

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



قسمة المال الشائع في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون أسرة

تقديم الطالبين:

تحت إشراف:

- بوشريط علي

- د/موات مجيد

- طوطاوي محمد أنيس

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/بوصيدة محمد	أستاذ محاضر	رئيسا
د/موات مجيد	أستاذ مساعد	مشرفا و مقرا
د/رواق أمال	أستاذة محاضرة	مناقشا

دورة جويلية 2019

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

شكر و تقدير

الحمد والشكر الجزيل إلى صاحب الفضل الأول و الأخير

إلى الذي بيده الملك و الملكوت و له الأسماء الحسنی

و النعوت إلى الله عزوجل.

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذ موات مجيد الذي أشرف على هذا العمل

وزودنا بالنصائح و الإرشادات التي أضاعت

أمامنا سبيل هذا البحث و نخص بالشكر كل

من ساعد من قريب أو من بعيد على إنجاز

هذا العمل المتواضع

الإهداء

إلى الشغوفين إلى نجاحنا

والدينا الكريمين

أطال الله عمرهما و أدامهما تاجا على رأسينا

إلى كل أعضاء الأسرة الكريمة أدام الله محبتنا

إلى الأهل و الأقارب و الأصدقاء

إلى كل من نحضي بمحبتهم و تقديرهم

إلى من نحب

نهدي ثمرة جهدنا هذا

قائمة المختصرات

- ق، أ، ج : قانون الأسرة الجزائري.
- ق، إ، م، إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ق، م، ج : القانون المدني الجزائري.
- ص : صفحة.

مقدمة

مقدمة

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقا، بل هو جماع هذه الحقوق العينية، وتتفرع منه جميعا، وهذا الحق قد يثبت للشخص وحده على مال معين، كما قد يثبت لمجموعة من الأشخاص على نفس المال، وفي هذه الحالة الأخيرة نكون أمام ما يعرف بالملكية الشائعة، والتي تعتبر حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني والتي تعتبر نظاما طارئاً واستثنائياً مصيره الزوال، وقد عرف المشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني المال الشائع بنصه : "إذا ملك اثنان أو أكثر شيء وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك"

وحالة الشيوع تجعل استغلال المال أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكته شخص واحد، فكثرة الملاك يمكن أن تؤدي إلى عدم التفاهم في كيفية استغلاله مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل الانتفاع به، ولذا تعد حالة الشيوع من الناحية الاقتصادية غير مرغوب فيها، ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها فهي يمكن أن تنشأ عن ميراث فينتقل المال إلى الورثة ليصبحوا شركاء فيه ويكون هذا المال ملكية شائعة بينهم، إلى غاية مطالبة أحدهم بفرز نصيبه منه.

وإذا كان من الممكن أن يتحقق زوال حالة الشيوع بعدة أسباب كأن تنقضي الملكية الشائعة ببيع المال إلى أجنبي أو كأن يرث الشريك شريكا آخر فتجتمع كل الحصص الشائعة في يد مالك واحد، فإن القسمة تعتبر بالتأكيد أهم سبب لانقضاء حالة الشيوع. فعلى اعتبار أن الملكية الشائعة هي حالة غير مرغوب فيها ومن شأنها أن تحدث العديد من المشاكل بين الشركاء، فقد خول المشرع لهؤلاء الحق في أن يطلبوا من القضاء إنهاء حالة الشيوع، كما خول لهم صلاحية الاتفاق على إنهاؤها بالتراضي دون اللجوء إلى القضاء، ففي الحالة الأولى نكون أمام ما يعرف بالقسمة القضائية أما في الحالة الثانية فتسمى القسمة بالاتفاقية، والتي نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد 722 وما

يليه من القانون المدني، وأحكام أخرى في نصوص قانونية متفرقة، منها قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتبرز أهمية موضوعنا هذا في أنه يبين كيفية إنهاء الشيوخ الغير مرغوب فيه عن طريق قسمة المال بين الشركاء للخروج بملكية فردية مفرزة وأن يختص كل شريك بملكه ملكية تامة دون مزاحمة أحد من الشركاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى إبراز أهمية وفعالية القسمة كحل لإنهاء الشيوخ، وحيث أنه يتعلق بالمصلحة الفردية والمصلحة العامة على السواء.

وترجع دوافع اختيارنا لهذا الموضوع لرغبتنا في التعمق والتعرف على أحكام قسمة المال الشائع، وباعتبارها أنها الوسيلة المثلة من أجل تلافي المساوئ المترتبة على بقاء المال شائعا، وذلك في ظل كثرة المنازعات في المحاكم بين الشركاء سيما ما تتعلق بتكوين الحصص وخاصة بين أعضاء الأسرة الواحدة التي قد يعكر صفو علاقاتها هي ترك المال شائعا دون استغلال أو حسن تصرف وفي الكثير من الحالات احتكار الشركاء الذكور على حق التصرف والانتفاع وحرمان الشركاء الإناث من المال الموروث.

استنادا إلى ما سبق يطرح موضوع قسمة المال الشائع مجموعة من الإشكاليات منها الرئيسية ومنها الفرعية، حيث تتمثل الإشكالية الرئيسية في ما يلي:

ما مدى فعالية النصوص القانونية التي أفردتها المشرع لتنظيم قسمة المال الشائع في ضمان خروج سلس وسهل من الشيوخ إلى الملكية المفرزة والتحكم في الآثار المترتبة عن القسمة من جهة والتحفيز على الخروج من حالة الشيوخ من جهة أخرى؟

و تتمخض عن هذه الإشكالية، عدة أسئلة فرعية تتمثل في ما يلي:

- في ما تتمثل أنواع القسمة التي نظم المشرع أحكامها في القانون المدني الجزائري، وهل كل هذه الأنواع كفيل بإنهاء حالة الشيوخ؟

- هل للشركاء الحرية المطلقة في قسمة المال الشائع، ام أن هناك حالات تقيد فيها هذه الحرية ليصبح الشركاء فيها ملزمين بالبقاء في حالة الشيوخ؟

- ما مدى قدرة النصوص القانونية المنظمة لقسمة المال الشائع في حماية كل الشركاء وضمان قسمة عادلة؟

وفي سبيل الإجابة عن هذه الإشكاليات كان لابد إتباع المنهج التحليلي الوصفي، ذلك أن طبيعة موضوعنا هذا يقتضي منا بالدرجة الأولى تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية، بالإضافة إلى المنهج التحليلي فقد استعملنا المنهج الوصفي في بعض أجزاء هذا البحث.

ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة القسمة كأداة لإنهاء حالة الشيعوع وذلك في مبحثين، تناولنا في المبحث الأول تأصيل موضوع قسمة المال الشائع وتطرقنا في المبحث الثاني إلى إجراءات القسمة النهائية التي تنهي الشيعوع بنوعيتها القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، وخصصنا الفصل الثاني لدراسة الآثار المترتبة عن القسمة، حيث تناولنا في المبحث الأول أثر الفرز الناتج عن قسمة المال الشائع، وتناولنا في المبحث الثاني ضمان التعرض والاستحقاق.

الفصل الأول

تأصيل موضوع قسمة المال الشائع

الفصل الأول : تأصيل موضوع قسمة المال الشائع

قد تكون الملكية فردية أو جماعية مشتركة بين عدة أشخاص، وبالنظر إلى أن هذه الأخيرة لا تكون محبذة لد أغلب الناس، ذلك أنها تنشئ مصاعب في التصرف في الملكية من قبل الشركاء حسب ما تهوى أنفسهم كما يمكن أن تتولد عنها نزاعات كثيرة بين الملاك وهذا راجع إلى أن كل شريك يريد أن يستأثر بملكه دون مزاحمة أحد ويتصرف فيه بكل حرية، فالملكية الفردية هي المراد الوصول لها، ومن طرق انقضاء الشيوخ هي طريقة قسمة المال الشائع بين الشركاء المشتاعين، وهي الطريقة التي سنخوض في أحكامها القانونية كأداة لإنهاء حالة الشيوخ والخروج بأنصبة مفرزة كل شريك بحسب نصيبه من المال المشاع، لكن قبل التطرق إلى كل هذا نقوم بتأصيل موضوع قسمة المال الشائع بتوضيح ماهية القسمة (المبحث الأول)، ومنه نتجه لتكلم على إجراءات القسمة النهائية التي تقضي على الشيوخ بنوعيتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ماهية قسمة المال الشائع

تعتبر القسمة من أهم أسباب إنهاء حالة الشيوخ، والتي تنتهي بفرز الأنصبة وإعطاء كل شريك ما يستحقه من حصة في المال المشاع ليستأثر به وحده ويتصرف فيه كما يشاء، ومن حق كل شريك طلب قسمة المال ليصبح حرا في ملكه، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام القسمة في المادة 722 وما يليها من القانون المدني الجزائري، وفي مبحثنا هذا نستهل أولا بإعطاء مفهوم للقسمة وكذا تبين أنواعها (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى القيود الواردة عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم قسمة المال الشائع

إن التحديد الواضح لمفهوم قسمة المال الشائع يقتضي منا التطرق إلى التعريف اللغوي والقانوني لها (الفرع الأول)، وكذا تحديد أنواع القسمة (الفرع الثاني)

الفرع الأول : تعريف القسمة

أولاً : التعريف اللغوي للقسمة

لفظ القسمة يراد بها التجزئة والتوزيع والتفريق، فالقسمة بكسر القاف إسم مؤنث معناه التجزئة، قال تعالى " فَارزُقُوهُمْ مِنْهُ " بعد قوله تعالى " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ " ويجمع على قسم بكر القاف وفتح السين والفعل قسم بفتح القاف والسين يقسم بفتح ياء المضارعة وكسر السين وضم الميم والمصدر قسماً بفتح القاف وسكون السين، والقسم بالفتح قال صاحب اللسان : مصدر قسم الثلاثي، الشيء يقسمه قسماً فانقسم، يقال قسمهم الدهر، يقسمهم فتقسموا، أي فرقهم فتفرقوا، ويقال : قسمته قسماً أي فرزته أجزاء فانقسم، والفاعل قاسم وقسام مبالغه، والاسم القسيم بالكسر ثم أطلق على الحصة والنصيب¹.

ثانياً : التعريف القانوني

انطلاقاً من أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى تعريف قسمة المال الشائع وإنما ترك ذلك لشراح وفقهاء القانون، فقد حاول هؤلاء تقديم تعريف للقسمة، حيث عرفها بعضهم بأنها "سبيل إزالة الشبوع وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع"²، في حين عرفها آخرون بأنها "ما يختص بمقتضاه كل شريك بجزء مفرز من المال المشاع يتناسب مع حصته منه كقسمة نهائية للأعيان تهدف إلى توزيع المال الشائع بين الشركاء فهي بذلك الوسيلة لعدم إجبارهم على البقاء في الشبوع والخروج منه إلى الملكية الفردية عن طريق حصة مفرزة"³.

¹ - حمدي محمد اسماعيل سلطح، احكام قسمة المهايأة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009، ص ص 17-18.

² - رضى عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، الكتاب الأول، بيروت، 2012، ص 99.

³ - أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 21.

ويقول البعض أن القسمة هي "إفراز وتجنيد نصيب كل شريك في المال الشائع يحصل عليه ويتنازل عن الأنصبة الأخرى للشركاء الآخرين"¹. وأيضا هي "الوسيلة التي تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية، فتجزئ الشيء أجزاء مادية مفرزة بعضها عن بعض ومتعددة بقدر عدد الشركاء بحيث يكون كل منها مساويا بما لكل شريك من حصة رمزية في الشيوخ ويعطى كل شريك الجزء المفرز المقابل والمعادل لحصته الرمزية ليكون محلا لملكيته الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة أو مشاركة من الشركاء الآخرين"² وهذه التعاريف وإن اختلفت في ألفاظها أنها تجتمع على معنى واحد وهو ان القسمة هي الوسيلة لإنهاء حالة الشيوخ والانتقال من الملكية التي يملكها عدد من الشركاء غير واضحة أملاكهم إلى الملكية الفردية المفرزة يختص كل شريك بحصة تعادل نصيبه في المال المشاع وله حق التصرف فيها بمختلف التصرفات القانونية كبيعها أو هبتها دون أن يزاحمه أحد من الشركاء³.

الفرع الثاني: أنواع قسمة المال الشائع

تنقسم القسمة إلى عدة أنواع لاعتبارات مختلفة، إذ تنقسم حسب طبيعة محل القسمة إلى قسمة منافع وقسمة أعيان والى قسمة اتفاقية وقسمة قضائية، وتنقسم بحسب دوامها إلى قسمة نهائية وقسمة مؤقتة، وفيما إذا كانت تتناول كل المال المشاع أو جزءا منه فقط إلى كلية وجزئية، وباعتبار طريقة إجرائها إلى قسمة عينية وقسمة تصفية⁴. ومنه سنتطرق في هذا الفرع إلى التقسيم على حسب ديمومتها وتنقسم إلى قسمة مؤقتة بنوعيتها المهايأة المكانية والزمانية، والقسمة النهائية بنوعيتها اتفاقية وقضائية.

¹ - مريم تومي "قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، عدد 45، 2016، ص 29.

² - حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 16.

³ - نفس المرجع، ص 17.

⁴ - مريم تومي، المرجع السابق، ص 131.

أولاً: القسمة المؤقتة

يقصد بالقسمة المؤقتة للمال الشائع بأنها القسمة التي لا تقضي نهائياً على حالة الشروع وإنما تعتبر قسمة منافع، فهي لا تدوم مدى الحياة وقد نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد 733 إلى 736 من القانون المدني الجزائري ويطلق عليها قسمة المهايأة.

ويعرف الفقه هذه القسمة بأنها القسمة المؤقتة التي لا تنهي الشروع ولا ترد على الملكية وإنما تهدف إلى تقسيم منافع العين المشاعة بين الشركاء وذلك بأن يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته¹، فهي عبارة عن اتفاق مؤقت يقصد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع².

وقد تكون هذه القسمة مكانية بأن ينفرد كل شريك بجزء من المال الشائع وقد تكون قسمة منافع زمانية وذلك بأن يستأثر شريك بكل المال الشائع لمدة معينة.

1. قسمة المهايأة مكانية

نص المشرع الجزائري في المادة 733 قانون مدني "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس (5) 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 انتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) أشهر أنه لا يرغب في التحديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 108.

² - حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 38.

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة (15) سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة.¹

من هذا النص يتضح انه يجوز للشركاء الاتفاق على قسمة المال قسمة مهايأة مكانية على أن يختص كل واحد منهم بالانتفاع بجزء مفرز يساوي حصته وبالمقابل عليه التنازل عن الانتفاع بباقي الأجزاء الأخرى، بشرط أن يكون هذا الاتفاق في حدود الخمس سنوات ولا يتجاوزها، مع إمكانية الاتفاق على تجديدها، وفي حالة عدم تحديدها حددت بمدة سنة واحدة في حالة عدم إعلان رغبة الشركاء في تجديد المدة المتفق عليها وذلك قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر.

كما يتضح من المادة أعلاه أنه إذا دامت المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية بحكم القانون.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه إذا دامت القسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القسمة قد تمت بصفة ودية بين الأطراف النزاع مند أكثر من 15 سنة، ومن ثم فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استجوب نقض القرار المطعون فيه."¹

وفي حالة عدم اتفاق الشركاء على مدة معينة في قسمة المهايأة للملك المشاع، فإنه يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت يشاء، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 1997/05/28¹.

¹ - قرار رقم 59514 بتاريخ 1990/05/09، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991، ص 35.

وقد أوجب المشرع تسجيل القسمة وشهرها في المحافظة العقارية وذلك للاحتجاج بالملكية على الغير²، وقسمة المهايأة المكانية لا تخضع لأحكام القسمة النهائية وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار، وذلك على اعتبار أن كل شريك مؤجر للشريك الآخر ومستأجر منه، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة³، وهذا ما يتضح من نص المادة 735 من قانون مدني جزائري "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة."

ومن الصور الأكثر انتشارا للمهايأة المكانية الملكية الشائعة التي تأتي عن طريق الميراث عند الأسر ذات الأصل الواحد التي ألت إلى آبائهم وأجدادهم عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة وليست لها عقود توثيقية، فيتفق الشركاء على الانتفاع ويستقل كل واحد منهم باستغلال جهة أو قطعة من المال الشائع⁴.

2. قسمة المهايأة الزمانية

تطرق المشرع الجزائري لأحكام هذه القسمة في نص المادة 734 قانون مدني "يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته."

¹ - قرار رقم 148362 بتاريخ 1997/05/28، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، 1997، ص 173.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 231.

³ - عبد الهادي درار "قسمة المهايأة كألية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري" مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الثالث، 2017 ص 351.

⁴ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 231.

فهذه القسمة قسمة للمنافع على أساس مدة معينة فينتفع فيها الشركاء بجميع المال الشائع بالتناوب كل شريك لمدة محددة تناسب حصته، وغالبا ما تكون في الأموال التي لا تجوز الانتفاع بها مكانا مثل سيارة، قارب، أرض فلاحية، محل تجاري¹، مثلا لو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين تم ينوبه الشريك الآخر لمدة سنة²، وهكذا يتناوبون على الانتفاع بها.

الملاحظ من نص المادة أعلاه أن المشرع لم يوفق في صياغتها فقد أخطأ في لفظ (يتناولوا) والصحيح هو (يتناوبوا) أي بطريقة المناوبة والتبادل، وكذلك لم يتطرق المشرع إلى مسألة مدة المهैयाة الزمانية مثل ما فعل في المهैयाة المكانية، فهي تخضع إلى القواعد العامة وبهذا يمكن لشركاء الاتفاق إلى دورات الانتفاع بالمال الشائع كما يرغبون بشرط أن هذا الاتفاق لا يجبرهم على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات³.

وخلافا لأحكام المهैयाة المكانية فإن المهैयाة الزمانية لا يمكن أن تتقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، فالمهैयाة المكانية تقسم المال الشائع إلى أجزاء مفرزة مثلها مثل القسمة النهائية مع اختلاف أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك، أما المهैयाة الزمانية فهي تبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به فهي لا تهيبى للقسمة النهائية ويتالي لا تتقلب إليها⁴.

¹ - فلاح سفيان، قسمة المال المشاع دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون مدني

معقم، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019، ص 228.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار

إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثامن، ص 820.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 233.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 820.

ثانيا: القسمة النهائية

القسمة النهائية هي القسمة التي تنهي الشبوع نهائيا وذلك بأخذ كل شريك لخصته المفترزة، فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة، وإذا تمت فإنها لا تزول كما تزول القسمة المؤقتة بل تدوم، مالم تكون معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط، فإنها تزول بأثر رجعي وتعتبر كأنها لم تكن¹، فهي بهذا المعني تختلف عن قسمة المهايأة التي تهدف فقط إلى تنظيم الانتفاع بالمال المشاع بين الشركاء أثناء قيام الشبوع². والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية أو جزئية وإما تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية³، وإما أن تكون قسمة اتفافية أو قضائية⁴، و بما أن كل هذه التقسيمات متداخلة فإن كل من القسمة الاتفافية والقضائية قد ضمتها جميعا⁵، فهما النوعان اللذان تقوم عليهما القسمة التي تنهي حالة الشبوع. وسنكتفي بالإشارة إلى النصوص القانونية المنظمة لكل من القسمة القضائية والاتفافية ونبين مفهومهما دون التكلم عن إجراءاتهما التي سنتطرق لها في الفصل الثاني.

1. القسمة الاتفافية

نص المشرع الجزائري في المادة 723 قانون مدني على " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " من نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى الحق للشركاء باقتسام المال الشائع بالتراضي فيما بينهم وذلك دون اللجوء إلى

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 41.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 148.

3 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2009 ص 34.

4 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 890.

5 - مريم تومي، المرجع السابق، ص 131.

القضاء وهي إحدى صور قسمة المال الشائع النهائية، وبهذا تتضح لدينا جملة من شروط لإتمام هذه القسمة ابتداءً بوجود إجماع كافة الشركاء على إنهاء حالة الشروع بالتراضي هذه من جهة وأيضاً مراعاة الأحكام القانونية الخاصة بناقص الأهلية في حالة وجود شريك قاصر أو غائب.

فالقسمة الاتفاقية هي قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشاع طبقاً لما تراضوا عليه¹، ولهم أن يتفقوا على كيفية القسمة كلية أو جزئية أو بيع المال الشائع بالمزاد العلني على أن تكون المزايدة رضائية². والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشاعون ومحلها المال الشائع³، فإذا كان الشروع اتفاقياً ناشئاً بموجب عقد فإن القسمة يجب أن تتم وفقاً لطريقة التي يتضمنها العقد، أما إذا كان الشروع غير اتفاقياً كحالة نشوء شيوخ بسبب الميراث فللمتقاسمين الحرية الكاملة لمباشرة القسمة بالكيفية التي يرضونها⁴، ويسري عليها الأحكام القانونية لسائر العقود.

2. القسمة القضائية

كما أسلفنا سابقاً فإن لكل شريك الحق في طلب القسمة متى شاء بشرط أن لا يكون مجبراً على البقاء في حالة الشروع بموجب اتفاق أو نص⁵، فللشركاء اختيار الطريقة المناسبة لقسمة المال المشاع وكيفية إتمامها بحث يمكنهم الاتفاق على ذلك وقسمتها ودياً، إلا أنه قد يصادف عدم اتفاق الشركاء جميعاً وكان هناك بينهم من يريد قسمة المال وأخذ نصيبه منه

¹ - محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية وحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 121.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 43.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 893.

⁴ - عبد المجيد رحابي "ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن" جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2018 ص 494.

⁵ - انظر المادة 722 ق.م.ج.

،فطبقا لنص المادة 724 من القانون المدني " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن 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." فما على الشريك الراغب في قسمة المال الشائع مع عدم اتفاق الشركاء الآخرين على القسمة إلا أن يلتجئ إلى القضاء بأن يرفع دعوى القسمة على كافة الشركاء على الشيوخ، والمحكمة تقوم بالإجراءات القانونية لقسمة المال المشاع بين الشركاء وإعطاء كل شريك نصيبه منه.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه " من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيسا على تقرير الخبير دون إدخال جميع الورثة في النزاع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون¹." فالقسمة القضائية يتم اللجوء إليها في الحالات التالية

- في حالة اختلاف الشركاء على اقتسام المال بتراضي فيما بينهم وهذا ما بينته المادة 724 أعلاه في فقرتها الأولى
- في حالة وجود قاصر أو غائب أو مفقود بين الشركاء ورفض القاضي إعطاء الإذن للنائب الشرعي في قسمة العقار قسمة ودية مع باقي الشركاء الآخرين عملا بنص المادة 89 من قانون الأسرة جزائري التي جاء فيها " على القاضي أن يراعي في الإذن : حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني." فللقاضي السلطة

¹ - القرار رقم 51109، المؤرخ في 19/04/1989، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الأول، 1991 صفحة 17.

التقديرية في إعطاء الإذن سواء للولي أو الوصي أو القيم على تصرفات التي تخص أموال من ينوب عنه قانونا، ومن التصرفات في قسمة العقار¹.
- وجود قاصر بين الورثة يلزم أن تكون القسمة عن طريق القضاء².

المطلب الثاني : القيود الواردة على قسمة المال الشائع

انطلاقا من نص المادة 722 قانون مدني الذي جاء في فقرتها الأولى " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق." يتبين أن الشركاء على الشروع لهم الحرية الكاملة في أخذ نصيبهم من المال المشاع بقسمته ولهم أن يختاروا كيفية القسمة أيضا، غير أن هذه الحرية قد تكون مقيدة كما جاء في المادة أعلاه، فقد تقيد باتفاق الشركاء فيما بينهم على البقاء في الشروع وعدم قسمة المال الشائع (الفرع الأول)، أو تقيد بنص قانوني يمنعهم من قسمة مال شائع بينهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : القيد الاتفاقي

لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيد باتفاق مع باقي الشركاء على البقاء في الشروع لمدة معينة، وذلك طوال هذه المدة.
والذي يدعو الشركاء للاتفاق على البقاء في الشروع دواعي متعددة، فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات طويلة ويتفق الشركاء والنائب الشرعي على

¹ - أنظر المادة 88 ق، أ، ج.

² - المادة 181 ق.أ.ج: "يراعي في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) 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."

القاصر أو ناقص الأهلية على البقاء في حالة الشيوخ إلى غاية استكمال هذه الإجراءات، ونفس الأمر إذا كان بينهم غائب يتوقعون قدومه مدة ليست طويلة¹.

واتفاق الشركاء على البقاء في الشيوخ يعتبر خروج عن الأصل الذي بمقتضاه أن من حق كل شريك طلب قسمة المال الشائع وإنهاء الشيوخ في أي وقت يشاء².

والاتفاق على البقاء في الشيوخ يقع عادة بين جميع الشركاء، غير أنه يجوز أن يتم بين البعض منهم دون الآخرين وفي هذه الحالة فإنه يلزم فقط الأشخاص الذين أبرموا الاتفاق في حين يظل للشركاء الباقون الحق في طلب القسمة³.

ويكون الاتفاق على البقاء في الشيوخ ملزم لشركاء وخلفهم سواء كانوا خلف عام أم خلف خاص، ويلاحظ هنا أن الخلف الخاص يتقيد باتفاق سلفه بالبقاء في الشيوخ حتى نهاية المدة المتفق عليها بحدود الأجل القانوني لو لم يكن عالما به وذلك خلافا لما تقضي به القواعد العامة⁴ المقررة في المادة 109 من القانون المدني والتي تنص على "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 كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وقد قدر المشرع الجزائري مدة 5 سنوات كأجل أقصى يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ والامتناع عن طلب القسمة خلاله هذا ما نصت عليه المادة 722 قانون مدني "ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذا لاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

¹ - محمد عقوني "الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع" مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، العدد السادس، 2018، ص 385.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 29.

³ - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 119.

⁴ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 27.

فإذا حدد الشركاء المدة بأقل من 5 سنوات كان ذلك جائزاً، فإذا حددوا مدة أكثر من 5 سنوات أو جعلوا الاتفاق مؤبداً أو مدته غير معينة كانت المدة في جميع هذه الفروض هي 5 سنوات لا تزيد¹، غير أنه يجوز لشركاء أن يجددوا مدة الاتفاق بعد انقضاء الاتفاق الذي سبقه.

ومن الصور الأكثر شيوعاً في الاتفاق على إبقاء حالة الشيوخ قائمة هي الملكية الأسرية والتي تعتبر صورة خاصة من الملكية الشائعة وجاء ذكرها في المادة 738 قانون مدني "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة وإما من أي مال آخر لهم."، فقد يحدث وأن يبقى أفراد الأسرة في حالة الشيوخ لاسيما للأموال التي ورثوها لمدة طويلة وذلك لما يجمع بينهم من وحدة العمل أو المصلحة كما لو كانت التركة مالا من أموال الاستغلال كأرض زراعية مثلاً².

فالملكية الأسرية تعتبر من صور الشيوخ الإجمالي المؤقت، فبالنظر إلى نص المادة 738 قانون مدني أعلاه يمكننا استخراج قواعد أو شروط لا بد من توافرها وهي :

أولاً : يجب أن يكون الشركاء فيها من أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل والمصلحة

فالأصل أن يكون الشركاء من ورثة الميت³ وحفاظاً من تبيد المال ودخول أجنبي جاز لأعضاء الأسرة الواحد الاتفاق على البقاء في الشيوخ وإنشاء ملكية أسرية ويلجأ بعض الفقهاء لتحديد المقصود بالأسرة⁴ إلى نص المادة 32 قانون مدني "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."، دون أن ننسى التعريف

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 885.

2 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 303.

3 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1046.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 201.

الوارد في نص المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري بقولها " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة." .
فأعضاء الأسرة الذين يجمعهم وحدة العمل والمصلحة بحيث يمكنهم الاتفاق على استغلال مال الأسرة استغلالاً معيناً يقتضي وحدة الإدارة أو إبقاء المال الشائع حتى يمكن استغلاله¹.

ثانيا : يجب أن تكون الأموال ملك لأعضاء الأسرة وقت الإتفاق

يشترط في الأموال التي يقدمها أعضاء الأسرة لإنشاء ملكيتها أن تكون مملوكة لهم وقت الاتفاق ولذلك لا يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة بالأموال التي ستؤول الى أعضائها في المستقبل². فهي قد تكون تركة يستبقها الورثة على الشيوخ وبيرونها إدارة مشتركة³.

ثالثا :الاتفاق المكتوب بين أعضاء الأسرة

يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا، والكتابة هنا شرط للانعقاد ليس للإثبات فالإتفاق الغير مكتوب يكون باطلا ولو أقره المتعاقدون، بالإضافة الى أن العقد يكفي وأن يكون في ورقة عرفية⁴.

رابعا : جواز الاتفاق على إنشاء الملكية الأسرية لمدة معينة

وفقا ما جاء في المادة 739 قانون مدني فإن أعضاء الأسرة يمكنهم أن يتفقوا على إنشاء ملكية أسرية لمدة لا تتجاوز 15 سنة ويجوز لكل عضو أو شريك أن يطلب من المحكمة الخروج من حالة الشيوخ وإخراج نصيبه قبل انتهاء مدة 15 سنة المتفق عليها وذلك

1 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 307.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 201.

3 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 308.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 202.

إذا وجد مبرر قوي لذلك، ففي حالة عدم وجود أجل محدد للملكية الأسرية فقد اشترطت نفس المادة في فقرتها الثانية على كل شريك راغب في إخراج نصيبه من الملكية الأسرية بأن يطلب ذلك بعد 6 أشهر من يوم إعلان الشركاء الآخرين رغبتهم في إنشاء الملكية¹.

الفرع الثاني : القيد القانوني

ذكرنا سابقا بأن حق القسمة مكفول قانونا لكل شريك حيث يمكنه طلب القسمة متى شاء، لكن هذا الحق قد يقيد سواء بالاتفاق بالبقاء في الشروع أو بموجب نص قانوني يمنع على الشركاء قسمة المال الشائع وهذا ما جاء في المادة 737 من القانون المدني " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشروع".

هذا ما يسمى بالشروع الإجباري الذي يعتبر حالة دائمة ومؤبدة للشروع وغير قابل للقسمة²، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 747 قانون مدني جزائري بقولها "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة، أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة".

وأساس هذا القيد هو النظر للغرض المعد له المال الشائع ونتائج القسمة التي قد تجعله غير قابل للاستعمال. فلا يجوز لشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع ذلك الغرض، ويعرف بعض الفقه الأجزاء المشتركة بأنها أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك لجميع ملاك الشقق³.

¹ - المادة 739 ق. م.ج: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشروع".

² - عبد الوهاب عرفة، قسمة وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) في ضوء أحكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 162.

³ - صالح ناصر العتيبي "إشكالات الإنتفاع في نظام شقق التملك" مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 3، ص 26.

ونجد من التطبيقات لهذا الغرض في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأراض المقام عليها العمارة وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع فهي لا تقبل القسمة¹، وهي بمثابة ارتفاق متبادل على أساس أن لكل شريك فيه ملكية مفرزة محملة بحق ارتفاق لملكية الشركاء الأخرى²، وهذا ما جاء في المادة 743 قانون مدني جزائري "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني 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 بين عدة أشخاص تتميز بوجود نوعين من الحقوق، فهناك حقوق على الملكية للأجزاء المفرزة والتي يحق لمالكها التصرف فيها بدون تدخل الشركاء الآخرين فهي معدة للاستعمال الشخصي والخاص، هذا ما أقرته المادة 744 من القانون المدني التي أوردت الأجزاء الخاصة من العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك³.

أما بنسبة للأجزاء المشتركة التي لا يسمح ان تكون محل للقسمة فهي ما جاء في المادة 745 قانون مدني "تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكثر عدد منهم.

وتعد أجزاء مشتركة ما يلي :

- الأرض والأفنية، والبساتين، والجنائن، والمداخل،
- الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها الأنايب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة،

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 26.

² - على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، طبعة الأولى، ص 92.

³ - انظر المادة 744 ق.م.ج.

- الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك،
 - الرواق الخارجي، والدرايبز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد،
 - المحلات المستعملة للمصالح المشتركة،
 - القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد.
- وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي :
- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة،
 - الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة.".

إن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها، باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف¹.

وقد أقرت المحكمة العليا في قرار لها مبدأ مفاده "لا تكون الأجزاء المشتركة محلا للدعوى القسمة"²، وفي قرار آخر لها قضت أنه "من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق العينية التابعة لها لا يجوز أن تكون محل لدعوى التقسيم ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد"³.

ويدخل أيضا ضمن الأملاك التي لا يجوز قسمتها أراضي العرش وهي الأراضي التي منحت من قبل الدايات الأتراك للقبائل والعروش الذين كانوا موالين على سبيل الانتفاع

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 27.

² - القرار رقم 423458 بتاريخ 2007/11/14، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الثاني، 2008، ص 253.

³ - القرار رقم 76988 صادر بتاريخ 1999/07/10، الصادر عن الغرفة المدنية، مشار إليه لدى: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 130، 131.

الجماعي¹، والتي تعتبر ملك للدولة وفقا لنص المادة 13 من الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25/09/1995² على أن أراضي العرش تعتبر ملك لدولة، وأملاك الدولة لا يجوز تملكها إلا بموجب قانون ولا يجوز كسبها بالتقادم لذلك لا يجوز المطالبة بقسمتها، فقط يمكن حيازتها حيازة استغلالية³.

المبحث الثاني : إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع

القسمة النهائية كما ذكرنا سابقا هي القسمة التي ترد على الملك لا على المنفعة، فهي بالتالي القسمة التي تقضي على الشيوخ نهائيا وتنتهي إلى إعطاء كل شريك نصيبه من المال الشائع، وكما أشرنا في المبحث الأول فإن القسمة النهائية نوعان إما قسمة نهائية تتم بتراضي الشركاء أو قسمة نهائية تتم عن طريق القضاء، وسنتطرق في هذا المبحث إلى أحكام وإجراءات كل منهما، حيث نبين ذلك في نقطتين أساسيتين، نتطرق في النقطة الأولى إلى إجراءات القسمة الاتفاقية(المطلب الأول)، ونفرد النقطة الثانية للحديث عن إجراءات القسمة القضائية(المطلب الثاني).

المطلب الأول :إجراءات القسمة الاتفاقية

تعتبر القسمة الاتفاقية أحد أنواع القسمة النهائية التي يمكن للشركاء اللجوء إليها في حال اتفاقهم على قسمة المال المشاع حسب ما يرونه مناسبا لهم غير أن هذه القسمة تقتضي عدم الإخلال بالأحكام القانونية الخاصة بناقص الأهلية والغائب إذا كان بين الشركاء أحد من هؤلاء، وانطلاقا من أن القسمة الاتفاقية هي عقد كسائر العقود سنتطرق

¹ - عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية الطبعة الثانية عشر 2010، دار هوما للنشر والتوزيع، الجزائر، ص187.

² - الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25/09/1995، يعدل ويتم القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، المادة 13، الجريدة الرسمية رقم 55، ص14.

³ - يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها-إثباتها-حمايتها-إدارتها-قسمتها، دار هومة، الجزائر، 2015، ص129.

إلى شروط عقد القسمة الاتفاقية (الفرع الأول)، وفي حالة الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء، أجاز المشرع الجزائري نقض القسمة الاتفاقية للغبن فقط (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط القسمة الاتفاقية

انطلاقاً من اسمها فإن القسمة الاتفاقية لا بد لها من توفر شرط رئيسي وهو اتفاق جميع الشركاء على اقتسام المال المشاع وإنهاء حالة الشيوع وذلك بصفة رضائية فيما بينهم دون اللجوء إلى القضاء، ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد قيد هذه الحرية في الاتفاق وذلك في حالة ما إذا كان بين الشركاء شريك قاصر، ففي هذه الحالة لا تجوز القسمة الاتفاقية إلا بمرعاه الأحكام القانونية الخاصة بناقص الأهلية.

بهذا نجد أن القسمة الرضائية تقوم أولاً على إجماع واتفاق كافة الشركاء على الشيوع على قسمة المال المشاع بالتراضي، مع وجوب أن يكون جميع الشركاء ذو أهلية كاملة وقت إجراء القسمة الاتفاقية ومراعاة أحكام الخاصة بناقص الأهلية في حالة وجود قاصر بينهم.

أولاً: إجماع الشركاء على القسمة

إن المبدأ الذي ينطلق منه هذا النوع من القسمة هو وجوب إجماع كافة الشركاء واتفاقهم على إنهاء حالة الشيوع باقتسام المال فيما بينهم وبالكيفية التي يرونها مناسبة لذلك ولقد نص المشرع صراحة على ذلك بموجب المادة 732 قانون مدني "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها " ومنه لشركاء الحرية التامة للقيام بالقسمة في حالة إجماعهم واتفاقهم على ذلك.

فالقسمة الرضائية هي عقد يجب لإبرامه إجماع الشركاء فإن رفض أحدهم مهما كان نصيبه تعين الالتجاء الي القسمة القضائية، كما يجب توفر الرضى والأهلية وخلو الإرادة من العيوب وأن يكون المحل مستوفياً لشروطه وأن يوجد سبب مشروع للتعاقد وإلا كانت

القسمة قابلة للإبطال وفق القواعد العامة¹، وما يتبين أنه في حالة عدم إجماع الشركاء على القسمة فإنها لا تتم حتى ولو كانت الموافقة من أغلبية الشركاء²، فإجماع الشركاء شرط جوهري لإتمام القسمة، وإذا أبرم عقد القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون البعض الآخر فعنصر الإلزام لا يكون إلا لشركاء الذين أبرموا القسمة، وأما الشركاء الآخرين فلا تكون ملزمة لهم إلا إذا أقروها، ففي هذه الحالة تصبح بمثابة شرط واقف أو شرط فاسخ لعقد القسمة³. ويترتب على ذلك أن من إشتك في إبرامه من الشركاء لا يجوز له التحلل من التزامه به بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك في العقد وبذلك يظل عقد القسمة قائماً بينهم وإن كان لا يترتب عليه إنهاء الشيوخ لأنه غير نافذ في حق من لم يشترك فيه من الشركاء ويكون للشريك الذي لم يكن طرفاً في إبرامه أن يقره متى شاء⁴.

وقد قررت المحكمة العليا في هذا الصدد بطلان القسمة الودية إذا تضمنت بعض الورثة دون البعض الآخر، في حين القسمة الاتفاقية يجب أن تتضمن جميع الشركاء طبقاً لأحكام المادة 723 قانون مدني، قرار رقم 40651 المؤرخ في 1986/02/24 "غير منشور"⁵.

بالإضافة إلى إجماع الشركاء يجب أن تتطابق إرادتهم على قسمة المال الشائع، وذلك انطلاقاً من أن القسمة الرضائية هي عقد تسري عليه أحكام كافة العقود، فالمتعاقدون هم الشركاء على الشيوخ ومحل العقد هو المال الشائع وسبب قيام العقد هو إزالة الشيوخ وإعطاء كل شريك نصيبه فتتعقد القسمة الرضائية بين الشركاء بمجرد تطابق إرادتهم المتبادلة هذا إن كانوا أهلاً لتعبير عنها⁶، وهذا ما جاء في المادة 53 قانون مدني "يتم العقد بمجرد أن تبادل

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 55.

2 - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 122.

3 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 893.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

5 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 13.

6 - نفس المرجع، ص 14.

الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بنصوص القانون " وبما أن لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع والخروج من حالة الشروع مالم يكن مجبرا على البقاء فيها بمقتضى نص قانوني أو اتفاق فيعد الطلب المقدم من أحد الشركاء الراغبين في الخروج من الشروع بمثابة إيجاب مقدم إلى هؤلاء فلهم حق إبداء القبول أو الامتناع عن ذلك.

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني فيما يخص التعبير عن الإرادة نجد هناك نوعان للتعبير عنها وهما التعبير الصريح والتعبير الضمني، التعبير الصريح يكون باللفظ الصريح أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه¹ كما يمكن للشركاء التعبير عن إرادتهم ضمنيا، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء كل منهم يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته من المال المشاع ويفهم ضمنيا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع وفقا لما تصرفوا على مقتضاه².

ثانيا: تمتع جميع الشركاء بالأهلية القانونية عند القسمة

لإتمام إجراءات القسمة الرضائية اشترط المشرع الجزائري أن يكون الشركاء ذو أهلية كاملة وقت إجراء القسمة ويتضح ذلك مما جاء في نص المادة 723 قانون مدني في شقها الثاني بقولها " فإذا كان بينهم من هو ناقص وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون. "

فالملاحظ من نص هذه المادة أن المشرع وإن كان قد اشترط الأهلية لتتمام القسمة الاتفاقية إلا أنه لا يمنع تمامها في حالة وجود شريك قاصر، حيث اشترط في هذه الحالة مراعاة الإجراءات القانونية الخاصة بناقص الأهلية، وذلك لأن القسمة الاتفاقية تعد خطيرة

¹ - المادة 60 ق،م،ج: " التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا أما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا. "

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 894.

من هذه الجهة بحيث يمكن للشركاء البالغين الاتفاق على قسمة المال الشائع بحسب رغبتهم حيث يأخذوا هم النصيب الأكبر ويتركوا الباقي لمن كان ناقص أهلية، ولهذا وجبت حماية القصر وفاقد الأهلية من ضياع حقوقهم المالية وحفظها.

فإذا كان بين المتقاسمين شخص غير كامل الأهلية أو غائب وجب إتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالة وإلا جاز لهذا الشخص ان يتمسك ببطلان عقد القسمة¹، وحسب المادة 40 قانون مدني ج فإن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة. " وعلى هذا الأساس فإن كل من لم يبلغ 19 سنة تكون تصرفاته كالتالي:

تصرفات منعدم الأهلية لصغر سنه تعتبر كلها باطلة²، وأما الصبي المميز فتكون تصرفاته دائمة بين النفع والضرر فهي صحيحة إذا كانت نافعة له وتكون باطلة إذا كانت ضارة له³، أما التصرفات التي تصدر من مجنون أو معتوه أو سفيه فهي غير نافذة في حقهم إذا صدرت في حالة جنون أو سفه أو عته ولهذا قرر المشرع ج في قانون الأسرة في الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية أن يقوم بحماية القصر ومنعهم الأهلية بإعطاء الحق لمن ينوب عنهم قانوناً في التصرفات المالية، بالنظر الي نص المادة 81 قانون الأسرة الجزائري "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 "، فبالنسبة للشركاء البالغين

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 55.

2 - المادة 82 ق.أ.ج: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة. "

3 - المادة 83 ق.أ.ج: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً 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 مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. "

وكاملي الأهلية فهم في مركز قوة حيث يمكنهم التعبير عن إرادتهم وهم واعون بالمخاطر التي قد تؤول عنها القسمة بعكس القصر وفاقد الأهلية ولذلك أجاز المشرع حضور من ينوب عنهم قانوناً¹.

والنيابة الشرعية نظام يهدف إلى حماية ناقص الأهلية ومنعديها وإدارة أموالهم، غير أنه لا يجوز للنائب الشرعي أن يتصرف في أموال من ينوب عنه إلا وفقاً لضوابط حددتها المادة 88 قانون الأسرة الجزائري التي تنص "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،
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،
- 4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد. "، وهذا النص ينطبق على تصرفات الوصي² والمقدم³ أيضاً .

ونلاحظ أن المادة أعلاه أوردت قسمة العقار من التصرفات التي يجب على النائب الشرعي استئذان القاضي فيها وسبب ذلك هو إعطاء حماية أكبر على أموال القاصر، هذا وقد قرره محكمة النقض المصرية أن عقد القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع وضرر ومن ثم إذا كان أحد أطرافها قاصراً فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته بعد بلوغه سن الرشد⁴، ففي حالة أذن القاضي لنائب الشرعي عينت المحكمة الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجب إتباعها، وأن

1 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 22.

2 - المادة 95 ق.أ.ج: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون."

3 - المادة 100 ق.أ.ج: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام."

4 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 55.

تقبله بعد انتهاء القسمة¹، وللقاضي أن يرفض القسمة الاتفاقية إذا رأى أنها تضر بمصلحة القاصر ويقر أن تكون القسمة قضائية².

وأكثر صور الملكية الشائعة انتشارا في مجتمعنا تأتي عن طريق الميراث وهذه الصورة منع المشرع الجزائري القسمة الودية فيها، وذلك في حالة وجود قاصر بين الشركاء، وأوجب أن تكون القسمة قضائية لنص المادة 181 قانون الأسرة الجزائري بقولها "يراعي في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) 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."

ثالثا : الشروط الخاصة بمحل القسمة

يقصد بمحل القسمة العين التي يتشارك الشركاء في ملكيتها ويريدون اقتسامها، فمحل القسمة قد يكون عقارا أو منقولا وللمحل شروط لا بد من الإشارة إليها ليكون عقد القسمة صحيحا.

1. شروط المحل

قبل التطرق إلى شروط المحل نشير إلى أنها نفس الشروط المتطلبية في المحل عموما وفقا للقواعد العامة في العقود، ولهذا كان من اللازم الرجوع إلى القواعد العامة في محل العقد وتطبيقها على محل القسمة.

أ- يجب أن يكون المال موجود أو ممكن الوجود

فالغالب في الالتزام الذي يقوم بنقل حق عيني على شيء أن يكون الشيء موجودا وقت التعاقد، فلا يعقل أن يتم عقد وأن الشيء غير موجود أو هلك قبل إبرام العقد فإن العقد يقع

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 151.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 897.

باطلا لعدم وجود المحل¹، و لا يلزم أن يكون الشيء موجود وقت التعاقد بل يجوز أن يكون الشيء محتمل الوجود، و بمعنى آخر يجوز أن يكون محل القسمة شيء مستقبلا².

ب- يجب أن يكون المال معين أو قابل للتعين

يشترط أن يكون محل القسمة معينا أو على الأقل قابل للتعين، ويختلف التعيين بين ما إذا كان المال معين بذاته أم معين بنوعه ففي الحالة الأولى يجب أن يوصف المال وصف دقيقا نافيا للجهالة، فإذا كان منزلا وجب بيان موقعه وأوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره، أما إذا كان معين بنوعه فإنه يجب تحديده بمقداره ونوعه ودرجة جودته³.

ج- يجب أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب

وفقا لنص المادة 97 من القانون المدني فإن العقد يكون باطلا إذا كان أحد أطرافه أو كلاهما قد إلتزم لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، ونصت المادة 98 من نفس القانون على أن كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه⁴.

2. الشرط شكلية في محل القسمة

قد يكون محل القسمة منقولاً أو عقاراً فإذا كان منقولاً فإن عقد القسمة يكون رضائياً يكفي فيه التراضي دون الحاجة إلى أي إجراءات شكلية أي لا يشترط فيه الشكلية ولا

¹ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، الطبعة الأولى، ص 69.

² محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة) دار الهدى، الجزائر 2012، ص 208.

³ - محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 212.

⁴ - أنظر المادتين 97 و 98 من ق،م،ج.

الشهر¹، غير أن هذا لا يمنع الأطراف من صب العقد في قالب رسمي، وذلك تحسبا منهم لإثباته في حالة وجود نزاع أمام القضاء، على اعتبار أن القسمة تخضع للقواعد العامة في الإثبات ومن أهم هذه القواعد اشتراط الكتابة لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على 100000 دج ما لم يوجد مبدأ ثبوت الكتابة أو يوجد مانع مادي أو أدبي²، وهذا ما نصت عليه المادتين 333 و336 من قانون المدني الجزائري.

أما إذا كان محل القسمة عقارا فإنه يجب إضفاء الصبغة الرسمية عليه كشرط من شروط انعقاده، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها أنه "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، 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 أكدته المحكمة العليا على هذا الأمر في قرارها والذي جاء فيه أنه "تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي"³ وقد خول القانون مهمة تحرير عقد القسمة الاتفاقية للموثق كونه الشخص المؤهل قانونا لإبرام هذا النوع من العقود طبقا لأحكام المادة 3 من القانون 02/06⁴، حيث يتلقى الموثق من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة ويقوم بإفراغها في شكل رسمي وذلك بحضور

¹ - عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2006، ص 17.

² - محمد صبري سعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 124.

³ - قرار 462587 الصادر بتاريخ 02/06/2006، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الثاني، 2008، ص 261.

⁴ - القانون 02/06 المؤرخ بتاريخ 02/06/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المادة 3، الجريدة الرسمية عدد 14.

الأطراف والشهود وبعد إنجاز يحتفظ بالأصل ضمن أصول العقود المحفوظة لديه ويسلم نسخة من عقد القسمة الودية لمن طلبه من الأطراف¹.

والجدير بالذكر أن القسمة الودية في العقار التي لم تفرغ في شكل رسمي حسب ما تنص عليه المادة 324 مكرر 1 من قانون مدني جزائري، او التي لم تمر عليها فترة خمسة عشرة سنة من يوم وقوعها كقسمة ودية، تبقى القسمة غير نهائية ويجوز التراجع عنها واللجوء إلى القضاء للمطالبة بالقسمة القضائية عملا بنص المادة 724 من قانون مدني جزائري²، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز لقضاة الموضوع برفض إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية ما دام أن هذه الأخيرة لا تراعى فيها الإجراءات المنصوص عليها قانونا فيما يتعلق بالشكلية، ذلك أن القسمة في هذه الحالة لا تعتبر إلا قسمة مهاية تخص الانتفاع فقط، مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ³.

كما لا يجوز لقضاة الموضوع المصادقة على القسمة الودية الواردة في عقد عرفي وذلك أن نقل الملكية يجب أن يكون في عقد رسمي وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والتي جاء فيه 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 شكل رسمي⁴ .

والقسمة الودية وفقا لأحكام المادة 57 من القانون رقم 29/90⁵ الحصول أولا على رخصة التجزئة إذا كان الأمر يتعلق بقسمة الأرض، المنصوص عليها في المادة 7 من

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 54.

2 - القرار رقم 224884 المؤرخ في 2000/05/17، الصادر عن غرفة المدنية، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2001، ص 131.

3 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 47.

4 جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ص 275.

5 - القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، المادة 57، الجريدة الرسمية رقم 52.

المرسوم رقم 91-176 المؤرخ في 28/05/1991 الذي يحدد كفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك¹.

وإضافة إلى الرسمية، اشترط المشرع الجزائري شهر عقد القسمة في مجموعة البطاقات العقارية وهو ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بأعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري²، والتي تؤكد أن كل حق للملكية أو حق عيني آخر لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهاره في مجموعة البطاقات العقارية³، ووفقا للمادة 10 من القانون 02/06 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق⁴ فإن الشخص المكلف قانونا بشهر العقود هو الموثق.

الفرع الثاني : الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن

سبق وأن ذكرنا أن القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام كافة العقود خاصة ضرورة توفر أركان العقد من رضى ومحل وسبب ومن شروط صحة العقد من أهلية وخلو الإرادة من العيوب⁵، كما أن أوجه الطعن في هذه القسمة هي نفسها وجوه الطعن في العقد، فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة بين الورثة قبل موت المورث فهذا العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية ومن ثم يكون باطلا ويجوز لكل من ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان⁶.

¹ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 88.

² - أمر رقم 74/75 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموثق 12 نوفمبر سنة 1975 المتعلق بأعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المادة 15، الجريدة الرسمية، رقم 92.

³ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة، ص 111.

⁴ - القانون رقم 02/06، المرجع السابق، ص 16.

⁵ - رضى عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 106.

⁶ - المادة 127 ق، أ، ج: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية كما لو كان أحد الشركاء قاصرا ولم تراعي الإجراءات الخاصة بناقص الأهلية، حيث يجوز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة¹.

كذلك يمكن الطعن في هذا النوع من القسمة لعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن²، وإذا كان الطعن في القسمة الاتفاقية لعيب من عيوب الإرادة خاضعا للأحكام العامة لسائر العقود فإن الطعن في هذا الاتفاق بالغبن يخضع لأحكام خاصة.

أولا : شروط الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن

عرف الفقه الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه³، وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين⁴

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص علي الغبن المجرد من الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في القسم المتعلق بشروط العقد في القانون المدني فإنه اعتبره كذلك في حالات معينة منها حالة البيع وحالة القسمة الاتفاقية وهذا بموجب نصوص خاصة حيث تنص المادة 732 قانون مدني جزائري على أنه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 898.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، الطبعة الخامسة، ص 56.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، جزء 1، ص 291.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته.¹

فإذا بلغ الغبن الحد المنصوص عليه في هذه المادة فإنه يجعل عقد القسمة قابل للإبطال حتى ولو لم يكن نتيجة لطيش بيبين أو هوى جامع، وبهذا يكون المشرع قد راعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته¹.

ويشترط للطعن في القسمة الاتفاقية للغبن توافر جملة من الشروط التي نتناولها تباعاً

كالتالي

1. أن تكون القسمة رضائية

الملاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الرضائية دون القسمة القضائية وهذا ما أكدته المادة 732 قانون مدني جزائري والتي تنص على " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي والسبب في عدم جواز الطعن في القسمة القضائية للغبن هو أن هذه الأخيرة يفترض أنها قد أحيطت بكل الضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم².

كما لا يمكن الطعن في قسمة التصفية وهي طريقة من طرق القسمة القضائية حيث يتم بيع المال الشائع بالمزاد واقتسام ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته، وهذا ما جاء في المادة 360 قانون مدني جزائري " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون"³

¹ - بوحديش عادل، المرجع السابق، ص ص13-14.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص901.

³ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص105.

ويشترط في البيع بالمزاد الذي يحظر الطعن فيه بالغبن أن يكون بأمر من القضاء وتحت إشرافه، فإذا كان المزاد من تنظيم الشركاء في الشيوخ دون تدخل القضاء لا يسري عليه هذا المنع وعلى هذا الأساس يجوز الطعن في البيع بالغبن إذا توافرت شروطه الأخرى¹.

2. يجب أن يكون مقدار الغبن تعدى الخمس

حتى يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن يشترط أن يبلغ الغبن مقدار ما يزيد عن الخمس وهذا ما نص عليه المشرع ج في الفقرة الأولى من المادة 732 " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقسمة الشيء وقت القسمة"، ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة يجب تقدير المال محل القسمة وتقدير نصيب كل من الشركاء ويتم ذلك بواسطة خبير عند الاقتضاء ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة²، ومثال ذلك أن يكون هناك ثلاثة شركاء يملكون عقارا بالتساوي على أن يكون لكل شريك منهم الثلث ومن ثم تقدير العقار بقيمة تسعة ملايين دج فلكي يتحقق الغبن يجب أن تنزل قيمة المال المفروز الذي وقع في نصيب الشريك عن أربعة أخماس حتى يكون مغبونا بمقدار يزيد عن الخمس، فالأصل إذا بيع العقار ووقت القسمة أن يأخذ الشريك ثلاثة ملايين دج فإذا أخذ الشريك أقل من مليونين وأربعة ملايين دج يكون وقع في غبن يستوجب النقض وإعادة القسمة، أما إذا أخذ ما يقابل هذه القيمة أو ما يزيد عنها فلا يجوز له أن يطعن في القسمة للغبن³.

¹ - نفس الرجوع، ص 105.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، ص 903.

³ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص ص 108-109.

والعبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة وهو الوقت المعتد به، وليس بقيمة الشيء قبل القسمة، وفي تقدير نصيب كل من الشركاء، فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هي مبلغ معين فلا يعتد بأي أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسين أو ينقص منها كانخفاض أسعار الأوراق المالية¹، بالإضافة إلى أن في حالة ما إذا كان محل القسمة عقارا تحسب المدة من تاريخ شهر عقد القسمة².

المطلب الثاني: إجراءات القسمة القضائية

إن الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق وتراضي بين جميع الشركاء، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع، وبالتالي لامناص لفض حالة الشيوخ إلا باللجوء إلى القضاء . وباعتبار القسمة القضائية هي تلك القسمة التي تتولى المحكمة إجرائها، بناء على دعوى التي ترفع من أحد الشركاء المشاعين، فإننا سنتناول في هذا المطلب دعوى القسمة (فرع أول) و طرق إجراء القسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دعوى القسمة

تكون القسمة القضائية في شكل دعوى قضائية يرفعها الشريك أو الشركاء الراغبين في قسمة المال الشائع على باقي الشركاء الآخرين وهذا ما جاء في نص المادة 724 قانون مدني جزائري سابقة الذكر، والدعوى كما عرفها فقهاء القانون هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول علي تقرير حق أو حمايته³، أوهي الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في لتقرير حق وحمايته⁴، ومنه نستخلص أن دعوى القسمة هي السلطة التي يلتجئ

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 904.

² - أنظر المادة 15 من الأمر 74/75، المرجع السابق.

³ - حسين فريجة، المبادئ الاساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، الطبعة الثانية، ص13.

⁴ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص23.

إليها الشريك أو الشركاء الراغبين في قسمة المال المشاع بقوة القانون وترك القضاء يباشر إجراءات القسمة.

أولاً : أطراف دعوى القسمة

بالرجوع إلى نص المادة 724 القانون المدني الجزائري نستنتج أن أطراف الدعوى هم الشركاء على الشيوع بحيث أن على كل من يرغب في الخروج من حالة الشيوع رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء وبهذا يكون المدعي هو الشريك رافع الدعوى الذي يريد قسمة المال المشاع والمدعي عليهم هم الشركاء الآخرون، فدعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك ولا ترفع إلا على شريك، بحيث يملك حق رفعها الشريك الأصلي في الشيوع وخلفه العام أو الخاص على الحصة الشائعة¹.

ولا يجوز رفعها على شركاء دون آخرون إن نص المادة 724 قانون مدني جزائري يقضي بأن ترفع دعوى القسمة على كافة الشركاء دون تمييز أي يجب إدخال جميع الشركاء في الخصام.

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها²، وهذا عملاً بالمادة 194 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي حالة إغفال اختصاص بعض الشركاء في الشيوع فإن الحكم الصادر بالقسمة لن يكون حجة عليهم³، وما على هؤلاء إلا أن يعترضوا بطريقة اعتراض الغير الخارج عن

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 71.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 913.

³ - حكيمة حماني وتيزيري تيقرين، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبية القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013، ص30.

الخصومة طبقا للمادة 191 قانون مدني جزائري " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه"، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها "من المقرر قانونا أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشبوع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء وأن تكون قسمة المال الشائع حصصا إن كان يقبل القسمة عينيا، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال صادقوا على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين ودون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 724 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار"¹.

والشخص الذي يمكنه رفع دعوى القسمة يجب أن تتوفر فيه صفة الشريك ونفس الشيء بالنسبة لو تلقى الدعوى فصفة الشريك شرط جوهر في دعوى القسمة، لكن في حالة ما إذا قام شريك ببيع حصته الشائعة² لأجنبي فهل يأخذ هذا الأخير صفة الشريك على أساس أنه قد اشترى حصة من المال المشاع وبهذا يكون قد عوض الشريك الأصلي أم لا؟ وللإجابة على ذلك يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى : حصول البيع قبل الفرز حيث أن الأجنبي اشترى جزء غير مفرز فهنا يخرج الشريك الأصلي وبأخذ الأجنبي صفة الشريك مع باقي الشركاء وعلى هذا يمكنه رفع دعوى القسمة متى شاء.

الحالة الثانية : حصول الشراء لجزء مفرز من المال الشائع فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء وبالتالي لا يكون الأجنبي شريكا مشتاعا فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا

¹ - القرار رقم 47222 بتاريخ 1988/12/07، الصادر عن الغرفة المدنية، مشار إليه لدى: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص ص 145-146.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 913.

يصح له الاختصاص فيها ككشريك¹، لكن يمكنه رفع دعوى بصفته دائن وذلك عن طريق رفع الدعوى الغير مباشرة².

ثانيا : شكل الدعوى

أوجب القانون لرفع دعوى إنهاء حالة الشيوخ تحرير عريضة تسمى بعريضة افتتاح الدعوى والتي تتضمن جملة من البيانات المحددة في المواد 14³ و 15⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى شرطي الصفة والمصلحة وفقا لأحكام المادة 13 من نفس القانون⁵، وتقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة⁶ وهذا ما جاء في المادة 16 من نفس القانون.

¹ - نفس المرجع، ص 913.

² - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 382.

³ - المادة 14 ق، إ، م، إ: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي

أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساو يعدد الأطراف."

⁴ - المادة 15 ق، إ، م، إ: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية :

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،

2- اسم ولقب المدعي وموطنه،

3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،

5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،

6- الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى."

⁵ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 145.

⁶ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 95.

ثالثا : التكليف بالحضور

وبعد تمام إجراءات الدعوى واستكمال شروط صحتها يجب تكليف الخصوم للحضور واستدعائهم ليكن الحكم حجة عليهم، حيث أوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الخبير إخطار الخصوم باليوم والساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق المحضر القضائي كما جاء في المادة 135 منه¹، وقد نص المشرع في المواد 18، 19، 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على البيانات الواجب توافرها في شكل التكليف بالحضور².

رابعا : المحكمة المختصة

1-الاختصاص النوعي

ويقصد به هي سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون غيرها، وفقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص بأن المحاكم هي الجهات القضائية العادية التي تفصل في جميع القضايا المدنية والإدارية والتجارية والاجتماعية والعقارية.....و هذا التحديد مؤسس على طبيعة الدعوى وبالنظر إلى اختصاصها النوعي³.

2-الاختصاص المحلي أو الإقليمي

إن دعوى القسمة تخضع للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار محل القسمة أو موطن المتوفي في حالة الميراث وهو ما جاء في المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد استثنى المشرع الجزائري من القاعدة العامة والتي تقضي بأنه يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو آخر موطن له إذا لم يعرف موطنه، وفي حالة تعدد الموطن فيختار أحدهم⁴.

1 - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 164.

2 - أنظر المواد 18، 19، 20 من ق، إ،م،إ.

3 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 68.

4 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 79.

أما إذا كان محل القسمة منقولاً كانت المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا¹، والقسمة القضائية تحتاج إلى رفع دعوى قضائية أمام القسم العقاري للمحكمة المختصة إقليمياً².

الفرع الثاني : طرق إجراء القسمة النهائية

أولاً : القسمة العينية

هي التي يتم فيها قسمة المال الشائع إلى حصص مفرزة على الشركاء وذلك بشرط ألا يحدث نقص كبير في قيمة المال المشاع جراء القسمة فهي لا تكون إلا في الأشياء القابلة لتجزئة³.

ونظراً للاختلاف الذي قد يحصل بين الشركاء حول القسمة وخاصة المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص بتشكيك في نزاهة الحصص وعدم تساويها ومقدار حصص بعض الشركاء، وبما أن المحكمة هي التي تجري القسمة فيها التي تفصل في كل المنازعات وخاصة بما يتعلق بتكوين الحصص⁴.

ويجوز للمحكمة تعيين خبير أو أكثر ليتولى عملية قسمة المال إلى حصص وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس في إمكان المحكمة القيام بها⁵ وهذا عملاً بما جاء في الفقرة الثانية من المادة 724 قانون مدني جزائري " وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته. " .

1 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 70.

2 - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 145.

3 - أحمد خالدي، المرجع السابق ص 101.

4 - المادة 726 ق.م.ج : " تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص. " .

5 - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 166.

وعلى المحكمة أن تحدد بصفة دقيقة المهمة التي يجب على الخبير القيام بها، ومن الأفضل أن تعيين خبير واحد فقط وذلك لتجنب التعارض بين الخبراء ولكن في حالة ما إذا رأت المحكمة ضرورة لتعيين أكثر من خبير وجب على الخبراء القيام بأعمال الخبرة سوية وتقديم خبرتهم في تقرير واحد¹، فإن الخبير المنتدب لا يحق له القيام بإجراءات القرعة أو القسمة النهائية وإنما عليه أن يحرر تقريراً ينتهي فيه إلى إبداء رأيه الفني وأنون الجهة القضائية هي المختصة بذلك.²

أوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الخبير إخطار الخصوم باليوم والساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق محضر قضائي وهذا ما جاء في المادة 135 قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، فيقوم الخبير بالانتقال شخصياً مع جميع الشركاء على الشروع أو من ينوب عنهم قانوناً للمعاينة الميدانية للمال الشائع وإبداء رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع أم أنها غير ممكنة⁴، فإذا رأى الخبير بعد المعاينة بأن المال الشائع قابل للقسمة العينية دون أن يحدث نقص كبير في قيمته أو يجعل من الصعب الانتفاع به يقوم بالتالي :

- تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب
- تعويض الشريك الذي تعذر أن يأخذ نصيبه كاملاً وذلك بمعدل عندما نقص من نصيبه.

هذا عملاً بما جاء في الفقرة الأولى من المادة 725 قانون مدني جزائري " يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية. "

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 921.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 110.

³ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - نفس المرجع، ص 106.

مثال ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والتثلث والسدس فيقسم المال أسداساً¹، ففي حالة ما إذا كان المال الشائع قطعة أرض مساحتها 300 متر مربع يتم تقسيمها إلى أسداساً وفقاً للمثال السابق، فتكون (أنصبة قدرها 50 متر مربع هو حاصل قسمة مساحة القطعة على ستة) فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس أي 150 متر مربع ولصاحب الثلث السدسين أي 100 متر مربع ولصاحب السدس يأخذ سدس واحد أي 50 متر مربع، ويتم توزيع هذه الحصص بإجراء القرعة عليها². على أن يراعى الموقع والجودة وكافة الميزات الأخرى وكذا استقلال كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق³.

وإذا تعذر إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب جاز إجراؤها بطريقة التجنيب⁴ أو اتفقوا الشركاء على أن تكون القسمة بهذه الطريقة، وعلى الخبير أن يحدد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع وذلك بقدر حصته فيه⁵.

إن جرت القسمة العينية بطريقة تكوين الحصص أو عن طريق التجنيب في حالة ما إذا اتجهت إرادة الشركاء إليها فقد يصادف تعذر على أحد الشركاء أخذ نصيبه كاملاً وعملاً بمقتضى المادة 725 قانون مدني جزائري في فقرتها الثانية " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوضاً بمعدل عما نقص من نصيبه."

وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن من تقسيم المال إلى حصص أو أن يجعلها متساوية تماماً فيقوم بجعلها متساوية قدر الإمكان حتى إذا اضطر إلى تحديد حصة أكبر من أخرى

¹ - عبد المنعم فرج صده، عبد المنعم فرج صده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، ص 213.

² - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 260.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 215.

⁵ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 110.

قدر مبلغ مالي يمكن لصاحب الحصة الأكبر دفعه قصد تعويض ما نقص لشريك الآخر حتى تصبح الحصتين متعادلتين¹.

ويرى جانب من الفقه أن قسمة المعدل ماهي في الحقيقة الأمر إلا تنمة لباقي صور القسمة العينية² حيث من شروط اللجوء إلى التعويض بالمعدل يكون إلا في حالة تعذر استيفاء أحد الشركاء نصيبه عينا بسبب طبيعة المال المشاع مثلا وليس في حالة تعذر القسمة عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، فإن هذه الأخيرة تؤدي إلى قسمة المال الشائع عن طريق قسمة التصفية، التي سنتطرق إلى أحكامها في العنصر التالي.

ثانيا: قسمة التصفية

تعرف قسمة التصفية بأنها بيع المال المشترك الذي لا يمكن قسمته عينا حتى يتيسر بذلك انتفاع كل شريك بثمن نصيبه على طريق الاستغلال³، وهذا ما جاء في المادة 728 قانون مدني جزائري " إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الاجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالأجماع. "، فإذا تبين للمحكمة أن المال المراد قسمته غير ممكن مثل سيارة أو أن هذه القسمة قد تنقص بقيمة المال الشائع نقص كبير فإنها تأمر ببيع المال المشاع عن طريق المزاد⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 923.

² - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 268.

³ - أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، مطبعة الأميرية، مصر، 1913، ص 332.

⁴ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 217.

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه من المقرر قانونا أنه "إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إن طلبوا هذا بالإجماع".¹ وفقا لما جاء في المادة 728 قانون مدني جزائري قد بينت المبادئ التي تقوم عليها هذه القسمة وهي :

1. تعذر القسمة عينا للمال المشاع

كما سلفنا سابقا ومن الشروط الأساسية للقيام بقسمة التصفية هي أن يكون المال الشائع غير قابل للقسمة قسمة كلية كالمنقولات مثلما إذا كان المال المراد قسمته خاتما، أو تعذر قسمة المال بأن يحدث ضرر له وينقص منه ويعذر الانتفاع به وهذا في حالة كان المال الشائع أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أصغر لا يصلح للبناء.² وعلى الخبير ابداء خبرته كما أسلفها سابقا.

2. بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني

وهو الأساس الجوهرية الذي تقوم عليه قسمة التصفية وهو بيع المال الشائع الغير قابل للقسمة العينية في المزاد العلني المنظم أحكامه في المواد 747 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. اقتصار المزايدة على الشركاء وحدهم وإجماعهم على

الأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان شريكا أو كان أجنبي،³ لكن المشرع الجزائري قد قصر المزايدة على الشركاء فقط أي لا يدخل في المزايدة أجنبي، ويجب ان يرسو المزاد على أحدهم لكي تعد قسمة تصفية فإذا حدث وأن رسي

¹ - القرار رقم 151301 بتاريخ 1998/03/25، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الثاني، 1998، ص 28.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 917.

³ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 217.

المزاد على أجنبي اعتبر بيعا عاديا وهذا الرسو ليس إلا إجراء تمهيدي لقسمة الثمن المتحصل عليه من المزاد، فيترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسمة، ويجب تسجيل القسمة وشهرها في المحافظة العقارية¹.

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 126.

الفصل الثاني

الأثار المترتبة عن قسمة المال الشائع

الفصل الثاني : الآثار المترتبة عن قسمة المال الشائع

سبق أن عرفنا القسمة بأنها الوسيلة التي تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية، فتجزئ الشيء أجزاء مادية مفرزة بعضها عن بعض ومتعددة بقدر عدد الشركاء بحيث يكون كل منها مساويا ما لكل شريك من حصة رمزية في الشيوخ ويعطى كل شريك الجزء المفرز المقابل والمعادل لحصته الرمزية ليكون محلا لملكيته الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة أو مشاركة من الشركاء الآخرين¹، ومنه فإن الوظيفة الأساسية للقسمة هي إنهاء الشيوخ، وهنا يطرح التساؤل حول الآثار المترتبة عن القسمة وهو العنصر الذي سنخصص هذا الفصل للحديث عنه، ومن أهم آثار القسمة إفران أنصبة الشركاء والذي يعد الأثر الجوهرى الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه (المبحث الأول)، ولإعطاء مزيد من الحماية للشركاء من بعضهم البعض نص المشرع على التزام بضمن التعرض والاستحقاق للمتقاسمين (المبحث الثاني).

المبحث الأول : فرز أنصبة الشركاء

إن الهدف الاساسى للقسمة هو إنهاء حالة الشيوخ وفرز أنصبة الشركاء على الشيوخ كل واحد بقدر حصته بحيث تمكن كل شريك بالاستثنائية بجزئه ملكية تامة وله أن يتصرف فيه كما يشاء بكل أنواع التصرف من بيع أو هبة الخ، فعملية القسمة النهائية للمال الشائع تنتهي بعملية الفرز والتي تعد أثر من الآثار الرئيسية للقسمة التي تنهي الشيوخ بنوعها القسمة الاتفاقية أو القسمة القضائية، وعملية الفرز تتحول ملكية الشريك المتقاسم من حصة رمزية مجردة في المال الشائع إلى حصة مادية مفرزة²، وهذا ما أكدته المادة

¹ - حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 16.

² - مريم تومي، المرجع السابق، ص 134.

730 قانون مدني جزائري " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الاطلاق لباقي الحصص الأخرى".

ولكن يطرح التساؤل حول الوقت الذي يعتبر فيه الشريك مالك للجزء المفرز الذي آل إليه، فهل تنتقل الملكية من تاريخ القسمة لتعد القسمة ناقلة للحق كالبيع أم منذ بدأ الشيوخ وهذا ما يسمى بالأثر الكاشف؟¹ وما هو الأثر الرجعي للقسمة؟ وهل يمكن أن يكون لها أثر مزدوج يجمع بين الأثر الكاشف والأثر الناقل معا؟ فكل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها في (المطلب الأول) بعنوان تكييف أثر الفرز المترتب عن القسمة، ونتناول النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف للقسمة، مع توضيح موقف المشرع الجزائري فيما يخص تكييف أثر الفرز (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تكييف أثر الفرز المترتب عن القسمة

لقد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول تكييف أثر الفرز من حيث كونه أثر كاشف لحق الشركاء من المال الشائع فقط (الفرع الأول)، أم هو أثر ناقل للملكية فتصبح القسمة سند تملك في يد الشركاء المتقاسمين (الفرع الثاني)، في حين ظهر اتجاه آخر يجمع بين الأثرين الكاشف والناقل معا (الفرع ثالث)، وهل للقسمة أثر رجعي بما أنه الأثر الذي يفهم من نص المادة 730 قانون مدني جزائري (الفرع رابع)، فسنحاول إبراز كل هذه العناصر وتبيين أحكامها الفقهية، والخروج بالأثر الأنسب للقسمة.

الفرع الأول : الأثر الكاشف للقسمة

لقد تبنى جانب من الفقه فكرة أن للقسمة أثر كاشف وليس ناقل للملكية وهذا ما يظهر من كتابات (بوتيه) حيث يقول " يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تملك، فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على

¹ - نفس المرجع، ص 134.

الأموال التي وقعت في نصيبه، بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيبه بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئاً من الأموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين¹.

بهذا تكون القسمة لها أثر كاشف لحق الشركاء من المال الشائع، فالقسمة بطبيعتها لها نفس الأثر، إذ أن القسمة لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسمين وإنما تكشف الحق الذي كان أثناء الشروع والذي تقرر بالقسمة لصالح الشركاء²، فالقسمة تكشف ما آلت إليه من حقوق كانت موجودة أصلاً قبلها.

وبموجب الأثر الكاشف للقسمة يكون الشريك مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه من وقت أن تملك في الشروع، فلو كان مصدر الملكية الشائعة الميراث فإن كل وارث يعد مالك للجزء الذي تؤول له القسمة من وقت موت المورث وليس من وقت تقسيم التركة، فإن دور القسمة يقتصر على تحويل الحصة الشائعة الى حصص مفرزة من خلال تركيز للحصة الشائعة في محلها المادي المتمثل في الجزء المفرز³، فحق الشريك أثناء الشروع ما هو إلا حصة معنوية وهذا ما يميز طبيعة الشروع المعقدة عن سائر أنواع الملكية ويرى هذا الفقه أن وظيفة القسمة الأصلية هي كشف للحق ماديا لا نقله له و إنشائه، فالقسمة تزيل القيود على الشريك في حقه من المال المشاع بعدما كان مجبرا على مراعاة حصص سائر الشركاء في المال، فسند الملكية قبل القسمة هو نفسه بعد القسمة لأن حصته لم تتغير تم فقط كشفها ماديا بعدما كانت سهما معنويا، فالشريك الوارث يكون سند تملكه هو واقعة الميراث وليس القسمة⁴.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 148.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 952.

³ - عبد الهادي عبيد، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 245.

ويدخل ضمن نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة كل من التطبيق من حيث الأشخاص ومن حيث التصرفات التي تنتهي بقسمة المال المشاع نهائيا وكذا من حيث الأموال التي ترد عليها القسمة.

أولا : من حيث الأشخاص

انطلاقا من أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف للحق فإن أثرها يقوم بالنسبة إلى جميع الشركاء المتقاسمين، أي الملاك المشتاعين وقت القسمة وتسري أيضا على جميع الورثة أو كل شخص غير وارث آلت إليه حصة الوارث في الشيوخ قبل القسمة¹، ويقوم اثارها كذلك بالنسبة للغير.

فبالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة، فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم فلا يحق للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمسة سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، حيث إن القسمة ليست سندا لتملك المتقاسم لما آل إليه². أما بالنسبة للغير فإنه يحتج عليه أيضا بالأثر الكاشف للقسمة، وذلك بأن التصرفات التي أبرمها الشركاء أثناء قيام حالة الشيوخ مع الغير لا يمكن أن يحتج بها أمام الشريك المتقاسم وذلك لأن القسمة كاشفة للحق وأن الشريك يعتبر مالك وحده للجزء المفرز من وقت أن تملك في الشيوخ³.

مثال ذلك إذا رتب أحد الشركاء رهنا على المال الشائع كله أو جزء فقط منه، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع في نصيبه عند تمام القسمة هذا الجزء

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 963.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 154.

³ - نفس المرجع، ص 146.

المرهون، حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن وأن القسمة لم تنقل حق الملكية بل كشفت عنه¹.

ثانيا : من حيث التصرفات

إن كل تصرف يؤدي إلى إنهاء الشيوخ يكون له أثر كاشف فالقسمة النهائية أيا كان نوعها قضائية كانت أم اتفاقية، عينية أو بمعدل يكون لها أثر كاشف بخلاف القسمة المؤقتة حتي تتحول إلى قسمة نهائية².

1. قسمة عينية

وتعتبر هذه القسمة التي يقسم فيها المال الشائع عينا ويختص كل شريك بنصيبه من المال المشاع.

فهي أول تصرف يترتب عليه الأثر الكاشف للقسمة، ولا فارق إذا كانت القسمة العينية اتفاقية أو قضائية، ولا يشترط أن تكون قسمة كلية أو جزئية³. فيكفي أن تنتهي بفرز الأنصبة وأن يأخذ الشريك الراغب في إنهاء الشيوخ أو جميع الشركاء بنصيبهم مفرزا.

2. قسمة بمعدل

ذكرنا سابقا بأن القسمة بمعدل تكون في حالة تعذر أن يأخذ شريك كامل نصيبه عينا من المال فيعوض بمعدل عما نقص منه⁴، وعلى الشركاء الآخرين الذين حصلوا على نصيب أكثر تحمل هذا التعويض، وليس من شأن هذا المعدل أن يغير من طبيعة القسمة،

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 178.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 959.

³ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 227.

⁴ - المادة 725 ق،م،ج : " يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو آنت القسمة جزئية. وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء أمل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه."

حيث يعتبر مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبتهم ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على هذه القسمة¹.

3. في قسمة التصفية

في حالة تعذر القسمة العينية أو كان من شأنها إنقاص من قيمة المال الشائع المراد قسمته كانت القسمة ببيع هذا المال في المزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء، فهذا البيع أيضا ينتهي بإنهاء حالة الشيوخ وأخذ كل شريك نصيبه من المال الراسي عليه المزاد، وهذا ما يرتب الأثر الكاشف لحق الشركاء .

لكن ينبغي التفريق فيما إذا رسي المزاد على شريك أم أجنبي، فإذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء، يكون رسو المزاد قسمة ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع في نصيب الشريك الذي رسا عليه المزاد بأثر كاشف، فيعتبر أنه تملكه منذ بدء الشيوخ، ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا المال تكون صدرت في أثناء الشيوخ، أما الثمن الذي بيع به المال فيكون له حكم معدل القسمة، أما إذا كان الراسي عليه المزاد أجنبي فيكون بيع بين الشركاء والمشتري ومنه يجوز لهذا الأخير أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي تترتب عليه من الشركاء أثناء الشيوخ²، فالتصرف إذا كان بين الشركاء يعتبر قسمة ولها أثر كاشف لحق المتقاسم خلافا إذا كان التصرف كان لأجنبي .

¹ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص228.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 961.

4. تصرفات تعادل القسمة يكون لها أثر كاشف

بيع الشريك حصته لشريك آخر يسري عليه الأثر الكاشف لأنه تصرف يعادل القسمة¹، ومثال ذلك أن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلى واحد منهم ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل منهم أو يشتري أحدهم حصص الباقيين الشائعة فتخلص له ملكية المال الشائع كله². أما في الهبة فلا ينطبق عليها الأثر الكاشف، كأن يقوم أحد الشركاء بوهب شريك آخر حصته، فالهبة لا تعتبر معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة³.

ثالثا : من حيث الأموال

ويتناول الأثر الكاشف للقسمة جميع الأموال الشائعة والتي كانت محل للقسمة، وأن تكون هذه الاموال سابقة للقسمة، وتم فرزها سواء عقارات أو منقولات وكذلك الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف.

وعلى ذلك إذا أثبت القسمة حقا لأحد الشركاء على شئ لم يكن داخلا من قبل في نطاق الشيوخ فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق، وبهذا يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف كل من معدل القسمة والحقوق الشخصية.

- معدلا لقسمة

كما أسلفنا سابقا في شأن أنواع القسمة القضائية وما جاء في نص المادة 725 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه." فالأثر الكاشف يطبق على الأموال الشائعة التي

1 - نفس المرجع، ص 961.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 181.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء

الثامن، المرجع السابق، ص 961

وردت القسمة عليها خلافا للمعدل الذي يستبعد تطبيق الأثر الكاشف عليه¹، فإذا كان محل القسمة هو دار وأرض شائعتين بين شريكين، فيأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لما نقص من نصيب الشريك الآخر، فالأثر الكاشف يسري على الأرض والدار فقط وذلك لأنهما سابقتا القسمة والشركاء يملكونها من وقت قيام الشيوخ، أما المعدل فهو بمثابة التزام نشأ في ذمة المدين به بموجب القسمة²، في هذه الحالة لا تكون كاشفة لملكية هذا المعدل بل تكون ناقلة لملكيته من مالكة إلى المتقاسم الآخر.

- الحقوق الشخصية

من الحقوق التي يستبعد تطبيق الأثر الكاشف عليها والتي تشمل الاموال الشائعة الصادرة من الميراث مثلا فهي لا تمر بمرحلة الشيوخ بل تنقسم بين الورثة بمجرد وفاة المورث لكل شريك بحسب حصته الشائعة فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف عليها³.

الفرع الثاني : الأثر الناقل للملكية

ويقصد بالأثر الناقل للملكية أن كل شريك على الشيوخ تنتقل له ملكية نصيبه بعد الفرز مباشرة من وقت القسمة، وهذا ما أخذ به فقهاء الرومان قديما بحيث إعتبروا القسمة ناقلة للملكية حيث أنها تتضمن عملية مقايضة، على أساس أن لكل شريك أثناء الشيوخ حصة في كل ذرة من ذرات الشيء المشاع، فإذا تمت القسمة أصبح كل منهم مالك لجزء مفرز ملكية تامة⁴.

إلا أن الفقهاء المسلمون قد ميزوا بين القسمة الرضائية والقضائية حيث اعتبر القسمة الرضائية ناقلة للملكية وطبقوا عليها أحكام البيع، لذلك لا يمكن اللجوء إليها حسب رأيهم إلا

¹ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 351.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 962.

³ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 351.

⁴ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 146.

إذا انعقد اتفاق جميع الشركاء لأنه لا يجبر أحد على بيع ما يملك، أما القسمة القضائية اعتبروها كاشفة للحق لذلك يمكن إرغام الشركاء على إجرائها حتي وإن عارضهم أحدهم¹. فإذا كانت الملكية الشائعة مثلا بين شريكين على الشيوع يملك أحدهما الثلث والآخر الثلثين فالقسمة تقتضي أن يختص مالك الثلث بجزء مفرز يوازي سهمه في الشيوع ويتنازل على حقه في الثلثين المتبقين، مقابل حصول صاحب الثلثين على ثلثين من المال مفرزا ويتنازل هو كذلك على حقه في الثلث²، اساس الفكرة هنا هي بمثابة عملية مقايضة بين الشركاء المشاعين وأن المقايضة تمت في شأن الحصص الشائعة، حيث تنازل كل شريك للآخرين عن حصته في نصابهم في مقابل تنازلهم عن حصصهم الشائعة فيما يخص نصيب هذا الشريك .

ولهذا الأثر نتائج غير سارة للشركاء حتى ولو كانت نتائج منطقية لوظيفة القسمة، ويثبت ذلك في حالة ما إذا كان المال الشائع محملا برهن أو أي حق عيني آخر وقت حالة الشيوع الذي قد ينشأه أحد الشركاء على حصته الشائعة، فإن الرهن أو أي حق عيني يبقي قائما على الحصة المرهونة رغم وقوع القسمة حتي لو قسم هذا العقار بين الشركاء أو اختص به شريك غير الراهن، إذ يؤول إليه العقار محملا بالرهن بقدر الحصة التي كانت لشريك الراهن فيه³، هذا ما أكدته المادة 980 من قانون مدني جزائري بقولها "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة

¹ - ادريس الفاخوري، الحقوق العينية وفقا للقانون رقم 39/08، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، الطبعة 12، 2013، ص 148.

² - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 343.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 173-174.

له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.¹

ومن خصائص الرهن هو أنه غير قابل للتجزئة ومعنى ذلك مادام الدين لم يسدد كله فيبقى الرهن على كل الأشياء المقررة عليها¹ وبهذا يكون لشريك التي آلت له الحصة المفزرة من القسمة إذا أراد تطهير حصته المفزرة المثقلة بالرهن أن يقوم بسداد الدين.

كما ترتب على هذا التصور أثر آخر من الناحية الضريبية، حيث أصبح كل متقاسم ملزما بأن يدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية².

فهذا الاتجاه فيه ضرر للشريك الذي قد توّول إليه حصة مفزرة مثقلة بحق عيني ليس مقرر عليه شخصيا وإنما شريك آخر هو من تصرف في جزء من المال المشاع قبل القسمة، وما يزيد العبئ أكثر على الشريك التي آلت له الحصة المفزرة أن عليه سداد الدين كله وهو في الأصل ليس مدين بشيء وذلك إذا أراد تطهير حصته من كل حق عيني وارد عليها.

بالنظر لنتائج هذا الاتجاه المجحفة في حق مبدأ المساواة الذي يعد الركيزة الأساسية للقسمة، فقد تبنى الفقه رأي آخر وهو أن القسمة ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها³.

الفرع الثالث : الأثر المزدوج للقسمة (كاشف وناقل)

لكثرة الآراء المتضاربة حول تكييف طبيعة الأثر الذي توّول إليه القسمة من أن لها أثر كاشف لحق كان قبل القسمة ووقت قيام الشروع، ورأي آخر يقول بأن للقسمة أثر ناقل للحق من وقت إجراء القسمة وفرز أنصبة الشركاء كل حسب حصته، فقد ظهر اتجاه آخرى يقول بأن للقسمة أثر مزدوج أي يجمع كل من الأثر الكاشف والأثر الناقل معا.

¹ - محمد كامل مرسي بك، المزجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1939 ص 93 .

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 174.

³ - حمد خالدي، المرجع السابق، ص 148.

مثال ذلك أن أرضا يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملك للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما، فإذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما، فإذا قسمنا الأرض بينهما وأفرزنا نصيبهما في الأرض فإن النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر، فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز من ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب وأثر ناقل في النصف الآخر¹.

الفرع الرابع : الأثر الرجعي للقسمة

يقصد بالأثر الرجعي للقسمة أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة، بمعنى أن كل متقاسم يعتبر أنه كان مالكا ملكية مفرزة منذ بدأ الشيوع للجزء الذي آل إليه بمتقاصي القسمة، فواقعة الإفراز التي لم تتحقق إلا عند القسمة تستند بمقتضى هذا الأثر الرجعي إلي وقت بدأ الشيوع².
وفكرة الأثر الرجعي على هذا النحو تعتبر مجاز أو افتراض مخالف للحقيقة إذ أن المال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوك على الشيوع قبل القسمة لسائر الشركاء، ولم يفرز ويخصص للمتقاسم إلا بعد القسمة، وبالاستناد إلى هذا الأثر يكون مصير التصرفات التي وردت على المال الشائع من قبل الشركاء قبل القسمة كأنها لم تكن في الجزء الذي اختص به الشريك المتقاسم حيث أنه يملكه ملكية تامة منذ بدأ الشيوع بأثر رجعي، وذلك حماية لشريك المتقاسم من تصرفات شركائه الصحيحة قبل القسمة³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 948-949.

² - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 237.

³ - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 172.

والقول بأن للقسمة أثر رجعي يقتضي بأن يكون لها أيضا أثر كاشف، والذي يقصد به أن القسمة لا تنقل على المتقاسم حق جديدا، وإنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشروع وذلك بالإفراز.

إن الأثر الأمتل للقسمة هو الأثر الكاشف لها وذلك لأن القسمة بطبيعتها تكشف عن حق كان موجودا مسبقا، بالإضافة إلى كل من الأثر الناقل أو الرأي الذي جمع بين الأثرين الكاشف والناقل للملكية نجدهم يخيلون بمبدأ المساواة بين الشركاء والذي تبنى عليه القسمة، فطبيعة القسمة تميل إلى كشف الحق وليس نقله، أما بالنسبة للأثر الرجعي فكما سبق وقلنا بأنه يجمع الأثر الكاشف فيه ضمنا، لأن كل حق ملكية مشاعة يكون لكل شريك منه الحق في ملكية المال الشائع وأن القسمة هي تكشف عن حق كل شريك منه.

المطلب الثاني : نتائج الأثر الكاشف للقسمة وموقف المشرع الجزائري

بما أننا قلنا بأن الأثر الأبرز للقسمة هو الأثر الكاشف لحق كل شريك في الشروع، وأنه يملك حقه من يوم بدأ الشروع، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن ماهية النتائج المترتبة عنه (الفرع الأول)، وما هو موقف المشرع الجزائري من طبيعة القسمة؟ فهل إعتبرها كاشفة أم ناقلة أم عمل بالأثر الرجعي للقسمة(الفرع الثاني).

الفرع الأول : النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف

سنتناول في هذا الفرع إلى نتائج الأثر الكاشف للقسمة في العناصر التالية.

أولا : مصير التصرفات التي إنفرد الشركاء بإبرامها أثناء الشروع

إن مصير التصرفات التي قام بها أحد المتقاسمين أثناء الشروع غير نافذة في حق الشريك المتقاسم الذي وقع في نصيبه هذا الجزء وذلك استنادا إلى أن القسمة كاشفة للحق ولا تعد سند تمليك، وأن القسمة ما هي إلا كاشفة عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، وكما سبق وذكرنا بأن هذه النتيجة هي الأساسية والأولى التي يراد الوصول لها من اعتبار أن

للقسمة أثر كاشف، فإذا أبرم أحد الشركاء رهنا أثناء الشروع فلا ينفذ هذا الرهن في حق الشريك المتقاسم الذي آل إليه الجزء المحمل بالرهن وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو جزء منه¹.

ثانيا : عدم صلاحية القسمة كسبب صحيح للتملك بالتقادم القصير

بما أن القسمة كاشفة للحق فإن الشريك المتقاسم لا يعتبر مالك للحصة المفردة بموجب القسمة فهو مالك لها منذ بدأ الشروع، فإنها لا تصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير ذلك أن السبب الصحيح تصرف من شأنه نقل الملكية أو أي حق عيني إلى الحائز، فإذا افترضنا مثلا أن يكون محل القسمة عقارا قد ورثه المشتاعون في تركة مورثهم، وأن هذا الأخير لم يملك هذا العقار بل كان مغتصبا له أو واضعا يده عليه دون سند تملك، فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار إذا استمر حائزا له خمس سنوات وهو حسن النية لا يستطيع تملكه بالتقادم القصير فهو لا يمكنه الاستناد إلى القسمة لأنها لا تعتبر سند صحيح لأنها كاشفة وليست ناقلة للملكية. ونفس الحكم ينطبق في حالة شراء العقار من غير شريك إلا أنه يمكن الاستناد هنا للبيع في تملك العقار لأنه سند صحيح عكس القسمة².

ثالثا : تسجيل القسمة

لقد أوجب شهر العقود الواردة على الملكية بموجب نص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 والتي جاء فيها "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."³ ومنه يتضح

¹ - عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق، ص 233.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 966.

³ - الأمر رقم 74/75، المرجع السابق، المادة 15.

أن انتقال الملكية العقارية لا يعتد به إلا إذا تم شهره، ومنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير.

أما التصرفات الكاشفة فلا يشترط تسجيلها إلا للاحتجاج بها على الغير¹ وذلك لأن الأثر الكاشف للقسمة يكشف عن حق موجود مسبقا فيعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه من يوم قيام الشيوخ، ويكفي التسجيل للحماية من التعرض الذي قد يصدر من الغير.

ومثال ذلك لو قام أحد المتقاسمين ببيع حصته الشائعة وقام المشتري بتسجيل البيع قبل القسمة فلا يحتج عليه بأنه وقت أن اشترى أو سجل كان المال قد اقتسم بل ويكون لهذا المشتري أن يطلب إعادة القسمة فهو قد أصبح بمقتضى عقده المسجل شريكا في المال الشائع وأما إذا وقع هذا التسجيل بعد تسجيل القسمة فلا يعتد بالبيع الصادر للمشتري².

رابعا : الغبن في القسمة

كما سبق وذكرنا في الفصل الأول بأن المشرع الجزائري قد أجاز نقض القسمة الاتفاقية إذا أصاب أحد الشركاء غبن يزيد عن الخمس لنص المادة 732 قانون مدني جزائري، وبتطبيق الأثر الكاشف للقسمة فأى شريك له الحق في طلب إبطال القسمة بما أنه يملك الجزء المفرز من وقت قيام الشيوخ .

ذلك عكس الغبن في البيع حيث يكون للمغبون حق طلب دعوى تكملة الثمن فقط، فإذا تجاوزت القيمة الخمس اعتبر هذا غبنا وبالتالي أجاز القانون للمتعاقد المغبون أن يطلب تكملة الثمن لرفع الغبن، ولم يجر له القانون هنا طلب إبطال العقد³.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 189.

² - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 166.

³ - الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للإلتزام، دار الخلدونية، الجزائر، ص 91.

خامسا : إمتياز المتقاسم

للمتقاسمين إمتياز لإيفاء جميع ما ينشأ عن القسمة من الديون، والغرض منه هو أن تسود المساواة بين المتقاسمين لضمان دفع الديون الناتجة عن القسمة أو بسببها ولسبب مزاحمة دائني الشركاء، وهذا الامتياز مبنى على نفس السبب الذي بنى عليه امتياز البائع، ويكون للمتقاسم الامتياز سواء أكانت القسمة قضائية أم ودية وسواء أثبتت بعقد رسمي أم بعقد عرفي وحتى لو كانت القسمة كلية أم جزئية، فحق الامتياز ممنوح لصالح المتقاسمين تأميناً لحقوقهم في رجوع بعضهم على بعض في القسمة سواء بالمطالبة بمعدل القسمة أو الثمن الراسي عليه المزداد أو ضمان الرجوع للحصول على تعويضات في حالة الاستحقاق بسبب حق مدعى بوجوده قبل القسمة¹، فقد قرر المشرع الجزائري في المواد² 998 و³ 1001 من القانون المدني حق امتياز للشركاء المتقاسمين سواء كان محل القسمة منقولا أو عقارا.

لقد خص المشرع امتياز المتقاسم بحكم خاص وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري بتاريخ قيده، فقد نصت المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري على "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال

¹ - محمد كامل مرسي بك، المرجع السابق، ص ص 326-327-328.

² - المادة 998 ق،م،ج: "لشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

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

³ - المادة 1001 ق،م،ج: "أن للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة."

تسعين يوما من الوقت الذي يخره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.¹

إن امتياز المتقاسم يسبق الرهن الذي انتقل بعد القسمة إلى الأعيان الأخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل، وبما أن الرهن يبقى ولا يزول حيث ينتقل إلى أعيان أخرى آلت إلى الشريك المرتهن غير التي كانت في الأصل مرهونة، وبالقدر الذي يعادل قيمة العقار، هذا في حالة ما إذا لم يقع الجزء المرهون من نصيب الشريك المرتهن، ورغم أن الرهن قد قيد بقيد جديد، إلا أنه لا يضر انتقال الرهن على الوجه المبين امتياز المتقاسمين، فالجملة الأخيرة من المادة 890 فصلت في الأمر.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

إنطلاقاً من أن الشريك المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه بسبب القسمة منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ طبقاً لما جاء في المادة 730 قانون مدني جزائري سابقة الذكر ويفهم منها بأن المشرع الجزائري قد تبني فكرة الأثر الرجعي للقسمة.

يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد استبعد الأثر الناقل للقسمة وعدم إمكانية أن تكون القسمة تنقل حق، وكذلك استبعد رأي الذي تبني الأثر المزدوج للقسمة .

ورغم أن المشرع الجزائري قد ساير المشرعين المصري والفرنسي والفقهاء التقليدي في الاعتراف بالأثر الرجعي إلا أنه أورد من جهة أخرى نصوص متعددة أبعد فيها هذا الأثر¹، ومنها ما جاء في نص المادة 714 في فقرتها الثانية بقولها " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."، ويلاحظ منها أن التصرف الصادر من مالك يبقى صحيحاً حتى

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 170.

ولو وقع الجزء المتصرف فيه من نصيب شريك آخر غير المتصرف، ولكنه يستبدل بهذا المحل الجزء الذي الوقع بالقسمة في نصيب المتصرف عن طريق فكرة الحلول العيني، ويؤكد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب التصرف إلا على أساس الغلط وهو ما يعني منعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف¹.

من النصوص أيضا ما ورد في أحكام رهن المال الشائع في المادة 890 من القانون المدني الجزائري بقولها "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.

فإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين."، فالمشرع قد أبقى الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع نافدا، أيا كانت نتيجة قسمته فيما بعد أو بيعه لعدم إمكانية قسمته ووقوع مزاده على أحد الشركاء، إذا وقع العقار المرهون في نصيب واحد من الشركاء بالقسمة أو برسو المزاد عليه، لكن مقتضى الأثر الرجعي للقسمة اعتبر باقي الشركاء رهنين ما لا يملكون، فلا يصح الرهن الصادر منهم في حدود حصصهم فيه، وبالتالي لا يسري في حق الشريك المقسوم له العقار أو الراسي عليه مزاده إلا بقدر حصته فيه².

¹ - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 174.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 171-172.

وبرجوع إلى احكام الغبن والضمان في القسمة فيما يتعلق بتقدير قيمة المال والذي يقدر بوقت القسمة طبقا لنص المادة 01/731 و 01/732 من القانون المدني الجزائري، بحيث لو كان للقسمة أثر رجعي لوجب أن يكون التقدير على أساس القيمة وقت بدأ الشروع¹. ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لا يفرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فالقسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب أن تقيد في مجموعة البطاقات العقارية لكي تنتج آثارها سواء فيما بين المتقاسمين أو الغير². نخلص من مقارنة وتحليل هذه النصوص المنكرة للأثر الرجعي للقسمة بنص المادة 730 من التقنين المدني المعبر في الظاهر عن الأخذ به، أن موقف المشرع الجزائري لا يخرج عن أحد الأمرين التاليين:

الأمر الأول: إما أن المشرع الجزائري أراد مسايرة الفقه التقليدي في مصر وفرنسا، فيم كان يأخذ به من ترادف بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمد إلى افتراض مخالف لواقع يجب معه تفسير نص المادة 730 من القانون المدني الجزائري المقرر للرجعية، تفسيراً ضيقاً، يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب، بحيث يجب عدم الاعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض، فإذا صدر قانون جديد أثناء الشروع يقرر قواعد جديدة للقسمة وجب تطبيقه، فلا يجوز التمسك بالأثر الرجعي للقول أن الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز منذ بدأ الشروع³.

الأمر الثاني: وإما أن إرادة المشرع الجزائري الحقيقية منصرفة كما يتضح من النصوص الأخرى، إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 من القانون المدني الجزائري إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريده من خلوص النصيب

¹ - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 176.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 165.

³ - المرجع نفسه، ص 174.

المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوخ، أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدأ الشيوخ مملوكا ملكية خالصة استثنائيا لهذا المتقاسم وحده¹.

فعلى هذا الأساس فإن الرأي الثاني هو الرأي الأكثر وضوح فمن جهة فهو خالي من الافتراض والاصطناع وأنه متفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها ومن جهة أخرى فإنه يتفق مع العديد من النصوص القانونية الأخرى والتي نفي فيها المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة، ومنه فالقسمة ليس لها أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهته بتصرفات بقية الشركاء على الشيوخ في هذا النصيب خلال فترة الشيوخ².

إن موقف المشرع الجزائري الغير واضح في نص المادة 730 قانون مدني يدعو إلى ضرورة وضع قاعدة قانونية قاطعة وحسم الخلافات الفقهية في التطبيق وفي مجال القضاء، وعلى المشرع أن يبرز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء³.

المبحث الثاني : حق ضمان التعرض والاستحقاق

إن ضمان التعرض والاستحقاق يعد أثر من آثار القسمة الهامة حيث قد أعطى المشرع الجزائري حق الضمان لشريك المتعرض له في الجزء الذي آل له من القسمة وذلك في ما تنص عليه المادة 731 من القانون المدني الجزائري على " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

¹ - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 176-177.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 174.

³ - المرجع نفسه، ص 175.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه.¹

ويتبين من النص أعلاه أن المتقاسمين ملتزمين بضمان التعرض والاستحقاق الذي قد يتعرض له أحدهم لسبب سابق على القسمة.

والضمان في القسمة هو خروج على القاعدة العامة فالأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يكون في التصرفات الناقلة للحق كالبيع مثلا والقسمة هي تصرف كاشف للحق ولا تنقل الملكية بل تكشف حقوق الشركاء في المال الشائع، ولحماية أكثر لشركاء مما قد يتعرض لهم في حصصهم المفترزة وتكريس لمبدأ المساواة بينهم قرر ضمان التعرض والاستحقاق كالالتزام يقع على كل شريك¹.

فسننظر في هذا المبحث إلى مفهوم ضمان التعرض والاستحقاق وشروط قيام الضمان (المطلب الأول)، ونتناول الآثار المترتبة عن ضمان التعرض والاستحقاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم وشروط ضمان التعرض والاستحقاق

يتبين من المادة المذكورة أعلاه بأن الشركاء ملتزمين لبعضهم البعض بضمان التعرض والاستحقاق في المال المفترز الذي وقع في نصيبهم نتيجة القسمة، وهذا لضمان مساواة أكبر للشركاء، فسننظر في هذا المطلب تعريف ضمان التعرض والاستحقاق (الفرع الأول)، ونوضح الشروط الخاصة بالضمان (الفرع الثاني) .

¹ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 358.

الفرع الأول : تعريف ضمان التعرض والاستحقاق

أولا : تعريف ضمان التعرض

يقصد بضمان التعرض ضمان الشريك إدعاء الغير ملكية المال الذي آل للمتقاسم نتيجة القسمة¹ بحيث يمكن أن يدعى أجنبي ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها أو ادعى حق عينيا آخر عليها²، التعرض المقصود هنا هو التعرض القانوني دون التعرض المادي³.

ثانيا : تعريف ضمان الاستحقاق

يقصد به أن الشركاء ضامنين لبعضهم البعض كل إدعاء قانوني من طرف الغير بدعوى الاستحقاق للمطالبة بملكية جزء مفرز آل إلى المتقاسم، وتتم دعوى الاستحقاق بحكم لهذا الأجنبي بما يدعيه⁴، ويتم نزع الملكية من يد الشريك المتقاسم إلى الأجنبي صاحب التعرض، فما على الشريك المتقاسم أن يرجع على المتقاسمين للمطالبة بالتعويض في حالة نجاح المتعرض بأخذ العين المفرزة من الشريك المتقاسم. والضمان يشمل كل من ضمان التعرض والاستحقاق معا فهما صورة واحدة من الضمان، حيث يلتزم الضامن بضمان التعرض وأخذ كل ما يلزم لدفع التعرض الصادر من الغير والمتمثل في إدعاء هذا الأخير بملكية المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، وفي حالة فشل الشريك الضامن ما عليه إلا بالتعويض عن هذا الاستحقاق⁵.

1 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 180.

2 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 204.

3 - إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 151.

4 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 204.

5 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 161.

فالضمان هنا ضمان الصادر من الغير على جزء مفرز من المال الشائع، وإذا انفرد فريق من الشركاء بقسمة المال الشائع كله بينهم وأغفلوا نصيب شريك آخر أو أكثر فهنا القسمة تكون باطلة بطلانا مطلق ولا ضمان يلتزم به الشركاء فيما بينهم¹.
 إن نص المادة 731 من القانون المدني المنصوص في طياته أحكام الضمان في القسمة إلا أنها لم تتناول كل أحكام الضمان، ومن جهة أخرى أنها لا تخرج عن مبادئ الضمان الوارد في عقد البيع، فنص المادة 731 من نفس القانون تكمل أحكام المادة 371 و372 و373 وما يليها من القانون المدني الخاصة بأحكام الضمان في البيع، فنرجع إليها مالم تكن تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة للحق أو لا تتعارض معا مبدأ المساواة بين المتقاسمين².

الفرع الثاني : شروط الضمان

بالرجوع إلى نص المادة 731 قانون مدني جزائري نجدها تنص على جملة من الشروط لابد من توافرها لقيام الضمان والتمثلة في:

أولا : وجوب وقوع تعرض أو إستحقاق

لقيام الضمان يجب أن يقع تعرض أو استحقاق من قبل الغير على ملكية جزء مفرز الذي آل إلى أحد المتقاسمين بسبب القسمة .
 وأن يقع التعرض فعلا فلا ضمان إذا كان التعرض مجرد احتمال أن يقع أو تهديد لم يحصل³.

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 205.

2 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 180.

3 - انور العمروسي، دعاوى الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 11.

وعلى ضوء ذلك نجد أن ضمان المتقاسم يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق فلا ضمان للعيوب الخفية عكس الحال في البيع وذلك بالرجوع إلى أن وجود عيب خفي معناه أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد انطوى على غبن لحقه فيكون له أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا كان هذا الغبن يزيد عن الخمس¹.

بالإضافة إلى أن التعرض يجب أن يصدر من أجنبي، فإذا حدث وأن كان التعرض صادر من شريك فإنه يجب العمل بالقواعد العامة في عقد البيع ومنه يجب على المتقاسم أن يمتنع عن التعرض المادي لمتقاسم آخر².

مثال على التعرض المادي إذا باع شخص متجراً لآخر ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عملائه الأسبقين ويجذبهم إليه بحكم العادة³، وبالقياس على نفس المثال فإنه يجب على أحد الشركاء إذا وقع في نصيب أحد المتقاسمين من المال الشائع متجراً مفرزاً لم يجز للمتقاسم الآخر أن يتعرض مادياً للمتقاسم الذي وقع المتجر في نصيبه فيقيم متجراً آخر ينافس ويعمل على جلب عملاء المتجر الأول⁴.

أما تعرض المتقاسم المبنى على سبب قانوني فيقع إذا ادعى أحد المتقاسمين حقا على الجزء الذي آل إلى متقاسم آخر، وذلك بأن يدعي أن الجزء المفرز الذي آل إلى أحد المتقاسمين ليس جزء شائع وأنه ملك خاص لأحد الشركاء، كان للمتقاسم المالك لهذا الجزء استرداده ولا يمنعه من ذلك الالتزام بضمان لأن القسمة كاشفة عن الحق وليست ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ويجوز إبطال القسمة للغلط، أو للغبن إذا توافرت شروطه⁵.

1 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 195.

2 - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 261.

3 - انور العمروسي، المرجع السابق، ص 12.

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 973.

5 - نفس المرجع، ص ص 973-974.

والتعرض الذي يقع من الغير يوجب ضمان الاستحقاق هو المبني على سبب قانوني دون التعرض المادي، مثل أن يدعى شخص استحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين أو ادعى عليها حقا عينيا أو حق شخصي كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل¹.

ثانيا : وقوع تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة

ويشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجع لسبب سابق على القسمة، أي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، فلا ضمان إن كان الحق الذي يدعيه الغير لاحق على القسمة²، مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد تمام القسمة³.

وتطبيقا لذلك أيضا إذا كسب الغير بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم وكان هذا التقادم لم تكتمل مدته إلا بعد القسمة فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان لأن سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائما وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة⁴، أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة وصارت العين مملوكة له قبل القسمة فإن الضمان يقوم في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق هو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة⁵.

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207.

2 - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 187.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 975.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 196-197.

5 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ص 975-976.

ثالثا : عدم وجود إتفاق صريح وخاص على الإعفاء من الضمان

فلا ضمان إن وجد أي اتفاق يعفي الشركاء من منه وإلا يؤدي ذلك إلى سقوط حق المتقاسم في عدم المتمسك بضمن التعرض والاستحقاق، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة " غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها".

ورجوعا إلى قواعد الضمان في عقد البيع أجاز المشرع للأطراف التدخل لزيادتها أو إنقاصها أو إسقاطها لأنها لا تعد من النظام العام¹، وهذا ما يتضح من نص المادة 377 قانون مدني جزائري "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه.

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."، ويفهم من الفقرة الأخيرة من المادة أعلاها، الاتفاق يمكن أن لا يعتد به في حالة إخفاء الشركاء حق كان على الجزء المفرز كحق الارتفاق مثلا، ذلك أنهم ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسؤوليتهم عنه، فيجب أن يكون المتقاسم عالما بحق الغير الوارد على الجزء المفرز الذي آل إليه²، ولا يكفي لذلك أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان³، ويستوي أن يأتي هذا الاتفاق في صلب عقد القسمة أو في ورقة أخرى مستقلة عنه⁴.

وفيما يتعلق بإسقاط الضمان ففي عقد البيع يجوز للبائع إعفاء نفسه من الضمان وبصح أن يكون الشرط صريحا أو ضمنيا غير أن المشرع قد شدد الإعفاء من الضمان في

¹ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص363.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 978 .

³ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 243.

⁴ - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري المرجع السابق، ص ص 188-189.

القسمة، ومنه يجب أن يكون شرط الإعفاء صريحا فلا يكفي الشرط الضمني ويجب أيضا ذكر في الشرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه¹.

رابعاً : عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه

لتحقق الضمان يشترط ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ومثال ذلك أن يدعي الغير حقا سابقا على القسمة فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه². في حالة ما إذا رفع الغير دعوى استحقاق وتولى الشريك المتقاسم وحده الدفاع دون إدخال كافة الشركاء وبإهماله خسر القضية في حين كان من شأن تدخل الشركاء الآخرين أن يثبتوا أحقيته في ملكية الجزء المفرز الذي آل إليه أو كان تدخلهم يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق من الغير³.

وقد قيس هذا الفرض بما جاء في أحكام الضمان والاستحقاق في البيع بنص المادة 2/372 قانون مدني جزائري "فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق من الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق"⁴.

وعليه يسقط حق المتقاسم في دعوى الضمان لأي سبب كان له دخل فيه، وحتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم، بأن كان حائز للعين وتملكها بالتقادم، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع إطاعة لوجي ضميره، فقد كان عليه أن يدخل المقاسمين

1 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 209.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 197.

3 - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 362.

4 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 210.

الآخرين في الدعوى وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم فلا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع، ويسقط حق الشريك المتقاسم في حق الضمان¹.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن تحقيق الضمان

إن التزام الضمان هدفه حماية الشركاء من تصرفات بعضهم البعض على المال الشائع قبل القسمة، حيث يجوز لكل شريك على الشروع التصرف في ملكه ملكية تامة، كأن قد لا يقع الجزء المتصرف فيه بعد القسمة من نصيب الشريك المتصرف، ففي هذه الحالة يمكن أن يقع عرض أو استحقاق على الشريك المتقاسم، فإذا وقع تعرض أو استحقاق لهذا الأخير وجب عليه إخطار باقي الشركاء، ويجب أن يدخلهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض ليقوموا بواجبهم في الدفاع عنه²، وإذا ثبت حق الغير على الحصة المفرزة، وجب على الشركاء المتقاسمين تعويض الشريك المتقاسم عما لحقه من تعرض واستحقاق في حصته المفرزة³.

فنقوم بتبيين الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان (الفرع الأول)، ونتطرق إلى صور الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

1. إذا أخطر المتقاسم الشركاء المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض .

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 988.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 164.

³ - سفيان فلاح، المرجع السابق ص 364.

2. إذا أخطر المتقاسم الشركاء المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى وحكم للمتعرض ولم يستطيع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم.
3. إذا أخطر المتقاسم الشركاء المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .
4. إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.
5. إذا أقر المتقاسم بحق المتعرض وسلمه حقه دون رفع دعوى، ولم يثبت المتقاسمون حق المتعرض في الحصة المفردة¹ .

الفرع الثاني : صور الضمان في القسمة

فإذا حكم للغير بالاستحقاق إلترم المتقاسمون الآخرون كل بنسبة حصته، بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين بنسبة حصة كل واحد منهم ويتحمل مستحق الضمان نفسه جزء من هذا التعويض إذ أن نصيب كل واحد من الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق²، فإذا وجب للمتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال سابقة الذكر فتكون صور الضمان متمثلة في (أولاً) إما أن يكون

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص981.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص211.

الاستحقاق استحقاقا كلياً، (ثانياً) وإما أن يكون استحقاقاً جزئياً (ثالثاً) وإما أن يكون المتقاسم الدائن قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق¹.

أولاً : الاستحقاق الكلي

يجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا تعويضاً كاملاً للمتقاسم الدائن بالضمان²، ويتم ذلك إذا استحق الغير الحصة المفزة كلياً، ففي هذه الحالة لا تفسخ القسمة كما رأينا في أحكام الغبن ولا تكون قابلة للإبطال كما لو تعلق الأمر بعيوب الإرادة، ويشمل التعويض قيمة العين وملحقاتها³.

وطبقاً لمبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين إذا استحق الغير كل الحصة الشائعة وقدر ثمنها مثلاً ب3000000 دج وكان الشركاء خمسة متساوين في الحصص، رجع الشريك المتقاسم على سائر الشركاء يقدر حصصهم ويتحمل نصيبه في هذه الحصة المفزة المقدرة ب600000 دج، ويعود على الشركاء بنفس القدر لأنهم متساوون في الحصص وتقدر في مجموعها 2400000 دج، فإذا كان من بين المتقاسمين الأربعة الباقيين معسر إيساراً كلياً تحمل الشريك المتقاسم مع الشركاء الثلاثة القدر الذي يلتزم به المتقاسم المعسر المقدر ب600000 دج هذه القيمة يتحملها الشركاء الأربعة بما فيهم الشريك المتقاسم، فيتحمل المتقاسم الذي وقع له استحقاق في حصته بقدر 150000 دج ويتحمل الشركاء الثلاثة نفس القيمة والتي تقدر في مجموعها بينهم ب450000 دج⁴.

أما بالنسبة لملاحقات العين فهي أيضاً تدخل ضمن التعويض، وهي الفوائد لهذه القيمة وقت القسمة وقيمة الثمار التي ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض والمصرفات

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص981.

² - عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 192.

³ - سفيان فلاح، المرجع السابق، ص 366.

⁴ - نفس المرجع، ص 367.

النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سيئ النية، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتيقه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى¹.

إن تعويض المتقاسم ليس مثل تعويض المشتري في البيع، فالقسمة تختلف عن البيع في أن المشتري يتقاضى من البائع، إلى جانب ما لحقه من خسارة، مقدار ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع، وهذا ما ورد في الفقرة السادسة من المادة 375 قانون مدني جزائري والتي تنص على " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد.

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع،
- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية،

- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتيقه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة ،

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

أما في القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى ما لحقه من خسارة دون ما فاته من كسب، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع، والمتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات نصيبه فيها، ويرجع بالباقي على المتقاسمين الآخرين، ويقصد بالملحقات هي الفوائد القانونية وقيمة الثمار التي ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص982.

والمصروفات الكمالية وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق المنصوص عليها في المادة 375 أعلاه¹.

ثانيا : الاستحقاق الجزئي

إن القسمة ليست بضرورة ولا شرط ورودها على كل المال الشائع، فقد يتفق الشركاء على قسمة جزء فقط من المال المشاع سواء قسمة ودية أو قسمة قضائية مع بقاء الجزء الآخر مشاع دون قسمة، وكذلك دعوى الاستحقاق فقد ترد إلا على جزء فقط من الحصص المفروزة، ويتحقق الاستحقاق الجزئي في حالة ما إذا استحق الغير جزء فقط من ملكية الحصة المفروزة التي آلت إلى الشريك المتقاسم، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضا بقدر الضرر الذي لحق به.

فالقسمة تختلف عن البيع في هذه الحالة بحيث يمكن للمشتري أن يخير بين رد الشيء المبيع أو أن يستبقه عنده وهذا ما جاء في المادة 376 من القانون المدني الجزائري "في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع وفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لميكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع."

أما في القسمة فهناك صعوبة لمثل هذا الخيار، فالمتقاسمون لم ينقلوا للشريك المتقاسم ملكية حتى يضمنوها مثل ضمان البائع للمشتري، ويعد رد الباقي من الجزء المفروز معناه

¹ - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 982.

فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة، ولهذا فإن الاستحقاق الجزئي في القسمة يقتصر على التعويض فقط¹.

ثالثا : دفع المتقاسم الدائن للمتعرض شيئا في مقابل حقه صلحا أو إقرارا بهذا الحق

يرى البعض² بجواز تطبيق أحكام الضمان والاستحقاق الخاصة بعقد البيع وتطبيقها على القسمة قياسا بما جاء فيها . حيث نصت المادة 374 قانون مدني جزائري "عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام."، ومنه يمكن للشريك المتقاسم أن يقوم بدفع مبلغ من النقود أو أداء شيء آخر للمتعرض له من أجل أن يستحق الحصة المفترزة كاملة أو جزء منها ويكون الشركاء ملزمين بتعويض الشريك المتقاسم كل ما أداه للمتعرض في مقابل استحقاق العين كليا أو جزئيا .

وانطلاقا من مبدأ المساواة أيضا فإن العبرة في تقدير قيمة الشيء تكون بقيمته وقت القسمة لا وقت الاستحقاق وتقدر قيمة التعويض على هذا الأساس³، كما يشمل التعويض عن الاستحقاق قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم بردها للمستحق والمصروفات التي أنفقها على الشيء إذا لم يكن المستحق ملزما بها ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وذلك قياسا على ضمان في البيع، ويكون حق المتقاسم مستحق الضمان في الرجوع على الآخرين مضمونا بامتياز المتقاسم⁴ .

في ما يخص التقادم حق رفع دعوى الضمان والاستحقاق، حيث لم ينص القانون المدني الجزائري على مدة خاصة لتقادم هذا الحق، وبناء عليه فإنه يطبق بشأنه القواعد

1 - نفس المرجع، ص 983.

2 - نفس المرجع، ص 974.

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 164.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 198.

العامة، وهي تقضي بتقادمه بمضي خمسة عشرة سنة طبقا للمادة 308 من التقنين المدني الجزائري، التي تنص على أن: "يتقادم الالتزام بمضي خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون".

أما من حيث الوقت الذي يبدأ فيه سريان هذه المدة، فهو محل خلاف بين الفقهاء، فذهب جانب كبير من الفقه، إلى أن سريان مدة تقادم الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إنما يبدأ من وقت الاستحقاق، باعتبار أن هذا الوقت هو الذي يصبح فيه ضمان الاستحقاق مستحق الأداء، بينما ذهب البعض الآخر، إلى أن سريان مدة التقادم يبدأ من وقت القسمة، إلا أن الرأي الراجح هو الأول، أي يبدأ سريانها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، لأنه الوقت الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء طبقا للمادة 01/315 من القانون المدني التي تنص على "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء"¹.

¹ - عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص194.

الخاتمة

الخاتمة

الخاتمة

بعد التعرض بالدراسة لموضوع قسمة المال الشائع وذلك وفق فصلين الفصل الأول مضمونه القسمة كأداة لإنهاء الشيوخ، والفصل الثاني الآثار المترتبة عن القسمة، يتضح لنا وبجلاء الأهمية التي تحظى بها القسمة كسبب يلجئ له الشركاء المشتاعون لفرز أنصبتهم المعنوية إلى أجزاء مادية وخروج كل منهم بحصته ملكية تامة بدون مزاحمة أحد فيها، كما تبين لنا المكانة التي تحظى بها القسمة، ذلك أنها أنجع وسيلة لإنهاء حالة الشيوخ فقد ساهمت في تجنب المشاكل والخلافات العالقة بين الملاك على الشيوخ، ومنه نستخلص جملة من النتائج، مع أهم الاقتراحات الممكن تقديمها.

أهم النتائج المتوصل لها:

1. طلب قسمة المال حق قانوني مقرر لصالح كل شريك في الشيوخ بنص المادة 722 ق،م،ج إلا في حالة وجود اتفاق بين الشركاء أو نص قانوني يلزمهم بالبقاء في الشيوخ.
2. قسمة المال الشائع تنقسم إلى قسمة مؤقتة والتي ترد على الانتفاع بالمال المشاع لمدة معينة مع بقاء الشيوخ قائما، والقسمة نهائية ترد على الملكية وهي النوع الذي يقضي على الشيوخ، كما تنقسم هذه الأخيرة إلى نوعين، قسمة قضائية يلتجئ إليها الشركاء في حالة عدم اتفاقهم على القسمة بالتراضي، وقسمة ودية تتم دون اللجوء إلى القضاء الشركاء.
3. المشرع الجزائري يقرر حماية أكبر لناقص الأهلية حال كونه شريكا على الشيوخ وذلك بإلزام الشركاء بمرعاه الأحكام الخاصة المتعلقة بناقص الأهلية المنصوص عليها ضمن قانون الأسرة الجزائري، وهو الامر الذي يحسب لصالح المشرع.

الخاتمة

4. وجوب تسجيل القسمة الاتفاقية في محضر ليكون حجة لصالح الشركاء على بعضهم.
5. الأصل أن يقسم المال قسمة عينية عن طريق القرعة، وإذا تعذر قسمة المال الشائع في حالة ما إذا رأى الخبير بأن المال غير صالح للقسمة أو من شأن القسمة العينية أن تنقص من قيمته ويستحيل بعدها الانتفاع به، بيع هذا المال في المزاد العلني، وفق للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
6. تكون القسمة لازمة لا يجوز لأحد من المتقاسمين الرجوع فيها بعد تمامها إذا لم يحدث ما يستوجب نقضها.
7. تنتهي القسمة بفرز أنصبة الشركاء وبيان الجزء الذي آل إلى كل شريك والذي يعادل نصيبه.
8. الأثر الأمثل لتكليف القسمة هو الأثر الكاشف.
9. يكون المتقاسمون ملتزمين بضمان ما قد يترتب على القسمة من تعرض أو استحقاق لسبب سابق عن القسمة.

أهم التوصيات التي يمكن استخلاصها من هذا البحث:

1. ننبه السادة القضاة وأثناء تعيينهم خبيراً في القسمة إلى حصر وتحديد مهامه إذ كثرة النزاعات المطروحة على المحاكم جعل معظمها تتخلى عن صلاحياتها له، فأصبح هو القاضي في نظر المتخاصمين.
2. ننوه على المشرع الجزائري إعادة تعديل نص المادة 734 من القانون المدني حيث أنه لم يوفق في صياغتها فقد أخطأ في لفظ (يتناولوا) والصحيح هو (يتناولوا) أي بطريقة المناوبة والتبادل.

الخاتمة

3. إن موقف المشرع الجزائري الغير واضح في نص المادة 730 قانون مدني يدعو إلى ضرورة وضع قاعدة قانونية قاطعة وحسم الخلافات الفقهية في التطبيق وفي مجال القضاء.

4. نلتمس من المشرع أن يبرز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

- الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموثق 12 نوفمبر سنة 1975 المتعلق بأعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 92 مؤرخة في 18/11/1975.
- الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25/09/1995، يعدل ويتم القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 55، القانون رقم 02/06، المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 08/03/2006.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 52 صادرة بتاريخ 02/12/1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 51، صادرة في 15/08/2004.
- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

ثانياً: الكتب

- احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- احمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، مطبعة الأميرية، مصر، 1913

قائمة المراجع

- ادريس الفاخوري، الحقوق العينية وفقا للقانون رقم 39/08، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، الطبعة 12، 2013.
- انور العمروسي، دعاوى الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2003.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الثانية، الجزء الأول
- حسين فريجة، المبادئ الاساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، الطبعة الثانية.
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر 2002.
- حمدي محمد اسماعيل سلطح، احكام قسمة المهايأة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009.
- الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر.
- رضى عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، الكتاب الأول، بيروت، 2012.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، الطبعة الأولى.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثامن.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، جزء 1.
- عبد المنعم فرج صده، الحقوق العينة الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية بيروت، لبنان.

قائمة المراجع

- عبد الوهاب عرفة، قسمة وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) في ضوء أحكام النقص القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، الطبعة الخامسة.
- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، طبعة الأولى.
- عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية الطبعة الثانية عشر 2010، دار هوما للنشر والتوزيع، الجزائر.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة.
- محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية وحقوق المتفرعة عنها -أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام (العقد-الإرادة المنفردة) دار الهدى، الجزائر 2012.
- محمد كامل مرسي بك، الموجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1939.
- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، الناشر منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2001.
- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

قائمة المراجع

- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها-إثباتها-حمايتها-إدارتها-قسمتها، دار هومة، الجزائر، 2015.

ثالثا: المقالات

- صالح ناصر العتيبي، إشكالات الإنتفاع في نظام شقق التمليك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 3.
- عبد المجيد رحابي، ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2018.
- عبد الهادي درار، قسمة المهايأة كألية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الثالث، 2017.
- محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، العدد السادس، 2018.
- مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، عدد 45، 2016.
- نسيمة درار، قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر العدد الثالث، سبتمبر 2014.

رابعا: الأطروحات والمذكرات

- سفيان فلاح، قسمة المال المشاع دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر 2019.

قائمة المراجع

- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2009.
- حكيمة حماني وتيزيري تيقرين، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر 2013.
- عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2006.

خامسا:المجلات القضائية

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد الأول، 1991
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1991
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1997
- المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الثاني، 2008
- المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد الثاني، 1998

الفهرس

أمقدمة

الفصل الأول : تأصيل موضوع قسمة المال الشائع..... - 5 -

المبحث الأول : ماهية قسمة المال الشائع..... - 5 -

المطلب الأول : مفهوم قسمة المال الشائع..... - 5 -

الفرع الأول : تعريف القسمة..... - 6 -

الفرع الثاني : أنواع قسمة المال الشائع..... - 7 -

المطلب الثاني : القيود الواردة على قسمة المال الشائع..... - 15 -

الفرع الأول : القيد الاتفاقي..... - 15 -

الفرع الثاني : القيد القانوني..... - 19 -

المبحث الثاني : إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع..... - 22 -

المطلب الأول : إجراءات القسمة الاتفاقية..... - 22 -

الفرع الأول : شروط القسمة الاتفاقية..... - 23 -

الفرع الثاني : الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن..... - 32 -

المطلب الثاني : إجراءات القسمة القضائية..... - 36 -

الفرع الأول : دعوى القسمة..... - 36 -

الفرع الثاني : طرق إجراء القسمة النهائية..... - 41 -

الفصل الثاني : الآثار المترتبة عن قسمة المال الشائع..... - 48 -

المبحث الأول : فرز أنصبة الشركاء..... - 48 -

المطلب الأول : تكييف أثر الفرز المترتب عن القسمة..... - 49 -

- 49 -الفرع الأول : الأثر الكاشف للقسمة.
- 55 -الفرع الثاني : الأثر الناقل للملكية.
- 57 -الفرع الثالث : الأثر المزدوج للقسمة (كاشف وناقل).
- 58 -الفرع الرابع : الأثر الرجعي للقسمة.
- 59 -المطلب الثاني : نتائج الأثر الكاشف للقسمة وموقف المشرع الجزائري.
- 59 -الفرع الأول : النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف.
- 63 -الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري.
- 67 -المبحث الثاني : حق ضمان التعرض والاستحقاق.
- 68 -المطلب الأول : مفهوم وشروط ضمان التعرض والاستحقاق.
- 68 -الفرع الأول : تعريف ضمان التعرض والاستحقاق.
- 69 -الفرع الثاني : شروط الضمان.
- 74 -المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن تحقيق الضمان.
- 75 -الفرع الأول : الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان.
- 75 -الفرع الثاني : صور الضمان في القسمة.
- 82 -الخاتمة.
- 85 -قائمة المراجع.
- 90 -الفهرس.