

جامعة البليدة 2

علي لونيبي

كلية الحقوق

فعالية القسم الرضائية في المنازعات العقارية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص قانون عقاري

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة

إعداد الطالبة

فكري آمال

العربي فريدة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة الدكتورة رئيسا

الدكتور (ة) مقرر

الدكتور (ة) عضوا

الدكتور (ة) عضوا

الدكتور (ة) عضوا

الدكتور (ة) عضوا

السنة الجامعية 2022/2021



شكرو عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

مصدقاً لقوله تعالى "لَئِنْ شَكَرْتُمْ لأزيدنكم" فله الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

وعملاً بقول المولى عز وجل "وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ" لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد وأخص بالذكر عائلتي الفعلية والعملية.

وكل الشكر والإمتنان للأستاذة المشرفة على المرافقة والنصح الدائم : فكري آمال

الإهداء

إلى الأرواح التي غادرت باكرا و فارقتني إلى روح
والدي الغالي و إلى روح زوجي طيب لله ثراهما و
أسكنهما فسيح جنانه .

إلى أُمي نبع الحنان، التي تعبت لأرتاح، التي
سهرت الليالي، التي عانت لتسعدني.

إلى فلذات كبدي يوسف و مأمون و الصغيرة مريم
قرة عيني .

إلى اخوتي رفقاء الدرب أمين، محمود، نبيهة
إلى عائلتي الكريمة الفعلية والعلمية التي ساهمت
من قريب ومن بعيد في إنجاز هذا العمل.

ملخص الدراسة : تطرح القسمة الرضائية للملكية الشائعة العديد من الإشكالات خصوصا عندما تتعلق بقسمة العقارات اعتبارا لأهمية الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقار في عصرنا الحالي، وجل التشريعات المدنية تشجع على اللجوء إلى القسمة الاتفاقية بدلا من القسمة القضائية نظرا لطول اجراءات هذه الأخيرة من جهة واعتبارا للنتائج التي تتمخض عنها والتي تكون غير متلائمة مع مؤهلات وميولات المتقاسمين من جهة أخرى .

فالقسمة الاتفاقية هي الأنسب من حيث أنها تتم بالتراضي بين كافة الشركاء وهي تراعي رغبات كل شريك في الحصول على العقار المناسب لمؤهلاته، واعتبار لكون القسمة الاتفاقية للعقار تنشأ بموجب عقد فإن الإشكال الذي يثور بخصوص مدى الحرية التعاقدية للأطراف في اجراء قسمة العقار بالطريقة التي يرونها ومدى تعارض هذه الحرية التعاقدية مع النصوص التنظيمية التي تم اقرارها لأجل منع تفتيت الملكية الفلاحية و لأجل الحفاظ على الطابع العمراني للمدن .

Résumé: Le partage conventionnel de la propriété indivis provoque de nombreuses difficultés notamment lorsqu'il concerne le partage des immeubles en raison de l'importance de la fonction sociale et économique de l'immeuble en notre époque actuelle. La majorité des législations civiles encouragent à se référer au partage conventionnel au lieu du partage judiciaire en raison de la lenteur des procédures de ce dernier , d'une part , et en considération des conséquences y résultantes qui pourraient être inadéquates avec les capacités et tendances des copartageants , d'autre part . Le partage conventionnel est le plus approprié , car l'intervient par consentement entre les co-indivisaires et qui prend en considération les vœux de tout co-indivisaire aux fins d'obtenir un immeuble correspondant à ses capacités. Comme le partage conventionnel de l'immeuble est institué en vertu d'un titre (Acte) , La difficulté qui pourrait être provoquée concerne la liberté contractuelle des parties , pour la consécration du partage de l'immeuble selon la méthode que les parties envisagent , et la contradiction de cette contractuelle avec les textes réglementaires imposés , en vue d'empêcher la démembrement de la propriété agricole et aux fins de conserver et sauvegarder le caractère urbanistique civilisateur

مقدمة:

يعتبر حق الملكية أكثر الحقوق العينية أهمية، وقد أولاه المشرع الجزائري عناية كبيرة تمثلت في تنظيم أحكام الملكية وسلطات المالك، وبيان أنواعها العادية والشائعة، وأسباب إكتسابها، كما أفرد الدستور الجزائري نصا خاصا لحماية حق الملكية .

يجسد حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا و أرفعها مستوى، خصوصا وأن القانون وضع معايير تنظم هذا الحق بشكل يجعل صاحبه مؤهل لإستغلاله واستعماله وكذا التصرف فيه إلى الحد الذي لا يسبب ضررا لغيره .

وبطبيعة الحال الملكية إما أن تكون مفرزة أو ملكية شائعة , ويعرف القانون المدني الجزائري الملكية الشائعة في نص المادة 825 منه " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك".

لذلك فإن الملكية الشائعة ليست الصورة المثلى للملكية، فحتى وإن كان للشيوع بعض المزايا، فإن هذه المزايا غالبا ما تمحى أمام مساوئه الكثيرة، وتشتد المشكلة إذا كان المال الشائع عقار فاستمرار بقاء العقار على الشيوع بين مالكيه يصبح الإنتقاع به غير ممكن أو على الأقل غير مكتمل، علاوة على تأثير ذلك على قيمة العقار والإستفادة منه على الوجه الأمثل مما يؤثر على الإئتمان العقاري، وبالتالي على حجم الإستثمار الوطني الذي لطالما شكلت الأوعية العقارية أحد أهم معوقاته .

إضافة لذلك فالشيوع ينشأ مركزا قلقا للشركاء على الشيوع، يخلق نوعا من عدم استقرار العلاقات القانونية الأخرى التي يمكن أن يستغل بها العقار مثل العلاقات الإيجارية علاوة على صعوبة التصرف في العقار الشائع، وكنتيجة لما سبق فإن حالة الشيوع تعد حالة استثنائية يمكن لكل شريك أن يطلب إنهاؤها والخروج منها متى شاء وهذا هو جوهر القاعدة

التي تقضي بأنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ والتي أقرها المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون المدني .

أما من الناحية الاقتصادية فتسبب حالة الشيوخ العقاري في القضاء على المبادرة الفردية، نظرا لكون المصلحة التي قد يحققها الشريك لوحده تعود لكل العقار الشائع أي يستفيد منه باقي الشركاء، و من ثم لا يرى حافزا في خدمة العقار لوحده فيتعطل الانتفاع و يتم الإضرار بالعقار المشاع و بالنتيجة يتضرر الاقتصاد الوطني من جراء هذا التعطيل .

أما قانونا فنظام الملكية الشائعة يطرح صعوبة كبيرة على مستوى تسيير العقار، ذلك أنه يتطلب من المالك على الشيوخ الراغب في إنجاز مشاريع استثمارية، الحصول على موافقة باقي الشركاء. وإلا أصبح تصرفه بمثابة مغامرة، وهو الشيء الذي لا يسمح بإدماج هذا النوع من العقارات في مسار التنمية وهذا ما يفسر قلة الاستثمارات في العقارات الشائعة خوفا من النزاعات والمشاكل التي قد تحيط بها .

وعلاوة على ذلك الشيوخ عادة حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء والزوال على الرغم من أنه يدوم أحيانا مدة طويلة، وقد ينقضي الشيوخ بأسباب مختلفة، فقد ينقضي الشيوخ بالتصرف القانوني كالعقد؛ والذي يُعدّ من أهم الأسباب لانقضاء الشيوخ فقد يقوم أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة لشريكه الآخر، أو كالوصية أو تصرف منفرد موقوف على الإجازة، وقد تنقضي حالة الشيوخ بالواقعة القانونية كالميراث، وصورته أن يرث أحد الشركاء حصص الشركاء الآخرين بعد وفاتهم، وقد ينقضي بشراء أحد الشركاء حصص الآخرين باستعمال حقه في الشفعة.

لكن كل هذه الأسباب عارضة، لا يُقصد منها في الأصل إنهاء الشيوخ وإن انقضى فعلا، أما السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ فهو القسمة والقسمة أما تكون قضائية أو رضائية إتفاقية.

ويقصد بالقسمة إعطاء كل شريك في الشيوع قدر يُعادل نصيبه في المال الشائع . والقسمة التي ينقضي بها الشيوع ,هي تلك القسمة الواردة على الملكية والتي تُعرف بالقسمة النهائية ,وليس تلك الواردة على الإنتفاع والتي تُسمى قسمة المهايأة؛ كون هذه الأخيرة ليست إلا دربا من دروب تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، لذلك فهي تُصنف بكونها مؤقتة. وقد تكون القسمة واردة على جميع أموال الشيوع فتعتبر قسمة كلية تُحدد نصيب كل شريك بشكل مفرز من المال الشائع، وقد تكون جزئية فتشمل فقط جزءا من المال الشائع مع بقاء الجزء الآخر من الأموال على الشيوع .

كما قد تكون قسمة عينية فيأخذ كل شريك نصيبه المفرز عينا وفي حال عدم إمكانية القسمة لسبب يرجع إلى طبيعة المال تكون القسمة بطريق التصفية فيباع المشاع ويقتسم الشركاء ثمن البيع. وتتم القسمة بصفة نهائية حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع وذلك بناءا على طلب كل الشركاء في الشيوع أو أحدهم، لكن بشرط أن لا يكون هناك نص أو إتفاق يقضي بالبقاء في الشيوع .

أما القسمة النهائية للعقار الشائع قد تتخذ أسلوب الجبر فتكون قسمة قضائية، وقد تتخذ أسلوب الرضا فتكون قسمة رضائية . وفضلا عن ذلك القسمة من حيث مصدرها إما اتفاقية رضائية- تخضع لإرادة الأفراد مع عدم المساس بالنظام العام ,أو يكون مصدرها القضاء فتكون قسمة قضائية . والأصل أن تكون القسمة رضائية حيث تترك للمتقاسمين الراشدين الحرية في إبرامها وهذا النوع من القسمة هو محل هذه الدراسة .

لقد فرضت طبيعة البحث في هذا الموضوع أن يكون مقصورا على دراسة القسمة الرضائية للعقار الشائع، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام القسمة في القانون المدني¹ ضمن القسم الرابع تحت عنوان الملكية الشائعة من الكتاب الثالث، المتضمن الحقوق العينية الأصلية من القانون المدني وكرستها المادة 722 منه والتي تنص في فقرتها الأولى

¹ الأمر 75/58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني . ج ر عدد 75 ص 990 .

على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع." وعليه أنصبت الدراسة حول موضوع فعالية القسمة الرضائية في المنازعات العقارية . فالقسمة والدعاوي القضائية الناشئة عنها لها طبيعة خاصة ومعقدة وهي وليدة التطور العمراني وتعد الحياة الاجتماعية والاقتصادية ونشوء المدن الحديثة، وبروز ظاهرة تفتيت الملكيات الكبيرة إلى ملكيات صغيرة الأمر الذي أوجب بدوره نصوص تشريعية تستجيب لهذا التطور وتُعالج ما يصاحبه من إشكالات فتبعًا للتطورات الحاصلة ونظرًا لخطورة الإجراءات الخاصة بإنهاء حالات الشيوع التي تطرأ على بعض العقارات لأسباب عديدة أبرزها انتقال الملكية بالإرث لعدة أشخاص الأمر الذي يؤدي لتعطيلها وإعاقة الانتفاع بها واستثمارها.

ولأن المسألة تمس المصلحة العامة للدولة نفسها، فإن الدولة تدخلت عن طريق التشريع ووضعت نصوصا عدة هدفت من ورائها تسهيل عملية الخروج من حالة الشيوع حتى في الحالات التي تكون الدولة طرفا فيها، وهذا طبقا للقانون رقم 30/90¹. غير أن الدولة وضعت قيودا على هذه العملية وهذا لمواجهة مسألة تفتيت الملكية ووجوب احترام المساحة المرجعية للمستثمرات الفلاحية وهذا طبقا للنصوص التنظيمية ومنها المرسوم رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20². كما توجد أسباب أخرى تتعلق بالجوانب الجمالية والهندسية والبيئية والصحية، حسب النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتهيئة والتعمير .

أما بالنسبة لدوافع اختيار الموضوع يُمكن ردها إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

¹ القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/1 المتضمن قانون الأملاك الوطنية - جريدة رسمية 42 في 90/12/2 المعدل و المتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 2008/7/20 - جريدة رسمية 44 في 2008/8/13 والمتضمن تعديل قانون الأملاك الوطنية والمرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة الجريدة الرسمية العدد 60 الصادرة في 1991/11/24

² المرسوم رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20. ² المحدد للشروط تجزئة الأراضي الفلاحية .

فأما الأولى فتتمثل فيما يلي :

_ الرغبة الشخصية في دراسة الموضوع والبحث في مختلف جوانبه نظرا لندرة الدراسات المعالجة له.

_ علاقة موضوع القسمة الرضائية بالتخصص المتعلق بالقانون العقاري .

أما الأسباب الموضوعية لاختيار الموضوع فتتمثل فيما يلي :

_ إن الشيوع يعتبر نظاما غير مرغوب فيه لأنه يقلل من القيمة الاقتصادية للعقار ويثير العديد من الصعاب والمنازعات المتعلقة بالإنشغال به، وحيث الثابت أن دعوى القسمة القضائية من الدعاوي التي تطول مدتها سنوات عديدة، بالتالي هذا يحول دون تحقيق الاستثمار العقاري المحكم والرشيد، الأمر الذي يُفرز وضعًا مختلا يؤثر سلبًا على القيمة الائتمانية للعقارات ومن ثم على التنمية الاقتصادية والاجتماعية ككل .

وأما من الناحية الاجتماعية نجد بأن الشيوع الناتج خاصة عن الإرث كثيرا ما يتسبب في تفكيك الروابط الأسرية لأنه غالبا ما يثير نزاعات عائلية لا حد لها تتعلق بالخصوص بعقارات التركة وهو ما يؤدي إلى كثرة دعاوي القسمة العقارية الرائجة أمام القضاء بالجزائر.

-إن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام القسمة الرضائية ضمن القانون المدني يستحق الدراسة والتحليل، فالسعي لتوفير مرجع علمي يمكن للباحثين والمهتمين الاستعانة به.

-و في نفس الصدد البحث والتعمق في الإشكالات العملية التي تواجه عملية قسمة العقار الشائع قسمة رضائية وإيجاد الحلول التي تتعكس إيجابيا على حماية المصالح العامة والخاصة.

رغم اعتبار موضوع فعالية القسمة الرضائية في المنازعات العقارية من المواضيع القانونية المهمة إلا أنه لم يحظى بالدراسة الكافية التي تناولت عدة جوانب إذ ما يلاحظ في هذا الصدد أنه لا توجد دراسة متخصصة تعني بالقسمة الرضائية، وهو موضوع الدراسة،

حيث سنركز على توضيح القواعد القانونية المنظمة لها في القانون المدني الجزائري وتسليط الضوء على أبرز المراحل التي تمر بها القسمة الرضائية عليها والكشف عن تعقيدات إجراءاتها بحيث لا يمكن إثبات القسمة الودية إلا بموجب عقد رسمي .

كما تثير القسمة الرضائية العديد من التحديات القانونية التي تظهر جليا من الأحكام القانونية التي يضعها المشرع الجزائري لتنظيم هذا النوع من القسمة، وقد استعرضت هاته الدراسة أهم الأحكام القانونية المنظمة لهذا النوع من القسمة بهدف تقييم كفاءة أحكام القانون المدني في هذا الشأن .

ومن الصعوبات التي واجهت الباحث في هذه الدراسة هي قلة المراجع والدراسات المتخصصة والعميقة في القسمة الرضائية حيث أن ماتوفر منها طابعه عام يتعلق في مجمله بالقسمة المال الشائع وعلى رأسها القسمة القضائية، فالمكتبة الجزائرية تكاد تخلو من أي دراسة شاملة مختصة بهذا الموضوع تقي حقه من البحث والتحليل لاسيما وأنه موضوع مستجد تبعا للتغيرات الاقتصادية القانونية والاجتماعية بل وحتى الثقافية مما يستدعي ضبط مظاهر التحول والتطور فيه .

إلا أنه وعلى الرغم من ذلك وأمام هذه التحديات تمت محاولة الإلمام بشتات هذا الموضوع من أجل معالجة أهم الإشكالات التي يثيرها خاصة تلك الناتجة عن نواقص وثغرات وتضارب النصوص التشريعية في هذا المجال ونفس الشيء بالنسبة لقلّة الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع .

على أنه يجب الإشارة إلى أن المقصود من هذه الدراسة ليس بحث الأحكام القانونية الخاصة بالقسمة رضائية , وإنما تسليط الضوء على سياسة المشرع الجزائري في التعامل مع حالة الشيوخ في الملكية , بهدف تحديد توجهات و أهداف المشرع في هذا المجال و بيان مدى كفاءة الاحكام القانونية المتعلقة بالقسمة الرضائية و استجابتها لهذه التوجهات و الأهداف .

فكان البحث في القسمة الرضائية ، يثير إشكالية هامة ومحورية مفادها :
إلى أي حد يمكن اعتبار القسمة الرضائية وسيلة بديلة لحل و فض المنازعات
العقارية بعيدا عن القضاء و القسمة القضائية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية وتأسيساً على ما تقدم تقتضي طبيعة الدراسة الإعتماد
على أكثر من منهج بهدف التوصل إلى النتائج المستهدفة، فالإعتماد على منهج واحد لا
يفي بالغرض الذي تقتضيه الدراسة. فالوقوف على بيان القواعد القانونية المنظمة للقسمة
الرضائية في القانون المدني الجزائري، لا يمكن أن يُؤتي ثماره دون إتباع الدراسة التحليلية
للنصوص والآراء الفقهية القانونية.

ولهذا اعتمدت الدراسة على منهج تحليل المضمون، وهو أحد أنماط المنهج
الوصفي والذي يتناسب مع الدراسات القانونية أكثر من غيره من المناهج. لرصد
النصوص القانونية المتعلقة بالقسمة الرضائية في القانون المدني الجزائري، والاجتهادات
القضائية المتعلقة بالموضوع وشرح مضمونها وتحليله بُغية استخلاص نتائج واقتراح
توصيات مفيدة .

وهذا كله في ظل القانون الوضعي والنظر إلى أقوال الفقهاء القانونيين والنظر إلى
بعض ما جاء به الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية والأجنبية في نقاط معينة على
سبيل الاستئناس وليس المقارنة بغية الوصول بالدراسة إلى المستوى اللائق والسليم
للارتقاء بالفكر القانوني ومحاولة بيان نقاط الضعف والقوة في النصوص القانونية .

فأهمية الموضوع لا تكمن فقط في الجانب القانوني للموضوع بل حتى في الجانب
التطبيقي والميداني، فترتبط الأهمية العلمية لهذا الموضوع في :

-أن مسألة القسمة الرضائية للعقار تُعتبر من الوسائل ذات الصلة بالواقع العملي لحياة الأفراد وباعتبارها كذلك قد تثير العديد من الإشكالات العملية لهذا كان لابد من تبيان أحكامها، وتأتي أهمية الموضوع من أهمية العقار ودوره في التنمية الاقتصادية .

-أما عن تفضيل دراسة القسمة الرضائية في العقار عن باقي الأنواع الأخرى كون أن القضاء في الوقت الراهن يعاني من كثرة القضايا المعروضة عليه، والتي باتت تثقل كاهل القضاة، الأمر الذي أثر سلباً على سير إجراءات التقاضي التي يطول أمدها، والتي زاد من حدتها تعقيد الإجراءات الناتجة عن تفاعل عدة مؤثرات وتدخل عدة فاعلين لا سيما في حل المنازعات العقارية التي تستدعي وقتاً طويلاً لحلها .

ومن واقع بعض الإحصائيات المتوفرة فإن المنازعات العقارية تشكل نسبة كبيرة أمام القضاء، سواء كانت خلافاً حول تملك العقار أو في دعاوى القسمة والخروج من الشيوع، ولا يخفى ما يستوجبه النظر في هذه القضايا من جهد ووقت كبير تفرضهما الطبيعة المعقدة غالباً لمثل هذه القضايا .

لذلك وفي سبيل اختصار الطريق أصبح الأفضل اللجوء إلى الصلح، الذي هو من أقدم الوسائل التي كان يلجأ إليها الأفراد لفض المنازعات بينهم، بل يمكن إعتباره أقدم من القضاء ومن بين وسائل الصلح القسمة الرضائية، التي تعتبر أهم حالات إنهاء الملكية الشائعة في العقار، والتي تقف عقبة أمام المالكين مما يترتب كثرة الصراعات والخصومات والنزاعات في حالة إبقاء الشيوع، وهذا مشاهد ومعروف في واقعنا المعاصر من ارتفاع دعاوى القسمة المعروضة على المحاكم والتي غالباً ما تسبب تفكيك الروابط الأسرية .

-يساهم هذا البحث في تقديم رؤية قانونية معاصرة لأحكام القسمة الرضائية وأهدافها المختلفة .

-إظهار المساحة التي يجب على المشرع تركها واعتماد المرونة التشريعية في باب المعاملات وذلك تخفيفاً على الناس في معاملاتهم.

ولذلك يجب الأخذ بالحسبان إن البحث في مسألة القواعد المنظمة للقسمـة الرضائية يكتسي أهمية بالغة لتعلقها بالعقار الذي يعول عليه كثيرا في التنمية والاستثمار بالرغم من التطور الملحوظ الذي عرفته قواعد التملك والقسمـة، فتتوقف مسألة احترامها وتعزيزها وحماية الملكية على التنفيذ الفعلي لقواعده، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق إيجاد طرق لتنفيذه، ولضمان إمكانية تنفيذ هذه القواعد على أرض الواقع، تم التفكير في ضرورة اللجوء إلى أحكام ليست مستحدثة بل هي تضمن التنفيذ الجيد لهذه القواعد عن طريق الرضا بين أطراف العقد، فمن الجانب النظري يُمثل التنفيذ جانبا هاما في دراسة قسمـة العقار بالطرق الودية، ومن الجانب العملي يمثل الجانب الأكثر أهمية، كون النظري لا يكون له فائدة إلا إذا طبق في الواقع .

وعلى ضوء ما تقدم قسمت الدراسة ورسمت معالم الموضوع لتبيان ولمعالجة هذه الإشكالية في بابين :

الباب الأول يتعلق بدراسة القسمـة الرضائية كوسيلة لإزالة الشيوخ وسيتناول هذه القسمـة في فصلين : يتعلق الفصل الأول بماهية القسمـة الرضائية أما الفصل الثاني فيتناول حالات وإجراءات القسمـة الرضائية في العقار .

وأما الباب الثاني تناول تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالقسمـة الرضائية في القانون الجزائري من خلال فصلين: نخصص الفصل الأول منه وجود القسمـة الرضائية بين الرغبة و الحتمية , أما الفصل الثاني يتناول الأحكام الاستثنائية وطوارئ القسمـة الرضائية .

الباب الأول:

القسمه الرضائية

وسيلة لإزالة الشيوع

الباب الأول

القسمة الرضائية وسيلة لإزالة الشيوع

حظى ولا يزال يحظى العقار في الوقت الحاضر بأهمية كبيرة لدى الناس من حيث اعتباره إستثمارا ناجحا للكثيرين و ضمانا لهم في المستقبل، عن طريق شراء العقارات بغية التجارة وأن ما يعوقهم في هذا الإتجاه هو ملكيتهم لهذا العقار مع شركاء آخرين بحيث تكون الملكية على الشيوع .

يحتم الواقع العملي إجراء قسمة الملكية الشائعة بين الشركاء ،فالشيوع حالة قلقه غير مستقرة لكثرة ما ينجم عنها من مشكلات و منازعات تؤثر سلبا على إدارة المال و الإنتفاع به، فالملكية المفترزة دائما ما تكون أفضل في استغلالها من الملكية الشائعة .

إذن فالعقار الشائع هو العقار الذي يملكه أشخاص متعددون، ويتحدد حق كل شريك بحصة شائعة في العقار الشائع كله .بعكس الملكية المفترزة والتي تكون معينة ومحددة بحدود تميزها عن غيرها؛ و بالتالي فإن الطريق الأكثر شيوعا لتحويل ملكية الشركاء في العقار الشائع من ملكية شائعة إلى حصص مفترزة لكل شريك هي قسمة هذا العقار .

كما يحق لكل شريك أن يطلب الخروج من الشيوع في حالة عدم الإتفاق على إدارة أو الإنتفاع بالعقار الشائع. وذلك عن طريق القسمة التي تعد السبب الرئيسي لإنقضاء حالة الشيوع.إن الأصل في القانون المدني الجزائري¹ أن يُقسم المال الشائع بالطريقة التي يراها الشركاء مناسبة لهم حيث تنص المادة 723 منه على أنه " يستطيع الشركاء إذا انعقد

¹ - الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 75، ص 990 .

إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

والمقصود بوجوب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون هو اللجوء للقاضي من أجل التصرف في نصيب القصر، بينما يُقصد بقاعدة الإجماع فهو ضرورة موافقة جميع الشركاء على قسمة المال الشائع. لهذا الأصل ما يُبرره استنادا إلى الطبيعة القانونية الخاصة للملكية الشائعة، فجميع حقوق الشركاء على المال الشائع متماثلة وأن اختلفت حصصهم، وبالتالي فإن سلطتهم أيضا تكون متساوية، فلا يكون أحدهم متميزا عن آخر على النحو الذي يفرض إرادته باختيار الطريقة التي يريد لها لقسمة المال الشائع.

وتنقسم القسمة إلى نوعين أولها قسمة قضائية وثانيها قسمة رضائية ما لم يكن الشريك مجبرا على البقاء في الشبوع، إذا تبين أن الغرض الذي أعد له المال الشائع يوجب بقاءه دائما على الشبوع بموجب نص أو إتفاق بين الشركاء.

فالقسمة القضائية تكون باللجوء إلى العدالة والقضاء للقيام بها، أما القسمة الرضائية تكون باتفاق جميع الشركاء دون حاجة للجوء للقضاء، مع مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون في بعض الحالات، فهي تعد بمثابة وسيلة أو طريقة لإزالة حالة الشبوع.

فبمجرد إنتهاء حالة الشبوع سواء بالقسمة القضائية أو القسمة الرضائية تتحول الحصص المعنوية التي كانت ممثلة في كسر حسابي كالنصف مثلا إلى حصص مادية فيتسلم كل شريك حصته المحددة ويستقل بها وتتحول إلى جزء مفرز خاص به بعدما كان حقه مرتبط بحقوق باقي الشركاء .

وللوقوف على التنظيم القانوني لهاته الوسيلة - القسمة الرضائية - تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين يتناول الفصل الأول ماهية القسمة الرضائية في العقار أما الفصل الثاني يتطرق لحالات وإجراءات القسمة الرضائية في العقار.

الفصل الأول

ماهية القسمة الرضائية في العقار

تُعد القسمة هي الطريق الأهم لإنقضاء الشبوع وإزالته، لهذا كان من المناسب في هذا المقام وقبل التطرق لماهية القسمة لأبد من تعريف العقار الشائع، فالعقار كما عرفه القانون المدني الجزائري في المادة 683 منه بنصها : "كل شئ مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار و كل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول".

أما الشبوع فقد عرفته المادة 713 من القانون المدني الجزائري بقولها : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشبوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك".

إذن فالعقار الشائع وفقاً لهذه النصوص هو العقار الذي يملكه أشخاص متعددون ويتحدد حق كل شريك بحصة شائعة في العقار الشائع كله، بعكس الملكية المفردة والتي تكون معينة ومحددة بحدود تميزها عن غيرها، وبالتالي فإن الطريق الأكثر شيوعاً لتحويل ملكية الشركاء في العقار الشائع من ملكية مشتركة إلى حصص مفردة لكل شريك هي قسمة العقار .

تعتبر القسمة الرضائية هي الطريق الأهم لإنقضاء الشبوع وإزالته فكان من المناسب وقبل التطرق لأحكامها، تبيان ماهيتها بالتحدث عن مفهوم القسمة الرضائية وطبيعتها، لأن التعريف بالشيء مقدم على الخوض في تفاصيله لأخذ فكرة عامة عن القسمة، وبعد ذلك التطرق للشروط الضرورية لإنعقاد القسمة وصحتها. وقد نظم المشرع الجزائري القسمة في المواد 722-732 من القانون المدني ضمن النصوص المتعلقة بإنقضاء الشبوع بالقسمة. ولتوضيح ماهية القسمة الرضائية تقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين أين تناول المبحث الأول مدلول القسمة الرضائية وفصل المبحث الثاني شروط القسمة الرضائية.

المبحث الأول

مدلول القسمة الرضائية

تنقضي حالة الشبوع بإتفاق الشركاء جميعاً على قسمة المال الشائع وبالرجوع لأحكام القسمة الواردة في القانون المدني الجزائري نجدها مستمدة من الشريعة الإسلامية، حيث تُعد هذه الشريعة هي المصدر التاريخي للقواعد القانونية الخاصة بالقسمة. وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجدها تتضمن عدة تعاريف للقسمة، كما يُعتبر عقد القسمة الرضائية عقد كباقي العقود الأخرى تسري عليه كافة القواعد العامة للعقود، وهو عقد رضائي وعقد شكلي .

ولتوضيح مدلول القسمة الرضائية توزع الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول تطرق لمفهوم القسمة الرضائية أما المطلب الثاني تناول طبيعة عقد القسمة الرضائية (خصائص).

المطلب الأول: مفهوم القسمة الرضائية

لم ينص المشرع في القانون المدني الجزائري على تعريف خاص للقسمة الرضائية، وترك ذلك لفقهاء القانون إلا أن فقهاء القانون لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً للقسمة مما يتعين إبراز مختلف هذه التعريفات؛ وبالرجوع للشريعة الإسلامية كونها أحد مصادر القانون، نجدها تتضمن عدة تعاريف للقسمة. للوصول إلى تعريف جامع مانع للقسمة الإتفاقية للعقار الشائع لا بد من معرفة المعنى اللغوي لهذا المصطلح، ومن ثم معرفة موقف القانون الجزائري منه؛ وكذلك التعرف على موقف الفقه والقضاء من تعريف القسمة .

ومنه تنقسم الدراسة في هذا المطلب لفرعين أين تناول الفرع الأول تعريف القسمة لغة، أما الفرع الثاني تناول القسمة اصطلاحاً .

الفرع الأول: تعريف القسمة لغة

القسمة بمعنى الحصة والنصيب، وهي إسم من اقتسام الشيء أو ممتلكات مقسمة بين أصحاب الحقوق¹، وتأتي بمعنى إفراز النصيب والتفريق و جعل الأشياء أجزاء أو أبعاضاً متميزة و تأتي بمعنى القسم -الجزء من الشيء المقسوم - القسمة اسم من اقتسام الشيء جعلوا قسمة الثروة بينهم بالتساوي - النصيب لا يعرض هذا الشخص على قسمته في الحياة و القسم : التجزئة².

ويقال قسم الرجل الشيء قسماً أي جزأه جزأين وجعله نصفين، كذلك قسم المساح أرضاً أي حدد مساحتها، وعين حدودها لكل مالك من ملاكها، والقسمة بمعنى قسم ما يستحقه كل من الشركاء، أو الورثة من المال أو الميراث أو نحو ذلك³، وتأتي بمعنى قسّم قسماً فهو قاسم الشيء جزأه (قسم التفاحة إلى شطرين) والأرض جزأها إلى أقسام لتبني³.

القسمة بمعنى الحصة و النصيب و هي اسم من اقتسام الشيء حالة أموال أو ممتلكات مقسمة بين أصحاب الحقوق⁴.

يقال قسم الرجل الشيء يقسمه قسماً أي جزأه جزأين و جعله نصفين ، كذلك قسم المساح أرضاً أي حدد مساحتها وعين حدودها لكل مالك من ملاكها و القسمة جمع قسم ما يستحقه كل من الشركاء أو الورثة من المال أو الميراث او نحو ذلك⁵.

¹ - المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، الطبعة 2، 2001، ص 1151-1152.

² المحيط مجمع اللغة العربية تاليف أديب اللجمي و اخرين تقديم محي الدين صابر، مجلد 3 ، من فـي ص 985 .

³ - نور الدين عصام، معجم نور الدين الوسيط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 2005، ص 295.

³ - بن منظور، لسان العرب، المحيط لسان العرب - المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بيروت ، مجلد 2 من ق ي ، ص 87 _ 88 دون سنة .

⁴ - المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق بيروت طبعة 2 ، 2001 ص 1151-1152 .

⁵ - نور الدين عصام ، معجم نور الدين الوسيط ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 295 .

الفرع الثاني: تعريف القسمة إصطلاحاً

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " وبالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، بمختلف مذاهبه نجد أن الفقهاء قد وضعوا عدة تعاريف للقسمة.

نذكر منها تعريفين على سبيل المثال، أحدهما للمذهب الحنفي، والتعريف الثاني للمذهب المالكي؛ ففي المذهب الحنفي القسمة هي التي تجري بين جميع أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيما بينهم فيقسم جميع الشركاء بالرضا أو يقسم القاضي بينهم برضائهم وتعد القسمة الرضائية جائزة لأن الشركاء لهم الولاية على أنفسهم وعلى أموالهم وتعتبر القسمة الرضائية عقد من العقود ركنها الإيجاب والقبول ومحلها المال المشترك الذي يجوز الإتفاق على قسمته.¹

وفي المذهب المالكي يرى الإمام ابن عرفة رحمه الله "القسمة هي تعبير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض"، بحيث يشمل هذا التعريف جميع أنواع القسمة²، والتي تتم بالتراض أو بالقرعة بين الملاك المشاعين للشيء المملوك على الشيعاء .

من خلال نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري : "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع". أكد المشرع الجزائري على قسمة المال الشائع، إلا أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفاً للقسمة. حيث ترك المشرع ذلك لفقهاء القانون وشراحه، عكس المشرع العماني الذي عرف القسمة في المادة 817 من قانون المعاملات المدنية العماني بأنها : "إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم المحكمة"؛ وهذا التعريف هو نفس تعريف القانون المدني الأردني في المادة 1038 لكن باختلاف لفظ "بحكم القاضي"

¹ -وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر العربي ح 60 ، 1997 ، ص 4736 .

² - أ. أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، 2013، ص31.

بدلاً من لفظ " بحكم المحكمة " والملاحظ أن هذا التعريف هو قريب من تعريف مجلة الأحكام العدلية إذ تنص المادة 1114 منها على أن " القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفرار الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل".¹ أمّا عند فقهاء القانون نجد من عرفها على أنها "عملية تحديد حق ملكية

مشتاع بغية إيجاد التطابق بين نطاقه المعنوي ونطاقه المادي"²

وهناك من عرفها " هي التي ينعقد إجماع الشركاء فيها على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، وهي تؤدي لإفرار نصيب كل شريك في المال الشائع"³.

وعرفها جانب آخر من الفقه " إعطاء كل شريك في الشبوع قدراً يعادل نصبه في المال الشائع"⁴ وهناك من عرفها بأنها : " القسمة التي تؤدي إلى إزالة الشبوع بين الشركاء وبالطريقة التي يختارونها و من تلقاء أنفسهم ".⁵

فيما عرفها جانب آخر منهم بأنها : " القسمة التي لم تتم باتفاق من كافة الشركاء فلا يكفي اتفاق البعض من الشركاء عليها فلا بد من إجماع جميع الشركاء عليها"⁶ ومن ذلك قولهم: "القسمة بمقتضاها يختص كل شريك بجزء من المال الشائع، يناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية.

وهو المعنى المقصود من لفظ القسمة إذا أطلق، فهي قسمة ترد على الملكية، وبها ينتهي الشبوع والقسمة التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشبوع هي القسمة التي تهدف في صورتها العادية إلى توزيع المال الشائع بين الشركاء واختصاص كل منهم حسب

¹ _ حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج3 ، منشورات مكتبة النهضة، بيروت -بغداد، دون سنة، ص 101

² _ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، (د.ت) ص220.

³ _ د. محمد المنجي، دعوة القسمة، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الطبعة 1، 196، ص118.

⁴ _ د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهيأة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص15.

⁵ _ د حامد مصطفى، شرح القانون المدني العراقي الملكية وأسبابها، ج1، القاهرة شركة التجارة والطباعة المحدودة ، 1953، ص 122.

⁶ _ د علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية دراسة مقارنة ط1، عمان ، مطبعة الأرز، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2000، ص 66.

الإمكان بجزء مفرز من الشيء المملوك على الشبوع يوازي حصته، وتثبت له عليه ملكية مفرزة بدلا من ملكيته الشائعة.¹

أما قضاء فقد عرفت محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 1985/2/7 في الطعن رقم 104 لسنة 52 ق القسمة بقولها: "قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزءا مفرزا من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكته دون باقي الشركاء".² و عرفت محكمة التمييز الأردنية بأنها "عبارة عن إفراز وتعيين للحصص الشائعة سواء تمت بالتراضي أو بحكم القاضي".³

مما تقدم يتضح أن القانون المدني الجزائري ولا حتى القانون المدني المصري لم يعرفا القسمة أينتركا أمر تعريفها للفقهاء وأحسننا فعل ذلك كما يلاحظ ورود عدة تعريفات لها عند الفقهاء و لدى محكمة النقض المصرية و محكمة التمييز الأردنية. وهذه التعريفات وإن اختلفت عباراتها إلا أنها من حيث المضمون متفقة فجميعها يتحدث على أن القسمة هي "تعيين للحصص الشائعة بإفرازها وإعطاء كل شريك حصته ليستقل بها ويتصرف فيها تصرف الملاك منفردا عن غيره من الشركاء". وتأسيسا على ذلك يُمكن تعريف القسمة الإتفاقية للعقار الشائع على أنها: "تصرف قانوني⁴ ينهي حالة الشبوع باتفاق الشركاء إما بإعطاء جزء مفرز من العقار أو مبلغا من المال يعادل حصة الشريك في العقار".

¹ - د. محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص26.

² - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز و التجنيب ، ط3 ، دار محمود للنشر والتوزيع، 2002، ص 12

³ - تمييز - حقوق - رقم 2004/2251 بتاريخ 2005/05/10، منشورات مركز عدالة .

⁴ - يقصد بالتصرف القانوني : كل تصرف قانوني تعلق بحق الملكية والذي من شأنه أن يؤدي إلى نقل الملكية إلى الغير سواء بمقابل كالبيع أو بدون بمقابل كالهبة أو يؤدي الى تقرير حق من الحقوق العينية الأخرى كحق الإنتفاع أو الرهن .يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية و التبعية ، ط1 ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان ، الأردن ، 2011 ص

وبعد الانتهاء من تعريف القسمة لغويا وفقها وقضاء أو قانونا والتي اتضح منها بأن القسمة الرضائية هي اتفاق بين الشركاء لإنهاء حالة الشبوع بينهم .

المطلب الثاني: طبيعة عقد القسمة الرضائية (الخصائص)

تنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري على أنه " يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون."

يتبين من نص هذه المادة أن القسمة الرضائية ليست سوى عقد كبقية العقود يبرمه الشركاء على الشبوع بقصد إنهاء حالة الشبوع، ثم يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود سواء من حيث التراضي أو المحل أو السبب، فلا بد من تراضي الشركاء وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب واستقاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع.¹ وتقع القسمة الرضائية بأحد الشكليات فهي إما أن تقع بشكل صريح وهو الأصل فيها، أو أنها تقع بشكل ضمني؛ وهنا يكون على القضاء استخلاص ذلك من تصرفات الشركاء في أنهم قد ارتضوا جميعا قسمة المال الشائع فتسري عندها أحكام القسمة الرضائية²، وتتحقق القسمة الضمنية عندما يقوم أحد الشركاء بالتصرف في جزء مفرز من المال الشائع يكون بقدر حصته ثم تبعه الشركاء الآخرون في ذلك .

حيث يتصرف كل منهم في حدود حصته ثم تبعه الشركاء الآخرون في ذلك حيث يتصرف كل منهم في حدود حصته و هذا التصرف يدل على رضا الشركاء ضمنيا وقبولهم بهذه القسمة التي جرت بفعل جميع الشركاء على السواء، فلا يجوز لأحدهم أن يأتي بعد ذلك ويطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في الملك كله³ إلا أنه رغم ذلك فقد

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1967، ص 893 .

2- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1986، ص 255 .

3- دعيد المنعم فرج الله الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني و المصري ، بيروت و دار النهضة العربية للطباعة و النشر 1982، ص 209 .

اشتراط القانون إفراغه في شكل خاص وسوف تتناول الدراسة معنى الرضائية والشكلية في فرعين فالفرع الأول تناول القسمة عقد رضائي والفرع الثاني تطرق القسمة عقد شكلي

الفرع الأول: القسمة عقد رضائي

إن عقد القسمة من العقود الرضائية بمعنى أنه في القسمة الرضائية يجب أن تتطابق إرادة جميع الشركاء في الشبوع مجتمعين على تقسيم المال الشائع، و من ثم لا تتم القسمة إذا اتفق عليها أو طالب بها بعض الشركاء رغم عدم موافقة البعض الآخر. فالرضائية المقصودة هنا هي موافقة جميع الشركاء على القسمة وفي حال عدم موافقة أحدهم فإنه يتم اللجوء إلى القسمة القضائية .

ينعقد العقد الرضائي بتطابق إرادتين الإيجاب والقبول، حيث يكفي قبول الإيجاب لتكوين العقد،¹ فطبقاً لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ". يتم التراضي بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان لإحداث أثر قانوني ومنه إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما²، والذي هو إنهاء حالة الشبوع. فالمبدأ العام في إنعقاد العقد في القانون المدني الجزائري هو الرضائية فلا يشترط مظهر معين أو طريقة خاصة أو محددة لتعبير الشخص عن إرادته³.

فالتراضي هو تطابق إرادتين والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام⁴ وتسرى على تبادل الإيجاب والقبول، الأحكام العامة التي نص عليها المشرع في المواد 59،60 من القانون المدني الجزائري وما يليها، ويجوز

¹ - Jaques, Ghestin, trait de droit civil, la formation du contrat, 3^{eme} Edition, (s.d) P721.

² - د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، 2006 ص28.

³ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1، 2015، ص134.

⁴ - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، منشورات الجلي الحقوقية، لبنان، المجلد 1، الطبعة 3، 2000، ص184.

التعبير عن كل من الإيجاب والقبول باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يجوز باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على توضيح حقيقته المقصودة.

بل يجوز أن يكون التعبير ضمناً وفقاً للمادة 60 من القانون المدني الجزائري بنصها "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً"¹

ولكي يكون التراضي صحيحاً، يتعين أن تكون كل من الإرادتين المتطابقتين قد صدرت عن ذي أهلية، وأن تكون خالية من العيوب وفقاً لما يقتضيه القانون المدني الجزائري في المواد 40، 78، 79، 80 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005²، وكذا أحكام المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري. وأن تكون خالية من العيوب وفقاً لأحكام المواد 80، 82 من القانون المدني الجزائري وعليه، فالأهلية ركن أساسي من أركان العقد فلا يكون صحيحاً إلا إذا صدر من عاقل، له أهلية التعاقد اللازمة وهي أهلية الأداء³.

وأن يكون الرضا خالياً من العيوب التي تشوبه، ويقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضا دون أن تزيله فالرضا موجود، إلا أن الإرادة ليست سليمة إما نتيجة كذب، أو وليدة الضغط. والعيوب التي تفسد الرضا في القانون المدني الجزائري هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال⁴، فلا بد أن يتوافر في أطراف عقد القسمة الاتفاقية الرضا الخالي من عيوب الإرادة.

¹ - د - سي يوسف زاهية حورية ، الواضح في عقد البيع ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2014 ص 43.

² - قانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005 و المتضمن القانون المدني .

³ - د _ بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 130

⁴ - د _ محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني _ النظرية العامة للإلتزامات _ دار الهدى ، 2007، ص ص

فمحل عقد القسمة كمحل أي عقد من العقود هو " العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها يعني الالتزامات التي يراد إنشاؤها. "

ومحل عقد القسمة الرضائية يخضع لنفس شروط المحل في باقي العقود، وشروط المحل بصفة عامة هي أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب بنص المادة 96 قانون المدني الجزائري، وأن يكون ممكناً غير مستحيل استحالة مطلقة بنص المادة 93 قانون المدني الجزائري، إضافة إلى كونه معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ومقداره أو قابلاً للتعيين بحسب المادة 95 من القانون المدني الجزائري¹.

وسبب عقد القسمة هو كأي سبب آخر لباقي العقود يعرف بأنه " هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه"²، وتطبق على سبب عقد القسمة الرضائية نفس شروط السبب في أي عقد آخر وهي أن يكون السبب موجوداً، وأن يكون السبب مشروعاً³، تطبيقاً لأحكام المواد 97، 98 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: عقد القسمة عقد شكلي

بالرغم من أن القاعدة العامة التي تنص على أن التراضي كاف لانعقاد العقد إلا أن هناك حالات يفرض فيها المشرع الجزائري إلى إحاطة بعض العقود بأوضاع شكلية معينة، من أجل صحته وسريانه في حق المتعاقدين أو في حق الغير، فيستلزم أن يُصاغ العقد في شكل معين، وقد يكون هذا الشكل هو الكتابة، كما هو في عقد الهبة، الرهن الرسمي.

كما قد يستلزم الكتابة وتكون للإثبات فقط في حالة ما إذا زادت قيمة التصرف 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة كما ورد في نص المادة 333 قانون

¹ - د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 44-45.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 451.

³ - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 76.

المدني الجزائري¹، والعقد الشكلي هو لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل حدده القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد².

حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 18/12/1982 " إذا كان العقد يُبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول إتفاق بين الإدارتين فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون، وبصورة استثنائية توفره على شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا"³.

أي لابد من توفر شكل معين، حيث لا يكتمل العقد إلا باستكمال هذا الشرط، وهذه الاعتبارات شرعت من أجل المصلحة العامة، وكذا تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف ولحماية الغير حسن النية.⁴ ولتنبيه المتعاقدين لخطورة ما يقدمون عليه من تعاقد، من أجل أخذ الحيطة اللازمة عند الإقدام على إبرامه، إضافة إلى ما يحقق ذلك من حفظ وصيانة النظام العام والتمسك بمقتضياته⁵.

والغالب في الشكلية في القانون الجزائري، أن يكون محررا أو سندا رسميا بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بنصها " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب وتحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب تحت طائلة البطلان، لإثبات

¹ د.فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتابي، ع د ، 2006 / 2007، ص 40.

² د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 163.

³ المحكمة العليا، غ.ت.ب، قرار في 18/12/1982 ملف رقم 25016 إ.ق سنة 1987، ص 47.

⁴ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 469.

⁵ د. محمد المظفر، نظرية العقد، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ، جدة السعودية، 2007، ص 41.

العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد ."

وكذا نص المادة 324 مكرر 2 " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد .

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر؛ وفضلا عن ذلك وإذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما ."

لقد اشترط المشرع الجزائري في السندات المثبتة لنقل الملكية العقارية الشكل الرسمي مع إشهار العقد المثبت لها على مستوى المحافظة العقارية المختصة . لكن وبالرغم من صراحة النصوص كانت المحكمة العليا متجاهلة هذه القوانين ومؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي سواء بسواء¹، إلى أن إستقر إجتهااد المحكمة العليا، وبشكل واضح منذ صدور القرار المبدئي المشهور للغرف المجتمعة والمؤرخ في 1997/02/18 ملف رقم 136156.2 القاضي بما يلي :

"على أن العقود المنصبة على نقل ملكية العقارات أو الحقوق العقارية تحرر وجوبا في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا"

إضافة إلى الشكل الرسمي، ضرورة إستيفاء الشهر العقاري المادة 324 مكرر 1 والمادة 793 من القانون المدني الجزائري والمادة 12 من القانون رقم 91/70 المتعلق

¹ - د. حمدي باش عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الطبعة 2015، ص 183.

² - المجلة القضائية، 1997، العدد الأول، ص 10.

بالتوثيق¹، والمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري².

كما أنّ القانون يستوجب شهر دعاوي العقارية المرفوعة أمام القسم العقاري، في حالة تعلقها بدعاوي الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.³ وهذا حسب ما جاء في نص المادة 519 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري،⁴ والمادة 85 من المرسوم 63/76⁵، والمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وكذلك الحال بالنسبة لعقد القسمة الرضائية فلا بد أن يكون مكتوبا ذو طابع رسمي⁶، كون العقد المزمع إنشاؤه وكتابته وتسجيله في شكله المعين قانونا فيه خطر لكل الأطراف.و يتمثل في حالة إنتهاء قسمة العقار وتسجيل القسمة وتحقق جميع الشروط الموضوعية الأخرى، إذ لا يمكن الرجوع عن العقد لأي سبب من الأسباب لكل الأطراف .

وقد أكدت المحكمة العليا على ضرورة الكتابة الرسمية للقسمة وإشهارها⁷، لكي تكون صحيحة ويمكن النجاح بها في مواجهة الغير وذلك في عدة قرارات لها:

1- لا يُمكن إثبات القسمة الودية المُنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي والقرار المطعون فيه عيوب هامة، خاصة عدم تحديد طبيعة القسمة الودية التي تصادق عليها أساسها القانون.⁸

¹ - القانون رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق والقوانين المعدلة والمتضمنة له

² - الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ع 92، 1206.

³ - أ. مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، 212 ن ص 188-189.

⁴ - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر

⁵ - مرسوم 63/67 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ع ، الصادرة في 13 أفريل 1976 ص 498.

⁶ - المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 16/07/2008 ملف رقم 462587 م.م.ع 2008، العدد 2، ص 261.

⁷ - د عمر حمدي باشا ، د ليلي زروقي ، المنازعات العقارية دار هومة ، الطبعة 10، 2008 ص 229

⁸ - المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 16/07/2008 ملف رقم 462587 م.م.ع 2008، العدد 2، ص 263.

- 2- " تفرع وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي، والقسمة الودية التي لم تحرر بالشكل الرسمي باطلة، وكل آثارها باطلة"¹
- 3- " من المقرر أن العقود الإدارية التي ترمي إلى إنشاء، نقل، تصريح، تعديل، أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، والتمسك بوجود قسمة ودية بين الأطراف حسب عقد عرفي باذلة، ومن ثم استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها، والأمر بإجراء قسمة جديدة للشركة بعد تطبيقها سليما للقانون"²
- 4- "القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي قضاء مخالف للقانون، ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي، ويجب على القاضي إثارة هذه المخالفة من تلقاء نفسه لأنه يتعلق بالنظام العام".³
- 5- " القسمة الودية التي لم تراعى فيها الإجراءات المنصوص عليها لنقل الملكية العقارية وشهرها، تعتبر قسمة مهياة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار على الشبوع".⁴
- 6- " القسمة الودية التي لم تفرع في الشكل الرسمي ولم تمر عليها خمسة عشر سنة من يوم وقوعها تكون قسمة غير نهائية، ويجوز التراجع عنها والمطالبة قضائيا بقسمة قضائية نهائية".⁵
- يتبن مما سبق أن عقد القسمة الرضائية يخضع للقواعد العامة في كافة مراحله من إنعقاد و صحة و إثبات فهو عقد رضائي فيما بين الشركاء المتقاسمين يتوفر على

¹ - المحكمة العليا، غ.مقرر بتاريخ 2007/09/12 ملف رقم 414655 م.ق. 2008، العدد 1، ص 214.

² - المحكمة العليا، غ.مقرر بتاريخ 2002/06/18 ملف رقم 231832 إ.ق. 2004، الجزء 1، ص 273.

³ - المحكمة العليا، غ.مقرر بتاريخ 2002/04/24 ملف رقم 229161 إ.ق. 2004، الجزء 1، ص 273.

⁴ - المحكمة العليا، غ.مقرر بتاريخ 2000/05/17 ملف رقم 224884 م.ق. 2001، عدد 2، ص 1.

⁵ - المحكمة العليا، غ.مقرر بتاريخ 2000/05/17 ملف رقم 224884 م.ق. 2001، عدد 2، ص 1.

الأركان العامة من تراضي محل و سبب .و يتطلب شكلا معينا و ذلك بإفراغه في قالب الرسمي و تسجيله لدى مصلحة التسجيل و الشهر , إضافة إلى شروط خاصة فانعقاد عقد القسمة الرضائية و التي من دونها لا يكون العقد صحيحا و لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير .

المبحث الثاني

شروط عقد القسمة الرضائية

الغرض من القسمة الرضائية هو إنهاء حالة شيوخ واستغلال كل شريك بنصيبه من العقار الشائع بشكل منفرد وترتب آثارها القانونية فتصبح نافذة بحق جميع الشركاء المتقاسمين والغير . ولتحقيق هذين الغرضين يجب توفر شروط محددة قانونا، وهذا من أجل تطبيق هذه القسمة في أرض الواقع بشكل سلس.

يُعمل المبدأ العام وهو التراضي والحفاظ على الود بين الشركاء، فالقاعدة العامة التي تميز هذا النوع من القسمة عن غيرها أنها جاءت برضا الأطراف وبدون منازعات قضائية، فكل شريك يختص بجزء ويفرز كل نصيبه في شيء واحد تاركا لغيره من الشركاء الاستئثار بباقي الأجزاء متنازلا عن أنصيبته فيهم.

وبالتالي يعتبر هذا النوع من القسمة الأحسن والأكثر فعالية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فمن الناحية الاقتصادية فالشركاء يقتصدون من المصاريف القضائية والخبرات القضائية المنجزة التي يُمكن أن تطول لسنوات. وبالتالي تكبر الفجوة بين أفراد الأسرة أو بين الشركاء وبالتالي يعتبر هذا النوع من القسمة المُفضل لدى المتقاسمين بالتراضي، فيجب من أجل تحقق هذا النوع من القسمة إجماع الشركاء وحضورهمويجب قبل إجماعهم على القسمة توفر أهلية الشركاء. فلا يمكن أن يتراضي شخص قاصر على قسمة ماله لأنه ليس لديه أهلية الأداء و آخر شرط هو تسجيل عقد الشهرة وشهره .

و لتوضيح شروط القسمة الرضائية نوزع الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب :

أين تناول المطلب الأول إجماع الشركاء وحضورهم القسمة الرضائية في حين المطلب الثاني تطرق لتوفر أهلية الشركاء و خلو الإرادة من العيوب أما المطلب الثالث يدور حول تسجيل عقد الشهرة و شهره .

المطلب الأول: إجماع الشركاء وحضورهم القسمة الرضائية

لانعقاد القسمة الرضائية يجب إجماع كل الشركاء على تحقيق ذلك وهذا ما تضمنه القسم الأول من الدراسة، ويقصد بالإجماع ليس الأغلبية المنصوص عليها في إدارة المال الشائع و إنما الإجماع بشكل كلي.

فالإجماع يكون على الشيء المراد قسمته وكيفية القسمة واختصاص كل شخص شريك أما القسم الثاني يتطرق لوجوب حضور كافة الشركاء لإجراءات القسمة الرضائية سواء حضورا شخصيا أو حضور من ينوب عنهم

وتنقسم الدراسة في هذا المطلب لفرعين يتناول الفرع الأول إجماع الشركاء على القسمة الرضائية أما الفرع الثاني تناول حضور الشركاء القسمة الرضائية .

الفرع الأول: إجماع الشركاء على القسمة الرضائية

بما أن القسمة الرضائية إتفاق بين الشركاء المالكين على الشبوع فلا بد أن ينعقد إجماع الشركاء على إنجاز القسمة، بمعنى أن تتجه إرادة كل واحد منهم إلى إحداثها على أرض الواقع، فإذا انعقد إجماع الشركاء تمت القسمة بالكيفية التي حصل عليها الاتفاق. وهذا ما ورد في نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون ".

أولاً: حق الشركاء في اختيار طريقة القسمة الرضائية

تعتمد القسمة الرضائية على أحقية الشركاء في اختيار القسمة، فتتص المادة 723 من القانون المدني الجزائري المذكور سابقاً على اختيار طريقة القسمة التي يرونها مناسبة

لهم في القسمة، وهذه هي القاعدة العامة فيحق للشركاء على الشبوع إنهاء هذه الحالة بالطريقة التي يرونها مناسبة.

فلهم الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل واحد منهم في المال الشائع¹، فيمكنهم القسمة بأي نوع من أنواعها قسمة حصص، أو التجنيب بمعدل أو بدون معدل. ويملك الشركاء الاتفاق على القسمة العينية بتكوين الحصص، فينقسم المال إلى حصص متساوية، وللشركاء الاتفاق على القسمة العينية بالتجنيب، إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص متساوية.

ويكون التجنيب بمعدل في الحالة التي ينال فيها احد الشركاء نصيب أزيد من حصته حيث يدفع مبلغا من النقود يعادل تلك الزيادة للشريك أو الشركاء الذين نالوا نصيبا أقل حتى تتعادل الحصص، أما حالة التجنيب بدون معدل وذلك في الحالة التي ينال فيها كل شريك من الشركاء على الشبوع نصيبا يساوي حصته في المال الشائع بدون زيادة أو نقصان.²

ولهم الإتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعه أو ان تكون القسمة جزئية تقتصر على جزء من المال المشاع، فيظل المال شائعا بينهم على أصله³، وقد تكون القسمة الرضائية محدودة فتقتصر على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع يمثل نصيب أحد الشركاء فقط، بينما يستمر باقي الشركاء في الشبوع على حالهم.

ولهم الإتفاق على أجزاء القسمة بطريق التصفية، فيبيعون المال الشائع ويقتسمون ثمنه على الشركاء، كل بحسب مقدار حصته، وذلك في الحالة التي يكون المال لا يقبل القسمة العينية أو اذا قسمته عينا تؤدي إلى خسارتهم.

¹ - د. محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 41.

² - د. محمد المنجي، دعوى القسمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 1، 1996، ص 6.

³ - د. محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 42.

ولهم الإتفاق على بيع جزء منه فقط وقسمة حصيلته بحسب الحصص على أن يظل الجزء الباقي شائعا بينهم أو يقسمونه عينا، أما إذا اختلفوا في ذلك فيتم البيع بالمزاد. وقد يتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد مع قصره عليهم، فإذا رسا المزاد على أحدهم اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، أما إذا سمح الشركاء بدخول أجنبي على الشبوع في المزاد، فإن رسو المزاد على أجنبي يعتبر بيعاً¹.

ثانياً: الإجماع الصريح والإجماع الضمني للشركاء

يتبين من خلال ما سبق أن إجماع الشركاء ورضاهم شرط من شروط نفاذ القسمة الرضائية بحق الشركاء، وهذا الإجماع قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً. فالأصل في القسمة الرضائية أن تكون صريحة بقصد قسمة المال الشائع والخروج من حالة الشبوع، وإما أن يكون الإجماع ضمناً وهي قسمة تقوم على التراضي دون إتفاق صريح عليها فهي قسمة فعلية.

بمعنى آخر هي قسمة تقع عن طريق التعبير الضمني عن إرادة الشركاء على الشبوع دون حصول تعبير صريح لها، والمقرر قانوناً أن التراضي الضمني الذي يؤدي إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذي تستخلصه المحكمة من ظروف الحال، ولذلك يعتبر من المسائل الموضوعية²، وهذه القسمة تنطبق عليها القاعدة العامة في وجوب التسجيل للاحتجاج على الغير.

والقسمة الضمنية ما دامت مؤسسة على الإرادة، فالأصل في خضوعها لأحكام القسمة الإتفاقية الصريحة، ومن ثم فيجوز نقضها بسبب الغبن تطبيقاً لأحكام المادة 723 من القانون المدني الجزائري " يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي

¹ - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 42. أنظر أيضاً د. محمد المنجي، دعوة القسمة، المرجع السابق، ص 11، 117.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء 8، ص 894، أنظر أيضاً كل من د - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 49، و د - محمد المنجي، دعوة القسمة، المرجع السابق، ص 123.

يفرضها القانون "، والمثال التقليدي للقسمة الفعلية أو الضمنية هو أن يتصرف احد الشركاء على الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يحذو حذوه كل الشركاء وهكذا تكون قد وقعت القسمة.

فالإجماع الضمني على القسمة يستخلص من ظروف الواقع وما تفيده من قيام قسمة فعلية، كأن يقوم احد الشركاء على الشيوع بزراعة أو بناء على جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج سائر الشركاء نهجه فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر من المال الشائع يعادل كل واحد حصته، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا، أنهم ارتضوا جميعاً قسمة المال الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه.¹

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على كيفية تعبير الشريك عن إرادته في القسمة تاركا الأمر للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة في العقود بوجه عام، والتعبير عن الإرادة وفقا للتشريع الجزائري يأخذ وجهان، التعبير الصريح والتعبير الضمني. فالتعبير الصريح يكون باللفظ الصريح أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. كما أجاز المشرع الجزائري التعبير عن الإرادة ضمنا ما لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على ضرورة التعبير الصريح وهذا ما تنص عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائريينصها " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه .

و يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

¹ - أ. مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2008، ص 16.

ويرى جانب من الفقه¹ أن التعبير الضمني في القسمة الاتفاقية شكل من أشكال القسمة ابتدعته محكمة النقض المصرية وهي بصدد معالجة قضية تتعلق بملكية شائعة بين ورثة. على أساس أنها قسمة تقوم دون الاتفاق الصريح عليها وتحققت هذه القسمة وفقا لرأي محكمة النقض المصرية حينما يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع الذي يعادل حصته، ثم يتبعه سائر الشركاء بالتصرف في حصص مفرزة تساوي حصصهم فيستخلص من تصرفهم أنهم ارتضوا ضمنا قسمة المال المشاع فيما بينهم، واعتبرت المحكمة أنه استنادا من ظروف القضية اعتبرت أن الشركاء تراضوا على اقتسام المال وفقا للطريقة التي تصرفوا فيها في الأجزاء المفرزة التي تساوي حصصهم في المال المشاع².

الفرع الثاني: حضور الشركاء عقد القسمة الرضائية

يعتبر حضور الشركاء عقد القسمة الرضائية من مستلزمات إنعقاد الإجماع على القسمة الرضائية، إذ لا يتصور اتفاق الشركاء وإجماعهم على القسمة بدون حضورهم أو حضور من ينوب عنهم. فيظهر من نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقا، أنه لكي تتم القسمة الرضائية فإنه لابد من اتفاق الشركاء، ومن ثم فإن الأغلبية لا تكفي لإتمام القسمة مهما بلغت .

فلا بد أن ينعقد الإجماع بين الشركاء على هذا القسمة، ولذا لا تتم القسمة بالتراضي، إذا كان هناك من الشركاء من يعترض عليها مهما كان نصيبه ضئيلا.

إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة الرضائية دون البعض الآخر، فقد اتجه شراح القانون في بيان الموقف القانوني من ذلك إلى إتجاهين الاتجاه الأول الذي يرى بوجود أن

¹ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية للنشر طبعة 2003، ص104.

² - محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص 312.

تتوفر الأغلبية التامة في الحين الإتجاه الثاني فيرى أن في حال عدم توفر هذه الأغلبية فالأثر لا ينجر علي الباقي ¹.

أولاً : الاتجاه الأول الموافقة على القسمة الرضائية تلزم الموجب حتى ولو لم يتم الاجماع .

ويضم غالبية الشراح حيث ذهبوا إلى أنّ الأصل في القسمة الرضائية أنها لا تتم إلا بموافقة جميع الشركاء، أما إذا اتفق بعض الشركاء دون البعض، فإن القسمة في هذه الحالة غير صحيحة .ومع ذلك يُعتبر العقد صحيحا وقائما وملزما لأطرافه، ومن ثم فلا يجوز رجوع من سبقت له الموافقة على القسمة بحجة تخلف بعض الشركاء عن الموافقة. أما من لم يوافق من الشركاء على القسمة فلا يعتبر الإتفاق ملزما بالنسبة لهم، ومع ذلك فلهم الحق أن يوافقوا على العقد ويقروه متى شاءوا، فإذا أقروه فإن القسمة تصبح نافذة في حق الجميع.²

وبمعنى آخر أنه إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر فإن حكم هذه الحالة هو أن الشركاء الذين وافقوا على القسمة يتقيدون بها ويظل عقد القسمة الاتفاقية قائما بالنسبة لهم. أما الشركاء الذين لم يوافقوا على القسمة فلا يتقيدون بها وتكون غير نافذة في حقهم ولا يترتب عليها بالنسبة لهم إنهاء حالة شيوخ إلا إذا أقرها هؤلاء الآخرون بعد ذلك.

والقاعدة أن إقرار الشركاء الذين لم يوافقوا ابتداء على القسمة لا يرتبط بموعد معين يتعين حصوله فيه، إلا إذا تضمن الإتفاق على القسمة بين الشركاء شرطا يقضي بحق الرجوع في الرضا اذا لم يوافق باقي الشركاء في أجل معين، أو يتراجع الشركاء الذين اتفقوا

1-- عبد المجيد رحابي، احكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة

¹الحاج لخضر ، باتنة، 2000، ص 35 .

² - الرجوع للسنيوري، الوسيط 8، ص 893.أنظر أيضا د. محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 308، محمد

المنجي، دعوة القسمة، المرجع السابق، ص 120.

على القسمة منذ البداية على اتفاقهم، مع إخطار باقي الشركاء الذين لم يكونوا طرفاً فيها، شريطة أن يقع هذا الرجوع قبل صدور إقرار بقية الشركاء.¹

ثانياً: الاتجاه الثاني أنه ينتهي الإيجاب بمجرد عدم الإجماع على الاتفاق

حيث ذهب بعض الشراح إلى أن القسمة التي لم يوافق عليها كل الشركاء بالإجماع تُعد باطلة، كما أن الموافقة اللاحقة من الشركاء الذين كانوا معترضين على عقد القسمة بداية لا تصح عقد القسمة، بالتالي فإنه يجب اتفاق الشركاء جميعاً على عقد جديد للقسمة.²

وإذا ما تم الترجيح ما بين الاتجاهين، فإن الاتجاه الأول أرجح بحيث أنه يقوم على التسهيل وعدم التعقيد في إجراءات الخروج من الشبوع فضلاً على أنه لا يترتب أي ضرر للشركاء سواء الذين وافقوا منذ البداية لأن القسمة تمت بمحض إرادتهم ولا للشركاء الذين وافقوا بعد ذلك، لأن العقد يتم صحيحاً ملزماً لآثاره.

وقد قررت المحكمة العليا في هذا الصدد بطلان القسمة الودية، بسبب كون القسمة تضمنت بعض الورثة دون البعض الآخر، في حين أن القسمة الاتفاقية يجب أن تتضمن جميع الشركاء طبقاً لأحكام المادة 723 من القانون المدني، قرار رقم 40.651، مؤرخ في 24/02/1986 "غير منشور"²، كما اشترطت المادة السالفة الذكر أن تتطابق إرادة الشركاء لاقتسام المال المشاع، وهو شرط جوهرى في القسمة الرضائية فلا بد من رضا الشركاء ليتحقق انعقاد إجماعهم، وهذا الشرط تنفرد به القسمة الرضائية أو الاتفاقية دون غيرها.

¹ - د. محمد المنجي، دعوة القسمة، المرجع السابق، ص 121، 120 أنظر أيضاً د - محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع،

المرجع السابق، ص 43

² - د. محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 308.

المطلب الثاني: توافر أهلية الشركاء وخلو الإرادة من العيوب

يُعتبر ركن الأهلية حجر الأساس في عملية القسمة إذ حضور الشركاء وإجماعهم غير كاف لإتمام عملية القسمة، لما للأهلية من أهمية بالغة من حيث سير إجراءات عملية القسمة والآثار التي يترتبها عقد القسمة، فيقصد بالأهلية "صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له من هذا الأمر أو ذاك".

الأهلية نوعين أهلية وجوب ويُقصد بها "صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات"، أما النوع الثاني فهو أهلية أداء ويُقصد بها "صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا"¹، ولنفاذ العقد خاصة يجب ألا يكون أحد الشركاء ناقص أو عديم الأهلية فلا بد أن تكون أهلية الشركاء مستوفية لشروطها دون عوارض فيجب توافر أهلية الشركاء، ويجب ألا تشوب الأهلية أي عوارض مما يجعل دراسة هذا المطلب تنقسم إلى فرعين تطرق الفرع الأول إلى توافر أهلية الشركاء أما الفرع الثاني تناول عوارض الأهلية في الشركاء المتقاسمين.

الفرع الأول: توافر أهلية الشركاء

لا يكفي إجماع وحضور الشركاء لقيام القسمة الرضائية ولكي تنتج آثارها إذ لا بد كذلك من توافر الأهلية الكاملة لديهم، حيث تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"

¹ - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 152.

كما تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون "

وعلى هذا فإن الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، فإذا بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة كافة أنواع التصرفات القانونية. كما بينته المادتين 42 و78 من القانون المدني الجزائري المشار إليهما سابقاً. هو تسعة عشر سنة كاملة بنص المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، المشار إليها أعلاه وهو يستمر على ذلك ما لم يطرأ عليه شيء من عوارض الأهلية¹، والأهلية المقصودة هي أهلية الأداء كاملة.

والجدير بالذكر أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام لأنها تهم الكافة ومصلحة المجتمع بحيث لا يجوز لأحد التنازل عنها، أو تغيير أحكامها أو مخالفتها، وإلا كان الاتفاق باطلاً بنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري "ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية".

والأهلية مناطها التمييز، فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية لذلك تختلف أهلية الأداء تبعاً لذلك من مرحلة عمرية لأخرى فالجنين له أهلية وجوب ناقصة، ولكن ليس له أهلية أداء. أمّا الصبي غير المميز يبدأ من الولادة وينتهي ببلوغ سن التمييز والذي يحدد القانون المدني الجزائري بـ 13 سنة وفقاً للمادة 42 منه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة "

فتكون أهلية الأداء لديه معدومة طبقاً للقانون المدني الجزائري وأي تصرف يصدر منه فهو باطل والذي يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير من يمثله قانوناً وهو الولي، الوصي²، بنص المادة 81 من القانون الأسرة الجزائري "من كان فاقده الأهلية أو ناقصها

¹ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

² - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 154.

لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه يتوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ."

أمّا فيما يخص الصبي المميز فيبدأ ببلوغ سن 13 سنة حتى يبلغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة، وتثبت له أهلية أداء ناقصة فتصرفاته نافذة إذا كانت تعود عليه بالنفع وباطلة إذا كانت تعود عليه بالضرر .والأعمال الدائرة ما بين النفع الضرر فله بالنسبة إليها أهلية أداء ناقصة فإن أجراها تقع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر. بنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ."

فيكتمل الرشد ببلوغ سن وهي 19 سنة ميلادية كاملة بنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، يستكمل الشخص أهليته ببلوغ هذا السن، ويشترط إضافة لسن الرشد أن يكون الشخص متمتعا بقواه العقلية بنص المادة 40 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

وهناك حالة خاصة تسمى بترشيد الصبي المميز¹ وهذا ما تنص عليه المادة 84 من القانون الأسرة الجزائري : " للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن اذا ثبت لديه ما يبرر ذلك . " ومنه يستطيع من بلغ سن التمييز أن ينتقل إلى مرحلة الرشد بإذن من القاضي.

¹راجع أحكام مواد قانون الأسرة

الفرع الثاني: عوارض الأهلية في الشركاء المتقاسمين

عوارض الأهلية هي أمور تدرك البالغ الرشيد، تؤدي إلى انعدام أهليته أو تنقصها، ولا يكون الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها . ولما كانت الأهلية صفة لصيقة بالشخص تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعا نظرا لما يتميز من عقل ورشد.

يجب أن يكون العارض المؤثر في الأهلية مؤثرا في هذه الصلاحية، ويلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادي الذي في تمييزه وعقله أو في رشده. فبالرجوع لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري "يُقصَد بـ ناقص الأهلية هوكل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أو بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة. ويخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط المقررة قانونا."

أولاً: العوارض المؤثرة في العقل

إذا كانت هذه الأهلية معدومة كما في حالة الصبي غير المميز وهو الطفل الذي بلغ ثلاث عشر سنة وفي حالة وجود عوارض تصيب العقل، كالمجنون والمعتوه. فالمجنون هو "اضطراب يلحق العقل، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز"، أما العته فلقد اختلف في تعريفه فقيل أنه "نوع من الجنون يتميز بأن صاحبه لا يلجأ على العنف"، وقال البعض أنه "لا يعدم الإدراك كلية."

ففي هذه الحالات تنعدم الإرادة تماما وتقع كل التصرفات الصادرة من هؤلاء الثلاث الصبي المميز المجنون، المعتوه باطلة لإنعدام الأهلية¹، كما ورد في نص المواد 102 من القانون المدني الجزائري "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

¹ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 300، 301، أنظر أيضا د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 157.

ونص المادة 85 من القانون المدني الجزائري " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد"،

فينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم وفقاً لأحكام القانون المدني الجزائري المادة 44 منه "يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

كما نصت المادة 79 منه " تسرى على القصر وعلى المحجوز عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عنها في قانون الأسرة" وهي أحكام الأهلية الواردة في قانون الأسرة والمتعلقة بالنيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 108¹ منه فإن الأهلية المدنية للشخص تخضع لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وكل شخص هو أهل للتعاقد والالتزام ما لم يصرح هذا القانون بخلاف ذلك.

ثانياً: العوارض المؤثرة في الادراك

إذا كانت الأهلية ناقصة فقط كما هو الشأن في حالة الصبي المميز من سن 13 سنة حتى سن الرشد، وفي حالة وجود عوارض تصيب الإنسان في تدبيره كالفقه وذي الغفلة، فالسفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع سواء إن ذلك في أوجه الخير أو الشر، أما ذا الغفلة هو نقص في الملكات النفسية ينتج عنه سوء التقدير وعدم الاهتداء إلى الربح والخاسر من التصرفات.²

ففي هذه الحالات تكون الإرادة معيبة في هذه الحالات ومنه يكون التراضي غير صحيح المادة 43 من القانون المدني الجزائري "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن

القانون رقم 11/84 الصادر في 9 جوان 1984 المعدل لقانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005¹. -المتضمن قانون الأسرة.

² - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 302. أنظر أيضاً د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 157.

الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وتنص المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، كما نصت المادة 107 من نفس القانون "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

فله قانونا أن يقوم بالتصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض كقبول الهبة، أما التصرفات التي تتطوي على ضرر فإنها تقع منه باطلة -كتبرع بالمال، أما التصرفات التي تقع ما بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء، تنص المادة 44 من القانون المدني الجزائري "يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

أما المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فالسفيه وذو الغفلة، هما في حكم الصبي المميز، بعد تسجيل حكم الحجر، أما قبله فهي صحيحة، إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وواضحة وهذا حسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" والمواد 101 و 107 من قانون الأسرة الجزائري بنصهما على التوالي "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

" تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وهذا معناه تسري على تصرفات المحجور عليه لسفه أو لغفلة ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

وعلى هذا لا بد من صدور حكم بالحجر من المحكمة المختصة على كل من السفه وذي الغفلة بنص المواد 103، 104، 105 من قانون الأسرة الجزائري¹ فيجوز لنفس المحكمة ترفع الحجر عنه بنص المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه.²

ثالثا: العاهات الجسمانية ونظام المساعدة القضائية

قد يصاب الإنسان بعاهة جسمية، فلا تمس عقله ولا تصيب تدبيره لذلك يبقى كامل الأهلية، غير أنه يتعذر عليه بسبب العاهة أو العجز الجسماني التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، ويخشى الوقوع في الغلط فنصت المادة 80 من القانون المدني الجزائري " إذا كان الشخص أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

و يكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة ."

-المادة 103 من قانون الأسرة "يجب أن يكون الحجر بحكم و للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر ."
-المادة 104 من نفس القانون : " إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدماً لرعاية المحجور عليه و القيام بشؤونه مع مراعاة احكام المادة 100 من هذا القانون . "و المادة 105 من نفي القانون : " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه و للمحكمة أن تعين له مساعداً إذا رأت في ذلك مصلحة . "و
¹المادة 108 من نفس القانون " يمكن رفع الحجر إذا زالت اسبابه بناء على طلب المحجور عليه .

² - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 302 أنظر أيضاً د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 157.

ويتضح وفقا لأحكام هاته المادة أنه إذا كان الشخص مصابا بعاهة مزدوجة، كأن يكون أصم وأبكم أو أعمى وأصم، وتعدر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للإبطال كل تصرف صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.

رابعاً: حالة أخرى لغل يد المالك عن ملكه

إذا ما تمالحكم بعقوبة جنائية على المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت فإنه يحول دون تصرفاته المالية مانع قانوني هو العقوبة، على الرغم من كمال أهليته وقدرته على التعبير عن الإرادة. فتقع تصرفاته القانونية المالية منه باطلة طوال مدة تنفيذ فترة العقوبة الأصلية، فيما عدا الوصية والوقف وتعين المحكمة بناء على طلبه أو طلب النيابة العامة أو كل ذي مصلحة فيها لإدارة أمواله طيلة فترة العقوبة. وكذلك الحال بالنسبة للمحكوم عليه بالإعدام فتصرفاته القانونية تقع منه باطلة ما عدا الوصية والوقف، وتعين المحكمة قيم لإدارة أمواله وفقا لأحكام القانون.¹

أما بالنسبة لإثبات انعدام الأهلية أو نقصها فالأصل أن كل شخص كامل الأهلية ما لم يقرر القانون سلبها أو الحد منها، لذا يقع عبء إثبات انعدام الأهلية أو نقصها على من يدعي ذلك.²

وأخيرا يجب عدم الخلط ما بين أحكام أهلية التعاقد وبين أحكام الخاصة التي تمنع بعض الأشخاص من إبرام بعض التصرفات رغم تمتعهم بكامل أهلية الأداء؛ كالنصوص القانونية التي تمنع رجال القضاء وعماله والمحامين والوكلاء وغيرهم من شراء الحقوق

¹ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 304-305.

² - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 159.

المتنازع عليها أما القضاء مثل المادة 402 والمادة 403 من القانون المدني¹، بغرض إبعاد رجال القضاء والعدالة والوكلاء عن مواطن الشبهات.

المطلب الثالث: تسجيل عقد القسمة وشهره

بعد حضور وإجماع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية للخروج من حالة الشبوع، وبعد توفر الأهلية الواجبة قانوناً في كل واحد منهم أو من ينوبه قانوناً والخالية من العيوب والعوارض. يباشر الشركاء إجراءات القسمة الرضائية والتي نتناولها بالدراسة في هذا المطلب من خلال فرعين تطرق الفرع الأول لكيفية إجراءات القسمة الرضائية أما الفرع الثاني تطرق لكيفية إثبات القسمة الرضائية.

الفرع الأول: كيفية إجراءات القسمة الرضائية

بعد توافر الشروط العامة والخاصة لعقد القسمة الرضائية كما سبق شرحه، يقوم خبير عقاري مختص بتقسيم الحصص على المالكين في الشبوع كل بحسب نصيبه على حسب الاتفاق الوارد بينهم، وذلك بتحرير تقرير خبرة لتبيان الأنصبة والحصص المتفق عليها.

ولا يتم ذلك إلا بإتباع الخطوات والإجراءات المنصوص عليها قانوناً فإذا كان المال المشاع عبارة عن قطعة أرضية لابد أولاً من الحصول على رخصة التجزئة وفقاً لأحكام القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير² المعدل والمتمم. إذ تنص المادة 57 من القانون المشار إليه "تتشرط رخصة التجزئة عقارية واحدة لكل

3-المادة 402 من القانون المدني " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين وللموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشترطوا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلاً ". والمادة 403 من نفس القانون " لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا¹ هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة ."

² قانون 29 /90 المؤرخ في 01 /12 /1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر ع 52، ص 1652

عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها".

فرخصة التجزئة وثيقة رسمية لها أثر مباشر في تغيير العناصر المادية والقانونية المحتوية في البطاقة العقارية بالمحافظة العقارية وعليه يجب إشهارها، وعلى المحافظ العقاري قبل إشهار أي وثيقة تتضمن بيع قسم ناتج عن التجزئة طلب رخصة التجزئة وإرفاقها بالوثيقة¹.

وشهادة التجزئة نصت عليها المادة 7 من المرسوم رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم تسليم ذلك²، المعدل والمتمم وأنه في إطار أحكام المادة 57 و58 من القانون رقم 29/90 المشار إليه أعلاه؛ تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم للقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعه³، و للعلم أن آخر تعديل لعقود التعمير كان بموجب المرسوم تنفيذي رقم 19/15 مؤرخ في 2015 /01/25 المحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها⁴، و الذي الغي المرسوم سالف الذكر بموجب المادة 94 منه .

وتنص المادة 8 من نفس المرسوم على انه "ينبغي أن يتقدم صاحب الملكية أو موكله بطلب رخصة التجزئة والتوقيع عليها ويجب أن يدعم المعني طلبه بمايلي:

- إما نسخة من عقد الملكية.

¹ - دنيازاد لحرش، الآليات القانونية لتسيير العقار الحضري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 2020/2021، ص 142.

² - مرسوم تنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 /05 /1991 المحدد لكفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر ع 26، الصادرة بنفس اليوم، ص 962، المعدل بالمرسوم التنفيذي 307/09 مؤرخ في 22 سبتمبر 2009، ج ر ع 55، الصادرة في 27 سبتمبر 2009، ص 4.

³ - أ. يونس دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة، 2016، ص 88.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 19/15 مؤرخ في 2015 /01/25 يحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر ع 07، الصادرة في 12 فيفري 2015، ص 4

- أو بتوكيل طبقاً لأحكام رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المذكور أعلاه، كما يجب وفقاً لنص المادة 9 من نفس المرسوم أن يُرفق طلب رخصة التجزئة، بتصميم للموقع، مع تصاميم ترشيديّة يبين فيها حدود القطعة الأرضية ومساحتها وشبكة الطرقات وقنوات صرف المياه وغيرها من الوثائق التقنية.

على أن يُرسل طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به في خمس نسخ إلى المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يقع فيها العقار، عندما يكون إصدار رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي تتم دراسة الملف على مستوى الشباك الوحيد للبلدية. أما إذا كان تسليم رخصة التجزئة من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالعمران تتم دراسة الطلب على مستوى الشباك الوحيد للولاية¹.

والتأكد من مدى مطابقة مشروع الأراضي المجهزة لتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو في حال انعدام ذلك لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أو التعليمات التي يحددها قانون التهيئة والتعمير وفقاً لأحكام المادة 11 من نفس المرسوم السابق، فالهدف من التجزئة تقسيم الأرضية إلى أجزاء لإنشاء بناء عليها مهما كان نوعه وطبيعته سواء بسكن أو ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي، فهي إجبارية بالنسبة للأراضي العمرانية².

وعندما يكون إصدار رخصة التجزئة من إختصاص رئيس بلدية الذي يتصرف باعتباره ممثلاً للبلدية، فإن يرسل نسخة من ملف الطلب إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل ثمانية أيام المالية لتاريخ إيداع هذا الملف وفقاً لنص المادة 14 من نفس المرسوم السابق.

ويكون الملف المرسل في أربع (4) نسخ على أن يتبع الملف المرسل في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ إيداعه برأي رئيس البلدية حول الانعكاسات التي يمكن أن تتجر عن

¹ المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15/19 سالف الذكر .

² عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 44.

إنجاز الأراضي المجزأة وذلك طبقاً لأحكام الواردة في المادة 11 أعلاه. وتتولى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في هذه الحالة تحضير الملف ويرصد لها أجل مدته شهران إثتان لإعادة ثلاث نسخ من الملف مرفقة برأيها ابتداء من تاريخ استلام هذا الملف وفقاً للمادة 15 من المرسوم أعلاه.

أما إذا كان الأمر يتعلق بتسليم شهادة تقسيم الملكية العقارية المبنية فتتص المادة 59 من القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 والمتعلق بالتهيئة التعمير المعدل والمتمم ، فقد عرّف القانون شهادة التقسيم من خلال المادة 59 من القانون رقم 29/90 ، كما عرفتها المادة 33 من المرسوم التنفيذي 19/15 بأنها (...تعتبر شهادة تقسيم كل وثيقة تبين شروط وإمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام)¹ ، فهذه الشهادة ملزمة لكل مالك عند تصرفه في أي جزء مفرز من ملكيته المبنية بعقد رسمي أمام الموثق ، لأنّ هذا التقسيم سيكون موضوع عقد أمام الموثق يُسمى إيداع وثائق التقسيم لإعطاء المالك عقد ملكية جديد يُثبت ملكيته للعقارات الناتجة عن تقسيم بمواصفاتها ومشتملاتها وحدودها الجديدة ، وبالتالي حق الانتفاع بها والتصرف فيها وفق القانون² ، وبالتالي يترتب عليها تقسيم وحدة عقارية إلى جزئين أو أكثر ، من أجل إنشاء حصص مبنية مما يظهر دورها في التسيير ببيان تحويل طبيعة الوحدة العقارية.

كما ينص الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 في المادتين 6 و 7 منه على أنّ أي تجزئة أو تقسيم وكل تغيير للحدود يجب أن يُثبت بمحضر ويُشهر بالمحافظة العقاري . "تسلم لمالك العقار المبنى وبطلب منه شهادة تقسيم عندما يزعم تقسيمه على قسمين أو عدة أقسام ولا تصلح هذه الشهادة شهادة التعمير" ، تحضر شهادة التقسيم وتسلم في الأشكال وبالشروط التي يحددها التنظيم.

¹ - كانت تنص سابقاً بنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 على أن "تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط

وإمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام"

² - دبيح زهيرة ، مرجع سابق ، ص 24.

ويُرسل طلب شهادة التقسيم ويسلم بنفس الأشكال المنصوص عليها في رخصة التجزئة بنص المادة 30 من المرسوم أعلاه سابقا .بينما في ظل المرسوم التنفيذي رقم 19/15 نصت المادة 36 من على أن يُقدم الطلب من المالك أو وكيله في 5 نسخ يحمل توقيع رئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل وجود العقار المبني بصفته الجهة الإدارية المكلفة بعملية الرقابة في هذه المرحلة، مقابل وصل بعد التحقق من مطابقة الوثائق المودعة للشروط.

فيُحول الملف المتعلق بشهادة التقسيم للجهة المختصة بمنحها كأداة للرقابة السابقة على أشغال التقسيم بعد دراسته وجمع الآراء حوله، لتصدر قرارا بشأنها، فتتم مباشرة التحقيق في الملف بنفس الأشكال المتعلقة برخصة البناء تطبيقاً لنص المادة 37 من نفس المرسوم، حيث تُرسل نسخة منه خلال ثمانية أيام من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي لمصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية كجهة رقابة تقنية، إذا كان مُختصاً بمنح الشهادة بصفته ممثلاً للبلدية وفي أربع نسخ في باقي الحالات طبقاً للمواد 14،15،16 حيث تُقدم هذه المصلحة رأياً تقنياً خلال شهرين بعد دراسة الملف والتأكد من أن الشهادة مطابقة لأحكام مخطط شغل الأراضي المصادق عليه، أو تعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في حالة انعدام مخطط شغل الأراضي، وفي حال غياب أدوات التهيئة والتعمير تطبيق الأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير .

وفي كلتا الحالتين أي حالة طلب إعداد شهادة التجزئة أو شهادة التقسيم، فإنه يتعين على المالك أو المالكين التوجه للموثق لإعداد عقد القسمة والذي يتم أمامه الإتفاق على الحصص؛ومن الإجراءات التي يفرضها القانون للقسمة الإتفاقية إعداد مخطط موقع الأمكنة وخمس نسخ من مشروع القسمة يعده خبير عقاري مختص ومعتمد لدى الجهات

القضائية، وإرفاق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشبوع أو بطلب من الموثق، لإيداعها بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية.¹

فبعد مراجعة هذه التقارير ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة والتأكد من احترام الملفات، والتأكد من كون الأرض ليست زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس البلدي منح قرار التجزئة. عند استلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير، وكذا قرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة.²

الفرع الثاني: إثبات القسمة الرضائية

يحيل القانون الجزائري الأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقا لحكام القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن بتنظيم مهنة الموثق، يتلقى الموثق من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة - المبينة أعلاه - ويقوم بإفراغها في شكل رسمي، فيقوم الموثق بتحرير عقد قسمة ودية بحضور الأطراف والشهود.

وعقد القسمة من العقود التبادلية، التي تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة ما بين النفع والضرر، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته.

والقسمة الرضائية عقد كسائر العقود يخضع للقواعد العامة فلا يجوز إلا بالكتابة، أو يقوم مقامها بنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

¹ - راجع اجكام المرسوم 19/15 السالف الذكر

² - عبد الرحمان ملزي، الوجيز في شرح القانون المدني والجزائري ، دار هومة للطبع ، 2003، ص 69.

فإذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على ألف دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلا ما لا يزيد على هذه القيمة".

ولأن محل عقد القسمة الرضائية عقارا فإنه لا بد من تسجيله وفقا للإجراءات التي يفرضها الشهر العقاري في الامر 74/75 في 12 / 11 / 1975 إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري وبالرجوع لنص المادة 15 منه :

"كل حق للملكية كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية". كما تنص المادة 16 منه على أن "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو إنقضاء حق عيني، يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي قضى "بأنه من المقرر قانوناً عقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي لإنشاء أو نقل أو تصريح أو إنقضاء حق عيني حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، ومن ثم استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من طلبه لعدم شهرها، والأمر بإجراء قسمة التركة يُعد تطبيقاً سليماً للقانون.¹

كما أن القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي². أقرت المحكمة العليا في قرار لها "لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي"³، كما أقرت المحكمة العليا مبدأ مفاده أنه "تفرغ وجوب القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي"⁴

¹ - انظر الإجهاد القضائي للغرفة العقارية، قرار مؤرخ في 18/06/2022، ملف رقم 213/832ن قسم الوثائق المحكمة العليا الجزء 1، 2004، ص 265.

² - المرجع السابق، قرار مؤرخ في 24/04/2002 ن ملف رقم 229/161، ص 269.

³ - المحكمة العليا، قرار رقم 414655 في 12/09/2007 منشور في م.ق عدد 1، 2008، ص 211.

⁴ - م.ق للمحكمة العليا، عدد 2، سنة 2008، صفحة 261 قرار 462587 في 16/07/2008.

والقسمة الودية إذا لم تفرغ في الشكل الرسمي يجوز التراجع عنها أقرته المحكمة العليا: "من الثابت قانوناً أن القسمة الودية للعقار التي لم تفرغ في الشكل الرسمي ولم تمر عليها فترة 15 سنة من يوم وقوعها تكون اسم غير نهائية ويجوز التراجع عنها والمطالبة قضائياً بقسمة قضائية نهائية.¹

وأقرت المحكمة العليا مبدأ مفاده أنّ " القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 مخالف للقانون مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي²؛ أما عن إجراءات الشهر العقاري، يكفي أن يقدم الشركاء أو أحدهم طلب إلى الموثق القائم بتحرير عقد القسمة الرضائية، أو يعمل على تسجيل ذلك العقد وإشهاره لدى المحافظة العقارية من تلقاء نفسه. وتقوم هذه الجهة ببحث طلب من الناحية الهندسية والقانونية للتأكد من صحة حدود ومساحات العقار ومن أنه يدخل في ملكية المتقاسمين.

فإذا كان العقد مستوفياً للشروط القانونية، أشرت المصلحة المذكورة بقبول الشهر وتعيده إلى محرره ليحتفظ بالأصل ضمن أصول العقود المحفوظة لديه، ويسلم نسخاً من عقد القسمة الودية لمن طلبه من الأطراف، ويستطيع الأطراف المتقاسمون الحصول على الدفتر العقاري من المحافظة العقارية أي أن لكل متقاسم الحق في الحصول على دفتر عقاري، يخص الجزء المفروز الذي آل إليه بموجب القسمة تلك الوثيقة تجسد ملكية العقار أي تقوم مقام عقد الملكية بالنسبة للمتقاسمين.

الجدير بالذكر أن القسمة الودية للعقار إذا لم تفرغ بشكل رسمي أي في عقد توثيقي بنص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر والتي لم تمضي عليها 15 سنة من وقوعها كقسمة ودية طبقاً لأحكام المادة 733 من القانون "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفروز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً

¹ - م.ق للمحكمة العليا، عدد2، سنة 201، ص 129، قرار رقم 224884.

² - م.ق المحكمة العليا، مجلة الإجتهااد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 269.

لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات".

فإنها تبقى قسمة غير نهائية ويجوز التراجع عنها واللجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة قضائية بنص المادة 724 من القانون المدني الجزائري "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشبوع يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة. وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته. ". حيث أكدت المحكمة العليا في قرارها أنه:

" من المقرر قانونا أن القسمة التي لم تراعى فيها الإجراءات المنصوص عليها لنقل الملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهياة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشبوع".

ولما ثبت أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية لإجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية فقد أسأوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني الجزائري وعرضوا قرارهم للنقض.¹

تعد القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية إفراز لحق كان شائعا وإن عملية الإفراز تشبه عملية نقل الحق المبيع في عقد البيع وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 165 من القانون المدني الجزائري الى وجوب مراعاة شكل معين في كل تصرف يتضمن نقل ملكية العقار إلى المتصرف وإخضاعه لعملية الشهر العقاري وذلك بنصها: "....وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري...."

¹ - مجلة قضائية، 2001، العدد2، قرار مؤرخ في 2000/05/18، ملف رقم 224884، ص129.

وقد أورد المشرع الجزائري مرجعا وحيدا منظما لكيفية نقل ملكية العقار والحقوق العينية الأخرى في القانون المدني بوجوب التسجيل لجميع التصرفات المنصبة على العقار ووجوب شهرها في المحافظة العقارية كي ينتج أثارها بين الأطراف المتعاقدة واتجاه الغير. وذلك في نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". أي أن مصدر انتقال الحق العيني هو مراعاة إجراءات الإشهار العقاري وذلك بتسجيله في المحافظة العقارية.

وتجدر الإشارة إلى أن تدخل المشرع الجزائري بوجوب مراعاة الشكلية في التصرفات العقارية يعتبر تدخل نافعا لكل الأطراف المتقاسمة من خلال الحماية التي يفرضها الشهر العقاري بتأمين حق كل طرف من خطر التراجع عن القسمة أو نقضها فيما بعد. فالقسمة الرسمية المسجلة لدى المحافظة العقارية تجعل صاحبها في مركز قوي يسلح بها للدفاع عن حقه في حالة ادعاء شخص غير ذلك، وتعتبر حجة حتى يطعن محتواها بالتزوير.¹

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة 1، 2004، ص 27 ص 28، أنظر أيضا عمي عبد الوهاب، ص 22-24-27، أنظر احمد خالدي، ص ص 218، 219.

الفصل الثاني

حالات وإجراءات القسمة الرضائية

في حال تحقق شروط القسمة الرضائية، فإن عقد القسمة يصبح عقدا كباقي العقود الأخرى من حيث نفاذه، والآثار التي يترتبها، إلا أن القسمة الرضائية لها حالات وأحكام خاصة تختلف من حالة لأخرى. فمن حيث إجماع الشركاء جميعا أو غياب أحدهم أو اعتراضه على القسمة لسبب من الأسباب، وصولا لتوفر أهلية الشركاء في بعض الأحيان دور مهم في تحديد إجراءات القسمة.

أحيانا تتأثر الحقوق أثناء القسمة بين الشركاء المشتاعين في القسمة، وفي حالات أخرى مع أطراف ليسوا من الشركاء المشاعين لذلك خص المشرع القسمة الرضائية بأحكام خاصة، ولتنفيذ القسمة الرضائية يجب على الشركاء المشاعين إتباع الإجراءات الخاصة لإتمامها. وقد حدد القانون إجراءات معينة لهذا الغرض كون أن عملية القسمة ستؤدي إلى تعيين نصيب كل شريك في الشبوع نهائيا واستقلال كل شريك بنصيبه، وحالات القسمة الرضائية عديدة مثل وجود أحد الأطراف خارج الوطن أو لا يمكنه الحضور من أجل انعقاد العقد كون أن اجتماع الأطراف هو أمر لازم وضروري من أجل إنعقاد القسمة الرضائية (المبحث الأول)، وفي حال الاجتماع سنحاول التطرق لإجراءات القسمة الرضائية من يوم الاتفاق إلى غاية صدور العقود الفردية والدفاتر العقارية إجراءات القسمة الرضائية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

حالات القسمة الرضائية

خص المشرع الجزائري أطراف عقد القسمة سواء كانوا من الشركاء المشاعين أنفسهم المتدخلين في القسمة بإجراءات يمكن من خلالها حماية حقوقهم، إذا رأى أحدهم أنّ القسمة غير عادلة في حقه أو لحقه ضرر أو فائته منفعة .

سواء كانت القسمة الرضائية في حالة النيابة وهو ما سيتناوله (المطلب الأول) أو القسمة الرضائية في حالة التعرض وهذا ما جاء في مضمون (المطلب الثاني)، فيجب أن يكون المال قابل للقسمة وهو شرط بديهي لتمام القسمة فبالرغم من أن المشرع الجزائري أجاز للشركاء في القسمة الاتفاقية قسمة المال المشاع وفقا للطريقة التي يرونها، ولكن هذه الطريقة تخضع لقيود وهو قابلية المال للقسمة، إذ انص في المادة 728 من القانون المدني على اللجوء إلى طريقة أخرى للقسمة بسبب استحالة قسمة المال المشاع عينا، أو كان من شأن القسمة أن تحدث نقص كبير في القيمة المادية للمال، إذ يتم بيع المال المشاع المزاد العلني وهو نوع من أنواع قسمة التصفية .

المطلب الأول: القسمة الرضائية في العقار في حال النيابة

بمجرد توافر شروط القسمة الرضائية من إجماع وحضور كافة الشركاء مع توفر الأهلية ويسجل عقد القسمة الرضائية، تصبح نافذة في مواجهة جميع الشركاء على الشبوع وغيرهم. إلا أن وجود عديم أو ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء غالبا ما يثير عدة إشكالات أو نزاعات قد تدوم طويلا، وتختلف إجراءات القسمة الرضائية تبعا لذلك حيث يمكن أن تتحول إلى قسمة قضائية، فإذا رأى القاضي ذلك وكان ذلك في مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب.

لذلك نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري "...فإذا كان بينهم من هو ناقص وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون....". حيث تقسم دراسة هذا المطلب لفرعين القسمة الرضائية في حال وجود ناقص الأهلية (الفرع الأول)، أما الحالة

الثانية فهي القسمة الرضائية في حال تصرفات الصبي المميز ووجود الغائب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القسمة الرضائية في حال وجود ناقص الأهلية.

تنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون". ويتبين من هذه المادة أنها قد أوجبت إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون، في حالة وجود أحد الشركاء ناقص الأهلية. من بين الشركاء على الشبوع طالبي القسمة الإتفاقية للمال الشائع، غير أن هذه المادة لم تحدد القانون الذي يجب اتباعه، وبالرجوع لنص المادة 79 من القانون المدني الجزائري "تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

ولا شك أن القانون الذي يجب إتباعه في هذه الحالة هو قانون الأسرة الجزائري، تحت رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، وبالرجوع لأحكام هذا القانون وهي أحكام الأهلية¹ وبالتحديد في الكتاب الثاني حول النيابة الشرعية، ابتداء من المادة 81 وما يليها منه.

تنص المادة 81 من قانون الأسرة على مايلي "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". وقد سبق بيان هذا الشرط في شرح الشروط الخاصة بالقسمة الإتفاقية فيما يخص أهلية الشركاء المتقاسمين.

كما سبق شرحه أن من بين شروط القسمة الإتفاقية أن يحصل الرضا من جميع الشركاء عليها و لكي يكون الرضا صحيحاً لا بد أن يصدر ممن كان أهلاً له. و لكن قد يحدث

¹ راجع أحكام مواد قانون الأسرة المتعلقة بالأهلية

أن يكون هناك شريك أو أكثر قاصرا، محجورا عليه، إما لجنون أو عته أو غفلة أو سفه فقد أوجبت المادة 723 من القانون المدني المشار إليها سابقا مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون .

والمقصود بناقص الأهلية هنا هو القاصر، المحجور عليه لجنون أو عته أو سفيها أو ذا غفلة؛ و في حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء في الشبوع في القسمة الرضائية يتم إتباع الإجراءات التي فرضها القانون من خلال أحكام قانون الأسرة و ذلك بتمثيله تمثيلا صحيحا حرصا على صحة القسمة لتكون منتجة لآثارها و يمكن الإحتجاج بها .

ولا يكون الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها. ولما كانت الأهلية صفة لصيقة بالشخص تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعا نظرا لما يتميز من عقل ورشد، لزم أن يكون العارض المؤثر في الأهلية مؤثرا كذلك في هذه الصلاحية ويلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادي الذي يمس تمييزه و عقله أو في رشده .

يجب أن تتوفر الشروط الآتية لتتوفر عوارض الأهلية :

- أن تكون عوارض الأهلية أمورا غير عادية فهي أمور استثنائية تخص لبعض الأشخاص دون البعض الآخر وليست أمورا عادية يشترك فيها جميع الناس وعلى ذلك فانعدام الأهلية بسبب الصغر والموت وانعدام التمييز بسبب النوم لا يدخل تحت مدلول العوارض لأن الصغر أو الموت أو النوم أمور عادية يشترك فيها جميع الناس وأن عوارض الأهلية هي أمور لصيقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات فكما أن الأهلية صفة في الإنسان فان العارض المؤثر فيها صفة لاصقة به وعلى ذلك يتميز العارض بصفة الإستمرار وإذا كان لا يشترط أن يدوم ¹.

¹ -بو كرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة قسنطينة، 2013 ص 55 .

أولا - التمييز بين عوارض الأهلية و بعض الأمور المشابهة لها

1- تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا

على خلاف عوارض الأهلية التي هي أمور طارئة للإنسان تؤثر في عقله أو رشده، لها صفة الإستمرارية؛ وتؤثر في قدرة الإنسان على أن تنتج تصرفاته الشرعية والقانونية أثارا، فإن عيوب الرضا فهي أمور وقتية تطرأ للشخص بصدد تصرف معين تجعل رضاه معيبا فلا ينتج التصرف أثره لعدم توفر الرضا اللازمة لصحة التصرف. ولكن هناك فرق بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة، لأن عدم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقدا للإرادة أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

وفي كلتا الحالتين يختلف ركن التصرف فيقع باطلا لما لو كان من باشر التصرف صبيا غير مميزا أو مجنونا أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة ولكنها لم تصدر عن بيئة واختيار، لذلك فهي لا تحول دون وجود التصرف، إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف¹.

2- تمييز عوارض الأهلية عن حالة المنع من التصرف

قد يمنع الشخص من إبرام التصرف بالرغم من سلامة عقله وتوفر رشده، ويرجى من المنع غالبا تحقيق مصلحة مشروعة للغير وهي المحافظة على حقوق الغير، والتي تتأثر بهذا التصرف.

ومن أهم الحالات التي يوردها الفقه الإسلامي وبعض التشريعات كالمنع سبب مرض الموت، اعتبر جمهور العلماء مرض الموت من عوارض الأهلية، على أساس أنه يغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة فيمنعها من الثبوت ولم يعتبروه عارضا حقيقيا لأنه لا يؤثر في الأهلية بنوعها نظرا لثبوت الذمة والعقل.

¹ - بوكريزة احمد، المرجع السابق، ص 56

خلافًا لذلك فإن التشريعات الوضعية ومنها القانون المدني الجزائري فقد نص عن أحكامه ضمن أحكام البيوع حيث نظم المشرع أحكام البيع في مرض الموت وبين أثره نحو البائع والمشتري في حالة حسن وسوء نيته وأثر ذلك نحو الورثة بنصوص المواد 408 و409 من القانون المدني.¹

ويتضح من نصوص القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري أن وجود شريك أو أكثر من فاقد الأهلية، لا يمنع القسمة ولكن حماية لمصالح هؤلاء الشركاء، فقد اشترط القانون إتباع إجراء تمعينة، يتم وضعها بمعرفة المحكمة وذلك كضمانات لحماية مصالح ناقص أو فاقد الأهلية، لأن إجراء القسمة إعتبر أمراً خطيراً يمس بمصالحهم.

تنص المادة 81 من قانون الأسرة مايلي "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"، وبالضرورة فإن ناقص الأهلية إذا لم يكن له ولي أو وصي يمثله أو ينوب عليه في إجراءات القسمة فإنها قابلة لإبطال لمصلحته. كما يمكن للقاضي أن يعين مقدماً يقوم مقام الولي عند عدم وجود ولي أو وصي للقاصر.

طبقاً لأحكام المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري "المقدم من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

حيث يجب على الولي أخذ إذن من القاضي² قبل إجراء القسمة الاتفاقية لما ورد في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

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

¹ - بوكريزة احمد، المرجع السابق، ص 57.

² - راجع أحكام مواد قانون الأسرة

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

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

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد ".

ثم عرض القسمة على القاضي ليتأكد أن القاصر أخذ حقه كاملا دون نقص ولم يعطي منفعة نصيب أقل من حصته في العقار الشائع وبعد التأكد والتثبت منها يقوم الشركاء بتسجيل القسمة وشهرها.

ثانيا - النيابة في التشريع المصري و التشريع الفرنسي

1- مفهوم الولي والوصي و ترشيد الصبي المميز

بالرجوع لأحكام مواد قانون الأسرة الجزائري وبالتحديد في المواد 87 و 91 منه يكون الأب وليا على أولاده القصر وتحل الأم محله بعد الوفاة أو في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، وفي حالة الطلاق تمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، أما الوصي فبالرجوع للمواد 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص على أنه يجوز للأب أو الجد الولد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعد الأوصياء فالقاضي يختار الأصلح على أن تتوفر فيه شروط بأن يكون مسلما، عاقلا، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف.

والجدير بالذكر المشرع الجزائري جاءت أحكام الولاية على المال بصفة غير واضحة وشاملة. بحيث لم يميز بين الولاية على الشخص والولاية على المال بل جاءت نصوص قانون الأسرة عامة تجمع بين الولايتين دون تخصيص. بالرغم من التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الأمر 2005/2/27 ما قام به من تعديل لنصوص الولاية وما جاء به من نصوص مستحدثة.

بل حتى هناك من إعتبر أن قانون الأسرة يتميز بالضعف كمي وكيفي بشأن تنظيم المشرع لأحكام الولاية¹، عكس المشرع المصري الذي نظم قانون الأموال رقم 119 لسنة 1952 الصادر في ذي القعدة 1371 الموافق لـ يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال المنشور في 1952/08/04.

قد جعل المشرع لجزائري السفه ناقص الأهلية في نص المادة 43 من قانون الأسرة " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". وقد أخضعه لنظام الولاية الوصاية والقوامة على غرار بقية العوارض فنصت المادة 81 من قانون الأسرة " من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

ومن حيث الحجر على السفه فقد ساد إختلاف في الفقه القانوني والإسلامي في القانون الوضعي "الفقه القانوني" فقد إنقسم إلى إتجاهين مختلفين، الأول أن السفه لا يعتبر شيئاً عادياً يتوجب الحجر، أما الثاني أن السفه يعتبر حالة خطيرة "تهدد المصالح الخاصة"². ومن جهة القانون الجزائري قد أخضعه لنظام الحجر في نص المادة 101 من قانون الأسرة " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

إن تصرفات السفه وذي الغفلة قبل تسجيل الحكم بالحجر فالأصل فيها صحيحة، إلا إذا أتيت من تعاقد مع السفه أو ذي الغفلة كان يتوقع الحجر عليه. فانتهز الفرصة واستصدر منه تصرف استغلالياً وابتز له أمواله، ففي هذه الحالة يقع تصرف السفه وذي الغفلة باطلاً إذا كان التصرف ضاراً وقابلاً للإبطال إن كان من الأعمال

¹ - جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، العدد 1، ص 42.

² - بوكرزازة احمد، المرجع السابق، ص 46.

الدائرة ما بين النفع والضرر. وعلى ذلك فإن الحجر على الشخص بسبب السفه أو الغفلة أصبح ناقص الأهلية، فتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز، ما سبق تبيانه وفقا لنص المادة 83 من قانون الأسرة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 43 من القانون المدني " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وعلى هذا يكون حكم الشخص الذي بلغ سن 19 وهو سن الرشد في القانون الجزائري وكان هذا الشخص سفيها أو ذا غفلة ناقص الأهلية تسرى عليه الأحكام الواردة في القانون المدني المتعلقة بناقص الأهلية.

لم تتعرض نصوص القانون المدني الجزائري لحكم تصرفات ذي الغفلة والسفيه وبالرجوع لمواد قانون الأسرة إعتبر السفيه عديم الأهلية، وجعل حكمه في حكم المجنون والمعتوه في نص المادة 85 من قانون الأسرة "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، في حين اعتبرته المادة 43 من القانون المدني ناقص الأهلية فقط. والتصرف غير النافذ هو تصرف موقوف، وهو تصرف صحيح لا ينتج أثاره قبل إجازته من صاحب الحق أو إبطاله، حيث لا يمكن تصرف المجنون تصرفا صحيحا غير نافذ أي موقوفا.

على المشرع الجزائري تقادي مثل هذه الحالات التي تتضمن حكمين مختلفين لحالة واحدة في نصين مختلفين، وحسب المادة 101 من قانون الأسرة " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، فبيدأ الكلام على الحجر التدقيق في الحجر وتصرفات المحجور عليه.

ومن بلغ سن الرشد وهو مجنون، معتوه، سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجز عليه، ويكون الحجر بناءا على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة

أو من النيابة العامة؛ ويكون الحجر بحكم وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر، وإذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي تعيين مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه، ويمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب محجور عليه.¹ وبالرجوع لنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري فقد أغفلت هذه المادة حالة الغائب بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري إعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا.

تنص المادة 84 من قانون الأسرة "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبهره ."

يتضح من هذا النص أن من بلغ من التمييز يستطيع أن ينتقل إلى مرحلة الرشد بإذن من القاضي، وهو حكم خطيرا اذا يصبح عديم التمييز راشدا دون أن يمر بمرحلة التمييز، وسن التمييز في القانون الجزائري 13 سنة يعد سنا متأخرة مقارنة بالقوانين الأخرى التقنيات العربية التي جعلت سن التمييز 7 سنوات. ومعنى ذلك أن عديم التمييز يصبح حرا راشدا يتصرف في ماله دون أن يمر بمرحلة التمييز على الإطلاق. ومن الأفضل أن تكون هناك فترة إنتقالية ما بين مرحلة عدم التمييز ومرحلة الرشد.

لقد أجازت التشريعات العربية الترشيح لمن بلغ سن 18 سنة والتمييز لديها هو بلوغ الصبي 7 سنوات. مع العلم أنها لم تعطي له إلى حق الادارة فقط دون التصرف في أمواله (المادة 112 مدني مصري، 113 سوري، 114 ليبي)، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري خالف القانون المدني الجزائري الذي جعل سن الترشيح سن 18 سنة (المادة 2/38) فكان من الواجب أن يكون سن ترشيح واحدا حتى لا يتعارض القانونان.²

¹ - راجع نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري.

² - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح من القانون المدني، المرجع السابق، ص 156.

2- في التشريع المصري التشريع الفرنسي :

نصت المادة 835 من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، فإنه يتوجب إتباع الإجراءات التي نص عليها القانون"، ويقصد بالقانون هنا هو قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 ، فقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء قاصرا أو محجورا عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أو غائب .

فتنص المادة 40 من قانون الولاية على المال على أنه : " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة للإتباع وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها .وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية"

ونصت المادة 89 من نفس القانون على أنه : " يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام ."

ويتضح من النصوص السابقة أن وجود شريك أو أكثر من فاقد الأهلية لا يمنع القسمة؛ ولكن حماية لمصالح هؤلاء الشركاء ، فقد اشترط القانون إتباع إجراءات معينة يتم وضعها بمعرفة المحكمة ، وذلك كضمانات لحماية مصالح فاقد الأهلية¹، وذلك لأن إجراء القسمة إعتبر أمرا له خطره فخرج على أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة وألحق بالتصرفات، ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب

¹ _ د محمد عبد الرحمن الضويني ، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،

يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف¹.

إلا أن الإلتزام المنصوص عليه في المادتين 835 من القانون المدني المصري والمادة 40 من قانون الولاية على المال السالفتين الذكر لايسرى على الولي الشرعي إذا كان هو الأب . فلا يلتزم بإستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية ، لأن المادة 4 من قانون الولاية على المال أطلقت يد الأب في التصرف في أموال القاصر عدا بعض القيود التي أوردتها ، والتي ليس من بينها قسمة مال القاصر .
فقد نصت على أن :

" يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدراتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون "

أما إذا كان الولي هو الجد ، فإنه يلتزم بإستئذان المحكمة شأن الوصي لأن المادة 15 من قانون الولاية على المال تنص على أنه " لايجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها "²

فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يلتزم بإستئذان المحكمة في القسمة الرضائية ، فإن وجدتها في مصلحة ناقص الأهلية عينت الأسس التي تجرى القسمة وفقا لها . ومن ثم يكون لنائب ناقص الأهلية إتمام مشروع القسمة ليعرضه على ذات المحكمة ، فإن وجدتها عادلة وروعية فيها الأسس التي إستلزمته أمرت بنفاذها وإلا رفضتها و أوجبت القسمة القضائية³.

¹ - د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، الطبعة 3 _ منشورات الحلبي

الحقوقية لبنان _ 2000 ص ، 896

² - المثار محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع ، دار محمود للنشر والتوزيع _ الطبعة 8 ، 2002، ص، ص 55 ، 56،

³ - أنور طلية ، الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ، 2004 _ ص 180

لكن قد يرى الوصي أنه لامصلحة للقاصر في القسمة، أو أنها ضارة به ، فيرفض من تلقاء نفسه إجراء القسمة فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصي إلى المحكمة¹ . وإذا تمت القسمة بدون مراعاة لما تقدم سواء من حيث الحصول بداية على إذن المحكمة أو من حيث عرض نتيجة القسمة على المحكمة لتأمر بنفاذها .

فإن القسمة تعتبر كأنها وقعت بدون تدخل الوصي وتكون قابلة للإبطال لمصلحة فاقد الأهلية، كما أن لهم التنازل عن التمسك بالبطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع الإجراءات عند زوال سبب فقدان الأهلية².

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد " عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصراً فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة التصرف بعد بلوغ سن الرشد"³.

أما المحجور عليه قانوناً بمناسبة صدور حكم جنائي ضده فقد نصت المادة 25 الفقرة 4 من قانون العقوبات المصري عليه وهي عقوبة تبعية تسلب من المحكوم عليه أهليته لإدارة أمواله وتقييد حريته في التصرف فيها مدة عقوبته . ويتعين في الحجر القانوني تعيين قيم للإدارة يعينه المحكوم عليه على أن تقره المحكمة المدنية .

فإذا لم يعينه المحكوم عليه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في ذلك؛ وقد جعل المشرع المصري كل ما يتعلق بالقوامة من إختصاص محكمة شؤون الأسرة مراعيًا في ذلك أن قاضي شؤون الأسرة قد يأبى الإقرار على حجر لم يحكم هو به كما يأبى الإقرار على قيم لم يقيمه⁴ . أما فيما يتعلق بأثر هذا الحرمان

¹ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق ، ص 55 .

² - محمد عبد الرحمن الضوبي ، المرجع السابق ، ص 311

³ - جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية ج 5 (د ن) 2010 ص 138 ، 139

⁴ - رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق بيروت الدار الجامعية للطباعة والنشر (د ،

على أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية فهو يعتبر عديم الأهلية فيما يختص بأعمال الإدارة التي تقول للقيم عليه؛ أما سلطة التصرف في أمواله فتبقى له شخصيا ولكن بشرط الحصول على إذن من المحكمة المدنية المختصة¹.

وبالعودة لنصوص القانون المدني الفرنسي فإن وجود قاصر بين الورثة يستلزم وجوبا إجراء قسمة قضائية، ونظرا لتعقيدات إجراءات هذه القسمة والمصاريف التي تستوجبها مما كان يلحق ضررا بالورثة جاءت الإصلاحات المتعلقة بحماية القصر والتي تمت بموجب قانوني 1964/12/14 و 1968/01/03 المعدلين للقانون المدني الفرنسي، وقد تم العمل عرفا أنه في حال وجود قاصر فيتم اللجوء إما إلى عقد إتفاقية للشبوع مصحوبة بقسمة وقتية يتم تحديدها إلى غاية بلوغ القصر، وإما إلى قسمة ودية مصحوبة بتعهد عن الغير (promene de potre fort)؛ والوصي على القاصر يتعهد بأن هذا الأخير عند بلوغه سيقوم بالتصديق على القسمة. وبموجب هذه الإصلاحات فإن عدم أهلية أحد الورثة لم تعد عائقا لإجراء قسمة إتفاقية، كما تم تعميم وتمديد هذه الحلول حتى بالنسبة للغائب بموجب قانون 1977/12/28 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي.

وفي العموم فإن الأمر يخضع لقيدين :

القيد الأول : يتوجب الحصول على الإذن إما من أحد الأبوين أو قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية البسيطة وإما من قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية تحت الرقابة القضائية وكذلك الغياب وإما من طرف مجلس العائلة في حالة الوصاية .

القيد الثاني :بعد الحصول على إذن يتعين الحصول على التصديق (homologation) على بيان تصفية الموجودات (l'état I) liquidatif من طرف المحكمة الإستئنافية².

¹ _ terrefiançais et lequetteyves et goudment 50 phiedroit civil ;les successions les liberalites 4

ed ; d paris ; 2013 p 971

² - grimaldinichel ; droit des successions 7 ed ; leseisporis 2017 p 727

لقد واصل المشرع الفرنسي محاولاته بتبسيط وإعطاء مرونة للقواعد الإجرائية للتشجيع على إجراء القسمة الإتفاقية ومن خلال إجراء عدة تعديلات تشريعية تنطبق لأهلية المتقاسمين؛ وهذا ما يلاحظ في تعديل 2006/06/23 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي أين سهل الإجراءات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لنظام الحماية وكذلك الغائبين. وقد أضاف هذا القانون أحكام مستحدثة وجديدة خاصة بالشريك المتقاسم المتخلف (coportageant d'effaillant) أو المتقاعس وهو ما تفرد به المشرع الفرنسي عن باقي التشريعات المقارنة ، وفيما يتعلق بالشريك ناقص الأهلية فإن الوضع يختلف بحسب نظام الحماية¹.

إذا كان الشريك تحت الوصاية بالغ فإن القسمة الودية يتم طلبها من الوصي بعد الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة إذا تم تشكيله أو من قاضي الوصاية . بعدها تخضع القسمة للموافقة بالنظر لبيان تصفية الموجودات حسب نص المادة 507 من القانون المدني الفرنسي في حين سابقا كان يتوجب التصديق من طرف المحكمة . أما إذا كان الشريك قاصرا فإنه يجب التمييز حسب الحالات التالية :

الحالة الأولى إذا كان خاضعا للإرادة القانونية :

فإن القسمة الإتفاقية تكون ممكنة عندما يكون القاصر ممثلا سواء من طرف الأب و الأم معا أو من طرف أحدهما عندما يكون هو المدير القانوني لشؤونه .

وتجدر الإشارة إلى أن وبعد صدور الأمر رقم 2015/1288 المؤرخ في : 2015/10/15 المتضمن تبسيط وتطوير قانون العائلة والمتضمن في القانون المدني الفرنسي فإنه لم يعد من اللازم حصول المدير القانوني على إذن قاضي الوصاية ، ولم يعد بيان تصفية الموجودات خاضعا لتصديق المحكمة وفقا للمادة 382 من القانون المدني الفرنسي وما يليها .

¹ – voirin pierre et gour beaux gilles ; droit civil ;t2 régimes matrimoniaux successions – liler alités 25 et l ;g ;d ;j – lextenso – éd/ p 263

ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي وفي هذه النقطة المتعلقة بالولي اقترب من المشرع المصري الذي لا يلزم الولي (الأب) بالحصول على إذن عند إجراء القسمة ويعفيه من كل رقابة سواء كانت سابقة أو لاحقة .

الحالة الثانية إذا كان الشريك القاصر موضوع تحت الوصاية :

فإنه يتوجب على الوصي الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة وفي حالة عدم وجوده من قاضي الوصاية؛ أما إذا كان الشريك خاضعا لأحكام الوكالة المستقبلية فإنه يجوز للوكيل القيام بإجراء قسمة ودية نيابة عنه من دون أي إذن وذلك بشرط أن تكون الوكالة موثقة حسب نص المادة 409 من القانون المدني الفرنسي .

والمقصود بالتوكيل للحماية المستقبلية في القانون الفرنسي هو قيام أي شخص سواء كان بالغا أو قاصرا مأذون له بتكليف شخص أو عدة أشخاص في وكالة واحدة لتمثيله في الحالة التي لن يعود بوسعه منفردا متابعة مصالحه لأسباب متعلقة بقدراته العقلية أو الجسدية بحيث تمنعه من التعبير عن إرادته .

أما فيما يتعلق بالشريك الغائب (المقدرة غيبته *présume absent*) والذي تحقق قاضي الوصاية من قرينة غيبته فإن ممثله يمكنه الحصول على إذن قاضي الوصاية لأجل إتمام إجراءات القسمة الودية ويخضع لنفس الشروط المتعلقة بالوصي على القاصر حسب نص المادة 116 من القانون المدني الفرنسي ¹ . وقد مددت المادة 836 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي العمل بهذه الأحكام المتعلقة بالغائب لتطبيقها على الشريك الذي يوجد في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته بسبب البعد .

ولعل أهم ما جاء به تعديل سنة 2006 والذي ميز التشريع الفرنسي في القسمة الإتفاقية تلك الأحكام المتعلقة بالشريك المتخلف أو المتقاعس *copartageantdéfaillant*، وذلك

¹ – *souveau droit ; successions 21 e eddelmesporis 2007 ; p239*

عندما يعطل الشريك إجراء القسمة ليس بمعارضته لبقية الشركاء، وإنما بسكوته وعدم الجواب على الإقتراحات المقدمة له من طرف بقية المتقاسمين .

فقبل التعديل كان يتوجب اللجوء للقسمة القضائية رغم إنعدام منازعة قضائية جدية .

وإن ذلك يستلزم حسب نص المادة 837 من القانون المدني الفرنسي إنذار المالك في الشبوع المتخلف لأجل الحضور أو تكليف من يمثله لحضور القسمة ، ويتوجب أن يتم الإنذار بعقد غير قضائي وفي حالة تخلفه عن تكليف وكيل ليمثله بعد ثلاثة أشهر من إنذاره .

فإنه يجوز لأحد الشركاء في الشبوع تقديم طلب لرئيس المحكمة الإستئنافية لأجل تعيين شخص مؤهل لتمثيل الشريك المتقاعس لغاية إتمام عملية القسمة ويتم تعيينه بموجب أمر على عريضة وفقا للمادة 1379 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية .

ويتعين على ممثل الشريك المتقاعس بعد إعداد مشروع القسمة أن يلتزم من القاضي الذي عينه الإذن له لأجل إتمام عقد القسمة حسب مقتضيات المادة 1358 من قانون الإجراءات المدنية¹ وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه :

" بالرغم من هذه المتطلبات والشروط فإن القسمة تبقى إتفاقية ولا تخضع لقواعد القسمة القضائية سواء من حيث الكل والموضوع²، وللوصي نفس سلطة الولي في التصرف.

الفرع الثاني : تصرفات الصبي المميز و حالة الغائب

يمكن للقاضي إنهاء مهام الوصي والولي اذا توفر سبب من الأسباب المحددة قانونا في مواد قانون الأسرة³، وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها تعين للمحكمة مقدم بناءا على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، ويقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

¹ - civ_1^{re} 09/07/1974 bull ;civil ;d _ 1975 :no220

² - أحمد نصري الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر دار الكتب القانونية -2009 - ص 176.

³ - راجع نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري. المتعلقة بالولاية من المادة 87 الى غاية 91

أولاً-حالات تصرفات الصبي المميز

1-الحالات العادية لتصرف الصبي المميز

يجب على الولي، الوصي، القيم أخذ إذن القاضي قبل إجراء القسمة الاتفاقية كما ورد في نص المادة 88 من قانون الأسرة " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام" ثم عرض القسمة على القاضي للتأكد من أن القاصر أخذ حقه كاملاً دون نقص ولم يعطي منفعة نصيب أقل من حصته في العقار الشائع وبعد التثبيت يقوم بشركاء بتسجيل القسمة وشهرها.

وبالرجوع لنصوص القانون الجزائري لا نجد نص صريح ومباشر بضرورة ووجوب والإلزامية مصادقة المحكمة على القسمة عند الانتهاء من إجراءاتها في حال وجود ناقص أو عديم من الأهلية. أما في نص المادة 840 من القانون المدني المصري يقولها "إذا كان بين الشركاء غائب أو نائب بينهم من لم تتراض منه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً وذلك وفقاً لما يقرره القانون.

وتنص المادة 40 من قانون الأهلية والولاية في القانون المصري "على أن الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك". فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجب الاتباع، وعلى الوصي أن يعرض عقد القسمة للتثبيت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ القسمة القضائية."

إلا أنه من خلال أحكام القضاء الجزائري، يبين لنا أن القاضي إذا ثبت لديه أن القسمة لم تقع تحت إشراف العدالة يتعين إبطالها بضمان عدم الإجحاف في حق القاصر وإحترام الإجراءات الخاص بإطلاع النيابة العامة على القسمة.¹

¹ - المحكمة العليا، ع.أ. شقار بتاريخ 1992/12/22 ملف رقم 84551 م.ق. 1995، عدد 1، ص 121.

تبين من هذه المادة من القانون الولاية المصري وجوب التفرقة بين حالتين :

-الحالة الأولى :هي وجود مصلحة لناقص الأهلية .فإذا رأت المحكمة أن لناقص الأهلية مصلحة في إجراء القسمة الاتفاقية ففي هذه الحالة تأذن للوصي أو لمن جاء في حكمه بإجرائها، مع تعيين الأسس والإجراءات الواجبة الإتباع، لإحاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر، وبعد أن تتم القسمة يجب على الوصي أو من في حكمه عرض القسمة على المحكمة للتثبت من عدالتها فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة.

-الحالة الثانية :عدم وجود مصلحة لناقص الأهلية، ففي هذه الحالة ترفض المحكمة إجراء القسمة الاتفاقية ويخضع الأمر كله لتقديرها، فتملك تكليف وصي أو من في حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية.¹

ويلاحظ أن القانون المصري خصص الوصي فقط باستئذان المحكمة في قسمة المال القاصر، بالرجوع لنص المادة 40 من قانون الولاية على المال المشار إليه سابقا. ولم يذكر فيها الولي فقد تم إعفاؤهم في القسمة من الحصول على هذا الإذن وجاز له أن يستقل بالقسمة دون الرجوع إلى المحكمة.

وذلك أن الولي الشرعي يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف، ولا يستأذن فيها المحكمة، وخاصة وأن قانون الولاية على المال المصري سكت عن إيراد أي قيود على سلطة الولي في القسمة وينتج من ذلك أن الولي معفى من هذه القيود.² أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد تشدد في مثل هذه التصرفات في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري ووسع مجال تطبيقها بيع، رهن، ...

وفي هذا الإطار أستحدث المشرع الجزائري أحكاما جديدة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الصادر تحت رقم 08/09 المؤرخ في 2009/02/25 تتعلق بالولاية

¹ - محمد المنجي، المرجع السابق، ص15.

² - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص310.

على نفس القاصر وماله، خاصة فيما يتعلق بتعيين المقدم والوصي والمنازعات التي تتعلق بأموال القاصر والترخيص والترشيد وحماية الأشخاص البالغين ناقصي الأهلية. وجعل ولاية النظر فيها وفيما حولها من منازعات من اختصاص قاضي شؤون الأسرة بموجب أحكام المواد 5/423 و 424-425 من قانون الأسرة المصري في المحكمة التي يكون مكان ممارسة الولاية تابعا لها إقليميا وفقا لأحكام 426 قانون الأسرة المصري، أما الإجراءات الواجبة الإتباع في هذا الشأن فقد نظمتها المواد 453 و 489 من قانون الأسرة المصري¹.

وإذا تمت القسمة بغير مراعاة القواعد السابقة والمنصوص عليها في المادة 40 من قانون الولاية على المال المصري سواء بعدم الوصي، القيم أو وكيل الغائب بداية على إذن المحكمة بالقسمة أو بعدم عرضه نتيجة القسمة عليها لتأمر باعتمادها، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في أحكام صريحة لها وأن القسمة تكون للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية².

كذلك المشرع الجزائري حصن موقف ناقص الأهلية، وألزم الأب بأخذ الإذن من القاضي على عكس بعض التشريعات التي أعفت الأب من هذا الشرط كالقانون المصري. فطبقاً لنص المادة 42 من القانون المدني تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ سن 13 سنة باطلة بطلان مطلقا سواء كانت نافعة له نفعا محظاً أو غير نافعة. ووفقا لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة ينوب عنه وليه أو وصيه في هذه التصرفات، أما إذا بلغ الصبي التمييز أي 13 سنة أصبح مميزا حتى يبلغ سن 19 سنة وفي هذه الفترة ما بين 13 و 19 سنة يعتبر ناقص الأهلية ويكون حكم تصرفاته ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

¹ - احمد خالدي، المرجع السابق، ص 73-74.

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 53.

فتصرفات الصبي المميز تنقسم لثلاثة أنواع:

* التصرفات النافعة نفعا محظاً

هي التصرفات التي يعتني بها من يباشرها دون أن يدفع مقابل لذلك كقبول الهبة أو الوصية، أو قبول الاشتراك لمصلحة الغير وتسمى هذه الاعمال بأعمال الاغتناء.¹ فوفقا لنص المادة 83 من قانون الاسرة و 43 من القانون المدني يقر بنفاذ هذه التصرفات صراحة.

*التصرفات الضارة ضررا محضا

هي التصرفات التي تقيد خروج شيء من ملكه أو كله دون مقابل، كأن يقدم لغيره له لغيره قرضا أو يقوم بكفالة دين غيره، أو يهب ماله لغيره.² وتكون هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا بصريح المادة 83 من قانون الاسرة والمادة 43 من القانون المدني

*التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر

هي تلك التصرفات التي لا يترتب على من يباشرها اغتناء محضا أو إفتقار محض، لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة.³ حكم التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي أو الوصي فيها بنص المادة 33 من القانون الأسرة، ويبين هذا النص أن قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الشريعة الإسلامية.

فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائر ما بين النفع والضرر والعقد الموقوف الشريعة الإسلامية، لا ينتج أثره إلا إذا أجاز الصبي من الرشد أو اقره وليه أو وصيه

¹ - أجمد عيسي، الحماية القانونية لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، 2011، ص83.

² - أجمد عيسي، المرجع السابق، ص84

³ - أجمد عيسي، المرجع السابق، ص85

قبل ذلك، أمّا طبقاً لأحكام القانون المدني فإن تصرفات الصبي المميز تكون صحيحة ومنتجة لأثارها متى كانت دائرة بين النفع والضرر ما لم يتقرر بطلانه.

فإذا طلب القاصر المميز أو من له مصلحة بطلب إبطال العقد وحكمت له المحكمة بذلك زالت أثار العقد بأثر رجعي من يوم إبرامه طبقاً لنص المادة 103 من القانون المدني " يجب أن يكون الحبر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحبر".

إذا أحكام قانون الأسرة تختلف عن أحكام القانون المدني الذي لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف لذا فإنه يجدر بالمشروع جزائري إعادة النظر في أحكام القانونين بالتنسيق ما بين النصين إما أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف كما هو الحال في قانون الأسرة أو يأخذ بأحكام القانون المدني.

فالإجراءات التي يفرضها القانون على الولي أي كان أو الوصي أو المقدم، هو الحصول على الإذن من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع أو قسمته أو رهنه في نص المواد 2/88 و 95 و 100 من القانون الأسرة الجزائري.¹

غير أنه ليس واضحاً من نصوص ذات القانون، فيتبادر للذهن إجراءات هذا الإذن وهل يمكن أن يقصد بالإذن أن تتحول من القسمة الرضائية إلى القسمة قضائية، أم يكون للقاضي دور رقابي فقط وهذا بالاطلاع على مشروع القسمة المعد من طرف الخبير الذي عينه الشركاء والمصادقة عليه.

وهل يتولى هذا الأمر رئيس المحكمة أم قاضي الأحوال الشخصية، فكل هذه المسائل نظمها المشرع المصري في قانون الولاية على المال المشار إليه سابقاً وحدد إجراءاتها.

¹ راجع أحكام مواد قانون الأسرة

بينما سكت عنها قانون الأسرة الجزائري لذلك جارت العادة بين الناس على أن وجود قاصر بين الشركاء في الشيوع يقتضي القسمة القضائية لغموض إجراءات الحصول على الإذن، وتأويل كل قاضي لهذا الإجراء حسب قناعاته الشخصية. والأجدر من المشرع الجزائري تدارك هذا الوضع وأن يحذو حذو المشرع المصري في هذا الاتجاه بسن قانون الولاية على المال متضمنا كل هاته التفاصيل والإجراءات وذلك من أجل إزالة الغموض في تطبيق نصوص القوانين الذي يختلف من قاضي لآخر. وتبيان الإجراءات الواجبة للإتباع لتسهيل وتسيير الأمور على الشركاء في الشيوع، وعليه تخفيف العمل القضائي عن القضاة بتقليل عدد القضايا العقارية المجدولة في المحاكم بغرض قسمة العقار الشائع قسمة قضائية كون أحد الأطراف ناقص أو عديم الأهلية.

ومنه إنقاص الأعباء المالية التي تقع على عاتق الشركاء في الشيوع وتسهيل عملية قسمة العقار الشائع قسمة رضائية فيما بينهم دون أن يكون ناقص أو عديم الأهلية عقبة في ذلك كونه أحد الشركاء في الشيوع، وتمكينهم من الاستفادة من العقار المشاع سواء بمزاولة نشاط به أو تأجيره أو بيعه، وبالتالي يعتبر دفع لعجلة الاقتصاد الوطني وسبب إنتعاش سوق العقار وتحركه الدائم.

2- حالة التركة ووجود قاصر من بين الورثة

تنص المادة 181 من قانون الأسرة على أنه " يراعى في قسم التركات أحكام المادتين (109 و173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء". فقد نص المشرع الجزائري صراحة على وجوب القسمة قضائية في التركات حتى اذا كان بين الورثة قاصر.

من خلال التدقيق الصحيح في نص المادة 181 أعلاه¹ نجد أنه لم يحسم مسألة القسمة الواجبة الإلتباع بشكل فاصل وفي كل الحالات وبصفة كلية جامعة مانعة، ويفهم منه بمفهوم المخالفة أن ما ليس تركة تجوز فيه القسمة الرضائية -الودية- حتى وإن كان أحد الشركاء ناقص أو عديم الأهلية من في حكمه. مما يجعل الممثل القانوني يتبع الاجراءات المذكورة أعلاه، بحيث إعتبار أن ليس كل شيوخ مصدره التركة. وهليفهم من باب أولى وجوب إجراء القسمة عن طريق القضاء حتى إن كان المشاع ليس تركة بإعتبار كل تركة هي شيوخ.

هذا ما جعل المحاكم تختلف في تطبيقاتها لمثل هذه الحالات، ويمكن أن يكتفي إطلاع القاضي على مشروع القسمة، حيث يفسر كل قاض هذا الإجراء حسب قناعاته وفهمه وتقديره الشخصي، لعدم وجود نص جازم محدد للكيفيات والإجراءات الواجبة الإلتباع في محل في كل حالة من هذه الحالات السالفة الذكر.

يتضح من نصوص مواد قانون الأسرة والقانون المدني والتي تخص القسمة أن إجراء عملية القسمة بحضور الولي الوصي صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية مع مراعاة ما يتطلبه القانون من شروط. حيث يقوم الولي أو الوصي نيابة عن القاصر بكافة الإجراءات التي تستلزمها عملية القسمة.

فيعتبر هذا الولي أو الوصي شريكا كامل الحقوق مع الشركاء المشاعين الآخرين من حيث وجوب حضوره عملية القسمة وإجراءاتها واستشارته في كل الأعمال التي تخص القسمة والتي تمس من ينوب عنه وإذا لم تراعى هذه الإجراءات، وجرت القسمة فهي غير ملزمة لناقص الأهلية حيث لا ولاية للشركاء على القصر، إلا إذا أجازها فيما بعد الولي أو الوصي فتصبح لازمه له.

¹راجع أحكام مواد قانون الأسرة

إلا أن المشرع الجزائري يجعل حكم التصرف الدائر ما بين النفع والضرر حسب المادة 83 من قانون الأسرة¹ موقوفا إجازة الولي أو الوصي فقط ولم يورد حكما حول إجازة الصبي المميز نفسه بعد أن يصبح راشدا خاصة أن الفقه الإسلامي الذي نقل عنه المشرع الجزائري أحكام قانون الأسرة يمنح الصبي المميز حق إجازة تصرفه الدائر ما بين النفع والضرر حين بلوغه سن الرشد والذي كان قد قام به حين كان ناقص الأهلية في حال لم يكن له ممثل شرعي قد رفض هذا التصرف.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يستطيع فيها الولي أو الوصي إجازة تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر أو رفضه. ويفهم أن الإجازة أو الرفض يجب أن تكون قبل بلوغ القاصر سن الرشد، كذلك لم يبين النص مصير تصرف الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد في ما إذا لم يقيم وليه أو وصيه بالبحث في إجازته أو إبطاله. فهل معنى ذلك أن هذا التصرف يبقى موقوفا غير نافذا مهما طالّت المدة، إذ ليس هناك وقت محدد إذا انقضى يعتبر العقد مجازا أو غير مجاز بالرغم من عدم نص على ذلك صراحة في نص المادة 83 من قانون الأسرة السالفة الذكر. إلا أنه تحديد أعمال هذا الحق بموجب المواد 99، 100، 101 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا - القسمة الرضائية في حال وجود غائب.

يرغب كثيرا من المالكين على الشيوع في فض الشيوع والخروج منه من هذه الحالة، ليستقل كل شريك بنصيبه في المال الشائع قصد استغلاله والانتفاع به بشكل منفرد، إلا أنه في بعض الأحيان يكون بين الشركاء المشاعين غائبا، وعند رغبتهم في الخروج من الشيوع، يكون الشريك الغائب عائقا يمنعهم من القيام بفرز نصيب كل شريك.

¹ راجع أحكام مواد قانون الأسرة

فالغائب من لا يعرف موطن أو محل إقامته رغم التيقن من حياته، فهو كل شخص ليس له موطن أو كان محل إقامة خارج الجزائر وتسجيل عليه أن ينوب شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينوبه في إدارتها.

فكل مفقود يُعد غائبا وليس كل غائب مفقودا، فإذا كان قد ترك قبل غيابه وكيفا عاما معينا من قبله، فإن المحكمة تحكم بتثبيته متى توافرت في الشروط الواجب توفرها في الوصي وإذا لم يترك وكيفا عينت له المحكمة وكيفا يسمى الوكيل القضائي .

عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري الغائب¹ بأنه "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود". والمفقود بحسب قانون الأسرة الجزائري في المادة 109 هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.

ومنه يجب التفرقة ما بين وضعيتين للغائب الأولى هي الحالة التي يكون فيها الغائب على اتصال مع أهله وظروف مكانه ووضعه، ففي هذه الحالة إذا أراد الشركاء في الشبوع القيام بقسمة رضائية وكان أحدهم غائبا ويمكنهم التواصل معه إلا أن ظروف لم تسمح له بالعودة فيجوز قانونا تحرير وكالة قانونية (خاصة أو عامة) حيث يوكل هذا الشريك الغائب لسبب أو لآخر أحدا يتولى حضور عملية قسمة وتمثيله وينوب عنه في تحصيل وفرز نصيبه من المال الشائع بموجب وكالة رسمية محررة لدى الموثق.

أما الوضعية الثانية فهي الحالة التي يكون فيها الغائب غير معروف مكانه ولا حياته من موته ويتسبب هذا الغياب في إضرار باقي الشركاء على الشبوع الذين لم يتمكنوا من قسمة المال الشائع لعدم حضوره.

¹ راجع أحكام مواد قانون الأسرة

ومن الملاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق لحالة الغائب في نص المادة 723 منه بل ذكرت ناقص الأهلية فقط، مما يجعل حكم الغائب مبهم، فقد كان الأجدر أن يعاد النظر في صياغة نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري، وتحديد جميع الحالات من ناقص الأهلية والغائب والمحجور عليه وبالتفصيل ولا يترك النص عامًا عرضة لعدة تأويلات وتفسيرات وحتى لا يترك مجالًا للاختلاف والنزاع وعدم الاتفاق في حالة الشروع في القسمة.

كما هو الحال في القانون المدني المصري الذي جاءت فيها المادة واضحة وحددت حالة الغائب في نص المادة 835 منه أين أوجب بإتباع إجراءات التي فرضها القانون في حالة وجود عديم أو ناقص الأهلية أو الغائب، وقد ذكرت والقانون المعني هنا هو قانون الولاية على المال (رقم 199 لسنة 1952) فقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة، إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائبًا. إذا تنص المادة 79 من قانون الولاية على المال "يرى في شأن قسمة مال الغائب أو المحجور عليه ما يرى في شأن مال القاصرين من أحكام".¹

على عكس القانون المدني الجزائري الذي لم يحدد في نص المادة 723 منه القانون الواجب إتباعها في حالة وجود ناقص أو عديم الأهلية عند قسمة المال الشائع وكذا الإجراءات القانونية لذلك.

فعدم دقة النص تفتح الباب على مصراعيه لخلق عراقيل وصعوبات عند إبداء الشركاء على الشبوع الرغبة في قسمة المال الشائع قسمة رضائية، كما أنها أوجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وذكرت هذه الإجراءات، دون ذكر القانون المقصود. فصيغة هذه المادة جاءت عامة وبأسلوب عام مما جعل فهمها صعبا، فهي منقولة عن القانون المصري، إلا أن القانون المطبق في مثل هذه الحالات هو قانون

¹ - د. محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 309.

الولاية على المال المصري، فالأجدر في مثل هذه الحالة نسخ هذا القانون في الجزائر - قانون الولاية على المال - وصياغة مواده بطريقة مفصلة وتشرح وتبين الكيفيات والإجراءات الواجب الإلتباع في مثل هذه الحالة .

المطلب الثاني: القسمة الرضائية في العقار في حالة التعرض

تنص المادة 731 من القانون المدني الجزائري " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقال لسبب سابق على القسمة "، فتعتبر هذه المادة المؤسسة لضمان المتقاسمين لبعضهم البعض في استغلال المال المتقاسم، أما ما عدا ما تضمنته هذه المادة من أحكام ضمان القسمة، تسري أحكام ضمان التعرض والاستحقاق الواردة في عقد البيع على عقد القسمة، وقد يكون الدائنين أو المستحقين من الشركاء (الفرع الأول)، كما يكون الدائنين أو المستحقين من غير الشركاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القسمة في حال وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء .

تنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال 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.

يتبين أن المشرع الجزائري قد كفل كافة حقوق الدائنين وذلك حماية لحقوقهم، بتقديم لكل دائن ضمانات قصد إستفاء حقه إذا النصوص جاءت عامة، ويدخل في نطاقها جميع الدائنين سواء كانوا شركاء، ورثة أجانف.

لكن بالرجوع لنص المادة 729 من القانون المدني السالفة الذكر، وفي فقرتها الأولى قصد المشرع القسمة القضائية ثم جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة عامة مطلقة بنصه (إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في

حالة الغش) فيفهم منه القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية، وقد اختلف فقهاء القانون حول نطاق تطبيق نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري، فيرى فريق من الفقهاء أن نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري ينص على القسمة قضائية دون سواها، فعبارة "دعوى القسمة" تدل على أن ذلك قاصر على القسمة القضائية فقط لأنها تكون عن طريق دعوى¹.

بينما يقابل نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري نص المادة 842 من القانون المدني المصري، "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يُباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء"، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيّدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش .

بادئ ذي بدء إن النص السالف الذكر يوحي بأن تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم هو مقصور على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية، فصحح أن المشروع التمهيدي للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية، فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة، ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التنفيذي لهذا النص، قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية إذا ورد في هذه المذكرة ما يأتي "أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين أو كانت القسمة عقداً فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا عن طريق الغش في الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليسية في الحالة الثانية²، أما الفريق الثاني وعلى رأسهم الأستاذ

¹ - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 473.

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 128، 129.

عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص.

وقد أضيفت عبارة "يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة في حقوقهم في الإجراءات، والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية إنطباقها على القسمة القضائية. ثم عدلت نفس الفقرة وأصبحت "يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، وكاد النص بهذا يقتصر على القسمة القضائية، ولكن ليست القسمة الاتفاقية أولى بتدخل الدائنين، بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل.

لذلك يستحسن التوسع في تفسير النص مما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والاتفاقية على حد سواء، وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع هذا التوسع، مادامت الحكمة من تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية؛ وأيضاً فإن النص 842 في القانون المدني المصري مستسقى من نص المادة 882 من القانون المدني الفرنسي الذي لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية.¹

وبعد عرض آراء الشراح حول نطاق تطبيق المادة 729 من القانون المدني الجزائري، يُستحسن التوسع في تفسير المادة 729 من القانون المدني الجزائري لتشمل القسمة القضائية والرضائية معاً. لحماية مصالح الدائنين مما قد يحدث من تواطؤ بين الشركاء على الشبوع ولأن القسمة الرضائية تخلو من الضمانات التي تتطلبها القسمة القضائية. ومنه يتعين على المشرع الجزائري تعديل نص 729 من القانون المدني وينص صراحة على شمولها القسمة بنوعها مما لا يدع مجالاً للشك.

أولاً : موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء 8، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 936.

للدائنين حق تحصيل الدين من المال المتقاسم قبل القسمة، أي أن الدائنين هم دائني الأصل المالك للعقارات المتقاسمة، لهذا سنتطرق إلى مصالح الدائن المراد حمايتها ، وكيفية معارضة الدائن في القسمة .

1- مصالح الدائن المراد حمايتها :

الدائنون هنا هم دائنوا كل شريك، ويسري أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد سواء كان هذا الحق المقيد واقع على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك فالدائن على هذا النحو، يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحه.

فمن مصلحته أولاً يعتمد الشركاء عند اقتسام المال منح مدينه أعيانا منقولة أو نقود يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها.أو من مصلحته أن لا يقع في نصيب مدينه أموال قيمتها أقل من قيمتها الحقيقية لحصته، فيقل بذلك ضمان الدائن. وإذا إتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان لا يقبل القسمة فمن مصلحة الدائن أن لا يقتصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبي، لان دخول أجنبي في البيع يرفع من الثمن الذي كان يرسو بالمزاد، فينتفع الدائن بذلك¹.

ومن مصلحة الدائن ألا يعتمد الشركاء إيقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن، هذه جملة من مصالح دائن الشريك، هي وأمثالها تدفعه إلى التدخل في القسمة حتى يراقب إجراءاتها، فيمنع الشركاء من الإضرار بمصلحته.

2- كيفية معارضة الدائن في القسمة :

لم يشترط القانون شكلاً معيناً في معارضة الدائن في القسمة وكل ما اشترطه هو أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء بما فيهم الشريك المدين، ومنه يكفي أن تصل

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص 937.

المعارضة لعلم الشركاء بأي طريق كان؛ والأفضل أن تكون على يد محضر قضائي حتى يسهل إثباتها فيما بعد أو بأي شكل آخر مكتوب مسجل أو غير مسجل بيدي فيه الدائن معارضته في إجراء القسمة في غير حضوره، كما يجوز أن تكون المعارضة شفوية ولكن يتحمل الدائن عبئ الإثبات.

وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون البعض الآخر لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة لأن القسمة لا تتجزأ.

لم يحدد القانون ميعاد لمعارضة الدائن في القسمة القضائية ومن ثم فإنه تتم المعارضة بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في مال شائع، ويستمر حقه في المعارضة قائماً لغاية صدور حكم في دعوى القسمة أو بتقسيم ثمن البيع على الشركاء.

أما إذا صدر حكم في دعوى القسمة، فلا يجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش، والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية، فيكفي أن تتوافر في الدائن أهلية القيام هذه الأعمال¹، ومتى وصلت المعارضة لجميع الشركاء، وجب إدخال من عارض منهم في جميع إجراءات القسمة سواء كانت القسمة عينية أو بطريق التصفية.

وبالرجوع لنص المادة 731 من القانون المدني الجزائري " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة "، يتجلى أن المشرع الجزائري لم يفصل في أحكام الضمان المترتب على القسمة ومنه يتعين الرجوع لقواعد الضمان في عقد البيع والتي لا تتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة القسمة والضمان المترتب عليها؛ وقد نص المشرع الجزائري على ضمان التعرض والاستحقاق دون ضمان العيوب الخفية خلافا لما هو في عقد البيع.²

¹ - عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، الجزء 8، المرجع السابق، ص 938، 938، أنظر محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 170، 171.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 236، أنظر أيضا عمي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 47.

حيث يرى فقهاء القانون أنه في حالة البيع لا يوجد ما يبرر قبول المشتري مبيعاً معيباً، لكن في القسمة لا بد أن يقع عيباً في نصيب أحد الشركاء، وفي حال إكتشاف الشريك للعيب الخفي يمكنه اللجوء لقواعد الغبن لنقض القسمة حال توفر شروط الغبن في القسمة الرضائية.¹

وحرص المشرع على ضمان المساواة بين المتقاسمين، لذلك ألزمهم بضمان ما قد يحدث لكل شريك من تعرض أو إستحقاق في نصيبه متى كان هذا ناشئاً لسبب سابق على حصول القسمة دون تقصير من المتقاسم، استناداً لنص المادة 731 من القانون المدني الجزائري المشار إليه سابقاً. وتتحقق المساواة فيما يكن المتقاسمين، من حيث لزوم حصول كل منهم على ما يوازي الحصة التي كانت له في الشبوع.²

والمقصود بالتعرض هنا هو التعرض القانوني³ الذي يستند فيه المتعرض لحق يدعيه سواء كان حقاً عينياً كحق الملكية أو حق الإنتفاع أو رهن أو حقاً شخصياً كحق الاستئجار. أما التعرض المادي، فالتقاسم كالبائع لا يضمنه المتقاسم وحده ما لم يكن هذا التعرض من أحد الشركاء المتقاسمين ويجب توفر الشروط التالية لضمان هذا الحقيقي أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة، كون بعد القسمة يستغل كل متقاسم نصيبه ويصبح مسؤولاً عنه فقط.

ثانياً: موقف مبادئ الشريعة الإسلامية من قسمة المال المنجر من الارث

تجدر الإشارة إلى أن مصادر الشبوع مختلفة، ويعتبر الميراث من المصادر الغالبة للشبوع، وطبقاً الأحكام القانون المدني وقانون الأسرة الأنصبة في قسمة الميراث محددة قانوناً كون معظم أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية²، فما يميز قسمة الميراث كمصدر للشبوع أن القانون والشرع رسم الأنصبة وحددها بالتالي لا يجوز

¹ - خليل نشار، المرجع السابق، ص 297، أنظر أيضاً عمي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 48.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 236.

³ - التعرض القانوني حين يدعي البائع حقاً على المبيع يترتب عليه حرمان المشتري من كل المبيع أو من بعضه أو من بعض مزاياه زقد يكون حق المدعى به سابقاً للبيع أو لا حقاً له.

الاتفاق على مخالفتها، وكون أن نصيب كل شريك في الشبوع الذي مصدره الميراث لا يمنع من تطبيق أحكام المادة 723 السالفة الذكر، إذ يجوز أن يقتسم الورثة برضاهم الميراث مع مراعاة أسهم كل شريك التي حددها الشرع، وإذا وجد شريك ناقص الأهلية وجب إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون، والتي تتمثل في ضرورة الحصول على إذن من القاضي¹.

ويراعي هنا التركة التي هي "ما يتركه الشخص بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية بإضافة إلى الديون ووصاياه"² وللورثة الشرعيين الحق في هذه التركة لكن بعد الأخذ منها مصاريف التجهيز والدفن وسداد كل الديون، عملاً بقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون". وكذا تنفيذ الوصايا طبقاً لنص المادة 180 من القانون الأسرة الجزائري . وبذلك يصبح للورثة الحق في تقسيم التركة المملوكة بينهم على الشبوع لكن في حالة وجود حمل يحجب باقي الورثة حجب حرمان ، ولا يمكن إجراءها إلا بعد أن تضع الحامل حملها عملاً بأحكام المادتين 173 و 181 من القانون الأسرة الجزائري . وعلى الورثة تحقق إجماعهم على إجراء القسمة الودية هي أن يلجأ الشركاء في الشبوع إلى الموثق، من أجل تحرير عقد الفريضة الذي يتضمن معلومات خاصة بالمورث وبحالة التوريث وقائمة لكل الورثة مهما كانت درجتهم وكل الموصى لهم³. وهذا قبل إجراء القسمة الإتفاقية وفقاً لمقتضيات قانون الأسرة المنظمة لأحكام الميراث و قسمة التركات وكذا قانون 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق

انظر ما تطرقنا له سابقاً في الآن و احكامه العامة .¹ -

² - عبد القادر بن عزوز سليمان ولد خصال، أحكام الهيئة والوقف والوصية والميراث، دار بن طفيل ، الجزائر، 2011، ص 07
³ بلخير سعيد وبلخير نضيرة ليلة، التركة القسمة بيع عقار المشاع ، زكريا منشورات قانونية ، ط 01، الجزائر، 1992، ص 11.

أما الشهادة التوثيقية هي شهادة يحررها الموثق بغرض نقل الملكية والحقوق العينية العقارية المشهورة من المتوفي إلى الورثة أو الموصى لهم ضمن الآجال المحددة قانوناً¹، وتعد الشهادة التوثيقية الأداة العملية لشهر حق الإرث عند قسمة التركات المنصبة على العقار أو الحقوق العقارية² وهذا تسهيلاً على المحافظ العقاري لقيامه بعملية الشهر تطبيقاً لقاعدة أثر الإضافي الشهر المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على: " لا يمكن القيام بأي إجراء الأشهر في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو شهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير".

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين النصوص التشريعية المتعلقة بتأسيس السجل العقاري، لاسيما نص المادة 91 بين إنتقال الملكية في حق الورثة الذي يكون بتحقيق واقعة الوفاة؛ وبين إنتقال الملكية من الورثة إلى الغير الذي يتطلب تحرير وشهر الشهادة التوثيقية، هذا إذا كانت الحقوق العقارية محل الشهادة تقع في المناطق الممسوحة، أما إذا كانت الحقوق العقارية التي تتضمنها الشهادة التوثيقية تقع في المناطق الغير ممسوحة فإن انتقال الملكية والحقوق العقارية في حق الورثة يكون بمجرد الوفاة بعد أن يثبتوا العلاقة التي تربطهم بالهالك .

وإذا ما أرادوا التصرف في العقار أو قسمته يتطلب منهم ذلك إتباع إجراءات الترقيم المؤقت طبقاً للقانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية وتسليم

¹ - جبار جميلة ، الشهادة التوثيقية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 49، العدد 03، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012 ص 218 ، 219

سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري¹، يضاف إليه المرسوم رقم 147-08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية².

الفرع الثاني: القسمة في حال وجود دائنين أو مستحقين من غير الشركاء

من خلال نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري "الدائنون هم دائنوا كل شريك في الشبوع، سواء كان دائن شريك دائنا شخصيا، أو دائنا ذا حق مقيد، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على العقار الشائع الذي يريد الشركاء قسمته أو واقع على عقار آخر من أموال الشريك .

وعليه هناك نوعين من الدائنين:

أولاً: الدائنين العاديين

1- إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم يعارضوا القسمة:

يجب على الشركاء إدخال الدائن المقيدة حقوقهم قبل رفع الدعوى القسمة سواء عارضوا القسمة أو لم يعارضوا. فالدائن المرتهن رهنا حيازيا أو رسميا للمال الشائع، والدائن الذي له حق إختصاصاً وحق إمتياز على المال الشائع، إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع الدعوى في حالة القسمة القضائية أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية، يكونون بهذا القيد معروفين من طرف الشركاء. فليسوا إذن بحاجة الى توجيه معارضة للشركاء، ويتعين على الشركاء دون معارضتهم أن يدخلوا هؤلاء الدائنين في إجراءات القسمة قضائية كانت أو رضائية³.

ويستوي مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءا مفرزا من المال الشائع، وسجل عقد البيع، فيصبح أيضا دائنا بضمان، ومن ثم يجب

¹ القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر ع 15

² المرسوم رقم 147-08 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية، ج.ر.ع 26.

³ د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص 939.

على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان فتسجل عقده وليس بحاجة للتوجيه معارضة إلى جميع الشركاء.¹

سواء صدرت المعارضة من الدائن أو لم تصدر، وسواء كان الدائن حق مقيد أو لم يكن، فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن، إذا علم بذلك أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة.

فإذا كانت القسمة إتفاقية جاز لدائن أن يتقدم إلى الشركاء مت دخلا في القسمة، طالبا أن يراقب أعمال الخبير العقاري. أو يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء أو أن يتأكد فيما إذا إتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كاف عن البيع وأن إجراءات البيع سليمة وما إلى ذلك.

أما إذا كانت القسمة قضائية فللدائن التدخل في دعوى القسمة كونه ذي مصلحة، ولا يوجد نص قانوني خاص أو إجراءات خاصة لتدخل الدائن في دعوى القسمة، بل يجب إتباع الإجراءات الوارد في القانون المدني الجزائري بوجه عام. فيكون تدخل الدائن بعريضة سجل لدى المحكمة المختصة أما القاضي المكلف بالنظر في الدعوة الأصلية بقسمة المال الشائع قسمة قضائية فيما بين الشركاء على الشبوع. له مراقبة جميع الإجراءات لمنع تواطأ الشركاء بالإضرار بمصالحه أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمدا أو تقصيرا.²

أما إذا كان المدين قد رهن حصته الشائعة لدائن وأشهرها وسجلها متبعا كافة الإجراءات القانونية لا يشترط إعلام المدين وشركائه في القسمة. لأن للدائن حق إمتياز على المال الشائع، ويجب فك هذا الرهن من قبل الدائن المرتهن حيث لا يمكنه تسجيل هذه القسمة. وتكون المعارضة من الدائن نفسه، أما إذا لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لذلك يقوم

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940، أنظر أيضا محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 173.

ولي الدائن أو وصيه بالمعارضة ، أو عن طريق ورثة الدائن في حالة الوفاة أو عن طريق وكيل الدائن بوكالة تسمح له بذلك.

يترتب على معارضة الدائن أو تدخله - كما سبق شرحه - أن يصبح طرفا في جميع الإجراءات القسمة منذ معارضته أو تدخله فلا يجوز مباشرة الإجراءات بيع المال الشائع في المزاد العلني، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ولا إجراء القرعة ولا تجنيب أنصبة الشركاء المفردة في غير مواجهة الدائن.¹

ولا يجوز للدائن توجيه القسمة وفقا لمصلحته، فلا يجوز بيع المال الشائع في المزاد العلني بدلا من قسمته عينا إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر يلحق بقيمة المال الشائع. ولا يجوز له منع مدينه من التصرف في حصته أو ترتب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة لشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها.

2- موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

يختلف موقف الدائنين بعد إتمام القسمة باختلاف مواقفهم قبل الانتهاء منها ويمكن تصور ثلاث حالات:

أ - الحالة الاولى تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة

ما دام الدائن تدخل في القسمة وإجراءاتها بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه فقد أعطى الفرصة الكافية لمرافقة إجراءات القسمة، ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته فإذا تمت القسمة فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها.²

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940، أنظر أيضا محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 173.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 941.

- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 175.

ب - الحالة الثانية عدم إدخال الدائن بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا

إذا عارض الدائنون في القسمة أو كان لهم حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة، مع ذلك لم يقيم الشركاء في المال الشائع بإدخالهم في إجراءات القسمة ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه. فيتربط عليه عدم نفاذ القسمة في حقهم دون حاجة لأن يعتبر تواطؤ وغش الشريك المدين. فبمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا أو بعد أن قيدوا حقوقهم، كاف لجعل القسمة غير نافذة ما داموا لم يتدخلوا فعلا في القسمة ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة عادت عليه بالضرر.

ومتى أثبت ذلك الضرر، أصبحت القسمة غير نافذة في حقه ويعود المال إلى الشبوع بالنسبة للدائن، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة في حق الدائن سواء من الدائن نفسه أو حتى من المدين الشريك أو أي شريك آخر.

ويجوز للدائن أن يقتصر بدلا من إعادة طلب القسمة على مطالبة الشركاء متضامين جميعا بتعويض الضرر الذي لحقه من القسمة، على أساس الخطأ - خطأ تقصيريا-. ويكون للشركاء في الشبوع تفادي ذلك إذا هم أوفوا لهذا الدائن حقه فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين.¹

ج - الحالة الثالثة عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته للتدخل

إذا لم يتدخل الدائنون في إجراءات القسمة لعدم اعتراضهم عليها لا لعدم وجود حق مقيد لهم قبل القسمة أو اعترض الدائنون على القسمة ودعاهم الشركاء للتدخل ولم يتدخلوا، فإن القسمة تكون نافذة في حقهم وليس لهم أن يطعنوا فيها إلا في حالة

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 943.

- محمد مرسى البكري، المرجع السابق، ص 177.

الغش،¹ بنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال 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." وذلك أن الشركاء في الشبوع لا ذنب لهم في عدم تدخل الدائن في القسمة، ومفهوم ذلك الرجوع للقواعد العامة الخاصة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم، ومقتضى ذلك يجب توافر شروط :

- إخطار الشريك المدين.
 - إثبات التواطؤ بينه وبين باقي الشركاء للإضرار بالدائن.
- ويكفي لإثبات ذلك أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة بحيث يفترض لفرط سرعتها تواطأ الشركاء فيما بينهم على الإنهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها. وإذا كانت القسمة قضائية وصدر حكم بالقسمة جاز للدائن أن يطعن في هذا الحكم بطريق إعتراض الخارج عن الخصومة. وهذا ما جاء به القانون المصري، أما عن القانون الفرنسي نجده مختلفا فلا يجوز في هذه الحالة أن يطعن الدائن في القسمة²، حتى بالدعوى البوليصة سواء كان المدين مقصرا أو غير مقصر ما دام الشركاء أنفسهم لم يقصروا.

وقد أملى على القانون الفرنسي هذا الحكم حرصه على إستقرار القسمة بعد تمامها فلا تكون عرضة للطعن فيها دون مبرر لذلك من تقصير الشركاء، وقد أعطى القانون الفرنسي الدائن الفرصة في منع الغش في صورة وقائية بجعل هذا الحق في التدخل في القسمة قبل تمامها، وذلك بذلا من إعطائها الحق في الطعن فيها بعد تمامها.

¹ راجع أحكام نصوص مواد القانون المدني

² - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 944، أنظر أيضا محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 178.

وعليه عند توفر الإرادة السياسية الجادة والتي تظهر من خلال صياغة نصوص دقيقة ومضبوطة لا تدع مجالاً للشك والتأويل، والتطرق لكل الحالات التي يمكن أن ترد ولكل التفاصيل، مع تغطية كل الثغرات القانونية في نصوص المواد والتي تسمح باستغلالها، بغرض المماثلة والإضرار والتقليل من قيمة المال المشاع التجارية والاقتصادية. تكون النتيجة حرص المشرع على استقرار المعاملات وضمان الحقوق للمتعاملين مهما كانت صفتهم بائع، مستأجر مشتري، مؤجر..... الخ .

ومنه استقرار السوق التجاري وحرية التعامل المكفولة والمضمونة قانوناً، يؤدي لازدهار اقتصادي لوجود نصوص مرنة ملزمة لكل جوانب التعامل، وهذا ما ينبغي أخذه بالحسبان في نصوص القانون المدني الجزائري إذا لا ينبغي النقل لمجرد النقل من قوانين أخرى، بل لابد من التمحيص وإعادة النظر وإسقاطها على الواقع مع الإلمام بكل الحالات والجوانب في سن القوانين أو تعديلها لمجرد التعديل دون إعطاء نتائج ملموسة في الميدان من خلال الحركة التجارية أو ما يحدث في المحاكم من نزاعات مختلفة .

تؤدي إلى قوانين مجرد حبر على ورق فيخرج القانون من دوره الرادع والمنظم فباعتباره وسيلة من أجل محاربة و التصدي للعراقيل ومماطلات تضر بالمصلحة العامة والخاصة.

المبحث الثاني

إجراءات القسمة الرضائية في العقار

تمر القسمة الرضائية بعدة مراحل، ويجب على الشركاء في الشبوع إتباع إجراءات خاصة لإتمام عملية القسمة الرضائية، وتنقسم هذه الإجراءات إلى قسمين إجراءات قانونية وأخرى مادية، وهي الحالة التي يكون فيها العقار قابلاً للقسمة. لكن قد يحدث أن يكون العقار غير قابل للقسمة كونه وحدة واحدة لا يمكن تجزئتها أو الإنقاص من قيمتها بسبب تجزئتها. أو بسبب حالة الشبوع الإجباري سواء كان باتفاق أو بنص قانوني وهذا ما تتناوله الدراسة بالتفصيل في مطلبين هما مراحل القسمة الرضائية (المطلب الأول)، استحالة تقسيم العقار (المطلب الثاني) وهذا في حال العقار الذي لا يكون قابل للقسمة .

المطلب الأول: مراحل القسمة الرضائية

تمر عملية القسمة الرضائية بعدة مراحل مختلفة إجراءً بمسح وإعداد المخططات، وهي مرحلة تنفيذ القسمة الرضائية (الفرع الأول)، ومن ثم تحديد نصيب كل شريك وكيفية توزيع الحصص (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تنفيذ القسمة الرضائية (مراحلها)

القسمة العينية هي الأصل الذي يجب أن يتجه التفكير إليه أولاً، فهي الطريق الصحيح وذلك إذا كانت قسمة الملكية الشائعة عينا دون نقص كبير تلحقه، إن القسمة العينية هي التي يقسم فيها المال الشائع إلى أجزاء مفرزة تتناسب وحصص الشركاء، وهي لا تجري إلا في العقار القابل للتجزئة الذي يظل الإنتفاع به ممكناً بعد تقسيمه، ولا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته.

والقسمة العينية هي التي تؤدي إلى أن يختص الشريك بجزء مفرز من الملك الشائع وذلك إما عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتجري حينئذ بطريق

الإقتراع، أو بطريق التجنيب بأن يعين لكل شريك جزء مفزرا يعادل حصته اذا تعذر الأمر، وعليه فالقسمة العينية تمر بمراحل على النحو التالي:

أولاً: مسح وفرز الحصص

بالرجوع لنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر نجد أن المشرع قد أعطى الحرية الكاملة للشركاء على الشبوع في إختيار طريقة القسمة فيما يبينهم ففي حالة ماذا إنعقد إجماعهم واتفقوا.

1. تكوين الحصص:

أ - إذا كان المال الشائع عبارة عن قطعة أرضية:

يمكن للشركاء في الشبوع إجراء القسمة بالطريقة التي يرونها خاصة إذا كانت حدود الأرض بارزة ومحددة بدقة وعدد الشركاء قليل. فيقومون بتحرير مخطط لتبيان نصيب كل واحد منهم بتحديد معالمه وحدوده.

ثم بعدها يتوجهون للموثق أين يتلقى ملفا كاملا الوثائق المطلوبة ويقرؤون أمامهم به بموافقتهم ورضاهم على التقسيم حسب المخطط المقدم من طرفهم. يقوم الموثق بإفراغ عقد القسمة في عقد رسمي بحضور الأطراف والشهود، ويسلم كل واحد منهم سند الملكية بعد تسجيل العقد وإشهاره.

ب - أما في حالة تعدد العقارات:

فيختص كل شريك بعد الإتفاق بعقار معين في حالة تعدد العقارات ثم يقومون بإجراءات نقل الملكية لدى الموثق. كما يمكن للشركاء الإستعانة بخبير مهندس عقاري للقيام بعملية القسمة ، وذلك بإعداد مخطط للأمكنة في خمس نسخ من مشروع القسمة، وترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار. من طرف الشركاء في الشبوع أو الموثق، وتودع بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية وبعد مراجعة هذه التقارير ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة والتأكد من إحترام المسافات وأن الأرض ليست فلاحية عند استلام قرار التجزئة.

عندما يشرع الخبير في قسمة المال الشائع، فإنه يقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب إذا كان ذلك ممكناً، وتستوي في ذلك القسمة الكلية أو القسمة الجزئية. فإذا كانت القسمة جزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع الذي ينبغي قسمته إلى حصص، أو حدد نصيب كل شريك في هذا الجزء، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تحديد.¹

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع حصص فإن من حق الخبير أن يعتمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع وذلك بقدر حصته فيه.² وقد يقتضي الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل يكمل بعض الحصص الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص، أو يكمل نصيب الشريك المفرز في حالة التحديد.

وتوضيح ذلك، أن الخبير قد لا يتمكن من تقسيم المال إلى حصص متساوي تمام، فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من الأخرى، قدر مبلغاً من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان.

وإذا كان ذلك الأصل في القسمة هو التسوية بين الحصص تسوية كاملة، إلا أن ذلك قد يكون صعب التحقيق ميدانياً. وحينئذ يجوز استثناء أموال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه المتقاسمون الحاصلون على حصص أكبر من أنصابهم عينا. إذا تقضى المادة 725 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه "وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه"، لذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل.

¹ - أ. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 149.

² - أ. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 152.

فمن تقع من الشركاء في نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة يصبح مدينا بهذا المعدل لمن تقع في نصيبه الحصة الصغرى¹، ونصت المادة 727 من القانون المدني "تجري القسمة بطريق الاقتراع، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

وكما قضت المحكمة العليا بأن " يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في جميع المنازعات لا سيما ما يتعلق منها بتكوين الحصص.

ولما أغفل قضاة الموضوع التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع فإنهم خالفوا بذلك القانون وعرضوا قرارهم للنقض²

2 -الفصل في النزاعات:

تنص المادة 726 من القانون المدني الجزائري :

"تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

- تبين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء على الشبوع نوعين:

النوع الأول: المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص.

النوع الثاني: المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص.

والملاحظ أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقسمة بصفة عامة، سواء ما تعلق منها بتكوين الحصص أو ما تعلق منها بالمنازعات المتعلقة بأصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء المشاعين.

¹ - أ . أحمد خالدي، المرجع السابق، ص153.

² - المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1992/10/28 ملف رقم 91439 المؤرخ في 1994، العدد3، ص18.

فالمشرع المصري ينص في المادة 838 من القانون المدني المصري على أنه " تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وأن تعين لهم جلسة التي يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات".

كما تنص المادة 839 من القانون المدني المصري على أنه " متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل اليه..."¹

بينما المشرع الجزائري لم يورد مثل هذه الأحكام، وعليه فإن الاختصاص النوعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، فإنها تعرض كلها على المحكمة الابتدائية ذلك ما يتضح بنص المادة 726 من القانون المدني الجزائري. وكلمة المحكمة يقصد بها المحكمة الابتدائية التي يبدأ بها هرم التنظيم القضائي الجزائري.

• إن المنازعات التي تثار أثناء إجراءات القسمة على نوعين:

فالنوع الأول منها يتعلق بتكوين الحصص من قبل الخبير المنتدب، كأن يدعي أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية أو يمكن إجراء القسمة بطريقة أفضل، كما تلحق بها المنازعات بين الشركاء المتعلقة بتحديد أنصبة الشركاء، كان يدعي أحد الشركاء أن نصيبه المفرز أقل بكثير من باقي الشركاء.

أما النوع الثاني منها فيتعلق بأصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، وقد تثار منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته، كل هذه المنازعات جدية يؤول الفصل فيها إلى

¹ - أ . أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 157.

المحكمة القسم العقاري التي تفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للإستئناف، وفي حالة تسجيل هذه المنازعات فعلى المحكمة الفصل فيها أولاً قبل الفصل في دعوى القسمة.

الفرع الثاني: كيفية توزيع الحصص بين شركاء

لشركاء في الشبوع كامل الحرية في إختيار طريقة توزيع الحصص فيما بينهم. إلا أنه غالباً ما تتبع إحدى الطريقتين:

أولاً: عن طريق التجنب

عن طريق التجنب وهو عبارة عن تعيين الجزء المفروز الذي سيؤول مباشرة إلى أحد الشركاء على ذلك وتسجيل ذلك في محضر في حال قيامهم بالقسمة دون اللجوء إلى الخبير. أما إذا قام الخبير بالقسمة فيقوم بفروز الحصص وإعطاء كل حصة لونا مغايراً عن باقي الحصص في مخطط القسمة، ثم يقوم الخبير بإسناد كل حصة لصاحبها.

ثانياً: وفي حالة ما كان التجنب بمعدل

وذلك كون بعض الحصص أكبر من الأخرى، ويجب على الشريك الالتزام بدفع المعدل إلى الشريك الذي حصل على حصة أقل من نصيبه وهذا بالإتفاق بين الشركاء. أما إذا تم تعيين الحصص على أساس أصغر نصيب، يمكن للشركاء الاعتماد على الاقتراع أو القرعة حتى تكون الفرص متساوية لكل الشركاء.

لكن في حالة إجراء القرعة على عقار قد يؤدي إلى تفتيت حصص بعض الشركاء وحصولهم على حصص غير متجاورة خاصة للشريك الذي لديه أكثر من حصة حيث تفقد قيمتها. ويمكن للشركاء في هذه الحالة الاتفاق على تقسيم يتقاضي فيه الخبير تفريق الحصص وابقائها متجاورة.¹

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 928.

المطلب الثاني: استحالة تقسيم العقار

تهدف القسمة الى إنهاء حالة الشبوع واستقلال كل شريك بنصيب مفرز عن الحصص الأخرى بتمكينه من إستغلال هذا النصيب والتصرف فيه ، أو الانتفاع منه كما كان قبل القسمة .

وقد يكون العقار غير قابل للقسمة أو تؤدي قسمته للإنقاص من قيمته فلا بد من تصنيفهن قسمة تصفية وهذا مانتاوله بالدراسة في (الفرع الأول) ، كما يكون فيه في بعض الحالات البقاء في الشبوع إجباريا وهذا ماسنراه في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: قسمة العقار بالتصفية رضائيا

تعد القسمة العينية الإجراء الأصلي ما دام القسمة لا تؤدي الى إحداث نقص كبير في المال الشائع ويمكن استغلاله استغلالا تاما، حسب اجتهاد المحكمة العليا. لكن في الحالة العكسية، إذا ما أدت القسمة العينية لإحداث نقص في المال الشائع وعدم استغلاله الاستغلال الأصلي، أو إذا كانت القسمة ستؤدي إلى تفتيت حصص الشركاء. " مادام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار في المزاد العلني غير صائب".¹

لابد من القيام بالقسمة التصفية هي إجراء إحتياطي كما هو الشأن في حالة ما إذا كان المال مصنعا أو محلا تجاريا أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت على كافة الشركاء أصبحت غير صالحة للبناء لصغر مساحتها. وأصبحت الحصص في العقار لا يمكن للشركاء أو بعضهم استغلالها والانتفاع بها مستقلة عن بعضها وجب على الشركاء في هذه الحالة التخلي عن القسمة القيام بقسمة تمكنهم من الانتفاع بنصيبهم ومن شأنها عدم إلحاق الضرر بالمتقاسمين.

ويمكن للشركاء إتباع الطرق التالية :

¹ - المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 2000/09/27 ملف رقم 201854 م.ق، 2004، عدد1، ص153.

يقصد بالقسمة بطريق التصفية بيع العقار الشائع عن طريق المزاد العلني وقسمة الثمن الذي يربو به المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع.¹ وذلك إذا لم تعذر القيام بالقسمة عينا أو إحداث نقص فادح في قيمة المال الشائع.

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

ولكن لا يجوز اللجوء الى بيع العقار المشاع في المزاد العلني إلا إذا كان غير قابل للقسمة عينا أو أن قسمته تؤدي لنقص فادح في قيمته، وأن هذا الشرط سيثبتته الخبير العقاري المختص. كما لو كان منزلا معدا لسكن أسرة واحدة، أو مصنعا أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لا يسمح البناء فيه.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد نظم الإجراءات والطرق القانونية الواجب إتباعها في بيع المال الشائع الذي تتعذر قسمته بالمزاد العلني وفقا لأحكام المادة 747 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

يجوز للشركاء أن يتفقوا على أن تكن المزايدة فيما بينهم لكن إذا إعترض أحد الشركاء على ذلك، فإنه يؤكد عدم إتفاق الشركاء على ذلك بالتالي لم يحصل الإجماع.² خاصة عندما يكون أحدهم غير قادر على دفع ثمن الحصص الأخرى اذا رسا عليه المزاد، فيترتب عليه ذلك طرح العقار للمزاد العلني ويشارك فيه من أراد سواء من الشركاء أو غيرهم.

الأصل في المزايدة مفتوحة للشركاء وغيرهم، إلا أن المشرع الجزائري أعطى الحق للشركاء بقصر المزايدة فيما بينهم وعدم دخول الجانب في المزايدة. والحكمة من

¹ - أ . أحمد خالدي، المرجع السابق، ص169.

² - المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 1993/10/26 ملف رقم 94089 م.ق، 1994، عدد1، ص80.

ذلك هو السماح للشركاء خاصة إذا كانوا من أسرة واحدة المحافظة على أموالهم وإبقاء هذا المال في نطاق الأسرة.¹

كما يمكن للشركاء على الشبوع الاتفاق فيما بينهم بعدم المشاركة في المزايدة. فإذا رسي المزداد على أحد الشركاء في الشبوع سواء كان المزداد فيما بينهم أو مع الغير، ففي هذه الحالة تعد قسمة بطريق التصفية أما إذا رسي المزداد على أجنبي كان هذا بيعاً فيما بين الشركاء والراسي عليه المزداد.

أما علاقة الشركاء فيما بينهم بالنسبة لدائنيهم فإن رسو المزداد على أجنبي ليس إلا إجراءاً تمهيدياً لقسمة الثمن المتحصل من المزداد فيترتب عليه كافة آثار القسمة.² وبناءً على ذلك فإن عملية القسمة وفي جميع الحالات المذكورة سابقاً، فإن القانون أوجب تسجيلها وإشهارها في المحافظة العقارية لكي تتمتع بالحجية اتجاه المتقاسمين أنفسهم واتجاه الغير.³

الفرع الثاني: الشبوع الإجباري

الأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشبوع، ومن ثم قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لإزالة الشبوع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع بموجب نص أو إتفاق.

أولاً: جواز الإتفاق على البقاء الشبوع لمدة معينة

تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أنه "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو إتفاق". إن الحق في طلب القسمة ليس متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم يجوز الإتفاق على تعطليه مؤقتاً. فيتفق الشركاء في المال الشائع على البقاء في الشبوع لمدة معينة ودواعي هذا

¹ - المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 1987/12/07 ملف رقم 46589 م.ق، 1989، عدد4، ص47.

² - أ. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص172.

³ - أ. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص172.

الإتفاق عديدة، فقد يكن من بين الشركاء في الشيوع من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات قد تطل، ولا يبقى لناقص الأهلية فترة طويلة لإستكمال أهليته. فيتفق الشركاء مع من ينوب ناقص الأهلية على أن يبقوا جميعا في الشيوع الى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته.¹

وقد يكون بين الشركاء غائب، يتوقعون قدومه بعد مدة معينة فيتفقون على البقاء في الشيوع طيلة هذه المدة حتى قدوم الغائب. وقد يكون أمام الشركاء في الشيوع مشروع لإستغلال المال أو لإجراء إصلاحات فيه وهو في حالة الشيوع، فيتفقون على البقاء في الشيوع المدة اللازمة لإجراء هذه الإصلاحات أو استغلال المال.

وقد تقتضي القسمة بيع بعض من المال الشائع يؤدي بيعها حالا لخسارة لهم، فيتفقون على البقاء في الشيوع حتى تسنح لهم الفرصة الملائمة لبيع وتحقيق الربح. وهكذا هناك عدة أسباب و دوافع ستدفع بالشركاء في الشيوع الإتفاق على إبقاء حالة الشيوع لفترة محددة. على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس سنوات كما حددته المادة 722 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

1- أحكام خاصة بالإتفاق على البقاء في الشيوع

أ- الإتفاق بالإتفاق على البقاء في الشيوع من أعمال الإدارة

يخضع الإتفاق على البقاء في الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد اللازمة. غير أنه يجب مراعاة أن الإتفاق على البقاء في الشيوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف فيكفي أن تتوافر في الشريك أهلية الإدارة دون أهلية التصرف.²

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المجلد 8، المرجع السابق، ص 884.

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 19.

ب- يجوز أن يكون الإتفاق على البقاء في الشبوع من بعض الشركاء

يُمكن للشركاء ان يبقوا في الشبوع مع خروج بعضهم و استقلاله بإدارة بعض المال و فرزه عن طريق الاتفاق ، فلا يمكن إجبار أحد على البقاء على هذه الحالة و هذا حسب نص القانون المدني.

ج- ليس من الضروري أن يدخل في الإتفاق جميع الشركاء :

فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء في الشبوع، فيكون هذا الإتفاق ملزماً لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا الإتفاق. كأن يكون بين الشركاء من هم غائبون، فيتفق الحاضرون على البقاء في الشبوع.

ويكون إتفاقهم صحيحاً ملزماً لمن وافق عليه، فلا يجوز لهم خلال هذه المدة المتفق عليها طلب القسمة. أما من لم يكن طرفاً في الاتفاق فيجوز له في أي وقت طلب القسمة كما يجوز له الإنضمام على الإتفاق الذي أبرمه بعض الشركاء بالبقاء في الشبوع لمدة معينة.¹

د- الحد الأقصى لمدة البقاء في الشبوع

وضعت المادة 722 من القانون المدني الجزائري حد أقصى للإتفاق على البقاء في الشبوع هو خمس سنوات. والحكمة من تحديد المدة المذكورة حداً أقصى للإتفاق على البقاء في الشبوع ألا يجبر الشركاء على البقاء في الشبوع الا مدة معقولة.

ولكي يظل الشبوع حالة إستثنائية، فيكون لكل شريك الحق في طلب إنهاؤها لكي تعود الملكية لوضعها الطبيعي.² فلا يجوز أن تكون مدة البقاء في الشبوع مؤبدة أو مدة معينة مرتبطة بواقعة غير معلومة سلفاً، بأن يتفق الشركاء على البقاء في الشبوع حتى وفاة أحدهم أو شخص من الغير . وكذلك إذا إتفق الشركاء على مدة تتجاوز خمس سنوات، فتقلص هذه المدة الى خمس سنوات المحددة قانوناً. غير أنه يجوز الإتفاق على تجديد

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 824.

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 20.

الاتفاق على البقاء في الشبوع بعد انقضاء المدة الأولى المتفق عليها. و لكي ينتج الإتفاق على التجديد أثره كاملا، يجب أن يتم بعد إنقضاء مدة خمس السنوات السابقة. أما إذا إتفق الشركاء في الشبوع على تجديد الإتفاق قبل انتهاء المدة الأولى فان المدة الجديدة يبدأ سريانها من وقت الاتفاق عليها دون انتظار إنتهاء المدة الأصلية. لأن القول بغير ذلك يجعل الشركاء في الشبوع ملتزمين من وقت الإتفاق الجديد بالبقاء في الشبوع، مدة تزيد على خمس سنوات وهذا لا يجوز قانونا.¹

ثانيا: الإتفاق على قسمة المهايأة كبديل القسمة النهائية

قسمة المهايأة هي "التي يتفق فيها الشركاء على تنظيم الإنتفاع بالشيء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر رهن منافعه يتناسب مع حصته، وهي تكون مهايأة مكانية أو زمانية،"² ولا يصح الإتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات بنص المادة 733 من القانون المدني الجزائري بقولها :

"يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التحديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشبوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، إفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 886، أنظر أيضا محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 21.

² - كحيل حياة، قسمة المهايأة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 20.

فإذا ازدادت المدة على خمس سنوات كان هذا إجباراً على البقاء في الشبوع، وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان الاتفاق على قسمة المهايأة يمنع من طلب القسمة النهائية طيلة مدته أو لا يمنع.

فذهب رأي إلى أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب القسمة العقار الشائع قبل إنتهاء المدة المتفق عليها في قسمة المهايأة، لأن قبول القسمة يؤدي لنقض إتفاق المهايأة قبل إنقضاء مدته وهو لا يجوز إلا برضا الشركاء جميعاً، محتجين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.¹

أما الرأي الثاني إلى أن إتفاق المهايأة لا يحول دون الحق في طلب القسمة النهائية قبل انقضاء مدة المهايأة، لأنه إتفاق يتعلق بطريقة الانتفاع فهو يرى ما دام الشبوع قائماً وينقضي بانقضاء الشبوع لسبب من أسباب انقضائه بما فيها القسمة النهائية.² لكن عند التدقيق في نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري يتبادر للأذهان التساؤل حول نوع هذا الإتفاق على البقاء في الشبوع.

وبالنظر لما يحدث في الواقع ومن الناحية العملية قلما حصل إتفاق على البقاء في الشبوع لمدة معينة وتم الالتزام به من طرف الشركاء. فهل عدم التحديد في نص المادة 722 من القانون المدني السالفة الذكر يعني العودة للقواعد العامة فالأولى كان تحديد نوع الاتفاق أو الإستفاضة في نص المادة بنصها سواء كان إتفاقاً شفهياً أو كتابياً لتحديد معالم الأمور ومحاولة لتنظيم التعامل ما بين الشركاء من أجل تمكينهم من الانتفاع بالمال المشاع سواء في حالة الشبوع أو الفرز.

أ- سريان الإتفاق على البقاء في الشبوع في حق الخلف العام والخاص للشركاء.

الإتفاق الذي يعقده الشركاء في الشبوع، كما يكون ملزماً لأشخاصهم، فإنه يكون ملزماً لخلفهم العام كالورثة أو الدائنين ولخلفهم الخاص كالمشتريين، وذلك عملاً بأحكام

¹ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 22، 23.

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 23.

المادة 722 من القانون المدني بقولها ".....نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

وبالرجوع للقواعد العامة وبالتحديد لنص المادتين 108 من القانون المدني الجزائري " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه ".

والمادة 109 من القانون المدني الجزائري " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه". فهي تشترط لإنقالاإلتزامات والحقوق المذكورة إلى الخلف الخاص علمه بوجودها وقت انتقال الشيء إليه.

إلا أن الرأي الراجح أن الإتفاق على البقاء في الشبوع يسري على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به طبقا لأحكام المادة 722 من القانون المدني الجزائري فيكون هذا النص قد أتى باستثناء خاص في هذا الصدد.¹

وقد يهب أو يوصي شخص لعدة أشخاص بمال شائع، وتتضمن الهبة أو الوصية، شرطا يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء في الشبوع لمدة معينة لباعث مشروع.

ما دام يجوز في عقد الهبة أو الوصية أن يشترط الواهب أو الموصي عدم جواز التصرف في المال الموهوب أو الموصى به، فالأولى أن يجوز للواهب أو الموصى اشتراط البقاء في الشبوع لمدة معينة وهو شرط أخفى من شرط المنع من التصرف. فهنا قياس مع الفارق، إذا أن المنع من التصرف لا يؤدي الى الاحتكاك المباشر الذي ينجم عن الشبوع.²

¹ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 26.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 887.

- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 24، 25.

ب - التعسف في طلب القسمة :

إن حق طلب قسمة المال الشائع مقرر لكل الشركاء، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يخضع في استعماله لنظرية التعسف في استعمال الحق. لذلك لا يجب أن ينطوي استعمال الشريك المشاع لهذا الحق على تعسف في استعماله، فإذا كان طلب القسمة لا يحقق مصلحة أو يحقق مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر التي يلحق باقي الشركاء.

كان للقاضي رفض طلب القسمة ويبقى الشبوع لحين انتهاء الضرر مثال على ذلك كأن تكون القسمة غير ممكنة ولا بد أن يباع المال الشائع وتكون الأسعار في حالة ركود.

ثانياً: البقاء في الشبوع بموجب نص

لا يجوز لأي من الشركاء طلب القسمة في حالة الشبوع الإجباري ذلك أن الغرض الذي أعده له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائماً على الشبوع مثل طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك كمتجاورين أو حائط مشترك أو الملكية مشتركة. ويلحق بهما نوع ثالث هو ملكية الأسرة.

تنص المادة 707 من القانون المدني الجزائري على أنه "يعد الحائط الذي يكون في وقت انشائه فاصلاً بين بنائين مشتركاً حتى مفرقهما هذا ما لم يعم الدليل على عكس ذلك". حتى تقوم هذه القرينة يجب توافر شرطين:

أولهما: أن يكون الحائط قد فصل بين بنائين متلاصقين.

ثانيهما: أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه.¹

ومتى ثبت أن الحائط مشتركاً وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر، فإن الحائط يعد مشتركاً إلى الحد الذي يتساوى فيهما البنائين البناءان. أي أن الجزء من الحائط الذي يعلو أحد البنائين فيعتبر ملكاً خالصاً لصاحب البناء الأعلى، وهذا هو المقصود "يعد مشتركاً حتى مفرقهما" في نص المادة 707 من القانون المدني السالفة الذكر.

¹ - أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016، ص 50.

أما بالنسبة للملكية المشتركة فتتص المادة 743 من القانون المدني الجزائري على أنه " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

فالملكية المشتركة تخص العقار المبنى، فلا تكون في الأرض الفضاء بل لابد من وجود بناء، وأن يتعدد المالكون لبناء واحد أو عدة بنايات. فإذا كان هناك بناء مملوك لشخص واحد وتجاوزه بناء آخر مملوك لشخص آخر، ويفصل بينهما مساحة شاغرة مستعملة بصفة مشتركة من قبل الجارين، فإن هذه الحالة لا تشكل ملكية مشتركة لعدم تعدد الملاك لبناء واحد.¹

وقد حدد المشرع الجزائري الأجزاء المشتركة في نص المادة 745 من القانون المدني ولكن هذا التحديد جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. إذا يمكن إضافة أجزاء جديدة لم يذكرها المشرع الجزائري في النص، إذا توافرت ضرورة الإستعمال المشترك؛ ويجب تحديد نسبة الملكية المشتركة بالنسبة لكل مالك وذلك عن طريق إعداد الجدول الوصفي للملكية المشتركة.

وتبدو أهمية تحديد هذه النسبة في تحديد نصيب الأعباء والنفقات الواجب دفعها من طرف كل شريك لصيانة الأجزاء المشتركة وترميمها وهذا ما تضمنه المادة 750 من القانون المدني الجزائري. ولما كانت الأجزاء المشتركة غير قابلة للقسمة لأنها شيوخ إجباري ناتج عن وضعية وطبيعة العقار فإنها تعتبر لصيقة بالأجزاء الخاصة وتدوم بدوام العقار.

ويترتب على ذلك عدم الجواز والتصرف في الأجزاء المشتركة ولا يجوز أن تكون محل دعوى القسمة أو بيعا بالمزاد علني مستقلة عن الأجزاء الخاصة بنص المادة 747 من

¹ - أ. مريم تومي، النظام القانوني للملكية المشتركة، دار الكتاب الحديث، 2015، ص30.

القانون المدني الجزائري "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة، أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم، أو بيعاً بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة". و ما تجدر الإشارة إليه أن ملكية الأسرة تطرق لها القانون المصري فقط.

ونخلص في نهاية هذا الباب الذي عالجت دراسته القسمة الرضائية كآلية لإزالة الشبوع أن القسمة عقد رضائي شكلي و تحصل باتفاق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الإلتجاء إلى القضاء فيتفقون على كيفية قسمة المال الشائع كلها أو بعضها. وأن المشرع الجزائري يملّي على الأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية اللجوء إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة بينهم في شكل رسمي أي يقوم بتحرير عقد قسمة ودية بحضور الأطراف و الشهود .

ولأن محل القسمة عقارا فإنه لا بد من تسجيله طبقا للإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لأحكام الشهر العقاري فإذا لم يتيسر الإتفاق لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة وحق طلب القسمة هو لكل شريك في المال ولكن قد ترد على هذا الحق قيود تمنع الشريك من طلب القسمة

وتوصلت الدراسة إلى أن للقسمة الإتفاقية شروط لابد منها وقد منع المشرع الجزائري قسمة الولي عن القاصر إلا بإذن من المحكمة .وتختلف نوعية القسمة حسب قابلية العقار للقسمة أم عدم قابليتها لهاو تحصل باتفاق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الإلتجاء إلى القضاء فيتفقون على كيفية قسمة المال الشائع كلها أو بعضها؛ و كما أن المشرع الجزائري يملّي على الأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة بينهم في شكل رسمي أي يقوم بتحرير عقد قسمة ودية بحضور الأطراف و الشهود .

الباب الثاني:

تقييم فاعلية الأحكام

الخاصة بالقسمة الرضائية

في القانون الجزائري

الباب الثاني

تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالقسمة الرضائية

في القانون الجزائري

عندما يراد تقييم كفاءة الأحكام القانونية المتعلقة بالقسمة الرضائية في تحقيق الأهداف المتوخاة من وضعها، والحكم على مدى إنسجامها مع توجهات المشرع حيالها؛ إذ في معرض محاولة المشرع تنظيم القسمة الرضائية، أورد المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام التي قصد بها تنظيم قسمة العقار الشائع قسمة رضائية؛ لكن هذه الأحكام انطوت على تناقضات ومخالفات لبعض القواعد المقررة في القانون المدني .

وهناك من اعتبر أن القسمة هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين أنصباء الشركاء فلا يكفي بالقسمة بمجرد القول بل لا بد لتحقيق القسمة هو الفعل المكون لها وهو الإفراز . يترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع يُعادل حصته من هذا العقار بعدما كانت شائعة؛ فإذا ما وقعت القسمة تركز حق الشريك في جزء مفرز من العقار يخلص له دون غيره من الشركاء .

ومن ثم كان الأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز وما يُصاحب ذلك من أثر كاشف، وهناك ما يمكن إطلاقه عليه بالآثار الخفية التي يمكن أن تتجمل حيث تطرح مسائل في قسمة التركة بمقتضى الإجتهد فيها واستنباط آثارها أيضا ما ينجم عن قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص وما تطرحه القسمة وفق قوانين تهيئة العمران والتجزئة.

الإفراز هو الأثر الجوهري للقسمة، وهو الذي يهدف إليه المتقاسمون ويعني أن يستقل الشريك بملكية الجزء الذي يختص به، بمعنى يصبح مالكا لهذا الجزء ملكية مفرزة. وإذا كان الجزء الذي يختص به عقارات فيجب احترام وإتباع الإجراءات المنصوص عليها في الشهر العقاري.

إلا أنه يترتب على كون الإفراز أثر للقسمة بحث الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الحصة للشريك المتقاسم ، فهل تؤول الملكية للشريك المتقاسم من تاريخ القسمة فتعتبر القسمة ناقلة للحق كالبيع أم أن الملكية تؤول اليه منذ أن تملك في الشيوع وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف .

ولقد حظى هذا الموضوع -الأثر الناقل والأثر الكاشف - باهتمام كبير من شراح القانون و تعرض له القانون المدني الجزائري في نص المادة 730 منه و نظرا لأهمية هذا الأثر الجوهرى المتمثل في الإفراز و ما يطرح من تساؤلات .

أما مسألة وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة، أيضا الأحكام المنصوص عليها في التنظيمات الهامة الواردة في قوانين التهيئة العمرانية وأخرى متعلقة بالمجال الفلاحي كالمرسوم المتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية التي وجب مراعاتها في قسمة تلك الفروع من العقارات و تعرض في إطار قانون الأملاك الوطنية لكيفية قسمة العقارات المشاعة بين الدولة و الخواص.

وقد يحدث أن يكون هناك دائنون للشركاء فأعطاهم المشرع حق الاعتراض على القسمة والتدخل فيها كما أعطى الشركاء للمتقاسمين حق الرجوع عن القسمة و كما أن وجود القسمة الرضائية بين الرغبة والحتمية وهذا ما سيتناوله الفصل الأول كما للقسمة الرضائية أحكام استثنائية وطوارئ و هو ما سيتناوله الفصل الثاني .

الفصل الأول

وجود القسمة الرضائية بين الرغبة و الحتمية

تنشأ القسمة الرضائية عن ذات الأسباب التي تنشأ عنها القسمة القضائية، ولعل وجود القسمة يساير النزعة الفردية لدى الإنسان ورغبته في أن يستأثر بملكية عقاره وحيدا بلا شريك؛ ويترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع يُعادل حصته من هذا العقار بعدما كانت شائعة. فإذا ما وقعت القسمة تركز حق الشريك في جزء مفرز من العقار يخلص له دون غيره من الشركاء؛ ومن ثم كان الأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز وما يُصاحب ذلك من أثر كاشف.

وهناك ما يمكن إطلاقه عليه بالآثار الخفية التي يمكن أن تنجم، حيث تطرح مسائل في قسمة التركة بمقتضى الاجتهاد فيها واستتباط آثارها أيضا؛ ما ينجم عن قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص وما تطرحه القسمة وفق قوانين تهيئة العمران والتجزئة وهذا ما ستعرض له الدراسة بالتفصيل وينقسم الدراسة في هذا الفصل إلى بحثين يتناول المبحث الأول الآثار القانونية للقسمة أما المبحث الثاني يتطرق إلى التوجهات المشرع إزاء القسمة الرضائية .

المبحث الأول

الأثار القانونية للقسمة الرضائية

الإفراز هو الأثر الجوهري للقسمة، وهو الذي يهدف إليه المتقاسمون ويعني أن يستقل الشريك بملكية الجزء الذي يختص به، بمعنى يصبح مالكا لهذا الجزء ملكية مفرزة، وإذا كان الجزء الذي يختص به عقارات فيجب احترام وإتباع الإجراءات المنصوص عليها في الشهر العقاري.

إلا أنه يترتب على كون الإفراز أثر للقسمة بحث الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الحصة للشريك المتقاسم، فهل تؤول الملكية للشريك المتقاسم من تاريخ القسمة فتعتبر القسمة ناقلة للحق كالباع أم أن الملكية تؤول اليه منذ أن تملك في الشيوع وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف .

ولقد حظى هذا الموضوع -الأثر الناقل والأثر الكاشف - باهتمام كبير من شراح القانون وتعرض له القانون المدني الجزائري في نص المادة 730 منه ونظرا لأهمية هذا الأثر الجوهري المتمثل في الإفراز وما يطرح من التساؤلات تتطلب الدراسة وضمن ثلاث مطالب أن يتم تحليل عملية الإفراز كمطلب أول وتتطرق الدراسة للأثر الكاشف للقسمة في المطلب الثاني أما المطلب الثالث يتطرق للأثر الرجعي للقسمة .

المطلب الأول : الإفراز كأثر للقسمة الرضائية

إذا كانت القسمة تعمل على اختصاص الشريك بجزء مفرز يختص به دون غيره من الشركاء، فإنه من الضروري أن يحصل كل شريك على الحصة التي آلت إليه بموجب القسمة خالية من كل التصرفات السابقة والتي يكون أحد الشركاء قد رتبها عليها قبل القسمة؛ ولأجل ذلك جاء نص المادة 730 من القانون المدني: "يعتبر المتقاسم مالكا

للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى."

الفرع الأول : تطور و تحليل عملية الإفراز¹

لقد غلب الرومان فكرة الأثر الناقل على الأثر الكاشف للقسمة معتمدين في ذلك على أساس اعتبار الشريك في اختصاصه عند القسمة بنصيب مفرز يكون قد بادل أقسام شركاءه على حصصهم الشائعة في هذا النصيب المفرز بحصته الشائعة في كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء.

ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية فالقسمة التي أجرت هذه المبادلة تكون هي أيضا ناقلة للملكية²، وقد ترتب على هذا التطور نتيجة منطقية وهي أن الرهن أو أي حق عيني آخر الذي يُنشئه أحد الشركاء أثناء قيام الشيوع على حصته يظل قائما على كل العقار المرهون رغم وقوع القسمة، حتى ولو قسم هذا العقار بين الشركاء أو اختص به شريك غير الراهن، إذ يؤول العقار إلى غير الراهن محملا بالرهن بقدر الحصة التي للشريك الراهن فيه.

وذلك لأن الشريك الذي آل إليه الشيء بمقتضى القسمة يعتبر خلفا للشريك الآخر بقدر حصته، ولما كان الرهن لا يقبل التجزئة فإن المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا أوفى بالدين كله، كما ترتب على هذا التصور أثر آخر من الناحية الضريبية حيث أصبح كل متقاسم ملزم بدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية³.

¹ - سيف بن سعيد لخزامي، القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في القانون العماني دراسة مقارنة بالقانون الأردني، مذكرة

ماجيسستير ، القانون المدني ، جامعة اليرموك، أربد ، الاردن 2015 ، ص 63 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص 950.

³ - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 199.

ونظرا لهاته النتائج الضارة غير العادلة، اتجه القضاء في عهد القانون الفرنسي القديم إلى إيجاد الحلول لتفادي مثل هذه المضاروبقيت القسمة ذات أثر ناقل في القانون الفرنسي القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل .

ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت الضغط الحاجات العملية فهذه الحاجات هي التي غلبت على نقيض ما كان الأمر في القانون الروماني، وظهرت هذه الحاجة في ميدان القانون المالي، وكذلك ظهرت في مجال القانون المدني. بعد أن كان يقتضي أن للقسمة أثر ناقلا أن ينتقل النصيب المفضل إلى الشريك محملا بالحقوق التي ترتبت عليه في أثناء الشيوع؛ وكان هذا الرهن واسع الانتشار، فقيل للتخلص من هذه الفكرة تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المفضل الذي يقع في نصيبه خاليا من الرهن الذي رتبه غيره ومن الحجز الذي وقع على حصة غيره .

وهكذا تغلب الأثر الكاشف للقسمة في مجال القانون المدني كما تغلب في مجال القانون المالي وتحت ضغط الحاجات العملية، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب، وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسي القديم¹؛ وقد ظهر ذلك في كتابات بوتييه إذ يقول: " يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث على أساس أنها تمليك، فالأثر الجوهرى للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من الموروث مباشرة الاموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين".

فالقسمة طبقا لهذا التصور ليست ناقلة للحق، وإنما هي كاشفة له أو محددة علاوة لمالها من أثر رجعي بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى الشريك بالقسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع، لا إلى وقت انعقاد القسمة²، وقد نقل القانون المدني الفرنسي قول بوتييه فيما

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 952.

² - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 224.

يتعلق بالأمر الرجعي للقسمة في المادة 883 منه .وكذلك فعل القانون المصري في المادة 843 حيث تنص على أنه "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ ان تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص".

وكذلك انتقل هذا القول 730 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنه "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص " .

ويرجع اقتصار هذه النصوص على ذكر الأثر الرجعي للقسمة دون الأثر الكاشف لهما، بسبب ما شاع من خلط بينهما حتى اعتبر مدلولهما واحدا، فأصبح يُذكر أحدهما للدلالة على الآخر مع أنه لا ترادف بينهما. إذ هما يختلفان في الأساس وفي نطاق التطبيق¹.

فالأثر الكاشف معناه ذلك التصرف الذي يقرر وضعاً قانونياً قائماً من قبل دون أن يعدل فيه؛ وهذا المعنى يفيد أن القسمة لا تعطي المتقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل، فالحق الذي كان في الشيوع هو الذي انتقل إليه بالقسمة، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك .

فالقسمة لا تخول للشريك سندا جديدا وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة، وهي لا تخول للشريك حقا جديدا ، بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك.والأثر الرجعي يفيد أن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك في الشيوع.

¹ - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 200.

فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث قد ملك نصيبه المقرر في الشركة منذ موت مورثه، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوخ والأثر الرجعي بالرغم من الآثار التي تخلفها والتي لا يمكن تجاهلها¹.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني من المادة 730 من القانون المدني

تنص المادة 730 من القانون المدني على ما يلي "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى". يتضح من هذا النص أن القسمة عندما تُقرّر نصيب كل شريك يكون لها أثر رجعي، ذلك أن الشريك يُعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت تملكه في الشيوخ.

فإذا كان قد تملك في الشيوخ بالميراث، اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة، وإذا كان قد تملك في الشيوخ بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت القسمة. وإذا كان قد تملك في الشيوخ باعتباره شريكا في الشركة بعدما تم حلها، اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة²؛ وفي المقابل لا يعتبر الشريك قد تملك في أي وقت أي مال آخر مفرز وقع في نصيب أي شريك آخر فلا يعتبر أنه تملك ولو حصة شائعة في هذا النصيب المفرز الذي تملكه الشريك الآخر.

وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة، ومنها تبين أن ليس للقسمة أثر كاشف فحسب، أي أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزا في المال الشائع³،

¹ - محمد غدومي البكري ، المرجع السابق ، ص175.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء ... ص 947.

³ أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 198.

بل لها أثر رجعي أيضا، أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفترض إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة .

المطلب الثاني: الأثر الكاشف مستمد من طبيعة القسمة الرضائية

إن القسمة بطبيعتها لها أثر كاشف إذ هي لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم بل إن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع الذي آل إليه بالقسمة و كل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي أصبح النطاق المعنوي للحق بالقسمة مطابقا لنطاقه المادي فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة و إنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عينها .

الفرع الأول : نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

يقتضي تحديد مجال أو نطاق تطبيق الأثر الكاشف تبيان الأشخاص الذين يقوم بالنسبة إليهم هذا الأثر والتصرفات التي يترتب عليها والأموال التي يطبق عليها .

أولاً: مجال تطبيقه من حيث التصرفات:

كل تصرف من شأنه أن ينهي الشيوع يكون له اثر كاشف فالقسمة النهائية أيًا كان نوعها قضائية أو اتفاقية ، عينية أو قسمة تصفية بمعدل أو بغير معدل يكون لها أثر كاشف ، أما القسمة المؤقتة وهي قسمة المهايأة، فليس لها هذا الأثر إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى قسمة نهائية¹، وعليه تتناول الدراسة الصور المختلفة للتصرف التي يمكن أن تعرض كما يلي:

¹ - نادية بوخرص، المرجع السابق، ص 122 .

1- القسمة العينية البسيطة :

هي القسمة التي يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عينا وهذا هو الأصل حيث أن الأثر الكاشف للقسمة تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها ولهذا يجب تحديد التصرفات التي تعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليها ذلك الأثر .

ولكي تعتبر من قبيل القسمة يجب أن يكون التصرف مؤديا لاختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، ويمكن أن يشمل كل المال الشائع أو بعضه ، وسواء تم ذلك بالنسبة إلى جميع الشركاء في الشيوع أو بعضهم¹. فالأثر الكاشف يثبت لها سواء كانت قسمة كاملة لفرز فيها لكل شريك نصيبه، أو كانت قسمة جزئية بأن كانت قاصرة على خروج بعض الشركاء الآخرين في الشيوع أو أن تكون قسمة جزئية يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع، يختص كل منهم بنصيب مفرز من الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعا فيما بينهم.

2- القسمة العينية بمعدل :

وهي القسمة التي يُعوض فيها الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عينا، بمعدل نقدي يُعادل مانقص من نصيبه ، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه وليس من شأن هذا المعدل أن يغير طبيعة القسمة². حيث إنه مجرد وسيلة لتسجيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبتهم ولتحقيق المساواة بينهم، ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على القسمة.

¹ - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 208.

² - المرجع نفسه، ص 209.

3-القسمة بطريق التصفية:

هي القسمة التي يباع فيها المال الشائع بالمزاد العلني، لكي يوزع ثمنه على المتقاسمين وهي تعادل القسمة العينية، ويثبت لها الأثر الكاشف إذا تمت باتفاق الشركاء أو بقضاء المحكمة مع اختلاف الحكم . إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية. وإذا كان الراسي عليه المزاد يكون رسو المزاد بيعا من الشركاء لهذا الأجنبي .

فينطبق الأثر الكاشف للقسمة ويترتب على ذلك أن حق كل شريك في هذا الثمن لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته في المال الشائع، وإنما يتوقف هذا التحديد على ما قد يؤول إلى الشركاء من هذا الثمن عند إجراء القسمة بين الشركاء.

4 - الاتفاق الذي يكسب به الشريك ملكية حصص باقي الشركاء :

هذا الإتفاق ودي فيصبح المال الشائع بموجبه مملوكا ملكية مفرزة لأحد الشركاء، فهذا التصرف لا يعتبر ناقلا للملكية بل هو مثل القسمة العينية، يعتبر تصرفا كاشفا وتنطبق عليه أحكام القسمة¹. والرأي السائد في الفقه والقضاء هو أن التصرف الذي يعتبر من قبيل القسمة ويترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض، وذلك بحجة أن القسمة في جوهرها تصرف بعوض.

وأن اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدي إلى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، فالهبة التي تؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون تصرفا ناقلا، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب.

¹ - أحمد خالدي ، مرجع سابق ، ص 211.

وهناك من الفقهاء من يرى بعدم التفرقة في هذا الخصوص بين التصرف بعوض والتصرف بدون عوض .

ولما كانت عملية القسمة تتطوي على التغيير في حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز، فلم يعد هناك ما يدعو إلى التفرقة تبعا لنوع التصرف الذي يؤدي إلى هذا التغيير؛ وهذا هو الرأي الراجح لأنه هو الذي يستشف و يتفق مع وظيفة القسمة وما تُسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز، وليس هناك ما يدعو إلى التضحية بمصالح خلف الشريك ودائنيهاذ لهم رفع دعوى غير المباشرة (دعوى عدم نفاذ التصرف) حيث تصبح الهبة غير نافذة في حقهم¹. ومن خلال ما تقدم لا يترتب الأثر الكاشف على التصرفات التي تقتصر نتيجتها على مجرد إنقاص حق الشركاء، دون أن يترتب عليها إفراز الملكية².

ثانياً : مجال التطبيق من ناحية الأموال

إن الذي يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء ومن ثم كان طبيعياً أن ترد القسمة على كل المال الشائع، وأن الأثر الكاشف ينطبق على كافة الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة أو التصرف المعادل للقسمة³ وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتي :

بالنسبة لمعدل القسمة فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار، على أن يدفع صاحب الأرض معدلاً لصاحب الدار، فإن هذا المعدل مال أجنبي على الأموال التي أفرزت بالقسمة وهي الأرض والدار، فيسري الأثر

¹ - عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص 230.

² - أحمد خالدي ، مرجع سابق ، ص 213.

³ - نفس المرجع ، ص 214.

الكاشف على كل من الأرض والدار ولا يسري على المعدل، ومن ثم يعتبر كل من الأرض والدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشيوع لا من وقت القسمة.

أما المعدل فلا يسري عليه الأثر الكاشف، فيقوم التزاما في ذمة المدين به بموجب القسمة، لكن بأثر ناقل لا كاشف فلو أن المعدل كان عقارا كأن يتعهد الملتزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلا صغيرا معدلا للقسمة؛ فإن القسمة بالنسبة لهذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بينهما كمتعاقدين إلا بالتسجيل¹.

أما بالنسبة للحقوق الشخصية فهي مما يخرج من نطاق الأثر الكاشف الحقوق الشخصية التي لا تشمل عليها التركة والتي ترد عليها الشيوع حيث ان هذه الحقوق منقسمة بين أصحاب الحق الشخصي، منذ ان صارت التركة الى الورثة لوفاة المورث غير انه عند عدم قابلية هذه الحقوق للانقسام ينطبق عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة لأحكام الشيوع².

لا تدخل في الشيوع مع أموال الشركة الشائعة الأموال التي تشمل عليها التركة لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم وذلك مالم يكن غير قابل للانقسام إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لأحكام الشيوع؛ وعلى ذلك إذا توفى دائن تاركا العديد من الورثة انقسم الحق بينهم، فيصبح الواحد منهم دائنا للمدين مستقلا بجزء من الدين بنسبة حصته في الشركة³.

والجدير بالذكر أن القانون المدني الجزائري قد خلى من النص وعدم معالجة مسألة دين التركة وأحال ذلك إلى أحكام قانون الأسرة بموجب المادة 774 منه بقولها " تسري

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق، ص 962.

² - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 253.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 232.

أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث على إنتقال أموال التركة" حيث أنه بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم نجده ينص في المادة 180 منه على ما يلي : " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

1_ مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2_ الديون الثابتة في ذمة المتوفي .

3_ الوصية .

فإذا لم يوجد فرائض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ،فإذا لم يوجد آلت للخرينة العامة "

ثالثاً: مجال التطبيق من حيث الأشخاص

يسري الأثر الكاشف بالنسبة لجميع المُتقاسمين رأي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة، ويستوي في ذلك من كان يملك في الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك في الشيوع بعد ذلكمادام أنه في الشيوع وقت القسمة ومن ثم يسري الأثر الكاشف على جميع الورثة .وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة؛ فليس من الضروري إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوع قد اقتسموا حقوقهم من سند واحد¹ .

أمّا بالنسبة للغير فإنه يحتج عليه أيضاً بالأثر الكاشف للقسمة وتطبيقاً لذلك أنه لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع، فمثلاً إذا رتب أحد الشركاء رهناً على المال الشائع كله أو جزء منه

¹ -عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص963.

أو على حصة فيه فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع هذا المال أو جزءا منه في نصيبه عند القسمة.

حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن، فالقسمة كاشفة لا ناقلية وبالتالي يظل الرهن غير نافذ في حقه كما كان قبل القسمة ، أي يخلص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبة الشركاء¹.

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على الأثر الكاشف

لقد قام الأثر الكاشف بدور كبير في إعادة تقسيم الآثار المترتب على القسمة بما يتلاءم مع طبيعتها وما يخدم مصلحة المتقاسمين، ويترتب على الأثر الكاشف ثلاث نتائج في غاية الأهمية وهي سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على نصيب مفرز آل إلى غيره وعدم اعتبار القسمة نسبيا صحيحا للتقادم القصير وتسجيل القسمة والاحتجاج بها لما يلي:

أولاً : مصير التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على المال الشائع

تتجلى نتائج الأثر الكاشف للقسمة في مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع على المال الشائع، فعند القسمة ووقوع جزء مفرز من المال الشائع في نصيب أحد الشركاء، فإن هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التي صدرت من الشركاء الآخرين أثناء الشيوع².

¹- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص ص208، 27

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية المرجع السابق ، ص ص964.

وذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم وتحديد نطاقه، فهي ليست سند تمليك المتقاسم للنصيب المفرز الذي اختص به ، وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين¹؛ ويسري هذا الحكم على كافة الحقوق العينية التي رتبها الشركاء الآخرون على النصيب المفرز سواء كانت حقوقا عينية أصلية، أو حقوقا عينية تبعية ولا يمنع من هنا السقوط أن يكون الحق قد سجل أو قيد.

فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف بالبيع في الحصة المفرزة التي آلت إلي الشريك خالية من هذه التصرفات، وكذلك إذا كان أحد الشركاء في المال الشائع قد رهن الحصة المفرزة أو جزء منها رهنا رسميا أو حيازيا². جاز للشريك الذي آلت إليه الحصة المفرزة أن يطلب من هذا الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتب من جانبه³.

ثانياً: عدم التمسك بالقسمة في التقادم الخماسي

إذا إختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار فإنه لا يعتبر مالاً له بموجب عقد القسمة، إذا القسمة كاشفة لا ناقلة ولكنه يعتبر ملكاً له كما قدمنا منذ بدء الشيوع ثم نفرض أحد الفرضين:

بالنسبة للفرض الأول كأن يكون هذا العقار قد ورثه المشتاعون في تركة مورثهم، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار، بل كان مغتصباً إياه أو واضعاً يده عليه دون سند تمليك. فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو

¹-أحمد خالدي ، المرجع السابق، ص 217، 218.

²- محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 201.

³- عبد الرزاق احمد السنهوري ،حق الملكية، ص965

حسن النية لا يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير فهو لا يستطيع أن يستند إلى القسمة إذ هي لا تعتبر سبباً صحيحاً؛ لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلاً¹، ولا يستطيع أن يستند كسبب صحيح إلى الميراث لأنه ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقع مادي فلا يصلح سبباً صحيحاً في التقادم القصير².

أما بالنسبة للفرض الثاني فيكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعاً فيما بينهم، وقع عند القسمة مفرزاً في نصيب أحدهم فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية لا يستطيع أيضاً التمسك بالقسمة كسبب صحيح للملك بالتقادم القصير؛ ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة، يصعد إلى البيع الذي بموجبه اشتراه هو وشركائه في العقار ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع وهو سبب صحيح لأنه ناقل الملكية وليس بفضل القسمة³.

ثالثاً: تسجيل القسمة وشهرها

بموجب قانون الشهر العقاري الجزائري الصادر بالأمر رقم 74 / 75 بتاريخ 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري شهر جميع التصرفات الواردة على العقار فقد نص في المادة 15 منه على أن " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارة في مجموعه البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاه أصحاب الحقوق العينية".

كما أنه أكد في نفس المادة 16 من نص القانون على أن: " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية، ص 966

² - احمد خالدي، المرجع السابق، ص 223

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية، مرجع سابق، ص 966

يكون لها اثر رجعي حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعه البطاقات العقارية".

ويترتب على عدم التسجيل وشهر أن الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير فإذا كانت التصرفات الكاشفة بالقسمة يترتب أثارها في ما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها وشهرها. بحيث يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، فانه لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة وشهرها .

والغير هنا هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع، وقام بشهره قبل شهر عقد القسمة فإذا باع أحد الشركاء نصيبه شائعا في العقار وأشهر المشتري عقده قبل شهر عقد القسمة، فان هذه القسمة لا تكون حجة عليه؛ أما إذا كان شهر القسمة سابقا على شهر عقد البيع فان القسمة تكون حجة على المشتري من طرف الشريك الذي وقع في نصيبه المفرز العقار محل البيع ومن ثم لا يُعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري.

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت، فإن الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة فللمشتري للحصة الشائعة إذا سجل عقد شرائه، وإذا كانت القسمة لم تسجل يكون له الحق بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء. فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء¹.

¹ - عبد الرزاق أجمد السنهوري ، حق الملكية ، ص 967، انظر ايضا أحمد خالدي، المرجع السابق ص 219.

المطلب الثالث : الأثر الرجعي للقسمة

يتناول هذا المطلب المقصود بالأثر الرجعي و كذا أهم المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي و مدى تعلقه بالنظام العام في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نبرز فيه موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة .

الفرع الأول :الأثر الرجعي للقسمة

أولاً -المقصود به

يقصد بالأثر الرجعي للقسمة إن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك في الشيوع، وإن ما لم يؤل إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام، ويفترض إذا بمقتضى الأثر الرجعي إن كل وارث قد ملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه.ويرتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث وبقيت إلى أن تمت القسمة وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأن لم تكن¹ .

ولقد ميز بعض الفقهاء بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، حيث اعتبروا أن الأثر الكاشف يكفي للوصول في أهم ما يراد من النتائج من القول بالأثر الرجعي، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز مطهرا من تصرفات شركائه الصادرة أثناء الشيوع ومتقلا بتصرفاته هو وبهذا المعنى نستغني عن الأثر الرجعي علما أن النصوص المدونات العربية قد جاءت بمفهوم الأثر المستند، أما النتائج التي ترتبت على الأثر الرجعي للقسمة فلا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر،² وهنا لابد من توضيح مزايا وعيوب الأثر الرجعي للقسمة.

¹ - بشار محمد غديمي البكري، المرجع السابق، ص 185

² - مازن زايد، المرجع السابق، ص 134.

ثانيًا - مزايا وعيوب الأثر الرجعي

الأثر الرجعي هو اثر مخالف للواقع وإذا ما طبق فهو يخلق نوعا جديدا من الملكية. بحيث يترتب على الأثر الرجعي للقسمة محو مرحلة الشيوخ السابقة لها وهي مرحلة لا شك في قيامها. ففي قسمة التركة يترتب على الأخذ بفكرة الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوخ التي عقت موت المواريث وهي مرحلة تطول خاصة في مجتمعنا الجزائري، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي.

واقع الأمر أن مرحلة الشيوخ هذه قد وجدت وتركت أثارا لا يجوز تجاهلها منها إن ما قبضها الورثة من الثمار في مرحلة شيوخ لا يجب رده، ولو أعمل الأثر الرجعي للقسمة لوجب رد الثمار؛ ولوجب أن يستولي كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه ومنها أن تركه ينظر إليها وقت القسمة، لا وقت موت المورث فهذه الآثار تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوخ السابقة للقسمة.

بمعنى إذا كانت قسمة العقار عن طريق التصفية وذلك ببيع العقار بالمزاد فإذا طبقنا هذا القول فهذا يعني أن المالك لم يملك شيء منذ تاريخ موت مورثه مثلا وهذا لا يتماشى مع الواقع .

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة الرضائية

تنص المادة 730 من القانون المدني: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى" يلاحظ على هذا النص أنه اقتصر على تكريس الأثر الرجعي للقسمة وأغفل أثرها الكاشف .

ورغم أن المشرع الجزائري ساير المشرعين المصري والفرنسي والفقهاء التقليدي في الاعتراف للقسمة بأثر رجعي إلا أنه أورد من ناحية أخرى نصوصاً متعددة أبعد فيها الأثر الرجعي. فمن ذلك ما نصت عليه المادة 714 فقره الثانية من القانون المدني: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ."

فالمشرع الجزائري يظهر صراحة إعراضه عن إعمال الأثر الرجعي للقسمة إذ يبقى على صحة التصرف باعتباره صادراً من مالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير متصرف.

ولكنه يستبدل عن طريق فكره الحلول العينية ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف إلا على أساس الغلط، وهو ما يعني منعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك، وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب متصرف.¹

وكذلك ينفي المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة صراحة في نص المادة 890 بقولها "يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته .

¹ - احمد خالدي، المرجع السابق، ص 225

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من هذا العقار وثم وقع في نصيبه عند غير العين التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، و يبين هذا القدر بأمر على عريضة .

ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه بأي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على الوجه برهن صدر من جميع الشركاء و لا بامتياز المتقاسمين .¹

ويتضح من هذا النص أن المشرع أكد على أن هذا الرهن يبقى صحيحا بنفس مرتبته رغم وقوع النصيب المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك الراهن، ولكنه غير محله تبعا لتغيير محل ملكية الشريك الراهن فأوقعه على قدر من الأعيان الواقعة في نصيب الراهن بالقسمة يعادل قيمة المرهون.¹

كما يتضح عدم إعتداد المشرع الجزائري بأثر رجعي حينما أبقى الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع نافذا، أي كانت نتيجة التي ترتب على قسمة العقار فيما بعد. أو بيعه في حال عدم إمكانية قسمته ويزيد تأكيد نفي المشرع الجزائري للأثر الرجعي للقسمة ما ينص عليه في شأن الضمان والغبن من أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة طبقا لأحكام المادتين 731 فقره 1 من القانون المدني بقولها :

"يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين".

¹-راجع أحكام القانون المدني

بحيث لو كانت للقسمة اثر رجعي لوجب أن يكون التقدير على أساس القيمة وقت بدء الشيوخ، وكذلك ما ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 879 فقره 2 من القانون المدني بقوله "ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاث و ثلاثين سنة إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة مال مورث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الارتفاق بالتقادم وإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها .

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوخ فاننتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين كما عن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين.¹

وهذا ما يبرر الحكم الخاص الذي خاص به المشرع امتياز المتقاسم وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتب الامتياز العقاري بتاريخ قيده، فالمادة 890 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري تنص على أن "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته .

وإذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شان بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين."

¹ - احمد خالدي، المرجع السابق، ص 226 ومايليها.

وإذا كانت هذه المادة تجعل الرهن الذي انتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل. يحتفظ بمرتبة القديمة، إذا تم القيد الجديد له طبقاً للإجراءات وفي المواعيد المنصوص عليها في نص المادة السالفة الذكر، لا أنه يتأخر عن امتياز المتقاسم رغم أنه جاء بعده في قيده لتاريخ قيد الرهن¹.

إمّتياز المتقاسم لقد قرر المشرع الجزائري للشركاء الذين اقتسموا منقولاً أو عقاراً حق امتياز على ذلك المنقول أو العقار فقد نصت المادة 998 من القانون المدني على أن "لشركاء الذين اقتسموا منقولاً، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب السمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

وتكون لإمّتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لإمّتياز البائع، فإذا تزامن الحقان قدم من سبق في التاريخ ."

كما نصت المادة 1001 من نفس القانون على: "إن للشركاء الذين اقتسموا عقاراً وحق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الآخرين وبما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الإمّتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999 ."

يضمن هذا الامتياز حقوق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين بسبب القسمة ويستوي في ذلك أن تكون القسم كلية أو جزئية ودية أو قضائية عينية أو بطريقة تصفية² ويشمل ذلك:

- معدل القسمة .

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 221

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، ص 1006.

- ثمن التصفية، أي ثمن الذي يسرو به المزاد على أحد المتقاسمين لعدم إمكانية القسمة عينا.

- التعويض الذي يستحقه احد المتقاسمين لدى المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق .

والعلة من تقرير الامتياز المتقاسم هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين. فهذه المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعها على المتقاسمين الآخرين بمزاومة دائني مدينه وبالتالي لم يستوف حقه كامل¹.

المبحث الثاني : توجهات المشرع الجزائري إتجاه القسمة الرضائية

يبدو موقف المشرع الجزائري من وجود الملكية الشائعة وتنظيمها مترددا، فتارة يبدي المشرع عدم ترحيبه ببقاء حالة الشيوع من خلال رغبته في تسهيل إزالة الشيوع رضاء أو قضاء²، وتارة تجده ينظم أحكاما توعي بترحيبه بوجود الشيوع وحتى باستمراره كما في الأحكام الخاصة بملكية الأسرة .

ففي معرض بيان عدم رغبة المشرع الجزائري في بقاء الشيوع، يمكن ملاحظة أحكام ومبادرات تشريعية تدل بوضوح على موقف المشرع الجزائري غير المرحب باستمرار الشيوع؛ لما فيه من نزاع يعيق إستقرار المعاملات المدنية ويهدد حالة التفاهم بين الشركاء في الشيوع³، وكذلك الصعوبات العملية والقانونية التي تحيط بإدارة المال الشائع والإنتفاع به بما يعود بالنفع على الشركاء والمجتمع بوجه عام .

¹ - احمد خالدي ، المرجع السابق، ص221

تنص المادة 723 من القانون المدني على أنه : " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ..."

تنص المادة 722 من القانون المدني على أنه : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع"

ويتجلى هذا التوجه التشريعي في إجازة المشرع الجزائري إتفاق الشركاء على إزالة الشيوخ فيما بينهم بقسمة المال المملوك على الشيوخ، كما أجاز المشرع لأي شريك في الشيوخ طلب إزالة الشيوخ بصرف النظر عن مقدار حصته في المال الشائع و دون اشتراط وجود سبب أو مبرر لهذا الطلب.

كما أجاز المشرع قسمة التصفية كوسيلة لإزالة الشيوخ عندما لا يمكن قسمة المال المملوك على الشيوخ قسمة العينية¹، وأقر المشرع حق الشفعة للشريك في المال الشائع مما يؤكد رغبته بإزالة الشيوخ أو بإنقاص عدد الشركاء في الشيوخ للحد الأدنى .

المطلب الأول : تناقض بعض الأحكام مع توجهات المشرع

في معرض محاولته تنظيم القسمة الرضائية، أورد المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام التي قصد بها تنظيم القسمة الرضائية، ولكن هذه الأحكام انطوت على مخالفة لبعض الأحكام المتعلقة بالقسمة الرضائية مع توجهات المشرع حيالها .

وسنعرض تاليا لأبرز هذه الأحكام في فرعين أين يتناول الفرع الأول تناقض بعض الأحكام المتعلقة بالقسمة الرضائية مع توجهات المشرع حيالها، أما الفرع الثاني يتطرق للإدارة غير القضائية للقسمة الرضائية كمقاربة جديدة .

الفرع الأول : إجازة إرجاء القسمة لمدة لا تزيد عن خمس سنوات

أجاز القانون المدني أن يتم تأخير عملية القسمة لمدة أقصاها خمس سنوات باتفاق الأطراف بنص المادة 722 من القانون المدني، ورغم أهمية الحكم الوارد فيه، إلا أن النص يفتح الباب واسعا للعديد من الأسئلة فضلا عما ينطوي عليه النص من تناقضات وتعقيدات قانونية كما يلي بيانها :

تنص المادة 728 من القانون المدني علة أنه "إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد

¹قسمته..."

أولاً- إن مجرد النص على إمكانية طلب تأخير القسمة يثير الشك عن حقيقة توجهات المشرع الجزائري إزاء الشيوخ، كما تم تبينه أن مجمل الأحكام المتعلقة بالشيوخ تفصح عن عدم ترحيب المشرع بهذا النوع من الملكية و رغبته في التخلص منها لما تنطوي عليه من تحديات قانونية وواقعية كثيرة.¹

ورغم أن تطبيق القواعد العامة المقررة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية قد يوضح بعض التعقيدات القانونية والأسئلة، إلا أن غموضا كبيرا يعتري النص؛ وإزاء هذا الغموض وأوجه النقص التي تم بيانها فيه، ونظرا لتناقض الحكم الوارد في النص مع رغبة المشرع في إنهاء القدر الأكبر من حالات الشيوخ، فإن إلغاء النص بصورته الحالية أصبح ضرورة حتمية، أو على الأقل معالجة النص لجعله قابلا للتطبيق وفقا لسياسة المشرع الجزائري .

ثانيا- لم يشر النص إلى نطاق تطبيقه، وفيما إذا كان متعلقا بالقسمة القضائية أو القسمة الرضائية لأن أمر القسمة أو البقاء في الشيوخ أو تأخير القسمة متروك برمته للشركاء في الشيوخ .

ثالثا - لم يشر النص إلى الوقت² الذي يجوز فيه تقديم الطلب تأخير القسمة إذا ما كان يشترط تقديمه والإتفاق عليه قبل الخروج من الشيوخ أو في أي مرحلة من مراحل إزالة الشيوخ، وتقتضي العدالة أن يتم ضبط طلب تأخير القسمة بضابط زمني محدد حتى لا تنشغل المحاكم بدعاوي الخروج من الشيوخ فترة طويلة وبعدها يتقدم الشركاء بطلب تأخير القسمة .

¹ -راجع نص المادة 722 من القانون المدني

² - راجع نص المادة 722 من القانون المدني

رابعاً- لم يوضح النص طبيعة سلطة المحكمة إزاء طلب تأخير القسمة وفيما إذا كانت المحكمة تملك السلطة التقديرية لقبول الطلب أو رفضه، أو أنها ملزمة بقبول الطلب حال تقديمه من الشركاء جميعاً .

خامساً- لم يبين النص حجية القرار الذي تصدره المحكمة بالموافقة على تأخير التقسيم لمدة أقصاها خمس سنوات وفيما إذا كان الحكم يعتبر حجة على الخلف العام أو الخاص للشركاء في الشروع .

سادساً- لم يشر النص إلى أثر قرار المحكمة بالموافقة على تأخير القسمة على حق الشركاء في الإتفاق على القسمة الرضائية خلال مدة التأخير المقررة؛ خاصة وأن القواعد العامة تقتضي عدم تأثر حق الشركاء في الإتفاق على القسمة الرضائية حتى خلال فترة تأخير القسمة المقررة قضاء بناء على اتفاق جميع الشركاء في الشروع¹.

سابعاً- لم يعالج النص أثر تغير الشركاء أو بعضهم كما لو توفي الشريك وحل محله ورثته، ويزداد الأمر صعوبة إذا اختلف موقف الشركاء من مسألة إزالة الشروع أو البقاء فيه بعد إنتهاء مدة تأخير القسمة المقررة .

الفرع الثاني : الإدارة غير القضائية لإزالة الشروع

للخصومة في دعوى الخروج من الشروع طبيعة خاصة، فهي في الغالب ليست خصومة مدنية بالمعنى المتعارف عليه، حيث لا تتضمن إزالة ضرر حاصل على أحد الأطراف ويطالب بالتعويض عنه، أو هناك إعتداء على الحقوق ويطالب برفعه عنه .

¹ - راجع نص المادة 722 من القانون المدني

غاية ما في الأمر أن الشركاء في الشيوع يطلبون من جهة محايدة تساعدهم على تعيين حصصهم من خلال الإفراز¹، ويلاحظ أن عدد الشركاء في دعوى الخروج من الشيوع هم في الغالب أكثر من إثنين، وقد يصل إلى عدد كبير منهم بأوضاع قانونية مختلفة من حيث الأهلية والحضور والغياب وبحصص متفاوتة في نسبتها .

مما يخلق صعوبات إجرائية في إدارة الدعوى وفقا للإجراءات القانونية المتبعة للفصل فيها، كما أن دعاوي الخروج من الشيوع تتطلب تعيين خبراء للانتقال ومعاينة واقع المال الشائع و يجرون القسمة ويعدون تقريراً بذلك الى المحكمة المختصة .

وهي إجراءات تستغرق وقتاً وجهداً ومصاريف يجعل هذا النوع من الدعاوي عبئاً يثقل كاهل القضاء والشركاء والخبراء في خصومة من نوع خاص قد لا تستدعي ذلك.

وبناء على كل ما سبق شرحه يفتح الباب للتفكير بمقاربة قانونية جديدة لإزالة الشيوع، ولعل نقطة البداية في إيجاد هذه المقاربة تكمن في إلغاء الموانع القانونية من إجراء القسمة الرضائية ضمن ما تسمح به قواعد القانون²، فبالرجوع لنص المادة 723 من القانون المدني نجده وضع مانعاً قانونياً من إجراء القسمة الرضائية يتمثل في وجود قاصر بين الشركاء، ومعلوم أن القواعد الخاصة بالوكالة والأحكام الخاصة بأهلية الأشخاص وحالتهم المدنية وقواعد حماية القصر وناقصي الأهلية تسمح بتجاوز هذا المانع القانوني من خلال إجازة القسمة الرضائية بحضور نائب عن الغائب وحضور الولي أو الوصي الشريك القاصر أو فاقد الأهلية من دون أن يشكل ذلك خروجاً عن القواعد العامة في القانون المدني .

تنص المادة 724 من القانون المدني على أنه " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائعو تعيين المحكمة خبيراً أو أكثر

للتقويم و قسمة " .¹

² - راجع نصوص المواد المتعلقة بالملكية الشائعة في القانون المدني .

أما إذا تعذر إجراء القسمة الرضائية بسبب عدم اتفاق الشركاء، فثمة حاجة تستدعي أن يتم إجراء القسمة من قبل جهة محايدة نزيهة ويتم إقتراح في هذا الصدد أن يحقق المشرع تقدما في هذا المجال من خلال تشكيل هيآت خاصة تتولى النظر في طلبات الخروج من الشيوخ يراعى في اختيار أعضائها الكفاءة والخبرة والنزاهة والحياد على أن يرأس اللجنة قاضي منتدب، وأن تتمتع هذا الهيآت بنظام خاص مرن تطبقه في معرض ممارستها لإختصاصها وتخضع قراراتها بالرقابة القضائية .

هذا الإقتراح الهادف إلى إيجاد مقاربة تشريعية جديدة لإدارة دعاوي الخروج من الشيوخ تبدو الحاجة قائمة لدراسته وإقراره ومراجعته حسب ما يظهر في الواقع من صعوبات و هذا بعد الإستعانة بآراء الخبراء والمختصين في هذا المجال، ولضمان سرعة إنجاز الإجراءات الخروج من الشيوخ أمام الهيئة المقترحة فيمكن للمشرع الجزائري تحديد مدة قصوى يجب خلالها الخروج من الشيوخ .

المطلب الثالث: أحكام نقض القسمة الاتفاقية للغبن

لما كانت القسمة الرضائية عقدا تسري عليه أحكام سائر العقود فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد، فقد يطعن في قسمة الاتفاقية، بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت القسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان، وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية ، فإذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا ، ولم ترى على الإجراءات القانونية الواجبة في مثل هذه الحالة.

جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة، وقد يطعن في القسمة الإتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة فإذا وقع الشركاء ومثلا في غلط جوهر جاز للشركاء الآخرين طلب إبطال القسم الاتفاقية للغلط، كذلك يجوز طلب إبطال القسم

الاتفاقية للتدليس، أو الإكراه أما الغبن فقد أفرد القانون بأحكام خاصة نظرا لأهميته في القسمة.

يجوز نقض القسمة الاتفاقية للغبن بنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين

أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة؛ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ."

ويلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن؛ إذ المفروض أن القسمة القضائية قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وضمان المساواة فيما بينهم¹، وذلك على خلاف القانون الفرنسي الذي أباح نقض القسمة القضائية للغبن.²

الفرع الأول: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن ومقداره

أولاً: الغبن في حد ذاته عيب في عقد القسمة يجيز نقضها إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار المحدد قانونا، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابله للنقض أي قابلا للإبطال³.

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمة بالغبن أن يكون الغبن الحاصل في القسمة نتيجة استغلال طيش بين أو هوى جامح في الشريك المغبون ولو لم يصاحبه تدليس أو غلط⁴؛ وذلك إستثناء من القاعدة العامة وفقا لأحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري،

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية ، ص 901

² محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 85

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية ، ص 9

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني ، المرجع السابق ، ص 376

فالغبن في حد ذاته عيب يكفي لنقض القسمة الاتفاقية، بناء على طلب الشريك المغبون، وبناء على ذلك يجوز للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن، فيصبح العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض¹.

وقد تكون إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به، كأن يدفع المعدل الذي التزم به أو تسلمه إذا كان هو الدائن به، أو تسلم المال المفرز الذي وقع في نصيبه راضيا وتصرف فيه ولم تنقضي المدة المحددة قانونا لرفع دعوى نقض القسمة للغبن، والغالب أن يكون الغبن قد وقع نتيجة للغلط في قيمه الشيء عندئذ يكون عقد القسمة قابلا للإبطال للغلط إذا توفرت شروطه وكذلك قابلية للنقض إذا توفرت شروطه²؛ أما الخطأ في الحساب، فلا يكون سببا لإبطال للغلط ولا للنقض لكن يجب تصحيحه أي كان مقدار الخطأ³.

أما مقدار الغبن فقد نصت المادة 732 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

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

مقدار الغبن الذي يلحق بالشريك في القسمة ويجيز له طلب نقل القسمة هو الذي يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة فهو يقدر تقديرا حسابيا فإذا كان الغبن يقل عن ذلك لم يكن لشريك طلب نقض القسمة⁴، والحكمة من جواز نقل القسمة

¹¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية، ص 902

² محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 87

³ حمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 88

⁴ حمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 91

للغبن هي لتحقيق المساواة في ما بين المتقاسمين، إلا أنه يجب أن يصل الغبن لمقدار معين ذو أهمية، قدره المشرع بما يزيد عن الخمس، حثتستقر القسمة فلا يخلو الأمر من وجود تفاوت في قيمه الأنصبة. أما من حيث الوقت الذي يتم تقدير المال المقسوم فيه لمعرفه ما إذا كان هناك غبن فإنه وفقا للمادة 732 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر فتكون العبرة في تقدير الغبن هي بقيمة المال الشائع ، وبقيمه نصيب كل شريك وقت القسمة ، وليس وقت بدء شيوع أو وقت رفع دعوى الغبن.

وبناء على ذلك لا يعتد بزيادة أو النقصان الذي يطرأ على المال الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة الرضائية، تحقيقا لمبدأ المساواة فيما بين المتقاسمين¹، ولمعرفة ما إذا قد وقع غبن في القسمة يجب تقدير المال الشائع محل القسمة وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال²، وتقدر قيمه المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة، ثم تقدر قيمة نصيب كل من الشركاء في هذا المال.

الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن

يكون نقض القسمة للغبن في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية كما سبق شرحه مهما كان نوعها، فلا خلاف حول جواز نقض القسمة العينية بالغبن، أيا كان نوع القسمة سواء تمت بمعدل أو بغير معدل، سواء كانت كلياً أو جزئية، أما بالنسبة للقسمة التصفية، يتعين التفرقة بين ما إذا كان المزداد قد رسي على أحد الشركاء أو قد رسي على أجنبي.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق ، ص 385

² عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 903

فإذا رسي المزداد على أحد الشركاء فإن البيع يعتبر قسمة كما سبق شرحه وبالتالي فإنه يعتد بالغبن الواقع في القسمة، ومعناه إذا بيع المال للشريك بأقل من أربعة أخماس قيمته فإنه بتوزيع الثمن على باقي الشركاء، يكون نصيب كل منهم أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمال الشائع، ومن ثم يحق للشركاء في المال الشائع عدا المشتري طلب نقض القسمة للغبن¹ أما إذا كان المشتري أجنبيا عن الشركاء في الشيوخ فإذا رسي المزداد على أجنبي يعد بيعا لا قسمه، ومن ثم لا يتصور أن يكون هناك غبن في قسمه الثمن بين الشركاء لأن الغبن هنا وقع في بيع المال الشائع وليس في قسمته².

فقد لا تتم القسمة بعقد واحد بل تتم بعدة عقود يرد كل واحد منها على جزء من المال شائع، وفي هذه الحالة ينظر في الغبن إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدى، ولو وقع غبن لأحد الشركاء في أحد هذه العقود، ولكنه في العقود الأخرى نال نصيبا أكثر مما يستحق، بحيث الغبن الذي لحقه لا يتجاوز الخمس في مجموع العقود. فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن، أما إذا تجاوز مقدار الغبن الخمس في مجموع العقود فإنه يحق له طلب نقض القسمة للغبن الحاصل له في العقود كلها، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كليه واحد³.

قد يعتبر المتقاسمون عقد القسمة في صورة عقد آخر، عقد البيع أو مقايضة، أو صلح، وفي هذه الحالة تكون العبرة في طلب نقض العقد بالغبن بحقيقة العقد. فإذا ثبت أن العقد في حقيقته قسمة، وأنه وقع فيها غبن بما يزيد عن الخمس، جاز للشريك المغبون طلب نقضها.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 905 انظر ايضا محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 89

² محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 90

ويقع على عاتق الشريك الذي يدعي صورية العقد وأنه في حقيقته عقد قسمة عبيء إثبات ذلك¹، ولكن إذا العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي فلا يجوز نقضه بسبب الغبن، لأن العقود الاحتمالية تأبى بطبيعتها أن تنقض للغبن.

وإذا قسمت قطعة أرض شائعة بين شريكين، على أن يكون نصيب أحد الشريكين أداءً احتمالياً، كان يترك له ملكية الأرض في مقابل أن يقدم له إيرادا مرتبا مدى الحياة، أو أن يرتب له على هذا المال حق انتفاع أن يبقى مدام هو على قيد الحياة، فهذا نوع من العقود هو عقد احتمالي تم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن².

الفرع الثالث : أحكام دعوى نقض القسمة للغبن و آثارها

أولاً: أحكام دعوى نقض القسمة

إذا ماتحقق الغبن في القسمة الاتفاقية كما سبق شرحه، جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً، بخلاف البيع ما يشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البيع غير متوافر الأهلية وأن يكون البيع وعقاراً³.

والمدعي في هذه الدعوى هو شريك الذي لحقه الغبن، وقد يتعدد الشركاء المغبونين، لكن لا يجوز للشريك الذي لم يلحقه غبن يزيد عن الخمس من جراء القسمة الاتفاقية، فلا يجوز له رفع دعوى لعدم توافر سببها⁴.

¹ محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، ص 905، محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90، ص 91

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، ص 905.

⁴ محمد عبد الرحمان الضوئي، المرجع السابق، ص 388.

وينتقل الحق في رفع الدعوى من الشريك المغبون إلى ورثته ، بحيث يجوز للوارث بعد وفاة الشريك إذا كان لم يرفعها بعده أو يستأنف السير في الدعوى المرفوعة بالفعل، بعد انقطاع السير في الخصومة بحكم القانون لوفاة مورثه.

وكذلك يجوز لدائن الشريك المغبون رفع دعوى الغبن باسم مدينه أما المدعي عليه في دعوى نقل القسمة الاتفاقية للغبن، فهو سائر الشركاء في الشروع، لأن هذه الدعوى تهدف لإبطال القسمة للجميع، ويجب على المدعي إخطارهم¹.

وتنص الفقرة 2 من المادة 732 من القانون المدني المشار إليه سابقا على وجوب رفع دعوى الغبن خلال السنة التالية للقسمة .

وقد قضت المحكمة العليا بأنه " يجوز نقض القسمة الكاملة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد عن الخمس، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنه 1956 لوجود غبن بحجة أنها غير منصفة وجزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون، ومن ذلك تقرر أنه يجب أن يكون طلب نقض القسمة داخل الأجل القانوني وأن القسمة الودية إذا مرت عليها المدة القانونية تكون نهائية حتى لو كانت غير عادلة"².

وهذا الميعاد هوميعد سقوط لا ميعاد تقادم ومن ثم تكون السنة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى لا مدة التقادم وتبدأ السنة من وقت تمام العقد؛ وتحسب بالتقويم الميلادي وفقا لأحكام المادة 3 من القانون المدني فإذا انقضت السنة سواء على علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ورفعها بعد ذلك كانت الدعوى غير مقبولة.

¹ محمد عبد الرحمان الضوني ، المرجع السابق ، 388، أنظر ايضا، أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 275.

² قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/6/26 ، ملف 366.196، المجلة القضائية ، 2004 العدد الخاص بالغرفة العقارية ، الجزء 1 ص 279.

والفرق بين ميعاد الإسقاط الذي نحن بصددده ومدة التقادم، أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف، بخلاف مده التقادم فيردوا عليها الانقطاع والوقف¹، ومتى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعي يزيد عن الخمس فإنه يتعين عليه الحكم بنقض القسمة أي إبطالها، ففي دعوى الإبطال على عكس دعوى الفسخ لا يملك القاضي سلطه تقديرية ويتحتم عليه أن يقضي بإبطال العقد متى يتحقق سبب الإبطال².

ثانيًا : الآثار التي تترتب على نقض القسمة للغبن

إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن بطلب واعتبرت كأنها لم تكن وعادت حالة شيوع التي قد زالت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر المال الشائع فيها بين الشركاء منذ بدء الشيوع وكأنه لم ينقطع، فيجوز لأي شريك طلب القسمة من جديد، سواء كان شريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر غير مغبون، ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة ، وعندئذ يجوز نقضها هي أيضا للغبن كما يجوز أن تكون قسمة قضائية³.

ونقض القسمة للغبن له اثر رجعي بحيث يمتد سريانه للماضي، وتسقط التصرفات الشركاء في الأموال المفزة التي وقعت في أنصبتهم نتيجة للقسمة وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد بتصرفات الصادرة للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها ما بعد نقض القسمة⁴.

¹ أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 255

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص 907.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية ، ص 907

⁴ أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 255، 256

فبالرجوع لنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، 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 نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

فقد أجاز المدعي عليه في دعوى نقض القسمة بالغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع إجراء قسمته جديدة، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون المدعى بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصتي كل منهما، سواء نقدا أو عينا فيجب إذا لتقادي دعوى نقض القسمة رفع الغبن نهائيا عن الشريك المغبون بإعطائه ما يجعل قيمة نصيبه في القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص، فلا يكفي إذن لوقف السير الدعوى أن يعرض المدعي عليه ما يكمل حصته المدعي إلى الحد الذي يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها إلى أربعة أخماس القيمة.

وتختلف القسمة بذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال ودعوى الغبن في بيع العقار ناقص الأهلية، وعلى هذه التفرقة تعني القسمة توزيع طبقا للحقوق الخاصة بالمتقاسمين إذا كانت لهم في الشيوع السابقة على القسمة. فإذا لم تحترم هذه الحقوق فإن هذا يخل بروح القسمة أما العقود الأخرى كل البيع والمقايضة فهي تقوم على المعاوضة.

وإكمال نصيب الشريك المغبون إما يكون عينا أو نقدا ويكون إكمال عينا إذا أدباليه جزءا من المال الشائع الذي وقع في حصته يُعادل قيمه النقص في حصة الشريك المغبون ويكون الإكمال نقدا إذا أدى إليه مبلغا من النقود يساوي ما نقص في حصة الشريك المغبون¹ ، والخيار للمدعي عليه وهو المدين في اختيار الوفاء بإحدى الطريقتين

¹ محمد عزمي البكري ، المرجع السابق، ص98، 98، أنظر ايضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، ص908.

عينا أو نقدا، غير انه إذا عرض المدعي عليه لإكمال بإحدى طريقتين المذكورتين وقبل الشريك المغبون عرضه امتنع عن المدعي عليه العدول على الطريقة التي اختارها إلى الطريقة الأخرى.

ويجب أن يضاف إلى تكملة النقص في حصة الشريك المغبون، ثمرات القدر الناقص أو فوائده من يوم القسمة ليوم الدفع، وإذا تعدد المدعي عليهم. فعليهم الاتفاق على مبدأ إكمال حصة المدعي نقدا أو عينا، فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم فصل القاضي في ذلك.

أما إذا لم يتفق على مبدأ الإكمال ذاته كان لشركاء الذين وافقوا عليه أداء ما يكمل النصيب المدعي، فإذا قاموا بذلك قضت المحكمة بوقف السير في الدعوى. غير أنه لا يجوز لهم الرجوع على من لم يوافق من الشركاء على مبدأ الإكمال بشيء.

وكما يجوز للمدعي عليه عرض التكملة فإنه يجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى، وإن يعد هذه التكملة بالنيابة عن مدينه، وإكمال نصيب المدعي الجائز في أي حاله تكون عليها الدعوى، فيجوز ذلك أمام الدرجة الثانية عن التقاضي بل بعد الحكم في الدعوى بحكم نهائي طالما ان القسمة الجديدة لم تتم .

ذلك أن المشرع جعل له الحق في تكمله النصيب، لا لوقف سير الدعوى الغبن فقط، بل وليمنع إجراء القسمة من جديد¹، ولا محل للاعتراض على ذلك، لأن ما يعرضه المدعي عليه هو تكملة حصة المدعي، يؤدي لنفس النتيجة المراد الوصول إليها بالقسمة الجديدة مع تقادي الإجراءات، وفي حالة عرض نصيب المدعي بعد صدور الحكم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، ص 908، 909، أنظر ايضا ، محمد عزمي البكر ، ص 99، 98.

النهائي، وتحمل مدعي قيمة نفقات في سبيل الإجراء قسمة جديدة يلتزم المدعي عليه باضافة هذه النفقات إلى قيمة ما يكمل نصيبه¹.

ثالثا: نقض القسمة الاتفاقية لعيوب الارادة

العيوب التي تشوب الرضا في القانون المدني هي الغلط نظمته المواد الغلط نظمته المواد 81 الى 85 من القانون المدني الجزائري والتدليس نظمته الماده 86 و 87 من القانون المدني الجزائري والإكراه نظمته المادتين 88 و 89 من القانون المدني والاستغلال نظمته المادة 90 المعدله بالقانون رقم 5 / 10 والغبن نظمته المادة 91 من القانون المدني هذه العيوب قد تلحق بارادة الأطراف أو احدها وتجعل الرضا فاسدا، أي قابلة للابطال لمصلحة من شاب إرادته هذا العيب بنفس المادة 99 من القانون المدني أي أن إبطال العقد لا يكون بطلب من شخص أجنبي وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقولها "ان طلب إبطال العقد هو حق مقرر لطرفيه وفقا لما تنص عليه المادة 99 من القانون المدني أولا يثبت هذا الحق إلى الغير حيث أن قضاة الموضوع لم انتهوا إلى إبطال العقد بطلب من شخص أجنبي عنه لم يستندوا إلى أي أساس قانوني"²، إن هذه العيوب لا تؤثر في وجود العقد ولكنها تؤثر في صحته القانونية ذلك أن الارادة موجودة ، لكنها أصيبت بعيب اثر على سلامتها .

1-الغلط :

فتتص المادة 81 من القانون المدني على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت ابرام العقد أن يطلب ابطاله" وتتص الماده 82 من نفس القانون على أنه " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد

¹ محمد عزمي البكري ، المرجع السابق، ص 100

² قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/10/21 ملف رقم 876.606، المجلة القضائية عددا 1 سنة 2012 ص 118.

ولو لم يقع هذا الغلط"، يعتبر الغلط جوهريا إذا وقع في صفة يري المتقاسم بكونها جوهرية .

فالغلط الجوهري في نظر المشرع الجزائري هو الغلط الجسيم الدافع الأساسي أو الرئيسي إلى التعاقد بحيث لولا وقوع الغلط فيه لما أبرم العقد أصلا، أو أبرمه بشروط مغايرة.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة لشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية، وكذلك إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، وبالرجوع إلى المادتين 81 و 82 من القانون المدني أن المراد الجوهري إنما هو ذلك الغلط الذي يبلغ في تقدير المتعاقد حدا من الجسامة بالنسبة إليه ولولاه لما أقدم من وقع في الغلط على تعاقد مع الطرف الآخر.

فالمعيار المعتمد هو معيار ذاتي وشخصي¹ يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب من القضاء إبطاله، ويقع عبئ إثبات الغلط وفقا للمبادئ العامة على من يدعيه بأن يثبت جوهرية الغلط ودخوله في نطاق العقد، وبأن هذا الغلط هو الذي دفع للتعاقد بحيث انه كان سيمتنع عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات².

¹ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص315، 316.

² المرجع نفسه ، ص 326، 327.

2- التدليس

نظمته المواد 86 و 87 بنصهما على التوالي " يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة ."

" اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ابطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس ."

فيعرّف بأنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد .

عناصر التدليس: يتضمن التدليس عنصرين :

- عنصر موضوعي مادي وهو استعمال طرق احتيالية ويستوي أن تصدر من أحد المتعاقدين أو الغير.

- عنصر نفسي هو أن هذه الطرق الاحتيالية تؤدي لتضليل الشخص ودفعه للتعاقد¹.

أ- شروط التدليس:

لقد حدد المشرع شروط التدليس كالتالي :

¹ محمد الصبري السعدي ، الرجوع السابق ، ص 177.

- استخدام طرق احتيالية

- أن يكون الطرق الاحتيالية هي الدافع للتعاقد.

- صدور التدليس من احد المتعاقدين أو نائبه¹

ب -إثبات التدليس :

يجب على من يدعي تدليس إثباته ، بكافة طرق الإثبات وإقامة الدليل على توافر عنصره المادي والمعنوي

إذا توافرت في تدليس الشروط التي ذكرناها أنتج أثره وهو جعل العقد قابلا للإبطال²

3-الإكراه:

تنص المادة 88 من القانون المدني على أنه: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق " .

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

ويراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه و حالته الإجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه الإكراه . "

فيعرف بأنه ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيوجد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد وهو الإكراه المعنوي³.

أمّا عن شروطه فتتص المادة 89 من القانون المدني :

¹ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص333

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 186.

³ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص186

"إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه ."

أ - شروط الإكراه وإثباته

لكي يعيب الإكراه الرضا يجب توفر شروط.

- التهديد بخطر جسيم محقق لتحقيق غرض غير مشروع.

- حصول رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد.

- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر¹.

يقع عبئ إثبات الإكراه، وفقا للقواعد العامة على من يدعيه فيجب على المتعاقد الذي يطلب إبطال العقد لإكراه ابرمه تحت تأثيره أن يقيم الدليل على وجود الإكراه بشروطه القانونية ، ولما كان إثبات الإكراه ينصب على وقائع مادية، فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات².

ب- أثر الإكراه :

يترتب عن الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحه المتعاقد الذي وقع الإكراه عليه³. ولا شك أن أي تصرف قانوني يقوم به الفرد، يصبح لازما له ولصيقا به من حيث الواجبات والالتزامات التي يرتبها هذا التصرف، حيث لا يمكنه الرجوع عنه وتحلل منه تحت أي ظرف وبأي حجة⁴.

¹العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص358.

²العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 369

³ محمد صبري الصبري، المرجع السابق ، ص 196

⁴ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/12/16 ملف رقم 462.43 مجلة القضائية عدد 3 سنة 1992 ص 16.

إلا أن المشرع قرر في حالات معينة خيارات للمتعاقدين يمكنه استعمالها حسب توفر شروط كل منها، مثل ما هو في القسمة الرضائية وإن يستدل من اسمها أن رضا أحد أهم شروطها وأنه لا تصح بدونه.

الفصل الثاني

الأحكام الاستثنائية في القسمة و طوارئها

يتطرق هذا الفصل لبعض الأحكام الخاصة في القسمة والتي لم يتم مناقشتها والمقصود بها مسألة وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة ، أيضا الأحكام المنصوص عليها في التنظيمات الهامة الواردة في قوانين التهيئة العمرانية وأخرى متعلقة بالمجال الفلاحي كالمرسوم المتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية التي وجب مراعاتها في قسمة تلك الفروع من العقارات وتعرض في إطار قانون الأملاك الوطنية لكيفية قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص وهي المسائل المقصودة بالبحث في المبحث الأول من هذا المبحث و الذي ارتأيناه أن يكون بعنوان الأحكام الإستثنائية في القسمة .

أما في المبحث الثاني منه والذي يأتي بعنوان طوارئ القسمة يتناول بعض المسائل التي قد تحدث خلال القسمة كظهور دين على الميت بعد القسمة أو ظهور مالك وارث جديد أو وقوع غلط في المال المقسوم .

المبحث الأول

الأحكام الإستثنائية في القسمة

يتناول هذا المبحث عن بعض الأحكام الخاصة في القسمة والمقصود بها مسألة وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة، أيضا الأحكام المنصوص عليها في التنظيمات الهامة الواردة في قوانين التهيئة العمرانية، وأخرى متعلقة بالمجال الفلاحي كالمرسوم المتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية التي وجب مراعاتها في قسمة تلك الفروع من العقارات، وتعرض في إطار قانون الأملاك الوطنية لكيفية قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص. وهي المسائل المقصودة بالبحث في المطلب الأول من هذا المبحث والذي ارتأيناه أن يكون بعنوان الأحكام الإستثنائية في القسمة .

المطلب الأول : القسمة وفق قانون تجزئة الأراضي الفلاحية

يرتب المشرع على عاتق ملاك الأراضي الفلاحية وذوي الحقوق العينية التبعية التزامات، تتمثل في المحافظة على طابعها الفلاحي وكذا إلزامهم باستغلالها في الفلاحة. وعرفت الأراضي الفلاحية ضغطا في الطلب عليها من أجل تلبية طلبات قطاع التعمير المتزايدة، الأمر الذي استوجب على المشرع ايجاد نظام مراقبة صارم فيما يتعلق بعمليات تحويل الأراضي الفلاحية و البناء عليها .

ونظم الرخص المتضمنة تحويل الأراضي الفلاحية والبناء عليها وبالتمييز بين أنواع التراخيص نجد أهمها وهو ما يخص موضوع البحث، والمتمثلة في رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية والذي يخضع تقسيم وتجزئة الأراضي الفلاحية إلى قاعدة احترام المساحة المرجعية للمستثمرة الفلاحية القائمة عليها. وقد صدر في هذا الخصوص المرسوم رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20 والمحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية اذ تنص المادة 03 منه المساحة المرجعية لتقسيم الأراضي وأساس التقسيم يتمثل

في المنطقة، إمكانية الري من عدمها، طبيعة الزراعة الممارسة، ومهما يكن من الأمر، يمكن تصور الحالات التالية لقسمة الأرض الفلاحية.

الفرع الأول: حالات القسمة بالتراضي

أولاً-الحالة الأولى اتفاق الورثة الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع

في هذه الحالة يتفق الشركاء في الشيوخ الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع الأرض الفلاحية على البيع وفقا لنص المادة 720 مدني مع الإشارة أن المشرع أحاط العملية ببعض الضمانات (غير كافية كما سيتم توضيحه).

إذ يشترط أن يستند أصحاب القرار بالبيع لأسباب قوية إضافة إلى إعلانهم عن قرارهم لبقية الشركاء عن طريق المحضر القضائي، على أن يكون من تاريخ التبليغ المذكور مدة شهرين لمن لا يوافق مضمون القرار أن يتعرض قضائيا عليه. ويكون لقاضي الموضوع التقدير والموازنة بين الأسباب التي استند عليها أصحاب القرار بالبيع وتلك التي تعارضه.¹

وهنا نجد أنه في غياب أي نص قانوني ترجح الكفة لصالح الخلف العام، الذي كانت له مشاركة في استغلال الأرض محل النزاع إلى جانب الهالك والتي تمثل المصدر الرئيسي (وربما الوحيد) لعيشه يمكن أن يحكم القاضي لصالح أصحاب القرار بالبيع الذين قد يقدمون أسبابا قوية من أجل تدعيم طلبهم كان يحتجوا بما يلي:

- المستثمرة، عليها ديون وجب استحقاقها.
- استغلال الأرض يكلفهم مصاريف إضافية لا يريدون تحملها.
- عدم إمكانية البقاء في الشيوخ على الأرض الفلاحية على أساس عدم الاهتمام بها.
- عدم وجود توافق بين الشركاء.

¹ تتم وفقا لأحكام التي نظمها القانون المدني

• مجرد الاستناد لمبدأ القاضي بأنه في غياب اتفاق أو نص قانوني يلزم البقاء في الشيوع، فلا التزام على عاتق الخلف العام بالبقاء على هذه الحالة. ويكون للقاضي أن يحكم لصالح أصحاب القرار بالبيع، خاصة أمام تعذر على من يعارض أن يقدم دفعا يدحض به طلب خصومه، فهو لا يمكن حتى أن يستند إلى تفسير واسع النص المادة 737 مدني: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما في الشيوع".

ثانيا : الحالة الثانية قسمة المهايأة

والتي قد تتم بإحدى الطرق التالية:

1- أن ينتفع كل شريك بجزء مفرز¹ وهي الطريقة التي تضر بالتأكيد بمصالح الخلف العام الذي تثبت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال الأرض محل القسمة. زيادة على ذلك تتعارض هذه الطريقة مع الوحدة العضوية للمستثمر، كأن تكون مستثمرة صغيرة تصعب تجزئتها وتوزيعها بعدل بين الورثة أو تكون أحادية الإنتاج فيستحيل في هذه الحالة تقسيمها ماديا.

2- أن ينتفع كل شريك بكل العقار لمدة تتناسب مع حصته² أي أن الانتفاع يكون دوريا وهي حالة غير مقبولة بالنسبة للشريك الذي يكون مصدر عيشه العقار المشاع. في حين أن الشريك الذي لا علاقة له بالنشاط الفلاحي وأثناء انتفاعه بالعقار المشاع يمكنه أن يضر به لعدم معرفته بالفلاحة .

هذا في حالة استغلاله المباشر للعقار وهي حالة يكون وقوعها ضعيف الاحتمال، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الأعباء المالية المعتبرة التي تتطلبها الأرض في بداية كل موسم فلاحي، وعليه يكون الحال الأسهل هو اللجوء إلى الاستغلال غير المباشر، وهذا بتأجيرها للغير. وهذا على حساب الخلف الذي يمارس الفلاحة كنشاط رئيسي،

¹ راجع المادة 733 من القانون المدني

² راجع المادة 734 من القانون المدني

فيكون طيلة مدة انتفاع شريكه بالأرض مجبرا على البحث على أرض أخرى يستغلها وإن لم يجد فينقطع على الفلاحة ربما لنشاط آخر إذا ساعفه الحظ في ذلك. وعليه ففي كلتا الحالتين الأمر غير مقبول، إذ أن عنصر المدة الزمنية المتناسب مع حصة كل شريك يساوي بين شريك في الشيوع لا وجود لأي اهتمام له بالنشاط الفلاحي مع شريك في الشيوع تعد الفلاحة مصدر قوته ورزقه، وعليه فهو حل غير عادل في حق هذا الأخير.

3 - الحالة الثالثة ملكية الأسرة¹ يمكن في البداية تصور أن هذه الحالة تكون الأعدل في حق الخلف العام الذي يثبت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال العقار المعني بالإجراء، إلا أننا نأخذ على هذه الطريقة كونها محددة بفترة زمنية لا تفوق خمسة عشر سنة، إضافة إلى ذلك يبقى الباب مفتوحا أمام كل شريك لطلب من المحكمة أن يفرز نصيبه، هذا وأهم انتقاد يمكن أن يوجه إلى هذه الطريقة، هو أن للشركاء الذين يملكون القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم لتسيير الملكية المشاعة أحد أو أكثر.

وعليه لا يوجد ما يجبرهم على أن يعطوا الأولوية للشريك الذي ثبتت مشاركته إلى جانب مورثهم في استغلال الأرض، وعليه فقد يقع الاختيار على شريك (أو شركاء) لا علاقة له بالنشاط الفلاحي، الأمر الذي يضر حتما بمصالح الشريك الثابتة مشاركته في استغلال الأرض والتي هي مصدر رزقه، فيجد نفسه مبعدا على تسيير الأرض واستغلالها ويكتفي بدور الشريك الذي يتقرب ما قد تجود به عليه الأرض من ثمار.

¹ راجع المادة 738 من القانون المدني

الفرع الثاني: حالة القسمة القضائية

في حالة عدم وجود اتفاق بين الشركاء في القسمة وهو الأمر الغالب كما سبق شرحه، يلتجئ الطرف الذي تهمه القسمة إلى القضاء من أجل طلب الخروج من حالة الشيع، ويكون للقاضي أن يحكم له بذلك بإحدى الطريقتين:

أولاً- الطريقة الأولى

وهي في حالة ما إذا كانت الأرض الفلاحية المشاعة، قابلة للتقسيم، ففي هذه الحالة يعين القاضي خبيراً من أجل تقسيم التركة إلى حصص، على أن تجري القسمة في الأخير عن طريق الاقتراع (القرعة)¹.

إن العملية المذكورة ولو أنها تبدو وفقاً للقواعد العامة منصفة، ومزيلة للكثير من المشاكل بين الشركاء، إلا أنها مجحفة بالتأكيد في حق الخلف الذي تثبتت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال الأرض محل القسمة، أي أنه ليس هناك أي اعتبار لتلك المشاركة فتساوي الطريقة المذكورة بينه وبين من هم في غير حاجة لاستغلال الأرض من أجل كسب رزقهم.

ثانياً- الطريقة الثانية :

وهي حالة ما إذا كانت القسمة غير ممكنة عينا أو من شأنها أن تؤدي إلى انتقاص كبير في الأرض الفلاحية المعنية بالعملية، ففي هذه الحالة يمكن تصور فريضتين:

1- استحالة التقسيم العيني: وهي الحالة التي تكون فيها الأرض الفلاحية المعنية بالتقسيم دون المساحة المرجعية المحددة حسب نوعية تربتها وكذا طبيعتها القانونية، فتفرض القسمة .

¹ راجع احكام مواد القانون المدني الخاصة بالملكية الشائعة و الخروج منها

ويتم إقرار البيع على طريق المزاد العلني الذي قد يقتصر على الورثة دون غيرهم ومهما يكن فالبيع عن طريق المزاد العلني قد يكون مجحفا في حق الشريك الذي ثبتت مشاركته إلى جانب مورثه، خاصة إذا كانت إمكانيته المادية لا تسمح له بذلك، وعليه الحكم بالبيع بالمزاد العلني يضطره إلى ترك أرض ساهم بعمله في استغلالها وهي مصدر عيشه وربما قد كان له الفضل في المشاركة حتى في استصلاحها.¹

2- قسمة الأرض من شأنه إحداث نقص كبير بقيمتها : وهي الحالة الغالبة عند قسمة الأراضي الفلاحية، مما تتطلبه الفلاحة العصرية من اتساع في مساحة الأراضي بسبب إدخال المكننة والوسائل الحديثة في الإنتاج، وعليه فإذا تم الحكم ببيع الأرض عن طريق المزاد العلني المغلق أو المفتوح للجميع، فن ذلك قد يضر بمصالح الشريك الفلاح وقد تعترضه المشاكل التالية:

- صعوبة إيجاد إجماع حول اقتصار البيع بالمزاد على الخلف العام، الأمر الذي يفتح الباب للغير لينافس الشريك الذي يثبت مشاركته إلى جانب مورثه، هذا إذا افترضنا أن إمكانيته المادية تسمح له أصلا بالدخول إلى المزايدة.

- حتى في حالة إجماع الشركاء على اقتصار المزايدة على الشركاء، فيكون ذلك غير منصف في حق الشريك الذي ثبتت مشاركته في خدمة الأرض محل المزاد في حياة مورثه، فالحكم بالبيع عن طريق المزاد يعني المساواة بينه وبين غيره واستقرار البيع على من يقدم أعلى عرض.

وعليه تخلص الدراسة إلى أنه في كل ما ذكر، لا يوجد ما يرجح كفة حظ الشريك الذي ثبتت مشاركته في خدمة الأرض إلى جانب مورثه، وهذا يعد إنكارا لقيمة العمل الذي بذله في استغلال الأرض الأمر الذي يفتح الباب أمام من يريد التملك بحتا على ريع يحسن بهم مدخوله.

¹ - راجع المادة 728 من القانون المدني

المطلب الثاني: قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص

قد يحدث وأن يصادف أن تكون هناك عقارات مشاعة تعود ملكيتها مشاركة بين الدولة والخواص، أين لها تنظيم القانوني للعقار الشائع ملكيته بين الدولة والخواص وهذا ما سنتناوله الفرع الأول .

أما الفرع الثاني سيتطرق لكيفيات تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة و الخواص و شروط وكيفيات تقسيمها أما الفرع الثاني يتناول القسمة وفق قوانين التهيئة العمرانية .

الفرع الأول: التنظيم القانوني للعقار الشائع ملكيته بين الدولة والخواص

إن القانون رقم (30/90) المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، جاء فيه القسم الثالث من الفصل الثاني المتعلق بالأملاك العقارية، جاء بعنوان العقار الشائعة ملكيته بين الدولة والخواص¹، وعلى مدى أربعة مواد نص فيها على الآتي:

المادة 97 "تساهم المصلحة التي تدير الأجزاء المشتركة في العقار الشائع أو المشتركة ملكيته، في مصاريف تسيير الأجزاء المشتركة في حدود نسبة الحقوق المخصصة لها طبقا للقانون والتنظيمات المعمول بها."

المادة 98 "يمكن للدولة أن تتنازل عن حقوقها الشائعة لفائدة شركائها في ملكية الشيوع إذا كانت هناك عقارات مختلفة الأنواع تحوزها على الشيوع مع أشخاص طبيعيين أو معنويين آخرين وتستحيل قسمتها، وإذا رفض أحد الشركاء في ملكية الشيوع أو عدة شركاء شراء هذه الحصة لأي سبب كان، يباع العقار الشائع اعتمادا على الوسائل القانونية وبأية طريقة تعتمد المنافسة."

المادة 99 "تطبق أحكام المادتين 97 و 98 المذكورتين أعلاه على الجماعات الإقليمية."

¹ - عقيبي يمينة ، قسمة العقار الشائع بين احكام القانون المدني والشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه قانون الخاص كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2020، ص 472

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المحدد الشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها، ويضبط كفايات ذلك. نظم في القسم السادس من فصله الأول، تحت عنوان تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، على النحو الآتي بيانه:

المادة 39 "يهدف تقسيم العقارات، التي تكون ملكيتها مشاعة بين الدولة وغيرها متى كان ذلك ممكنا، إلى إخراج حصة الدولة منها، وما يبقى يكون ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين."

المادة 40 "يتم التنازل عن حصة الدولة، أو عن العقارات المذكورة، عندما تكون غير قابلة للتقسيم، طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 98 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المذكور أعلاه، وحسب الكيفيات الآتية:

1. إذا حصل التراضي وتنازلت الدولة عن حقوقها المشاعة في ملكية الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ، تحدد إدارة الأملاك الوطنية ثمن هذه الحقوق، ويقع البيع بإذن من الوالي.¹

2. إذا رفض مالك أو عدة ملاك شركاء في الشيوخ شراء حصة الدولة لأي سبب كان، فإن العقار المشاع يباع بأية وسيلة تستدعي التنافس، وفقا لأحكام المادة 728 من القانون المدني خاصة. يأذن الوالي بالبيع على أساس الثمن الذي تحدده إدارة الأملاك الوطنية، تتولى مصلحة الأملاك الوطنية تحصيل الثمن كله، وتدفع لكل مالك من الملاك الشركاء في الشيوخ حصته."

المادة 41 "تخضع مبادرة التقسيم، لأحكام القانون المدني، وتعود هذه المبادرة إلى الإدارة والملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ على السواء.

¹¹ -راجع احكام المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23/11/1991

يقدم مسؤول الأملاك الوطنية في الولاية طلب التقسيم في شكل عريضة عادية إلى والي الولاية، التي يوجد فيها العقار، أما طلب التقسيم، الذي يرد من الملاك الآخرين، الشركاء في الشيوخ، فيمكن أن يقدم في إحدى الصورتين التاليتين:

- إما أن يقدم إلى والي قصد التقسيم بالتراضي.
 - وإما أن يقدم مباشرة إلى الجهة القضائية المختصة طبقاً لأحكام القانون المدني.¹
- المادة 42 "تقوم إدارة الأملاك الوطنية المختصة إقليمياً، بناء على مبادرة من والي بعمليات تقويم الحصص المطابقة لحقوق الدولة والخواص وتكوينها مع إعلام هؤلاء الخواص قانوناً بسير العمليات. ويمكن أن يضاف إلى بعض الحصص معدل فارق القيمة.

ويبلغ والي بالطرق الإدارية نتيجة هذه العمليات إلى كل مالك شريك في الشيوخ، ويمكن كل مالك منهم أن يعترض كتابياً على ذلك في ظرف شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ.

المادة 43 "تحرر مصلحة الأملاك الوطنية لدى انتهاء الأجل المذكور في المادة السابقة، محضراً خاصاً باقتراح توزيع الحصص وتعديله إن اقتضى الأمر، مع مراعاة اعتراض أي طرف معني عند اللزوم.

وتحدد حصة الملك التي تقوّل إجمالاً إلى الدولة على حدة، ويبقى ما يزيد على الحصص المكونة مشاعاً بين الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ.

المادة 44 "يصادق والي القرار على محضر توزيع الحصص على الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ، ثم يبلغ لهم هذا المحضر، وإذا اختلف هؤلاء الملاك، طبقت أحكام المواد من 724 إلى 728 من القانون المدني.

¹ راجع أحكام القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/1 المتعلق بالأملاك الوطنية

الفرع الثاني: كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص

جاءت هذه الكيفية، في المذكرة الإدارية عن المديرية العامة للأموال الوطنية، الحاملة رقم 3654 المؤرخة في 19 جويلية 1999، المتعلقة بتقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، وهذا التقسيم جاء مضمون النص فيه كالآتي:

أولا: شروط وكيفيات تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص:

1 - شروط التقسيم:

طبقا للمواد من 39 إلى 44 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23/11/1991، المعدل والمتمم، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها، ويضبط كيفيات ذلك. فإن تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، لا يتم إلا في حالة ما إذا كان لا يطرح مشكلا ولا يؤثر على البيئة المعمارية للعقارات المبنية. ومهما يكن من أمر يهدف تقسيم العقارات المشاعة إلى إخراج الحصة التي تعود إلى الدولة في الملك المشاع، وتثبيت حق الدولة في الملكية الفردية على نصيبها. أما الحصص الأخرى المتبقية من التقسيم فهي تظل ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين (الخواص).¹

2 - كيفيات التقسيم:

كلما وردت شروط التقسيم المذكورة آنفا، وجب على مصالح أملاك الدولة الشروع في إجراءات التقسيم المبنية فيما يليوتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن التقسيم يمكن إجرائه إما بصفة ودية، وإما عن طريق القضاء.

ويجب التنبيه إلى أن للمالكين في الشيوخ الخواص الحق في تقديم طلب التقسيم، إما للوالي قصد القيام بالعملية بالتراضي، وإما مباشرة إلى الجهة القضائية المختصة نوعيا

¹ ليلي زروقي و حمدي عمر باشا ، المنازعات العقارية ، الجزائر ، دار هومة 2006 ، ص 389 .

وإقليميا طبقا لأحكام القانون المدني. بينما يستوجب على مصالح أملاك الدولة الشروع في التقسيم الودي قبل اللجوء إلى التقسيم القضائي.¹

أ. القسمة الودية:

كما سبق ذكره، إن عملية التقسيم تخضع لمبادرة الشركاء في الشيوخ، بحيث يمكن لمديري أملاك الدولة على مستوى الولايات، تقديم طلب التقسيم بناء على عريضة عادية تقدم إلى الوالي المختص إقليميا.

يتم التنازل عن الحصة العائدة للدولة في عقارات مشاعة بين الدولة والخواص، والتنازل هنا معناه تحويل ملكية عقار معين لفائدة شخص معين مقابل تحصيل ثمن لا يقل عن قيمته التجارية. في هذا الشأن، يجب التمييز بين التنازل بالتراضي والتنازل بطريق التنافس.

ب - التنازل بالتراضي:

إذا استحالت قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص لعدم توفر الشروط المنوه عنها أعلاه، فإنه يتم التنازل عن الحصة العائدة للدولة لفائدة المالكين معها على الشيوخ، بعد إجراء تقسيم من طرق مصالح أملاك الدولة يكون مطابقا لمعطيات السوق العقاري، وبعد الحصول على الترخيص المسبق من طرف السيد الوزير المكلف بالمالية.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن التنازل يتم على أساس سعر لا يقل عن القيمة التجارية للملك المعني المعمول بها في السوق العقاري الحر.²

ج - التنازل بطريق التنافس:

في حالة ما إذا كانت الحصة العائدة للدولة غير قابلة للتقسيم ورفض أحد أو عدة شركاء في الشيوخ شراءها لأي سبب كان، يتم بيع العقار الشائع بالاعتماد على الوسائل القانونية وبأية طريقة تعتمد على المنافسة طبقا لأحكام المادة 728 من القانون المدني.

¹ نفس المرجع ص 390 .

² راجع احكام المرسوم التنفيذي رقم 454/91 السالف الذكر و أحكام القانون 30/90 السالف الذكر

عندئذ تتولى إدارة أملاك الدولة تقييم العقار المشاع، وفقا لمعطيات السوق العقاري الحر، وتحصل الثمن كله، ويقع على عاتقها دفع ما يقابل حصة كل ملك في الشيوخ.

في هذا المجال وبمبادرة من الوالي تقوم مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا بتقييم الحصص المطابقة لحقوق الدولة من جهة والخواص من جهة أخرى، مع إضافة معدل فارق القيمة لبعض الحصص إذا اقتضى الأمر. ويكلف الأعوان التابعين لإدارة أملاك الدولة بإجراء القسمة وإخراج الحصة العائدة للدولة على حدة، وإبقاء ما يزيد على الحصص المكونة ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ.

وبعد إتمام هذه العملية يبلغ الوالي، بالطرق الإدارية نتيجة العملية إلى كل مالك شريك في الشيوخ، الذين يمكنهم الاعتراض كتابيا على النتيجة المتوصل إليها في خلال شهرين.

وعند انتهاء أجل الشهرين، تحرر إدارة أملاك الدولة محضرا خاصا باقتراح توزيع الحصص وتعديله، إن اقتضى الأمر، أي مع مراعاة اعتراض الأطراف الأخرى المالكة على الشيوخ.¹

تتوج هذه العملية بقرار يتخذه الوالي المختص يصادق فيه على محضر توزيع الحصص على الملاك الشركاء في الشيوخ، ثم يبلغهم المحضر المصادق عليه.

أخيرا وفي حالة الموافقة من طرف الجميع على المحضر المصادق عليه، تكرر العملية بعقد إداري للقسمة تعدده مصالح أملاك الدولة ويتم إخضاعه للإجراءات القانونية المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري بعد إمضائه من قبل جميع الأطراف.

أما في حالة عدم الموافقة على محضر توزيع الحصص المصادق عليه فيجب على مصالح أملاك الدولة اللجوء إلى القاضي قصد طلب التقسيم القضائي.

¹ راجع أحكام المرسوم 454/91 و القانون 03/90 السابقين

د. القسمة القضائية:

في حالة عدم قبول المحضر المصادق عليه المتضمن توزيع الحصص من قبل أحد أو عدة شركاء أو في حالة رفع دعوى قضائية من طرف هؤلاء، فيبقى على مصالح أملاك الدولة، طبقا لأحكام المواد من 724 إلى 728 من القانون المدني، طلب المصادقة على القسمة أو تعيين من له صلاحية إجرائها أمام الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا.¹

وفي الأخير يجدر التأكيد على أن الإدارة في معالجتها لهذا النوع من القضايا، فإنه يجب على المسؤولين المحليين أن يتعاملوا معها بالطرق الودية تجنباً لأي عمل من شأنه إثارة النزاع بين الشركاء في الشيوع ويبقى اللجوء إلى الجهات القضائية أمراً واجباً إذا استدعت الضرورة ذلك.

وتختتم المذكرة بالقول بأنه "يرجي من السادة مديري أملاك الدولة العمل بهذه المذكرة والسهر على شرح ما جاء فيها لكامل الإطارات والأعوان الموضوعيين تحت سلطتهم وإبلاغنا بالصعوبات التي قد تحول دون تطبيقها".

المطلب الثالث: القسمة وفق قوانين التهيئة العمرانية

يهدف القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل بالقانون 05/04 إلى تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير، وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي، والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، و أيضاً وقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية.

¹ راجع أحكام القانون المدني فيما يخص الخروج من الشيوع

والملكية العقارية الواحدة أو عدة ملكيات فردية كانت أو شائعة، أرضا فضاء أم مبنية، يخضع التقسيم فيها لأشكال وشروط تضمن تحقيق الهدف المعلن عنه أعلاه،¹ ويقصد بالتقسيم وفق قانون التهيئة العمرانية:

"كل تجزئة لقطعة أرض داخل نطاق المدن إلى أكثر من قطعتين، كما يعتبر تقسيمها: أقلمة أكثر من مبنى واحد وملحقاته على قطعة الأرض سواء كانت هذه المباني متصلة أو منفصلة، فطرق التقسيم اثنان:

- أرض فضاء تقسم لأكثر من قطعتين.

- أكثر من مبنى واحد على قطعة الأرض المقسمة"²

فوجب على الملاك في الشيوخ لملكية ذات طابع حضري، وعند التقسيم مراعاة جملة من الشروط والإجراءات التي تحفظ الأهداف السامية لقانون تنظيم المدن والعمران، وأول الشروط هو الحصول على رخصة التجزئة إذ تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28/05/1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم، وتسليم ذلك، على أنه "في إطار أحكام المادتين 57 و 58 من القانون رقم (29/90) المؤرخ في 01/12/1990³، تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية".

فالشركاء في الملك لا يجوز لهم التقسيم إلا بالحصول على رخصة التجزئة، وفقا للإجراءات التالية، أمام مصالح التهيئة العمرانية للبلدية أو الولاية التي يقع فيها العقار محل التجزئة:

¹ راجع أحكام الخاصة بقانون التهيئة و التعمير

² - عبد الوهاب عرفة، شرح قوانين البناء و الهدم ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة طبع ، ص 153 .²

³ راجع أحكام القانون الخاص بالتهيئة و التعمير

1. أن يتقدم الشركاء في الملك، أو موكلهم بطلب رخصة التجزئة والتوقيع عليه من طرفهم.

2. يرفق الطلب بالتصاميم والوثائق التالية:

- تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/15000 يشتمل على الوجهة والهيكل القاعدية للخدمة مع بيان طبيعتها وتسميتها، وكذا نقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

- التصاميم الترشيدية المعدة على سلم 1/200 أو 1/500 تشمل على بيانات حدود القطعة الأرضية ومساحتها، ومنحنيات المستوى وسطح التسوية، مع مواصفاتها التقنية الرئيسية ونقاط وصل شبكة الطرق المختلفة ...

- مذكرة توضح التدابير المتعلقة بطرق المعالجة المخصصة لتنقية المياه المرسبة الصناعية من جميع المواد المضرة بالصحة العمومية، وتحديد مستوى الضجيج وانبعاث الطفيليات الكهرومغناطيسية، بالنسبة للأراضي المجزأة والاستعمال الصناعي.¹

- مذكرة تشمل على البيانات المتعلقة بقائمة القطع الأرضية المجزأة ومساحة كل قطعة منها ونوع مختلف أشكال الأرض مع توضيح عدد المساكن ومناصب العمل والعدد الإجمالي للسكان المقيمين، والاحتياجات في مجال الماء والغاز والكهرباء والنقل وكيفيات تلبيتها، وأيضا دراسة مدى التأثير على المحيط.

- برنامج الأشغال الذي يوضح المواصفات التقنية للمشاريع والشبكات والتهيئة المقرر إنجازها، وشروط تنفيذها مع تقدير تكاليفها وتوضيح مراحل الإنجاز وأجال ذلك.

- دفتر الشروط يعد حسب النموذج الذي يقرره الوزير المكلف بالتعمير، يحدد الالتزامات والاتفاقات الوظيفية وذات المنفعة العامة المفروضة على الأراضي المجزأة وكذا الشروط

¹ راجع أحكام قانون المتعلق بالتهيئة و التعمير

التي تنجز بموجبها البناءات، ويحدد تنظيم الملكيات والمغارس والمساحات الخضراء والأسيجة (المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه).

ولا تمنح هذه الرخصة إلا بعد التحضير والدراسة من الجهة المختصة، ومدى مطابقتها الأدوات التهيئة والتعمير المتمثلة أساسا في المخططين، مخطط شغل الأرض والمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وتسلم هذه الرخصة في جميع الحالات في شكل قرار من الوالي المختص إقليميا أو الوزير المكلف بالتعمير حسب الحالة.¹

وتختلف رخصة التجزئة من شهادة التقسيم والتي تمنح لإمكانية التقسيم في ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام وتسلم بنفس الشروط والإجراءات السابقة لحساسية طابع هذه الأرض. وقد حرم المشرع الجزائري كل من لم يتخذ الاحتياطات الضرورية والإجراءات اللازمة لإقامة أو إصلاح أو هدم بناء، ومن باب الإصلاح قد يتم التقسيم أو التجزئة دون مراعاة الشروط والإجراءات السابقة، إذ نص في المادة 441 الفقرة 5 مكرر من قانون العقوبات على أنه:

"يعاقب بغرامة من 100 إلى 1000 دج كما يجوز أيضا أن يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، كل من أقام أو أصلح أو هدم بناء دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتلافي الحوادث".

فالقيام بأعمال البناء أو الترميم في إطار التهيئة العمرانية، يتطلب تراخيصا مسبقة من الإدارة، وذلك حتى تقوم هذه الأخيرة بمهامها المتمثلة في الرقابة لفرض احترام إجراءات الوقاية من الحوادث التي قد تصاحب أحد العمليات التي سبق ذكرها، والتي تكتسي طابعا خطيرا² بالنظر إلى موقعها العمراني الكثيف في جميع المجالات. -كما نص قانون التهيئة العمرانية (29/90) في المادة 77 منه على جريمة واحدة بعد أن

¹ راجع أحكام القانون المتعلق بالتهيئة و التعمير

² - فاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2006، ص 98.

ألغى المرسوم التشريعي رقم (07/94) المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري المادتين 76 و 78 منه، والجريمة المنصوص عليها بالمادة 77 هي جريمة تنفيذ أشغال أو استعمال أرض بتجاهل الالتزامات التي يفرضها هذا القانون والتنظيمات المتخذة لتطبيقه أو الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها، فمن يسعى إلى تجزئة أرض تدخل في نطاق هذا القانون، يجب عليه أن يعلم بالالتزامات التي يفرضها القانون والتنظيمات المتخذة للتطبيق، ويجب أن لا يتجاهل الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها، فالبناء يتطلب الحصول على رخصة من الجهة الإدارية المختصة، ويتطلب القانون احترام ما جاء في هذه الرخصة، وتجاهل القانون أو الرخصة يعرض صاحبه لعقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 3000 و 300.000 دج، وفي حالة العودة لارتكاب نفس المخالفة يعاقب المتسبب فيها بالحبس لمدة شهر إلى ستة أشهر، وقد منح القانون في هذا الإطار رقابة واسعة حيث يحوز للوالي أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأعوان المفوضين، أو الجمعيات التي تعمل على حماية المحيط حق الرقابة على البناءات الجاري تشييدها والأراضي والبناءات الخاضعة للتجزئة ... وغيرها، إذ في حالة المخالفة يمكن لجمعيات حماية المحيط أن تتأسس كطرف مدني¹؛ وتطبيقا لما جاء أنفا جاء في الحكم رقم 259/09 بتاريخ 27/12/2008 عن مجلس قضاء قسنطينة، والذي صدر بموجب عريضة افتتاح دعوي يلتبس المدعي من خلالها الحكم بتعيين خبير لإجراء قسمة للعقار الواقع على قطعة أرضية الحاملة لرقم 02 من مخطط تخصيص التعاونية العقارية الاستقلال، وتحديد نصيب كل مالك على الشيوع مع مراعاة الأوضاع القائمة ومستظها بنسخة من عقد بيع رسمي.

حيث باستقراء المحكمة الأوراق ملف الدعوى ولاسيما النسخة من عقد البيع الرسمي ...، فمن الثابت أن القطعة الأرضية المشتراة من طرف أطراف الدعوى المراد

¹فاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 100 ، 101 .

إجراء مشروع قسمة لها تدخل ضمن تخصيص التعاونية العقارية الاستقلال تحمل رقم 02، وهي موجودة ضمن أراضي مجزأة.

حيث أنه طبقا للمادة 57 من قانون 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم الاثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها.

حيث ومادام المدعي لم يقدم للمحكمة رخصة التجزئة، فإن طلبه القضائي بإجراء مشروع قسمة للقطعة الأرضية محل عقد البيع ترفضه المحكمة لسبق أوانه.

وهذه الشهادات لها طابع اختياري ولها أهمية في عمليات بيع العقارات المعدة للبناء ولها أهمية في عمليات بيع العقارات المعدة للبناء وكذا عمليات قسمة التركات وطبيعتها إعلامية بحتة وهذا النوع من الشهادات تم النص عليه بالمادة 51 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير تحت تسمية "شهادات التعمير".

المبحث الثاني

طوارئ القسمة الرضائية

ويقصد بطوارئ القسمة، تلك الحالات المؤدية حدوثها إلى نقض القسمة، ويجب نقض القسمة بعد وجودها ولزومها، في حالة ما إذا وجد قاصر بين الورثة خلال القسمة، وكذا ظهور دين على الميت بعد وقوع القسمة، أو ظهر وارث آخر أو موصي له في قسمة التراضي، ونوضح هذه الطوارئ وأحكامها، في الفروع الآتية.....

المطلب الأول: وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة

إن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، إذ ينبغي على الموثقة أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزء من تركة، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى

الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة، ولا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن المجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهاره تلك الشهادة¹، وهذه الآجال نتجسدها في النقاط الآتية.

الفرع الأول : وجود قاصر بالنسبة للشهادات

فبالنسبة للشهادات الموثقة، فتحرر وتشهر خلال شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق، ويرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج، ويكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة².

وعملياً فالشهادات التوثيقية ذات أهمية قصوى، وإن كان انتقال التركة المتعلقة بعقار يحصل جراء واقعة واحدة وهي الوفاة، فالطابع الإلزامي لشهر هذه الشهادة يفسر إلزامية علم الغير بهذا الانتقال للملكية، فقاعدة الأثر النسبي للشهر العقاري يدفع الورثة للقيام بتحرير هذه الشهادة، وتمنع كل شهر يتعلق بعقارات ناجمة عن التركة مادام أن الشهادة التوثيقية لم يقع شهرها .

وهي ذات الأهمية التي نلمسها على مستوى التطبيق، فقد جاء في القرار المجلس الدولة رقم 652، 206 المؤرخ في 10/07/2000 أنه حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفي إليهما كما تشترط أحكام المادة 91 من المرسوم رقم (76/63) المؤرخ في 25/03/1976، وحيث أن هذا الشرط هو إجراء إجباري مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين، وحيث أن المستأنفين لم يقوموا

¹ انظر المادة 91 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

² المرجع نفسه المادة 99 منه .

بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية ... فإن الدعوى تعتبر سابقة لأوانها.¹

الفرع الثاني : وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة

قضت المحكمة العليا في القرار رقم 84551 المؤرخ في 22/12/1992،² أنه من المقرر قانونا وشرعا أن قسمة التركة بين الورثة تكون عن طريق القضاء، وإنه في حالة وجود قاصر بينهم

-الورثة- فإنه يجب أن يعرض ملف القضية على النائب العام بواسطة كاتب الضبط قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة.

ولما ثبت أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف القضاء لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية، فإنه يتعين بذلك نقض القرار المطعون فيه. كما جاء في القرار رقم 194.378 المؤرخ في 28/06/2000،³ أنه لا يبدأ سريان أجل تقادم الحقوق الميراثية في حالة وجود قصر بين الورثة إلا من تاريخ بلوغهم سن الرشد القانونية، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة مولودة في 01/04/1942 وأن المورث قد توفي سنة 1947، وأنها بادرت إلى رفع دعوى بتاريخ 01/10/1992 ضد المطعون ضده، فإن قضاة الاستئناف عندما أسسوا قرارهم على التقادم المسقط طبقا للمادة 829 من القانون المدني، ومضي مدة ثلاث وثلاثين سنة على وفاة المورث المشترك للطرفين إلى تاريخ رفع الدعوى، فإنهم بقضائهم برفع دعواها لم يأخذوا في الحسبان أن الطاعنة كانت قاصرة ولم تبلغ سن الرشد التي تؤهلها قانونا إلا في سنة 1963 بحيث كان سن الرشد آنذاك واحد وعشرين (21)

¹ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، الجزائر و دار هومة ، ص 79.¹

² انظر المجلة القضائية لسنة 1955، العدد الأول المرجع السابق الذكر ، ص 117 .

³ انظر الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق ، ص 206 .

سنة في ظل القانون المدني القديم، وبذلك يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

كما صدر المنشور رقم 02 عن مديرية الشؤون المدنية لوزارة العدل في 19/10/1985 موضوعه تفسير نص المادة 181 فقرة 02 جاء نصه كالآتي:

"أثار تطبيق المادة 181 فقرة 02 من قانون الأسرة بعض الصعوبات في تفسيرها التي تتطلب توضيحات لضمان تطبيق متماثل للقانون، من طرف كل الجهات القضائية للبلاد. لا تكون قسمة تصفية تركة يوجد بين ورثتها قاصر إلا عن طريق القضاء، ولو في حالة الموافقة الإجماعية للورثة، والمادتين 182، 183 من قانون الأسرة توضح طرق تنفيذ هذه العملية، تنفيذ القسمة على أساس مثل هذا الحكم، وإن وصي القاصر مطالب بقبض وتسيير أملاك اليتيم على أحسن منفعة لهذا الأخير، وفقا لشروط المواد 81 وما بعدها من قانون الأسرة، يمكن أن توجه أموال وأشياء ذات قيمة مودعة لدى جهاز بنكي في مثل هذه التصفية، ويتم إدخاله في الدعوى من قبل الورثة لأجل استرداد تلك الأموال. يبرز هذا الإدخال في الدعوى العواقب التالية:

- إلزام الأجهزة البنكية بمواجهة الإجراءات القضائية والتكفل بنفقاتها.
- إحلال الأجهزة البنكية محل الموثق في عملية تصفية التركات التي يمكن أن تمتد إلى أملاك أخرى غير الأموال المودعة.
- إجبار الأجهزة البنكية بتسيير حسابات التركة لعدة سنوات، والتي يمكن أن لا تعطى مبالغها فيما يخص الموارد أية فائدة.
- ولهذا يجب في مثل هذه الحالة إخراج الأجهزة البنكية من الخصومة إذ أن وصي القاصر مؤهل قانونا بتلقي وتسيير الأملاك العائدة لهذا الأخير... " ¹.

¹ نشرة الموثق، الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق، ص 62.

المطلب الثاني: ظهور دين على الميت بعد القسمة

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة، ولكنه نص في المادة 774 عن التقنين المدني على أن:

"تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

الفرع الأول : تصفية المال المراد قسمته

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، أيضا لا نجد أثرا لهذا الطارئ، سوى ما نصت عليه المادة 180 منه بقولها: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1. مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

2. الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3. الوصية.

فإذا لو يوجد ذوو فروض أو عصابة ألت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، ألت إلى الخزينة العامة"، ونصت المادة 222 من ذات القانون الأسرة الجزائري على أن:

"كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وقبل اللجوء إلى ما جاء الحكم به على هذه المسألة في الشريعة الإسلامية السمحة، نشير إلى أن القانون المدني المصري قد أشار في المادة 879 منه إلى هذا الحكم بنص المادة على أن "دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم، لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن هناك تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم".

فالواضح من النص أنه إذا ظهر دائن للميت، لم يستوف حقه، لعدم ظهور دينه في قائمة الجرد، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها، واستولى كل وارث على نصيبه، على اعتبار أنه خالص من الديون، فلاشك، أن هؤلاء الدائنين يستطيعون الرجوع

بالدين على أموال التركة، ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإذا رجع أحد منهم على عين التركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذه العين، رجع الوارث على الورثة الباقين كلل بقدر حصته في الدين، وإذا تصرف الوارث في عين التركة، فإن الدائن لا يرجع على المتصرف إليه، ولكن يرجع على الوارث الذي تصرف في العين، في حدود ما أخذه مقابلا لمال التركة، من لا يثري الوارث على حساب الدائن.¹

فالواضح مما سبق أن القانون المدني المصري لا يقضي بفسخ القسمة لظهور دين على الميت بعدها، بل كل ما للدائن أن يرجع على الورثة في حدود ما آل إليهم من التركة، وحتى نتعرف على موقف المشرع الجزائري، نندرس المسألة على ضوء الشريعة الإسلامية المحال إليها بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. وتتجسد مسألة ظهور دين على الميت بعد القسمة، كأن تقسم التركة بين الورثة لم يظهر دائن للميت، فهل تنقض القسمة ليقضي للدائن حقه، أم تمضي القسمة.

الفرع الثاني : موقف الفقه الاسلامي من استغراق الدين للتركة

على ضوء الفقه الإسلامي، نستعرض مذاهب الفقهاء في ذلك فجاء في المذهب الحنفي، أنه لو اقتسم الورثة التركة، ثم ظهر فيها دين -سواء كان هذا الدين محيطا بالتركة أو غير محيط بها- فإنه يقال للورثة اقضوا دين الميت، فإن قضوه من مال أنفسهم صحت القسمة، لأن حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة، وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة، وهو المالية، فإذا قضوا الدين ممن مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى، فتكون صحيحة ولا تنقض، أما إذا لم يقض الورثة الدين من مالهم فإن القسمة تفسخ ويقضي الدين من التركة، ثم يقسم ما بقي، وذلك لأن الدين مقدم على الإرث، فيمنع وقوع الملك لهم، وذلك

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 173 .

سواء كان الدين محيطا بالتركة كلها أو لم يكن، وذلك لأن الدين مقدم على الإرث، سواء كان قليلا أو كثيرا، لقوله تعالى في سورة النساء، الآية 11: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"، فقدّم سبحانه وتعالى الدين على الإرث من غير فصل بين القليل والكثير، ولأن الدين إذا كان محيطا بالتركة فإنه يمنع وقوع الملك للورثة، فتبقى التركة على ملك الميت لتعلق حق الغرماء به، وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة، أما إذا لم يكن الدين محيطا بالتركة، فملك الميت وحق الغرماء، وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع، فيمنع جواز القسمة، ولكن لا تنقض القسمة إذا أبرأ الغرماء الميت من ديونهم لأن النقض لحقهم، وقد أسقطوه بالإبراء، فتكون القسمة صحيحة لزوال المانع.¹

وكذلك لا تنقض القسمة إذا كان الدين غير محيط بالتركة، وكان قد تبقى من التركة - من غير قسمة - ما يفي بالدين، إذ لا حاجة إلا فسخ القسمة حينئذ، ولا فرق في ظهور الدين بعد القسمة وسماع الدعوى به أن يكون الدائن أجنبيا أو أحد المقتسمين، فلو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة، وأقام البينة عليه، فله أن ينقض القسمة، ولا تكون قسمته إبراء من الدين، لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة، فلا تناقض بين القسمة، وبين ادعاءه دينا على الميت.²

أما إذا ادعى عينا له في التركة، فإنه لا تسمع دعواه أيا كان سبب هذه الدعوى لتناقضه، لأن دعوى العين تتعلق بالصورة، والقسمة تصادفها، كما أن الإقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك، ولو أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين، فله نقضها، وكذلك إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم، فللغريم أيضا نقض

¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة 1 ،

الجزء 9 ، ص 169 .¹

² - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المرجع السابق ، ص 169 .

القسمة إلا أن يكون هذا البعض قد اشترط براءة الميت، لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه، وتخلوا التركة عنه، وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين.¹

وخلاصة الحديث، أن الحنفية يرون أنه إذا ظهر الدين وكان محيطا بالتركة أو غير محيطا بها، فإن الورثة مكلفون بتسديد الدين المذكور، فإذا سدده كانت القسمة صحيحة، أما إذا أدى أحد الورثة الدين فإن في ذلك الأمر مسألتين:

أولاهما: إذا أداه على أن لا يرجع على التركة فالقسمة تبقى صحيحة.

ثانيهما: إذا أداه على شرط الرجوع على التركة فيكون الوارث المؤدي للدين قائما مقام الدائن، فإذا أدى الورثة الآخرون الدين من مالهم لهذا الوارث فتبقى القسمة تامة، وإلا ترد القسمة وتفسخ، أما لو امتنع الورثة عن أداء الدين فتفسخ القسمة، كما لا تفسخ القسمة إذا أبرأ الدائنون الورثة من الدين، فالإبراء صحيح، سواء كان الدين محيطا بالتركة أم لم يكن. **أما في المذهب المالكي** فيختلف حكم طرء الدين بعد القسمة باختلاف ما إذا كان المقسوم مقوما أو غير مقوم²:

- فإذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، وكان المقسوم مقوما كدار أو بستان أو حيوان أو نحو ذلك من كل ما يقوم، فإن القسمة تنفسخ ويأخذ الغريم حقه، ثم يقسم الباقي، إلا إذا دفع الورثة الدين للغريم، فإن دفعوه فلا كلام له، إذ ليس له حق إلا في ذلك، أما إذا كان المقسوم عينا كالذهب والفضة أو مثليا، وطراً غريم فإن القسمة لا تنفسخ، بل يرجع الطارئ على كل واحد من الورثة، ممن بيده شيء من التركة، بما يخصه إن كان قائما، وبمثله إن فات، والقسمة صحيحة لن تنقض، ولو كان بعضهم أعسر، فإن الطارئ يرجع عليه بما يخصه ولا يأخذ الملى عن المعدم هذا إن لم يعلموا بالطارئ، أما إذا علموا به واقتسموا التركة، فإنهم متعدون حينئذ، فالغريم أن يأخذ الملى عن المعدم، والحاضر عن الغائب، والحي عن الميت، ما لم يجاوز ما قبضه.

¹ - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 581.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 581.

والخلاصة أن المالكية، إذا ظهر بعد القسمة دين على الميت، فإن هناك خلافا في المذهب بالنظر إلى الشيء المقسوم، فإذا كان المال المقسوم دارا أي عقارا مضت القسمة ولا تنقض، سواء قسم الورثة وكانوا غير عالمين بالغريم -الدائن أو الدائنون - أو عالمين به وهو كذلك ، خلافا لما في كتاب محمد عن مالك من عدم صحة القسمة إذا قسموا عالمين بالغريم، ولو دفعوا ماله من الدين بعد القسم وإذا وقع الاختلاف بين الورثة فهناك حالتان:

أولاهما: إذا دفع جميع الورثة الدين أو دفع بعضهم برضا الباقيين أو مع إبايتهم أي - امتناعهم - ولم يقصد الدافع الرجوع بشيء على من أبي أي امتنع - فإن القسمة تمضي.

ثانيهما: إذا لم يدفع أحد من الورثة للدائن شيئا أو دفع بعضهم مع امتناع باقيهم وأراد الدافع الرجوع بما دفعه عليهم فإنها تنقض.

أما إذا كان المال المقسوم عينا كذهب أو فضة، أو مثليا كقمح أو شعير، فإن ما هلك أو نقص أو نما من جميعهم إلا أن يتفق جميعهم على عدم نقضها ويخرجوا الدين والوصية من أموالهم، فبذلك فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، والمقصود بذلك أنه إذا هلك ما بيد أحد الورثة كلا أو بعضا بأفة سماوية، ثم نقضت القسمة لظهور الدين، فضمن ما تلف من جميع الورثة لا ممن كان بيده وحده¹ ، لأن القسم بينهم كان باطلا لوجود الدين، فإن فضل من باقي التركة شيء بعد سداد الدين، كان لمن تلف قسمه الدخول مع الورثة فيما فضل، وأما ما هلك بيد أحدهم بفعله، فلهم تضمينه.

فقيام الورثة بتسديد الدين للغريم -أي الدائن- يجعل القسمة صحيحة لاستيفاء الدائن حقه، فإن امتنعوا جميعا من تسديد الدين أو امتنع بعضهم نفت القسمة، لأن الدين مقدم على الإرث.

- محمد عرفة الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، بيروت ، دار الفكر ، الجزء 3 ، بدون سنة طبع ، و ص 514 ،¹

. 515¹

أما الشافعية : فقالوا أنه إذا قسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت، فإن قلنا: القسمة إفراز فهي صحيحة، ويوفي الورثة الدين للدائن، فإن لم يوفوه فإنه تباع أنصبتهم في الدين، وإن قلنا: أن القسمة بيع، ففي صحة القسمة وعدم صحتها قولان، بناء على القولين في صحة بيع الوارث للتركة، قبل قضاء الدين.

القول الأول: أن البيع باطل، لأن التركة مرتهنة بالدين، فلم يجز بيعها كالرهن.

القول الثاني: أن البيع جائز، لأن الدين لا يتعين استحقاقه من التركة لجواز قضائه من غيرها، بخلاف الرهن، لتعلق الدين بالرهن عن اختيار، وتعلقه بالتركة من غير اختيار، فإذا تقرر هذا في بيع التركة، كانت القسمة بناء عليه -إن قلنا بأنها بيع- فيها قولان:

القول الأول: إن لم نصح البيع فالقسمة باطلة بظهور الدين، فتتقض، ويقضي الدين، ثم تستأنف القسمة بعد قضائه.

القول الثاني: إن صححنا البيع، فالقسمة صحيحة، ويقال للورثة، إن قضيتم الدين أمضيت القسمة، وإن لم يقضوا ولم يوجد من التركة غير المقسوم نقضت القسمة وبيع منه بقدر الدين ثم تستأنف القسمة في الباقي، ولا يجوز أن يباع من حصة كل واحد منهم بقدر حقه في الدين لأن فيه تفريقاً للصفقة، وفي جميع الأحوال إذا وفي الورثة الدين للدائن، فإن القسمة تبقى صحيحة.

وخلاصة القول، فإن الشافعية يرون بأنه إذا ظهر دين على الميت، فيجب التفريق بين أمرين وهما يتجسدان في كون القسمة إذا كانت تمييز لحقين فإنها لم تنقض، وإذا كانت القسمة بيعاً، ففي نقضها وجهان:

- وجه في أنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال.

- ووجه آخر، في أنها لا تنقض إذا سدد الوارث الدين.¹

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزائر، دار الفكر، الطبعة 1، الجزء 6، سنة 1991، ص 4766.

بالنسبة للمذهب الحنبلي:

إذا اقتسم الورثة العقار، ثم ظهر على الميت دين، فإن قلنا، أن القسمة إفراز لم تبطل، لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر في حق أحد، وعلى الورثة أن يوفوا الدين، فإن امتنعوا عن وفاء الدين بطلت القسمة، لأن الدين مقدم على الإرث، وإن امتنع البعض ووفي البعض، استقر الملك لمن وفي، وبيع نصيب الآخر فيما يقابله من الدين. وإن قلنا: - أن القسمة بيع، انبنى حكم ظهور الدين هنا على حكم بيع التركة¹ قبل قضاء الدين، على وجهين، الأول: أنه يصح، لأن العبد الجاني يتعلق برقبته حق المجني عليه، ويتمكن مالكة من بيعه فكذا الوارث، الثاني: لا يصح، لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن² وبعض كتب الحنابلة، ذكرت الحكم على نسق واحد، فقالوا بأنه إذا اقتسم الورثة تركة الميت، ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه، لم تبطل القسمة سواء علم الورثة بالدين قبل القسمة أم لا- لأن تعلق الدين، بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها، بغير رضائهم، فأشبهه تعلق دين الجنابة برقبة الجاني، فينتقل الملك لهم محملا بالدين، ويخير الورثة حينئذ بين الوفاء من التركة أو غيرها، وبين نقض القسمة وبيعها في الدين، فإن وفوا الدين بقيت القسمة على حالها، وإن امتنعوا من وفائه بيعت التركة في الدين، فإن وفي أحد الوارثين دون الآخر، بيع نصيب الممتنع وحده، وبقي نصيب المجيب بحاله، فخلاصة القول أن الحنابلة لا يبطلون القسمة بظهور دين على الميت، لأن تركته يثبت فيها الملك لورثته، سواء كان عليه دين أو لم يكن، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة.³

¹ - أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدس، المغنى على مختصر الخرقي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 9،

2004، ص 511.¹

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، 584.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4769

وبعد أن عرضنا أقوال المذاهب المختلفة في حكم ظهور دين على الميت بعد القسمة، فإننا نخلص من ذلك إلى:

1- أنه لا خلاف بين الفقهاء في صحة القسمة وعدم نقضها، إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، فدفع الورثة للدائن حقه، لأن الدائن لا حق له إلا في استيفاء دينه، وقد استوفاه، فلا تنتقض القسمة، كما أنه لا خلاف بينهم في أن القسمة تمضي ولا تنتقض، إذا أبرأ الدائن الميت من دينه، لأن النقص لحقه، وقد سقط بالإبراء.

2- إذا دفع بعض الورثة للدائن دينه برضا الباقيين، فإن القسمة تصح، ما لم يرجع عليهم بشيء مما دفعه، أو أنه ضمن للدائن حقه بشرط براءة الميت، أما إذا دفع بعض الورثة، وأبى بعضهم، وأراد الدافع أن يرجع عليهم بما دفع فإن القسمة تنتقض على الجميع، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية فقط، ونرى رجعا ذلك.

3- لا خلاف بين الفقهاء، في أنه إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، وكان هناك مال من التركة لم يقسم بعد، وكان يكفي لأداء هذا الدين، فإن القسمة لا تصح ولا تنتقض، ويؤدى الدين من ذلك المال.

4- إذا لم يقض الورثة إلى الدائن دينه سواء كان من مال أنفسهم، أو من مال التركة الذي لم يقسم، ولم يبرأ الدائن الميت من الدين، وطالب الدائن بدينه، فإن القسمة تنتقض، ويؤدى للدائن دينه منها، ثم يقسم الباقي بين الورثة، وذلك سواء كان الدين قليلا أو كثيرا، وسواء كان الورثة عالمين بالدين أو غير عالمين به، وسواء كان المقسوم عينا أو مثليا.¹

المطلب الثالث: ظهور وارث جديد، أو موصى له بعد القسمة

لم يتعرض القانون أيضا لحكم ظهور وارث جديد، أو موصى له بعد القسمة، إذ يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية. و هذا ما يتناوله الفرع الأول و الفرع الثاني على التوالي.

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 4770

الفرع الاول : ظهور وارث جديد بعد القسمة

- بالنسبة لمسألة ظهور وارث جديد، فقد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل منهم حصته، ثم يظهر للميت زوجة أخرى أو ابن من زوجة أخرى، لم يكن الورثة يعلمون به وقت القسمة، فقد بين الفقهاء حكم ذلك كما يلي:

فذهب الحنفية، إلى أنه إذا ظهر وارث بعد القسمة فإن القاضي ينقض القسمة، ثم يستأنفها بعد ذلك، لأن القسمة فسدت بظهور شريك لم يشترك فيها، إلى أنه سيحتاج إلى استيفاء حقه مما وصل إلى كل واحد من باقي الورثة بمقدار نصيبه، فيتفرق نصيبه في مواضع، فلهذا تنقض القسمة وتستأنف من جديد، فإن قال الورثة المقتسمون، نحن نقضي حق هذا الوارث من مالنا ولا تنقض القسمة، فإنه لا يلتفت إلى قولهم - إلا أن يرضى الوارث بذلك - وتنقض القسمة، وذلك لتعلق حق الوارث بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها، وذهب بعض الحنفية، أيضا إلى أنه إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، لا تنقض القسمة، لأن القسمة في هذا الموضع محل اجتهاد - غيبة بعض الشركاء -، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض.

وذهب المالكية، إلى أنه إذا طرأ وارث على ورثة، وكان هؤلاء الورثة قد قسموا التركة، فإنه يجب التفرقة بين نوعين من المال المقسوم:¹

- فإن كان المقسوم عينا كالذهب والفضة، أو مثليا كالمكيل والموزون والمعدود، فإن القسمة لا تنقض، ويكفي أن يرجع الوارث الجديد على كل واحد من باقي الورثة - المقتسمين - بما أخذه زائدا عن حقه، ولا يؤخذ ملئ عن معدم، ولا حاضر عن غائب طالما أن الورثة لم يكونوا يعلموا بهذا الوارث الجديد، أما إذا كانوا يعلمون ورغم ذلك اقتسموا التركة، فإنهم متعدون حينئذ، فللوارث أن يأخذ المليء عن المعدم، والحاضر عن الغائب.

¹ عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 586

- أما إذا كان المقسوم قيميا كالدّار أو الأغراض أو نحوهما مما تختلف قيمه، وتختلف الأغراض فيه، فإن القسمة تنقض، وتستأنف من جديد، وذلك منعا للضرر الذي يلحق الوارث، لو تتبع كل وارث في حصته، إذ أن حقه سيتفرق.

أما الشافعية والحنابلة، فلم يفرّدوا هذه المسألة بكلام، ويكتفون بدخولها في عموم ما قرروه من أحكام في الاستحقاق.¹

وخلاصة ما سبق، إذا ظهر وارث جديد بعد ما اقتسم الورثة الباقيون التركة، فقد اختلف الفقهاء في مصير القسمة على قولين:

القول الأول: تنفسخ القسمة بظهور الوارث الجديد، وتستأنف مرة أخرى، وبهذا قال الحنفية في القسمة الرضائية، وهو قول المالكية إذا كان المال المقسوم قيميا أو عقارا، وهو مقتضى قول الشافعية والحنابلة في الاستحقاق.

القول الثاني: لا تنفسخ القسمة بظهور الوارث الجديد، بل له فقط أن يرجع على باقي الورثة المقتسمين، بنصيبه في التركة، فيرجع على كل واحد في نصيبه بما يخصه، وبهذا قال بعض الحنفية في القسمة القضائية، وهو قول المالكية إذا كان المقسوم مثليا أو نقدا.² ونرى أن الراجح هو القول الأول، القائل بالفسخ للقسمة بسبب ظهور الوارث الجديد، وذلك لعدم تحقق الرضا بين جميع الشركاء، لأن الوارث الجديد لم يكن معهم، فلم نعلم رضاه من عدمه، ولأن بفسخ القسمة نجنب الوارث الجديد ضرر تفريق حصته بين الشركاء بسبب رجوعه على كل منهم بما يناسبه من حصته، لو قلنا بعدم فسخ القسمة، ولأن الأخذ بهذا القول يعطي للوارث الجديد عين حقه، وهو أولى من أن يأخذ قيمة هذا الحق، إذ أن حق الوارث متعلق بعين التركة.³

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4770

² محمد عبد الرحمن الضويني، ص 589

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 579.

وأما تفرقة الحنفية بين القسمة الرضائية والقضائية، فهي تفرقة لا مبرر لها مع مجافاتها للعدالة والتي تقضي بأن يأخذ الوارث عين حقه - في الأصل - لا قيمته، وبمثلها تدفع تفرقة المالكية بين أنواع المقسوم¹ ، فالأولى القول بفسخ القسمة لظهور الوارث، لما فيه من المصلحة لهذا الوارث بمراعاة حقه، وعدم ضرر باقي الورثة.

الفرع الثاني: ظهور موصى له بعد القسمة الرضائية

أما بالنسبة لمسألة ظهور موصى له بعد القسمة، فقد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل منهم حصته، ثم يظهر أن الميت كان قد أوصى وصية لشخص معين قبل وفاته، فهل تنتقض القسمة لكي يعطى للموصى له حقه، ثم يقسم باقي التركة بين الورثة؟ أم تستمر القسمة ويرجع الموصى له على كل وارث بما ينويه؟ وهذا ما نتولى الإجابة عليه فيما يلي:

إذ فرق الحنفية، بين الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث أو الربع، وبين الوصية مرسل من المال كالألف دينار مثلا:

- فإذا كان الميت قد أوصى بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث، ثم ظهر الموصى له بعد قسمة التركة، ولم يكن الورثة قد أخرجوا له حصته، فإن القاضي يفسخ القسمة، ويستأنفها من جديد بعد إعطاء الموصى له حقه، وذلك لأن الموصى له شريك للورثة، بدليل أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك على الورثة والموصى له جميعا، والباقي على التركة بينهم، فتنتقض القسمة لظهور الموصى له، فإن قالت الورثة نحن نقضي حق الموصى له من مالنا، ولا تنتقض القسمة .

فإن القسمة تنتقض أيضا، ولا يلتفت إلى قولهم، وذلك لتعلق حق الموصى له بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر، إلا أن يرضى هذا الموصى له بأخذ ما عرضه الورثة، فلا تنتقض القسمة، لأن الحق له وقد رضي به، هذا وقد قيدت بعض كتب المذهب²

¹ محمد عبد الرحمن الضويني ، المرجع السابق ، ص 579

² محمد عبد الرحمن الضويني ، المرجع السابق ، ص 590 .

الحكم السابق بما إذا كانت القسمة اتفاقية، أم إذا كانت بقضاء القاضي، فقالوا بأن القسمة لا تنقض إذا كان القاضي قد عزل له نصيبه، لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة، لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة، لا تنقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل اجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد، ينفذ ولا ينقض.

- أما إذا كان الميت قد أوصى بمقدار مرسل من المال كالألف دينار مثلا، فإن القسمة تفسخ إلا إذا قضى الوارث للموصى له مقدار وصيته، فالأصل أن القسمة تفسخ هنا أيضا ولكن إذا قالت الورثة نحن نقضي حق الموصى له فإن القسمة لا تنقض¹.

والفرق بين نوعي الوصية، أن الموصى له بجزء شائع من التركة كالثالث حقه متعلق بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضائه، بينما الموصى له بألف دينار مرسلة، فإن حقه ليس متعلقا بعين التركة، بل بمعنى التركة، من حيث الاستيفاء من مالية التركة، وبقاء حق الموصى له وقتئذ من التركة أو من مال الوارث سواء.

وفرق المالكية، بين الوصية بجزء شائع كالربع أو الثلث، وبين الوصية بعدد، كعدد من الدنانير.²

- فإذا ظهرت وصية بعد تقسيم التركة، وكانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع، فننظر إلى المقسوم فإن كان المقسوم قيميا - أي ما يقوم - كالعقار والعروض -، فإن القسمة تنقض، لتفاوت الأغراض ودفعها لما يدخل على الموصى له من الضرر بتبعية حقه، فيعطى الموصى له حقه، ثم يقسم الباقي بين الورثة، وأما إذا كان المقسوم مثليا كالنقود والمكيلات والموزونات، فإن القسمة لا تنقض، ويكفي أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائدا عن حقه، ولا يؤخذ الملاء عن المعسر، سواء علم الورثة بالطارئ أو لم يعلموا، وذلك على المعتمد من المذهب، وفي جميع الأحوال إن دفع

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 588، 589.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 588 و 589.

جميع الورثة حق الموصى له فإن القسمة تمضي ولا تفسخ، فإن امتنعوا أو بعضهم فسخت القسمة، لأن الدين مقدم على الميراث.

- أما إذا كانت الوصية بعدد معين من النقود مرسلا كألف دينار أو ...، فتكون الوصية كالدين، فتتقضى القسمة لأجلها سواء كان المقسوم مقوما أو مثليا، إلا إذا دفع الورثة للموصى له الموصى به من الدنانير، ونحوها، ففي هذه الحالة تمضي القسمة ولا تنقض، لأن الموصى له لا حق له إلا في استيفاء العدد الموصى به، وقد استوفاه، إذ لا حق للموصى له في عين التركة، بل حقه متعلق بماليتها، وإذا أتلّف بعضهم حظه أو أعسر أو مات أو غاب، فإن للموصى له أن يأخذ المثلّ عن المعدوم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث.

وفرق الشافعية، أيضا بين الوصية بجزء شائع أو معين كالثلث من التركة،¹ وبين الوصية شيء مرسل -أي في الذمة-، كمن وصى بمائة دينار لفلان، ولم يحدد مخرج المائة دينار فإذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث، أو معين ولكن كان موصى به من التركة، فيكون الحكم الاستحقاق، فإن كانت الوصية بشيء معين من التركة، بطلت القسمة لعدم المعادلة في الباقي بين الشريكين، وإن كانت بجزء مشاع من التركة كالثالث مثلا، بطلت في الثلث الموصى به قولاً واحداً، وهل تبطل في الباقي؟ قولان: أصحهما، أنها تبطل فيه، لأن القصد من القسمة تمييز الحقين، ولم يحصل ذلك، لأن الموصى له صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت.²

- فإذا كانت الوصية مرسلة، كأن يوصى بمائة دينار لفلان، ولم يحدد مخرجهم، فيكون الحكم كما لو ظهر دين في التركة، فإن جعلنا القسمة إفراز حق، فالقسمة صحيحة ولا تنقض بظهور الوصية، وتباع الأنصاء في الوصية إن لم يوف الورثة الوصية، وإن جعلناها بيعاً فعلى قولين -كما سبق-

¹ -محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 591

² -عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 591.

وفرق أيضا الحنابلة، في ظهور الوصية بعد القسمة بين الوصية بجزء شائع من المقسم، وبين الوصية بمال غير منحصر في التركة، كمائة دينار مثلا، فإذا كانت الوصية بجزء من المقسم كالربع، فيكون الحكم كما لو ظهر مستحق لأن الموصى له يستحق أخذه، وعليه فتبطل القسمة، لأنه قد ظهر لهم شريك ثالث، أما إذا كانت بمال غير معين من التركة - أي مرسل - كمائة دينار فحكمها حكم ظهور الدين بعد القسمة، فتكون القسمة صحيحة، ويخير الورثة بين الوفاء من التركة و غيرها، وبين نقض القسمة¹.

وبعد عرض أقوال المذاهب المختلفة، في حكم ظهور موصى له بعد القسمة، نرى أنه:

1- إذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث مثلا، فإن القسمة تنقض، ويعطي للموصى له حقه، ثم تستأنف القسمة في الباقي، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث، ولأن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى أن يتفرق نصيب الموصى له بين الورثة، فيتضرر، كما أن الموصى له يكون عرضة الضياع حقه إذا أعسر بعض الورثة، أما تفرقة المالكية بين أنواع المقسم القيمي أو المثلي، فإنها تفرقة قد تلحق الضرر بالموصى له إذا أعسر بعض الورثة بعد القسمة، كما أن تفرقة بعض الحنفية بين القسمة الاتفاقية والقضائية، فإنها لا مبرر لها، فالعدالة تقضي أن يأخذ كل ذي عين حقه طالما أنه تعين.

2- إذا كانت الوصية بمال مرسل من التركة، فنرى أن القسمة تكون صحيحة ابتداء، وذلك لعدم تعلق حق الموصى له بعين التركة، بل بماليتها، ثم بعد ذلك نتوجه إلى المتقاسمين - أي الورثة -، فإن أعطوا الموصى له حقه، مضت القسمة، وتأبدت صحتها، وإن أبوا فإن القسمة تنقض ويعطى الموصى له حقه منها، أي الأمر بيد الورثة على الخيار إن شأؤوا دفعوا للموصى له حقه وإلا فسخت، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والمعتمد

¹ - بن قدامة المقدس ، المرجع السابق ، ص 513 .

عند المالكية، والأظهر عند الشافعية والحنابلة. والجدير بالذكر في القانون المدني المصري، فإن المادة 898 منه تنص على أن: "يتولى المصطفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا، وغيرها من التكاليف".

فالأوضح من النص أنه يجب تنفيذ الوصية قبل القسمة وبعد سداد الديون ، فإذا ظهر¹ الموصى له بعد القسمة، فإنه يكون متعرضا للورثة، فإذا أثبت الموصى له صحة الوصية، وحكم له بها، فإنه يكون مستحقا، وتطبق عليه أحكام الاستحقاق، فيرجع على المتقاسمين، كل منهم بنسبة حصته، وبالقدر الذي ينويه في الوصية، والموصى له يرجع بالتعويض فقط على الورثة، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على جميع المتقاسمين غير المعسرين بنص المادة 844 من القانون المدني المصري.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 174 .

تخلص الدراسة في هذا الباب أن القسمة إذا تمت صحيحة فإنه يترتب عليها آثار شتى، أهمها لزوم القسمة لكل من المتقاسمين، فلا يجوز لهم الرجوع فيها حتى تستقر أحكامها، كما يترتب على القسمة إنهاء الملكية الشائعة، واختصاص كل شريك بجزء مفرز يمتلكه على سبيل الاستئثار والانفراد، فيكون من آثار القسمة الإفراز، وهو أثر جوهري للقسمة الذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من مجرد حصة رمزية في مال شائع إلى حصة مادية مفرزة، وإذا كانت حصة الشريك في المال الشائع تؤول بالقسمة إلى حصة مفرزة فإنه يترتب على ذلك أن كل شريك يستقل بحصصه، ويتصرف فيها تصرف الملاك في ملكيتهم المطلقة، ويرتبط بهذا الأثر أي الإفراز أثر آخر هو ضمان المتقاسمين على سبيل التبادل لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويرجع هذا الارتباط إلى أن القسمة تهدف إلى إعطاء كل متقاسم حقه غير منقوص، ولا شك أن التعرض والاستحقاق ينقص من قيمة ما آل إلى الشريك.

وإذا كانا هذان الأثران هما الجوهران للقسمة، فإن هناك آثارا ثانوية للقسمة منها:

- إلزام الراسي عليه المزاد في قسمة التصفية بدفع الثمن الذي رسي به المزاد عليه، ذلك أنه قد يحدث أن لا يتمكن القاسم من القسمة العينية للمال الشائع، فيلجأ إلى بيع المال الشائع بالمزاد ويقسم ثمنه بين الشركاء.

- التزام المتقاسم بدفع المعدل النقدي، ذلك أنه قد لا يتمكن القاسم من قسمة المال الشائع بين الشركاء إلا بالاستعانة بالمعدل النقدي، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين، ومن ثم فهو من هذه الناحية يتصل بآثار القسمة، فيلتزم من وقع في حصته نصيب أكبر من نصبه الحقيقي بدفع المقابل النقدي لما زاد عن نصيبه إلى شريكه الذي وقع في حصته أقل مما كان يستحق، وهذا المعدل مما يضمنه امتياز المتقاسم، فيكون لمن له المعدل حق امتياز على أموال من عليه المعدل.

- كما يترتب على القسمة أيضا حق امتياز التقاسم، فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء

ما تقرر لهم فيها من معدل، وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه، تأميننا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخر بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة.

الختامة:

يتجلى في نهاية الدراسة؛ إرتفاع النزاعات العقارية المعروضة على المحاكم بمختلف درجاتها؛ وعدم توفر العدد الكافي من القضاة للبت في القضايا المحالة على المحاكم، ورغم المجهودات التي تبذلها هذه الأخيرة لتصفية الملفات؛ فإن مشكل العامل الزمني والمدة المخصصة للبت في الملفات تبقى مطروحة، مما تسبب في تراكم القضايا التي تضم في ثناياها أكثر من شخص خصوصا في دعاوي القسمة .

لذا أصبح لزاما تفعيل الطرق البديلة لحل المنازعات بين الأفراد لتجعلهم يرضون بالنتيجة التي سعوا إليها بأنفسهم، تطبيقا للمبدأ القائل بأنه " لا توجد عدالة أحسن من تلك التي يتولى الأطراف إدارتها بأنفسهم خصوصا إذا كان مصدرها الدين الإسلامي ."

والقسمة الرضائية تتيح للأطراف حلا سلميا وفعالا لإنهاء حالة الشيع، الذي يعتبر مصدر الخصام و النزاعات و ما يترتب عنه من آثار سلبية على العلاقات .

ومن خلال البحث في موضوع فعالية القسمة الرضائية في المنازعات العقارية ، أين تم الوقوف على مدى أهمية البحث، كونه يُعالج أهم مشاكل الحياة الاجتماعية، وأكثرها تعقيدا، وهي كيفية قسمة المال الشائع والخروج من حالة الشيع، وتمثل القسمة المخرج الرئيسي من هذا الشيع ومشكلاته، وبعد توضيح المعالجة القانونية لهذا الموضوع المتمثلة في النصوص الواردة في القانون المدني وبعض النصوص الخاصة، وما توصلت إليه أحكام القضاء في ذلك بغية الوصول إلى القواعد التنظيمية اللازمة لقسمة المال الشائع، قسمة رضائية.

نوجز في نهاية المطاف جملة من النتائج متمثلة في :

-أولى المشرع الجزائري عناية خاصة فيما يتعلق بالملكية الشائعة بإعتبارها نوعا خاصا من أنواع الملكية، فقد نظم المشرع الجزائري أحكامها ضمن الباب المتعلق بالملكية، إضافة إلى كون طلب القسمة للمال الشائع حق قررته كل التشريعات والشرعية الإسلامية،

كما قرره المشرع الجزائري للشريك للخروج من الشيوع، فلا يوجد نص أو اتفاق يحول دون طلب القسمة النهائية.

-تعد القسمة الإتفاقية هي الأصل في إنهاء حالة الشيوع بين الشركاء التي تعد من أسهل وأفضل الطرق على الإطلاق لإنهاء حالة الشيوع العقاري، لكن مع توافر الضمانات القانونية والعملية للقسمة الإتفاقية وحالاتها على النحو الوارد في المقترحات .

-فالقسمة الرضائية عقد تسري عليه أحكام العقود العامة من محل وتراضي وسبب إلا أن المشرع نص على شروط خاصة بها، إضافة إلى كونه عقد شكلي يتطلب العديد من الإجراءات المعقدة التي يقوم بها الموثق من الإعداد والتسجيل والشهر العقاري جعلت وثيقة رسمية، تحمل حجية مطلقة فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، إلا أنه تختلف الإجراءات باختلاف نوع العقار ما بين إذا كان حضري أو فلاحي، أو مملوك بين الدولة والخواص، وهذا الاختلاف راجع لخصوصية كل نوع.

-كما تسري على القسمة الإتفاقية أوجه الطعن على العقود فقد يطعن في القسمة الإتفاقية بالبطلان المطلق أو البطلان النسبي في حالة توافر عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس أو الإكراه أما الإستغلال أو الغبن فقد أفرد المشرع له حكما خاصا لأهميته في عملية القسمة .

-كما أن النص القانوني قرر أن نقض القسمة الإتفاقية أمر جوازي للشريك المغبون فيه فله أن يجيزها صراحة أو ضمنا وبذلك يصبح عقد القسمة غير قابل للنقض كما له أن يطلب نقضها، إضافة إلى أن الغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال ويكون وقوع الغبن في كثير من الأحيان نتيجة الغلط في قيمة العقار ومن المفيد أن نذكر أن مقدار الغبن الذي حدده القانون الجزائري هو الخمس .

-يترتب على الحكم بنقض القسمة بطلانها واعتبارها كأن لم تكن وعادت ملكية العقار على الشيوع بين الشركاء بأثر رجعي بحيث تعود أجزاء العقار المقررة التي تم التصرف فيها لحالة الشيوع خالية من أي حقوق تقررت عليها .

فبعد البحث في الجوانب المتعلقة بالقسمة الرضائية في النظام القانوني الجزائري، يتجلى ذلك الجهد الكبير الذي يبذله المشرع الجزائري في تنظيم أحكامها، وتقدم الدراسة مجموعة من الأفكار والمقترحات التي ربما تساعد على تحسين كفاءة وفعالية الأحكام القانونية المتصلة بالقسمة الرضائية .

والتوصيات المتمخضة عن هذه الدراسة :

1/إنشاء وتشكيل محاكم عقارية متخصصة تتكون من عدة أقسام، كل قسم يتولى نوع معين من القضايا حتى يتفادى كثرة القضايا والضغط الذي يعاني منه القضاة وربح الوقت بسبب قصر مدة التقاضي .

2/التفكير جديا في مبدأ الإدارة غير القضائية لدعوى الخروج من الشيوع، وفرض رقابة قضائية على ذلك .

3/على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 723 من القانون المدني وذلك بإدراج حالة الغائب مع ناقص الأهلية .

-يجب تعديل في بعض قواعد القسمة الإتفاقية خاصة إذا كانت تضم ثلاثة شركاء فما فوق بأن تنتج آثارها متى أراد أيا كان من الشركاء الخروج من الشيوع، عكس ما هو كائن أن القسمة الإتفاقية تنتج آثارها بموافقة جميع الشركاء خاصة في ظل تعنت أحد أو بعضهم.

4/على المشرع الجزائري وجوب تكريس المراقبة البعدية للقاضي على العقد النهائي لقسمة العقار الشائع رضائيا، في حالة وجود ناقص الأهلية والغائب ومنح الإذن للولي القاصر بأن ينوب القاصر أسوة بالمشرع المصري والفرنسي.

5/تعديل المادة 729 من القانون المدني بالنص صراحة على إمكانية تدخل الدائنين في القسمة الرضائية مثلما هو الحال بالنسبة القضائية من أجل حماية مصالحهم من تواطئ الشركاء، خاصة وان عديد الدول أخذت بذلك كالقانون المدني الفرنسي.

6/بالنسبة لتحديد قيمة الغبن لنقض القسمة الرضائية كونه فاحشا أولا، فيترك أمر تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، تحقيقا لمبدأ المساواة بين الشركاء.

7/ تعديل المادة 730 من القانون المدني وذلك للنتائج الضارة التي تترتب على اعتبار القسمة ذات أثر رجعي خاصة وان هذا الأثر هو افتراضي قانوني محض، وللخروج من الجدل الدائر حول أثر القسمة لا بد من وضع قواعد قانونية قاطعة لحسم الخلاف القائم في التطبيق في مجال القضاء، بحيث يجب ألا يترك استخلاص النتائج التي تدعو الحاجة العملية إليها من الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة دون ضوابط قانونية وذلك بالنص صراحة على أن للقسمة الأثر الكاشف باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء.

8/إلغاء أو تعديل الفقرة 2 من نص المادة 722 من القانون المدني التي تنص على إرجاء القسمة لمدة خمس سنوات لما ينطوي النص من غموض، وما يثيره من إشكالات وتعقيدات قانونية موضوعية وإجرائية .

9/يجب على المشرع توحيد جزاء التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني و قانون الأسرة .

10/النص على إمكانية إجراء القرعة في القسمة الرضائية شأنها شأن القسمة القضائية .

وما القسمة الرضائية، إلا واحدة من الوسائل والتطبيقات العملية للصالح المتأصل في الفقه الإسلامي في عدة أبواب، فالأولى استثمار هذا التراث الفقهي في

المجالين القانوني و القضائي لحماية الحقوق و المراكز القانونية و تحقيق الأمن
القانوني .

قائمة

المراجع:

قائمة المراجع :

أ . النصوص القانونية:

1-الأوامر :

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 75، ص 990
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ع 92، 1206.

2- القوانين :

- قانون رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق والقوانين المعدلة والمتضمنة له
- قانون 29 /90 المؤرخ في 01 /12 /1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر ع 52، ص 1652
- قانون رقم 06/02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية عدد 14 صادرة في 8/3/2002
- قانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005
- قانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 /02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعaine حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر . ع 15.

3-المراسيم :

- مرسوم رقم 08-147 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية ،ج.ر.ع 26.
- مرسوم 63/67 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ع ، الصادرة في 13 أفريل 1976 ص 498.
- مرسوم تنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 /05 /1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر ع 26، الصادرة بنفس اليوم، ص 962، المعدل -

- مرسوم التنفيذي 307/09 مؤرخ في 22 سبتمبر 2009، ج ر ع 55، الصادرة في 27 سبتمبر 2009، ص 4.
- مرسوم تنفيذي رقم 19/15 مؤرخ في 25/01/2015 يحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر ع 07، الصادرة في 12 فيفري 2015، ص 4
- 4- التعليمات والمناشير:**
- منشور الوزاري المؤرخ في 17/02/1991 عن وزارة الداخلية المتضمن كفايات تطبيق قانون التوجيه العقاري.
- التعليمية الوزارية المشتركة رقم 177 المؤرخة في 21/07/1992 المتضمنة دفع الترقية العقارية.
- مذكرة صادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 2002/2/10 تحت رقم 7065 والمتعلقة بتوجيهات لتقييم مختلف الأملاك العقارية على أساس السوق العقارية بما يخدم مصالح الخزينة .
- مذكرة رقم 7068 المؤرخة في 2002/12/10 لمديرية الأملاك الوطنية والعقارية و المتعلقة بتقسيم العقارات التابعة للأملاك الخاصة بالدولة
- ب - الاجتهادات القضائية :**
- المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 07/12/1987 ملف رقم 46589 م.ق، 1989، عدد 4، ص 47.
- المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 26/10/1993 ملف رقم 94089 م.ق، 1994، عدد 1، ص 80.
- المحكمة العليا الغرفة العقارية، قرار في 27/09/2000 ملف رقم 201854 م.ق، 2004، عدد 1، ص 153.
- المحكمة العليا، ع.أ.شقرار بتاريخ 22/12/1992 ملف رقم 84551 م.ق 1995، عدد 1، ص 121.
- المحكمة العليا، عدد 2، سنة 2008 ، صفحة 261 قرار 462587 في 16/07/2008.

- المحكمة العليا، غ.ت.ب، قرار في 1982/12/18 ملف رقم 25016 إ.ق سنة 1987، ص 47.
- المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 2008/07/16 ملف رقم 462587 م.م.ع 2008، العدد 2، ص 261.
- المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 2008/07/16 ملف رقم 462587 م.م.ع 2008، العدد 2، ص 263.
- المحكمة العليا، غ.ع قرار بتاريخ 2000/05/17 ملف رقم 224884 م.ق، 2001، عدد2، ص1.
- المحكمة العليا، غ.ع قرار بتاريخ 2000/05/17 ملف رقم 224884 م.ق، 2001، عدد2، ص1.
- المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 2002/06/18 ملف رقم 231832 إ.ق 2004، الجزء 1، ص 273.
- المحكمة العليا، غ.عقرار بتاريخ 2002/04/24 ملف رقم 229161 إ.ق 2004، الجزء 1، ص 273.
- المحكمة العليا، غ.مقرار بتاريخ 2007/09/12 ملف رقم 414655 م.ق 2008، العدد 1، ص 214.
- المحكمة العليا، قرار رقم 414655 في 2007/09/12 منشور في م.ق عدد1، 2008، ص211.
- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1992/10/28 ملف رقم 91439 المؤرخ في 1994، العدد3، ص18
- المجلة القضائية، 1997 ، العدد الأول ، ص10.
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/12/16 ملف رقم 462.43 مجلة القضائية عدد 3 سنة 1992 ص 16.
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/10/21 ملف رقم 876.606، المجلة القضائية عدد1 سنة 2012 ص 118.

- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/6/26 ، ملف 366.196، المجلة القضائية ، 2004 العدد الخاص بالغرفة العقارية ، الجزء 1 ص 279
- مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 269.
- مجلة قضائية، 2001، العدد 2، قرار مؤرخ في 2000/05/18، ملف رقم 224884، ص 129
- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، قرار مؤرخ في 2022/06/18، ملف رقم 213/832ن قسم الوثائق المحكمة العليا الجزء 1، 2004، ص 265.
- ج-الكتب :
- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، 2013.
- أحمد عيسي، الحماية القانونية لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، 2011.
- أحمد محمود خليل، ادارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
- أحمد نصري الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر دار الكتب القانونية، 2009.
- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، الطبعة 2، 2001.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1، 2015.
- بلخير سعيد وبلخير نضيرة ليلة، التركة القسمة بيع عقار المشاع ، زكريا منشورات قانونية ، ط 01، الجزائر، 1992.
- بن منظور ، لسان العرب ، المحيط لسان العرب - المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، بيروت ، مجلد 2 من ق ي .
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، (د.ت).
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية 1986 .

- جبار جميلة، الشهادة التوثيقية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 49، العدد 03، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012 .
- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2000.
- جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، العدد 1.
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهيأة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- خليل نشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر ، 2003.
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية للنشر طبعة 2003.
- ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، 2009.
- سي يوسف زاهية حورية ، الواضح في عقد البيع ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2014.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، 2009.
- عبد القادر بن عزوز سليمان ولد خصال، أحكام الهبة والوقف والوصية والميراث، دار بن طفيل ، الجزائر، 2011.
- عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، منشورات الجلي الحقوقية، لبنان، المجلد 1، الطبعة 3، 2000.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء 8، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

- عبد الوهاب عرفة، شرح قوانين البناء و الهدم، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع .

- عبد المنعم فرج الله الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني و المصري، بيروت و دار النهضة العربية للطباعة و النشر، 1982 .

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة 1 ، الجزء 9 .

- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، 2006.
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر ، 1997.

- عمر حمدي باشا ، ليلي زروقي ، المنازعات العقارية دار هومة ، الطبعة 10، 2008

- عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر طبعة 2003

- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للنشر ، طبعة 2015.

- فاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2006.

- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتابي، ع د ، 2006 / 2007.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزائر، دار الفكر، الطبعة 1 ، الجزء 6، سنة 1991 .

- مريم تومي، النظام القانوني للملكية المشتركة، دار الكتاب الحديث، 2015

- مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، 212 ن ص 188-189.

- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة 1، 2004.
- محمد المظفر، نظرية العقد، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ، جدة العودي، 2007، ص 41.
- محمد المنجي، دعوة القسمة، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الطبعة 1، 196.
- محمد المنجي، دعوى القسمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 1، 1996.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني _ النظرية العامة للإلتزامات _ دار الهدى، 2007.
- محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- محمد محمود عبد الرحمان، استعمال وإدارة المال الشائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- محمد عرفة الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، الجزء 3، بدون سنة طبع.
- نور الدين عصام، معجم نور الدين الوسيط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 2005.
- نور الدين عصام، معجم نور الدين الوسيط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى، 2005.
- يونس دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة، 2016.
- علي جبار صكيلا لأسيدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع دراسة مقارنة، الرضوان للنشر و التوزيع، عمان، 2016.
- د_ الرسائل الأكاديمية:

1- الأطاريح :

-بوكرزازة احمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة، 2013-2014.

دنيازاد لحرش، الآليات القانونية لتسيير العقار الحضري، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 2020/2021.

-عقبي يمينه، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشرعية الإسلامية اطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليايس سيدي بلعباس 2020

- كحيل حياة، قسمة المهايأة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2012.

- نادية بوخرص، الإدارة المعتادة للمال الشائع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ر، جامعة علي لونسي البلدية ، 2017.

2 - مذكرات :

- سيف بن سعيد الخزامي،القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في القانون العماني، دراسة مقارنة بالقانون الأردني، مذكرة ماجستير القانون المدني، جامعة اليرموك، أربد، الأردن . 2015

-عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق ، 2009 .

- دبيح زهيرة، أزمة البناءات اللاشرعية وطرق معالجتها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 .

-عمي السعيد عبد الوهاب، القسمة الرضائية في العقار ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2014.

- مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار،دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة2008.

هـ-المقالات :

- بركات أمين ، القيد في السجلات العينية ، المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2 ، 1995.

- حنفي محروس حسانين، الاتجاهات النظرية والمنهجية الحديثة في دراسات التخطيط الحضري، جامعة أسيوط كلية الآداب، عدد 9 ، جانفي 2002.

على عيسى، البيئة الحضرية من منظور التخطيط العمراني، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئة، المجلد 5، العدد 2.

-علي علي سليمان، التعليق على قانون الاسرة، مجلة الشرطة ، عدد 25 ، 1984

و- المراجع باللغة الأجنبية :

1- OUVRAGES

1. **A Bozio et J Grenet**, L'économie des politiques publiques, La Découverte, Paris, 2010.
2. Jaques, Ghestin, trait de droit civil, la formation du contrat, 3^{eme} Edition, (s.d) P721.
3. **Arlette Farge**, vivre la rue au 18 ème S. Paris, Gallimard, selon vivane Claude espaces publics etcultures urbaines, Lavoisier, Paris, 2002.
4. **ChabaneBenakezouh** ,le droit des réserves foncières, office des Publications universitaires , Alger, 1990.
5. **saint-Alary Roger et Saint-alaryHouin Corinne**,Droit de la construction, Dalloz, Paris.
6. **Djillali Adja, Bernard Drobenko**, Droit de l'urbanisme, Berti Edition ,2007 .

7. **Henri Jaquot** , Permis de construire, Généralité chaupi d'application, Dalloz urbanisme , 1994 .
8. **M Huet**, Les équilibres des fonction dans la ville (pour une meilleur qualité de vie), conseil économique et sociale, 1993.
9. **Louis Jacqui**, le droit d'urbanisme, édition eyrottes, paris, 1978.
10. **MGaudin**, Le crédit au particulier, ED Sefi, Paris,1996,
11. **Michel Michel**, L'aménagement régional en France, (Du territoire aux territoires), Masson géographe ,1995.
12. **Pierre Merlin** ,Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement, P.U.F, Paris,.2°édit.
13. **saint-Alary Roger et Saint-alaryHouin Corinne**, Droit de la construction, Dalloz, Paris .
14. **SennetSelon, Michel Bassand**, vivre et créer l'espace public, PPUR, Paris, 2001
15. **Thierry Paquot**, l'espace public, la découverte, Paris, 2009.
16. **PhillippePoullaouecGonidec, Stefan Tischer** ; l'aménagement du territoire au Maroc : survol des politiques urbanistiques et environnementales – ressources naturelles– protection du patrimoine, workshop de la cupeum Marrakech, chaire Unesco paysage et environnement, université de Montréal, 2004.

17. **Tahar BAOUN**, Les dysfonctionnement de la Planification urbaine et des transports urbains dans les villes Algériennes, codaut , xvi,2010.
18. **Hélène Pauliat**, Le droit de propriété dans la jurisprudence du conseil cons situationnel et du conseil d'état, université de limoges, faculté de droit et des sciences économiques, tom1.
19. **Jean-Bernard Auby**, Droit de la ville (Du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville), lexis nexis , 2é édition paris, 2016.

2-THESSES ET MEMOIRES

1. **ABDELHAFID BOUGASSA**, Le foncier urbain dans la petite région de taher disponibilité, Mobilisation et contentieux; Mémoire de magister, Faculté de science de la terre, De géographie et del'aménagement du territoire; Université mentouri de Constantine; 2009.
2. **Abdelkader Hadji**, Evolution et mutayion de l'espace public cas de la ville de m'sila, thèse de doctorat, faculté des de science de la terre, De géographie et de l'aménagement du territoire; Université mentouri de Constantine1, 2017.
3. **A.Bounab**, Gestion Urbaine et Idéal urbanistique (l'exemple d'Alger 1954/1962), mémoire de magister, Ecole polytechnique d'architecture et urbanisme, université d'Alger, 1991.

4. **Baazizi Zineb Amal**, le rôle de la commune dans la planification et la gestion urbaine (proposition d'une démarche de planification et gestion urbaine), mémoire de magister, Ecole polytechnique d'architecteur et urbanisme, université d'Alger, 2010.
5. **Maouiasaïdouini**, Rapports de force dans l'urbanisme colonial algérois (1855_1935), Thèse de doctorat, Institut français d'urbanisme, université Paris ,1995.

3- ARTICLES

1. **N Komninos**, Smart Cities from In Warf, B.ed.The Sage Encyclopedia of the Internet, 2018. Sage Publication.
<http://dx.doi.org//0.41351n229>.
2. Synthèse des villes nouvelle franciliennes, (la longue marche vers l'équilibre habita-emploi), atlas statistique des villes nouvelle.
3. **Guy Baudelle**, Renouveler les villes nouvelles ?, Revue Urbanisme N° 362, sept. Oct. 2008.
4. **ZaidMuhamoud AL -Aqaileh** ,the legal framemwork of urban planning and urban development in Jordan, Mu'tahlil-buhouth wad-dirasat .humanities and social sciences , vol 23 N3 ,2008.

يـ المراجع الالكترونية:

1. <http://aawsat.com/home/article/5425065> consulté le 05/08/2016.

2. l'agence nationale du cadastre, le cadastre, ministère de l'économie .

3. <http://www.abrivadhtrading.com/content> consulté le 05/08/2016.

1. وزارة التضامن، سياسة المدن الجديدة في مصر : أثر متواضع وعدالة غائبة، ماي . 2015 - الموقع <http://www.tadamun.info>، يوم 2016/08/25

2. وزارة التهيئة العمرانية والبيئة، المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المطبعة الرسمية، 2002.

3. وزارة السكن والعمران والمدينة، الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، الموقع <http://www.mhuv.gov.dz>

الفهرس:

	الإهداء والشكر
1	مقدمة
11	الباب الأول: القسمة الرضائية وسيلة لازالة الشيووع
13	الفصل الأول: ماهية القسمة الرضائية في العقار
15	المبحث الأول:مدلول القسمة الرضائية
16	المطلب الأول: مفهوم القسمة الرضائية
16	الفرع الأول: تعريف القسمة لغة
17	الفرع الثاني: تعريف القسمة إصطلاحًا
18	المطلب الثاني: طبيعة عقد القسمة الرضائية
19	الفرع الأول: القسمة عقد رضائي
21	الفرع الثاني: عقد القسمة عقد شكلي
27	المبحث الثاني : شروط عقد القسمة الرضائية
28	المطلب الأول: إجماع الشركاء وحضورهم القسمة الرضائية
28	الفرع الأول: إجماع الشركاء على القسمة الرضائية
32	الفرع الثاني: حضور الشركاء عقد القسمة الرضائية
35	المطلب الثاني: توفر أهلية الشركاء وخلو الإرادة من العيوب
36	الفرع الأول: توافر أهلية في الشركاء
38	الفرع الثاني: عوارض الأهلية في الشركاء المتقاسمين
43	المطلب الثالث: تسجيل عقد القسمة وشهره
44	الفرع الأول: كيفية اجراءات القسمة الرضائية
49	الفرع الثاني : إثبات القسمة الرضائية
54	الفصل الثاني: حالات وإجراءات القسمة الرضائية
56	المبحث الأول: حالات القسمة الرضائية
57	المطلب الأول: القسمة الرضائية في العقار في حال النيابة
57	الفرع الأول: القسمة الرضائية في حال وجود ناقص الأهلية
59	الفرع الثاني :المقصود بالولي والوصي
67	المطلب الثاني: تصرفات الصبي المميز

73	الفرع الأول : حالات تصرف الصبي المميز
80	الفرع الثاني: القسمة الرضائية في حال وجود غائب
80	المطلب الثالث: القسمة الرضائية في العقار في حالة التعرض
81	الفرع الأول : القسمة في حالة وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء
89	الفرع الثاني: القسمة في حالة وجود دائنين أو مستحقين من غير الشركاء
96	المبحث الثاني: إجراءات القسمة الرضائية في العقار
97	المطلب الأول: مراحل القسمة الرضائية
97	الفرع الأول : تنفيذ القسمة الرضائية
101	الفرع الثاني : كيفية توزيع الحصص بين الشركاء
102	المطلب الثاني : استحالة تقسيم العقار
103	الفرع الاول : قسمة العقار بالتصفية رضائيا
105	الفرع الثاني : الشيوخ الاجباري
113	الباب الثاني : تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالقسمة الرضائية في ق ج
115	الفصل الأول: وجود القسمة الرضائية بين الرغبة و الحتمية
115	المبحث الأول: الآثار القانونية للقسمة الرضائية
116	المطلب الأول:الإفراز كأثر للقسمة الرضائية
117	الفرع الأول: تطور و تحليل عملية الإفراز
120	الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من المادة 70 من القانون المدني
121	المطلب الثاني: الاثر الكاشف مستمد من القسمة الرضائية
121	الفرع الأول: نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة
127	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف
131	المطلب الثالث : الاثر الرجعي للقسمة
131	الفرع الأول : مفهوم الاثر الناقل للقسمة الرضائية

133	الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة الرضائية
139	المبحث الثاني: توجهات المشرع إزاء القسمة الرضائية
140	المطلب الأول: مخالفة المشرع لبعض القواعد المقررة في القانون المدني
141	الفرع الأول: تناقض بعض الأحكام المتعلقة بالقسمة الرضائية مع توجهات
143	الفرع الثاني: الإدارة غير القضائية
145	المطلب الثالث: أحكام نقض القسمة الاتفاقية للغبن
146	الفرع الأول: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن ومقداره
148	الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن
150	الفرع الثالث: أحكام دعوى نقض القسمة للغبن وآثارها
160	الفصل الثاني: الأحكام الاستثنائية في القسمة وطوائرها
161	المبحث الأول: الأحكام الاستثنائية في القسمة الرضائية
161	المطلب الأول: القسمة وفق قانون تجزئة الأراضي الفلاحية
162	الفرع الأول: حالات القسمة بالتراضي
166	الفرع الثاني: حالات القسمة القضائية
168	المطلب الثاني: قسمة العقارات الشائعة بين الدولة و الخواص
169	الفرع الأول: التنظيم القانوني للعقار الشائع ملكيته بين الدولة و الخواص
172	الفرع الثاني: كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص
198	المطلب الثالث: القسمة وفق قوانين التهيئة العمرانية
198	المبحث الثاني: طوائر القسمة الرضائية
202	المطلب الأول : وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة
202	الفرع الأول: وجود قاصر بالنسبة للشهادات

204	الفرع الثاني: وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة
207	المطلب الثاني: ظهور دين على الميت بعد القسمة
208	الفرع الأول: تصفية المال المراد قسمته
209	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من استغراق الدين للتركة
217	المطلب الثالث: ظهور وارث جديد أو موصي له بعد القسمة
217	الفرع الأول: ظهور وارث جديد بعد القسمة الرضائية
220	الفرع الثاني : ظهور موصى له بعد القسمة الرضائية
225	الخاتمة
231	قائمة المراجع