



جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



القسمه القضائية للملكية العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف

أ-د/ طباع نجاة

من إعداد الطالبة

ازقاق سميرة

لجنة المناقشة

الأستاذة هارون نورة، ، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجايةرئيسا

الأستاذة طباع نجاة، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... مشرفا

الأستاذ بن هلال نذير، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ممتحن

تاريخ المناقشة 23 سبتمبر 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفانه

الحمد لله الذي به تم الصالحات ، الحمد لله الذي انار لي درب

العلم و المعرفة و أعانني على إتمام هذا العمل

نتقدم بجزى الشكر يقتضي منا الوفاء و الاعتراف بالجميل بعد الله

سبحانه و تعالى أن نتقدم بوافر الشكر و التقدير إلى الأستاذة

الفاضلة طباع نجاه ، لتفضلها بالإشراف على هذه المذكرة ، وعلى

توجيهاتها القيمة ، جزاها الله خير الجزاء .

إهداء

انه لا يسعني في هذا المقام أن اهدي ثمرة جهدي إلى

الذين أوصاني بهم الله تعالى برا وإحسانا

إلى من علمني كل أمور الحياة و رباني على الفضيلة والأخلاق و كان

لي سند و تحمل عبئ الحياة حتى لا أحس بالحرمان ،أبي العزيز الذي

فارقني جسده و لم تفارقني روحه ، رحمة الله عليه،

إلى التي أنارت دربي بدعائها ، إلى نبع الحنان أمي الغالية ،

إلى اعز أصدقائي إخوتي .

سميرة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

د.ط: دون طبعة.

ط: طبعة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

د.ع: دون عدد.

ثانياً: باللغة الفرنسية

CEO: Chief Executive Officer.

CFO: Chief Financial Officer.

IFC: International Finance Corporation.

N° : Numéro.

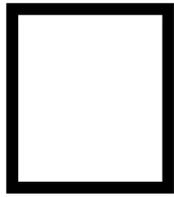
OECD : Organisation de Coopération et de Développement Economique. Op.Cit :
Ouvrage Précédemment Cite.

P : Page.

PP : de Page à la Page.

w. w. w: World Wid Web : le réseau d'information internationales

مقدمة



مقدمة

إذا كان حق الملكية هو حق الاستئثار بالشيء ، وذلك باستعماله و استغلاله و التصرف فيه على وجه دائم ، وفي حدود القانون ، فإن الملكية الشائعة هي إحدى صورها كحالة استثنائية على الملكية المفروزة التي يستأثر فيها شخص واحد بملكية شيء معين لوحده ، فالشروع إذن ، حالة قانونية يكون فيها الحق العيني مملوكا لعدة أشخاص دون تحديد نصيب كل منهم مفرزا ، وإنما يتحدد نصيب كل طرف في الشيء بحصته الشائعة فيه ، ويرمز إليه بنسبة حسابية كالنصف أو الربع أو الثلث.

ومما لا شك فيه أن حالة الشروع قد تنشأ عن طريق التصرف القانوني -حالة الشروع الاختياري- كالوصية حين يوصي شخص بأرض له لشخصين فيصبح الموصى به مملوكا لهما على الشروع، أو العقد بقيام شخصين بشراء عقار بالتساوي بينهما أو حال قيام شخص ببيع نصف داره إلى شخص آخر فيصبح المشتري شريكا للبائع فيها، وقد تنشأ حالة الشروع أيضا عن طريق الواقعة القانونية -حالة الشروع الإجباري- كالحيازة عن طرق التقادم كأن يحوز شخصان أرضا حيازة مشتركة أو بالميراث وهي الحالة الأكثر شيوعا بأن يترتب على وفاة الشخص فيما إذا كان له أكثر من وارث تملك ورثته لأمواله على وجه الشروع كل بنسب حصته الارثية.

ونظرا لما يسببه الشروع من متاعب وصعوبات للشركاء بسبب ما ينشأ عنه من خلافات حول إدارة المال الشائع و التصرف فيه ، فإن نهايته هي الزوال لا محالة ، لذلك خول المشرع الجزائي للشركاء في الملكية الشائعة الحق في قسمة المال الشائع، والذي يتم كأصل عام بالاتفاق بين جميع الشركاء، إلا أنه في كثير من الأحيان قد يتعذر عليهم الاتفاق بالإجماع وبالتالي يتم فض حالة الشروع باللجوء إلى القسمة القضائية باعتبارها طريق من طرق إنهاء الشروع والشائعة عملا ، كما أنه وفي بعض الحالات ، القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المال الشائع بواسطة القضاء.

ودعوى الخروج من الشيوع -القسمة القضائية- تعد من المواضيع الهامة في المادة العقارية ، والتي عاجلها المشرع في المواد من 713 إلى 742 من القانون المدني ، وقد تكون بطريق القسمة العينية أو تكون بطريق التصفية ببيع المال بالمزاد العلني .

وبالرجوع إلى جداول الأقسام العقارية بالمحاكم والغرف العقارية بالمجالس القضائية والغرف العقارية للمحكمة العليا نجدها تعج بقضايا القسمة وثير عدة إشكالات وهو ما جعلنا نعالج موضوع دعوى الخروج من الشيوع من الناحية النظرية بالتطرق إلى الأحكام القانونية التي تنظم هذه الدعوى من حيث موضوعها وإجراءاتها وأثارها القانونية ، وكذا من زاوية المنازعات التي تطرح بشأنها على الصعيد التطبيقي وعلى ضوء ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا .

وعن دوافع اختيار هذا الموضوع فكانت ذاتية شخصية من جهة و موضوعية من جهة أخرى ، إذ تتجلى الدوافع الذاتية في الميول إلى المادة العقارية بصفة عامة و القسمة القضائية بصفة خاصة لما لها من حساسية وارتباطها بحياة الناس العملية و الواقعية والتي يسودها الاختلاف في إدارة المال الشائع و التصرف فيه لما يسببه الشيوع من ضرر للمصلحة العامة و الخاصة على حد سواء ، في حين أن الدوافع الموضوعية تمثلت أساسا في دراسة النظام القانوني للقسمة القضائية في التشريع الجزائري والوقوف على الثغرات القانونية التي يعرفها هذا النظام وما يطرحه من إشكالات عملية و تحديد موقف المحكمة العليا منها لا سيما و أن اغلب البحوث في هذا الموضوع تركز على الجانب النظري دون إبراز العوائق التي يتصادف بها القاضي أثناء تطبيقه للنصوص القانونية .

وعن المنهج المتبع في دراسة الموضوع، فهو المنهج الوصفي من خلال التطرق إلى أحكام القسمة القضائية للملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري وكذا المنهج التحليلي بتحليل هذه الأحكام من خلال عرض الشروط الشكلية و الموضوعية لدعوى القسمة القضائية للملكية الشائعة

و الآثار القانونية المترتبة عنها والإشكالات والصعوبات التي تثار بشأنها أثناء تطبيق هذه الأحكام وتحديد موقف المحكمة العليا منها .

وعليه تكون معالجة الموضوع على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا من خلال طرح إشكالية تتمثل أساسا في: بيان النظام القانوني للقسمتين القضائية للملكية العقارية في التشريع الجزائري ؟ ، وما هي الإجراءات التي تنظم دعوى قسمة العقار ، وما هي الإشكالات التي تثيرها هذه الدعوى على مستوى الجهات القضائية؟ ، وكيف عالجت المحكمة العليا ذلك ، وهل قدمت اجتهادات تسد الثغرات القانونية ؟

ولالإجابة على هذه الإشكالية ، اعتمدنا خطة بحث تتكون من فصلين ، فأما الفصل الأول تناولنا فيه ماهية القسمتين القضائية للملكية العقارية الشائعة، ويتضمن بحثين، ففي المبحث الأول تطرقنا فيه إلى مفهوم القسمتين القضائية للملكية العقارية الشائعة ، وفي المبحث الثاني إلى إجراءات القسمتين القضائية وكيفية إجراءها ، أما الفصل الثاني ضمن الآثار القانونية المترتبة عن القسمتين القضائية وقسمناه بدوره إلى بحثين، يتضمن المبحث الأول الإفراز لنصيب كل متقاسم و المبحث الثاني ضمان التعرض والاستحقاق وفي الأخير تطرقنا إلى خاتمة للموضوع.

الفصل الأول : ماهية القسمة القضائية للملكية العقارية

الشيوع حالة قانونية غير مرغوب فيها ومهما طال أمدها إلا أن نهايتها ومآلها هو الزوال ، و القسمة القضائية هي الطريق الأمثل لانقضائها ، والقسمة القضائية تختلف عن أنواع أخرى من القسمة ، كما تتم بعدة طرق وفقا لإجراءات قانونية حددها المشرع سلفا ، كما أن حق طلبها مقيد بشروط.

المبحث الأول

مفهوم القسمة القضائية للملكية العقارية.

يتحدد مفهوم القسمة القضائية من الدلالة اللغوية للمصطلح، وكذا من المفهوم الاصطلاحي الذي حدده فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، ومن التعريف القانوني في التشريع الجزائري ، مقارنة ببعض تشريعات الدول الأخرى ، كما أن تمييز القسمة القضائية عن الأنواع الأخرى من القسمة وتحديد من له الحق في طلبها والقيود الواردة على هذا الحق أمر ضروري وجدي لرفع اللبس و الغموض عن مفهومها .

المطلب الأول

تعريف القسمة القضائية للملكية العقارية

أمام تشعب مفهوم مصطلح القسمة حيث يرد استعماله في مجالات عدة من مجالات القانون، سوف نحاول تحديد المقصود بالقسمة لغة وفقها وقانونا، وتمييزها عن بعض أنواع القسمة.

الفرع الأول

تعريف القسمة

أولا : تعريفها لغة

القسمة لغة يراد بها التجزئة و التوزيع و التفرقة ، فالقسمة بكسر القاف اسم مؤنث⁽¹⁾ معناه التجزئة ، قال الله تعالى : " وإذا حضر القسمة أولو القربى و اليتامى و المساكين فارزقوهم منه و قولوا لهم قولاً معروفاً " (2)

(1)-الدكتور زايد أحمد رجب البشيشي ، أحكام القسمة القضائية و أثارها في القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2015 ، ص 16 .

(2) سورة النساء ، الآية رقم 08 .

ثانيا : تعريفها فقها

القسمة هي العملية التي تهدف إلى إنهاء حالة الشيوع واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة⁽¹⁾.

القسمة هي سبيل إزالة الشيوع وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع⁽²⁾.

وإستنادا على التعريفين السابقين ، فإن شراح القانون المدني جعلوا من القسمة أهم عملية أو بالأحرى الوسيلة التي ينقضي بها الشيوع وهي التصرف القانوني الذي حدده المشرع للمشتاعين للخروج من حالة الشيوع.

ثالثا : تعريفها إصطلاحا

وردت في الشريعة الإسلامية عدة تعريفات للقسمة وفقا للمذاهب الفقهية المختلفة.

وقد أورد الدكتور نعيم سماره المصري تعريفات الفقهاء للقسمة على النحو الآتي:

عند الحنفية: القسمة هي جمع نصيب شائع في مكان معين أو مخصوص.

وعند المالكية: القسمة هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين له مع بقاء الشركة في الذات.

(1)-غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009 ،ص117.

(2) - وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، ط 79-80 ، منشأة المعارف، 1994 ،ص194

وعرفها الشافعية والحنابلة: القسمة تميز بعض الأشياء عن بعض وإفرازها عنها بتجزئة الأشياء بالكيل أو غيره⁽¹⁾.

عرفتها مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل مواقف المذهب الحنفي القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل⁽²⁾.

والقسمة مشروعة أيضا بنص الكتاب والسنة ، ففي القرآن الكريم نجد العديد من الآيات التي تدل على مشروعيتها ومنها قوله عز وجل " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر ، نصيبا مفروضا "

كذلك قوله تعالى " وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه و قولوا لهم قولاً معروفاً"⁽³⁾

أما عن السنة النبوية عن مالك عن ثور بن زيد عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية ، فهي على قسم الجاهلية ن وأيما دار أو أرض قسمت في الاسلام ، فهي على ما قسم الاسلام "⁽⁴⁾.

(1) نعيم سماره المصري، قسمة الميأة في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، مجلد (01) التاسع عشر، العدد الأول، يناير 2011.

(2) مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية ببيروت ، سنة 1303 هجري، ص 158 .

(3) سورة النساء، الآية 08.

(4) القاضي ابي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شركة دارمكتبة المعارف ناشرون، بيروت لبنان ، الطبعة 2012 ، كتاب القسمة، ص 681.

رابعاً: تعريفها قانوناً

-لم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني تعريفاً للقسمة وإنما ترك ذلك للشرح والفقهاء مثل بقية المشرعين أسوة بأغلب القوانين المدنية العربية الأخرى إلا أن القانون المدني الأردني عرف القسمة في المادة 1038 على أنها: "إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي". (1)

كذلك الشأن بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي سار على خطى القانون الأردني حيث نص في المادة 1160 على أن القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي". (2)

نخلص إلى أن فقهاء القانون يتفقون مع الفقه الإسلامي في تعريفهم للقسمة على أنها تعيين للحصص الشائعة بإفرازها وإعطاء كل شريك حصته ليستقل بها ، و يتصرف فيها تصرف الملاك منفرداً عن غيره من الشركاء.

الفرع الثاني

تميز القسمة القضائية عن غيرها من أنواع القسمة

باستقراء أحكام القانون المدني يتبين أن القسمة انواع ، وتعدد بتعدد الزاوية التي ينظر إليها سواء من حيث طبيعة محل القسمة (قسمة ملك و قسمة انتفاع) ، ومن حيث دوامها (قسمة نهائية دائمة و قسمة مؤقتة زمانية أو مكانية) ، ولما كانت القسمة النهائية هي التي تنهي حالة الشياخ لكونها قسمة ملكية وليست انتفاع فإنها تكون إما كلية أو جزئية ، وتكون عينية أو قسمة تصفية ، كما تكون إما اتفاقية أو رضائية .

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(2) قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية رقم 5 لسنة 85 ، معدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 87 .

أولاً : القسمة الاتفاقية (الرضائية)

تنص المادة 723 من القانون المدني: "يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتصموا المال الشائع بالطريق التي يرونها ، فإذا كان بينهم ناقص الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون ."

استنادا على المادة المذكورة أعلاه، فإن المشرع وإن أقر القسمة الاتفاقية كطريق لإنهاء الشيوع في الملكية العقارية إلا أنه لم يعط لها تعريفا ، مكتفيا فقط بذكر شروطها ، ومع ذلك فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: "عقد يبرمه الشركاء لاقتسام المال الشائع و بالطريقة التي يرونها.

والبعض الآخر عرفها" بأنها عقد كسائر العقود ،أطرافه الشركاء المشتاعين، ومحلله المال الشائع ، و من ثمة تسري على هذه القسمة أحكام العقود من تراضي الشركاء ، وتوافر الأهلية و خلو الارادة من العيوب ، واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع".⁽¹⁾

وعليه ، و طبقا للمادة 723 من القانون المدني ، يمكن القول بأن القسمة الاتفاقية هي التي تتم بإتفاق الشركاء بالاجماع على قسمة المال المشاع نهائيا ، بأن يأخذ كل منهم نصيب في المال الشائع بالطريقة التي تراضو عليها ، و هذه القسمة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين هما :

-إجماع كافة الملاك المشتاعين ورضاهم على قسمة المال المشاع.

-عدم وجود من بين المشتاعين ناقص الأهلية⁽²⁾ أو غائب.

المشرع اعتبر القسمة الاتفاقية عقد اتفاقي لذلك اشترط فيها توافر الرضى و الأهلية الكاملة⁽³⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج8 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،

الطبعة الثالثة الجديد سنة 2000 ، ص 893.

(2) المادة 43 من القانون المدني تنص أنه كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيا أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

(3) المادة 40 من القانون المدني تنص أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة .

في الشركاء مع خلو إرادتهم من العيوب كالغلط ،التدليس، الاستغلال و الاكراه ، وأن يكون المحل مستوفيا لشروطه و أن يوجد سبب مشروع للتعاقد ، وإلا كانت القسمة قابلة للإبطال ، وأنه في حالة ما إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية يجب مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون حماية لحقوق القاصر ومن هو في حكمه، والذي له حق التمسك بإبطالها في حالة مخالفتها ،على أساس أن القسمة التي يكون القاصر طرفا فيها تعد من العقود التبادلية و من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر والتي من شأنها أن تمس بحقوقه ، غير أنه يجوز لناقص الأهلية عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة.

وتكمن الاجراءات الواجب مراعاتها فيمايلي:

1/ إذا كان من بين الشركاء قاصرا لا بد من تحرير وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في ابرامه للقسمة الاتفاقية طبقا للمادة 574 من القانون المدني .

2/ وجوب الحصول على إذن قضائي في بعض من التصرفات التي يكون القاصر طرفا فيها ومنها قسمة العقار طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة ، و استيفاء المحل لشروطه ووجوب سبب مشروع ومنها القسمة، إعمالا بالمواد 89 (الولي) ، 90 (الوصي) ، 91 (المقدم) أو الوكيل القضائي للغائب من قانون الأسرة.

3/ في حالة ما إذا كان القاصر ليس له ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة و تعيين مقدم ، حينئذ يقوم رئيس المحكمة بالفصل في الطلب.

4/ في حالة ما إذا تعلق الأمر بقسمة تركة يكون القاصر من ضمن الورثة فيها، فقد اشترط القانون أن تكون القسمة قضائية طبقاً للمادة 181 من قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 19-12-1988 جاء فيه ((من المقرر قانوناً أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي ، ومن المقرر أيضاً أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى منه كان ذلك لزاماً ، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خطأ في تطبيق القانون .

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر و في رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة الاجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.))⁽¹⁾

5/ وجوب مراعاة إجراء الرسمية و كذا عملية الشهر العقاري للقسمة الاتفاقية في المحافظة العقارية إعمالاً بالمادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا المواد 793 و 324 مكرر 1 من القانون المدني ، و التي مفادها أن القسمة الاتفاقية ليس لها أي حجية سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا إذا تم إفراغها في الشكل الرسمي مع شهرها لدى المحافظة العقارية ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 31-05-2000 ((و أنه من المقرر قانوناً أن القسمة التي لم تراعى فيها الاجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط ، مع بقاء ملكية العقار في الشيوع ، و لما ثبت أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية فقد أساءوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني و عرضوا قرارهم للنقض .))⁽²⁾

وهو المبدأ الذي اكدته فيالقرار المؤرخ في 2002/04/24 ((أن القسمة الودية الواردة في عقد عرفي و المصادقة عليه يشكل خرقا للقانون، ذلك أن نقل الملكية يجب أن يكون بعقد رسمي ، وأن قضاة الموضوع بمصادقتهم على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993-09-19 مخالفين لأحكام المادة 324 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر رقم 74-75

(1) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 51282، مؤرخ في 1988-12-19، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1991، ص 63.

(2) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 198.689، مؤرخ في 2000-05-31، المجلة القضائية، الجزء الأول، 2004، ص 283.

المؤرخ في 1975-11-12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري يكونوا قد خرقوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض)⁽¹⁾، كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفته العقارية بتاريخ 2008-07-16 مايلى ((المبدأ: تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي ،... حيث أن المدعي تمسك بأنه في سنة 1996 تم إجراء قسمة ودية لهذه التركة ، وأن كل وريث حصل على حصته من المال العقاري ، وحيث أن المادة 324 مكرر1 تأمر بالاخضاع إلى الشكل الرسمي العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية ، وحيث في قضية الحال فإن القسمة التي يتمسك بها المدعي لم تحرر بالشكل الرسمي و بالتالي فهي باطلة وظل أثارها باطلة))⁽²⁾، وهو نفس المبدأ الذي أكدته القرار المؤرخ في 2007-09-12.⁽³⁾

و تجدر الإشارة أيضا أن القسمة الاتفاقية من الناحية العملية تتم بإعداد مخطط موقع للأمكنة المنصب عليها مشروع القسمة من طرف خبير معتمد ، ويرفق بطلب الشركاء بتجزئة العقار، ويودع الملف بالمصلحة التقنية للتهيئة والتعمير بالبلدية ، ثم يقوم الخبير المكلف بهذه المصلحة بدراسة الملف ومعاينة الأمكنة ويتأكد من احترام المسافات ومن وجهة الأرض الغير فلاحية ثميقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة ،وبعدها يتوجه الشركاء لدى الموثقلممكنه من

ملف القسمة ليقوم بإفراغ اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي و تسجيله ثم شهره بالمحافظة العقارية (4) .

- (1) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 229161 ، مؤرخ في 24-04-2002 المجلة القضائية ، الجزء الأول ، 2004 ، ص 269 .
- (2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 462587 ، المؤرخ في 16-07-2008 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 2008 ، ص 261
- (3) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 414655 ، المؤرخ في 12-09-2007 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 2008 ، ص 211
- (4) الدكتورة اسعد فاطمة ، "محاضرات في الملكية الشائعة" ، (مطبوعة غير منشورة) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة عبدالرحمان ميرة ، بجاية ، 2016/2017 ، ص 34.

والقسمة الاتفاقية التي لم تراخ هذه الاجراءات لا يعتد بها قانونا في اثبات الملكية العقارية و لا يترتب عنها أي أثر قانوني سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير ، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18-06-2002 بمابلي ((من المقرر قانونا أن العقود الادارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو إنتضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من القسمة الودية المحتج تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، ومن ثم فإن استبعاد و وثيقة بها من قبل الطاعنين لعدم شرها ، والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقات سليما للقانون)) (1).

ثانيا : قسمة المهايأة

تنص المادة 733 من القانون المدني أنه " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإذا لم تشتط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها و لم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة إنتقلت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك .

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة ، إقترض عن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة .

-وتنص المادة 734 من نفس القانون أيضا : "يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

(1) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 231832 ، المؤرخ في 18-06-2002 ، المجلة القضائية ، الجزء الأول ، 2004 ، ص 265 .
استنادا على المادتين أعلاه ، نجد أن المشرع الجزائري أقر بقسمة المهايأة ونظم أحكامها ضمن المواد 733 ، 734 ، 735 و 736 من ق مإلا أنه لم يعط لها تعريفا تاركا ذلك للفقهاء .

فقد عرفها البعض منهم أنها " اتفاق مؤقت ، يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ن ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوع" ، ومنهم من عرفها بأنها " التي يتناوب فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء ، دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم" (1) .

وطبقا للمادتين أعلاه ، فإن قسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة ، تتعلق بقسمة الانتفاع لا بقسمة ملكية لذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ، فهي لا تنهي حالة الشيوع وإنما هي طريق من طرق إدارة المال الشائع بغرض تنظيم الانتفاع به .

وقد يلجأ الشركاء عادة إلى قسمة المهايأة إما بسبب عدم قابلية الانتفاع بالمال الشائع بصفة مشتركة الأمر الذي يفرض على الشركاء الانتفاع به لمدد تحدد بينهم ، وإما لعدم رغبتهم في إنهاء حالة الشيوع لكون المنفعة التي يحصلون عليها جراء انتفاعهم بالمال الشائع أفضل من تلك العائدة لهم في حالة بقاءهم في الشيع كأن يكون المال المشاع دار مملوكة لعدة أشخاص .

وقسمة المهايأة قد تكون مكانية أو زمانية ، وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فإن أحكام عقد الايجار كقاعدة عامة تسري عليها .

1-قسمة المهياة المكانية

نص عليها المشرع في المادة 733 من ق م المذكورة أعلاه ،ويقصد بها اتفاق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز، يوازي حصته في المال الشائع، فينفرد باستغلاله و إدارته و الانتفاع به متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء دون أن يكون له الحق في محاسبة الشركاء الآخرين في ما عاد لهم من الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمسة سنوات (5 سنوات)، فإذا لم يحصل اتفاق على المدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل

(1) الدكتور محمد عبدالرحمان الضويبي ، أحكام القسمة بين الفقة الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 ، ص 199.

اتفاق جديد فإنها تتجدد في كلا الحالتين لمدة سنة (1)واحدة إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه أنه لا يرغب التجديد، بشرط أن يكون الاعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة (3 أشهر).

وقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 733 ق.م.ج، حكما مفاده أن المهياة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية، إذا دامت خمسة عشرة (15) سنة، فاستمرار المهياة المكانية لمدة خمسة عشرة (15) سنة لأكبر دليل على أن هذه المهياة هي خير قسمة للمال الشائع، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى التعامل على أساسها (1).

2-قسمة المهياة الزمانية :

نص عليها المشرع في المادة 734 من القانون المدني السالف ذكرها ، ويقصد بها اتفاق الشركاء على التناوب فيما بينهم في الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تناسب مع حصته.

ويستنبط من المادة 734 من القانون المدني ، أن المشرع لم ينص على مدة المهياة الزمانية بخلاف المهياة المكانية التي حدد مدتها ، لذلك تسري عليها القواعد العامة ويجوز للأطراف تحديد مدتها طبقا لما اتفقوا عليه بشرط أن لا يؤدي هذا الاتفاق إلى اجبارهم على البقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات هذا من جهة.

-ومن جهة أخرى، أن المهايأة الزمانية لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها وهذا خلافا للمهايأة المكانية التي تنقلب إلى قسمة نهائية إذا دامت همسة عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ن والمشرع قد خص المهايأة المكانية بهذا الحكم الاستثنائي دون المهايأة الزمانية على أساس أن المهايأة المكانية وإن كانت تتعلق بقسمة انتفاع إلا أنها تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة فهي كالقسمة النهائية بخلاف المهايأة الزمانية التي تبقى المال الشائع على حالته دون إفراز ولا تهيء للقسمة النهائية.(2)

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 817.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 820.

-وما تجدر الإشارة إليه أن قسمة المهايأة مكانية كانت أو زمانية ، هي عبارة عن مقايضة الانتفاع بالانتفاع ، وهذه المقايضة تعتبر إيجارا ، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الايجار نقدا بعكس الثمن في عقد البيع (1).

وباعتبار المهايأة قريبة من الايجار على أساس أن الشريك في قسمة المهايأة يعتبر مؤجرا للشريك الأخر، ومستأجرا منه حصته ، فإن المشرع أخضعها من حيث جواز الاحتجاج بها تجاه الغير ومن حيث أهلية وحقوق وواجبات المهائين وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار باستثناء الوفاء بالأجرة لتعارضه مع طبيعة هذه القسمة ، وهذا طبقا للمادة 735 من القانون المدني التي تنص: " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقد الايجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة " .

المطلب الثاني

حق طلب القسمة والقيود الواردة عليها.

الحق في طلب القسمة حق مكرس قانونا لكل شخص يرغب إنهاء حالة الشيوع الاختياري ، إلا أن المشرع أحاط هذا الحق بجملة من الموانع والقيود نتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الأول

الحق في طلب القسمة

الحق في طلب قسمة الملكية العقارية حق أصيل لكل شريك على الشيوع ، فلا يجبر على البقاء في الشيوع كأصل عام ، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 722 من القانون المدني " لكل

(1) محمد عبدالرحمان الضويبي المرجع السابق ، ص 220.

شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق " (2)

ويثبت الحق في طلب القسمة للشريك الأصلي على الشيوع ، و كذا لمن يخلفه في الشيوع سواء خلافة عامة -الخلف العام- أو خلافة خاصة -الخلف الخاص- بحلوهم محله في الملكية ، كما أن هذا الحق يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنه ولا يسقط بالتقادم (2).

الفرع الثاني

القيود الواردة على حق طلب القسمة

إذا كان الأصل هو حق الشريك و خلفه في طلب القسمة إلا أن المشرع أحاط هذا الحق بجملة من الموانع والقيود بموجبها لا يجوز للشريك المشاع أن يطلب القسمة بل يكون ملزما بالبقاء في الشيوع ، وذلك إما لأن طبيعة المال الشائع تأبى القسمة بالنظر إلى الهدف المعد له أو ما يسمى بالشيوع المؤبد أو الدائم ، وإما لوجود اتفاق بين الشركاء عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أولاً: الموانع القانونية

قد يجبر الشريك على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون ، ويسمى القيد القانوني كما هو الحال في الشيوع الاجباري ، بحيث يقتضي الغرض الذي أعد له المال الشائع بقاءه على الشيوع ، إذ لا يصلح للاستعمال المعد له إذا تمت قسمة و هذا ما نصت عليه 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 دائماً على الشيوع " .

(2) أمر رقم 58-75 ، مؤرخ في 26-09-1975 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ، عدد 78 ، سنة 1975

وقد نصت المادة 815 من القانون المدني الفرنسي على (1) :

ونجد تطبيقاً لهذه الأحكام في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كملكية الأرض المقام عليها العمارة أو أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، فلا يجوز لأي من الشركاء قسمتها ، إذ بحكم إعدادها لا تقبل القسمة ، فتبعية الأجزاء المشتركة للأجزاء المفروزة واضحة طالما أن مصير الأجزاء المشتركة مرتبط بمصير الأجزاء المفروزة ولا ينفصل عنه (1) ، فليس للشريك أن يتصرف في نصيبه مستقلاً عن الجزء الذي يملكه مفروزا في الدار و فقا لما نصت عليه المادة 747 من القانون المدني : " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محل لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة " .

وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بموجب القرار المؤرخ في 10-07-1991 الذي جاء فيه : (أنه من المقرر قانوناً أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلاً لدعوى القسمة ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لمخالفة القانون غير سديد .

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها ، باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁾.

ثانيا : الموانع الاتفاقية

نص المشرع الجزائري في نص المادة 722 من القانون المدني على جواز لجوء الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، يمنع عليهم خلالها طلب القسمة ، وحدد المدة التي يجوز الاتفاق خلالها ب 05 سنوات، بحيث يكون هذا الاتفاق نافذا في حق من يخلف الشريك المشاع سواء كان خلفا عاما أو خاصا.

(1) تومي مريم ، النظام القانوني للملكية المشتركة ، ط 1 ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2014 ، ص 39.

(2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 76988 ، مؤرخ في 10/07/1991 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1992 ، ص 35 .

الاتفاق على البقاء في الشيوخ يكون لعدة أسباب، كأن يكون بين الشركاء من هو ناقص الأهلية تقتضي معه إجراءات قد تطول و ذلك بتعيين ولي له، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من القانون 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم ، وقد يكون من بين الشركاء غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة ، كما قد يكون أمام الشركاء مشروع لاستغلال المال المشاع أو لاجراء إصلاحات فيه ، فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لانجاز الإصلاح المطلوب.

كذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة 823 من القانون المدني ما يفيد ذلك:

Le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure a cinq ans. Il peut être renouvelé dans le cas prévu au premier

alinéa de l'article 822 jusqu' à la majorité du plus jeune des descendants et dans le cas prévu au deuxième alinéa du même article jusqu' au décès du conjoint survivant . (01)

فالمشرع الفرنسي ربط في هذه المادة تجديد مدة الخمس سنوات بشرطين: بلوغ الوارث سن الرشد أو موت الزوجة حسب الحالة.

La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités ⁽⁰¹⁾

(J.O n° 145 du 24 juin 2006 page 9513 texte n° 1)

المبحث الثاني

إجراءات القسمة القضائية و طرق إجرائها

حالة الشروع بين الشركاء تزول كأصل عام بالقسمة الودية أو الاتفاقية، إلا انه يتعذر في بعض الأحيان أن يجمع الشركاء على الاتفاق فيما بينهم لقسمة المال المشاع وديا أو يكون بينهم شخص قاصر، وكذلك الأمر إذا كان بينهم شخص غير كامل الأهلية أو غائب و لم تأذن المحكمة للوصي أو القيم عليه باجراء القسمة بالاتفاق، فيتم اللجوء إلى القضاء، وذلك بإتباع اجراءات قانونية محددة سلفا ليتولى القاضي قسمة المال العقار المشاع وفقا للقانون .

المطلب الأول

إجراءات القسمة القضائية للملكية العقارية

القسمة القضائية هي طريق لانتهاء حالة الشيوخ ، وهي تلك التي تتم عن طريق القضاء في حالات معينة ، فإذا لم يجمع الشركاء على إجراء القسمة رضاء حسب المادة 724 من القانون المدني⁽¹⁾ ، أو إنعقد إجماعهم وكان بينهم ناقض الأهلية أو غائب ولم تأذن المحكمة للولي أو الوصي أو القيم أو وكيل الغائب بالقسمة طبقا للمادة 723 من نفس القانون ، أو تعلق الأمر بقسمة تركة كان من بين الورثة وارث قاصر عملا بالمادة 181 من قانون الأسرة⁽²⁾، فلا يكون أمام الشركاء إلا اللجوء إلى القسمة القضائية التي تبدأ إجراءاتها بناء على دعوى قضائية ترفع من أحد الشركاء أمام الجهة القضائية المختصة ، وهي الدعوى التي ميزها المشرع بخصوصيات من حيث شروط قبولها و من حيث وسائل إثبات الملكية محل دعوى القسمة .

(1) أمر رقم 58-75 ، مؤرخ في 26-09-1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، ج ر ، عدد 78 ، سنة 1975

(2) القانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 09-06-1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم ، بالأمر رقم 26/25 المؤرخ في 25-09-1995

، ج ر 55 مؤرخة في 27-09-1995 .

الفرع الأول

دعوى القسمة القضائية :

تنص المادة 724 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة." استنادا على المادة المذكورة أعلاه ، فإنه كلما اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع او كان أحدهم ناقص الأهلية ورفضت المحكمة الاذن بإجراء القسمة ، وجب على الشركاء رفع دعوى

القسمة التي يجب أن تكون مستوفية بجملة من الشروط القانونية ، سواء منها الشكلية وأخرى موضوعية تحت طائلة عدم قبولها شكلا أو رفضها موضوعا إذا ما تخلفت إحدى هذه الشروط حسب كل حالة .

أولا : الشروط الشكلية لدعوى القسمة :

نظرا لأهمية دعوى القسمة القضائية فقد اشترط المشرع الجزائري شروط خاصة لرفعها وجعلها متميزة عن باقي الدعاوى ، ومن الشروط الشكلية ما يتعلق بعريضة افتتاح دعوى القسمة ، ومنها ما يتعلق بشروط قبول الدعوى في حد ذاتها .

أ/ عن عريضة افتتاح الدعوى

يتم رفع دعوى القسمة بموجب عريضة افتتاح دعوى ترفع أمام المحكمة ، تكون مكتوبة ، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف طبقا للمادة ، وعملا بنص المادة 15 من نفس القانون السالف الذكر يجب أن تتضمن تلك العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات التالية : (الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ، إسم ولقب المدعي و موطنه ، اسم ولقب و موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له ،الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي ،عرض موجز للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليه الدعوى ، و الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى " .

تفيد العريضة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها ن مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم ، ورقم القضية ، وتاريخ أول جلسة ، و يسجل أمين الضبط أيضا رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم ، على أن تتم مراعاة أجل 20 يوم على الأقل بين تاريخ التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص

القانون على خلاف ذلك ، ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى 03 أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج وهذا عملا بالمادة 16 من نفس القانون .

يجب شهر عريضة افتتاح دعوى القسمة لدى المحافظة العقارية وتقديمها في أول جلسة ينأدى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للاشهر عملا بنص المادة 3/17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص " يجب اشهر عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و / أو بحق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون" و المادة 519 من نفس القانون التي تنص " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري ، وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الابطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها " .

و الهدف الأساسي من شهر دعوى القسمة بالمحافظة العقارية هو إعلام الغير بأن العقار هو موضوع نزاع أمام القضاء ، مع الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم نهائي لصالحه ، ويمكنه الاحتجاج بأثر رجعي لاسترجاع كامل حقوقه المفصول فيها قضائيا من الخلف الذي ثبت سوء نيته وذلك بإقدامه على قبول إكتساب حقوق متنازع عليها .

- لا تقيد عريضة افتتاح دعوى القسمة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملا بالمادة 1/ 17 من نفس القانون .

- يتم إعلان باقي الشركاء جميعا بعريضة افتتاح الدعوى مع تكليفهم بالحضور للجلسة عن طريق محضر قضائي ، وبناء على تكليفهم يتم حضورهم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة محاميهم أو و كلاءهم .

وتجدر الإشارة إلى أن البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح دعوى القسمة تعد بيانات جوهرية ، يترتب عن عدم مراعاتها صدور الحكم بعدم قبول عريضة افتتاح الدعوى شكلا .

ب/ عن شروط قبول الدعوى

دعوى القسمة شأنها شأن باقي الدعاوى ، ترفع من شريك في مواجهة باقي الشركاء طبقا للمادة 724 من القانون المدني ، ويجب أن تتوفر في المدعي أو في المدعى عليهم الصفة و المصلحة سواء قائمة أو محتملة، وأن يتم إستيفاء القيد المقرر قانونا كالأذن إذا ما اشترطه القانون ، وهذا عملا بنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة ، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه .

كما يثير تلقائيا إنعدام الاذن إذا ما إشرطه القانون ."

إستنادا على المادة السالفة الذكر ، فإن شروط قبول دعوى القسمة تكمن في وجوب توافر الصفة و المصلحة و الاذن اذا ما إشرطه القانون، فضلا على الأهلية التي تعد شرطا لصحة المطالبة القضائية.

أ/ المصلحة:

المصلحة هي مناط الدعوى ، ويقصد بها وقوع الاعتداء على الحق أو حصول المنازعة فيه ، فيتحقق الضرر الذي يبرر للمدعي استعمال حقه في الالتجاء إلى القضاء لطلب الحماية القضائية ، ويستوي الأمر إن كانت المصلحة قائمة وحالة أو محتملة .

وتقضي المادة 89 من قانون الأسرة أن: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة..."، يتبين من هذه المادة ، بأنه لا يجوز للولي أو الوصي أو من يكون في حكمه أن يتحصل على إذن بالقسمة إلا إذا اثبت أن للقاصر مصلحة في ذلك، وللقاضي السلطة التقديرية في رقابة مدى قيام مصلحة القاصر من القسمة المرجوة ، فإذا تبين له أن المصلحة التي ستعود له تافهة مقارنة بالضرر الذي سيلحق به ، فإن له كافة الصلاحيات لرفض الاذن بإجراء القسمة

ب/ -الصفة :

هيالعلاقة القانونية المباشرة التي تربط المدعي في الدعوى بالحق الموضوعي محل طلب القسمة ، تعد من النظام العام ويمكن للقاضي تلقائيا إثارة انعدامها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وثبتت هذه العلاقة أو بالأحرى صفة الشريك بسندات رسمية يجب أن ترفق بعريضة إفتتاح الدعوى ،والتي يختلف نوعها من قضية إلى أخرى باختلاف مصدر الشيوخ كالفريضة ،الشهادة التوثيقية، عقد ملكية رسمي ومشهر، الدفتر العقاري إذا كان العقار مسموحا.

-والصفة في دعوى القسمة ثبتت للشركاء في الشيوخ ، ولدائتي الشركاء .

أ/بالنسبة لصفة الشركاء:ترفع الدعوى من شريك كمدعي في الدعوى في مواجهة باقي الشركاء كمدعى عليهم ، وإذا لم يتم إحقام أحد الشركاء في النزاع جاز لمن لم يتم إدخاله التدخل في الخصام تلقائيا باتباعه إجراءات التدخل في الخصام طبقا لنص المادتين 196 و197 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، كما يمكن للمحكمة أيضا من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخاله طبقا للمادة 201 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في حق من لم يدخل في الخصام ، هذا الأخير اعترض عليه 380 قانون الاجراءات المدنية و الادارية (1). بشرط أن يشهر عقد البيع من القانون المدني ، ، ، (2).

ب/ بالنسبة لصفة دائني لشركاء : ثبت الصفة أيضا ل، أو كل شريك ، إذ لهم حق التدخل في إجراءات القسمة لثبوت مصلحتهم فيها حماية لحقوقهم من أي تواطؤ قد يحدث وقوعه بين الشركاء ، ،

، فالمرشح حول لدائني الشركاء حق المعارضة في اتمام القسمة أو بيع المال الشائع بالمزاد بغير تدخلهم أو أن تتم في غيابهم ، غير أنه لم يفرض القانون شكلا خاصا للمعارضة ، وإذا تمت المعارضة إلزم الشركاء بإدخال الدائنين المعارضين في جميع الاجراءات ، كما يجوز لهؤلاء الدائنين التدخل من تلقاء أنفسهم طبقا لاجراءات التدخل المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين في إجراءاتها و لم يكن واجبا إدخالهم ، فإنه يظل لهم حق الطعن في القسمة طبقا للقواعد العامة، و ذلك بإثبات شروط الدعوى البوليصة متى توافرت شروطها وبصفة خاصة شرط الغش وهذا عملا بنص المادتين 189 و 190 من القانون المدني ، إذ على أنه بهدينه مأ، وب، ، و تنص المادة 190 على " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا من هذا المدين ، وكل ما ينتج عن إستعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضمانا لجميع دائنيه " .

(1) بوحديش عادل ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، السنة الدراسية

(2) اسعد فاطمة ، المرجع السابق ، ص 38.

وهذا ما نصت عليه المادة 729 ، ، ، ، ، في

قبل رفع الدعوى ، أي الدائنون الذي تقرر لهم حق عيني تبعي (رهن رسمي أو حيازي ، أو حق إختصاص ، أو حق امتياز) على حصة مدينهم الشائعة في العقار وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في مصلحة الشهر العقاري ، ولو لم توجه منهم اية معارضة ، (1)

ت / - الاذن

يقصد به الرخصة التي تمنح من جهة معينة وتعد قيد على رفع الدعوى ، كحالة ما إذا كان من بين الشركاء ناقص الأهلية ، فيجب في هذه الحالة الحصول على إذن المحكمة قبل القسمة. و يمنح الاذن بموجب أمر ولائي من طرف قاضي شؤون الأسرة، ولكن يمكن لرئيس المحكمة باعتباره يملك الولاية العامة أن يمنح هذا الإذن ويكون مختص به.

ث / الأهلية :

بالرجوع إلى المادة 723 من القانون المدني التي تنص: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

يقصد بالأهلية قابلية أو قدرة الشخص في اكتسابه للحقوق و تحمله لالتزاماته ، ويجب أن تتوفر في الشركاء الأهلية الكاملة ، وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي قد تشوبها ، فقد نصت المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

والمقصود بناقص الأهلية، هو القاصر، أي من بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة) ، وكذا من بلغ سن الرشد وكان يعاني من عارض من عوارض الأهلية كالفصام و ذا الغفلة حسب

المادة 43 من ق م ، اما من لم يبلغ سن التمييز أو بلغه ويعاني من جنون وعته فهو فاقد للأهلية لكون هذيم الأخيرين من موانع الأهلية طبقا للمادة 42 من ق م .

(1) بوحديش عادل المرجع السابق ص 16.

وطبقا للمادة 44 من نفس القانون ، يخضع فاقد الأهلية وناقصها لأحكام الولاية و الوصاية أو القوامة .

إذا كان من بين الشركاء في دعوى القسمة من هو ناقص الأهلية أو غائبا وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لما تقتضيه نص المادة 723 من ق م، إذ يجب على الولي (حسب م 88 ق.أ)⁽¹⁾، والوصي (حسب م 95 ق.أ)⁽²⁾، والمقدم (حسب م 100 ق.أ)⁽³⁾، استئذان القاضي قبل أي تصرف يتعلق بالبيع أو القسمة أو الرهن أو المصالحة، و الملاحظ على هذه المواد أن المشرع أعطى لكل من الوصي و المقدم نفس سلطات الولي.

إذن ، إذا تعلق الأمر بقسمة عقار يكون القاصر شريكا فيه ، فعلى الوصي أو الولي أو المقدم طلب الإذن من القاضي لإجراء القسمة الإتفاقية، ولا يستطيع الموثق أن يحرر عقد القسمة دون إذن قضائي مادام أحد أطرافه قاصر.

فإذا تمت القسمة دون مراعاة الإجراءات القانونية المتمثلة في عدم حصول الوصي أو من في حكمه على إذن المحكمة بالقسمة، فإن القسمة تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، لأن القسمة تعتبر من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، والتي يلزمها أهلية التصرف، وبالتالي فإن إبرام القاصر بنفسه عقد القسمة يجعل هذا العقد قابلا للإبطال لمصلحته، وهذا البطلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة ناقص الأهلية ومن في حكمه، وبالتالي لا يجوز لغير ناقص الأهلية من الشركاء المشتاعين الآخرين الذين انعقد إجماعهم على إجراء القسمة الإتفاقية، أن يتمسكوا بإبطال عقد القسمة الإتفاقية لعدم مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.

- (1) تنص المادة 88 من قانون الأسرة "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام . وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات التالية : بيع العقار ، قسمته ، رهنه وإجراء المصالحة" .
- (2) تنص المادة 95 من قانون الأسرة : " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون " .
- (3) تنص المادة 100 من قانون الأسرة : "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام "

ثانياً : الشروط الموضوعية لدعوى القسمة :

نتطرق في الشروط الموضوعية إلى وسائل إثبات الحق الموضوعي محل طلب القسمة أو بالأحرى إلى الوسائل القانونية التي بموجبها ثبتت الملكية العقارية محل دعوى القسمة، وهي الوسائل التي يختلف نوعها من قضية إلى أخرى باختلاف مصدر الشيوخ والتي نوردتها كمايلي:

أ / الفريضة: إذا تعلق الأمر بقسمة حقوق ميراثية ، فإن تقديم الفريضة يعد مقتضياً ضرورياً لرفع دعوى القسمة، والغاية منها هو اثبات واقعة وفاة المورث واثبات العلاقة التوارثية بينه وبين الورثة ، وعلى أساس تلك الفريضة يتم تحديد الأنصبة .

ب/ الشهادة التوثيقية: نصت عليها المادتين 39 و 91 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم .

المادة 39 تنص "عندما يتم اشهار شهادة موثقة بعد وفاة ثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياخ وبالخصبة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّن في الشهادة" .

والمادة 1/91 تنص: " كل إنتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة او بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة توثيقية " .

الشهادة التوثيقية تعد من العقود تصريحية التي يحررها الموثق بناء على طلب من أحد الورثة.

وهي الوسيلة و الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق، تنفيذ انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة (1)

(1) زروقي ليلي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2013، ص 229

و الهدف الذي يتوخاه المشرع من إستحداث هذه الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية هو تطبيقا لمبدأ -الأثر الإضافي للشهر- ووسيلة للحفاظ على سلسلة إنتقال الملكية العقارية، فضلا على أن الأخذ بنظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

يتطلب القيام بهذا الاجراء، لكون هذا النظام معروف عنه أنه يحتاج دائما إلى تجديد المعلومات، إذ لا يعقل أن يتوفي المالك سنة 1970 وتبقى الملكية مشهرة بإسمه إلى غاية 2005 (1).

والاشكال الذي يطرح في الواقع العملي هل أن الشهادة التوثيقية كإجراء مسبق يجب القيام به من قبل الورثة قبل رفع دعوى القسمة، أو بعبارة أخرى هل أن الشهادة التوثيقية تعد قيد على رفع دعوى القسمة؟

استقر رأي الغرفة العقارية للمحكمة العليا على إعتبار الشهادة التوثيقية ليست بقيد على رفع الدعوى مهما كانت طبيعتها سواء تعلقت بالملكية أو بالتعويض، ذلك أن مسألة إنتقال الملكية في حالة الوفاة تتم بمجرد حدوثها وهذا طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري التي نصت على أن: "نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من تاريخ وفاة أصحاب الحقوق العينية" و كذا المادة 127 من قانون الأسرة التي نصت: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو فعلا"، وهذا ما أكده القرار رقم 348247 المؤرخ في 17-05-2006 الذي جاء فيه: المبدأ: "يستحق الإرث

بموت المورث حقيقة أو اعتباره ميتا بحكم القاضي ويحل الورثة محل مورثهم بقوة القانون - المادة 127 من قانون الأسرة - في الذمة و مال التركة" (2).

(1) حمدي باشا عمر وزروقي ليلي ، المنازعات العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2006 ، ص 212 .

(2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 348247 المؤرخ في 17-05-2006 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 2006 ، ص

ونفس المبدأ أكده القرار رقم 394379 المؤرخ في 14-03-2007 الذي جاء فيه: المبدأ:" تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء...، حيث أن قضاة الموضوع لما اشترطوا الشهادة التوثيقية لقبول الدعوى مع أن صفة الوارث تكون قائمة بمجرد الموت ، ويمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية ، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون" (1)، وجاء في القرار المؤرخ في 17-12-2008 ((المبدأ : لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة ما دامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة)) (2)

ت/ الدفتر العقاري: عبارة عن سند إداري ، يسلم إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

والقاعدة في نظام الشهر العيني أن الدفتر العقاري يعتبر السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية كما هو منصوص في المادة 19 من الأمر رقم 74/75 التي نصت: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الاشهار في السجل العقاري و الدفتر العقاري الذي يشكل سندا الملكية". (3)

و تنص المادة 46 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على " يسلم الدفتر إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة ..."

(1) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 394379 ، المؤرخ في 14-03-2007 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الجزء 03 ، سنة 2010 ، ص 199 .

(2) المحكمة العليا الغرفة العقارية ، قرار رقم 477874 ، المؤرخ في 17-12-2008 مجلة المحكمة العليا ، عدد 02 ، سنة 2008 ، ص 265 .

(3) حاجي نعيمة ، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، (دون سنة النشر) ص 121 .

استنادا على المادة 47 المذكورة أعلاه فإن استخراج الدفتر العقاري في الملكيات المشاعة يقتضي على الشركاء تعيين وكيل من بينهم بمقتضى و كالة قانونية لتسليم الدفتر، ولكن الاشكال الواقع عمليا بالنسبة لاستخراج الدفتر العقاري في حالة ما إذا رفض الشركاء المشتاعين تحرير و كالة و أراد أحدهم رفع دعوى الخروج من حالة الشيع في منطقة ممسوحة ؟

هنا القاضي لا يجبر رافع الدعوى على وجوب الاستظهار بالدفتر العقاري ، و يكفي لرفع دعوى القسمة تقديم مستخرج من بطاقة عقارية التي لها الحجية الكاملة في اثبات الملكية العقارية عملا بالمادة 19 من المرسوم 63/76 المعدل و المتمم و المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص: " أن مجموعة البطاقات العقارية التي حدد مسكها بموجب المادة 13 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تمثل الناطق الطبيعي وكذلك الوضعية القانونية الحالية للعقارات ."

فالبطاقة العقارية كافية كدليل إثبات للملكية ، لكونها تتضمن كل المعلومات المتعلقة بالعقار من حيث (موقعه ، طبيعته القانونية ، مساحته ، مكوناته ، هوية مالكة ، تاريخ تحريره ، محرر

العقد ، تقويم العقار ، القيود و الأعباء التي تثقله ، رهن و حجز) . ويستحسن أن تكون البطاقة العقارية حديثة للتأكد من عدم وجود تصرفات واردة على العقار محل الطلب القضائي .

ث/ العقود العرفية: العقد العرفي هو العقد الذي يحرر من طرف أشخاص عاديين فلا يتدخل في تحريره موظف عمومي أو ضابط عمومي أو مكلف بخدمة عامة ، والعقد العرفي المعد للاثبات يجب أن يتوافر على شرطين ، الكتابة التي لا يشترط فيها شرطا خاصا لا من حيث الصياغة و لا من حيث طريقة الكتابة ، و التوقيع الذي يعد شرط جوهري فيه بل أنه الشرط الوحيد لصحة العقد العرفي على حسب ما ذهب إليه بعض الفقهاء. (1)

(1) المرجع السابق ، ص 143 .

والعقد العرفي حجة على أطرافه ما لم ينكر أحدهم التوقيع ، أما بالنسبة إلى الغير فهو ليس حجة إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت طبقا لما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني ، ويكون تاريخ العقد ثابتا : ابتداء من يوم تسجيله ، ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص ، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء .

والتساؤل يثور حول حجة العقود العرفية في دعوى القسمة ؟

وهنا نميز بين حالتين :

*الحالة الأولى: تتعلق بالعقود العرفية المحررة ثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق المؤرخ في

15-12-1970 هي عقود صحيحة ناقلة لحقوق الملكية وسندا لاثباتها.

*الحالة الثانية: تتعلق بالعقود العرفية المحررة بعد صدور قانون التوثيق في الفاتح من جانفي 1971 فليس لها أي أثر في نقل الحقوق العينية العقارية سواء فيما بين أطرافها أو في مواجهة الغير، وتعتبر عقود باطلة بطلانا مطلقا وهو بطلان من النظام العام، إذ يجوز للقاضي اثارته تلقائيا كما يجوز لكل من له مصلحة المطالبة ببطلانه، ذلك أن المادة 12 من قانون التوثيق السالف الذكر أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان وهو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمة العليا في القرار رقم 136156 المؤرخ في 18-02-1997⁽¹⁾.

وهذا المضمون أكدته أيضا المادتين 324 مكررا و المادة 793 من القانون المدني اللتين تشترطا تحت طائلة البطلان أن تفرغ جميع التصرفات المتعلقة بالعقار في الشكل الرسمي مع إخضاعها لاجراء الشهر العقاري.

(1) المرجع السابق ، ص 148 .

ج/ شهادة الحيازة : نصت المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم على امكانية تسليم سند حيازي يسمى شهادة الحيازة ، تسلم لهم من طرف رئيس البلدية المختص اقليميا لكل حائز لعقار بمفهوم المادة 823 من القانون المدني ، ونصت المادة 42 من نفس القانون على أنها اسمية لا يجوز التنازل عنها ، ولا تخول لصاحبها مكنة التصرف في العقار بالبيع ، و عند الوفاة ألزمت الورثة طلب شهادة حيازة جديدة بإسمهم في خلال سنة الوفاة للاستفادة من الحقوق التي إكتسبها مورثهم و إلا ألغيت الشهادة الممنوحة للمتوفي .

شهادة الحيازة لا تمنح إلا في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها و لم يشرع فيها مسح الأراضي ، و يخضع تسليمها لإجراءات التسجيل بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب و كذا لإجراءات الأشهار بالمحافظة العقارية .

وهذه الشهادة ترتب آثار قانونية تجعل صاحب السند الحيازي في مرتبة المالك الحقيقي، إذ يصبح الحائز واضح لليد بسند، كما تمكنه من الحصول على رخصة البناء أو التجزئة في العقار موضوع شهادة الحيازة، و تمكنه أيضا من توقيع رهن عقاري لفائدة هيئات القرض لضمان القروض الممنوحة له للبناء أو الاستثمار في العقار و تجيز له القيام ببعض التصرفات كأعمال البناء و الهدم ، بل تحوله حتى إثارة مدة التقادم المكسب للملكية أثناء التصفية النهائية للوضعية القانونية للعقار ، بمناسبة أشغال إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ولكن نظرا للطابع الشخصي لهذه الشهادة فإن صاحبها لا يتمتع بكافة الخصائص المتعلقة بحق الملكية.⁽¹⁾

(1) حمدي باشا عمر ، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 187.

وفي الواقع العملي يثور التساؤل حول جواز شهادة الحيازة في دعوى القسمة ؟

والاجابة أن شهادة الحيازة لا تشكل سندا قانونيا لدعوى القسمة ، كونها لا تعد سند ملكية بمفهوم المادة 43 / 1 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري التي نصت على أن شهادة الحيازة لا تغير الوضعية القانونية للعقار أي لا يترتب عنها الاعتراف بالملكية، و أن المتحصل عليها يبقى مجرد حائز إلى حين تصفية وضعية العقارات المعنية بشهادة الحيازة بمناسبة أشغال إعداد مسح الأراضي العام و تكوين السجل العقاري في البلدية المعنية بموجب الأمر 74-75 المؤرخ في 12 ديسمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.⁽¹⁾

الفرع الثاني

الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القسمة :

ثمّيز بين الاختصاص النوعي و الاختصاص الاقليمي لنظر دعوى القسمة .

أولا : الاختصاص النوعي

تنص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ..."

وبالرجوع إلى المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية نجدها تنص: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: ... في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع وفي القسمة وتحديد المعالم ...".

إذن وعملا بالمادة 511 من ق إ م وإ يؤول الاختصاص النوعي للقسم العقاري في نظر منازعات دعوى القسمة .

(1) المرجع السابق ، ص 94.

ثانيا : الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الاختصاص الإقليمي في دعوى القسمة ، فإذا تعلق الأمر بعقار فالاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار المطلوب قسمته، وفي مواد الميراث امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التركة ..."

وتنص المادة 518 من نفس القانون، "يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

كما تنص المادة 498 من نفس القانون السالف ذكره، أنه يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وعليه، فإن دعوى القسمة إذا كان مصدر الشيوخ هو الميراث تدخل ضمن دعاوى التركة يؤول الاختصاص للمحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي، وإذا كان مصدر الشيوخ سبب آخر غير الميراث ينعقد الاختصاص النوعي للمحكمة التي يقع العقار بدائرتها.

المطلب الثاني

طرق إجراء القسمة القضائية

القسمة القضائية هي التي تتم بواسطة القضاء، بناء على دعوى ترفع من طرف أحد الشركاء المشتاعين ضد باقي الشركاء جميعان وذلك لانتهاء حالة الشيوخ، تصدر المحكمة فيها حكماً⁽¹⁾.

(1) الدكتور زايد أحمد رجب البشيشي، المرجع السابق، ص 85.

وتتم القسمة القضائية بطريقتين، الأولى، هي طريقة القسمة العينية وهي الأصل، وذلك بتجزئة المال الشائع إلى حصص وإعطاء كل شريك جزءاً مفرزاً يتناسب و حصته، والثانية هي قسمة التصفية وهي الاستثناء، وذلك ببيع المال الشائع بالمزاد العلني في حالة ما إذا تعذرت القسمة العينية أو ما إذا كان من شأنها الانقاص من قيمة المال الشائع، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل من خلال الفرع الأول الذي نتناول فيه القسمة العينية، وفي الفرع الثاني إلى قسمة التصفية.

الفرع الأول

القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة :

القسمة العينية هي إحدى طريقي القسمة القضائية ، وهي الأصل الذي تلجأ إليه المحكمة قبل الالتجاء إلى طريق القسمة عن طريق التصفية ، وعليه نتطرق إلى تعريف القسمة العينية ثم المراحل التي تمر بها .

أولاً: تعريف القسمة العينية

نصت الفقرة الثانية من المادة 724 / 2 من القانون المدني : "وتعين المحكمة إن أرت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته " .

القسمة العينية هو تجزئة المال الشائع إلى عدة أجزاء ، ويمنحمنه لكل شريك جزء مفرز متناسباً مع حصته ، فهي لا تجرى إلا على المال القابل للتجزئة عينا ، ويكون المال قابلاً للتجزئة إذا لم يكن من شأن القسمة الانقاص الكبير من قيمته .

و القسمة العينية قد تكون بطريق القرعة أو بطريق المعدل .

أ/ القسمة العينية بطريق القرعة :

الأصل أن يقسم المال الشائع بطريق القرعة، وذلك بتقسيمه إلى حصص عينية متساوية وإجراء القرعة بين الشركاء على أساس أصغر نصيب ولو كانت القسمة جزئية، فقد يختلف الشركاء في اختيار الحصص نظرا لمزايا كل حصة، لذلك وتحقيقا للمساواة في القسمة لا يجوز للمحكمة أن توزع الحصص من تلقاء نفسها دون رضا الشركاء ، لذا تجرى بينهم القرعة ويأخذ كل شريك الحصة او الحصص التي سحب أرقامها ، وكمثال على قسمة المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب فإذا كان هناك ثلاث شركاء مثلا و كانت أنصبتهم هي النصف، الثلث، السدس، قسم المال أسداساً ، وهذا ما نصت عليه المادتين 1/725 و 727 من ق م ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14-03-2001 الذي جاء فيه: ((لما قضى المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون أن يبرروا اختيارهم ... يكونوا خرقوا أحكام المادة 728 من ق م كما أنهم قد خالفوا أحكام المادة 727 ق م بعدم إتخاذ إجراءات القرعة في قسمة الأملاك الشائعة المفروضة بها مما يجعلهم قد أساءوا تطبيق القانون وعرضوا للنقض))⁽¹⁾ ، وكذا في القرار المؤرخ في 28/10/1992 جاء فيه: ((من المقرر قانونا أن يقسم المال الشائع على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات لاسيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك وبتكوين الحصص ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص والقسمة بين الشركاء بطريق الإقتراع فإنهم بذلك خالفوا القانون".⁽²⁾

كما أن عملية القرعة هو إختصاص أصيل للقاضي ولا يجوز أن يفوضه لأحد، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: "تدخل عملية القرعة وتحرير محضر بها في قسمة ملكية شائعة قضاء، ضمن صلاحيات القاضي ، ويعد مخالفة للقانون، صرف القاضي الطرفين إلى إجراء القرعة، بخصوص مشروع القسمة"⁽³⁾ .

ب/ القسمة العينية بطريق المعدل:

قد يستحيل قسمة المال إلى حصص عينية متساوية فيتم اللجوء إلى القسمة العينية بطريق المعدل ، وهذا طبقا للمادة 2/725 من ق م : التي تنص: "إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".

و المعدل هو مبلغ من النقود يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى يتم إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي وتتعادل الحصتان .

وفي هذا الصدد ، صدر قرار المحكمة العليا جاء فيه ((إذا تعذر على أحد الشركاء أخذ كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه، ولما ثبت في قضية الحال ، أن قضاة المجلس استندوا في قضائهم إلى نص المادة 725 من القانون المدني التي تجيز لقضاة الموضوع في حالة تعذر أخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه وهي الحالة المنتفية في قضية الحال، ومنه فإن القرار مسبب بما فيه الكفاية)) (1).

ثانيا : المراحل التي تمر بها القسمة العينية:

يتوصل القاضي بملف الدعوى ويراقب مدى سلامتها من حيث الاجراءات وتوافر شروط قبولها التي سبق الاشارة إليها من صفة ومصلحة وأهلية الخصوم ، وكذا مطابقة الوثائق والمستندات المقدمة من طرفهم دعما لادعاءاتهم وطلباتهم لهوية اطراف الدعوى وإثباتها ملكيتهم للعقار محل طلب القسمة ، وإن تأكد له أن الاجراءات سليمة من الناحية الشكلية يتصدى حينها لموضوع دعوى القسمة

(1) بوحديش عادل ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، السنة الدراسية 2005-2006 ، ص 22.

(2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية - القرار رقم 91439 المؤرخ في 1992/10/28، المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 3، سنة 1994، ص 18.

(3) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، القرار رقم 0821985 ، المؤرخ في 2013/12/12 ، المجلة القضائية ، قسم الوثائق بالمحكمة العليا ، العدد 01 ، سنة 2014 ، ص 356 .

وإستنادا على المادة 724 / 2 من القانون المدني المشار لها علاه ، وبإعتبار القسمة العينية مسألة فنية و تقنية والفصل فيها يقتضي اللجوء إلى أهل الاختصاص ، فإن المحكمة تلجأ إلى تعيين خبير أو عدة خبراء في أن واحد بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع ، وهو حكم غير قطعي بإعتباره لا يفصل في موضوع النزاع وإنما يتعلق بسير الدعوى و بإجراءات الاثبات ، و طبقا للمادة 298 من ق إ م و إ لا يجوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه و لا يترتب عليه تخلي القاضي عن النزاع ، و طبقا لنص المادة 1/145 من نفس القانون لا يجوز إستئنافه أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع وهذا ما أكدته المادة 334 من نفس القانون (2) .

تسند المحكمة للخبير مجموعة من المهام التقنية و الفنية والتي تختلف من دعوى إلى أخرى بإختلاف نوع هذا العقار ما إن كان عقارا فلاحيا أو حضريا مبنيا أو غير مبنيا ، وتأمرة بإنجاز مشروع قسمة عينية إن كان ذلك ممكنا والذي قد يأخذ شكل النموذج التالي: ((إستدعاء الأطراف عن طريق محضر قضائي ، تلقي وثائقهم وتدوين ملاحظاتهم ، الانتقال إلى العقار محل طلب القسمة والذي يجب ان يعينه في الحكم تعيينا نافيا للجهالة ، والقيام بمعاينته مساحة وحدودا ، وإجراء مطابقتهم عقوده الرسمية ميدانيا ومستخرج من مخطط المسح ، التأكد من عدم تصرف الأطراف في نصيبهم من العقار محل القسمة من خلال ارفاق التقرير بكشف للمعاملات العقارية الصادرة من المحافظة العقارية (شهادة السلبية) ، ولتجنب الوقوع في مثل الوضعيات المتعلقة بالتصرف في العقار محل النزاع ، يستحسن أن يحدد القاضي المهام الموكلة للخبير العقاري بدقة ، فيكلفه بمهمة الاتصال بالمحافظة العقارية للتأكد من وضعية العقار وهوية مالكيه والحصول على الشهادة السلبية ، للتأكد مما إذا كانت الملكية لم يتم التصرف فيها بعقد مشر لفائدة الغير ،

أو تكليف الأطراف بإحضارها، القيام بإجراء بحث عقاري، وذلك بمسح القطعة الأرضية محل المطالبة القضائية بعد الاتصال بمصلحة مسح الأراضي للحصول على مخطط مسح الأراضي

للمنطقة الموجود بها العقار، تحديد الطبيعة القانونية للعقار محل القسمة من خلال الاطلاع على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمري ومخطط شغل الأراضي، وارفاق رخصة البناء وشهادة المطابقة في حالة ما إذا كان العقار محل القسمة مبنياً، تقييم العقار نقداً، وتقييم كل حصة نقداً، إعداد مشروع قسمة عينية له بتقسيمه إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب طبقاً للأنصبة المحددة في الفريضة، وإذا تعذرت القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمتها تقويمه نقداً تمهيداً لإجراءات بيعه بالمزاد العلني مع إرفاق التقرير بمخطط بياني توضيحي وصور فوتوغرافية للأمكنة محل النزاع، وعلى الخبير إعداد تقرير بالمهمة المسندة إليه وإيداعه لدى أمانة ضبط محكمة الحال في أجل أقصاه شهرين من تاريخ توصله بنسخة تنفيذية عن هذا الحكم، وعلى المدعي إيداع تسبيق مالي لدى أمانة ضبط محكمة الحال بمبلغ خمسة عشرة ألف دينار جزائري (15.000.00 دج) ابتداء من تاريخ توصله بنسخة تنفيذية من هذا الحكم، وإبقاء المصاريف القضائية محفوظة)).

- بعد توصل الخبير بنسخة من الحكم يشرع في إنجاز المهام المكلف بها بتكوين حصص على أساس أصغر نصيب اعتماداً على الفريضة المقدمة له من الأطراف عملاً بنص المادة 725 من القانون المدني التي تنص: "يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية....."، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن تكوين الحصص مسألة فنية تقنية يختص بها الخبير بينما إسناد الحصص للأطراف يعد من المهام المنوطة بالقاضي وحده، ومنه فإن إجراء القسمة العينية بدون قرعة أو إسناد إجراء القرعة للخبير يعد خطأ في تطبيق القانون، وهذا ما ذهب إليه القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 188189 المؤرخ في 21-04-1998، م ق 2000، عدد 01 ص 174، الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن القسمة تجرى بطريق الاقتراع بعد

تكوين الحصص وأن قضاة الموضوع لما إكتفوا بالمصادقة على الخبرة دون التطرق للاقتراع و دون فرز الأنصبة وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون". (1)

- بعد إنتهاء الخبير من إنجاز مهامه ، يعد تقريرا بذلك يودع لدى أمانة ضبط المحكمة ثم تعاد القضية بعد الخبرة أمام نفس المحكمة، و يبدي الأطراف أوجه طلباتهم و دفعوهم بخصوص الخبرة ونتائجها ، وإذا رأت المحكمة أن الخبير لم يقيم بإنجاز مهامه بدقة تأمر بتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام ، أما إذا رأت دقة وموضوعية نتائج الخبرة المتوصل إليها يقوم بإعتمادها و المصادقة عليها بعد إجراءه للقرعة بطريق الاقتراع .

- وتجدر الإشارة أيضا، أنه وقبل إجراء القرعة بطريق القرعة ، قد ثمار منازعات بين الشركاء المتقاسمين عند تكوين الحصص كحالة التشكيك في مدى تساوي الحصص ، فإن المحكمة تقوم بإرجاء الفصل في دعوى القسمة ، و تفصل في تلك المنازعة كمسألة أولية طبقا لنص المادة 726 من القانون المدني التي تنص " تفصل المحكمة في كل المنازعات و خاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

- بعد الفصل في المنازعات المثارة بشأن تكوين الحصص ، تأمر المحكمة بإجراء القرعة على أساس الحصص التي كونها الخبير ، وتعطي لكل حصة رقم و تخلط الأوراق و تحسب لكل شريك ورقة أو أكثر بحسب حصته الشرعية المحددة بالفريضة، وذلك بحضور القاضي و أمين الضبط و الأطراف ، و يحرر محضرا بذلك يوقعه هؤلاء جميعا ويرفق بملف الدعوى و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز عملا بالمادة 727 من القانون المدني ، التي تنص: " تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز "، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 25-10-1989 تحت رقم

54849، م ق 1991 عدد 01 ص 25 الذي جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أن المحكمة تفصل في كل المنازعات المعروضة عليها خاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء ، ولما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة الأساس بمصادقتهم على الخبرة دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص خاصة وأن الأطراف مازالوا في حالة شيوع يكونوا قد خالفوا القانون ". (1)

وبعد ذلك يصدر القاضي حكمه القطعي ، ويذكر فيه بيان لوقائع الدعوى وإجراءاتها ، وفي متن أسبابه يتطرق إلى طلبات الأطراف ودفعهم ، وكذا نتائج الخبرة و ما أسفرت عنه عملية القرعة ، ويذكر النصيب العائد الى طرف و يحدد مساحته وموقعه وقيمتة ومزاياه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19-04-1989، م ق 1991، عدد 01، ص 17، والذي جاء فيه ((كل حكم أو قرار يحكم بالقسمة دون بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة على الأفراد يعد تقصيراً يمنع معرفة مدى عدالة القسمة)) (2)

الفرع الثاني : القسمة القضائية بطريق التصفية للملكية الشائعة :

قسمة التصفية هي إحدى طريقي القسمة القضائية للعقار المشاع، وهو الطريق الاحتياطي الذي تلجأ إليه المحكمة إذا ما إستحالت القسمة العينية ، وعليه نتطرق إلى تعريف قسمة التصفية ثم المراحل التي تمر بها .

أولاً: تعريف قسمة التصفية :

تنص المادة 728 من ق م ج : "إذا تعذرت القسمة عيناً، 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) حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص 82 .

(2) حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 84.

ويقصد بالقسمة بطريق التصفية بيع العقار المشاع عن طريق المزاد العلني ، و قسمة الثمن الذي يرسو عليه المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع .⁽¹⁾

واستنادا على المادة 728 من ق م ، فإن اللجوء إلى قسمة التصفية يكون في حالتين هما:

1- حالة ما إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة -مستحيلة- ، كما لو كان العقار هو شقة سكنية وعدد الشركاء فيها عشرة فيستحيل معه قسمتها عينا إلى 10 حصص .

2- حالة ما إذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية تؤدي إلى نقص كبير في قيمة المال المشاع فتلحق به ضررا ، كما لو كان العقار المشاع مصنعا أو قطعة أرض معدة للبناء فتقسم إلى قطع صغيرة لا يسمح بالبناء فوقها .

و التأكد من قابلية العقار للقسمة العينية من عدمه هي مسألة فنية تقنية، والخير المعين من طرف المحكمة للقيام بمشروع القسمة هو الذي يتحقق من هذه المسألة ، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 1984/11/05 جاء فيه : " 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 قضوا به"⁽²⁾.

فإذا ما ثبت من تقرير الخبرة أن القسمة العينية غير ممكنة تقضي المحكمة بحكم قطعي ببيع العقار في المزاد العلني ، ويتم البيع وفقا للاجراءات المنصوص عليها في المادة 747 وما يليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

(1) خالدى أحمد المرجع السابق ص 169.

(2) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 33797 المؤرخ في 05-11-1984 ، المجلة القضائية ، عدد 03 ، سنة 1989 ، ص 87.

ثانيا: المراحل التي تمر بها قسمة التصفية:

قسمة التصفية تكون ببيع المال المشاع بالمزاد العلني و قسمة الثمن الذي يرسو عليه المزاد على جميع الشركاء، كل بنسبة حصته في المال الشائع، وتطبق على عملية البيع بالمزاد إجراءات البيوع العقارية لأحكام المواد من 786 إلى المادة 787 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة سواء شريكا أو أجنبي ولكن قد تقتصر المزايدة على الشركاء فقط إذا تم إتفاقهم على ذلك بالاجماع.

1/ بيع المال المشاع بالمزايدة و قسمة المال على جميع الشركاء:

طبقا لأحكام المادة 786 ق.ا.م.ا ، أنه إذا تقرر بحكم أو قرار إداري بيع العقار أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا بيع العقار عن طريق المزاد العلني، بناء على قائمة شروط البيع ، يعدها المحضر القضائي، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهيمه التعجيل من المالكين على الشيوع.

وتشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 ق.ا.م.ا أعلاه ، على ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم ، ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 ق.ا.م.ا أعلاه ، نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني ، وطبقا للمادة 787 من نفي القانون يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوع، ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة عند الاقتضاء

إضافة على ذلك،تطبق على قسمة التصفية التي تتعلق بعقارات مشاعة إجراءات النشر والتعليق المتعلقة ببيع العقارات المحجوزة، إذ تنص م 789: "تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 788،786،783 أعلاه إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة المنصوص عليها في هذا القانون." وهذه الاجراءات مذكورة في المادة 707 ق.ا.م.ا.

2/ جواز الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء :

الأصل أنه يسمح للشركاء ولغيرهم -الأجنبي- الدخول في المزايدة ، وفي هذه الحالة تكون المزايدة بحضور العامة ، ولتكون عامة ومفتوحة حتى لغير الشركاء لا يشترط إجماع الشركاء على البيع بالمزاد ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18-01-2006.⁽¹⁾ فإن رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبي إعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا في علاقة الشركاء بالراسي عليه المزاد⁽²⁾ .

ولكن يجوز استثناء للشركاء أن يتفقوا فيما بينهم بالاجماع على قصر المزايدة عليهم دون السماح للأجنبي في الدخول فيها ، وهذا ما نصت عليه المادة 728 من ق م ج ، "....بيع المال بالمزاد وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالاجماع" ، ويكون هذا الاتفاق ملزما للشركاء ، وسواء رسي المزاد على شريك أو على أجنبي فإن الحكم الصادر برسو المزاد تترتب عليه كافة آثار القسمة .

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا تم اللجوء إلى القسمة بطريق التصفية ، وكان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائب ، فإنه ومراعاة لمصلحة هذين الأخيرين يجب أن يكون البيع بالمزاد العلني وذلك طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة التي تلزم ببيع أموال القصر بالمزاد العلني ، كما أنه لا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط بل يجب أن تكون مفتوحة حتى للأجانب من أجل ضمان بيع العقار بأعلى ثمن ممكن هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، تفاديا لوقوع أي تواطؤ بين الشركاء على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس .

(1) المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، القرار رقم 332775 ، المؤرخ في 18-01-2006 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 ، سنة 2006 ، ص

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 918.

خاتمة الفصل الأول

من خلال ما تطرقنا إليه في الفصل الأول ، يمكن القول أن موضوع دعوى القسمة القضائية للملكية العقارية الشائعة هيمن ضمن المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 722 وما يليها من القانون المدني ، ونظرا لأهميتها على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي في الحياة اليومية للمواطن ميزها بأحكام خاصة وجعلها تنفرد بخصوصيات عن باقي الدعوى ، سواء في جانبها الشكلي والاجرائى أو الموضوعي .

وتعد القسمة القضائية طريق لانهاء حالة الشيع بين الشركاء في الملكية العقارية ، تتولى المحكمة القيام بها، وتفتح إجراءاتها بناء على دعوى قضائية تقيد أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا ، ترفع طرف شريك أو أكثر في مواجهة في باقي الشركاء و تنتهي بصدور حكم قضائي قطعي بفرز الحصص وإسنادها لأطرافها إذا ما إستوفت الدعوى جميع الشروط لقبولها سواء منها الشكلية إذ اشترط المشرع شروط خاصة لرفعها وجعلها متميزة عن غيرها من دعاوى سواء في جانب عريضة افتتاح الدعوى أو في شروط قبول الدعوى في حد ذاتها باشتراطه الصفة والمصلحة والاذن القضائي إذا كان بين الشركاء قاصرا أو غائب ، وكذا الأهلية الكاملة كشرط لصحة المطالبة القضائية ، أو الشروط الموضوعية بإشتراط القانون إثبات الملكية بسندات رسمية مشهورة تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا أو رفضها موضوعا حسب كل حالة .

يتم اللجوء إلى القسمة القضائية لفض حالة الشيع في حالات منصوص عليها قانونا ، كحالة عدم اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع وديا ، أو في حالة ما إذا إنعقد إجماعهم على القسمة الودية وكان بينهم ناقص الأهلية أو غائب ولم تأذن المحكمة للولي أو الوصي أو القيم بإجراء القسمة بالاتفاق ، أو كحالة ما إذا تعلق الأمر بقسمة تركة كان ضمن الورثة قاصرا .

وإن كان الأصل العام أن الحق في رفع دعوى القسمة مقرر في الحالات السالفة الذكر لكل شريك و خلفه إلا أن المشرع أحاط هذا الحق أحيانا ببعض القيود أين ألزم الشريك بالبقاء في حالة الشروع إما لأن طبيعة المال الشائع تأبى القسمة ويسمى القيد القانوني كحالة الشروع المؤيد أو الاجباري ونجد تطبيقاته في الأجزاء المشتركة التي تأبى القسمة بطبيعتها، أو حالة اتفاق الشركاء على البقاء في الشروع لمدة معينة لا تتجاوز 05 سنوات ويسمى القيد الاتفاقي .
و القسمة القضائية تتم بطريقتين، إما بطريق القسمة العينية و هو الأصل أو بطريق قسمة التصفية و هو الاستثناء .

ويقصد بالقسمة العينية تجزئة المال إلى عدة أجزاء يمنح منه لكل شريك جزء مفرو متناسب مع حصته ، يتم اللجوء إليها إذا كان المال المشاع قابل للتجزئة عينا ، ويكون كذلك إذا لم يكن من شأن القسمة الانقاص الكبير من قيمته ، وتم القسمة العينية بطريقتين ، إما بطريق الاقتراع أو بطريق المعدل ، فطريق الاقتراع يكون بقسمة المال الشائع إلى حصص عينية متساوية وإجراء القرعة بين الشركاء على أساس أصغر نصيب و لو كانت القسمة جزئية ، و تكون القسمة العينية بطريق المعدل إذا إستحال قسمة المال إلى حصص عينية متساوية ، و المعدل هو مبلغ من النقود يدفعه صاحب الحصة الكبرى لصاحب الحصة الصغرى حتى يتم إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي و تتعادل الحصتان .

اما القسمة القضائية بطريق التصفية يقصد بها بيع العقار بالمزاد العلني و وفقا لإجراءات البيوع العقارية المنصوص عليها في المواد 786 إلى 787 من ق إ م و إ ، و تقسيم المبلغ على جميع الشركاء كل حسب حصته في المال الشائع ، ويتم اللجوء إليها في حالة إستحالة القسمة العينية كما لو كان العقار شقة و عدد الشركاء كبير، أو في حالة ما إذا تبين للمحكمة أن من شأن القسمة العينية أن تؤدي إلى نقص كبير في قيمة المال المشاع وتلحق به ضررا مثل أن يكون العقار الشائع مصنع .

و الجدير بالذكر، أن التأكد من قابلية العقار المشاع للقسمة العينية من عدمه مسألة فنية يتم حسمها بالاستعانة بأهل الاختصاص بتعيين خبير أو أكثر لانجاز المهام المسندة له من طرف في منطوق الحكم القاضي بتعيينه .

و الأصل أن المزايدة تكون مفتوحة للجميع سواء الشركاء للمال المشاع أو الأجانب ولكن يجوز إستثناء للشركاء أن يتفقوا بالاجماع على قصر المزايدة عليهم دون الأجنبي ، كما أنه إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائب ، فإنه و مراعاة لمصلحة هذين الأخيرين يجب أن يكون البيع بالمزاد العلني من جهة ، وأن تكون المزايدة مفتوحة للشركاء و الأجانب من جهة أخرى ، وهذا لضمان بيع العقار بأعلى ثمن و كذا لتفادي وقوع أي تواطؤ بين الشركاء على إرساء المزايدة على أحدهم بتمن بنحس .

وفي الخير و سواء رسي المزاد على الشريك أو الأجنبي فإن حكم رسو المزاد تترتب عليه كافة آثار القسمة .

الفصل الثاني

الأثار المترتبة عن القسوة القضائية

يكون للشريك على الشيوع حصة شائعة في المال الشائع كله ، فإذا وقعت قسمة نهائية بين الشركاء إتفاقية كانت أو قضائية ترتب عنها اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يمتلكه على سبيل الاستئثار و الانفراد ، فيزول معه حقه في الحصص العائدة لغيره كما يزول حق باقي الشركاء في الحصة العائدة لهذا الشريك ، وهذا ما يعرف بالافراز، وهذا الأخير يترتب عنه أثر جوهري آخر مفاده ضمان كل المتقاسمين فيما بينهم على سبيل التبادل ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة ، لأن الهدف من القسمة هو إعطاء كل متقاسم حقه غير منقوص (1).

وعليه سنتطرق في المبحث الأول للأثر الأول للقسمة و المتمثل في الافراز، و في المبحث الثاني نتعرض إلى الأثر الثاني و يكمن في ضمان التعرض و الاستحقاق.

المبحث الأول

الافراز

يعتبر الافراز أهم أثر يترتب على القسمة ، بحيث تتحول ملكية الشريك على الشيوع من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة ، فيصبح المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في الشيوع لا من وقت القسمة ، لذا صح القول بأن للقسمة أثرا كاشفا⁽²⁾، وعليه تتعرض في المطلب الأول للأثر الكاشف من حيث تعريفه ونطاق تطبيقه ، وفي المطلب الثاني نتعرض للنتائج المترتبة عن الأثر الكاشف .

المطلب الأول

الأثر الكاشف للقسمة

الفرع الأول

تعريف الأثر الكاشف

المشع الجزائري لم يعرف الأثر الكاشف للقسمة وإنما تبني مضمونه في نص المادة 730 من القانون المدني التي تنص على أنه : " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع ، وأنه لم يكن مالكا على الاطلاق لباقي الحصص الأخرى " .

ويتضح من المادة 730 من ق م ، أن القسمة لها أثر كاشف وليس ناقل للملكية، والوصف الكاشف، يعني أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديدا لم يكن له وإنما تكشف عن حق ملكية ثابت له منذ الشيوع ، ويترتب عن القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز من

(1) حواس كريمة ، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية

الحقوق ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص 103 .

(2) إسعد فاطمة ، اسعد فاطمة ، المرجع السابق ، ص 45 .

المال الشائع يعادل الحصة التي كانت له على الشيوع، ومنه يعتبر مالكا لوحده لهذا النصيب المفرز من وقت تملكه له في الشيوع لا من وقت القسمة.

فإذا كان قد تملك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت وقوع القسمة، وإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، وفي مقابل ذلك، فإن هذا الشريك لا يعتبر مالكا في أي وقت لأي جزء مفرز وقع في نصيب أي شريك آخر⁽¹⁾.

ويفهم أيضا من النص أعلاه، أن المتقاسم كان مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي آل إليه بالقسمة مع أنه في الواقع قبل القسمة لم يكن مالكا ملكية مفرزة بل ملكية شائعة، ومنه يتبين أنه ليس للقسمة أثر كاشف فحسب ، بل لها أيضا أثر رجعي، أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة.⁽²⁾

بمعنى أن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك في الشيوع وأن ما لم يأل إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام⁽¹⁾ .

والمشرع أراد من وراء الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، إلى جعل كل متقاسم يحصل على نصيبه مفرزا خالصا من كل الحقوق والتصرفات التي يكون قد رتبها الشركاء أثناء قيام الشيوع، وهذا يعني أن للقسمة أثرين أحدهما يعمل على كشف ملكية الشريك، وليس على إنتهاؤها وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف، والأثر الثاني يعمل على إثبات ملكية الشريك منذ بدء الشيوع، وهذا هو الأثر الرجعي للقسمة.

(1) أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 197 .

(2) عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 947.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

إن تحديد مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة يقتضي التطرق إلى التصرفات التي يترتب عليها هذا الأثر و الأشخاص الذين يقوم بالنسبة إليهم هذا الأثر و كذا الأموال التي ينطبق عليها .

أولا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

يطبق الأثر الكاشف للقسمة على كل تصرف يكيف على أنه قسمة نهائية ، فيكون له أثر كاشف ، أو يكون هو تصرفا كاشفا ، و التصرفات التي في هذا المجال هي إما القسمة و إما ما يعادلهما.(1)

1/ وأما عن القسمة :

فالعبارة في هذا الشأن أن كل تصرف من شأنه إنهاء حالة الشروع، واختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، يعد من قبيل القسمة فهو يكشف عن حق سابق للشريك، فيسري الأثر الكاشف على القسمة النهائية سواء كانت قسمة إتفاقية أو قضائية، قسمة عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بدون معدل، قسمة كلية تتناول كل المال الشائع، فيخرج بمقتضاها كل الشركاء من حالة الشروع، ويختص كل شريك بنصيبه مفرزا، أو قسمة جزئية تتناول بعض من المال الشائع، أما القسمة المؤقتة، وهي قسمة المهياة، فليس لها هذا الأثر إلا إذا بقيت المهياة المكانية خمس عشرة سنة، فإنقلبت إلى قسمة نهائية بقوة القانون.(1) .

(1) حواس كريمة ، المرجع السابق ، ص 96.

(2) محمد عبد الرحمان الضويبي، المرجع السابق، ص 516.

ويجب في هذا المقام التفصيل فيما يخص قسمة التصفية، وهي القسمة التي تتم ببيع المال الشائع في المزاد العلني بغاية توزيع ثمنه بين المتقاسمين، فيجب هنا التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبي.

ففي حالة إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء، فالبيع يعتبر قسمة أوقعت المال الشائع في نصيب الشريك المشتري لهذا المال بأثر كاشف، ويعتبر بأنه تملكه منذ بدء الشروع، وتسقط كل التصرفات الصادرة عن الشركاء الآخرين على هذا المال أثناء الشروع، بينما ثبتت تصرفات الشريك الراسي عليه المزاد، أما الثمن الذي بيع به المال الشائع للشريك فيكون له حكم معدل القسمة، و يتعين دفعه دون انتظار إنتهاء عملية القسمة.

أما في حالة ما إذا بيع المال الشائع لأجنبي، فإن التصرف يعتبر بيعا بين الشركاء، والمشتري الأجنبي، يجوز للمشتري أن يطهر العقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء أثناء الشروع، أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها اثر كاشف، ومن ثمة يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن البيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي، وبذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المبيع حتى التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاخمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار⁽²⁾.

2/ وأما عن التصرفات التي تعادل القسمة فمنها :

توجد بعض التصرفات تعادل القسمة، وبالتالي يثبت لها الأثر الكاشف نذكر منها:

أ/ بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر:

إذ تنص المادة 714 من القانون المدني " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها..."

(1) و (2) عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 959 و 960.

يتبين من هذه الفقرة أن بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر، يعتبر تصرفا معادلا للقسمة، وبالتالي يثبت له الأثر الذي يثبت للقسمة، إذ يصبح الشريك المشتري مالكا للحصة المباعة ، وتضاف هذه الحصة إلى الحصة التي يملكها، ومن ثم يعتبر مالكا للحصة المباعة من وقت بدئ الشيوخ لا من وقت البيع .

أما إذا وهب أحد الشركاء حصة لشريك آخر، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة.1

ب/ تعادل القسمة الجزئية للقسمة الكلية :

فيكون لهذه القسمة أثر كاشف، فيصح أن تكون جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوخ فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوخ، كما يصح أن تكون القسمة جزئية يقتصر الشركاء فيها على إقتسام جزء من المال الشائع، فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال الشائع بينهم.2

ثانيا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

يطبق الأثر الكاشف للقسمة من حيث الأموال على كل الأموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم افرازها ، سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا، وسواء كان منقولا ماديا أو معنويا كحق المؤلف وحق الاختراع وحقوق المصنفات الفنية، وكذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعا و اقتصرت القسمة على مجرد افرازه ، فلا يكفي أن ثبتت القسمة لأحد الشركاء حقا من الحقوق لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق وإنما يجب أن يكون هذا المال محلا للشروع قبل القسمة (1) ، وبناء على ذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال، كل ما لم يكن شائعا وأفرز، مثل معدل القسمة والحقوق الشخصية.

1/ معدل القسمة

قد تنشأ صعوبات تحول دون تساوي المتقاسمين في الحصص، فيعمد المتقاسمين إلى الإستعانة بالمعدل، وهو ذلك المبلغ المقدم من احد المتقاسمين صاحب النصيب الأكبر للمتقاسم صاحب النصيب الأصغر بغرض تعويضه عما نقص من حصته بهدف توازن الأنصبة.

وقد يكون الحق في المعدل مبلغا من النقود، وقد يكون عقارا أو منقولا، وكل منهم لا يسري عليه الأثر الكاشف ، لأنه لم يكن مالا شائعا و أفرز بالقسمة.

وتبدو أهمية هذه القاعدة إذا لم يكن المعدل الذي إلتمزم به أحد المتقاسمين لتكاملة نصيب المتقاسم الآخر مبلغا من النقود، بل كان عقارا يملكه ، كما لو قسمت أرض ودار شائعتين بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض و الآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض منزلا صغيرا كمعدلا لصاحب الدار، فإن هذا المعدل مال أجنبي عن الأموال التي أفرزت بالقسمة ، وهي

الأرض و الدار، فيسري الأثر الكاشف على كل من الأرض و الدار و لا يسري على المعدل ، ومن ثمة يعتبر كل من الأرض و الدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشيوخ لا من وقت القسمة ، أما المعدل وهو المنزل فلا يسري عليه الأثر الكاشف ، فالقسمة بالنسبة لهذا المعدل تكون ناقلة و ليست كاشفة، و تبعا لذلك فإن ملكية هذا المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بتسجيلها و شهرها (2) .

(1) أحمد خالدي المرجع السابق ، ص 215.

(2) السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 962 .

2/ الحقوق الشخصية

يعرف الفقه الحق الشخصي أو حق الدائنية ، بأنه سلطة تثبت لشخص معين، في اقتضاء أداء معين من شخص آخر، ويعبر عنه بقيام "رابطة اقتضاء"، أي قيام رابطة بين شخصين، بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين، قبل الآخر وهو الدائن، بأداء دين معين، أي بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وبذلك يكون للدائن حق في اقتضاء هذا الأداء من المدين.

وتحديد الحقوق الشخصية على هذا النحو يخرجها من مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال ، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي، فإن الحق ينقسم بينهم، طبقا لأحكام عدم القابلية للانقسام لا طبقا لأحكام الشيوخ ، وبالتالي تنتفي عنها صفة المال الشائع الذي تم إفرازه، ومادام أن هذه الحقوق تكون مقسمة من أول الأمر، فلا يكون هناك محلا لقسمتها، ولا لانطباق الأثر الكاشف عليها.

من ثم فإنه عند وفاة الدائن يصبح الورثة أصحاب حقوق شخصية من يوم الوفاة، وهذا راجع لإنقسام الحق الشخصي بحيث صار كل وارث منهم دائئا بجزء من الدين، كل بحسب حصته في التركة فلا ينطبق الأثر الكاشف هنا.

مثال ذلك أن يتوفى شخص ويكون للتركة دين، فإن هذا الدين لا يدخل في الشيوخ مع أموال التركة الشائعة، بل ينقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة، ومن ثم لا يمر هذا الدين بمرحلة شيوخ تسبق القسمة، بل هو ينقسم منذ البداية بين الورثة، وبالتالي لا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الدين، ويعتبر كل وارث صاحب حصته في هذا الحق الشخصي من وقت وفاة المورث، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة بل بفضل إنقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث.⁽¹⁾

(1) زايد أحمد رجب البشبيشي ، المرجع السابق ، ص 385 ، 386.

ثالثا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص

يسري الأثر الكاشف بالنسبة على جميع المتقاسمين ، أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوخ وقت القسمة ، ويستوي في ذلك من كان يملك على في الشيوخ منذ بداية الشيوخ و من كان يملك في الشيوخ بعد ذلك مادام انه مالك في الشيوخ وقت القسمة ، ومن ثمة يسري الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوخ قبل القسمة .

فليس من الضروري إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوخ قد إستمدوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التملك ، فيملك احد الملاك المشتاعين بموجب سند معين و يملك

مالك مشتاع أخر بموجب سند غير السند الأول ، ومع ذلك يسري الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معا.

فبالنسبة للمتقاسم، فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة، فإذا تبين أن العقار الذي قسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم فلا يحق للمتقاسم الذي حاز نصيبه في هذا العقار أن يستند إلى القسمة بإعتبارها سببا صحيحا ولا يعتبر المتقاسم خلفا لباقي شركائه المتقاسمين معه، وبالتالي لا يتأثر بأي تصرف من تصرفاتهم السابقة على القسمة في النصيب المقسوم له.

ويطبق الأثر الكاشف على الغير، والغير هو كل من تلقى حقا على العقار، ولا فرق بين دائن عادي، دائن لحق عيني أصلي، أو دائن بحق مقيد، وتطبيقا لذلك، لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوخ على المال الشائع، فمثلا إذا رتب أحد الشركاء رهنا على المال الشائع، سواء ورد الرهن على كل المال أو على جزء معين منه أو على حصة فيه، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع هذا المال في نصيبه أو جزءا منه في نصيبه عند القسمة، لأن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن ، فالقسمة كاشفة لا ناقله وبالتالي يظل الرهن غير نافذ في حقه كما كان قبل القسمة، وبفصل الأثر الكاشف للقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبه الشركاء الآخريين⁽¹⁾.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة

يترتب على إعتبار القسمة كاشفة للحقوق وليست ناقله لها ،عدة نتائج ، منها ما يتعلق بالقواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرفا كاشفا ، ومنها ما يتعلق بالقواعد المترتبة عن نفي الوصف الناقل للقسمة ، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي :

الفرع الأول

في مجال القواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرفا كاشفا

إن الحقوق و التكاليف العينية

التي أنشأها أحد الشركاء أثناء الشبوع لا تنفذ على الحصة التي ألت إلى الشريك بالقسمة ، إذ يؤول إلى المتقاسم نصيبه المفرز مطهرا من كل الحقوق ، فإذا رتب أحد الشركاء حق إنتفاع أو رهن على المال الشائع و إثر إجراء القسمة وقع أحد هذه الحقوق في حصة احد الشركاء غير الشريك الصادر منه التصرف ، فإن هذه الحقوق تعتبر صادرة من غير مالك بمقتضى الأثر الكاشف للقسمة ، و لا يحتج بها على الشريك ، إلا في حالة صدور الرهن من جميع الشركاء ، فإنه يظل نافذا أيا كانت نتيجة القسمة.

2- الغبن في القسمة:

يجوز نقض القسمة الاتفاقية إذا لحق احد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس (5/1) ، والهدف المرجو من ذلك هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين، لإعتبار أن القسمة كاشفة للحق ، فيجب أن يحصل المتقاسم على حصته المفرزة مطابقة للحصة الرمزية في الملكية الشائعة.

وهذا ما نصت عليه المادة 1/732 من ق م: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين، أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس 5/1 ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

3- يعد الشريك الغارس أو الذي بنى على أرض مشاعة

بمثابة الغارس و الباني على ملك الغير ، إذا تم ذلك دون موافقة باقي الشركاء ، ووقع الجزء المبني أو الغارس فيه في نصيب شريك آخر عند القسمة.

4- شهر القسمة :

ألزم المشرع الجزائري في قانون الشهر العقاري على الموثقين و الموظفين و كآاب الضبط ، كل في حدود إختصاصه إشهار العقود و القرارات و الأحكام الواجبة الشهر ضمن الأجل المنصوص عليها بالمادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .⁽¹⁾

وتنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 السالفة الذكر على أنه: " ينبغي على الموثقين و كآاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للاشهار والمحرة من قبلهم او بمساعدتهم ، و ذلك ضمن الأجل المحددة " .

كما أوجب الأمر رقم 74-75 بتاريخ 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، شهر جميع التصرفات الواردة على العقار ، إذ تنص المادة 15 منه على انه : " كل حق للملكية و كل حق عيني اخر 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 " ، كما نصت المادة 16 من ذات القانون على : " أن العقود الارادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء او نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .

كما أن مقتضى المادة 324 مكرر1 من ق م تنص: " أنه يجب تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان " ، و المادة 793 من ق م تنص: " أنه لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

إستنادا على المواد المذكورة أعلاه ، فإن الملكية العقارية في التشريع الجزائري لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهرها لدى المحافظة العقارية.

وفيما يخص شهر القسمة، يستوي في ذلك أن تكون قسمة إتفاقية أو قسمة قضائية ، فإذا كانت ودية واتفق عليها الأطراف دون نزاع ، فإنها تأخذ شكل عقد ، ويتم إيداعها لدى الموثق الذي يقوم بشهره عملا بأحكام المادة 90 المذكورة أعلاه ، وأما إذا كانت قسمة قضائية ، فإن الحكم القضائي القاضي بالقسمة يفرغ في شكل عقد رسمي ، ويقوم بتسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع عملا بالمادة 75 فقرة 1 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09-12-1976 من قانون التسجيل، ثم يقوم بإيداعه لدى المحافظة العقارية المختصة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار محل الحكم المتضمن القسمة ليشره بالمحافظة العقارية طبقا للمواد المذكورة أعلاه.

وخلاصة القول ، أن الحكم الصادر في دعوى قسمة العقار المشاع سواء كانت القسمة عينية أو تمت بطريق التصفية يعد مثبتا للملكية العقارية بعد شهره بمصلحة الشهر العقاري .

(1) حمدي باشا عمر ، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق ، ص40

الفرع الثاني

في مجال القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة

1- عدم إعتبار القسمة سندا صحيحا للتمسك بالتقادم العشري (10) سنوات ، لأن من شروط كسب ملكية عقار أو حق عيني عقاري بالتقادم، أن تستند الحيازة إلى سند صحيح ، و السند الصحيح ، هو الذي يكون من شأنه نقل الحق، في حين أن القسمة تعد كاشفة للحق و ليست ناقلة له ، ومنه لا يمكن إعتبار القسمة سندا صحيحا ، وتنص المادة 828 من القانون المدني

على أنه: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات".

ومثال ذلك: عقار ورثه الشركاء في الشيوخ من تركة مورثهم ، وهذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصبا إياه أو واضعا يده عليه دون سند تمليك ، فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار ، إذا إستمر حائزا لمدة 10 سنوات ، وهو حسن نية ، لا يستطيع أن يملكه بالتقادم ، ولا يستطيع أن يستند إلى القسمة التي لا تعد سندا صحيحا ، لأن السند الصحيح ، هو السند الناقل للملكية ، بينما القسمة كاشفة وليست ناقلة ، كما لا يمكن الاستناد إلى الميراث كسبب صحيح ، لكونه واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا.

المبحث الثاني

ضمان التعرض و الاستحقاق

يعتبر الافراز الأثر الجوهري للقسمة ، و بموجبه يستأثر المتقاسم بملكته الخاصة ، حيث يتحصل على نصيبه المادي المطابق لحصته المعنوية في المال الشائع، ولكن هذا لا يمنع من أن يظهر بعد القسمة ، تعرض لأحد المتقاسمين ، بسبب سابق على القسمة ، قد ينتهي إلى إستحقاق نصيبه كله أو بعضه.

القسمة تقتضي المساواة بين المتقاسمين ، ولكن قد تختل هذه الأخيرة بحصول المتقاسم على أقل من نصيبه ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق وجب على شركائه الآخرين ضمان هذا التعرض أو ذلك الاستحقاق.

و عليه، سنتعرض في هذا المبحث إلى الالتزام بضمان التعرض والإستحقاق من حيث أساسه القانوني و شروطه في مطلب أول، و مجال تطبيق الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق و الأثار المترتبة عنه في مطلب ثاني.

المطلب الأول

أساس الالتزام بضمان التعرض والإستحقاق و شروطه

نتطرق في الفرع الأول إلى أساس الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق، وفي الفرع الثاني إلى الشروط الواجب توافرها لقيامه.

الفرع الأول

أساس الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق

تنص المادة 731 من القانون المدني على هذا الضمان بقولها: "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه".

المشروع أجمل أحكام الضمان في القسمة في مادة واحدة هي المادة 731 من القانون المدني ، والتي بموجبها فرض على المتقاسمين إلتزاماً بالضمان.

ومضمون إلتزام المتقاسمين بهذا الضمان ، انه إذا وقع تعرض لأحدهم من قبل الغير، بأن إدعى ملكية كل أو جزء من المال المفروض الذي أل إلى المتقاسم لسبب سابق على القسمة ، إلتزم باقي المتقاسمين بإتخاذ كل ما يلزم لمنع هذا التعرض، فإذا لم يتسنى لهم ذلك وإستحق الغير المال الذي أل إلى المتقاسم كان كل واحد منهم ملزم بنسبة حصته بتعويض المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة ، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ، غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه .

ويشمل الضمان التعرض والاستحقاق ، ويتحقق التعرض إذا إدعى الغير (أجنبي) ملكية العين التي ألت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو إدعى حقا عينيا أخر عليها، أما الاستحقاق يتحقق إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه. (1)

ويقوم هذا الضمان على أساس أن القسمة تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين في حصول كل منهم ماديًا على ما يمثل حصته الشائعة المعنوية، ومثل هذه المساواة تقتضي حماية ما يفرز لكل متقاسم من نصيب مادي قد يصيبه من إنتقاص أو إستحقاق بسبب سابق على القسمة، فإذا إختلت المساواة وجب الضمان. (2)

-ويقصر ضمان المتقاسمين على التعرض والاستحقاق، فلا يشمل الضمان، العيوب الخفية في القسمة كما هو الحال في عقد البيع، أين يلتزم البائع بضمانها، لأن المتقاسم في القسمة لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها وهذا عملاً بالمبدأ أن للقسمة أثر كاشف لا ناقل للملكية، غير أنه إذا إكتشف المتقاسم ان هناك عيب لحق النصيب الذي إل إليه، فإن ذلك يدل على أن هناك غبن لحقه، ويكون له الحق في الطعن في القسمة بسبب الغبن طبقاً للمادة 732 من القانون المدني التي تنص: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

كما لا يضمن المتقاسمون التعرض المادي الصادر من الغير، ولكل منهم أن يدفعه بالوسائل القانونية، كرفع إحدى دعاوى الحيازة بحسب الأحوال، وإنما يضمن المتقاسمون تعرض الغير المستند إلى حق سابق على وجود القسمة، يدعيه المتعرض على نصيب المتقاسم، سواء كان هذا الحق عينياً كحق ملكية أو انتفاع أو رهن، أو كان حقاً شخصياً كحق إيجار، فتعرض الغير يجب أن يستند إلى حق، وهذا الحق يكون سابق على القسمة، كأن يدعي الغير بأنه اشترى هذا النصيب من أغلبية الشركاء قبل القسمة، أو أنه إكتسب ملكيته بالتقادم الذي اكتملت مدته قبل القسمة، وبالتبعية لا يضمن المتقاسمون تعرض الغير المستند إلى سبب لاحق للقسمة كما لو إكتملت مدة التقادم بعد القسمة أو نزع نصيب المتقاسم للمنفعة العامة.

(1) أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 265.

(2) إسعد فاطمة ، المرجع السابق ، ص 47.

والحكمة من الضمان في كل من البيع والقسمة، هي أن الضمان يستند في عقد البيع إلى أن عقد البيع ناقل للملكية، فالبايع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وبالتالي يضمن له ما نقل، بينما يستند الضمان في القسمة إلى مبدأ المساواة، لكونها ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها، ومع ذلك رتب القانون عليها ضمان التعرض والإستحقاق كما رتبته على عقد البيع .

ولقد ترتب على هذا الاختلاف في الأساس بين ضمان البائع وضمن المتقاسم ، إختلاف في الأحكام بينهما ، إذ خص المشرع الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة تحقيقاً لمبدأ المساواة بين المتقاسمين ، لذلك جعل المتقاسمين مسؤولين عن حصة المعسر منهم في القسمة، وتقدير قيمة الشيء المستحق وقت القسمة، لا وقت الإستحقاق هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ،ألزم الرجوع إلى أحكام الضمان في البيع في حالة عدم ورود حكم في قواعد القسمة، بشرط أن لا تتعارض هذه القواعد مع طبيعة القسمة بإعتبارها كاشفة.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

يشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان توافر شروط أربعة :

الشرط الأول: وقوع تعرض أو إستحقاق

تنص المادة 731 من قم : " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض و

إستحقاق....."

إن مجرد خشية وقوع التعرض والاستحقاق ليس سبباً كافياً للمطالبة بالضمان ، وإنما يجب

وقوعهما حتماً.

ويقصد بالتعرض في هذا السياق ، التعرض القانوني وليس المادي، فالتعرض القانوني يكون مرتكزا على إدعاء حق ما من الغير، سواء كان حق الملكية أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن ، أو كان حقا شخصيا كحق الايجار، بشرط أن يكون نافذا في مواجهة المتقاسم .

أما التعرض المادي فهو يتجسد بأعمال مادية كالغصب دون وجه حق ، ومن ثم ف مجرد وجود خشية من التعرض أو الإستحقاق لا تكفي لتحريك الضمان ولا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروض الذي وقع في نصيب المتقاسم ، لأن القانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع .

ويشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق صادرا من الغير لا من المتقاسم، لأنه التعرض الواقع من أحد المتقاسمين تطبق بشأنه القواعد العامة ، وقد يقع التعرض القانوني الحاصل من الغير عندما يدعي هذا الغير بحق في صورة رفع الدعوى للمطالبة بالحق المدعى به .

الشرط الثاني : أن يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة

لقد حددت المادة 731 من ق م ق م السبب الذي يعتد به للمطالبة بالضمان وهو ".....سبب سابق على القسمة ...".

يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي ألت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة ، أما إذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة فلا ضمان .

ومثال عن الضمان في حالة تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة يكون مثلا إذا كان الغير أنه إشتري النصيب الذي أل إلى المتقاسم من أغلبية الشركاء قبل القسمة . (1)

ومثال عن عدم قيام الضمان في حالة تعرض أو استحقاق بعد تمام القسمة ، كحالة ما إذا إنتزعت ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنعة العامة بعد تمام القسمة ، أو أيضا أن تكون العين

المفرزة التي وقعت في نصيب المتقاسم كانت في حيازة أجنبي مدة طويلة و لكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم⁽²⁾.

الشرط الثالث : أن لا يكون الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم.

لقد نصت المادة 731 من القانون المدني "... ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

مثال ذلك حالة ما إذا أهمل المتقاسم في قطع التقادم ، أو إذا ادعى الغير بحق سابق على القسمة فأقر المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه ، كذلك من أمثلة هذا الخطأ ، إهمال الشريك إدخال شركائه السابقين في الدعوى المقامة عليه من مدعي الإستحقاق، في حين إن هؤلاء الشركاء كانت لديهم مستندات من شأنها رفع هذه الدعوى والقضاء بردها.

كذلك إذا رفع الغير على المتقاسم الدائن بالضمان، دعوى إستحقاق ولم يخطر باقي المتقاسمين بالدعوى في وقتها حتى صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي، ثم قام باقي المتقاسمين بإثبات أنهم لو أخطروا وتدخلوا في الدعوى، لأدى ذلك إلى رفض دعوى الإستحقاق .

الشرط الرابع : أن لا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء من الضمان .

القاعدة أن أحكام الضمان ليست من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، وقد نصت المادة 731 من القانون المدني " غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها..."

(1) إسعد فاطمة ، المرجع السابق ، ص 48.

(2) أحمد خالدي المرجع السابق ، ص 268.

كما تنص المادة 377 من القانون المدني "يجوز للمتعاقد بمقتضى إتفاق خاص أن يزيد في ضمان نزع اليد أو ينقص منه أو يسقطه ، ويفترض في حق الإرتفاق، 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".

لقد أقر المشرع الضمان لكل متقاسم قبل باقي كل المتقاسمين ، وذلك بهدف تحقيق المساواة بينهم ، ولكن هذا لا يمنع من أن يرد اتفاق بينهم على الاعفاء من الضمان بإعتبار أن أحكام الضمان في القسمة لا تتعلق بالنظام العام، ولكن وعلى خلاف الضمان في عقد البيع ، فإن المشرع قد شدد في الاعفاء من الضمان المترتب على القسمة ، فاشترط فيه أن يكون صريحا وخاصا ، بمعنى :

1/ يجب أن يكون الاتفاق على الاعفاء من الضمان صريحا لا ضمنيا ، فهذا الاتفاق لا يستنتج ضمنا من الظروف وإنما يكون صريحا حتى يتيقن من إرادة المتقاسمين في التنازل عن حقهم في الضمان.

2/ يجب أن يبين هذا الاتفاق سبب معين للاستحقاق المتفق على الاعفاء من ضمانه ، بمعنى أنه لا يكفي للاعفاء أن يكون الشرط الذي يتضمنه عاما ، بل يجب أن يكون شرط الإعفاء صريحا وواردا على الحالة الخاصة التي نشأ عنها الضمان.(1)

وإذا كان الإعفاء من الضمان أمر جائز ، فإنه يجوز الاتفاق على إنقاصه من باب أولى ومثال ذلك ، اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة بعد القسمة ، كما يجوز أيضا

الاتفاق على زيادة الضمان، ومثال ذلك ضمان نزع ملكية العين للمنفعة العامة خلال مدة معينة بعد القسمة .

(1) أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 269

و ما تجدر الإشارة إليه، أن الإتفاق على الإعفاء من الضمان جائز في القسمة كما في البيع، إلا أن هناك فروقا جوهرية بينهما تبين اتجاه المشرع إلى تشديد الضمان في القسمة ، ويمكن الاختلاف بينهما في الآتي:

■ في البيع ، للبائع أن يسقط عن نفسه الضمان بشرط عام ، بينما في القسمة يجب أن يكون شرط عدم الضمان شرطا خاصا بموجبه يتم الاتفاق على الاعفاء من الضمان بسبب معين من أسباب الاستحقاق فيقتصر الاعفاء عليه.

■ في البيع ، قد يكون الاتفاق على عدم الضمان اتفاقا ضمنيا يستخلصه القاضي من الظروف ، أما في القسمة فلا إعفاء فيها إلا بشرط صريح ، فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أن المتقاسم كان يعلم بسبب الاستحقاق عند القسمة لكي يستخلص من ذلك قرينة قضائية على قيام الاتفاق على الاعفاء من الضمان عن ذلك السبب⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الأثار التي تترتب على تحقق الضمان

إذا توافرت شروط الضمان السابق ذكرها، ورفعت دعوى الاستحقاق على المتقاسم ، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين لكي يتدخلوا في الدعوى للدفاع عنه بدفع التعرض⁽¹⁾، ويكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض ، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه

، وذلك في حالات معينة ، وعليه سنتعرض في الفرع الأول لإلتزام المتقاسم بالاطار والحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان ، وفي الفرع الثاني إلى استحقاق التعويض وكيفية تقديره .

(1) محمد عبدالرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 568.

الفرع الأول

إخطار المتقاسمين والحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض

أولاً : إخطار المتقاسمين

يجب على المتقاسم إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق أو التعرض أن يخطر المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير، كي يتدخلوا في الدعوى، فإذا تم إخطار المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير وجب عليهم التدخل في الدعوى للإشتراك مع المتقاسم في رد هذه الدعوى، فإذا لم يتدخلوا في الدعوى ، ثم حكم بالاستحقاق للمدعي، وجب عليهم ضمان الاستحقاق إلا إذا أثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس المتقاسم للمدعي عليه أو خطأ جسيم منه.(2)

ثانياً : الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

عند تحقق الضمان يرجع المتقاسم الذي إستحقت العين التي وقعت في نصيبه على باقي المتقاسمين ، وذلك في الحالات التالية:

1- إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان بإخطار باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى التعرض، بمعنى فشلوا في رد الاستحقاق.

2- إذا قام المتقاسم الدائن بإخطار باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق في وقت ملائم ، ولم يتدخلوا في الدعوى، وحكم بالإستحقاق للدعى ولم يثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن أو نتيجة خطأ جسيم منه .

3- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، ولم 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.

(1) إسعد فاطمة ، المرجع السابق، ص 49 .

(2) زايد أحمد رجب البشيشي ، المرجع السابق ، ص 441.

4- إذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق ، وصدر عليه حكم بالاستحقاق حاز قوة الشيء المقضي، ولم يثبت باقي المتقاسمين أن تدخلهم كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق.

5- إذا أقر المتقاسم الدائن بالضمان للمتعرض بحقه دون دعوى برفعها المتعرض ، ولم يثبت باقي المتقاسمين أن المتصرف لم يكن على حق في دعواه.

الفرع الثاني

إستحقاق التعويض و تقديره .

إذا وقع تعرض وحكم للغير بالاستحقاق إلتزم المتقاسمون الآخرون بتعويض المتقاسم حتى تتحقق المساواة بينهم جميعا ، و عليه سنتعرض في هذا الفرع إلى استحقاق التعويض و وقت تقديره .

أولا : استحقاق التعويض

ومتى تحققت هذه الحالات السالف ذكرها يثبت ضمان الاستحقاق ، ويلتزم المتقاسمين الآخرين بتحقيق هذا الاستحقاق الذي يكون على ثلاثة حالات:

1- إما أن يكون الاستحقاق كلياً، كأن يثبت المعارض ملكيته للعين المفروزة فأستردها من المتقاسم ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا تعويضا كاملا للمتقاسم الدائن بالضمان ، ويكون التعويض شاملاً لقيمة العين و ملحقاتها و ثمارها و المصروفات النافعة التي أنفقتها على العين ومصاريف دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق.

2- إما أن يكون الاستحقاق جزئياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضا بقدر الضرر الذي لحق به نتيجة الاستحقاق الجزئي للعين المفروزة .

3- وإما أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمعارض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو اقراراً بهذا الحق، فيجب على المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمعارض.

وإذا حكم للغير بالإستحقاق، إلتمز المتقاسمون الآخرون كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه، وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين بنسبة ما يتناسب وحصه كل واحد منهم ، كما يتحمل مستحق الضمان نفسه جزء من هذا التعويض ، ذلك أن إستحقاق الغير قد أنقص المال الشائع بالنسبة لجميع المتقاسمين، ويوزع التعويض على جميع المتقاسمين بما فيهم مستحق الضمان نفسه، فيتحمل هو الآخر جزءاً من هذا التعويض يتناسب مع حصته، ذلك أن نصيب الشركاء الآخرين قد نقص بسبب الإستحقاق، فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بين جميعهم والتي كانت قد إختلت نتيجة للإستحقاق. وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.⁽¹⁾

ثانياً: وقت تقدير التعويض

نص المشرع صراحة في المادة 731 من ق م على أن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء المستحق للغير وقت القسمة لا وقت الطلب أو وقت الإستحقاق، على عكس الحال في البيع أين تكون العبرة في تقدير الشيء المبيع لمعرفة التعويض المترتب على الإستحقاق بقيمته وقت الإستحقاق لا وقت البيع، ويرجع

هذا الفرق بين القسمة والبيع، إلى أن البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري إلى الربح والخسارة ، ومن ثمة تراعى فيه قيمة العين وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، أما أساس الضمان في القسمة هو تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين، والعبرة في هذه المساواة تقتضي النظر إلى قيمة الشيء بوقت القسمة حتى لا يتأثر المتقاسمون الآخرون بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة.

(1)- د/ زايد أحمد رجب البشيشي، المرجع السابق، ص 442، 443.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم ينص على مدة خاصة لتقادم إلتزام ضمان المتقاسم ، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة ، والتي مفادها ، أن يتقادم الإلتزام بمضي خمسة عشر سنة طبقاً للمادة 308 من ق م التي تنص: " يتقادم الإلتزام بمضي خمسة عشر سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون" .

و يبدأ سريانها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق طبقاً لنص المادة 315 / 02 من ق م .
و يكون حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضموناً في القانون الجزائري بامتياز المتقاسم طبقاً للمادة 1001 من ق م ، بقولها: " إن الشركاء الذين اقتسموا عقاراً ، 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 ماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999 .

خاتمة الفصل الثاني

توصلنا في هذا الفصل إلى أن القسمة القضائية كطريق لإنهاء حالة الشيوخ ، يترتب عنها آثار قانونية ، فأوله الافراز ، والذي يعد أثرا جوهريا مترتبا عن عملية القسمة ، تتحول بموجبه ملكية الشريك المتقاسم من حصة رمزية مجردة في المال الشائع إلى حصة مادية مفرزة يملكها على سبيل الانفراد و الاستئثار ، بحيث يستقل كل شريك بملكية الجزء الذي أل إليه بمقتضى القسمة ، ملكية مفرزة و مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين وخالصا من كل الحقوق و التصرفات التي رتبها الشركاء أثناء قيام الشيوخ .

كما إعتبر القانون بموجب المادة 730 من القانون المدني ، أن المتقاسم الذي أل إليه الجزء المفرز من المال الشائع ، مالكا لهذا الجزء لا من وقت القسمة وإنما منذ أن تملك في الشيوخ ، وأنه لم يملك شيئا في بقية الأجزاء التي إختص بها باقي الشركاء ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف للقسمة ، بمعنى ، أن القسمة لا تنشأ للمتقاسم حقا جديدا ، بل تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا من الشيوخ و الممتد بعد القسمة ، ففرز حصة الشريك عن طريق قسمة العقار المشاع ، يكون بأثر رجعي و كاشف لحق الملكية لا ناقلا لها ، إذ يفترض بمقتضى الأثر الرجعي ، أن كل ما أل للشريك بالقسمة ، يعتبر قد أل إليه منذ أن تملك في الشيوخ و أن ما لم يأل إليه بالقسمة يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام ، وأن كل وارث قد تملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه ، بحيث يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألّت إليه منذ أن تملك في الشيوخ و أنه لم يملك غيرها في بقية الحصص ، وذلك حماية له من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على العقار الشائع اثناء قيام الشيوخ ، ومن ثمة يتحصل كل متقاسم على نصيبه المفرز الذي له بموجب القسمة مطهرا من هذه الحقوق .

كما توصلنا في هذا الفصل إلى أن القسمة تقتضي المساواة بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق من طرف الغير في نصيبه لسبب سابق على القسمة ولم يثبت خطأ المتقاسم فيه ، ولم يوجد إتفاق صريح بين الشركاء يقضي بالاعفاء من الضمان ، وجب على باقي المتقاسمين ضمان هذا التعرض أو ذاك الاستحقاق ، وهو الأثر الثاني للقسمة، إذ يلتزم الضامن بضمان التعرض فيتخذ كل وسيلة لدفع ذلك، فإن لم ينجح و إستحق المال المضمون إلترزم بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق ، ويتم تقدير التعويض وفقا لقيمة الشيء المستحق للغير وقت القسمة لا وقت الطلب أو الاستحقاق ، ويقوم هذا الضمان على أساس مبدأ المساواة التامة بين الشركاء المتقاسمين وهذا طبقا للمادة 731 من القانون المدني التي تنص على: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق 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 و جميع المتقاسمين غير المعسرين".

وما يلاحظ ، أن المشرع قد أجمل أحكام الضمان في القسمة في مادة واحدة هي المادة 731 من القانون المدني ، بينما نجده قد فصل أحكام الضمان في البيع بموجب المواد من 371 إلى 386 من القانون المدني -أي 15 مادة- ، و يعد تقرير هذا الضمان في البيع أمرا طبيعيا ، لأن الضمان في البيع يتعلق بتصرف ناقل للملكية ، و من ينقل يضمن ما نقل ، بينما الضمان في القسمة يستند إلى مبدأ المساواة ، وذلك أن القسمة ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها.

خاتمة

نصل في ختام هذا الموضوع، إلى القول أن الانسان بفطرته يميل إلى حب التملك والاستئثار بملكيته مفرزة لا ينازعه فيها أحد ، يمارس عليها ما خول له القانون من سلطات ، بالتصرف فيها وإستغلالها وإستعمالها، إلا أنه غالبا ما يجد نفسه يزاحه أطراف آخرين بالاشتراك معه في هذه الملكية ، بأن يكون مالكا لهذا المال مع أكثر من شخص ملكية غير مفرزة ، فتقوم حالة الشيوخ بينهم إختيارا أو إجبارا.

إن الشيوخ في غالب الأحيان أمر غير مرغوب فيه ، لما له من مضار اقتصادية وإجتماعية ، فإذا كان الأصل فيه هو جواز الخروج منه و البقاء فيه هو الاستثناء ، فإن الانقضاء و الزوال هو مصيره لا محالة ، وتعد القسمة إحدى الطرق التي خولها المشرع الجزائري للشركاء المشاعين الخروج من الشيوخ الاختياري ، فتمت في الأصل بإتفاق جميع الشركاء وهو ما يعرف بالقسمة الودية أو -الرضائية- ، إلا أنه أحيانا يتعذر عليهم ذلك أو يكون بينهم ناقص الأهلية الأمر الذي يستوجب عليهم الرجوع إلى القضاء الذي يتولى إجراء القسمة ، فتكون بذلك قسمة قضائية، تفتح إجراءاتها بناء على دعوى قضائية ترفع من أحد الشركاء ضد باقي الشركاء وتنتج بصدور حكم قضائي يقضي بفرز الأنصبة، وهو الحكم الذي يكرس لأطرافه حقوق عينية عقارية لذا يستوجب عليهم تسجيله لدى مصلحة التسجيل بمديرية الضرائب ليم بعده إيداعه لدى المحافظة العقارية لإتمام إجراء شهره حتى يرتب كافة آثاره القانونية، وعليه، ونظرا لأهمية هذه الدعوى، أحاطها المشرع بعناية خاصة من خلال سن منظومة قانونية محكمة تنطبق عليها سواء من حيث إجراءاتها أو موضوعها، كما أحاط أيضا قسمة بعض الملكيات الشائعة بنصوص خاصة تنسم بالدقة كقسمة الأراضي الفلاحية و قسمة الأراضي الواقعة في المحيط العمراني، ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها من هذا البحث نورد ما يلي:

-القسمة التي ينقضي بها الشيوخ هي تلك الواردة على الملكية التي تعرف بالقسمة النهائية ، و ليست تلك الواردة على الانتفاع و التي يطلق عليها قسمة المهياة ، كون هذه الأخيرة قد تكون

زمانية أو مكانية وليست إلا دربا من دروب تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، لذلك تتسم بكونها مؤقتة، مع أنه يمكن لقسمة المهايأة المكانية أن تنقلب إلى قسمة نهائية بمرور خمسة عشرة سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 733 من القانون المدني .

- نص المشرع على القسمة الإتفاقية بموجب المادة 723 من القانون المدني التي تنص: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون" ، وما يلاحظ على هذه المادة ، أن المشرع لم يحدد هذه الإجراءات في القانون المدني.

- بالرجوع إلى قانون الأسرة نص المشرع في المادة 88 على وجوب الاذن القضائي في القسمة الاتفاقية التي يكون القاصر طرفا فيها و لم يوضح دور القاضي في هذا الاذن ، ومن الجانب العملي يقوم فقط بالامضاء عليه مما يجعل هذا الاذن يخلو من الدور الإيجابي للقاضي ويفقد هذا الاجراء الغاية التي شرع من أجلها وهو حماية القاصر لاسيما في ظل انعدام أية رقابة بعدية لهذا الاذن.

- نص المشرع على الإذن القضائي لإجراء القسمة الاتفاقية بموجب المادة 88 من قانون الأسرة، إلا أنه في المادة 181 من نفس القانون نجدتها تنص: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109- 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"، ويفهم من المادتين المذكورتين أعلاه، أن القسمة الاتفاقية تكون بعد الاذن القضائي إذا كان مصدر الشيوخ سبب آخر غير الميراث، بينما تكون قسمة قضائية إذا كان مصدر الشيوخ الميراث ، كون المشرع أورد عبارة " يجب "، ولا نجد أي مبرر للاختلاف الموجود في المادتين ، وطالما أن القاصر طرفا في القسمة كان عليه النص بأن تكون قضائية حماية لحقوقه سيما أنه قد يكون نصيبا للقاصر في الشيوخ مهم إذا كان مصدره العقد أو الهبة مقارنة بنصيبه إذا كان مصدر الشيوخ الميراث .

-القسمة القضائية في التشريع الجزائري تتم بطريقتين وهما طريق القسمة العينية ، وطريق قسمة التصفية ، وميز المشرع كل طريق بأحكام قانونية خاصة ومختلفة عن الطريق الآخر كما سبق التطرق إليه.

-المشرع نص على أن القسمة العينية تكون بقسمة العقار إلى حصص متساوية ، وإذا اختلف الشركاء في اختيار الحصص ، فإنها تجرى بطريق الاقتراع و ثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز طبقا للمادة 727 من القانون المدني ، وما يفهم من هذه المادة ، أن إجراء القرعة إختصاص أصيل للقاضي لا يجوز أن يتنازل عنه للخبير، إلا أنه لم يبين طريقة معينة لإجراء القرعة، ولم يكن أيضا دقيقا في استعماله للمصطلحات القانونية فيما بين النص بالعربية و بالفرنسية ، إذ إستعمل مصطلح الاقتراع بدلا من القرعة و بالفرنسية استعمل tirage au sort ، وهو يختلف عن vote le.

-وضع المشرع قيودا على القسمة إذا كان العقار فلاحيا، وذلك بموجب المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 20-12-1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية ، إذ حدد المساحة المرجعية الدنيا لكل حصة حسب طبيعة المحصول، وحتى لا يشارك القاضي في جريمة تحويل الوجهة الفلاحية وخلق حصص فوضوية ، يتعين عليه ، عند تعيين خبير لاعداد القسمة إلزامه بإحترام احكام المرسوم التنفيذي السالف الذكر.

-دعوى القسمة القضائية للملكية العقارية ثير عدة إشكالات ميدانية بخصوص عقود التعمير المسلمة من الجهات الإدارية المختصة والمنصوص عليها في القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها المعدل و المتمم ، هل تعد هذه العقود قيدا على رفع دعوى القسمة أم لا ؟ ، ومن هذه الرخص نجد : "رخصة البناء

، رخصة التجزئة ، شهادة التقسيم و شهادة المطابقة...". ، من الناحية العملية نجد أن البعض من القضاة يعتبرون عقود التعمير قيودا على رفع الدعوى ، غير أن المحكمة العليا في ذهبت إلى القول أنه لا يجوز للقاضي خلق قيود على رفع الدعوى لم ينص عليها القانون ، كونها مجرد شهادات إدارية لا تقيد القاضي في شيء ، وهو الأمر الثابت بالقرارين الصادرين عن المحكمة العليا الغرفة العقارية ، الأول بتاريخ 16-06-2016 تحت رقم 0999750 غير منشور، والثاني بتاريخ 13-07-2017 تحت رقم 1067959 مجلة المحكمة العليا 2017 ص 51.

ومن هنا نلاحظ ، أنه إذا كان الملف لا يحتوي على الرخص السالفة الذكر فعلى القاضي عند تعيينه للخبير أن يسند له ضمن مهامه مهمة مراعاة ما تنص عليه قواعد التهيئة و التعمير وذلك بالتنسيق مع المصالح التقنية للبلدية عند إجراء القسمة.

-نلاحظ أيضا أن الحكم القضائي الصادر في دعوى القسمة القضائية يكرس لأطرافه حقوق عينية عقارية، لذا يستوجب عليهم تسجيله لدى مصلحة التسجيل بمديرية الضرائب ليم بعده إيداعه من طرف الموثق لدى المحافظة العقارية لإتمام إجراء شهره ، وحتي يمكن الاحتجاج بالقسمة سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو في مواجهة الغير يجب شهر الحكم عملا بنص المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ولكن من الناحية العملية ، قد يتخلل عملية إيداع الحكم القضائيين طرف الموثقين والمتضمن قسمة العقار الشائع بعض الإشكالات ، تجعل المحافظ العقاري يرفض شهره بالرغم من أنها أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه طبقا لنص المادة 338 من القانون المدني، ومن بين الإشكالات الأكثر شيوعا مذكر منها :

- إشكالية عدم تضمين الحكم القضائي تقييم المال الشائع ، فالمادة 724 من القانون المدني جاءت صريحة من خلال نصها على تعيين خبير لتقويم العقار المشاع ككل و تقويم كل حصة على

حتى وذلك حتى تستوفي إدارة التسجيل حقوقها من كل مالك حسب نصيبه في العقار المشاع قبل شهره بالمحافظة العقارية.

-إشكالية تصرف أحد الشركاء على الشيوع في حصته أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم ، وهنا يظهر الاشكال لدى الموثق في عملية إيداع الحكم لشهره أين يجد أن المالك قد تغير ، فيصبح المشتري هو المالك الجديد ، وفي مثل هذه الحالة يرفض شهر الحكم ، ويقوم الموثق بتوجيه المالك الجديد (المشتري) إلى رفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمادة 381 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتقديم اعتراضه في القرار الصادر بالقسمة ، و بعد صيرورة الحكم النهائي الصادر في دعوى الاعتراض يعرض البائع أي الشريك الأصلي في الشيوع بالمشتري (أي بالمالك الجديد) ويقم الموثق بإيداع الحكمين معا لشهرهما ، أي الحكم الصادر في دعوى القسمة و الحكم الصادر في دعوى الاعتراض .

-إشكالية غموض منطوق الحكم القضائي القاضي بالقسمة أو ما إذا جاء خاليا من البيانات التقنية المتعلقة بالعقار محل القسمة من حيث المساحة ، الموقع ، الحدود ، التقييم الإجمالي للعقار نقدا ، تقييم كل حصة على حدى ، تحديد حقوق الارتفاقات ...) فإن المحافظ العقاري أوامام عدم شمول الحكم لكل هذه البيانات فإن المحافظ العقاري يرفض شهرها .

-إشكالية قسمة الأراضي الفلاحية بما لا يتناسب و المساحة المرجعية المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 20-12-1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية ، فإذا تمت قسمتها دون مراعاة المرسوم السالف الذكر يرفض المحافظ العقاري شهر الحكم حفاظا على الوجهة الفلاحية لهذا النوع من الأراضي وعدم تفتيتها.

-القسمة القضائية تتميز ببطء إجراءاتها وكثرة مصاريفها ، و تشمل هذه المصاريف طبقا لنص المادة 418 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: " الرسوم المستحقة للدولة ، مصاريف سير الدعوى لا سيما مصاريف إجراءات التبليغ الرسمي والترجمة والخبرة و إجراءات التحقيق

ومصاريف التنفيذ كما يحددها التشريع"، والأصل، أن خاسر الدعوى هو من يتحمل مصاريفها عملاً بالمادة 419 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، إلا أنه في دعوى القسمة لا يوجد طرف خاسر في الدعوى، لأن الكل مستفيد من الدعوى، ومن ثمة تكون المصاريف مناصفة بين جميع الأطراف المتقاسمة كل حسب نصيبه في المال الشائع.

ونظراً للإشكالات القانونية والعملية التي تعترض دعوى القسمة القضائية للملكية العقارية إرتأينا إقتراح التوصيات الآتية:

1- على القاضي إسناد المهام للخبير بدقة، لا سيما مهمة تقييم المال الشائع تقييماً نقدياً إجمالياً، وتقييم كل حصة على حدى، لأن الحكم يفرغ في شكل عقد رسمي ثم يسجل لدى مصلحة التسجيل و الطابع لتحصيل الدولة لحقوقها قبل شهره وإلا يرفض المحافظ العقاري شهره.

2- على القاضي أن يحدد بدقة في منطوق الحكم القاضي بالقسمة جميع البيانات الجوهرية التي سواء تلك المتعلقة بهوية الأطراف أو المعلومات التقنية المتعلقة بتحديد العقار تحديداً دقيقاً كافياً نافياً للجهالة كوقعه، مساحته، حدوده ومعامله، الأنصبة العائدة لكل طرف من حيث القيمة والمساحة والحدود، تقييم العقار نقداً وتقييم كل حصة على حدى، النسبة العائدة لكل طرف في الأجزاء المشتركة إذا كان العقار محل النزاع واقع ضمن الملكية المشتركة وذلك حتى لا يرفض شهره ولا يعتريه أي إشكال في التنفيذ.

3- على القاضي أن لا يتنازل عن صلاحياته للخبير، لأن مهام هذا الأخير فنية وتقنية بحتة تخرج عن إختصاص القاضي، ومثال ذلك: أن لا يتنازل القاضي عن إجراء القسمة، القيام بالصلح بين الأطراف، سماع الشهود، إجراء القرعة، وتوزيع الأنصبة على المتقاسمين، أين يقتصر دور الخبير فقط على تكوين الحصص بينما إسنادها للأطراف من مهام القاضي.

- 4- ضرورة التزام القضاة بالنصوص القانونية وعدم خلق قيود على رفع الدعوى المتعلقة بقسمة عقار مملوك على الشيوخ.
- 5- وجوب تدخل المشرع بنص صريح بإخضاع القسمة الودية التي يقوم بها الموثقين بإتفاق الأطراف للرقابة القضائية والمصادقة عليها قضائياً، تفادياً لما قد يحدث فيما بعد من أوضاع يصعب تداركها نتيجة لوجود إكراه مادي أو معنوي أو أدبي بين أطرافها قد حال دون أن تكون القسمة عادلة.
- 6- على المشرع التدخل بوضع نص صريح بإخضاع القسمة الودية التي يكون فيها قاصراً أو ناقض الأهلية لإشراف ورقابة القضاء سواء كان مصدر الشيوخ الميراث، أو غيرها من المصادر الأخرى دون تمييز.
- 7- وجوب تدخل المشرع بنص قانوني صريح يحدد بموجبه طريقة معينة لاجراء القرعة.
- 8- وجوب تعديل نص المادة 730 من القانون المدني التي رتبت على القسمة أثر مزدوج، كاشف ورجعي في نفس الوقت ، لأنه تترتب عنه نتائج ضارة ، لذلك فالتعديل يكون بجعل القسمة ذات أثر ناقل للملكية وكاشف لها.
- 9- وجوب تعديل نص المادة 731 من القانون المدني التي تنص على أن العبرة في تقدير التعويض أثناء التعرض والاستحقاق يكون بقيمة الشيء وقت القسمة، ونقترح تعديلها بجعل العبرة في تقدير التعويض تكون بقيمة الشيء المستحق وقت الاستحقاق لا وقت القسمة ، لأن قيمة العقار في تغير مستمر، فليس من العدل أن ترتفع قيمة حصص باقي المتقاسمين ولا ترتفع قيمة الجزء المستحق.

10- على المشرع مراعاة الدقة في المصطلحات القانونية المستعملة من طرفه في النصوص القانونية ، إذ نجده في المادة 722 من ق م إستعمل في النص بالعربية مصطلح "تمنح" و "الأصح" تمنح" كما جاء بالفرنسية exclure ، وفي المادة 727 من ق م إستعمل في النص بالعربية مصطلح "الاقتراع" و "الأصح" هو "القرعة" كما جاء في النص باللغة الفرنسية tirage au sort ، وهو يختلف عن vote le ، وفي المادة 734 من ق م إستعمل في النص باللغة العربية مصطلح " يتناولوا " و "الأصح" يتناولوا".

11- القيام بدورات تكوينية للموثقين لكي يتم توجيه الأطراف توجيهها صائبا في مثل حالات شهر الأحكام القضائية المتضمنة قسمة العقار الشائع التي يوجد فيها خلل أو خطأ يستوجب تصحيحه على مستوى القضاء .

12- ضرورة تنبيه المحافظين العقاريين بالتقيد بالنصوص القانونية وعدم رفض إيداع الأحكام القضائية لا سيما المتضمنة قسمة العقار الشائع دون مبرر.

13- عقد ملتقيات دورية يتضمن كل الفئات التي لها علاقة بالقانون والقضاء العقاري، (كالموثقين، القضاة ، المحامين، الخبراء ، المحافظين العقاريين والمحضرين القضائيين) ، وذلك حتى يتسنى لهم طرح الإشكالات القانونية والعملية التي تصادفهم أثناء قيامهم بمهامهم وإبداء الاقتراحات والحلول المناسبة لسد الثغرات القانونية.

14- وجوب إدخال مادة القانون العقاري ومنازعاته ضمن المحاضرات المبرمجة في جميع كليات الحقوق على المستوى الوطني ، لكون ذلك يؤدي إلى إثراء فكري وقانوني وفقهي يجعل الطالب على دراية تامة بكل مواضيع القانون العقاري لا سيما وأنها مادة معقدة ونصوصها القانونية متفرقة ضمن مجموعة من القوانين الخاصة ، وتطرح إشكالات كثيرة في الحياة اليومية.

المراجع

قائمة المراجع

✓ المراجع باللغة العربية :

أ/ الكتب:

- 1- الدكتور زايد أحمد رجب البشيشي ، أحكام القسمة القضائية و أثارها في القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2015 .
- 2- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج 8 ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة الجديدة ، بيروت ، لبنان ، 2000 .
- 3- الدكتور محمد عبدالرحمان الضويني ، أحكام القسمة بين الفقة الإسلامي و القانون المدني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 .
- 4- تومي مريم ، النظام القانوني للملكية المشتركة ، ط 1 ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2014 .
- 5- حاجي نعيمة ، المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، (دون سنة النشر) .
- 6- حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، الطبعة الرابعة ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2009 .
- 7- حمدي باشا عمر ، أليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 .

- 8- دي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ، دار هومة ، سنة 2005 .
- 9- حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014.
- 10- زروقي ليلي وحمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ،، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2013 .
- 11- حمدي باشا عمر و زروقي ليلي ، المنازعات العقارية ، الطبعة الأولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 .
- 12- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 2008 .
- 13- عبدالوهاب عرفة ، القسمة و إستعمال و إدارة المال الشائع ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية، 2006.
- 14- الدكتور محمودي عبدالعزيز ، آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية ، منشورات بغداددي ، 2010 .
- 15- مقلاتي مونة ، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر. 2001
- 16-الدكتور هيو ابراهيم قادر الحيدري ،التصرف في المال الشائع ، الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية بيروت ، لبنان ، سنة 2015 .

17- غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009 .

18- وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، ط 79-80 ، منشأة المعارف، 1994 .

ب/ -الرسائل و المذكرات الجامعية :

أ/ الرسائل :

1- بلبل محمد ، بحث لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص ، تخصص قانون عقاري ، جامعة باجي مختار عنابة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2017-2018 .

2- حواسين كريمة، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2013-2017 .

ب/ المذكرات :

1- الدكتورة اسعد فاطمة، "محاضرات في الملكية الشائعة"، (مطبوعة غير منشورة)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبدالرحمان ميرة ،بجاية، 2016/2017 .

2- بوحديش عادل ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، السنة الدراسية 2005-2006 .

3- حمده عمار، التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون عقاري ، جامعة الشهيد حمدة لخضر الوادي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 2016-2017 .

ج/-المقالات:

1- الدكتورة مريم تومي ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مجلة التواصل في الاقتصاد و الادارة ، العدد 45 ، 2016 ، ص.ص102-123.

2- محمد ذراع الميزان ، كريم حرز الله ، دعوى القسمة القضائية كوسيلة قانونية لتسوية العقار الشائع ، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله تيبازة ، الجزائر، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، المجلد: 07 ، العدد: 02 ، 2023 ، ص.ص 240-252.

3- الدكتور يوسف محمد والدكتورة لعدي خيرة ، مقال منشور في مجلة القانون العقاري و البيئة بعنوان ، إشكاليات شهر الحكم القضائي المتضمن قسمة المال الشائع، المجلد 08 ، العدد 14، 2020 ، ص 178-200 .

4-مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية بيروت ، سنة 1303 هجري.

د / - النصوص القانونية :

-الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 26-09-1975 المؤرخ في 1975-2609 ،المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم، ج ر ، عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30-09-1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 ج ر عدد 31 المؤرخة في 13-05-2007.

-الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم ، ج ر عدد 52 ، الصادرة بتاريخ 18-11-1975.

- القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم ، بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27-02-2005 ، ج.ر عدد 15، المؤرخة في 27-02-2005.

المراجع

-القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري ، ج ر عدد 49 ، مؤرخة في 18-11-1990 معدل ومتمم بالأمر رقم 25-26 المؤرخ في 25-09-1995 ، ج ر عدد 55 ، مؤرخة في 27-09-1995 .

-القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 25-04-2008 .

-المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، ج ر عدد 30 ، المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 13-09-1980 ، ج ر عدد 38 ، المؤرخة في 16-09-1980 .

-المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 ، المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية ، ج ر عدد 84 الصادرة بتاريخ 21-12-1997 .

هـ / المجالات القضائية :

- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، عدد 03 ، سنة 1989 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد الثاني ، سنة 1991 .
- المجلة القضائية ، لمحكمة العليا ، الجزائر ، العدد الثالث ، سنة 1992 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد 3 ، سنة 1994 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، الجزء الأول ، سنة 2004 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد الأول ، سنة 2006 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد 02 ، سنة 2006 .

المراجع

- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد 02 ، سنة 2008 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، عدد خاص ، الجزء 03 ، سنة 2010 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد الثاني ، سنة 2011 .
- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، العدد 01 ، سنة 2014 .

الفهرس

قائمة المختصرات

2	مقدمة.....
الفصل الأول ماهية القسمة القضائية للملكية العقارية	
7	المبحث الأول مفهوم القسمة القضائية للملكية العقارية.....
7	المطلب الأول تعريف القسمة القضائية للملكية العقارية.....
7	الفرع الأول تعريف القسمة.....
7	أولاً : تعريفها لغة.....
8	ثانياً : تعريفها فقها.....
8	ثالثاً : تعريفها اصطلاحاً.....
10	رابعاً: تعريفها قانوناً.....
10	الفرع الثاني تمييز القسمة القضائية عن غيرها من أنواع القسمة.....
11	أولاً : القسمة الاتفاقية (الرضائية).....
15	ثانياً : قسمة المهايأة.....
16	1-قسمة المهايأة المكانية.....
17	2-قسمة المهايأة الزمانية :.....
18	المطلب الثاني حق طلب القسمة و القيود الواردة عليها.....
18	الفرع الأول الحق في طلب القسمة.....
19	الفرع الثاني القيود الواردة على حق طلب القسمة.....
19	أولاً: الموانع القانونية.....
20	ثانياً : الموانع الاتفاقية.....
22	المبحث الثاني إجراءات القسمة القضائية وطرق إجرائها.....
22	المطلب الأول إجراءات القسمة القضائية للملكية العقارية.....

23	الفرع الأول دعوى القسمة القضائية :
23	أولا : الشروط الشكلية لدعوى القسمة :
23	أ/ عن عريضة افتتاح الدعوى
25	ب/ عن شروط قبول الدعوى
26	أ/ المصلحة:
26	ب/ -الصفة :
28	ت/ -الاذن
28	ث/ الأهلية :
30	ثانيا : الشروط الموضوعية لدعوى القسمة :
36	الفرع الثاني الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القسمة :
36	أولا : الاختصاص النوعي
37	ثانيا : الاختصاص الإقليمي
37	المطلب الثاني طرق إجراء القسمة القضائية
38	الفرع الأول القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة :
38	أولا: تعريف القسمة العينية
39	أ/ القسمة العينية بطريق القرعة :
40	ب/ القسمة العينية بطريق المعدل:
46	ثانيا: المراحل التي تمر بها قسمة التصفية:
46	1/بيع المال المشاع بالمزايدة وقسمة المال على جميع الشركاء:
47	2/ جواز الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء :
48	خاتمة الفصل الأول
	الفصل الثاني الآثار المترتبة عن القسمة القضائية
53	المبحث الأول الافراز

53	المطلب الأول الأثر الكاشف للقسمة.....
53	الفرع الأول تعريف الأثر الكاشف.....
55	الفرع الثاني نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة.....
55	أولا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات.....
55	1/ وأما عن القسمة :
57	ب/ تعادل القسمة الجزئية للقسمة الكلية :
57	ثانيا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال.....
58	1/ معدل القسمة.....
59	2/ الحقوق الشخصية.....
60	ثالثا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص.....
61	المطلب الثاني النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة.....
61	الفرع الأول في مجال القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا.....
61	إن الحقوق و التكاليف العينية.....
61	2- الغبن في القسمة:.....
62	3- يعد الشريك الغارس أو الذي بنى على أرض مشاعة.....
62	4- شهر القسمة :
64	الفرع الثاني في مجال القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة.....
65	المبحث الثاني ضمان التعرض و الاستحقاق.....
65	المطلب الأول أساس الالتزام بضمان التعرض والإستحقاق و شروطه.....
65	الفرع الأول أساس الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق.....
68	الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان.....
68	الشرط الأول: وقوع تعرض أو إستحقاق.....
69	الشرط الثاني : أن يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة.....

70.....	الشرط الثالث : أن لا يكون الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم.
70.....	الشرط الرابع : أن لا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء من الضمان .
72.....	المطلب الثاني الآثار التي تترتب على تحقق الضمان.....
73.....	الفرع الأول إخطار المتقاسمين والحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض.....
73.....	أولا : إخطار المتقاسمين.....
73.....	ثانيا : الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان.....
74.....	الفرع الثاني إستحقاق التعويض و تقديره .
74.....	أولا : استحقاق التعويض.....
75.....	ثانيا: وقت تقدير التعويض.....
79.....	خاتمة الفصل الثاني خاتمة.....
88.....	المراجع.....
89.....	قائمة المراجع.....
95.....	الفهرس.....

ملخص بالعربية

تعد الملكية الشائعة إحدى صور الملكية العقارية، وهي حالة قانونية يكون فيها المال الشائع مملوكا لأكثر من شخص دون أن يتحدد فيه نصيب كل منهم مفرزا.

إن الشيوخ في غالب الأحيان أمر غير مرغوب فيه لما له من مضار اجتماعية واقتصادية ومن ثم فإن مصيره هو الانقضاء والزوال لا محالة، وتعد القسمة إحدى الطرق التي خولها المشرع للشركاء المشتاعين للخروج من حالة الشيوخ الاختياري، فتم كأصل عام باتفاق جميع الشركاء وهو ما يعرف بالقسمة الودية - أو الرضائية-، ولكن أحيانا قد يتعذر عليهم الاتفاق بالإجماع أو يكون بينهم ناقص الأهلية فيستوجب عليهم الرجوع إلى القضاء الذي يتولى القسمة فتكون القسمة قضائية.

القسمة القضائية تتم بطريقتين، إما بطريق القسمة العينية أو بطريق التصفية (البيع بالمزاد العلني)، وفي كلا الحالتين تفتح إجراءاتها بدعوى قضائية ترفع من احد الشركاء ضد باقي الشركاء و تنتهي بصدور حكم قضائي يقضي إما بالقسمة العينية بفرز نصيب كل شريك او ببيع المال الشائع في المزاد العلني وتقسيم حاصل البيع على جميع الشركاء كل بقدر ما يتناسب مع حصته في المال الشائع.

والحكم الصادر في دعوى القسمة يجب شهره لدى المحافظة العقارية حتى يرتب آثاره القانونية في نقل الملكية العقارية سواء فيما بين أطرافه أو في مواجهة الغير.

الكلمات المفتاحية : القسمة القضائية ، التركة ، الورثة ، دعوى القسمة ، نقل الملكية

Résumé

La propriété en indivision est considérée comme étant l'une des formes de la propriété immobilière. de ce fait, c'est un cas de droit où le bien en indivision doit appartenir à plus d'une personne sans que la part de chacun soit délimitée

Dans la majeure partie des cas, l'indivision est un cas à éviter eu égard à toutes les conséquences néfastes qui y sont afférentes. celles ci sont sociales et économiques et pour cause son devenir et sans aucun doute la caducité.

Le partage des biens est l'une des voies que le législateur a octroyé aux membres concernés pour sortir de l'état de l'indivision choisie. ainsi elles se réalisent comme fondement général avec le consentement de tous ses membres et c'est ce qui est communément appelé le partage à l'amiable ou consenti.

Néanmoins, si ce consensus fait parfois défaut ou il se trouve parmi eux une personne mineure, il est impératif dans des cas pareils qu'ils fassent appel à une autorité juridique qui procède à un partage relevant de sa compétence. si tel est le cas, ce partage se réalise des deux manières suivantes:

-Soit partage par nature

-Soit: la liquidation par la voie des ventes aux enchères

Dans les deux cas, on doit faire appel à une instance juridique compétente en la matière par le biais d'un des membres et ce, à l'encontre de tout les autres membres

Ainsi l'affaire doit s'achever par une décision judiciaire qui stipule de deux choses l'une

-Un partage selon la part revenant à chacun

- Soit la vente du bien en indivision et par voie de conséquence son partage sur chacun des membres selon ce qu'il revienne de droit .

Enfin il faut veiller à ce que la décision du juge concernant ce partage doit être déclarée au pole immobilier afin qu'il puisse gérer les effets juridiques pour le transfert de ce bien immobilier soit entre ses différents membres soit pour contrecarrer tout opposant.

Mots-clés : division judiciaire, succession, héritiers, action en division, transfert de propriété.