

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان المذكرة

منازعات إدارة الشركة الشائعة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

إشراف الأستاذ:

- قمر واي عبد السلام

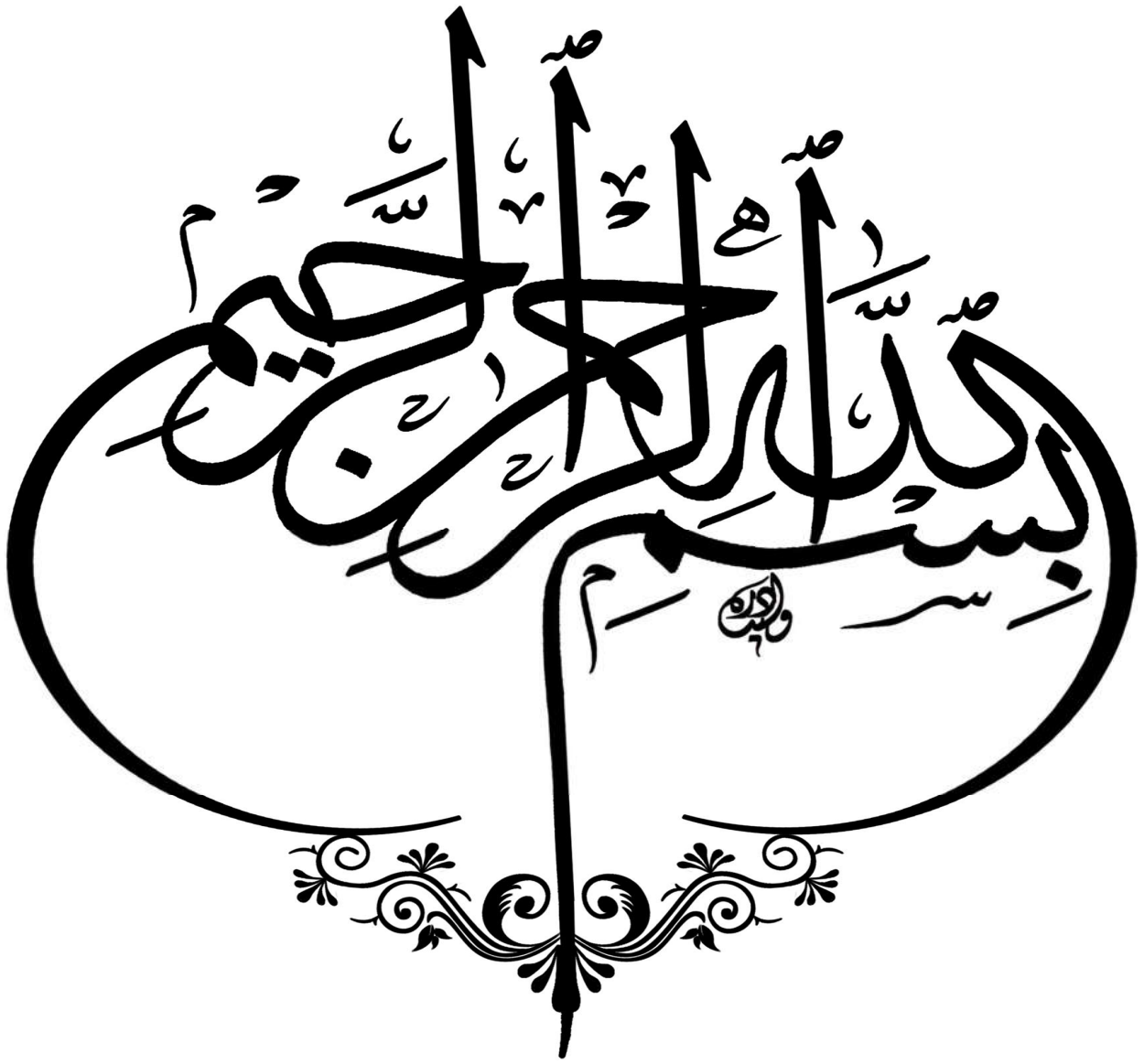
إعداد الطالب:

- أودينة مشاطي

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ مسعودان إلياس	أستاذ محاضر "أ"	جيجل	رئيسا
د/ قمر واي عبد السلام	أستاذ محاضر "أ"	جيجل	مشرفا ومقررا
د/ حاييد سعاد	أستاذة محاضرة "أ"	جيجل	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020



الشكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والشكر له أن هدانا فاستهدينا، ورزقنا فشكرنا وحرمنا فحمدنا وصبرنا فالشكر لله أولا الحمد والثناء له دائما وأبدا، أن أعانتنا على إنجاز هذا العمل المتواضع ووفقنا وسدّد خطانا نتوجه بجزيل الشكر للأستاذ الدكتور المشرف "قمرابي عبد السلام"

الذي لم يبخل علينا بإرشاداته وتوجيهاته القيمة، وتزويدنا بمختلف المراجع والمعلومات المفيدة والتي نتمنى له التوفيق في عمله ومشوارها التدريسي ومزيد من النجاحات والتألق.

وأیضا جزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة التقييم لتفضلهم قبول تقييم هذا البحث المتواضع.

كما نتوجه بالشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق الذين كان لهم الفضل طيلة مسارنا الدراسي وإلى كل طلبة الحقوق خصوصا دفعة الماستر تخصص قانون أسرة لسنة 2021.

وفقكم الله وجزاكم بكل خير

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ص: الصفحة

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية

د.س: دون سنة نشر

د.ب.ن : دون بلد نشر

ج ر: جريدة رسمية



مقدمة

مقدمة:

الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، سواء كان حق الملكية أو حق عيني آخر كحق الانتفاع مثلا، غير أن المشرع نظم الملكية الشائعة فقط لأنها الصورة التي يتحقق فيها الشيوع في غالب الأحيان.

أما الحق الشخصي فالأصل فيه أنه لا يكون مالا شائعا إذا تعدد أصحابه لأنه ينقسم بينهم، إلا إذا كان غير قابلا للانقسام فهنا نطبق عليه الأحكام التي تطبق على الملكية الشائعة.

نظم القانون المدندي الجزائري الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742¹ منه، فنصت المادة 713 منه على أن الملكية الشائعة هي حق ملكية، وبالتالي تشمل على حق الاستعمال والاستغلال وحق التصرف، ووصفت الشركاء في الشيوع بأنهم مالكيين للشيء الشائع، كما أكدت المادة 714 منه على أن حق الشركاء في المال الشائع هو حق ملكية، فكل شريك في الشيوع يملك جميع عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف.

والملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد، فيكون حق كل شريك واقع على حصة شائعة في هذا المال، وحق الملكية على المال هو الذي ينقسم إلى حصص دون أن ينقسم المال في حد ذاته.

فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز على جانب منه بالذات، وهو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة، والشيء المملوك على الشيوع لا

¹المواد 713-714 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 28 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، جريدة رسمية عدد44 لسنة 2005 والقانون 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 2007.

يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل شريك حصة فيه ملكية تامة، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية).

فكل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما فالملكية الشائعة على هذا النحو ملكية فردية، الشيء الذي يجعل أن مصادر الملكية الشائعة هي نفسها مصادر كسب الملكية، فقد تكون تصرفا قانونيا كالعقد إذا اشترى شخصان مالا على الشيوخ، وقد تكون وصية أو هبة، كما قد تكون واقعة مادية كأن يرث عدة أشخاص مالا على الشيوخ، أو يحوز شخصان شيئا حيازة مشتركة بصفة قانونية وذلك طول المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم.

وأكثر أسباب الشيوخ وقوعا في الحياة العملية هو الميراث، فبموت المورث تنتقل ملكية الأموال الشائعة التي تركها إلى الورثة، وكثيرا ما يستمر هؤلاء في الشيوخ ولمدة طويلة، مما يسمح بتزايد عدد الشركاء بسبب موت بعضهم وحلول ورثتهم محلهم.

فلا شك أن للملكية الشائعة مساوئ اجتماعية واقتصادية تجعل الاستمرار فيها أمرا غير مرغوب فيه، بسبب مزاولة كل مالك لسلطاته على الشيء الشائع ولا سيما الاستعمال والاستغلال، الشيء الذي يجعل المال الشائع عديم المنفعة من الناحية الاقتصادية، وسببا في كثرة النزاعات من الناحية الاجتماعية والقانونية، لذا فإن الشيوخ يعتبر حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء والزوال، وإن كانت تدوم في بعض الأحيان مدة طويلة، كما يقع ذلك كثيرا في الجزائر، وينقضي الشيوخ بأسباب مختلفة كبيع المال الشائع إلى أجنبي أو كان يرث الشريك شريكا آخر أو بالحيازة لمدة خمسة عشر (15) سنة غير أن السبب الرئيسي والأصلي لانقضاء الشيوخ هو القسمة، والتي سنجعلها محل دراستنا خاصة وأن المشرع الجزائري أفرد لها قواعد خاصة سواء من حيث كيفية إجرائها أو من حيث الآثار المترتبة عنها، كحل للمنازعات حول التركة الشائعة وإدارتها.

والقسمة التي ينقضي بها الشيوخ هي تلك القسمة الواردة على الملكية والتي تعرف بالقسمة النهائية، وليست تلك الواردة على الانتفاع والتي يطلق عليها قسمة المهيأة، كون هذه الأخيرة ليست دربا من دروب تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، لذلك فهي تتسم بكونها مؤقتة.

وإذا أطلق لفظ القسمة - دون وصف - انصرف مدلولها إلى القسمة النهائية، وهي إعطاء كل شريك في الشيوخ قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع، فقد تتم بالتراضي بين الشركاء وإذا لم يتوافر هذا التراضي تتم أمام القضاء، لأنه لا يجبر الشخص على البقاء في الشيوخ إلا بنص القانون أو الاتفاق، ومن هنا فالقسمة قد تكون رضائية (اتفاقية) وقد تكون قضائية.

فما هي الطرق القانونية الممكنة لحل نزاع التركة الشائعة، وما هي الحالات التي تكون فيها القسمة اتفاقية؟ ومتى تكون قضائية؟

وما هي الطبيعة القانونية للقسمة الاتفاقية؟ وكيف يتم الطعن فيها متى لم تحقق الهدف المرجو منها؟

وما هي الإجراءات الواجب إتباعها في القسمة القضائية؟ وكيف يتم إجراء هذه القسمة؟ خاصة وأن المشرع كفلها بضمانات قانونية؟

وما هي الآثار المترتبة عن هذه القسمة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الخطة الآتي بيانا:

الفصل الأول: القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية

المبحث الأول: القسمة الاتفاقية، إجراءاتها والطعن فيها.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقسمة الاتفاقية وكيفية إجرائها.

الفرع الأول: القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود

الفرع الثاني: حالة وجود ناقص أهلية أو غائب بين الشركاء

المطلب الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية

الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن

الفرع الثاني: دعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها

المبحث الثاني: القسمة القضائية

المطلب الأول: الخصوم في دعوى القسمة

الفرع الأول: الشركاء في الشروع.

الفرع الثاني: دائني الشركاء

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بنظر دعاوي القسمة.

الفرع الأول: الاختصاص في دعاوي القسمة.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أثناء سير الدعوى.

الفصل الثاني: كيفية إجراء القسمة والآثار المترتبة عليها

المبحث الأول: كيفية إجراء القسمة

المطلب الأول: القسمة العينية

الفرع الأول: مراحل القسمة العينية.

الفرع الثاني: طرق إجراء القسمة العينية.

المطلب الثاني: قسمة التصفية

الفرع الأول: اقتصار المزايدة على الشركاء فقط

الفرع الثاني: كيفية التصفية في حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء.

المبحث الثاني: آثار القسمة

المطلب الأول: الأثر الكاشف للقسمة "الإفراز"

الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

الفرع الثاني: النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

المطلب الثاني: ضمان التعرض و الاستحقاق في القسمة

الفرع الأول: شروط الضمان في القسمة

الفرع الثاني: آثار تحقق الضمان

الخاتمة

الفصل الأول

القسمة الاتفاقية والقسمة

القضائية

تمهيد:

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

وقد تكون جزئية فتشمل جزء من فقط من المال الشائع، فتحدد لكل شريك جزء مفرزا مع بقاء جزء من الأموال مملوك على الشيوع.

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

فالبقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينجر عنه من خلافات بين الشركاء المشاعين، خاصة من حيث إدارة هذا المال، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع إلا بموجب نص قانوني أو اتفاق، وهو ما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني، وما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

لذا سنخصص الفصل لدراسة القسمة النهائية سواء كانت اتفاقية (مبحث أولا)، أو كانت قضائية (مبحث ثاني).

المبحث الأول:**القسمة الاتفاقية، إجراءاتها والطعن فيها.**

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من صور القسمة في المادة 723 من القانون المدني حيث نصت على: "

يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال المشاع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون".

فالقسمة الاتفاقية هي اتفاق يبرمه الشركاء فيما بينهم لإنهاء حالة الشيع، فما هي الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق وكيف يتم تنفيذه؟ (مطلب أول)، وفي حالة عدم تحقق المساواة بين أطراف هذا الاتفاق فإن القانون أجاز للأطراف الطعن فيه (مطلب ثاني).

المطلب الأول:**الطبيعة القانونية للقسمة الاتفاقية وكيفية إجرائها.**

ما يستنتج من نص المادة 723 ق م ج أن القسمة الاتفاقية هو عقد أطرافه هم الشركاء المشتاعون، ومحلله هو المال الشائع وسببه هو إنهاء حالة الشيع.

فالقسمة الاتفاقية باعتبارها عقد وجب أن تسري عليها أحكام سائر العقود (فرع أول)، مع مراعاة حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء (فرع ثاني).

الفرع الأول:

القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود

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

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

كذلك فالقسمة الاتفاقية قد تكون قسمة صريحة أو قسمة فعلية أجمع عليها الشركاء إجماعا ضمنيا وليس صراحة.

فيتصرف الشريك في جزء من مفرز من المال الشائع بما يعادل حصته، وكذلك يتصرف باقي الشركاء كلّ في جزء مفرز يعادل حصتهم كذلك، فيستخلص من ذلك ضمنيا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع بينهم، والاتفاق الضمن يستخلص من ظروف الحال، وهو يختلف عن المهياة المكانية التي تتقلب إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشر (15) سنة، كون هذه الأخيرة وقعت بقوة القانون وليس بالاتفاق¹.

وإذا اتفق بعض الشركاء على القسمة يبقى اتفاقهم قائما، فإذا أقرها باقي الشركاء نفذت في حقهم، فهي بالنسبة لهم تعتبر إيجابا موجها لهم، ويبقى هذا الإيجاب قائما طيلة المدة المتفق عليها، وإذا لم تحدد مدة لذلك فإنه يبقى قائما لمدة مقولة تستنتج حسب ظروف الحال وطبيعة المعاملة، عملا بنص المادة 63 من ق م.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، 894.

كذلك يجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كأن يتفق الشركاء على تعليقها على ثبوت ملكية عين لهم، أو تعليقها على شرط فاسخ، كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا لم يقر بها باقي الشركاء.

وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق والالتزامات، وهي كذلك من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، لذلك لا تكفي الوكالة العامة في إبرامها نيابة عن الأصل، وإنما يجب توافر وكالة خاصة¹.

وتخضع القسمة الاتفاقية إلى القواعد العامة في الإثبات، فإذا زادت قسمة المال الشائع محل القسمة على مائة ألف (100.000) دينار جزائري، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، وإذا قلت عن ذلك فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن طبقاً للمادة 333 ق م ج.

كما سبق التطرق إليه فإن القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه القواعد العامة التي تحكم العقود، وهذا ما يجعل الشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة، غير أن هذا الاختيار مرتبط بإتباع بعض الإجراءات، وهذا متى كان المال الشائع المراد قسمته عقاراً.

أولاً- للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة:

يختار الشركاء الطريقة التي تتم بها قسمة المال الشائع، إما عينياً فيفرزون نصيب كل منهم عيناً في المال الشائع، قد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل، كما لهم الاختيار أن تكون القسمة عينية كلية شاملة لجميع المال الشائع، أو تكون جزئية فيبقى بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقي في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنيب.

¹ محمد عزم البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، دار الفكر العربي، ط3، الجزائر، 1994، ص48.

وقد يتفق الشركاء على أن تتم القسمة بطريقة التصفية، خاصة إذا تعذر قسمة المال الشائع عينا، فيبيعون كل المال أو بعضه بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك أو في المزاد العلني إذا اختلفوا، ويقسمون ثمن البيع كل حسب نصيبه المقابل لحصته.

وإذا اتفق الشركاء على البيع بالمزاد العلني جاز لهم حصر المزايدة فيهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذ رسي المزاد على شريك أعتبر قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسي المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة¹.

ثانيا - الإجراءات القانونية في القسمة الاتفاقية للعقار:

لما كانت القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة في العقود، فإن الاتفاق الوارد على قسمة عقار جب أن يخضع للشكلية المطلوبة طبقا للمادة 32 مكرر 1 ق م ج، فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره موثق، وهو من يقوم بإجراءاتها في غالب الأحيان، فتتم هذه القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة، وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجود بها العقار.

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

فاشترط رخصة التجزئة لكل تقسيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها على أن يكون محل التجزئة هو أرض عارية والهدف منها هو تشديد بناية عليها.

¹ حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الفكر العربي، الجزائر.

أما شهادة التقسيم فهي وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو أكثر، وإذا كانت عمارة مجزئة فالمطلوب هنا إعداد جدول وصفي للتقسيم، دون الحاجة إلى شهادة التقسيم¹.

والرخصة المسبقة سواء كانت رخصة تجزئة أو شهادة التقسيم يجب إشهارها بالمحافظة اقرارية، لأن لهذا الشهر أثر قانوني وهو اختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية جديدة، وهو ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي 91-176² المتعلق بكيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم.

أما إذا كان المال المشاع عقارا فلاحيا، فإن المشرع وضع قيودا على القسمة، فنصت المادة 55 من التوجيه العقاري³ :

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

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

¹ حسين كيرة، الحقوق العينة الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الفكر العربي، ص 194.

² المرسوم التنفيذي 91-176 مؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة القسمة ورخصة البناء، وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26 لسنة 1991 المعدل بالمرسوم التنفيذي 06-03 مؤرخ في 07 جانفي 2006 والمرسوم التنفيذي 09-307 مؤرخ في 22 سبتمبر 2009، ج ر عدد 55 لسنة 2009.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية الفكرية، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 91.

وتطبيقاً لهذا المبدأ صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-490¹، الذي حدد شروط عملية تجزئة العقار الفلاحي، وهي:

أن لا يقل الجزء المفرز لأصغر نصيب عن المساحة المرجعية المحددة بالمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 97-490².

يجب أن يحصل المتقاسمين على رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية وهي رخصة تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية، وتقدم هذه الرخصة من قبل مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية.

بناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة الودية وترخيص الإدارة المختصة كما سبق بيانه، يقوم الموثق بعد التأكد من هوية الشركاء وأعليتهم بتحرير عقد القسمة ثم يسجله ويشهره بالمحافظة العقارية.

للإشارة فإن شهر عقد القسمة مختلف عن شهر رخصة التجزئة أو شهادة رخصة التقسيم، فشهر عقد القسمة يهدف إلى شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على كل جزء مفرز مع ذكر هوية مالكة الجديد، خلافاً لرخصة التجزئة أو شهادة التقسيم التي يكون الهدف منها هو إنشاء بطاقة عقارية للأجزاء الجديدة لكن الملكية تبقى على الشيوع.

¹ المرسوم التنفيذي 97-490 مؤرخ في 20 ديسمبر 1997 يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج ر عدد 84 لسنة 1997.

² المادة 03 من ، المرجع نفسه.

الفرع الثاني:

حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء

حتى تكون القسمة سليمة، فإن المادة 723 ق م ج¹ تلزم مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، متى كان احد الشركاء ناقص الأهلية.

غير أن هذه المادة أغفلت الغائب، مع أن قانون الأسرة الجزائري اعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا، كما أنها أوجبت مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون دون ذكر هذه الإجراءات ودون ذكر القانون المقصود، فهل المقصود أن تكون القسمة القضائية؟.

فصياغة هذه المادة تمت بأسلوب عام، الأمر الذي جعل فهمها صعب، فهي منقولة من القانون المصري، والقانون المطبق في مصر في مثل هذه الحالات هو قانون الولاية العامة²، فبينت الإجراءات المتبعة لحماية للقصر ومن في حكمهم.

على خلاف هذا فإن قانون الأسرة الجزائري جاء خاليا من هذه الإجراءات ونص على الإجراءات التي يفرضها القانون على الولي أو الوصي أو المقدم وهو الحصول على الإذن المسبق من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع العقار أو قسمته طبقا للمادة 88 من القانون رقم 84-11³ المتضمن قانون الأسرة الجزائري، بالنسبة للولي والمادتين 95 و 100 فيما يتعلق بالوصي والمقدم؛ غير أن هذا القانون لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن في مثل هذه الحالات، فهل هو قاضي شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة.

¹ المادة 723 من الأمر رقم 75-58، يتضمن ق م ج.

² توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، ص 224.

³ القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

وإذا حاولنا إعطاء تفسير لنص المادة 88 من قانون الأسرة وإسقاطه على حالة القسمة الاتفاقية، سنخلص إلى أن هذه القسمة تخضع إلى رقابة رئيس المحكمة، إذ إنه المخول بمنح الإذن، باعتبار ذلك ضمن اختصاصاته الولائية التي تهدف مراعاة مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب.

فإذا حصل اتفاق مبني على القسمة بين الشركاء والممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب، فإن على هذا الأخير أن يتصل برئيس المحكمة وعرض عليه الأمر، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة ناقص الأهلية أو الغائب، يأذن رئيس المحكمة مبدئياً للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد.

بعد انجاز مشروع القسمة يعيده إلى رئيس المحكمة فيصادق على التقرير إذا رأى أنه يراع مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب، ويمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقاً للقانون، ومن المستحسن أن يقوم رئيس المحكمة بالاطلاع على العقد النهائي للقسمة لمراقبة مدى تطابقه مع التقرير التقني الذي صادق عليه، وهي رقابة لاحقة.

غير أن المشرع نص صراحة في المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري¹ على وجوب أن تكون القسمة قضائية في التركات، متى وجد قاصر بين الورثة.

هذا النص لم يحسم مسألة القسمة الواجبة الإلتباع بصفة كلية، فهل يفهم منه بمفهوم المخالفة أن ما ليس تركة تجوز فيه القسمة الاتفاقية؟، حتى وإن كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو من في حكمه، مما يجعل الممثل القانوني يتبع الإجراءات المذكورة أعلاه، وهذا على اعتبار أنه ليس كل مشاع مصدره تركة.

¹ القانون رقم 84-11، يتضمن ق أ ج.

وهل يفهم من باب أولى وجوب إجراء القسمة عن طريق القضاء؟، حتى وإن كان الشائع ليس تركة على اعتبار أن كل تركة هي شيع.

الشيء الذي جعل المحاكم تختلف في تطبيقاتها لمثل هذه المحكمة.

المطلب الثاني:

الطعن في القسمة الاتفاقية

لأن القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن المطبقة على سائر العقود، فيطعن فيها بالبطلان المطلق، كما أنه إذا انفق الورثة على قسمة مستقبلية أي قبل وفاة مورثهم، هنا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيها بالبطلان¹.

قد يطعن في القسمة الاتفاقية إذا كان المال المراد قسمته مخالفا للنظام العام طبقا للمادة 96 ق م ج²، كأن يكون هذا المال بضاعة محظورة حضرا مطلقا في النظام القانوني، وقد يطعن فيها بالإبطال لنقص الأهلية، كأن يكون أحد الشركاء ناقص أو غائب ولم تراع الإجراءات التي سبق كرها.

كذلك يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب إرادة أحد الشركاء أو جمع منهم عيب من عيوب الإرادة كالغلط، كان لذوي الشأن أن يطلبوا إبطال القسمة للغلط، كما لو وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة عين من أعيان الأموال الشائعة، بأن قدرت قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية أو بأكثر منها إلى حد ما أثناء

¹ انظر المواد 91 وما يليها، الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني.

² انظر المادة 96، المرجع نفسه.

القسمة بأكثر من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط، كما يجوز للشركاء الآخرين إذا قدرت قيمة هذه العين بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة للغلط كذلك¹.

يجوز طلب إبطال القسمة الاتفاقية لتدليس أو إكراه أو غبن، غير أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري، خصص للغبن أحكاما خاصة في حالة قسمة المال الشائع بالتراضي، خلافا للغبن المنصوص عليه في القواعد العامة (فرع أول)، كما أفرد أحكاما خاصة تحكم سير الدعوى وترتب آثارا خاصة لهذا النوع من الغبن (فرع ثان).

الفرع الأول:

نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن.

الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، وبمعنى آخر فهو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين²، وإن كان الجزائري لم ينص على الغبن المجرد من الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، في القسم المتعلق بشروط العقد في التقنين المدني، إلا أنه اعتبره في حالات معينة منها حالة البيع، وحالة القسمة الاتفاقية، وهذا بموجب نصوص خاصة، حيث تنص المادة 732 ق م ج³ على ما يلي:

" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقسمة الشيء وقت القسمة...".

ما يلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية فقط، والمقصود هنا هو الغبن في ذاته دون أن يصطحبه تدليس أو غلط، فإذا بلغ الحد المنصوص عليه قانونا يجعل عقد القسمة قابلا للإبطال، حتى ولو لم يكن نتيجة لطيش بين أو هوى جامع.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 898.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ص 182.

³ المادة 732 من الأمر رقم 75-58، يتضمن ق م ج.

فهنا يكون المشرع قد راعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته¹.

فنقض القسمة للغبن يغني عن إبطالها للغلط في قيمة الشيء²، أما الخطأ في الحساب فلا يترتب عليه القبلية للإبطال للغلط ولا نقض القسمة للغبن، ولكن يجب تصحيحه، ولو كانت الخسارة المترتبة عليه تساوي الخمس أو تقل عن ذلك وهذا طبقاً للمادة 84 ق م ج³، غير أن الغلط في الحساب قد يؤدي إلى الغلط في الصفة الجوهرية للشيء متى كان هذا الغلط دافعاً للتعاقد، ومثالها بيع الوارث لحصته في التركة، فقد يكون الغلط في مقدار هذه الحصة راجع إلى خطأ أثناء تحديد الأنصبة، وبهذا تكون الإرادة معينة هنا⁴.

أولاً- مقدار الغبن وكيفية حسابه:

نصت المادة 01/732 من ق م ج⁵ على أن مقدار الغبن يجب أن يزيد عن الخمس وتكون في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، فالمشرع الجزائري اعتمد نسبة الخمس أسوة بالمشرع الفرنسي والذي أخذها بدوره من الشريعة الإسلامية⁶، ولمعرفة مدى وقوع اغبن، يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال.

يتم تقدير المال الشائع بواسطة خبير، أما التقدير الوارد في عقد القسمة لا يعتد به إلا في مجال المقارنة ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك في هذا المال، وبعدها تتم مقارنة قيمة نصيب الشريك الحقيقية مع تلك التي تحصل عليها بعد القسمة، وإذا كان الفرق بين القيمة

¹ رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2020، ص 551.

² الفرق بين الوصيلتين: الغلط في القيمة لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط في الغبن، ومدة رفع دعوى الغبن هي سنة واحدة من تاريخ القسمة، أما مدة رفع دعوى الغلط هي عشرة سنوات من تاريخ اكتشافه.

³ المادة 84 من الأمر رقم 75-58، يتضمن ق م ج.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 180.

⁵ انظر المادة 01/732 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق م ج .

⁶ عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، الجزائر، 1991، ص 138.

الحقيقية لنصيب الشريك وقيمة ما تحصل عليه يزيد عن الخمس كان هذا الشريك ضحية غبن في القسمة.

فإذا افترضنا أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50.000) دينار جزائري، وكان هناك خمس الشركاء يملكون حصصهم بالتساوي، كانت القيمة الحقيقية للنصيب المفرز لكل شريك هي عشرة آلاف (10.000) دينار جزائري، وحتى يعتبر الشريك مغبوناً يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفرز بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفرز، أي أقل من ثمانية آلاف (8.00) دينار جزائري، أما إذا كانت متساوية أو أكثر فلا يجوز له نقض القسمة الاتفاقية للغبن، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا - المجلس الأعلى سابقاً - بتاريخ 14/04/1982 تحت رقم 19926، أهم ما جاء فيه:

" حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقييم اموال الشركة بصفة إجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم:

1- تقييم أموال التركة وقت القسمة، ونصيب الشريك المغبون.

2- تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن...¹.

والعبرة بالغبن الواقع على كل شريك على حدا، وليس على مجموعة من الشركاء، فإذا افترضنا نفس المثال السابق، خمس شركاء متساوين في الحصص، حصة كل شريك بعد القسمة هي عشرة آلاف (10.000) دينار جزائري، ولو كان نصيب ما تحصل عليه أحد الشركاء هو ثمانية آلاف (8.00) دينار جزائري، فنحن لسنا بصدد غبن.

¹ نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص 111.

كذلك الحال فلو كان نصيب أربعة شركاء هو ثمانية آلاف (8.000) دينار جزائري للواحد منهم، وبالتالي فنصيب الشريك الخامس هو عشر ألف (18.000) دينار جزائري، وهنا كذلك لسنا بصدد غبن لأنه لم يلحق أحدا من الشركاء على حدا.

غير أنه يعتبر الشريك مغبونا إذا كان مجموع ما أصابه من غبن يزيد عن الخمس في جميع الأعيان التي وقعت في نصيبه¹، فلو وقع في نصيبه منزل قيمته مليون (1.000.000) دينار جزائري، لكنه قدر له بمليون وخمسمائة ألف (1.500.000) دينار جزائري، فكان مغبونا في المنزل بمقدار خمسمائة ألف (500.000) دينار جزائري، ووقع في نصيبه كذلك قطعة أرض قيمتها الحقيقية مليون ومائتي ألف (1.200.000) دينار جزائري، لكنها قدرت أثناء القسمة بمليون (1.000.000) دينار جزائري، فهنا كون قد كسب في الأرض مائتي ألف (200.000) دينار جزائري، وما كسبه في الأرض يستنزل به ما خسره في المنزل، وبالتالي يكون ما لحقه من خسارة هنا هي ثلاث (300.000) مائة ألف دينار جزائري، وهذا المقدار لا يزيد عن خمس وما لم يزد عن ذلك لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة من قسمة واحدة².

ثانيا - أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن:

نقص القسمة يكون في القسمة الاتفاقية فقط دون القسمة القضائية، لأن من المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات ورعيت فيها الإجراءات التي تكفل عدالتها أو على الأقل ترفع الغبن عن المتقاسمين³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 904.

² محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 225.

يجوز الطعن في القسمة الاتفاقية سواء قسمة كلية أو جزئية عينية أو بطريق التصفية، والغبن المعتبر في هذه الأخيرة هو الغبن في قسمة الثمن بين الشركاء، وليس الغبن في بيع المال الشائع لأجنبي.

غير أنه إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء على الشروع، فيعتد بالغبن لأننا هنا بصدد قسمة اتفاقية بطريق التصفية، إذ أن البيع هنا يعتبر قسمة، فإذا اشترى احد الشركاء في البيوع المال الشائع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية أصبح لكل شريك من الشركاء حق نقض القسمة للغبن، أما إذا تمت القسمة بطريق التصفية بالمزاد العلني بالرجوع إلى القواعد العامة مادة 360 ق م ج¹.

وتنص المادة 02/732 ق م ج عل ما يلي:

" يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته"².

فهذه الدعوى يجب أن ترفع من خلال سنة من يوم القسمة وإلا كانت غير مقبولة، ومدة سنة في هذه الحالة هي ميعاد إسقاط وليست مدة تقادم³، وهذا بخلاف نص المادة 359 ق م ج التي تنص:

" تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع..."⁴.

¹ أنظر المادة: 360 من الأمر رقم 75-58، يتضمن ق م ج.

² المادة 02/732، المرجع نفسه.

³ ميعاد الإسقاط على خلاف مدة التقادم، لا ينقطع ولا يتوقف سريانه.

⁴ المادة 359 من الأمر رقم 75-58، يتضمن ق م ج.

فمدة سنة التي يجب أن ترفع فيها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى تحت طائلة سقوط الحق في رفعها وليست مدة تقادم الحق في رفع الدعوى¹.

ويبدأ حساب مهلة من يوم تمام عقد القسمة، فإذا كان المال المقسوم عقارا تحسب المدة من تاريخ شهر عقد القسمة²، وإذا كان المال المقسوم عقارات ومنقولات فتحسب المدة من تاريخ إتمام عقد القسمة، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة واحدة، على أن يتم الاعتماد في حساب المواعيد بالتقويم الميلادي طبقا لنص المادة 03 من ق م ج³.

حيث يقع عبء إثبات الغبن على الشريك الذي يدعي ذلك، ويتم ذلك بكافة طرق الإثبات لأن محل الإثبات هنا هو واقعة مادية، غير انه يأخذ بالغبن حتى ولو تمت القسمة الاتفاقية في صورة عقد مفاوضة أو عقد صلح أو غير ذلك من الصور، لأن العبرة بحقيقة العقد وليس بصورته⁴.

غير أنه إذا تمت القسمة في صورة عقد احتمالي، فلا يصلح نقضها للغبن لأن العقود الاحتمالية غير قابلة للنقض بالغبن بطبيعتها، ومثال ذلك كأن يتقاسم شريكين منزلا فيتنفقا على أن يفرز المنزل كنصيب لأحدهما على أن يمنح أحدهما للأخ كمعدل إيرادا مدى الحياة⁵.

¹ فتحي حسن، الملكية بالميراث، ص 173.

² انظر المادة 15 من الأمر 75-74 المتعلق بالشهر العقاري.

³ المادة 03 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

⁴ محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 906.

الفرع الثاني:

دعوى نقض القسمة للمغبن والآثار المترتبة عليها.

إذا ما تحقق الغبن في القسمة على النحو الذي سبق بيانه جاز للمغبن رفع دعوى نقض القسمة حتى ولو كان المال المقسوم منقولاً، فمن هم أطراف هذه الدعوى، وما هي الآثار المترتبة عليها؟ وكيف يتم تفادي هذا الإبطال؟

أولاً- أطراف الدعوى وآثارها:

المدعي في هذه الدعوى هو الشريك الذي لحقه غبن فقط، لكن هذا الحق في الدعوى ينتقل إلى ورثة الشريك المغبن، فيجوز لهم أن يرفعوا أو أن يواصلوا السير فيها، كما يجوز لدائني الشريك المغبن أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينهم طبقاً للمادة¹ 189 وما يليها من القانون المدني الجزائري، والمدعي عليهم في دعوى الغبن هم سائر الشركاء لأن دعوى الغبن قد تؤدي إلى إبطال القسمة الاتفاقية التي تمت بتراضي جميع الشركاء.

بصدور الحكم بإبطال القسمة اعتبرت كأنها لم تكن وتعود حالة الشيوخ بين الشركاء كما كانت عليه، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدء الشيوخ وكأنه لم ينقطع، ويترتب عن هذا حق لكل شريك في طلب القسمة من جديد.

كما يترتب عن نقض هذه القسمة إبطال تصرفات الشركاء في الأموال المفترزة، فتعود هذه الأموال إلى حالة الشيوخ خالية من الحقوق التي ترتب للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بآثارها حتى بعد نقض القسمة².

¹ انظر المادة 189 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 907.

ثانيا- توقي نقض القسمة للغبن:

تنص المادة 732 ق م ج في فقرتها الثانية على ما يلي:

" للمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكتمل للمدعي عينا أو نقدا ما نقص من حصته".

طبقا لهذه المادة يحق للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي ما نقصه ن حصته عينا أو نقدا.

هناك عدة حالات أخرى تشابه حالة تقاضي القسمة للغبن، منها حالة الغبن عن طريق الاستغلال طبقا للقواعد العامة، وهو ما نصت عليه المادة 90 من ق م ج¹، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد المغبون أم يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته.

غير أن إنقاص الالتزامات ليس بالضروري أن يتم إلى حد رفع الغبن عن المتعاقد المغبون كلياً، بل يكفي أن يرفع عنه الغبن الفاحش، وهو ما نصت عليه المادة 358 من ق م ج² كذلك.

أما في حالة توقي نقض القسمة للغبن طبقا للمادة 02/732³ من ق م ج فيجب إكمال الشريك المغبون ما نقص من حصته بالكامل إما نقداً أو عينا، والسبب في ذلك يعود إلى أن البيع وأمثاله من التصرفات يعتبر من عقود المضاربة يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه على حد معين على خلاف القسمة التي تقوم على أساس المساواة بين المتقاسمين، وإذا اختلفت فيها المساواة اختلف عقد القسمة، فالمشروع تسامح في الغبن الذي لا يزيد عن الخمس حتى لا

¹ انظر المادة 90 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

² أنظر المادة 358 من الأمر رقم 58-75، يتضمن ق م ج، مرجع سابق.

³ انظر المادة 02/732 من الأمر رقم 58-75، مرجع سابق.

تكثر المنازعات¹، لكنه تشدد متى زاد الغبن عن الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك المغبون بما يساوي حصته تماما.

وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة لا وبقت الدفع، ويضاف إليه ثمرات الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة، وإكمال نصيب الشريك المغبون عينا أو نقدا، فالخيار للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة، وإذا تعدد المدعي عليهم وجب أن يتفقوا على إكمال حصة المدعي المغبون عينا أو نقدا وعلى مقدار ما يكمل النقص.

إما إذا اختلفوا على مبدأ إكمال حصة الشريك المغبون، وأكماله بعضهم فليس لهم الرجوع على من لم وافقوا على هذا الإكمال، كذلك يجوز لدائني المدعي عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم²، وللمدعي عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يعرض إكمال ما نقص من حصة الشريك المغبون في أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى أمام المجلس الناظر بالاستئناف، فهو حق مقرر له قانونا.

يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في شرحه للمادة 845 من القانون المدني المصري والتي تطابق المادة 732 ق م ج، على أنه يجوز عرض إكمال النقص حتى بعد صدور حكم نهائي ينقض القسمة الاتفاقية للغبن وإلى وقت إجراء قسمة جديدة، فيمنع إجرائها بعرضه إكمال حصة المدعي المغبون بالإضافة على الفوائد والثمار والمصروفات التي تكبدها المدعي مستدلا بعبارة: " يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد...".

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 907.

² المرجع نفسه، ص 908.

إلا أننا نرى أن الحكم الصادر بنقض القسمة للغبن يقرر إبطالها، وكما هو معروف فالعقد الباطل من العدم، وبالتالي فحق المدعي عليه بتكملة النقص الذي أصاب المدعي ينقضي مع الحكم النهائي القاضي بإبطال هذه القسمة.

كما أن المقصود بمنع القسمة من جديد ليس القسمة الاتفاقية التي تلي القسمة التي تقرر إبطالها، وإنما المقصود بها هي القسمة القضائية التي تكون بناء على طلب إضافي أثناء نظر الطلب الأصلي المتعلق بنقض القسمة للغبن.

المبحث الثاني:

القسمة القضائية

إن المشرع لا ينظر إلى الشيوع نظرة تشجيع و ترحيب لأنه يشكل في أغلب الأحيان عقبة في سبيل استغلال المال الشائع، استغلالا اقتصاديا على أحسن وجه، وعلى أية حال إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشيوع بمقتضى نص القانون أو باتفاق بينهم، جاز لهم و في أي وقت أن يطالبوا بالقسمة، لأن حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طال مدة عدم استعماله، فهذا الحق مرتبط بوجود حالة الشيوع، ومتجددا باستمرارها¹، واتفاق الشركاء على قسمة المهياة الزمنية أو المكانية، لا يمنع من طلب إجراء القسمة، لأن قسمة المهياة ليست إلا طريقا من طرق تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، وإذا كان الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق جميع الشركاء إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع، وهنا لا طريقا آخر لفض حالة الشيوع إلا باللجوء إلى القضاء، غير أنه وفي بعض الأحيان فإن القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المشاع بواسطة القضاء².

على العموم فإن قسمة المال الشائع تكون قضائية في القانون الجزائري وفق ثلاث

حالات:

الحالة الأولى:

إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الاتفاقية، و أراد أحدهم الخروج من حالة الشيوع، فهنا ليس أمامه إلا اللجوء إلى القضاء.

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 196.

² انظر المادة 181، القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الحالة الثانية:

إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب وهنا الولي أو المقدم أو الوصي يستأذن القاضي، ويرفض القاضي منحه الإذن، وهنا كذلك وجب على الشركاء اللجوء إلى القضاء.

الحالة الثالثة:

وهي الحالة التي نصت عليها المادة 181 قانون الأسرة المتعلقة بقسمة التركات، و التي تفرض على الورثة المالكين على الشيوع أن تكون القسمة عن طريق القضاء، متى كان معهم وارث قاصر.

فالقسمة القضائية هنا تتم في صورة دعوى تسمى بدعوى القسمة، ولهذه القسمة أهمية بالغة لذا ارتأينا أن نخصص لها هذا المبحث والذي سندرس من خلاله أطراف هذه الدعوى (مطلب أول)، واختصاص الجهة القضائية للفصل في مثل هذه النزاعات (مطلب ثان).

المطلب الأول:**الخصوم في دعوى القسمة**

تنص المادة 724 من ق م ج :

" إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع يرفع دعوى على باقي الشركاء..."

فإذا لم يجمع الشركاء في الشيوع على القسمة الاتفاقية، جاز لأي منهم أن يرفع دعوى القسمة على باقي الشركاء، وفي هذا الصدد صدر القرار رقم 47222 بتاريخ 1988/12/07 عن المجلس الأعلى سابقا، وأهم ما جاء في حيثياته:

" إن اختلاف الشركاء في قسمة المال يلزم من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، ولما صادق قضاة الاستئناف على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين، دون أن يدخلوا في خصام جميع ذوي الحقوق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا المادة 724 ق م يستوجب نقض القرار"¹.

الظاهر من هذه المادة أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك على باقي الشركاء (فرع أول)، غير أنه يوجد أشخاص آخريين يمكنهم رفع دعوى القسمة متى كانت لديهم مصلحة قانونية (فرع ثانٍ).

الفرع الأول:

الشركاء في الشروع.

كل شريك يريد الخروج من حالة الشروع يجوز له رفع دعوى القسمة و يكون المدعى عليهم في هذه الحالة باقي الشركاء، فجميع الشركاء خصوم في دعاوى القسمة، و في حالة ما إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة طبقا للمادة 81 و المادة 94 من ق إ م ج².

وإذا أُغفل اختصام بعض الشركاء في الشروع فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم³، وما على هؤلاء الشركاء إلا أن يعترضوا بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمادة 191 وما يليها من ق إ م⁴، كما أنه ليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ

¹ المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، ص 26.

² انظر المادة 81 و 94 من الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل متمم، ج ر عدد 47 لسنة 1966. (الملغى)

³ عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ص 210.

⁴ انظر المادة 191 وما يليها من الأمر 66-154، المرجع السابق.

الحكم بحجة أنه يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذه الدعوى، فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في حقه¹.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، فإن صفة الشريك في الشيوخ تكون لهذا المشتري ما دام قد انتقلت إليه ملكية الحصة الشائعة قبل تمام القسمة، وبالتالي يكون لهذا المشتري صفة المدعي أو المدعى عليه في دعوى القسمة، أما إذا كان المال الشائع عقاراً فإن المشتري لحصة شائعة لا يصبح شريكاً، حتى يشهر عقد البيع فتنتقل إليه الملكية طبقاً للمادة 793 ق م ج².

أما إذا اشترى أجنبي جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، وهو لا يعتبر شريكاً في الشيوخ وبالتالي فلا يكسب الصفة لرفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصاصه فيها، غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة و هذا باعتباره دائناً للشريك³، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الثاني:

دائني الشركاء

تنص المادة 729 ق م ج:

" لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم و توجه المعارضة إلى كل الشركاء و يترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 913.

² المادة 793 من الأمر 75-58، مرجع سابق.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، 210.

حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا حالة الغش¹.

وتنص المادة 189 ق م ج: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مقبولا، إلا إذا اثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسب عسره أو يزيد فيه ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام"².

طبقا لهذه المواد فإن لدائني الشريك استعمال ما يبيحه القانون في سبيل حماية حقوقهم، فالمشرع قدر أن للدائنين مصلحة جدية في أن يتدخلوا في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطؤ يتحمل وقوعه بين الشركاء.

والدائنون هنا هم دائني الشركاء أو كل شريك سواء كان الدائن ذا حق شخصي أو حق مقيد، ويستوي أن يكون الحق واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك، فالدائن على هذا النحو يعنيه أن تتم القسمة دون الأضرار بمصالحه كأن يتفق الشركاء على أن يختص الشريك المدين بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ثم يكمل نصيبه نقدا، فيسهل للمدين تهريبها وبصعب على الدائنين الوصول إليها، أو كأن يباع المال الشائع بالمزاد واقتصاره على الشركاء فقط الشيء الذي قد يجعل المزاد ضئيل وغيرها...

فإذا علم الدائن أن للمدين حصة في المال الشائع وكان الشروع على وجه الانقضاء بالاتفاق على القسمة، جاز لهذا الدائن طلب التدخل في إجراء القسمة كمرقب فقط، وإذا

¹ المادة 729 من الأمر 75-58، مرجع سابق.

² المادة 189، المرجع نفسه.

لاحظ وجود إضرار بمصالحه جاز له اللجوء إلى القضاء لطلب القسمة القضائية وذلك باستعماله طريق الدعوى الغير مباشرة.

كذلك يجوز له التدخل سواء أثناء مباشرة إجراءات القسمة القضائية، وهذا طبقا للمادة 94 ق إ م ج¹، أو حتى بعد صدور الحكم فيها وهذا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمواد 191 وما يليها من ق إ م².

أما الدائنين المقيدة حقوقهم فعلى الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة دون حاجة إلى أن يوجهوا معارضة مسبقا، وهذا متى كانت حقوقهم مقيدة قبل رفع هذه الدعوى، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم إذا اثبتوا الضرر الذي لحقهم من هذه القسمة.

وللدائنين حق الرجوع على الشركاء متضامين تعويضا للضرر الذي لحقهم من جراء هذه القسمة على أساس الخطأ الذي ارتكبه و المتمثل في عدم إدخالهم في الخصام، كما يجوز للشركاء أن يمنحوا للدائن حقه، فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة، ثم يرجع هؤلاء الشركاء على الشريك المدين³.

المطلب الثاني:

المحكمة المختصة بنظر دعاوى القسمة.

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية ولا القانون المدني حين تنظيمه لقواعد قسمة المال الشائع، المحكمة المختصة لنظر دعاوى القسمة وفي غياب أي نصوص خاصة وجب الرجوع إلى القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (فرع أول)، أما إجراءات سير الدعوى فهي لا تختلف عن سائر الدعاوى (فرع ثان).

¹ المادة 94 من الأمر رقم 66-154، المتضمن ق م ج.

² المادة 191 وما يليها، المرجع نفسه.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 943.

الفرع الأول:

الاختصاص في دعاوي القسمة.

طبقا للمادة 8 من ق إ م ج فإن الاختصاص بنظر دعاوى القسمة يؤول إلى محكمة موطن أحد الشركاء وفي حالة تعددهم فمحكمة موطن أحدهم، وهذا متى كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها منقولة، وإذا كانت الأموال الشائعة عقارات فإن الاختصاص بنظر دعوى القسمة يؤول إلى محكمة موقع العقار طبقا للمادة 8 فقرة الثانية من ق إ م¹، وفي مواد الميراث باعتباره حالة شيوع فإن الاختصاص يؤول إلى محكمة مكان افتتاح التركة.

الفرع الثاني:

الإجراءات المتبعة أثناء سير الدعوى.

بمجرد رفع الدعوى تقوم المحكمة بمراقبة صحة التكاليف بالحضور ودراسة طلبات الأطراف وتفحص كل الوثائق ولا سيما تلك المبيّنة للملكية الشائعة خاصة إذا تعلق الأمر بعقار، وتقوم المحكمة بتعيين خبير لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع قسمة، إذا كان المشاع قابلا للقسمة عينا، أما إذا كان المال الشائع غير قابل للقسمة تمت القسمة بطريق التصفية طبقا للمادة 728 ق م².

غير أنّ الإشكال يثار حول المحكمة المختصة هنا، خاصة إذا تبين استحالة القسمة عينا بعد مباشرة إجراءات دعوى القسمة بطريقة سليمة ومطابقة للقانون، وكمثال عن هذه الحالة، دعوى قسمة عقار لا يقع باختصاص محكمة مقر المجلس، فهنا لا يمكن معرفة مدى استحالة القسمة إلا بموجب تقرير خبرة، فكيف يفصل القاضي في قضية الرجوع بعد

¹ المادة 02-08 من الأمر رقم 66-154، المتضمن ق إ م.

² المادة 728 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

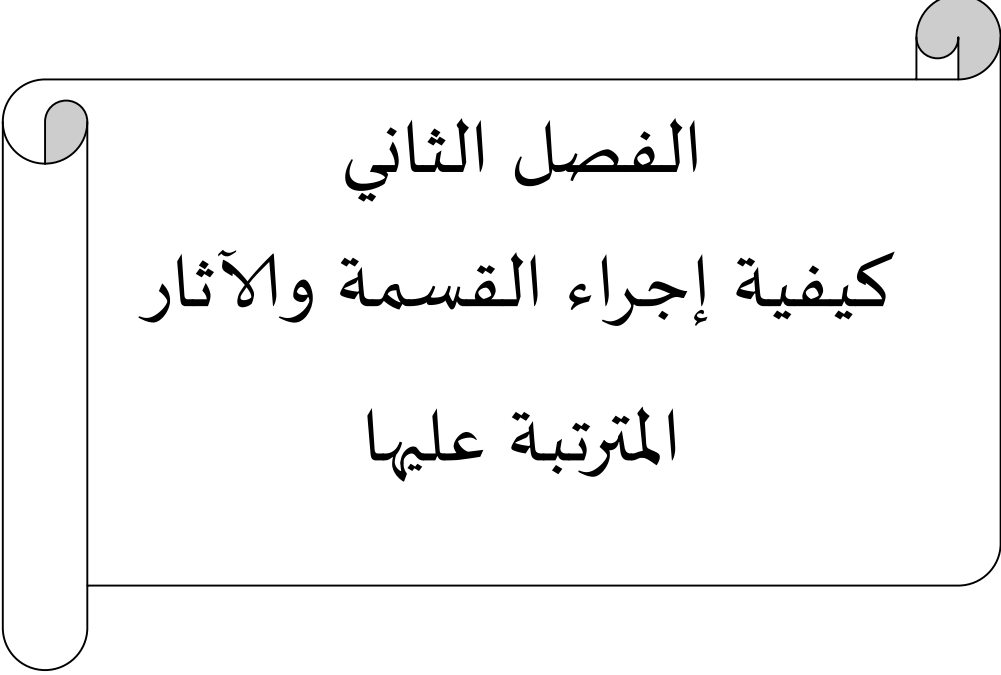
الخبرة؟، خاصة إذا بينت الخبرة استحالة القسمة عينا، وبالتالي بيع المشاع، فهنا نكون بصدد تصورين:

الأول: أن يقضي القاضي بعدم اختصاصه النوعي ببيع المشاع طبقا للمادة 8 الفقرة الأخيرة من ق إ م¹، ويستند في ذلك إلى الخبرة الشيء الذي يجعله يصادق عليها قبل الحكم بعدم اختصاصه.

الثانية: أن يقضي القاضي ببيع المشاع و هذا بعد المصادقة على تقرير الخبرة و يقوم القاضي بتعين محضر قضائي لتنفيذ الحكم طبقا للإجراءات المفروضة قانوناً، كما يحدد ما إذا كانت المزايدة محصورة على الشركاء فقط أو مفتوحة للأجانب.

فالمحضر القضائي المعين من المحكمة له الاختصاص بتنفيذ حكمها أمام محكمة مقر المجلس، وتبدأ إجراءات البيع بالاتصال برئيس المحكمة المختصة بالبيع وهي محكمة مقر المجلس ويطرح عليه القضية، وهذا بعد تشكيله للملف المتكون من الحكم القاضي بالبيع والفريضة إذا كان المشاع تركة، ويكلف جميع الشركاء بالحضور ومعهم المحضر لإعداد قائمة التوزيع وتحديد شروط البيع، ثم تباشر إجراءات البيع، وهو الحل السليم والبسيط و الذي يسهل الإجراءات على المتقاضين.

¹ المادة 08 الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 66-154، المتضمن ق إ م.



الفصل الثاني
كيفية إجراء القسمة والآثار
المرتبة عليها

تمهيد:

يتطلب إجراء القسمة في الغالب وقتاً قد يطول وإلى حين الفصل في دعوى القسمة، فإن الأموال المراد قسمتها تظل مملوكة على الشيوع، غير أنه يمكن للشركاء أثناء سير دعوى القسمة وحفاظاً على مصالحهم، أن يتفقوا على قسمة المال مهياً بينهم وهذا إلى غاية الفصل في دعوى القسمة.

وإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهية المؤقتة جاز للقاضي أن يأمر بها متى طلب بها أحد الشركاء، وهذا على اعتبار أن قسمة المهية هي قسمة انتفاع وليست قسمة ملك، ومادامت كذلك فلا يمكن منع الشخص من الانتفاع طالما كان مالكا للشيء.

سنتعرض في هذا الفصل للكيفية التي تتم بها القسمة القضائية (مبحث أول)، كما نتطرق إلى الآثار المترتبة على القسمة بعد نفاذها (مبحث ثاني).

المبحث الأول:

كيفية إجراء القسمة

يقوم القاضي بقسمة المال الشائع وفق ما نص عليه القانون المدني في المواد من 724 إلى 728 ، فتكون القسمة عيناً فيختص كل شريك بنصيبه المفرز (مطلب أول)، وإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية أو كان من شأن هذه القسمة أن تحدث نقص كبير في قيمة هذا المال، فتكون القسمة حينئذ بطرق التصفية (مطلب ثان).

المطلب الأول:

القسمة العينية

تنص المادة 724 ق م ج¹ فقرتها الثانية:

" تعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع و قسمة حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

فالأصل في القسمة هو أن تكون عينية وحينها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، و مادامت القسمة العينية ممكنة فهي وجوبية، متى تمسك بها أحد الأطراف وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 الصادر بتاريخ 2000/09/27 "لكن حيث أن م 728 ق م تشترط لبيع العقار بالمزاد العلني أن تكون القسمة مسجلة أو ينجر عنها انخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته، حيث أن العقار المشترك قابل للقسمة كما بينت الخبرة المنجزة، وأن قسمته لا تؤدي إلى انخفاض قيمته...."².

¹ المادة 02/724 من الأمر 75-58 ، المتضمن ق م ج.

² المجلة القضائية: عدد خاص بالغرفة العقارية، ص 274. و في نفس العدد نجد قرار رقم 242694.

فالقاضي هو الذي يتولى القسمة بنفسه، وله في ذلك أن يعين خبيراً، خاصة إذا كان المال المراد قسمته عقاراً، وللخبرة دوراً كبيراً في هذا المجال فتهدف بذلك إلى تحقيق العدالة وفرض مبدأ المساواة في القسمة وبالتالي إرضاء جميع الخصوم، ويجب على الخبير أن يقيّم المال الشائع بصفة كلية، ويقيّم نصاب كل شريك ويقوم بقسمة المال على أساس أصغر نصيب للشركاء، ويمكنه أن يقترح مشروع قسمة يبيّن أساس اقتراحه، ويجب على القاضي عند توزيعه الحصص أن يبين حصة كل شريك عيناً وما يقابل قيمتها، وإذا كان المال المقسوم عقاراً وجب عليه ذكر معالم الحصة التي آلت إلى كل شريك وقيمتها كذلك، حتى يتسنى تسجيلها وشهرها، وبالتالي إمكانية تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 الصادر بتاريخ 2000/09/27:

" حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المعاد و القرار المؤيد له نجد بالفعل أن المحكمة صادقت على تقرير الخبير، و تبنت مشروع القسمة المقترح من طرفه لكنها لم تحدد أنصبة الأطراف باعتبار أن موضوع النزاع هو إنهاء حالة الشيوخ وتحديد نصيب كل وارث وأن مصادقة قضاة المجلس على حكم لا يمكن تنفيذه بدون تبرير أو القول بأن الخبرة أعطت كل وارث نصيبه، بدون أن يبينوا ذلك النصيب ولم يحدده، يعتبر قصوراً في التسبب مما يؤدي إلى نقض و إبطال القرار المطعون فيه"¹.

لذا يتعين على القاضي أن يحدد مهام الخبير بدقة، فيأمره بتقويم المال الشائع و قسمته حصصاً متساوية على أساس أصغر نصيب، فإذا كان هناك ثلاث شركاء مثلاً و كانت أنصبتهم هي النصف، الثلث، السدس، قسم المال أسداساً، وهو ما نصت عليه المادة 725 فقرة 1 من ق م²، بعد تكوين الحصص كما سبق بيانه يقوم القاضي بتوزيعها على الشركاء

¹ المجلة القضائية: لسنة 2000 العدد الأول، ص117.

² المادة 01/725 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

كل بنسبة نصيبه في الشروع، فتمر القسمة العينية بعدة مراحل (فرع أول) كما تتم بطريقتين وهما طريق الاقتراع وطريق المعدل (فرع ثان).

الفرع الأول:

مراحل القسمة العينية.

بمجرد إعداد تقرير الخبرة وإيداعه بأمانة ضبط المحكمة يقوم من يهمله التعجيل برفع دعوى إرجاع بعد الخبرة، وعلى فرض أن الخبير قسم المال الشائع إلى حصص عينية، فإن هذه القسمة تمر بعدة مراحل وهي:

أولاً- الفصل في المنازعات.

تنص المادة 726 ق م ج¹:

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

يتبين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء والتي يفصل فيها قبل الفصل في دعوى القسمة هي المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص النوع الأول ومنازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص النوع الثاني.

النوع الأول: هي المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص: تكون عادة متعلقة بالتقويم المعدلات أو التشكيك في مدى تساوي الحصص.

النوع الثاني: هي المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، كالتشكيك في ملكية شريك لحصته الشائعة، وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء كالنزاع في مقدار حصة أحد الشركاء.

¹ المادة 726 من الأمر 75-58 ، المتضمن ق م ج.

تفصل المحكمة في هذين النوعين من المنازعات بموجب حكم قابل للاستئناف¹، وفصلها فيه وجوبي، وفي هذا السياق نجد قرار للمحكمة العليا أهم ما جاء فيه:

" إن المحكمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها وخاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء... فإن قضاة الأساس بمصادقتهم على الخبرة دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص، خاصة و أن الأطراف مازالوا في حالة شيع، يكونوا قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض"².

الراجح أن هذه المنازعات تعتبر من قبيل الدفوع الفرعية، يتم الفصل فيها بموجب أحكام تمهيدية، وعلى كل متى استأنفت هذه الأحكام أرجئ إتمام عملية القسمة إلى حين صيرورتها نهائية.

ثانيا - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز:

عندما يفصل نهائيا في المنازعات التي أثرت فيما بين الشركاء، يقوم من يهمله التعجيل بتحريك دعوى دعوى القسمة من جديد بعد أن كانت المحكمة قد أوقفتها، حتى يفصل نهائيا في المنازعات.

في هذه المرحلة تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، ويصدر هذا الحكم تنتهي دعوى القسمة، وتتم عملية القسمة وفق طريقتين وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 925.

² المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 71.

الفرع الثاني:

طرق إجراء القسمة العينية.

كما سبق التطرق إليه فإذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة قام الخبير بتقسيمها إلى حصص، فإذا كانت الحصص متساوية تمت القسمة بطريق القرعة، وإذا كانت غير متساوية تمت القسمة بطريق المعدل.

أولاً- القسمة بطريق الاقتراع:

الأصل أن يقسم المال الشائع إلى حصص عينية متساوية وعلى أساس أصغر نصيب، والقسمة في هذه الحالة تتم بطريق الاقتراع وهو ما نصت عليه المادة 725 فقرة 1 والمادة 727 ق م ج¹ وأكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار رقم 242694 الصادر بتاريخ 2001/03/14 الذي جاء فيه:

"...لما قضى المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون أن يبرروا اختيارهم يكونوا خرقوا أحكام المادة 728 ق م كما أنهم قد خالفوا أحكام المادة 727 ق م بعدم اتخاذ إجراءات القرعة في قسمة الأملاك الشائعة المفروضة بها مما يجعلهم قد أساءوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض"².

فالمحكمة العليا في هذه النقطة اعتبرت عدم إجراء القسمة بطريق الاقتراع، متى كانت ممكنة خطأ في تطبيق القانون، فالقسمة بطريق الاقتراع على هذا النحو ملزمة للقضاة ولأطراف الدعوى، فرضاً أطراف النزاع لا يعتدّ به متى تم اللجوء إلى هذه الطريقة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "...حيث أن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لم يخالفوا مضمون المادة 727 من القانون المدني، ذلك أن الطرف الطاعن رفض الإدلاء بأي

¹ المادة 727 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج، المرجع السابق.

² المجلة القضائية لسنة 2002 العدد الأول الصفحة 152.

تصريح أو رأي فيما يخص قسمة أو تقسيم تركة المتوفي (م ب)، وأن موضوع رضا أطراف النزاع غير منصوص عليه في المادة 02/727¹ ق م، الأمر الذي يجعل هذا الوجه الأول غير وجيه مما يتعين معه رفضه².

ثانياً - القسمة بطريق المعدل:

تنص المادة 02/ 725³ على ما يلي:

".... إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه."

إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص عينية متساوية، اقتضى الأمر اللجوء إلى القسمة بطريق المعدل، وحينئذ يجوز استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، لذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل وهو كمعدل في عقد المقايضة⁴.

كما يمكن أن تتم القسمة في هذه الحالة بطريق القرعة و بطريق المعدل معاً، فمن يقع في نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة يصبح مديناً بمعدل لمن وقعت الحصة الصغرى في نصيبه، وللمدين هنا حق امتياز على أموال مدينه طبقاً لمادتين 998، 1001 ق م ج، فالخبير يقوم مسبقاً بتقويم الحصص سواء كبرى أو صغرى ويحدد المعدل الممنوح لكل من تقع في نصيبه حصة صغرى، كما يحدد المعدل الواجب دفعه من طرف كل من يقع في

¹ المادة 02/727 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

² قرار المحكمة العليا، غير منشور، رقم 166661 بتاريخ 1997/12/23، أنظر الملحق.

³ المادة 02/725 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 923.

نصيبه حصة كبرى والعبرة في التقويم بتحديد قيمة المال وقت القسمة لا وقت رفع الدعوى أو بدء الشروع.

ويشترط لتطبيق القسمة بطريق المعدل أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية باعتبار أن هذه القسمة هي طريق من طرق القسمة العينية وهو ما أكدته المحكمة العليا:

" حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725 ق م¹ في فقرتها الثانية تنص: على أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما نقص من نصيبه....
والحال إن قضاة الموضوع منحوا اثنين من الشركاء نصيبهما نقداً كلية دون الحصول على نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفاً وأخطئوا في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض"².

أما القسمة بطريق التجنيب، فإن المشرع الجزائري لم يجعلها طريق من طرق القسمة العينية القضائية، فالقاضي لا يمكنه تجنيب نصيب مفرز لكل شريك، غير أنه لا مانع أن تتم القسمة العينية بطريق التجنيب ولو أمكن تكون الحصص على أساس اصغر نصيب وهذا إذا اتفق عليها الخصوم، وفي جميع الأحوال التي تتم بها القسمة العينية يجب تحرير محضر يثبت هذه القسمة ويصدر الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، مع بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة بدقة، فإذا كان محل القسمة عقاراً وجب تحرير الموقع والمساحة وقيمة النصيب، واعتبرت المحكمة العليا أن تخلف بيان هذه المزايا يعد تقصيراً يمنع معرفة مدى عدالة القسمة³.

¹ المادة 02/725 من الأمر 58-75، المتضمن ق ن ج.

² قرار رقم 151301 بتاريخ 1998/03/25 المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الثاني، ص 28.

³ قرار رقم 47070 بتاريخ 1988/09/26، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الأول، ص 33.

المطلب الثاني:

قسمة التصفية

تنص المادة 728 من ق م ج:

" إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع"¹.

فقسمة التصفية ليست إلا طريقا احتياطيا لإجراء القسمة، لا يتم اللجوء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو طريق القسمة العينية، كأن كانت هذه القسمة مستحيلة أو يترتب عليها انخفاض في قيمة المال، والمحكمة هي التي تقدر مدى استحالة القسمة من عدمها، ولها أن تستعين بالخبرة خاصة إذا كان المشاع عقاراً، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 1984/11/05:

" إنه مادام لم يثبت أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة فإن قضاة الاستئناف بصرفهم الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليبيّنوا عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضاوا به"².

فإذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن كان سيارة أو مصنعا أو يمكن قسمته و لكن بإحداث نقص كبير في قيمته، أو تجعل الانتفاع به مستحيلاً، كأن تقسم داراً متكونة من غرفتين إلى اثني عشر (12) عينا، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة بطريق التصفية، و بذلك قضي باستحالة قسمة عنصر العملاء الذي يدخل في تكوين

¹ المادة 728 من الأمر رقم 75-58، المتضمن ق م ج.

² المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص 71.

عناصر المحل التجاري، قسمة عينية دون التخفيض من قيمته¹، والقسمة بطريق التصفية تتم ببيع المال الشائع بالمزاد العلني و قسمة ثمن البيع الذي يرسو عليه المزاد على الشركاء، كل حسب نصيب حصته في المال الشائع.

كما سبق التطرق إليه تصدر المحكمة المرفوع أمامها دعوى القسمة حكماً بإجراء البيع بالمزاد العلني متى ثبت لها استحالة القسمة العينية ذلك أن هذا الحكم هو إجراء من إجراءات القسمة، فتختص به المحكمة الناظرة في دعوى القسمة.

بياع المال الشائع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في ق م إ م وهنا يؤول الاختصاص لمحكمة مقر المجلس طبقاً للمادة 8 فقرة أخيرة ق م، غير أنه يمكن أن تقتصر المزايدة على الشركاء فقط 'ذا طلبوا هذا بالإجماع (فرع أول)، وفي حالة قاصر أو ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء فكيف تتم المزايدة؟ (فرع ثان).

الفرع الأول:

اقتصار المزايدة على الشركاء فقط.

لقد سمحت المادة 728 من ق م على أن تكون المزايدة بين الشركاء فقط، إذا اتفقوا على ذلك بالإجماع، و المحكمة ملزمة بهذا الاتفاق وفي هذا السياق صدر قرار للمحكمة العليا برقم 41996 بتاريخ 1986/06/02 أهم ما جاء فيه:

" إنه في حالة تعذر القسمة عينا....بيع المال بالمزاد العلني وذلك بالطرق المنصوص عليها قانوناً، وغير أنه يمكن أن تكون هذه المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم، إذا ما

¹ قرار المحكمة العليا رقم 33120 الصادر بتاريخ 1984/10/06، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول ص

طلبوا هذا بالإجماع، وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم في الدار المشاعة بينهم وبين المدعى عليهم دون عرض الدار للبيع للمزاد العلني¹.
أمّا إذا لم يتحقق الإجماع وجب بيع المشاع بالمزاد العلني المفتوح للأجانب.

الفرع الثاني:

كيفية التصفية في حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء.

إذا تم اللجوء إلى القسمة بطريق التصفية، فإنه يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية، فيجب أن لا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط، خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس من جهة، ومن جهة أخرى سعياً وراء الوصول إلى أعلى ثمن ممكن عن طريق دخول الأجانب في المزاد، وعلى كل حال فإن المادة 89 من قانون الأسرة حسمت الأمر بنصها وجوب بيع أموال القصر بالمزاد العلني، وفي كلتا حالتها المزايدة فإن رسو المزاد على أجنبي يعتبر بيعاً أما إذا رسي المزاد على أحد الشركاء أعتبر ذلك قسمة بطريق التصفية ويترتب عليها آثار القسمة والتي نتطرق لها بالدراسة والشرح في المبحث الثاني.

¹ أنظر المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثاني ص 78.

المبحث الثاني:

آثار القسمة

وظيفة القسمة هي أنها حالة الشيوخ بإفراز جزء محدد من شيء الشائع لكل شريك متقاسم، فيملكه ملكية خالصة على سبيل الاستثناء والإفراز. لذا فإن الأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز، فاعتبرت القسمة كاشفة أو مقرة لحق الشريك (مطلب أول)، ولما كانت القسمة قائمة على أساس المساواة بين الشركاء المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز يساوي حصته، وجب ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأي منهم ما تعرض أو استحقاق في نصيبه المفرز لسبب سابق على القسمة (مطلب ثان)، وسواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية، عينية أو تصفية، فإنه يترتب عليها هذان الأثران، لذا ارتأينا أن نخصص لهما هذا المبحث.

المطلب الأول:

الأثر الكاشف للقسمة "الإفراز".

تنص المادة 730 ق م¹ على:

" يعتبر المتقاسم مالكا لحصته التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى."

عندما يفرز نصيب كل شريك بالقسمة، يعتبر مالكا وحده لنصيبه هذا ومن وقت أن تملك في الشيوخ، وإذا كان قد تملك في الشيوخ بالميراث، أعتبر مالكا لحصته من يوم وفاة المورث وبالمقابل لا يعتبر شريك أنه قد تملك حصة شائعة في نصيب آخر آل إلى متقاسم معه بالإفراز.

¹ المادة 730 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

وهذه هي النظرية التقليدية لآثر القسمة¹، فليس للقسمة أثر كاشف فحسب كونها تكشف عن ما يملكه الشريك مفرزا في المال الشائع، بل لها أيضا أثر رجعي أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى وقت الذي بدأ فيه الشروع.

إنّ تكييف عملية القسمة بما تحدّثه من إفراز كان محل تطور كبير في الشرائع المتعاقبة، فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية، فكل شريك عندهم يملك بقدر حصته في المال الشائع، وعند القسمة يكون قد بادل شركاؤه على حصصهم الشائعة في هذا النصيب المفرز، بحصته الشائعة في كل نصيب يفرز لهؤلاء الشركاء ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية، كانت القسمة على هذا المنظور ناقلة للملكية أيضاً.

لكن هذا المنظور أو التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التي كانت للشريك قبل القسمة في نصيبه المفرز، فهذه الحصة قد اندمجت في نصيبه هذا، و بقيت له بعد القسمة، ومن ثمّ تكون القسمة كاشفة عن حقه في هذه الحصة لا ناقلة لها².

ومن ثمة يكون للقسمة أثر كاشف بالنسبة للحصة الشائعة المملوكة لشريك قبل القسمة، وأثر ناقل بالنسبة للحصة الشائعة التي كانت مملوكة لشريك آخر قبل القسمة، فللقسمة حسب هذا النهج التقليدي أثرين كاشف و ناقل. غير أن الأثر الكاشف والأثر الناقل للقسمة متعارضان مما جعل المقتضيات العملية ترجع أثرا على آخر.

فالرومان رجحوا الأثر الناقل، وإعمالا لهذا فإن كل متقاسم خلف خاص للمتقاسمين الآخرين فيما آل إليه من نصيب مفرز، فينتقل هذا النصيب محملاً بالحقوق العينية التي رتبها المتقاسمون قبل القسمة، كحق الرهن والانتفاع، كما اعتبرت القسمة بوصفها عقداً ناقلاً

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص214.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص950.

للملكية، سبباً صحيحاً في التقادم القصير، كما أصبح كل متقاسم ملزماً بأن يدفع الرسوم المفروضة لنقل الملكية.

لقد سار النهج التقليدي في فرنسا على تغليب الأثر الكاشف، فحاول فقهاء القانون المدني الفرنسي القديم تفسير الأثر الكاشف بطبيعة الشيوخ، وعندما لم يتوصلوا إلى هذا التفسير لجؤوا إلى فكرة الاقتراض والمجاز القانوني، وفي هذا الصدد يقول الفقيه يواتيه: "إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحدة ومباشرة كل ما وقع في نصيبه وأنه لم يرث شيئاً فيما وقع في نصيب غيره من الورثة"¹، ومن هذه العبارة نقلت المادة 883 قانون مدني فرنسي قديم ثم انتقلت إلى القانون المصري فالقانون الجزائري حيث نصت المادة 730 منه على ذلك.

فهذا القول يعتبر القسمة كاشفة لحق المتقاسم و ليست ناقلة كما يجعل لها أثر رجعي، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى الشريك بمقتضى القسمة يمتد أثره إلى وقت بدء الشيوخ.

غير أن الفقه الحديث يأخذ بالأثر الكاشف للقسمة على سبيل الحقيقة ولا المجاز القانوني، فالقسمة لا تنشأ حقاً جديداً للمتقاسم، بل حقه الذي كان شائعاً آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثه القسمة هو تركيز هذا الحق الشائع في حيز مادي، فحق الشريك المشتاع وإن كان محددًا تحديداً معنوياً بحصته الشائعة، سواء كانت ثلثاً أو سدساً أو نصفاً، إلا أنه من الناحية المادية يرد على الشيء كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، فالقسمة هنا تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوخ ولا تخوله حقاً جديداً، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة فهو مستمد من طبيعة القسمة².

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 952.

² محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 176.

طبقاً لهذه النظرية الحديثة فإن الأثر الكاشف يغني عن الأثر الرجعي، كون الأول يحقق الهدف المرجو من الثاني.

فالاتجاه الحديث يعتبر الأثر الرجعي افتراض ومجاز كذلك، فاعتبار المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه منذ بداية الشروع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص مخالف للحقيقة، فهو يتنافى مع فكرة قيام الشروع لمدة من الزمن¹، حيث كان حق الشريك خلالها يرد على الشيء الشائع كله، فالأثر الرجعي لا يؤخذ به إلا في حدود الغرض الذي سطر له وهو حماية المتقاسم من الحقوق التي قرررها غيره من الشركاء على العين الشائعة قبل القسمة، وهو ما يهدف إليه الأثر الكاشف كذلك، لذا سندرس هذه الحماية من خلال بيان نطاق تطبيق الأثر الكاشف (فرع أول) من خلال النتائج المترتبة عن هذا الأثر (فرع ثان).

الفرع الأول:

نطاق تطبيق الأثر الكاشف.

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة، يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم و التصرفات التي يترتب عليها ثم الأموال التي ينطبق عليها.

أولاً- الأشخاص الذين يكون الأثر الكاشف في مواجهتهم:

ما دامت للقسمة بطبيعتها أثر كاشف فإن هذا الأثر يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص سواء كانوا متقاسمين أو من الغير، فلا يعتبر المتقاسم خلفاً لباقي شركائه المتقاسمين معه وبالتالي لا يتأثر بتصرفاتهم السابقة على القسمة في الجزء المفرز الذي آل إليه، وللاثر الكاشف الفضل في اعتبار القسمة حجة على المتقاسمين دون شهرها إذا كان المال المقتسم عقاراً غير أن هذا الأثر لا ينطبق على الغير.

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 225.

ويسري الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة إلى الغير، فإذا رهن أحد الشركاء في الشيوخ حصته الشائعة أو جزء مفرز من المال الشائع، اعتبر الدائن المرتهن من الغير، فيسري في حقه الأثر الكاشف للقسمة، فلا يسري هذا الرهن في حق الشركاء المتقاسمين فأنصبتهم المفرزة تنتقل إليهم خالية من الرهن.

ثانياً- التصرفات التي تترتب عليها الأثر الكاشف:

حسب النظرية الحديثة فالقسمة بطبيعتها كاشفة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية، عينية أو بطريق التصفية، بمعدل أو بغير معدل، أما القسمة المؤقتة أي المهيأة فليس لها أثر كاشف إلا إذا انقلبت إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشر سنة طبقاً للمادة 733 ق م¹، ففي قسمة التصفية فإن رسو المزاد على شريك ما يعتبر قسمة لا بيعاً وبالتالي تترتب عليها الأثر الكاشف، على خلاف رسو المزاد على أجنبي فهنا تعتبر بيعاً.

كما أن بيع الشريك حصة شائعة إلى شريك آخر يترتب عليه الأثر الكاشف فثمن البيع في هذه الحالة أعتبر معدلاً، أما هبة شريك لحصته الشائعة فلا يترتب عليه الأثر الكاشف بل يترتب عليه الأثر الناقل، فالهبة ليست معادلة للقسمة، لأن القسمة من المعاضات لا من التبرعات².

ثالثاً- الأموال التي يطبق عليها الأثر الكاشف:

يطبق الأثر الكاشف على كل الأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة وتم إفرازها، فيرد على العقار والمنقول كما يرد على الحقوق المعنوية، غير أن الأثر الكاشف للقسمة لا يرد على ما يلي:

¹ المادة 733 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

أ/ معدل القسمة:

إذا أفردت القسمة لأحد المتقاسمين حق لم يكن داخلا في الشيوخ، فلا يطبق الأثر الكاشف على هذا الحق¹، فالتزام أحد المتقاسمين بأن يقدم عقاراً أجنبياً عن المال الشائع كمعدل للقسمة للمتقاسم الآخر تكملة لنصيبه، فهنا يسري الأثر الكاشف على النصيب المفرز الذي حصل عليه الشريك من القسمة، ولا يسري على المعدل، فالقسمة بالنسبة لهذا المعدل تكون ناقلة وليست كاشفة، وتبعاً لذلك فإن ملكية هذا المعدل تنتقل عند إشهاره، وإذا كان هذا المعدل مثقلاً بحق نفذ هذا في حق المتقاسم.

ب/ الحقوق الشخصية:

الحق الشخصي " الدائنية" الذي تشمل عليه التركة مثلاً، لا يدخل في الشيوخ مع باقي الأموال فالحق الشخصي ينقسم على الورثة بمجرد وفاة المورث، وتبعاً لهذا فلا يطبق عليها الأثر الكاشف، فكل وارث ينتقل إليه الحق الشخصي منذ وفاة المورث، وهذا يرجع إلى انقسام الحق الشخصي، ولا يرجع إلى الأثر الكاشف للقسمة².

الفرع الثاني:

النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة.

يترتب على القسمة باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم عدة نتائج:

أولاً: حكم التصرفات التي أبرمها الشريك أو الشركاء، على نصيب الذي وقع في نصيب مفرز لشريك آخر، هذه التصرفات التي أبرمت أثناء مرحلة الشيوخ لا تنفذ في حق الشريك الذي خلص له الجزء المفرز، فالأثر الكاشف للقسمة يظهر النصيب المفرز للشريك

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص230.

² محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص188.

خالٍ من التصرفات التي قام بها غيره من الشركاء، ولا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين.

ثانياً: عقد القسمة لا يصلح أن يكون سنداً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير طبقاً للمادة 828 ق م ج¹، فالسند الصحيح تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو حق عيني إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف، فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكاً لهم فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز بحسن نية لجزء مفرز الذي وقع في نصيبه مدة عشرة (10) سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سنداً صحيحاً تخوله التملك بالتقادم القصير، غير أنه يمكنه أن يستند إلى البيع الذي بموجبه اشتروا العقار بينهم على الشيوع، و البيع هنا سند صحيح ناقل للملكية، فالشريك هنا يملك العقار بالتقادم القصير بفضل البيع لا بفضل القسمة².

المطلب الثاني:

ضمان التعرض و الاستحقاق في القسمة.

طبقاً لنص المادة 731 ق م ج³ يضمن المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق في شأن نصيبه المفرز، بسبب سابق على القسمة، وهذا الضمان مبني على فكرة الأثر الكاشف للقسمة لا على أثرها الناقل، ولذلك فهو يختلف عن الضمان الوارد في عقود البيع.

كذلك فالقسمة تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين وإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق اختلفت هذه المساواة، وهنا وجب الضمان، إلا أنه يجب الرجوع إلى أحكام الضمان

¹ المادة 828 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج، المرجع السابق.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 966.

³ المادة 731 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج، المرجع السابق.

الواردة في عقد البيع فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في عقد القسمة، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع الوصف الكاشف للقسمة¹.

والضمان واجب سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية عينية أو بالتصفية بمعدل أو بغير معدل، غير أنه يشترط لقيامه عدة شروط (فرع أول)، وبتوافرها يترتب عليه عدة آثار (فرع ثان).

الفرع الأول:

شروط الضمان في القسمة.

يشترط لقيام الضمان أربعة شروط، فيجب أن يقع التعرض والاستحقاق فعلاً، ويكون ذلك لسبب سابق على القسمة، وأن لا يكون التعرض والاستحقاق وقع لخطأ المتقاسم نفسه، وأن لا يكون هناك شرط يعفي من الضمان.

أولاً- وقوع التعرض والاستحقاق:

فيتحقق التعرض إذا ادعى شخص ملكية العين التي ألت إلى المتقاسم أو إذا ادعى حقا عينيا آخر عليها، أما الاستحقاق فيتم إذا ما حكم لهذا الشخص بما يدعيه، غير أنه إذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، متناسين نصيب شريك آخر لهم، فهنا لا يوجد ضمان بل القسمة في حد ذاتها باطلة بطلانا مطلقاً²، والمتقاسمون يضمنون التعرض القانوني فقط لا التعرض المادي وهذا طبقاً للقواعد العامة، سواء كان التعرض صادر من متقاسم آخر أو من أجنبي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 972.

² عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 241.

غير أن الالتزام بالضمان وفق قواعد القسمة يطبق فقط على الأموال التي كانت على الشيوع فقط أي التي كانت محلا للقسمة، لأن الالتزام بالضمان مرتبط بفكرة الأثر الكاشف للقسمة، كما سبق بيانه .

ثانيا - أن يكون سبب التعرض سابقا على القسمة:

فيكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل القسمة، أما التعرض الواقع بعد القسمة فلا يضمنه المتقاسمون ومثال ذلك أن تنزع ملكية المتقاسم المفردة من أجل المصلحة العامة، فإذا كان نزع الملكية قد تم قبل القسمة وجب الضمان وكان لازما على المتقاسمين جميعا¹.

ثالثا - أن لا يكون الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم:

وإذا كان كذلك، فمن الطبيعي أن يتحمل الخطأ وحده²، دون أن يجبر المتقاسمين الآخرين ومثال هذا حيازة أجنبي لعين وقعت في نصيب المتقاسم، فأهمل هذا الأخير قطع التقادم مما أدى إلى اكتسابها به.

رابعا - أن لا يكون هناك إعفاء من الضمان باتفاق صريح من الشركاء:

تشدد المشرع في الإعفاء من الضمان المترتب على القسمة و هذا على خلاف الضمان في عقد البيع فاشتراط صراحة النص على الإعفاء من الضمان، كما اشترط أن يذكر سبب الاستحقاق المراد إعفاؤه من الضمان، فشرط الإعفاء من الضمان في القسمة صريحا و خاصا³.

¹فتحي حسن مصطفى: المرجع السابق، ص189.

²حسن كيرة: المرجع السابق، ص235.

³عيد الناصر توفيق العطار: المرجع السابق - ص 160.

غير أنه إذا تم الإعفاء من الضمان على الوجه السليم، فإن ذلك لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن أو اللفظ.

الفرع الثاني:

آثار تحقق الضمان.

إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه السالف الذكر، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين لكي يتدخلوا في الدعوى ويكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه، وذلك في الحالات الآتية¹:

- إذا تدخل المتقاسمين في الدعوى بناء على طلب المتقاسم المعارض له وفشلوا في رد الاستحقاق.
- إذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى بالرغم من طلب المتقاسم المعارض له وحكم بالاستحقاق للمُعْتَرِض ولم يثبت للمتقاسمين خطأ المُتَعَرِّض له.
- إذا لم يتدخل المتقاسمين رغم طلب المتقاسم المُتَعَرِّض له ، وأقر هذا الأخير بحق المُعْتَرِض ولم يفلح المتقاسمين في دفع التعرض.
- إذا لم يخطر المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، وحكم بالاستحقاق للمعارض ولم يثبت المتقاسمون أن تدخلهم لو تم لأدى إلى رفض الدعوى.
- إذا أقر المتقاسم المعارض له للمتعرض بحقه دون دعوى، ولم يثبت للمتقاسمين أنّ المعارض لم يكن على حق في دعواه.

فإذا ثبت للمتقاسم ضمان الاستحقاق طبقاً للحالات السابقة التزام المتقاسمين

الآخرين بالتعويض هذا الاستحقاق، ويتم الاستحقاق على ثلاث حالات:

¹ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 980.

أولاً- أن يكون الاستحقاق كلياً:

في هذه الحالة المعارض استحق العين كلياً، كأن أثبت ملكيتها له فأستردها من المتقاسم، فالمتقاسم هنا يرجع بالتعويض شاملاً قيمة العين وملحقاتها وثمارها والمصروفات النافعة التي أنفقها على العين ومصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق.

ويلتزم المتقاسمون كل حسب نسبة حصته بتعويض المتقاسم مستحق الضمان، ويتحمل هو كذلك بقدر حصته حتى تتحقق المساواة بينهم جميعاً، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً تحمل المتقاسمين جميعاً بما فيهم مستحق الضمان نصيب المتقاسم المعسر مساواة بينهم، وتطبيقاً لمبدأ المساواة كذلك فالعبرة بتقدير الشيء الذي استحق هي وقت القسمة لا وقت الاستحقاق.

ثانياً- الاستحقاق الجزئي:

يتحصل المتقاسم مستحق الضمان التعويض عن ما لحقه من خسارة نتيجة للاستحقاق الجزئي للعين المفردة التي آلت إليه، ويساهم هو كذلك مع المتقاسمين الآخرين كل حسب نسبة حصته.

ثالثاً- رد ما أداه المتقاسم للمعارض توكيلاً للاستحقاق:

طبقاً للمبدأ القائل بتطبيق أحكام الضمان في البيوع على القسمة ما دامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة ومقومتها¹، وبالتالي تطبيقاً للمادة 374 من ق م² المتعلقة بالبيع على الضمان في القسمة وبموجب هذا القياس، وجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المعارض على تفادي الاستحقاق سواء كلياً أو جزئياً مقابل مبلغ مالي.

¹ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 984.

² المادة 374 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج، المرجع السابق.

ويقع الالتزام هنا على جميع المتقاسمين بضمان هذا المبلغ المالي، بما فيهم المعترض له في حد ذاته، كما أن القانون لم ينص على مدة خاصة لتقادم هذا الالتزام، لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة طبقاً للمادة 308 من ق م¹، ويبدأ سريان مدته من تاريخ ثبوت الاستحقاق طبقاً للمادة 02/ 315 من ق م².

ويكون حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضموناً في القانون الجزائري بامتياز المتقاسم سواء كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً طبقاً للمواد 999 و 1001 من ق م.

¹ المادة 308 من الأمر 75-58، المتضمن ق م ج.

² المادة 02/315، من الأمر نفسه.



الخاتمة

الخاتمة:

لما كان الشيوخ أمرا غير مرغوب فيه في غالب الأحيان، فإن المشرع سمح للشركاء في هذا الشيوخ الخروج منه حتى تحقق إجماعهم، وإذا كان المشرع قد منح حق إدارة المال الشائع للأغلبية المالكة للأنصبة، فإنه لا يجوز لهذه الأغلبية إجبار الأقلية على البقاء في الشيوخ، ومن ثم كان لهذه الأقلية حق اللجوء إلى القضاء لطلب إجراء القسمة، فالمشرع يحافظ تارة على المال الشائع وتارة يحافظ على حق أصحاب ملكية هذا المال، فوضع طريقا لاستغلال المال الشائع واستعماله، وهو ما يعرف بقسمة المهياة سواء كانت مكانية أو زمانية، لكن حدد بها مدة زمنية فجعلها قسمة مؤقتة لا تتجاوز الخمس سنوات، ورتب على بقاء الشركاء في قسمة المهياة مدة 15 سنة تحولها إلى قسمة نهائية بقوة القانون ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك.

كذلك أورد المشرع قيودا على قسمة العقارات الفلاحية، وهذا بهدف حماية الوجهة الفلاحية للأرض، وذلك حين اشترط رخصة لتقسيم الأراضي الفلاحية، غير أن هذه الحماية لا تجد صداها لدى الجهات القضائية، لأن الكثير من الجهات لا تشترط رخصة التجزئة والتقسيم ولا حتى سندات ملكية الأموال المشاعة، وهو ما يؤدي إلى استحالة تنفيذ أحكام هذه الجهات القضائية، طالما أنشهرها غير ممكن.

فيجب أن تتضمن الأحكام الكاشفة للقسمة جميع البيانات من حيث تحديد ملكية المال الشائع قبل القسمة وتحديد معالمه وقيمته، وتحديد مآل لكل متقاسم من حيث القيمة والمساحة والحدود كذلك، وهذا حتى يتسنى شهرها لدى المحافظة العقارية.

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

كذلك فالقانون يفترض في أن القسمة القضائية قد روعيت فيها التي تحقق المساواة بين المتقاسمين، لذا كان على الجهات القضائية أن تتبع الخطوات والإجراءات التي يفرضها القانون حتى تكون القسمة منصفة وعادلة، فعلى القضاة أن يحرروا محاضر تثبت الصيغة التي تم بها إجراء القسمة، سواء كان اتفاقاً أو قرعة، وهذا حتى يتبينوا مدى عدالة هذه القسمة.

وللقاضي دور هام في قسمة المال الشائع سواء كانت قسمة اتفاقية فيقتصر دوره هنا في مراقبة مدى عدالة هذه القسمة ما يسمح به القانون، وإذا كانت قسمة قضائية فله دور إيجابي كونه هو الذي يقوم بهذه العملية.



قائمة المراجع

قائمة المراجع المعتمدة:

أولاً- الكتب:

1. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، د.ب.ن، د.س.
2. حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الفكر العربي، الجزائر، د.س.
3. حمدي باشا عمر، نقل الملكية الفكرية، دار هومه ، الجزائر، 2009.
4. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
5. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
6. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية.
7. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، 1991.
8. فتحي حسن، الملكية بالميراث، د.ب.ن، د.س.
9. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.
10. محمد عزم البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، دار الفكر العربي، ط3، الجزائر، 1994.

ثانياً - النصوص القانونية:

11. الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل متمم، ج ر عدد 47 لسنة 1966.(الملغى)
12. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 28 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2005 والقانون 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 2007.
13. الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 18-11-1975.
14. القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005.
15. القانون 90-25، مرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالمر 95-26، مرخ في 25 سبتمبر 1995.
16. القانون رقم 90-29 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 مؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51 لسنة 2004.
17. المرسوم التنفيذي 91-176 مؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة القسمة ورخصة البناء، وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26 لسنة 1991 المعدل بالمرسوم التنفيذي

- 06-03 مؤرخ في 07 جانفي 2006 والمرسوم التنفيذي 09-307 مؤرخ في 22
سبتمبر 2009 ، ج ر عدد 55 لسنة 2009.
18. المرسوم التنفيذي 97-490 مؤرخ في 20 ديسمبر 1997 يحدد شروط تجزئة
الأراضي الفلاحية ج ر عدد 84 لسنة 1997.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	الشكر والعرفان
01	مقدمة
الفصل الأول: القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية	
07	تمهيد:
08	المبحث الأول: القسمة الاتفاقية، إجراءاتها والطعن فيها.
08	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقسمة الاتفاقية وكيفية إجرائها.
09	الفرع الأول: القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود
10	أولاً- للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة
11	ثانياً- الإجراءات القانونية ف القسمة الاتفاقية للعقار
14	الفرع الثاني: حالة وجود ناقص أهلية أو غائب بين الشركاء
16	المطلب الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية
17	الفرع الأول: نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن
18	أولاً- مقدار الغبن وكيفية حسابه
20	ثانياً- أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن
23	الفرع الثاني: دعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها
23	أولاً- أطراف الدعوى وآثارها
24	ثانياً- توقي نقض القسمة للغبن
27	المبحث الثاني:القسمة القضائية
28	المطلب الأول: الخصوم في دعوى القسمة
29	الفرع الأول: الشركاء في الشيوخ.
30	الفرع الثاني: دائني الشركاء
32	المطلب الثاني: المحكمة المختصة بنظر دعاوي القسمة.
33	الفرع الأول: الاختصاص في دعاوي القسمة.
33	الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أثناء سير الدعوى.

الفصل الثاني: كيفية إجراء القسمة والآثار المترتبة عليها	
36	تمهيد:
37	المبحث الأول: كيفية إجراء القسمة
37	المطلب الأول: القسمة العينية
39	الفرع الأول: مراحل القسمة العينية.
39	أولاً- الفصل في المنازعات.
40	ثانياً- الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز
41	الفرع الثاني: طرق إجراء القسمة العينية.
41	أولاً- القسمة بطريق الاقتراع
42	ثانياً- القسمة بطريق المعدل
44	المطلب الثاني: قسمة التصفية
45	الفرع الأول: اقتصار المزايدة على الشركاء فقط
46	الفرع الثاني: كيفية التصفية في حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء.
47	المبحث الثاني: آثار القسمة
47	المطلب الأول: الأثر الكاشف للقسمة "الإفراز"
50	الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف
50	أولاً- الأشخاص الذين يكون الأثر الكاشف في مواجهتهم
51	ثانياً- التصرفات التي تترتب عليها الأثر الكاشف
51	ثالثاً- الأموال التي يطبق عليها الأثر الكاشف
52	أ/ معدل القسمة
52	ب/ الحقوق الشخصية
52	الفرع الثاني: النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة
53	المطلب الثاني: ضمان التعرض و الاستحقاق في القسمة
54	الفرع الأول: شروط الضمان في القسمة

54	أولاً- وقوع التعرض والاستحقاق
55	ثانياً- أن يكون سبب التعرض سابقاً على القسمة
55	ثالثاً- أن لا يكون الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم
55	رابعاً- أن لا يكون هناك إعفاء من الضمان باتفاق صريح من الشركاء
56	الفرع الثاني: آثار تحقق الضمان
57	أولاً- أن يكون الاستحقاق كلياً
57	ثانياً- الاستحقاق الجزئي
57	ثالثاً- رد ما أداه المتقاسم للمعترض توكيلاً للاستحقاق
60	الخاتمة
63	قائمة المراجع
67	فهرس المحتويات
	المخلص

ملخص:

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

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

Résumé:

Le partage conventionnel de la propriété indivis provoque de nombreuses difficultés notamment lorsqu'il concerne le partage des immeubles en raison de l'importance de la fonction sociale et économique de l'immeuble en notre époque actuelle. La majorité des législations civiles encouragent à se référer au partage conventionnel au lieu du partage judiciaire en raison de la lenteur des procédures de ce dernier, d'une part, et en considération des conséquences y résultantes qui pourraient être inadéquates avec les capacités et tendances des copartageants, d'autre part.

Le partage conventionnel est le plus approprié, car l'intervient par consentement entre les co-indivisaires et qui prend en considération les vœux de tout co-indivisaire aux fins d'obtenir un immeuble correspondant à ses capacités. Comme le partage conventionnel de l'immeuble est institué en vertu d'un titre (Acte), la difficulté qui pourrait être provoquée concerne la liberté contractuelle des parties, pour la consécration du partage de l'immeuble selon la méthode que les parties envisagent, et la contradiction de cette liberté contractuelle avec les textes réglementaires imposés, en vue d'empêcher la démembration de la propriété agricole et aux fins de conserver et sauvegarder le caractère urbanistique civilisateur.