

التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عقاري
إعداد الطالب:
حمده عمار

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. جروني فايزة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ.د شبل بدر الدين	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. غمام جريدي مليكة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ

فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا "

سورة النساء الآية " 08 "

عن السيدة عائشة " رضي الله عنها " أنها قالت : كان رسول

الله " صلى الله عليه وسلم " يقسم فيعدل فيقول : " اللهم هذه

قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك "

سنن أبوداود

الشكر والعرفان

الشكر لله سبحانه وتعالى ، على نعمه الجزيلة وتوفيقه لي في انجاز هذا العمل المتواضع

أشكر أستاذي الفاضل شبل بدر الدين على توجيهاته وتشجيعه لي في انجاز هذا العمل فجزاه الله عنا كل خير وله منا كل التقدير والاحترام.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الدكتورة جروني فايزة ، والأستاذة غمام جريدي مليكه ، اللواتي أكن لهن كل التقدير والاحترام.

.

محمد همار

الذكراء

إلى شهداء الوطن الذين ضحوا من أجل أن تعيش الجزائر حرة أبية.

إلى روح والدي الطاهرة المجاهد البشير الذي لم يدخر جهدا في أن يرى الجزائر تنعم بالأمن والأمان.

إلى والدي الكريمة، أُمي الغالية، رمز الدفء والحنان والعطاء.

إلى رفيقة الدرب ورمز الوفاء زوجتي العزيزة آمال.

إلى أبنائي كل باسمه، البشير، سعد الدين، حنان، عقبة، أسامة، عبد الله

إلى زوجات أبنائي البشير و سعد الدين

إلى أحفادي " محمد علي و ميار "

إلى من تعب معي في إخراج هذا العمل للوجود صهري يونس.

صممه حماد

قائمة المختصرات

أ) المختصرات باللغة العربية:

- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ق.أ : قانون الأسرة.

- م.ت : مرسوم تنفيذي.

- ج.ر : الجريدة الرسمية.

- م.ق : المجلة القضائية.

- ط : طبعة.

- ب.س.ن : بدون سنة نشر.

- ج : جزء.

- ص : صفحة.

أ) المختصرات باللغة الفرنسية:

- j.o : journal officiel.

- Cit : مرجع سابق

المقدمة

مقدمة

جبل الإنسان على حب الاستئثار بملكية مفرزة لا ينازعه فيها احد، يمارس عليها سلطاته التامة من تصرف واستغلال واستعمال، إلا انه أحيانا ما يكون في حالة اشتراك مع آخرين على الشيوع، أي أن حصته المملوكة في المال الشائع غير مفرزة وغير محددة تحديدا ماديا، بل هي منتشرة في كل المال الشائع بقدر حصته، لذلك يعد الشيوع في اغلب الأحيان حالة مؤقتة وأمر غير مرغوب فيه، فتعدد المالكين من شأنه أن يحد من استقلالية المالك في التصرف بنصيبه في الملكية الشائعة فهو مقيد بقيد عدم إلحاق الضرر ببقية الشركاء.

ومن هنا يتبين لنا أن الإنسان بفطرته التي فطره الله عليها يميل إلى الملكية الفردية التي لا ينازعه فيها احد - إلا ما اضطر فيها إلى مشاركة الغير - ، أو كانت رؤيته في مشاركة الغير في الملكية تعود عليه بالنفع.

وغني عن البيان تطراً في كثير من الأحيان الخلافات والنزاعات بين الشركاء وهم بصدد الانتفاع بالملكية الشائعة فيؤثر ذلك سلبا على الإدارة العادية لها مما يؤدي إلى اهتلاك قيمتها بمرور الزمن - خاصة منها التي تكتسب بالميراث - فالواقع العملي أن عدم إتمام قسمة التركة عاجلا يؤدي إلى اهتلاك قيمتها بمرور الزمن .

فالشيوع باعتباره الحالة القانونية التي تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني أي اشتراك أكثر من شخص في ملكية مال بنسبة أو حصة معينة أو نسبة ثلث، ربع، نصف هي الصورة الطارئة والمؤقتة للملكية تنشأ غالبا من واقعة الوفاة حيث يعد كل الورثة "الخلف العام" شركاء على الشيوع في كل أعيان التركة إلى أن تتقرر القسمة.

والواقع العملي يحتم إجراء القسمة بين الشركاء أن عاجلا أم أجيلا لذلك ومع التطور العمراني وتعدد مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية من نشوء للمدن الجديدة وبروز ظاهرة تقنت الملكيات إلى ملكيات صغيرة اوجب هذا التطور بلورة منظومة قانونية تستجيب لهذا التطور وتعالج إشكالاته خاصة منها ما تعلق بموضوع القسمة.

ولقد دعتني إلى هذه الدراسة عدة أسباب، تكمن أساسا في الأسباب الذاتية والأسباب الموضوعية، فالأسباب الذاتية تتمثل في الرغبة الملحة في الولوج والبحث في هذا الموضوع الهام لما له من تأثير على بنية العلاقات الاجتماعية في المجتمع ومن تفكك في الروابط الأسرية جراء النزاعات المستديمة على قسمة الملكية الشائعة "خاصة إذا كان مصدرها الإرث"، وهذا ما لمسناه في حياتنا اليومية.

أما الأسباب الموضوعية فتتخصر في تقديم بعض الاقتراحات في ما يتعلق بالنصوص القانونية التي تحكم تسيير المال الشائع في الجزائر، والتي نرى أن من شأنها أن تدفع وتحفز الملاك المشتاعين للخروج من الشيوع بالقسمة بطرق سلسة وبسيطة تحفظ ملكية الملاك المشتاعين وتقضي على المنازعات بينهم، وتدفع بالقضايا المتراكمة و المطروحة أمام القضاء للفصل فيها بأيسر السبل وفي أسرع الأوقات. كذلك تشجيعنا من طرف أستاذنا الفاضل المشرف على هذه المذكرة في التصدي والبحث في هذا الموضوع الهام والحساس.

ونهدف من وراء هذا البحث إلى تسليط الضوء على النقاط التالية

- دراسة الملكية الشائعة والإشكاليات الناجمة عنها.

- التعرف على كيفية معالجة المشرع الجزائري لموضوع قسمة الملكية الشائعة.

- أهمية قسمة الملك المشاع وإفراز الحصص.

- الوصول إلى اقتراحات لتحسين النصوص المتعلقة بالقسمة ومراجعتها والتي من شأنها أن تبسط عملية القسمة.

ولقد صادفتني في دراستي هذه عدة مواضيع ودراسات سابقة في موضوع قسمة الملكية الشائعة إذ نجد أن الكتب المتعلقة بدراسة هذا الموضوع في التشريع الجزائري قليلة جدا بالنظر إلى أهمية القسمة في الملكية الشائعة، ما عدا تلك التي تتطرق إلى القسمة في المواضيع المتعلقة بالحقوق العينية ومع ذلك وجدت بعض الدراسات والبحوث الأكاديمية المتعلقة بقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري من ذلك كتاب القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري للأستاذ احمد خالدي، وكتاب الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة للأستاذ يوسف دلانده، وكتاب الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري.

أما الدراسات والرسائل التي استعنت بها والتي عالجت الموضوع فمنها:

- أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، للطالب عبد المجيد رحابي .

- قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري للقاضي المتريص بوحديش عادل.

- المال الشائع للقاضية المتربصة كالم أمينة.

فالأستاذ رحابي وصل إلى نتيجة أن الأحكام التي تحكم قسمة المال الشائع كافية ومتجانسة ودقيقة، بالرغم ما أثاره من بعض الغموض والقصور في هذه الأحكام.

أما الأستاذة كالم أمينة فاقتصرت دراستها فقط على تقديم هذه الأحكام في شكل دليل عملي يتعلق بالتصرف في المال الشائع وقسمته وفق أحكام التشريع الجزائري.

وهي كلها دراسات وبحوث مكملية لبعضها البعض، لم تركز على ضرورة تحيين النظم القانونية الجزائرية التي تحكم قسمة المال الشائع، وهو ما نتوخاه في بحثنا هذا من نقد للنصوص لقصور أو إيهام في بعض القواعد القانونية ولقد حاولنا في آخر البحث تقديم جملة من الاقتراحات عليها تكون لبنة أولى لبحوث قادمة إن شاء الله .

وهذا ما تطرقت له في مجال دراستي التي تنحصر أساسا في تحليل ودراسة ونقد المنظومة القانونية السارية المفعول والتي تحكم قسمة المال الشائع خاصة القانون المدني الجزائري وبعض النصوص الخاصة التي تحكم قسمة الملكية بين الدولة والخواص، والملكيات الزراعية، مع الاستعانة - إن كان ذلك يخدم البحث - بالنصوص القانونية المقارنة.

ولقد استعنت في هذه الدراسة حسب طبيعة موضوع البحث بالمنهج التاريخي فيما يتعلق بتطور النظم التي تحكم الملكية الشائعة وقسمتها، والمنهج التحليلي فيما يتعلق بالقواعد المنظمة لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري.

ولمعالجة كل هذه النقاط المتعلقة بموضوع قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري نطرح الإشكالية الآتية ما مدى توفيق المشرع الجزائري في بلورة منظومة تشريعية كافية ومتجانسة تنظم قسمة الملكية الشائعة وتحفز الأفراد علي الخروج من حالة الشيع.

وهذه الإشكالية تدفعني إلى التصدي وتحليل مضمون القواعد القانونية التي تحكم قسمة الملكية الشائعة في القانون الجزائري وإبراز القصور والصعوبات عند تطبيق هذه المواد، وما هي الحلول المقترحة لتذليلها.

وسأطرق لهذه الدراسة من خلال الخطة المقترحة التي قسمتها إلى فصلين فأما الفصل الأول

قمت من خلاله بتحديد الإطار المفاهيمي للملكية الشائعة وقسمتها، ففي المبحث التمهيدي تطرقنا إلى تطور نظام الملكية الشائعة، ثم في المبحث الأول إلى مفهوم الملكية الشائعة، وفي المبحث الثاني إلى مفهوم القسمة، أما المبحث الثالث فخصصناه إلى قسمة المهيأة باعتبارها قسمة منافع لا تنهي الشروع، ولم ندرج قسمة المهيأة في الفصل الثاني المتعلق بالقسمة النهائية أسوة بما درج عليه شراح القانون وفقهاء الشريعة وهم بصدد تصديهم لموضوع القسمة.

أما الفصل الثاني فخصصناه إلى الإطار القانوني لقسمة الملكية الشائعة من خلال المبحث الأول تطرقنا فيه إلى الأحكام التي تحكم القسمة الاتفاقية، وفي المبحث الثاني الأحكام التي تحكم القسمة القضائية، وفي المبحث الثالث الآثار المترتبة على قسمة الملكية الشائعة.

الفصل الأول

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لقسمة الملكية الشائعة

تعد الملكية الشائعة احد صور نظام الملكية، وهي ملكية مشتركة لكافة الشركاء في جميع أجزاء المال الشائع بنسب معينة معنويا لا ماديا، فكل شريك يملك جزء من المال الشائع باعتبار حصته العائدة له لكنها غير محددة تحديدا ماديا أي غير مفرزة بل منتشرة في كافة المال الشائع، وتعتبر الملكية الشائعة ملكية مؤقتة وطارئة، ووضع غير مرغوب فيه في كثير من الأحيان.

ومع تقدم الإنسان وتطور المجتمعات والتوسع العمراني وتفتت الملكيات وتعارض مصالح الأفراد فيما بينهم، جعل كل هذا من الملكية الشائعة مصدرا للنزاعات بين الأفراد، خاصة إذا كان مصدرها الإرث.

لذلك قبل دراسة موضوع بحثنا والمتعلق بالخروج من الشيوع عن طريق القسمة ندرس في هذا الفصل الإطار المفاهيمي للملكية الشائعة وأنواع وطرق قسمتها وفق الآتي:

مبحث تمهيدي: التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة

المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة.

المبحث الثاني: مفهوم قسمة الملكية الشائعة وأنواعها

المبحث الثالث: قسمة المهايأة.

مبحث تمهيدي

التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة.

تكمن أهمية دراسة تطور تنظيم الملكية الشائعة عبر الحقبة التاريخية المختلفة الوقوف على أهم الأحكام التي كانت تحكم الملكية خاصة الملكية الشائعة من البدايات الأولى لظهورها مروراً بالعصور البدائية الأولى فالعهد الروماني إلى العصر الحديث وذلك من أجل الوصول إلى معرفة النظم القانونية التي كانت تحكمها من نصوص ومصادر وقواعد قانونية وأعراف والتي استمد منها المشرع الجزائري بعض أحكام تنظيم الملكية الشائعة وقسمتها في التقنين المدني على وجه الخصوص.

ووجب التنويه وأنا بصدد إعداد هذه المذكرة ما وجدته من ثراء في المادة المتعلقة بالقسمة في الشريعة الإسلامية فكل المصنفات الفقهية باختلاف مذاهبها لا تخلو من كتاب أو باب لا حرى باب القسمة.

وفي سبيل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث في مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى تطور الملكية الشائعة في العصور البدائية وصولاً إلى العهد الروماني ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تنظيم الملكية الشائعة في النظم القانونية الحديثة والتي استلهم منها المشرع الجزائري القواعد التي تحكم تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري.

المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية والعصر الروماني

نتناول في هذا المطلب أصل الملكية الشائعة وبداية ظهورها في العصور البدائية إلى غاية العهد الروماني وسنتطرق إلى هذا في ما يلي:

الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية

تعد الملكية الشائعة أقدم صور نظام الملكية والتي ظهرت للوجود منذ فجر التاريخ وبالرجوع تاريخياً في البحث عن أصل الملكية الشائعة نجد أن هذه الصورة من الملكية كانت هي الأصل الذي قامت عليه العلاقات الاقتصادية في كل المجتمعات البدائية⁽⁰¹⁾.

(01) عيسى عبده ود. احمد إسماعيل يحي، الملكية في الإسلام، دار المعارف، ط 1984، ص 47.

إلى ذلك يرى احد الباحثين أن الملكية الشائعة عرفت بدايات متواضعة فأول ما ظهرت في حدود العائلة ثم امتدت بعد ذلك إلى أطراف خارجية عن الأسرة أي إلى شركاء أجنبى بعضهم عن بعض ويتحكم في ظهورها الحالة التي يعيشها المجتمع ففي فترات السلم نجد الملكية الفردية هي السائدة، وفي المراحل التي يسود فيها الشك وانعدام الاطمئنان والعنف والفقر يتم اللجوء إلى الجماعة وتنتشر بذلك حالة الشيوع⁽⁰¹⁾.

وهذه الصورة من الملكية الجماعية ظهرت على هذا النحو في القانون الأكادي ثم في قانون حمورابي المادة 98 منه، كذلك في الحضارة اليونانية في بعض (أوراق البردي) التي تشرح الملكية الجماعية في (مدونة جيبوس)⁽⁰²⁾.

والفقيه الفرنسي " CHAMPIONNIERE " في دراساته التاريخية بخصوص المادة 883 من القانون المدني الفرنسي يرى أن عقد القسمة هو أول عقد ظهر للوجود وهو أول فعل قام به الإنسان للاستيلاء على الأرض، ولقد ظهر في نفس الوقت مع الملكية والذي هو بطبيعة الحال مرافق لها، وهو وحده كذلك الذي يتممها وذلك بإعطائها الطابع الخاص الذي يكونها وهو أول موضوع للنزاعات، ومن ذلك الوقت لم يتخلى عن طبيعته النزاعية⁽⁰³⁾.

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في العهد الروماني

يعتبر تعدد الملاك لشيء واحد في القانون الروماني استثناء، فالملكية الفردية هي السائدة، فالمالك واحد له السلطة المطلقة على الشيء المملوك، فإذا تعدد المالك كان هذا الأمر استثنائياً وعابراً مصيره إلى الزوال، فزوال الشيوع لا إبقاؤه هو الأصل في الملكية الرومانية، لذلك لم تكن هناك حاجة ملحة لتنظيم الشيوع في حالة البقاء فيه⁽⁰⁴⁾.

ومن المبادئ الثابتة في القانون الروماني أن الأحكام كاشفة للحقوق لا منشئة لها، ولكنها بصفة استثنائية تكون ناقلة لحق الملكية عند الرومان في أحوال ثلاثة منها حالة القسمة القضائية adjudicatio وتشمل القسمة القضائية ثلاثة دعاوى هي:

(01) Lucie Laflamme, le partage consécutive à l'indivision, Wilson et Lafleur, 1999, p20.

(02) عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، جامعة الحاج لحظر باتنة، كلية الحقوق، ص8.

(03) Lucie Laflamme, Cit, p20

(04) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، منشأة المعارف، ط2004، ص710.

دعوى قسمة التركة actio familiae erciscundae ودعوى قسمة الأموال الشائعة الأخرى actio communi dividundo ودعوى فصل الحدود بين الجيران actio finium regundorum⁽⁰¹⁾.

فحكم القاضي في دعوى القسمة يعتبر ناقلا للملكية في جميع الأحوال سواء تمت القسمة عينا أو بالتصفية بين الورثة أو الشركاء، فيعتبر الحكم القضائي قد نقل إلى كل شريك ما كان يمتلكه شركاؤه في الحصة التي وقعت في نصيبه. وفي جميع الأحوال فإنه في القانون الروماني سواء تمت القسمة القضائية عينا أو بالتصفية فإن حكم القاضي بالقسمة ناقلا للملكية⁽⁰²⁾.

المطلب الثاني: تنظيم الشيوع في التقنيات الحديثة

نتطرق في المطلب إلى تطور التنظيم القانوني في كل من لقانون المدني الفرنسي والقانوني المدني المصري والذي كانا لهما اثر البالغ في بلورة الأحكام القانونية التي تحكم المال الشائع ضمن القانون المدني الجزائري وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي

إن المتتبع للتطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة في القانون الفرنسي يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي القديم أو قانون نابليون 1804 والصادر بتاريخ 21 مارس 1804 حذى حذو القانون الروماني ولم يؤسس لتنظيم يحكم قواعد الملكية الشائعة باستثناء ما تعلق بعملية القسمة وشكلها والمدرجة ضمن المادة 815 وما بعدها.

وبقي الحال على هذا النحو إلى غاية سنة 1976 حيث صدر تعديل يؤسس لتنظيم أحكام الملكية الشائعة بالقانون 1286-76 المؤرخ في 31-12-1976 والمتضمن تنظيم الشيوع فحدد في المواد 815 إلى المادة 17/815 أي في ثمان عشرة مادة جديدة تطبق على الشيوع في حالة عدم وجود تنظيم اتفاقي والمجموعة الثانية تقع في المواد من 1873 إلى 18/1873 أي ثمان عشرة مادة أخرى تنظم أحكام الشيوع بشرط اتفاق الشركاء على تطبيقها⁽⁰³⁾، وساهم هذا النص التعديلي إلى حد كبير في إصلاح المنظومة القانونية التي تحكم

(01) د. محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1938، ص 200-201.

(02) د. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1998، ص 177.

(03) عبد المجيد رحابي، مرجع سابق، ص 13.

قواعد الشيوخ وحد من العديد من المنازعات التي تطرأ على الانتفاع بالمال الشائع بصورة هادئة وسلسة، إلا أن هذا لم يكن كافياً بالقدر الذي توخاه المشرع الفرنسي من تعديله، فصدر تعديل جديد بالقانون 728-2006 المؤرخ في 23-06-2006⁽⁰¹⁾، والساري المفعول ابتداء من 01-01-2007 والمتضمن إصلاحات تتعلق بتنظيم الشيوخ المتعلق بالتركات منها خاصة، إلى ذلك وفي سبيل تفعيل هذه القواعد المعدلة والمتضمنة تنظيم الشيوخ فقد صدر منشور وزاري يفسر ويفصل أحكام هذا القانون تحت رقم:

Circulaire de la DACS n° 2007-12 du 29 mai 2007 relative à la présentation de la réforme des successions et des libéralités.

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري

هذا القانون المدني المصري القديم حذو القانون المدني الفرنسي القديم أو قانون نابليون لسنة 1804 في عدم إعطائه الاهتمام الكافي بتقنين قواعد قانونية تنظم الشيوخ بالرغم من انتشار الشيوخ الخلافي أو الوراثي في مصر بكثرة.

وبصدور القانون المدني الجديد، الصادر في 09 رمضان 1367 هـ الموافق لـ 16 يوليو سنة 1948، تحت رقم: 131 لسنة 1948، المعمول به اعتباراً من 15 أكتوبر 1949، والذي جاء بأحكام تتعلق بتنظيم الملكية الشائعة لسد الفراغ الذي كان موجوداً في القانون القديم، وبالرجوع إلى مذكرة الإيضاحية لهذا القانون نجد أنه في الجزء السادس الصفحة التاسعة، من مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون قد ذكرت بأن الملكية الشائعة لم يذكر عنها شيئاً القانون المدني المصري القديم، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر وقد تبسط المشروع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها فجعل حق المشتري بجز مفرز من

مال الشائع ينتقل إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع، إلى ما يؤول إلى البائع في طريق القسمة، ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع، وقصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول⁽⁰²⁾...

⁽⁰¹⁾ Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités (JO 24 juin 2006)

⁽⁰²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 711.

وفي هذا القانون نجد خمسة وعشرون (25) مادة تتعلق بأحكام الشيوخ الاختياري، منها ستة عشرة مادة (16) تتعلق بانقضاء الشيوخ بالقسمة

وهذين القانونين الفرنسي والمصري هما اللذان استمد منهما المشرع الجزائري أغلب الأحكام التي تنظم الملكية الشائعة وقسمتها، وقد أورد المشرع الجزائري هذه الأحكام في الكتاب الثالث، الفصل الأول، القسم الرابع من المادة 713 إلى المادة 737 والتي تتعلق بالشيوخ الاختياري، أي القابل للقسمة.

وما نلاحظه أن الأحكام التي تنظم الشيوخ في التشريع الجزائري بقيت حبيسة قواعد لم تعدل ولم توضح بما فيه الكفاية لدرء كل التفسيرات المتناقضة بخصوص هذه القواعد، حيث كان من الأجدر إصدار نصوص تنظيمية بما فيه الكفاية تفسر القواعد العامة التي تحكم الشيوخ في القانون المدني ولنا في التجارب لبعض الدول لخير دليل على ذلك مثل التجربة السورية في تنظيم الشيوخ وقسمته وذلك من خلال نص القانون 21 لعام 1986 والمتضمن قانون إزالة الشيوخ.

وقد حل هذا القانون جملة من النزاعات المتعلقة بالملكية الشائعة وتم إلغائه بالقانون رقم 1 لعام 2015 والمتضمن إنهاء العمل بالقانون 21 لعام 1986 وإلغاء تشكيل لجان إزالة الشيوخ في المحافظات.

المبحث الأول

مفهوم الملكية الشائعة

يتحدد مفهوم الملكية الشائعة من الدلالة اللغوية للمصطلح، وكذا من المفهوم الاصطلاحي الذي حدده فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، ومن التعريف القانوني في التشريع الجزائري، مقارنة ببعض تشريعات الدول الأخرى وسنتناول ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة.

المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من المصطلحات المشابهة.

المطلب الثالث: أقسام الشيوع في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة

نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الملكية الشائعة من خلال التعرف على معناها اللغوي والاصطلاحي والقانوني وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي

جاء في القاموس المحيط للفيروزبادي أن الملكية مأخوذة من الفعل ملك ملكه يملكه ملكا بضم اللام أو يثلث أي احتواه قادرا علي الاستبداد به، وماله ملك مثلثا ويحرك وبضمين شيء يملكه⁽⁰¹⁾.

الملكية شكل من أشكال التملك والامتلاك أي حيازة الأموال الغير منقولة والمنقولة.

وبامتلاك الأشياء والخيرات المادية يصبح الإنسان مالكا وصاحب ملكية يعود إليه وحده تقرير مصيرها بيعا أو رهنا أو عارية⁽⁰²⁾.

(01) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، ط2008، ص1554. 1555

(02) جرجس جرجس، المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، ط أولى، 1996، ص 297

أما الشيوع فمأخوذ من فعل شاع يشيع شيعا وشيوعا ومشاعا وشيوعه كديمومة.. وسهم شائع.. غير مقسوم والدار شائعة بينهم أي مشاعة.. وهما متشايعان في دار ومشتاعان شريكان⁽⁰¹⁾.

والشيوع في الاصطلاح اللغوي والقانوني يعني الانتشار والإشهار.

أما في لغة القانون الملكية الشائعة هي الحالة القانونية التي تنشأ حين يكون هنالك حق مشترك بين اثنين أو أكثر وهذا الحق قد يكون مالا أو مجموعة من الأموال لم يتوصل بعد إلى قسمتها بين المالكين وكل من يملك جزءا من الحق يسمى مشتاعا ويعتبر شريكا بقدر نصيبه في كل جزء من أجزاء المال المملوك علي الشيوع⁽⁰²⁾.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للملكية الشائعة.

يري فقهاء القانون أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم، دون أن ينقسم المال ذاته حصصا Quote parts⁽⁰³⁾.

ومنهم من يرى أن الملكية الشائعة هي الملكية التي لا تكون فيها حصة كل واحد من الشركاء محددة تحديدا ماديا، أي غير مفرزة وإنما حصة الشريك محددة تحديدا معنويا تتوزع على كل ذرات المال الشائع وبنفس نسبة حصة الشريك بالنسبة إلى الشيء المشاع⁽⁰⁴⁾.

(01) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، مرجع سابق، ص 906

(02) جرجس جرجس، مرجع سابق، ص 212.

(03) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 712.

(04) قصي سلمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة، الطبعة الأولى، 2012، ص 47.

ومنهم من يرى الشيوع على انه الحالة القانونية التي تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني، وتكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات، فمحل حق الشريك هو حصة في المال الشائع كله غير منقسم، لذلك فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم إلى حصص، دون أن ينقسم المال ذاته، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع الشائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات (01).

كذلك يرى آخر أن الملكية الشائعة محلها ماديا مملوكا لأكثر من شخص، دون أن تتركز حصة كل واحد منهم في جانب منه بالذات، وإنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته (02).

واصطلاحا في الشريعة الإسلامية الملك الشائع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء، مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا (03).

أما في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت سنة 1876م في العهد العثماني، فعرفت الملكية الشائعة في المادة 1060 على أنها شركة ملك وهي كون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر، أي مخصوصا بهما بسبب من أسباب الملك كإهداء أو إيجاب وقبول وصية وتوارث أو بخلط أموالهم أو اختلاطها في صورة لا تقبل التمييز والتفريق، كان يشتري اثنان مثلا مالا، أو يهبهما واحد، أو يوصي لهما ويقبلا، أو يرثا، فيصبح ذلك مشتركا بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال.

كذلك إذا خلط اثنان بعض ذخيرتهما أو انخرقت عدولهما بوجه ما فاختلفت ذخيرة الاثنين فتصير هذه الذخيرة المخلوطة أو المختلطة بين الاثنين مالا مشتركا (04).

(01) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2006، ص 85.

(02) بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 2016، ص 162.

(03) مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط الأولى، 1998، ص 352.

(04) مجلة الاحكام العدلية، المطبعة الأدبية ببيروت، السنة 1302هـ، ص 151.

ويورد الأستاذ بلحاج العربي تعريفاً فقهيًا للشيوع على أنه الملك المختلط غير المفرز بين عدد من الملاك دون تحديد لنصيب كل واحد منهم فهو المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص بل تتعلق به ملكياتهم جميعاً (01).

الفرع الثالث: التعريف القانوني للملكية الشائعة.

لم يعرف المشرع الجزائري صراحة الملكية الشائعة أسوة ببعض القوانين العربية الأخرى، ففي الفصل 56 من مجلة الحقوق العينية للجمهورية التونسية عرفت الشيوع على أنه هو " اشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني، غير مفرزة حصة كل منهم " (02).

بل حدد تحديداً تشريعياً الشروط الواجب توافرها في الملكية لكي تكون بصدد الملكية الشائعة، من مالكين أو أكثر، وحصص المالكين أو الملاك غير مفرزة أي غير متميزة، حيث نصت المادة 713 من الأمر 58-75 المؤرخ 26-09-1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم على أنه " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقر دليل على غير ذلك (03).

ويلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة محل الملكية الشائعة منقولاً أو عقاراً بل اصطلاحاً عليها بمصطلح الشيء والتي في القانون هو كل شيء إلا الإنسان وبالتالي يدخل في نطاقه العقار والمنقول معاً.

نستخلص في الأخير أن الملكية الشائعة تتعلق بامتلاك شخص أو عدة أشخاص لشيء، وحصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، أي غير محددة تحديداً مادياً، أي أن الملكية تثبت لعدة أشخاص على شيء واحد لكل منهم حصة فيه بنسب معينة كالثلث أو النصف أو الربع، لكن لا تتركز حصة كل شريك في جزء معين منه بالذات.

(01) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 162.

(02) مجلة الحقوق العينية، قانون عدد 5 مؤرخ في 12-02-1965، الرائد التونسي، عدد 10، ص 200.

(03) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 مؤرخ في 13-05-2007 ج ر عدد 31 بتاريخ 13-05-2007

المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من المصطلحات المشابهة

تعد الملكية الشائعة احد صور نظام الملكية لذا ولتفادي الخلط بينها وبين المصطلحات المشابهة لها نتطرق في هذا المطلب إلى إجراء مقارنة بينها وما شابهها من مصطلحات من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الملكية الشائعة والملكية المفزرة

الملكية الشائعة مقررة لعدة أشخاص علي شيء، حصة كل واحد فيه محددة تحديدا معنويا في الشيء بأكمله، وينتفع الشريك المشتاع بنسبة حصته في الشيء المشاع في حدود نسبة حصته، ودون الإضرار بباقي المشتاعين معه.

في حين أن الملكية المفزرة تنقرر لمالك واحد علي شيء محددا تحديدا ماديا، يستأثر بها لوحده في الحدود المشروعة، ويمارس عليها السلطات المخولة لصاحب حق الملكية من تصرف واستعمال واستغلال دون إذن من احد.

الفرع الثاني: الملكية الشائعة والملكية المشتركة - Propriété indivise et propriété collective

تناول المشرع الجزائري الملكية المشتركة بالتعريف في نص المادة 743 من القانون المدني الجزائري على أنها: "الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموع العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

من خلال هاته المادة القانونية فالملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة ومن خلال ما سبق فإن الملكية المشتركة هي ملكية جماعية يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ويطلق عليها اسم: Propriété collective " (01)

(01) الزهرة بركة، النظام القانوني للملكية العقارية المشتركة، مذكرة ماستر، السنة الجامعية 2014-2015، ص8

الفرع الثالث:

الملكية الشائعة والملكية الجماعية أو الجرمانية *Propriété indivise et propriété en main commune*

تختلف الملكية الجماعية أو الجرمانية عن الملكية في الشيوع، في أن المالك في الشيوع هو شخص واحد، ولكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع، في حين أن المالك في الملكية الجماعية هو جماعة من الناس، لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يمتلكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشيء المملوك، كذلك الملكية الشائعة هي ملكية فردية لا ملكية مشتركة، لان كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة⁽⁰¹⁾.

المطلب الثالث: أقسام الشيوع في التشريع الجزائري.

وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري المتضمن بالأمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم فقد ضمن في القسم الرابع منه نوعان من الشيوع، الشيوع الإجباري والشيوع الاختياري.

فتضمنت المواد 713 إلى 742 أحكام الشيوع الاختياري، أو الشيوع القابل للقسمة، والذي هو موضوع دراستنا، والشيوع الإجباري تضمنته المواد 742 و743، وسوف نتطرق إلى ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الشيوع الإجباري - *Indivision forcée ou perpétuelle*

الشيوع الإجباري هو الشيوع الذي لا يجوز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه، لان الغرض الذي اعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائما على الشيوع، مثل الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات⁽⁰²⁾ ...

وقد نصت علي ذلك المادة 737 ق.م.ج ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 716 و717.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 987

ومن تطبيقات الشيوع الإجباري أو الجبري في القانون المدني الجزائري نجد الملكية المشتركة في العقارات المبنية أو ملكية الطبقات والشقق المادة 743 إلى 772 ق.م.ج والحائط المشترك المواد 703 إلى 708 من ق.م.ج وكذا الطريق الخاص المشترك للملك غير النافذ (حق المرور) المادة 693 وما بعدها ق.م.ج (01).

الفرع الثاني: الشيوع الاختياري - Indivision ordinaire ou facultative

تضمنت المواد 713 إلى 742 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم أحكام الشيوع الاختياري أو العادي، وهو الشيوع القابل للقسمة، الذي هو موضوع دراستنا، ويتحقق إما بواسطة القانون، ويبرز عن طريق التصرف القانوني بالعقد، كاشتراك شخصين أو أكثر في شراء عقار مثلاً... ويتم تحديد نسبة ملكية كل واحد منهم بنسب متساوية، أو بنسب متفاوتة، ويتحقق الشيوع الاختياري كذلك بالهبة والوصية فهو شياح إرادي تتحقق فيه إرادة الطرفين الموصى والموصي له والواهب والموهوب له.

ويتحقق أيضا الشيوع الاختياري بواسطة الواقعة القانونية كالحيازة المؤدية إلى التملك عن طريق التقادم أو بالإرث وهي الحالة الأكثر شيوعاً (02).

(01) بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 217.

(02) يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص 66-67.

المبحث الثاني

مفهوم قسمة الملكية الشائعة وأنواعها

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى تحديد الإطار المفاهيمي للملكية الشائعة من حيث مفهوم المصطلح لغة واصطلاحاً وقانوناً، وإجراء مقارنة بينها وما شابهها من مصطلحات، ثم أنواع الشيوخ في التشريع الجزائري، نتناول في هذا المبحث مفهوم القسمة لغة وفقها وقانوناً، ومضمون الحق في طلب القسمة، والموانع التي ترد عليه، وأنواع القسمة في التشريع الجزائري من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم القسمة.

المطلب الثاني: الحق في طلب القسمة والموانع الواردة عليه.

المطلب الثالث: أنواع القسمة في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم القسمة

نتناول في هذا المطلب تحديد الدلالة اللغوية لمفهوم مصطلح القسمة، ثم تحديد مفهوم القسمة الاصطلاحي للقسمة كما عرفه فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية والتعريف القانوني لهذا المصطلح وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للقسمة

جاء في لسان العرب لابن منظور على أن قسم: القسم: مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم، والموضوع مقسم، مثال مجلس، أو قسمه جزاء، وهي القسمة، والقسم بالكسر النصيب أو الحظ، والجمع أقسام (01)

(01) أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، طبعة 01، دار صادر بيروت، المجلد الثاني عشر، ص 478.

وجاء في القاموس المحيط (قسمه، يقسمه وقسمه جزأه وهي القسمة بالكسر، وقسم القوم الدهر، فرقهم كقسمهم، والقسم بالكسر وكمبر ومقعد: النصيب ك الأقسومة جمع أقسام، كالقسيم، جمع أقسام ... وهذا ينقسم قسمين بالفتح إذا أريد المصدر، وبالكسر إذا أريد النصيب أو جزء من الشيء المقسوم، وقاسمه الشيء: أخذ كل قسمه ... والمال اقتسماه بينهم⁽⁰¹⁾ ...

وفي الصحاح قسم: القسم: مصدر قسمت الشيء فانقسم، والموضوع مقسم، مثل: مجلس ... وقاسمه المال، وتقاسماه واقتسماه بينهما، والاسم: القسمة: مؤنثة وإنما قال الله تعالى (فارزقوهم منه) النساء أية "08" بعد قوله (وإذا حضر القسمة) لأنها في معنى الميراث والمال، فذكر على ذلك، وتقسمهم الدهر فتقسموا، أي فرقهم فتفرقوا، والتقسيم: التفريق⁽⁰²⁾ ...

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للقسمة

القسمة هي العملية التي تهدف إلى إنهاء حالة الشيوع واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة⁽⁰³⁾.

كذلك القسمة هي سبيل إزالة الشيوع وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع⁽⁰⁴⁾.

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

(01) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص1323

(02) أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث القاهرة، ط2009، ص940-941

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

(04) وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، ط79-80، منشأة المعارف، 1994، ص194.

أما اصطلاحاً في الشريعة الإسلامية فقد وردت عدة تعريفات للقسمة وفقاً للمذاهب الفقهية المختلفة.

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

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

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

وعرفها الشافعية والحنابلة بقولهم: القسمة تمييز بعض الأشياء عن بعض وإفرازها عنها بتجزئة الأشياء بالكيل أو غيره (01).

ويرى الأستاذ علي الخفيف أن القسمة في لسان الفقهاء هي: جمع النصيب الشائع من مال مشترك في جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين مثلاً فقسمت بينهما على حسب سهامهما فاختص كل منهما بجانب معين منهما وكان ذلك بناء على طلب أحدهما تمت القسمة وصحت أما إذا لم يكن من أحدهما طلب فلا تكون القسمة صحيحة (02).

عرفت مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل مواقف المذهب الحنفي القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل (03).

كذلك القسمة هي ذلك الطريق الأساسي شرعاً وقانوناً لإزالة الشيوع من المال المشترك واشتراك كل شريك بقسم متميز (04).

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

(02) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ط 1996، ص 189.

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

(04) مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص 345.

والقسمة مشروعة أيضا بنص الكتاب والسنة المطهرة، ففي القرآن الكريم نجد العديد من الايات التي تدل على مشروعيتها ومنها قوله عز وجل " لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا " (01).

كذلك قوله تعالى " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " (02).

كذلك قوله تعالى " وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنْتُمْ أَمْنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانِ ۚ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ " (03).

أما في السنة المطهرة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها) رواه أبو داود وابن ماجه

وعَنْ مَالِكٍ ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتْ فِي الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ عَلَى مَا قَسَمَ الْإِسْلَامُ " (04)

(01) سورة النساء، الآية 07.

(02) سورة النساء، الآية 08.

(03) سورة الانفال، الآية 41.

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

الفرع الثالث: التعريف القانوني للقسمة

لم يعرف القانون المدني الجزائري القسمة أسوة بأغلب القوانين المدنية العربية الأخرى إلا أن القانون المدني الأردني عرف القسمة في المادة 1038 على أنها إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي⁽⁰¹⁾.

وهذا التعريف مقتضب يتعلق فقط بالقسمة العينية ولم يشتمل على قسمة التصفية والتي يراد منها بيع الملك المشاع وتوزيع ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته أي أن هذا التعريف استبعد قسمة التصفية.

كذلك الشأن بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي سار على خطى القانون الأردني حيث نص في المادة 1160 على أن القسمة (إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي)⁽⁰²⁾.

نخلص إلى أن القسمة هي تلك العملية القانونية التي بمقتضاها يزول الشيوع وذلك بإخراج المالك من مالك ملك شائع إلى مالك ملك مفرز أي مقسم ومحدد تحديدا ماديا واضح المعالم يستأثر به لوحده دون مزاحمة أحد الشركاء.

(01) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(02) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 5 لسنة 85 معدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 87

المطلب الثاني: الحق في طلب القسمة والموانع الواردة عليه

نتناول في هذا المطلب أهم حق تناولته تشريعات أغلب الدول في النظم القانونية التي تنظم الخروج من الشيوع بالقسمة ألا وهو الحق في طلب القسمة لأي شريك عندما نكون بصدد الشيوع الاختياري، ونتناول هذا من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الحق في طلب القسمة

يعتبر الحق في طلب القسمة حق أصيل لكل مشتاع فلا يجبر أي شريك في البقاء في الشيوع وقد نصت على هذا الحق كل التشريعات المدنية ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 722 على لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا علي البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق (01).

وكذلك الشأن بالنسبة إلى القانون المدني المصري المادة 834 منه (02).

كذلك الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي المادة 815 التي تنص على (03).

Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention

نستخلص من الفقرة الأولى من هذه المادة قاعدتين أساسيتين:

الأولى: منع القانون لأي شروط أو اتفاقات من شأنها وضع الشركاء في الشيوع بصفة مؤبدة والذي من شأنه نزع الشريك حقه في طلب القسمة.

الثانية: حق الشريك لا يتقادم ولا يزول بعدم استعماله.

(01) أمر رقم 58.75 مؤرخ في 1975.09.26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم/ج ر عدد 78 سنة 1975.

(02) قانون 131 لسنة 1948، مجلة الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر بتاريخ 1948.07.29، ص 76.

(03) LOI n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

JORF n°145 du 24 juin 2006 page 9513

للإشارة أن القانون 2006-728 والساري المفعول ابتداء من 01-01-2007 هو آخر قانون فرنسي الذي جاء بإصلاحات جذرية ومعمقة تتعلق بالشيوع وقسمة المال الشائع. فالفقه الفرنسي يقر بحق الشريك الأصل في الخروج من الشيوع إلا إذا وجدت موانع قانونية أو اتفاقية تمنعه من ذلك.

Le droit au partage était absolu comme aujourd'hui. L'action en partage était imprescriptible, et elle en pouvait prendre fin que par la cessation de l'indivision⁽⁰¹⁾.

فالأصل حسب الأستاذ السنهاوري هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع أي للشريك الحق في طلب القسمة حتى يخرج من حالة الشيوع ويرجع ذلك إلى عدم ترحيب المشرع بالشيوع إذ أنه يثير بطبيعته المنازعات بين الشركاء في الكثير من الأحيان نظرا لتداخل وتشابك حقوقهم على الشيء الواحد⁽⁰²⁾.

نخلص إلى أن حق الشريك في طلب القسمة يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، ولا يسقط بالتقادم، فللشريك أن يتمسك به مهما طال زمن البقاء في الشيوع فلا يسقط هذا الحق بالتقادم - كما نصت على ذلك صراحة بعض التشريعات المدنية العربية: حيث نص الفصل 981 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن - دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم.

وما دام الشيوع قائم أي الملكية شائعة قائمة فالحق في طلب القسمة يبقى قائما وهو حق لكل شريك في المطالبة به في حدود ما قرره القانون من موانع مؤبدة شيوع إجباري أو موانع اتفاقية مؤقتة.

كذلك يثبت هذا الحق أيضا لمن يخلف الشريك الأصلي في الشيوع سواء خلافة عامة أو خاصة لأن من شأن ذلك أن يحل الخلف العام أو الخاص محل الشريك الأصلي في الشيوع⁽⁰³⁾.

⁽⁰¹⁾ <http://www.cosmovisions.com/droit-Monarchie-Absolue-Prive.htm>

⁽⁰²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصدر سابق، ص 795

⁽⁰³⁾ احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 2008، ص 38.

الفرع الثاني: الموانع الاتفاقية والقانونية للحق في طلب القسمة

لا يجوز للشريك المشتاع أن يطلب القسمة إذا كان ملزماً بالبقاء في الشروع، إما لوجود اتفاق بين الشركاء فالعقد شريعة المتعاقدين وإما لأن طبيعة المال الشائع تأبى القسمة بالنظر إلى الهدف المعد له أو ما يمكن أن نسميه بالشروع المؤبد أو الدائم.

فإذا كان الأصل هو حق الشريك وخلفه في طلب القسمة فإن المشرع الجزائري أحاط هذا الحق بجملة من الموانع أو القيود نتطرق إليها فيما يلي:

1 / الموانع القانونية للحق في طلب قسمة المال الشائع

وهي تلك القيود القانونية والتي تجبر الشريك في المال الشائع على البقاء في الشروع.

ففي الشروع الإجباري يجبر الشريك على البقاء في الشروع وهذا ما نصت عليه المادة 737 من القانون المدني الجزائري (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشروع) فالأرض المقام عليها العمارة ومدخلها الرئيسي والسلالم وكل ما هو معد للاستعمال المشترك تبقى دائما على الشروع ولا يمكن قسمتها، وهذا ما نصت عليه المادة 747 ق.م.ج (لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم بيعا بالمزاد بمعزل عن الأجزاء الخاصة).

فقد جاء في اجتهاد للمحكمة العليا بالقرار الصادر بتاريخ 10-07-1989 انه (من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى القسمة ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه لمخالفة القانون غير سديد.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - إن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بان الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽⁰¹⁾.

(01) قرار مؤرخ في 10/07/1989 /م.ق.ع/ 3 /1992/ ص 35.

كذلك القرار رقم 47071 المؤرخ في 26-09-1988 (من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم).

ولما كان الثابت - في قضية الحال - إن القضاة بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم لها يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون⁽⁰¹⁾.

2/ الموانع الاتفاقية الواردة على الحق في طلب القسمة.

قد يلجأ الشركاء إلى البقاء في الشيوع لمدة معينة وذلك بواسطة الاتفاق فيما بينهم لمدة محددة وذلك لعدة أسباب أهمها قد يكون من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات قد تطول وذلك بتعيين ولي له وهذا ما نصت عليه المادة 88 من القانون 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، وقد يكون من بين الشركاء غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة أو أن يكون الشركاء أمام مشروع لاستغلال المال أو لإجراء إصلاحات فيه وهو في حالة الشيوع⁽⁰²⁾.

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

Le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans. Il peut être renouvelé dans le cas prévu au premier alinéa de l'article 822 jusqu'à la majorité du plus jeune des descendants et dans le cas prévu au deuxième alinéa du même article jusqu'au décès du conjoint survivant⁽⁰³⁾.

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

⁽⁰¹⁾ قرار رقم 47071 مؤرخ في 26.09.1988 م.ق/ع/3/1992/ص33.

⁽⁰²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص 798.

⁽⁰³⁾ La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités

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

أما المشرع الجزائري فقد نص على جواز البقاء في الشيوع بمقتضى اتفاق بين الشركاء إلا أنه لم يحدد في المادة 722 الأسباب الداعية لذلك كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث نصت المادة 722 من القانون المدني على:

(لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه).

فالمشرع الجزائري أجاز للشركاء المشاعين البقاء في الشيوع لمدة أقصاها خمس سنوات (01)، ولم يبين ما إذا كانت هذه المدة قابلة للتجديد أم لا.

المطلب الثالث: أنواع القسمة في التشريع الجزائري

تتعدد أنواع القسمة وذلك بتعدد الزوايا التي ينظر إليها منها

فمن حيث شمولها تقسم القسمة إلى:

- القسمة الكلية أو النهائية partage total وهي القسمة التي تتناول جميع المال الشائع.
 - القسمة الجزئية partage partiel وهي القسمة التي تتناول جزءا من المال الشائع ويترك الباقي على الشيوع.
- ومن حيث إرادة الملاك المشتاعين نجد:

- القسمة الاتفاقية partage a l amiable وهي القسمة النهائية تتم بتراضي جميع الشركاء.
 - القسمة القضائية partage en justice وهي القسمة النهائية التي تتم بحكم القضاء بناءا على طلب احد الشركاء.
- ومن حيث قابلية الشيء للقسمة نميز بين:
- القسمة العينية partage par nature وهي القسمة التي تخص كل متقاسم بنصيب مفرز من الشيء المملوك.

(01) أمر رقم 75_58 مؤرخ في 26.09.1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78/، لسنة 1975.

- قسمة التصفية partage en licitation وهي قسمة ثمن المال الشائع بين مالكيه إذا ما بيع بالمزاد العلني إذا تعذر قسمته عينا.

أما قسمة المهيأة فهي قسمة استغلال منافع والأصل فيها أنها لا تزيل الشيوع إلا إذا دامت المهيأة المكانية لمدة خمسة عشر سنة تتقلب بقوة القانون إلى قسمة نهائية وهذا وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 733 ق.م.ج.

- قسمة المهيأة أو الاستغلالية، partage provisionnel وهي قسمة انتفاع تتم باتفاق جميع الشركاء على الشيوع، ونميز فيها بين المهيأة المكانية والمهيأة الزمانية.

الفرع الأول: أنواع القسمة في التقنين المدني الجزائري

نتطرق في هذا الفرع إلى التعريف بأنواع القسمة التي تزيل الشيوع مباشرة والتي حددها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني وسنقوم بالتفصيل في أحكامها في الفصل الثاني ألا وهي القسمة الاتفاقية أو الرضائية أو الودية، والقسمة القضائية.

أما المهيأة فسنخصص لها مبحثا في هذا الفصل لأنها في الأصل ليست قسمة تزيل الشيوع وإنما هي مناوبة بين الشركاء في الانتفاع بالملكية الشائعة فهي قسمة منفعة أو استغلال ولقد نحى شراح القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية هذا المنحى في عدم إدراجهم المهيأة ضمن باب القسمة.

1/ القسمة الرضائية أو الاتفاقية partage conventionnel

لم يعرف المشرع الجزائري في التقنين المدني ماهية القسمة الرضائية أسوة ببعض القوانين العربية الأخرى وترك ذلك لفقهاء القانون، حيث نصت المادة 723 ق.م.ج على (يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم إن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون)⁽⁰¹⁾.

(01) أمر رقم 75_58 مؤرخ في 26.09.1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. /ج ر ع 78 لسنة 1975.

لذلك ترك تعريف القسمة الرضائية للفقهاء فمنهم من عرفها على أنها (القسمة الرضائية أو الاتفاقية هي عقد يبرمه الشركاء لاقتسام المال الشائع وبالطريقة التي يرونها)⁽⁰¹⁾.

أيضا القسمة الرضائية هي عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشتاعون ومحله المال الشائع ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام العقود من تراضى الشركاء وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع⁽⁰²⁾.

أيضا هي تلك القسمة التي تتم بالتراضي بين كافة الشركاء على الشيوع الذين لهم أهلية التصرف في حقوقهم وهي تتم بإجماع جميع الأطراف المالكين في الملكية الشائعة على قسمة المال المشاع نهائيا بان يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال الشائع بالطريقة التي تراضوا عليها إذا انعقد إجماعهم على ذلك⁽⁰³⁾.

نخلص إلى إن القسمة الاتفاقية في التشريع الجزائري تشترط لانعقادها شروط هي:

أ- إجماع كافة الملاك المشتاعين ورضاهم على قسمة المال المشاع.

ب- عدم وجود من بينهم من هو غائب أو ناقص الأهلية.

2/ القسمة القضائية PARTAGE JUDICIAIRE

في حالة تعذر القسمة الرضائية وذلك بعدم إجماع الشركاء أو وجود من بينهم من هو غائب أو ناقص الأهلية يلجا إلى القضاء لقسمة المال الشائع بين الملاك المشتاعين فمصدر القسمة هنا القضاء وليس كما هو الحال في القسمة الرضائية فهي تعتمد على إرادة الملاك المشتاعين ورضاهم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

جاء في نص المادة 724 ق م ج إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة.

(01) قصي سلمان، مرجع سابق، ص 54.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص 805.

(03) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 195.

وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته (01).

نستنتج أن القسمة الرضائية مصدرها إرادة الملاك المشتاعين ورضاهم في حين إن القسمة القضائية مصدرها القضاء عند اختلاف الشركاء فيما بينهم أو طلب احدهم الخروج من الشيوع فالقسمة القضائية منوط بإجرائها المحكمة المختصة وهي القسمة التي لا تنتقض بالغبن عكس القسمة الاتفاقية التي يمكن الطعن فيها لغبن لحق بالشريك المشتاع.

(01) أمر رقم 75_58_ مؤرخ في 26.09.1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. /ج ر ع 78 لسنة 1975.

المبحث الثالث

قسمة المهايأة

الأصل في القسمة أنها تزيل الشيوخ وتفرز لكل شريك حصته محددة تحديدا ماديا، إلا أن الفقه والقانون اصطلح على الاتفاق بين الشركاء في الانتفاع واستغلال المال الشائع فيما بينهم بما يصطلح بالمهايأة وسنحاول في هذا المبحث التطرق إلى مفهومها وتقسيماتها وأسباب اللجوء إليها وأحكامها والآثار المترتبة عليها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم قسمة المهايأة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمهايأة وأحكامها وآثارها.

المطلب الأول: مفهوم قسمة المهايأة

حتى يتسنى لنا تحديد مفهوم قسمة المهايأة نتناول في هذا المطلب تحديد الدلالة اللغوية والاصطلاحية والفقهية والقانونية لهذا المصطلح من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي لقسمة المهايأة

المهايأة وسميت أيضا بالمهانات بالنون، لأن كل واحد من الشركاء هنا صاحبه بما أراد، وأيضا سميت بالمهابات بالباء لأن كل واحد من الشركاء وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه⁽⁰¹⁾.

والمهايأة في اللغة مفاعلة وهي مشتقة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء، والتهايؤ: تفاعل منها، وهو أن يتواضع الشريكان على أمر فيتراضيا به، أي يرضي كل واحد منهما بهيئة واحدة يختارها، أي بمعنى أن الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر⁽⁰²⁾.

(01) مأمون عبد العزيز إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، دار الإعمار العلمي، الطبعة الأولى، 2015، ص 65.

(02) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 279.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لقسمة المهايأة

نتطرق في هذا الفرع إلى التعريف الاصطلاحي الذي أورده فقهاء القانون ثم التعريف الاصطلاحي في الشريعة الإسلامية.

فمن الفقهاء من يرى أن قسمة المهايأة بنوعيتها المكانية والزمانية هي مقايضة انتفاع بانتفاع⁽⁰¹⁾، ومنهم من يرى أن قسمة المهايأة تهدف إلى تقسيم منافع العين الشائعة بين الشركاء أثناء قيام الشيوع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته⁽⁰²⁾. نستخلص من ذلك أن قسمة المهيأة تنصب أساساً على الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء وهي ليست سبباً لإزالة الشيوع كأصل عام.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد تعددت تعريفاتهم في ما يتعلق بقسمة المهيأة على النحو الآتي: عرفها الأحناف على أنها المهايأة هي قسمة المنافع.

وعرفها المالكية على أنها اختصاص كل شريك يشترك فيه عن شريكه زماناً معيناً من متحد أو متعدد، وعند الشافعية هي أن تكون العين في يد أحدهما ثم في يد الآخر مثل هذه المدة.

وعرفها الحنابلة بقولهم هي القسمة التي ينتفع أحدهما بمكان والآخر بآخر أو كل واحد منهما ينتفع شهراً ونحوه.

ويلاحظ من التعريفات السابقة أن تعريف الأحناف والحنابلة هو أوضحها بحيث جاء شاملاً في إظهاره لحقيقة المعرف، إذ اشتمل على نوعي القسمة الزمانية والمكانية، أما تعريف الشافعية والمالكية فقد كان قاصراً في مدلوله على نوع واحد من أنواع هذه القسمة وهو القسمة الزمانية⁽⁰³⁾.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص 739.

(02) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 91.

(03) نعيم سمارة المصري، مرجع سابق، ص 184.

الفرع الثالث: التعريف القانوني لقسمة المهايأة

لم يرد تعريف للمهايأة في كل من التشريع الجزائري ولا التشريع المصري، بحيث ترك المجال للفقه القانوني وهذا ما أورده في الفرع السابق.

ولقد أورد المشرع الجزائري أحكام المهايأة في المواد 733-734-735-736 من الامر 58-75 المؤرخ في 29-09-1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

إلا أن المشرع الإماراتي قد أورد تعريفا للمهايأة في المادة (1176) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، على أنها " المهايأة قسمة المنافع وقد تكون زمانية أو مكانية ففي الأولى يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفي الثانية ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة ".

فقسمة المهايأة هي انتفاع لا قسمة ملكية، ولذلك فهي لا تنهي حالة الشيوع، وهي طريقة من طرق إدارة المال الشائع، والمهايأة قد تكون زمانية وقد تكون مكانية.

الفرع الرابع: أنواع قسمة المهايأة

قسم التشريع الجزائري قسمة المهايأة إلى المهايأة الزمنية والمهايأة المكانية.

1- المهايأة المكانية

وهي اتفاق شركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز، يوازي حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه - في مقابل ذلك - عن الانتفاع بباقي الأجزاء، و قد نصت على ذلك أحكام المادة 733 ق.م.ج على أن " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمسة سنوات (5) سنوات، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة (1) واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) أشهر انه لا يرغب في التجديد".

فالمهايأة المكانية هي اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به، كأن يسكن الدار أو يأجرها، في مقابل انه لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك.

وقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 733 ق.م.ج، حكما مفاده أن المهيأة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية، إذا دامت خمسة عشرة (15) سنة، فاستمرار المهيأة المكانية لمدة خمسة عشرة (15) سنة لأكبر دليل على أن هذه المهيأة هي خير قسمة للمال الشائع، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا للتعامل على أساسها (01).

2- المهيأة الزمانية

تهدف المهيأة الزمانية إلى الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة بين الشركاء.

وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 734 من القانون المدني الجزائري " يجوز أن تكون قسمة المهيأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

والملاحظ على هذه المادة انه تم إدراج مصطلح التناول بدل الأصح وهو التناوب.

ولا تنقلب المهيأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالمت مدتها، لأن المهيأة الزمانية تبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به عكس المهيأة المكانية التي تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة فهي كالقسمة النهائية إلا أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك، وبالتالي فهي تهىء للقسمة النهائية وتنقلب إليها (02).

ويجوز أن تتم المهيأة بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الخصوم أثناء إجراء القسمة القضائية وهذا ما نصت عليه المادة 736 ق.م.ج " يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع المهيأ بينهم وتضل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية ... "

3- أسباب اللجوء إلى المهيأة

تتعدد الأسباب المتعلقة باللجوء إلى المهيأة إلى أسباب متعلقة بطبيعة المال الشائع وأسباب متعلقة بعدم رغبة الشركاء في إنهاء الشبوع.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص734.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص739.

ففي كثير من الأحيان يكون المال الشائع غير قابل للانتفاع المشترك به، فهنا طبيعة المال المشاع لا يقبل الانتفاع به بصفة مشتركة لذا يتطلب على الشركاء أن يتهايؤا على الانتفاع به لمدد تحدد بينهم.

وحتى وإن كان عدم قابلية المال المشاع للانتفاع به بصفة مشتركة بين جميع الشركاء يعد سببا رئيسيا في ضرورة قسمته، إلا أن الشركاء ارتأوا أن يبقى المال مشاعا بينهم للانتفاع به، لأن المنفعة التي يحصلون عليها من جراء انتفاعهم بالمال الشائع هي أفضل من تلك التي سيحصلون عليها فيما لو حصلت قسمة ذلك المال وانتهى الشيوع فيما بينهم، كأن يكون المال المشاع مثلا دار مملوكة لعدة أشخاص على الشيوع أو شاحنة أو حافلة للنقل...

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمهاياة، أحكامها وآثارها

نتناول في هذا المطلب التكييف القانوني لقسمة المهاياة وأحكامها وذلك من خلال الفروع التالية:

- الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقسمة المهاياة.

- الفرع الثاني: أحكام قسمة المهاياة.

- الفرع الثالث: آثار قسمة المهاياة.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقسمة المهاياة

تطرقنا في المطلب الأول المذكور أعلاه والمتعلق بمفهوم قسمة المهاياة على أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك سواء تعلق الأمر بالمهاياة المكانية أو الزمانية، وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 733 ق.م.ج يمكن تكييف قسمة المهاياة على أنها عقد إيجار، ففي المهاياة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، فهي إذا منفعة في مقابل منفعة، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الإجراء المفرزة الأخرى.

وفي المهاياة الزمانية ووفقاً لأحكام المادة 734 ق.م.ج يتناول الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله، فيحصل الشريك في نوبته أي المدة المخصصة له على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع، في مقابل حصول شركائه كل في نوبته، على نصيبه هو في منفعة هذا المال، فالمهياة بنوعها، هي مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجاراً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة من الإيجار، كما يكون الثمن في البيع نقداً⁽⁰¹⁾.

وسواء تمت قسمة المهاياة باتفاق الشركاء أو بأمر من القاضي أو سواء كانت المهاياة زمانية أو مكانية، فإنها تخضع من حيث الاحتجاج بها على الغير ومن حيث حقوق والتزام أطرافها وطرق إثباتها، إلى أحكام عقد الإيجار، ذلك أن الشريك في قسمة المهاياة يعتبر مؤجراً

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 739.

للتشريك الآخر، ومستأجرا منه حصته، وهذا بالرجوع إلى المادة 735 ق.م.ج والتي تنص على " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة"(01).

نستخلص أن قسمة المهايأة الزمانية منها والمكانية تنطبق عليها قواعد الإيجار، إلا ما تعارض مع طبيعة هذه القسمة، والمقصود به عدم تطبيق أحكام الالتزام بالوفاء بالأجرة، لأنه يتعارض مع طبيعة القسمة(02).

الفرع الثاني: الأحكام القانونية لقسمة المهايأة

لما كان الغرض من قسمة المهايأة هو تنظيم والانتفاع بالشئ الشائع أثناء قيام الشيوع، لا إنهائه، إلا لها أحكام خاصة تتعلق بها نتطرق لها فيما يلي:

أولا: وجوب إجماع الشركاء على قسمة المهايأة

إن قسمة المهايأة لا تتم إلا بإجماع الشركاء، عكس إدارة المال الشائع التي تكفي فيه الأغلبية فقط، وفقا لأحكام المادة 716 ق.م.ج، فإجماع الشركاء في قسمة المهايأة المكانية من شأنه بعد استمراره خمسة عشرة سنة (15) سنة أن تتقلب قسمة نهائية، إلا أن المشرع خرج عن الأصل في إمكانية القضاء بقسمة المهايأة الممهدة للقسمة النهائية بناء على طلب احد الشركاء أو بعضهم وهذا طبقا لأحكام المادة 736 ق.م.ج

سوى المشرع بين الحد الأقصى لمدة المهايأة، وبين المدة التي لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء في الشيوع لأكثر منها وهي خمسة (05) سنين، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 733 ق.م.ج.

(01) نسيمه درار، قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج الأخضر باتنة، العدد 03 سبتمبر 2014، ص 295.

(02) نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 92.

ولن يخرج المشرع على هذا الأصل إلا في المهايأة الممهدة للقسمة النهائية، التي لم يحدد لها مدة معينة، بل هي تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية (01).

ثالثا: تحول المهايأة المكانية الى قسمة نهائية

تتقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون إذا استمرت خمسة عشرة (15) سنة، فالشركاء الدين تهاياؤا على قسمة المال الشائع لمدة خمسة عشرة سنة لهو خير دليل على رضاهم واطمئنانهم بهذه القسمة وهذا ما نوهنا عليه أعلاه.

الفرع الثالث: آثار قسمة المهايأة

خلصنا فيما مضى أن المهايأة تكيف على أنها عقد إيجار، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة وذلك على اعتبار أن كل شريك مؤجر للشريك الآخر ومستأجر منه (02).

ففيما يتعلق بحقوق والتزامات المتقاسمين، يسري أحكام عقد الإيجار على القسمة إلا ما تعارض منها على طبيعتها فيلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية، بحيث يسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها هذه الترميمات في ذلك الجزء، أما الترميمات التأجيلية فهي عليه وحده، ويلتزم سائر الشركاء بتسليم الجزء الذي أختص به أحدهم، كما يلتزمون نحوه بالضمان، ويلتزم الشريك الذي اختص بعين معينة باستعمالها فيما أعدت له، وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها، وردها عند انتهاء مدة القسمة.

نخلص إلى أن التزامات وحقوق المتقاسمين في المهايأة تحكمها أحكام عقد الإيجار، باستثناء الوفاء بالأجرة لأنه يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فالالتزام بالتسليم تحكمه المواد 476، 477، 478 من ق.م.ج المعدل والمتمم بالقانون 05-07 المؤرخ في 13-05-2007.

والالتزام بالصيانة تحكمه المادة 479 و 480 و 481 و 482 من القانون المذكور أعلاه

(01) نسيمة درار، مرجع سابق، ص 296

(02) نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 91.

والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية المواد 483 إلى 490، والالتزام بالمحافظة على المال الشائع مصدره المادة 718 من ق.م.ج.

والخلاصة يسري على عقد قسمة المهايأة أحكام عقد الإيجار، المدرجة بالبواب الثامن من الفصل الأول، أما فيما يتعلق بالأجرة فإنه بالرجوع لطبيعة قسمة المهايأة باعتبارها مقايضة منفعة بمنفعة، فكل شريك مؤجر للشريك الآخر وفي نفس الوقت مستأجر منه.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الإطار القانوني لقسمة الملكية الشائعة

نتطرق في هذا الفصل إلى بحث وتحليل الإطار القانوني لأنواع القسمة التي حددها المشرع الجزائري والتي تزيل الشبوع بصفة نهائية وفعلية وهي القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية والآثار المترتبة عنها وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الإطار القانوني للقسمة الاتفاقية الملكية الشائعة

المبحث الثاني: الإطار القانوني للقسمة القضائية للملكية الشائعة

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قسمة المال الشائع

المبحث الأول

الإطار القانوني للقسمة الاتفاقية الملكية الشائعة

بعد أن تعرفنا في الفصل الأول علي تعريف القسمة الاتفاقية علي أنها اتفاق الشركاء المشتاعين بالإجماع علي قسمة المال المشاع وديا بينهم وبالطريقة التي يرونها مناسبة بشرط عدم وجود بينهم من هو ناقص الأهلية، وإلا وجب عليهم إتباع الإجراءات المحددة قانونا في هذا الشأن.

نتطرق في هذا المبحث للإطار القانوني الذي ينظم القسمة الاتفاقية وفق المطالب التالية:

- المطالب الأول: شروط القسمة الاتفاقية.
- المطالب الثاني: طرق إجراء القسمة الاتفاقية.
- المطالب الثالث: الطعن في القسمة الاتفاقية لغبن.

المطلب الأول: شروط القسمة الاتفاقية

إن القسمة الاتفاقية عقد كغيره من العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلله المال الشائع، وسببه إنهاء حالة الشيوع، وجب أن تسري علي عقد القسمة هذا أحكام سائر العقود مع مراعاة أهلية المشتاعين إن كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو غائب.

الفرع الأول: إجماع كافة الشركاء علي القسمة

لا تصح القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة إلا بإجماع كافة الشركاء فلا تكفي موافقة الأغلبية منهم لتحقيقها، إلا أنه عند موافقة البعض علي عقد القسمة الاتفاقية ومعارضة البعض الآخر فالشركاء الموافقين علي القسمة ملزمة لهم وحدهم باعتبار موافقتهم إيجاب موجه إلي الشركاء المعارضين إلي حين قبولهم بها أو رفضها ويترتب علي ذلك أن من اشترك في إبرام عقد القسمة الاتفاقية لا يجوز له أن يتحلل من التزامه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك في العقد وبذلك يظل العقد قائما بينهم وإن كان لا يترتب عليه إنهاء الشيوع لأنه غير نافذ في حق من لم يشترك فيه من الشركاء ويكون للشريك الذي لم يكن طرفا فيه عند إبرامه أن

يقره متى شاء في حدود ظروف الحال وطبيعة المعاملة أي عملا بنص المادة 63 ق.م.ج فإذا أقره جميع من لم يشتركوا فيه أصبحت القسمة نافذة في حق الجميع ويترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ⁽⁰¹⁾.

ولابد أن تتوفر في الشركاء الأهلية الكاملة وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي تشوبها فقد نصت المادة 40 ق.م.ج علي (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة) وإذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائبا وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وفقا لما تقتضيه نص المادة 723 ق.م.ج .

فالولي (مادة 98 ق.ا)، والوصي (مادة 95 ق.ا)، والمقدم (مادة 100 ق.ا) يجب عليهم استئذان القاضي قبل أي تصرف يتعلق بالبيع أو القسمة أو الرهن أو المصالحة.

الفرع الثاني: إفراغ عقد القسمة في الشكل الرسمي وشهره

تخضع القسمة إلي القواعد العامة في إثبات المعاملات، حيث تنص المادة 333 ق.م.ج على (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته عن 100.000 دج 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 علي 100.00 دج لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل).

فإذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة علي 100.000 دج فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة وإذا قلت عن ذلك يجوز إثباتها بالبينة والقرائن.

طبقا لأحكام المادة 722 ق.م.ج فان المشرع لم يحدد محل المال الشائع منقولاً أو عقاراً وبالتالي فان محل القسمة ينصب علي المنقول والعقار على حد سواء فإذا كان محل عقد القسمة منقولاً فيكفي فيه التراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية أي لا يشترط فيه الرسمية ولا الشهر.

(01) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 130

أما إذا تعلقت القسمة الاتفاقية بعقار في وسط عمراني وجب مراعاة أحكام القانون 90_29 المؤرخ في 1-12-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم 4-05 المؤرخ في 14-8-2004 بضرورة الحصول على رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم عقار إلى ملكيتين أو ملكيات عقارية مهما كان موقعها داخل المحيط العمراني أو خارجه (المادة 57 و58 و59 و64 منه) والمرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 21-05-1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 6-03 المؤرخ في 7-01-2006 وكذا بالمرسوم التنفيذي رقم 90-307 المؤرخ في 22-09-2009 الذي يحدد كفايات وإجراءات ومحتوي وثائق رخصة التجزئة وشهادة تقسيم الأرض ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم (المواد من 7 إلى 30 منها) (01).

ومما يجب التنويه إليه أن المرسوم التنفيذي 91-176 المذكور أعلاه تم إلغائه بموجب أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ونص على رخصة التجزئة في المادة السابعة منه، وعلى شهادة التقسيم في المادة الثالثة والثلاثين منه (02).

إضافة إلى إفراغ القسمة الاتفاقية المنصبة على العقار في الشكل الرسمي وفقا لأحكام المواد 1-324 و4 و793 ق.م.ج و م12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 والمواد 15 و16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي لم تراعى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهيأة مع بقاء ملكية العقار في حالة الشيوع، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها المشهورة بان القسمة الودية للعقار التي لم تفرغ في الشكل الرسمي ولم تمر عليها مدة 15 سنة من تاريخ وقوعها تكون قسمة غير نهائية ومن ثم يجوز التراجع عنها والمطالبة القضائية بقسمة نهائية أمام القضاء (03).

(01) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 196

(02) م.ت رقم 15-19 مؤرخ في 25-01-2015 ، المتضمن تحديد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها ج.ر عدد 7، ص4

(03) المحكمة العليا - غ ع- 17-05-2000 ملف رقم 224884/م ق/ 2001 /ص129

المطلب الثاني: طرق إجراء القسمة الاتفاقية

وهي الوسائل أو الطرق التي بمقتضاها إجراء القسمة للملكية والتي حددها المشرع الجزائري ألا وهي القسمة عينا للمال الشائع أو عن طريق التصفية وسنتطرق إلى ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: طرق إجراء القسمة الاتفاقية عينا أو عن طريق التصفية

1- القسمة العينية

للشركاء في الشيوع الاتفاق علي الطريقة التي يرونها مناسبة لاقتسام المال الشائع فيما بينهم فإما يفتسمون المال الشائع بينهم قسمة عينية إذا كان بالإمكان تجزئة المال الشائع إلى حصص مفرزة بعضها عن بعض تتفق قدر الإمكان مع حصص الشركاء، وهذه الطريقة من القسمة تجري فقط في الأشياء القابلة للتجزئة، فلا يمكن إجراء القسمة الاتفاقية عينا لمال مشاع لا يقبل القسمة العينية بطبيعته كالسيارة مثلا أو، إذا كان المال المشاع يقبل القسمة العينية بطبيعته إلا أنه من شأن هذه القسمة أن تحدث نقص كبير في قيمته، فالهدف من القسمة العينية للمال المشاع هو حصول كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته أثناء الشيوع وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 724 من ق.م.ج.

2- قسمة التصفية

وإما أن يختاروا أن تكون القسمة عن طريق التصفية إذا تعذر قسمة المال الشائع عينا وهذه الطريقة تعني بيع المال المشاع وتوزيع ثمنه بين المتقاسمين حيث يأخذ كل واحد مبلغا من النقود يتفق وقيمة حصته في هذا المال ويتم ذلك عن طريق البيع بالمزاد العلني ويجوز للمتقاسمين حصر المزايدة فيما بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك وهذا ما أكدته المادة 728 ق.م.ج علي أنه (إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية وتقتصر المزايدة علي الشركاء وحدهم إذا طلبوا ذلك) .

الفرع الثاني: إجراءات القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة

نتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات القسمة الاتفاقية للمنقولات والعقارات كما يلي:

1- القسمة الاتفاقية للمنقولات

إذا كان محل المال الشائع منقولاً، فعقد القسمة يكون رضائياً، يكفي فيه بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية، أي لا يشترط فيها الرسمية ولا الشهر⁽⁰¹⁾.

مع مراعاة أحكام المادة 333 ق.م.ج المتعلقة بالقواعد العامة للإثبات والمذكورة أعلاه.

2- القسمة الاتفاقية للعقارات

تتم القسمة الاتفاقية المتعلقة بالعقار استناداً إلى الوثائق المتعلقة بالملكية الشائعة وبالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي التي يقع في دائرتها العقار وعلى ضوء هذه الوثائق وشهادة السلبية التي يصدرها المحافظ العقاري المختص إقليمياً يقوم خبير عقاري معتمد بإعداد مشروع عقد القسمة الذي اجمع عليه الشركاء المتقاسمين.

فيفرغ الموثق مشروع عقد القسمة هذا في شكل رسمي ويقوم بشهره وتسجيله لدى المحافظة العقارية بغية شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على كل جزء مفرز وتحديد هوية المالك الجديد للجزء المفرز⁽⁰²⁾.

والخلاصة متى انصبت القسمة على عقار شائع وجب استصدار قرار تجزئة الذي هو بمثابة الرخصة المسبقة يصدر عن رئيس المجلس الشعبي المختص إقليمياً والواقع في دائرة اختصاصه العقار الشائع وذلك لإيداع ملف طلب رخصة تجزئة لدى المصالح التقنية للبلدية وعقب دراسته تسلم هذه الرخصة، وتدرج ضمن الملف الذي يقدم للموثق المكلف بتحرير عقد القسمة الاتفاقية والمكون أساساً من الوثائق التالية:

(01) تيقرين تيزيري وحماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، سنة جامعية 2012-2013، ص 17.

(02) بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، السنة الأكاديمية 2005-2006، ص 10.

- مخطط موقع العقار المشاع.
- رخصة التجزئة للعقار المشاع.
- خمسة (05) نسخ من مشروع القسمة المعد من طرف الخبير المختص.
- شهادة السلبية صادرة عن المحافظ العقاري الواقع بدائرة اختصاصه العقار المشاع.

الفرع الثالث: أحكام خاصة لقسمة بعض الأملاك الشائعة

نتطرق في هذا الفرع لبعض الأحكام القانونية والتنظيمية الخاصة والتي أحاطها المشرع الجزائري ببعض الأحكام الخاصة.

1- القسمة الاتفاقية للتركة

أوجب المشرع علي الأطراف في القسمة الودية للتركة أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين لإفراغ هذا الاتفاق في الشكل الرسمي طبقا لأحكام المادة 03 من القانون 06-02 المؤرخ في 20-02-2005 والمتضمن مهنة الموثق حيث يتلقي هذا الأخير ملفا كاملا يقوم علي ضوئه بتحرير فريضة شرعية مراعيًا فيها أحكام قانون الأسرة في قسمة التركة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية يحدد فيها مناب كل وارث أي الحصة التي تعود إلى كل شريك لذلك علي الموثق عند تحرير الفريضة التأكد من صحتها من حيث مطابقتها للنص القرآني وذلك باستناد كل سهم لوارث بقدر نصيبه في الميراث وعليه التحري في إدراج كافة الورثة في الفريضة لأنها تكون محل منازعة وطعن من طرف وارث أو أكثر لم يدرج فيها سهوا أو عمدا وقد يسأل الموثق عن ذلك لأنه هو الذي يحدد من يرث ومن لا يرث ومناب كل وارث (01).

وقد قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 40396 المؤرخ في 13/02/1989 أن تحديد الأنصبة في أي تركة كانت لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية. (02)

وبعد تحديد الأنصبة في فريضة شرعية يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة الودية بحضور الأطراف والشهود ويقوم بتسجيل ذلك العقد وإشهاره في المحافظة العقارية.

(01) حسين طاهري، دليل الموثق، دار الخلدونية الطبعة الأولى 2007، ص46

(02) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص102.

أما إذا كان بين الورثة قاصر فإن القسمة يجب أن تكون عن طريق القضاء وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 181 ق.ا وهذا يمثل مظهرا من مظاهر حماية الذمة المالية للقاصر في التشريع الجزائري.

2- القسمة الاتفاقية بوجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء

إذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو من هو ناقص الأهلية أو من لم تتوافر فيه الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الشرعية القانونية المتعلقة بنظام الولاية والنيابة الشرعية (المادة 79 من ق.م.ج المعدلة عام 2005 و م.81 إلى م.115 من قانون الأسرة) وتعين من يمثلهم في دعوي القسمة لضمان عدم الإجحاف بحقوقهم الشرعية وفقا لما يقرره القانون، فالقانون الجزائري يستوجب انه إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا للأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الاتفاقية إذ لا بد في مثل هذه الحالات من اللجوء إلى القسمة القضائية حيث تقع القسمة تحت إشراف القضاء ويعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط علي السيد النائب العام قبل عشرة أيام علي الأقل من يوم الجلسة (مادة 181 من قانون الأسرة)⁽⁰¹⁾.

3- القسمة الاتفاقية للمال الشائع بين الدولة وبعض الأشخاص عامة أو خاصة

قد ينشب الخلاف بين الدولة والملاك الخواص في تقديم الحصة اللازمة لتسيير هذه الأملاك فلا مناص من إجراء القسمة بينهم وإذا تعذرت القسمة عينيا تقوم إدارة أملاك الدولة ببيع المال كله بالمزاد العلني بترخيص من الوالي ويمكن للشركاء أن يقتصر المزاد عليهم، تحصل إدارة أملاك الدولة ناتج البيع وتدفع لكل شريك مقابل حصته في الشيوع وإذا كان احد الشركاء مشتريا يدفع ثمن البيع بعد خصم مقابل حصته⁽⁰²⁾.

(01) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص205

(02) القانون 90.30 المؤرخ في 01.12.1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 08.14 المؤرخ في 20.07.2008 لاسيما المادة 98 منه.

أما إذا كان العقار قابلاً للقسمة ودون أن يحدث نقص كبير في قيمة الحصص فطلب القسمة إما أن يكون من إدارة أملاك الدولة أو الشركاء⁽⁰¹⁾.

توجه إدارة أملاك الدولة طلب القسمة للوالي وبمبادرته تقوم إدارة أملاك الدولة بعملية التقويم وتحديد الحصص بحضور الشركاء الجوازي مع ضرورة وجوب إعلام الشركاء بهذه العملية من طرف الإدارة، يبلغ الوالي لكل شريك في الشيوخ نتائج هذه العملية وله مهلة شهرين لتقديم ملاحظاته وبعد انقضاء هذا الميعاد تعد إدارة أملاك الدولة محضر القسمة تحدد فيه الحصة التابعة للدولة أي تفرز حصة الدولة وتبقى باقي الحصص مشاعة بين باقي الشركاء، وفي حالة رفضهم لهذه القسمة يلتجئون إلى القضاء طلباً للقسمة القضائية وهذا تطبيقاً لإحكام المادة 724 ق.م.ج وما بعدها.

ويمكن للشركاء أن يطلبوا من الوالي القسمة الاتفاقية وإذا لم يقبلوا بها يرفعون دعوى ضد الوالي أمام القضاء الإداري لأن أحد طرفي الدعوى شخص معنوي عام وهي الولاية فيعين القاضي خبيراً عقارياً لإجراء القسمة وفرض الحصص وتحديد نصيب كل شريك عن طريق القرعة طبقاً لأحكام المادة 727 ق.م.ج والخلاصة أن العقارات التي تملكها الهيئات المحلية علي الشيوخ مع الأشخاص الآخرين غير الدولة تكون موضوع قسمة ودية أو قضائية تتدخل فيها إدارة أملاك الدولة لتعين الحصص وفرضها في إطار المساعدة التقنية التي تقدمها للإدارات⁽⁰²⁾.

4- القسمة الاتفاقية للعقارات ذات الصبغة الفلاحية

إذا كان المال المشاع عقاراً فلاحياً فإن المشرع وضع قيوداً علي القسمة نصت عليها المادة 55 من قانون التوجيه العقاري رقم 90 - 25 المؤرخ في 18-11-1990 معدل ومتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 بما يلي:

(01) المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23.11.1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة التابعة للدولة وتسييرها لاسيما المواد 39 و40 و41 منه.

(01 مكرر) مذكرة رقم 3654 م/ع ا و/م ع ا م ع ا و/ بتاريخ 19.07.1999

(02) أعمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة ط 2001، ص 147 - 148 - 149 - 150.

(... لا تلحق هذه المعاملات المختلفة ضررا لقابلية الأرض للاستثمار ولا تؤدي إلى تغير وجهتها الفلاحية ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري ..) (01)

فالمشرع يهدف بذلك إلى منع تغير وجهة الأراضي الفلاحية و الحد من سلطة الملاك في قسمة الأراضي الفلاحية وذلك بمنع إنشاء وحدات عقارية فلاحية تتعارض مساحتها مع مقاييس التوجيه العقاري لذلك صدر المرسوم التنفيذي 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية وفق الآتي (02).

يجب أن تتم كل عملية تجزئة أرض فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية المذكورة في المادة 03 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

يجب أن يحصل المتقاسمين ابتداء علي رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية التي تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية تصدر عن مديرية المصالح الفلاحية.

ومما تجدر الإشارة إليه انه لا يوجد نص يوجب الحصول المسبق على هذه الرخصة وإنما جرى العرف الإداري على ذلك حيث إن الموثق يطالب الملاك المتقاسمين عند إبرام القسمة الودية للعقار ألفلاحي للتأكد من احترام ما جاء بت المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه وهذا لا ينفي مسؤولية الموثق من انه المسؤول الأول على التدقيق في المعلومات المتعلقة بالوعاء العقاري الفلاحي حيث نصت المادة السابعة منه على: يجب على الموثقين والمحافظين العقاريين المكلفين بتحرير وثائق عمليات تجزئة الأراضي الفلاحية أو تحويل الملكية العقارية أن يسهروا على مطابقة تلك العمليات لأحكام هذا المرسوم.

(01) قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 يتضمن التوجيه العقاري (ج ر 49 مؤرخة في 18-11-1990) معدل ومتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 (ج ر 55 مؤرخة في 27-09-1995)

(02) م.ت رقم 97-490 مؤرخ في 20.12.1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج ر عدد 84 بتاريخ 21.12.1997.

يقدم الملف المتعلق بعقد القسمة الودية للأراضي الفلاحية المتكون من مخطط المستثمرة ومخطط القسمة الودية وترخيص إدارة المصالح الفلاحية إلى الموثق المختص وبعد أن يتأكد من هوية الشركاء وأهليتهم يقوم بتحرير عقد القسمة الودية ويقوم كذلك بتسجيله وشهره بالمحافظة العقارية.

نخلص في الأخير إلى أن عقد القسمة الودية للمال المشاع الذي محله عقار لا بد أن يفرغ في شكل رسمي من كتابة لدي الموثق وتسجيله وشهره لدي المحافظة العقارية وتجزئته إلى قطع تتطلب ابتداء واستصدار رخصة التجزئة للعقارات الغير مبنية وشهادة التقسيم للعقارات المبنية تطبيقا للتشريعات والتنظيمات المتعلقة بأدوات التهيئة والتعمير لاسيما القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 المؤرخ في 14-08-2004 والمرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28-05-1991 الملغى بالمرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 15-01-2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وكيفية تسليمها وإلا عد عقد القسمة باطلا وهذا ما أكدت عليه جملة من قرارات المحكمة العليا مثل القرار رقم 210560 المؤرخ في 17-11-1998 الذي جاء فيه (من المقرر أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لا اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية).

ومن ثم فان استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للتركة يعد تطبيقا سليما للقانون⁽⁰¹⁾.

كذلك القرار 231832 المؤرخ في 18-06-2002 الذي جاء فيه أن القضاء بالمصادقة علي قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي⁽⁰²⁾.

(01) قرار رقم 210560 المؤرخ في 17-11-1998 ، م ق ع 2، 2000، ص 180

(02) قرار رقم 231832 مؤرخ في 18-06-2002 ، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول، 2004 ص 265.

أما بالنسبة للأراضي ذات الصبغة الفلاحية فيجب التقيد عند قسمتها بأحكام المرسوم التنفيذي 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية وإدخال مصالح مديرية المصالح الفلاحية في كونها الهيئة المخولة بتقديم رخصة تجزئة الأراضي الفلاحية ابتداء.

أما إذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو ناقص أهلية أو من لم تتوافر فيهم الأهلية فإن القسمة الودية تصح بالنسبة لناقص الأهلية إذا حصل ممثله على إذن على ذلك وصادقت عليها المحكمة بعد ذلك وما عدا ذلك وجب اللجوء إلى القسمة القضائية⁽⁰¹⁾.

أما بالنسبة لقسمة التركة يجب تحديد الأنصبة في فريضة شرعية ثم يحرر عقد القسمة لدى الموثق.

(01) بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 199-205.

المطلب الثالث: الطعن في القسمة الاتفاقية لغبن

عقد القسمة الاتفاقية كغيره من العقود تسري عليه أحكام سائر العقود لذلك فإن أوجه الطعن فيه هي نفسها أوجه الطعن المطبقة على سائر العقود فيطعن فيه بالإبطال ومن تطبيقات ذلك في القانون المدني الجزائري ما نصت عليه المادة 92 ق.م.ج والتي أبطلت التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه (01).

فتصرف المورث وذلك بقسمة أملاكه على الورثة وهو على قيد الحياة يعتبر تصرفا باطلا ولا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون لان التركة لا تصفى إلا بموت المورث وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 91439 المؤرخ في 28.10.1992

حيث أن تصرف مورث الأطراف بقسمة أملاكه على أولاده لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو القانون لان التركة لا تفتح إلا بوفاة المورث (02).

كذلك يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال إذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية إلا إذا روعيت الإجراءات التي يفرضها القانون كما جاء في المادة 723 ق.م.ج فإذا لم تراعى الإجراءات المتعلقة بنظام الولاية والنيابة الشرعية م.79 ق.م.ج والتي تنص على: تسري على القصر والمحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة: أي الإحالة إلى المواد من 81 إلى من قانون الأسرة (03).

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة كوقوع احد الشركاء في غلط جوهري في قيمة احد أعيان الأموال المشاعة فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من ثمنها أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط (04).

(01) أمر 58-75 مؤرخ 26.09.1975 في المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(02) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، ط 2008، ص 105.

(03) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09.06.1984. المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون 02-05 المؤرخ 27.02.2005.

(04) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 898.

إلا أن المشرع الجزائري أحاط نقض القسمة الاتفاقية لغبن في الملكية الشائعة بنص خاص أسوة بالقانون المدني المصري حيث نصت المادة 732 ق.م. على: يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب إن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته.

أما القانون المدني الفرنسي فقد نظم نقض القسمة في المواد من المادة 887 إلى المادة 891 منه.

الفرع الأول: الغبن الفاحش في القسمة الاتفاقية ومقداره

قد يلحق احد المتقاسمين نقص في قيمة حصته المفترضة من جراء القسمة من شأنه عدم حصوله على حصة مفترضة تعادل حصته أثناء الشروع لذلك وإعمالا لمبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين لذلك نص المشرع على قاعدة نقض القسمة أي إمكانية إبطالها من طرف الشريك المغبون وسندرس في الفرع الآتي تعريف الغبن ومقداره وكيفية حسابه.

1- تعريف الغبن.

يعرف الغبن على انه عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة من الناحية المادية التي يربتها العقد⁽⁰¹⁾.

أما في الشريعة الإسلامية فالغبن الفاحش الذي - لا يتسامح فيه عادة في كل قضية بحسبها - فهذا هو الذي تسمع دعواه ثم إن قامت به الحجة من بينة من جانب المدعي أو إقرار من جانب المدعي عليه فان القسمة تكون مستحقة الفسخ وللمغبون أن يستقل بفسخه.

وبعد ذلك إن شاء الشركاء أو بعضهم أعيدت القسمة على وجهها دون جور أو تحيف ودون خطأ متفاحش سواء في ذلك قسمة الإيجاب أو قسمة التراضي لان التعادل شريطة صحة القسمة بكل حال ما لم ينزل احد عن شيء بطيب نفس منه ولان الإيجاب أو القضاء مشروط بالعدالة...⁽⁰²⁾

(01) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ط4، ص 305.

(02) إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، القسمة، مجلة الوعي الإسلامي، الإصدار الرابع والعشرون، 2011، ص93.

نخلص إلى أن المشرع الجزائري والمصري أجاز نقض القسمة الودية لغبن فقط دون القسمة القضائية عكس الشريعة الإسلامية التي أجازتها في قسمة التراضي وقسمة الإيجار أي القسمة القضائية.

2- مقدار الغبن وحسابه

حدد المشرع الجزائري مقدار الغبن بان يزيد على الخمس 5/1 وان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة لكي نكون بصدد غبن فاحش ونحى نفس المنحى المشرع المصري في المادة 845 من القانون المدني.

أما القانون المدني الفرنسي فنص في المادة 889 على مقدار الغبن بأكثر من الربع 4/1 تدفع كتكملة للمتقاسم المغبون عينيا أو نقدا ويحدد مقدار الغبن بتقييم الملك المشاع وقت القسمة ويتقادم مقدار تكملة الحصة بمرور سنتين على إجراء القسمة (01).

يتم حساب مقدار الغبن الفاحش من عدمه بالقيام - إن اقتضى الأمر بواسطة خبير مختص - بتقدير قيمة المال الشائع المقسوم كله وقت القسمة ثم يتم بعدها تقدير قيمة حصة الشريك مدعي الغبن وقيمة الجزء المخصص لهذا الشريك ثم تقارن قيمة ذلك الجزء بقيمة الحصة التي آلت إليه بعقد القسمة وعلى أساس هذه المقارنة يتضح وجود الغبن من عدمه، ومثال ذلك إذا كان المال المقسوم مملوكا لخمسة شركاء على الشيوع وكانت حصصهم متساوية في ذلك المال فإن قدرت قيمة المال وقت القسمة بمبلغ 50.000 دج فحصة كل شريك منه هي 10.000 دج فإن قومت حصة الشريك مدعي الغبن فكانت قيمتها تبلغ 8.000 دج أو أكثر فلا وجود للغبن الفاحش فيها وبالتالي لا يحق له المطالبة بنقض القسمة على أساس وجود الغبن.

أما إن قومت حصته فتبين أنها تبلغ اقل من 8.000 دينار فتفسخ القسمة على أساس الغبن الفاحش (الذي يجاوز في مقداره الخمس وقت القسمة) .

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 19926 بتاريخ 14-04-1982 حيث جاء فيه، حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقييم أموال الشركة بصفة إجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة فكان ينبغي على الخبير أن يقوم

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

أولاً: تقييم أموال التركة وقت القسمة ونصيب الشريك المغبون.

ثانياً: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن⁽⁰¹⁾.

الفرع الثاني: دعوى نقض القسمة

كغيرها من الدعاوي القضائية أن تتوافر في دعوى نقض القسمة لغبن عناصر الدعوى القضائية وهي :

1- أطراف الدعوى المحل والسبب

أ- المدعي: وهنا هو المتقاسم المغبون أي الشريك الذي لحقه غبن وتنتقل دعوى الغبن إلى ورثة الشريك الذي لحقه غبن فلوارثه الحق في رفع دعوى الغبن أو مواصلة السير فيها⁽⁰²⁾.

كذلك لدائن الشريك الذي لحقه غبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى الغير مباشرة⁽⁰³⁾.

ب- المدعي عليهم: وهم هنا الخصوم أو من توجه الخصومة بشأنهم وهم في هذه الدعوى كافة الشركاء لأننا بصدد نقض قسمة اتفاقية أساسها تراضي كافة الشركاء.

أما محلها فهو إبطال عقد قسمة ودية.

وسببها الغبن الذي أصاب الشريك في القسمة الاتفاقية وأساسه القانوني المادة 723 ق.م.ج.

(01) قرار رقم 19926 بتاريخ 14-04-1982 نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص111.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص819.

(03) المواد 189 و190 ق.م.ج.

2- الشروط الشكلية والموضوعية

ولا بد أن تستوفي الدعوى الشروط والأوضاع المنصوص عليها في المواد 8.15.13.16 والمواد 511 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة أساسا بشروط قبول الدعوى والاختصاص النوعي للجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى نقض القسمة الودية.

والميعاد: طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 732 ق.م.ج يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وإذا كانت القسمة منصبة على عقار تحسب من تاريخ شهر القسمة.

فهذه الدعوى يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ عقد القسمة الودية وإلا أصبحت غير مقبولة وهي ميعاد إسقاط في الحق في رفعها وليست مدة تقادم فميعاد الإسقاط على خلاف مدة التقادم لا ينقطع ولا يتوقف سريانه كما هو الشأن في دعوى تكملة الثمن التي تسقط بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات (01).

والهدف من تحديد مدة السنة لرفع دعوى نقض القسمة هو لعدم إطالة وقت المنازعات ولا استقرار المعاملات بين الناس ومدة السنة مدة حتمية حددها القانون المدني بقاعدة آمرة تقتضي الوجوب والإلزام ولا يمكن مخالفتها.

3- شهر دعوى نقض القسمة الودية

تعد دعوى نقض القسمة الودية من الدعاوى التي اوجب المشرع إشهارها مسبقا إلى جانب دعاوى قضائية عقارية أخرى كدعوى الإبطال ودعوى الفسخ دعوى البطلان ودعوى الرجوع (02).

ويتم إثبات شهر هذه الدعاوى بوسيلتين:

أ- أما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه.

ب- التأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الشهر

(01) المادة 359 ق.م.ج.

(02) جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة 2006، ص 112 و 113.

وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 85 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽⁰¹⁾ والمادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁰²⁾.

وتهدف عملية شهر دعوى نقض القسمة لغبن لحق بأحد الشركاء إلى إعلام الغير حسن النية بحالة العقار المفروز الذي يمكن أن يعود مشاعاً بين المتقاسمين⁽⁰³⁾.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نقض القسمة الودية

يترتب على قبول دعوى نقض القسمة الودية لغبن لحق أحد الشركاء آثار أو بالأحرى نتائج يمكن استخلاصها فيما يلي:

نقض القسمة الودية بحكم قضائي وإبطالها ورجوع ملكية الشركاء إلى حالة الشيوع فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيب الشركاء خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة في شأن اثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة.

لكن المشرع ولتوقي نقض القسمة بسبب غبن لحق بأحد الشركاء من جرائها أجاز للمدعى عليهم أن يوقفوا سيرها ويمنعوا القسمة من جديد إذا أكملوا للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 732 ق.م.ج.

فهنا ومحافظة على الإبقاء على القسمة الودية أجاز المشرع للشركاء المدعى عليهم أن يكملوا للشريك المغبون ما نقص في حصته المفروزة نقداً أو عينا فنحن هنا وفي هذه الحالة بصدد تصحيح عقد معيب وذلك بإزالة الغبن الفاحش الذي لحق بالشريك المغبون، فهذه وسيلة

(01) الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر.52 بتاريخ 18/11/1975.

(02) قانون 08-09 مؤرخ 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.21 عدد بتاريخ 23-04-2008.

(03) فهمية قسوري، شهر الدعاوى والأحكام القضائية العقارية، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، أفريل 2010، ص333

إذا لجا لها الشركاء المدعى عنهم من شأنها أن توقف سير الدعوى وتمنع إجراء القسمة من جديد حيث أن إكمال حصة الشريك المدعى المغبون هدفه منع إجراء القسمة من جديد.

ويعتبر تغيير في عنصر من عناصر العقد ألا وهو المحل فأدى هذا التغيير إلى جعل عقد القسمة صحيحاً مرتباً لأثاره ومانعاً لنقض عقد القسمة الودية⁽⁰¹⁾.

نخلص في هذا المبحث إلى أن القسمة الودية أو الاتفاقية هي الأساس في قسمة الملكية الشائعة وأهم أركان انعقادها توافر شرطي تراضي كافة الشركاء وعدم وجود من بينهم من هو ناقص الأهلية إلا في حدود إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون وإلا فلا تجوز إلا قضاءاً.

كذلك متى انصبت القسمة على عقار فلا بد من إفراغ عقد القسمة في شكل رسمي طبقاً لأحكام المادة 324 مكرر 1 قانون مدني ويحرر العقد من طرف الموثق ويشهر ويسجل بالمحافظة العقارية.

كذلك نجد في نصوص خاصة بعض الأحكام التي تتعلق بالقسمة تتعلق بملكيات مشاعة تحكمها قواعد خاصة كالشيوخ المشترك بين الدولة والخواص القانون 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك والمذكرة الوزارية رقم 3654 م.م.ع.ا و م.ع.ا و ع.ا والمؤرخة في 19 جويلية 1999.

والشيوخ المتعلق بالأراضي الفلاحية المرسوم التنفيذي 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 والمحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية.

(01) إيمان طارق شكري و د.منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية، المجلد 10، العدد 06، ص1064.

والرخص الإدارية المسبقة الواجب توافرها في ملف عقد قسمة العقارات والتي تتطلب ابتداء استصدار شهادة التقسيم ورخصة التجزئة كما نص على ذلك القانون 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم والمرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ 25-01-2015 والمحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسييرها.

أما إذا لحق احد الشركاء غبن فاحش تجاوز الخمس 5/1 في حصته يجوز له أن يرفع دعوى نقض القسمة على كافة الشركاء فان أكمل المدعى عليهم للمتقاسم المغبون حصته نقدا أو عينا يوقف السير في الدعوى ويمنع القسمة من جديد.

المبحث الثاني

الإطار القانوني للقسمة القضائية للملكية الشائعة

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى الإطار القانوني الذي يحكم القسمة الودية للملكية الشائعة وفقا لأحكام التشريع الجزائري من تبيان شروط القسمة الودية وكيفية إجرائها وإثباتها وبعض الأحكام الاستثنائية في القسمة الودية المتعلقة أساسا بقسمة الملكية المشاعة بين الدولة والخواص والقسمة الودية المتعلقة بالأراضي الزراعية , نتطرق في هذا المبحث إلى شروط وإجراءات القسمة القضائية وكيفياتها.

وقبل التطرق لإجراءات رفع الدعوى القضائية لقسمة المال المشاع نشير إلى أن دعوى القسمة تتميز بأنها دعوى لا تقبل التجزئة فالشريك المشتاع الذي يريد الخروج من الشيوع لا يجوز له في دعوى القسمة أن يرفعها على شريك أو شركاء دون الشركاء الآخرين، كذلك دعوى القسمة لا تتقادم ما دام وضع الشيوع قائما وقد نوهنا على هذا في الفصل الأول على أن حق الشريك في الخروج من الشيوع برفع دعوى القسمة لا يتقادم ولا يزول بعدم المطالبة بت

- المطلب الأول: شروط القسمة القضائية أطرافها والمحكمة المختصة للفصل فيها.

- المطلب الثاني: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة.

- المطلب الثالث: تدخل الدائنين في القسمة.

المطلب الأول: شروط القسمة القضائية أطرافها والمحكمة المختصة للفصل فيها

عرفنا في المبحث السابق إن القسمة الودية أو الاتفاقية هي الأصل والأساس الذي يزول به الشيوع بين جميع الشركاء إلا أنه يتعذر في بعض الأحيان أن يجمع الشركاء علي الاتفاق والتراضي فيما بينهم لقسمة المال المشاع وديا فيتم اللجوء إلى القضاء فما هي الشروط التي حددها المشرع الجزائري والتي بوجودها لا سبيل للشركاء في الشيوع إلا اللجوء إلى القضاء.

الفرع الأول: شروط القسمة القضائية

حدد المشرع الجزائري ثلاث حالات يجب فيها علي الشركاء اللجوء إلى القضاء لقسمة المال المشاع وهي.

1- عدم اتفاق الشركاء علي القسمة الودية أو الاتفاقية وأراد أحدهم أو بعضهم الخروج من حالة الشيوع وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 724 من ق م ج

2- إذا انعقد إجماع الشركاء علي إجراء قسمة اتفاقية ولكن وجد من بينهم من هو ناقص الأهلية أو غائب أو مفقود فالولي أو المقدم أو الوصي هو الذي يستأذن القاضي وللقاضي السلطة التقديرية في أن يأذن أو يرفض وهذا ما نصت عليه المادة 723 من ق م ج والتي توجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون المتعلقة بالاستئذان من القاضي ابتداء بالنسبة لناقصي الأهلية .

3- القسمة التي تتعلق بقسمة التركات والتي يكون فيها احد الورثة قاصر حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري علي (... وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء).

الفرع الثاني: أطراف دعوى القسمة القضائية

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء أو أكثر بوصفهم مدعين وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 724 من القانون المدني الجزائري أما المدعى عليهم فهم باقي الشركاء وإذا رفعت دعوى القسمة علي بعض الشركاء دون بعض جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في

الدعوى وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها⁽⁰¹⁾.

وإذا أغفل اختصام بعض الشركاء في الشيوخ فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم.

وإذا صدر حكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما في الدعوى لم يكن الحكم حجة علي من لم يدخل وليس للخصوم أن يتمسكوا بعدم نفاذ الحكم في حقهم إلا للشريك الذي لم يدخل خصما في الدعوى.

وأما بالنسبة لبيع الحصة لأجنبي فنميز بين أمرين:

أ- إذا كانت الحصة المباعة لأجنبي حصة مشاعة يصبح الأجنبي شريكا علي الشيوخ مع باقي الشركاء وله حق الاختصام بدل الشريك البائع .

ب - أما إذا كانت الحصة المباعة لأجنبي عبارة عن جزء مفرز من المال المشاع فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء ولا يعتبر شريكا في الشيوخ فلا يحق له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصامه فيها غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقا لقواعد الدعوى الغير مباشرة باعتباره دائما للشريك البائع⁽⁰²⁾ .

الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى القسمة

طبقا لما نصت عليه المواد 498.40 و 511 من القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 فإن القسم العقاري فهو الذي له الولاية في الفصل في قسمة المال الشائع⁽⁰³⁾.

ففي المواد العقارية فالاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

إما إذا كانت الأموال المطلوب قسمتها أموال منقولة فالاختصاص يؤول إلى موطن أحد الشركاء وإن تعددوا يؤول إلى محكمة احد منهم.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصدر سابق ، ص 825.

(02) عبد المنعم فرج صده ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، د.س. ن ، ص 210

(03) احمد خالدي، مرجع سابق، ص127.

وفي دعاوى التركة يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

أما المادة 511 من القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن ولاية الاختصاص النوعي للدعاوى المتعلقة بالملكية على الشيوع هو القسم العقاري فنصت النقطة الرابعة من المادة 511 المذكورة أعلاه على:

ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

4- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع.

المطلب الثاني: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة

الأصل انه هناك نوعان من القسمة التي تنهي حالة الشيوع إما أن تكون قسمة اتفاقية مصدرها إجماع وتراضي الشركاء، أو قسمة قضائية مصدرها القضاء.

وفي سبيل قسمة الملكية الشائعة إتفاقيا أو قضائيا، نصت التشريعات المختلفة ومن بينها التشريع الجزائري على طرق مختلفة تتم بها القسمة وتزول بها حالة الشيوع.

وتتحكم في طريقة القسمة طبيعة المال المشاع أي ما إذا كان المال المشاع يقبل القسمة حصصا تساوي نسب حصص الشركاء في المال المشاع أم لا.

فإذا كان المال المشاع يمكن فرزه حصصا تعادل حصص الشركاء عند الشيوع فالأمر هنا يتعلق بالقسمة العينية قضائيا للمال المشاع أما إذا كان يتعذر قسمته عينيا فهنا يلجأ إلى طريق قسمة المال الشائع عن طريق التصفية.

الفرع الأول: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة

نصت الفقرة الثانية من المادة 724 ق.م.ج على... وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته.

نستنتج من هذه الفقرة انه ما دام المال المشاع قابلا للقسمة حصصا تعادل حصص الشركاء بقدر نسب حصصهم أثناء الشروع يمكن للأطراف التمسك بحقهم في قسمة المال الشائع عينيا وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 51887 المؤرخ في 13-02-1989.⁽⁰¹⁾ من المقرر قانونا أن القرار الذي يهمل الجواب على أقوال الخصوم وأوجه دفاعهم يكون مشوبا بانعدام السبب.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنين دفعوا إن الدور الخمسة التي حكم ببيعها لعدم إمكانية قسمتها هي ليست كذلك بل تقبل القسمة وطالبوا بتعيين خبير آخر ليعطي رأيه فيها، وأهملت الرد عليه شابت قرارها بانعدام التسبيب، خاصة وأنه ثبت عمليا أن الدار الواحدة كثيرا ما تقسم بين الشركاء أو الورثة فيها، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

يتولى القاضي بنفسه قسمة المال الشائع مستعينا بخبير مختص خاصة إذا كان المال الشائع عقارا فيندب خبيرا عقاريا بحكم تمهيدي قبل الفصل في دعوى القسمة، وهذا وفقا لأحكام المادة 126 من ق.ا.م.ا ويمكن استبدال الخبير أو رده من احد الخصوم طبقا لمقتضيات المواد 132 و133 ق.ا.م.ا، والخبير منوط به انجاز خبرة تقنية أو علمية في حدود ما اقتضته المادة 138 ق.ا.م.ا وهذا ما أكدته القرار المؤرخ في 20-11-1985، على أن الخبرة عمل فني بحت وينحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصورة اعم واشمل ليأخذ بها أو يردها بأسباب سائغة، بما له من سلطة تقديرية، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي كإجراء تحقيق أو سماع الشهود أو إجراء القسمة بطريق الاقتراع.

ويمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة أو يستبعدا وتسبب سبب استبعاد نتائج الخبرة، المادة 144 ق.ا.م.ا.

(01) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 102.

1- القسمة على أساس أصغر نصيب

يقوم الخبير المكلف بإعداد الخبرة المتعلقة بقسمة المال الشائع بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتستوي في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية، فإن كانت القسمة الجزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع الذي ينبغي قسمته إلى حصص وتحديد نصيب كل شريك في هذا الجزء وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيمه أو تحديده (01) وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة 725 ق م ج التي تنص على (يكون الخبير حصص علي أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية).

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى طريقة التجنيب وهي تحديد نصيب كل شريك مفرز في المال الشائع وذلك بقدر حصته في هذا المال وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 837 من ق.م.م حيث نصت الفقرة الأولى منها على (يكون الخبير الحصص علي أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية فان تعذرت القسمة علي هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته).

والقول - حسب ما يرى البعض - أنه يمكن للخبير تجنيب الحصص لكل شريك إن تعذرت القسمة علي أساس أصغر نصيب قول منافي للحقيقة ومخالفا لأحكام التشريع الجزائري والأحرى دعوة المشرع إلى استدراك المادة 725 المذكورة أعلاه وتعديلها وذلك بإدخال تقويم الحصص عن طريق التجنيب وليس العمل بحكم لم ينص عليه التشريع الجزائري .

والمشرع الجزائري حدد الحل في حالة تعذر أخذ أحد الشركاء كامل نصيبه أن يعوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

والمعدل soulte هو مبلغ من النقود يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان.

(01) احمد خالدي، مرجع سابق، ص149.

وكمثال علي قسمة المال الشائع إلى حصص علي أساس أصغر نصيب أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسدس فيقسم المال أسداسا أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشرة فيقسم المال الشائع إلى اثني عشرة جزءا وهكذا (01).

2- الفصل في المنازعات قبل الفصل في دعوى القسمة

فان ثارت نزاعات بين الشركاء المتقاسمين عند تكوين الحصص فالمحكمة هي التي تفصل في المنازعات التي تقع بين الشركاء وهذا ما نصت عليه المادة 726 من ق.م.ج فالمنازعات المتعلقة بتكوين الحصص تكون عادة متعلقة بالتقويم للمعدلات أو التشكيك في مدى تساوي الحصص وهناك منازعات تفصل فيها المحكمة ابتداء لا تتعلق بتكوين الحصص كالطعن في ملكية شريك لحصته الشائعة أو في مقدار حصة أحد الشركاء.

وتفصل المحكمة في هاتين النوعين من المنازعات بموجب حكم قابل للاستئناف وبذلك يتم إرجاء عملية القسمة إلى حين صيرورتها نهائيا.

والخلاصة أنه في حالة وجود منازعات أثناء إجراء القسمة أي أثناء تكوين الحصص أو تحديدها أو إنكار صفة أحد الشركاء المشتاعين الداخليين في القسمة فالمحكمة تختص بالفصل فيها قبل أن تتعرض إلى الفصل في دعوى القسمة (02).

فإذا ما تبين للقاضي أن العناصر التي بني عليها الخبر تقريره غير وافية يجوز له أن يأمر باستكمال التحقيق بحضور الخبر أو الخبراء حسب الحالة لتلقي الإيضاحات والمعلومات الضرورية عن كيفية قيامهم بأعمال الخبرة والوثائق التي تم الاعتماد عليها في ذلك وذلك بحضور أطراف النزاع ودفاعهم و أن يقوم كاتب ضبط المحكمة بتحرير محضر في هذا الموضوع يرجع إليه عند الحاجة وهذا تطبيقا لأحكام المادة 141 من ق.أ.م.أ.

ج: إجراء القرعة وتحديد النصيب المفرز لكل شريك..

بعد الفصل في كل المنازعات نهائيا تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز وهذا بعد إجراء عملية القرعة من طرف القاضي.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 834

(02) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 159.

وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي في القرار المؤرخ في 28-10-1992 الذي جاء فيه (من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء علي أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات، لاسيما ما يتعلق منها بتكوين الحصص ولما ثبت - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم - المطعون فيه - التطرق إلى تكوين الحصص وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم خالفوا بذلك القانون وعرضوا قرارهم المذكور للنقض قرار مؤرخ في 28-10-1992- ملف رقم 91439 (01).

طبقاً لأحكام المادة 727 من ق.م.ج التي تنص علي (تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز)

تتم عملية الاقتراع بعد أن أصبحت دعوى قسمة المال الشائع خالية من كل نزاع بإعادة السير فيها من طرف صاحب المصلحة بعد أن توزع الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه علي أساس أصغر نصيب كما بيناه سابقاً وبما أن الحصص التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة فإن توزيعها يكون بطريق القرعة فتجري المحكمة القرعة بين الشركاء فإذا كان عدد الشركاء عشرة وكان لشريك حصتان وشريك آخر ثلاث حصص والشريك الثالث خمس حصص وضعت في القرعة 10 عشرة أوراق مرقمة من 1 واحد إلى 10 عشرة ورقمت الحصص علي هذا الوجه كذلك فيختار الشريك الأول ورقتان ويختار الشريك الثاني ثلاث ورقات والشريك الثالث خمسة ورقات فيستحق كل شريك الحصة والحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه حتى ولو ترتب علي ذلك أن تفرقت حصة الشريك وعلي الشركاء بعد القرعة أن يتفقوا علي البديل بالمعدل أو بدون معدل وتثبت المحكمة إجراءات القرعة بمحضر الجلسة ثم تقضي بتحديد حصة كل شريك والهدف من القرعة هو بث الطمأنينة في نفوس الشركاء إلى أن فرصهم متساوية(02) .

(01) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 208.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 840.

تعتبر قسمة المال الشائع عن طريق التصفية طريقا يلجا إليه القضاء عند تعذر القسمة عينيا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في المال المراد قسمته، وهذا ما اقتضته المادة 728 ق.م.ج، وهي القسمة التي تكون ببيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء المتقاسمين كل بحسب حصته في المال الشائع .

فمتى تبين للمحكمة أن القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة ، كما لو كان المال مصنعا ، أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لا يسمح بالبناء فيه تأمر المحكمة ببيع المال في المزاد العلني⁽⁰¹⁾ .

فمتى تبين للمحكمة عدم إمكانية قسمة المال الشائع عينيا بالاستعانة بتقرير الخبرة - الذي هو غير ملزم للقاضي - تقضي المحكمة بأن تكون القسمة عن طريق التصفية.

1- إجراءات قسمة المال الشائع عن طريق التصفية

نشير أولا إلى أنه لا بد من التمييز بين ما إذا كان المال المشاع محل القسمة عقارا أو منقولاً.
1-1: بالنسبة للعقارات

تطبق عليها إجراءات البيوع العقارية المملوكة على الشيوع وتطبق عليها أحكام المواد من المادة 786 إلى المادة 787 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

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

(01) نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 144

ويجب أن تشمل البيانات المذكورة في قائمة الشروط البيانات المذكورة في المادة 783 ق.ا.م.ا إضافة إلى ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم فضلا على إرفاق الوثائق المذكورة في المادة 784 ق.ا.م.ا، ونسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني.

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوع، ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة عند الاقتضاء.

إضافة إلى ذلك تطبق على قسمة التصفية التي تتعلق بعقارات مشاعة إجراءات النشر والتعليق المتعلقة ببيع العقارات المحجوزة وهذا تطبيقا لأحكام المادة 789 ق.ا.م.ا والتي تنص على: تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 783، 786، 788 أعلاه إجراءات النشر والتعليق والمذكورة في المادة 707 ق.ا.م.ا.

1-2: بالنسبة للمنقولات.

إذا كان محل القسمة منقولا تعين بيعه بالمزاد العلني لتعذر قسمته كاستحالة قسمة سيارة عينا بين ثلاث متقاسمين مثلا يتم قسمة المنقول المشاع ببيعه طبقا للأحكام المتعلقة بإجراءات بيع المنقولات المحجوزة المادة 704 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نخلص إلى أن القسمة عن طريق التصفية يقتصر التقدم للمزايدة فيها على الشركاء المشتاعين أن اجمعوا على ذلك فيصدر الحكم بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على احدهم فنكون عندئذ بصدد قسمة تصفية، وإذا كان من بين الشركاء قاصر أو ناقص أهلية أو غائب وجب الالتزام بإحكام المادة 89 من قانون الأسرة والتي تنص على "على القاضي أن يراعي في الإذن، حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"⁽⁰¹⁾.

وإذا لم يتفق الشركاء على حصر المزايدة بينهم ورست على أجنبي عنهم نكون عندئذ بصدد بيع بين الأجنبي والشركاء، وقسمة تصفية بين الشركاء ودائنيهم المحتملين.

(01) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09.06.1984. المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

وإذا لم يتفق الشركاء على حصر المزايدة بينهم ورسى على أجنبي عنهم نكون عندئذ بصدد بيع بين الأجنبي والشركاء، وقسمة تصفية بين الشركاء ودائنيهم المحتملين، فرسو المزايدة على الأجنبي هو إجراء تمهيدي لقسمة ثمن البيع وما ينجر عليه من آثار القسمة⁽⁰¹⁾.

المطلب الثالث: تدخل الدائنين في القسمة

نتناول في هذا الفرع موقف دائني الشركاء المشتاعين من قسمة الملكية الشائعة وذلك من خلال التعرض إلى موقفهم من القسمة قبل وبعد إتمامها من خلال ما يأتي:

فطبقاً لأحكام المادة 729 ق.م.ج التي تنص على لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش

وما نستخلصه من هذه المادة أن المشرع أولى اهتماماً كبيراً بحماية حقوق دائني الشركاء العاديين منهم والممتازين.

وقبل أن نتطرق إلى تدخل الدائنين وإبراز موقفهم قبل إتمام القسمة وبعدها، لا بد من التعرف على معنى الدائنين، ولقد قسم الفقه القانوني الدائنين إلى صنفين، دائن عادي أو شخصي ودائن مقيد حقه وهو الذي تقرر له رهناً رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص أو امتياز.

الفرع الأول: موقف الدائنين قبل إتمام قسمة الملكية الشائعة

إذا علم الدائنون بإجراء القسمة التي يكون مدينهم طرفاً فيها، وسواء وردت تلك القسمة على ذات حق الدائن الذي نشأ عنه الدين، أو كانت القسمة واردة على غيره من الأموال التي للمدين حصة فيها، وسواء أكان حق الدائن معلقاً على شرط أو كان مقترناً بأجل، حيث يكون عندها واجب على الدائن توجيه معارضة إلى كل الشركاء وليس إلى مدينه فقط، فالدائن حق المعارضة وحق التدخل متى ما عرف إن لمدينه حصة في مال شائع⁽⁰²⁾.

(01) احمد خالدي ، مرجع سابق، ص172.

(02) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص848.

لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 729 ق.م.ج شكلا معيناً للمعارضة، والأفضل إن تكون إنذاراً على يد محضر، ويصح إن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح إن تكون شفوية، ولكن على الدائن عبء إثبات ذلك، وفي كل الحالات عبء إثبات توجه المعارضة إلى كافة الشركاء في الشيوع يقع على الدائن، بمن فيهم الشريك المدين، كذلك لم يحدد ميعاد لتوجيه المعارضة، فتصح بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في المال الشائع، ويبقى حق الدائن في المعارضة قائماً إلى إن تتم قسمة هذا المال (01).

وفي القسمة الودية يستطيع الدائن استعمال الدعوة الغير مباشرة إذا لاحظ إضراراً بمصالحه فيقدم طلب قسمة قضائية.

كذلك يجوز للدائن إن يتدخل أثناء مباشرة إجراءات القسمة القضائية، أو عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 381 من قانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات الإدارية والمدنية، التي تنص على أنه "يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة" ن والمادة 383 التي تجيز للدائن احد الخصوم أو خلفهم تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، متى مس الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه بحقوقهم بسبب الغش، ويبقى هذا الحق قائماً لمدة خمسة عشرة (15) سنة، ابتداء من تاريخ صدور الحكم أو القرار أو الأمر، غير إن هذا الأجل يحدد بشهرين عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة.

أما بالنسبة للدائنين الممتازين، يجب على الشركاء إدخالهم في دعوي القسمة لأنهم معروفون مسبقاً لدى الشركاء، لأن لهم حقوق مقيدة كدائنين مرتهنيين رهناً رسمياً أو حيازياً للمال الشائع، أو لهم حق اختصاص أو حق امتياز، فهؤلاء الدائنين متى قيدت حقوقهم قبل القسمة فهم غير مجبرين بتوجيه معارضة مسبقاً للشركاء أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 849.

وبالنسبة للمشتري الذي اشترى من شريك جزءا مفرزا من المال الشائع وسجل عقد البيع وأشهره قبل إبرام عقد القسمة فهو أيضا ليس في حاجة إلى توجيه المعارضة مسبقا لجميع الشركاء لأنه يعد دائما بالضمان، لذا وجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة مثله مثل الدائنين الممتازين.

ويترتب على معارضة الشركاء على القسمة نتائج أهمها:

- إرغام الشركاء عند القسمة بإدخال الدائن في جميع أجراءاتها وإلا أصبحت غير نافذة في حقه، ودون حاجة لإثبات حدوث التواطؤ للضرر به، وبهذا يصبح الدائن طرفا في جميع إجراءات القسمة منذ تدخله، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته، أي لا تجوز مباشرة بيع المال الشائع بالمزاد العلني ولا تعيين خبير لتكوين الحصص،

ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراء القسمة، ولا إجراء القرعة، ولا التصديق على حكم القسمة في غير مواجهة الدائن (01).

إلا انه لا يجوز للدائن المتدخل أو المعارض ما يلي:

لا يجوز للدائن طلب تغيير وسيلة القسمة، فان كانت القسمة اتفاقية اجمع عليها كل الشركاء لا يجوز له إن يطلب تغييرها إلى قضائية، كذلك لا يجوز له إن تكون القسمة عن طريق تصفية ما دام المال الشائع قابلا للقسمة العينية أي فرزه حصصا، كذلك لا يجوز للدائن إن يمنع مدينه من التصرف في حصته، لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه إن يحد من تصرف الشريك المدين في حصته أو يمنعه من التصرف فيها.

الفرع الثاني: موقف الدائنين بعد إتمام قسمة الملكية الشائعة

بعد إتمام القسمة يمكن تصور ثلاث فروض وذلك من اجل إبراز موقف الدائنين من القسمة.

الفرض الأول تدخل الدائنين في القسمة، الفرض الثاني عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من إن له حق مقيد، الفرض الثالث عدم تدخل الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من دعوته للتدخل.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 850.

وبالنسبة للفرض الأول أي في حالة تدخل الدائن بناء على معارضته أو تدخله من تلقاء نفسه وبالنتيجة قد أتيحت له فرصة منع تواطؤ الشركاء للإضرار به، ومن ثم لا يحق له الاعتراض على هذه القسمة كما لا يمكن له إن يطعن فيها بالدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرف (وهي الدعوى التي برفعها الدائن يطعن بها على تصرف أو تصرفات لمدينه ضارة به طالبا عدم نفاذ هذا التصرف أو هذه التصرفات في مواجهته).

لان تدخله في مراقبة إجراءات القسمة قد حل محل هذه الدعوى.

وفي حالة عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة كون الشركاء لم يقوموا بدعوة الدائن إلى الانضمام والمشاركة في إجراءاتها فهم بهذا خالفواحكام المادة 729 التي تجبرهم على دعوة الدائنين المقيمة حقوقهم إلى المشاركة في إجراءات القسمة وبالتالي تكون القسمة غير نافذة في حقه، ومتى اثبت الدائن انه لحقه ضرر من هذه القسمة يرجع المال المشاع إلى الحالة التي كان عليها، وتجرى القسمة من جديد للمال الشائع بحضور الدائن وتصبح نافذة في حق الجميع (الشركاء والدائنين).

أما الفرض الثالث المتعلق بعدم تدخل الدائن في القسمة لعدم معارضته بالرغم من دعوته للتدخل مقصرا في حقه أو غير مقصر لعدم تدخله في إجراءاتها فإن الشركاء لا ذنب لهم في ذلك، وبذلك تكون القسمة نافذة في حق الدائن، إلا إذا طعن فيها بالدعوى البوليصة فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء⁽⁰¹⁾ ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 729 ق.م.ج، فمتى ثبت إن القسمة قد تمت إضرارا بحقوق الدائنين، كأن يتفق الشريك المدين مع شركائه إن يفرز لنفسه نصيبا اقل من حصته الشائعة أضعافا للضمان العام لحقوق دائنيه، وإذا وقع ذلك جاز لدائنيه الطعن في القسمة بعد إتمامها برفع الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن.

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 853.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على قسمة المال الشائع

بعد أن تطرقنا في المبحثين السابقين إلى نوعي القسمة الزائلة للشيوخ وهما القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية نتطرق في هذا المبحث إلى الآثار المترتبة عن القسمة وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الإفراز والآخر الكاشف والآخر الرجعي للقسمة.

المطلب الثاني: الضمان في القسمة وأحكامه.

المطلب الأول: الإفراز والآخر الكاشف والآخر الرجعي للقسمة

إن لجوء الشركاء إلى قسمة المال الشائع بينهم هدفه إفراز حصة كل شريك من الشركاء مستقلة على حدى ومحددة تحديدا ماديا، وبذلك يصبح الشريك مالكا ملكية منفردة ولوحده.

ولقد ثار جدل كبير في تكييف عملية الإفراز، فهناك من يكيف عملية الإفراز لها أثر كاشف في القسمة، ومنهم من يكيفونها على أنها ذات أثر ناقل، ومنهم من يكيفها على أساس إنها مزدوجة الأثر كاشفة وناقلة في نفس الوقت.

الفرع الأول: الأثر الناقل للقسمة

وهو الأثر الذي اعتمده القانون الروماني في أحكامه القضائية المتعلقة في قسمة الشيوخ والتي نوهنا عنها في المبحث التمهيدي للفصل الأول من هذا البحث، فالفقه الروماني يرى إن الحكم القضائي المتعلق بقسمة المال الشائع ما هو إلا عقد مبادلة كغيره من عقود المبادلة الأخرى، يهدف إلى نقل ملكية شئ من شخص إلى شخص، فأصل هذا التكييف هو القانون الروماني.

فالقسمة عندهم ما هي إلا تبادل للحصص بين الشركاء، وحسب الفقيه *Championnière*،

" les Romains ont fait du partage un acte semblable à la vente et à l'échange"

أي أن القسمة ما هي إلا عقد شبيه بعقد البيع والمبادلة (01).

ولقد هجر الفقه الحديث تكييف عملية الإفراز في القسمة على أن لها اثر ناقل خاصة الفقه الفرنسي، الذي في البداية كان معتقدا مذهب الرومان في تكييفهم القسمة على أنها ناقلة وعملية مبادلة للحصص المشاعة بين الشركاء، خاصة بعد ظهور الأنظمة التي تحكم بعض الرهون المستحدثة كالرهن الخفي المعروف باسم obligatio bonorum ينشأ هذا الرهن على اثر أي تصرف في ورقة رسمية، فينتقل النصيب المفرز إلى المتقاسم متقلا بهذا الرهن، ولنفادي ذلك وعلى اعتبار أن عقد القسمة ليس من عقود المضاربة contrats de commerce بل هو وسيلة لحصول المتقاسم على حقيقة حصته المفرزة خالية من أي رهن رتبه غيره.

وفي سبيل ذلك غلب الفقه الفرنسي القديم وعلى رأسهم الفقيه بوتيه Pothier في كتاباته المتعلقة بالأثر الكاشف للقسمة.

حيث أورد الفقيه ف. لوريون F.LAUREANT في مؤلفه مبادئ القانون المدني PRINCIPES DE DROIT CIVIL المجلد العاشر الطبعة الثالثة الصفحة 411 ما يفيد اعتناق الفقه الفرنسي للأثر الكاشف للقسمة بدل الأثر الناقل، حيث أورد تكييف بوتيه للقسمة على أنه لا توجد علاقة مشتركة بين القسمة والمبادلة، والمتقاسمين لا يتبادلون الحصص المفرزة بينهم فهي أصلا ذات طبيعة كاشفة.

Le partage n a rien de commun avec l échange ce n est pas un acte par lequel les copartageants acquièrent rien les uns des autres il est purement déclaratif.

إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع في نصيبه، وأنه لم يرث شيئا فيما وقع في نصيب غيره من الورثة.

Chaque cohéritier est censé avoir succède seul et immédiatement a tous les effets dans son lot et n avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

وفي سبيل الخروج من مأزق إفراز الحصة الشائعة مثقلة ببعض الرهون التي انتشرت في فرنسا في القرن الرابع عشر ومنها الرهن التأميني العقاري، ظهرت الحاجة الملحة إلى تغليب الأثر الكاشف للقسمة بدل الأثر الناقل.

(01) Lucie Laflamme,cit,p172.

الفرع الثاني: الأثر الكاشف للقسمة

بعد أن حاول الفقه التقليدي الفرنسي تغليب الأثر الكاشف للقسمة على الأثر الناقل لها كما هو الحال في القانون الروماني، وعندما لم يتوصل والى تفسير طبيعة الأثر القسمة الكاشفة لجأ إلى فكرة الافتراض أو المجاز القانوني كما نوهنا عليه سابقا، فأخذ المشرع الفرنسي في القانون المدني القديم تكييف بوتيه Pothier لأثر القسمة على أنها كاشفة في المادة 883 منه، والتي اخذ بها المشرع المصري في المادة 843، والمشرع الجزائري في المادة 730 ق.م.ج، التي تنص على " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وانه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى ".

إلا أن الفقه الحديث أخذ بالأثر الكاشف للقسمة على سبيل الحقيقة لا على سبيل المجاز القانوني، فالقسمة لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم بل أن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع هو الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من اثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي بعد أن كان محددا تحديدا معنويا أثناء الشيوع، فالأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة بعينها (01)

الفرع الثالث: الأثر الرجعي للقسمة

والحقيقة أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة والتي أخذ بها المشرع الجزائري كما نستنتجه من نص المادة 730 ق.م.ج هي محض افتراض مخالف للواقع، كما أنها تثير عدة إشكاليات أثناء تطبيقها لان الشريك المتقاسم لم يكن مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه إلا من وقت إجراء القسمة.

أما قبل القسمة فقد كانت حصة الشريك شائعة غير مفرزة في كل المال الشائع في الفترة التي تقع بين نشأة الشيوع وانقضائه بالقسمة (02).

(01) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 760.

(02) بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 21.

وإذا ما سلمنا باعتناق المشرع الجزائري للأثر الرجعي للقسمة في حدوده الضيقة، واستنادا الى المواد التي تستبعد الأثر الرجعي للقسمة في القانون الجزائري وهي المادة 714 الفقرة الثانية ق.م.ج والمادة 890 ق.م.ج والمادة 731 فقرة أولى والمادة 732 فقرة أولى والمادة 879 فقرة الثانية ق.م.ج والتي يستبعد فيها كلها المشرع الجزائري الأثر الرجعي، فإن المتقاسم في القسمة يحصل على حصته المفزة خالية مما رتبه احد الشركاء أو بعضهم من حقوق عليها قبل القسمة وينتج عن هذا الأثر:

أ - عدم قدرت امتلاك المتقاسم ثمار حصته وحده إلا من وقت القسمة.

ب - بقاء الرهن نافدا على الحصة التي آلت إلى الشريك الراهن.

ج - نقض القسمة للغبن وهذا في القسمة الاتفاقية.

إلا أن فريق من الفقهاء المصريين اعترض على هذا الأثر كونه محض افتراض وقالوا بأن الأثر الكاشف كفيل بتحقيق أثره⁽⁰¹⁾

المطلب الثاني: الضمان في القسمة وأحكامه

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الضمان وأساسه القانوني، وأحكامه والشروط الواجبة لقيامه، والآثار المترتبة على تحققه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الضمان

إن من أهم الآثار المترتبة على القسمة هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض، ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب صادق على القسمة، ويعرف الضمان على انه الأداء أو إعطاء تعويض معين عن ما لحق المعطى من أضرار تسبب بها المعطى، وقد نصت المادة 731 ق.م.ج على " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزم بنسبة حصته أو يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة فإذا كان احد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(01) كالم أمينة، المال الشائع، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14 السنة الدراسية 2005/2006، ص34.

ويعرف التعرض⁽⁰¹⁾ بعد القسمة على انه ادعاء الغير ملكية القسمة التي وقعت في نصيب احد الشركاء، أو بادعائه حقا عينيا عليها كأن يتبين أن المال المقسوم لم يكن مملوكا للشركاء، فالتعرض في مثل تلك الحالة سيندر بوجود استحقاق محتمل من نصيب المتقاسم.⁽⁰²⁾ أما الاستحقاق فهو الحكم للغير بملكية الحصة المدعى بها كل أو بعضا.

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

نستنتج من هذه المادة أن القسمة تقتضى المساواة التامة بين المتقاسمين إذا وقع لأحدهم تعرضا أو استحقاقا اختلت تلك المساواة بينهم ووجب ضمان بعضهم بعضا.

الفرع الثاني: شروط الضمان

حتى يتحقق الضمان لابد من توافر الشروط التالية:

1 - وقوع التعرض أو الاستحقاق: حتى يتحقق الضمان لابد من وقوع تعرض أو استحقاق كدعاء شخص ملكية حصة في المال الشائع قبل قسمته أو صدور حكم قضائي ينزع ملكية الحصة الشائعة أو بعضها من يد المشتاعين.

2 - أن يكون سبب التعرض سابقا على القسمة: أي يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجودا قبل القسمة.

3 - عدم رجوع الاستحقاق لخطأ المتقاسم: أي يمتنع الضمان إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه.

(01) شاكِر ناصر حيدر، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، جزء 1، مطبعة العاني، جامعة بغداد، 1969 ص 562.

(02) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، جزء 2، طبعة 1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1995 ص 167.

وهي الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عن تحقق الضمان وهي:

أ- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، و تدخلوا لكن لم يفلحوا في دفع المعارض.

ب- إذا أخطرهم و لم يتدخلوا في الدعوى، و أقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المعارض أو تصالح معه.

ج- إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق و حكم للمعارض، و لم يثبت المتقاسمون الآخرون أن إدخالهم في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها.

د- إذا سلم المتقاسم للمعارض بحقه دون دعوى يرفعها المعارض و لم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المعارض لم يكن على حق في دعواه.⁽⁰¹⁾

ومتى تحققت هذه الحالات يثبت ضمان الاستحقاق ويلتزم المتقاسمين الآخرين بتحقيق هذا الاستحقاق على ثلاثة حالات:

أولاً: الاستحقاق الكلي، ويكون في حالة ما إذا اثبت المعارض ملكيته للحصة واستردها منه المتقاسم، فالمتقاسم هنا يرجع بالتعويض شاملاً قيمة العين المستردة وملحقاتها وثمارها والمصروفات النافعة التي أنفقها عليها ومصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، ويلتزم

المتخاصمون كل حسب نسبة حصته في المال الشائع بتعويض المتخاصم مستحق الضمان فيما يتحمل هو نسبة تعادل قدر حصته وبذلك تتحقق المساواة بين المتقاسمين، وإذا كان بين المتقاسمين معسراً تحمل المتقاسمين جميعاً بما فيهم مستحق الضمان نصيب المتقاسم المعسر مساواة بينهم، ويقدر الشئ المستحق وقت القسمة لا وقت الاستحقاق تطبيقاً لمبدأ المساواة.

ثانياً: الاستحقاق الجزئي. يتحصل المتقاسم مستحق الضمان التعويض عن ما لحقه من خسارة نتيجة للاستحقاق الجزئي للعين المفردة التي آلت إليه مع باقي المتقاسمين كل حسب نسبة حصته.

(01) كالم أمينة، مرجع سابق، ص 36/35.

ثالثا: رد ما اده المتقاسم للمعترض توكيا للاستحقاق، طبقا للمبدأ القائم بجواز تطبيق أحكام الضمان للبيوع على القسمة، بطريق القياس وذلك بان يدفع المتقاسم للمعترض مبلغ من المال في مقابل نزول المعترض عن ادعائه وبالتالي تفادي استحقاق العين استحقاقا كليا أو جزئيا، وهذا الاتفاق يكون في الغالب صلحا، ويعتبر بالنسبة لباقي المتقاسمين استحقاقا بالعين فيجب عليهم الضمان. (01)

وتطبيقا لهذا القياس في التشريع الجزائري فإنه بالرجوع إلى المادة 374 ق.م.ج التي تتعلق بالبيوع فإنه يقع التزام على جميع المتقاسمين بضمان المبلغ المالي الذي دفعه المتقاسم المعترض عليه بما فيهم المعترض له بحد ذاته، ويسري ضمان الاستحقاق ابتداء من تاريخ ثبوته طبقا للمادة 315 فقرة الثانية من ق.م.ج ، ويكون حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضمونا في القانون الجزائري بامتياز المتقاسم سواء كان المال الشائع عقارا أو منقولا طبقا للمواد 999 و 1001 من ق.م.ج (02)

(01) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مرجع سابق، ص 890/891.

(02) بوحديش عادل، مرجع سابق، ص 42/43

الختمة

الخاتمة

بعد أن حاولنا في هذا البحث الإحاطة بموضوع النظام القانوني الجزائري الذي يحكم قسمة الملكية الشائعة، خاصة ما تضمنه القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ، بالإضافة إلى بعض الأحكام الأخرى المدرجة في نصوص خاصة سبق وأن تطرقنا لها في متن بحثنا هذا، وبما أن البقاء في الشيوع غير مستساغ وغير مرغوب فيه من طرف الأفراد، وهو مصدر نزاعات ومحل دعاوى قضائية متراكمة لدى الجهات القضائية المختلفة، فإن الشيوع ماله الزوال، وتعد القسمة أهم وسيلة لانقضاء الشيوع وفرز حصص الشركاء، وهو ما حاول المشرع الإحاطة بكل جزيئاته في القانون المدني، إلا أنه وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري، نجد أن التشريع الجزائري بقي حبيسا لقواعد قانونية استلهمها من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري خاصة.

و الملاحظ أن التشريع الفرنسي تجدد وعدل في سنة 1976 و 2006 وأولى اهتماما كبيرا وخصوصا بتنظيم الملكية الشائعة وقسمتها وتبسيط الإجراءات للخروج من الشيوع، ومع أن حق الشريك في الخروج من الشيوع حق أصيل لا يسقط بالتقادم ولا يمكن التنازل عليه، إلا أن إجراءات القسمة الودية منها والقضائية طويلة ومعقدة أحيانا وغير معروفة لدى الأفراد لغياب الثقافة القانونية مما يجعل الملاك على الشيوع ينفرون من القسمة إلا في حدود معينة أي عندما يستحيل عليهم الانتفاع بالمال الشائع جماعيا، أو اشتداد حدة النزاعات فيما بينهم.

إلا أن هذا لا يعني أن المشرع الجزائري لم يبلور منظومة قانونية تحكم الشيوع وقسمته، حيث أنه أحاط قسمة بعض الملكيات الشائعة بنصوص تتسم بالدقة والرصانة، كقسمة الأراضي الفلاحية، والأراضي الواقعة في النسيج العمراني مثلا والتي تطرقنا لها في متن بحثنا. ومن النتائج التي استخلصناها من البحث نوردها في ما يلي:

أولا: النتائج

1- إن القسمة في حد ذاتها هي أساس كل نزاع لأن الأفراد في الأصل لا يختصمون في الحق في الخروج من الشيوع ولكن يختصمون عن كيفية الخروج من الشيوع ونتائجها، لذلك أحاطت كل التشريعات موضوع القسمة بعناية خاصة.

2- قسم المشرع الجزائري القسمة إلى قسمة تنهي الشروع أو القسمة النهائية سواء أكان مصدرها إرادة الأفراد أي اتفاقية والقسمة القضائية، أما قسمة المهايأة فهي قسمة منفعة لا قسمة ملك هدفها استغلال المال الشائع بين الملاك المشتاعين بالتناوب، إلا أنه يمكن أن تنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمرور خمسة عشرة سنة وهذا ما نصت عليه المادة 733 ق.م.ج.

3- أورد المشرع الجزائري طريقتين للقسمة وهما الطريقة العينية أو عن طريق التصفية، وتختلف أحكام القسمة العينية عن قسمة التصفية من حيث إجراءاتها والدعاوى المتعلقة بها.

4- حصر المشرع الطعن في القسمة لغبن في القسمة الاتفاقية فقط، على اعتبار أن القسمة القضائية لا يشوبها الغبن كونها تركز على الحكم القضائي الذي يفترض فيه العدالة والمساواة.

ثانيا النقااص و الاقتراحات

في آخر هذا البحث استخلصنا بعض النقااص في القواعد المنظمة لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري ، أرفقناها باقتراحات علها تكون لبنة لحلول مقترحة لها.

أ- لم يحدد المشرع الجزائري في باب الملكية الشائعة طبيعة الشيء المملوك على الشروع عقارا أو منقولا بل جاء في المادة 713 ق.م.ج بمصطلح الشيء، والشيء كل شيء إلا الإنسان، لذلك لم نخض في مدى إمكانية قابلية قسمة العقار من عدمه والتي – يرى البعض- أنها مبدأ قانوني، مفاده عدم قابلية العقار للقسمة، والذي لم أقف عليه، فالعقار بطبيعته يقبل القسمة عينا أو تصفية، إلا إذا تبين أن الغرض الذي أعد له هذا المال يوجب إبقائه على الشروع دوما وهذا ما نصت عليه المادة 737 ق.م.ج، حتى وإن كانت بعض التشريعات قد حددت حدا أدنى للإفراز كما هو الشأن في القانون السوداني والقانون العراقي، فهذا- حسب ما أرى- هو من قبيل تنظيم قانوني يتعلق بالجانب الحضري والعمراني ليس إلا وهو ما اخذ به المشرع الجزائري فيما يخص أدوات التهيئة والتعمير ألا وهي رخصة التجزئة ورخصة التقسيم، ونفترض إدراج قاعدة قانونية تتعلق بالحد الأدنى لمساحة العقار التي تكون أساسا كحد أدنى لتكوين وحدة عقارية مستقلة قابلة للقسمة عينا.

ب- إغفال بعض القواعد المتعلقة بالقسمة ألا وهو التجنيب ، وهو تحديد الحصة من طرف الخبير بقدر نسبة حصة الشريك عند عدم إمكانية الفرز وفقا لأصغر نصيب، والحل يكمن في استدراك المادة 725 وتتميمها بإضافة التجنيب عند عدم إمكانية الفرز وفقا لأصغر نصيب.

ت- ما دامت القواعد العامة التي تحكم القسمة هي قواعد القانون المدني فإنه كان من الأجدر تبیین الإجراءات الواجب إتباعها عند وجود ناقص، كما جاء في المادة 723 ق.م.ج والحل يكمن في إحالة تطبيق هذه المادة مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لأحكام المادة الثانية من القانون المدني الجزائري ، أي الإحالة مباشرة إلى قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية.

ث- عدم مراعاة الدقة في المصطلحات خاصة المواد 722، 727، 734 ففي المادة 727 نجد مصطلح (تمنح) والأصح (تمنع)، وفي المادة 727 نجد الاقتراع والأصح القرعة، فهناك فرق بين Vote و tirage au sort ، والمادة 734 مصطلح يتناولوا والأصح يتناولوا ، مع مراعاة النص باللغة العربية واللغة الفرنسية ومطابقتها.

ج- عدم إدراج مادة صريحة تتعلق بقسمة المنقول لما لهذا من أهمية، حيث نجد أن بعض التشريعات الحديثة أعطت قسمة المنقول أهمية مثله مثل العقار كما هو الحال في القانون المدني العراقي المادة 1074، ونقترح إحالة قسمة المنقولات إلى أحكام الشريعة الإسلامية لما انطوت عليه من زخم فيما يتعلق بقسمة المنقول وذلك بالرجوع إلى الكتب الفقهية المتعلقة بمذهب الإمام مالك خاصة.

ح- إعادة النظر في المادة 730 ق.ن.ج المتعلقة بالأثر الرجعي النسبي للقسمة وذلك بتوسيع مجال هذا الأثر من خلال تحويل كل حق تقرر على المال الشائع من قبل أحد الشركاء إلى حصة المتقاسم التي ألت إليه بعد القسمة أسوة ببعض القوانين العربية الأخرى كالقانون المدني السوري مثلا المادة 1073 منه.

خ- عدم إدراج مادة تتعلق بالتصديق قضائيا على القسمة الاتفاقية من اجل إثباتها.

د- اقتراح نص خاص مستقل يخصص لموضوع الحقوق العينية بصفة عامة ،يمكن الرجوع إليه لدى رجال القانون ،وبذلك يسهل مراجعته وتطويره،وتذليل الصعوبات عند تطبيق قواعده في أسرع وقت.

وفي الأخير نرجو أن يكون هذا البحث لبنة لبحوث قادمة تبرز أهم النقائص التي لم نتمكن من تبيانها في بحثنا هذا، وتقدم اقتراحات وحلول للصعوبات التي تعترض التطبيق العملي للقواعد المنظمة لقسمة الملكية الشائعة.

قائمة المراجع

بالعربية:

أولاً: الكتب

- 1- أمير يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة ط 2001.
- 2- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ط4.
- 3- احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 2008.
- 4- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط2016.
- 5- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة 2006.
- 6- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، ط 2008.
- 7- حسين طاهري، دليل الموثق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007.
- 8- شاكر ناصر حيدر، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، جزء 1، مطبعة العاني، جامعة بغداد، 1969.
- 9- صاحب عبيد الفتاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1998.
- 10- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، منشأة المعارف، طبعة 2004.
- 11- عبد المنعم فرج صده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د. س. ن.
- 12- عيسى عبده و د. احمد إسماعيل يحي، الملكية في الإسلام، دار المعارف، ط1984.
- 13- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ط 1996.
- 14- غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.
- 15- قصي سلمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة، الطبعة الأولى، 2012.
- 16- مأمون عبد العزيز إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، دار الإعصار العلمي، الطبعة الأولى، 2015.
- 17- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، جزء2، طبعة1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1995.
- 18- محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1938.

المراجع

- 19- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2006.
- 20- وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، ط79، 80، منشأة المعارف، 1994.
- 21- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.

ثانيا: المعاجم

- 1- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث القاهرة، ط2009.
- 2- المصطلحات الفقهية والقانونية، د. جرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب، ط أولى 1996.
- 3- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، طبعة 01، دار صادر بيروت، المجلد الثاني عشر .
- 4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، ط2008.

ثالثا: الرسائل

- 1- الزهرة بركة، النظام القانوني للملكية العقارية المشتركة، مذكرة ماستر، السنة الجامعية 2014-2015.
- 2- بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، المدرسة العليا للقضاء، دفعة14، السنة الأكاديمية 2005-2006.
- تيقرين تيزيري وحماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، س.ج 2012-2013.
- 3- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجيستر، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق.
- 4- كالم أمينة، المال الشائع، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، السنة الدراسية 2005/2006.

رابعا: مقالات محكمة

- 1- إيمان طارق شكري و منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي.
- 2- فهيمة قسوري، شهر الدعاوى والأحكام القضائية العقارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد السابع، افريل 2010.
- 3- نعيم سمارة المصري، قسمة المهيأة في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يناير 2011.
- 4- نسيمه درار، قسمة المهيأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج الأخضر باتنة، العدد 03 سبتمبر 2014.

المراجع

خامسا: مجالات قضائية

- 1- المجلة القضائية، ع 3، 1992.
- 2- المجلة القضائية، العدد 1، 1995 .
- 3- المجلة القضائية، ع 2، 2000.
- 4- المجلة القضائية ، 2001.
- 5- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004.
- 6- نشرة القضاة، عدد خاص، 1982.

سادسا: المصادر

أ- القرآن الكريم

ب- المراجع المتعلقة بالفقه الاسلامي

- 1- إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، القسمة، مجلة الوعي الإسلامي، الإصدار الرابع والعشرون، 2011.
- 2- القاضي ابي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شركة دار مكتبة المعارف ناشرون، بيروت لبنان ، الطبعة 2012 ، كتاب القسمة.
- 3- المجلة (الأحكام العدلية)، المطبعة الادبية بيروت، سنة 1302هـ.
- 4- مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط الأولى، 1998

ب- المصادر القانونية

الأوامر:

- 01- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 مؤرخ في 13-05-2007 ج ر عدد 31 بتاريخ 13-05-2007.
- 02- الأمر 75- 74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر. 52 بتاريخ 18/11/1975.

القوانين:

- 01- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09.06.1984. المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ 27.02.2005.
- 02- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 يتضمن التوجيه العقاري (ج ر 49 مؤرخة في 18-11-1990) معدل ومتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 (ج ر 55 مؤرخة في 27-09-1995).

المراجع

- 03- القانون 90.30 المؤرخ في 01.12.1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 08.14 المؤرخ في 20.07.2008.
- 04- قانون 09-08 مؤرخ 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية/ج ر عدد 21 ، بتاريخ 23-04-2008.

المراسيم التنفيذية:

- 01- المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23.11.1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة التابعة للدولة وتسييرها، ج ر عدد 60 بتاريخ 24-11-1991.
- 02- المرسوم التنفيذي رقم 97-490 مؤرخ في 20.12.1997 المتضمن شروط تجزئة الأراضي الفلاحية ، ج ر عدد 84، بتاريخ 21-12-1997.
- 03- المرسوم التنفيذي رقم 15-19 مؤرخ في 25-01-2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر عدد 7 بتاريخ 12-02-2015.

المذكرات:

- 01- مذكرة رقم 3654 /م ع ا و/م ع ا م ع ا و/ بتاريخ 19-07-1999..

مراجع أجنبية

قوانين أجنبية:

- 01- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- 02- مجلة الحقوق العينية، قانون عدد 5 مؤرخ في 12-02-1965، الرائد التونسي، عدد 10.
- 03- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 5 لسنة 85 معدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 87
- 04- قانون 131 لسنة 1948، مجلة الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر بتاريخ 29-07-1948.

05- Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités (JO 24 juin 2006

كتب أجنبية:

- 1 – Lucie Laflamme, le partage consécutif à l'indivision, Wilson et Lafleur, 1999

مواقع الكترونية:

فهرس المواضيع

أ - د	مقدمة
1	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لقسمة الملكية الشائعة
2	مبحث تمهيدي: التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة
2	المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية والعصر الروماني
2	الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية
3	الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في العهد الروماني
4	المطلب الثاني: تنظيم الشيوع في التقنيات الحديثة
4	الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي
5	الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري
7	المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة.
7	المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة
7	الفرع الأول: التعريف اللغوي
8	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للملكية الشائعة.
10	الفرع الثالث: التعريف القانوني للملكية الشائعة.
11	المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من المصطلحات المشابهة
11	الفرع الأول: الملكية الشائعة والملكية المفردة
11	الفرع الثاني: الملكية الشائعة والملكية المشتركة
12	الفرع الثالث: الملكية الشائعة والملكية الجماعية أو الجرمانية
12	المطلب الثالث: أقسام الشيوع في التشريع الجزائري.
12	الفرع الأول: الشيوع الإجمالي
13	الفرع الثاني: الشيوع الاختياري
14	المبحث الثاني: مفهوم قسمة الملكية الشائعة وأنواعها
14	المطلب الأول: مفهوم القسمة
14	الفرع الأول: التعريف اللغوي للقسمة
15	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للقسمة
18	الفرع الثالث: التعريف القانوني للقسمة
19	المطلب الثاني: الحق في طلب القسمة والموانع الواردة عليه.

19	الفرع الأول: الحق في طلب القسمة
21	الفرع الثاني: الموانع الاتفاقية والقانونية للحق في طلب القسمة
22	1 / الموانع القانونية للحق في طلب قسمة المال الشائع
22	2/ الموانع الاتفاقية الواردة على الحق في طلب القسمة.
23	المطلب الثالث: أنواع القسمة في التشريع الجزائري.
24	الفرع الأول: أنواع القسمة في التقنين المدني الجزائري
24	1/ القسمة الرضائية أو الاتفاقية partage conventionnel
25	2/ القسمة القضائية PARTAGE JUDICIAIRE
27	المبحث الثالث: قسمة المهايأة.
27	المطلب الأول: مفهوم قسمة المهايأة.
27	الفرع الأول: التعريف اللغوي لقسمة المهايأة
28	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لقسمة المهايأة
29	الفرع الثالث: التعريف القانوني لقسمة المهايأة
29	الفرع الرابع: أنواع قسمة المهايأة
29	1- المهايأة المكانية
30	2- المهايأة الزمانية
30	3- أسباب اللجوء إلى المهايأة
32	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمهيأة، أحكامها وآثارها.
32	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقسمة المهيأة.
33	الفرع الثاني: الأحكام القانونية لقسمة المهايأة
33	أولاً: وجوب إجماع الشركاء على قسمة المهايأة
34	ثانياً: مدة المهايأة
34	ثالثاً: تحول المهايأة المكانية الى قسمة نهائية
34	الفرع الثالث: آثار قسمة المهايأة
36	الفصل الثاني: الإطار القانوني لقسمة الملكية الشائعة
37	المبحث الأول: الإطار القانوني للقسمة الاتفاقية الملكية الشائعة
37	المطلب الأول: شروط القسمة الاتفاقية
37	الفرع الأول: إجماع كافة الشركاء على القسمة
38	الفرع الثاني: إفراغ عقد القسمة في الشكل الرسمي وشهره

40	المطلب الثاني: طرق إجراء القسمة الاتفاقية
40	الفرع الأول: طرق إجراء القسمة الاتفاقية عينيا أو عن طريق التصفية
40	1- القسمة العينية
40	2- قسمة التصفية
41	الفرع الثاني: إجراءات القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة
41	1- القسمة الاتفاقية للمنقولات
41	2- القسمة الاتفاقية للعقارات
42	الفرع الثالث: أحكام خاصة لقسمة بعض الأملاك الشائعة
42	1 - القسمة الاتفاقية للتركة
43	2- القسمة الاتفاقية بوجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء
43	3- القسمة الاتفاقية للمال الشائع بين الدولة وبعض الأشخاص عامة أو خاصة
44	4- القسمة الاتفاقية للعقارات ذات الصبغة الفلاحية
48	المطلب الثالث: الطعن في القسمة الاتفاقية لغبن
49	الفرع الأول: الغبن الفاحش في القسمة الاتفاقية ومقداره
49	1- تعريف الغبن.
50	2- مقدار الغبن وحسابه
51	الفرع الثاني: دعوى نقض القسمة
51	1- أطراف الدعوى المحل والسبب
52	2- الشروط الشكلية والموضوعية
52	3- شهر دعوى نقض القسمة الودية
53	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نقض القسمة الودية
56	المبحث الثاني: الإطار القانوني للقسمة القضائية للملكية الشائعة
57	المطلب الأول: شروط القسمة القضائية أطرافها والمحكمة المختصة للفصل فيها
57	الفرع الأول: شروط القسمة القضائية
57	الفرع الثاني: أطراف دعوى القسمة القضائية
58	الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى القسمة
59	المطلب الثاني: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة
59	الفرع الأول: القسمة القضائية العينية للملكية الشائعة

61	1- القسمة على أساس اصغر نصيب
62	2- الفصل في المنازعات قبل الفصل في دعوى القسمة
64	الفرع الثاني: قسمة التصفية للملكية الشائعة
64	1- إجراءات قسمة المال الشائع عن طريق التصفية
64	1-1: بالنسبة للعقارات
65	1-2: بالنسبة للمنقولات.
66	المطلب الثالث: تدخل الدائنين في القسمة
66	الفرع الأول: موقف الدائنين قبل إتمام قسمة الملكية الشائعة
68	الفرع الثاني: موقف الدائنين بعد إتمام قسمة الملكية الشائعة
70	المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قسمة المال الشائع
70	المطلب الأول: الإفراز والآخر الكاشف والآخر الرجعي للقسمة
70	الفرع الأول: الآخر الناقل للقسمة
72	الفرع الثاني: الآخر الكاشف للقسمة
72	الفرع الثالث: الآخر الرجعي للقسمة
73	المطلب الثاني: الضمان في القسمة وأحكامه
73	الفرع الأول: تعريف الضمان
74	الفرع الثاني: شروط الضمان
75	الفرع الثالث: آثار الضمان
80	الخاتمة
	المراجع
	فهرس المواضيع