

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

قسمة المال الشائع في القانون
الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذ:

* حمادي زوبير

من إعداد الطالبتين:

* تيقرين تيزيري

* حماني حكيمة

لجنة المناقشة

*أسعد فاطمة.....رئيسا.

*حمادي زوبير..... مشرفا و مقرا.

*قبة حسان.....ممتحنا.

السنة الجامعية 2013/2012

الشكر و التقدير

إلى الله عز وجل الذي لا حول و لا قوة لي من دونه

إلى الأستاذ حمادي زوبير الذي وجهنا و ساعدنا في عملنا.

إلى كل شخص ساهم في انمائنا و تعليمنا في كل الطور

الدراسي .

مقدمة

الأصل أن الملكية مفرزة، فالمال يملكه مالك واحد ومن ثم يستأثر به دون غيره وله أن يتصرف فيه كيفما شاء وفيما شاء، غير أن لهذا الأصل استثناء يتمثل في إمكانية تعدد الملاك في ملكية شيء واحد، وهذا هو حال مجموعة من الأشخاص آل إليهم الشيء عن طريق الميراث ولم تتم قسمته، أو أنهم اشتروا الشيء معا دون تقسيمه فيما بينهم¹، ففي هذه الحالة خلافا للملكية المفرزة يبقى المال مشاعا بين الشركاء، ويعبر في هذه الحالة عن الملكية بـ "الملكية الشائعة"².

هكذا تختلف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، في أن الحصة التي يملكها الشريك في الشبوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب معين منه³، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 713 من ق. م⁴ أكدت أنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشبوع..."⁵.

غير أن البقاء في الشبوع يبقى أمرا غير مرغوب فيه، فتعدد الملاك فيه من شأنه أن يثير عدة خلافات فيما يتعلق بالانتفاع والإدارة، حينما تتعارض إرادة الشركاء حول المال الشائع⁶، فعندئذ يصبح

¹ والشبوع قد يكون مصدره العقد، كما لو اشترى شخصان مالا على الشبوع، وقد يكون الوصية كما لو أوصى شخص للاثنين بمال على الشبوع، وقد يكون أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، كالتقادم أو الشفعة، ويعد الإرث أكثر المصادر شبوعا.

² هناك فرق بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة، كون أن الشيء المملوك في الشبوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل شريك حصة فيه، أما بالنسبة إلى الملكية المشتركة فهي تعبير عن وضع قانونية فرضها العمران، وبالتالي فهي وصف يقتصر على البناية المتعددة السكنات، كما أن أجزاءها العامة تنصف بالشبوع الدائم، وتنتهي بانتهاء تعدد المالكين أو بتهديم البناية.

³ جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص.2.

⁴ أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادر في 30/09/1975، المعدل والمتمم الى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، جريدة رسمية، عدد31 الصادرة في 13ماي 2007.

⁵ الشبوع لا يقتصر على حق الملكية فقط، حيث يمكن أن يكون في الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع كمن يوصي بحق الانتفاع لعدة أشخاص، وبالتالي فهو شائع بين الموصي لهم جميعا أو قد يكون في حق الارتفاق وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 2/879 من أمر رقم 58-75 السالف الذكر المتضمن القانون المدني حيث جاء فيها أنه: "وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشبوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين".

⁶ أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص.31.

المال مصدر متاعب، وكثيرا ما يختلف الشركاء في الشيوخ ويغلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتعكر صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف، بالإضافة إلى أن تطور مفاهيم الحياة لدى الناس، واضمحلال الأسرة المركبة التي كانت معروفة في القديم بتماسك أفرادها، هناك عوامل أدت إلى تزايد الرغبة في قسمة المشاع كلما منحت الفرصة لذلك، ثم إن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لا شك في رجحانه على الاستغلال الجماعي للشركاء في الشيوخ، وفيه حافز قوي للعمل والإبداع⁷، ومن ثم لابد من الخروج من هذا الشيوخ وإزالته⁸.

الحقيقة، تتعدد أسباب إزالة الشيوخ، من ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقي الشركاء جميعها، أو يكسب أجنبي حصص جميع الشركاء، بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فتجتمع كل الحصص الشائعة في يد مالك واحد، ويترتب على ذلك أن يزول الشيوخ، وكذلك قد يتحول الشيوخ إلى شركة ذات شخصية معنوية، فيملك الشخص المعنوي المال الذي كان شائعا ويزول الشيوخ، و قد يؤدي الأخذ بالشفعة إلى إنهاء حالة الشيوخ نهائيا، إذا كان العقار المشفوع فيه مملوكا للشريكين، ونجح الشفيع في أخذ الحصة المباعة بالشفعة، إذا كان المبيع عقارا، هذا وفقا لنص المادة 795 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزارعية:

- لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

- لصاحب حق الإنتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها."

كذا حق ممارسة الاسترداد طبقا لنص المادة 721⁹ من نفس القانون إذا كان المبيع منقولا التي تنص على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري جميع حقوقه والتزاماته، إذ هو عوضه عن كل ما أنفقه."

⁷ قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص.233.

⁸ لقد ثبتت شرعية القسمة بخصوص قسمة الشركة في القرآن الكريم بقوله تعالى: "وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا" آية 8 من سورة النساء.

⁹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والتمم، المرجع السابق.

مقدمة

مع مراعاة إجراء التوثيق والشهر لدى مصالح الحفظ العقاري إذا كان المبيع عقارا، ونشير إلى أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين العقار والمنقول، ففي كلتا الحالتين للشركاء حق الشفعة، غير أنه حتى لو تعدد الأسباب فإن السبب الرئيسي لإزالة الشبوع هي القسمة.

لما كان الأمر كذلك فإنه من حقنا التساؤل: هل أن عملية القسمة التي نظمها المشرع الجزائري

كفيلة بوضع حد للشبوع ومن ثم ضمان حقوق كل شريك؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي إتباع المنهجين الوصفي والتحليلي لمواد ق.م.ج المتعلقة بالقسمة مع مقارنتها كلما اقتضت الضرورة بما أخذت به التشريعات المقارنة، وذلك من خلال البحث في مرحلة أولى عن الأحكام التي قررها المشرع الجزائري بشأن القسمة (الفصل الأول)، ثم الوقوف في مرحلة ثانية عند النتائج والآثار المترتبة عن هذه القسمة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

أحكام القسمة الزائلة للشيوخ

يعد الشيوخ من أهم الموضوعات التي تثير جدلا، وهو يمثل حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، وأمثلته كثيرة ومتنوعة كما لو امتلك شخصان أو أكثر عقارا أو منقولا غير قابل للإنقسام مثل السيارة، فهنا يكون لكل واحد منهم حق في حصة تنسب إلى الشيء في مجموعة كالنصف أو الثلث أو الربع.

أما بالنسبة لأموال أو حصص الشركاء في الشركة لا يعد شيوخا بينهم لأن المالك هو الشركة باعتبارها شخصا معنويا منفصلا عن شخصية الشركاء¹⁰.

نظرا للإشكالات المطروحة فيها يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطة الإستعمال، والإستغلال، والتصرف، ولتعدد الملاك في الملكية الشائعة وصعوبة إجماع الشركاء على طريقة معينة للانتفاع بالمال الشائع، لهذا تدخل المشرع الجزائري ونظم حالة الشيوخ، وكيفية إزالتها¹¹.

على ضوء هذه الأحكام سنعالج نطاق ومضمون القسمة الزائلة للشيوخ (المبحث الأول)، وكذا أنواع القسمة الزائلة للشيوخ (المبحث الثاني)، وحماية الدائن في إجراءات القسمة (المبحث الثالث).

المبحث الأول

نطاق ومضمون القسمة الزائلة للشيوخ

باعتبار الشيوخ ذو طابع استثنائي، بالتالي يعد حالة مؤقتة تنتهي حتما في مدة أقصاها 20 سنة¹²، وذلك عن طريق القسمة النهائية، التي قد تكون إما كلية، وذلك بأن تقسم جميع الأموال الشائعة بين جميع الشركاء وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية.

وقد تكون جزئية، إما بتقسيم بعض الأموال الشائعة بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعا على حاله بينهم، أو بإفراز نصيب شريك واحد في كل الأموال الشائعة ويبقى الشركاء الآخرون في الشيوخ في كل الأموال المتبقية، وإما بتقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين

¹⁰-محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول: حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.118.

أنظر القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري، أنظر المواد من: 713¹¹ الي 772 من القانون المدني الجزائري.

¹²- قدوج بشير، المرجع السابق، ص.233.

وأكثر، بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعاً بينهم، بالتالي تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم وهي قسمة طبقات أو قسمة فئات¹³، وهناك قسمة غير بائنة تكون معلقة إما على شرط واقف أو شرط فاسخ.

قد تكون القسمة مؤقتة أو قسمة منفعة وجدت بغرض الإنتفاع بالمال الشائع، ولقد نظمها المشرع الجزائري مع القسمة النهائية في المواد 733 إلى 736 من ق.م.ج، وقسمة المهايأة أو قسمة المنفعة كما يسميها الفقه الإسلامي قد تتخذ صورتين: إما ان تكون مهايأة زمانية أو مهايأة مكانية والتي تخضع لأحكام عقد الإيجار في حدود طبيعة هذه القسمة.

فالمهايأة الزمانية هي مناوبة في الإنتفاع بجميع المال الشائع لمدة معينة تتناسب مع حصة كل شريك، كأن ينتفع صاحب النصف بالمال الشائع لمدة سنة، وصاحب الثلث ب 8 أشهر وصاحب الربع ب 6 أشهر، وصاحب السدس ب 4 أشهر، وهذا حسب نص المادة 734 ق.م.ج.

أما المهايأة المكانية فهي التي يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء الأخرى (المادة 733 ق م ج)، بشرط أن لا يحصل الإتفاق لمدة تزيد على 5 سنوات قابلة للتجديد¹⁴، كما يجوز أن تتم المهايأة بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الخصوم أثناء إجراءات القسمة القضائية (المادة 736 من نفس القانون).

إلا أن هناك نوع آخر من القسمة هي قسمة قانونية أحدثت بموجب القانون، وذلك باعتبارها حكم خاص وضعه المشرع الجزائري لإستقرار المعاملات بين المتقاسمين في مجال القسمة، وذلك بموجب نص المادة 733 من ق.م.ج.

أما نحن سنركز دراستنا في هذه المذكرة على قسمة الملكية التي تضع حداً للشبوع، وذلك بأن يأخذ كل شريك جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته الشائعة، وهذه هي الحالة العادية للشبوع، وهو الشبوع الاختياري، إذ أن الشركاء فيه لديهم الحق في قسمة المال الشائع، إلا أن هناك الشبوع الإجباري، وهذا الأخير إما أن يكون أصلياً، وذلك بأن يكون محله مخصصاً لمنفعة جماعة من الأشخاص، كمدافن

¹³ محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص.97-98.

¹⁴ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.118-120.

الأسرة، أو تبعيا كأن يكون محله عقارا مخصصا لاستعمال عقارات أخرى مملوكة ملكية مفرزة لعدة أشخاص كالطرق والآبار والجسور المخصصة لخدمة عدة عقارات¹⁵.

المطلب الأول

نطاق القسمة الزائلة للشيوخ

لقد حرص المشرع الجزائري على وضع حد للشيوخ، وذلك بأن قرر الأصل في الشيوخ قابليته للقسمة، وهذا في إطار ما يسمى بالشيوخ الإختياري الذي سنتعرض له في (الفرع الأول)، وكرس الاستثناء وهو إجبار الشركاء على البقاء في الشيوخ تحت عنوان الشيوخ الإجباري، وهذا ما سنراه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأصل في الشيوخ قابليته للقسمة

يوصف الشيوخ بأنه إختياري إذا كان قابلا للقسمة، بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه يتوقف على إرادة المالكين، فكل واحد منهم في حالة عدم وجود اتفاق ان يطلب إفراس نصيبه فيصبح مالكا ملكية مفرزة عن طريق القسمة، إذ الأصل أنه حالة عادية مؤقتة مآلها الزوال، وذلك بقسمة الملكية التي يجريها الشركاء بالإتفاق أو عن طريق القضاء، وتكون اتفاقا، في حالة مادا اتفق الشركاء جميعا وتراضوا على قسمة معينة للمال الشائع، اما قسمة عينية او قسمة تصفية مراعين في ذلك الشكلية القانونية، وفي حالة تعدد اجماعهم على قسمة معينة للمال الشائع، لهم حق اللجوء الى القضاء لقسمة المال الشائع وهذه الاخيرة تكون عينية، في حالة امكانية حدوثها، اما في حالة استحالتها او حدوث نقص كبير في قيمته فتكون القسمة عن طريق التصفية.

الفرع الثاني

الإستثناء إجبار الشركاء على البقاء في الشيوخ

الشيوخ الإجباري عبارة عن حالة استثنائية وجدت بمقتضى نص في القانون أو بمقتضى الاتفاق أو بمقتضى الغرض الذي أعد له.

¹⁵ حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص.108.

أولاً- بالنسبة للقيد القانوني: هذا ما جاء في أحكام ملكية الأسرة إذ عندما لا يكون لها أجل محدد لا يجوز لأي شريك أن يخرج نصيبه منها إلا بعد مضي ستة أشهر من يوم إعلام باقي الشركاء برغبته، هذا طبقاً لنص المادة 2/739 من ق.م.ج، هذا مع العلم أنه في هذه الحالة نرى إشتراكاً لسببين في البقاء بالشروع هما: الإتفاق ونص القانون.

ثانياً- بالنسبة للقيد الإتفاقي: طبقاً للمادة 722 من ق.م.ج¹⁶ يمكن الإتفاق بالبقاء في الشروع، على أنه لا يمكن للشريك أن يطلب القسمة إلا بعد انقضاء المدة المتفق عليها، على أن لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وإلا كان الاتفاق باطلاً بالنسبة للجميع.

إذا تجاوز الأجل هذه المدة تنفذ في حدود الخمس سنوات فقط، ويكون باطلاً فيما زاد عليها. وليس ما يمنع على الشركاء بعد إنقضاء المدة المتفق عليها، من الإتفاق مرة أخرى على مدة جديدة تسري من يوم الإتفاق الجديد وفي حدود الخمس (5) سنوات فقط.

ثالثاً- أما القيد الذي مصدره طبيعة الشروع: إذا كان الشيء المشترك في حالة الشروع الجزئي كما هو الحال في ملكية الأجزاء المشتركة بين الجميع، فهذه الأخيرة لا تقبل القسمة لأن طبيعة الشيء ذاته لا يمكن الانتفاع به إلا مع بقاءه في حالة الشروع، في هذه الحالة طلب القسمة ممنوع بصورة دائمة وليس ممنوع لمدة معينة كما هو الحال في حالة القيد الإتفاقي.

المطلب الثاني

مضمون القسمة الزائلة للشروع

قد يتفق الشركاء نهائياً على قسمة المال الشائع قسمة ملكية، وذلك بأن يضعوا حد للشروع وهذا كأصل، أو يتفقوا مبدئياً على قسمة المال الشائع ثم تتقلب بمرور الوقت الكافي إلى قسمة نهائية يستقر فيها كل شريك في جزئه المفرز المعادل للحصة الشائعة، وهذا كاستثناء من الأصل¹⁷.

الفرع الأول

الأصل زوال الشروع بقسمة الملكية لا بقسمة المنفعة

قد يتفق الشركاء صراحة على قسمة ملكية المال الشائع، وذلك بأن يختاروا طريقة قسمته سواء قسمة عينية، وذلك في حالة امكانية قسمة المال الشائع عينا دون ان يلحق ضرر به ينقص من قيمته، أو تصفية، وذلك في حالة استحالة القسمة العينية للمال الشائع أو يؤدي به إلى إحداث نقص كبير في

¹⁶ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
¹⁷ على هادي لعبیدی، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة موازنة، طبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص.87

قيمته، أو قسمة قضائية، وهذه الأخيرة التي يمكن أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في القانون فيما يخص حالة القاصر والغائب قاصدين وضع حد للشبوع، وترتيب كافة آثار القسمة من إفراز نصيب كل شريك يعادل الحصة الشائعة والآثار الأخرى.

الفرع الثاني

الإستثناء: جواز انقلاب قسمة المنزعة إلى قسمة ملكية

الأصل أن قسمة المهايأة المكانية ترد على الإنتفاع بالشيء، ولا ترد على الملكية، ومن ثم فهي لا تنهي الشبوع، ولكن المشرع حرص على النص في المادة 733 ق.م.ج،¹⁸ على تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية إذا استمرت مدة 15 سنة، وذلك بتجديدها كلما انتهت المدة المقررة لها، وإذا لم تشتط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، فإنها تظل تتجدد سنة بعد أخرى ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

فالتراضي هنا لم يقع إبتداءً على قسمة نهائية، وإنما وقع على مهايأة مكانية مؤقتة، ومع ذلك تتقلب هذه القسمة المؤقتة بحكم القانون إلى قسمة نهائية¹⁹، باعتبار أن الشركاء قد إطمئنوا إلى نتائجها، ولو رغبوا عكس هذه القسمة فما عليهم إلا أن يتفقوا مسبقاً على عدم اعتبار قسمة المهايأة المكانية قسمة نهائية، وقد يرد هذا الإتفاق بعقد القسمة، أو بملحق لهذا العقد في وقت لاحق لإبرامه، ويعتبر تاريخ القسمة النهائية وقت إنتهاء مدة خمس عشر سنة، وبالتالي عدم جواز نقضها بسبب الغبن، وفي حالة وجود قاصر أو غائب لابد من مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون في المادة 88 ق.أ.²⁰، وبالتالي أثناء إبرام عقد المهايأة المكانية وكان من بين الشركاء من لم تتوفر فيه الأهلية أو غائب وجب أن ينوب عنه وليه، أو وصيه، أو القيم، وإذا استمر نقص أهليته عند إنقضاء الخمس عشرة سنة فلا تتقلب قسمة

¹⁸ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق .

¹⁹ بالموازاة مع القانون الأردني الذي لا لم ينص على انقلاب القسمة المكانية إذا ما دامت 15 سنة كاملة إلى قسمة نهائية حيث جاء في كل من المواد 1054 من القانون المدني منه على: " المهايأة قسمة المنافع وقد تكون زمانية أو مكانة ففي الأول يتناوب الشركاء الإنتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفي الثانية ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة ."

وكذا نص المادة 1055 من نفس القانون التي جاء فيها: "يجب تعيين المدة المهايأة زماناً ولا يلزم في المهايأة مكاناً. يتفق الشركاء على مدة المهايأة، و إذا لم يتفقوا فالمحكمة أن تعين المدة التي تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال المشترك . وتجري القرعة لتعيين البدء في المهايأة زماناً وتعيين المحل في المهايأة مكاناً ."

²⁰ قانون رقم 84-11 المؤرخ المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02

المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية، عدد 15، مؤرخة في 2005/02/27 .

المهياة إلى قسمة نهائية إلا بعد إتباع الإجراءات القانونية في هذا الشأن، وتخضع كذلك للشكالية القانونية²¹.

لذلك فإن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة يعد قرينة على أنه قد حازه بناء على قسمة مهياة، و بالتالي تنقضي قسمة المهياة في هذه الحالة وتتحول إلى قسمة نهائية بقوة القانون، والقرينة هنا تقوم إذا أثبت الشريك أنه حاز جزءا مفرزا من المال الشائع لمدة 15 سنة.²²

المبحث الثاني

أنواع القسمة الزائلة للشروع

بما أن الأصل في الشروع أنه اختياري، وأن الخروج منه هو الأصل، والبقاء هو إستثناء، ومن ثم لا يجبر أحد البقاء فيه إلا ما أستثنى بنص من القانون أو باتفاق، وتعد القسمة إحدى الطرق التي تخول للشركاء المشاعين الخروج والتخلص من حالة الشروع، وهي في الأصل تتم باتفاق وتراضي جميع الشركاء، هذا ما يصطلح عليه بالقسمة الإتفاقية (المطلب الأول)، لكن قد يتعذر الوصول إلى إجماع الشركاء، أو في حالة ما إذا كان بينهم ناقص الأهلية، مما يلزم معه الرجوع إلى القضاء الذي سيتولى إجراء القسمة، فتكون قضائية²³ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القسمة الإتفاقية

تعتبر القسمة الرضائية طريقة من طرق الخروج من الشروع، حيث أنها تتم باتفاق وتراضي بين جميع الشركاء دون معارضة أحدهم²⁴.

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى هذا النوع من القسمة، وهي طريقة كثيرا ما يتم اللجوء إليها من قبل الشركاء المشاعين، وهذا لسهولة إجراءاتها بالمقارنة مع القسمة القضائية، وهي تستوجب شروط وإجراءات (الفرع الأول)، وإذا تمت القسمة الإتفاقية، ثم رأى الأطراف عدم مساواة هذا الإتفاق، فإن القانون أجاز لهم الطعن فيه (الفرع الثاني).

²¹ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 130-135 .

²² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص. 280 و 281 .

²³ مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د. س. ن، ص. 168 و 169.

²⁴ Hess-Fallon Brigitte et Marie Siman – Anne, aide mémoire, droit civil, 1^{ère} édition, Dallaz, paris, 2010 , p.184.

الفرع الأول

شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى القسمة الإتفاقية، في المادة 723 من ق.م التي تنص: " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون."

يتضح من خلال نص المادة أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو غائب وجب مراعاة حكم القانون في ذلك بأن تكون القسمة قضائية، فالقسمة المال الشائع لا يمكن أن تتم بالتراضي إذا كان بين الشركاء قاصرا أو غائبا.

إذا اتفق الشركاء جميعا على كيفية قسمة المال الشائع بينهم، كانت قسمة اتفاقية، أما إذا استحال الإتفاق فيما بينهم جميعا على كيفية اقتسام المال، ولجأ أحد الشركاء للقضاء مطالبا إجراء القسمة، كانت القسمة قضائية.

فالقسمة الاتفاقية هي اتفاق يبرمه الشركاء فيما بينهم لإنهاء حالة الشيوع، فما هي الشروط التي تستوجبها؟ وكيف يتم إجراؤها؟

أولاً- شروطه

حسب نص المادة 723 من ق.م.ج²⁵ السالفة الذكر فإن القسمة الإتفاقية هو عقد أطرافه هم الشركاء المشاعون، ومحلّه هو المال الشائع، وسببه هو إنهاء حالة الشيوع.

فالقسمة الإتفاقية باعتبارها عقد وجب أن تسري عليها أحكام سائر العقود، مع مراعاة حالة وجود ناقص الأهلية أو غائبا بين الشركاء.

1- إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية

لما كانت القسمة الاتفاقية إتفاق تعاقدي يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشيوع القائمة بينهم، فإن هذا الإتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلا بد من تراضي الشركاء جميعا وإجماعهم على ذلك وإلا كانت باطلة.

في حالة موافقة البعض على القسمة الإتفاقية، ومعارضة البعض الآخر فهنا تكون القسمة ملزمة لمن وافق منهم، وتعد هذه القسمة كإيجاب موجه من الشركاء الموافقين إلى المعارضين، فيكون عندئذ للشركاء المعارضين قبول القسمة أو رفضها، اي لهم الحرية في ذلك، وفي حالة موافقتهم بتقديم شروط او

²⁵ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

تعديلات في الإيجاب، فهنا يعتبر إيجاب جديد صادر منهم إلى الشركاء الآخرين ولهؤلاء أما القبول أو الرفض، فيسقط الإيجاب بمرور المدة المحددة، فإذا لم تكن هناك مدة محددة يسقط بمرور مدة معقولة²⁶ تستنتج حسب ظروف الحال وطبيعته المعاملة، عملاً بنص المادة 63 من ق.م.ج.²⁷

لقد أعطت المحكمة العليا للقسمة الإتفاقية التي يتفق فيها جميع الأطراف حجية لا يمكن الطعن فيها من أي شريك وهذا ما يستخلص من قرارها المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم 210560²⁸، مما جاء فيه: "إن الحكم الذي صادق على الصلح وقعته جميع الأطراف المتنازعة، لا يعتبر من الأحكام القابلة للإستئناف لأنه لم يفصل في النزاع، بل صدر حسب رغبة وإرادة الأطراف، وبذلك فإنه لا يجوز لأي واحد منهم التراجع".

يمكن أن يكون إتفاق الشركاء ضمنياً، أو ما يطلق عليه بالقسمة الفعلية، ولا يشترط أن يكون الإتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن تستنتج من ظروف الحال، كأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتبعه باقي الشركاء بتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، فيتضح من تصرفاتهم أنهم ارتضوا بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه²⁹.

يمكن أن توجد تطبيقات أخرى كلما اتضح من ظروف الواقع إتجاه إرادة جميع الشركاء في الشبوع إلى إفراز نصيب مادي مفرز لكل شريك بدل حصته الشائعة، ويستخلص بالتالي أن القسمة الضمنية مادامت مؤسسة على الإرادة فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الإتفاقية الصريحة، باستثناء ما يتعارض من هذه الأحكام مع صفتها الضمنية أو الواقعية³⁰.

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

²⁶ شامة إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.203.

²⁷ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

²⁸ قرار رقم 210560 المؤرخ في 1998/11/17، مجلة قضائية 2000، العدد 02، ص.180.

²⁹ كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1991، ص.204.

³⁰ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2001، ص.156.

2- الأهلية:

لابد من أن تتوفر في الشركاء الأهلية الكاملة وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي تشوبها، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من ق.م.ج:

"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

بالتالي يستخلص من نص المادة أنه لكي يكون عقد القسمة صحيحا، ومنتجا لكافة آثاره القانونية لابد من توفر شرط الأهلية الكاملة في الشركاء على الشبوع وهي تسعة عشر سنة كاملة، ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

وإذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائبا وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لما تقتضيه نص المادة 723 من ق.م.ج.

3- الشكلية:

إن القسمة تخضع إلى القواعد العامة في الإثبات، حيث تنص المادة 333 من ق.م.ج³¹: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دج لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل".

يستخلص من نص هذه المادة أنه إذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة على مئة ألف 100000 دج، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، أو ما يقوم مقامها، وإذا قلت عن ذلك أي عن 100000 دج، فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن.

وقد يكون محل القسمة منقول أو عقار، فإذا كان محل القسمة منقولا، فعقد القسمة يكون رضائيا يكتفي فيه بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية، أي لا يشترط فيها الرسمية ولا الشهر³².

أما إذا كان محل للقسمة عقارا فيجب أن تفرغ في ورقة رسمية، ويجب شهره طبقا لنص المادة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل

³¹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

³² محمد عبد الرحمان الصويني، المرجع السابق، ص.319.

العقاري³³، كما أنه تنص المادة 793 من ق م ج: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

نستخلص من خلال هذه المادة أنه بالإضافة إلى شرط الكتابة فلا بد من شهر عقد القسمة الذي يعتبر بمثابة إعلام للجميع بنشوء الحق أو انقضائه، أو تعديله أن نقضه، وهذا ليكون للغير حق المعارضة على هذه التصرفات، وبالتالي تكون هناك الشفافية في التصرفات القانونية واستقرار المعاملات وتعزيز الثقة للمتعاملين والإدارة³⁴.

بهذا إذا كنا بصدد قسمة ودية واقعة على العقارات أو المنقولات ذات أهمية خاصة لا بد من مراعاة إجراءات قانونية أهمها إجراء الرسمية، وكذا عملية الشهر في المحافظة العقارية لإمكانية الاحتجاج بها على الغير، بالرغم من أنها تكون حجة فيما بين المتقاسمين دون شهرها.

إن عقد القسمة من العقود الكاشفة للملكية، وليس ناقلة لها، وبالتالي لا يطعن فيها إلا بالتزوير، وهذا وفقا لنص المادة 324 مكرر 5 من ق.م.ج التي تنص: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

بتوفر هذه الشروط يكون عقد القسمة صحيحا ومنتجا لكافة آثاره القانونية.

وتنص المادة 324 من ق.م.ج³⁵: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

يفهم من خلال النص القانوني أنه بالإضافة إلى شرط الكتابة أو الرسمية لا بد من أن تتوفر في عقد القسمة مقاييس أوجبها القانون لصحتها، وهي أن يكون محرر من طرف موثق أو شخص مكلف بخدمة عامة، وما تم الاتفاق عليه فيما بين المتقاسمين، وما توصلوا إليه من نتيجة القسمة، وهذا كله يجب أن يكون في حدود سلطته واختصاصاته، ووفقا للأشكال القانونية المقررة في هذا الشأن.

إذا شهر عقد قسمة العقار، فإنه يكون حجة على الغير، أما إذا لم يشهر فإنه يكون حجة فيما بين المتقاسمين فقط ولا يكون حجة على الغير، غير أنه يجوز للغير أن يتمسك به في مواجهة

³³ الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 92، الصادرة في 18/11/1975، المعدل والمتمم.

³⁴ خالد أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.164.

³⁵ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

المتقاسمين، والاحتجاج به عليهم، ولا يستطيع المتقاسمين التمسك به في مواجهة الغير بعد التسجيل³⁶.

ثانياً - إجراءات القسمة الاتفاقية

للشركاء بعد الاتفاق على قسمة المال الشائع أن يختاروا في أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، كما يمكن لهم الاتفاق على قسمة الأموال الشائعة كلها.

فقد يختارون أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل واحد منهم عينا في المال الشائع، أو قد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو تكون بغير معدل، أو أن تكون القسمة عينية كلية شاملة لجميع المال الشائع، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشبوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقي في الشبوع فيما بقي من المال بعد التجنيب.

كما قد يختارون أن تكون القسمة بطريقة التصفية وهذا إذا تعذر قسمة المال عينا، ويتفقون على بيع المال المشاع كله أو بعضه في المزاد ويقسمون ثمنه، وما عسى أن لا يباع من هذا المال يبقى شائعاً فيما بينهم، أو يقسمونه عينا، وإذا اتفق الشركاء على البيع بالمزاد العلني جاز لهم حصر المزايدة بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذا رسي المزاد على شريك اعتبر قسمة بطريقة التصفية، أما إذا رسي المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة³⁷.

1- بالنسبة للاتفاق على قسمة التركة:

على الأطراف المتفقة على القسمة الودية أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين لإفراغ هذا الاتفاق في الشكل الرسمي طبقاً لأحكام المادة 03 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2005 المتضمن مهنة الموثق، حيث يتلقى هذا الأخير من الأطراف ملفاً كاملاً بالوثائق المطلوبة، ويقوم بإعداد فرضية شرعية مراعيًا أحكام قانون الأسرة في قسمة التركة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك لتحديد الحصة التي تعود إلى كل شريك³⁸.

³⁶ محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص.320.

³⁷ كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية و أحكامها و مصادرها

منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2001. ص.194 .

³⁸ Belkheir Said, Belkheira Nacira Leila, succession, partage, vente sur licitation, 1^{ère} édition, Edition ZAKARIA, Algérie, 1992, p.15.

هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 40396 المؤرخ في 24/02/1986 حيث جاء فيه: "حيث أن تحديد الأنصبة في أي تركة لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية"³⁹.

أي يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة الودية بحضور الأطراف والشهود، وأن يعمل على تسجيل ذلك العقد وإشهاره في المحافظة العقارية⁴⁰.

2- بالنسبة للإتفاق على قسمة عقار

إذا كان الإتفاق وارد على قسمة عقار، يجب أن يخضع للشكلية المطلوبة طبقا للمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج⁴¹، فعقد القسمة في هذه الحالة يحزره موثق، وهو من يقوم بإجراءاتها في غالب الأحيان، فنتم هذه القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة، وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة بها العقار، وبعد الإطلاع على وثائق الملكية الشائعة وشهادة التقسيم⁴²، يقوم خبير عقاري بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء على خمس نسخ.

أما إذا كان المال المشاع عقارا فلاحيا فإن المشرع الجزائري وضع قيودا على القسمة فنصت المادة 55 من قانون التوجيه العقاري⁴³: "...لا تلحق هذه المعاملات المختلفة ضررا بقابلية الأرض للاستثمار ولا يؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقارية وبرامجه..."

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

³⁹ قرار رقم 40396 المؤرخ في 24/02/1986، غير منشور.

⁴⁰ Taiche Christan, succession, (devolution, indivition, partage, fiscalité), 20^{ème} édition, Delmas, France, 2004, p.160.

⁴¹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

شهادة التقسيم هي وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو أكثر، وإذا كانت عمارة مجزئة فالمطلوب هنا هو إعداد جدول وصفي للتقسيم، أما رخصة التجزئة فتشترط لكل تقسيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، على أن يكون محل التجزئة هو أرض عارية والهدف منها هو تشيد بناية عليها. والرخصة المسبقة سواء كانت رخصة تجزئة أو شهادة التقسيم يجب إشهارها بالمحافظة العقارية لأن لهذا الشهر أثر قانوني، وهو إختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية جديدة.

⁴² دون الحاجة إلى شهادة التقسيم. « descriptif état »

⁴³ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 08/12/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 95-26.

3- بالنسبة للاتفاق على قسمة المال الشائع مع وجود قاصر أو غائب من الشركاء:

حتى تكون القسمة صحيحة فإن المشرع الجزائري أوجب مراعاة بعض الإجراءات، وهذا في حالة ما إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، وهذا ما جاء في نص المادة 723 من ق. م السالفة الذكر.

غير أن هذه المادة أغفلت الغائب، مع أن قانون الأسرة يعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا، كما أنها أوجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون دون ذكر هذه الإجراءات، ودون ذكر هل المقصود أن تكون القسمة قضائية؟

إن صياغة المادة 723 من ق. م. ج⁴⁴ جاءت بأسلوب عام مما جعل فهمها صعب، فهي منقولة من القانون المصري، والقانون المطبق في مصر في مثل هذه الحالات هو قانون الولاية العامة، فبينت الإجراءات المتبعة لحماية للقصر ومن في حكمهم⁴⁵.

على خلاف هذا فإن قانون الأسرة الجزائري جاء خاليا من هذه الإجراءات، ونص على الإجراءات التي يفرضها القانون: الولي، أو الوصي، أو المقدم، وهو الحصول على الإذن المسبق من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع العقار أو قسمته، طبقا للمادة 88 من ق.أ بالنسبة للوالي، والمادتين 95 و100 من نفس القانون فيما يخص الوصي والمقدم، وفي هذا الصدد فقد قررت المحكمة العليا أنه يجب على الوالي الحاضر أن يستأذن القاضي رئيس المحكمة في التصرفات المتعلقة ببيع وقسمة ورهن الأموال الخاصة بحقوق القاصرين⁴⁶.

غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن في مثل هذه الحالات، لكن بإعطاء تفسير لنص المادة 88 من ق.أ.ج⁴⁷، أو إسقاطه على حالة القسمة الإتفاقية، نستخلص أن هذه القسمة تخضع إلى رقابة رئيس المحكمة، إذ هو المخول بمنح الإذن، باعتبار ذلك يدخل ضمن اختصاصاته الولائية التي تهدف إلى مراعاة مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب.

إذا حصل اتفاق مبدئي على القسمة بين الشركاء والممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب، فإن على هذا الأخير أن يتصل برئيس المحكمة، ويعرض عليه الأمر، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة

⁴⁴ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁴⁵ تنص المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية الجديد المصري على أنه: " تتولي النيابة العامة رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ علي أموالهم والإشراف علي إدارتها وفقا لأحكام هذا القانون ولها ان تندب - فيما تري اتخاذه من تدابير - أحد مأموري الضبط القضائي كما يكون لها ان تستعين بمعاونين يلحقون بها بقرار يصدره وزير العدل ، ويعتبر هؤلاء معاونون من مأموري الضبط القضائي في خصوص الاعمال التي تناط بهم اثناء تأديتهم لوظيفتهم وللنيابة العامة ان تقدر نفقة وقتية من اموال مستحق النفقة الي حين الحكم بتقديرها."

⁴⁶ القرار المؤرخ في 1986/02/24، ملف رقم 40651 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الاسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي،

الجزائر، ص.156.

⁴⁷ قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

ناقص الأهلية أو الغائب، يأذن رئيس المحكمة مبدئياً للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد.

بعد إنجاز مشروع القسمة يعيده إلى رئيس المحكمة فيصادق على التقرير إذا رأى أنه يراعي مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب، ويمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقاً للقانون.

كما تقر المادة 181 من ق.أ.الج⁴⁸ على أنه في حالة قسمة الشركاء وكان بين الورثة قاصر فإن عملية القسمة تكون قضائية، وبالتالي فلا تتم إلا بحكم قضائي.

⁴⁸ قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الفرع الثاني

الطعن في القسمة الاتفاقية

باعتبار القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود، فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن المطبقة على سائر العقود، فيطعن فيها بالبطان المطلق، كما إذا اتفق الورثة على قسمة تركة مستقبلية أي قبل موت مورثهم، هنا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيها بالبطان، وهذا ما جاء في المادة 92 وما يليها من ق. م. ج.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية إذا كان المال المراد قسمته مخالفا للنظام العام طبقا للمادة 96 من ق. م. ج.⁴⁹ كأن يكون المال بضاعة محظورة حضرا مطلقا في النظام القانوني، وقد يطعن فيها بالإبطال لنقص الأهلية، كأن يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية أو غائب، ولم تراعى الإجراءات الواجبة الإتباع كما سلف الذكر.

كذلك يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الإرادة كالغلط، كان لذوي الشأن أن يطلبوا إبطال القسمة للغلط، كما إذا وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قسمة عين من أعيان الأموال الشائعة، بأن قدرة قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية، أو بأكثر منها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط، كما يجوز للشركاء الآخرين إذا قدرت قيمة هذه العين بأقل من قيمتها طلب إبطال القسمة للغلط كذلك⁵⁰.

يجوز طلب إبطال القسمة الاتفاقية لتدليس أو إكراه أو لغبن، غير أن المشرع الجزائري، وعلى غرار المشرع المصري، خصص للغبن أحكاما خاصة في حالة قسمة المال الشائع بالتراضي، خلافا للغبن المنصوص عليه في القواعد العامة (أولا)، وعلى فرض أن الغبن قد حصل، وقد طعن فيه من طرف الشريك المغبون، فهذا يرتب للقسمة أثرا رجعيًا (ثانيا).

أولا- نقض القسمة الاتفاقية للغبن

الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، وبمعنى آخر فهو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين⁵¹، والمشرع الجزائري لم ينص على الغبن المجرد من الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، في

⁴⁹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁵⁰ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن: حق الملكية، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 898.

⁵¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني والنظرية العامة للالتزامات، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 182.

القسم المتعلق بشروط العقد في ق م، إلا أنه اعتبره كذلك في حالات معينة منها حالة البيع، وحالة القسمة الاتفاقية، وهذا بموجب نصوص خاصة، وهذا ما جاء في نص المادة 732 من ق.م.ج: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس..."

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

إذ أن المشرع قد رعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته⁵².

إن الغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال، وذلك بطلب من الشريك المغبون، وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه كما إذا استحق جزء من المال الذي وقع في نصيب أحد الشركاء فيصبح الجزء الباقي أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك فهنا يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن.

كما يجوز للوارث الذي وقع في نصبه دين للتركة، وتبين أن المدين كان معسر من القسمة أن ينقص للغبن، إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذي حدده القانون مع أنه لا يجوز نقض القسمة للغبن، إذا كان الشريك وقت القسمة يعلم بالغبن وقد قبل به وفاء لالتزام طبيعي في ذمته لشريك آخر، أو هبة منه لهذا الشريك، ويجوز رفع دعوى الغبن ولو كان المال المقسوم منقولاً⁵³، على خلاف عقد البيع الذي ينصب على العقارات فقط، هذا ما تضمنته المادة 358 من ق.م.ج⁵⁴.

المدعي في دعوى الغبن هو الشريك الذي لحقه غبن فقط، لكن هذا الحق في الدعوى ينتقل إلى ورثة الشريك المغبون، فيجوز لهم أن يرفعوا دعوى أو أن يواصلوا السير فيها، كما يجوز لدائني الشريك المغبون أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينهم، وهذا وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى الغير مباشرة، أما المدعي عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء لأنهم ارتضوا كلهم على القسمة الاتفاقية⁵⁵، ولما كان عقد القسمة قابلاً للطعن للغبن، فهذا يستوجب توفر مجموعة من الشروط، لكن هذا لا يعني عدم استثناء بعض الدعاوى التي لا يمكن فيها ممارسة هذا الحق في الطعن.

⁵² رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.551.

⁵³ أنور طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي، مصر، 2004، ص.279.

⁵⁴ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁵⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.551.

1- شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن

تنص المادة 732 من ق.م.ج.⁵⁶: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة.

وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته".

من خلال نص المادة يمكن استنتاج شروط رفع دعوى الغبن وهي:

أ- وجود غبن يزيد عن الخمس: يجب على المتقاسم المغبون أن يتمسك بحقه في نقض القسمة الاتفاقية للغبن، ويشترط في الغبن أن يزيد عن الخمس، والعبرة من ذلك استقرار المعاملات، فلو فتح المجال للطعن في القسمة لمجرد وجود تفاوت في الأنصبة لما استقرت القسمة على عكس ما هو سائر في القانون الفرنسي، أين لا يجوز نقض القسمة الاتفاقية للغبن.

وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، فالمشرع الجزائري اعتمد نسبة الخمس أسوة بالمشرع المصري والذي أخذها بدوره من الشريعة الإسلامية⁵⁷، ولمعرفة مدى وقوع الغبن، يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال.

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

وإذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية لنصيب الشريك وقيمة ما تحصل عليه تزيد عن الخمس، كان هذا الشريك ضحية غبن في القسمة.

فإذا فرضنا أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50.000) دج وكان هناك خمس شركاء يملكون حصصهم بالتساوي، كانت القيمة الحقيقية للنصيب المفروض لكل شريك هي عشرة آلاف (10.000) دج.

⁵⁶ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁵⁷ عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص.138.

حتى يعتبر الشريك مغبوناً يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفروز بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفروز، أي أقل من ثمانية آلاف (8000) دج، أما إذا كانت متساوية أو أكثر فلا يجوز له نقض القسمة الاتفاقية للغبن.

في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا، المجلس الأعلى سابقاً، بتاريخ 14/04/1982 تحت رقم 19926، جاء فيه: "حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقسيم أموال الشركة الإجمالية وقيمتها بنفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم:

أولاً: تقسيم أموال الشركة وقت القسمة، ونصيب الشريك المغبون.

ثانياً: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

ثم يجرى مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعى قد لحقه غبن...⁵⁸.

والعبرة بالغبن الواقع على كل شريك على حدى، وليس على مجموعة من الشركاء، فإذا افترضنا في المثال السابق، خمس شركاء مشتركين في الحصص، حصة كل شريك بعد القسمة هي عشرة آلاف (10000) دج، ولو كان نصيب ما تحصل عليه أحد الشركاء هو ثمانية آلاف (8000) دج فنحن لسنا بصدد غبن.

يقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد عن الخمس على عاتق المدعي أو الشريك المغبون، ويمكن لهذا الأخير التنازل صراحة عن حقه في التمسك بالنقض، فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية، ويجوز أن يكون التنازل ضمناً كما إذا نفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحقه، كأن يدفع المعدل الذي التزم بدفعه أم لقبضه إذا كان هو الدائن به، تسلم المال المفروز الذي وقع في نصيبه راضياً ولو لم تنقضي السنة التي يجب أن يرفع من خلالها دعوى نقض القسمة، أو التصرف في المال المقرن بالبيع، أو الهبة، أو الرهن، أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له، والنزول عن هذه الدعوى، أو عن هذا الحق⁵⁹.

ومتى ثبت للقاضي وقوع الغبن للمدعي يزيد على الخمس فيجب عليه أن يقضي بنقض القسمة أي بإبطالها لأن القاضي ليس له سلطة تقديرية في ذلك لتحقيق سبب إبطال القسمة⁶⁰.

⁵⁸ القرار رقم 19926 المؤرخ في 14/04/1982، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص.111.

⁵⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.551.

⁶⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.907.

يحق للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير الدعوى، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى ما نقص من حصته نقداً أو عيناً، وهذا ما تضمنته المادة 732 في فقرتها الثانية من ق. م. ج.

إن المشرع الجزائري قد شدد على تكملة ما نقص من حصة الشريك المغبون وهذا راجع إلى أن القسمة تقوم على مبدأ المساواة .

يجب أن ترفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية لها: فإذا كان المقسوم عقار تحسب المدة من تاريخ شهر عقد القسمة وهذا حسب المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري⁶¹، وهذه المدة المقررة لرفع دعوى الغبن هي مدة سقوط لا مدة تقادم، لا يرد عليها وقف ولا انقطاع⁶².

على خلاف ذلك فإن الغبن في بيع العقار يكون خلال ثلاث سنوات من وقت إبرام العقد وهذا حسب نص المادة 359 من ق. م. ج "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع..."

2- أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن

نقض القسمة للغبن يكون في القسمة الاتفاقية فقط دون القضائية، لأن المفروض أن القسمة قد أحيطت بالضمانات، ورعيت فيها الإجراءات التي تكفل عدالتها، أو على الأقل ترفع الغبن عن المتقاسمين.

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

غير أنه إذا كان المشتكي في قسمة التصفية هو أحد الشركاء على الشبوع، فيعتد بالغبن لأننا هنا بصدد قسمة اتفاقية بطريق التصفية، إذ أن البيع هنا يعتبر قسمة، فإذا اشترى أحد الشركاء في الشبوع المال الشائع بأقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له أصبح لكل شريك من الشركاء حق نقض القسمة للغبن، أما إذا تمت القسمة بطريق التصفية بالمزاد العلني، ورسى المزاد على شريك، فإنه لا يجوز نقضها للغبن حتى وإن كانت المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة في المادة 360 من ق. م. ج⁶³.

⁶¹ أمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁶² خالدي أحمد، المرجع السابق، ص. 59.

⁶³ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

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

ثانيا- الأثر الرجعي لنقضالقسمة الاتفاقية للغبن

إذا نقضت القسمة للغبن بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشروع الى ما كانت عليه، اعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدء الشروع وكأنه لم ينقطع.

ويترتب عن هذا، حق لكل شريك في طلب القسمة من جديد، سواء في ذلك الشريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر لم يطلب نقضها.

يجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت من قبل، وبالتالي نقضها أيضا للغبن، كما يمكن أن تكون قسمة قضائية ولا يجوز نقضها للغبن.

بما أن نقض القسمة الاتفاقية للغبن له أثر رجعي، فبالتالي تسقط تصرفات الشركاء في الأموال المقررة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، فتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغبن.

أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بآثارها حتى بعد نقض القسمة، وهذا طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن⁶⁴.

المطلب الثاني

القسمة القضائية

إن الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق وتراضي بين جميع الشركاء، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع، وبالتالي لامناص لفض حالة الشروع إلا باللجوء إلى القضاء، لكن في بعض الحالات فإن القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المشاع بواسطة القضاء، وعلى كل فإن المشرع الجزائري قد حدد 3 حالات معينة، بوجودها فلا سبيل للشركاء في الشروع إلا اللجوء إلى القضاء لقسمة المال المشاع وهو:

1- إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الاتفاقية، وأراد أحدهم الخروج من حالة الشروع⁶⁵.

⁶⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 906 و 907.

⁶⁵ مادة 724 فقرة 1 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء امام المحكمة".

2- إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب، فالولي، أو المقدم، أو الوصي هو الذي يستأذن القاضي، وللقاضي ان يرفض⁶⁶.

3- هي الحالة التي تنص عليها المادة 181 من ق.أ.ج المتعلقة بقسمة التركات، والتي تفرض على الورثة المالكين على الشيوع أن تكون القسمة عن طريق القضاء، متى كان معهم وارث قاصر⁶⁷.

باعتبار القسمة القضائية تلك القسمة التي تتولى المحكمة إجراؤها، بناء على الدعوى التي ترفع من أحد الشركاء المشاعين، فهي تتطلب إجراءات (الفرع الأول)، كما أنها تتم وفقا لطرق حددها المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات القسمة القضائية

القسمة القضائية تتم في صورة دعوى تسمى دعوى القسمة، فمن هم أطراف هذه الدعوى؟ (أولا)، وما هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القسمة؟ (ثانيا)

أولا- الخصوم في دعوى القسمة:

إن دعوى القسمة ترفع من أحد الشركاء في الشيوع أو أكثر على باقي الشركاء في الشيوع، هذا ما أقرته المادة 1/724 من ق.م.ج⁶⁸، غير أنه يوجد أشخاص آخريين يمكنهم رفع دعوى القسمة اذا كانت لديهم المصلحة القانونية.

كل شريك يريد الخروج من حالة الشيوع يجوز له رفع دعوى القسمة، ويكون المدعى عليهم في هذه الحالة باقي الشركاء، وإذا ما رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة.

⁶⁶ المادة 723 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم: "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".

⁶⁷ قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁶⁸ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

إذا أغفل اختصاص بعض الشركاء في الشروع، فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم⁶⁹ وما على هؤلاء إلا أن يعترضوا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 191 وما يليها من ق.إ.م.ج.

وليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ الحكم بحجة أنه يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذه الدعوى، فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في حقهم⁷⁰.

إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، فإن صفة الشريك في الشروع تكون لهذا المشتري مادام قد انتقلت إليه ملكية الحصة الشائعة قبل تمام القسمة، بالتالي يكون لهذا المشتري صفة المدعي أو المدعى عليه في دعوى القسمة، أما إذا كان المال الشائع عقاراً فإن المشتري لحصة شائعة لا يصبح شريكاً، حتى يشهر عقد البيع فتنتقل إليه الملكية.

أما إذا اشترى أجنبي جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، وهو لا يعتبر شريكاً في الشروع، بالتالي لا يحق له رفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصاصه فيها، غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقاً لقواعد الدعوى الغير المباشرة، هذا باعتباره دائناً للشريك⁷¹.

ثانياً - الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى القسمة

حسب المادة 8 فقرة 2 من ق.إ.م.ج فإن الاختصاص بنظر دعوى القسمة يؤول إلى:

- في المواد العقارية فالاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المطلوب للقسمة.
- إذا كانت الأموال المطلوبة للقسمة منقولات فالاختصاص يؤول لمحكمة موطن أحد الشركاء.
- في حالة تعدد الشركاء في محكمة موطن أحدهم.
- في مواد الميراث فالاختصاص يؤول لمحكمة مكان افتتاح الشركة.

عند رفع الدعوى يكلف باقي الشركاء بالحضور، ويجب إعلان باقي الشركاء جميعاً بعريضة افتتاح الدعوى، التي تكون وفقاً لأحكام المواد من 12 إلى 20 من نفس القانون⁷².

إذا لم يكلف أحدهم بالحضور أمام المحكمة المختصة طبقاً لنص القانون فهذا يعني أن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة عليهم.

⁶⁹ عبد المنعم فرج صدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن، ص.210.

⁷⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.913.

⁷¹ عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص.210.

⁷² قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخ في 2008/04/23.

الفرع الثاني

طرق القسمة

باعتبار القسمة القضائية يتولى إجراؤها القاضي، فإنه يقوم بقسمة المال الشائع وفق ما نص عليه ق.م.ج في المواد 724 إلى 728⁷³، فتكون القسمة عينا فيختص كل شريك بنصيبه المفرز (أولا)، وإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة أن تحدث نقص كبير في قسمة هذا المال، فتكون القسمة حينئذ بطريق التصفية (ثانيا).

أولا- القسمة العينية:

إن القسمة العينية هي الأصل في قسمة المال الشائع، وهي تتم وفقا لوسائل حددها لنا المشرع الجزائري.

1- الأصل في القسمة ان تكون عينية:

تنص المادة 724 من ق م ج في فقرتها الثانية: "تعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

من خلال نص المادة نستنتج أن الأصل في القسمة هو أن تكون عينية وحينها يختص كل شريك بجزء مفرزا من المال الشائع، وبالتالي فيمكن للأطراف التمسك بها مادامت ممكنة، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 الصادر بتاريخ 2000/09/27: "لكن حيث أن المادة 728 ق.م.ج تشترط لبيع العقار بالمزاد العلني أن تكون القسمة مسجلة أو ينجر عنها انخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته".

وحيث أن العقار المشترك قابل للقسمة كما بينت الخبرة المنجزة، وأن قسمته لا يؤدي إلى انخفاض قيمته...⁷⁴

إن القاضي هو الذي يتولى بنفسه قسمة المال الشائع، وله في ذلك أن يعين خبيرا، خاصة إذا كان المال المراد قسمته عقارا، وللخبرة دورا كبيرا في هذا المجال فتهدف بذلك إلى تحقيق العدالة، وفرض مبدأ المساواة في القسمة وبالتالي إرضاء جميع الخصوم.

⁷³ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁷⁴ القرار رقم 201854 المؤرخ في 2000/09/27، المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة العقارية، ص.274.

2- وسائل القسمة العينية:

يقوم الخبير المعين من قبل القاضي بقسمة المال الشائع، فيقرر حصة كل شريك وذلك على أساس أصغر نصيب وإذا تعذرت قسمته إلى حصص فإنه يعمد مباشرة إلى تحديد حصة مفرزة لكل شريك تعادل حصته في المال الشائع.

أ- القسمة على أساس أصغر نصيب:

بعد تعيين القاضي للخبير، يقوم هذا الأخير بتقييم المال الشائع بصفة كلية، ويقيم نصيب كل شريك ويقوم بقسمة المال على أساس أصغر نصيب للشركاء، حسب ما تضمنته المادة 725 / 1 من ق. م. ج.

يكون تعيين الخبير والخبراء بصفة دقيقة وواضحة، ويتم تحديد المهمة التي يجب أن يقوم بها، والتي يكون الحكم الصادر فيها قبل الفصل في الموضوع مبلغ للأطراف تبليغا صحيحا⁷⁵.

يشرع الخبير في أعمال خبرته وفقا لتدابير المواد 43 وما بعدها من ق.م.ج⁷⁶، ويحرر محضرا بذلك يودعه لدى كتابة ضبط الجهة القضائية التي انتدبته للرجوع إليه عند الحاجة.

وإذا تعدد الخبراء وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، وبيان خبرتهم في تقرير واحد⁷⁷.

وفي حالة ما إذا كان بعض الشركاء الذين يريدون التخلص من حالة الشروع دون البعض الآخر، يفرز الخبير للأولين نصيبهم، ويقسمه إلى حصص، ويراعي في ذلك عدم تقويت المنفعة على أحد الشركاء حين تقسيم المال الشائع، فإذا كان المال الشائع عقارا تمسح الأرض وتفرز للحصص على أساس أصغر نصيب، على أن يراعي فيها أيضا الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى، ويراعي قدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب وغيرها من حقوق الارتفاق، ومثال أصغر نصيب أن تكون أنصباء الشركاء هي النصف، والثالث، والسدس، فيقسم المال أسداسا⁷⁸.

عند تكوين الحصص قد يحدث أن ينازع أحد الشركاء المتقاسمين، هذا ما تضمنته المادة 726 من ق.م.ج⁷⁹، فالمحكمة إذن تفصل في المنازعات التي تقع بين الشركاء، وهذا قبل الفصل في دعوى القسمة، وهذه المنازعات تتمثل في كل من:

⁷⁵ خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.105.

⁷⁶ قانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

⁷⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.925.

⁷⁸ عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص.213.

⁷⁹ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

1- المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، تكون عادة متعلقة بالتقويم للمعدلات، أو التشكيك في مدى تساوي الحصص.

2- المنازعات التي لا تتعلق بتكوين للحصص، كتشكيك في ملكية شريك لحصته الشائعة، وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء كالنزاع في مقدار حصة أحد الشركاء.

تفصل المحكمة في هادين النوعين من المنازعات بموجب حكم قابل للاستئناف⁸⁰ فيها، وعلى كل متى استأنفت هذه الأحكام يتم إرجاء إتمام عملية القسمة إلى حين صيرورتها نهائية.

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

بعد الفصل في كل المنازعات نهائيا، تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وهذا بعد إجراء عملية القرعة⁸¹، والغرض من اجراء هذه الاخيرة هو أنه عند تكوين الحصص يكون نصيب كل شريك غير معروف، وبالتالي فإن توزيعها بطريق القرعة ليضمن الشركاء المتقاسمون إلى أن فرصهم متساوية مثلا ونفترض أن الحصص ثمانية (8) وكان الشركاء ثلاثة (3)، فكان للشريك الواحد حصة واحدة، وللآخر ثلاث حصص، والشريك الثالث أربع حصص، وضمت في القرعة ثمانية (8) أوراق مرقمة من الواحد (1) إلى ثمانية (8)، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك، ثم يختار الشريك الأول ورقة واحدة، ويختار الشريك الثاني ثلاث ورقات، ويختار الشريك الثالث أربع ورقات، فيستحق كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه⁸².

بعد تكوين الحصص وإجراء القرعة، تثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره، وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا⁸³.

هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1989/10/26 تحت رقم 54849⁸⁴، مما جاء فيه: "ولما كان الثابت، في قضية الحال، إن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بالمصادقة قضية الحال، إن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد

⁸⁰ خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.121.

⁸¹ المادة 727 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم: "تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

⁸² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.925.

⁸³ خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.110.

⁸⁴ القرار رقم 54849، المؤرخ في 1989/10/25، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد 01، ص.25.

القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكون بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون".

إن للمحكمة العليا اجتهادا حول تطبيق المادة 727 من ق. م. ج، إلا أن الغرفة العقارية قد خالفت ذلك الاجتهاد، وقررت نقض القرار المطعون فيه لأن الخبير لم يجري عملية القرعة للقيام بالقسمة خرقا بذلك لنص المادة 727 من ق. م.

تعليقا على ذلك يتعين القول بأن ما ذهبت إليه الغرفة العقارية في هذا القرار يشكل مخالفة فادحة لأحكام المادة 727 من ق. م. ج، ذلك أن الخبير المنتدب لا يحق له أن يقوم بإجراء القرعة، وإنما عليه أن يحرر تقريرا ينهي فيه إلى إبداء رأيه وأن الجهة القضائية هي المختصة بإجراء القرعة، وتحريرها بذلك طبقا للنص القانوني المذكور أعلاه، وبذلك يعتبر هذا الاجتهاد غير سديد طالما أنه خالف نصا قانونيا صريحا وواضحا وأسند سلطة المحكمة إلى الخبير، لذلك يتعين استدراكه حفاظا على التطبيق السليم للقانون⁸⁵.

ب- القسمة بطريقة التجنيب

التجنيب هو أن يعمد الخبير إلى تعيين جزءا مفرزا لكل شريك يعادل حصته، لكن هذا في حالة ما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص على أصغر نصيب، أو يؤدي إلى الإنقاص من قيمته، وكذا في حالة ما إذا لم تتعذر هذه القسمة، لكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريقة التجنيب⁸⁶.

إن التجنيب ملزم لجميع الشركاء، ولو لم يوافقوا عليه، إذ يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال الشائع إلى حصص بناء على تقرير الخبير⁸⁷، وكمثال عن هذه القسمة أن يملك شخصين على الشبوع طباقا مؤلفا من شقتين، حيث يملك الشريك الأول نسبة الثلثين، في حين يملك الشريك الثاني نسبة الثلث من الطابق، وكانت قيمة الشقة الأولى أربعين ألف دينار، في حين أن قيمة الشقة الثانية هي عشرين ألف دينار، جاز للخبير أن يفرز للشريك الذي يملك ثلثي الطابق الشائع الشقة الأولى، أما الشريك الذي يملك الثلث فيفرز له الشقة الثانية⁸⁸.

⁸⁵ القرار المؤرخ في 2002/07/17، ملف رقم: 109، 233، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 02، ص.323.

⁸⁶ محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص.447-448.

⁸⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.922.

⁸⁸ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص.102.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا لم تتمكن المحكمة من إعطاء أحد الشركاء نصيبه كاملاً، فإنها تقرر استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، لذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل⁸⁹.

يشترط لتطبيق القسمة بطريقة المعدل أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية، هذا ما أكدته المحكمة العليا: "حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725 من ق. م في فقرتها الثامنة تنص: على أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه... والحال إن قضاة الموضوع منحوا اثنين من الشركاء نصيبهما نقداً كلياً دون الحصول على نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفاً واخطؤوا في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض"⁹⁰.

ثانياً - قسمة التصفية

قسمة التصفية ليست إلا طريقاً احتياطياً لإجراء القسمة، لا تتم اللجوء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو القسمة العينية.

1- حالات اللجوء إلى قسمة التصفية:

بما أن قسمة التصفية ما هي إلا صورة احتياطية لصورة القسمة العينية، فإنه يتم اللجوء إليها حينما تكون القسمة العينية مستحيلة، أو يترتب عنها انخفاض جسيم في قيمة المال⁹¹.
والمحكمة هي التي تقدر مدى استحالة القسمة من عدمها، ولها أن تستعين بالخبرة خاصة إذا كان المشاع عقاراً، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 1984/11/5: "أنه ما دام 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"⁹².

⁸⁹ تنص المادة 725/2 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم: 'وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل حقه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه'.

⁹⁰ قرار رقم 151301 المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني، ص.28.

⁹¹ تنص المادة 728 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم: 'إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع'.

⁹² القرار رقم 33797 المؤرخ في 1984/11/05، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص.71.

فإذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن تكون سيارة، أو مصنعا، أو يمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير في قيمته، أو تجعل الانتفاع به مستحيلا، كأن تقسم دارا متكونة من غرفتين إلى اثني عشر عينا، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة بطريقة التصفية، وبذلك قضي باستحالة قسمة عنصر العملاء الذي يدخل في تكوين عناصر المحل التجاري، قسمة عينية دون التخفيض من قيمته⁹³.

الجدير بالذكر أن ق إ م ج لاسيما المادة 386 وما بعدها لم تتضمن إجراءات لبيع المال المشاع لعدم إمكان قسمته، إلا إذا كان المال عقارا، فيباع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار، بناء على طلب الدائنين.

أما إذا كان المال الشائع منقولاً فيتعين في بيعه لعدم إمكان قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع للحجز عليها لدى المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع⁹⁴.

2- حالات خاصة في قسمة التصفية:

إذا ما عرض المال الشائع للمزايدة العلنية، فإنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان شريكا في الشبوع، أو من الغير، غير أن المشرع الجزائري أجاز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع، وهذا ما كرسته المادة 728 من ق. م⁹⁵.

أ- رسوا المزاد على أحد الشركاء:

إن الأصل في المزايدة، أن تكون مفتوحة للجميع سواء كانوا مالكين على الشبوع، أو أجنب، غير أن المشرع الجزائري قد أجاز أن تكون مقتصرة على الشركاء فقط، وهذا في حالة إجماع كل الشركاء على ذلك.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 94089 المؤرخ في 1995/10/26 مما جاء فيه: "ولما ثبت - أن المستأنف عليه سابقا - عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة، فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك وبالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القاضي يبيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه"⁹⁶.

⁹³ قرار المحكمة العليا رقم 33120 المؤرخ في 1984/10/06، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01، ص.153.

⁹⁴ محمد المنجي، دعوى القسمة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996، ص.334.

⁹⁵ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁹⁶ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات عن مجلس الدولة للمحكمة العليا، طبعة 8، دار هومة للنشر، الجزائر، 2005، ص.108.

إذا تم اللجوء إلى قسمة التصفية، فإنه يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية إذ يجب على نائبه الشرعي الحصول على إذن المحكمة قبل أن يوافق على قصر المزايدة على الشركاء فقط، وهذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس.

وفي حالة رسوا المزاد على أحد الشركاء أعتبر البيع قسمة عن طريق التصفية، كما أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ومع ذلك رسا المزاد على أحدهم كان هذا أيضا قسمة بطريق التصفية، وفي كلتا هاتين الحالتين فإنه يترتب عليها جميع آثار القسمة، والتي سنتطرق إليها في الفصل الثاني.

هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1984/10/06 تحت رقم 33120 مما جاء فيه: "حيث أن المحل التجاري نظرا لطبيعته، وللغرض الأساسي فيه المتمثل في الزبائن المرتبط أشد الارتباط بالمحل غير قابل من الناحية العملية للقسمة وأنه لا حل بالتالي إلا بيعه بالمزاد العلني لضمان مصالح الطرفين، ويمكن أيضا ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم، ولكن رسوا المزاد على أحد الشركاء، يعتبر هذا الرسو قسمة بطريق التصفية"⁹⁷.

ب- رسو المزاد على أجنبي:

إذا تعذر إجماع الشركاء سواء في حالة معارضة أحدهم على ذلك، أو في حالة عدم اتفاقهم أصلا على اقتصار المزايدة بينهم فقط، فإن المحكمة تأمر بعرض المال المشاع للمزايدة العلنية المفتوحة على الأجنبي، وعليه فإذا ما رسي المزاد على أجنبي اعتبر بيعا في علاقة الشركاء بالراسي عليه المزاد، بالتالي تطبق الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق المنصوص عليها في المادة 372 من ق.م.ج.⁹⁸

أما في علاقة الشركاء فيما بينهم وبالنسبة لدائنيهم فإن رسوا المزاد على الأجنبي ليس إلا إجراء تمهيدا لقسمة الثمن المتحصل من المزاد فيترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسم

⁹⁷ قرار رقم 33120 المؤرخ في 1984/10/06، مجلة قضائية لسنة 1989 عدد 01، ص.153.

⁹⁸ تنص المادة 372 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحلفها محله إذا علم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام، وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري. فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

المبحث الثالث

حماية الدائن في إجراءات القسمة

إن المشرع الجزائري قد خول لدائني الشركاء حق التدخل في إجراءات القسمة، سواء تمت هذه الأخيرة عينا، أو عن طريق البيع بالمزاد العني، هذا ما أكدته المادة 729 من ق م ج⁹⁹، إذ أن لكل دائن الحق في التدخل في إجراءات القسمة إلى جانب مدينه خاصة إن رأى أن هناك مصلحة جدية فيراقب سير إجراءات القسمة، ليحول دون تواطأ مدينه الشريك مع باقي الشركاء على الإضرار بمصلحته، وصور التواطؤ تتعدد مثل أن يتعمدالشركاء إيقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب أحد الشركاء الآخرين، فينتقل الرهن من المال محل الرهن إلى مال آخر، على غير رغبة وإرادة الدائن المرتهن¹⁰⁰، أو أن يتعمدوا أن يوقعوا في نصيب المدين أموالا، نقودا أو منقولات يسهل تهريبها لمنع التنفيذ عليها، أو أوقعوا في نصيبه أموالا قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته¹⁰¹.

إن تدخل الدائنين في إجراءات القسمة قد يكون قبل إجراء القسمة (المطلب الأول)، كما أنه قد يكون بعد إجرائها (المطلب الثاني).

⁹⁹ تنص المادة 729 من أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم حيث جاء فيها: "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات،والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم و يجب على كل ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

¹⁰⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.937.

¹⁰¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.559.

المطلب الأول

موقفه الدائن قبل القسمة

إن لدائني الشركاء الحق في التدخل في إجراءات القسمة، كما أن لهم جميع الحقوق التي يتمتع بها المدين إلا ما كان منها شخصيا أو غير قابل للحجز عليه، وهذا ما أورده المادة 189 من ق.م.ج¹⁰²، فالمشرع الجزائري قد منح لدائني الشركاء الحق في المعارضة في أن يتم قسمة المال الشائع، وذلك حماية لمصالحهم.

إن الدائنين قد يكونوا عاديين، أو دائنين ذوي حقوق مقيدة كالدائن المرتهن رهنا رسميا، أو حيازيا، أو صاحب حق اختصاص أو امتياز، وهذه الحقوق المقيدة يمكن أن تكون واقعة على المال الشائع المراد قسمته، أو واقعة على غيره من أموال الشريك.

القانون في سبيل حماية حقوقهم، إذ يمكن لهم أن يعترضوا على القسمة بطريق التجنيب مادام إجراؤها بالقرعة ممكن، أو يعرضوا على انحصار المزداد على الشركاء فقط خوفا من إنقاص القيمة الحقيقية للمال الشائع، وفتح المجال للأجانب عن الشركاء، بغية الوصول إلى أعلى مقدار ممكن من الثمن، وبالتالي تقوية ضمانهم في استيفاء حقوقهم كاملة.

على كل حال فمتى أراد فعلا، الدائنين التدخل والمعارضة في إجراء القسمة، فإن كيف تتم هذه المعارضة (الفرع الأول)، وما هو الأثر المترتب عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية معارضة الدائنين في القسمة

يجوز لدائن المدين الشريك أن يعارض على إجراء القسمة دون تدخله، ذلك إذا علم أن لمدينه حصة في المال الشائع¹⁰³، وبالتالي يجوز له طلب التدخل في إجراء القسمة كمرقب فقط، وإذا لاحظ وجود إضرار بمصالحه جاز له اللجوء إلى القضاء لطلب القسمة القضائية، لكن المادة 729 من ق.م.ج السالفة الذكر لم ترسم شكلا خاصا لهذه المعارضة، لذا يصح أن تقع بإنذار من المحضر القضائي، أو

¹⁰² المادة 189 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم حيث جاء فيها: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو ان يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام".

¹⁰³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.939.

عن طريق استعمال الدعوى الغير المباشرة، هذا من أجل طلب القسمة القضائية، إذا لاحظ إضرار بمصالحه، وتكون المعارضة موجهة لجميع الشركاء بما فيهم المدين الشريك.

بالنسبة لميعاد توجيه المعارضة لم يحدد قانونا، لكن يصح بمجرد علم الدائن بأن لمدينه حصة في المال الشائع، ويبقى حقه هذا قائما إلى أن يتم قسمته، وإذا بدأ الشركاء في اقتسامه لأبد لهم من إدخال الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة.

يجوز للدائن أن يتدخل سواء أثناء مباشرة إجراءات القسمة القضائية، أو عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة¹⁰⁴.

بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم كالدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا للمال الشائع، أو الدائن الذي له حق الاختصاص أو حق الامتياز، فعلى الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة دون حاجة إلى أن يوجهوا معارضة مسبقا، وهذا متى كانت حقوقهم مقيدة قبل رفع هذه الدعوى في حالة القسمة القضائية أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية وإلا كانت غير نافذة في حقهم إذا أثبتوا الضرر الذي لحقهم من هذه القسمة.

نفس الحكم ينطبق على مشتري جزء مفرز من العقار الشائع من أحد الشركاء، وقد تم تسجيل البيع وشهره قبل رفع دعوى القسمة باعتباره دائنا للشريك البائع، أو قبل إبرام عقد القسمة، وبالتالي لأبد من إدخاله في إجراءات القسمة من طرف الشركاء.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على المعارضة

إن أهم أثر يترتب على المعارضة هو إرغام الشركاء عند القسمة بإدخال الدائن في جميع إجراءاتها، وإلا أصبحت غير نافذة في حقه ودون حاجة لإثبات حدوث التواطؤ للضرر به¹⁰⁵.

إلا أن الدائن لا يجوز له طلب بيع المال بالمزاد العلني بالرغم من إمكانية قسمته عينا دون حدوث نقص كبير في قيمته، كذلك لا يجوز طلب القسمة القضائية بالرغم من أن الشركاء جميعا راضون على القسمة الاتفاقية، كما لا يجوز له أيضا منع مدنيه من التصرف في حصته، أو ترتيب حقوق عينية عليها، إذ أن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها، مع العلم أن للدائن حق التمسك أو الطعن في القسمة عن طريق الدعوى البوليصية¹⁰⁶.

¹⁰⁴ - أمر رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

¹⁰⁵ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.561.

¹⁰⁶ -- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.941.

المطلب الثاني

موقف الدائنين بعد تمام القسمة

بعد تمام القسمة، لا بد من التطرق إلى ثلاثة فروض وهذا من أجل إبراز هذا الموقف وهي أن يكون الدائنين قد تدخلوا فعلا في إجراءات القسمة (الفرع الأول)، أو لعدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضة أو بالرغم من أن له حقا مقيدا (الفرع الثاني)، وأخيرا لعدم تدخل الدائن بالرغم من دعوته للتدخل في القسمة لأنه لم يعارض أو لوجود حق مقيد له (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة

باعتبار أن المشرع الجزائري أعطى للدائنين حق التدخل في القسمة التي تمت دون تدخلهم، فهذا لمصلحته لمنع التواطؤ ضده .

في هذه الحالة يكون تدخل الدائن بناء على معارضته أو تدخله من تلقاء نفسه، وبالتالي فقد أتاحت له فرصة منع التواطؤ للإضرار به، وذلك بمراقبة إجراءات القسمة، ولا يحق له في هذا الفرض الاعتراض على هذه القسمة، كما لا يملك أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية¹⁰⁷.

الفرع الثاني

عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة

في هذه الحالة فإن الشركاء لم يقوموا بدعوة الدائن إلى الإنضمام والمشاركة في إجراءات القسمة، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن ضررا ألحق به من جراء القسمة، كأن يثبت مثلا أن القسمة وضعت في نصيب الشريك المدين أموالا (منقولا أو نقودا) يسهل تهريبها رغم إشتمال المال على عقارات، وأن القسمة أعطت للشريك نصيب أقل من حصته الحقيقية، فإذا أثبت الدائن الضرر الذي لحقه، جاز له طلب إيقاف نفاذ القسمة وطلبها من جديد، هذا مكرس أيضا للشركاء في الشروع، كما يمكن للدائن طلب التعويض مقابل عدوله عن إيقاف نفاذ القسمة، فإذا أوفوه بحقه إمتنع عليه الطعن في القسمة لإنعدام مصلحته في الطعن، وللشركاء حق الرجوع على المدين الشريك في الأخير، وإذا كان لهذا الأخير وجه للطعن في القسمة للغبن، أو الغلط، أو الإكراه، يمكن للدائن أن يستعمل حق مدينه في الطعن فيها.

¹⁰⁷ كيرة حسن، المرجع السابق، ص.175.

الفرع الثالث

عدم تدخل الدائن بالرغم من دعوته للتدخل

في هذا الفرض تكون القسمة في جميع الأحوال نافذة في حق الدائن، لكن له حق الطعن فيها بالدعوى البوليصة فقط: ويقع عليه عبء إثبات غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه.

أما إذا كانت القسمة القضائية، فللدائن أن يطعن في الحكم عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة مع إثبات غش مدينه الشريك أو إهماله الجسيم¹⁰⁸.

¹⁰⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 943 و 944.

الفصل الثاني

أثار القسمة

إن وظيفة القسمة هي إنهاء حالة الشبوع، وبالتالي إفرار جزء محدد من المال الشائع لكل متقاسم فيتملكه ملكية خالصة له (المبحث الأول)، وعليه فتحقيقا للمساواة بين الشركاء المتقاسمين فقد قرر المشرع الجزائري امتيازاً لهم ضماناً لدفع الديون الناتجة عن القسمة (المبحث الثاني)، وتحقيقاً أيضاً لنفس الهدف فيجب على المتقاسمين أن يضمنوا بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الإفرار في القسمة

إن الإفرار هو الهدف الذي يرمي إليه المتقاسمون من وراء القسمة، إذ به يصبح لكل شريك متقاسم جزء مفرز من الشيء الشائع على سبيل الإفراد بحقه .

أما عن تكييف عملية الإفرار فقد ثار جدل فقهي حول ذلك، فهناك من يكتفيها على أنها ذات أثر كاشف فقط إذ أن ذلك يضمن حصول كل متقاسم على الجزء الذي اختص به خالصاً من تصرفات غيره الكاشفة للقسمة فقط¹¹³، وآخرون يكتفونها على أنها ذات أثر ناقل حيث أن كل شريك عندهم يملك بقدر حصته في المال الشائع، على ذلك فالقسمة تقوم على أساس مبادلة الشركاء¹¹⁴، ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية، كانت القسمة بهذا المنظور ناقلة للملكية أيضاً، وأخيراً هناك من يقول بالأثر المزدوج للقسمة كاشف وناقل كما لو أن أرضاً يملكها إثنان في الشبوع لكل منهما النصف. فهذه الأرض قبل القسمة، كانت ملكاً لشريكين، تتزاحم عليها ملكية كل منهما. فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، وفرزنا نصيب كل منهما، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر. فهل يكون للإفرار عن طريق القسمة أثر كاشف، أو ناقل؟

¹¹³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 183.

¹¹⁴ محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص. 157.

إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض، صار هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف. ونقل إليه ملكية شريكه ثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز. ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، وأثر ناقل في النصف الآخر ويكون للقسمة بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل¹¹⁵.

نظرا لكل هذه الخلافات حول تكييف عملية الإفراز، فنحن نتساءل: ما المقصود بالأثر الكاشف للقسمة؟ (المطلب الأول)، وما المقصود بالأثر الرجعي لها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأثر الكاشف للقسمة

يقصد بالأثر الكاشف للقسمة أن المتقاسم يعد مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في الشيوع لا من وقت القسمة¹¹⁶، ويشترط أن تكون الملكية ثابتة وقت إجراء القسمة، كمن تملك بالميراث، فيعتبر مالكا لحصته من يوم وفاة المورث، فالقسمة بهذا المفهوم لا تنتقل حقا جديدا إلى الشريك، وإنما تكشف عن حق ثابت له من قبل، هذا ما أقرته المادة 730 من ق.م.ج¹¹⁷ بقولها: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى."

تحقيقا للغرض الذي سطر له الأثر الكاشف وهو حماية المتقاسم من الحقوق التي قررها غيره من الشركاء على العين الشائعة قبل القسمة، فسوف ندرس هذه الحماية من خلال تبيان نطاق الأثر الكاشف (الفرع الأول)، ثم نتطرق الى النتائج المترتبة عنه (الفرع الثاني).

¹¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 948 و 949.

¹¹⁶ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 158.

¹¹⁷ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الفرع الأول

نطاق تطبيق الأثر الكاشف

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة، يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم، والأموال التي ينطبق عليها، والتصرفات التي يترتب عليها .

فبالنسبة إلى الأشخاص فيحتج على المتقاسم وعلى الدائن المرتهن بالأثر الكاشف للقسمة، وذلك بالنسبة للمتقاسم الذي حاز بحسن نية نصيبه في عقار لمدة خمس سنوات، ثم تبين أن العقار لم يكن مملوكا للمتقاسمين، فلا يحق لهذا المتقاسم أن يستند إلى القسمة أو يحتج بالأثر الكاشف لها، باعتبار هذه الأخيرة تعتبر سندا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، يحتج كذلك على الغير إذا رهن أحد الشركاء في الشيوخ حصة شائعة أو جزء مفرز من المال الشائع إلى أجنبي من الغير .

لا يسري هذا الرهن في حق الشريك الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة، على أساس أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن، ومعني هذا أن الدائن المرتهن أو الغير يسري عليه الأثر الكاشف للقسمة، أي ينقل الرهن إلى الجزء المفرز الذي رهنه بعد القسمة، وبالتالي يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من أي حق رتبه الشركاء الآخرون¹¹⁸ .

بالنسبة للأموال فباعتبار أن سبب القسمة هو شيوخ كل المال بين الشركاء ومن ثم كان طبيعيا أن ترد القسمة على كل المال الشائع، فإذن ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التي أفرزتها القسمة، سواء كانت الأموال عقارات أو منقولات، أو حقوق ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف على مصنفه¹¹⁹

أما بالنسبة للتصرفات فإن كل تصرف من شأنه أن ينهي حالة الشيوخ يترتب عليه هذا الأثر الكاشف للقسمة، فإذا رسي المزداد في قسمة التصفية على أحد الشركاء، فإن رسو المزداد يعتبر قسمة عن طريق التصفية، وبالتالي يترتب عليها الأثر الكاشف بمعنى أن الراسي عليه المزداد قد تملك وقت الشيوخ¹²⁰ .

¹¹⁸ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 154.

¹¹⁹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 183.

¹²⁰ خالدي أحمد، المرجع السابق ، ص 157.

الفرع الثاني

نتائج الأثر الكاشف

يترتب على القسمة باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم عدة نتائج :

أولاً- أن الحصة التي ألت إلى المتقاسم تعد أنها كانت خالصة وملكه مند بدء الشروع، وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشروع، وبالتالي تسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة، إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي ألت إلى المتصرف بطريق القسمة، مع إعطاء حق إبطال التصرف بالنسبة للمتصرف إليه، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وهذا وفقا لنص المادة 2/714 من ق.م.ج

ثانياً- لا تصلح القسمة سببا صحيحا بالتقادم العشري وفقا لنص المادة 828 من ق م ج، لأن السبب الصحيح ناقل للملكية على عكس القسمة التي تكون كاشفة لحق الملكية.

ثالثاً- يجوز نقض القسمة الإتفاقية للغبين الفاحش، إذا رفع المتقاسم المغبون الدعوى خلال سنة من القسمة،¹²¹ وهذا وفقا لنص المادة 732 من ق.م.ج¹²²، وعليه يجب أن يأخذ كل متقاسم جزء مفرز معادل لحصته الشائعة، وبالتالي تكون القسمة عادلة.

رابعاً- إن القسمة ليست سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذي ألت إليه، وإنما يكون سنده هو السند الأصلي للملكية الشائعة، والمتقاسم لا يعتبر خلفا للمتقاسمين الآخرين، وكل التصرفات التي يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشروع، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر¹²³، إذ أن الأثر الكاشف للقسمة يقتصر على مجرد نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز المتصرف فيه لأنه ليس خلفا للمتصرف، ولكن لا تؤدي إلى إعتبره قابلا للإبطال على أساس أنه صادر من غير مالك، إذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله، وإن كان ذلك في نطاق النسبة المحددة له .

¹²¹ محمد وحيد السوار، المرجع السابق، ص.165 و166.

¹²² أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

¹²³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.185 .

بالتالي تستقر التصرفات التي أجراها الشريك المتصرف قبل القسمة، مع إنتقالها الى الجزء المفرز الذي أل إليه بعد القسمة، مع إعطاء الحق للمتصرف إليه في طلب إبطالها، إذا كان لا يعلم بأن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وهذا وفقا لنص المادة 714 / 2 من ق.م.ج، فالتصرفات الكاشفة تنتج أثارها بين المتقاسمين، أو الأطراف دون حاجة للشهر، ولا يحتج بهذا الأخير إلا على الغير، أي الشهر ضروري في الإحتجاج بها على الغير، وذلك لحماية مصالح المتقاسمين وتجنبه إعادة القسمة من جديد .

المطلب الثاني

الأثر الرجعي للقسمة

إضافة إلى المبدأ الكاشف للقسمة الذي أقرته المادة 730 من ق.م.ج¹²⁴ السالفة الذكر، فقد أقرت مبدأ ثاني والمتمثل في أن الشريك الذي خرج نصيبه عن الجزء المفرز يعتبر أنه لم يملك في أي وقت سواه أي نصيب آخر، ومن ذلك يتضح أن المشرع أراد أن يقرر أن للقسمة أثر رجعي لأنه إعتبرها مفرزة للحق، ولا ناقله أو منشأة له، أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوخ، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة، لذا سنتطرق إلى تبيان نطاق هذا الأثر (الفرع الأول)، ثم إلى النتائج المترتبة عنه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

نطاق تطبيق الأثر الرجعي

إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقد أو قسمة قضائية لها أثر رجعي، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في الشيوخ، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق .

يجب قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في نطاق حماية المتقاسم من تصرفات شركائه الاخرين أثناء الشيوخ، بحيث يخلص نصيبه مفرزا مطهرا منها، وإستبعاده من جميع الحالات التي لا

¹²⁴ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم ، ويسري الأثر الرجعي للقسمة إذا كانت حصص جميع الشركاء مما يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم، إذ يعتبر وضع اليد على أحدها المدة الطويلة المكسبة للملكية إفرازها وإخراجها بالتالي من الشيوخ.

أما إذا وجدت حصة في المال الشائع لا يجوز تملكها بالتقادم فإن وضع اليد يمتد إليها لإختلاطها بحصص باقي الشركاء حتى ولو ورد وضع اليد على حصة مفرزة، إذ تنطوي على قدر من الحصة التي لا يجوز تملكها بالتقادم، وبالتالي فإن القسمة التي تتم في هذه الحالة لا يكون لها أثر رجعي، وتثبت الملكية لكل متقاسم من تاريخ إجراء القسمة ومن هذا التاريخ تحتسب مدة التقادم، ذلك أن علة هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ كما أسلفنا ذكرا¹²⁵.

بالتالي فإن الحقوق التي تترتب للغير بموجب نص في القانون يستبعد في شأنها الأثر الرجعي، ومثال ذلك تملك جزء من المال الشائع بالتقادم.

إن الواجب هو حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التي يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشيء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها في حقهم، وللوصول إلى هذا الغرض يكفي أن نسلم بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أي أثر عيني قبل القسمة، وبالتالي تعتبر غير نافذة في حق الشركاء بعدها.

¹²⁵ أنور طلبية، المرجع السابق، ص. 269-270.

الفرع الثاني

نتائج الأثر الرجعي

من بين نتائج الأثر الرجعي للقسمة، أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة، إذ الغرض من تقرير هذا الأثر هو حماية المتقاسم في المال الشائع من الحقوق التي يربتها غيره من المتقاسمين على هذا المال أثناء فترة الشيوخ.

إلا أن الأخذ بظاهر نص المادة 730 من ق.م.ج يؤدي إلى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها لأنها غير منطقية ومخالفة لنصوص القانون وهي:¹²⁶

أولاً- إن مقتضى الأثر الرجعي أنه إذا ما رهن أحد الشركاء الشيء الشائع، ثم رسا مزاده على الشريك الآخر في قسمة التصفية، فلا يكون للدائن المرتهن مباشرة الأفضلية على الثمن الذي يختص به الشريك الراهن، بينما يقضي المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما أنها لا تمس الشريك الذي اختص بالعقار كله، وهو الاعتبار الذي يحول دون نفاذ الرهن في حقه أثناء الشيوخ، ذلك من بين النتائج التي لا يمكن التسلم بها في مجالات كثيرة كالتنازع القوانين من حيث الزمان واكتساب حقوق الارتفاق بالتخصيص للمالك الأصلي، ووقف التقادم وانقضائه .

ثانياً- إن العبرة في تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت قيام الشيوخ عند أعمال قواعد الضمان والغبن، والأخذ بذلك يخالف الهدف من القسمة وهو تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ولهذا فالقانون ينص صراحة أن تكون العبرة في التقدير بوقت القسمة، وهذا وفقا لنص المادة 1/731 و 1/732 من ق.م.ج.¹²⁷

ثالثاً- يجب أن تكون ثمار الجزء الذي إختص به أحد المتقاسمين له ليس فقط من وقت القسمة، وإنما من وقت قيام الشيوخ، لكن المنطق وطبيعة الشيوخ يقضيان بأن تكون ثمار الشيء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوخ من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم في الشيوخ، هذا طبقا لنص المادة 719 من ق.م.ج.

¹²⁶ كيرة حسن، المرجع السابق، ص.270.

¹²⁷ أمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

رابعاً- أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التي أنفقت في الجزء الذي وقع في نصيب غيره أثناء الشروع، خلافاً لما يقضي به المنطق وطبيعة الشروع من تحمله بها.

خامساً- أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء في الشيء الشائع أثناء الشروع قابلاً للإبطال بعد القسمة لصدوره من غير المالك، بينما تقضي طبيعة الشروع باعتبار هذا التصرف صحيحاً وناظراً في حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أي كانت نتيجتها، وهذا وفقاً لنص المادة 890 فقرة 2 من ق.م.ج .

سادساً- إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع أثناء الشروع، ثم تمت القسمة فوقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر، أعتبر التصرف قابلاً للإبطال سواء كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة، لأنه يعتبر في هذه الحالة تصرف من غير المالك.

لكن الواقع أن نص المادة 714 / 2 من ق.م.ج لا تجيز للمتصرف إليه طلب الإبطال إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، وذلك على عكس الحال في التصرف بملك الغير حيث يكون للمتصرف إليه أن يطلب الإبطال، ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك¹²⁸.

نستخلص من نص المادة 730 والنصوص الأخرى من ق.م.ج¹²⁹ السالفة الذكر أن موقف المشرع الجزائري غير واضح لا يخرج عن افتراضين :

الأول- أنه مسايرة للواقع العملي فيما يأخذ به من ترادف بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي

للقسمة هذا ما جعله قد عمد إلى افتراض مخالف للواقع الذي يستتبع التفسير الضيق لنص المادة 730 من ق.م.ج المقررة للرجعية، إذ يقصر هذه الأخيرة على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية لكل متقاسم فيما أفرز له من نصيب، من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب مما يعني عدم الإعتراف للقسمة بأثر رجعي فيما وراء هذا الغرض، وبالتالي فالنصوص الأخرى المخالفة للأثر مبررة في هذا النظر.

¹²⁸ محمد مصطفى جمال، المرجع السابق، ص. 184 .

¹²⁹ أمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الثاني- إن إرادة المشرع الجزائري في نص المادة 730 من ق.م منصرفة كما يتضح

من النصوص الأخرى إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730¹³⁰ إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريده من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوخ وافترض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوخ مملوكا ملكية خالصة استثنائية لهذا المتقاسم وحده .

إن التفسير الثاني لموقف المشرع الجزائري هو الأفضل لأنه لا يعتمد علي الافتراض والاصطناع ولأنه هو المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها و طبيعة حق الشريك المشاع الذي تنقيد فيه سلطاته لما لباقي الشركاء من سلطات مماثلة نتيجة لاشتراكهم في المال الشائع¹³¹ و أخيرا هو المتفق مع الكثير من النصوص القانونية الأخرى التي يستبعد فيها المشرع الجزائري فكرة رجعية القسمة.

على هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهتهم في تصرفات بقية الشركاء المشاعين في هذا النصيب خلال فترة الشيوخ، ويستتبع ذلك أن عدم الأخذ بالأثر الرجعي على إطلاقه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة و تتنافى مع الغرض من تقريره¹³²

¹³⁰ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

¹³¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.956.

¹³² كيرة حسن، المرجع السابق، ص.266.

المبحث الثاني

إمْتياز المتقاسم

يعتبر امتياز المتقاسم أثر آخر للقسمة وغرضه تحقيق المساواة بين المتقاسمين لضمان دفع الديون الناتجة عن القسمة، أو بسبب القسمة¹³³، وهو مضمون في ق.م.ج بموجب المادة 998 الخاصة بامتياز المتقاسم في المنقول (المطلب الأول)، والمادة 1001 الخاصة بامتياز المتقاسم في العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إمْتياز المتقاسم في المنقول

تنص المادة 998 من ق.م.ج¹³⁴ على ما يلي: " للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي إستيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

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

من خلال استقراء نص هذه المادة فإن امتياز المتقاسم يسري على كل قسمة، سواء كانت ودية أو قضائية، كلية أو جزئية، وأيا كان مصدر الشيوخ ميراثا، أو وصية، أو عقد، فهو يضمن كل من معدل القسمة، وثن التصفية، والتعويض الذي يثبت للمتقاسم الذي استحققت قسمته للغير لسبب سابق على القسمة (الفرع الأول)، بالإضافة إلي تبيان مرتبته التي تكون مثل مرتبة بائع المنقول (الفرع الثاني).

¹³³ زيار نوفل زوينية، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2004، ص.95.

¹³⁴ أمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الفرع الأول

محل امتياز المتقاسم في المنقول

ينقرر هذا الامتياز على الحصة المفرزة التي ألت إلى المتقاسم، أو المتقاسمين الآخرين الضامنين باعتبارهم مدينين للمتقاسم صاحب حق الامتياز، ويقدر ما يتحملة نصيب كل شريك، بالتالي إذا كان الدين الذي يتحملة الشريك أو الشركاء لمصلحة الشريك صاحب حق الامتياز هو حقه في المعدل، فهنا يرد الامتياز على منقولات المتقاسم، أو المتقاسمين المحملة أنصبتهم بحق الامتياز لمصلحة ما تقرر له المعدل¹³⁵.

مثاله إذا كان هناك ثلاثة شركاء، وكان المال الشائع عبارة عن ثلاثة عيون مفرزة، سيارة قيمتها عند إجراء القسمة بين الشركاء 10.000 دينار، وحصان قيمته 9000 دينار، وسبيكة ذهب قيمتها 5000 دينار، وكل الحصص متساوية، وبذلك فنصيب كل واحد منهم هو 8000 دينار، وبالتالي فلو وزعوا هذه العيون أي الأشياء بينهم فإن من وقعت سبيكة الذهب في نصيبه سيكون دائن لمن ألت الحصان إليه بمبلغ 1000 دينار ولمن ألت السيارة إليه بمبلغ ألفي دينار، هذه الآلاف الثلاثة هي ما يمثل المعدل، ومضمونة بكل من السيارة بألفي دينار، الحصان بألف دينار، والسيارة، والحصان هما محل امتياز ووعائه¹³⁶.

قد يكون الدين هو نصيب الشريك أو الشركاء من ثمن التصفية بهذا الامتياز يقع على المنقول الذي تم بيعه، وبالتالي استحق الشركاء من ثمنه أنصبتهم وهنا نميز بين ما إذا كان المشتري الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء فتكون حقوقهم إزاءه مضمونه بامتياز المتقاسم، وبين ما إذا كان المشتري الراسي عليه المزاد هو أجنبي عن الشركاء، فحقوقهم كلها إزاء هذا المشتري مضمونة بامتياز البائع .

أما إذا كان الدين ناشئ عن التعويض الذي يستحقه الشريك المتقاسم بسبب التعرض أو الاستحقاق فوعائه بالتالي هو ما ألت إلى المتقاسمين الآخرين، كل منهم بنسبة حصته في الالتزام بالتعويض وتبعاً كذلك لحصته في المال الشائع.

¹³⁵ طلبة الفوج 22، الملكية الشائع في القانون الجزائري، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق، سطيف، 2007، ص.70.

¹³⁶ بيان رجيبي، حقوق الامتياز، (دراسة موازنة - مقارنة - في القوانين الدول العربية مع الشريعة الإسلامية)، الأردن، 2009، ص.344.

لو أسقطنا المثال السابق الذي أوردناه في المطالبة بمعدل القسمة الناتجة عن تفاوت قيمة الحصص عند القسمة، كما لو كان الشركاء الثلاثة هم ورثة وألت إليهم السيارة وسبيكة الذهب والحصان بالإرث فاستحقت سبيكة الذهب، فهنا يحق لهذا المتقاسم أن يعود على شريكه الآخرين بقيمة حصته عند القسمة وهي 6,333 دينار مضمونا بالسيارة أي أن وعاء الامتياز هو السيارة ويعود على الشريك الذي ألت إليه الحصان بمبلغ 2,666 دينار مضمونا هذا المبلغ بالحصان، وبالتالي وعاء امتياز المتقاسم هو الحصان .

الفرع الثاني

مرتبة امتياز المتقاسم في المنقول

يأخذ هذا الامتياز نفس مرتبة امتياز بائع المنقول، وهي المرتبة السابعة والمفروض أن حق البائع وحق المتقاسم مختلفان، لكن لو يجتمع الحقان يقدم الحق الممتاز للأسبق منهما في تاريخ إثباته أو نشوئه،¹³⁷ وهذا وفقا لنص المادة 998 فقرة 2 من ق.م.ج التي تنص على أنه : "وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتياز البائع فإذا تزامن الحقان قدم من سبق في التاريخ ."

فإذا كان الشريكان قد اشتريا المال المنقول ولم يدفعوا كامل ثمنه ثم اقتسماه وكان لأحدهما الحق في معدل في مواجهة المتقاسم الآخر، فإنه يقدم الحق الممتاز للبائع في استيفاء الثمن على حق المتقاسم في اقتضاء حقه في معدل، وهذا ظاهر لأن حق البائع ساري وناقد في مواجهة المتقاسمين، بينما إذا حصل وبيعت الحصة المفروزة التي ألت إلى المتقاسم بعد دخولها في ذمته مثقلة بحق المتقاسم الآخر في المعدل، هنا يقوم حق المتقاسم والذي له حق تتبع هذه العين اقتضاء لحقه.

¹³⁷ محمد محمود رهان، التأمينات العينية والتبعية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص.556.

المطلب الثاني

امتياز المتقاسم في العقار

لقد قرر المشرع الجزائري للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز على ذلك العقار، وهذا وفقا لنص المادة 1001 من ق.م.م والتي تنص على : "إن للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يفيد هذا الإمتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع، المشار إليه في المادة 999. 138".

نستنتج من نص المادة أن امتياز المتقاسم في العقار يضمن حقوق المتقاسمين في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة مهما كان نوع القسمة، ويختلف عنه فيما يخص محل الامتياز، ويشمل الحق الممتاز على معدل القسمة وثمان التصفية أي الثمن الذي يرسوا به المزاد على أحد المتقاسمين لعدم إمكان القسمة عينا والتعويض الذي يستحقه أحد المتقاسمين لدى المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق والفوائد عن أي مبلغ من المبالغ المتقدمة، هذا ما سندرسه في (الفرع الاول) تحت عنوان محل امتياز المتقاسم في العقار، بالإضافة الي مرتبته التي تكون مماثلة لشروط بائع المنقول (الفرع الثاني).

الفرع الأول

محل امتياز المتقاسم في العقار

يتقرر هذا الامتياز على العقار الذي وقع في نصيب المتقاسم الملزم بدفع المعدل، أما فيما يتعلق بثمن التصفية فيكون على العقار الذي يبيع بالمزاد إلى أحد المتقاسمين، وأما ما يخص ضمان التعرض والاستحقاق فيقع على جميع العقارات التي حصلت قسمتها بمقدار حصة المتقاسم الأصلية في الشيوخ¹³⁹

¹³⁸ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹³⁹ خالد أحمد، المرجع السابق، ص.166.

الفرع الثاني

مرتبة امتياز المتقاسم في العقار

يأخذ امتياز المتقاسم في العقار مرتبته متى شهر بحسب تاريخ شهره، وبالتالي يجب شهره حتى ولو شهر عقد القسمة، ويكون الشهر بموجب قائمة يبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية، وما يؤكد أيضا خروج المشرع الجزائري عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري هو نص المادة 890 من ق.م.ج.¹⁴⁰، التي تجعل الرهن الذي انتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل يحتفظ بمرتبه القديمة إذا كان القيد الجديد له، طبقا للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، إلا أنه يتأخر عن امتياز المتقاسم رغم أنه مال في قيده للتاريخ قيد الرهن¹⁴¹.

المبحث الثالث

الضمان في القسمة

إن الضمان يشمل التعرض والاستحقاق، ويقصد بالتعرض أن يدعي الغير ملكية العين التي ألت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو يدعي حقا عينيا آخر عليها؛ أما عن الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه.

يترتب عادة ضمان التعرض والاستحقاق على العقود الناقلة للملكية، حيث لا بد من نقل الملكية هادئة، مستقرة من الناقل أو من الغير، وهذا على عكس التصرفات الكاشفة أين الأصل فيها عدم ترتيب الضمان.

لكن المشرع أقر الضمان في القسمة وجعله التزاما متبادلا بين المتقاسمين لتحقيق العدل والمساواة بين المتقاسمين في القسمة؛ لذا سنقسم هذا المبحث إلى تبيان أساس الضمان (المطلب الأول)، وإلى أحكامها (المطلب الثاني).

¹⁴⁰ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹⁴¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 984 و 1007.

المطلب الأول

أساس الضمان وشروطه

لقد فرض المشرع علي المتقاسمين التزاما بالضمان، وهذا ما نصت عليه المادة 731 من ق.م.ج¹⁴² حيث جاء فيها: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه علي مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه. " يفهم من نص هذه المادة أن المتقاسمون يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق في شأن نصيبه لسبب سابق على القسمة، إذ ليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة، في حين أن أحدهم يحرم من كل حقه أو من بعضه¹⁴³.

الفرع الأول

أساس الضمان في القسمة

يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته، وأن يعوضوا المتقاسم المتعرض له، أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع إلتزامه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين المعسرين، فالضمان في القسمة التي تعتبر كاشفة تقوم على أساس هو أن العبرة منها هي تحقيق المساواة التامة فيها بين المتقاسمين، وبالتالي إذا وقع تعرض أو استحقاق لأحد المتقاسمين، نقول هنا أن المساواة اختلت.

¹⁴² أمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

¹⁴³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.192.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتتع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه، طبقا لنص المادة 731 من ق.م.ج.

في حالة غياب نص عن الضمان في القسمة نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع والمقايضة، وذلك في الحدود التي لا تتعارض مع وصف القسمة، كونها كاشفة أو مع مبدأ تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين.

يقتصر ضمان المتقاسمين على ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق من طرف الغير فلا ضمان للعيوب الخفية، فالقسمة تشمل الشيء الشائع وإن كان معيبا فيقع في نصيب أحد المتقاسمين، فإذا اكتشف المتقاسم هذا العيب وكنا في صدد قسمة اتفاقية فيحق له طلب نقض القسمة للغير طبقا لأحكام المادة 732 من ق.م.ج.¹⁴⁴ السالفة الذكر.

الضمان يقع في كل قسمة سواء كانت إتفاقية أو قضائية، عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بغير معدل، صريحة أو فعلية، ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة كالبيع لأنه من عقود المعارضة¹⁴⁵.

الفرع الثاني: شروط الضمان

من خلال استقراء نص المادة 732 من ق.م.ج، فإنه لقيام الضمان لابد من وقوع التعرض أو الاستحقاق (أولا)، وضرورة وجود سبب سابق علي القسمة (ثانيا)، مع عدم وجود إتفاق صريح يعفي من الضمان (ثالثا)، بالإضافة إلى عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه (رابعا).

أولا - وقوع التعرض أو الاستحقاق

إن التعرض أو الاستحقاق الذي يضمنه المتقاسم هو الذي يصدر من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم، وهذا ما قصده المشرع الجزائري في المادة 731 من ق.م.ج السالفة الذكر، ويجب أن يكون له سبب قانوني، فالمتقاسم لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، فإن ادعى شخص استحقاق عينا وقعت في نصيب أحد المتقاسمين، أو ادعى حقا عينيا عليها، كحق الانتفاع، أو حقا شخصيا، أو حق إيجار على العين، ففي جميع الأحوال يقوم ضمان الاستحقاق¹⁴⁶.

بالتالي إذا رفع الشخص المتعرض دعوى قضائية فلا بد على المتقاسمين إثبات أن ما ادعاه يخالف ما اعتقده المتقاسم، كما يمكن أن لا ترفع الدعوى، وهذا إذا تملك المتقاسم الدائن العين لسبب

¹⁴⁴ أمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹⁴⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 973.

¹⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 972.

غير راجع إلى القسمة، كالميراث أو الشراء فتكون العين في الواقع قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم، ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا، بالتالي وجب ضمان استحقاقه.¹⁴⁷ غير أنه إذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم متناسين نصيب شريك آخر لهم، فهنا القسمة في حد ذاتها باطلة بطلانا مطلقا بالتالي لا يوجد ضمان .

أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة، والتي تقضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي لمتقاسم آخر، إذا كان المشرع اشترط أن يكون التعرض صادر من الغير فالتعرض المادي الصادر من المتقاسم لا ضمان فيه على أساس قاعدة "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض"، ومثاله أن يكون هناك متجر في الأموال الشائعة وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين، بالتالي لا يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقم متجرا آخر ينافس، ويعمل على جلب زبائن المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ مضمون العقد، وتنفيذه طبقا لأحكام المادة 107 من ق.م.ج، هذه كقاعدة عامة يجب أن تطبق في كل العقود.

أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانوني، ومثاله أن كان في الأموال التي كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة، فوعدت في نصيب متقاسم آخر عن طريق الغلط، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق، وليست ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر، فليس عليه التزام بالضمان، وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط، كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له أن يطالب المتقاسم الذي وقعت هذه العين في نصيبه بنقض القسمة للغبين إذا توفرت شروطه.

ثانيا- وجود سبب سابق علي القسمة

لقد نصت الفقرة الأولى للمادة 731 من الق.م.ج¹⁴⁸ السالفة الذكر على أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجعا إلى وجود سبب سابق علي القسمة، أي أن الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة ، أما إذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا ضمان، ومثال ذلك أن تنتزع ملكية العين تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة، وذلك بعد تمام القسمة، إذ العبرة بالتاريخ الذي انتزعت فيه ملكية المتقاسم،¹⁴⁹ أيضا فالعين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم تحت حيازة أجنبي مدة طويلة، ولكنها مدة غير كافية ليكتسبها الحائز بالتقادم، وفي هذه الحالة تظل

¹⁴⁷ طلبية الفوج 22، المرجع السابق، ص.66.

¹⁴⁸ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹⁴⁹ طلبية الفوج 22، المرجع السابق، ص.67.

العين مملوكة للمتقاسم، وعليه أن يقطع التقادم بعد القسمة، وإذا أهمل قطعه حتى كملت المدة، وأصبحت العين مملوكة للحائز، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو أن سبب الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين .

أما إذا كان الحائز، قد وضع يده على العين مدة خمسة عشرة (15) سنة إلا شهرا مثلا، ثم وقعت العين بالقسمة في نصيب المتقاسم، فإنه هنا لا يتيسر له في الشهر الباقي لتمام مدة التقادم، أن يكشف عن الوضع وأن يبادر إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم، فيكون هنا الحق الذي يتمسك به الغير في الحكم الثابت قبل القسمة، وبالتالي في هذه الحالة يقوم ضمان الاستحقاق

ثالثا- عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

لقد تطرقت إلى هذا الشرط الفقرة الأخيرة من المادة 731 من ق.م. ج السالفة الذكر، ومن خلالها يمكن أن نستخلص أنه يجب لإفادة المتقاسم من الضمان، أن لا يكون هذا الأخير هو المتسبب بخطئه في استحقاق الغير لنصيبه المفروض المقسوم له، إذ أنه من البدهة أن يتحمل وحده هذا الخطأ دون أن يجبر المتقاسمين الباقين على مشاركته في تحمله، والأمثلة عن أسباب الاستحقاق الراجعة إلى خطأ المتقاسم كثيرة نذكر منها: أن يرفع الغير دعوى الاستحقاق، فتولى المتقاسم وحده الدفاع في تلك الدعوى، دون إدخال المتقاسمين فيها، أو أهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها، فيعقد في هذه الحالة حقه في الضمان¹⁵⁰، ونقيس في هذه الحالة على الحالة المنصوص عليها صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع حيث تنص المادة 2/372 من ق.م.ج¹⁵¹ :

"إذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

مثاله أيضا إذا أقر المتقاسم بالحق للغير، أو انتهج سبيلا للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه، وذلك قياسا على المادة 373 من ق.م.ج الواردة في ضمان الاستحقاق في عقد البيع، حيث جاء فيها : "إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا، متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه ليحل بمحلله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه ."

¹⁵⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.976 و997.

¹⁵¹ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

إن المتقاسم يفقد حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم، بأن كان حائزاً للعين وتملكها بالتقادم، فلا يضطر أن يتمسك شخصياً بهذا الدفع لو أدخل المتقاسمين الآخرين في الدعوى، وتمسكوا بدلا عنه بهذا الدفع .

رابعاً- عدم الإعفاء من الضمان باتفاق صريح

إذا كان الضمان الممنوح للمتقاسمين مقرر لتحقيق المساواة بينهم، فلا يوجد ما يمنعهم من النزول عليه بالإتفاق على الإعفاء منه ، فأحكامه ليست من النظام العام، وبالتالي فيجوز الإتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط وهذا ما جاء في نص المادة 377⁽¹⁾ من ق.م.ج، حيث تنص : "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيد في ضمان نزع اليد، أو ينقص منه أو يسقطاه.

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

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."

1- إنقاص الضمان:

مثاله الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق في القسمة ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق، ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا، واشتراطوا عدم مسؤوليتهم عنه،¹⁵² وهذا لا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسؤولية عن الغش حتى ولو كانت المسؤولية عقدية، لان هذا مخالف للنظام العام.

يفترض في حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشتراطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا، ويكفي أن يكون المتقاسم عالما بحق الارتفاق القائم على العقار، ويكون علما ناتجا عن طريق ظهور هذا الحق، أو الإنابة عنه، حتى يكون العلم بمثابة شرط بعدم الضمان، كان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي، بل يجب أن يشترط عدم الضمان، و يكون الشرط صحيحا فيما يتعلق بالقسمة.

2- الإعفاء من الضمان:

أما فيما يتعلق بالاتفاق على إسقاط الضمان في القسمة، فقد شدد المشرع و كما سبق الذكر، واشترط للإعفاء من الضمان أن يكون الإعفاء صريحا، وأن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه، وإذا ورد شرط الاعفاء من الضمان صحيحا على الوجه المتقدم سقط الضمان، ولكن للمتقاسم الحق في طلب نقض القسمة للغبن إذا توفرت شروطه، على

¹⁵² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 978.

عكس البيع الذي يمكن أن يكون فيه الإعفاء من الضمان ضمناً، بتعيين السبب المؤدي للاستحقاق المتفق على الإعفاء من ضمانه، بعكس البيع الذي يكون عاماً دون تحديد لسبب من أسباب الضمان، وهذا ما جاء في نص المادة 731 / 2 من ق.م.ج¹⁵³ السالفة الذكر على ضرورة وجود اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان، ويستوي أن يرد هذا الإتفاق في سند مستقل، أو في ذات سند القسمة.

المطلب الثاني

أحكام الضمان

إذا حدث التعرض للشريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي الشركاء لإدخالهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض، ويكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض (الفرع الأول)، وفي حالة تحقق إحدى حالات الرجوع بالتعويض وجب عليه التعويض عن هذا الإستحقاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق رجوع المتقاسم بالتعويض

إذا تعرض الغير للمتقاسم فهذا الأخير أن يرجع بالتعويض على المتقاسمين الآخرين، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه، هذا في إحدى الأحوال الآتية:

- إذا تدخل المتقاسمين في الدعوى بناء على طلب المتقاسم المتعرض له وفشلوا في رد الإستحقاق

- إذا لم يتدخل المتقاسمون في الدعوى بالرغم من طلب المتقاسم المتعرض له، وحكم بالاستحقاق

للمتعرض ولم يثبت للمتقاسمين خطأ المتعرض له، وجب الضمان على المتقاسمين الآخرين اتجاه المتقاسم الذي استحق نصيبه.

- إذا لم يتدخل المتقاسمون رغم طلب المتقاسم المتعرض له، فأقر هذا الأخير بحق المتعرض، ولم

يفلح المتقاسمون في دفع التعرض، فهنا نفس النتيجة وهو الالتزام بالتعويض للمتقاسم الدائن بالضمان

- إذا لم يخطر المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، وحكم بالاستحقاق للمتعرض، ولم يثبت للمتقاسمون

أن تدخلهم لو تم لأدى إلى رفض الدعوى، وهنا أيضاً نفس النتيجة، وهي الالتزام بالتعويض¹⁵⁴.

¹⁵³ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والتمم، المرجع السابق.

¹⁵⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 980 و 981.

- إذا أقر المتقاسم المتعرض له بحقه دون دعوي، ولم يثبت المقاسمون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه،¹⁵⁵ فهنا يجب أيضا الالتزام بالتعويض.

الفرع الثاني

الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق

إذا ثبت للمتقاسم ضمان الاستحقاق وفقا للحالات السابقة الذكر، التزم المتقاسمون الآخرون بالتعويض عن هذا الاستحقاق، هذا الأخير الذي يكون على ثلاث حالات هي: الاستحقاق الكلي (أولا)، الاستحقاق الجزئي (ثانيا)، ورد ما أداه المتقاسم للمتعرض (ثالثا).

أولا- الإستحقاق الكلي

إذا استحق المعترض العين كلية وذلك بإثبات ملكيته لها، فاستردها من المتقاسم وهنا يرجع المتقاسم بالتعويض شاملا لكل من قيمة العين المستحقة وقت القسمة، وملحقاتها، وثمارها والمصروفات النافعة التي أنفقها على العين، و المصروفات المالية، إذا كان المتقاسمين سيئي النية، وكذلك مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق التي حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد خسارته الدعوى، وبوجه عام عدم تعويض هذا الأخير عما لحقه من خسارة وذلك قياسا على الضمان في البيع، طبقا لأحكام المادة 375 من ق.م.ج، إلا ما يتعارض مع طبيعة القسمة إذا كان مستحق الضمان يستتزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها، ويرجع بالباقي على المتقاسمين الآخرين، و يلتزم المتقاسمون كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم مستحق الضمان، حتى مستحق الضمان نفسه يتحمل جزء من هذا التعويض حسب نسبة حصته، إذ أن نصيب كل واحد من الآخرين نقص بسبب هذا الاستحقاق، فيجب تبعا لذلك أن ينقص نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم جميعا، هذا وفقا لنص المادة 731 من ق.م.ج¹⁵⁶

ثانيا- الاستحقاق الجزئي

يتحقق بطرق مختلفة، فقد يستحق جزء من العين شائع أو مفرز، وقد يتبين له أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين، ظهر بعد ذلك أنه غير موجود، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي فإذا استحققت العين استحقاقا جزئيا، فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة، كل بنسبة حصته دون ما بقي من العين¹⁵⁷.

¹⁵⁵ طلبية الفوج 22، المرجع السابق، ص.68.

¹⁵⁶ أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹⁵⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.983.

على خلاف ما هو وارد في البيع إذ أنّ المشتري في حالة البيع أما أن يرد ما بقي من المبيع إلى البائع، أو يستبقيه بالإضافة إلى أخذه تعويضا عما أصابه من خسارة وعما فاتته من كسب. وهذا وفقا لنص المادة 376 من ق.م.ج .

ثالثا- رد ما أداه المتقاسم للمتعرض

تتحقق هذه الحالة بموجب اتفاق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض علي تقادي الاستحقاق، سواء الكلي أو الجزئي في مقابل مبلغ مالي، و يقع هذا الالتزام على جميع المتقاسمين بما فيهم المتعرض له بضمان هذا المبلغ المالي، و هذا قياسا على أحكام الضمان في البيوع علي القسمة مادامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة ومقوماتها، وبالخصوص نص المادة 734 من ق.م.ج المتعلقة بالبيع على الضمان في القسمة.

إن مدة تقادم التزام المتقاسمين بضمان المبلغ المالي، لم ينص القانون على مدة خاصة له، لذلك يستوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة طبقا للمادة 308 من ق.م.ج أما فيما يخص سريان مدة هذا الالتزام فيبدأ من تاريخ ثبوت الاستحقاق¹⁵⁸، وهذا وفقا للمادة 315 من ق.م.ج¹⁵⁹.

¹⁵⁸ طلبية الفوج 22، المرجع السابق، ص.69.

¹⁵⁹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

خاتمة

إن الشيوخ من أهم الموضوعات التي تثير إشكالات لاسيما فيما يتعلق بالإدارة، أو التصرف أو الانتفاع بالمال الشائع ، ولقد أحاط المشرع الجزائري الملكية الشائعة بالحماية القانونية، بأن خصص عدة مواد من المادة 713 إلى 772 من ق.م.ج، هذه الأخيرة التي تعنى بأحكام الملكية الشائعة، و قد تطرقنا إلى دراسة فرع منها وهو قسمة المال الشائع، هذه الأخيرة التي في الغالب مبنغى جميع الشركاء المشاعين، كما تطرقنا إلى طرق القسمة الزائلة للشيوخ التي يندرج تحتها كل من القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية.

بالنسبة للقسمة الاتفاقية فقد تطرقنا إلى شروطها وإجراءاتها المتمثلة في كل من إجماع الشركاء وتمتعهم بالأهلية الكاملة، وكذا مراعاة الشكلية الواجبة من كتابة وشهر لدى المحافظة العقارية، كما خول المشرع الجزائري إمكانية نقض القسمة الاتفاقية للغبن الذي يزيد عن الخمس، هذا الأخير الذي أرى أن المشرع قد أصاب في ذلك، إذ أنه يحقق المساواة والعدالة فيما بين المتقاسمين.

أما بالنسبة للقسمة القضائية فهي التي تتم إما عن طريق القسمة العينية و هذا بالاستعانة بخبير، هذا الأخير أمر أصاب فيه المشرع الجزائري، لأن القاضي قد لا يصيب في كل الأمور لذا الأفضل بأهل الخبرة القيام بذلك لتحقيق العدالة، كما قد تكون القسمة القضائية عن طريق التصفية، وهذا بطرح المال الشائع للمزايدة العلنية في حالة تعذر القسمة العينية، إضافة إلى أن المشرع الجزائري قد حرص على حماية حق الدائنين في القسمة التي تمت، وبعد تمامها سواء كانت اتفاقية أو قضائية، فهي ترتب آثار تتمثل في كل من الإفراز بما يرتبه من أثر كاشف ورجعي للقسمة، وكذا يخول امتيازاً للمتقاسمين سواء في المنقول أو العقار وأيضا ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين، وما يمكن قوله أن المشرع الجزائري صحيح أنه منح الحماية القانونية الواجبة أثناء القسمة التي تتم بين المتقاسمين، لكن هذا لا يعني عدم وجود بعض الغموض، والثغرات والنقائص التي تعتريه، نذكر مثلا حالة وجود القاصر فيما بين المتقاسمين، فالقسمة هنا تكون قضائية والمشرع لم يكرس الرقابة البعدية للقسمة، وهذا على عكس المشرع المصري الذي كرس رقابة سابقة و بعدية لها، كما أن المشرع لا يخول القسمة المهأية القضائية، إلا إذا كانت نهائية و أنه غير صائب في ذلك، على أساس أنه في

حالة إختلافهم حول قسمة المال الشائع مهأياة بينهم، أي قسمة مؤقتة، يجوز لهم الرجوع الى القضاء لمعالجة هذا الإشكال حتى لو لم تتم القسمة النهائية.

فيما يخص المادة 730 من ق.م ج، المشرع الجزائري لم يكن واضحا في موقفه بما يتعلق بالأثر الرجعي للقسمة، بحيث يجب ألا يترك النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة بدون ضوابط قانونية، أي يجب تحديد نطاق ونتائج كلا الأثرين ووضع الحلول التفصيلية لهما، و نقترح على المشرع الجزائري أن يخضع القسمة الاتفاقية التي يقوم بها الموثقون باتفاق الأطراف للرقابة القضائية والمصادقة عليها قضائيا، وذلك منعا للأضرار التي تلحق أطراف القسمة، كما يجب عليه أن يبين كيف يطبق مبدأ الحلول العيني، وذلك فيما يخص الإجراءات القانونية الواجبة الإلتباع في حالة التصرف في منقول أو عقار.

كما نقترح على المشرع الجزائري أن يكرس نصوص قانونية، تحد ما أمكن من فرص إنشاء الشيوخ اتفاقيا، من خلال رفع مستوى الوعي القانوني بمشكلات الشيوخ.

بالنظر الى الكم الهائل من النصوص القانونية المخصصة لحماية المال الشائع (حوالي 60 مادة)، إلا أنه تبقى هناك بعض الثغرات والغموض التي تحتاج الى مزيد من المواد، لتفسيرها أو تأكيدها، ولحساسية هدد الموضوع وكثرة الإشكالات التي يطرحها، نرجوا المزيد من البحث فيه.

الفهرس

6	مقدمة
9	الفصل الأول: أحكام القسمة الزائلة للشيوع
9	المبحث الأول: نطاق ومضمون القسمة الزائلة للشيوع
11	المطلب الأول: نطاق القسمة الزائلة للشيوع
11	الفرع الأول: الأصل في الشيوع قابليته للقسمة
11	الفرع الثاني: الإستثناء إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع
12	المطلب الثاني: مضمون القسمة الزائلة للشيوع
12	الفرع الأول: الأصل زوال الشيوع بقسمة الملكية لا بقسمة المنفعة
13	الفرع الثاني: الإستثناء جواز انقلاب قسمة المنفعة الى قسمة الملكية
14	المبحث الثاني: أنواع القسمة الزائلة للشيوع
14	المطلب الأول: القسمة الاتفاقية
15	الفرع الأول: شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية
23	الفرع الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية
28	المطلب الثاني: القسمة القضائية
29	الفرع الأول: إجراءات القسمة القضائية
31	الفرع الثاني: طرق القسمة القضائية
38	المبحث الثالث: حماية الدائنين في إجراءات القسمة
39	المطلب الأول: موقف الدائنين قبل القسمة
39	الفرع الأول: كيفية معارضة الدائنين في القسمة

- 40..... الفرع الثاني: الآثار المترتبة علي المعارضة
- 41..... المطلب الثاني: موقف الدائنين بعد تمام القسمة.
- 41..... الفرع الأول: تدخل الدائنين فعلا في إجراءات القسمة.
- 41..... الفرع الثاني: عدم إدخال الدائنين في إجراءات القسمة.
- 42..... الفرع الثالث: عدم تدخل الدائنين بالرغم من دعوتهم للتدخل.
- 43..... الفصل الثاني: آثار القسمة.
- 43..... المبحث الأول: الإفراز في القسمة.
- 44..... المطلب الأول: الأثر الكاشف للقسمة.
- 45..... الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف.
- 46..... الفرع الثاني: نتائج الأثر الكاشف.
- 47..... المطلب الثاني: الأثر الرجعي للقسمة.
- 47..... الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الرجعي.
- 49..... الفرع الثاني: نتائج الأثر الرجعي.
- 52..... المبحث الثاني: امتياز المتقاسم.
- 52..... المطلب الأول: امتياز المتقاسم في المنقول.
- 53..... الفرع الأول: محل امتياز المتقاسم في المنقول.
- 54..... الفرع الثاني: مرتبة امتياز المتقاسم في المنقول.
- 54..... المطلب الثاني: امتياز المتقاسم في العقار.
- 55..... الفرع الأول: محل امتياز المتقاسم في العقار.
- 56..... الفرع الثاني: مرتبة امتياز المتقاسم في العقار.
- 56..... المبحث الثالث: الضمان في القسمة.

57.....	المطلب الأول: أساس الضمان وشروطه.....
57.....	الفرع الأول: أساس الضمان في القسمة.....
58.....	الفرع الثاني: شروط الضمان.....
62.....	المطلب الثاني: أحكام الضمان.....
62.....	الفرع الأول: حق رجوع المتقاسم بالتعويض.....
63.....	الفرع الثاني: الإلتزام بالتعويض عن الاستحقاق.....
65.....	خاتمة.....

قائمة المراجع

- القرآن الكريم:

أولا : باللغة العربية

1/ الكتب:

(1) أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع و التصرف فيه، المكتب الجامع الحديث، مصر، 2007.

(2) أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامع، مصر، 2004.

(3) بيان رجب، حقوق الامتياز، (دراسة موازنة - مقارنة - قي القوانين الدول العربية مع

الشرعة الإسلامية)، الأردن، 2009.

(4) جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة

الجديدة للنشر، مصر، 2003.

(5) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات عن مجلس الدولة للمحكمة

العليا، طبعة 08، دار هومة للنشر، الجزائر، 2005.

(6) حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام القسمة المهيأة في القانون المدني والفقه الإسلامي،

دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009 .

(7) خالد أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة،

الجزائر، 2008.

(8) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،

2002.

(9) شامة اسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للنشر، الجزائر،

2002.

- 10) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، طبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 11) عبد المنعم فرج صدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، دون سنة نشر.
- 12) عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الحكر العربي، مصر، 1991.
- 13) علي هادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة موازنة، طبعة رابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011 .
- 14) قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
- 15) كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية وأحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1991.
- 16) محمد المنجي، دعوة القسمة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1996.
- 17) محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول: حق الملكية، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2006.
- 18) محمد صبري السعدي،
- 19) محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- 20) محمد محمود رهران، التأمينات العينية والتبعية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- 22) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 23) مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية , منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

24) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية وأحكامها ومصادرها، منشأة المعارف

بالإسكندرية، مصر، 2001.

II / المذكرات الجامعية

1) زيار نوفل زوينية، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن

عكنون الجزائر، 2004.

2) طلبة الفوج 22، الملكية الشائعة في القانون الجزائري، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق،

سطيف، 2007.

III/النصوص القانونية

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل

والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم

07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007.

الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس

السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 92، الصادرة في 18/11/1975.

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

جريدة رسمية عدد 21، بتاريخ 23 أبريل 2008 .

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 يتضمن

قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-

02 جريدة رسمية عدد، الصادرة في 27 فيفري 2005.

القانون 90-25، المؤرخ في 08/12/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة

رسمية عدد 49، الصادرة في 18-11-1990، معدل ومتمم.

IV / الوثائق

- المجلة القضائية، لسنة 1989، الإعداد من 1 إلى 4

- المجلة القضائية سنة 2000، العدد 1، 2.

- مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزء الأول والجزء

الثاني، سنة 2004، العدد 2.

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – OUVRAGE

1- Belkeir Said, Belkeir Nacira Leila, Succession, Partage, Vente sur licitation, 1^{ere} edition, edition Zakaria, Algerie, 1992 .

2 – Christain Taiche Christain, Succession, (Devolution, Indivition, Partage, Fiscalite), 20^e edition ,Delmas, France, 2004 .

3 –Hess Fallon Brigitte et Anne –Marie Simon ,aide mémoire ,droit civil,1^{ere} edition ,Daloz ,Paris ,2010 .