

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

أحكام الشيوع في التشريع الجزائري

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون الأعمال

إشراف الأستاذ:
مدار توفيق

إعداد الطالبة:
شرفة ليندة أشواق

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الهيئة المستخدمة | الصفة |
|----------------|-----------------|--------------------------------|----------------|
| خوالدية فؤاد | أستاذ محاضر "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | رئيسا |
| مدار توفيق | أستاذ مساعد "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | مشرفاً ومقرراً |
| بن صالحية صابر | أستاذ محاضر "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | ممتحنا |

السنة الجامعية: 2023/2022



المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

المسيد (ة) : .. شرفي لهندة أشواق

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 400781560

الصادرة بتاريخ: 2022 10 18

عن دائرة: .. الطارف

المسجل بقسم: .. الحقوق والعلوم السياسية

والمكلف بإنجاز مذكرة تخرج ماستر عنوانها:

أحكام التبوع في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أنني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: ..

إمضاء المعني

حك



شهود و صواب على
المسيد:
الطارف في:

20 جوان 2023

Handwritten signature and notes at the bottom of the page.

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

أحكام الشيوع في التشريع الجزائري

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون الأعمال

إشراف الأستاذ:
مدار توفيق

إعداد الطالبة:
شرفة ليندة أشواق

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الهيئة المستخدمة | الصفة |
|----------------|-----------------|--------------------------------|----------------|
| خوالدية فؤاد | أستاذ محاضر "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | رئيسا |
| مدار توفيق | أستاذ مساعد "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | مشرفاً ومقرراً |
| بن صالحية صابر | أستاذ محاضر "أ" | جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف | ممتحنا |

السنة الجامعية: 2023/2022

الشكر

الحمد لله تعالى حمدا مباركا على إنجاز هذا العمل
وتوفيقنا على إتمامه
كل الشكر الموصول إلى الأستاذ المشرف
على تأطير هذا العمل
وكل الشكر كذلك للجنة المناقشة التي قامت
بمراجعة هذه المذكرة
وأشكر جزيل الشكر كل من أعانني
وشجعني على إكمالها ولو بكلمة
فهذا كله بفضل من الله
فالحمد لله دائما وأبدا

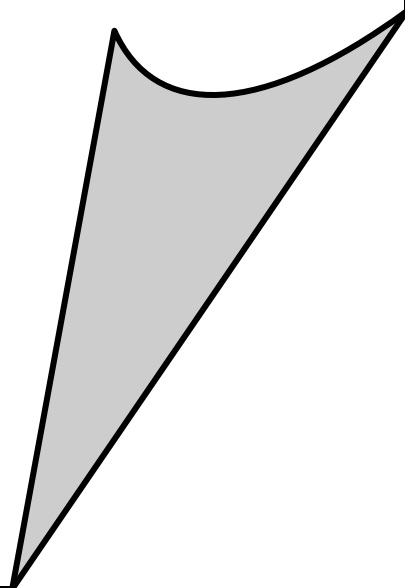
الإهداء

إلى من سعى جاهدا لأجل هذه اللحظة
إلى من تعب و سهر دون كلل ولا ملل
إلى أبي الغالي ..
إلى الحبيبة التي تغمدها الله برحمته الواسعة
وأسكنها فسيح جناته، فهي من تمنى هذا
اليوم ولم تره .. أمي الحبيبة رحمها الله
ها قد وصلت يا أمي ،،
إلى عائلتي الصغيرة التي تساندني..
إلى الواقفين بجانبني و كانوا السند والعضد
في هذا الطريق .. هذا الإهداء لكم

قائمة المختصرات:

| | | |
|---------|---|-----------------------------|
| ط | : | طبعة |
| ج | : | جزء |
| ص | : | صفحة |
| ق م | : | قانون مدني |
| د ر ط | : | دون رقم طبعة |
| د ت ن | : | دون تاريخ نشر |
| د د ن | : | دون دار نشر |
| ج ر ج ج | : | جريدة رسمية جمهورية جزائرية |
| ق أ ج | : | قانون أسرة جزائري |
| ع | : | عدد |
| م ج | : | مجلد |

مقدمة



مقدمة:

منذ القدم، تعود الانسان على حب التملك، حيث امتلك الأراضي والحقول والمساكن التي لا يمكنه الاستغناء عنها، وذلك لحاجاته الماسة لهذه الضرورات الحياتية، وقد ظهر حديثا ما يعرف بالملكيات الجماعية، حيث كانت الملكيات مشتركة، ولكن بتطور المجتمع انحصرت الملكيات، فتكونت بذلك ملكية الأفراد لما لها من ضرورة يختص بها الفرد فيما يمتلك كالممتلكات المختلفة، و هذا ما يكون أكثر نفعاً للأفراد، و لما للملكية الفردية من حرية مطلقة في التصرف والانتفاع وكل ذلك بغرض تسهيل المعاملات، وقد تبنى الملكية الشائعة العديد من الدساتير والقوانين والمنظمات العالمية باعتبارها حقا لصيقا بالفرد ولا يمكن الاستغناء عنها، دون أن ننسى أن المشرع الجزائري تطرق إلى حق الملكية من خلال القانون المدني الجزائري من خلال الكتاب الثالث المختص بالحقوق العينية الأصلية في بابه الأول حق الملكية، وقد خص الملكية الشائعة في قسمها الرابع حيث ضبط أحكامها من خلال المواد 713 إلى المادة 742 من الأمر 58-75 المعدل و المتمم بالقانون 05-10.

أهمية الدراسة:

ونظرا للأهمية التي تحظى بها الملكية الشائعة، من خلال ما يتناوله التشريع من جوانب عدة، كما تطرق إلى كيفية التصرف والإدارة والانتفاع بالمال الشائع.

أيضا يمكننا معرفة ما إذا كان هناك تضارب في الآراء حول طبيعة الشيوع وما مدى تفرقتها عن غيرها من الملكيات، أو في حال وجود اشكالات أمام الفراغ أو القصور التشريعي أو في جانب من جوانب تنظيمها، ويعتبر الميراث هو من أهم الأسباب التي تساهم في حدوث الملكية الشائعة والتي قد تؤول في الأخير إلى حدوث القسمة والتي تجعل خروج الشريك عن الشيوع في حال لم يرغب هو بالبقاء، وللملكية الشائعة أيضا أهمية بالغة من خلال تسليط الضوء أهم الفروقات الموجودة بينها وبين الملكية المشتركة والمفرزة، إذ تعتبر هذه الأخيرة هي الوجه المقابل للملك العادي، في حين أن بحثنا المتواضع يعرج إلى تحليله للمواد القانونية الخاصة بالشيوع و تبيان اهميته البالغة، و ذلك باعتبار ان الشيوع الاجباري هو الوجه الآخر كصورة ثابتة من صور الشيوع.

أما عن الخروج من الشيعو الذي يعتبر ناجما عن طريق الميراث على حد غالب ألا أن الأمر قد ينتهي بالقسمة التي لا تخلو من أهمية بالغة ومالها من أثر كبير في تحديد نصيب الشريك المتقاسم سواء كانت القسمة باتفاق أو بغير اتفاق.

أسباب اختيار الموضوع:

أ/ الذاتية:

ولعل من أهم الأسباب الذاتية التي جعلتنا نختار هذا الموضوع هو اهتمام الفقه والقضاء لحالة الشيعو نظرا لكونه حديث الساعة، كذلك إرادتي الشخصية في توسيع معرفتي حول هذا الموضوع باعتبارها ميولا شخصية لهذا الجزء بالتحديد من أنواع الملكيات والوصول إلى أهم النتائج التي قد يمكن استنتاجها بعد نهاية الاطلاع حول هذا الموضوع.

ب/ الموضوعية:

لعله من الأسباب الرئيسية التي جعلت هذا الموضوع محل اهتمام من طرف الفقه والقضاء والتشريعات هو انه أحيانا ما تكون أحكام الشيعو مبتورة باعتبارها في الغالب لا تخرج عن دائرة لجوء الأفراد إلى المحاكم، و ذلك لنشوب نزاع قد يقع بين افراد الاسرة الواحدة على الملكية الشائعة وماله من ضرر قد يمس وحدة الأسرة وترباطها، ونظرا لما للشيعو من أحكام لها ثغرات من خلال الادارة أو التصرف، ولربما شريك من الشركاء قد تعدى على ملك غيره من خلال تصرفه، فهنا سيقف القضاء مجابها لمثل هذه النزاعات، كذلك باعتبار أن الشيعو مآله القسمة فتوجب علينا التطرق إلى معرفة طرق قسمة المال الشائع باعتباره سببا هاما يستوجب العلم به، و مآل الحصص التي كانت شائعة بعد حدوث القسمة، وآثارها الناتجة عنها.

أهداف الدراسة:

إن أهم الأهداف التي تطلعنا للوصول إليها وأردنا تحقيقها من خلال هذا البحث تتلخص في ما يلي:

- معرفة سبل تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الشيعو ضمن آخر مستجدات التعديل القانوني

للأمر 58-75 المعدل و المتمم بالقانون 05-10.

- التوصل إلى أهم النقاط التي المتعلقة بأنواع الشيعو وما يندرج تحتها من نزاعات بين الأفراد،

وذلك لصده هذه الأخيرة في حين اللجوء إلى القضاء.

- معالجة إشكالية القسمة بأهم تفاصيلها وما لها من آثار، وذلك لأن القسمة هي الحل الذي يلجأ إليه الأفراد للخروج من حالة الشيع.

الإشكالية:

ولما كانت الملكية الشائعة محل جدل وحديث كبير بين أوساط الفقه والقضاء نظرنا في هذا الحال إلى أن نتساءل عن:

كيفية تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الشيع في التشريع الجزائري، وما مآل الشيع أمام نقص الأحكام التشريعية المنظمة له ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية بعض التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هو الشيع من خلال الفقه والتشريع الجزائري؟ وماهية سلطات الشركاء على المال الشائع ؟

- وما هي أنواع الشيع، من خلال تنظيم التشريع الجزائري لها؟

المنهج المتبع:

وللوقوف على أهم مجريات هذا الموضوع تطرقنا من خلال بحثنا إلى استعمال المنهج التحليلي لما فيه من تحليل للمواد القانونية التي تمكننا من استنباط ما تطرق إليه المشرع من أحكام. وكذلك اعتمدنا إضافة إليه على المنهج الوصفي الذي يتمثل في استعراض المفاهيم الفقهية والقانونية.

تقسيم الدراسة:

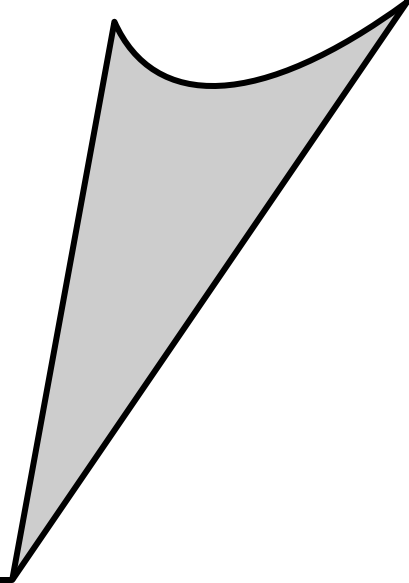
وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد قسمنا هذا البحث إلى فصلين تعرضنا في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للشيع ويضم مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الشيع وفي المبحث الثاني إلى سلطات الشركاء على المال الشائع.

أما الفصل الثاني فيتطرق إلى أنواع الشيع بالإضافة إلى قسمة المال الشائع أخيرا وهذا ما سنعرضه فيما سيأتي ..

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي

للسيوع



تمهيد

إن اشتراك مجموعة من الشركاء على ملك واحد يعتبر نوعاً فريداً من أنواع الملكية، بحيث يتشارك هؤلاء الملاك على شيء دون أن يحدد نصيب كل واحد منهم فيما يملك، وباعتبار أن هذه الأخيرة تتم بواسطة مجموعة من الشركاء فيتوجب لها هنا أن يكون لهذا الشيء الشائع سلطات عليه تخول بذاتها إلى الشركاء من أجل الانتفاع والتصرف والإشراف عليه وحسن سيرورته، ولما كان هذا الأخير من دون تحديد أنصبة ولا إفرار فنحن بصدد حالة شيوخ، والشيوخ هنا يتم عن طريق مجموعة من الشركاء الذين يمتلكون المال الشائع دون إفرار للأنصبة، وبالتالي فإن المال الشائع سيكون في حيز غالباً ما يكون إجبارياً على الشركاء أن يدخلوا فيه ولهم الحق في البقاء عليه أو الخروج منه، أما فيما يخص التصرف فإن لكل شريك له الحق في التصرف في ماله الشائع كيف يشاء، باعتبار أن هذا الملك الشائع يخصه وحده، كذلك يمكن للشركاء أن يتفقوا على التصرف في المال الشائع جماعة أو الأغلبية منهم، على غرار ذلك فإن للشركاء أن ينتفعوا بمالهم الشائع كيف شاؤوا، كذلك يجوز لهم أن يقتسموا المال الشائع قسمة انتفاع أو مهياًة و التي بدورها تنقسم إلى زمانية ومكانية، دون أن نغض الطرف عن إدارة المال الشائع وتنقسم إلى إدارة معتادة، يتم من خلالها إدارة المال الشائع دون إحداث تغيير جذري في الغرض المعد له أما غير المعتادة فهي تكون على عكس ذلك، وتعتبر الإدارة قائمة باتفاق جميع الشركاء على الشيوخ، دون أن ننسى نفقات المال الشائع وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفصل ناهيك عن تعريف الشيوخ لغة واصطلاحاً وقانوناً ثم الحديث عن طبيعة المال الشائع وما تضارب حوله الفقهاء من أجل تبيان طبيعته القانونية، كذلك نتطرق إلى الحديث عن مصدر الشيوخ واختلافه عن غيره من الملكيات، وهذا ما سيتبين في بحثنا من خلال فصله الأول.

المبحث الأول: مفهوم الشبوع

يعتبر الشبوع بوجه عام ذلك الملك الذي يتعدد في امتلاكه مجموعة من الأشخاص، حيث أنه يكون لكل منهم نصيب دون إفراز، ولكل شريك على الشبوع وله حق التصرف فيها، غير أنه وعلى عكس ذلك من الملكية المشتركة التي يشترك فيها مجموعة من الملاك التي تكون جماعية ويكون هدف الشركاء فيها مشتركا كذلك الملكية المفترزة التي تكون بإفراز كل نصيب من حقوق الشركاء وهي الوجه الآخر لعملة الملكية العادية.

ولا ننسى أن الفقه قد اجتهد في تحديد طبيعة الملكية الشائعة وذلك من أجل تبيان حالتها وتحديد هويتها الشخصية من الناحية الفقهية، فهل هي تعتبر حقا شخصا أم حقا مملوكا لمن؟ وماهي طبيعته من خلال الرأي الراجح الذي اتفق عليه الفقه؟ ناهيك عن معرفة السبب المنشئ للشبوع ومصدره، وهذا كله ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث الذي سيعرفه لنا الشبوع ويميزه عن غيره دون أن ننسى مصدره وطبيعته القانونية .

المطلب الأول: تعريف الشبوع

لقد حظي الشبوع لمختلف التعريفات من خلال المعاجم وكذلك تعريفات الفقهاء ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مختلف هذه التعريفات ناهيك عن تعريفها من خلال التشريع الجزائري .

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي

أ/ لغة: الشبوع في اللغة مشتق من كلمة شاع شيعا وشبوعا (الخبر) أي: ذاع وانتشر والسر أشاعه أي أظهره، ومشاع أي غير مقسوم¹، والشيع يعني المقدار من العدد ونحوه².

ب/ اصطلاحا: فقد تعددت آراء الفقهاء في وضع تعريف للشبوع.

فقد عرف عبد الرزاق السنهوري الملكية الشائعة على أنها " تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على

¹ ابن منظور: لسان العرب، مادة "شيع"، ج 11، ط1، 1432هـ، 2011م، مركز الشرق الأوسط الثقافي بيروت، لبنان، ص 166.

² محمد هادي اللحام، محمد سعيد، زهير علوان، القاموس عربي - عربي قاموس لغوي عام، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2008، ص 412.

حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق هذا الشريك هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال ذاته.¹

بينما يعرفها بعض الفقهاء على أن الملكية الشائعة انفراد الشخص بملكية الشيء الواحد أن لا يشاركه في ذلك أحد، وقد تكون الملكية عكس ذلك أي أنه يمكن أن يتعدد الملاك على الشيء الواحد دون إفرز أجزائها لكل فرد من هؤلاء الملاك.²

كذلك يعرف محمد حسين منصور الشبوع بأنه تعدد الملاك لشيء واحد دون أن يختص كل منهم بشيء مفرز فيه بل يملك لكل منهم حصة شائعة فيه بالحصة التي يملكها الشريك في الشبوع شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات بل تقع على الشيء الشائع جميع، وهذا الشيء يكون مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم مادياً فيه ألا أن هذا النصيب يتعين من الناحية المعنوية في الحق نفسه.³

وما اتفق عليه الفقهاء من مختلف التعريفات أن الشبوع يكون واقعا على مال لعدة أفراد شرط أن يكون غير مفرز فيما بين الشركاء، و دون انفراد شخص واحد بالملك المشاع.

الفرع الثاني: تعريف الشبوع في التشريع الجزائري

ولقد تطرق التشريع الجزائري لتعريف الشبوع حيث جاء في نص المادة 713 من القانون المدني الجزائري بما يلي: ” إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشبوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقيم الدليل على غير ذلك“⁴.

ومن هذا التعريف يمكن القول أن الملكية الشائعة تكون ذات محل حق واحد ويتعدد فيها الشركاء، غير أن الشركاء يتعددون على هذا الملك ولكل من هؤلاء نصيب كالثلث والرابع والنصف ولكن لا ينقسم

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج 8، ط 1، 1967م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 796.

² محمد حسن قاسم: موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج 1، كلية الحقوق جامعتي الإسكندرية وبيروت العربية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006 ص 115

³ محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 90.

⁴ أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26/09/1975 المتضمن ق م، المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج رج ج ، الصادرة في 30/09/1975، ع 78

النصيب في هذه الحال بل تبقى ملكا لكل إلا ما إذا تمت القسمة وأخذ كل ذي نصيب نصيبه¹، والشروع موجود في باقي الحقوق العينية كما هو موجود في الملكية وتطبق عليه نفس الأحكام التي تطبق في الملكية كذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك من طبيعة للحقوق²، ومن الملاحظ أن المشرع للجزائري بدأ تعريفه للملكية الشائعة بلفظ "ملك" وهذا يعني أن الشركاء يمتلكون الشيء المشاع وبهذا يكون قد تقرر حق الملكية ناهيك عن نص المادة 714 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري: "كل شريك في الشروع يملك في حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها ويستعملها دون أن يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء" ومن خلال هذه الفقرة نجد أن الشريك في الشروع له الحق في أن يتمتع بملكيته فله أن يستغلها ويستعملها وكذلك له الحق في أن يتصرف فيها كيف شاء فالحق هنا هو حق ملكية³.

إن من خلال ما تطرق إليه المشرع الجزائري في تعريف الشروع فإنه لكل شريك على الشروع يمتلكه حصته وله أن يتصرف فيها كقيامه بالبيع أو استغلال الثمار الناتجة عن ملكه وله كذلك حق الاستعمال والانتفاع بما يملك شريطة أن لا يضر وأن لا يمس بما ليس له يد فيه من ملك باقي الشركاء الذين هم معه على الشروع، كذلك نذكر أن الشروع من خلال ما تطرق إليه المشرع الجزائري في تعريفه أنه يكون عبارة عن ملكية غير مفرزة، حيث يتعدد الشركاء في امتلاك الملك الواحد على أن يكون لكل منهم نصيب شرط أن لا ينقسم هذا النصيب وإلا فإننا في هذه الحال بصدد انتهاء حالة الشروع من خلال القسمة.

المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات

إن الشروع يختلف عن باقي الملكيات وذلك بمفهومه ومعناه، واختصاص كل شريك بالشيء المملوك⁴.

الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة :

¹ حواسن كريمة: الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،

2014/2013، ص 04

² محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 91

³ حواسن كريمة، المرجع نفسه، ص 04

⁴ محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 91

تعتبر الملكية المفترزة هي الوجه العادي للملك الخاص، ومن خلاله يمكن لصاحب الحق أن يتمتع بهذا الملك وبإمكانه الانتفاع بهذا الشيء كيفما يشاء، كذلك هناك صورة أخرى للملكية فيمكن أن ينتفع به مالك الشيء ولكن بجزء فقط من المزايا ألا وهي الملكية الشائعة¹، وفي الملكية العقارية الشائعة لا يعين الحق ماديا بل يكون بصفة معنوية فقط لأنه يتعدد في الملك المشاع الملاك للشيء الواحد، بحيث ينقسم لكل من هؤلاء الملاك أنصبة غير معينة خلافا عن الملكية المفترزة².

الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

تعتبر الملكية المشتركة ملكية جماعية، ولكل منهم نصيب معين وذلك بغية تحقيق هدف مشترك واحد وتنشأ بإرادة الأفراد متفقين عكس الشيوخ الذي يتم رغما عن الشركاء باعتبارهم ورثة مثلا³. كذلك في الملكية المشتركة فإن كل شريك تم فقدان حقه العيني فإن الحق ينتقل الى الجماعة، عكس الملكية الشائعة التي يتفرد كل مالك فيها بحصته الشائعة⁴.

إن الملكية الشائعة تنفرد بما يميزها عن قريناتها من الملكيات ألا أن ميزة هذه الأخيرة هي أنها ذات صفة معنوية لا مادية، أيضا فالملكية الشائعة تكون غير مفترزة خلافا عن الإفراز في حد ذاته. ناهيك عن أنها توجب رغما عن الشركاء وذلك في حالة الميراث على سبيل المثال، إضافة على أنها يختص كل مالك بحصته على حدى .

إن هذه المميزات حيثما وجدت في الملكية الشائعة فقد جعلتها ذات أحكام خاصة بها تختلف وتنفرد بها عن غيرها من الملكيات المشابهة.

المطلب الثالث: مصدر الشيوخ وطبيعته

من خلال هذا المطلب سنتعرض إلى تبيان مصدر الشيوخ من خلال ما تعرض إليه الفقه، وهذا سيكون في فرع أول، بينما في الفرع الثاني فإننا سنتطرق إلى طبيعة الشيوخ القانونية و مختلف الآراء حول التي تعرض لها الفقهاء حول ذلك.

الفرع الأول: مصدر الشيوخ

¹ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 06

² علاوي لخضر، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2016/2017، ص 10

³ إسعد فاطمة، محاضرات في الملكية الشائعة ملقاة على طلبة سنة أولى ماستر قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية ، 2016/2017. ص 06

⁴ علاوي لخضر، المرجع السابق، ص 10

حسب رأي عبد الرزاق السنهوري أن الملكية الشائعة ملك تام، كما أنها ملكية فردية بحت كما أسلف الذكر، وتعتبر حسب قوله مصادرها هي نفسها أسباب اكتساب الملكية، والميراث هو من أهم أسباب صدور الملكية الشائعة هو أن يموت صاحب الملك وأن يترك عدة ورثة يتوارثون الشيء الشائع الواحد، وبالتالي تنتقل إليهم الأموال. وأحيانا يكون مصدره الوصية، مثلا أن يوصي شخص ما لآخرين وصية على مال أو عقار،¹ وفي الميراث غالبا تتعين حصة كل شريك على الشبوع حسب السبب المنشئ لهذا الأخير، في حين أن عدد من الشركاء قاموا باشتراء عقار فإن حصة كل شريك منهم على الشبوع فيه تتعين بنسبة ما يمتلكه من نصيب في الميراث، كذلك إذا لم يتم تحديد لكل منهم حصة فإن الحصص غالبا ما تكون بالتساوي ما لم يقم على عكس ذلك الدليل،² يمكن أن تنشأ الملكية الشائعة عن طريق التصرف القانوني الذي يتم إبرامه بين متعاقدين كمشراء منزل بين شخصين على الشبوع. وينشأ الشبوع أيضا بالوصية كأن يوصي شخص على أرض للشبوع فيما يمكن أن تنشأ أيضا بوجود واقعة قانونية نذكر منها الحياة أو الاستيلاء أو الميراث.. إلخ

ويعتد الميراث من أكثر الوقائع القانونية التي قد تحدث الشبوع فمن خلاله تنتقل أموال المتوفى إلى ورثته من تركة وبالتالي تصبح ملكية شائعة للورثة.³

الفرع الثاني: طبيعة الشبوع

اختلف العديد من الفقهاء حول طبيعة الشبوع وحق الشريك فيها:

الرأي الأول: حق الشريك حق شخصي

فالرأي الأول يقول بأنه ليس حقا عينيا بل هو شخصي فقط وبنوا حجتهم على أساس أن الحق العيني يكون مفرزا بل ومحددا وله محل.⁴ إن حجة هذا الرأي لا تتناسب مع أحكام القانون الوضعي، فهو يمنح للشريك على الشبوع السلطة على ملكه المشاع وهذا متعارض مع ما يراد به القول أن حقه العيني هو حق شخصي فقط مقابل

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق، ج8، ص801

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص93

³ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص09

⁴ محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية والتبعية)، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، د ر ط، د

س ن، ص99

الشركاء أو وحدتهم بالإجماع، غير أنه ومن سياق آخر لا يمكن أن تعتبر الملكية مثبتة لإجماع ووحدة الشركاء ككل.

الرأي الثاني: حق الشريك على الشروع له نوعية خاصة

الرأي الثاني والذي يعتبر أن حق الشريك على الشروع ذو نوعية خاصة:

أخذ هذا الرأي بقول أن حق الشريك على الشروع له نوع خاص، وذلك بناء على أن الشروع هو ملك على حد قولهم، أي أنه لا يكون ملكا لمجموعة من الأشخاص: لقد أخذ هذا الرأي بقولهم أن الشريك على الشروع ذو نوع خاص وذلك مبني على الشروع هو ملك على حد قولهم أي أنه لا يكون ملكا لمجموعة من الشركاء على حد سواء ولا لفرد واحد فقط.

غير أن هذا الرأي انتقد لأن المال الشائع يكون ملكا لشريك واحد او مجموعة من الشركاء¹.

الرأي الثالث: حق الملكية حق شائع

أما الرأي الثالث وهو الراجح، ذهب بالقول أن حق الملكية حق شائع للشريك، باعتبار أن الملك على الشروع يتعدد فيه الشركاء ومن المتعارف عليه أن الشيء محل الملكية لا يتجزأ فالملكية تنقسم على حسب ملاك الشيء محل الشروع وبالتالي فإنها تقسم تقسيما ماديا للشيء الذي هو محل الشروع فيكون حق كل شريك في مجموعة، وهذا على غرار أن كانت حصة الشريك محددة، وهذا هو الرأي الراجح والسليم من بين بقية الآراء وقد أخذ به الغالبية في الفقه التقليدي والفقه الحديث كذلك.²

إن بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في تحديد طبيعة الملكية الشائعة واجتهاداتهم الفقهية ألا أنه وقد انفرد الرأي الثالث والأخير بقوله أن الملكية حق للشريك على الشروع، ومن هذا المنطلق نستدل على أن المحل على الشروع هو في حد ذاته الحق الذي يمتلكه الشريك وهذا هو الأرجح والأقرب منطقيا من بقية الآراء، حيث أنه ومن خلال هذا المنطلق يخول للمالك الشريك عدة سلطات تمكنه من الإنتفاع والتصرف وكذلك إدارة ماله الشائع بمطلق إرادته وذلك في حدود ملكيته وحقه في الشروع على غرار بقية الشركاء وهذا ما سيذكر في المبحث الثاني لاحقا.

¹إسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 4، 5

²صبيعات شاتي، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ليسانس علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، مكتبة القانون، 2011/2010 اطلع عليه بتاريخ: 2023/02/26، <https://t.me/CozmoBooks3> 17:14، ص 07

المبحث الثاني: سلطات الشركاء على الشبوع

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا في قولنا أن الملكية الشائعة هي ذلك الشيء الواحد الذي يتعدد الملاك في امتلاكه دون إفرار نصيب كل واحد منهم على حدى، والملكية الشائعة هي وجه بعيد كل البعد عن الملكية العادية التي تتصف بإفرار كل نصيب. ومن منطلق أن الملكية الشائعة تحمل في طياتها شكلا من أشكال الممارسات التي تقع عليها طبقا لتعريف وأحكام المادة 714 من القانون المدني الجزائري والتي تمنح لكل شريك سلطات مخولة له تمكنه من استغلال ملكه الشائع كيف يشاء وقد تعددت هذه السلطات واختلفت مميزاتها منها سلطة التصرف التي تخول للشخص أن يتصرف في ملكه الشائع وكذلك سلطة الانتفاع التي تخول للشخص المالك أن ينتفع بماله الشائع انتفاعا محضا ذلك باستغلال ثمارها وللشركاء على الشبوع حق الانتفاع جماعة بالمال الشائع، أي أنهم لهم نفس حق الانتفاع وأن يتصرف فيه بمحض إرادته على أن لا يمس ما ليس له يد فيه من حق غيره في الشبوع، ناهيك عن إدارة المال الشائع الذي أصله أن يكون باتفاق الشركاء جماعة تجنبا للمسائل التي قد تمس بسلامة إدارة الشيء على الشبوع والتي قد تعرض الشركاء فيما بعد إلى خلق منازعات فيما بينهم، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحث التالي من سلطة تصرف وانتفاع وإدارة للمال الشائع.

المطلب الأول: الانتفاع بالمال الشائع

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى سلطة الشريك في الانتفاع بالمال الشائع، أي أننا سنتطرق في الفرع الأول إلى حق الشريك في الانتفاع بالشيء بينما في الفرع الثاني سنخرج إلى قسمة المهايأة بنوعيتها، ثم إلى أحكامها.

الفرع الأول: حق الشريك في الانتفاع بالشيء

إن سلطة الانتفاع تخول للمالك على الشبوع استغلال ملكه الشائع واستعماله ولكن ذلك يكون مقيدا بملكية باقي الشركاء على أن لا يمس بحقوقهم، ذلك أن الشيء الشائع ليس ملكا له وحده بل يشاركه بقية الشركاء في ذلك،¹ وسلطة الانتفاع تتمعن طريق الاتفاق على كيفية الانتفاع به ولكن في كثير من الأحيان يصعب على هذا الأخير مما جعل المشرع الجزائري يتطرق إلى قسمة المال الشائع قسمة مهايأة²، كذلك يمكن للشركاء على الشبوع أن ينتفعوا بالمال الشائع جماعة على سبيل المثال أن تكون

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 117

² إسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 07

دارا للسكن فينتفعوا بها جماعة،¹ يتعين على المالك على الشروع أن يستغل وينتفع بماله الشائع وذلك في حدود وشروط معينة وعدم التعدي أو القيام بفعل ضار يتعدى حقوق باقي الشركاء ويتقرر هذا الحق على جميع من هم شركاء على الشروع وذلك لاستيفاء ما يرد عليهم من حق وفق غرضه المعين فقط.² وتنص المادة 715 من القانون المدني الجزائري على أن "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"³.

فالاتفاق من خلال نص المادة هنا يكون بصفة ضمنية أو صريحة، فالاتفاق الضمني يكون في حالة الانفراد من قبل أحد الشركاء بإدارة المال الشائع دون غيره من الشركاء ودون اعتراضهم بحيث تلك الأعمال والتصرفات نافذة في حقهم.⁴

الفرع الثاني: قسمة المهايأة

وتعرف المهايأة على أنها القسمة اللانهائية التي لا تهدف إلى الخروج من حالة الشروع ولكنها تكون بشكل مؤقت فقط وتهدف هذه الأخيرة إلى حسن الانتفاع بالمال الشائع ومن خلالها فإن كل شريك على الشروع بإمكانه أن ينتفع من حصته ويستغلها وللمهايأة نوعان مكانية وزمانية⁵، وتسمى كذلك بقسمة المنافع وهي ليست كالقسمة النهائية التي تنهي الشروع ولكنها تكون بصفة مؤقتة فقط فهي تدرج من باب المنفعة لا من باب التملك وتكون أثناء حالة الشروع لا غير.⁶

كذلك فإن للمهايأة شروطا باختلاف نوعها فإن كانت اتفاقية مكانية فوجب تحديد أركانها كالرضا والمحل والسبب، وإذا كان نوع المهايأة زمانيا فإنها تتحدد بشرط المدة الزمنية.⁷

أولاً: أنواع المهايأة

¹ عمر القاسمي، الزيدة في الحقوق العينية الأصلية، شرح القانون المدني العراقي، مكتبة نور، نقلا عن الموقع التالي <https://www.noor-book.com> أطلع عليه بتاريخ : 2023/03/11، 4:13، ص24

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 118

³ أمر رقم 75-58، مرجع سابق

⁴ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص12

⁵ حواسن كريمة، المرجع نفسه، ص 13

⁶ إسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 08

⁷ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، اط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2008، ص58.

تعتبر قسمة المهايأة كما ذكرنا سابقا أنها تلك القسمة التي تكون بصفة مؤقتة لا نهائية، وهي التي تسمح للشريك أخذ نصيبه مفرزا بغرض الانتفاع لا الخروج من القسمة بشكل نهائي، وللقسمة المهايأة نوع أوله المهايأة المكانية والأخرى هي المهايأة الزمانية، وهناك اختلاف في تعريف كل منهما لنبين كل منهما على حدى.

1- المهايأة المكانية:

لقد تطرق التشريع الجزائري إلى تعريف قسمة المهايأة من خلال نص المادة 733 من القانون المدني الجزائري في قوله: "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن باقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها كانت مدتها سنة واحدة إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية إلى ثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد"¹.

إن قسمة المهايأة هي قسمة تقوم بالاتفاق فيما بين الشركاء وذلك بنية الانتفاع بالمال الشائع وذلك بناء على إفراز كل منهم جزء يعدل حصته العادية، ولكنه يستوجب عليه أن يتنازل عن الأجزاء المتبقية للشركاء الآخرين، وهذا الاتفاق يكون في حدود مدة خمس سنوات في حين إذا لم يكن له مدة ولا اتفاق فالمدة المقدره هي سنة فقط، إذا لم يكن الشريك له رغبة في تجديد الاتفاق السابق قبل انتهاء الأجل المحددة للإعلان.

وقد أقر المشرع الجزائري للشريك الحائز أن يثبت جزئه المفرز بمدة 15 سنة وذلك في حدود قسمة مهايأة أو لقيام الشركاء بإثبات أن حيازته لم تكن على سبيل المهايأة أو لعدم وجود اتفاق فيما بين الشركاء أو أنه كان بغرض قسمة نهائية لا مهايأة، ففي هذه الحالة لا يمكن أن تبطل المهايأة بسبب عارض لوجودها كالغبن أو نقص الأغلبية.²

فيمكن أن تزيد قسمة المهايأة المكانية عن مدة أزيد من المدة المعتبرة أو المقررة قانونا كأن تمتد إلى خمسة عشر سنة دون إظهار رغبة الإنهاء و ذلك بتجديدها في كل مرة³. بينما في حالة عدم اتفاق الشركاء فيما بينهم على قسمة المهايأة فيمكن أن يلجؤوا إلى القضاء لتسوية وضعيتهم، وذلك في حالة

¹ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

² اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 09

³ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 119

عدم طلب أحدهم قسمة نهائية وأراد قسمة منفعة فقط في حين تعذر على باقي الشركاء قبول طلبه وذلك إما عن طريق إحدى المهايأتين¹.

تعتبر قسمة المهايأة المكانية أجدر طريقة لقسمة المال الشائع قصد الانتفاع منه وذلك دون إخراج قسمة نهائية أو الخروج من حالة الشبوع بشكل تام، وعلى الرغم من ذلك فإنها تمنح لصاحب الحق الانتفاع بماله بصفة قانونية ودون المساس بباقي حقوق الشركاء على الشبوع، ألا أنه وبالرغم من ذلك حسب رأيي الشخصي فإن الشريك فالشبوع سيواجه بعض الصعوبات التي قد يتعرض لها من عدم اتفاق الشركاء على القسمة، وكذلك أنها تكون بصفة مؤقتة وعرضية وهذا ما سيجعله لا ينتفع بقسمة بحرية كونه مرتبطا برأي بقية الشركاء.

2- المهايأة الزمانية:

تعتبر المهايأة الزمنية هي الوجه الثاني لقسمة الانتفاع، والتي يتم الانتفاع من خلالها بالمال الشائع من الناحية الزمنية على وجه الخصوص.

ونصت المادة 734 من القانون المدني الجزائري على ”يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا أن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته². من خلال نص المادة فإن المشرع الجزائري أجاز للشركاء أن يتفقوا على الانتفاع بالمال الشائع خاصتهم بالتناوب عليه، وذلك باشتراكهم جميعا فيه شرط أن ينتفع كل منهم لمدة معينة تكون متناسبة مع حصته.

غير أن المشرع الجزائري لم يقيم بتحديد مدة المهايأة الزمانية على خلاف المهايأة المكانية التي حدد مدتها والتي ذكرت آنفا، غير أن قسمة المهايأة مقدرة بالحصصة المملوكة على الشبوع ومن خلالها يمكن للشركاء أن يتناوبوا على عدد دورات الانتفاع بمالهم الشائع، فيكونوا شركاء في الانتفاع شرط أن لا تزيد مدة بقائهم عن خمس سنوات³، غير أن المهايأة الزمانية لا يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية ذلك أن

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 100

² أمر رقم 58-75، مصدر سابق

³ بن مداني عائشة و بن غربي أحمد حمزة، طرق قسمة الملية الشائعة، مجلة قضايا معرفية، جامعة الجلفة الجزائر، ع06، يناير 2021،

المهياة الزمانية متنافية مع أحكام هذه الأخيرة، وبالتالي فهي لا تنشأ بشكل مؤقت على عكس المكانية التي تقوم بناء على مبدأ الفرز فيما بين الشركاء والتي تجعلها في الأخير تتحول إلى قسمة نهائية.¹

ثانيا: أحكام المهياة

تعتبر المهياة سواء كانت مكانية أو زمانية ايجارا، وذلك بناء على طبيعتها القانونية ولهذا أخضعها المشرع الجزائري وفق أحكام الايجار، فيكون هنا للشريك مركز المستأجر بينما بقية الأجزاء فتكون بمثابة المؤجر، فالمهياة هي عبارة عن تبادل للمنافع فيما بين الشركاء وهذا بعينه مالا يتنافى مع مبادئ الايجار، وعند القيام بالاحتجاج لا بد أن يثبت تاريخها قبل العقد.²

ومن أحكام المهياة فيمكن أن تكون فيها القرعة مبدأ، وذلك بتعيين من بين من الشركاء من سيشرع في الانتفاع بالجزء المنتفع به في المهياة المكانية وهذا في حالة تعذر الاتفاق فيما بينهم، أما في حال طلب أحد الشركاء قسمة وآخر طلب المهياة، فإن طلب القسمة مقبول شرط أن يكون المال قابلا لذلك، أما في حال طلب مهياة دون قسمة فإن الطلب نافذ ولو بعدم رضا باقي الأطراف.

كذلك فالمهياة لا تبطل بموت أحد الشركاء أو جميعهم فهي تنتقل من بعد ذلك إلى باقي الورثة.³ إن قسمة المهياة بنوعها هي قسمة انتفاع ومن خلالها يمكن للشريك أن ينتفع بماله الشائع وفق هاتين المهياتين سواء عن طريق الزمانية أو المكانية، ولكن بالرغم من ذلك ألا أنها تعثرها بعض الجوانب السلبية التي تحيل غالبا الشركاء إلى القضاء نتيجة عدم الاتفاق فيما بينهم مثلا، أو في حال انتهاء المدد الزمنية قد يتعرضون بعدها للوقوع في اشكالات عديدة مما تدفعهم للجوء إلى القضاء وبالتالي ستنشب فيما بينهم نزاعات يطول أمدها.

المطلب الثاني: إدارة المال الشائع

الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة

من المعلوم أن المال الشائع تكون إدارته باتفاق الشركاء جماعة، ولكن في حال تعذر الإجماع فيما بين الشركاء فإن المشرع كرس مجموعة من القواعد التي تحصر على سيرورة إدارة المال الشائع⁴، كذلك لا يمكن أن ينفرد أحد الشركاء بإدارة المال الشائع إلا في حالة ما إذا قام به أحدهم بموافقة باقي الشركاء

¹ علاوي لخضر، مرجع سابق، ص 32

² اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 11

³ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 60

⁴ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 121

دون اعتراض منهم، هنا يمكن القول أنه أصبح وكيلا عليهم وكالة ضمنية، بينما في حالة اعتراض باقي الشركاء على أعمال إدارته للمال الشائع فإن هذا الشريك سيتحمل مسؤوليته كاملة وإذا كان قد قام بتأجير المال الشائع فإنه يعتد به موقوفا على إجازة الشركاء الباقين.¹

غير أنه وبالرغم من هذا فإن إدارة المال الشائع يمكن أن يعتريه العديد من العوارض والعراقيل التي قد تجعله لا يتم استغلاله بشكل كامل ومباشر نظرا لسلبيات إدارة المال الشائع من حيث عدم الاستغلال الجيد، وبهذا الصدد قام المشرع الجزائري بالتفريق بين إدارتين هما الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة وذلك بوضع قواعد لكل من هاتين.²

إن المقصود بإدارة الأعمال المعتادة هو ذلك عدم التغيير الأساسي أو الجذري أو القيام بتعديل يطرأ على المال الشائع بالنسبة للغرض المعد له مثل الزراعة وآلاتها الخاصة بها والقيام بشراء البذور والسماذ وبيع وشراء المحصولات مما جعل هذه الأعمال تحت تصرف الإدارة فيكون هنا المال الشائع عبارة عن مزارعة أو قبض للثمن، ويعتبر القيام بمثل هذه الأعمال حقا لغالبية الشركاء فيما إذا استقر رأي الأغلبية أصبح ملزما على الجميع.³

وتنص المادة 716 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع [...]“⁴.

إن المشرع الجزائري ومن خلال أحكام المادة المذكورة أعلاه يلزم على جميع الشركاء ما استقر وثبت عليه رأي الغالبية ويمكن حساب ذلك بمقدار كل نصيب من أنصبة هؤلاء، أما في حال تعذر رأي الغالبية يمكن أن تقوم باتخاذ بعض التدابير التي من شأنها تعيين من يقوم بإدارة المال الشائع بناء على طلب أحد الشركاء إذا اقتضت لذلك الحاجة.

¹علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 60

²اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 11-12

³علاوي لخضر، مرجع سابق، ص 11

⁴ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

وتكمل المادة في ذلك ما يلي: ”... وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على حلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم“¹.

تبين المادة أن الأغلبية يمكنها اختيار من يدير المال الشائع وليس هذا فقط بل يمكن أن تقوم بوضع نظام ساري المفعول حتى على خلفاء الشركاء الذين كانوا خلفا عاما أو خاصا وذلك من أجل حسن الانتفاع بمالهم الشائع.

أما في حال مثلت حصص الشركاء غالبية الأنصبة بما فيها حصة المدير فإنه يصبح عمله هنا نافذا في مواجهة جميع الشركاء المشتاعين، أما إذا كان قد اعترض عن أعمال إدارة المدير من كانت تزيد حصصهم عن النصف فإن أعماله لا تعد نافذة، وهو غير ممثل لأغلبية الشركاء².

الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة

هذه الأعمال تتضمن القيام بتغيير جذري أو تعديل في جوهر الغرض الذي أعد من أجله المال الشائع وذلك لحسن الانتفاع من هذا الأخير³، ومن هذا المنطلق تنص المادة 717 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية أو التعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان“⁴.

تنص المادة على أنه يمكن للشركاء الذين يمتلكون كأقل تقدير ثلاثة أرباع المال الشائع يمكنهم أن يقرروا القيام بتغيير أساسي على المال قصد الانتفاع به أو تعديل في جوهره، دون الخروج عن حدود الإدارة المعتادة وذلك بقيام هؤلاء الشركاء بإعلان هذا القرار إلى البقية، أما في حال مخالفة أحدهم على قرار هؤلاء المجموعة يمكنهم اللجوء إلى المحكمة في غضون شهرين من تاريخ إعلان قرارهم. فيمكن القول

¹ علاوي لخضر، مرجع سابق، ص 11.

² أسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 13

³ لاشين محمد الغاياتي و رضا متولي وهدان، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية) دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري،

د رط، مكتب الأشول، طنطا، 1996، ص 164

⁴ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

أن الأعمال الخارجة عن الإدارة غير المعتادة هي تلك الأعمال التي تحدث تعديلا في الشيء قصد الانتفاع به، فمن باب الإدارة غير المعتادة تحويل أرض للزراعة إلى أرض للبناء في حال ما كانت صالحة لذلك، أو في حال تحويلها إلى أرض تقام فيها المصانع بغرض الاستغلال، أيضا إذا كانت أرضا معدة للمحصولات العادية كالقطن والقمح وتحويلها إلى أرض يغرس فيها أنواع الأشجار والثمار أو زراعة الزهور، كذلك تعتبر إدارة عادية إذا حولت إلى زراعة الفواكه وزراعة النخيل و تربية الدواجن أو بناء أبراج للحمام أو خلايا النحل... إلخ ما يقتضي نفقات كبيرة وجدية تؤوله الى الإدارة غير المعتادة.¹

الفرع الثالث: حفظ المال الشائع ونفقته

أولا: حفظ المال الشائع

حفظ المال الشائع وصيانته يعتبر اتخاذ كل شريك على الشبوع ما يلزم من التدابير، وذلك لإبقاء المال الشائع على طبيعته، وبالتالي يصلح الانتفاع به، وقد تكون هذه الأعمال في قالب مادي، كالترميم الذي يطرأ على المنزل أو السيارة، أو القيام بجني الثمار قبل أن يفوت أوانها، فالغرض من هذه الأعمال هو حفظ المال الشائع من هلاك أو غيره، غير ذلك فإن الأعمال القانونية تتمثل في قطع التقادم مثلا، وذلك بقيام أحد الشركاء برفع دعوى... إلخ، أو دفع أقساط أو ضرائب ورسوم لمنع الحجز على المال.² الأصل أن إدارة وحفظ المال الشائع ونفقته تكون على الجميع وذلك بقدر حصة كل شريك.³ وتنص المادة 718 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لكل شريك في الشبوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء"⁴.

إذن حفظ المال الشائع هنا حق محول لكل شريك، وذلك باتخاذ ما يلزم من الوسائل والمعدات التي من شأنها تعيين حفظ المال الشائع، وذلك ولو بغير موافقة لباقي الشركاء على الشبوع. ويمكن لأحد الشركاء على الشبوع أن ينفرد بأعمال قصد حفظ المال الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة بقية الشركاء، ذلك أن المال الشائع من حق جميع الشركاء على الشبوع وذلك استنادا للمادة 718 من القانون المدني الجزائري فهذه الأعمال تكون مادية على سبيل المثال كالقيام بجني الثمار قبل

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 831

² اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 15

³ لاشين محمد الغاياتي، رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 163

⁴ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

التلف أو الصيانة مثلا، أو الترميم أو قيام هذا الأخير بتصرف قانوني من شأنه حفظ المال الشائع كرفع دعوى حيازة ضد شخص اعتدى على المال الشائع أو قطع التقادم.¹

ثانيا: نفقات المال الشائع

تنص المادة 719 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات ادارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشبوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.“²

إن قيام الأغلبية بالأعمال الناتجة عنهم يتحملها جميع الشركاء في حدود حصصهم، ولكن وجب على الشركاء في الشبوع القائمين بأعمال الإدارة أن يتموا إجراءاتهم القانونية كتبليغ الأقلية الذين عارضوا عملهم في الادارة غير المعتادة.³

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لحق الشريك إذا كان بإمكانه الرجوع إلى بقية الشركاء لما انفقه، في حين أن قيامه بأعمال الحفظ والصيانة دون علم باقي الشركاء، يعتد فضوليا ويمكنه الرجوع عليهم فيما أنفق، في حين أنه قد اعترض البقية هنا لا تتحقق الفضالة في شرطه. بينما إذا قام بأعمال الحفظ بعد موافقتهم أصبح هو الأصل في حق نفسه ووكيلا على بقية الشركاء فرجوعه عليهم هو بمثابة النيابة بينما إذا وافق البعض واعترض الآخرون أعتد وكيلا عن الموافقين ويرجع على المعترضين على أساس الاثراء بلا سبب.⁴

ويجوز لأحد الشركاء على الشبوع التخلي عن حصته الشائعة وذلك لإنهاء حصته من التكاليف والنفقات التي على عاتقه وهذا المبدأ يتم على أساس إنهاء الإلتزامات العينية الناتجة عن ملكية العين، وتصبح حصة هذا الشريك تابعة لباقي الشركاء المشتاعين كل بقدر نصيبه في حين أنهم يتحملون النفقات في حدود حصتهم الجديدة.⁵

¹ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 21

² أمر رقم 58-75، مصدر سابق

³ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 62-63

⁴ اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 16

⁵ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 809

تعتبر أعمال الحفظ والصيانة واقعة على عاتق جميع الشركاء بالإجماع، في حين أن اتخاذ ما يلزم من الوسائل لحفظ المال الشائع دون موافقة البقية يعد جائزا ومشروعا، بل إن أجاز المشرع إمكانية قيام أحد الشركاء بأعمال الحفظ والصيانة دون رأي البقية فهو من حق جميع الشركاء. أما فيما يخص النفقات فهي كذلك من واجب جميع الشركاء ما لم يقتضي النص على غير ذلك، أما في حين رجوع أحد الشركاء لما أنفقه على باقي الشركاء فقد اختلف ها هنا الأمر إذا قام بأعمال الحفظ دون رأي الشركاء أعتد فضوليا، أما إذا قام بها بعد موافقتهم أعتد وكيلا عنهم. كذلك يمكنه التخلي عن حصته لباقي الشركاء فيما يتحملون هم النفقات في حدود حصصهم إضافة لحصة الشريك الجديدة.

المطلب الثالث: التصرف في المال الشائع

في هذا المطلب سنتطرق إلى كيفية تنظيم المشرع الجزائري لسلطة التصرف في المال الشائع وذلك بتبيان كيفية تصرف الشريك منفردا في ماله الشائع من خلال الفرع الأول، ثم تصرف الشريك في حصته المفترزة أما في الفرع الثالث سنتحدث عن تصرف جميع الشركاء في المال الشائع والفرع الرابع هو التطرق إلى التصرف من غالبية الشركاء على الشيوع.

الفرع الأول: تصرف الشريك منفردا في ماله الشائع

يمكن للشركاء بالإجماع التصرف في بعض المال الشائع أو كله سواء مفترزا أو شائعا، ويعتبر هذا التصرف نافذا في حق جميع الشركاء على الشيوع على سبيل المثال البيع الذي يتم خروجاً من المال الشائع وإبراء لذمة الشركاء منه وبهذا الحال يتم إنهاء الشيوع الذي بحقهم، هنا يمكن القول أن هذا تصرف صادر من الشركاء أصحاب المال الشائع.¹ وحق التصرف في المال الشائع حق مكرس قانونا في حق الملكية، وهذا التصرف لا يعتبر مطلقا لأنه يمكن أن يكون في حدود حصته الشريك أو على جزء مفترز من العقار أو كله.²

وتنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "كل شريك على الشيوع يملكه حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها حيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء."³

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116

² علاوي لخضر، مرجع سابق، ص 15

³ أمر رقم 58-75، مصدر سابق

فمن حق كل شريك أن يتصرف في ملكه والاستيلاء عليه واستغلاله والانتفاع به دون إلحاق الضرر بحقوق الباقين، من هنا يتبين أن حق التصرف في المال الشائع حق محول قانونا سواء كان من قبل شريك واحد أو من قبل الشركاء مجتمعين فهذا من قبيل استغلال الشيء الشائع وحسن إدارته شرط أن يكون في حدود ما أقره القانون.

إن كل شريك هو على الشبوع يمكنه أن يتصرف في ماله الشائع منفردا، فهو يمتلك حصته ملكا تاما شأنه كشأن غيره من الملاك بل ويكون التصرف ها هنا نافذا في حق الجميع سواء كان ذلك بموافقتهم أم لا.¹

وقد يقع الخلل في أن يتصرف الشريك في أكثر من حصته وذلك يعتبر تجاوزا للحدود المخولة له قانونا وبغير إذن باقي الشركاء، فيعتبر هاهنا تصرفا في ملكية غيره، غير أنه تستوجب أن يجيز له البقية هذا التصرف فإن أقره اعتبر تصرفه نافذا وإن لم يقره أعتبر العكس، كذلك يمكن الإشارة إلى أن السكوت علامة للرضا وللإجازة من طرف الشركاء.²

ويعتبر تصرف الشريك في حصته المفترزة يساوي نفس حصته الشائعة، ولكن هذا الأخير لا يكون نافذا في حق باقي الشركاء لأن حقوقهم تنصب على كل المال الشائع لا على جزء واحد فقط.³ ويمكن للشريك أن يتصرف في كل ماله الشائع مثلما يمكنه التصرف في نصفه كأن يكون مالكا النصف في المال الشائع، فيجوز له ان يبيع نصف الحصة المملوكة له، فيقوم ببيع الربع ويدخل المشتري الذي اشترى الحصة المباعة باعتباره شريكا فيما ابتاع له من الحصة بما فيهم الشريك الذي قام ببيع الحصة بقدر الربع وذلك بعد بيع نصف الحصة الشائعة.

وتجدر الإشارة أنه في حين كان الشيء الشائع ضمن مجموع المال الشائع فإن ذلك جائز قانونا كبيع الوارث حصة من داره دون بقية الأموال فيحل الشريك الجديد محل الوارث في التركة، ونكون هنا بصدد نوعين من القسمة أولهما بين المشتري والورثة باعتباره شريكا جديدا، وبين البائع وبقية الشركاء فيما يخص بقية أموال التركة وهذا كله ضمن عملية إزالة الشبوع.⁴

أولا: الاسترداد

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 132

² أحمد الحنكاوي، علي حاتم، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، د ر ط، كلية التراث الجامعة، قسم القانون، 1988، ص 17

³ لاشين محمد الغاياتي، رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 170

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 844

أما فيما يخص الاسترداد فالمشرع الجزائري قد خول للشركاء حق أخذ محل المشتري وذلك حفاظا على انه إذا كان المتصرف يبيعا و ذلك بالقيام باسترداده إذا كان هناك اعتراض من قبلهم¹، وبالرجوع إلى نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: ”لشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول على العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره إلى أجنبي عن طريق التراضي وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه“.

فيما يخص المادة 721 من القانون المدني الجزائري فهي تتحدث عن شروط الاسترداد، والتي قد خول المشرع من خلالها فيما يخص المنقولات بصفة عامة أنها تسترد خلال أجل مسمى وذلك خلال شهر واحد من تاريخ إعلام هذا الشريك ببيع المنقول شرط أن يسترد هذا المال قبل الشروع في قسمة المال الشائع، ويكون ذلك في حين بيع المنقول بالتراضي بين الشريك البائع والمشتري، وبهذا الحال تتم حالة الاسترداد عن طريق تصريح يبلغ لمن قاما بعملية البيع فيتم في هذه الحال استبدال محل المشتري بالشريك المسترد للمال الشائع المبيع ويكون ها هنا مسؤولا عن جميع تصرفاته التي نتجت عن عملية الاسترداد فيما قام به المشتري من التزامات بشرط أن يقوم بتعويض هذا الأخير عن نفقاته.

ثانيا: الشفعة

تعرف الشفعة من خلال القانون المدني الجزائري المادة 794 على ما يلي : ” الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية“² إذن فنص المادة القانونية يدل على أن الشفعة عبارة عن رخصة من خلالها يجاز الحلول محل المشتري وذلك يكون أثناء القيام ببيع عقار وفقا لشروط معينة حسب نص القانون.

تعتبر الشفعة حقا لتمليك العقار الذي تم بيعه سواء كان كل العقار أو جزءا منه ولو كان إجبارا على المشتري بما له من ثمن، ويشترط لوجود الشفعة أن تكون هناك مجموعة من الشروط أهمها:

- أن يكون فيها عقار للبيع: لا تكون الشفعة إلا بوجود عقد، أي أن يكون هناك تصرف قانوني متبادل بين المتعاقدين.

¹ اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 21

² أمر رقم 58-75، مصدر سابق

- وجود شفيع: في حال القيام ببيع جزء من عقار لأجنبي يصبح الشريك على الشبوع في مرتبة ثانية بعد المالك، أما في حال وجود عدة شفعاء متساوين في الطبقة فإن كل شفيع يأخذ بقدر نصيبه.¹

وتنص المادة 799 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها على كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة أن اقتضى الأمر."²

الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصته المفرزة

إن تصرف الشريك في حصته المفرزة على الشبوع قد يعتره الكثير من المتاعب والصعوبات كاعتقاد من أحيل له التصرف أنه المتصرف نفسه يملك الحصة المتصرف فيها وهي مفرزة ألا أنه قد يكتشف فيما بعد أن الحصة المزعوم التصرف فيها ليست إلا حصة على الشبوع.³

أو في حين ما اعتقد المتصرف أو المتصرف إليه أن الحصة تعتبر نصيبا للمتصرف باعتبارها محلا للقسمة ولكن حقيقة لا تكون هي الحصة التي من نصيبه وبذلك تكون أخرى بدلا عنها، وهذا ما يؤدي على تعارض المعاملات وعدم الاستقرار فيها كأن يكون هذا التصرف الأخير سببا للمساس بحقوق بقية الشركاء وبالتالي يعتبر هذا الفعل خارجا عن حدود التصرفات المشروعة قانونا.⁴

وتنص المادة 714 الفقرة 02 منها من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ".... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف عن طريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال هذا التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."⁵

إذن فإن الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه تبين مآل الجزء المتصرف فيه بأنه في حال كان التصرف على جزء مفرز وكان هذا الأخير لم يعد على المتصرف في حال القسمة فإن هذا الجزء سينتقل

¹ اسعد فاطمة، المرجع نفسه ص 23

² أمر رقم 75-58 المعدل و المتمم، مصدر سابق

³ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 138

⁴ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 138

⁵ أمر رقم 75-58 معدل و متمم، مرجع سابق

حتما من حال المتصرف الى المتصرف إليه، بل ويمكن للمتصرف إليه إبطال ذلك في حين جهله أن الجزء المفرز لم يكن للمتصرف.

ويعتبر المشرع الجزائري قد بين من خلال هذه المادة مآل الجزء المفرز الذي تم التصرف فيه ولكنه يتحدث من خلال نص المادة عن مآلها بعد القسمة وليس قبلها وأن هذا الحكم يعتبر ناقصا حسب رأيي الشخصي لأنها قد أهمل جزءا هاما وهو مصير هذا الجزء قبل التطرق إلى القسمة التي باعتبارها إنهاء لحالة الشبوع.

أولا: حكم التصرف قبل القسمة

ويعتبر ذلك في حال بيع شريك ما على الشبوع جزء مفرز من المال الشائع إلى شخص آخر قبل إتمام عملية القسمة، فهنا يمكن القول بأن الشريك البائع قد باع ملكه غيره في الجزء المفرز أي نحن بصدد بيع ملكين الأول هو ملكه والثاني ملكه بقية الشركاء الذي يمتلكون هذا الجزء من هنا يمكن القول أن هذا الفعل يعتبر صحيحا بين المتعاقدين، ولكنه غير نافذ بالنسبة لبقية الشركاء وبالتالي لا يبطل العقد لأن فعل الشريك البائع صحيح والمشتري غير واقع في غلط.¹

ومختصر هذا القول من الحكم أن الفعل الذي يتم من قبل المتصرف في حين وجوب تطبيق القواعد العامة للشبوع فهذا التصرف يعتبر غير نافذ لأنه تصرف في ملك الغير وإن كان صحيحا.²

ثانيا: حكم التصرف بعد القسمة

مما يترتب عن هذا حق الإبطال في حين كان المتصرف إليه يجهل أن هذا الجزء المفرز ليس ملكا للمتصرف وبالتالي نحن بصدد عيب من عيوب الإرادة ألا وهو الغلط وفي هذا الحال يتم تطبيق ما يسمى بقواعد صحة الرضا و بالتالي يصبح حكم التصرف مستبعدا، وقد اعتمد المشرع الجزائري بما يسمى الحلول العيني ألا وهو في حين تحصل المتصرف إليه على جزء غير الجزء الذي تم التصرف فيه وبالتالي يمكن أن ينتقل الحق الأخير إلى المتصرف إليه ويبقى التصرف كما هو ثابتا بل يتم تغيير المحل فقط، فيما يستدل على أن نفي عملية التصرف يتم إصداره من غير المالك بالرغم من تغيير الأجزاء المفرزة للمتصرف فيها بعد القسمة.³

الفرع الثالث: التصرف الصادر من جميع الشركاء

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 783

² لاشين محمد الغاياتي، رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 170

³ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 33

في حال صدور التصرف من طرف كل الشركاء فإنه يعتد به صحيحا وناظرا ويعتبر بذلك حقا ناقلا للملكية إضافة إلى أنه استحقاق للحق الشخصي أو العيني وبذلك فإن التصرف الصادر من جميع الشركاء نافذا في حق جميع من يملكون ذلك الشيء، فيما لا يمس حق أي شريك منهم بما أنه تحت طائلة تصرف الجميع.¹

مثلا كأن تكون أرض على الشبوع ويمتلكها شريكان ثم يقومان ببيعها، ففي حال تم تسجيل هذا البيع بنقل ملكيتها إلى المشتري وليس لقسمة باقي الأموال أثر بالنسبة للشريكين، باعتبار أن الملكية قد نقلت وأن الأرض المبيعة لم تعد ملكا لهما، وبالتالي فهي تخرج من دائرة القسمة، إنما أثر القسمة يظل في حال كان ضمن بقية التصرفات الصادرة من الشريكين ويصدر عنها حقا عينيا على خلاف حق الملكية كحق الرهن أو الانتفاع.²

وبالرجوع إلى نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري في فقرته الأولى التي تنص على ما يلي: ” يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته“.³

إن ما تطرقت إليه الفقرة الأولى من نص المادة المذكورة آنفا أن الرهن الرسمي يكون نافذا في حق جميع الشركاء الملاك على الشبوع، في حين كان ذلك مترتبا على قسمة عقار على الشبوع بعد إتمام القسمة في حين ينفرد كل شريك بنصيبه.

وفيما يخص غير الرهن الرسمي فإن الفقه آراء الفقه قد تضاربت على غرار ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول :

من خلال هذا الرأي يرى بعض الفقهاء أن المشرع قد وضع في ذلك حكما مستثنيا على القاعدة العامة التي تخص الأثر الرجعي للقسمة، أنه في حال تم عليها وقوع عقار مرهون بأثر رجعي في يد أحد الشركاء، فهنا يعتبر بقية الشركاء بما يزيد عن حصة الشريك الذي تم رهن عقاره، كلهم رهنين في ملك الغير، ويكون في هذه الحال العقار إلا ما كان من نصيب هذا الشريك، وتنطبق أحكام هذه المادة على أحكام الرهن الرسمي لا غير.⁴

¹ أحمد الحنكاوي، علي حاتم، مرجع سابق، ص 17

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 837

³ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

⁴ اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 18

الرأي الثاني:

وقد رأى جانب آخر من الفقه أن ما تقتضيه القاعدة العامة أن تصرفات جميع الشركاء تبقى نافذة على الرغم مما تخرج به القسمة من نتائج فإذا وقعت هذه الأخيرة بعد التصرف وكان الشيء المتصرف فيه واقعا على أحدهم فإن بذلك الأثر الرجعي لن يكون، باعتبار أن التصرف القائم كان صادرا من الجميع دون استثناء سواء تم هذا التصرف برضا الجميع أو كان هذا التصرف يرتب حقا عينيا أو ناقلا للملكية.¹

الفرع الرابع: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إن القاعدة العامة تقتضي بتصرف جميع الشركاء في الشبوع ألا أنه وفي بعض الحالات يمكن أن يتصرف الغالبية دون الكل ذلك نظرا لظروف تعترى هذا الأخير وها هنا يتدخل المشرع في مثل هذه الحالات أو الاستثناءات فيمكن أن تتصرف الأغلبية دون إرجاء الأقلية إلى الركون أو النسيان وذلك باستحقاقها للضمانات الكافية من طرف المشرع.²

ومن هذا المنطلق تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء و لمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"³.

لقد اعتبر المشرع الجزائري أنه في حال تعذر على اعتماد التصرف إلى جميع الشركاء والتزام الأغلبية منهم على قيامهم بهذا الفعل وذلك بقول المشرع في نص المادة المذكورة أعلاه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف ... " أي أنه يمكن لهؤلاء الشركاء التصرف في حال كانت لديهم أسباب تتعذر قيام الجميع بفعل التصرف وذلك عن طريق إعلان هذا القرار إلى البقية، أما في حال مخالفة الأقلية فإن بإمكانهم الرجوع إلى المحكمة للنظر في هذا الأمر وذلك في غضون شهرين

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 130

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 839

³ أمر رقم 58-75، مصدر سابق

من تاريخ إعلان التصرف، فيما يمكن للمحكمة بعد ذلك تقدير الظروف التي أوجبت فعل التصرف في حال كانت القسمة ها هنا ضارة ضررا محضا بباقي الشركاء.

على الرغم من هذا ألا أن هناك العديد من الفقهاء من عارض نص هذه المادة

الرأي الأول: ذهب الى إرجاء طلب الأقلية إلى المحكمة للنظر في طلبهم وتنظر هنا المحكمة

إلى طلب الأغلبية ومدى أحقية قرارهم من عدمه فإما أن تقر القرار أو تقوم بإلغائه، كذلك في حالة القسمة فإما تأمر به في حالة الشبوع أم لا وذلك بالنظر إلى مدى جدية القرار ومدى إقناع الأسباب.¹

الرأي الثاني: ذهب إلى النظر في ضمانات الأقلية أثناء تصرف الأغلبية وشكل من خلال

القيام بعملية توازن بين قرار الأغلبية والحقوق المترتبة على البقية وذلك من خلال القيام بإجراءات تستوجب على الأغلبية في مواجهة الأقلية حماية لحقوقهم دون أن ننسى شرط الثلاثة أرباع وذلك بالرجوع إلى مدى نجاعة وقوة الأسباب التي من خلالها يتم إعلان التصرف ليكون من حق الأقلية أن يعترضوا على التصرف في غضون شهرين من تاريخ إعلانه.²

¹ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 28

² علي الطيب مصطفى أحمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الرباط الوطني، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي، 2015، ص 184

خلاصة الفصل

يتمحور هذا الفصل حول الإطار المفاهيمي للشبوع، حيث تم التطرق من خلاله إلى معرفة أهم آراء الفقهاء حول ماهية الشبوع وما تناقله الفقهاء من تعريف له، إضافة إلى ذلك التعريف اللغوي ثم تطرقنا بعد ذلك إلى معرفة أهم مصادر الشبوع وما أسباب نشوئه، ولعل الميراث يحظى بمكانة أهم من بقية المصادر باعتباره السبب الأهم والأكثر تعقيدا بحيث يكون الشركاء من خلاله مرغمين على الدخول في حالة الشبوع بالرغم من عدم رضاهم بذلك.

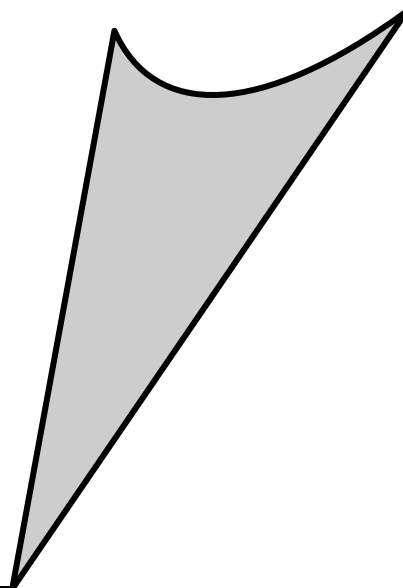
إلا أنه وللشبوع طبيعة تختلف من فقه إلى فقه، وقد تم التطرق إليها من خلال هذا الفصل، وتعتبر طبيعة الشبوع تتسائل عن جوهر الشبوع وكيونته وما الطابع الذي يميزه عن باقي الملكية، حيث تم الاكتشاف أن الآراء تضاربت حول ذلك فهناك من يقول أنه حق شخصي ورأي آخر يقول بأنه حق عيني أن الرأي الثالث وهو الراجح فيقول أن الملكية الشائعة ملك شائع، ثم عرجنا بعد ذلك إلى سلطات الشركاء على الشبوع من تصرف وإدارة وانتفاع حيث أن الشريك يمكن أن ينتفع بالمال الشائع في حدود ما قرره له القانون، وذلك يكون باتفاق الشركاء جماعة ثم نتطرق إلى قسمة المهايأة، باعتبارها قسمة انتفاع مؤقتة لا قسمة خروج من حالة الشبوع بنوعيتها مهايأة زمانية ومكانية.

أما فيما يخص إدارة المال الشائع فهي تكون بإجماع الشركاء أو يخول إلى أحدهم القيام بذلك باتفاق الشركاء وما ينطوي تحتها من أعمال للإدارة المعتادة فيتم من خلالها إدارة المال الشائع دون المساس بالغرض الذي أعد له، أما أعمال الإدارة غير المعتادة، فتختص بالقيام بتعديل جوهرية وجذري بحق المال الشائع بحيث يتغير الغرض المنشأ من أجله. أما عن التصرف في المال الشائع فعلى حد ما تطرق إليه المشرع الجزائي وما تم توضيحه سابقا فإن التصرف يكون بأربع حالات يكون من تصرف الشريك مفردا في ماله الشائع وفي حصته المفردة، وأيضا في حال كونه صادرا من جميع الشركاء ناهيك عن تصرف غالبية الشركاء فيه.

الفصل الثاني

أنواع الشيوخ

وقسمته



تمهيد

باعتبار أن الشيوخ هو مال شائع غير مفرز فيما بين الشركاء، وكما تحدثنا سابقا في قولنا أنه في أغلب الأحيان يكون فيما بين الورثة، والشيوخ يختلف عن غيره من الملكيات وهذا ما يجعله فريدا من نوعه من ناحية أنه لا يكون مفرزا وهذا هو الإشكال الذي جعل الشيوخ يدخل في عدة متاهات أولها أن أنصبة الشركاء غير محددة، وثانيها أنه في الغالب لا يتم الخروج من حالة الشيوخ إلا عن طريق القسمة، وعلى ضوء هذه الأخيرة سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى أنواع الشيوخ باعتباره متميزا عن غيره، فسننتقل إلى الشيوخ الإجباري، الذي هو بدوره ينقسم إلى نوعين: شيوخ إجباري أصلي وشيوخ إجباري تبعي وماهية الحالات التي يتواجد فيها كل من هذين الإثنين ثم سنخرج إلى الحديث على ملكية الأسرة وما لها من طرق إنشاء ثم أحكام تخصها، ثم في الأخير سنتحدث عن قسمة المال الشائع التي تعتبر نهاية لحالة الشيوخ وخروجا منها إما ان تكون قسمة ودية باتفاق الشركاء أو قضائية إذا لم تتم القسمة عن طريق الاتفاق وتكون القضائية أما قسمة عينية أو عن طريق تصفية التركة، وبطبيعة الحال أن لما بعد القسمة آثارا تنتج عن هذه الأخيرة، هي آثار القسمة بما فيها من ضمان للتعرض والاستحقاق وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل.

المبحث الأول: صور الشيوخ

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى معرفة أنواع الشيوخ في التشريع الجزائري وما حدده من قواعد خاصة ينفرد بها كل نوع من أنواعه، إذ سنتطرق إلى معرفة ماهية الشيوخ الإجباري الذي يعد نوعا هاما من أنواع الشيوخ على وجه خاص وما يتعلق به هذا الأخير من قواعد تميزه عن غيره من أنواع الشيوخ، كذلك سنذكر في هذا المبحث أنواع الشيوخ الإجباري ألا وهي ملكية الطبقات والشقق وما يتفرع عنها والتي يمكن اعتبارها صورة من صوره .

ودون أن ننسى النوع الثاني الذي لا ينقص من أهمية كالسابق ذكره ألا وهي ملكية الأسرة، والتي تعتبر نظاما خاصا يتم من خلالها تنظيم مصلحة الأسرة و غرضهم المشترك على وجه الخصوص، وما يتسنى للورثة على الشيوخ من تحقيق هذه الأغراض بعد موت المورث، دون أن ننسى كيفية إنشاء ملكية الأسرة ثم بعد ذلك تبيان أحكامها.

من هذا المنطلق سنتساءل عن ماهية أنواع الشيوخ من خلال التشريع الجزائري وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث ..

المطلب الأول: الشيوخ الإجباري

في هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الشيوخ الإجباري وتبيان قواعده العامة ثم تبيان صوره

الفرع الأول: أنواع الشيوخ الإجباري

ومفهوم الشيوخ الإجباري هو أنه ذلك النوع الخاص من الشيوخ الذي لا يتم من خلاله طلب القسمة على عكس الشيوخ العادي الذي يعتبر بذلك حقا لكل شريك في الشيوخ وهذا الأخير يكون بغرض الحفاظ على السبب الذي أعد من أجله المال الشائع في حين أن الطلب يتعارض مع القواعد العامة لأحكام هذا النوع.¹

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 177

بينما في التشريع الجزائري تنص المادة رقم 737 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ” ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ¹“.

من خلال نص المادة التالية يتبين أن الشيوخ الإجباري ليس كالشيوخ العادي فهو ومن خلال ما ذكره المشرع يستوجب بقاء الشريك على الشيوخ وجوبا فيه، باعتبار أنه لا يجوز فيه طلب القسمة لأجل السبب الذي أعد له هذا المال.

وخير مثال على ذلك وجود قنطرة يمتلكها مجموعة من الملاك المتجاورين على الشيوخ أو يكون هنالك ممر مشترك فيما بينهم أو كأن يكون فناء فاصلا بين مالكين متجاورين أو أي كان أن يكون ملكا مشتركا بين مالكين اثنين أو أكثر سواء كان بئرا أو ترعة ... إلخ، ومن أسباب وجود الشيوخ الإجباري كأن يكون الشيوخ هنا في حالة جوار إذا كان ناتجا عن تجاوز في العقارات وهو تابع لهم وأن يكون لأكثر من مالك ، فالأجدر أن يتم إنشاء طريق أو ترك مسافة وذلك لأجل المنفعة الخاصة للملاك .²

إذن ومن خلال ما تعرضنا له آنفا باعتبار أن الشيوخ الإجباري يختلف عن الشيوخ العادي من حيث خصائصه ومن خلال ما تعرض له المشرع الجزائري في نص المادة 737 المذكورة أعلاه أن الشيوخ الإجباري يستوجب لحدوثه أن يكون هناك جوار بين متجاورين وأن يكون على شكل ممر أو طريق أو ما شابه ذلك وثالثا أن يكون الشيوخ الإجباري تابعا لعقار شائع فإذا توافرت هذه الشروط كنا بالفعل بصدد شيوخ إجباري ، كذلك أن يكون الشيوخ الإجباري لا يتطلب القسمة على عكس الشيوخ العادي الذي يجوز فيه ذلك وتكون القسمة مطلبا أساسيا لانتهائه وللشيوخ الإجباري نوعان أو صورتان يتميز بهما الشيوخ الإجباري.

¹ أمر رقم 75،-58 مصدر سابق

² أحمد صلاح الدين، الملكية الشائعة، د د ن ، د ن ، متاح على : ١٤ يونيو 2016، <https://www.noor->

book.com أطلع عليه بتاريخ 14 مايو ط 2023، التوقيت 20.57

تعتبر أنواع الشيوخ الإجباري هي تلك الصور التي تميزه عن غيره باعتباره صورة فريدة من نوعها كشكل من أشكال الشيوخ الذي يتطلب إنهاء القسمة وتشترط فيه بعض الشروط لتكون في حالة هذا النوع الفريد من أنواع الشيوخ.

وللشيوخ الإجباري نوعان هما الشيوخ الإجباري الأصلي وكذلك الشيوخ الإجباري التبعية واللذين سنوضح كلا منهما فيما يلي:

أولاً: الشيوخ الإجباري الأصلي

يعتبر الشيوخ الإجباري الأصلي متمثلاً في شكل مستقل بالنسبة للأشياء الشائعة التي يتم استعمالها من قبل الملاك أو الأشخاص على الدوام كاستخدامها في المدافن على سبيل المثال.

ثانياً: الشيوخ الإجباري التبعية

يكون هذا النوع من الشيوخ الإجباري في حال وجود الأشياء التي تكون محل شيوخ ويتم استخدامه لخدمة العقار أو أجزاء منه بحيث تكون على هيئة ملكية مفرزة كالطرق مثلاً أو القناطر أو غيرها من الأشياء الموضوعية محل الشيوخ وتكون عبارة عن ارتفاق للعقار كذلك دون أن ننسى الحائط المشترك¹.

أما فيما يخص حق الشريك في الملكية الشائعة فإنه يعتبر حقاً للملكية بالرغم من كونه تحت طائلة الشيوخ، فيعتبر حق الشريك وارداً على ملكيته لا على غيره في حين أن حق الارتفاق يكون وارداً على الغير، فحق الشريك لا يتم إسقاطه إذا لم يستعمل على عكس الارتفاق، كذلك لا يجوز تغيير المحل على عكس الارتفاق الذي يجوز فيه ذلك خوفاً من أن يزيد عبء الارتفاق أو يعيق العقار المرتفق به من إضفاء تجديلات وتعديلات فيه².

بينما إذا تحدثنا عن نفقات المال الشائع في الشيوخ الإجباري فهي نفس قاعدة الحائط المشترك والتي سنذكرها لاحقاً، أما القاعدة الثانية للشركاء أن يتشاركوا في تحمل النفقات وذلك بما لهم من

¹ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 44

² محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 178

مقدار في الحصص التي يملكونها من الملكية المفزة فيما بينهم وما أعد له من خدمة هذا الشيء الشائع¹. أما فيما يخص طبيعة حق الشريك في الشيوخ الإجباري فإنها تتمثل في ما يلي: كأن يكون هنالك طريق مشترك بين مالكين متجاورين وفي هذا الصدد سنكون أما خيارين ، أولهما أن يكون حال النصف الاول ملكية مفزة للمالك المجاور، وأن يكون له حق ارتفاق في النصف الثاني من الطريق للسماح له بالمرور ، أما النصف الثاني فهو مملوك للمالك المجاور الآخر الذي يكون له حق ارتفاق في النص الأول فيكون له حق المرور. وبالتالي فإن هذا الطريق المشترك يعتبر له غرضاً مشتركاً معداً له وهو المرور وبالتالي يكون الشيوخ إجبارياً².

أما فيما يخص الملحقات التي تكون تابعة لعقار معين فإنها لا تكون مستقلة بذاتها ولا يتم التصرف فيها دون امتدادها للعقار الذي هي متبوعة له بحيث يمتد هذا الأخير إلى العقار ككل. دون أن ننسى أن سلطات الشركاء عليها تكون أوسع من سلطات الشيوخ العادي كونها تكون ملكية مفزة فيما بين الشركاء فهي في هذا الصدد تكون ملكية مفزة فمن حق الشركاء الانتفاع بحقوق هذه الملحقات بشرط دون أن تمس بضرر باقي الحقوق³. كذلك يجوز للشريك أن يقوم بإدخال بعض التعديلات التي من شأنها أن تحسن الشيء المملوك لما له من منافع تنتج جراء هذا التعديل الجديد، وليس شرطاً أن يطلب الشريك موافقة باقي الشركاء للقيام به فقط يكفي أن يقوم بتحمل نفقات التعديل الذي قام به⁴.

الفرع الثاني: ملكية الطبقات والشقق

يكون البناء في ملكية الطبقات والشقق متكوناً من أجزاء مفزة وهي هذه الأخيرة، علاوة على ذلك يكون لكل مالك فيها طبق مستقل به أو شقة، أما الأجزاء الشائعة الأخرى التي هي في حالة

¹ محمد طه البشير، غني حسون طه، مرجع سابق، 124

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 987

³ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 46

⁴ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 179

شبوع إجباري، فهي باقي الأجزاء الأخرى التي تكون معدة للاستعمال في من طرف جميع الشركاء¹، وينشأ هذا النوع من الملكية لأسباب متعددة كأن تكون دار مملوكة لشخص ما ويكون عنده فيها طابقين فيقوم ببيع أحد الطوابق وترك الطابق الآخر له، أو كأن يكون له بيت و يبيعه لشخصين آخرين كل على حدى، أو تكوين جمعية بين مجموعة من الأشخاص والقيام ببناء أو شراء عقار ليتم في ما بعد توزيع أجزائه على بعضهم البعض.²

أولاً: ملكية الأجزاء المشتركة

تنص المادة 745 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية و غير المبنية التي يمتلكها على الشبوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكثر عدد منهم"³. إن المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة وضح بأن الأجزاء المشتركة في العقارات المملوكة على الشبوع وتكون على هيئة أجزاء مشتركة بين المشتاعين فإنها تكون صالحة للاستعمال أو المنفعة الجماعية لكل الشركاء بشرط أن يكون لكل منهم على حسب نصيبه في العقار الشائع وتندرج ضمن مجموعة معينة من الأجزاء المشتركة التي حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في نفس المادة في ما يلي:

-الأرض والأفنية، والبساتين، والجنائن، والمداخل.

-الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها الأنايب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة.

-الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك.

- الرواق الخارجي والدرايبز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد.

¹ احمد صلاح الدين، مرجع سابق، د ر ص

² محمد طه البشير غني حسون طه، مرجع سابق، ص 144

³ أمر رقم 75-58، المعدل و المتمم، مرجع سابق

- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة.

- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد.

وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:

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

مختلفة.

- الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مختلفة.¹

أما فيما يخص التصرف في الأجزاء المشتركة، فلا يمكن لأي شريك من الشركاء على الشيوخ

أن يقوم بالتصرف فيها أو في جزء منها، كذلك يمكن القول بأن التصرف في بعض الأجزاء المشتركة

أو كلها يعد تصرفا فيما يقابلها من باقي الأجزاء الملحق بها كونها جزءا منها و تشملها.²

أما عن حقوق الملاك في الأجزاء المشتركة فهي تكون حقا من حقوق جميع مالكي الطبقات وأن

هذا الحق في الأجزاء حقهم في الشيوخ الإجباري و بالتالي فلا يمكن المطالبة بالقسمة ولا التصرف في

هذه الحقوق كونها ذات علاقة تبعية.³

ثانيا: ملكية الحائط المشترك

يعتبر الحائط المشترك هو ذلك الفاصل الذي يفصل بين عقارين ويكون ملكا للمالكين المتجاورين

على الشيوخ، و تتم نشأته إذا أقامه الجارين بين عقارهما، ويكون بموجب اتفاق بينهما على أن ينشئه

أحدهما ثم يشارك فيه الجار الآخر.⁴

¹ محمد طه البشير غني حسون طه، مرجع سابق، ص 144

² محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 183

³ عمر القاسمي، مرجع سابق، ص 35

⁴ فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، النظام القانوني للحائط المشترك (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مج 2، ع 4،

2017، ص 265

وتنص المادة 704 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لمالك الحائط المشترك أن يستعمله حسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته".¹

يعتبر الحائط المشترك حسب نص المادة المذكورة أنه يحق للمالك أن يقوم باستعمال الحائط المشترك في حدود غرضه المعد له دون الخروج عن حدود استعماله وإلا فإن في ذلك مساس وتعد لحقوق الغير كأن يتعدى حقوق جاره المشترك معه في الحائط وذلك بوضع عوارض يستند عليها السقف.

ويكون الحائط الفاصل المشترك بين عقارين لجارين مختلفين على أن يتم إنشاؤه من طرف المالكين بمصروفات مشتركة على أن يحد بين عقارهما، غير ذلك يمكن للحائط المشترك أن يكون ملكا لأحد الجارين على أن يكون هو من قام بإنشائه فيما عدا ذلك يتشارك معه الحار الآخر في هذا الحائط على أن يقوم بدفع نصف تكلفته فيصبح هذا الأخير مشتركا بينهما.²

يعتبر الحائط المشترك حسب رأي الشخصي هو ذلك الفاصل أو العارض بين عقارين متجاورين على الشيوخ إذ أنه يحدد ويفصل بين عقارين على الشيوخ ويمكن للمالكين أن يستعملاه فيما أعد له فقط دون الخروج عن ذلك، إذ أنه المشرع الجزائري قد حدد ذلك في نصوص المواد المتعلقة بأحكام الحائط المشترك، ولكن السؤال المطروح هو هل وفق المشرع الجزائري في تبيان أحكامه في نصوصه القانونية وهذا ما سأطرق إليه لاحقا فيما يتعلق بالحائط المشترك.

1- استعمال الحائط المشترك: من خلال نص المادة 704 المذكورة سابقا

فإنها قد بينت ووضحت السبب المشروع الذي يتيح للمالك استعمال الحائط المشترك. يمكن لكل من هو شريك في الحائط المشترك أن يستعمله وفقا لما قرره القانون من قيود أولها ان يستعمل الحائط المشترك في سبيل الغرض المعد له، ويتمثل الغرض في استناد بناءه عليه، كذلك يمكن

¹ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

² بو جمعة حمد، الحائط المشترك و لفاصل في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي مجلة العلوم القانونية والاسلامية، جامعة محمد بوضياف

المسيلة، ع 10، 2018، ص 154

للشركاء القيام ببناء عوارض ليستند عليها سقف بنائهم، أما القيد الآخر فهو أن لا يحمل الشركاء الحائط المشترك مالا طاقة له به، مثلا كإقامة عوارض فوق الحائط على الشريك أن يتنبه إلى أن الشريك الآخر هو كذلك له الحق في العوارض، حيث يقوم الشريك ببناء النصف من العوارض على أن يترك للشريك كذلك حق استعمال الحائط، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15 بما يلي: «حيث أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي وبذلك تبني أسبابه والتي تكفي لإعطاء القرار المنتقد أساسه القانوني من حيث أن الحكم الابتدائي جاء معتمدا على عناصر تقرير الخبرة وما يحتوي عليه من معائنات مادية وتقنية وذلك دون التطرق إلى المسائل القانونية وخلص القضاة إلى أن النزاع المطروح يتعلق بالجدار الفاصل بين ملكيتي الطرفين والذي اعتبره القضاة مشتركا و لذا فإن المادتين 704 و 705 من القانون المدني تحددان كيفية استعمال الحائط المشترك من طرف الملاك مثل تعليته أو إسناد السقف عليه دون إلحاق أي ضرر بشريكه، ألا أنه لا يجوز للمالك القيام بفتوحات في الحائط المشترك أو الإلتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته وبالتالي لا يمكن للطاعنين التمسك بالمادة 827 من القانون المدني والأولوية في إنجاز الفتوحات ما دام أنها غير مشروعة و مخالفة للمادتين المذكورتين أعلاه، وعليه فإن الوجهين غير مبررين و الطعن بالنقض جاء غير مؤسس ويتعين رفضه مع تحميل المصاريف القضائية»¹.

وبالتالي فإن هذا القرار الذي جاءت به المحكمة العليا يبين عدم جواز استعمال الحائط المشترك فيما يمس حقوق الشريك الآخر وذلك بناء على الأساس القانوني الذي جاء في نص المادتين 704 و 705 والمتمثلتان في طريقة استعمال الحائط المشترك فيما يجيزه القانون.

2- تعليية الحائط المشترك: لا يمكن لأي شريك من الشركاء في الشبوع أن يمس بالحائط

المشترك أو تعليته أو الزيادة في بنائه دون الإذن المسبق من الشركاء، فقط حين تكون هناك مصلحة في هذا الفعل شرط أن لا يمس مساسا بليغا يلحق ضررا بباقي الشركاء، إضافة إلى

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15، المجلة القضائية، ع 01، 2006،

ذلك فالشريك الذي قام بالبناء عليه أن يتحمل تبعات العبء الذي نشأ عن قيامه بالتعليق وتحمله لنفقات التعليق وصيانة الحائط المشترك، كذلك فإن الجار الذي لم يقوم بدفع نفقات التعليق عليه أن يقوم بدفع نصيبه من النفقات مع انضمامه شريكا في الجزء الذي تمت تعليقه من قبل الشريك الأول.¹

وعليه تنص المادة 705 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعليق الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق الضرر بشريكه ضرا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقات التعليق وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعليق دون أن يفقد شيئا من متانتة، فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعليق فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته وهو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليق في حق التعويض.²

إذن فالمادة تنص على تحمل النفقات من تبعة الحائط الذي قام بتعليقه على أن يقوم بصيانته، ناهيك عن اتخاذ ما يلزم من الإجراءات التي وشأنها الحفاظ على صلاحية الحائط المشترك في قدرته على تحمل العبء الناشئ عن هذه التعليق، و يضاف إلى ذلك من خلال نص المادة الى أن الحائط المشترك الذي لم يكن معدا للغرض الذي أنشأ لأجله يلبق بالشركاء فيحق له إعادة بناء الحائط من جديد وذلك بناء على نفقة الشريك الخاصة، في حين أن الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا ويعفى من ذلك الجار الذي قام بتعليق الحائط حق التعويض.

ثالثا: ملكية الحائط الفاصل غير المشترك

تنص المادة 708 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة

¹ فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، مرجع سابق، ص 274

² أمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، مصدر سابق

المذكورة في المادة 697 غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه باختياره دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.¹

كذلك لا يمكن للجار أن يطلب من جاره أن يجعله مشتركا أو مساهما في الحائط الذي أقامه المالك على نفقته أو إجبار هذا الجار أن يكون شريكا له فيه، وإن كان قد عرض عليه بأنه سيدفع نصف أو كل تلك النفقات، أما في حال عدم استطاعته إجبار الجار على الإشتراك في الحائط، فإنه على الأقل له الحق في منع الجار عدم هدم الحائط إذا تعذر هدمه بحجة مثبتة، كذلك يمكن للجار المطالبة بهدم الحائط إذا كانت حجته قوية كأن يقوم بإعادة تهيئته لأفضل حال هنا يكون سبب الهدم ظاهرا واضحا حتى لا يدحض طلبه بناء على أنه كان طلبا تعسفيا ضارا.²

المطلب الثاني: ملكية الأسرة

تعتبر ملكية الأسرة هي ملكية شائعة تجتمع من خلالها وحدة الأسرة على الانتفاع بما لهم الشائع، ويمكن من خلالها استغلال والانتفاع بما لهم جماعة، ومن خلال هذا المطلب سنتعرض في الفرع الأول إلى كيفية إنشاء ملكية الأسرة أما في الفرع الثاني فسنعرض إلى أحكامها

الفرع الأول: إنشاء ملكية الأسرة

تعتبر ملكية الأسرة هي ذلك الملك المشاع الذي تشترك فيه مصالح الأسرة الواحدة وتجمع بينهم وحدة العمل والمصلحة في الحفاظ على الأموال الموروثة أو زيادة في الأموال بقصد تمليكها على الشيوخ و هذا من أجل الاستغلال الحسن للأموال المشاعة³، كأن تكون هناك أرض زراعية ملك لورثة فيقوم أحدهم بزراعتها لصالحه ولصالح بقية الورثة كذلك هو الحال إذا كانوا يمتلكون محلا تجاريا يشتركون في العمل فيهم أو أحدهم لحسابه ولحساب البقية⁴، وفي هذا الصدد قد اعتمد التشريع الجزائري على

¹المصدر نفسه.

²أعومر فتيحة، بن خيضر فيروز، النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة

عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2019-2020 ص 31

³حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 52

⁴محمد حسن قاسم، مرجع سابق، 196

تنظيم أحكام الأسرة في القانون المدني الجزائري ذلك أن ملكية الأسرة تحتاج لتنظيمها أحكاما خاصة وذلك من أجل أن تتم عملية السير الحسن لميراث الأسرة وتعزيز الثقة وتوطيد فكرة التعاون من أجل استغلال المال الموروث خير استغلال دون اللجوء إلى الصراعات الداخلية فيما بينهم، وفي هذا الصدد سنتطرق إلى معرفة كيفية إنشاء ملكية الأسرة ومن ثم تبيان أحكامها في ما يلي:

تنص المادة 738 من القانون المدني على ما يلي: ” لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة وراثتها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم.¹ من خلال نص المادة نتعرف على أن ملكية الأسرة تنشأ على أساس واضح وهو اجتماع أفراد الأسرة الواحدة على استغلال مال تمت وراثته من تركة أو تم كسب المال على أساس جعله مالا شائعا فيما بينهم بغرض استغلاله و تتم هذه الأخيرة بموجب عنصر الكتابة ذلك لأن تكون هذه الملكية في شكل رسمي.

ولقيام ملكية الأسرة تستوجب مجموعة من الأركان تتمثل في ما يلي:

الركن الأول هو أن تتم بموجب اتفاق كتابي بين أفراد الأسرة و تعد الكتابة في هذه الحال للإنعقاد فقط لا الإثبات فيقوم ها هنا الاتفاق بين أعضاء الأسرة الواحدة على إنشاء ملكية الأسرة ، وبعد الاتفاق الذي لم يكتب باطلا حتى وإن تمت فيه اليمين أو اتفق عليه أفراد الأسرة الواحدة.²

أما فيما يخص فيما يخص مدة إنشاء ملكية الأسرة فتتنص المادة 739 على ما يلي: ”يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد عن خمسة عشر سنة (15)، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا

¹ أمر رقم 75-58، مصدر سابق

² أحمد صلاح الدين، ملكية الأسرة، د د ن، د ت ن، 14 يونيو 2010، متاح على <https://www.noor-book.com> اطلع عليه بتاريخ 14 مايو 2023، 21:05.

وجد مبرر قوي لذلك وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد (6) أشهر من يوم أن يعلن للشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك“.

من خلال نص المادة المذكورة آنفا فإن المشرع الجزائري أقر مدة الاتفاق التي لا تزيد عن 15 سنة ويحيز للشريك الذي في ملكية الأسرة أن يخرج نصيبه قبل انتهاء الأجل المعهود، ويتم هذا بموجب طلب إذن من المحكمة ويتم هذا الطلب بمبرر قوي كانتقال الشريك من عمله إلى العمل في بلد آخر، بينما إذا لم يتم الاتفاق فيجوز للشريك أن يخرج نصيبه بعد 6 أشهر من وقت التبليغ عن إرادته في غير أن هذا الأخير لا يستلزم أن يتم بشكل معين.¹

بينما تكون الأشياء التي ترد عليها ملكية الأسرة يجب أن تكون وجوبا ملكا للمتعاقدين وقت حدوث الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة، كذلك فإن هذه الأموال المنشئة لهذه الملكية تكون مملوكة للأعضاء ملكية شائعة، وأيضا يجوز مساهمة أحد أعضاء هذه الأسرة في أن يساهم بملكته المفردة في هذه الحال، غير أن الأمر غير الجائز من كل هذا هو أن يكون المحل من هذا الاتفاق أشياء لا يمتلكها المتفقين وقت التعاقد على ملكية الأسرة.²

الفرع الثاني: أحكام ملكية الأسرة

تنص المادة 740 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ” ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه الأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا.

وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبر عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضاء باقي الشركاء.³

¹أعومر فتيحة بن خيضر فيروز، المرجع السابق، ص 42

²محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٩٨

³أمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المصدر السابق، ص 119

إن من خلال نص المادة يتبين لنا أن التشريع الجزائري لا يجيز للشركاء طلب قسمة عند قيام ملكية الأسرة، كذلك فهو لا يسمح بالخروج عن إدارة الأسرة لملكيتها فملك الأسرة لا يتصرف فيه إلا الشركاء، أو يتصرف فيه أجنبي، فالأجنبي لا يشارك في ملكية الأسرة إلا بموافقة من الشركاء فقط. تعتبر ملكية الأسرة ملكا لأفراد الأسرة الواحدة دون غيرهم وتكون ملكا لهؤلاء الأعضاء على الشيوخ، وبذلك هي لا تعتبر شخصا معنويا ولا تخضع لأحكام الشيوخ فيما انفردت به من مميزات في أحكامها، وبهذا الصدد فإن ملكية الأسرة تخضع لأحكام الوكالة، فيما يتعلق بأعمال والتزامات المدير بناء على أن الشركاء يختارون مديرا فيما بينهم يدير شؤون هذه الملكية سواء تحددت علاقته بالشركاء أو بغيرهم.¹

وفي هذا الصدد تنص المادة 741 من القانون المدني على ما يلي: ”للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر. وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة في التغيير الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال . ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يقرر هذا العزل.“²

وتضيف المادة التي تليها 742 من نفس القانون على ما يلي: ”فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة.“³

المبحث الثاني: طرق قسمة المال الشائع

إن الشيوخ ومهما تعددت أحكامه أو التي من شأنها تنظمه لتجنب الخلافات التي قد تنشأ بين مجموعة الشركاء الذين هم في حالة شيوخ، ويعتبر بالرغم من كونه ضربا من أنواع الملكية ولا يخفى عن أحد أنه تعزله بعض النواقص التي قد تنجم عنها تضاربا وتنازعا بين الملاك وللحد من مظاهر

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1054

² أمر رقم 75-58، مصدر سابق

³ المصدر نفسه .

الشيوخ السلبية خصص المشرع جانبا آخر، يعتبر هو في حد ذاتها سببا لانتهاه هذا الأخير باعتباره حلا للانتهاه منه والخروج بصفة رسمية لأن الشيوخ في نهاية المطاف سيكون مآله الزوال وفي هذا الصدد سنتطرق إلى أحكام القسمة لإنهاء حالة الشيوخ وتعتبر القسمة توزيعا مفرزا للمال الشائع كل بقدر نصيبه، ولكل شريك على الشيوخ الحق في المطالبة بالقسمة إذا اقتضت ضرورته لذلك إنهاء لحالته السابقة، وأيضا تفاديا للسلبات التي كان يتعرض لها من جراء وجوده من قبل في حالة الشيوخ.

وتعتبر القسمة حسب رأي شراح القانون المدني هي ما يختص به كل شريك من المال الشائع بجزء مفرز منه بقدر نصيبه في الشيوخ وتعتبر هذه الأخيرة هي القسمة النهائية للشركاء فيما بينهم، وفي هذا الحال لا يجبر الشركاء على البقاء في حالة الشيوخ بل يتم توزيع المال الشائع عليهم بحيث تصبح بعد ذلك من ملكية شائعة إلى ملكية فردية يتصرف فيها الشريك بحرية في حصته المفردة.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 730 من القانون المدني التي تنص على: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، و إنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".²

تنص المادة على أنه من الضروري أن يكون المتقاسم للحصة التي سيتم قسمتها وقد كانت في حالة شيوخ، أي حصته هو بالذات لا حصصا أخرى التي تعتبر ملكا للغير و بالتالي فإن القسمة ستم بناء على حصته الشائعة.

أما عن طبيعتها فهي تعتبر كاشفة للحق لا ناقلة له، بمعنى أنها تكشف فقط ما كان يمتلكه الشريك من حصة شائعة وبذلك هي لا تنقل إليه حقا جديدا وذلك بأثر رجعي، حيث أن المالك كان يمتلكه حصته الشائعة منذ تواجده في حالة شيوخ لا من وقت الخروج بالقسمة منه.³

¹ مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، ع 45، مارس 2016، ص 128

² أمر رقم 75-58، مصدر سابق

³ محمد طه البشير، غني حسون طه، مرجع سابق، ص 128

بينما فيما يخص طريقة إجراء القسمة فمن المتعارف عليه أنها تتم بموجب اتفاق فيما بين الشركاء، وتسمى ها هنا قسمة اتفاقية، أما في حال التعذر فيما بينهم فإنها ترفع إلى القضاء للفصل في أمرهم وتسمى على هذا النحو قسمة قضائية وهذا ما سيتم التطرق إليه لاحقا.¹

المطلب الأول : القسمة الاتفاقية

نص المادة 723 من القانون المدني على ما يلي: ” يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص أهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.“²

من خلال نص المادة السابق سنتعرض إلى طريقة الاتفاق على القسمة ومن ثم سنخرج إلى أسباب الطعن فيها:

الفرع الأول: الاتفاق على القسمة

لا تتم القسمة الاتفاقية حسب القانون المدني الجزائري إلا بمجموعة من الشروط التي من دونها لا تكون نافذة في حق من طالبوا بالقسمة وبذلك لا تترتب آثارها القانونية:

- شرط التراضي في القسمة: ومن خلالها يقوم الشركاء بالاتفاق جميعا على أخذ أنصبتهم من الماء الشائع وهذا بناء على تراضي الشركاء، كونه كعقد يتم فيما بينهم وبالتالي تكون إلزامية للشركاء ولخلفائهم.³

- ويشترط أيضا في القسمة الاتفاقية أن تتوفر شرط الأهلية في الشركاء دون أن تكون هناك عيوب، إذ أنه يستوجب استئذان المحكمة في كل فعل يتعلق ببيع أو قسمة أو غيرها من طرف ولي أو وصي أو مقدم في حال وجود الغائب، مع وجود المحل والسبب واستيفاء شروطهما.⁴

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 153

² أمر رقم 75-58، المصدر السابق .

³ بن مداني عيشة، بن غربي أحمد حموة، مرجع سابق، ص 59

⁴ اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 34

وبالرجوع إلى نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري الذي ينص على ما يلي: ”على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، واجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

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

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد¹

من خلال نص المادة المذكورة يتبين أن قاصر الأهلية يتم التصرف في أمواله تصرف الرجل الحريص، بل وتكون مسؤوليته تامة أمام الجهات المختصة إذا ما قام بالتصرف وذلك باستئذان القاضي في شؤون البيع والقسمة والرهن والاستثمار والاقتراض...إلخ.

وبالرجوع إلى نص المادة 723 المذكورة سابقاً فإنها تنص على كيفية إجراء القسمة الاتفاقية بالتراضي مع إجازة ذلك للقاصر بشرط بعض الإجراءات المتخذة كإذن مسبق من الجهات المختصة، إضافة إلى شرط الإجماع ومن ثم تسجيل العقد.²

وتعتبر القسمة الاتفاقية عقداً مثل سائر العقود وتكون بين المتعاقدين اللذين هما الأطراف المتواجدون على الشيوخ إضافة إلى محل الشيوخ الذي يعتبر هو المال الشائع، وتكون أحكام القسمة سارية على أحكام العقود وذلك بوجود شرط التراضي وشرط الأهلية، وكذلك أن تكون خالية من العيوب مع وجود المحل والسبب الذي يميز مشروعية القسمة.³ أما إذا كانت القسمة تهدف إلى حدوث تعدد أو إحداث ضرر يلحق على حقوق الشركاء فيمكن للدائنين الطعن في هذه القسمة خوفاً على مصالحهم الخاصة في المال الشائع.⁴

¹قانون 84-11، المؤرخ بتاريخ 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، صادر في 23/04/2008، عدد 21

²مریم تومي، مرجع سابق، ص 132

³عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 893

⁴عمر القاسمي، مرجع سابق، ص 28

الفرع الثاني : الطعن في القسمة الاتفاقية

إن عقد القسمة الاتفاقية من المعروف عليه أنه من حيث صحة الأركان يعتبر خاضعا للقواعد العامة، ناهيك عن شرط الأهلية الذي بخصوص الشركاء الذين سيتقاسمون المال الشائع، وفي هذه الحال يستوجب أن تكون إرادة الشركاء خالية من العيوب التي قد تعترتها من غلط أو اكراه... إلخ¹ ويجيز المشرع في مثل هذه الحال الطعن على أساس الغبن أثناء القسمة الاتفاقية، كذلك أجاز المشرع نقض القسمة الحاصلة على أساس الرضا، وذلك في حين ثبوت غبن يزيد عن الخمس من طرف أحد المتقاسمين، وبالتالي فإن الهدف من ذلك بكون تقدير قيمة الشيء في حالة القسمة، ومن ثم يتم رفع الدعوى في السنة الموالية لها، وبإمكان المدعي عليه منعها ونقضها ولكن في حال إتمام ما نقص للمدعي من مال أو غيره.²

وفي ظل هذا الأخير ينص القانون المدني الجزائري في المادة 732 من القانون المدني على ما يلي: ” يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي عليه ما نقص من قيمته نقدا أو عينا.

وتكمن العبرة أثناء القسمة في تقدير الغبن مقابل قيمة الشيء، وهذا هو ما تطرق إليه المشرع الجزائري، وفي حال تقدير الغبن وجب بذلك تقدير أنصبة الشركاء، وتعتبر هذه الأخيرة واقعة مادية يتم إثباتها بأي طريقة كانت، ويتم رفع دعوى الغبن من طرف الشريك المغبون في حدود سنة من وقت إتمام عملية القسمة وذلك رفعا للغبن الذي تم وأيضا للحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات.³

المطلب الثاني: القسمة القضائية

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 155

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 249

³ أسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 36

في هذا المطلب سنتعرض إلى القسمة القضائية بنوعيتها ألا وهما القسمة العينية و قسمة التصفية و من خلالهما سنبين حالاتهما من خلال التشريع الجزائري.

الفرع الأول: القسمة العينية

إن للقسمة القضائية حالتين يتم فيهما الرجوع إليها:

- الحالة الأولى: في حال عدم اتفاق الشركاء على القسمة، وإرادة أحدهم الخروج من حالة الشيوخ ففي هذه الحال يتم الإلتجاء إلى القضاء لطلب القسمة.
 - الحالة الثانية: في حال تم انعقاد اجتماع الشركاء لإتمام القسمة الاتفاقية ولكن كان أحد الشركاء ناقص أهلية أو غائبا¹.
 - الحالة الثالثة: نصت عليها أحكام المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بقسمة التركة، والتي تتعلق بوجود قاصر فيما بين الورثة.²
- وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد نص على القسمة القضائية في المواد 723 والمادة 724 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري والتي تتعلق بالحالتين المذكورتين أعلاه.
- ولقد جاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المتعلق بقسمة مال شائع قرار رقم 782720 المؤرخ في 2013/01/10 والذي جاء في منطوقه بالحكم بما يلي: ”وعليه فإن المحكمة العليا، عن الوجه المثار تلقائيا والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون:
- حيث وكأنه وكما هو ثابت ملف القضية، أن الفرقاء يمتلكون العقار المذكور سلفا على الشيوخ، فرغبوا الخروج من حالة الشيوخ، وحيث أنه واستنادا إلى أحكام المادة 724 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: ” إن اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة.³

¹ علي الطيب مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص 83

² اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 37

³ أمر رقم 58-75، مصدر سابق

وتعين المحكمة إذا رأّت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع أو قسمته حصص إن كان المال الشائع يقبل القسمة عينا، فإذا كان يقبل ذلك فعلى الخبير أن يقوم بتكوين الحصص على أصغر نصيب ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع طبقا لما تقضي به المادة 727 من نفس القانون. أما إذا توصل الخبير أن هذا العقار لا يقبل القسمة عينا أو من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، قضت المحكمة ببيع المال بالمزاد العلني وذلك ما تقضي به المادة 728 من نفس القانون.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى تحديد نصيب كل وارث حسب القسمة التي قام بها الخبير بنفسه وحدد لكل واحد منهم حصته، وعلى ضوء ذلك قام القضاة باعتماد هذه القسمة دون موافقة الشركاء وقد أخطأوا في تطبيق مواد القانون المشار إليها أعلاه مما يعرض قضائهم للنقض. وحيث أنه وغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة.¹

وتعرف القسمة العينية على أنها تلك التي يتم فيها قسمة المال الشائع إلى أجزاء مفرزة بشرط أن تتناسب هذه القسمة مع حصة كل شريك وهي لا تتم إلا في الملكية التي تكون قابلة للتجزئة، وبالتالي فإنه من الممكن أن ينتفع بها مالؤها بعد إتمام القسمة بحيث لا تفقد قيمتها.²

تعتبر القسمة العينية حسب رأيي الشخصي تلك التي ترد على المحل العيني الذي يكون قابلا للتجزئة، فمن خلال هذا الأخير يمكن للشركاء أن يتقاسموا أنصبتهم بناء على أجزاء مفرزة كل حسب نصيبه من الحصة، وهي عملية تسهل على الشركاء أن ينتفعوا بما اقتسموه دون تغيير واضح أو فقدان للقيمة الأساسية التي تطرأ على ما تمت قسمته بعد القسمة.

ويشترط في القسمة العينية في حين كانت الاموال الشائعة متعددة و متحدة، فنكون بصدد قسمة جمع، أي أنه يتم فيه جمع الحصص بالأنصبة المحددة ومن ثم إعطاء كل شريك ما يتناسب مع

¹ قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة العقارية 782720، المؤرخ بتاريخ: 10/01/2013، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2013، ص

320

² بن مداني عيشة، مرجع سابق، ص 61

حصته من نصيب، ومثال ذلك كان يكون هناك ثلاث شركاء يمتلكون ثلاث سيارات ولكل واحد منهم ثلث في سيارة.¹

وتنص المادة 727 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ”تجري القسمة بطريق الإقتراع، وتثبت المحكمة في ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفروض“.²

يتبين من نص المادة 727 أن القسمة تتم عن طريق الإقتراع بينما هذا الأخير يثبت في محضر مثبت من المحكمة، وللمحكمة أن تقوم بإصدار حكم يتم من خلاله إعطاء كل شريك ما له من نصيب على الإفراز.

الفرع الثاني: قسمة التصفية

وتنص المادة 728 من القانون المدني الجزائري ”إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

أما فيما يخص المادة التي تليها فإنها تثبت أنه في حال تعذر القسمة العينية أو ثبت في هذا الحال أن هذه القسمة ستحدث إنقاصا في قيمة المال الذي بصدد القسمة يتم هنا بيع المال عن طريق المزاد العلني، أما عن المزايدة التي تتم فإنها تكون من طرف الشركاء إذا هم في حالة إجماع وطلبوا بالمزايدة، وبهذا الحال نكون بصدد قسمة تصفية في حال تعذر القسمة العينية.

وتقتضي القسمة العينية بيع المال الشائع بالمزاد العلني، وفي هذا الحال ثمن قسمة المزاد العلني تكون على كل الشركاء ثم تقسم بناء على نصيب كل متقاسم ويتم صدور الحكم ببيع المزاد العلني.³ أما بالنسبة للشركاء أو غيرهم فيمكن جميعا الدخول في المزايدة بالعلن، فإن كان المزاد رسوا على شريك من الشركاء في هذا الحين يصبح البيع قسمة، ونفس الحال بالنسبة للبيع إلى أجنبي، فبالنسبة للشركاء يكون قسمة أما فيما يخص الراسي وعلاقته بالشركاء فيصبح مبيعا بالمزايدة العلنية،

¹ أحمد الحنكاوي، مرجع سابق، ص 20

² أمر رقم 75-58 معدل ومتمم، مصدر سابق.

³ أسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 42

ويمكن باتفاق الشركاء أن يتم قصر المزداد العلني فيما بينهم دون تدخل الأجنبي في ذلك، وهذا حفاظ على مال الأسرة، ويسري الاتفاق على جميع الشركاء ويكون نافذا صحيحا في حقهم. فالشركاء هم من يعلمون المصلحة في ذلك وهم أدرى بها، بينما تكفل مصلحة الدائنين، ويبقى من حقهم مصلحة التدخل أو الاعتراض، شرط أن لا يتم المساس بالمصلحة العامة.¹ ويترتب على حكم رسو المزداد العلني آثار نذكر منها:

أولاً: تدخل الدائنين في إجراءات القسمة

تنص المادة 729 من القانون المدني على ما يلي: "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع بالمزاد بغير تداخلهم. وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.² أما إذا تمت القسمة ليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش.

ويستدل من نص المادة السابق أن المشرع كرس حق تدخل الدائنين في إجراءات القسمة إذا ما كانت لهم مصلحة جدية في ذلك وذلك حماية من وقوع تواطؤ يتم من قبل الشركاء، مثل أن يكون الشركاء قد اتفقوا فيما بينهم على أن يكون للمدين حصة علينية ولكنها تكون أقل من نصيبه الحقيقي ثم يتم إكمال نصيبه بنقود لا يمكن للمدين أن يصل إليها، كمثل أن يتصرف شريك ما في حصة مفرزة أو على الشيوخ، ثم يتفق هذا الشريك مع غيره من الشركاء على أن يوضع هذا العقار في نصيب شريك آخر وبهذا الحال لا يلحق المشتري غرضه وهدفه الأساسي من هذه الصفقة.³

ولكن في حين أن للدائنين التابعين لكل شريك من الشركاء أن يعارضوا في حال تمت القسمة عينا أو بيع المال الشائع عن طريق المزداد العلني وذلك دون تدخلهم أو في حالة غيابهم، وليس هناك شكل خاص بالمعارضة، في حين أنه يجب أن توجه هذه الأخيرة إلى جميع المتقاسمين، فإذا تمت المعارضة

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 918-919

² أمر رقم 58-75، مصدر سابق

³ لاشين محمد الغاياتي، رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 179

على هذا الوجه وجب على الدائنين المعارضين إدخالهم في جميع الاجراءات التي ستم، وفي هذا الحال يمكن للدائنين أن يدخلوا من دون إذن.¹

وقد جاء قرار المحكمة العليا ملف رقم 332775 الصادر بتاريخ 2006/01/18 فيما يخص البيع بالمزاد العلني بما يلي: ”وعليه فالمحكمة العليا عن وجهي الطعن لتكاملهما ”حيث أن الطاعنين يؤخذون على القرار المطعون فيه أنه قضى بإلغاء الحكم المعاد ومن جديد الإشهاد بأن العين موضوع النزاع غير قابلة للقسمة عينا وصرف الأطراف إلى البيع بالمزاد العلني، فقد جاء منعدم الأساس القانوني وقاصر التسبب ذلك أنه اعتمد على المادة 728 من القانون المدني التي تشترط إجماع الشركاء حتى يقتصر البيع عليهم والحال أن هذا الإجماع غير متوفر في قضية الحال.

لكن حيث أنه وبالرجوع إلى مستندات الدعوى القرار المطعون فيه يتضح وأن قضاة المجلس صرفوا أطراف النزاع إلى البيع بالمزاد العلني وذلك لما تبين لهم وفي حدود سلطتهم التقديرية أن العقار موضوع النزاع غير قابل للقسمة عينا ومن هنا يكونون قد سببوا قرارهم بكفاية وطبقوا صحيح المادة 728 من القانون المدني ذلك أن الإجماع لا يشترط إلا إذا طلب الشركاء قصر البيع عليهم، وليس في حالة ما إذا كانت تجري المزايدة بحضور العامة وبهذا تكون الأوجه المثارة غير سديدة وترفض.²

المطلب الثالث: آثار القسمة

إن قسمة المال الشائع تترتب عنها آثارا تذكر فيما يلي:

-تحديد انصبة الشركاء في المال ماديا، فتتحول ملكيته من ملكية شائعة إلى ملكية مفردة، أي يتغير جوهر الحصص.

وبالتالي تكون ملكيته بأثر رجعي، وبالتالي فإن الشريك يكون مالكا لحصته منذ توأجه في حالة الشيوخ وليس من وقت القسمة فهي فقط تعتبر كاشفة لملكه منذ وقت الشيوخ لا تحدث جديدا وبالتالي

¹ صبيعات شاتي، مرجع سابق، ص 48

² قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 332775، المؤرخ بتاريخ 2006/01/18، المجلة القضائية، ع 01، 2006

يكون الأثر رجعياً أي كاشفاً للقسمة أما الثاني فيرتب إلتزاماً بين المتقاسمين بضمان ما يتعرضون لهم من استحقاق لسبب قد سبق، ولكل شريك أن يلتزم بتعويض مستحق الضمان بما يناسب حصته.¹ ويمكن أن يترتب على القسمة أيضاً حق امتياز يتحصل عليه المتقاسم، في حين أن الشركاء الذين قاموا بقسمة منقول كان لهم عليه حق امتياز، وذلك لتأمين الحقوق بالرجوع للآخرين بسبب القسمة، كذلك نفس الحال بالنسبة للشركاء الذين قاموا بقسمة عقار، فلهم حق الامتياز عليه، وذلك لتأمين حق الرجوع على الآخرين بناء على ما تخوله القسمة لهم، بما في ذلك حق طلب معدل القسمة، إذ أن حق امتياز المتقاسم يدخل ضمن موضوع التأمينات العينية فيما يخص العقارات والمنقولات.²

ومن منطلق أن للقسمة آثاراً تترتب عليها وهذا ما يسمح بتكريس جوهر الملكية الشائعة وتجعلها ملكية مفرزة، وباعتبارها ملكية سارية بأثر رجعي ترد مالك العقار لإفراز نصيبه ومن وقت تواجده في حالة الشيوخ، فهي بهذا الحال لا تحدث أثراً جديداً بل فقط تكون كاشفة للحالة السابقة التي كان عليها المالك من قبل وبالتالي ينحصر الجزء المفرز في حالة القسمة بناء على نصيبه في الحصة السابقة حينما كان في حالة شيوخ وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري من خلال القانون المدني وعرفه بالأثر الكاشف، وعلى غرار ذلك فالضمان هو ذلك الإلتزام الذي يقع على عاتق المتقاسمين بتقديم تعويض يناسب خصصهم أثناء القسمة وهذا لسبب سابق قد تم فيما بينهم.

وفي هذا الصدد سنعرج إلى كل من الإفراز أو الأثر الكاشف الذي يقع على عاتق الحصص المفرزة باعتبارها كاشفاً لها لا مغيراً في جوهرها السابق ومن ثم سنتطرق إلى ضمان التعرض والاستحقاق الواقع على عاتق المتقاسمين من تعويض يقدمونه في فرع ثان:

الفرع الأول: الإفراز

يعتبر الإفراز بالنسبة لقسمة المال الشائع ذلك الأساس الجوهري بالنسبة لها، ومن خلاله تصبح حصة الشريك التي كانت مجرد مال شائع إلى حصة مفرزة مادية، أما فيما يخص مقصود قسمة المال

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 180

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 945

الشائع هو انفراد كل شريك بحصة مفرزة من المال الشائع ويعتبر هذا الأخير هو جوهر القسمة وهدفها، أي أن تكون الملكية المفرزة مستقلة عن باقي حصص المتقاسمين ويكون هنا الإفراز أثراً للقسمة، وماله من وقت بانتقال ملكية الحصة المفرزة للشريك المتقاسم.¹

ويمكن اعتبار الشريك المتقاسم مالكا للحصة المفرزة منذ وقت الشيوخ، وأن المتقاسم لم يملك سوى هذه الحصة من قبل باعتبارها كاشفة لحقه السابق، لذلك تعتبر القسمة مقررة لا منشئة، وطمليكية الشريك تكون بناء على تاريخ قيام الملكية الشائعة وهذا ما يعرف بالأثر الرجعي للقسمة.² ويمكن أن يتطابق المحل المادي و الحصة المعنوية، ومن ثم يكون الأثر الكاشف ساري المفعول على جميع الورثة أو آلت إليهم حصة الوارث قبل حلول القسمة وأثناء حالة الشيوخ.³

وفي هذا الحال فإن القانون يحمي الشريك المتقاسم من اي تصرف يصدر من غيره أثناء فترة الشيوخ بخصوص الأثر الرجعي القسمة، وبهذا الحال تكون ملكية الشريك ثابتة في تملكه للحصة، وفي هذه الحالة يعتبر تصرف غير الشريك الصادر غير نافذ في حق الشريك المختص بجزئه المفرز، وعلى وجه الخصوص يكون هذا الجزء المفرز خاليا من حقوق الشركاء الآخرين قد رتب قبل القسمة مثلا إذا قرر أحدهم حق ارتفاق أو انتفاع على جزء مفرز على الشيوخ ثم وقع بعد الإفراز في نصيب شريك آخر يعتبر هذا الأخير خاليا من الحقوق التي رتبها غيره قبل القيام بعملية الإفراز إضافة إلى امكانيته شطب الرهون في حالة كان عقارا.⁴

حسب رأبي يعتبر الإفراز ذلك الحق المخول للشريك في تبيان وتوضيح وكشف حقه أو نصيبه من المال الشائع والإفراز هو الأساس الجوهرية أو المكنتة التي تمنح للشريك هذا الحق أثناء الخروج من المال الشائع، فالمشروع من خلاله منح للشريك هذا الحق الذي يعتبر كاشفا للملكية لا محدثا أثرا جديدا

¹ محمد عبد الرحمن الضويبي، مرجع سابق، ص 494

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 182

³ مريم تومي، مرجع سابق، ص 134

⁴ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 169

من خلالها، وبذلك يعتبر حاميا لحقه المفرز من إحداث تصرفات غيره وقت الشيوخ باعتبار هذا الملك ثابتا ساري المفعول على تصرف الشريك وحده في مال الشائع فقط دون غيره.

الفرع الثاني: ضمان الاستحقاق

يعتبر ضمان التعرض والاستحقاق وسيلة لضمان التعرض من طرف الضامن، فيتخذ كل ما يلزم لدفع ذلك، فإن تم نجاح هذا الأخير وتم استحقاق المال المضمون، هنا يلتزم المضمون بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق المترتب عنه، وبالتالي يكون الاستحقاق واجبا سواء كان واقعا على منقول أو على عقار وفي كلتا القسمتين القضائية والاتفاقية.¹

أولاً: أساس الضمان

أما عن أساس ضمان التعرض فيعتبر المتقاسمون ضامنون لبعضهم البعض ما أن يمكن أن يقع من تعرض و استحقاق لسبب كان وقد سبق على القسمة، و يمكن القول بأن الضمان يقوم على مبدأ المساواة فيما بين المتقاسمين، في حين أن حدوث تعرض أو استحقاق على أحدهم أسقطت المساواة وقام الضمان.²

بناء على هذا نص المشرع الجزائري في المادة رقم 731 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يضمن المتقاسمون لبعضهم بعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه"³.

¹ مريم تومي، المرجع السابق، ص 134

² اسعد فاطمة، مرجع سابق، ص 47

³ أمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، مصدر سابق .

ويمكن أن تختلف أحكام الضمان في القسمة عن أحكام الضمان في البيع، فليس من الممكن ينصب ضمان العيوب الخفية على القسمة، فنقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن يعتبر كاف، إضافة للاختلاف الكبير بين أساس قيام الضمان في القسمة مقارنة بالبيع، فهو يهدف إلى التصرف الناقل، أما القسمة وبعبارها كاشفة فهي تقوم على المساواة، أما في حالة وجود تعرض أو استحقاق فإن هذه المساواة تختل ومن هنا استوجب وجود الضمان الذي يعتبر حاميا لها، والقسمة تستأثر بأحكام الضمان غير أنه يمكن الرجوع لأحكام الضمان في حالة البيع لانعدام حكم خاص شرط أن لا يتعارض هذا الأخير مع أحكام القسمة.¹

ثانيا: شروط قيام الضمان

يشترط للرجوع على الآخرين بالضمان لعدة أسباب نذكر منها:

- أن يكون سبب التعرض والاستحقاق موجودا قبل القسمة، أي أن الحق الذي ادعاه أحد المتقاسمين موجودا من قبل. أما إذا كان بعد القسمة فلا وجود للضمان هنا في حين أنه لا يوجد ضمان في حالة كان سبب التعرض والاستحقاق سببا مكسبا لم يكتمل بالنسبة للغير إلا بعد القسمة ويكون ذلك بوقت يكفي المتقاسم أن يقوم من خلاله بقطع التقادم.²
- إذا تم استحقاق نصيب أحد الشركاء، فيمكن الرجوع على الشركة بقدر ما تم استحقاقه ويمكن أن ينقص على الشريك ما يمتلكه من نصيب في الحصة، ومثل ذلك إذا تم تبادل القسمة عينا، ثم يثبت بعد ذلك أن القسمة المزعوم تبادلها لا تعتبر جزءا من التركة، وبذلك فهي تعتبر ملكا مورثا لشخص آخر غير الشركاء على التركة، فقط تم تناولها ليتم اثبات أن للمورث يدا عليها ثم تم التنازع بين المورث ومالكها الذي حالت إليه القسمة، وحكم على من تعينت له، وبالتالي يصبح هذا هو السبب في انتقاصه فهنا عليه أن يرجع على الشركاء الآخرين وذلك

¹ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 102

² صبيعات شافي، مرجع سابق، ص 53-54

بقدر ما يستحق من نصيب، ويتم انقاص كل بقدر النصيب الذي له، ولا تثبت العبرة بالثمن

وقت الطلب بل وقت حدوث القسمة.¹

- يتبين أنه وجب أن يكون في القسمة ما يكون أكثر تشددا فيما يخص الاعفاء من الضمان، فيشترط خلافا للبيع أن يكون شرط الإعفاء صراحة وبشكل واضح ويتم على الحالة التي تم نشوء الضمان منها.²

ثالثا: آثار الضمان

في حال توفر الشروط السابقة، وتم بعد ذلك رفع دعوى الاستحقاق على المتقاسم، يجب عليه إخطار باقي المتقاسمين ليدخلوا في الدعوى وبالتالي تتاح لهم الفرصة للدفاع عنه وذلك بغرض التعرض. ويخلص هذا الأمر إلى فرضيتين أحدهما هي أن يقوم الدائن بتوقي الاستحقاق كليا أو جزئيا وذلك بدفع نقد أو القيام بأداء آخر أما الثانية فهي أن الدائن لا يمكنه توقي الاستحقاق، وبالتالي فهو مستحق لكل المال أو لجزء منه.³

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 191-192

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 978

³ حواسن كريمة، مرجع سابق، ص 105

خلاصة الفصل

تطرق هذا الفصل للشيوخ الإجباري بنوعيه أصلي وتبعي، بحيث أن الشيوخ الإجباري يكون مرغماً للشركاء على البقاء في حالة الشيوخ ولا يحق لهم المطالبة بالقسمة فيه، أما فيما يخص النوع الثاني فهي ملكية الطبقات والشقق التي تعتبر ملكيات يتشارك فيها مجموعة من الشركاء كالبنائيات مثلاً بحيث يكون لكل منهم جزءاً يختص بها ويندرج تحتها ما يسمى بملكية الأجزاء المشتركة أي تلك الأجزاء التي تكون مشتركة بين البنائيتين ويتم الانتفاع بها من طرف الشركاء المتجاورين ناهيك عن الحائط المشترك، الذي يعتبر هو الفاصل بين بنائين وما له من أحكام كاستعماله في حدود الغرض المعد له وعدم المساس بحقوق الجار وأحكام تعليته واستعماله، ثم نتطرق إلى ملكية الأسرة التي تعتبر ملكية أبناء الأسرة الواحدة وغالباً ما تكون هنا حالة الميراث هي الفيصل الذي ينتج عنه هذا النوع من الملكيات، أما في الأخير فينتهي المطاف بالقسمة كآخر حل للخروج من حالة الشيوخ وتنقسم القسمة إلى أنواع منها اتفاقية وقضائية، أما الاتفاقية فتكون باتفاق الشركاء على الخروج من حالة الشيوخ، وفي حال تعذر الاتفاق فيما بينهم يلجأ الشركاء إلى القضاء وذلك بغرض إنهاء الشيوخ قضاءً، ويتم ذلك من خلال نوعين من القسمة القضائية إما قسمة عينية بواسطة خبرة، أو قسمة تصفية فتصفى التركة ثم أخيراً بعد القسمة يندرج عنها آثار هي آثار القسمة، بما فيها من استحقاق بحيث يتم افراز نصيب كل متقاسم، و تصبح من ملكية شائعة إلى مفرزة يتم تصرف الشريك فيها بمحض إرادته، أما عن الاستحقاق فيتم بما تعرض له المتقاسمون عن بعضهم البعض منه. وهذا ما يتم بعد حدوث القسمة كآثار ناتجة عنها.

الخاتمة

الخاتمة :

بتوفيق وشكر من الله تعالى تم هذا البحث، وقد تم فيه تناولنا موضوع الملكية الشائعة ، ومن خلاله توصلنا إلى ماهية الشيوع فقها وقانونا ثم تم الولوج إلى سلطات الشركاء عليه وما الغرض من ذلك؟ وما الذي توصل إليه المشرع الجزائري من تنظيم لسلطات الشركاء عليه؟ إضافة إلى ذلك عرجنا إلى أنواع الشيوع الإجباري، وماهية الملكيات المتفرعة عن ملكية الطبقات والشقق، ثم تم التطرق إلى ملكية الأسرة وأحكامها، باعتبارها أهم أنواع الشيوع الاجباري فيما تبين أنها وليدة التركة، وفي الأخير توصلنا إلى معرفة السبيل الذي ينتهي به الشيوع ألا وهو القسمة، باعتبارها آخر الحلول التي قد يتوصل لها الشركاء للخروج من حالة الشيوع، ولما كانت القسمة هي الدافع الأساسي لإفراز المال الشائع توجب على المشرع تنظيم أحكامها من خلال نصوص القانون المدني الجزائري سواء كانت عن طريق الاتفاق فيما بين أفراد الأسرة الواحدة أو بالولوج إلى القضاء للفصل في النزاعات التي قد تنشأ فيما بينهم، بينما عن آثارها المترتبة من إفراز الذي يعتبر الأساس كأثر ناتج عن القسمة فينفرد من خلاله كل شريك بحصته كأثر ملموس بعد الخروج من القسمة وما يعتريه من ضمان للاستحقاق في حالة التعرض.

أما عن أهم المقترحات التي يمكننا أن نقترحها من خلال بحثنا تلخص فيما يلي:

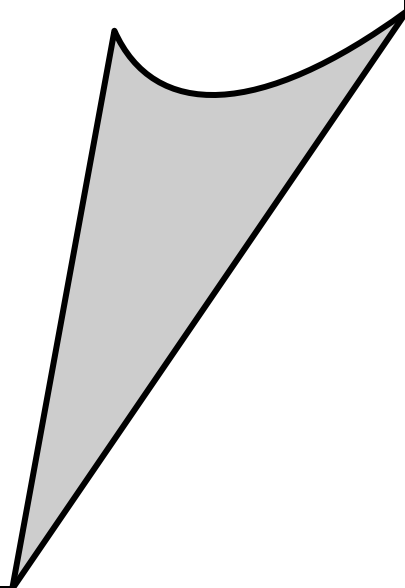
- تعزيز قسمة المهايأة من ناحية المعاملات المدنية، وعدم تركها في يد الأفراد وذلك لتفادي النزاعات التي قد تنشأ بينهم.
- عدم ترك الشركاء يقومون بأعمال التعسف فيما بينهم و ذلك باستعمال المال الشائع بشكل يتعدى على حقوق الغير. كما هو الحال في استعمال الحائط المشترك كأن يتعدى الجار على حقوق جاره
- عدم ترك القسمة في يد الشركاء، ومنها قيام اضطرابات وتصادم كبير فيما بين أفراد الأسرة الواحدة وإلا شب نزاع بينهم .
- محاولة تغطية الثغرات التي تندرج من وراء قصور أحكام الشيوع، ومحاولة إكمال نقصانها وهذا تفاديا لما نراه من نزاعات ناشئة بين الأفراد تحت طائلة القسمة.

- على المشرع أن يعدل بين الأقلية والأغلبية عند التصرف في المال الشائع حيث أنه أعطى الحق للأغلبية على حساب الأقلية.

وفي نهاية هذا البحث المتواضع نسأل الله السداد والحمد والشكر والتوفيق على إتمامنا إياه،
ونتمنى أن نكون قد أسهمنا ولو بجزء يسير في إضفاء بصمتنا من خلال هذا البحث، وإتمامه على
خير.

قائمة

المراجع



قائمة المصادر :

- 1- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 16/09/1975 ، المتضمن القانون المدني 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج ر ج ج الصادرة بتاريخ 30/09/1975، عدد 78
- 2- قانون 84-11 المؤرخ بتاريخ 9 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة الجزائري ، ج ر ج ج ، صادر في 23/04/2008 ، عدد 21

قائمة المراجع :

أولا : الكتب :

- 1- ابن منظور :لسان العرب، مادة "شيع" ، ج 11 ، ط1، 1432هـ ، 2011م، مركز الشرق الأوسط الثقافي بيروت، لبنان.
- 2- البشير محمد طه ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية و التبعية ، ج 1 ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، د ر ط ، د س ن .
- 3- الحنكاوي أحمد ، حاتم علي ، الحقوق العينية الأصلية ، الكتاب الأول ، د ر ط . كلية التراث الجامعة قسم القانون ، 1988
- 4- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 8 ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال ، د ر ط ، دار احياء التراث العربي الحديث ، بيروت ، لبنان ، د س ن .
- 5- الضويني محمد عبد الرحمن ، أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001
- 6- العبيدي علي هادي ، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، 2008
- 7- الغاياتي لاشين محمد ، متولي وهدان رضا ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري ، د ط ، مكتبة الأشول ، طنطا ، 1996

- 8- القاسمي عمر ، الزبدة في الحقوق العينية الأصلية ، شرح القانون المدني العراقي ، مكتبة نور ، نقلا عن <https://www.noor-book.com> اطلع عليه بتاريخ : 2023/03/11 ، 13 : 46 ، ص 24
- 9- اللحام محمد هادي ، محمد سعيد ، علوان زهير ، القاموس عربي - عربي ، قاموس لغوي عام ، ط 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 2008 .
- 10- صلاح الدين احمد ، الملكية الشائعة ، د د ن ، د ت ن ، متاح على <https://www.noor-book.com> ، بتاريخ 14 يونيو 2010 ، اطلع عليه بتاريخ 14 ماي 2023 ، 20 : 57
- 11- _____ ، الشيوع الاجباري ، د د ن ، د ت ن ، متاح على <https://www.noor-book.com> بتاريخ 14 يونيو 2010 ، اطلع عليه بتاريخ 14 ماي 2023 ، 21 : 05
- 12- قاسم محمد حسن ، موجز الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، ج 1 ، كلية الحقوق ، جامعتي الاسكندرية و بيروت العربية ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .
- 13- منصور حسين محمد ، الحقوق العينية ، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007

ثانيا : المقالات :

- 1- بوجمة حمد ، الحائط المشترك و الفاصل في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، ع 10 ، 2018
- 2- بن مداني عيشة ، بن غربي أحمد حمزة ، طرق قسمة المال الشائع ، مجلة قضايا معرفية ، جامعة الجلفة ، الجزائر ، عدد 06 ، يناير 2021

- 3- فايز عيدان رحيم ، هاشم أحمد محمود ، النظام القانوني للحائط المشترك ، دراسة مقارنة ،
مجلة جامعة تكريت للحقوق ، مج 2 ع 04 ، 2014
- 4- مريم تومي ، قسمة المال الشائع في القانون المدني ، مجلة التواصل في الاقتصاد و الادارة و
القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور خنشلة ، عدد 45 ، مارس
2016 ،

ثالثا : المطبوعات :

- 1- اسعد فاطمة ، محاضرات في الملكية الشائعة ملقاة على طلبة سنة أولى ماستر قانون
خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ،
2017 2016

رابعا : الأطروحات و المذكرات :

أولا : الأطروحات :

- 1- علي الطيب مصطفى أحمد ، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة ، دراسة
تحليلية مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة الرباط الوطني
، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي ، 2015

ثانيا : المذكرات :

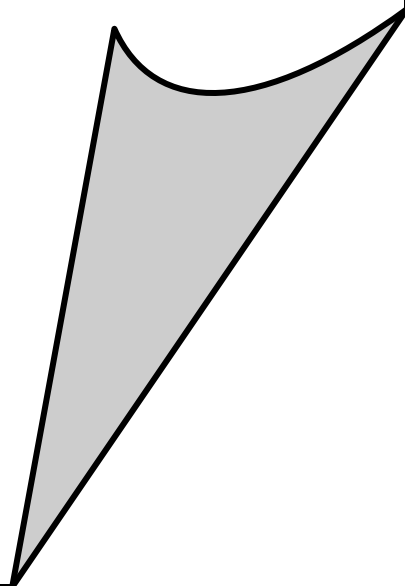
- 1- حواسن كريمة ، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، بحث لنيل شهادة
الماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2013 2014

- 2- علاوي لخضر ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، 2016/2017
- 3- اعومر فتيحة ، بن خيضر فيروز ، النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، 2019 2020
- 4- صبيحات شافي الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة ،مذكرة ليسانس علوم قانونية ، مكتبة القانون ، 2010/2011 اطلع عليه بتاريخ 2023/02/26 : 14 17 متاح على <https://t.me/CozmoBooks3>

خامسا : القرارات القضائية :

- 1- قرار صادر من المحكمة العليا ، الغرفة للعقارية ، 782720 ، المؤرخ بتاريخ 10 /01/ 2013 ، مجلة المحكمة العليا ، ع 02 ، 2013
- 2- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15،المجلة القضائية ،ع01، 2006،
- 3- قرار المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، ملف رقم 332775، المؤرخ بتاريخ 2006/01/18 ، المجلة القضائية ، ع 01 ، 2006

الفهرس



فهرس المحتويات

| الصفحة | العنوان |
|--------|---|
| | الشكر |
| | الإهداء |
| | قائمة المختصرات |
| 06 | المقدمة |
| 10 | الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للشيوع |
| 11 | تمهيد |
| 12 | المبحث الأول: مفهوم الشيوع |
| 12 | المطلب الأول: تعريف الشيوع |
| 12 | الفرع الأول: التعريف اللغوي و الإصطلاحي |
| 13 | الفرع الثاني: تعريف الشيوع في التشريع الجزائري |
| 14 | المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات |
| 14 | الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة |
| 15 | الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة |
| 15 | المطلب الثالث: مصدر الشيوع وطبيعته |
| 15 | الفرع الأول: مصدر الشيوع |
| 16 | الفرع الثاني: طبيعة الشيوع |
| 17 | المبحث الثاني: سلطات الشركاء على الشيوع |
| 18 | المطلب الأول: الانتفاع بالمال الشائع |
| 18 | الفرع الأول: حق الشريك في الانتفاع بالشيء |
| 19 | الفرع الثاني: قسمة المهايأة |
| 19 | أولا: أنواع المهايأة |
| 21 | ثانيا: أحكام المهايأة |

| | |
|----|---|
| 22 | المطلب الثاني: إدارة المال الشائع |
| 22 | الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة |
| 24 | الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة |
| 24 | الفرع الثالث: حفظ المال الشائع و نفقته |
| 24 | أولاً: حفظ المال الشائع |
| 25 | ثانياً: نفقات المال الشائع |
| 26 | المطلب الثالث: التصرف في المال الشائع |
| 26 | الفرع الأول: تصرف الشريك منفرداً في ماله الشائع |
| 29 | الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصته المفرزة |
| 30 | أولاً: حكم التصرف قبل القسمة |
| 30 | ثانياً: حكم التصرف بعد القسمة |
| 30 | الفرع الثالث: التصرف الصادر من جميع الشركاء |
| 32 | الفرع الرابع: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء |
| 34 | خلاصة الفصل |
| 35 | الفصل الثاني: أنواع الشيوخ وقسمته |
| 36 | تمهيد |
| 37 | المبحث الأول: صور الشيوخ |
| 37 | المطلب الأول: الشيوخ الإجباري |
| 37 | الفرع الأول: أنواع الشيوخ الإجباري |
| 39 | أولاً: الشيوخ الإجباري الأصلي |
| 39 | ثانياً: الشيوخ الإجباري التبعي |
| 40 | الفرع الثاني: ملكية الطبقات والشقق |
| 41 | أولاً: ملكية الأجزاء المشتركة |
| 42 | ثانياً: ملكية الحائط المشترك |

| | |
|----|---|
| 45 | ثالثا: ملكية الحائط الفاصل غير المشترك |
| 46 | المطلب الثاني: ملكية الاسرة |
| 46 | الفرع الاول: انشاء ملكية الأسرة |
| 48 | الفرع الثاني: أحكام ملكية الأسرة |
| 49 | المبحث الثاني: طرق قسمة المال الشائع |
| 51 | المطلب الأول: القسمة الإتفاقية |
| 51 | الفرع الأول: الاتفاق على القسمة |
| 52 | الفرع الثاني: الطعن في القسمة الإتفاقية |
| 53 | المطلب الثاني: القسمة القضائية |
| 53 | الفرع الأول: القسمة العينية |
| 56 | الفرع الثاني: قسمة التصفية |
| 57 | أولا: تدخل الدائنين في إجراءات القسمة |
| 58 | المطلب الثالث: آثار القسمة |
| 59 | الفرع الأول: الإفراز |
| 60 | الفرع الثاني: ضمان الاستحقاق |
| 61 | أولا: أساس الضمان |
| 62 | ثانيا: شروط قيام الضمان |
| 63 | ثالثا: آثار الضمان |
| 64 | خلاصة الفصل |
| 65 | الخاتمة |
| 69 | قائمة المراجع |
| 74 | الفهرس |
| | الملخص |

ملخص مذكرة الماستر:

إن موضوع أحكام الشيوع الذي تطرقنا إليه يتمحور حول مفهوم الشيوع من ناحية لغوية واصطلاحية وقانونية، كذلك باعتباره موضوعاً شائكاً قمنا بتحديد طبيعته القانونية ومصدره وتمييزه عن غيره من الملكيات.

وباعتبار أن المال الشائع له سلطات مخولة للشركاء توجب علينا التطرق إليها من خلال طريقة الانتفاع به وإدارته و التصرف فيه.

و لما له من أهمية بالغة تطرقنا إلى أنواعه من شيوع إجباري وملكية للأسرة وما يخص كل منهما من أحكام، وللخروج من حالة الشيوع يتوجب التطرق إلى طرق قسمته سواء كانت اتفاقية أو قضائية وما له من آثار تنتج عنه من إفراز وضمان للاستحقاق.

الكلمات المفتاحية:

1- شيوع / 2- مال شائع / 3- شركاء / 4- ملكية / 5- قسمة

Abstract:

The subject of communal property regulations that we addressed revolves around the concept of communal property from linguistic, terminological, and legal perspectives. Considering its controversial nature, we aimed to define its legal nature, source, and distinguish it from other forms of property.

Since communal property entails authorized powers for the partners, it was necessary for us to delve into the methods of benefiting from it, managing it, and disposing of it.

Given its significant importance, we explored its various types, such as compulsory communal property and family property, along with the respective provisions for each. To exit the state of communal property, it is essential to discuss the methods of division, whether through agreements or judicial proceedings, and the resulting effects, including allocation and guarantee of entitlement.

Keywords:

1- Communal property \ 2- Communal wealth \ 3- Partners \ 4- Ownership \ 5- Division