسرة يعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا، كما أنها أوجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون دون ذكر هذه الإجراءات، ودون ذكر هل المقصود أن تكون القسمة قضائية؟

إن صياغة المادة 723 من ق.م.م. ج جاءت بأسلوب عام مما جعل فهمها صعب، فهي منقولة من القانون المصري، والقانون المطبق في مصر في مثل هذه الحالات هو قانون الولاية العامة، فبينت الإجراءات المتبعة لحماية للقصر ومن في حكمهم<sup>1</sup>

على خلاف هذا فإن قانون الأسرة الجزائري جاء خاليا من هذه الإجراءات، ونص على الإجراءات التي يفرضها القانون: الولي، أو الوصي، أو المقدم، وهو الحصول على الإذن المسبق من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع العقار أو قسمته، طبقا للمادة 88 من ق.أ. بالنسبة للوالي، والمادتين 95 و100 من نفس القانون فيما يخص الوصي والمقدم، وفي هذا الصدد فقد قررت المحكمة العليا أنه يجب على الوالي الحاضر أن يستأذن القاضي رئيس المحكمة في التصرفات المتعلقة ببيع وقسمة ورهن الأموال الخاصة بحقوق القاصرين.

غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن في مثل هذه الحالات، لكن بإعطاء تفسير لنص المادة 88 من ق.أ.ج، أو إسقاطه على حالة القسمة الإتفاقية، نستخلص أن هذه القسمة تخضع إلى رقابة رئيس المحكمة، إذ هو المخول بمنح الإذن، باعتبار ذلك يدخل ضمن اختصاصاته الولائية التي تهدف إلى مراعاة مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب. إذا حصل اتفاق مبدئي على القسمة بين الشركاء والممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب، فإن على هذا الأخير أن يتصل برئيس المحكمة، ويعرض عليه الأمر، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة ناقص الأهلية أو الغائب، يأذن رئيس المحكمة مبدئيا للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد.

<sup>1</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 21

## الفصل الثاني: نزع العقار الشائع

بعد إنجاز مشروع القسمة يعيده إلى رئيس المحكمة فيصادق على التقرير إذا رأى أنه يراعي مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب، ويمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقاً للقانون.

كما تقر المادة 181 من ق.أ.ج<sup>1</sup> على أنه في حالة قسمة الشركاء وكان بين الورثة قاصر فإن عملية القسمة تكون قضائية، وبالتالي فلا تتم إلا بحكم قضائي.

### الفرع الثاني: إجراءات القسمة القضائية

القسمة القضائية تتم في صورة دعوى تسمى دعوى القسمة، فمن هم أطراف هذه الدعوى؟، وما هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القسمة؟

#### أولاً - الخصوم في دعوى القسمة:

إن دعوى القسمة ترفع من أحد الشركاء في الشيوخ أو أكثر على باقي الشركاء في الشيوخ، هذا ، غير أنه يوجد أشخاص آخريين يمكنهم رفع دعوى القسمة هذا ما أقرته المادة 724 / 1 من ق . م.ج<sup>2</sup> كانت لديهم المصلحة القانونية.

كل شريك يريد الخروج من حالة الشيوخ يجوز له رفع دعوى القسمة، ويكون المدعى عليهم في هذه الحالة باقي الشركاء، وإذا ما رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة.

إذا أغفل اختصاص بعض الشركاء في الشيوخ، فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم<sup>3</sup> وما على هؤلاء إلا أن يعترضوا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 191 وما يليها من ق.إ.م. ج.

وليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ الحكم بحجة أنه يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذا الدعوى، فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في

حقهم<sup>4</sup>

<sup>1</sup> قانون رقم 84- 11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ا

<sup>2</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 29

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج صدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن، ص .

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 913 .

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، فإن صفة الشريك في الشيوخ تكون لهذا المشتري مادام قد انتقلت إليه ملكية الحصة الشائعة قبل تمام القسمة، بالتالي يكون لهذا المشتري صفة المدعي أو المدعى عليه في دعوى القسمة، أما إذا كان المال الشائع عقارا فإن المشتري لحصة شائعة لا يصبح شريكا، حتى يشهر عقد البيع فتنتقل إليه الملكية. أما إذا اشترى أجنبي جزءا مفرزا من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، وهو لا يعتبر شريكا في الشيوخ، بالتالي لا يحق له رفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصاصه فيها، غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقا لقواعد الدعوى الغير المباشرة، هذا باعتباره دائما للشريك<sup>1</sup>

### ثانيا - الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى القسمة

حسب المادة 8 فقرة 2 من ق.إ.م.ج فإن الاختصاص بنظر دعوى القسمة يؤول إلى:

- في المواد العقارية فالاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المطلوب للقسمة.

- إذا كانت الأموال المطلوبة للقسمة منقولات فالاختصاص يؤول لمحكمة موطن أحد الشركاء. في حالة تعدد الشركاء في محكمة موطن أحدهم.

- في مواد الميراث فالاختصاص يؤول لمحكمة مكان افتتاح الشركة.

عند رفع الدعوى يكلف باقي الشركاء بالحضور، ويجب إعلان باقي الشركاء جميعا بعريضة افتتاح الدعوى، التي تكون وفقا لأحكام المواد من 12 الى 20 من نفس القانون<sup>2</sup> إذا لم يكلف أحدهم بالحضور أمام المحكمة المختصة طبقا لنص القانون فهذا يعني أن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة عليهم.

### ثالثا: طرق القسمة

باعتبار القسمة القضائية يتولى إجراؤها القاضي، فإنه يقوم بقسمة المال الشائع وفق ما نص عليه ق.م.ج في المواد 724 إلى 728<sup>3</sup>، فتكون القسمة عينا فيختص كل شريك بنصيبه

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص 210 .

<sup>2</sup> قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخ في 2008/04/23

<sup>3</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 31

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

المفرز، وإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة أن تحدث نقص كبير في قسمة هذا المال، فتكون القسمة حينئذ بطريق التصفية .

1. **القسمة العينية:** إن القسمة العينية هي الأصل في قسمة المال الشائع، وهي تتم وفقا

لوسائل حددها لنا المشرع الجزائري.

الأصل في القسمة ان تكون عينية: تنص المادة 724 من ق م ج في فقرتها الثانية: "تعين المحكمة إدرات وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته."

من خلال نص المادة نستنتج أن الأصل في القسمة هو أن تكون عينية وحينها يختص كل شريك بجزء مفرزا من المال الشائع، وبالتالي فيمكن للأطراف التمسك بها مادامت ممكنة، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 الصادر بتاريخ 2002/09/27: "لكن حيث أن المادة 728 ق.م.ج تشترط لبيع العقار بالمزاد العلني أن تكون القسمة مسجلة أو ينجر عنها انخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته.

وحيث أن العقار المشترك قابل للقسمة كما بينت الخبرة المنجزة، وأن قسمته لا يؤدي إلى انخفاض قيمته "1..."

إن القاضي هو الذي يتولى بنفسه قسمة المال الشائع، وله في ذلك أن يعين خبيرا، خاصة إذا كان المال المراد قسمته عقارا، وللخبرة دورا كبيرا في هذا المجال فتهدف بذلك إلى تحقيق العدالة، وفرض مبدأ المساواة في القسمة وبالتالي إرضاء جميع الخصوم.

-وسائل القسمة العينية: يقوم الخبير المعين من قبل القاضي بقسمة المال الشائع، فيقرر حصة كل شريك وذلك على أساس أصغر نصيب وإذا تعذرت قسمته إلى حصص فإنه يعمد مباشرة إلى تحديد حصة مفرزة لكل شريك تعادل حصته في المال الشائع.

أ -القسمة على أساس أصغر نصيب:

بعد تعيين القاضي للخبير، يقوم هذا الأخير بتقييم المال الشائع بصفة كلية، ويقوم نصيب كل

<sup>1</sup> القرار رقم 201854 المؤرخ في 2002/09/27 المجلة القضائية، عدد خاص بالرفة العقارية، ص 274 .

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

شريك ويقوم بقسمة المال على أساس أصغر نصيب للشركاء، حسب ما تضمنته المادة 1/725 من القانون المدني الجزائري

يكون تعيين الخبير والخبراء بصفة دقيقة وواضحة، ويتم تحديد المهمة التي يجب أن يقوم بها، والتي يكون الحكم الصادر فيها قبل الفصل في الموضوع مبلغ للأطراف تبليغا صحيحا<sup>1</sup> يشرع الخبير في أعمال خبرته وفقا لتدابير المواد 43 وما بعدها من ق.إ.م.ج<sup>2</sup>، ويحرر محضرا بذلك يودعه لدى كتابة ضبط الجهة القضائية التي انتدبته للرجوع إليه عند الحاجة.

وإذا تعدد الخبراء وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، وبيان خبرتهم في تقرير واحد<sup>3</sup> وفي حالة ما إذا كان بعض الشركاء الذين يريدون التخلص من حالة الشيوخ دون البعض الآخر، يفرز الخبير للأولين نصيبهم، ويقسمه إلى حصص، ويراعي في ذلك عدم تقويت المنفعة على أحد الشركاء حين تقسيم المال الشائع، فإذا كان المال الشائع عقارا تمسح الأرض وتفرز للحصص على أساس أصغر نصيب، على أن يراعي فيها أيضا الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى، ويراعي قدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب وغيرها من حقوق الارتفاق، ومثال أصغر نصيب أن تكون أنصباء الشركاء هي النصف، والثلث، والسدس، فيقسم المال أسداسا<sup>4</sup>

عند تكوين الحصص قد يحدث أن ينازع أحد الشركاء المتقاسمين، هذا ما تضمنته المادة 726 من ق.م.ج<sup>5</sup>، فالمحكمة إذن تفصل في المنازعات التي تقع بين الشركاء، وهذا قبل الفصل في دعوى القسمة، وهذه المنازعات تتمثل في كل من:

1- المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، تكون عادة متعلقة بالتقويم للمعدلات، أو التشكيك في مدى تساوي الحصص.

2- المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، كتشكيك في ملكية شريك لحصته الشائعة، وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء كالنزاع في مقدار حصة أحد الشركاء.

<sup>1</sup> خالدي أحمد، المرجع السابق، ص 105 .

<sup>2</sup> قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 925 .

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 213 .

<sup>5</sup> الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني

## الفصل الثاني: نزع العقار الشائع

تفصل المحكمة في هادين النوعين من المنازعات بموجب حكم قابل للاستئناف<sup>1</sup> فيها، وعلى كل متى استأنفت هذه الأحكام يتم إرجاء إتمام عملية القسمة إلى حين صيرورتها نهائية. عندما يفصل نهائيا في المنازعات التي أثرت فيما بين الشركاء، يقوم من يهيمه التعجيل بتحريك دعوى القسمة من جديد بعد أن كانت المحكمة قد أوقفتها، حتى يفصل نهائيا في المنازعات. بعد الفصل في كل المنازعات نهائيا، تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وهذا بعد إجراء عملية القرعة<sup>2</sup>، والغرض من اجراء هذه الاخيرة هو أنه عند تكوين الحصص يكون نصيب كل شريك غير معروف، وبالتالي فإن توزيعها بطريق القرعة ليضمن الشركاء المتقاسمون إلى أن فرصهم متساوية مثلا ونفترض أن الحصص ثمانية (8) وكان الشركاء ثلاثة (3)، فكان للشريك الواحد حصة واحدة، وللآخر ثلاث حصص، والشريك الثالث أربع حصص، وضمت في القرعة ثمانية (8) أوراق مرقمة من الواحد (1) إلى ثمانية (8) ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك، ثم يختار الشريك الأول ورقة واحدة، ويختار الشريك الثاني ثلاث ورقات، ويختار الشريك الثالث رابع ورقات، فيستحق كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه<sup>3</sup> بعد تكوين الحصص وإجراء القرعة، تثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره، وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا<sup>4</sup>، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1986/10/26 تحت رقم 54849<sup>5</sup>.

إن للمحكمة العليا اجتهادا حول تطبيق المادة 727 من ق.م. ج، إلا أن الغرفة العقارية قد خالفت ذلك الاجتهاد، وقررت نقض القرار المطعون فيه لأن الخبير لم يجري عملية القرعة للقيام بالقسمة خرقا بذلك لنص المادة 727 من ق.م.

<sup>1</sup> خالدي أحمد، المرجع السابق، ص121 .

<sup>2</sup> المادة 727 من القانون المدني الجزائري: " تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز."

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص925 .

<sup>4</sup> خالدي أحمد، المرجع السابق، ص110 .

<sup>5</sup> مما جاء فيه: "ولما كان الثابت، في قضية الحال، إن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بالمصادقة قضية الحال، إن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكون بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون." المجلة القضائية، سنة 1991 ، العدد 01 ، ص25 .

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

تعليقا على ذلك يتعين القول بأن ما ذهبت إليه الغرفة العقارية في هذا القرار يشكل مخالفة فادحة لأحكام المادة 727 من ق.م.ج، ذلك أن الخبير المنتدب لا يحق له أن يقوم بإجراء القرعة، وإنما عليه أن يحرر تقريرا ينهي فيه إلى إبداء رايه وأن الجهة القضائية هي المختصة بإجراء القرعة، وتحريرها بذلك طبقا للنص القانوني المذكور أعلاه، وبذلك يعتبر هذا الاجتهاد غير سديد طالما أنه خالف نصا قانونيا صريحا وواضحا وأسند سلطة المحكمة إلى الخبير، لذلك يتعين استنراكه حفاظا على التطبيق السليم للقانون.<sup>1</sup>

### ب - القسمة بطريقة التجنيب

التجنيب هو أن يعمد الخبير إلى تعيين جزءا مفرزا لكل شريك يعادل حصته، لكن هذا في حالة ما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص على أصغر نصيب، أو يؤدي إلى الإنقاص من قيمته، وكذا في حالة ما إذا لم تتعذر هذه القسمة، لكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريقة التجنيب<sup>2</sup>

إن التجنيب ملزم لجميع الشركاء، ولو لم يوافقوا عليه، إذ يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال الشائع إلى حصص بناء على تقرير الخبير<sup>3</sup>، وكمثال عن هذه القسمة أن يملك شخصين على الشيوع طابقا مؤلفا من شقتين، حيث يملك الشريك الأول نسبة الثلثين، في حين يملك الشريك الثاني نسبة الثلث من الطابق، وكانت قيمة الشقة الأولى أربعين ألف دينار، في حين أن قيمة الشقة الثانية هي عشرين ألف دينار، جاز للخبير أن يفرز للشريك الذي يملك ثلثي الطابق الشائع الشقة الأولى، أما الشريك الذي يملك الثلث فيفرز له الشقة الثانية<sup>4</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما اذا لم تتمكن المحكمة من إعطاء أحد الشركاء نصيبه كاملا، فإنها تقرر استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، لذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل<sup>5</sup>

<sup>1</sup> القرار المؤرخ في 17/07/2002 المجلة القضائية لسنة 2004 ، العدد 02 ، ص 323 .

<sup>2</sup> محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 447 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 922 .

<sup>4</sup> محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 102

<sup>5</sup> تنص المادة 725 / 02 نـت القانون المدني : " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل حقه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه."

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

يشترط لتطبيق القسمة بطريقة المعدل أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية، هذا ما أكدته المحكمة العليا: "حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725 من ق.م. في فقرتها الثامنة تنص: على أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه... والحال إن قضاة الموضوع منحوا اثنين من الشركاء نصيبهما نقدا كليه دون الحصول على نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفا واخطؤوا في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض"<sup>1</sup>

### 2. - قسمة التصفية

قسمة التصفية ليست إلا طريقا احتياطيا لإجراء القسمة، لا تتم اللجوء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو القسمة العينية.

### حالات اللجوء إلى قسمة التصفية:

بما أن قسمة التصفية ما هي إلا صورة احتياطية لصورة القسمة العينية، فإنه يتم اللجوء إليها حينما تكون القسمة العينية مستحيلة، أو يترتب عنها انخفاض جسيم في قيمة المال<sup>2</sup> والمحكمة هي التي تقدر مدى استحالة القسمة من عدمها، ولها أن تستعين بالخبرة خاصة إذا كان المشاع عقارا، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 15/11/1984<sup>3</sup>

فإذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن تكون سيارة، أو مصنعا، أو يمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير في قيمته، أو تجعل الانتفاع به مستحيلا، كأن تقسم دارا متكونة من غرفتين إلى اثني عشر عينا، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة بطريقة التصفية، وبذلك

<sup>1</sup> القرار رقم 151301 المؤرخ في 25/03/1998 المجلة القضائية لسنة 1998 ، العدد الثاني، ص 28 .

<sup>2</sup> تنص المادة 728 من القانون المدني: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المازدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع."

<sup>3</sup> "أنه ما دام لم يثبت أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة فإن قضاة الاستئناف بصرفهم الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليبيّنوا عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضوا به" المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثالث، ص 71 .

## الفصل الثاني: نزع العقار الشائع

قضي باستحالة قسمة عنصر العملاء الذي يدخل في تكوين عناصر المحل التجاري، قسمة عينية دون التخفيض من قيمته<sup>1</sup>

الجدير بالذكر أن ق إ م ج لاسيما المادة 386 وما بعدها لم تتضمن إجراءات لبيع المال المشاع لعدم إمكان قسمته، إلا إذا كان المال عقارا، فيباع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار، بناء على طلب الدائنين.

أما إذا كان المال الشائع منقولاً فيتعين في بيعه لعدم إمكان قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع للحجز عليها لدى المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع<sup>2</sup>

### حالات خاصة في قسمة التصفية:

إذا ما عرض المال الشائع للمزايدة العلنية، فإنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان شريكا في الشيوخ، أو من الغير، غير أن المشرع الجزائري أجاز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع، وهذا ما كرسته المادة 728 من ق م

### أ - رسوا المزداد على أحد الشركاء:

إن الأصل في المزايدة، أن تكون مفتوحة للجميع سواء كانوا مالكين على الشيوخ، أو أجانبا، غير أن المشرع الجزائري قد أجاز أن تكون مقتصرة على الشركاء فقط، وهذا في حالة إجماع كل الشركاء على ذلك.<sup>3</sup>

إذا تم اللجوء إلى قسمة التصفية، فإنه يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية إذ يجب على نائبه الشرعي الحصول على إذن المحكمة قبل أن يوافق على قصر المزايدة على الشركاء فقط، وهذا خشية من تواطئهم على إرساء المزداد على أحدهم وبثمن بخس.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا رقم 33120 المؤرخ في 1984/10/06 المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 01 ، ص .

<sup>2</sup> محمد المنجي، دعوى القسمة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996 ، ص 334 .

<sup>3</sup> هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 94089 المؤرخ في 1995/10/26 مما جاء فيه: "ولما ثبت - أن المستأنف عليه سابقا - عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة، فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك وبالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القاضي يبيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه" حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات عن مجلس الدولة للمحكمة العليا، طبعة 8 ، دار هومة للنشر، الجزائر، 2005 ، ص 108 .

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

وفي حالة رسوا المزاد على أحد الشركاء أعتبر البيع قسمة عن طريق التصفية، كما أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ومع ذلك رسا المزاد على أحدهم كان هذا أيضا قسمة بطريق التصفية، وفي كلتا هاتين الحالتين فإنه يترتب عليها جميع آثار القسمة<sup>1</sup>

ب - رسو المزاد على أجنبي:

إذا تعذر إجماع الشركاء سواء في حالة معارضة أحدهم على ذلك، أو في حالة عدم اتفاقهم أصلا على اقتصار المزايدة بينهم فقط، فإن المحكمة تأمر بعرض المال المشاع للمزايدة العلنية المفتوحة على الأجنبي، وعليه فإذا ما رسي المزاد على أجنبي اعتبر بيعا في علاقة الشركاء بالراسي عليه المزاد، بالتالي نطبق الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق المنصوص عليها في المادة 372 من ق.م.ج<sup>2</sup> أما في علاقة الشركاء فيما بينهم وبالنسبة لدائنيهم فإن رسوا المزاد على الأجنبي ليس إلا إجراء تمهيدا لقسمة الثمن المتحصل من المزاد فيترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسمة.

**المطلب الثاني: آثار القسمة.**

إن وظيفة القسمة هي إنهاء حالة الشيع، وبالتالي إفراز جزء محدد من المال الشائع لكل متقاسم فيتملكه ملكية خالصة له

**الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة**

إن الإفراز هو الهدف الذي يرمي إليه المتقاسمون من وراء القسمة، إذ به يصبح لكل شريك متقاسم جزء مفرز من الشيء الشائع على سبيل الإنفراد بحقه.

<sup>1</sup> هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1984/10/06 تحت رقم 33120 مما جاء فيه: "حيث أن المحل التجاري نظرا لطبيعته، وللغرض الأساسي فيه المتمثل في الزبائن المرتبط أشد الارتباط بالمحل غير قابل من الناحية العملية للقسمة وأنه لا حل بالتالي إلا بيعه بالم ا زد العلني لضمان مصالح الطرفين، ويمكن أيضا ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر الم ا زد فيهم، ولكن رسو الم ا زد على أحد الشركاء، يعتبر هذا الرسو قسمة بطريق التصفية" مجلة قضائية لسنة 1989 عدد 01 ، ص 153 .

<sup>2</sup> تنص المادة 372 من القانون المدني: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحلفها محله إذا اعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام، وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري. فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصادر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق."

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

أما عن تكييف عملية الإفراز فقد ثار جدل فقهي حول ذلك، فهناك من يك يفها على أنها ذات أثر كاشف فقط إذ أن ذلك يضمن حصول كل متقاسم على الجزء الذي اختص به خالصا من، وآخرون يكيّفونها على أنها ذات أثر ناقل حيث أن كل شريك<sup>1</sup> تصرفات غيره الكاشفة للقسمة فقط عندهم يملك بقدر حصته في المال الشائع، على ذلك فالقسمة تقوم على أساس مبادلة الشركاء، ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية، كانت القسمة بهذا المنظور ناقلة للملكية أيضا، وأخيرا هناك من<sup>2</sup>

يقول بالأثر المزدوج للقسمة كاشف وناقل كما لو أن أرضا يملكها إثنان في الشيوخ لكل منهما النصف. فهذه الأرض قبل القسمة، كانت ملكا لشريكين، تتزاحم عليها ملكية كل منهما. فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، وفرزنا نصيب كل منهما، فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر. فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف، أو ناقل؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض، صار هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف. ونقل إليه ملكية شريكه ثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز. ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف<sup>3</sup> في نصف النصيب، وأثر ناقل في النصف الآخر ويكون للقسمة بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل<sup>4</sup>

### أولا: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة، يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم، والأموال التي ينطبق عليها، والتصرفات التي يترتب عليها.

<sup>1</sup> مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 183 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 948

<sup>3</sup> يقصد بالأثر الكاشف للقسمة أن المتقاسم يعد مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في، ويشترط أن تكون الملكية ثابتة وقت إجراء القسمة، كمن تملك الشيوخ لا من وقت القسمة

بالميراث، فيعتبر مالكا لحصته من يوم وفاة المورث، فالقسمة بهذا المفهوم لا تنتقل حقا جديدا إلى الشريك، وإنما تكشف عن حق ثابت له من قبل، هذا ما أقرته المادة 730 من ق.م. بقولها " : يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

تقريرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 44

<sup>4</sup> محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 158.

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

فبالنسبة إلى الأشخاص فيحتج 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 مملوكا للمتقاسمين، فلا يحق لهذا المتقاسم أن يستند إلى القسمة أو يحتج بالأثر الكاشف لها، باعتبار هذه الأخيرة تعتبر سندا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، يحتج كذلك على الغير إذا رهن أحد الشركاء في الشيوخ 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 خلفا للشريك الراهن، ومعني 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 خاليا من أي حق رتبه الشركاء الآخرون بالنسبة للأموال فباعتبار أن سبب القسمة هو شيوخ كل المال بين الشركاء ومن ثم كان طبيعيا أن ترد القسمة على كل المال الشائع، فإذن 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 مصنفه أما بالنسبة للتصرفات فإن كل تصرف من شأنه أن ينهي حالة الشيوخ يترتب عليه هذا الأثر الكاشف للقسمة، فإذا رسي المزاد في قسمة التصفية على أحد الشركاء، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة عن طريق التصفية، وبالتالي يترتب عليها الأثر الكاشف بمعنى أن الراسي عليه المزاد قد تملك وقت الشيوخ<sup>1</sup>

### ثانيا نتائج الأثر الكاشف

يترتب على القسمة باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم عدة نتائج:

**أولا -** أن الحصة التي ألت إلى المتقاسم تعد أنها كانت خالصة وملكه مند بدء الشيوخ، وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشيوخ، وبالتالي 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 ألت إلى المتصرف بطريق القسمة، مع إعطاء حق إبطال التصرف

<sup>1</sup> خالدي أحمد، المرجع السابق، ص 157

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

بالنسبة للمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وهذا وفقا لنص المادة 02/714 من القانون المدني .

**ثانيا -** لا تصلح القسمة سببا صحيحا بالتقادم العشري وفقا لنص المادة 828 من ق م ج، لأن السبب الصحيح ناقل للملكية على عكس القسمة التي تكون كاشفة لحق الملكية.

**ثالثا -** يجوز نقض القسمة الإتفاقية للغبن الفاحش، إذا رفع المتقاسم المغبون الدعوى خلال سنة من القسمة<sup>1</sup> وهذا وفقا لنص المادة 732 من ق.م.ج وعليه يجب أن يأخذ كل متقاسم جزء مفرز معادل لحصته الشائعة، وبالتالي تكون القسمة عادلة.

**اربعاً -** إن القسمة ليست سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذي أُل إليه، وإنما 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، إذ أن الأثر الكاشف للقسمة يقتصر على<sup>2</sup> الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر مجرد نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز المتصرف فيه لأنه ليس خلفا للمتصرف، ولكن لا تؤدي إلى إعتبره 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.

بالتالي تستقر التصرفات التي أجراها الشريك المتصرف قبل القسمة، مع إنتقالها الى الجزء المفرز الذي أُل 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 02/714 من القانون المدني فالتصرفات الكاشفة تنتج أثارها بين المتقاسمين، أو الأطراف دون حاجة للشهر، ولا يحتج بهذا الأخير إلا على الغير، أي الشهر ضروري في الإحتجاج بها على الغير، وذلك لحماية مصالح المتقاسمين وتجنبه إعادة القسمة من جديد.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الاثر الرجعي للقسمة

<sup>1</sup> محمد وحيد السوار، المرجع السابق، ص 165 .

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 185 .

<sup>3</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 47

## الفصل الثاني: نزع العقار الشائع

إضافة إلى المبدأ الكاشف للقسمة الذي أقرته المادة 730 من ق.م.ج فقد أقرت مبدأ ثاني والمتمثل في أن الشريك الذي خرج نصيبه عن الجزء المفرز يعتبر أنه لم يملك في أي وقت سواه أي نصيب آخر، ومن ذلك يتضح أن المشرع أراد أن يقرر أن للقسمة أثر رجعي لأنه إعتبرها مفرزة للحق، ولا ناقلة أو منشأة له، أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشروع، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة.

### أولاً: نطاق تطبيق الأثر الرجعي

إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقد أو قسمة قضائية لها أثر رجعي، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في الشروع، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشروع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق.

يجب قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في نطاق حماية المتقاسم من تصرفات شركائه الآخرين أثناء الشروع، بحيث يخلص نصيبه مفرزا مطهرا منها، وإستبعاده من جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم، ويسري الأثر الرجعي للقسمة إذا كانت حصص جميع الشركاء مما يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم، إذ يعتبر وضع اليد على أحدها المدة الطويلة المكسبة للملكية إفرازها وإخراجها بالتالي من الشروع.

أما إذا وجدت حصة في المال الشائع لا يجوز تملكها بالتقادم فإن وضع اليد يمتد إليها لإختلاطها بحصص باقي الشركاء حتى ولو ورد وضع اليد على حصة مفرزة، إذ تنطوي على قدر من الحصة التي لا يجوز تملكها بالتقادم، وبالتالي فإن القسمة التي تتم في هذه الحالة لا يكون لها أثر رجعي، وتثبت الملكية لكل متقاسم من تاريخ إجراء القسمة ومن هذا التاريخ تحتسب مدة التقادم، ذلك أن علة هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشروع.<sup>1</sup>

بالتالي فإن الحقوق التي تترتب للغير بموجب نص في القانون يستبعد في شأنها الأثر الرجعي، ومثال ذلك تملك جزء من المال الشائع بالتقادم.

<sup>1</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.269

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

إن الواجب هو حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التي يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشيء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها في حقهم، وللوصول إلى هذا الغرض يكفي أن نسلم بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أي أثر عيني قبل القسمة، وبالتالي تعتبر غير نافذة في حق الشركاء بعدها.<sup>1</sup>

### ثانيا: نتائج الأثر الرجعي

من بين نتائج الأثر الرجعي للقسمة، أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة، إذ الغرض من تقرير هذا الأثر هو حماية المتقاسم في المال الشائع من الحقوق التي يترتبها غيره من المتقاسمين على هذا المال أثناء فترة الشيوخ.

إلا أن الأخذ بظاهر نص المادة 730 من ق.م.ج<sup>2</sup> يؤدي إلى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها لأنها غير منطقية ومخالفة لنصوص القانون وهي<sup>3</sup>:

أولا - إن مقتضى الأثر الرجعي أنه إذا ما رهن أحد الشركاء الشيء الشائع، ثم رسا مزاده على الشريك الآخر في قسمة التصفية، فلا يكون للدائن المرتهن مباشرة الأفضلية على الثمن الذي يختص به الشريك الراهن، بينما يقضي المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما أنها لا تمس الشريك الذي اختص بالعقار كله، وهو الاعتبار الذي يحول دون نفاذ الرهن في حقه أثناء الشيوخ، ذلك من بين النتائج التي لا يمكن التسلم بها في مجالات كثيرة كالتنازع القوانين من حيث الزمان واكتساب حقوق الارتفاق بالتخصيص للمالك الأصلي، ووقف التقادم وانقضائه.

ثانيا - إن العبرة في تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت قيام الشيوخ عند أعمال قواعد الضمان والغبن، والأخذ بذلك يخالف الهدف من القسمة وهو تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ولهذا فالقانون ينص صراحة أن تكون العبرة في التقدير بوقت القسمة، وهذا وفقا لنص المادة 1/731<sup>4</sup> و 1/732<sup>1</sup> من القانون المدني

<sup>1</sup> تقيرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 48

<sup>2</sup> المادة 730 : يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"

<sup>3</sup> كبيرة حسن، المرجع السابق، ص 27 .

<sup>4</sup> المادة 01/ 731 : 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

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

ثالثا - يجب أن تكون ثمار الجزء الذي إختص به أحد المتقاسمين له ليس فقط من وقت القسمة، وإنما من وقت قيام الشيوخ، لكن المنطق وطبيعة الشيوخ يقضيان بأن تكون ثمار الشيء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوخ من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم في الشيوخ، هذا طبقا لنص المادة 719 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

ربعا - أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التي أنفقت في الجزء الذي وقع في نصيب غيره أثناء الشيوخ، خلافا لما يقضي به المنطق وطبيعة الشيوخ من تحمله بها.

خامسا - أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء في الشيء الشائع أثناء الشيوخ قابلا للإبطال بعد القسمة لصدوره من غير المالك، بينما تقضي طبيعة الشيوخ باعتبار هذا التصرف صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها، وهذا وفقا لنص المادة 890 فقرة 2 من ق.م.ج.

سادسا - إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع أثناء الشيوخ، ثم تمت القسمة فوق هذا الجزء في نصيب شريك آخر، أعتبر التصرف قابلا للإبطال سواء كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة، لأنه يعتبر في هذه الحالة تصرف من غير المالك.

لكن الواقع أن نص المادة 02/714 من ق.م.ج لا تجيز للمتصرف إليه طلب الإبطال إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، وذلك على عكس الحال في التصرف بملك الغير حيث يكون للمتصرف إليه أن يطلب الإبطال، ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك<sup>3</sup>.

---

العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين...:

<sup>1</sup> المادة 1/ 732: يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة..."

<sup>2</sup> المادة 719: يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

<sup>3</sup> محمد مصطفى جمال، المرجع السابق، ص 184

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

نستخلص من نص المادة 730 والنصوص الأخرى من ق.م.ج السالفة الذكر أن موقف المشرع الجزائري غير واضح لا يخرج عن افتراضين:

**الأول** - أنه مسابرة للواقع العملي فيما يأخذ به من ترادف بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة هذا ما جعله قد عمد إلى افتراض مخالف للواقع الذي يستتبع التفسير الضيق لنص المادة 730 من ق.م.ج المقررة للرجعية، إذ يقصر هذه الأخيرة على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية لكل متقاسم فيما أفرز له من نصيب، من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب مما يعني عدم الإعراف للقسمة بأثر رجعي فيما وراء هذا الغرض، وبالتالي فالنصوص الأخرى المخالفة للأثر مبررة في هذا النظر.<sup>1</sup>

**الثاني** - إن إرادة المشرع الجزائري في نص المادة 730 من ق.م.ج منصرفة كما يتضح من النصوص الأخرى إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوخ وافتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوخ مملوكا ملكية خالصة استثنائية لهذا المتقاسم وحده.

إن التفسير الثاني لموقف المشرع الجزائري هو الأفضل لأنه لا يعتمد على الافتراض والاصطناع ولأنه هو المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها و طبيعة حق الشريك المشاع الذي تنقيد فيه. وأخيرا هو المتفق سلطاته لما لباقي الشركاء من سلطات مماثلة نتيجة لاشتراكهم في المال الشائع مع الكثير من النصوص القانونية الأخرى التي يستبعد فيها المشرع الجزائري فكرة رجعية القسمة.<sup>2</sup>

على هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهتهم في تصرفات بقية الشركاء المشاعين في هذا النصيب خلال فترة الشيوخ، ويستتبع ذلك أن عدم الأخذ بالأثر الرجعي على إطلاقه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة و تتنافى مع الغرض من تقريره<sup>3</sup>

<sup>1</sup> تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 50

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 956

<sup>3</sup> كيرة حسن، المرجع السابق، ص 266

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

---

### خلاصة

تنص المادة 273 ما يلي " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها"...، إذن للشركاء إذن اختيار 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، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال

## الفصل الثاني: فرز العقار الشائع

الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقيون في الشروع فيما بقي من المال بعد التجنيب.

وقد يختارون القسمة بطريقة التصفية، وخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عيناً، ويتفقون على بيع المال الشائع له أو بعضه في المزاد ويقتسمون ثمنه، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا، وإذا باعوا المال الشائع 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 الزاد على الأجنبي أعتبر رسوا المزاد بيعاً لا قسمة أما إذا رسي على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية.

الطائفة

## الخاتمة

وفي الأخير نخلص إلى أنّ هذا الموضوع له أهمية بالغة من حيث أنه يعالج أهم مشاكل الحياة الاجتماعية تعقيدا ألا وهي كيفية قسمة المال الشائع والخروج من حالة الشيوخ باعتبارها وضعا مؤقتا يحسن الانتهاء منه في أسرع وقت لما يترتب عليه من تعطيل الانتفاع بالشيء نظرا لاختلاف المشاعين في كيفية استغلاله وتمثل القسمة الرضائية أحد أنواع القسمة المخرجة من هذا الشيوخ ومشكلاته.

ولما كان الشيوخ أمراً غير مرغوب فيه في غالب الأحيان، فإن المشرع سمح للشركاء في هذا الشيوخ، الخروج منه متى تحقق إجماعهم، وإذا كان المشرع قد منح حق إدارة المال الشائع للأغلبية المالكة للأغلبية، فإنه لا يجوز لهذه الأغلبية إجبار الأقلية على البقاء في الشيوخ، و من ثم كان لهذه الأقلية حق اللجوء إلى القضاء لطلب إجراء القسمة، فالمشرع يحافظ تارة على المال الشائع و تارة يحافظ على حق أصحاب ملكية هذا المال، فوضع طرقا لاستغلال المال الشائع و استعماله و هو ما يعرف بقسمة المهايأة سواء كانت مكانية أو زمانية، لكن حدد لها مدة زمنية فجعلها قسمة مؤقتة لا تتجاوز الخمس سنوات، و رتب على بقاء الشركاء في قسمة المهايأة مدة 15 سنة تحولها إلى قسمة نهائية بقوة القانون ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك. كذلك أورد المشرع قيوداً على قسمة العقارات الفلاحية و هذا بهدف حماية الوجهة الفلاحية للأرض، و ذلك حين اشترط رخصة لتقسيم الأراضي الفلاحية، غير أن هذه الحماية لا تجد صداها لدى الجهات القضائية لأن الكثير من هذه الجهات لا تشترط رخص التجزئة و التقسيم و لا حتى سندات ملكية الأموال المشاعة، و هو ما يؤدي إلى استحالة تنفيذ أحكام هذه الجهات القضائية، طالما أن شهرها غير ممكن.

فيجب أن تتضمن الأحكام الكاشفة للقسمة جميع البيانات من حيث تحديد ملكية المال الشائع قبل القسمة و تحديد معالمه و قيمته، و تحديد ما آل لكل متقاسم من حيث القيمة و المساحة و الحدود كذلك، و هذا حتى يتسنى شهرها لدى المحافظة العقارية.

كذلك من الأجدر أن تكون رخص التجزئة في الأراضي الفلاحية واجبة على الجهات القضائية، فهذه الرخصة من النظام العام، الهدف منها هو الحفاظ على الوجهة الفلاحية لهذه الأراضي.

كذلك فالقانون يفترض في أن القسمة القضائية قد روعيت فيها كافة الضمانات إلى تحقق المساواة بين المتقاسمين، لذا كان على الجهات القضائية أن تتبع الخطوات و الإجراءات التي

## الخاتمة

---

يفرضها القانون حتى تكون القسمة منصفة و عادلة، فعلى القضاة أن يحرروا محاضر تثبت الصيغة التي تم بها إجراء القسمة، سواء كان اتفاقاً أو قرعة، و هذا حتى يبينوا مدى عدالة هذه القسمة.

و للقاضي دور هام في قسمة المال الشائع سواء كانت قسمة اتفاقية فيقتصر دوره هنا في مراقبة مدى عدالة هذه القسمة وفق ما يسمح به القانون، و إذا كانت قسمة قضائية فله دور ايجابي كونه هو الذي يقوم بهذه العملية.

الاسرار

# المراجع

## المصادر

1. الأمر 90-25 المؤرخ في 08/12/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 95-26
2. القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخ في 2008/04/23

## الكتب

1. إمام محمد كمال الدين، نظرية الفقه في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، 1998،
2. جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1998
3. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج2، ط2، من دون اسم دار النشر، 1958 م
4. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات عن مجلس الدولة للمحكمة العليا، طبعة 8، دار هومة للنشر، الجزائر، 2005
5. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 2004
6. حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثالثة
7. الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي مدينة نصر، 1996
8. خليل أحمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، 2001
9. خليل أحمد محمود، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007

## المراجع

10. رمضان أبو السعود- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها، نشر دار الجامعة الجديدة، 2004 مصر
11. السعدي محمد صبري ، الواضح فى شرح القانون المدنى الجزائري ، الجزء الرابع ، دار هومة، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2009
12. سوار محمد وحيد الدين ، حق الملكية فى ذاته، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1993
13. شامة إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002
14. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال ، ج 9 ، دار احياء التراث ، العربي ، القاهرة - مصر
15. عبد المنعم فرج صدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.
16. فراج أحمد حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997
17. فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1989
18. قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، سنة 2001
19. قليمي عمر، الدليل العملي في التسجيل و الطابع، معهد الاقتصاد الجمركي و الجبائي الجزائري التونسي القليعة، الجزائر، 1990
20. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية و أحكامها و مصادرها . منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر . 2001
21. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1991
22. محمد المنجى، دعوى القسمة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996
23. محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 02 ، سنة 2000
24. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010 ، عمان، الأردن

## المراجع

25. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997
26. مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، الطبعة 2 ، سنة 2000
27. المصلح عبد الله بن عبد العزيز ، قيود الملكية الخاصة في الإسلام، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى ، 1988
28. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2001
- ### المذكرات

1. أولاد العيد الطاهر، التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2007
2. بخوش الزبير، إدارة المال الشائع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، سنة 2007
3. تيقيرين تيزيري، حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، شعبة القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية -2012/2013
4. حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، شعبة القانون الخاص الشامل ،جمعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2013
5. حيتوس عمار، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر، د س ن
6. دفاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2011، 2012/01
7. زيدان محمد، حق الإرتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2004

## المراجع

8. عويسي نادية وغياطو صليحة، القسمة الرضائية في العقار -دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2013/2012
9. لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون فرع المعاملات المالية، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014
10. مقرود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في القانون الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص، قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015/2014

### المجلات

1. المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 01 .

القلم

# الفهرس

كلمة شكر	
الاهراء	
أ	مقدمة
الفصل الأول : مفهوم الملكية الشائعة	
05	تمهيد
06	المبحث الأول : الملكية الشائعة
07	المطلب الأول : تعريف الملكية الشائعة وتمييزها عما يشابهها
07	الفرع الأول : تعريف الملكية المشاع
10	الفرع الثاني: تمييز الملك المشاع عن النظم المشابهة.
12	المطلب الثاني: أسباب الشيوخ
12	الفرع الأول: نشوء الشيوخ بتصرف قانوني
13	الفرع الثاني: نشوء الشيوخ بواقعة مادية.
15	المبحث الثاني : أنواع الشيوخ
16	المطلب الأول : ملكية الأسرة
17	الفرع الثاني: أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة
18	الفرع الثالث: أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة
19	الفرع الرابع: أن لا تزيد مدتها عن خمس عشر سنة
21	المطلب الثاني : الحائط الفاصل المشترك و الطبقات والشقق
21	الفرع الأول : ملكية الحائط الفاصل المشترك
22	الفرع الثاني : ملكية الطبقات أو الشقق
24	الخلاصة

# الفهرس

الفصل الثاني: فرز العقار الشائع	
26	تمهيد
27	المبحث الأول: القسمة الاتفاقية و القسمة القضائية.
27	المطلب الأول: القسمة الاتفاقية (الرضائية)
27	الفرع الأول : تعريف القسم الرضائية
29	الفرع الثاني: خصائص القسمة الرضائية
30	الفرع الثالث: شروط القسم الرضائية
36	المطلب الثاني: القسمة القضائية.
36	الفرع الأول : تعريف القسمة القضائية
37	الفرع الثاني: حالات القسمة القضائية
38	المبحث الثاني: كيفية إجراء القسمة و الآثار المترتبة عليها.
38	المطلب الأول: كيفية إجراء القسمة.
38	الفرع الأول: إجراءات القسمة الرضائية (الاتفاقية )
41	الفرع الثاني: إجراءات القسمة القضائية
50	المطلب الثاني: آثار القسمة.
50	الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة
53	الفرع الثاني: الاثر الرجعي للقسمة
58	خلاصة
60	الخاتمة
	المراجع
	الفهرس