



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة باتنة 1

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أحكام قسمة الملكية العقارية الشائعة

دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة بين القوانين الجزائرية، المصرية والفرنسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية

تخصص قانون عقاري

إشراف الأستاذ الدكتور

عمار رزيق

إعداد الطالب

عبد المجيد رحابي

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الدرجة العلمية	الإسم واللقب
رئيساً	جامعة باتنة 1	أستاذة التعليم العالي	الواسعة زارة صالح
مشرفاً ومقرراً	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	عمار رزيق
عضواً مناقشاً	جامعة بسكرة	أستاذ التعليم العالي	الزين عزري
عضواً مناقشاً	جامعة بسكرة	أستاذ التعليم العالي	عبد الحليم بن مشري
عضواً مناقشاً	المركز الجامعي بريكّة	أستاذ محاضر أ	نور الدين بن الشيخ
عضواً مناقشاً	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر أ	وليد ثابتي

السنة الجامعية: 2019/2018

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ

قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلٌّ شَرِبَ

مُحْتَضِرٌ ۝

الآية (28) سورة القمر

شكر وعرهان

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه

و من و الاله و بعد .

أحمد الله العلي القدير و أشكره على توفيقه لي في إتمام هذا

العمل المتواضع، فبحمده تتم الصالحات.

و أتقدم بشكري بخالص عبارات التقدير و العرفان لأستاذي

الفاضل الدكتور رزيق عمار الذي تفضل بقبول الإشراف على

أطروحتي، و على توجيهاته و نصائحه التي أنارت لي دروب

البحث فاستقام بها هذا العمل على أصوله

والشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة الذين سيتفضلون

بتقييم هذه الأطروحة.

والشكر و العرفان لكل من قدم لي يد المساعدة

لأجل إتمام إنجاز هذا العمل

من أساتذة و موظفي المكتبات و غيرهم

و أخص بالذكر الأساتذة بعلي محمد الصغير، ساعد صالح،

دفون محمد و بوسالم لزهر

إهداء

إلى من لهما الفضل فيما منّ الله علي من علم و معرفة
...أمي و أبي رحمه الله

إلى من علمتني أن الحياة مبدأ والتزام
بثبات... عنوان التضحية والتفاني والمحبة
... والدتي أطال الله عمرها

إلى زوجتي وشموع ثلاثة أضاءت في درب
حياتي...أبنائي: مريم ومحمد و جوري
حفظهم الله ورعاهم

إلى الذين مضوا فداء ووفاء لوعدهم و عهودهم
وإلى الآتين مع الفجر ألمح تهاليل بشائر وجوههم

أهم المختصرات باللغة العربية :

ج: الجزء

د.ت: دون تحديد تاريخ النشر

د.ن: دون تحديد دار النشر

ط: الطبعة

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق.أ.م.ج: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

ق.م.م: القانون المدني المصري

أهم المختصرات باللغة الفرنسية :

AL	:	Alinéa
Art	:	Article
Bull	:	Bulletin des arrêts de la cour de cassation
civ	:	Civil
D	:	DALLOZ
DP	:	Dalloz périodique
éd	:	Édition
Ibid	:	au même endroit
JCP	:	Juris –classeur périodique (Semaine juridique)
L.G.D.J	:	Librairie Général de Droit et de Jurisprudence
N°	:	Numéro
Obs	:	Observations
Op.cit	:	Ouvrage précité
P.U.F	:	Presses Universitaires de France
Rasjep	:	Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques
Somm	:	Sommaire
T	:	TOME
TGI	:	Tribunal de grande instance
VOL	:	VOLUME

مقدمة

مقدمة

تعتبر الملكية من أهم عناصر التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويمكن اعتبارها بالإضافة إلى العامل البشري الحجر الأساس في كل عمليات النهوض واستراتيجيات التنمية داخل أي مجتمع، و لذلك اهتمت كافة الدساتير والمواثيق الدولية بالملكية واعتبرتها حقا مقدسا يستوجب الرعاية والحماية.

الملكية لها أبعاد اجتماعية وإنسانية نظرا لارتباطها بالإنسان، و لكون هذا الأخير جُبل على حب التملك فإن العامل النفسي ينعكس على هذا الحق ويتجسد أساسا في صور الرغبة بالاستثمار و النزعة الفردية في التصرف، وإن ذلك يؤدي إلى ظهور الخلافات والمنازعات خصوصا لما يتعلق الأمر بصور الملكية الجماعية والملكية الشائعة.

إن الأصول التاريخية للشيوع باعتباره ظاهرة إجتماعية وواقع قانوني مازالت غير معروفة بصفة مضبوطة ودقيقة، كون الشيوع قد مر بمراحل طويلة من التطور في ظل أنظمة قانونية متعددة ومختلفة على مر العصور، وفي ظل هذا التعدد والتنوع في الممارسة فقد ظهرت نماذج مختلفة لكيفية تنظيمه وإنهائه، وكذلك اختلفت الأنظمة القانونية في نظرتها له تبعا لذلك بين مرحب به ورافض له.

في العصر الحديث وعلى إثر ظهور حركة التقنيات المكتوبة فإن القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 وباعتباره من أول التقنيات ظهورا في العصر الحديث، فإنه لم يعط الملكية الشائعة أي أهمية ولم يتضمن أحكاما لتنظيمها وذلك يرجع أساسا لمحاكاته لنظرة القانون الروماني للشيوع والذي كان يعتبره حالة وقتية غير مرغوب فيها مآلها الزوال، وتبعا لذلك فإنه لم يتم وضع قواعد لتنظيم الشيوع في القانون الفرنسي آنذاك إلا من خلال دعوى القسمة التي تناولها النص الشهير للمادة 815 والتي جسدت مبدأ عدم إجبار شخص موجود في الشيوع على البقاء فيه، كونهم اعتبروا وضعية الشيوع سببا للنزاعات والمشاكل بالإضافة إلى كونها تشكل عائقا اقتصاديا.

وقد قلد المشرع المصري عند إصداره للقانون المدني القديم خلال فترة الوصاية، أحكام القانون الفرنسي في إهماله لتنظيم الملكية الشائعة كونه قام بعملية استنساخ شبه كاملة نظرا للظروف التاريخية والاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك، غير أن الاجتهاد القضائي المصري قد تدخل ولعب دورا هاما خلال فترة سريان هذا القانون وذلك بتكريس وتقديم الكثير من الحلول العملية والقواعد المستنبطة من الشريعة الإسلامية والعرف السائد لتنظيم الملكية الشائعة وطرق إنهائها ، وعند إصدار القانون المدني المصري الحالي خلال

سنة 1948 والذي تم بعد عدة سنوات من العمل التقني والجهد الفني القانوني للجان المكلفة بإعداده ومناقشته فإن القانون الجديد قد تبسط في تفصيل أحكام الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها وقرر قواعد لأجل إدارتها ، ثم انتقل إلى طريق انقضائها الأساسي والمتمثل في القسمة ففصل إجراءاتها وبين آثارها.

أما في الجزائر فقد مرت الملكية الشائعة بمراحل تاريخية متنوعة تبعا للظروف السائدة خلال كل فترة من تاريخها، غير أنه بعد حصولها على استقلالها فقد سارعت في إطار حركة تشريعية فنية لإصدار قوانينها الوطنية الخاصة، ولعل أهم نتيجة لهذه الحركة التشريعية كان إصدار قانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والذي نص على أحكام تنظيم الملكية الشائعة وأحكام انقضائها بالقسمة، والملاحظ أن هاته النصوص قد تم استنباطها من القانون المدني المصري السالف الذكر والذي بدوره استوحى واستلهم بعض أحكامه من القانون المدني الفرنسي.

اكتفى المشرعان الجزائري والمصري بما أوردها من أحكام تتعلق بتنظيم الملكية الشائعة وقسمتها عند إصدار القانونين المدنيين ولم يتم تعديل هذه الأحكام منذ صدورهما، في حين أن المشرع الفرنسي ونظرا لانتشار الملكية الشائعة في المجتمع واستمرارها لمدد طويلة فقد تغيرت نظرتة لهذه الملكية وقام تماشيا مع ما قرره الاجتهاد القضائي الفرنسي بإجراء إصلاحات جذرية تمت خصوصا بموجب قانون 1976/12/31 وقانون 2006/06/23.

ورغم أن البعض يرى أنه يتوجب النظر إلى الملكية الشائعة وتقييمها بصفة موضوعية باعتبار أن قيام الشيوع هو أمر حتمي لوجود الميراث كسبب أساسي من أسباب اكتساب الملكية، وهو ما يجعل منه حالة اجتماعية وقانونية واقعية مفروضة قد تستمر لسنوات طويلة، بل قد تستمر لأجيال متلاحقة كما هو ملاحظ في الواقع، غير أنه ورغم ذلك فإن عيوب الشيوع الاقتصادية والاجتماعية والقانونية معروفة لا يمكن نكرانها، ونتيجة لطغيان سلبيات الملكية الشائعة على إيجابياتها فإن البعض الآخر يرى أن انقضاء الشيوع يعد من المسلمات الحتمية.

والملاحظ أنه يوجد ترابط عضوي بين الشيوع والقسمة كون العلاقة بينهما تلازمية، فبدون شيوع لا توجد قسمة، ومادام الشيوع قائما فإن مآله الانقضاء بطريق القسمة باعتبارها الوسيلة الأساسية لتحقيق هذه الغاية ولذلك اهتمت كافة التشريعات بوضع قواعد تضبط طرق القسمة وإجراءاتها وتحدد غاياتها وآثارها.

كما نصت كافة التشريعات على حق الشريك في طلب القسمة، غير أنها اختلفت في تقييمها لهذا الحق وتقييدها له وذلك وفقا لما تقتضيه المصالح المتضاربة للشركاء وكذلك لما تستوجبه اعتبارات تحقيق العدالة في القسمة ومراعاة مدى قابلية المال المراد قسمته للقسمة من دون إنقاص قيمته أو المساس بمروديته الاقتصادية والمالية.

لقد اختلفت التشريعات في تقرير النظام الإجرائي للقسمة، ففي حين أن المشرع الجزائري والمصري قد أوردا ضمن نصوص القانون المدني نظاما عاما لقسمة الملكية الشائعة دون تفريق بين الشيوع الاتفاقي والميراثي، فإن المشرع الفرنسي قد وضع نظاما إجرائيا لقسمة التركات أساسا ثم اعتمد تقنية الإحالة لهذه الأحكام عند قسمة الأموال التي ينشأ الشيوع فيها بأسباب أخرى غير الميراث.

إذا كانت القسمة ترد على جميع الأشياء بما فيها العقار والمنقول، غير أن قسمة العقارات بطبيعتها تطرح إشكالات أكثر حدة وتعقيدا، باعتبار أن المنقولات تتم قسمتها بسهولة لإمكانية التجزئة ولوحدة النوع فيها سواء كانت مثلية أو قيمية، في حين أن تجزئة العقارات تصطم بعوائق ومحددات قانونية وواقعية واقتصادية، من أهمها مسألة مواجهة ظاهرة تفتيت الملكية في المناطق الفلاحية، ومسألة مراعاة الجوانب الجمالية والهندسية والبيئية الصحية المتعلقة بالتهيئة والتعمير في المناطق العمرانية الحضرية.

وانطلاقا مما ذكر تولدت لدي فكرة معالجة موضوع قسمة الملكية العقارية الشائعة في إطار دراسة تحليلية مقارنة بين القوانين الجزائرية، المصرية والفرنسية كون أن كثير من الأحكام التي تنظم عملية القسمة لا يمكن إدراك مضمونها إلا من خلال دراستها ضمن الإطار الذي نشأت فيه مادام أن المشرع الجزائري قد قام بعملية استلها من هذه القوانين عند إصداره للقانون المدني، وعليه تبرز أهمية الموضوع للاعتبارات التالية:

- إن تزايد الخلافات والمنازعات المترتبة عن وجود الملكية العقارية الشائعة وما يترتب عنها من منازعات ودعاوى قضائية وإدارية فرض أهمية دراسة هذا الموضوع، خصوصا بعد التطورات التي حصلت في بلادنا في فترة التسعينات وتدخل المشرع بإصدار قانون التوجيه العقاري والمراسيم التنفيذية المتعلقة بشروط إدارة الأملاك الوطنية، وكذا بشروط تجزئة الأراضي الفلاحية.
- إن دراسة موضوع قسمة الملكية العقارية الشائعة في إطار مقارنة بين القوانين الجزائرية، المصرية والفرنسية يطرح العديد من المزايا التي تزيد في أهمية الموضوع، بالنظر الى التقارب الكبير بين المنظومة القانونية لهذه الدول، مما يجعل من عملية

المقارنة بين هذه التشريعات فيما يتعلق بمجال محاربة نقتيت الملكية العقارية والمحافظة على الوحدات الاقتصادية أمرا منطقيًا ومنتجا ببعديه العملي والقانوني.

- إن أي عملية تنقيح أو تعديل لأي قانون في الوقت الحاضر الذي طغت عليه العولمة لا يمكن أن تتم بمعزل عن التقنيات المقارنة في الدول الأخرى، وإن إجراء عملية التعديل لا بد أن تتم عبر الاقتباس من هذه القوانين و الاسترشاد بها ، و أنه من غير المنطقي الامتناع عن اللجوء إلى التشريعات المقارنة التي درست إشكالات قانونية قبلنا وأقرت أحكاما وحلولا لها، غير أنه يتوجب أن يتم التعديل بمراعاة ظروف بيئتنا وأن يكون متناسبا مع طبيعة مجتمعنا، وهنا تبرز أهمية مثل هاته الدراسة في إنارة طريق المشرع لصياغة نص حديث يعالج الإشكالات القائمة و يتوافق مع متطلبات البيئة والمجتمع.

أما دوافع اختيار هذا الموضوع فيمكن حصرها في:

- الفراغ الملموس في المكاتب القانونية الوطنية في هذا الجانب، فالقسمة العقارية لم تحظ بعناية الباحثين المعاصرين خصوصا عندنا في الجزائر وقل أن تجد كتابا في هذا الموضوع وافيًا وجامعا معًا، مع أن القسمة والدعاوي القضائية الناشئة عنها تعد من أهم النشاطات في الأقسام العقارية بالمحاكم الجزائرية، ولعل السبب الرئيسي لاختيار دراسة المقارنة بين التشريع الجزائري و المصري والفرنسي هو إتمام البحث الذي انطلقنا فيه خلال تحضير ومناقشة مذكرة الماجستير والتي كانت بعنوان: "أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري"، والتي فصلت جل جوانب القسمة في القانون الجزائري تفصيلا دقيقا وحينها تراءت لنا أحكاما جديرة بالدراسة في القانون المقارن سيما القانونين المصري والفرنسي فارتأيت وتتمة للبحث استعراض الأحكام المستحدثة في هذه الأنظمة المقارنة لأجل الاستنباط منها إن كانت تتلاءم مع نظامنا القانوني والإجتماعي، والسعي للتوصل إلى أحكام متكاملة للقسمة مع حصرها في إطار الملكية العقارية الشائعة في ظل هذه الأنظمة.

و بالنظر إلى دوافع وأسباب اختيار هذا الموضوع، فإن الإشكالية الرئيسية التي تطرحها الدراسة هي:

- ما مدى إمكانية التوصل لتأصيل المسائل الإجرائية والموضوعية المتعلقة بقسمة الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري، وإيجاد أطر مناسبة لها مقارنة بالأحكام المتعلقة بها في التشريعين المصري والفرنسي لتحقيق الموازنة بين مبدأ

العدالة في القسمة والمحافظة على أهمية هذه الملكية واستقرار التعاملات الواردة عليها ؟

وهذه الإشكالية الرئيسية تطرح عدة إشكاليات فرعية، والتي يجد كل باحث نفسه أمامها خلال تصديه لدراسة موضوع القسمة العقارية ومن أهم هذه الإشكاليات:

- هل النصوص التشريعية والتنظيمية الموجودة في الأنظمة الثلاثة محل المقارنة متجانسة وكافية لتنظيم إجراءات عملية القسمة والتحكم في الآثار المترتبة عنها من جهة والتحفيز على الخروج من حال الشيع من جهة أخرى؟
- ما هو الأساس القانوني لمفهوم عدم قابلية العقار للقسمة ومدى صلاحيته لأن يكون معيارا موضوعيا شاملا في مواجهة المراسيم والقوانين التي تحكم تجزئة الأراضي الفلاحية و الحضرية؟
- ماهية مفهوم العدالة في القسمة وأسسه بين المساواة العينية والمساواة في القيمة في ظل التشريعات المقارنة؟
- ماهي ضمانات استمرارية القسمة ودوامها لأجل الحفاظ على استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني؟

وقد جاءت هذه الدراسة **بهدف:**

- إجراء موازنة بين نظامنا التشريعي وبين الأنظمة التشريعية في مصر وفرنسا بخصوص هذه المسائل لأجل محاولة استخراج أوجه التشابه والاختلاف ومن خلاله التوصل لبيان محاسن نظامنا التشريعي ومساوئه، على ضوء ذلك يمكننا تحديد التنظيم القانوني الأمثل لمعالجة كل مسألة جزئية تدخل ضمن موضوع البحث وإن هدفنا في الأخير اقتراح تعديلات لأحكام تشريعنا الوطني لجعله أكثر مناسبة وفاعلية لمعالجة الإشكالات والنقائص القائمة.

إن الدراسات السابقة التي اهتمت بموضوع قسمة الملكية العقارية الشائعة على وجه التحديد منعدمة حسب علمنا على المستوى الوطني ولم نقف على مؤلف خصص لدراسة موضوع البحث من رأي أساتذة القانون في الجزائر، وإن وجدت دراسة لقسمة الملكية العقارية الشائعة في أي من المؤلفات القانونية فإنها ترد كجزئية ضمن محتواها العام، وفي هذا الإطار يجدر التنويه بمؤلف الأستاذ إسماعين شامة بعنوان النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري والذي تناول فيه المؤلف القواعد العامة لقسمة العقار الفلاحي المشاع ورخص تقسيم الأراضي الفلاحية، بالإضافة إلى مؤلف الأستاذ أحمد خالدي بعنوان القسمة بين الشريعة

الإسلامية والقانون المدني الجزائري وقد خصصه لتحليل قسمة المال الشائع بوجه عام دون أن يقصر الدراسة على الملكية العقارية الشائعة على وجه الخصوص، أما بالنسبة للفقهاء القانوني المصري فقد وقفنا على مؤلفات عديدة تناولت موضوع قسمة الملكية الشائعة ومعظمها مؤلفات عامة تتعلق بموضوع الحقوق العينية الأصلية، بالإضافة إلى مؤلفات خاصة كمؤلف الأستاذ محمد عزمي البكري الموسوم بعنوان قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجيب وأطروحة الدكتور محمد عبد الرحمن الضويني بعنوان أحكام القسمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء القانوني الفرنسي والذي جاءت فيه معظم الدراسات المتعلقة بموضوع القسمة ضمن موضوع التركات كون المشرع الفرنسي قد ربط النظام الإجرائي للقسمة بالتركات ونخص بالذكر الجزء الرابع من مجموعة الفقيهين بلانيول وريبار Planiol et Ripert الموسومة بعنوان: Traité pratique de droit civil français

بالإضافة إلى مؤلف الأستاذ غريمالدي Grimaldi michel بعنوان: Droit des successions

والذي تضمن الإشارة إلى بعض الخصوصيات المتعلقة بقسمة العقارات الشائعة، غير أننا لم نعثر على دراسة متخصصة ضمن هذه المدارس الفقهية عالجت موضوع قسمة الملكية العقارية الشائعة بصفة حصرية ماعدا أطروحة الدكتور محمد بن سعيد بعنوان القسمة العقارية والتي عالج فيها الموضوع في إطار التشريع التونسي غير أن رسالته قد تضمنت بعض الإشارات للتشريع الفرنسي.

ولدراسة هذا الموضوع فإن طبيعته استدعت الاعتماد على مناهج مركبة للإحاطة قدر الإمكان بالمسائل القانونية التي تناولتها الدراسة، وقد تم توظيف المنهج الوصفي في مجال وصف ظاهرة الملكية الشائعة وطرق قسمتها، والمنهج التحليلي ضمن جل عناصر البحث بغية شرح المعطيات التي تقدمها لنا مختلف القوانين محل المقارنة كما تم توظيف المنهج المقارن بكل مقتضياته في كل عنصر أو جزئية من الموضوع، كون المقارنة هي محل وأساس البحث كله، ولقد ابتعدنا على الأسلوب التقليدي في البحث المقارن والذي يعتمد على تخصيص أبواب منفصلة للقانون الوطني وللقانون الأجنبي لتتم المقارنة لاحقاً في باب منفصل، واعتمدنا على الأسلوب الحديث القائم على المقارنة الجزئية في كل مسألة، ونظراً لتقارب النص التشريعي الجزائري مع القانون المصري، فإن المقارنة ستتم أساساً بينهما مجتمعين وبين القانون الفرنسي من جهة أخرى، نظراً لكون هذا الأخير عرف عدة تعديلات ويتضمن تبايناً بينه وبين التشريعين السابقين، وعندما يتضمن التشريع الجزائري أحكاماً متباينة مع التشريع المصري فإننا سنعقد المقارنة بين التشريعات الثلاثة، كل واحد

على حدا، وقد حاولنا أن تتم المقارنة ضمن ما هو منصوص عليه في التشريع وما توصل إليه الفقه القانوني، بالإضافة إلى ما قرره الاجتهاد القضائي في هذه الدول.

وتأسيسا على ما تقدم وتماشيا مع إشكالية البحث ومنهجه، فقد تم تقسيم دراستنا ضمن بابين يسبقهما فصل تمهيدي خصصته لتحليل مفهوم الملكية الشائعة واستعراض تطورها التاريخي في هذه الدول ثم تناولت في الباب الأول الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة أين أبرزت مفهوم القسمة باعتبارها الطريق الأصلي لانقضاء الشيوخ، ومدى الحق في طلبها مع دراسة طرقها وإجراءاتها ضمن القوانين المقارنة.

أما الباب الثاني فقد خصصته لآثار القسمة و ضمانات تحقيق العدالة فيها وحاولت فيه دراسة آثار و ضمانات القسمة في الحالة التي تتم في ظل احترام الإجراءات والشروط المتعلقة بها وهي ما يصطلح على تسميتها بالقسمة المنتظمة، والحالة التي يقع فيها الإخلال أو المساس بهذه الإجراءات والشروط وهي ما يصطلح على تسميتها بالقسمة غير المنتظمة والتي تستدعي إعادة النظر فيها لتحقيق المساواة والعدالة فيها، وأنهيت الدراسة بخاتمة عامة حول أهم النتائج والحلول المتوصل إليها وأعقبت ذلك باقتراحات وتوصيات ارتأيت أنها كفيلة بتحقيق فاعلية في إتمام عمليات القسمة مع مراعاة الموازنة بين مصالح الشركاء في الشيوخ ومراعاة فاعلية الملكية العقارية وبعدها الوظيفي الاجتماعي والاقتصادي.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية
الشائعة

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

إن دراسة أحكام قسمة الملكية العقارية الشائعة يستلزم تحديد ماهية هذه الملكية بتحديد إطارها المفاهيمي و تكييف حقوق المالكين في الشيوع و تمييز هذه الملكية عن غيرها من الأنظمة الشبيهة ، كما أن دراسة التطور التاريخي للشيوع في الملكية العقارية على ضوء التشريعات محل المقارنة يعد لازماً لتحليل تطور التشريع في معالجته للإشكاليات المتعلقة بموضوع القسمة العقارية و فهم و تأصيل الاتجاهات و الحلول التي تبناها المشرع ، و عليه فقد قسمنا هذا الفصل لمبحثين خصصنا الأول منها لبحث ماهية الملكية الشائعة في حين نتعرض في المبحث الثاني لدراسة التطور التاريخي للشيوع في القوانين المقارنة .

المبحث الأول : ماهية الملكية الشائعة

إن تحليل ماهية الملكية الشائعة يستدعي تحديد مفهوم الشيوع و تحديد عناصره وطبيعته القانونية ، كما أنه ونظراً لوجود تقارب بين الملكية الشائعة و بعض الأنظمة الشبيهة لها فإنه يتعين إجراء مقارنة هدفها التمييز بين هذه الملكية و باقي هذه الأنظمة وهو ما سنحاول إبرازه ضمن ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : مفهوم الشيوع

إن تحديد الإطار المفاهيمي للشيوع يقتضي منا محاولة تحديد التعاريف اللغوية و الفقهية والقانونية للشيوع ، لنخلص من خلال ذلك إلى تحديد عناصره وهو ما نستعرضه ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول : تعريف الشيوع لغة

في اللغة يقال "شَاعَ شَيْعًا بالخبر : أذاعه.

ويقال : نَشَّاعَتِ الإبل : بمعنى تفرقت .

و المَشَاعُ و المُشَاعُ: الذائع وهو المشترك غير المقسوم ومنه " مشاع القرى " لما اشترك فيه عامة أهاليها من الأرض و الغابات.

ويقال ، شَائِعٌ : مشترك غير مقسوم .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

و المُتَشَايِع و المُشْتَاِع : الشريك¹.

و في اللغة الفرنسية هو "اسم مشتق من Indivis (شائع) وهو مأخوذ من اللاتينية de-divisus يقال عن مال يكون لعدة أشخاص حقوقا عليه غير مقسمة ماديا بينهم"².

"وشائع صفة من اللاتينية Indivisus، ومعناه غير مجزىء، غير مقسم بعد، تقال، بخلاف المال المقسم إلى حصص أو الحصص المخصصة بشكل حارم أو المال الشخصي في المال أو الأموال في شيوع، بشكل أخص في المال الشائع بالنسبة إلى الملكية، ضدها مانع Privatif، خاص³ propre"

الفرع الثاني : المفهوم الفقهي للشيوع

أعطى فقهاء القانون للشيوع تعاريف عديدة، غير أن الملاحظ أن جميعها تصب في مورد واحد، وسنحاول أن نحصر بعض تعريفات الفقهاء القانونيين على مستوى الدول العربية للشيوع، لنخلص بعدها إلى تعريف بعض الفقهاء القانونيين الفرنسيين للشيوع.

فقد عرف البعض الشيوع بأنه حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، فهو لا يقتصر على الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى، كما لو أوصى شخص بحق انتفاع لعدة أشخاص، إذ يكون حق الانتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا، وقد نظم المشرع الملكية الشائعة فحسب لأنها هي الصورة التي يتحقق فيها الشيوع عادة، أما الحق الشخصي، فإنه لا يكون مالا شائعا إذا تعدد أصحابه، بل ينقسم بينهم، وذلك مالم يكن غير قابل للانقسام⁴.

الشيوع ينشأ عندما يكون الشيء الواحد مملوكا في مجموعه لعدة أشخاص من غير أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين، و تكون الأنصبة متساوية أو مختلفة ويحددها المصدر المنشئ للشيوع ودائما يكون سببا من أسباب كسب الملكية، ولكل من المشتاعين الحق على الشيوع في كل

¹ - المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة و الأربعون، 2008، ص 411-412.

² - Dictionnaires le Robert, Nouvelle édition, SEJER, Paris, 2014, p975.

³ - جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1998، ص 935.

⁴ - عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، مصر، دار الفكر العربي، (د،ت)، ص 5.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

جزء من أجزاء المال الشائع وبقدر نصيبه، ولكنه لا يملك هذا الجزء وحده وإنما يشترك معه فيه باقي المشتاعين كل بقدر حصته¹.

فالشيوخ يعني تعدد الملاك لشيء واحد دون أن يختص كل منهم بشيء مفرز فيه، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات، بل تقع على الشيء الشائع جميعه، وهذا الشيء يكون مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل واحد منهم ماديا فيه، إلا أن هذا النصيب يتعين من الناحية المعنوية في الحق نفسه².

كما يعرف الشيوخ بأنه حالة قانونية تنتج عن اجتماع عدة حقوق عينية من طبيعة واحدة، لعدة أشخاص على شيء واحد، دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى أجزاء مفرزة³، وقد عرفت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الملكية الشائعة بأنها ملكية وسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة والشيء المملوك في الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة⁴.

وفي الفقه القانوني الفرنسي عرف الشيوخ بأنه تزامم عدة حقوق ذات طبيعة واحدة على شيء واحد، من دون أن يوجد أي فصل مادي للحصص، وما يميزه هو وجود عدة أشخاص لديهم حقوق متطابقة واردة على نفس الأموال، مع وجود مصلحة مشتركة، و الحق الشائع يمكن أن يكون حق ملكية، ونادرا حق انتفاع أو حق ملكية الرقبة، و المال الذي يرد عليه الشيوخ يمكن أن يكون مالا خاصا، وهي الحالة التي يشتري فيها عدة أشخاص معا نفس المال⁵.

ويوجد عدة أشخاص في الشيوخ عندما يكونون مالكين في وقت واحد لحقوق متطابقة وواردة على نفس الشيء، وهاته الوضعية القانونية التي توجد إلى غاية قسمة الشيء أو مجموعة الأشياء يتم

¹- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج3 مصر، (د،ن)، 1993، ص65 .

²- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة ، 2007، ص90 .

³- أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوخ في استعمال المال الشائع و استغلاله، دارسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2000، ص8 .

⁴- رياض مفتاح، موسوعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني، ج6، الإسكندرية، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية، 2015، ص93.

⁵- Malaurie philippe et Aynes laurent ,Les successions les libéralités, 3^{eme} éd, Defrénois éd Lextenso ,2008,p393.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

تجسيدها عندما يتمتع كل واحد من الشركاء في الشيوخ بنسبة أو جزء من حق واحد غير مجزىء على ملك مشاع غير مقسم ماديا، و الشيوخ كما يعبر عنه اللفظ بالفرنسية يجسد الوضعية السلبية لغياب التقسيم¹ .

يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنه يوجد تمازج واختلاط بين مفهوم الشيوخ كحالة قانونية يكون فيها الحق العيني مملوكا لعدة أشخاص دون تحديد نصيب كل منهم ماديا في الشيء ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه وبين مفهوم الملكية الشائعة باعتبارها إحدى صور الملكية.

واعتبارا لذلك فإنه من الضروري التمييز بين تعريف الشيوخ و تعريف الملكية الشائعة، ذلك أن الشيوخ وصف لحالة قانونية، بينما الملكية الشائعة هي ملكية موصوفة بالشيوخ² .

يرى الأستاذ الفقيه عبد الرزاق السنهوري أنه في مفردات اللغة الفرنسية يوجد فرق بين لفظ copropriété و لفظ indivision و أنه من الأولى الاحتفاظ بلفظ copropriété كمرادف للملكية الشائعة و التعبير عن الشيوخ في حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى، وإطلاق لفظ indivision كمرادف للشيوخ و للتعبير عن كل شيوخ سواء كان في حق الملكية أو في غيره من الحقوق العينية الأخرى³ و الملكية المشتركة كمصطلح قانوني فرنسي Copropriété يقصد به نوع من الملكية يعود فيها حق الملكية على الشيء عينه أو على مجموع أشياء لعدة أشخاص لكل منهم حصة مانعة يترافق معها ، على الكل و بالتناقص مع المشتركين الآخرين في الملكية ، بعض الحقوق (حق الاستعمال وحق الإدارة بصفة الحفظ على الأقل) مرادفها الشيوخ بالنسبة إلى الملكية⁴.

يجب عدم الخلط هنا بين مصطلح الملكية المشتركة la copropriété بوصفه يرد على كافة الحقوق العينية و مرادف للشيوخ، وبين مصطلح الملكية المشتركة في العقارات المبنية، (La copropriété des immeubles bâtis) والذي يعد شيوخا إجباريا يخضع لنظام الملكية المشتركة.

¹ -Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Traité de droit civil ,les biens, L.G.D.J ,paris 2000, p466.

² - هبوا إبراهيم قادر الحيدري، التصرف في المال الشائع، لبنان ، مكتبة زين الحقوقية ، ط1، 2015، ص83 .

³ -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، ج8، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009، ص 794 .

⁴ - جبرار كورنو، المرجع السابق، ص1601.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الفرع الثالث : تعريف القانون للشيوخ

في الغالب لا يتم وضع تعريفات للمفاهيم القانونية ضمن متن القوانين الوضعية ، بسبب أن التعريف يعد من عمل الفقهاء وليس عملا من أعمال واضعي التشريعات و النصوص القانونية، وسنحاول استعراض ما ورد في هذا الخصوص ضمن القانون المصري و الفرنسي أولا لنخلص أخيرا لما تضمنه القانون المدني الجزائري.

أورد المشرع المصري أحكام الشيوخ تحت عنوان الملكية الشائعة في الفصل الأول المعنون بحق الملكية بوجه عام ضمن الباب الأول الخاص بحق الملكية، وقد نصت المادة 825 منه على أنه : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوخ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك " .

فالمشرع المصري عرف الشيوخ في نطاق حق الملكية فقط، رغم أن الشيوخ يجوز أن يكون كذلك في الحقوق العينية الأخرى، مما يدل على أن حق الشريك في الشيوخ هو حق ملكية¹.

أما المشرع الفرنسي فإنه لم يورد ضمن متن القانون المدني أي تعريف للشيوخ، ومرد ذلك أن واضعي القانون المدني الفرنسي كانوا يعتبرون الشيوخ وضعية غير مرغوب فيها لأنها سبب للنزاعات و المشاكل وعائق اقتصادي ،ومن وجهة نظر سياسية فإن الشيوخ يفسد ويكدر مثالية الملكية الحصرية و المطلقة ، فلم يتم إرساء الشيوخ في القانون المدني الفرنسي عند إصداره خلال سنة 1804 ، إلا من خلال دعوى القسمة².

وبسبب هذه النظرة فإن القانون المدني الفرنسي لم يكن مهتما بالكاد إلا بإنهاء الشيوخ باعتباره حالة جامدة و مؤقتة، و بالتالي فلم يقدم أي تعريف بشأنه³.

أما المشرع الجزائري فقد أورد تعريفا للشيوخ ضمن المادة 713 منه وهي مطابقة تماما لنص المادة 825 من القانون المدني المصري، مع اختلاف بسيط في الصياغة وقد جاء نص المادة كمايلي: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة ،فهم شركاء في الشيوخ ،وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"

¹- مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية، مصر ، دار الكتاب الحديث، (د،ت)، ص83.

²- Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit ,p469.

³-Marty gabriel et Raynaud pierre ,Droit civil , les biens ,par partic jourdain ,D, éd delta ,1997,p82.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

يلاحظ وجود خطأ في النص العربي في لفظ "مقررة" و المقصود به "مفرزة" حسب ما يقابله في النص الفرنسي "divisée" فالمشعر الجزائري إسوة بالمشعر المصري عرف الشيوع في نطاق حق الملكية ونص عليه ضمن القسم الرابع تحت عنوان الملكية الشائعة ضمن الباب الأول من الكتاب الثالث و المعنون بحق الملكية.

الملاحظ أن التشريعات المقارنة اتجهت في تعريفها للشيوع ثلاثة اتجاهات مختلفة ، الأول اكتفى بتعريف الشيوع في نطاق حق الملكية فقط على غرار المشعر الجزائري و المصري، أما الاتجاه الثاني فقد وسع من نطاق الشيوع ليشمل حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى كما فعل المشعر التونسي في نص الفصل 56 من مجلة الحقوق العينية، أما الاتجاه الثالث فقد وسع من نطاق الشيوع ليشمل الحقوق العينية و الحقوق المالية¹.

الفرع الرابع : عناصر الشيوع

بناء على التعاريف الفقهية و الواردة ضمن النصوص القانونية فإن الشيوع مهما كانت صورته ينشأ بتوافر ثلاثة عناصر نستعرضها فيمايلي:

أولاً : وجود عدة أشخاص أصحاب حقوق عينية على المال محل الحق

فالحق العيني ذاته منقسم بين عدد من الأشخاص لكل منهم حصة فيه دون أن ينقسم المال ذاته، في حين أن البعض يتكلم عن تعدد الحقوق و تعدد أصحاب الحق، لأن تعدد أصحاب الحق يستلزم انقسام الحق ذاته بين أصحابه، بيد أن الحق لا ينقسم بل يتعدد².

ولما كان ملاك المال الشائع متعددين، فلا بد من تعيين حصة لكل واحد منهم، وتعيين الحصص عادة عند بدء الشيوع تبعاً لمصدره ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث وإن كان وصية عين الموصي حصة الموصى له، و إن كان عقداً تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك³.

إذا لم يتم تعيين حصة كل شريك في الشيوع فإنه يوجد افتراض قانوني مؤداه أن حصصهم متساوية مادام لم يثبت عكس ذلك، وقد أصدرت محكمة النقض المصرية قراراً بهذا الخصوص جاء

¹- هيوا إبراهيم قادر الحيدري ، المرجع السابق،ص 78-79.

²- هيوا إبراهيم قادر الحيدري، المرجع السابق، ص 84 .

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص 797 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

فيه " متى كانت حصص كل من الشركاء في المحل التجاري لم تفرز، فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا على غير ذلك"¹.

على خلاف القانون المصري و الجزائري الذي يعتبر أن الحق الشخصي لا يكون مالا شائعا إذا تعدد أصحابه، بل ينقسم بينهم مالم يكن غير قابل للانقسام ، فإن التشريع الفرنسي يعتبر أن تنافس الحقوق يمكن أن ينصب على حق معين أو على مجموعة أملاك مجموعة لا تحتوي فقط على أشياء و منقولات وعقارات كموضوع للملكية، و إنما أيضا على حقوق عينية أو شخصية كالشيوع الذي يتم بافتتاح الشركة ويتم توزيعه بين الورثة².

ومرد ذلك أن المشرع الفرنسي يعتبر أن الديون و التي تعد من حيث المبدأ غير قابلة للتقسيم، غير أنه يتم تقسيمها بكل حرية على الورثة بفصل المادة 1120 من القانون المدني الفرنسي و التي بدلت على هذا الأساس كليات وصيغ الالتزام³.

فالديون التي للشركة، أي الحقوق الشخصية (créances)، التي يكون فيها المورث دائما لأجنبي، هذه الحقوق الشخصية لا تدخل في الشيوع مع أموال الشركة الشائعة، بل هي تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة، كل بنسبة حصته من الميراث ، و إذا ماتم وضع كل الحق الشخصي عند القسمة في نصيب أحد الورثة، فإنما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم، أما بالنسبة للمدين بهذا الحق، فإنه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ،ويجب أن يحول باقي الورثة حصصهم للمورث الذي وقع في نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق⁴.

ثانيا: أن تكون الحقوق من طبيعة واحدة

يجب أن تكون الحقوق الواردة على الشيء الواحد ذات طبيعة واحدة ،سواء أكانت حق ملكية أو حقوق عينية أخرى، كحق الانتفاع وحق ملكية الرقبة وحق الارتفاق.

¹ -نقض مدني مصري 1970/01/08 طعن رقم 576 سنة 34 قضائية، نقلا عن عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، مصر، الاسكندرية، منشأة المعارف، (د.ت)، ص 183 .

² - Marty gabriel et Raynaud pierre, Op.cit, p78.

³ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie,Op.cit, p475.

⁴ -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص184

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وقد ينشأ حقان مختلفان على شيء واحد فتكون ملكية الرقبة لأحدهما و يكون حق الانتفاع للآخر، وفي مثل هذه الحالة لا يعد هذان الشخصان شريكين في الشيوخ، باعتبار أن الحقوق العينية الراجعة لكل واحد منهما ليست من طبيعة واحدة، غير أنه من الممكن أن توجد حالات تكون ملكية الرقبة خالصة لشخص واحد بينما يكون حق الانتفاع مشاعا بين عدة اطراف و العكس بالعكس¹ .

إذا كانت حالات الشيوخ في حق الانتفاع قليلة ونادرة في الواقع العملي في الجزائر ومصر، فإنها على عكس ذلك موجودة بكثرة في الواقع العملي في فرنسا، وسبب ذلك أنه في فرنسا تم إعطاء أهمية كبيرة لحق الانتفاع كون القانون الفرنسي قرر حالات هامة يكسب فيها الشخص حق الانتفاع في مال غيره بحكم القانون وتسمى حقوق الانتفاع القانونية ومن أمثلتها ما تقرره المادة 382 (ق.م. ف) من حق التمتع و الإدارة للوالدين على أموال الأولاد إلى غاية بلوغهما سن السادسة عشر، و المادة 757 (ق.م. ف) التي تقر حق الانتفاع على كامل الأموال الموجودة للزوج الباقي على قيد الحياة إن اختار ذلك وقد شاع بموجب هذه الأحكام حق الانتفاع في التعامل، فتكفل القانون المدني الفرنسي بتنظيمه، وعلى عكس ذلك فإن القانون المدني المصري لم ينص على حقوق الانتفاع القانونية² .

أما القانون المدني الجزائري فقد نص ضمن المادة 844 منه على أن حق الانتفاع يمكن اكتسابه بموجب القانون، وهو ما يبين انه تبنى موقف المشرع الفرنسي رغم أن الحالات التي يكتسب فيها حق الإنتفاع بموجب القانون تعد نادرة، ومن أمثلتها العملية ما كان منصوصا عليه سابقا في القانون رقم 19/87 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم³، والذي نصت المادة 06 فيه على تقرير حق الانتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة، و أن هذه الحقوق العينية تمارس على الشيوخ وبالتساوي بين أعضاء المستثمرة، و أن هذا الحق ينتقل إلى الورثة و يمكنهم التنازل عنه أو بيعه حسب ما نصت عليه المواد 8 و 9 و 26 من نفس القانون، هذه المواد التي تم إلغاؤها بموجب القانون 10-03 المحدد لشروط و كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة⁴.

¹-علي كحلون ، القانون العقاري الخاص، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010، ص119

²-عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه، ص1209

³-قانون 87- 19 المؤرخ في 08/12/1987، جريدة رسمية رقم50.

⁴- قانون 10-03 المؤرخ في 15/08/2010 ، جريدة رسمية رقم 46.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

إن الأهمية الكبيرة لحق الانتفاع في القانون الفرنسي أوجدت ظاهرة الشيوخ في هذا الحق، وقد أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة قرارات بوجود أن يكون الشيوخ واردا على حقوق من طبيعة واحدة وقد ورد في أحد القرارات : " لا يوجد أي شيوخ بين المنتفع ومالك الرقبة ، فحقوق الطرفين الواردة على نفس العقار هي من طبيعة مختلفة..."¹ .

ثالثا : وحدة محل الحق سواء كان عقارا أو منقولاً أو عدة أموال

قد أقرت هذا الشرط محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها " يتعين لاعتبار أموال متعددة في حالة شيوخ واحدة، أن تكون هذه الأموال شيئا واحدا متعدد العناصر و أن تنصب ملكية الشركاء معا على جميع هذه العناصر ، فلا يختلف ملاك أحدها عن الملاك في غيره "² .

يذهب رأي آخر إلى أنه لا يتصور أن تكون عدة عقارات في حالة شيوخ واحدة ، لأن لكل عقار معين سند ملكية مستقل وخاص به، وبالتالي ينفصل الشيوخ فيه عن بقية العقارات، ولو كانت لنفس الشركاء على وجه الشيوخ³ ، أما فيما يتعلق بالمنقولات ، بصورة عامة فإنه يتصور أن تكون عدة منقولات في حالة شيوخ واحدة.

غير أننا نرى أن هذا التصور لا يستقيم ،و أن الشيوخ يشمل جميع الأشياء عند تعددها سواء كانت عقارات أو منقولات ، لأن اعتبار أن كل عقار له سند ملك مستقل وخاص به، قد يصح في حالة الشيوخ الناشئ بموجب العقد، في حين أن الشيوخ الناشئ بموجب الميراث - وهو أهم مصادر الشيوخ - يكون هو سبب اكتساب الملكية لجميع العقارات .

المطلب الثاني: تكييف الشيوخ و حقوق المالكين فيه

إن عملية التكييف تستلزم تحديد الطبيعة القانونية للشيوخ في حد ذاته باعتباره وصف لحالة قانونية بالإضافة إلى تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوخ وهو ما سنحاول تبينه ضمن الفرعين التاليين:

¹-Bruzin andré et Nectoux jean ,Jurisprudance française 1807 à 1952,éd techniques S.A, paris ,1954,p547.

²-نقض مدني مصري 1983/03/14 ، طعن رقم 70 سنة 24 قضائية، نقلا عن محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2010،ص 108 .

³-هيوا إبراهيم قادر الحيدري، المرجع السابق،ص 84.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للشيوخ

كما سبق و أن بيناه فإن فقهاء القانون من خلال تعريفاتهم قد اعتبروا الشيوخ كحالة قانونية، يكون فيها الحق العيني مملوكا لعدة أشخاص دون تحديد النصيب المادي لكل منهم في الشيء، ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه .

وعلى خلاف ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتماد النظرة الرومانية التقليدية، و التي تعتبر أن الشيوخ لا يعدو ان يكون وصفا (modalité) من أوصاف الملكية الفردية، فيكون للشريك في الشيوخ حق ملكية كاملة شاملة على حصة معنوية (quote part abstraite) من الشيء المملوك في الشيوخ ويحتفظ بحريته في أن يتصرف في هذه الحصة و تجتمع ملكية الشريك مع ملكيات شركائه الآخرين في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك في الشيوخ¹ .

وفي فرنسا كان جانب من الفقه الفرنسي، خلال الفترة التي سبقت صدور القانون المؤرخ في: 1976/12/31 المعدل للقانون المدني الفرنسي وكيف الشيوخ بأنه " شبه شركة "² .

و تبعا لذلك فقد لجأ المشتاعون خلال الفترة السابقة لصدور قانون : 1976/ 12 /31 في فرنسا إلى إبرام عقد شركة مدنية فيما بينهم لتنظيم الشيوخ دون أن يكون لهذه الشركة شخصية معنوية ، وقد كثرت هاته الاتفاقيات حتى أصبح التمييز بين الشركة و الشيوخ جد دقيق حتى أن الفقيه الفرنسي بواتيه (Pothier) قد أطلق على الملكية الشائعة نتيجة هذا الخلط اصطلاح " شبه شركة " " quasi-société" واعتبر الشيوخ شركة من نوع خاص³ .

إن سبب هذه الوضعية هو انعدام نظام قانوني ينظم الشيوخ في القانون المدني الفرنسي عند إصداره خلال سنة 1804، كون المشرع آنذاك كانت لديه ميول لتقديس الملكية الفردية وفقا للتصور الروماني القديم، وتم اعتبار الشيوخ كوضعية هشة غير مستقرة وغير دائمة، ويتوجب إنهاؤها في أقرب وقت بموجب القسمة.

¹-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8 ، ص 796.

²-هيوا إبراهيم قادر الحيدري، المرجع السابق، ص 93.

³-أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 49.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

غير أن تكييف الشيوخ على أساس أنه شركة أو شبه شركة يبقى مجرد رأي فقهي القصد منه إيجاد مقارنة قانونية، وقد تعرضت هذه الآراء للنقد على أساس أن الشيوخ هو وصف للملكية فقط، وأن ما يجب إيجاد تكييف له هو حق الشريك في الشيوخ لأن التكييف في الغالب يتم بالنسبة للحقوق.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوخ

تعددت آراء الفقهاء بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوخ فيما إذا كان حقا شخصيا أو حقا عينيا.

فهناك من يرى بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين فيتربط على ذلك أن حق الشريك يعتبر حقا شخصيا في مواجهة بقية الشركاء ، يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء المشترك، بينما هناك رأي آخر يعتبر أن الشيوخ يعد في مجموعه وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء المشتاعين ، وعلى هذا الأساس يكون لهذه الوحدة شبه الشركة ويكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الشركة أو هذه الوحدة، وفي مقابل هذه الآراء و الفرضيات التي تعتبر حق الشريك حقا شخصيا، برز اتجاه آخر مؤداه أن حق الشريك في الشيوخ يعتبر حقا عينيا بالمعنى الدقيق مادام كل شريك يمارس سلطاته على حصته بصلاحيات مماثلة لشركائه¹ .

أولا: تحليل الآراء القائلة باعتبار حق الشريك في الشيوخ حقا شخصيا

وجد في هذا الصدد رأيان وكل واحد منهما يقدم حججا لتبرير ماذهب إليه سنوضح هذين الرأيين ونستعرض النقد الموجه إليهما .

ذهب الرأي الأول إلى اعتبار حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصي وليس حق عيني وذلك على أساس أن الحق العيني يفترض وجود محل معين له، هو شيء محدد ومفزز، بينما يقع حق الشريك المشتاع على حصة غير مفرزة أو محددة تحديدا ماديا ولا يتحول حقه الشخصي إلى حق عيني إلا بالقسمة و الإفراز² .

وقد وجه نقد إلى هذا الرأي كونه يتعارض مع ما يثبتته القانون لكل شريك مشتاع من سلطات مباشرة على الشيء الشائع سواء فيما يتعلق بالاستعمال أو الاستغلال أو التصرف هذا من جهة، ومن

¹-مصطفى أشيبان ، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي، الدار البيضاء، المغرب، دار النشر المغربية، ط1، 2009،ص 27.

²-حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مصر ، منشأة المعارف، ط3 ، 1994،ص157.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

جهة أخرى فإن اعتبار حق الشريك المشتاع حقا شخصيا لا يستقيم لأنه يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع و كأنه بدون مالك أثناء قيام الشيوع¹ .

ذهب الرأي الثاني في تأسيسه لحق الشريك في الشيوع بكونه حقا شخصيا إلى اعتبار المال الشائع مملوكا ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن كل شريك، وبذلك لا يكون لأي شريك سلطة قانونية مباشرة تقع على الشيء الشائع وإنما يكون حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصي يخوله اقتسام منافع الشيء الشائع إلى غاية أن تقع القسمة² .

لقد اتجه بعض الفقه القانوني في فرنسا إلى تقرير استقلالية مؤكدة للكتلة الشائعة، و التي يمكن أن تظهر محررة من استيلاء المالكين في الشيوع عليها و الذين لا يملكون سوى حق شخصي مجرد، فهذا الشيوع في شكل حصص يضع حاجزا بين المالكين في الشيوع و الكتلة الملموسة من الأموال التي لم تقسم بعد، وقد اتجه الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى معالجة الشيوع كوحدة متميزة عن الأشخاص المساهمين فيه، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاطار ما يأتي: "... إن إقرار الشريك في الشيوع لا يعد إقرارا من الشيوع..."³ .

وقد وجه نقد إلى هذا الرأي كونه قد يصلح لتفسير بعض النظم الأجنبية ، كنظام اليد المشتركة المعروف في القوانين الجرمانية، ولكنه لا يستقيم مع أحكام القانون السائد في البلاد العربية و كذلك القانون الفرنسي و التي لا تعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع أو الكتلة المستقلة،و إن هذا الرأي يؤدي إلى إضفاء الشخصية المعنوية على هذه الوحدة،وبالتالي ستصبح هي المالكة لمجموع الحصص، وهو ما يؤدي إلى انتفاء حالة الشيوع⁴ .

ثانيا : تحليل الآراء القائلة باعتبار حق الشريك في الشيوع حقا عينيا

اتجه الفقه الحديث إلى اعتبار حق الشريك في الشيوع حقا عينيا ينشئ رابطة تسلط مباشر بين الشريك وبين الشيء الشائع، وقد وجد رأيان بخصوص طبيعة هذا الحق العيني نستعرضهما فيمايلي:

¹-مصطفى أشيبان، المرجع السابق،ص 27.

²-عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق،ص 10.

³- Cass.civ,1^{er}, 23/11/1982,Bull.civ,I, n°335.

⁴- عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق،ص 10.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

ذهب الرأي الأول إلى اعتبار هذا الحق حقا عينيا من نوع خاص غير أنواع الحقوق العينية التقليدية المعروفة، إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، ولأن حق الشريك في الشيوع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية، وهي خاصية الاستثنائية حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء مادام للشركاء الآخرين في الشيوع حقوق ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله¹.

وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أن هذا الحق المقيد بممارسة حقوق تنافسية من طرف بقية الشركاء لا يعد حق ملكية، ولكنه عبارة عن حق حال (Droit Actuel) يمارس مباشرة على الشيء، وله فعلا طبيعة العينية وهو ما أدى ببعض الباحثين للكلام عن حق عيني من نوع خاص (Sui generis)، فلا يتعلق الأمر بحق ملكية ولكن عبارة عن مجموعة صلاحيات، فالشريك يتمتع بحق في القيمة (Droit en Valeur) ويتجسد في حق في حصة من قيمة الشيء وذلك عند إجراء القسمة، وحقه في امتلاك الأموال المكونة للكتلة الشائعة هو احتمالي و افتراضي كون الشريك في الشيوع يمكن في الواقع منحه حقوقه بطريقة أخرى في التشريع الفرنسي عوضا عن تملكه الأشياء الشائعة، بالإضافة إلى بعض الصلاحيات المرتبطة بصفة المالك في الشيوع كالحق في طلب القسمة، طلب المنح التفضيلي والتماس تدابير استعجالية².

وقد وجه إلى هذا الرأي نقد مؤداه تحديد مضمون هذا الحق العيني، فإذا كان محصورا في السلطات التقليدية الثلاثة المتمثلة في الاستعمال والاستغلال والتصرف فهو يعد حق ملكية حينئذ، ولا يستقيم وصفه بأنه حق عيني من نوع خاص، وإذا كان ينظر إليه كحق لا يخول الشريك إلا ما يعد اقتطاع من سلطات الملكية وهنا يثار التساؤل عن تثبت له ملكية الشيء الشائع، لأن اعتبار الشيوع صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، فإذا لم يكن هذا ولا ذلك فمن يكون مالك الشيء الشائع وهو السؤال الذي يكشف أن حجج هذا الرأي تعد غير سديدة³.

ذهب الرأي السائد في الفقه التقليدي و الفقه الحديث على السواء إلى أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، وقد تبنى هذا التوجه في فرنسا الفقيه بلانيول (PLaniol)

¹- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص111.

²- Marty gabriel et Raynaud pierre, Op.cit, p81,82 .

³-حسن كبيره، المرجع السابق، ص 158.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

والذي اعتبر أن حق الشريك في الشيوع يعد حقا عينيا بالمعنى الدقيق مادام كل شريك يمارس السلطات المرتبطة بالملكية على حصته بصلاحيات مماثلة لباقي الشركاء و أنه مقيد في ذلك بمزاومة باقي الشركاء الآخرين¹.

فحق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له مالك واحد كما في الملكية المفترزة، وإنما يتعدد الملاك في وقت واحد، أما الشيء محل الملكية فلا يتجزأ ، أي أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، بينما لا يوجد تقسيم مادي للشيء، ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء الشائع كله، وإن كان محددًا بقدر حصته و التي يرمز إليها بحصة معنوية غير محددة ماديا².

وتأسيسا على ذلك فإنه ليس في اعتبار حق الشريك في الشيوع كحق ملكية بالمعنى الدقيق ما يخرج بفكرة الملكية عن طبيعتها، فإذا كانت الملكية حقا استثنائيا مانعا، فالمقصود بذلك أنه يتمتع على غير المالك الاستفادة من الشيء ، لا أن يتمتع على أحد ملاك الشيء، وإن تفسير الاستثناء بمعنى عدم تصور المشاركة في الانتفاع بالشيء ولو بناء على حق يحميه القانون يعد من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية التي لم يعد لها محل في القانون الوضعي، أو في التصور النظري لحق الملكية³.

لقد أخذ المشرع المصري و الجزائري بهذا التكييف، و اعتبر حق الشريك في الشيوع حق ملكية حيث نصت المادة 825 (ق.م.م) و المادة 713 (ق.م.ج) على أنه : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا ... فهم شركاء على الشيوع ..."، فنص المادتين جاء صريحا في هذا المعنى ووصف صراحة الشركاء بأنهم مالكين للشيء الشائع، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية بكافة مشتملاتها المتمثلة في حق الاستعمال و الاستغلال و التصرف ، في حين أن القانون المدني الفرنسي قد نص على أن المالك في الشيوع له حق الاستعمال والانتفاع بالأموال الشائعة بحسب تخصيصها، وله حق التصرف في حقوقه الشائعة بحسب تخصيصها، وله حق التصرف في حقوقه الشائعة وذلك ضمن المادتين 815-9 و 815-14 (ق.م.ف) وهو ما يؤكد توجهه هو أيضا إلى اعتبار حق الشريك في الشيوع حق ملكية.

¹-Planiol marcel ,Traité pratique de droit civil français, TIII ,2^{em} éd, L.G.D.J, 1956,p2271.

²-حسن كيره، المرجع نفسه،ص 159.

³-مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق،ص 76.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي سابقا إلى تقرير أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية قبل صدور قانون 1976/12/31 المتضمن المواد السالفة الذكر، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها: " كل مالك في الشيوع لشيء مشترك له على هذا الشيء حق كامل، والذي لا يحده سوى الحقوق المتساوية لباقي الشركاء " ¹.

فيما يتعلق بالاجتهاد القضائي في الجزائر فقد صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا قرار كرس فيه هذا التوجه حيث جاء فيه : " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته وله أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الارث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون ².

المطلب الثالث : تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الأنظمة

الشبيهة

مادام أننا خلصنا إلى تقرير أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح وبما يتضمنه من سلطات الاستعمال و الاستغلال و التصرف، فإنه من اللازم تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من المفاهيم التي تقترب منها أو تتشابه معها و أهم هذه المفاهيم هي الملكية المفرزة والملكية الجماعية و الشركة و نظام اشتراك الأموال بين الزوجين المعروف في القانون الفرنسي.

الفرع الأول : الملكية الشائعة و الملكية المفرزة

الملكية في الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال و الاستغلال والتصرف، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه و أن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، أما حق المالك المشتاع في

¹ - Cass.civ,10/05/1937 : S.1937,1,191.

²-قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1990/10/29، ملف رقم 63765 ، المجلة القضائية ، العدد 4، سنة 1992، ص 28.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

التصرف فهو كحق المالك ملكية مفرزة على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة فيستطيع أن يبيع هذه الحصة و أن يهبها و أن يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة¹.

بصفة عامة فإن الصعوبة في تحديد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة ناتجة عن عدم تلاؤمها مع نظرية الملكية المفرزة و التي تطابق بين الحق و الشيء لإيجاد ما يسمى بملكية المال، وفي إطار هذا التحليل فإنه يكون من الصعب إيجاد توافق بين امتلاك الشريك في الشيوخ في نفس الوقت لحق ملكية على كامل المال الشائع وحق ملكية على حصة معينة وهذه إحدى الاختلافات بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة و المرتبطة أساسا بمحل حق الملكية.

بالإضافة إلى ذلك فإنه و إن كانت الملكية الشائعة مع الملكية المفرزة تشتملان على سلطات الملكية الثلاث، فإن من الواضح أن هذه السلطات في الملكية الشائعة يبقى استعمالها من طرف كل شريك مقيد لما لباقي الشركاء من سلطات مماثلة وهذا هو الاختلاف العملي الجوهرى بين الملكية المفرزة و الملكية الشائعة².

كما يتميز حق الشريك في الشيوخ عن حق المالك في الملكية المفرزة في أنه حق موصوف فهو حق مؤقت مصيره إلى الزوال ، ولكن زواله يختلف عن زوال أي حق عيني آخر، من حيث أن زوال الملكية الشائعة يترتب عليه تحويلها إلى ملكية مفرزة أو إلى عدة ملكيات مفرزة³.

غير أنه يجب التنويه أن الملكية الشائعة تشترك في الطبيعة مع الملكية المفرزة من حيث أن كليهما يعدان ملكية فردية Propriété Individuelle وهذه تعد إحدى نقاط التشابه بينهما.

الفرع الثاني : الملكية الشائعة و الملكية الجماعية

سبق و أن بينا أن الملكية الشائعة تعد ملكية فردية لا ملكية مشتركة، لأن كل شريك في الشيوخ يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة.

¹-أنور طلبية، المرجع السابق،ص 67.

²-حسن كيره، المرجع السابق،ص 160.

³-منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد الأول، 1974،ص106.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

في حين أن الملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية لأن المالك فيها هو جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية¹.

كما أن الملكية الجماعية تتميز من حيث أنها تعد نظاما مستقرا وليس مؤقتا كما هو حال الملكية الشائعة بالإضافة إلى أنها لا تكون خاضعة للقسمة بسبب الغرض الذي خصصت له وذلك على خلاف الملكية الشائعة².

و الملكية الجماعية هي نظام معروف في القوانين الجرمانية ويسمى بملكية اليد المشتركة (Zur Gesamten Hand- Propriété en Main Commune)، وهي تقوم على فكرة الملكية الأكثر جماعية و التي يكون خلالها الشريك في الملكية مالكا بالتضامن لكل المال الشائع وليس لديه حق فردي للملكية على جزء أو حصة شائعة كما هو الحال في القانون الروماني، إن هذا التصور الجرمانى ذا النزعة الجماعية كان هو الأساس الذي سمح للاجتهااد القضائى الفرنسى لاستنباط ووضع مفهوم الكتلة الشائعة المستقلة و التي لا تختلط مع الحقوق الفردية للمالكين في الشيوع، ولقد استطاع الفقه القانونى الفرنسى إيجاد نظرية وسطية للملكية الشائعة بين الشيوع الأكثر نزعة للفردية و الذي ورد ضمن القانون المدنى الفرنسى عند إصداره سنة 1804 و الذي كان متأثرا بالنزعة الرومانية و بين الشخصية المعنوية³.

هذا النظام لم تعرفه الأنظمة القانونية في مصر و فرنسا، وفي الجزائر فقد وجد نظام قديم قبل فترة الاحتلال الفرنسى وهو قريب من نظام الملكية الجماعية وهو ما يسمى بأراضي العرش.

أعتبرت أرض عرش الأراضي الداخلية المتواجدة على حافة الأراضي الشبه الصحراوية وهي خاضعة للاستغلال من طرف القبائل و العائلات المشكلة للأعراش وفقا للأعراف المتوارثة منذ قرون و التي كان يتم استغلالها جماعيا وبصفة مشتركة وهي لا تقبل القسمة ولا البيع ولا الإرث وخلال فترة الاحتلال الفرنسى تم إصدار قانون 22 أبريل 1863 المعروف سينانوس كونسيلت (sénatus

¹-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص799.

²-عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص6.

³ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit,p470 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

(consult) والذي اعترف بحق الملكية للقبائل الجزائرية على أراضي العرش التي تستغلها عن طريق الاعتراف للقبيلة بملكيته الجماعية للأرض¹.

رغم قدم نظام تملك القبائل لأراضيها في الجزائر قبل الفتح الإسلامي وبعده، فإن نظام أراضي العرش قد تكرر و ظهرت ملامحه التاريخية خلال فترة الحكم العثماني في الجزائر وإن ما عرف بأراضي العرش يمكن تقسيمها إلى صنفين²:

1- "الأراضي القريبة من المدن و الواقعة في السهوب الداخلية المنتجة للحبوب وهي الواقعة بالتطري و قسنطينة و مازونة و متيجة و غريس وهذا الصنف تسود به حياة الاستقرار وتنتشر به الملكيات الزراعية و توقع عليه الضرائب وقد إستولت قبائل المخزن على هذه الأراضي التي خصصت لها كإقطاعات تعطى لها مقابل خدمتها للدولة وهذا النوع من الملكية تبقى ملكية الرقبة فيه للدولة في حين يمنح حق الإنتفاع للقبيلة، وبالتالي فإن الملكية الجماعية لأفراد القبيلة تنصب على حق الانتفاع فقط.

2- الأراضي الواقعة نحو الجنوب و التي تمتد على مساحات شاسعة تغطي أغلب الأراضي في الجزائر إلى غاية دواخل افريقيا وتمتد هذه الأراضي في حالات ضعف الدولة الحاكمة إلى نواحي الأوراس و الونشريس بالإضافة إلى سهول وهران و الشلف و الهضاب الممتدة من الحضنة شرقا إلى كافة المناطق الغربية، وهذا الصنف تغلبت عليه حياة البداوة واختفت منه بصفة عامة الملكيات الخاصة و تحولت إما إلى أراض مشاعة و إما إلى مراعي موسمية لقطعان ماشية البدو، وهذا الصنف ظل في أغلب الأحيان ممتعا عن الحكام وتعيش عليه قبائل الرعية شبه مستقلة لا تستخلص منه الجبايات، ولا تدين بالولاء والطاعة للدولة إلا عند شن الغارات عليها وأصبحت تسمى أرض الخلاء"³.

فنظام أراضي العرش الذي كان سائدا قبل فترة الاحتلال الفرنسي هو نظام يختلف عن الملكية الشائعة المعروفة آنذاك ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، وما يمكن قوله أن الصنف الثاني المذكور أعلاه يعد نظاما للملكية الجماعية و يقترب من النظام المعروف في الأنظمة القانونية الجرمانية كونه نظاما مستقرا وغير خاضع للقسمة و يتم توجيهه حسب الغرض الذي خصص له

¹-سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومه للطباعة و النشر، 2002، ص11 و 14.

²-ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص20 و21.

³-ناصر الدين سعيدوني، المرجع نفسه، ص21.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

دون أن توجد شخصية معنوية بالمعنى القانوني كون القبيلة أو البطن أو العائلة لم تكن لديها هاتاه الصفة .

وخلال فترة الاحتلال الفرنسي تم معاينة هذا النوع من الملكية، فأقليم القبيلة كان يتم تقسيمه إلى عدد معين من الحصص و تسمى المشاتي و التي تمنح في الأصل إلى رؤساء العائلات،ولكن داخل كل مشته فإن الملكية تبقى غير مقسمة و إنما تبقى شائعة بين كل أصحاب الحق ، وهذا النوع من الشيوخ يكاد يكون موجودا في كل مكان في الجزائر خلال تلك الفترة، ونظرا لكون تقنيات وطرق الفلاحة تقليدية فإن كل المالكين في الشيوخ يقومون بممارسة الفلاحة مجتمعين ويتقاسمون الثمار وفقا لحصة كل واحد منهم وهذه الملكية توجد لدى الشعوب التي يكون أفرادها رعاة ومزارعين في نفس الوقت وطرق الفلاحة لديهم بدائية، وقد عاينها الرومان عند الجرمانيين في القرن الأول الميلادي،كما أن نفس الممارسة موجودة في نواحي إسبانيا ومنطقة دالما (Dalmat) بكرواتيا و مازالت موجودة في روسيا¹ .

رغم سعي الاحتلال الفرنسي للقضاء على هذا النوع من الملكية فإن أراضي العرش قد بقيت وقد تم إحصاء أراضي العرش غداة الاستقلال و التي ليست لديها سندات بمساحة 2.071.582 هكتار وقد اعتبر الأمر 71-173 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية أراضي العرش ضمن الأملاك الوطنية و أدمجت في صندوق الثورة الزراعية² .

عند صدور القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 و المتضمن التوجيه العقاري والذي ألغى قانون الثورة الزراعية، فقد صنف الأملاك العقارية ضمن ثلاثة أصناف و نصت المادة 85 منه على أن الشاغلين الأصليين لأراضي العرش الفلاحية قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية يستفيدون بالأولوية من تخصيص فردي على الأراضي الزائدة وفقا لأحكام القانون 19/87.

ونظرا للمنازعات التي ثارت حول النظام القانوني لأراضي العرش والتي طالب الحائزون لها قبل تطبيق الثورة الزراعية باسترجاعها على أساس أنهم مالكون لها أبا عن جد، فإن المشرع عند تعديل القانون 25/90 بموجب الأمر 26/95 المؤرخ في 25/09/1995 قد أكد في المادة 85 المعدلة على أن أراضي العرش تبقى ملكا للدولة وهو تطبيق سليم لأن أراضي العرش لم يكن

¹ -Dereste rodolphe,De la propriété en Algérie, 2^{em} éd,Challamel ainé et A.Durand,paris,1864,p86.

² -عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومه ، ط7 ، 2011، ص 12 و13.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

للمستفيدين منها سوى حق الاستغلال ،وقد ضمن المشرع للمستغلين المقيمين حق أولوية من الاستعادة منها طبقا للقانون 19/87¹،وهو ما تم تكريسه عملا بأحكام هذا القانون والذي تم الغاؤه لاحقا بموجب القانون 03-10 سالف ذكره ،والملاحظ أن نظام الملكية الجماعية الذي كان معروفا قبل الاحتلال الفرنسي قد زال بعد الاستقلال نتيجة التطورات الاجتماعية و السياسية التي مر بها المجتمع الجزائري.

الفرع الثالث: الملكية الشائعة و الشركة

بالرجوع إلى أحكام المادة 416 من القانون المدني الجزائري ،والتى تقابلها المادة 505 (ق.م.م) و المادة 1832 (ق.م.ف) فإنه يمكننا من خلالها استنباط العناصر الأساسية اللازمة لتكوين الشركة و المتمثلة أساسا في شكلية إنشائها و في طبيعة الأشخاص المكونين لها، بالإضافة إلى الهدف من إنشائها حيث نصت المادة 416 (ق.م.ج) على مايلي: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد،بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجز عن ذلك"

ويمكن الاستناد إلى نص المادة، وكذلك إلى أحكام القانون التجاري في الفصل المتضمن تنظيم الشركات التجارية أن نستخلص أهم نقاط الاختلاف بين الملكية الشائعة و بين الشركة سواء كانت مدنية أو تجارية ضمن البند الأول لنخلص بعدها إلى استعراض الروابط الخاصة بين الشركة والملكية الشائعة في القانون و الاجتهاد القضائي الفرنسي ضمن البند الثاني .

أولا : معايير تمييز الملكية الشائعة عن الشركة

1-معيار شكلية الإنشاء

تنشأ الشركة دائما بموجب الاتفاق الإرادي أي بموجب عقد يتضمن الإيجاب و القبول حتى لو اتفق الشركاء في الشركة على عدم تسجيلها كما هو الأمر في شركة المحاصة، فالشركة تنشأ بموجب اتفاق إرادي ، وعلى العكس من ذلك فإن الملكية الشائعة لا تنشأ دائما بموجب الاتفاق الإرادي، بل إن الغالب أن حالة الشيوخ تنشأ بواقعة غير إرادية لا صلة لها بإرادة الشركاء كالميراث و الذي يعد من

¹-إيلي زروقي ، التقنيات العقارية، العقار الفلاحي، ج1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2001،ص 85.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

أهم أسباب نشوء هذه الملكية، ومن ثمة فإن الشركة تعد حالة إيجابية اختيارية ، في حين أن الملكية الشائعة تعد حالة سلبية مفروضة¹ .

2- معيار تعدد الشركاء

يمكن أن تنشأ الشركة بوجود شخص طبيعي وحيد كما هو الحال في المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة و التي لا يجوز أن يتجاوز عدد الشركاء فيها عشرين شريكا، كما أن القانون يفرض أحيانا توافر عدد معين من الشركاء لتأسيس الشركة كما هو الحال في القانون التجاري الجزائري الذي يشترط أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة(07) لأجل تأسيس شركة المساهمة، في حين أن الملكية الشائعة تفترض وجوبا تعدد المالكين في الشيوخ دون أن تفرض توافر عدد معين لنشوتها.

غير أن الشركة تتفق مع الملكية الشائعة في جواز أن تنشأ بين أشخاص من طبيعة واحدة إما طبيعية أو معنوية، وهو ما يعرف بالتجمع أو بين أشخاص من طبيعة مختلطة معنوية وطبيعية باستثناء الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط و يستنبط ذلك من أحكام المادة 416(ق.م.ج) والمادة 796 من القانون التجاري الجزائري ، وعلى مثل ذلك فإن الملكية الشائعة قد تنشأ في العقارات بين الدولة بصفتها شخص معنوي وبين الأشخاص الطبيعية أوبينها و بين الأشخاص المعنوية وفقا لما نصت عليه المادة 98 من القانون 30/90 المؤرخ في: 1990/12/01 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية .

3- معيار الهدف

عند إنشاء الشركة فإن نية الشركاء تتعد لأجل التعاون على قدم المساواة لتحقيق الربح أوبلوع هدف اقتصادي في سبيل المصلحة الجماعية، فالشركة تُعرف كعون " agent" مكون للثروة، وتمكن من بلوغ نتائج لا تستطيع النشاطات الفردية للأشخاص الطبيعية التوصل إليها، في حين أن الشركاء في الملكية الشائعة لا توجد في الغالب لديهم نية المشاركة على وجه التعاون، كون عملهم يكون في سبيل المصلحة الخاصة و يكون من قبيل الاضطرار فقط، فالمالكون في الشيوخ لا يبحثون أساسا

¹-عمار عموره، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الجزائر، دار المعرفة، 2009، ص141.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

على إعطاء نشاط منتج للمال الشائع ، ففي حالة الشيوخ لا وجود لروح الاتحاد والتعاون الإيجابي الذي هو أحد العناصر الأساسية للشركة¹ .

4- معيار المدة

يعد الشيوخ بصفة عامة حالة وقتية غير مرغوب في إستمرارها ، فلا يمكن الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تتجاوز خمس (05) سنوات ، في حين أن الشركة تعد نظاما قانونيا له طابع إيجابي يهدف لتوسيع الفعالية الإقتصادية و لها طابع الديمومة و الاستمرار ، ومدة قيامها قد تصل إلى تسعة و تسعون (99) سنة² .

5- معيار ملكية الأموال

تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية - باستثناء شركة المحاصة- و يترتب عن ذلك أن الأموال المكونة لرأسمال الشركة تعد مملوكة ملكية مفرزة لها باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء ، و ليس لأحد من الشركاء في الشركة حق عيني في هذا المال، ولا تصبح هذه الأموال مملوكة في الشيوخ للشركاء إلا إذا إنحلت الشركة و صفيت³ .

وعلى العكس من ذلك فإن الشيوخ لا يتمتع بالشخصية المعنوية، ومن ثمة فإن كل شريك في الملكية الشائعة يملك حصة شائعة، وله سلطة مباشرة عليها بالاستعمال و الاستغلال والتصرف.

ثانيا : الروابط الخاصة بين الشركة والملكية الشائعة في القانون و الاجتهاد القضائي الفرنسي و أسبابه

تاريخيا وجد اختلاط و تزاوج بين مفهومي الشركة و الشيوخ، ومرد ذلك أن المشرع الفرنسي عند إصداره للقانون المدني لم يقم بتنظيم الشيوخ واعتبره وضعية مؤقتة ، هشة و آيلة للزوال.

لقد نتج عن هذا الفراغ لجوء المالكين في الشيوخ إلى وسيلة عملية لتنظيم علاقاتهم القانونية فيما بينهم من جهة، و لأجل تفادي آثار إلزامية عدم جواز الاتفاق على البقاء في الشيوخ الاتفاقي لمدة تتجاوز خمس سنوات من جهة أخرى، وهذه الوسيلة هي إدخال الأموال الشائعة ضمن شركة

¹-لحسين بن شيخ أث ملويا ، بحوث في القانون ، الجزائر، دار هومة، 2000، ص153.

²-هيووا إبراهيم قادر الحيدري، المرجع السابق، ص109 .

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص801.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

مدنية لأجل تسييرها و لإعطاء الإضافة لها، وعندما يوجد غموض ويثور التساؤل بخصوص طبيعة الاشتراك فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان له اتجاه تفضيلي للأخذ بمفهوم الشركة عوضا عن الشيوخ¹.

رغم إدخال المشرع الفرنسي لإصلاحات على القانون المدني الفرنسي سنة 1976 تسمح للشركاء في الشيوخ بتحرير إتفاقية لتسيير الشيوخ بطريقة أكثر نظاما ، فإن المالكين في الشيوخ قد استمروا في تفضيل العمل بشكلية الشركة لأسباب محاسبية وضريبية، وقد تم اللجوء إلى إنشاء الشركة المدنية المنصوص عليها بالمواد 1845 ومايليها من (ق.م.ف) و التي تمنح الشكل القانوني المستقر لإحلال شخصية معنوية فعلية على الشيوخ، وقد أصبح الهدف الرئيسي لهذا التجمع هو الإبقاء على الشيوخ ضمن إطار إتفاقي عوضا عن هدف الربح الذي يميز الشركة².

كما كان بإمكان المالكين في الشيوخ اللجوء إلى شركة المحاصة و التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وذلك للسماح باستبعاد أحكام المادة 815 (ق.م.ف) و التي تحضر الإتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تجاوز خمس سنوات وفي فرنسا فإنه إذا كان بإمكان الشيوخ أخذ شكل الشركة ، فإنه يوجد حالات يتم فيها استعمال نظام الشيوخ بدلا عن الشركة ويتعلق الأمر في العادة بحالات الشركة الفعلية التي لها مظهر مشابه للشيوخ لكنها في الحقيقة تكشف عن العناصر المكونة لعقد الشركة، كمشاركة الشركاء في الأرباح و الخسائر الخاصة بالمستثمرة .

ما يمكن ملاحظته أنه وإلى غاية صدور القانون 94-1 الصادر في 1994/01/03 والذي استحدث شركة الأسهم البسيطة ، فإنه كان يوجد لدى بعض الشركات فائدة قانونية و جبائية لأن ترتبط في إطار إتفاقية الشيوخ لأجل الاستغلال الجماعي لوحدة إنتاج مواد أولية و التي يتم تقاسمها لاحقا بسعر الكلفة³.

¹-Planiol marcel et Ripert georges ,Traité pratique de droit civil français,T IV, successions,2^{ém} éd. L.G.D.J,paris,1956,p 74.

² - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie,Op.cit ,p473.

³ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit ,p474 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

إن هذا الارتباط الخاص بين الشيوع و الشركة في القانون الفرنسي مرده أساسا الفراغ القانوني الذي كان موجودا و التطورات و التعديلات التي تمت على القانون المدني أدت إلى وجود ظاهرة التحول من نظام الشيوع إلى نظام الشركات و كذلك العكس¹.

غير أن المقاربة بين مفهومي الملكية الشائعة و الشركة تبدو ممكنة خصوصا عندما تكون الشركة مجردة من الشخصية المعنوية و المتمثلة أساسا في شركة المحاصة و الشركة الفعلية والشركة طور الإنشاء ، و هنا يمكن القول أنه لا توجد إلا بعض الاختلافات النسبية، وذلك بالنظر إلى الفقرتين 2 و3 من المادة 1872 (ق.م.ف) و التي نصت على أن الأموال التي تكتسب من استعمال أموال الشركة تعد شائعة بقوة القانون، بالإضافة إلى إمكانية اتفاق الشركاء على وضع الأموال الخاصة بهم كحصص في الشيوع.

وتبعاً لذلك فإنه توجد نقاط تلاق و تشابه كثيرة بين مفهوم الشيوع و شركة المحاصة وهكذا فإن الحق في طلب حل الشركة و الحق في طلب القسمة معروفين في حدود جد متقاربة حسب المادتين 1872-2 و 1872-3 (ق.م.ف) ، وقد رأى المشرع أنه من المستحسن إنشاء ووضع نظام قانوني مشترك لهذه الوضعيات المتشابهة و المتقاربة وذلك بتفضيل تقنية الإحالة كما هو الحال في المادة 1872-1 فقرة 4 (ق.م.ف) والتي تأخذ حالة الشيوع كمرجع عندما يتعلق الأمر بعلاقات الشركاء مع الغير فيما يتعلق بالأموال التي تعد شائعة وذلك بتطبيق المادة 1872 فقرة 1 و2 و التي تعتبر الأموال في الشيوع رغم تكييفها على أساس شركة محاصة².

في الأخير نشير إلى أن الشركة المدنية بعد حلها و تصفيتها فإن الأموال الباقية تصبح مملوكة في الشيوع بين الشركاء و أنه يُتبع في قسمة هاته الأموال القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع حسب ما نصت عليه المادة 448 (ق.م.ج) و التي تقابلها بنفس الصياغة المادة 537 (ق.م.م) و المادة 1844 9- (ق.م.ف) و التي جاءت بأحكام أكثر تفصيلا.

ومما يتوجب الإشارة إليه أن سلطة المصفي في بيع أموال الشركة سواء كانت منقولة أو عقارية تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها، لأنه إذا تم وفاء تلك الديون و أمكن بذلك تحديد الصافي من

¹ - Marty gabriel et Raynaud pierre, Op.cit,p80,81 .

² - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie,Op .cit ,p 474 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

أموال الشركة فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقق و تزول الشخصية المعنوية للشركة ،ويصبح الشركاء ملاكا في الشيوع للأموال الباقية التي يجب قسمتها بينهم¹ .

غير أن التساؤل المطروح هو مدى إمكانية الاستمرار في البقاء في الشيوع من عدمه إن رغب الشركاء في ذلك، وما تجدر الإشارة إليه هو أن القانونين الجزائري و المصري لم يتضمنا أي نص صريح بخصوص ذلك و اكتفيا بالإشارة إلى القسمة فقط، في حين أن القانون المدني الفرنسي قد نص صراحة بموجب الفقرة 4 من المادة 1844-9 على جواز اتفاق الشركاء كلهم أو بعضهم على الاستمرار في البقاء في حالة الشيوع سواء بالنسبة لكامل أموال الشركة أو جزء منها، وتصبح القواعد المتعلقة بالشيوع هي التي تنظم علاقاتهم فيما يتعلق بهذه الأموال عند إقفال التصفية .

الفرع الرابع : الملكية الشائعة و نظام إشتراك الأموال بين الزوجين

إن ما يعرف بنظام اشتراك الأموال بين الزوجين (Régime de la communauté) هو نظام معروف في القانون المدني الفرنسي و تنشأ عن مشاركة أحد الزوجين بكل أو جزء من ماله مع زوجه استنادا إلى عقد الزواج بهدف تحقيق غرض قانوني معين، وهو نظام اختياري و ليس إجباري، إذ يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما الأخذ بنظام فصل الأموال و يحتفظ كل منهما بإدارة أمواله الشخصية و بالتمتع بحرية التصرف بها .

وهذا النظام إما أن يكون اتفاقيا بموجب عقد يحرر أمام موثق و إما أن يكون قانونيا تحكمه المواد 1400 وما يليها من (ق.م.ف) و تتكون الأموال المشتركة بين الزوجين من المكتسبات المحققة من قبل الزوجين مجتمعين أو منفصلين أثناء الزواج، و التي تكون متأتية إما من عملهم الشخصي أو من إدارات ثمار و مداخيل أموالهما الخاصة، و يحتفظ كل زوج بكامل الملكية على أمواله الخاصة، و ينحل هذا النظام إما بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو بفصل الأموال، كما يجوز أن ينحل تغيير نظام الزوجية المالي، و يختلف نظام اشتراك الأموال بين الزوجين عن الملكية الشائعة في كونه ينشأ بمقتضى عقد الزواج وينتهي بانتهائه ، بينما تنشأ الملكية الشائعة بأسباب نشوء الملكية بوجه عام و تنتهي بانتهائها طالما تتفق هذه الأسباب مع طبيعتها² .

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق، ج4، ص 418.

² - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 26.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

كما أن القواعد المطبقة على الشيوع تختلف عن تلك المطبقة على هذا النظام وهو ما توصلت إليه الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في قرار جاء فيه: " إن قواعد شيوع أموال الزوجية تستبعد تلك الخاصة بالشيوع، و بالتالي فإنه لا يجوز للدائن الشخصي لأحد الزوجين أن يباشر في طلب قسمة عقار مشترك متزرعا بالمادة 815-17¹ .

وما يجب التنويه عليه أنه في ظل أحكام القانون الفرنسي فإنه عند وفاة أحد الزوجين فإن تسوية نظام الأموال المشتركة بين الزوجين تسبق تصفية وتسوية التركة باستثناء الحالة التي يكون فيها الزوجان خاضعين لنظام فصل الأموال، فب وفاة أحد الزوجين الخاضعين لنظام اشتراك الأموال، فإن ثلاث ممتلكات تنشأ وهي : ممتلكات الزوجة ، ممتلكات الزوج و ممتلكات نظام الاشتراك وإن قسمة ممتلكات نظام الاشتراك بين الزوجين تختلط و تتداخل فيما يتعلق بشكلياتها مع قسمة التركة كون القواعد المطبقة هي نفسها وفقا لأحكام المادة 1476 (ق.م.ف)² .

وهذا النظام غير معروف في الجزائر و مصر و غالب الدول العربية كونها تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وشؤون الأسرة والشريعة الإسلامية لاتعرف مثل هذا النظام، باستثناء ما أورده المشرع الجزائري عند تعديله للمادة 37 من قانون الأسرة بموجب الامر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي أجاز من خلالها للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما و رغم ذلك فإن هذا النص لا يرقى إلى أن يكون نظام للإشتراك في الأموال بين الزوجين، وعلى خلاف ذلك فقد تبنى المشرع التونسي هذا النظام بموجب القانون رقم 19 المؤرخ في 19/11/1998، و المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين .

وفي هذا الصدد فقد عالجت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في الجزائر قضية تتلخص وقائعها في قيام زوجين بشراء عقار مناصفة بينهما بموجب عقد رسمي و الذي ورد في أحد بنوده أن ملكية

¹ - Cass. civ .1^{er},09/11/1993 : bull .civ.l.n°413,Defrénois 1994,p435.OBS.Aynes.

² - Taithe christian,successions ,19^{ém} éd ,Delmas,2002,p133.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

العقار تعود بأكملها إلى أحد الطرفين عند وفاة الطرف الآخر، مع إقصاء ورثة هذا الأخير إن وجدوا، مع منع أي تصرف من أحد الطرفين في حصته دون موافقة الطرف الآخر¹.

وقد اعتبر قضاة الغرفة العقارية أن محل العقد المبرم بين طرفي النزاع باطلا، كون الاتفاق ينصب على تركتهما المستقبلية، و إن مثل هذا الاتفاق محظور قانونا وفقا لنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على سبيل الاستثناء².

المبحث الثاني : التطور التاريخي للشيوع في القوانين المقارنة

سنحاول ضمن هذا المبحث استعراض التطور التاريخي للشيوع و كذلك ما تبعه من آليات تنظيم الملكية الشائعة و ذلك بتحليل تاريخي لتطور الملكية الجماعية لدى الشعوب في العصور القديمة لنخلص لاحقا لدراسة هاته الملكية خلال فترة التقنين، و سنفرد مطلبا خاصا لدراسة تاريخية وتحليل التقنيات في كل من فرنسا ثم مصر لنخلص أخيرا إلى التقنين الجزائري باعتباره الأحدث من حيث زمن الإصدار.

المطلب الأول: تطور تنظيم الملكية الشائعة في فرنسا

من خلال هذا المطلب سنستعرض أولا تطور الملكية الجماعية و ظهور مفهوم الملكية الشائعة خلال العصور القديمة، لنخلص في الفرع الثاني لدراسة مرحلة التقنين بصدور قانون 1804 و ما لحقه من تعديلات.

الفرع الأول: الأسس التاريخية لتنظيم الملكية الشائعة

إن دراسة الأسس التاريخية لتنظيم الملكية الشائعة، يستلزم التعرض لمرحلتين هامتين باعتبارهما المصدرين التأسيسيين للقانون المدني الفرنسي الحديث و هما مرحلة القانون الروماني ثم مرحلة القانون الفرنسي القديم.

¹- قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 2009/10/15 ، ملف رقم 547042 ،مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج3، قسم الوثائق، 2010، ص305.

²- غنيمية لحو ، تعليق على قرار ، القوة الازامية للعقد، استبعاد القسمة بالاتفاق ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج3 ، قسم الوثائق، 2010، ص310.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

أولا : مرحلة التقنين الروماني

مازالت الأصول التاريخية الدقيقة للشيوع محل خلاف، ويظهر أنه من الصعب تحديد مفهوم مؤسس تأسيسا كاملا سواء على تحليل فردي أو في إطار تصور أكثر جماعية أو تشاركية، ومن دون أن تكون موجودة وفق ما تقتضيه العبارة، فقد وجد نوع من الشيوع في روما على شكل جماعي ، و الأمر هنا يتعلق بما يسمى الاتحاد الأخوي (Consortium inter fratres) والذي يسمح للأشخاص المنحدرين من أصل واحد بالملكية الجماعية أو المشتركة لمال أو لشيء على نحو نسبي و متعادل من دون أن يكرس في إطار قسمة، ولكن الحضارة الرومانية التي بدأت تنزع نحو الملكية الفردية تساهلت على نحو متزايد مع الشيوع الميراثي غير المستقر، وهذه النزعة الفردية كانت حاضرة و مجسدة في قانون الألواح الإثني عشر و الذي سمح لأي وارث بمباشرة دعوى القسمة¹ .

وقد أطلق الرومان على الشيوع لفظ (communio) ، و لكنهم كانوا يدققون عموما بإطلاق مصطلح " الشيوع الحادث " (communio incidens) وهو حالة غير مرغوب فيها وهذا المعيار هو الذي يفرقه في الواقع عن مفهوم الشركة، فهذا الشيوع لا يجب أن يبقى مؤبدا ويجب الخروج منه بالقسمة و لتجسيد ذلك فإن القانون الروماني يقر دعاوى تقسيم² .

وهاته الدعاوى توجد في صورتين هما :

- **Actio familiae erciscundae** دعوى قسمة التركة

- دعوى قسمة الأموال الشائعة بالنسبة للشركاء غير الورثة **Actio communi dividundo**.

فإذا اختلف الورثة أو الشركاء على فصل الأنصبة، ورفعت دعوى قسمة من أحد الورثة أو أحد الشركاء على الشيوع، فإن القاضي هو الذي يقوم بهذه القسمة، وقد يحكم القاضي بالقسمة عينا، وقد يكون المال المراد قسمته غير قابل للتبويض فيحكم القاضي بالعين كلها إلى أحد الشركاء أو الورثة مع إلزامه بتعويض باقي الشركاء أو الورثة عن قيمة أنصبتهم³ .

¹- Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op . cit , p 467.

²- Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Histoire du droit civil, 2^{em} éd, D , 2010, p 835.

³- أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ القانون المصري مع دراسة في القانون الروماني، الاسكندرية، مصر ، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 147.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وتبعاً لتطور القانون الروماني ضمن ما يعرف بمرحلة عصر القانون القديم (période de l'ancien droit) و بمرحلة العصر العلمي (période classique) فإن الشيوخ قد عرف نظامين خلال هاتين المرحلتين نحاول تبيانهما فيما يأتي:

1- عصر القانون القديم

خلال هذه الفترة الممتدة من عام 754 (ق.م) إلى عام 130 قبل الميلاد نشأت مدينة روما وتم وضع قانون الألواح الأثني عشر، وخلال سنة 1933 تم التعرف على نظام الملكية الشائعة الذي كان سائداً خلال تلك الفترة ، وذلك بعد اكتشاف آثار قديمة متمثلة في أوراق بردي (papyrus) وهذا الاكتشاف مكن من تكملة كتابات الفقيه غايوس (Gaius) بهذا الخصوص، فالشيوخ ينشأ بين الورثة (sui heredes) بوفاة المورث (paterfamilias) وهو الشيوخ الوراثي الصريح، وفي إطاره فإن الورثة يواصلون العيش المشترك تحت سقف واحد.

لكن الشيوخ يمكن كذلك أن ينشأ بين أشخاص أجنب، والذين يشتركون بموجب عقد (legis-actio) أمام البريتور أو الحاكم وهو ينتج آثاراً لا توجد في الشيوخ الوراثي ، فبالخصوص يجوز لكل واحد من الشركاء التصرف في الأموال على سبيل المثال بموجب وكالة، أو تحرير العبيد وعقد التصرف هذا يعد سارياً في مواجهة الآخرين¹ .

وفي هذا الإطار فإن إدارة الشيوخ التي تسبق عملية القسمة لم يتم إهمالها فكل مالك في الشيوخ يستطيع إدارة المال الشائع ولكن عليه تحمل تبعات أخطائه الناجمة عن التسيير، كما أنه يستطيع إشراك باقي المالكين في المصاريف المتعلقة بالمنفعة العامة² .

2- العصر العلمي

خلال هذه الفترة الممتدة من عام 130 (ق.م) إلى عام 284 ميلادية و التي تعتبر من أعظم وأزهى العصور الرومانية من ناحية الحقوق الرومانية و التي تم وضعها في إطار فلسفي مدني، وإن

¹ - Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Op.cit, p1388.

² - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit ,p468.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

أعظم أثر حقوقي في تاريخ الإمبراطورية الرومانية تم خلال هذه الفترة بصدور مجموعات الأباطور جوستتيان و التي تضمنت الدساتير و الأحكام الإمبراطورية و كذلك القانون القديم¹ .

وقد ورد في مدونة جوستتيان بعض القواعد و التقارير التي تشجع على القسمة والخروج من الشيوخ و مثالها:

- فائدة القسمة المعجلة اتقاء تشاحن الإخوة و سد باب الخصومات .
- المساواة روح القسمة² .

وخلال هذه الفترة تم اعتبار الشيوخ كشبه عقد (quasi-contrat) شبيه بعقد الشركة و يختلف عنه بعدم توافر التراضي، وقد كان بإمكان كل واحد من الشركاء أن يتصرف ، غير أن تصرفه يمكن تعطيله بموجب اعتراض من طرف آخر ، وعمليا فإنه كان يتوجب توافر الإجماع، وهذا الشرط المعيق هو الذي كان يدفع إلى القسمة في أقرب وقت³ .

ثانيا: مرحلة القانون الفرنسي القديم

يمكننا التمييز خلال هذه المرحلة بين نظامين رغم أنهما غير متعارضين كما هو الأمر بالنسبة لنظامي القانون الروماني.

1- المجموعات الصامتة (communautés taisibles)

كان الاتجاه السائد في العصور الوسطى يميل نحو الجماعية، ويشجع ممارسة الشيوخ على وجه مستمر لأطول فترة ممكنة مادام العيش المشترك قائما ، وقد كانت الملكية المشتركة للشقق تتطور في إطار عائلي أو ضمن مجموعة صامتة و يطلق عليه كذلك مصطلح المجتمع الضمني (société tacite)⁴ .

وكما يتبين من اسمها فإن هاته المجموعات تتشكل من دون عقد، و تنتج عن العيش المشترك و اختلاط المنقولات لمدة سنة و يوم واحد حسب المقولة الشهيرة⁵ للفقهاء بو مانوار beau manoir ،

¹-محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، (د،ت)، ص 129.

²-محمود عبد المجيد المغربي، المرجع نفسه، ص 251.

³ - Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Op.cit,p1389.

⁴ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit,p 468 .

⁵ - « pour seulement manoir (habiter) ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour» .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وهذه المجموعات لم تكن ناشئة فقط بين الورثة، وكانت تتعلق فقط بالفئات و الطبقات السفلى، في حين أن الطبقات المتميزة من المجتمع لم تكن تستعملها¹.

ولمدة من الزمن كانت هاته الملكيات لا تخضع لحق القسمة و لكن لحق مغادرتها والتخلي عنها مع أخذ المغادر لنصيبه منها، وفي نهاية القرون الوسطى أصبحت هاته المجموعات نادرة، وأصبحت هشة، وبداية من القرن السادس عشر أصبح تشكيلها مستحيلا وبرزت نزعة جديدة لتنظيم الشيوخ و الملكيات الشائعة.

2- العودة إلى الشيوخ وفقا للتصور الروماني

لقد ظهر مفهوم الشيوخ مجددا بمناسبة نزعة الرجوع نحو الأفكار الرومانية التي تبناها أتباع مدرسة التفسير على المتون وبدء ظهور الحركة العلمية التي شهدتها فرنسا في القرن السادس عشر وقد مثل هذا الاتجاه العلمي الجديد الفقيه الفرنسي كوجاس (cujas) (1532-1590) وقد هدفت حركة البعث العلمية الفرنسية إلى دراسة القانون الروماني في نصوصه الأصلية ليس فقط، في مجموعات الأباطور جوستينيان، بل إلى ما قبل هذه المجموعات، مستعينة بتاريخ الرومان وعاداتهم و آداب لغتهم مما أدى إلى التوسع في دراسة القانون الروماني وساعد على حل كثير من المسائل المختلف حولها².

وخلال هذه الفترة تم التخلي بصفة تدريجية عن ما يسمى بالمجموعات، وتم استعادة القواعد القانونية الرومانية بصفة بسيطة ومن أهم هذه المبادئ " لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ " وتطبيقا لهذا المبدأ، إبتداء من القرن السادس عشر على الأقل فإن الاجتهاد القضائي أصبح يقضي بإبطال كل شرط أو بند يمنع القسمة بصفة مؤبدة، سواء وجد في وصية أو ضمن اتفاقية مبرمة بين الورثة³.

كما برزت خلال هذه المرحلة آراء الفقيه الفرنسي دوما (Domat) (1625-1695) التي هدفت إلى عقلنة و تبسيط القانون الفرنسي، وقد تجاوز هذا الفقيه نطاق القانون الروماني و أضاف

¹ - Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Op.cit,p1389.

²-محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق،ص 138.

³ - Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Op.cit,p1390.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

أنه يجوز لمجموع الشركاء الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة معينة و تأجيل القسمة، و لكن لا يجوز مطلقا الاتفاق على حرمان أي شريك من حقه في طلب القسمة و يقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك¹.

الفرع الثاني : تنظيم التقنين المدني الفرنسي للملكية الشائعة

كان إصدار تقنين مدني جامع و موحد محل رغبات شعبية قديمة في فرنسا ، فقد كان الشعب الفرنسي لا يثق بقضائه ولا برجال القانون القديم إجمالاً، وكان يتوق إلى قانون مكتوب واضح وبسيط، وخلال القرن السادس عشر تم تدوين الأعراف القانونية غير أن ذلك لم يحل المشكلة².

وبعد قيام الثورة الفرنسية وبتاريخ 12 أوت 1800 فوض نابليون أربعة قناصل لوضع مشروع قانون مدني، وكان تشكيل هاته اللجنة يراعي المزاجية و الموازنة بين المناطق الذي كان سائدا فيها الأعراف القانونية و المناطق الذي كان سائدا فيها القوانين المكتوبة³.

لقد تم إقرار المشروع بموجب مجموعة من ستة و ثلاثة (36) قانون، جمعت بعدها في تقنين واحد صدر بتاريخ 21 مارس 1804.

ورغم أن هذا التقنين كان محل استلهام و إعجاب كبيرين، فإنه لم يسلم من الانتقاد على أساس أن النزعة الفردية تسيطر عليه و هو يتجاهل و يعادي الجمعيات و التكتلات و التجمعات التعاونية⁴.

سنحاول ضمن البندين التاليين استعراض كيفية معالجة القانون المدني الفرنسي عند صدوره لمسألة الشيوع ثم نتعرض لاحقا لتطور التشريع و أهم التعديلات التي تمت في هذا الخصوص.

أولا : تنظيم الملكية الشائعة على ضوء تقنين نابليون الصادر سنة 1804

برجعهم إلى النظام الروماني الذي أوصى به الفقيه دوما Domat كان واضعوا القانون المدني الفرنسي يرغبون في تجنب إرغام شخص موجود في الشيوع على البقاء فيه، لأنهم اعتبروا هذه الوضعية سببا للنزاعات و المشاكل بالإضافة إلى أنها تعد عائقا إقتصاديا ، ولم يتم إرساء تنظيم

¹-أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق،ص 45.

²-وليد غمرة ، التقنين المدني الفرنسي، " تاريخه و أثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، بيروت لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، 2005،ص9.

³ - Wijffels alain, Introduction historique au droit , 2^{em} éd , P.U.F, 2014, p318.

⁴-فوزي أدهم ، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، بيروت، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2005،ص 64 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

للشروع إلا من خلال دعوى القسمة التي تناولتها المادة 815 منه و التي تجيز الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الشروع لمدة معينة لا يمكن أن تتجاوز خمس سنوات.

ويرى جانب آخر أنه لا ينبغي المبالغة في النقد الموجه لمشروع قانون 1804 فيما يتعلق بترده وتحفظه بخصوص مسألة الإبقاء على الشروع ، و أنه بالنظر إلى الوضعية الاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك ، فإن القانون المدني كان واقعيًا في طرحه على أساس تقريره أنه في حال وجود إتفاق فإنه يمكن الإبقاء على الشروع¹ .

غير أنه وبداية من القرن التاسع عشر بدأت الملكية الشائعة تنتشر في المجتمع الفرنسي، وأصبحت تستمر لمدة طويلة، وتغيرت نظرة المجتمع إليها، فلم تعد تلك الملكية البغيضة التي يجب التخلص منها بمجرد نشوئها، وإنما أصبحت نظامًا قانونيًا لا يجد أفرادها وسيلة غيره لتحقيق مصلحتهم ولتنظيم استعمالهم واستغلالهم للمال الشائع، ولم يجد المالكون من حل في هذه الفترة سوى اللجوء إلى إبرام عقد شركة مدنية فيما بينهم لتنظيم الملكية الشائعة، من دون أن تتمتع بالشخصية المعنوية².

أمام هذا الفراغ التشريعي فقد تدخل الاجتهاد القضائي الفرنسي وساهم بصفة فاعلة في تقرير وإيجاد قواعد خاصة بتسيير وتنظيم الملكية الشائعة، والتي استنبطها من الواقع وقد تم إقرار قاعدة الإجماع كشرط للقيام بأعمال الإدارة والتصرف، غير أنه في بعض الأحيان فقد تم إيجاد استثناءات على هاته القاعدة خصوصًا فيما يتعلق بالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع، وأحيانًا أعطى القضاء لنفسه حق تعيين مدير من بين الشركاء أو من الغير لتسيير وإدارة المال الشائع، وقد كان تدخل القضاء ممهدًا لإدخال الإصلاحات والتعديلات على القانون المدني والتي كانت سطحية خلال سنتي 1938 و 1961 غير أن أهم الإصلاحات التي تعتبر جذرية هي تلك التي تمت بموجب قانوني 1976/12/31 وقانون 2006/06/23 والتي سنحاول استعراضها بنوع من التفصيل.

¹ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit ,p 469 .

² - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 48، 49 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

ثانيا: تنظيم الملكية الشائعة على ضوء الإصلاحات وتعديلات القانون المدني

تم إدخال تعديلات تتعلق بتنظيم الملكية الشائعة خلال سنتي 1938 و 1961 وأهم ما جاء فيها إستحداث ما يعرف بالتخصيص الكلي أو بالأفضلية ضمن مرسوم قانون 1938 والذي نظم أحكام التخصيص الكلي للمستثمرات الفلاحية الصغيرة والمتوسطة عند إجراء عمليات القسمة في حين قام المشرع خلال سنة 1961 بتبيان طريقتين للمنح التفضيلي أو الكلي :

¹ ATTRIBUTION INTEGRALE OU PREFERENTIELLE

لقد تم لاحقا إدخال تعديلات جذرية بموجب قانون 31 ديسمبر 1976 وتعديل آخر بموجب قانون 23 جوان 2006 وسنكتفي باستعراض التعديلات الأخيرين لعمقهما من جهة، ولكونهما الساريين حاليا وعلى ضوءهما سنتم دراستنا.

1-الإصلاحات التي تمت في 31 ديسمبر 1976

كانت هذه الإصلاحات ثمرة تفكير وتحضير طويل وعمل هادئ للاجتهد القضائي، وقد جسدت تنظيما للشيوخ يمتاز بقدر كبير من التجانس، فهدف هذا القانون لم يكن إعطاء تنظيم جامد وصارم للشيوخ، ولكن ببساطة كان هدفه إعطاء إطار قانوني عام يسمح بوجود مرونة كبيرة لعمل وحرية أكبر لطرق التسيير.

تمت هاته الإصلاحات بموجب القانون رقم 76-1286 وقد تم إخراج قسم بعنوان " في الشيوخ ودعوى القسمة" ضمن المواد من 815 إلى 815-18 و الذي عالج النظام القانوني للشيوخ وهو نظام التسيير الأكثر استعمالا، كما تم استحداث الباب التاسع مكرر تحت عنوان جديد " في الاتفاقيات

¹ - Mazeaud henri et léon et jean, Leçon de droit civil, TIV, 2^{em} vol, 2^{em} éd, par de jugalart michel, éd Montchrestien, paris, 1971, p837 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

المتعلقة بممارسة الحقوق الشائعة" ضمن المواد من 1-1873 إلى 1873 - 18 والتي تشمل النظام الاتفاقي للشيوع، حتى ولو أن بعض هذه المواد تتعلق بصاحب حق الانتفاع والذي لا يعد طرفاً بالمعنى الحقيقي في الشيوع.

وبموجب هذه الإصلاحات فإن الشيوع أصبح بالإمكان إبقاؤه باتفاق الورثة أو بناء على قرار قضائي لمدة سنتين على أقصى تقدير إذا كان من شأن القسمة الآنية أن تمس بقيمة الأموال الشائعة، أو إذا كان أحد الورثة لا يستطيع الحصول ضمن حصته على كامل المؤسسة الاقتصادية التي تتعلق بالتركة إلا بانتهاء هذا الأجل.

كما أصبح بالإمكان الإبقاء على الشيوع إلى مدة خمس سنوات يتم تجديدها بصفة استثنائية في ثلاث حالات هي بالنسبة للمستثمرات الفلاحية التي تشكل وحدة اقتصادية وكذلك بالنسبة للمحل المعد للسكن أو المحل المهني، أو لفائدة أحد الفروع القصر أو لصالح الزوج المتبقي على قيد الحياة بالإضافة إلى ذلك أصبح لكل شريك حق اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة للحفاظ على الأموال الشائعة.

إن روح وتوجه هذا القانون كان أساساً في إيجاد تنظيم سهل، حي، دائم ومرن للشيوع، وذلك بضمان التوازن بين احترام الصلاحيات الفردية وبين المنفعة العامة أو المشتركة، ودور القاضي بالنظر لما سبق هو الفصل في النزاعات المتعلقة بالمنفعة والتي يمكن أن تثار، ولأجل ذلك فإن القانون رقم 76 - 1286 أعطى قيمة لمفهوم المنفعة العامة أو المشتركة، والتي توجي بأن الشيوع يمثل مجموعة مصالح تتجاوز مجموع المصالح الفردية الخاصة، وأحياناً فإن ذلك يشمل صاحب حق الانتفاع الكلي رغم عدم تمتعه بصفة المالك في الشيوع¹.

¹ - Bergel jean-louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op.cit ,p 478.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

2-الإصلاحات التي تمت في 23 جوان 2006

تم الاحتفاظ بتنظيم الملكية الشائعة المؤسس بموجب قانون 1976/12/31، وقد أدخل قانون 728/2006 تعديلات قليلة من حيث الشكل وفي الموضوع.

فمن حيث الشكل لم يوجد تغيير كبير في ترقيم المواد التي تم سحبها من الفصل الخاص بالقسمة لأجل تشكيل الفصل السابع تحت عنوان " في النظام القانوني للشيوخ" والذي تضمن أربعة أقسام، فيما خصص الفصل الثامن للقسمة، وبهذا التعديل الشكلي فإن المشرع الفرنسي انتهى أخيرا إلى فصل تنظيم الشيوخ عن القسمة.

أما من حيث الموضوع فقد تم استحداث تعديلين، الأول يتعلق بالإبقاء على الشيوخ إما بالاتفاق بموجب قرار قضائي أين تم توسيع المجال إلى جميع المؤسسات التجارية،الصناعية،الحرفية أو الحرة، وليس المستثمرات الفلاحية فقط كما كان معمولا به في السابق، أما التعديل الثاني فقد تضمن التخفيف من شرط الإجماع، أين أصبحت أغلبية ثلاث أرباع (4/3) الشركاء تكفي لاتخاذ قرارات بخصوص أعمال الإدارة، إجراء أو تجديد الإجراءات غير المهنية، إعطاء وكالة عامة للإدارة،وأیضا بيع المنقولات لأجل تسديد الديون والأعباء¹.

المطلب الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة في مصر

سنحاول التعرض أولا لتطور الملكية الجماعية في المجتمعات القديمة وظهور مفهوم الملكية الشائعة خلال الفترة السابقة لمرحلة التقنين وذلك ضمن الفرع الأول لنخلص في الفرع الثاني لدراسة تنظيم الملكية الشائعة أثناء مرحلة التقنين والتي تبدأ عام 1875 بصدر القانون المدني المختلط وما تلاه من تعديلات وإصدارات جديدة.

¹- Lévy jean-philippe et Castaldo andré, Op.cit,p1391 .

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الفرع الأول: التنظيم السائد خلال الفترة السابقة للتقنين

مرت مصر بثلاثة عصور تاريخية رئيسية قبل الفتح الإسلامي، وخلال هذه العصور سادت أنظمة مختلفة للملكية اتسمت بنزعات مختلفة، وتراوحت بين النزعة الفردية إلى النظام الإقطاعي.

إن دراسة أنظمة الملكية خلال العصور القديمة والفترة الإسلامية هدفها محاولة استنباط السمات الأولى لظهور مفهوم الملكية الشائعة وطرق تنظيمها.

أولاً: مرحلة العصور القديمة

وهي تشمل العصر الفرعوني، البطلمي والروماني، وقد عرفت تراوج بين القانون المصري والقانون الإغريقي، وعندما احتل الرومان مصر، ساروا على نهج الإغريق، فسمحوا لسكان مصر بتطبيق القانون المصري الإغريقي، ولم يطبق القانون الروماني إلا على الرومان المقيمين، ولكن الوضع اختلف بعد صدور دستور كراكلا عام 312 ميلادي، والذي منح الجنسية الرومانية لسكان مصر، وأصبح القانون الروماني المعروف بنزخته الفردية للملكية هو الشريعة العامة للبلاد، ولكنه تأثر كثيراً بالعادات المحلية وابتعد إلى حد كبير عن القانون الروماني التقليدي¹.

ما يمكن ملاحظته خلال هذه العصور أن دائرة الملكية الفردية كانت جد ضيقة، ومنحصرة في مساحات زراعية قليلة، وأن غالبية الأراضي الفلاحية الشاسعة كانت تنتزع ملكيتها بين الملوك والكهنة وقادة الجيوش في شكل إقطاعات وكان استغلالها يتم عن طريق الإيجار بالمزاد العلني للمزارعين، كما أن أفراد الجيش المستفيدين من الأراضي لم يكن لهم سوى حق الانتفاع فقط، وفي ظل مثل هذا النظام فإن الملكية الشائعة لم تكن لتبرز ما عدا ضمن الأراضي العائلية فقط بسبب الميراث.

لقد امتاز نظام الميراث في مصر القديمة ببعض الخصوصيات منها مبدأ المساواة في توزيع التركة، وساد أيضاً مبدأ امتياز الابن الأكبر فترة من الزمن، واختفى تماماً في القرن الثالث ميلادي تحت تأثير القانون الروماني بعد تطبيقه على سكان مصر في أعقاب صدور دستور كراكلا².

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مضمون امتياز الابن الأكبر، فيرى البعض أن امتياز الابن الأكبر لا يتعدى إدارة أموال التركة لصالح باقي أفراد الأسرة، ويذهب البعض الآخر إلى القول بأن

¹ - أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصور الإسلامية والروماني، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 08.

² - أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 129.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الابن الأكبر كان يرث ضعف نصيب الأخ أو الأخت، وفي رأي ثالث يحصل الابن الأكبر على سائر أموال أبيه المنقولة، كما كان يحصل على نصيبه في الأموال العقارية مقدما على باقي إخوته¹.

أما خلال فترة الحكم الروماني فإن الاتجاه السائد كان تشجيع الملكية الفردية كما هو معروف عليهم، وقد تم بيع الأراضي المملوكة للدولة لصالح الأفراد بأسعار مغرية، وقام أفراد الطبقة الأرستقراطية في كل من الإسكندرية وروما باستثمار أموالهم في الزراعة، وقد ازدادت الملكيات الكبيرة تضخما في النصف الثاني من فترة الحكم الروماني إلى حد أنها كانت قريبة الشبه بنظام الإقطاع².

وما يمكن استخلاصه أن الملكية الشائعة بمعناها المعروف حاليا لم تظهر إلا في القانون الروماني، وأنه في الفترة السابقة وجدت صورة من صور الملكية الجماعية يمكن تقريبها لملكية الأسرة، بحيث كان مال الأسرة مملوكا ملكية مشتركة للأسرة لا ملكية فردية لكل فرد منها، وانفرد الابن الأكبر بمركز قانوني متميز في هذه الملكية يسمح له بإدارة أموالها، والتمتع بالنصيب الأكبر فيها³.

ثانيا: مرحلة العهد الإسلامي

بعد الفتح الإسلامي لمصر عام 641 ميلادي أصبحت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة الواجبة التطبيق وحلت محل القانون الروماني، وإذا كان هذا الأخير هو أول تشريع عرف نظام الملكية الشائعة بمعناها المعروف حاليا، فإن الفقه الإسلامي سبق التشريعات الأخرى في تنظيم أحكام هذه الملكية، وتحديد سلطات كل مالك في الشيوخ، ومرّد ذلك أن القانون الروماني ذا النزعة الفردية كان ينظر إلى الشيوخ نظرة سلبية، وهذه النزعة الفردية الطاغية جعلت نظم القانون الروماني مشبعة بروح الأنانية في العديد من الحالات⁴، في حين أنه في الفقه الإسلامي فالقاعدة القانونية تقوم على أسس أخلاقية تهدف إلى حماية الطرف الضعيف، كما أن الفقه الإسلامي يحتوي على نزعة جماعية بارزة خصوصا فيما يتعلق بالملكية⁵.

لقد نظم الفقه الإسلامي أحكام الملكية الشائعة ضمن أحكام الشركة وأطلق على هذه الملكية اصطلاح شركة الملك، وقد عالج مسائل كثيرة متعلقة بتنظيم الملكية الشائعة ومن ضمنها مسألة تنظيم

¹ أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري مع دراسة في القانون الروماني، المرجع السابق، ص 281.

² أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصرين الإسلامي والروماني، المرجع السابق، ص 1590.

³ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 38.

⁴ أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصرين الإسلامي والروماني، المرجع السابق، ص 297.

⁵ انظر في هذا الصدد : محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

استعمال المال الشائع في حالة غياب أحد الشركاء، ومسألة استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع والآثار المترتبة عليه، كما تعرض لمسألة حفظ المال الشائع المعروف اصطلاحاً بـ " عمارة الملك المشترك"¹.

كان المذهب الشافعي هو مذهب القضاء المصري حتى زمن الدولة الفاطمية، وقد بقي الأمر حتى العهد العثماني أين أصبح القضاء حينئذ على المذهب الحنفي، وإبان الحكم العثماني بعد أن تألفت المحاكم النظامية وضيق اختصاص القضاء الشرعي، فإن مصر لم تعمل بالقوانين العثمانية ولا بمجلة الأحكام العدلية لأسباب خاصة².

لم يتم العمل في مصر بمجلة الأحكام العدلية التي صدرت أبواباً متفرقة ما بين سنتي 1869 إلى 1876 ميلادي في العهد العثماني وفقاً للمذهب الحنفي، وسبب ذلك هو استقلال محمد علي وأسرته بإمارة مصر وتعرضها للاحتلال ونفوذ الدول الأوروبية والذي كان من آثاره إصدار التقنيات المدنية وهو ما سنتناوله ضمن الفرع التالي.

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة خلال فترة التقنين

عرفت مصر مرحلتين لوضع التقنيات الحديثة، وقد ساهما الأستاذ الفقيه عبد الرزاق السنهوري في تقديم مرجعه الوسيط بالنهضتين التشريعتين، فقد دخلت مصر في نهضتها التشريعية الأولى عالم القانون الحديث وخطت خطوة حاسمة في مدارج تطورها القانوني، وفي نهضتها التشريعية الثانية خطت خطوة حاسمة أخرى لتحتل مكاناً مستقلاً في الأسرة العالمية للقانون³.

وقبل صدور التقنين المدني المصري الحالي في عام 1948، مرت مصر بمراحل تاريخية عصيبة حيث كانت ترزح تحت الاحتلال، وقد ترتب عن ذلك أن فرضت عليها الامتيازات الأجنبية والتي كان من نتائجها تعدد التشريعات المطبقة، فهناك القوانين المختلطة والقوانين الوطنية والقوانين الشرعية وقد ترتب على ذلك بالتبعية أن النظام القضائي المصري أيضاً اتسم بتعدد المحاكم وازدواجها⁴.

¹ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 41.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 469.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 7.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804 - 2004، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2005، ص 89.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وسنتعرض ضمن البندين التاليين لكيفية معالجة التقنين للملكية الشائعة على ضوء التقنين المدني القديم والحالي.

أولاً: تنظيم التقنين المدني القديم للملكية الشائعة

وهي فترة الازدواج التشريعي والقضائي والذي حدث نتيجة لنفوذ الدول الأوروبية بسبب الديون المرهقة التي استدانها الخديوي إسماعيل، والمعروف أن واضع التقنين المختلط هو المحامي الفرنسي مانوري (Manoury) وقد اقتبسه من التقنين المدني الفرنسي، فاختصر هذا التقنين اختصاراً مخلاً في كثير من المواطن وقد صدر هذا التقنين بتاريخ 1875/06/28 باللغة الفرنسية وتم ترجمته إلى اللغة العربية¹.

وبعد احتلال الإنكليز لمصر سنة 1882 أنشئت المحاكم الأهلية وصدرت مجموعات القوانين الوطنية ومن ضمنها القانون المدني الوطني الذي وضعه المحامي الإيطالي موريندو " Morindo " وقد نقله نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط وقد صدر بتاريخ 1883/10/28 وتم ترجمته إلى اللغة العربية، وهذه الحركة لم تكن تقنياً بالمعنى الفني للكلمة لكلمة التقنين، بل كانت تلقياً (Reception) لقانون أجنبي استورد من الخارج وأنزل منزلة قانون الدولة².

ونتيجة لتقليد القانون المدني المختلط والوطني للتقنين المدني الفرنسي فإنه أهمل مسألة تنظيم الملكية في الشيوخ، على الرغم من أهمية هذه الملكية في مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالباً في الشيوخ فترة طويلة، وقد اقتصر على تنظيم إجراءات القسمة النهائية ضمن الفصل الخاص بقسمة التركات في المواد 448 وما بعدها، كما اشتمل قانون المرافعات ضمن المواد 621 إلى 711 على أحكام أهمها عدم جواز البقاء في الشيوخ لمدة تزيد عن خمس سنوات³.

وقد كان هذا القانون متميزاً بالاختصاص والغموض وتم وضع القواعد المتعلقة بالملكية الشائعة والقسمة في سياق النصوص الخاصة بالشركات مع أن مكانها الطبيعي يكون في الكتاب الخاص

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 13.

² أحمد جلال الدين هلاي، قضاء النقض والتميز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، الكويت، مكتبة الفلاح، ط2، 1985، ص

88.

³ أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 42.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

بالملكية والحقوق العينية، بالإضافة إلى ذلك فقد تضمن بعض التناقضات والأخطاء، بحيث أن التقنين المختلط قد اعتبر القسمة منشئة والصحيح أنها كاشفة أو مقرر¹.

ونتيجة لهذا النقص، فإن الاجتهاد القضائي المصري قد تدخل ولعب دورا متميزا، وأقر خلال فترة سريان هذا التقنين والتي استمرت لفترة حوالي سبعين عاما أحكاما مفصلة لتنظيم الملكية الشائعة واستحدث قواعد لاستغلالها والتصرف فيها، كما هو الشأن فيما يتعلق بقسمة المهايأة على سبيل المثال، وقد جاء القانون المدني الحالي وقام بتقنين هذه الأحكام التي قررها القضاء المصري في ظل القانون القديم دون نص .

ثانيا: تنظيم القانون المدني الحالي للملكية الشائعة

نتيجة للنقص والعيوب التي اكتنفت القانون المدني المصري القديم فإن الحاجة بدت ملحة لأجل تعديله وتثقيحه، وبالإضافة إلى ذلك فإن التطورات السياسية الناتجة عن الحرب العالمية الأولى وظهور بواد الحرب العالمية الثانية والتي تمخض عنها إلغاء الامتيازات بموجب معاهدة مونترية عام 1936، وقد أدى ذلك إلى تشكيل لجان متتابعة لأجل تعديل القانون المدني، آخرها تم تشكيلها بموجب قرار مؤرخ في 1938/06/28 ضمت الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه في فرنسا والأستاذ عبد الرزاق السنهوري وأسندت لهما مهمة وضع مشروع تمهيدي للقانون المدني، وبعد مراحل وفترات من التثقيح والمراجعة المستفيضة تم إصدار هذا القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ 1948/07/29 على أن يعمل به ابتداء من 1949/10/15، أي من اليوم الذي توحد فيه القضاء المصري بزوال النظام المختلط².

وعلى عكس التقنين المدني القديم، فإن القانون الصادر خلال سنة 1948 والذي مازال ساريا إلى اليوم، قد تضمن أحكاما وافية بخصوص تنظيم الملكية الشائعة، وقد استمدها أساسا على ما استقرت عليه أحكام القضاء في الملكية الشائعة والتي تكفل القضاء المصري بتفصيلها وبيان أحكامها، وقد دعم المشرع هذه الأحكام بنصوص استوحاها من عادات البيئة المصرية، كما استمد من الفقه الإسلامي بعض القواعد الخاصة بملكية الطبقات وقسمة المهايأة، واستمد من التقنيات الأجنبية بعض النظم الخاصة، كنظام ملكية الأسرة، وهو صورة خاصة من صور الملكية الشائعة مستهديا في

¹ رياض مفتاح، المرجع السابق، ص 188 - 190.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 33/22.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

ذلك بالتقنين السويسري والتقنين الإيطالي، فاستجاب لحاجة يدرك خطرها كل من شهد اندثار كثير من المشروعات النافعة وتفتت الثروة عقب موت رب الأسرة في مصر، واستمد أيضا من القانون الفرنسي الصادر سنة 1938 أحكاما خاصة تنظم علاقات ملاك الطبقات إذا أرادوا تكوين اتحاد فيما بينهم¹.

وقد فصلت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في الباب المتعلق بحق الملكية وأسباب كسبه هذا التطور بقولها: " أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي (المقصود به القديم) يذكر عنها شيئا، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر، وقد تبسط المشروع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها، فجعل حق المشتري لجزء مفرز من المال الشائع ينتقل - إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع - إلى ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة، ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع، حتى يزول ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية، وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوخ بالقسمة، ففصل إجراءاتها،، وهذه النصوص لا نظير لها في التقنين الحالي (المقصود به القديم)، ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهاية، وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة"².

عالج القانون المدني المصري الملكية الشائعة ضمن الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية في الباب الأول المعنون بحق الملكية وفي الفصل الأول منه الواقع بعنوان حق الملكية بوجه عام في المواد من 825 إلى 869 وقد خصصت المواد من 825 إلى 833 إلى أحكام تنظيم الشيوخ وإدارته وخصصت المواد من 834 إلى 849 إلى الأحكام المتعلقة بالقسمة سواء كانت رضائية أم قضائية أو مؤقتة (المهاية)، فيما خصصت باقي المواد إلى الشيوخ الإجمالي بما فيه أحكام ملكية الأسرة وملكية الطبقات.

المطلب الثالث: تطور تنظيم الملكية الشائعة في الجزائر

في البداية سنحاول استعراض تطور الملكية الجماعية في المجتمع الجزائري قديما خلال العصور القديمة وأثناء العهد الإسلامي، ونتعرض بعدها إلى تحليل مرحلة الاحتلال الفرنسي وبداية

¹ رياض مفتاح، المرجع السابق، ج1، ص 174.

² رياض مفتاح، المرجع السابق، ج6، ص 19.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

إصداره للتقنيات التي تحكم الملكية العقارية الجماعية لإبراز آليات وأهداف الإدارة الاستعمارية، لنخلص أخيرا إلى فترة إصدار التقنين المدني الجزائري بعد الاستقلال.

الفرع الأول: التنظيم السائد خلال الفترة السابقة للتقنين

مرت الجزائر بمرحلتين تاريخيتين أساسيتين قبل الفتح الإسلامي ابتداء من عهد الممالك النوميدية التي يرجع تاريخها إلى القرن الخامس قبل الميلاد والتي تنتهي بسقوط الدولة النوميدية على يد الرومان خلال سنة 106 قبل الميلاد وخلال هاته المرحلة وجد ما يمكن وصفه بالوصاية من طرف الفينيقيين لفترة محدودة، وبعد سقوط الدولة النوميدية بدأت مرحلة الاحتلال الروماني والتي استمرت حوالي ستة قرون، وقد عاشت الجزائر خلال هذه الفترة في دوامة من الاضطرابات الخطيرة، بسبب الاستعمار الروماني المتصف بطابعه العسكري، والذي كان هدفه تسخير إمكانيات الإقليم البشرية والاقتصادية لخدمة مصالح روما، وقد عقب ذلك تسلط الوندال لمدة حوالي قرن من الزمن، ليحل محلهم بعد ذلك البيزنطيون إلى غاية الفتح الإسلامي¹.

وخلال هاته الفترة فقد سادت نزعات مختلفة بخصوص أنظمة الملكية العقارية، سنحاول استقراءها بالدراسة والتحليل خلال العصر القديم وخلال العهد الإسلامي بهدف محاولة استنباط السمات الأولى لظهور مفهوم الملكية الشائعة وطرق تنظيمها.

أولاً: مرحلة العصور القديمة

تشمل مرحلة الممالك النوميدية، وفترات الاحتلال الروماني والوندالي للبلاد، وخلال هذه الفترة كانت البلاد تعيش في دوامة من الاضطرابات وعدم الاستقرار بسبب ثورات السكان، غير أن ما يمكن الإشارة إليه أنه خلال فترة توحيد المملكة النوميدية بقيادة الملك ماسينيسا، واتخاذها من سيرتا عاصمة لمملكته، فقد عمل على توطين القبائل التي كانت غير مستقرة، وشجع الزراعة.

لقد ظهرت الملكيات الخاصة بفضل سياسة الملوك النوميديين والموريطنيين أمثال ماسينيسا في القرن الثاني قبل الميلاد ويوبا الثاني، كما أن الاستعمار الروماني منذ نهاية القرن الأول الميلادي وحتى مطلع القرن الرابع قد عمل على توسيع زراعة الأشجار المثمرة وتحويل المراعي بنوميديا إلى

¹ - يحي بوعزيز، مع تاريخ الجزائر في الملتقيات الوطنية والدولية، الجزائر، دار البصائر، طبعة خاصة، 2009، ص 6/5.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

مزارع خاصة، معتمدا على القوة العسكرية المعززة بالحصون والخطوط الدفاعية الممتدة على حافة الصحراء¹.

إن أهم مميزات هذه المرحلة هو أن النظام القبلي الجماعي كان هو السائد في تسيير شؤون المجتمع المحلي في كل المجالات بما في ذلك طرق الاستغلال الزراعي وشغل الملكيات والأراضي، بالإضافة إلى عدم اندماج السكان مع الإدارة المحتلة ومقاومتهم لها².

وقد برزت خلال هذه الفترة الملكية الجماعية في أوساط السكان المحليين، أو ما يمكن تسميته بالملكية البديلة أو التناوبية (alternative) والتي توجد لدى الشعوب التي يشكل أفرادها رعاة ومزارعين في نفس الوقت وطرق الفلاحة المستعملة لديهم بدائية، وهذا النوع من الملكية الجماعية عاينه الرومان أيضا عند الجرمانيين خلال القرن الأول الميلادي³.

وما يمكن استخلاصه أن الملكية الجماعية هي الشكل الغالب الذي كان سائدا في مجتمعات العصور القديمة وأنها كانت خاضعة للأعراف القبلية، وأنه لا توجد دراسات تاريخية مستفيضة بخصوص الملكية خلال هذه الفترة تثبت وجود الملكية الشائعة بمعناها المعروف في الوقت الحالي، باستثناء المناطق التي ساد فيها القانون الروماني والذي عرف هذا النوع من الملكية، وإنما نرى أن سبب ذلك يعود أساسا إلى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة آنذاك والتي لم تشجع على ظهور الملكية الفردية المستقرة والتي تتمخض عنها الملكية الشائعة في الأساس.

ثانيا: مرحلة العهد الإسلامي

بدأ الفتح الإسلامي للجزائر خلال سنة 647 ميلادية، وقد استطاع المسلمون بسهولة ويسر، وفي وقت قصير، فرض سيطرتهم السياسية على البلاد، واندمجوا مع السكان بفضل مبادئ الإسلام السمحة، وأعاد هذا الاندماج الوحدة الوطنية والقومية للإقليم، وأزال ذلك التشتت والتمزق الذي خلقه العهد البيزنطي وما قبله⁴، وقد ظهرت في الجزائر عدة إمارات ابتداء من الدولة الرستمية وصولا للموحدين والزيانيين لتختتم هاته المرحلة بالفترة العثمانية والتي دامت حوالي ثلاثة قرون.

¹ - ناصر الدين سعيدوني، المرجع السابق، ص 15.

² - صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، الجزائر، دار الخلدونية، 2013، ص 202/201.

³ - Dereste rodolphe, Op.cit, p 86/87.

⁴ - يحي بوعزيز، المرجع السابق، ص 7/6.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

وخلال هذه المرحلة كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة مع بعض الأعراف السائدة، وكما سبق وأن بيناه عند تعرضنا لهذه المرحلة أثناء دراستنا لتطور الملكية الشائعة في مصر، فإن الشريعة الإسلامية قد تضمنت أحكاما مفصلة لتنظيم الملكية الشائعة وتحديد سلطات المالكين فيها وذلك ما نلمسه في مختلف مذاهب الفقه الإسلامي وبالخصوص المذهب المالكي الذي كان سائدا في الجزائر وفي شمال إفريقيا عموما.

"عرف العهد الإسلامي في الجزائر عدم استقرار للنظام السياسي في بدايته، وقد أدى الصراع القبلي أثناء القرن العاشر ميلادي إلى تراجع الفلاحة، وقد حدّ ذلك من ارتباط السكان بالأرض وقوض جهود الحكام العمرانية، غير أنه بظهور الدول الإقليمية خلال القرن الثالث عشر ميلادي بدأت القبائل في الاستقرار بالمواطن التي خصصت لها، والإقطاعات التي أعطيت لها بعد أن دخلت في خدمة عمال الموحدين ومن بعدهم الزيانيين، وقد بدأ شيوخها يهتمون بخدمة الأرض ويعملون على حيازتها في شكل إقطاعات خاصة أو ملكيات مشاعة بين أفراد العشيرة كل حسب مقدرته ومكانته، وقد انقسمت وضعية الأراضي إلى صنفين صنف تسود به حياة الاستقرار وتنتشر به الملكيات الزراعية وتطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمذهب المالكي خصوصا فيما يتعلق بتنظيم الملكية الشائعة وقسمتها والصنف الثاني تغلبت عليه حياة البداوة واختفت منه بصفة عامة الملكيات الخاصة والتي تحولت إما إلى أراض مشاعة وإما إلى مراعي موسمية لقطعان البدو"¹.

وأثناء العهد العثماني الذي يبدأ من سنة 1516 ميلادي إلى غاية دخول الاحتلال الفرنسي فإنه لم يتم سن تشريعات خاصة أو تقنيات ولم يستحدث الأتراك أية إصلاحات ذات شأن فيما يخص نظام الملكية بصفة عامة، ما عدا إدخال المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية.

وفي هذه المرحلة كانت الأراضي مقسمة لعدة أصناف، فبالإضافة إلى أراضي الموات التي تركت دون استغلال، فيوجد هناك الملكيات الخاصة وملكيات الدولة وملكيات المشاعة التي تتشكل منها الأرض المعمورة حسب الاصطلاح المحلي².

¹ - ناصر الدين سعيدوني، المرجع السابق، ص 21/18.

² - ناصر الدين سعيدوني، المرجع السابق، ص 40.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

إن الملكية الشائعة بمفهومها الواسع كانت تظهر أساسا في نوعين من الملكيات، وهي تظهر خالصة بمفهومها الحقيقي في الملكيات الخاصة، بينما تظهر في شكل الملكية الجماعية في الملكيات المشاعة.

فالملكيات المشاعة أو ما يعرف بأراضي العرش، وهي الأراضي التي كانت تستغل جماعيا من قبل سكان عرش معين في جهة معينة من الوطن، أو سكان قرية أو قبيلة معينة، وكانت أغلب الأراضي من هذا النوع¹، "وهاته الأراضي تنقسم إلى قسمين القريبة من المدن كانت تمنح إلى قبائل الرعية وتفرض عليها الضرائب وللقبيلة حق الانتفاع فقط، وأما تلك البعيدة عن المدن فهي كانت مملوكة للعرش ملكية جماعية وهي في الغالب الأراضي الممتعة عن السلطة المباشرة للحكام وتتركز أساسا في مناطق وهران الداخلية وجهات التطري الجنوبية وأطراف بايلك قسنطينة حيث تقيم قبائل النمامشة والحنانشة والحراكتة وأولاد قاسم وأولاد عاشور وأولاد مقران، وملكيتهما جماعية مشتركة بين بيوت القبيلة ولا تقبل القسمة ولا تخضع لعمليات البيع والشراء والوراثة، وهذا الصنف يجمع بين حق الملكية الجماعية والاستغلال الفردي"².

أما الملكيات الخاصة فهي الأراضي التي يملكها أشخاص أو عائلات إما بصفة فردية أو مشاعة بينهم وكانت تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بتنظيم الملكية الشائعة وإدارتها وقسمتها وفقا للمذهب المالكي أو الحنفي المطبقان خلال ذلك العهد، وقد كان هذا النوع من الملكية منتشرا في المدن وضواحيها، غير أنه ونتيجة للضرائب التي فرضت عليها فإن هذا النوع من الملكيات قد تقلص وأصبح الملاك يلجأون إلى ما يعرف بالوقف الأهلي أو العائلي أو الحبس الخاص الذي يجيزه المذهب الحنفي للحيلولة دون مصادرة أراضيهم والاستيلاء عليها من طرف الحكام والتهرب من إجراءات التغيريم³، وقد بقيت الملكية الفردية في مناطق القبائل والمناطق الجبلية وهي عبارة عن ملكيات قليلة المساحة.

وقد كانت هذه هي الوضعية السائدة عند احتلال الفرنسيين للجزائر والذين ابتدروا فترة احتلالهم للجزائر بوضع مراسيم وقوانين لأجل إخضاع الملكية العقارية في الجزائر لأحكام القانون

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 9.

² ناصر الدين سعيدوني، المرجع السابق، ص 44/45.

³ سماعين شامة، المرجع السابق، ص 11.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

الفرنسي،ومنذ هذا العهد تبدأ فترة التقنين والتي استمرت إلى ما بعد الاستقلال وصدور القانون المدني الجزائري وهذا ما سنستعرضه ضمن الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة خلال فترة التقنين

تبدأ هاته الفترة من احتلال الفرنسيين للجزائر خلال سنة 1830 وتستمر إلى ما بعد الاستقلال وإصدار التقنين المدني الجزائري الساري المفعول حاليا وسنقسم تبعاً لذلك هذه الفترة لمرحلتين.

أولاً: مرحلة الاحتلال الفرنسي

عند دخول الاحتلال الفرنسي تم العمل في البداية بموجب قرارات تم اتخاذها بصفة طارئة تبعاً للوضعيات فيما يتعلق بالملكية العقارية، وخلال سنة 1842 تم تشكيل لجنة مهمتها إعداد قانون بخصوص الملكية في الجزائر، وقد تم إصدار أمر في هذا الخصوص بتاريخ 1844/10/01 وتم تنميته لاحقاً بموجب الأمر 1845/07/24 والذي كان هدفه إلغاء قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك المحبسة (الوقف) لفائدة المشتري الأوروبي ، كما صدر الأمر المؤرخ في 1845/04/15 والذي أرسى قواعد النظام السياسي والإداري للمستعمرة.

لقد اصطدم المحتل الفرنسي عند دخوله إلى الجزائر بوضعية عقارية غريبة عن نظامه القانوني طغت عليها القواعد العرفية بالدرجة الأولى¹، كون نظامه القانوني قائم أساساً على تقديس الملكية الفردية، ولعل نظام الملكية الجماعية أو ما اصطلاح على تسميته بأراضي العرش والذي كان يطغى على مساحات شاسعة خارج نطاق المدن قد وقف عائقاً أمام أطماع المحتل التوسعية كون هذا النظام يستند إلى الأعراف ومرتبطة بالأعراس والوحدات القبلية.

وقد كانت الأقاليم المشغولة من طرف القبائل تقسم إلى قسمين، قسم زراعة الحبوب والذي يتضمن 137.000 كيلومتر، وقسم يتضمن الصحراء وأراضي الرعي والواحات والتي تضم 253.000 كيلومتر، وكانت هذه المساحة الواسعة مشغولة من طرف 1200 قبيلة بالتقريب والقبيلة، كما عرفها الماريشال لامورسيار Lamoricière ليست فقط مجموعة أو وحدة إدارية، ولكنها

¹ سماعين شامة، المرجع السابق، ص 12.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

كذلك وحدة سياسية¹، " c'est plus qu'une commune, et c'est moins qu'une nations".

لقد كان الاحتلال يهدف لفرنسة الجزائر، وقد وقفت القبيلة كوحدة سياسية في مواجهة أطماعه، ونظرا لارتباط القبيلة بالأرض من خلال نظام الملكية الجماعية، فقد سعى الاحتلال إلى القضاء على هذا النظام الجماعي للاستغلال بوصفه حجر عثرة أمام أطماعه، وقد باشر ذلك من خلاله إصداره لثلاثة قوانين كان لها الأثر البالغ على نظام الملكية في الجزائر.

وقد جاء قانون 1851/06/16 والمتعلق بالملكية في الجزائر ليحدد أشكال الملكية العقارية، ويبين أصنافها القانونية، ويعد أول نص قانوني في النظام القانوني الفرنسي يميز بين الدومين العام والدومين الخاص للدولة².

وتعد المادة 11 من هذا القانون الأهم من حيث كونها تؤسس أو بالأحرى تعترف بملكية وحقوق الأهالي والقبائل بعد أن يتم إجراء تحقيق يتم دراسته ومناقشته وفقا للأوضاع والوقائع³.

وقد تبع ذلك صدور قانون 1863/04/22 سيناتوس كونسيلت (senatus consult) والمستوحى من أفكار الإمبراطور نابليون الثالث والذي كان يهدف إلى تقسيم أراضي العرش بين أفراد القبائل لتسهيل عملية التصرف فيها وتحويلها، وهو الأمر الذي يصعب في ظل نظام الملكية الجماعية⁴.

ليتم أخيرا إصدار قانون 1873/07/26 المعروف بقانون فارني والذي قضى بإخضاع الملكية العقارية للقانون الفرنسي وألغى أحكام القوانين الإسلامية والأعراف القبائلية التي كانت تحكم العقارات في الجزائر، ممهدا بذلك لعملية الاستيلاء على أراضي العرش بعد تقسيمها بين الأفراد.

¹ - Dereste rodolphe, Op.cit, p81.

² - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 13.

³ - Dereste rodolphe, Op.cit, p76.

⁴ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 10.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

لقد كانت الوضعية العامة للملكية العقارية تتجسد في وجود الملكية الفردية أساسا في المدن وضواحيها وكان محلها المساكن والحدائق والإسطبلات والمزارع (الأحواش)، وحدود هذه الملكيات معروفة والحقوق مكرسة في الغالب بموجب سندات¹.

إن الملكية الشائعة كانت تنشأ ضمن هذه الملكيات الخاصة بموجب أحكام الميراث أساسا وفقا للشريعة الإسلامية وبعض القواعد العرفية، ونظرا لكون مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث وغيرها كانت تخضع للقضاة المسلمين، فإن أحكام القانون المدني الفرنسي لم تطبق بهذا الخصوص كون المشرع الفرنسي قد أورد مسائل الملكية الشائعة والقسمة بالخصوص ضمن الباب المتعلق بالتركات.

أما فيما يتعلق بالملكية الجماعية، فإنه في الغالب يتم تقسيم إقليم القبيلة إلى عدد معين من الحصص وتسمى المشاتي والتي تمنح في الأصل إلى رؤساء العائلات، ولكن داخل كل مشتة فإن الملكية تبقى غير مقسمة وشائعة بين كل أصحاب الحق، وهذا الشيوع يكاد يكون موجودا في كل مكان في الجزائر خلال تلك الفترة، ونظرا لكون تقنيات وطرق الفلاحة قديمة وغير موحدة، فإن كل المالكين في الشيوع يقومون بممارسة الفلاحة مجتمعين ويتقاسمون الثمار وفقا لحصة كل واحد منهم تبعا لحقوقه².

وفما يتعلق بهذا النوع من الملكية والذي يقترب أكثر من نظام الملكية الجماعية بدلا من كونه نظام ملكية شائعة، فإن القوانين الفرنسية قد سعت للقضاء عليه عبر ثلاث مراحل متتالية تبدأ بالاعتراف به وإقراره أولا ثم السعي لتقسيمه بين الأفراد المنتمين للقبائل ليأخذ شكل الملكية الفردية، لتنتهي أخيرا لإخضاعه لأحكام القانون الفرنسي كما سبق وأن بيناه.

وما يمكن استخلاصه أنه خلال فترة الاحتلال الفرنسي فإن التقنيات التي صدرت لم تعط أي أهمية لتنظيم الملكية الشائعة ولعل مرجع ذلك هو النظرة التقليدية السلبية للشيوع التي كانت سائدة آنذاك في القانون المدني الفرنسي والذي أهمل هذه المسألة كما بيناه سابقا، ونظرا لكون القانون الفرنسي قد نظم مسألة الشيوع والقسمة ضمن القسم المتعلق بالتركات فإن أحكامه لم يتم تطبيقها على الجزائريين باعتبار أن مسائل الميراث والتركات كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹ - Dereste rodolphe, Op.cit, p81.

² - Dereste rodolphe, Op.cit , p86.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

ثانيا: مرحلة الاستقلال

حتى سنة 1962 كان القضاء في الجزائر وفرنسا موحدًا، وكانت إجراءات التنظيم القضائي متشابهة، إلا فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية والتي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وفي 31 ديسمبر 1962 أصدرت السلطات الجزائرية الأمر رقم 62 - 157 الذي يقضي بتمديد مفعول التشريع الفرنسي المطبق في الجزائر في ذلك التاريخ باستثناء الأحكام التي تتعارض مع السيادة الوطنية¹.

لقد كانت هاته الفترة امتدادا للفترة السابقة خلال الاحتلال الفرنسي فيما يتعلق بمسألة تنظيم الملكية الشائعة، وكانت أحكام الشريعة الإسلامية و الأعراف هي المطبقة خصوصا بالنسبة لأحكام القسمة النهائية وكذا قسمة المهايأة الزمانية والمكانية والتي كانت سائدة في الريف الجزائري.

غير أنه ابتداء من سنة 1966م تم الشروع في إصدار مجموعة من القوانين، وفي ظل عدم وجود مؤسسة تشريعية فقد صدرت هذه القوانين بموجب أوامر، وقد تلاحت عملية جزأة التقنينات وبتاريخ 1975/09/26 تم إصدار القانون المدني بموجب الأمر رقم 75 - 58 والذي تضمن أحكاما خاصة بتنظيم الشيوخ وطريقة إنهاءه بالقسمة.

ووفقا لما ورد في القانون المدني من أحكام، فإن "الملكية الشائعة ترتب حقا للشركاء في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه شأنه في ذلك شأن الملكية المفردة، ولكن مادام حق الشريك يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك، فإنه يتعذر عليه الانتفاع بالشيء وحده، بل لا بد من تعيين طريقة لإدارة هذا المال الشائع، فإذا اتفق الشركاء على طريقة معينة لإدارة المال الشائع ألزمهم ذلك الاتفاق، أما إذا اختلفوا في ذلك، فإن القانون هو الذي يتولى تعيين النصاب الواجب لإدارة المال، وهذا ينطبق كذلك على التصرف في المال الشائع كله، سواء كان هذا التصرف ماديا أو قانونيا، ولكن تصرف الشريك في حصته دون المساس ببقية حصص الآخرين، فإنها لا تستوجب موافقة بقية الشركاء، غير أن لهم في المقابل حق ممارسة الشفعة، وينقضي الشيوخ بقسمة المال الشائع ويقال لها القسمة النهائية، وقد يتم تقسيم المال الشائع دون ملكية بين الشركاء، فيختص

¹ - صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 239.

الفصل التمهيدي : مقدمة في الملكية الشائعة

كل شريك بالانتفاع بجزء من المال الشائع وحده في مقابل التنازل عن بقية أجزاء المال الشائع لبقية الشركاء وتعرف بقسمة المهايأة¹ .

وقد نص القانون المدني الجزائري على الملكية الشائعة ضمن الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية في الباب الأول المعنون بحق الملكية، وفي الفصل الأول منه الوارد بعنوان حق الملكية بوجه عام في المواد من 713 إلى 742 وقد خصصت المواد من 713 إلى 721 لأحكام تنظيم الشيوخ وإدارته، وخصصت المواد من 722 إلى 736 للأحكام المتعلقة بالقسمة سواء كانت رضائية أم قضائية، نهائية أو مؤقتة، فيما خصصت بقية المواد لتنظيم ملكية الأسرة، وتم أفراد قسم خاص مستقل تضمن تنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

و من خلال ما تناولناه ضمن هذا الفصل و الذي ابرزنا فيه ماهية الملكية الشائعة بما تضمنته من تحديد لمفهوم الشيوخ و عناصره و تكييفه و تمييزه عن غيره من الانظمة الشبيهة، بالإضافة إلى استعراض التطور التاريخي للمفهوم فإن ما يمكننا استخلاصه يتمثل أساسا في وجود توافق بين التشريعات الثلاثة محل المقارنة في توجيهها لاعتبار حق الشريك في الشيوخ حق ملكية، كما يتوجب التنويه بتميز القانون و الاجتهاد القضائي الفرنسي بايجاده لروابط خاصة و اسقاطات بين الملكية الشائعة و الشركة لمعالجة اشكالية عدم تنظيم القانون الفرنسي لهذه الملكية و ان هذا التميز له ما يبرره بالنظر إلى المرجعية التاريخية لهذا القانون و المستندة للقانون الروماني القديم ذو النزعة المادية الجانحة لتقديس الملكية الفردية وذلك على عكس التشريعين الجزائري و المصري اللذين اقرا أحكاما لتنظيم هذه الملكية اعتبارا لتأثرهما بأحكام الشريعة الاسلامية السمحاء خصوصا و أن جميع مراجع المذاهب المعتمدة قد افردت لهذه الملكية أحكاما تفصيلية في ظل وجود نزعة تفضيلية للملكية الجماعية لا تنحو لتقديس الملكية الفردية بصفة مطلقة و انما تقوم على فلسفة أساسها المحافظة على الملكية و الانتفاع بها من باب اولي، إن هذه الخلاصات المتوصل إليها تعد ذات اهمية خاصة وسيتم إثارته و الرجوع إليها في كل مرة لتفسير و نفهم اسس و أبعاد توجه المشرع في الأنظمة محل الدراسة لتقرير حلول في مسائل معينة، و هو ما سنراه لاحقا عند دراستنا للاطار الاجرائي للقسمة وآثارها و ضمانات تحقيق عدالتها.

¹ - عبد الرحمن ملزي، الملكية الشائعة، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة في التكوين المتخصص العقاري، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة الرابعة، فيفري، 2004، ص 63.

الباب الأول:
الإطار الإجرائي لقسمة الملكية
العقارية الشائعة

الباب الأول :الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية

الشائعة

القسمة في أساسها عمل إجرائي يتضمن الكثير من الأحكام الموضوعية و تعد هذه إحدى المميزات الأساسية لها ، و هناك رابطة جدلية بين الملكية الشائعة و القسمة ، فمن دون الشيوع لا تنشأ القسمة ولا تتجسد ، غير أن حتمية القسمة هي مسألة محل نظر خصوصا في الوقت الحالي الذي برزت فيه بعض الاتجاهات التي تنظر للملكية الشائعة و الملكية الجماعية بالخصوص نظرة موضوعية إيجابية تستدعيها التطورات الاقتصادية و المالية داخل بعض المجتمعات و مرد ذلك يرجع إلى العواقب غير المستساغة لاعتماد القسمة كعمل إجرائي مجرد و بحت والذي ينشأ عنه غالبا تقديت الملكية العقارية و فقدانها لأهميتها و دورها الانتاجي الذي لا يتوافق مع النزعة الحديثة والتي تتوجه أساسا للمحافظة على فعالية الملكية و مردوديتها ضمن الوحدات الاقتصادية و المستثمرات الإنتاجية، كما أن تعدد الاجراءات المعتمدة لإتمام القسمة تقتض تحليها لمحاولة استنباط الطريق الأنسب لتحقيق العدالة فيها و ضمان استقرارها و استمرارها مع مراعاة مبدأ الحفاظ على أهمية الملكية العقارية و بناء على هذا فقد قسمنا الباب الأول من دراستنا لفصلين خصصنا الأول منهما لتحليل إشكالية مبررات الإبقاء على الملكية الشائعة و لزوم انقضاءها و يبرز ضمن هذا الفصل أهمية القسمة باعتبارها الطريق الأصلي و الأساسي لانقضاء الشيوع وهو ما يقودنا لتحليل مبدأ الحق في طلب القسمة و الاستثناءات و القيود الواردة عليه في الأنظمة القانونية محل المقارنة، في حين سنتناول في الفصل الثاني أشكال قسمة الملكية العقارية الشائعة بالتفصيل على ضوء التشريعات محل المقارنة التي تتداخل أحيانا فتكون كلية إذا شملت جميع العقارات الشائعة أو جزئية إذا اقتصر على إحداها أو تتم عن طريق التصفية و قد تكون نهائية تتعلق بالملكية أو مؤقتة تتعلق بحق الانتفاع، و أحيانا تتم باتفاق الشركاء فتوصف بالرضائية أو الاتفاقية و أحيانا أخرى يقع الاختلاف بين الشركاء سواء في اقرار الحق في طلب القسمة، أو في أساس تقسيم الحصص، فيتم اللجوء إلى القضاء للفصل في هذه النزاعات فتوصف حينئذ بالقضائية و بناء عليه فقد اشتمل هذا الباب على فصلين .

الفصل الاول: الملكية الشائعة بين مبررات الإبقاء و لزوم الانقضاء بالقسمة

الفصل الثاني : أشكال قسمة الملكية العقارية الشائعة

الفصل الأول: الملكية الشائعة بين مبررات الإبقاء و لزوم

الانقضاء بالقسمة

إن تحليل إشكالية مبررات الإبقاء على الملكية الشائعة ولزوم انقضائها بالقسمة كجدلية يستدعي إجراء تقييم لهذه الملكية كمسألة أولية و ذلك بإبراز إيجابياتها و سلبياتها لنستعرض مدى كون القسمة هي الطريق الأنسب لانقضائها ، و إن ذلك يتبعه وجوب تحليل مفهوم الحق في طلب القسمة لاعتباره مدخلا مهما لاستعراض أشكالها و صورها لاحقا ، و على ضوء ذلك فقد قسمنا هذا الفصل لمبحثين خصصنا الأول فيهما لتحليل إشكالية مدى لزوم انقضاء الملكية الشائعة في حين نتعرض ضمن المبحث الثاني لدراسة الحق في طلب القسمة .

المبحث الأول: الملكية الشائعة و مدى لزوم انقضائها

لقد سبق أثناء تعرضنا لدراسة تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المقارن أن توصلنا إلى أن هذا النوع من الملكية كان محل تجاذب ضمن الأنظمة القانونية بين مرحب به و رافض له، غير أن كافة الأنظمة القانونية الحديثة قد انتهت إلى حتمية وضع إطار تشريعي لتنظيم هاته الملكية كما سبق و أن بيناه، غير أنها بقيت متباينة فيما يتعلق بوجود إنهائه ووضع آليات تشجع على انقضائها، وسنحاول إجراء تقييم لهذا النوع من الملكية ضمن مطلب أول لنخلص إلى تحديد طرق انقضاء هاته الملكية ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول: تقييم الملكية الشائعة

اختلفت نظرة الأنظمة و التشريعات القانونية للشروع بصفة عامة و للملكية الشائعة على وجه الخصوص بين من ينظر إليها نظرة إيجابية ويرى وجوب الإبقاء عليها وفقا لمبررات معينة، وبين من يراها من زاوية سلبية ويسعى لإنهائها في أقرب وقت.

الفرع الأول: تقدير الإيجابيات

عرفت الأنظمة القانونية الجرمانية نظام الملكية الجماعية و كانت تنظر إليه نظرة إيجابية على الرغم من أن هذا النظام يختلف عن نظام الملكية الشائعة .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي فإنه كان لديه نظرة إيجابية لهذا النوع من الملكية ، ومرد ذلك تصور الفقهاء للأسرة إذ هي تمثل الوحدة الدينية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية للأمة، أي أنها تعد النواة الأم التي يقوم بها المجتمع في الإسلام لذا يجب أن يبقى أفراد الأسرة متلاحمين وخير طريقة لتحقيق ذلك هي الحفاظ على مكاسب العائلة مشاعة بل إن القاضي يجهد نفسه في عدم الاستجابة لطلب القسمة ولا يقضي بها حتى تستحيل قسمة المهايأة¹ .

كما أنه حتى في فرنسا التي كان تشريعها ينظر إلى هذه الملكية نظرة بغیضة، فإنه بداية من القرن التاسع عشر بدأت هاته الملكية تنتشر في المجتمع الفرنسي، وتغيرت نظرة المجتمع إليها، ولم تعد تلك الملكية " البغیضة" التي يجب الخلاص منها بمجرد نشوئها ، وإنما أصبحت نظاما قانونيا قد لا يجد أفرادها وسيلة غيره لتحقيق مصلحتهم² .

ومن أهم إيجابيات الملكية الشائعة أنها تعد وسيلة للحيلولة دون تفتيت الملكية العقارية وللحفاظ على وحدة الأراضي و المستثمرات الفلاحية و الوحدات الصناعية الناتجة عن الإرث خصوصا.

وتماشيا مع هذا التوجه فقد تم تعديل القانون الفرنسي و الذي أعطى قيمة لمفهوم المنفعة العامة أو المشتركة و التي توحى بأن الشيوع يمثل مجموعة مصالح تتجاوز مجموع المصالح الفردية الخاصة بكل شريك، وقد تم ضمان التوازن بين إحترام الصلاحيات الفردية و بين المنفعة العامة و المشتركة لجميع المالكين في الشيوع³ .

غير أن المشرع المصري و كذلك المشرع الجزائري الذي حذا حذوه قد وضع أحكاما عامة تضمن تنظيما سهلا ومرنا ودائما للملكية الشائعة، وذلك خلافا للنظرة الجامدة التي صبغت القانون الفرنسي عند صدوره في عدائه للشيوع.

إنه من الخطأ النظر للشيوع وللملكية الشائعة نظرة مطلقة بمعزل عن كل الظروف المحيطة به، فلا هو في الحقيقة مستحسن لذاته ولاهو مستهجن لذاته بل هو مكيف بل محدد بالوسط الذي

¹ - محمد بن سعيد، القسمة العقارية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المنار، تونس ، سنة 2001-2002، ص14.

² - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 48.

³ - Bergel jean-louis et bruschi marc et cimamonti sylvie, Op.cit , p478.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

يتفاعل معه ولذلك فإنه يتوجب النظر إليه نظرة موضوعية¹ ، فقد يكون ملائماً في ظل ظروف زمانية ومكانية وشخصية معينة أو بالعكس، ولكن الأكيد أن الملكية الشائعة تبقى ملكية مؤقتة لأنها ستنتهي للتحوّل إلى ملكية مفرزة.

الفرع الثاني : تقدير السلبات

بالرغم من تنظيم كافة التقنيات الحديثة لكيفيات تنظيم الملكية الشائعة سواء فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة أو فيما يتعلق بأعمال التصرف ، فإن البقاء في الشروع لا يزال أمراً غير مرغوب فيه، ولا يجبر الشركاء عليه، فلزال الشروع مصدر متاعب، وكثيراً ما يختلف الشركاء ويغلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف²، والملكية الشائعة تتضمن مساوئ وسلبات قانونية واقتصادية واجتماعية نحاول تبيانها ضمن ما يأتي:

أولاً: من الناحية القانونية

الملكية الشائعة، كالملكية المفرزة ، تشتمل على عناصر ثلاثة :

الاستعمال والاستغلال و التصرف، إلا أن الاستعمال و الاستغلال يقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، فالمالك في الشروع له أن يستعمل حقه و أن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء³.

فالملكية الشائعة هي ملكية مقيدة من الناحية القانونية، وترد عليها قيود إضافية تتعلق بحق المالك في ممارسة الإدارة، فالمالك في الملكية المفرزة يكون له حق الإدارة المنفردة، أما المالك في الشروع فإنه محروم من ممارسة الإدارة بصورة منفردة و ليس لأحد من الشركاء أن ينفرد بإدارة الملكية الشائعة إلا بترخيص من باقي الشركاء⁴.

إن احتساب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فقط يعتبر في الغالب مصدر كل المساوئ و المعوقات التي تحيط بالشروع لدرجة قد تصيب العقار المشاع بالشلل التام حتى لا يكاد يقوى على أداء

¹ - محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص16.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص880.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص180.

⁴ - صلاح الدين سر الختم علي، الوجيز في دعاوى قسمة الإفرز والإجبار على البيع، الخرطوم، القناة للطباعة و التجارة المحدودة، ط1، 2005، ص169.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

مهمته ، بل ويقضى على كيانه في النهاية¹، فأحياناً ينقسم الشركاء إلى أكثر من فريقين فتتعدى النسبة التي يشترطها القانون لتنظيم وإدارة الملكية الشائعة وهو ما يترتب عنه وجود انسداد في تسييرها.

ونظام الملكية الشائعة يخضع إلى العديد من النصوص و ينطوي على كثير من التعقيد والغموض يتجليان خاصة في تحديد طبيعة و مدى حق كل شريك في الشروع بالإضافة إلى واجباته².

على أن صعوبة الوضع المترتب على أحكام الإدارة قد يكون مقصوداً بهدف حفز الشركاء على المطالبة بإزالة الشروع وهو أمر يتماشى مع أحد أهم أهداف المشرع في هذا المجال، لكنه لا يضمن استقرار التعامل و لايشجع الوئام بين الشركاء ، بل قد يجعل من دعوى إزالة الشروع وسيلة للمناكفة بين الشركاء³.

ثانياً: من الناحية الاجتماعية

ينشأ الشروع غالباً نتيجة لوجود نظام الميراث، وقد يبقى الورثة في الملكية الشائعة مدة طويلة، فيزيد عدد الورثة، وتقل حصة كل واحد منهم ولا يسمح لأي شريك إلا باستغلال ما تسمح به حصته، مما يؤدي بالشركاء إلى التنافس في استغلال المال الشائع غير عابئ كل منهم بما يترتب على ذلك من أضرار ، وقد يكون في الغالب هؤلاء الملاك من أسرة واحدة فتنشأ الخلافات و يتكرر صفو الأسرة، وتتقطع أواصر المودة و الرحمة بينهم⁴.

ثالثاً : من الناحية الاقتصادية

لا تعتبر الملكية الشائعة النظام الأمثل للاستغلال و تحقيق المردودية الاقتصادية، فاجتماع حقوق متشابهة لعدة أشخاص على شيء واحد، ينتج عنه غالباً التضارب والاختلاف، وهو شيء طبيعي ناتج عن غريزة طبيعية في الإنسان مؤداها حب التملك والرغبة في الاستئثار،و الغالب في

¹ - عبد الناصر زياد هياجنه و أحمد علي العويدي، تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني ، مقال منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة و القانون ، الجامعة الأردنية، المجلد 38، العدد 2، سنة 2011، ص674.

² - محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص 5.

³ - عبد الناصر زياد هياجنه و أحمد العويدي، المرجع السابق، ص674.

⁴ -زايد أحمد رجب البشيشي، أحكام القسمة القضائية و آثارها في القانون المدني - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي - الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2015.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الواقع أن كل شريك في الشيوخ يسعى لاستعمال واستغلال الملكية بما يحقق مصلحته الشخصية، بل إنه حتى في قسمة المهاية الزمانية فإن كل واحد من الشركاء يقوم خلال نوبته الزمنية باستغلال المال الشائع بأقصى حد ممكن من دون أن يولي أهمية لتحسينه والمحافظة عليه وعلى مقومات مردوبيته الانتاجية.

إن البعد الاقتصادي الملهم من وقت بعيد للقانون الفرنسي هو الذي جعل المشرع يعتبر أن الشيوخ لا يسمح بالاستغلال المناسب للأموال، لأنه في ظل نظام اشتراكي كالشيوخ فإن المبادرة الفردية لا يمكن أن تظهر و تتطور بحرية و كل مالك في الشيوخ يصبح يحرض و يحث على اللامبالاة، وفي هذا الإطار نفسه فإن الكتلة الشائعة لا يمكنها بالكاد أن تتوسع كونها مجردة من القوة الطبيعية للنمو المرتبطة بالإنسان¹.

كما أن للملكية الشائعة آثارا سلبية على العمران الحضري، والملاحظ أن الاشتراك في المباني داخل المدن يدفع الشركاء إلى إهمال المساكن و أحيانا يقوم الشركاء بإحداث تعديلات داخل المباني وعلى واجهاتها لأجل تسهيل الانتفاع بالمال الشائع وهو ما ينعكس سلبا على الجوانب الجمالية والهندسية والبيئية والصحية المتعلقة أساسا بالتهيئة و التعمير.

تبعاً لذلك فإنه من المستحسن الحد ما أمكن من فرص إنشاء الملكية الشائعة التي تتم عن طريق العقد و الاتفاق وذلك من خلال رفع مستوى الوعي القانوني بمشكلات الشيوخ وتشجيع النظم القانونية المماثلة للشيوخ و العمل على ترسيخ ودعم فكرة الشركات المدنية، فأحكام الشركة المدنية يمكن أن توفر للراغبين بالعمل أو التملك المشترك فرصة القيام بذلك دون أن ينجم عن قيامهم بالتملك أو العمل المشترك ملكية شائعة، لأن نشوء الشركة يعني نشوء شخص معنوي له ذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية لمؤسسيه².

ونظراً للسلبات القانونية و الاجتماعية و الاقتصادية الناتجة عن الملكية الشائعة، فإن المشرع قد أقر طرقاً لإنهاء الشيوخ و انقضاء هذا النوع من الملكية وهو ما سنستعرضه فيما يأتي.

¹ -Maurie philippe et Aynes laurent, Op .cit ,p394.

² - عيد الناصر زياد هياجنه و أحمد علي العويدي، المرجع السابق، ص 682.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرع الثالث : الطرق الاستثنائية لانقضاء الملكية الشائعة

ينشأ الشيوخ من أي سبب منشئ للملكية، فقد يكون السبب المنشئ واقعة مادية و قد يكون تصرفاً قانونياً، وكذلك ينقضي كما نشأ بناء على واقعة مادية أو تصرف قانوني، ومع ذلك فإن أهم سبب تنقضي به حالة الشيوخ هو القسمة¹، و سنحاول استعراض الطرق الاستثنائية لانقضاء الملكية الشائعة ثم نتطرق للقسمة كطريق أصلي لذلك لنخلص إلى إبراز أهمية القسمة الواردة على العقارات بصفة خاصة .

يقوم الشيوخ على اشتراك شخصين أو أكثر في ملكية أو شيء أو أشياء معينة، و كذلك ينقضي بأي سبب يؤدي إلى إنهاء هذا التعدد، وهذا السبب إما أن يكون تصرفاً قانونياً، أي عقداً أو وصية، أو يكون واقعة مادية²، و سنحاول استعراض هذه الأسباب بصفة موجزة كون أغلبها يخضع لأحكام القواعد العامة المنصوص عليها ضمن القانون المدني ولا تحتاج إلى تفصيل خاص كونها تتعلق بطريقة أو بأخرى بانتقال الملكية بموجب طرق اكتساب الملكية وهي خارجة عن نطاق دراستنا.

أولاً: التصرفات القانونية

التصرف القانوني - باعتباره عملاً قانونياً - يعد مصدراً من مصادر الحقوق ، فهو ينشئ الحقوق الشخصية و يكسب الحقوق العينية، فالبيع مثلاً- وهو تصرف قانوني يتم بإرادتين ينشئ التزاماً على البائع بنقل الملكية، و التزاماً على المشتري بدفع الثمن، و بتنفيذ التزام البائع تنتقل الملكية إلى المشتري، كما إن إرادة الموصي - وحدها - تنتقل المال الموصى به إلى ذمة الموصى له بمجرد وفاة الموصي³ .

وعلى ذلك فإن الملكية الشائعة تنقضي إذا تلقى أحد الشركاء أنصبة شركائه جميعاً ببيع أو هبة أو بأي تصرف قانوني آخر كأن يوصي أحد الشريكين للآخر بحصته.

¹- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية ، بيروت، الدار الجامعية للطباعة و النشر، (دت) ، ص190.

²- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، بيروت، دار النهضة العربية ،(ب ت) ،ص159.

³- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، (د.ت) ،ص627.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

كما يمكن أن تنقضي أيضا بإرادة الشركاء جميعا إذا باعوا الشيء المشترك إلى أجنبي عنهم حتى يتخلصوا من الشيوع¹ .

وكذلك قد تنقضي الملكية الشائعة بتحول الشيوع إلى شركة مدنية ذات شخصية معنوية باتفاق الشركاء، فيصبح حينها الشخص المعنوي المتمثل في الشركة المدنية هو مالك المال الذي كان شائعا وبذلك ينقضي الشيوع.

ثانيا : الوقائع المادية

وهي الأعمال التي يأتيها الإنسان دون قصد ترتيب آثارها القانونية عليها ، مثل ارتكاب الفعل الضار دون قصد ، وقد يقصد - على العكس - من اتیان هذه الأعمال المادية ترتيب آثارها القانونية عليها مثل وضع اليد على شئ قصد تملكه² .

ويضاف إلى ذلك الوقائع الطبيعية و التي تعتبر من الوقائع القانونية وهي تحدث بفعل الطبيعة ودون أن تتدخل إرادة أو عمل مادي من الإنسان لإحداثها و مثالها الظواهر الطبيعية و الوفاة الطبيعية.

فقد تنقضي الملكية الشائعة بأن يكتسب شخص واحد هذه الملكية بالتقادم سواء كان من الشركاء أو أجنبي عن الشيوع، كما تنقضي أيضا في الحالة التي يرث فيها أحد الشركاء حصص بقية الشركاء بعد وفاتهم، ومثال الظواهر الطبيعية التي تنقضي بها الملكية الشائعة ما نصت عليه المادة 839 من قانون الموجبات و العقود اللبناني و أشارت له بهلاك جميع الملك المشترك وكذلك أورد المشرع التونسي نفس الحكم ضمن المادة 70 من مجلة الحقوق العينية.

وتقع هذه الحالة إذا كانت الأرض قريبة من نهر أو بحر فغطى عليها و أصبحت جزءا من مياهه³ .

وفيما يتعلق بزوال الشيوع بالتقادم دون القسمة، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تلازم بين نفي القسمة وقيام الشيوع، لأن واحدا من الملاك المشتاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده

¹ - زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ط2، (د.ت)، ص158.

² - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص613.

³ - زهدي يكن، المرجع السابق، ص158 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المكسبة للملكية، وفي هذه الصورة لا يوجد شيوع مع أن قسمة لم تقع¹ .

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية أحكاما مماثلة في هذا الخصوص وخلصت في أحد قراراتها للقول : " إن الوارث الذي يدعي أنه اكتسب عقارا بالتقادم المكسب يتوجب عليه أن يقدم الدليل على الأعمال التي تظهر بوجه شركائه في الإرث نيته بالتصرف كمالك حصري"² .

وهو نفس المبدأ الذي أقرته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا عندنا في أحد قراراتها التي ورد فيها : " وحيث ولما كان الأمر هنا يتعلق بالتقادم المكسب و ليس بالتقادم المسقط فإن قضاة الموضوع بإكتفائهم بالقول أن دعوى الطاعنة قد تقادمت دون التأكد من أن المطعون ضدهم يحوزون فعلا الأرض محل القسمة حيازة علنية مستمرة و بدون لبس طيلة المدة المقررة قانونا يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون"³ .

غير أنه لم يوجد استقرار في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص اللبس الوارد على الحيازة، فقد أصدرت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا قرارا خلصت فيه إلى أن صلة القرابة بين الورثة تعد سببا كافيا ليقوم مانع أدبي يجعل الحيازة مهما طالمت مدتها مشوبة بعيب اللبس ولا ترتب آثارها⁴ .

غير أنها تراجعت لاحقا في قرار لها اعتبرت فيه أن المانع الأدبي ينتفي في الحقوق الميراثية لقيامها أساسا على القرابة بين الورثة و أنه لا تأثير له على تقادمها، لأن القول بخلاف ذلك مؤداه أبدية حق المطالبة بهذه الحقوق ، وهذا ما لا يستقيم و أحكام المادة 829 من (ق.م.ج) وقواعد الشريعة الإسلامية⁵ .

وبالنظر إلى التشريعات المدنية الجزائرية و المصرية و الفرنسية فاننا نجدها لم تتضمن أي نص يحدد طرق انقضاء الشيوع و إكتفت بتفصيل وذكر القسمة فقط وذلك على عكس بعض

¹ - نقض مندي مصري 1947/04/04، نقلا عن عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8، ص881.

² - Cass.civ. 1^{er} 27 /10/ 1993 :Bull.Civ.I,n°304 ;D,1995.somm.332,obs.Grimaldi.

³ - قرار رقم 220023 بتاريخ 2002/02/20، منشور ضمن مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ،الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج 2، قسم الوثائق، 2004، ص 228.

⁴ - قرار رقم 197177 بتاريخ : 2000/07/31، المرجع نفسه، ص 211.

⁵ - قرار رقم 384565، بتاريخ : 2017/01/17 ، منشور ضمن مجلة المحكمة العليا، العدد2، قسم الوثائق، 2007، ص 401.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

التشريعات التي أوردت طرق انقضاء الشيوخ و فصلتها على سبيل الحصر و مثالها الفصل 70 من مجلة الحقوق العينية التونسية التي نصت على :

" ينقضي الشيوخ :

أولاً: بهلاك المشترك

ثانياً : بخروج الملكية من أيدي كامل الشركاء

ثالثاً : بانحصار جميع الأنصباء بيد أحد الشركاء

رابعاً : بالقسمة

خامساً : بالمزاد فيما لا ينقسم"¹ .

المطلب الثاني : القسمة كطريق أصلي لانقضاء الملكية الشائعة

كما سبق و أن بيناه فإن الملكية الشائعة تنقضي بأسباب كثيرة يخضع أغلبها للقواعد العامة فلا يحتاج إلى دراسة خاصة، ولكن أهم هذه الأسباب هو " القسمة" التي عنى المشرع بها عناية كبيرة فأفرد لها قواعد خاصة من حيث الإجراءات و الآثار على السواء²، وسنحاول استعراض أهم التعاريف اللغوية و القانونية للقسمة ضمن الفرع الأول و أنواع و تقسيمات القسمة ضمن الفرع الثاني، و نبين موضع أحكامها ضمن التشريعات المقارنة في الفرع الثالث لنخلص أخيراً إلى تبيان أهمية القسمة الواردة على الملكية العقارية الشائعة .

الفرع الأول : تعريف القسمة

للقسمة تعريف لغوي وكذلك تعريف خاص بفقهاء القانون كما أن بعض التشريعات قد أعطت تعريفاً لها ضمن نصوص و متن القانون .

¹ - الفصل 70 من القانون عدد 5 لسنة 1965 ، المؤرخ في : 12/02/1965، المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية .

² - حسن كبره، المرجع السابق، ص 194.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أولاً: التعريف اللغوي للقسمة

" يقال: قَسَمَ - قَسَمًا الشيء بمعنى جَزَّاهُ

وَقَسَمَ الشيء بمعنى جَزَّاهُ وِفَرَّقَهُ

ومنه: قَاسَمَهُ المال: بمعنى أخذ كل منهما قِسْمَهُ ويقال تَقَاسَمَ القوم المال ، و اسْتَقَسَمَ إذا طلب القسمة.

و القِسْمَةُ جمعها قِسَمٌ و هي اسم من الاقتسام بمعنى النصيب"¹ .

و في اللغة الفرنسية " القسمة Partager من الفعل Partir، قَسَمَ بالضبط، عن اللاتينية الشعبية Partire، من اللاتينية التقليدية Partiri، قسم ، وزع"² .

"و القسمة - بكسر القاف- : اسم مؤنث ومعناه: التجزئة"³ .

ثانياً: التعريف الفقهي للقسمة

قدم فقهاء القانون تعاريف عديدة و متنوعة للقسمة و الملاحظ أن جميعها تحمل نفس المعنى بالتقريب و تصب في مورد واحد .

فعرف البعض القسمة بأنها " إعطاء كل شريك نصيباً مفرزاً، وقد ترد على المنفعة فتسمى قسمة مهياًة، وقد ترد على الملك فتسمى قسمة نهائية، و إذا أطلق لفظ القسمة (بدون وصف) انصرف إلى القسمة النهائية"⁴ .

وتم تعريفها باعتبارها " عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء"⁵ .

¹ - المنجد في اللغة و الأعلام، المرجع السابق، ص 628.

² - جبرار كورنو، المرجع السابق، ص 1280.

³ - أحمد فراج حسين ، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 11.

⁴ - عبد الناصر توفيق العطار، أحكام حق الملكية، مصر ، دار الفكر العربي، 1991، ص 132.

⁵ - محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مصر منشأة المعارف، الجزء الثاني، 2005، ص 157.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وعرفت القسمة أيضا بأنها " جمع النصيب الشائع من مال مشترك في جانب معين منه، بناء على طلب أحد الشركاء " ¹ .

ويقال " قسمة الإفراز لوصف تلك العملية التي تنتهي حالة الاختلاط والشيوع في عقار وتميز حق كل مالك على حدة و تعزله عن حق غيره عزلا لا اختلاط فيه ولا تداخل " ² .

فهي عملية يقرر بها مالكو أموال شائعة إزالة حالة الشيوع بينهم و تخصيص حصة مميزة لكل مالك بنسبة ما كان يملكه في عموم الأموال المقسومة ³ .

ثالثا: تعريف القانون للقسمة

لم يضع المشرع الجزائري و كذلك المصري و الفرنسي أي تعريف للقسمة ضمن أحكامه وقد ترك ذلك لفقهاء القانون، غير أن مجلة الأحكام العدلية قد عرفت القسمة ضمن المادة 1114 منها : " القسمة هي تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع و الوزن و الكيل"، وركنها هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الانصباء، وشرطها عدم فوت المنفعة ، و حكمها تعيين نصيب كل من الشركاء على حدى ⁴ .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية القسمة في أحد قراراتها بقولها :

" قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقي الشركاء" ⁵ .

والملاحظ من خلال تعاريف الفقهاء بأن بعضهم قد ركز في تعريفه للقسمة على الغرض الأساسي منها ،وبعضهم ركز على الطريقة أو الوسيلة التي تتم بها ، في حين اكتفى آخرون بالأثر المترتب عنها ¹ .

¹ - علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، 1990،ص229.

² - صلاح الدين سر الختم علي، المرجع السابق،ص 25.

³ - Ibrahim najjar et Ahmed zaki badaoui et Youcef chellalah, Dictionnaire juridique francais-arabe, 9^{ème} éd, librairie du liban, 2007,p214.

⁴ - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3، (د.ت)، ص618.

⁵ - نقض مندي مصري بتاريخ: 1985/02/07 طعن رقم 104 لسنة 52 قضائية، نقلا عن محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز و التجنيب فقها و قضاء ، مصر ، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1994، ص 12.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وإنني اقترح تعريفاً للقسمة باعتبارها مجموع الأعمال القانونية و الإجرائية سواء كانت اتفاقية أو قضائية و التي يكون غرضها تحويل الملكية الشائعة للشركاء إلى ملكية مفرزة، بشرط تحقيق العدالة فيما بينهم و مراعاة الاحتفاظ بمنفعة الشيء المراد قسمته

الفرع الثاني: أنواع القسمة ومعايير التقسيم

توجد أنواع عديدة للقسمة، وهي تختلف تبعا للمعيار المعتمد للترقية بينها، وهذه التقسيمات ليست مستقلة عن بعضها البعض ولكنها قد تتداخل أحيانا ويمكن حصر هذه الأنواع ضمن أربعة أصناف نحاول إبرازها ضمن ما يلي:

القسمة النهائية والمؤقتة: وأساس هذا التقسيم هو معيار الزمن ومحل الحق العيني الذي تشمله القسمة من عدمه، ووفقا لهذا المعيار فإن القسمة إما أن تكون نهائية أو مؤقتة.

فالقسمة النهائية ترد على حق الملكية بكامل عناصره وينتهي بها الشروع بصفة مؤبدة، أما القسمة المؤقتة فهي قسمة المهابة المكانية أو الزمانية، وهي عبارة عن تقسيم لمنافع الشيء الشائع بين الشركاء، فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، ومن ثم فلا ينتهي بها الشروع، وإنما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع².

ويوجد فرق بين القسمة المؤقتة (provisionnel) والقسمة غير الباتة (provisoire)، فالقسمة المؤقتة لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي، في حين أن القسمة غير الباتة تكون معلقة على شرط فاسخ أو على شرط واقف، فقد تبقى دائما أو تزول بأثر رجعي، فهي إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن³، فيجوز تعليق القسمة على شرط واقف، كأن يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية احد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء، كما يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة على تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة⁴.

¹ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهابة في القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الألكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009، ص 24.

² - عيد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، المرجع السابق، ص 200.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 889.

⁴ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 46-47.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

القسمة الاتفاقية و القضائية :و أساس هذا التقسيم هو معيار الاتفاق على القسمة والجهة المختصة بإجرائها، ووفقا لهذا المعيار فإن القسمة إما أن تكون اتفاقية أو قضائية.

و القسمة الاتفاقية هي القسمة بالتراضي التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالطريقة التي يختارونها، أما القسمة القضائية فهي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا و حكما بطلب المقسوم لهم¹.

القسمة الكلية و الجزئية:و أساس هذا التقسيم هو معيار شمولية القسمة لكامل المال الشائع أو تعلقها بكافة الشركاء من عدمه، ووفقا لهذا المعيار فإن القسمة إما أن تكون كلية أو جزئية.

فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة، فتقسمها كلها بين الشركاء، وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال، وقد تكون جزئية لا تتناول إلا بعض الاموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء و تفرز نصيب كل منهم فيها، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعا على حاله، وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز

القسمة العينية و قسمة التصفية:و أساس هذا التقسيم هو معيار طريقة إجراء القسمة.

والقسمة العينية تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية ، فتجزئ الشيء الشائع أجزاء مادية مفرزة و تعطي كل شريك الجزء المفرز المقابل و المعادل لحصته الرمزية ليكون محلا لملكيته الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة من الباقين، و في حال ما إذا استحالت القسمة العينية أو تعذرت فإنه يتم اللجوء إلى قسمة التصفية ، فيطرح الشيء الشائع حينئذ في المزاد لبيعه، فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر ذلك قسمة تصفية لا بيعا إذ يكون حينئذ كاشفا لحق الشريك المتقاسم لا ناقلا إياه إليه².

وبالنظر إلى أنواع القسمة التي تم استعراضها، وكما سبق الإشارة إليه فإنها قد تتداخل أحيانا، فتكون القسمة الاتفاقية كلية أو جزئية و يمكن أن تتم عينا كما يمكن أن تتم عن طريق التصفية وبالمثل كذلك تكون القسمة القضائية النهائية، وعلى العموم فإن أهم أنواع القسمة التي لا يمكن أن

¹ - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ،ص 164.

² - حسن كبره، المرجع السابق،ص 194.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

تتداخل مع بعضها هي القسمة النهائية سواء كانت اتفاقية أو قضائية و القسمة المؤقتة سواء كانت مهياًة زمانية أو مكانية و على هذا الأساس فسنحصر بحثنا في هذه الأنواع الثلاثة كون باقي الأنواع سنعرض لها ضمناً بوصفها أوصافاً للقسمة.

الفرع الثالث : موضع أحكام القسمة ضمن التشريعات المقارنة

يوجد اختلاف بين التشريع الجزائري و المصري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى فيما يتعلق بتبويب و تقسيم أحكام القانون المدني، فالمشرع الفرنسي قسم القانون المدني ضمن أربعة كتب أساسية خصص الكتاب الأول للأحكام المتعلقة بالأشخاص و أورد ضمن الكتاب الثاني الأحكام المتعلقة بالأموال و التغييرات المختلفة الطارئة على الملكية و خصص الكتاب الثالث للطرق المختلفة لاكتساب الملكية فيما خصص الكتاب الرابع للضمانات الشخصية و العينية، في حين أن المشرع المصري بؤب القانون المدني ضمن أربعة كتب أساسية خصص الأول منها للالتزامات بوجه عام، وأورد ضمن الكتاب الثاني العقود المسماة، و خصص الكتاب الثالث للحقوق العينية الأصلية في حين تم النص على الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ضمن الكتاب الرابع، وقد نحا المشرع الجزائري نهج المشرع المصري في تبويب أحكام القانون المدني مع اختلاف بسيط بحيث خصص الكتاب الثاني للالتزامات و العقود مجتمعين و أورد الحقوق العينية الأصلية ضمن الكتاب الثالث وخصص الكتاب الرابع للحقوق العينية التبعية، وفيما يتعلق بأحكام قسمة الملكية الشائعة فسنحاول تبين موضعها في القوانين المقارنة ضمن مايلي:

أولاً: موقف المشرع المصري و الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري و كذلك المصري على أحكام القسمة في القانون المدني ضمن الكتاب الخاص بالحقوق العينية الأصلية، وهذه الأحكام هي أحكام عامة تتعلق بقسمة الملكية الشائعة مهما كان سبب نشوئها سواء أكان اتفاقياً أو كان ناتجاً عن الميراث .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

فالقواعد المتعلقة بالملكية الشائعة و القسمة مكانها الطبيعي في الكتاب الخاص بالملكية والحقوق العينية،¹ ومرد ذلك هو ما خلصنا له سابقا من أن حق الشريك في الشيوع يعد حق ملكية وأنه حق عيني بلا جدال.

وبالإطلاع على أحكام المواد التي تنظم القسمة في القانونين المدنيين الجزائري و المصري فإنه يتضح وجود تقارب كبير في النص التشريعي وأن معظم المواد تكاد تكون متطابقة، وأن الاختلاف الموجود بسيط ومن ضمن دواعيه اختلاف التنظيم القضائي في البلدين وهو ما أدى إلي إختلاف فيما يتعلق بالإجراءات و سنحاول تبيان هذا التطابق من خلال الجدول التالي :

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق، ج1، ص190

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

جدول مقابلة المواد المتعلقة بالقسمة في القانونين المدنيين الجزائري والمصري " من اعداد الطالب "

رقم المادة في القانون المدني المصري	رقم المادة المقابلة في القانون المدني الجزائري	مضمون موجز للمادة	تحديد التطابق
834	722	الحق في طلب القسمة	تطابق كلي مع اختلاف طفيف في الصياغة
835	723	القسمة الاتفاقية	تطابق كلي مع اختلاف طفيف في الصياغة
836	724	رفع الدعوى القضائية	أضيفت فقرة ثانية في نص المادة 724 (ق.م.ج) تتعلق بتعيين خبير
837	725	عمل الخبير في تحديد الحصص	يوجد إشارة في نص المادة 837 (ق.م.م) لأحكام القسمة بالتجنيب وهو ما لا يوجد ضمن أحكام القانون الجزائري
838	726	المحكمة المختصة بالفصل في منازعات تكوين الحصص	يوجد اختلاف كون القانون المصري تضمن الإشارة إلى المحاكم الابتدائية و المحاكم الجزئية
839	727	إسناد الحصص للشركاء عن طريق القرعة	يوجد اختلاف كون إسناد الحصص في القانون المصري قد يتم عن طريق التجنيب بالإضافة إلى القرعة
840	لا يوجد ما يقابلها	الإجراءات في حال وجود غائب أو فاقد الأهلية	لا يوجد ما يقابلها
841	728	إستحالة القسمة العينية	تطابق كلي مع اختلاف بسيط في الصياغة
842	729	تدخل الدائنين	تطابق كلي حتى من حيث الصياغة
843	730	الأثر الكاشف	تطابق كلي مع اختلاف طفيف في الصياغة
844	731	الضمان في القسمة	تطابق كلي مع اختلاف طفيف في الصياغة
845	732	نقض القسمة	تطابق كلي حتى من حيث الصياغة
846	733	قسمة المهايأة المكانية	تطابق كلي مع اختلاف طفيف في الصياغة
847	734	قسمة المهايأة الزمانية	تطابق كلي حتى من حيث الصياغة
848	735	أحكام قسمة المهايأة	تطابق كلي حتى من حيث الصياغة
849	736	القسمة المؤقتة	تطابق كلي مع اختلاف بسيط في الصياغة

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ثانيا : موقف المشرع الفرنسي

على عكس التشريعين الجزائري و المصري فإن المشرع الفرنسي قد أورد أحكام القسمة ضمن الفصل الثامن من الباب الأول المتعلق بالتركات والواقع ضمن الكتاب الثالث المعنون ب"في الطرق المختلفة لاكتساب الملكية".

فالقانون الفرنسي قد وضع نظاما خاصا بكيفية قسمة التركات ثم أحال إليه قسمة الأموال المكتسبة في الشياخ بموجب مصادر الاستحقاق الأخرى ، فجاء نظام قسمة التركات خاصا من حيث المحل و عاما من حيث الأحكام¹ ، و إن ذلك يختلف بوجه كلي عما ورد في القانونين المدنيين الجزائري والمصري و التي انطلقت في تقرير أحكام القسمة من العام إلى الخاص ومن الكلي إلى الجزئي ، بحيث قررت أحكام قسمة الملكية الشائعة بصفة عامة ثم أحالت لهذه الأحكام عند تعرضها لقسمة التركات.

ومرد ذلك حسب رأيي هو نظرة المشرع الفرنسي التقليدية للشيوع بصفة عامة، أين كان يعتبره نظاما شاذا و مؤقتا و غير مرحب به، وتبعاً لذلك فإن الملكية الشائعة الناشئة عن العقود الانتفاقية لم تكن لتجد لها طريقا في ظل هذه النظرة التقليدية وبقي الطريق الوحيد لنشأة الملكية الشائعة هو الشيوع الميراثي وهذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى التصييص عليه ضمن الكتاب الخاص بالطرق المختلفة لاكتساب الملكية و التي يعد الميراث أحد أسبابها .

إن هذا الاختلاف في الإحالة بين التشريعات يحتم علينا استعراض أهمية أحكام تصفية التركات في التشريعين المصري و الفرنسي لنخلص في الأخير إلى إبراز موقف المشرع الجزائري.

ثالثا: أهمية أحكام تصفية التركات في التشريعين المصري و الفرنسي

يعد موضوع تصفية التركات من المواضيع الجديدة التي عالجه المشرع المصري عند إصداره للتقنين المدني خلال سنة 1948، وقد عرفت أعمال اللجان المنشورة ضمن الأعمال التحضيرية والتي راجعت المشروع التمهيدي مناقشات حادة بخصوص هذا الموضوع وانقسم أعضاء اللجنة بين مرحب

¹ - محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص 19.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ومعارض على اعتبار أن 95% من التركات خلال تلك الفترة لا تستحق أي تصفية¹، وقد عبر أحد أعضاء اللجنة المدافعين عن وجوب النص على أحكام تصفية التركات عن ذلك بقوله: " لاشك أن مصر تشعر بحاجتها إلى قانون خاص فيما يتعلق بتصفية التركات، ولو صدر هذا التشريع الآن لكان متأخراً إذ كان من الواجب أن يصدر منذ وقت بعيد، فقد كان موضع البحث حين صدور قانون التسجيل سنة 1923، حيث وجد أن بعض الورثة يتصرفون في أملاك مورثيهم قبل سداد ديونهم"².

وقد استقر الرأي في مصر على اعتماد ووضع نظام مفصل لتصفية التركات، و الأصل أن تتم تسوية ديون التركة بإجراءات فردية يقوم بها كل دائن على انفراد لاستيفاء حقوقه، أما التسوية الجماعية لديون التركة فهو نظام اختياري ولا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة، ذلك أن التصفية الجماعية كبيرة التكاليف، طويلة الإجراءات، وهو طريق يصلح لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون³.

وقد جعل المشرع المصري تصفية التركة تمر عبر أربع مراحل تبدأ بتعيين مصف للتركة والذي يقوم بعد تعيينه بجرد التركة بما لديها من أصول وما عليها من خصوم وهي مرحلة الجرد وحصر التركة و التي تتلوها مرحلة تسوية الديون، ليخلص في المرحلة الأخيرة إلى تسليم أموال التركة شائعة إلى الورثة و خالية من الديون .

والمصفي قد يعينه المورث و إلا عيّنه القاضي، و تصفية التركة عن طريق تعيين مصف لها أمر اختياري لذوي الشأن و للقاضي، فلكل ذي شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد وللقاضي أن يجيب الطلب، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست في حاجة إلى تصفية منظمة، إما لانعدام الديون، أو لتفاهتها، أو لتفاهة التركة نفسها⁴.

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق، ج1، ص74.

² - رياض مفتاح، المرجع السابق، ص76.

³ - فتحي حسن مصطفى ، الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء ، مصر ، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1991، ص94.

⁴ - رياض مفتاح ، المرجع نفسه، ج6، ص222.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وبعد أن يقوم المصفي بسداد ديون التركة، وتنفيذ الوصايا ووفاء التكاليف، يصبح الباقي من أموال التركة ملكا خالصا للورثة، فيسلمه لهم كل بحسب نصيبه الشرعي، وهنا يصح لأي وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه مفرزا، وعندئذ يقوم المصفي بالقسمة طبقا للقواعد المنظمة لها¹.

وإذا لم يتفق الورثة جميعا على القسمة، قام المصفي برفع دعوى القسمة و تكون نفقاتها على التركة، ويسري على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة و يترتب عليها نفس الأحكام².

وقد نص القانون المدني المصري على أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها كالأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو الموروث وما إليها، والمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذي يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، بالإضافة إلى الديون التي للتركة، وأهم هذه الأحكام هو ما نصت عليه المادة 906 (ق.م.م) و المتعلقة بالمستغل الذي يشكل وحدة إقتصادية قائمة بذاتها و الذي يمكن منحه أو تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به، ويتم خصم قيمة المستغل من نصيب الوارث المستفيد.

وفي القانون الفرنسي فإن الوارث هو الذي يقوم بإجراءات التصفية وذلك لتجنب المصروفات الكبيرة للحجز على التركة في حال عدم قيامه بذلك، أما إذا قبل الوارث التركة، بشرط الجرد فلا يبقى هناك محل لإلزامه بالقيام بالتصفية ، إنما يتم في هذه الحالة تعيين مصفي للتركة، وكذلك الأمر لو تنازل الوارث عن التركة ، مع الإشارة إلى أن ذلك لا يعني أن الوارث قد أصبح أجنبيا عن التركة، إنما هو لا يتدخل في إجراءات التصفية و لكن كل ما يتبقى من أموال التركة سوف تقول إليه³.

فالمادة 768 من القانون المدني الفرنسي تجيز للوارث قبول التركة أو التنازل عنها دون شرط، كما تجيز له قبول التركة في حدود موجوداتها الصافية عندما يكون صاحب حق إرثي.

فللوارث في القانون المدني الفرنسي أن يقبل التركة بصورة مطلقة دون أي شرط، و لما كان هذا الأمر قد يعود عليه بالضرر إذا كانت التركة معسرة بأن زادت ديونها عن حقوقها، فإن المشرع الفرنسي قد منح الوارث خيار الجرد لكي تتحدد مسؤوليته عن ديون المورث في نطاق أموال التركة

¹ - فتحي حسن مصطفى ، المرجع السابق، ص 127 .

² - عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص 181.

³ - بيرك فارس حسين الجبوري ، التركة و الحماية المدنية للخلف العام في ظل أنظمة تقسيمها، بيروت، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، الطبعة الثانية،

2015، ص 26.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

فقط ، كما أن للوارث أيضا حق رفض التركة مطلقا فيصبح أجنبيا عنها، مما يعني أن المشرع الفرنسي قد شعر بالجور و الظلم الناتج عن تبنيه مذهب استخلاف الأشخاص فأخذ شيئا من مزايا مذهب الاستخلاف في الأموال و الذي سبقه إليه الفقهاء المسلمون بقرون عدة¹.

وما يمكن استخلاصه أن المشرع المصري قد وضع نظاما متكاملًا لتصفية التركات وحتى قسمتها وديا بمعرفة المصفي، وكذلك فعل المشرع الفرنسي، وعلى خلافهما فإن المشرع الجزائري لم يضمن القانون المدني أية أحكام تتعلق بتصفية التركات، وإنما اكتفى في نص المادة 774 (ق.م.ج) على النص على الإحالة إلى قانون الأسرة فيما يتعلق بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث و على انتقال أموال التركة، و بالرجوع إلى المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تحيل ثانية إلى أحكام قسمة الملكية الشائعة عندما يتعلق الأمر بالتركات، من دون أن تتضمن أية أحكام استثنائية بخصوص قسمة التركات .

إن اللجوء إلى الأعمال التحضيرية التي مهدت لإصدار أي قانون تعد وسيلة تمكن مفسري القانون، عندما يكونون بصدد البحث عن معنى النص من فهمه، سواء من حيث مضمونه النصي، وأخصوفا فيما يتعلق بروحه ، غير أنه و للأسف فإن المشرع الجزائري لم يكشف المصادر التي استمد منها هذا النص، كما لم ير من الضروري نشر مجموع الوثائق و المستندات التي تبين طريقة إعداده للقانون المدني².

نظرا لانعدام الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري فإنه لا يمكننا معرفة الأسباب الحقيقية التي أدت بالمشرع لعدم التنصيص على أحكام تصفية التركة و قسمتها عند إصداره للقانون خلال سنة 1975، غير أنه حسب رأبي فإن ذلك يرجع إلى سببين أحدهما واقعي والآخر فلسفي، فالسبب الواقعي يتعلق بالحالة الاجتماعية والاقتصادية التي كان يعيشها المجتمع الجزائري آنذاك والمتسمة بانعدام امتلاك الأفراد للثروات، وأغلب العائلات كانت تعاني الفقر نتيجة قرب عهدها بالاستعمار، أما السبب الفلسفي فهو ناتج أساسا عن تبني النظام السياسي آنذاك للأفكار الاشتراكية

¹ - بيريك فارس حسين الجبوري، المرجع نفسه، ص80.

² - Antoine vialard, Réflexion sur la méthode d'interprétation et d'étulisation du droit civil algerien ,In rasjep ,1979,n°2,p294.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

كاتجاه بنى عليه النظام الاقتصادي ، و نظم به علاقات المجتمع الجديد، وتم النظر إلى الملكية الفردية بأن لها طابع الوظيفة الاجتماعية¹.

إن المبررات التي كانت سائدة عند إصدار القانون المدني الجزائري لم تعد قائمة نتيجة التحولات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري، و من ثمة فإننا نرى بأنه من اللازم أن يتم تعديل أحكام القانون المدني في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية وتخصيص القسم الأول لأحكام اكتساب الملكية بالميراث مع النص على أحكام تصفية التركات وقسمتها إسوة بالمشرعين المصري و الفرنسي.

الفرع الرابع: أهمية القسمة الواردة على الملكية العقارية الشائعة

يلعب العقار دورا حيويا في تشجيع الاستثمار و ضمان الإنتاجية و خلق فرص العمل داخل كافة المجتمعات، بالإضافة إلى أنه يعد الآلية الأساسية للدولة في مجال التعمير والتهيئة العمرانية، وكلما تم تحرير العقار من القيود الإدارية و القانونية المفروضة عليه كلما كانت مساهمته في التنمية الاقتصادية أكثر جدوى، و الملاحظ أن تسوية ملكية العقار تعد من أهم المشاكل المطروحة على مستوى الاستثمار ،و أن هناك مساحات مهياة للبناء تثور بشأنها منازعات متعددة أمام مختلف الهيئات القضائية بخصوص ملكيتها²، و الملكية العقارية الشائعة تعد أحد أهم هاته الأسباب، خصوصا فيما يتعلق بالعقار الفلاحي و استغلاله في الجزائر.

و في فرنسا فإن البعد الاقتصادي الملهم من وقت بعيد للقانون الفرنسي اعتبر أن الشيوخ لايسمح بالاستغلال المناسب للأموال، لأنه في ظل نظام اشتراكي كالشيوخ فإن المبادرة الفردية لايمكن أن تظهر و تتطور بحرية، و كل مالك في الشيوخ يصبح يحرض ويحث على اللامبالاة³.

إن تقسيم الأشياء إلى عقارات و منقولات يرجع إلى اعتبار طبيعي يؤدي إلى تعدد النتائج المترتبة على هذا التقسيم، كما أنه بجانب هذا الاعتبار يوجد اعتبار اقتصادي أدى إلى تزايد الفروق بين القواعد القانونية الخاصة بطائفتي الأشياء، و من آثار الاعتبار الاقتصادي - والذي يجعل للعقار قيمة أكبر من المنقول - انعكاسه على نفسية مالك العقار، فالعقار قد يعاصر عدة أجيال من العائلة

¹ - فاضلي إدريس ، نظام الملكية و مدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجماعية 2010، ص 264.

² - فريدة مزياي، دور العقار في التنمية المحلية، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 6، 2012، ص 57.

³ - Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op.cit ,p394.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الواحدة ومن هنا اكتسبت ملكية العقار صفة عائلية و أصبح له منزلة خاصة في نفسية العائلة، ومراعاة لهذا الاعتبار النفسي حرص المشرع على أن يحافظ قدر الإمكان على بقاء العقار في ملكية العائلة، وعدم خروجه منها إلا بعد إجراءات معقدة¹.

لم يتعرض القانونين الجزائري و المصري إلى التفريق بين قسمة المنقولات و العقارات وعلى العكس من ذلك فإن الفقه الإسلامي تضمن أحكاما عديدة و متفرعة لمختلف أنواع المقسومات، ويعكس ذلك مدى عناية الفقهاء المسلمين و تحريمهم الدقيق تحقيق العدالة في القسمة².

فقد تم النص على الضوابط التي تحكم قسمة الأفراد و الجمع و قسموا الأموال التي يجوز فيها إجراء قسمة الأفراد والأموال التي تجري فيها قسمة الجمع و صنفوها بين الأموال المثلية والقيمية، والأرض الواحدة العارية والأقرحة المنقرقة و المقصود بالأقرحة هي أرض الزراعة، بالإضافة إلى أحكام قسمة الدور بأنواعها و المنازل و البساتين التي اختلط فيها أنواع الشجر وغيرها³.

و إنه بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعد المصدر الثاني في القانون المدني الجزائري والمصدر الثالث للقانون المدني في مصر، فإنه يمكن اللجوء إلى هاته الأحكام بهدف تحقيق العدالة في القسمة .

وعلى عكس التشريعين الجزائري و المصري فإن القانون المدني الفرنسي ورغم عدم تفصيله بين قسمة العقار والمنقول، غير أنه نص على بعض الأحكام المتعلقة بقسمتهما خصوصا ضمن المقطع الثالث من الفرع الأول عند تعرضه لأحكام التخصيص بالأفضلية⁴ ومرد ذلك كما أسلفنا أن المشرع الفرنسي قد أورد أحكام القسمة ضمن الباب المتعلق بالتركات.

إن أهمية القسمة و طرق إجرائها تبرز بأكثر حدة في قسمة العقارات ، ذلك أن المنقولات تتمتع بقابلية للقسمة أكثر من العقارات ، فهي بطبيعتها تتصاع للقسمة سواء بالتجزئة أو بعدم التجزئة،

¹ - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 446.

² - محمد عبد الرحمن الضويني ، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون ،جامعة الأزهر ،مصر ،1998.

³ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 51-62.

⁴ - المادة 831 ومايليها من القانون المدني الفرنسي.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

زد على أن قيمة المنقولات في الغالب دون قيمة العقارات¹، كما أن مجال الأثر الكاشف للقسمة يتعلق أساسا بالعقارات.

ويضاف إلى هذه الاعتبارات التي تعرضنا لها مسألة خضوع التعامل في الملكية العقارية لوجوب الشهر العقاري و ما يطرحه من إشكالات ، وعلى هذا الأساس وتقديرا لتشعب الدراسة فقد إرتأينا حصرها في موضوع قسمة الملكية العقارية الشائعة.

المبحث الثاني : الحق في طلب القسمة

نصت المادة 722 من القانون المدني الجزائري على : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق.

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق يخلفه "

وقد استعمل المشرع الجزائري في النص فعل (تمنح) خطأ فمعنى الذي قصده والأصح هو فعل (تمنع)² .

إن هذا النص الذي يتعلق بمبدأ الحق في طلب القسمة يشكل قاسما مشتركا بين القانون المدني الجزائري وبين جميع التقنينات العربية و القانون المدني الفرنسي الذي كان أول من نص على هذا المبدأ ضمن المادة 815 منه في صياغتها الشهيرة³ .

لقد استلهم المشرع الجزائري نص هاته المادة من القانون المدني المصري و تقابلها المادة 834 منه وهي متطابقة تماما معها، وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن فقرة ثانية تعطي للمحكمة السلطة التقديرية للإبقاء على حالة الشيوع إلى أجل معين أو الأمر بإجراء

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق،ص 20.

² - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992،ص166.

³ - نصت المادة 815 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي: « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires ».

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

القسمة في الحال حتى في حالة وجود اتفاق وعند عرض المشروع على لجنة مجلسي الشيوخ تم حذف هذه الفقرة توخيا لاستقرار التعامل¹.

وقد بقي نص المادتين في القانونين الجزائري و المصري من دون أي تعديل منذ إصدارهما، وعلى عكس ذلك فإن المشرع الفرنسي أدخل تعديلات عديدة على نص المادة 815 وذلك بهدف التخفيف بصفة عقلانية من مبدأ عدم إجبار أي شخص على البقاء في الشيوع الذي تبناه المشرع الفرنسي عند إصداره للقانون المدني سنة 1804.

وقد تدخل المشرع الفرنسي من أجل أن يخفف من الطابع المؤقت للشيوع وذلك بالسماح بالتأجيل الاتفاقي أو القضائي له، على الأقل فيما يتعلق ببعض الأموال كما هو الأمر بالنسبة لأموال العائلة وبعض الاستغلالات ذات الطابع الفلاحي التي تم إدراجها لاحقا ضمن المادة 815 بموجب قانون 1938/06/17 وهذا التطور وصل إلى مبتغاه من خلال قانون 1976/12/31 و الذي أعطى في آن واحد تنظيم للشيوع وسهل البقاء فيه².

لقد اعتبر هذا الحق من الحقوق التي لا تسقط بالتقادم و أنه متعلق بالنظام العام وقد تم تطبيق هذا المبدأ بصرامة من خلال تعليقات الفقهاء وتدخل الاجتهاد القضائي، غير أن الاجتهاد القضائي من خلال الممارسة تدخل لأجل التخفيف من حدة هذا المبدأ، و أعطى لهذا الحق طبيعة قانونية استثنائية بتضمينه تطبيقات و نظريات قانونية دقيقة كالدعوى غير المباشرة، و نظرية التعسف في استعمال الحق بالإضافة إلى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بخصوص تقرير هذا الحق.

إن إشكالية ما إذا كان هذا الحق مطلقا أم مقيدا يخضع لرقابة القضاء يستلزم تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق و مدى سلطة القاضي في تقريره سواء بالمنح أو التقييد ، وقد قسمنا المبحث إلى مطلبين نستعرض في الأول مبدأ الحق في طلب القسمة ،وفي المطلب الثاني نتطرق إلى سلطة القضاء في إقرار الحق في طلب القسمة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص882.

² - Marty gabriel et Raynard pierre, Op.cit, p82.83.

المطلب الأول: مبدأ الحق في طلب القسمة

سنحاول ضمن هذا المطلب تبيان مفهوم الحق في طلب القسمة من خلال خصائصه وتكييفه القانوني و تحديد الأشخاص الذين يتعلق بهم هذا الحق لنخلص بعدها إلى استعراض القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة سواء كانت قيودا قانونية أو قضائية أو اتفاقية.

الفرع الأول: مفهوم الحق في طلب القسمة

إن تحديد مفهوم هذا الحق يقتضي استخلاص خصائصه و محاولة تكييفه وتحديد الأشخاص الذين يتعلق بهم وهو ما نحاول توضيحه ضمن النقاط التالية :

أولا : خصائص الحق في طلب القسمة

حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طال مدة عدم استعماله مادام الشيوخ قائما، لأن هذا الحق يرتهن وجوده بوجود حالة الشيوخ مما يجعله متجددا دائما باستمرارها¹.

كما أن هذا الحق غير قابل للتنازل، فلا يجوز للشريك في الملك أن يتنازل عن حقه في طلب القسمة و مثل هذا التنازل يكون باطلا².

ويظهر ذلك من خلال توجه واضعي القاعدة القانونية الذين اعتبروا هذا الحق من النظام العام و أن الشركاء يمنع عليهم الاتفاق على فرض الشيوخ ومنع طلب القسمة ولو بإجماعهم ماعدا اتفاقيات الإبقاء على الشيوخ لفترات محددة³.

وقد اختلفت آراء الفقهاء بخصوص ما إذا كان هذا الحق يعد من الحقوق المطلقة التقديرية أم أنه من الحقوق المقيدة، و إن هذا التصنيف يعد ضروريا لتقرير مدى قابلية هذا الحق لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي سنتعرض لها لاحقا، ففي حين إعتبر الفقه و القضاء الفرنسي هذا الحق من الحقوق التقديرية فإن الاتجاه الغالب يعتبره من الحقوق المقيدة .

¹ - حسن كبير ، المرجع السابق ،ص95.

² - محمد كامل مرسي، المرجع السابق،ص 162.

³ - Mazeaud henri et léon et jean, Op.cit ,p672 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ثانيا: تكييف الحق في طلب القسمة

إن عملية التكييف تقتضي تمييز الحق في طلب القسمة عن الحق في دعوى القسمة، ويرى الفقيه الفرنسي بلانيول أن المصطلح الشائع " دعوى القسمة " (Action en Partage) الذي تم تكريس استعماله للتعبير عن هذه المكنة ليس دقيقا وأنه من المستحسن إستعمال مصطلح " حق طلب القسمة" لأنه في أغلب الحالات فإن عمليات القسمة تتم دون تدخل القضاء¹.

ثالثا: الأشخاص الذين يتعلق بهم الحق في طلب القسمة

يثبت الحق في طلب القسمة للأشخاص الآتي ذكرهم :

1-الشريك في الشروع

حسب نص المادة 722 من (ق.م.ج) فإن الحق في طلب القسمة يثبت لكل من يكون شريكا في الشروع , و قد قصرته المادة على من يثبت له هذا الوصف فحسب، ولذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الأصلي في الشروع فقط، بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلافة عامة أو خاصة في حصته الشائعة، إذ من شأن هذه الخلافة أو تلك إحلال الخلف العام أو الخاص محله في الشروع وفي وصفه كشريك²، غير أن هذا الحق لا يثبت للمتصرف إليه من طرف أحد الشركاء بجزء مفرز من الشيء الشائع كون هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء.

2-الدائن الشخصي للشريك في الشروع

ليس لدائني الشريك الحق في طلب القسمة بصفة أصلية و مباشرة، ولكن يمكن لهم استعمال حق مدینهم في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها .

وهذا التطبيق الخاص للدعوى غير المباشرة يمكن على الأرجح تعطيله في حالة وجود استثناءات يمكن الاحتجاج بها على الدائن الذي تتعلق الحقوق به ، كما في حالة وجود الاتفاق على

¹- Planiol marcel et Ripert georges ,Op.cit,T IV,p672.

²- حسن كبره، المرجع السابق،ص 196.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الإبقاء على الشيوع أو تأجيل القسمة، أو في حالة قيام أحد أو بعض المالكين في الشيوع بتسديد دين المدين¹.

الفرع الثاني : القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة

إذا كان الأصل هو أنه من حق كل شريك أن يطلب القسمة متى شاء، فإنه قد توجد استثناءات تستدعي تقييد هذا الحق و الخروج على هذا الأصل ، وهذه الاستثناءات إما أن تكون مقررة بموجب القانون على أساس اعتبارات قانونية مانعة وواضحة لا تحتمل أي تأويل ،وقد تكون على أساس اعتبارات يعهد للقاضي بتقديرها كالإعتبارات الشخصية الخاصة بالشركاء الذين هم في حاجة إلى سلطة القاضي الولائية في مراعاة شؤونهم² وقد تكون على أساس إرادي ناتج عن توافق الشركاء فيما بينهم لتقييد هذا الحق وفقا لمقتضيات القانون وسنحاول استعراض هاته القيود ضمن النقاط التالية:

أولاً: القيود القانونية المانعة من استعمال الحق

نصت المادة 722 (ق.م.ج) وتقابلها المادة 834 (ق.م.م) و المادة 815 (ق.م.ف) على حق الشريك في طلب القسمة مالم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بموجب نص أو اتفاق في حين نص المشرع الفرنسي على الحكم أو الاتفاق .

والحالة التي يجبر فيها الشريك على البقاء في الشيوع بصفة دائمة مؤبدة و يمنع فيها من حق المطالبة بالقسمة هي حالة الشيوع الإجباري ، المنصوص عليه بالمادة 737 (ق.م.ج) و التي نصت : « ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعدله هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع » ومثاله الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات و العمارات والشقق، و كذا الحائط المشترك ،و الإبقاء على الشيوع في هذه الحالات مؤبد و ناتج عن القانون .

¹ -Sauvage François , Successions ,21^{ème} éd, Delmas, paris , 2007, p227

² -مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق،ص 164

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ثانيا : القيود القضائية المعطلة لاستعمال الحق

على عكس التشريعين المصري و الفرنسي فإن التشريع الجزائري لم ينص على أية قيود من شأنها تأجيل القسمة أو تأخيرها إلى وقت معين عندما تتوفر أسباب محددة، وعليه سنكتفي باستعراض القيود المنصوص عليها في التشريعين المصري و الفرنسي .

1-الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع المصري

نصت المادة 41 من قانون رقم 119 المتعلق بأحكام الولاية على المال على أن للمحكمة أن توقف القسمة المطلوبة في دعوى مرفوعة من وارث على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة، إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما، ويكون الوقف لمدة لا تتجاوز خمس سنوات من صدور الحكم أو بلوغ القاصر الرشد أو رفع الحجر أو حضور الغائب¹.

فالقسمة قد تكون ضارة بمصلحة هؤلاء الأطراف ناقصي الأهلية ، و قد لا يؤمن ترك تقدير ذلك للنائب القانوني عنهم فيجب أن يترك أمر تقديره للقاضي².

والملاحظ أن القاضي عندما يأمر بوقف و تأجيل القسمة لمدة أقصاها خمس سنوات لا بد من توافر شروط أهمها أن يكون الضرر جسيما، و أن تكون حالة الشيوخ ناشئة بسبب الميراث حصرا.

وحسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فإن المشرع المصري قد استقى هذا الحكم من القانون المدني الإيطالي، و أريد منه دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب أو القاصر من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع، ومن المفهوم أن وقف القسمة مدى السنوات الخمس يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هاته المدة، فلا شك في أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه، فمن الفروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر، كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هبوطا جسيما في فترة من الفترات و كان مآل هذا المال البيع

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص134.

² - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص165.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

لعدم إمكان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة، وكما هو الشأن في الحالات التي يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما في ذلك نصيب القاصر، و يتحقق ذلك في الأراضي الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المختصين في الزراعة ويكون هو من قاطني المدن¹.

2-الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع الفرنسي

ابتداء من سنة 1938 صدرت مجموعة قوانين متتابعة سمحت للقاضي بفرض الإبقاء على الشيوع، ومازال الأمر يتعلق دائما باستثناءات على مبدأ عدم استقرار الشيوع، وهذه الاستثناءات خلال كل فترة تشريعية كانت ترمي إلى أهداف مختلفة، أحيانا يتعلق الأمر بالإبقاء على مال محدد ضمن الشيوع لأهداف تتجاوز المصلحة الفردية و هذا الإبقاء قد يكون دائما و أحيانا يتعلق الأمر بتأجيل القسمة لمدة محددة لأسباب تأخذ في الحسبان أساسا المصلحة الفردية لأحد المالكين في الشيوع وهاتان الفرضتان تمهدان عموما لما يسمى بالمنح التفضيلي أو التخصيص بالأفضلية (attribution préférentielle)، لأحد الممتلكات لأحد المالكين في الشيوع حصرا، و أحيانا أخرى فإن الأمر يتعلق بنظام مختلف تماما يسمح لأحد الشركاء في الشيوع بمغادرته من دون أن يتم وضع حد للشيوع وهو ما يعرف بالمنح الإقصائي (attribution éliminatoire)²، وسنحاول استعراض هاته الحالات فيمايلي:

أ_ الإبقاء الإجباري على الشيوع

من خلال نص المادة 821 ومايليها من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب قانون 2006/06/23 فإن محكمة التمييز الكبرى (Tribunal de grande instance) يمكنها أن تقرر الإبقاء على الشيوع لمدة خمس سنوات على الأكثر فميا يتعلق ببعض أموال التركة، وقد تم الإشارة إلى المؤسسات الفلاحية و التجارية و الحرفية و الصناعية و الحرة بما فيها عندما تكون مستغلة في شكل شركة ، وكذلك بالنسبة لمحل السكن الفعلي للمورث المتوفي أو زوجه وقت الوفاة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 881.

² - Malaurie philippe et Aynes laurent, Op.cit,p457.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

والإبقاء على الشيوع يتم الأمر به إما لمصلحة الزوج المتبقي على قيد الحياة و يمكن للقاضي أن يقوم بتجديده إلى غاية وفاة الزوج، و إما لمصلحة الفروع القصر و يمكن للقاضي أن يأمر بتجديده إلى غاية بلوغ أصغرهم سن الرشد¹.

وهنا أيضا يجب الملاحظة أن الأمر يتعلق بالملكيات الشائعة الناتجة أساسا عن الإرث و أن هذه الحالة مخصصة لحماية الزوج و الأبناء القصر.

ب- تأجيل القسمة

إرجاء القسمة المنصوص عليه بالمادة 820 من القانون المدني الفرنسي هدفه تأجيل القسمة لسنتين على الأكثر من طرف القاضي على أساس أنه قد تم طلبها في وقت غير مناسب إما لكون المناخ الاقتصادي العام غير ملائم كحالات انهيار البورصة في حالة لزوم اللجوء إلى بيع الأموال بالمزاد العلني ، و إما لأن أحد الشركاء في المؤسسة أو الشركة مازال غير مؤهل أو جاهز لأجل الاستفادة من المنح التفضيلي، و الذي بموجبه يستفيد من الملكية الحصرية للشركة مقابل تعويض مالي يدفعه المستفيد لبقية المتقاسمين، وقد وسع قانون 2006/06/23 المعدل للقانون المدني الفرنسي تأجيل القسمة من المؤسسات الفلاحية وأصبح يشمل الشركات التجارية الحرفية،الصناعية والحرّة عندما تكون مستغلة في شكل شركة

ج- التخصيص الإستبعادي

يعرف التخصيص الإستبعادي (l'attribution éliminatoire) أو ما اصطلح البعض على تسميته بالمنح الإقصائي أو القسمة الجزئية على أنه عند اتفاق الشركاء في الشيوع على البقاء فيه فإن المحكمة تستطيع عند طلب واحد أو عدة منهم وبناء على وجود و ثبوت مصلحة أن تمنح للشخص الذي طلب القسمة حصته .

فالمادة 824 من القانون المدني الفرنسي تعطي للمالكين في الشيوع غير الراغبين في القسمة وسيلة لإحباط طلب القسمة المقدم من طرف أحد الشركاء و ذلك بمنحه حصته، وعلى خلاف الطريقتين السابقتين أين يتم تحييد و إزالة مفعول طلب القسمة و الإبقاء على الشركاء ضمن الشيوع

¹ - Sauvage françois,Op .cit,p228

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

فإن طريقة التخصيص الاستيعادي تسمح للراغبين في انتهاء الشيوخ بالمغادرة، و للراغبين في استمراره بالبقاء و قد تم إدخال هذا الحل في التشريع المدني الفرنسي بموجب قانون: 1976/12/31 بمبادرة من لجنة القوانين بمجلس الشيوخ¹.

ثالثا : القيود الاتفاقية

في بعض الظروف توجد مصالح ذات أهمية لدى الشركاء في الشيوخ لأجل تأجيل القسمة والاتفاق على البقاء في الشيوخ ، كما هو الأمر في حالة الظروف الاقتصادية الراكدة التي لا تشجع على تقسيم الأموال عينا أو بيعها بالتصفية، أو في حالة وجود قاصر بين المالكين والذي يستدعي انتظار بلوغه سن الرشد لتقادي اللجوء إلى القسمة القضائية .

لقد نصت جميع التشريعات على جواز الاتفاق على البقاء في الشيوخ ونص المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري على أحكام عامة للتنظيم الاتفاقي للشيوخ، كما نص على أحكام قسمة المهياة و التي تعد قسمة وقتية للمنفعة و يعتبرها البعض صورة من صور التنظيم الاتفاقي للشيوخ².

وعلى العكس من ذلك فإن المشرع الفرنسي لم يرق بإرساء تنظيم اتفاقي للشيوخ عند إصدار القانون المدني كون واضعي القانون كانوا يرغبون في تجنب إرغام شخص موجود في الشيوخ على البقاء فيه، لأنهم اعتبروا هاته الوضعية سببا للنزاعات و المشاكل و عائقا اقتصاديا وكان يتوجب على المالكين الراغبين في تنظيم وضعيتهم القانونية تأسيس شركة مدنية³.

وكما تعرضنا له سابقا فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي تدخل و أقر أحكاما لتنظيم الشيوخ إلى غاية تعديل 1976/12/31 و الذي تضمن بابا جديدا عنوانه " الاتفاقيات المتعلقة بممارسة الحقوق الشائعة" ضمن المواد 1-1873 ومايليها و التي تضمنت أحكاما دقيقة لما يعرف بالتنظيم الاتفاقي للشيوخ و سنحاول استعراض أهم هاته الأحكام على ضوء القوانين المقارنة .

¹ - Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, Droit civil , les successions les libéralités ,4^{ém} éd,D,paris ,2013,p898.

² - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق،ص 86.

³ - Bergel jean- louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie, Op .cit,p469.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

1- الأحكام العامة المتعلقة بالاتفاق

وهي الأحكام المتعلقة بأهلية التعاقد و مدته و الشكليات المتطلبة لصحته .

أ- الأهلية

وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في التشريعين الجزائري و المصري فإن البقاء في الشيوخ يعد عملا من أعمال الإدارة ، فالاتفاق عليه لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون لديه أهلية الإدارة فلا تلزم أهلية التصرف¹.

وعلى العكس من ذلك ففي التشريع الفرنسي فإنه لا إبرام اتفاقية للبقاء في الشيوخ يلزم توافر أهلية التصرف، و استثناء فإنه يمكن للممثل القانوني للقاصر وحده إبرام مثل هاته الاتفاقية ولكن القاصر يستطيع خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد أن يضع حدا للاتفاقية وهو ما نصت عليه المادة 1873-4 من القانون المدني الفرنسي².

ب- الشكلية

لم يحدد القانون المدني المصري- وكذلك الأمر بالنسبة للتقنين الجزائري - شكلا معيناً صريحا للاتفاق على البقاء في الشيوخ، ومن ثم يجوز أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا³.

في حين أن المشرع الفرنسي اشترط أن تتم الإتفاقية في شكل مكتوب و أن يتم تحديد الأموال الشائعة فيها ويتم ذكر حصة كل شريك، بالإضافة إلى وجوب اتمام الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري فيما يتعلق بالعقارات التي تدخل ضمن الشيوخ⁴.

ج- شرط الإجماع

لم يرد في نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري ما يفيد وجوب الإجماع بين المالكين على اتفاق البقاء في الشيوخ، مع أنه في الأصل يتم هذا الاتفاق بإجماع كافة الشركاء فإذا تم بين

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص884.

²- Voirin pierre et Gourbeaux gilles, Droit civil , T II , régimes matrimoniaux succession- libéralités , 25^{ém} éd, L.G.D.J. lextenso éd , 2008, p232.

³- ايمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص85.

⁴- Voirin pierre et Gourbeaux gilles, Op .cit , p232.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

بعضهم دون بعض فلا يقيد حينئذ إلا أطرافه وحدهم فيبقى من حق الشركاء الذين لم يدخلوا طرفا فيه طلب القسمة في أي وقت وهو ما ينتهي إلى إهدار أثر اتفاق المتفقين على الامتناع عن طلبها¹.

وعلى عكس المشرع الجزائري و المصري فإن المشرع الفرنسي قد نص بموجب المادة 1873-2 من القانون المدني الفرنسي على وجوب أن يكون الاتفاق بين جميع المالكين في الشروع.

د- مدة الاتفاق

وضعت المادة 722 من القانون المدني الجزائري حدا أقصى للاتفاق على البقاء في الشروع وحددته بخمس سنوات، فلا يجوز أن تكون مدة البقاء المتفق عليها مؤبد أو غير محددة وفقا للتشريع الجزائري و المصري.

و إذا جاوزت المدة المتفق عليها هذا الحد فإن الفقه السائد يرى بأن يتم إنقاص المدة إلى خمس سنوات تطبيقا للقواعد العامة في البطلان الجزئي مالم يتبين أن المدة المتفق عليها لا تنفصل عن جملة التعاقد و أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق بدون هاته المدة كلها وحينها يتم إبطال العقد كله².

في حين يرى البعض أن إنقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئي و إنما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد، و التعديل على عكس البطلان لا يتوقف على إرادة الأطراف³.

وعلى عكس التشريعين الجزائري و المصري فإن القانون المدني الفرنسي نص على أن الاتفاق قد يكون لمدة محددة أو غير محددة.

ففي فرضية الاتفاق لمدة محددة فإنه لا يجوز الاتفاق على مدة تتجاوز خمس سنوات قابلة للتجديد وفي الحالة التي يتم فيها إبرام الاتفاقية لمدة تتجاوز خمس سنوات فإنه لا يتم إبطالها و إنما يتم إنقاص مدتها إلى خمس سنوات⁴.

¹- حسن كيره، المرجع السابق،ص 198.

²- محمد عزمي البكري، المرجع السابق،ص 20.

³- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق،ص 166.

⁴ - Terré français et Lequette yves et Goudemet sophie,Op.cit,p894.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وخلال هذه المدة فلا يستطيع أي مالك في الشيوخ أن يطلب القسمة ماعدا إذا وجدت أسباب مبررة لذلك .

وفي فرضية الاتفاق لمدة غير محددة فإن طلب القسمة يمكن تقديمه في أي وقت بشرط أن لا يكون عن سوء نية أو في وقت غير مناسب.

إن اتفاقية محددة المدة لأول مرة يمكن تجديدها لمدة غير محددة باتفاق الشركاء في الشيوخ، كما أن الاتفاقية المبرمة لمدة محددة تتحول إلى اتفاقية لمدة غير محددة إذا تم عزل المسير و الذي يكون في نفس الوقت مالكا في الشيوخ، كما تتحول أيضا في الحالة التي يتم فيها نقل حصة أحد الشركاء إلى شخص غريب عن الشيوخ .

2-الأحكام الخاصة المتعلقة بالاتفاق

وهي أحكام استثنائية توجد في حالات خاصة كانتقال الملكية الشائعة إلى الخلف العام أو الخاص و نتعرض لأهم حالتين.

أ-سريان الاتفاق في حق الخلف العام و الخاص

حسب ما نصت عليه المادة 722 (ق.م.ج) فإن الإتفاق على البقاء في الشيوخ ملزم للشريك وكذا خلفه العام و الخاص، و تأسيس ذلك على أن النص جاء مطلقا على أساس الخلف ولم يفرق بين عام و خاص و بالتالي فإن الخلف الخاص يلتزم بالاتفاق سواء كان يعلم وقت الشراء بوجود الإتفاق أو لم يعلم وهذا على خلاف القاعدة العامة في الخلف الخاص و الذي لا ينتقل إليه التزام سلفه إلا إذا كان عالما به وقت التعاقد مع هذا السلف¹.

و على عكس ذلك فقد نصت المادة 1873-12 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على أن الشيوخ يعتبر مبرما لمدة غير محددة عندما تنقل لأي سبب كان حصة من الشيوخ إلى شخص غريب عن الشيوخ وهو ما يفيد أن الاتفاق المبرم لمدة محددة يتحول إلى اتفاق لمدة غير محددة يعطي لصاحبه سواء كان خلفا عاما أو خاصا الحق في طلب القسمة في أي وقت .

¹ - عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص 884-885.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ب- اشتراط الواهب أو الموصي على الشركاء البقاء في الشيوخ

يرى البعض أنه إذا ورد في وصية شرط على الورثة أو الموصى لهم بالبقاء في الشيوخ ولو لمدة خمس سنوات يجب اعتباره باطلا لا يقيد الشركاء ، كون المشرع قد إرتضى الخروج على الأصل تحقيقا لمصلحة الشركاء أنفسهم إذا إرتضوا باختيارهم البقاء في الشيوخ فلا يجب أن يكون هذا البقاء مفروضا عليهم من جانب شخص آخر كالموصي¹.

وعلى عكس ذلك يرى بعض فقهاء القانون المصري بأن هذا الشرط يعتبر صحيحا مادام أنه يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات و يكون مبنيا على باعث مشروع وقد استندوا في ذلك على أحكام المادة 823 من القانون المدني المصري التي تجيز شرط المنع من التصرف إذا ورد في وصية وكان مبنيا على باعث مشروع و مقصورا على مدة معقولة، فمن باب أولى أنه يجوز للواهب أو الموصي أنه يشترط البقاء في الشيوخ وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف².

ولم يرد في القانون المدني الجزائري نصا مماثلا لنص المادة 823 (ق.م.م) و التي وردت ضمن القسم المتعلق بالقيود التي ترد على حق الملكية ،وهو ما يدفعنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالوصية و الهبة و الواردة ضمن قانون الأسرة الجزائري و التي نصت المادة 199 منه على أنه إذا علفت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط، و إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط،و إننا نرى أن الشرط جائز مع ضرورة إخضاعه لرقابة القضاء لتقرير صحته خصوصا فيما يتعلق بالمدة و السبب.

وعلى مثل ذلك انقسم الفقهاء الفرنسيون قبل تعديل سنة 1976 بخصوص هاته المسألة بين مؤيد لحق الموصي و بين من لا يعطيه هذا الحق في اشتراط البقاء في الشيوخ ضمن وصيته، وإن كان الرأي الغالب بأن المادة 815 (ق.م.ف) تمنح إمكانية الاتفاق على البقاء في الشيوخ إلى الورثة، و أن المتوفي لا يجوز له أن يفرض بموجب الوصية الإبقاء على الشيوخ في التركة ويستندون في ذلك إلى أن الاتفاقية المنجزة من طرف الشركاء تؤكد على أنها مناسبة و لازمة لاستمرار الشيوخ، في

¹ - حسن كيره، المرجع السابق،ص 200.

² - عيد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق،ص 51.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

حين أنه على العكس فإن سلطة الموصي لا تعطي إلا ضمانات قليلة والمعيار الذي يفرضه قد يكون تحكمي وغير مبرر أو أنه جاء في وقت غير مناسب¹.

في حين استند الرأي المخالف الذي يمنح الحق للموصي بأن يشترط الإبقاء على الشيوخ والذي تزعمه الفقيه بواتيه (Pothier) على فكرة أن القانون لم يحظر استمرار الشيوخ إلا في حالة تجاوزها لمدة خمس سنوات ، و أنه في حدود عدم تجاوز هاته المدة و مهما كان المصدر فإن المشرع لم يجد في ذلك أية خطورة ، كما استندوا إلى أنه في صياغة المادة 815 القديمة فإن مصطلح الاتفاق (Convention) يمتد إلى الشركاء في حين أن مصطلح الحظر (Prohibitions) يمتد إلى الموصي².

غير أنه بتعديل المادة 815 في صيغتها التقليدية تم حذف مصطلح الحظر (prohibitions) وتم الإبقاء فقط على مصطلح الحكم أو الاتفاقية و هو ما دعم فكرة أصحاب الرأي الأول، وأصبح من حق الشركاء في الشيوخ وحدهم الاتفاق على البقاء فيه و تأخير القسمة و هذا ليس مخولاً للموصي وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسي في أحد قراراتها³.

المطلب الثاني: سلطة القضاء في إقرار الحق في طلب القسمة

وتقييده

تعرف السلطة التقديرية بأنها مكنة التقدير المتروكة للقاضي بمقتضى القانون من أجل المفاضلة بين حلين أو أكثر تفترضهم المسألة المطروحة، و يمكن أعمال هاته السلطة كلما جاء النص بعبارات الجوازية مثل " يجوز " أو " يحق " أو " يمكن " أو " للقاضي أن... " و مسألة السلطة التقديرية للقضاء المتعلقة بالحق في طلب القسمة تنطوي على وجهين فقد يكون تدخل القضاء إيجابياً لتقرير الحق في طلب القسمة و الأمر بإنهاء الشيوخ رغم وجود إتفاقيات لإبقائه وقد يكون تدخل القضاء سلبياً وذلك بتدخله إما لإقرار تأجيل طلب القسمة إلى وقت محدد أو بممارسة الرقابة على هذا الحق من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق و سنحاول استعراض هذه المسائل ضمن الفرعين التاليين :

¹ -Planiol marcel et Ripert george ,op .cit ,p687.

² - Planiol marcel et Ripert gegorge ,op .cit ,p687.

³ - Cass.civ.1^{re} ,05/01/1977,D.1977.IR.173.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرع الأول : الرقابة على القيود الواردة بخصوص حق القسمة

وهاته القيود تم استعراضها ضمن المطلب الأول وهي إما اتفاقية أو قانونية أو قضائية.

أولاً: الرقابة على القيود القانونية و القضائية

تتفق كافة التشريعات و كذلك الفقهاء على أنه لا مجال لإعمال الرقابة على القيود القانونية التي تلزم الإبقاء على الشيوخ على وجه مؤبد و هو ما يعرف بالشيوع الإجباري كون الغرض الذي أعد له المال يستلزم البقاء فيه.

أما فيما يتعلق بالقيود القضائية فهي إحدى صور تدخل القضاء في اتجاه الحد من مدى الحق في طلب القسمة حسب ما تم تبيانه سابقا عند تعرضنا لهاته القيود، و بالتالي فإنه عند تدخل القضاء وإعماله لآليات تأجيل القسمة المذكورة آنفا فإنه لا مجال لتدخله لاحقا لإلغائها و أنه لا مجال لأية رقابة بعد إقرارها.

ثانيا : الرقابة على القيود الاتفاقية

وهنا تثار مسألة مدى جواز تدخل القضاء أثناء فترة الاتفاق على الشيوخ لأجل تقرير الحق في طلب القسمة إذا تقدم به أحد الشركاء في الشيوخ وهنا نجد اختلافا بين التشريعين الجزائري والمصري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى .

1- اتجاه المشرع الجزائري و المصري

بالرجوع إلى نص المادة 722 (ق.م.ج) و التي تقابلها المادة 834 (ق.م.م) فإننا لا نجد أية مكنة ممنوحة للقاضي لأجل التدخل و تقرير إجراء القسمة إذا طلبها أحد الشركاء أثناء مدة الاتفاق، ففي حالة وجود الاتفاق لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة لعدم وجود نص يجيز ذلك .

" وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يشتمل على فقرة ثانية تنص على : " ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر باستمرار الشيوخ حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه وحتى ولو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوخ وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك"، وقد أثير نقاش بخصوص هاته الفقرة في البرلمان و تم اقتراح حذفها بحجة أن القاعدة القانونية هي أن الاتفاق قانون المتعاقدين، ولذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام، ويجب احترام اتفاقات الشركاء في هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية في البقاء في الشيوخ من عدمه، وقد أيد البعض الآخر الإبقاء على هذه الفقرة على أساس أن المصلحة إعطاء القاضي شيء من السلطة ليتدخل في بعض حالات الشيوخ الضارة، فالرخصة المنصوص عليها في هذه الفقرة لديها قيمتها، و المفروض أن القاضي سيستعملها استعمالاً معقولاً ويخضع لرقابة محكمة الاستئناف، وقد تم حذف هذه الفقرة من المادة 834 (ق.م.م) توخياً لاستقرار التعامل¹.

2- اتجاه المشرع الفرنسي

كما رأينا سابقاً فإن التشريع الفرنسي قد أجاز للشركاء الاتفاق على البقاء في الشيوخ إما لمدة محددة لا تتجاوز خمس سنوات أو لمدة غير محددة، كما أجاز لهم طلب القسمة أثناء سريان الاتفاق وذلك بشروط أخضعها لرقابة القضاء.

فأثناء سريان الاتفاق المحدد المدة لا يجوز لأي واحد من الشركاء، في الشيوخ طلب القسمة إلا في حالة وجود أسباب مبررة، و في حالة الاتفاق غير محدد المدة فإن الحق في طلب القسمة يمكن إثارته في أي وقت على شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو في وقت غير مناسب وفقاً لأحكام المادة 1873-3 فقرة 1 و 2 (ق.م.ف)².

وحتى مع وجود إتفاق البقاء في الشيوخ فإن القسمة يمكن طلبها و لكن مع وجود رقابة تمارسها المحكمة، و الفرق بين الإتفاقيين - المحدد و غير المحدد المدة - يتعلق بعبء الإثبات ففي حالة الاتفاق محددة المدة فإن المبدأ هو تأجيل القسمة إلى غاية حلول الأجل و بالنتيجة فإن على طالب القسمة أن يثبت وجود الأسباب الجدية، وعلى العكس ففي حالة الاتفاق غير محدد المدة فإن

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 882.

² - Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, Op.cit, p895.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المبدأ هو الحق في طلب القسمة وبالتالي فإنه على الشريك الراغب في الإبقاء على حالة الشيوع أن يثبت أن طلب القسمة غير ملائم¹.

الفرع الثاني : تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

اختلفت التشريعات في تبنيها لنظرية التعسف في استعمال الحق ففي حين قام المشرع المصري بتبنيها ضمن نظرية عامة في الباب التمهيدي و اعتبرها نظرية عامة تسري على جميع نواحي القانون ،وقد إستمدتها من قواعد الشريعة الإسلامية التي تعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسؤولية التقصيرية، و على النقيض من ذلك فإن المشرع الفرنسي عند إصداره للقانون المدني لم يورد أي نص يتعلق بهذه النظرية، غير أن القضاء الفرنسي إتجه في منتصف القرن التاسع عشر إلى فرض الرقابة على استعمال الحقوق وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في عام 1871 بأن استعمال الحق يضحى تعسفا متى كان مجردا عن أية فائدة ، أو مبنيا على قصد إلحاق الأذى بالغير ، و لم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنق نظرية التعسف ، إن لم يكن بنص عام فعلى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة منها²، غير أن القضاء الفرنسي استند إلى المادة 1382 مدني فرنسي كأساس في تطبيقه لهذه النظرية.

في حين أن المشرع الجزائري رغم تبنيه لهذه النظرية عند إصدار القانون المدني، غير أنه بقي مترددا في تحديد الأساس الذي تستند إليه، أين تم النص على هذه النظرية ضمن المادة 41 من الفصل المعنون بالأشخاص الطبيعية ، وقد كان ذلك موضع نقد شكلي و موضوعي، وهو ما حدا بالمشرع للتدخل وقام بنقل مضمون المادة 41 الملغاة إلى نص المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 ضمن القسم المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية و تبنى المشرع الجزائري بذلك المسؤولية التقصيرية كأساس لهذه النظرية³ .

كما رأينا سابقا عند استعراضنا لخصائص الحق في طلب القسمة وما إذا كان هذا الحق يعد من الحقوق المطلقة (التقديرية) أو المقيدة فإن ذلك من شأنه أن يساهم في تقرير مدى قابلية هذا

¹ -Voin pierre et Gourbeaux gilles , Op.cit,p233 .

² -رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص650.

³ -بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، منكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص60.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الحق لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد انقسم الفقه بخصوص ذلك إلى إتجاهين نحاول استعراضهما لنخلص في الأخير إلى محاولة استنباط وجهة النظر الخاصة بالمشرع الجزائري.

أولا:الاتجاهات الفقهية

الاتجاه الأول : و الذي يعتبر أن الحق في طلب القسمة من الحقوق المطلقة أو التقديرية (discretionnaire) و التي لايمك القضاء الرقابة على مدى مشروعية استعمالها ،و أنه إذا لم يكن الشريك مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق كان له أن يطلب القسمة في أي وقت،وتعين على القاضي أن يجيبه إلى هذا الطلب ، فليس للقاضي في هذه الحالة سلطة تقدير ما إذا كانت القسمة ضارة أم غير ضارة بمصالح الشركاء¹ .

وقد اتجه الفقه و القضاء الفرنسي التقليدي إلى اعتبار الحق في طلب القسمة حقا تقديريا والذي لا يخضع لنظرية التعسف ، ولكن بصفة عامة فإن الحقوق التقديرية هي بصد الزوال ويجب أن يصبح الحق في طلب القسمة مثل باقي الحقوق².

وفي تعديله للقانون المدني الفرنسي بموجب القانون 1976/12/31 ، احتفظ المشرع بالمبدأ التقليدي الخاص بالحق في طلب القسمة و الذي هو حق تقديري و غير قابل للتقادم وقد استبعد القضاة التعسف في استعمال الحق في هذا المجال³، فهدف طالب القسمة سواء أكان مشروعا أو مؤذيا فإن الأمر سيان و القانون هنا يظهر تشجيعا للعودة إلى الملكية المفترزة و الحصرية وفقا للشكل التقليدي سواء بقسمة عينية أو بقسمة تصفية.

ومع ذلك فإن هذا الاتجاه تم إعادة النظر فيه جزئيا بموجب بعض الأحكام التي جاء بها قانون 1976/12/31 أين أصبح بإمكان القاضي في بعض الحالات سلطة الأمر بالإبقاء على الشيوخ وتأجيل طلب القسمة، وعندما يتم الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة غير محددة فإن طلب القسمة لا يمكن أن يتم بسوء نية أو في وقت غير مناسب⁴.

¹ - عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق،ص 52.

² -Maurie philippe et aynés laurent , Op.cit,p456.

³ -Cass.civ.16 /11/1961,JCP 1964 ,II,13477,note.P.Voirin.

⁴ - Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, Op.cit,p893.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الاتجاه الثاني : ويرى أصحابه أنه لا يمكن تقبل الرأي الأول المستند إلى التفرقة بين الحقوق المطلقة و الحقوق المقيدة على أساس أن ما يعرف بالحقوق المطلقة أو التقديرية هي من بقايا النزعة الفردية المتطرفة المحتومة الزوال أمام التطور القانوني الحديث، فضلا عما ينطوي عليه تقرير مبدأ عام بعدم التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون ، وهذه المواد تم النص عليها ضمن الأحكام العامة كمبدأ عام لأجل بسط رقابة القضاء على مشروعية استعمال الحقوق عموما دون تمييز بينها أو استثناء لبعضها بزعم صفة تقديرية أو مطلقة¹.

ثانيا : تكييف الحق في طلب القسمة

كما رأينا سابقا فإن عملية التكييف تقتضي تمييز الحق في طلب القسمة عن الحق في دعوى القسمة، ويرى الفقيه الفرنسي بلا نيول أن المصطلح الشائع " دعوى القسمة " (action en partage) الذي تم تكريس استعماله للتعبير عن هذه المكنة ليس دقيقا و أنه من المستحسن إستعمال مصطلح " حق طلب القسمة" لأنه في أغلب الحالات فإن عمليات القسمة تتم دون تدخل القضاء².

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد طبقت نظرية التعسف على استعمال رخصة الالتجاء إلى القضاء ، فهذه الرخصة و إن كانت من الحقوق التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشره الانحراف عما شرع له و استعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال الحق³.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري

يمكننا القول أن قيام المشرع الجزائري من خلال نصه على نظرية التعسف في استعمال الحق ولو ضمن الفصل المتعلق بالمسؤولية التقصيرية و تحديده لحالاتها و التي أوردتها على سبيل المثال لا الحصر يفتح المجال لإعمال هاته النظرية على مبدأ الحق في طلب القسمة، غير أن تطبيق النظرية يجب أن يتم بصفة دقيقة نظرا لوجود مبدأ آخر إلى جانب مبدأ الحق في طلب القسمة وهو

¹-حسن كبره، المرجع السابق،ص201 .

²-Planiol marcel et Ripert georges,Op .cit,T IV,p672.

³- نقض مندي مصري بتاريخ : 1967/12/28 نقلا عن رمضان أبو السعود،الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، المرجع السابق،ص662.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

مبدأ المساواة و العدالة في القسمة، و إن تطبيق هذا المبدأ لاحقا أثناء إجراءات القسمة من شأنه التقليل من التعسف في استعمال حق طلب القسمة إن وجد.

وإن لم توجد إجتهاادات قضائية قارة بهذا الخصوص فإننا نرى أن نص المادة 181 فقرة 2 من قانون الأسرة على وجوب أن تتم القسمة في حالة وجود قصر بين الورثة عن طريق القضاء، يعد طريقا يمكن من خلاله تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق حماية للمتقاسم إن رأى القاضي وجوبا لذلك.

إن ما يمكن استخلاصه من مضمون هذا الفصل هو قصور التشريع الجزائري - على عكس التشريعين المصري و الفرنسي- باهماله النص على أحكام مفصلة تتعلق بتصفية التركات كمرحلة تمهيدية هامة تسهل عملية قسمة الملكيات الشائعة المهمة و الناشئة عن الميراث، اما فيما يتعلق بمبدأ الحق في طلب القسمة فإن التشريع الفرنسي قد تميز بتوسعه في السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء لأجل الابقاء على الشيوخ أو تأجيل القسمة لفترة محددة، وقد جاره المشرع المصري بالنص على ذلك في حال وجود قصر بين الشركاء في الشيوخ الميراثي في حين اهمل المشرع الجزائري تقرير ذلك وستظهر أهمية هذه السلطة وضرورتها جليا لاحقا عند استعراضنا لأشكال القسمة في الفصل الموالي.

الفصل الثاني : أشكال قسمة الملكية العقارية الشائعة

كما سبق استعراضه ضمن الفصل الأول فإن التشريعات الثلاثة محل المقارنة أقرت قاعدة أن لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت ، وذلك ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشبوع بموجب نص أو إتفاق ،ولكن التساؤل الذي يمكن طرحه هو كيف تتم القسمة وعلى أي أساس يتم اعتماد شكل ما من أشكالها ،فطرق القسمة كما رأينا سابقا متعددة ،غير أن التقسيم الذي من شأنه تسهيل الإلمام بكافة شروط القسمة وإجراءاتها يتمحور أساسا حول طرق ثلاثة،كون القسمة إما أن تتم نهائية وتأخذ شكلين أساسيين هما القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، وإما أن تتم بصفة مؤقتة وهي مايعرف بقسمة المهاية، ورغم أن هذه الأخيرة تعد قسمة انتفاع لا قسمة ملكية فقد رأينا ضرورة التعرض لها و لو بصفة موجزة لسببين الأول هو أن الانتفاع يشكل أحد العناصر المكونة لحق الملكية و الثاني هو أن هذه القسمة قد تتحول الى قسمة اتفاقية نهائية في حالة توافر شروط معينة، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: القسمة الاتفاقية

المبحث الثاني: القسمة القضائية

المبحث الثالث: القسمة المؤقتة

المبحث الأول : القسمة الاتفاقية

نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 835 من (ق.م.م) على انه: " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

في حين نصت المادة 835 فقرة 1 (ق.م.ف) على انه :

" إذا كان كل المالكين على الشيوخ حاضرين و متمتعين بالأهلية ، يجوز إجراء القسمة بالصيغة وفق الطرق التي يختارها الفرقاء " فبمقتضى هذه النصوص إذا تم التوافق على إجراء القسمة ، ولم يكن بين الشركاء ناقص أهلية ، فلهم أن يتفقوا على الطريقة التي يرونها مناسبة لإتمام القسمة ، و المنفق عليه هنا هو أن القسمة في هذه الحالة تعد عقدا تسري عليه الأحكام المتعلقة بالعقود، و الإشكال الذي يثور هنا هو حالة وجود ناقص أهلية بين الشركاء أو غياب احدهم أو تخلفه فما هي الحلول التي قررتها التشريعات المقارنة لهذه الحالات وكيف تمت معالجتها؟

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون، و محله المال الشائع، و من ثمة تسري على هذه القسمة أحكام العقود ، فلا بد من تراضي الشركاء و توافر الأهلية ، و خلو الإرادة من العيوب ، و استيفاء المحل لشروطه و وجود سبب مشروع¹.

يجوز تعليق القسمة الاتفاقية باعتبارها عقدا على شرط واقف ، كأن يتفق الشركاء على تعليقها على ثبوت ملكية أحد الأعيان المال الشائع لأحد الشركاء، كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ كان يتفق الشركاء على اشتراط تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة².

مع أن جميع التشريعات محل المقارنة قد نصت على الحرية التعاقدية للشركاء في القسمة وفقا للطريقة التي يرونها ، غير أن الإشكال الذي يثار بهذا الشأن هو ما مدى هاته

¹- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 893 .

²- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 38 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الحرية التعاقدية و هل هي مطلقة أم مقيدة، وما هي طبيعة هذه القيود والمحددات التي يجب مراعاتها عند إجراء القسمة ؟

فالقسمة تتضمن في الحقيقة ثلاثة عناصر: الاتفاق على مكونات الكتلة الشائعة وعلى استحقاق كل واحد من الشركاء ، والاتفاق على كيفية تقسيم وتجزئة الكتلة الشائعة¹.

يلاحظ أن ثبوت الاستحقاق بفرعيه أي ثبوت ملكية المشترك ثبوت مستحقه ونسب استحقاقهم في المشترك يعد شرطاً أولياً من شروط القسمة ، أما كيفية القسمة فهي من جوهر تقنيات القسمة و تعد مسألة تقديرية راجعة لإرادة المتقاسمين أطراف العقد و كل طرف هو أفضل حكم في تقدير مصلحته².

على ضوء هذه المقدمات سنحاول ضمن هذا المبحث وفي إطار ثلاثة مطالب أن نبين شروط القسمة الاتفاقية و أركانها و كفاءات إتمامها ، لنخصص المطلب الأخير لمسألة إثبات القسمة الاتفاقية .

المطلب الأول : شروط القسمة الاتفاقية و أركانها

كل عقد يقوم على الإرادة، أي تراضي المتعاقدين و الإرادة يجب أن تتجه الى غاية مشروعة وهذا هو السبب، فللعقد إذن ركنان : التراضي و السبب ، أما المحل فهو ركن في الالتزام لافي العقد ، ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد، فان محل الإلتزام غير التعاقدية يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط ، أما محل الإلتزام التعاقدية فان المتعاقدين هم الذين يقومون بتعيينه، فوجب أن يراعوا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون ، و من ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد³.

¹ - Malaurie philippe et Aynes laurent, Les Contrats Speciaux, 4^{ém} éd, Defrenois, 2009, p605.

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 35 .

³ - زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات و العقود ، بيروت ، دار الثقافة ، الجزء 14 ، 1969 ، ص 325 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

إن شرائط القسمة الرضائية ، تتجسد أساسا في رضي كل واحد من المتقاسمين، فلا تصح قسمة الرضا في غيبة احد الشركاء¹، فالتراضي يعد أساس وروح القسمة الاتفاقية هذا فضلا عن عنصرى المحل والسبب وهو ما نسعى إلى تفصيله ضمن الفروع الثلاثة الآتية .

الفرع الأول : التراضي على القسمة

التراضي هو أساس العقد و قوامه ، فلا يقوم أي عقد بغير توافره، والتراضي يعني توافق إرادتي طرفي العقد على أحداث الأثر القانوني المقصود منه².

وجود الرضا على القسمة الاتفاقية لا يكفي لإنشاء العقد صحيحا إذ لا بد أن يتم هذا الرضا بالإجماع من جهة ، وأن يكون سليما من العيوب حتى لا يكون عقد القسمة مهددا بالزوال ، لذا سنتكلم عن لزوم الإجماع لقيام التراضي في القسمة الاتفاقية ضمن البند الأول ، ونعرض للشروط اللازمة لصحة التراضي خصوصا ما يتعلق بالأهلية ضمن البند الثاني .

أولا : لزوم الإجماع

المقصود هو ضرورة تطلب الإجماع حتى تنتج القسمة أثرها في فض الشيوخ، ومعني ذلك انه يمكن لبعض الشركاء الاتفاق على القسمة ، بحيث يكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما لأطرافه لا يجوز لأحدهم التحلل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فيه ، ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون ملزما لباقي الشركاء، ويترتب على ذلك أن الاتفاق بين بعض الشركاء لا يفض الشيوخ ، ولكن إذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الأثر³.

فالقسمة الاتفاقية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا ، وعلى ذلك إذا اتفق البعض عليها دون البعض الآخر ، فلا يترتب عليها إنهاء الشيوخ ، حيث يشترط الإجماع لهذا الإنهاء، وعقد

¹- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 182.

²- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 ، الجزائر ، دار الهدى ، ط 2 ، 2004 ، ص 79.

³- مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 179.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

القسمة لا يعد هنا باطلا إنما يلزم فقط من ارتضى به ، أما الآخرين فلا ينفذ في حقهم إلا إذا اقره و عندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوع¹ .

و لا تتم القسمة بالتراضي إذا كان هناك من يتعرض عليها مهما كان نصيبه ضئيلا وإنما لأبد من عرض الأمر على القضاء ليقوم بإجرائها².

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 29 لسنة 19 قضاية جلسة 1951/05/31 بأن : " حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة نهائية"³.

كما قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 274 لسنة 53 قضاية جلسة 1988/04/21 و رقم 2730 لسنة 57 قضاية جلسة 1992/02/20 بأن : " القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع ، إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء ، و هو وإن كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه و لا يجوز لأحد منهم التحلل من التزاماته بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع و يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه"⁴.

في حين يذهب البعض إلى ان القسمة في حالة موافقة البعض عليها تكون بمثابة ايجاب موجه منهم إلى من لم يقرها من باقي الشركاء ، فيكون لهؤلاء أو لورثتهم قبول القسمة ، و يبقى هذا الإيجاب قائما للمدة المحددة له أو لمدة معقولة⁵.

و بجانب القسمة الاتفاقية الصريحة التي تتم بإجماع الشركاء هناك قسمة فعلية اوضمنية تقوم على التراضي دون اتفاق صريح عليها⁶.

¹- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينة الأصلية ، أحكامها ومصادرها الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 106 .

²- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 224 .

³- محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 42 .

⁴- عيد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 229 .

⁵- انور طلبية ، المرجع السابق ، ص 103 .

⁶- رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينة الأصلية ، المرجع السابق ، ص 106 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

القسمة الفعلية ابتدعها الاجتهاد القضائي المصري ولا يوجد نص قانوني بخصوصها سواء في القانون المدني المصري أو الجزائري أو الفرنسي .

التراضي الضمني الذي يؤدي إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذي يستخلص من ظروف الحال ، ويعتبر هذا الاستخلاص مسألة موضوعية وقد عرفت محكمة النقض المصرية هذه القسمة بقولها : " القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما اذا كان تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه ¹ .

ويكتفى في تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين ، وفي نقض هذه القسمة للغبن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت إبرام التصرف الأخير ، إذ أن القسمة الفعلية لم تتم إلا وقت إبرام هذا التصرف² .

الملاحظ أن الاجتهاد القضائي المصري قد ربط وجود وقيام القسمة الفعلية بقيام كل مالك في الشيوع بالتصرف في حصة مفرزة ، فالتصرف هو الذي يضي على هذه القسمة صبغة الواقعية و الفعلية ، فيتم النظر إليها كأمر واقع يتوجب التعامل معه على هذا الأساس من أجل المحافظة على استقرار المعاملات من جهة و حقوق الغير المتصرف لصالحهم من جهة أخرى ، وفيما يتعلق بالاجتهاد القضائي الجزائري فإنه لم يتبن فكرة القسمة الفعلية خصوصا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية نظرا لنظرته فيما يتعلق بإثبات القسمة و سنتعرض لاحقا لهذه المسألة بالتفصيل عند تعرضنا لإثبات القسمة الاتفاقية .

و حسب رأبي فإن الأخذ بالقسمة الفعلية اعتمادا على الحالة الواقعية فيه نوع من المخاطرة في أن لا يتحصل كل واحد من المالكين في الشيوع على حصته كاملة في

¹ - نقض مدني مصري طعن رقم 293 للسنة القضائية 36 جلسة 1971/01/26 نقلا عن ، محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 52 .

² - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 895 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المال الشائع و هو ما يمس بمبدأ المساواة في القسمة والذي يعتبره البعض روح القسمة وأساسها .

ثانيا : الشروط اللازمة لصحة التراضي

لا يكفي وجود التراضي بالإجماع بين الشركاء في الشروع حتى تتعقد القسمة، بل يجب أن يكون التراضي صحيحا ، و هو لا يكون صحيحا الا اذا كان صادرا عن صاحب أهلية ولم تكن إرادة أحد الشركاء مشوبة بعيب ، و يوجد اختلاف جوهري بين التقنيات المقارنة فيما يتعلق بالإجراءات اللزوم مراعاتها عند إجراء القسمة في حال وجود ناقصي الأهلية بين الشركاء، في حين أن عيوب الإرادة تخضع للقواعد العامة مع وجود اختلافات بسيطة وسنحاول إبراز ذلك فيما يلي :

1-سلامة التراضي من عيوب الارادة

العقد قانونا هو التقاء ارادة الطرفين لإحداث اثار قانونية و يشترط في هذه الإرادة أن تكون سليمة غير معيبة ، و طبيعي أن ينسحب هذا المبرر على القسمة الرضائية لأنها تشكل بدورها عقدا ، و لا يخفى ما لعيوب الإرادة من خصوصية في القسمة لان تلك العيوب في حالة حصولها فإنها تخل بمبدأ المساواة¹.

حصر التقنين المدني الجزائري في المواد من 81 إلى 91 منه عيوب الإرادة في أربعة هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه و الاستغلال و هذا على غرار التقنين المدني المصري الذي تناول تنظيم أحكام هذه العيوب في المواد من 120 إلى 130 منه ، أما التقنين المدني الفرنسي فعرض لذكر عيوب الإرادة في المادة 1109 و التي حددتها بالغلط و التدليس والإكراه².

لابد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة و إرادة غير موجودة، و يترتب على هذا التمييز الجوهري ان العقد الذي يقوم على ارادة غير موجودة كحالة المجنون اوالصبي

¹- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 402.

²- محمد سعيد جعفر ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، الجزائر ، دار هومة للطباعة و النشر ، 2009، ص 11.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

غير المميز لا يكون له وجود أو هو عقد باطل، أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة و لكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله، فهو عقد قابل للإبطال¹.

أ-موقف المشرع الجزائري و المصري

كما سبق الإشارة فان التقنينين المدنيين الجزائري والمصري قد حصرا عيوب الإرادة في الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال أما فيما يتعلق بالغبن فقد تم اعتباره كمظهر مادي للاستغلال وتم تعريفه بكونه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فهو عيب مستقل قائم بذاته يقع في العقد و ليس في الرضا²، فالغبن يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه الى ما بين الأداءات المقابلة من التفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق، فاذا بلغ الفرق بينهما حدا معينا كان ذلك غبنا بينما معيار الاستغلال هو معيار شخصي³.

ومقدار الغبن الذي يلحق بالشريك في القسمة، ويجيز له طلب نقض القسمة في كلا التشريعين، هو الذي يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة، وهو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية .

وسنتعرض بالتفصيل لأحكام نقض القسمة للغبن، وأحكام ابطالها عند وجود عيوب الإرادة عند تعرضنا للآثار و الضمانات الناتجة عن القسمة غير المنتظمة ضمن الفصل الثاني من الباب الموالي .

ب-موقف المشرع الفرنسي

نصت المادة 1109 من (ق. م. ف) على أنه: "لا يكون الرضا صحيحا على الاطلاق اذا لم يعط إلا بالغلط أو إذا انتزع بالإكراه أو أخذ بالخداع" .

¹- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 310.

²- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج1 ، ص 388.

³- محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق، ص92.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وإذا كان رضا أحد الأطراف معيبا بالغلط أو الإكراه أو التدليس فإنه يمكن طلب إبطال العقد، و لا يعد الغبن عيبا حقيقيا للرضا¹.

فالتقنين المدني الفرنسي لم يتناول تنظيم الاستغلال في جانبه النفسي ، فلم يعتبره عيبا في الإرادة، بل تعرض فقط لحالة الغبن و اعتبره عيبا في العقد لا في إرادة المغبون، إذ لم يتم إدراج الاستغلال في المادة 1109².

وقد كان القانون المدني قبل تعديل سنة 2006 يقرر عيبين من عيوب الرضا فيما يتعلق بالقسمة و هما عيب الإكراه و التدليس و بعد التعديل تم النص على الغلط كعيب من عيوب الإرادة في القسمة³.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية : "على عكس الإكراه والتدليس المنصوص عليهما في المادة 887، فإن الغلط لا يشكل خارج الحالات الخاصة والاستثنائية سببا لإبطال القسمة"⁴.

و مقدار الغبن في القسمة الذي قرره المشرع الفرنسي في نص المادة 889 هو الذي يزيد عن مقدار الربع من قيمة المال الشائع محل القسمة ، و قد كان الجزاء المترتب عنه قبل صدور قانون 2006/06/23 هو النقص و تم استبدال الجزاء المترتب عنه بموجب هذا القانون و أصبح تكمله الحصة و سنتناول كل ذلك بالتفصيل لاحقا كما اسفلنا .

2- توفر الأهلية و الأحكام المتعلقة بها

إذا كان بين الشركاء من هو عديم الأهلية أو ناقصها أو كان بينهم غائب فإن ذلك لا يمنع من حصول الاتفاق على القسمة، كل ما في الأمر انه يجب إحاطة هذا الاتفاق بضمانات تكفل حقوق القاصر او الغائب⁵.

¹ -Gerard légier ,Droit civil , Les Obligation ,14^{em} éd,D, Paris, 1993, p28.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 117، 115.

³ Malaurie philippe et Aynes laurent ,Op.cit,p500.

⁴ -Cass.civ , 26/10/1943,D ,1946,n.j .Boulanger.

⁵ - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 202.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وقد اختلفت التشريعات الثلاثة محل المقارنة في تقرير الإجراءات الواجب اتباعها في حال وجود اشخاص لا تتوافر لديهم الأهلية اللازمة لإجراء القسمة و سنحاول تبيان هاته الإجراءات كل واحدة على حدة .

أ-موقف المشرع المصري

نصت المادة 835(ق.م.م) على انه إذا كان بين الشركاء من هو ناقص اهلية فانه يتوجب اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون ،و المقصود بذلك هو الإجراءات التي نص عليها قانون الولاية على المال¹.

ونصت المادة 40 من قانون الولاية على المال على أنه : "على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة و الإجراءات الواجبة الاتباع وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها ،و للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

كما نصت المادة 89 من نفس القانون على أنه : "يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصر من أحكام " .

ويتبين من النصوص السالفة الذكر أن إجراء القسمة اعتبر أمرا له خطره، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة و ألحق بالتصرفات ،و من ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن المحكمة كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف².

أما بالنسبة للولي ،فإن كان أبا فله إجراء القسمة بدون الرجوع إلى المحكمة إذ لم يورد القانون قيودا عليه فيها ،أما الجد ،فإن اعتبرت القسمة من أعمال التصرف، وهذا هو الراجح ، فيلزم استئذان المحكمة وفقا للمادة 15 من قانون الولاية على المال³.

¹- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص170.

²- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص 897.

³- أنور طلبه، المرجع السابق ، ص 105 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وقد قررت محكمة النقض المصرية " أن النص في المادة 835 من القانون المدني والمادتين 04 و 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال، يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة، على أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة"¹.

كما قررت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 190 لسنة 29 قضائية جلسة 1964/01/23 " أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه و على أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافدا في حق ناقص الأهلية ، وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر و من في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان و إجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات"².

أما بالنسبة للمحجور عليه قانونيا بمناسبة صدور حكم جنائي ضده فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 25 من قانون العقوبات المصري عليه ، وهي عقوبة تبعية تسلب من المحكوم عليه أهليته لإدارة أمواله ، وتفيد حرите في التصرف فيها مدة عقوبته .

ويترتب على الحجر القانوني تعيين قيم للإدارة ، و المحكوم عليه هو من يعين القيم على أن تقره المحكمة المدنية ، فإذا لم يعينه المحكوم عليه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك و قد رأى المشرع جعل كل ما يتعلق بالقوامة من اختصاص المحكمة الأهلية

¹- نقض مدني مصري 1985/11/06 طعن 702 سنة 51 قضائية نقلا عن أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 107.

²- معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، ج2 ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1987 ، ص 1594 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

(المدنية)، وراعى في ذلك أن قاضي الأحوال الشخصية قد يأبى الإقرار على حجر لم يحكم هو به ، كما يأبى الإقرار على قيم لم يقمه¹.

أما فيما يتعلق بأثر هذا الحرمان على أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية، فهو يعتبر عديم الأهلية فيما يختص بأعمال الإدارة وحيث يثبت هذا الاختصاص لقيم عليه، أما سلطة التصرف في أمواله ، فتبقى له شخصيا ولكن بشرط الحصول على إذن المحكمة المدنية المختصة².

ب-موقف المشرع الفرنسي

قبل الإصلاحات المتعلقة بحماية القصر و التي تمت بموجب قانوني 1964/12/14 و 1968/01/03 ، فان وجود قصر بين الورثة كان يستلزم وجوبا إجراء قسمة قضائية، في حين انه و بالنظر إلى تعقيد إجراءات هذه القسمة و المصاريف التي تستوجبها فإن ذلك كان يلحق الضرر بالورثة ،وقد تم العمل عرفا أنه في حال وجود قاصر فيتم اللجوء إما إلى عقد اتفاقية للشيوخ مصحوبة بقسمة وقتية يتم تجديدها إلى غاية بلوغ القصر ،وإما إلى قسمة ودية مصحوبة بتعهد عن الغير (promesse de porte fort) ،و الوصي على القاصر يتعهد بأن هذا الأخير عند بلوغه سيقوم بالتصديق على القسمة .

وبموجب هذه الإصلاحات فإن عدم أهلية أحد الورثة لم تعد عائقا لإجراء قسمة اتفاقية ،كما تم تعميم و تمديد هذه الحلول حتى بالنسبة للغائب بموجب قانون 1977/12/28 ، و في العموم فان الأمر يخضع لقيدنين ، في البداية يتوجب الحصول على الإذن إما من أحد الأبوين و قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية البسيطة، وإما من قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية تحت الرقابة القضائية و كذلك الغياب، وإما من طرف مجلس العائلة في حالة الوصاية ، و بعد الحصول على الإذن يتعين الحصول على

¹-جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج5، (د.ن)، 2010 ،ص 138.139 .

²- رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص 213 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

التصديق (homologation) على بيان تصفية الموجودات (l'etat liquidatif) من طرف المحكمة الاستئنافية¹.

لقد عرفت مسألة أهلية المتقاسمين عدة تعديلات تشريعية كان هدفها الأساسي هو تبسيط وإعطاء مرونة للقواعد الإجرائية للتشجيع على إجراء القسمة الودية ، وقد سهل قانون 2006/06/23 الإجراءات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لنظام حماية وكذلك الغائبين وقد أضاف هذا القانون أحكاما مستحدثة و جديدة خاصة بالشريك المتقاسم المتخلف أو المتقاس (copartageant défaillant) وهو ما يتفرد به التشريع الفرنسي عن باقي التشريعات المقارنة .

وفيما يتعلق بالشريك ناقص الأهلية فان الوضع يختلف بحسب نظام الحماية²:

" إذا كان الشريك بالغا تحت الوصاية فان القسمة الودية يتم طلبها من الوصي و الذي يتعين عليه الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة إذا تم تشكيله أو من قاضي الوصاية ، وبعد ذلك تخضع القسمة للموافقة بالنظر إلى بيان تصفية الموجودات حسب ما تنص عليه المادة 507 (ق.م.ف) ، في حين انه سابقا كان يتوجب التصديق (homologation) من طرف المحكمة .

أما إذا كان الشريك قاصرا فانه يجب التمييز ما إذا كان خاضعا للإدارة القانونية، فان القسمة الودية تكون ممكنة عندما يكون القاصر ممثلا سواء من طرف الأب و الأم معا ، او من طرف أحدهما عندما يكون هو المدير القانوني لشؤونه ، و الملاحظ انه منذ صدور الأمر رقم 1288 / 2015 المؤرخ في 15/10/2015 المتضمن تبسيط و تطوير قانون العائلة و المضمن في القانون المدني الفرنسي فانه لم يعد من اللازم حصول المدير القانوني على إذن قاضي الوصاية ، و لم يعد بيان تصفية الموجودات خاضعا لتصديق المحكمة وفقا للمادة 382 (ق.م.ف) و ما يليها " .

¹-Terré François et Lequette yves et Gaudemet sophie, Op.cit,p971.

²-Grimaldi michel, Droit des successions ,7^{em}éd ,Lexis nexis,paris,2017, p727.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و ما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص أن المشرع الفرنسي قد اقترب في هذه النقطة المتعلقة بالولي من المشرع المصري الذي لا يلزم الولي (الأب) بالحصول على أي إذن عند إجراء القسمة و يعفيه من كل رقابة سواء كانت سابقة أم لاحقة .

و إن كان الشريك القاصر موضوعا تحت الوصاية فإن الوصي يتوجب عليه الحصول على الإذن المسبق إما من مجلس العائلة أو قاضي الوصاية ، و بعدها يتوجب أن تخضع القسمة للموافقة سواء من مجلس العائلة ، وفي حال عدم وجوده من قاضي الوصاية، أما إذا كان الشريك خاضعا لأحكام الوكالة المستقبلية ، فإنه يجوز للوكيل القيام بإجراء قسمة ودية نيابة عنه من دون لزوم أي إذن و ذلك بشرط أن تكون الوكالة موثقة حسب نص المادة 490 (ق.م.ف).

و المقصود بالتوكيل للحماية المستقبلية في القانون الفرنسي هو قيام أي شخص سواء كان بالغا أو قاصرا مأذون له بتكليف شخص أو عدة أشخاص في وكالة واحدة لتمثيله في الحالة التي لن يعود بوسعه منفردا متابعة مصالحه لأسباب متعلقة بقدراته العقلية أو الجسدية بحيث تمنعه من التعبير عن إرادته .

أما فيما يتعلق بالشريك الغائب (المقدرة غيبته *présumé absent*) ، و الذي تحقق قاضي الوصاية من قرينة غيابه فإن ممثله يمكنه الحصول على إذن قاضي الوصاية لأجل إتمام إجراءات القسمة الودية و يخضع لنفس الشروط المتعلقة بالوصي على القاصر حسب نص المادة 116 (ق.م.ف)¹.

و قد مددت المادة 836 فقرة 1 (ق.م.ف) العمل بهذه الأحكام المتعلقة بالغائب لتطبيقها على الشريك الذي يوجد في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته بسبب البعد.

لعل أهم ما جاء به تعديل سنة 2006 بخصوص القسمة الودية و جعل التشريع الفرنسي متميزا هو تلك الأحكام المتعلقة بالشريك المتخلف أو المتقاعس (*copartageant*) و ذلك عندما يعطل الشريك إجراء القسمة ليس بمعارضته لبقية الشركاء، وإنما بسكوته و عدم الجواب على الاقتراحات المقدمة له من طرف بقية المتقاسمين، فقبل التعديل

¹-Voin pierre et Gourbeaux gilles ,Op.cit,p 263 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

كان يتوجب اللجوء إلى القسمة القضائية رغم انعدام منازعة قضائية حقيقية، وقد أعطى قانون 2006/06/23 حلا مناسباً لهذه الوضعية جعل من القسمة الودية ممكنة وإن ذلك يستلزم حسب نص المادة 837(ق.م.ف) إنذار المالك في الشيوخ المتخلف لأجل الحضور أو تكليف من يمثله لحضور القسمة، ويتوجب أن يتم الإنذار بعقد غير قضائي وفي حال تخلفه عن تكليف وكيل ليمثله بعد ثلاثة (03) أشهر من إنذاره، فإنه يجوز لأحد الشركاء في الشيوخ تقديم طلب لرئيس المحكمة الاستئنافية لأجل تعيين شخص مؤهل لتمثيل الشريك المتقاعس إلى غاية إتمام عملية القسمة، ويتم تعيينه بموجب أمر على عريضة وفقاً للمادة 1379 من قانون الإجراءات المدنية، ويتعين على ممثل الشريك المتقاعس بعد إعداد مشروع القسمة أن يلتزم من القاضي الذي عينه الإذن له لأجل إتمام عقد القسمة حسب مقتضيات المادة 1358 من قانون الإجراءات المدنية¹.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه: " بالرغم من هذه المتطلبات والشروط، فإن القسمة تبقى اتفاقية ولا تخضع لقواعد القسمة القضائية سواء من حيث الشكل أو الموضوع"².

ج-موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 723 من (ق.م.ج)، على أنه بإمكان الشركاء اقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها، وفي حال وجود ناقص أهلية بينهم فإنه يتوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون و القانون المتوجب مراعاة أحكامه هو القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم.

بالرجوع إلى أحكام هذا القانون فيما يتعلق بأحكام قسمة أموال ناقص الأهلية والغائب و السلطات الممنوحة للولي و الوصي بخصوصها فإننا نجد المادة 88 منه تنص على: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار، و قسمته، و رهنه، و إجراء المصالحة ..."

¹-Sauvage françois,Op.cit,p 239 .

²-Cass.civ.1^{re},09/07/1974, Bull .civ .I ,D. 1975,n°220 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

كما نصت المادتين 95 و 100 من نفس القانون على أن للوصي و المقدم نفس السلطات الممنوحة للولي ، و هنا يبرز وجه الاختلاف بين التشريع الجزائري والتشريعين المصري و الفرنسي واللذين يعفیان الولي الأب من إجراءات الحصول على الإذن .

و يكون الأب هو الولي على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله ، وفي حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ، والملاحظ أن المادة 87 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة أتت بحكم لم نجد له أصلا في فقه الشريعة وهو أن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة ، فربط القانون الولاية بالحضانة، بما مؤداه أن طلاق الزوجة و إسناد حضانة ولدها لها فيه إسقاط لولاية الأب لولده نتيجة استعماله حقا مشروعاً هو إيقاع الطلاق الذي توافرت مبرراته، والغريب في الأمر أن لفظ الولاية جاء عاما ليشمل الولاية على النفس وكذلك على المال¹.

و قد قررت المحكمة العليا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، وأنه من المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما ، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون ، و لما كان الثابت ، في قضية الحال ، أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر ، و في رفع الدعوى ، وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرّقوا القانون².

غير أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية الحصول على هذا الإذن و لم يحدد إجراءاته، فيرى البعض انه إذا حاولنا إعطاء تفسيرا للنص نستخلص انه على الولي أو الوصي أو القيم أن يتقدم بطلب إذن من رئيس القسم المختص ، و بعد أن يتأكد من أن القسمة فيها مصلحة لنا قص الأهلية ، يأذن له بإجراء القسمة بواسطة خبير عقاري مختص ، و بعد إنجاز مشروع القسمة يتم عرضه مرة ثانية على رئيس القسم المختص

¹ - احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2009، ص 176.

² - قرار غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 19/12/1988، ملف رقم 51282، المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 1991 ، ص 63.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ليطلع ويصادق عليه إذا رأى أنه عادل ، أما إذا تبين له أن هناك إجحاف في حق ناقص الأهلية فيأمر بأن تتم القسمة قضائياً¹.

في حين يذهب رأي مخالف إلى أنه و اعتبارا لكون قانون الأسرة لم يوضح شكل الإذن ، و هل يتم اللجوء إلى رئيس المحكمة في إطار السلطة الولائية لأجل استصدار إذن بسيط ، أم انه يجب عرض الأمر على قاضي الأحوال الشخصية ليصدر بذلك حكما قضائيا وهو ما يعني إخضاع الأمر لنظام الجلسات ، فإن النظام الثاني هو الأرجح لأن القسمة عادة ما تستوجب تقديم مشروع قسمة ، و قد يحتاج ذلك إلى مخططات و عمل فني قد لا يتمكن رئيس المحكمة لوحده من التأكد منه حفاظا على حقوق القصر ، و بالتالي لا بد من تعيين خبير للإحاطة بمبررات المعاملة و تقييم الحصص ، ثم يتم الترجيع وتمكين الأطراف من إبداء ملاحظاتهم ثم يصدر حكما في النهاية يحوز قوة الشيء المقضي فيه يثبت القسمة².

و قد نص المشرع في الفصل العاشر المتعلق بقسمة التركات صراحة ضمن المادة 181 من قانون الأسرة على انه : "في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء "

و قد قررت المحكمة العليا أنه " في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون القسمة بين الورثة عن طريق القضاء ، و يعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة ، و لما كان الثابت ، في قضية الحال ، أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر ، و لم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية ، فإنه يتعين بذلك نقض و إبطال القرار المطعون فيه " ³.

¹ - راشدي عائشة ، قسمة المال الشائع ، مذكرة نهاية التكوين التخصصي ، فرع قانون عقاري ، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2001 ، ص 14 .

² - علاوة بوتغرار ، التصرف في أموال القصر ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد 3 ، جوان 1998 ، ص 17 .

³ - قرار غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 1992/12/22 ، ملف رقم 84551 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1995 ، ص 117 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و تبعا لذلك واستنادا لهذا النص ، و نظرا لغموض إجراءات الحصول على الإذن بالقسمة ، و اختلاف المحاكم في تطبيقها ، فإن الراجح أن تكون القسمة قضائية عن طريق دعوى أمام قاضي الموضوع المختص¹.

و حسب رأيي فإن المشرع الجزائري قد حاول التمييز بين قسمة الملكيات الشائعة بسبب الميراث أو ما يعرف بقسمة التركات ، و قسمة الملكيات الشائعة لأسباب أخرى غير الميراث و التي يكون أحد الشركاء فيها قاصرا و يخضع في هذه الحالة لأحكام الولاية على المال ، غير أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في تفصيل هذه المسألة على عكس باقي التشريعات المقارنة .

و كما لاحظنا فإن التشريعات المقارنة قد خصصت لمثل هذا الموضوع نصوصا أكثر اتساعا و تفصيلا ، فالمشرع المصري وضع قانونا كاملا سماه " قانون الولاية على المال " ، و في حين خصص القانون المدني الفرنسي للولاية مواد كثيرة نظم فيها ضوابط عمل الولي و كفاءات إشراف و رقابة القاضي على أعماله ، ناهيك عن أن النظام الفرنسي يعرف ما يسمى بقاضي الولاية أو الوصاية " JUGE DES TUTELLES " و هو ما يعبر عن الأهمية التي أعطاهها لهذا الموضوع².

و قد ورد في المنشور الحامل للرقم 20 المؤرخ في 19/10/1985 الصادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل بخصوص تفسير المادة 181 فقرة 2 قانون الأسرة إن قسمة تصفية تركة يوجد بين ورثتها قاصر لا تكون إلا عن طريق القضاء ، ولو في حالة الموافقة الجماعية للورثة³ و مرد ذلك حسب رأيي أنه في قسمة التركات كثيرا ما يوجد تضارب و تعارض المصالح بين القاصر و بين وليه أو الوصي عليه.

أما فيما يتعلق بالغائب و الذي يأخذ حكم المفقود بعد مرور سنة على غيابه في حال تسبب غيابه بضرر للغير ، فإن القاضي عندما يصدر حكما باعتبار الغائب مفقودا يتوجب عليه حصر أمواله و تعيين مقدم لتسيير شؤونه ، و ما دام أن المقدم يأخذ نفس

¹-راشدي عائشة ، المرجع السابق ، ص 15.

³- علاوة بوتغرار ، المرجع السابق ، ص 16.

³- انظر نشرة الموثق ، نشرة داخلية تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق ، العدد 1 ، 2000، ص 62.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الأحكام المتعلقة بالوصي فإنه يتوجب على المقدم الحصول على إذن المحكمة لأجل القيام بقسمة أموال الغائب.

أما بالنسبة للمحجور عليه قانونا لصدور ، حكم جنائي ضده ، فإن المادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائري نصت فقرتها الثانية على أن يتم إدارة أموال المحكوم عليه طبقا للجزاءات المقررة في حالة الحجر القضائي وهو ما يعني تطبيق النصوص المتعلقة بالحجر في قانون الأسرة .

وقد قررت المحكمة العليا " أن المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية ، ولما كان من الثابت أن الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذه للعقوبة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"¹.

والملاحظ ان المشرع الجزائري يختلف في هذه النقطة مع المشرع المصري بخصوص الجهة المنوط بها تطبيق النصوص المتعلقة بالحجر، بحيث أعطى المشرع الجزائري الاختصاص للقاضي الأصيل للفصل في مسائل الأهلية والولاية وهو قاضي شؤون الأسرة ، وأرى بأن هذا المنهج هو الأقرب والأسلم من حيث الفاعلية والتطبيق.

الفرع الثاني : المحل في القسمة

محل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه ، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه ، فالبيع يولد التزامين أساسيين أحدهما على البائع وهو الالتزام بنقل الملكية ، و ثانيهما على المشتري ، وهو التزام بدفع الثمن، فمحل عقد البيع هو البيع و الثمن².

و يفرق بعض الفقهاء بين محل العقد و محل الالتزام ، ويرون أن محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها ، بينما محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به سواء أكان الالتزام بنقل حق عيني أو بالعمل أو بالامتناع على عمل، وتترتب على

¹- قرار الغرفة المدنية مؤرخ في 1986/06/29، ملف رقم 43476، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1993، ص14.

²- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص209.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ذلك نتائج هامة ، فقد يكون محل الالتزام موجودا و صحيحا في الوقت الذي يكون فيه محل العقد غير مشروع لمخالفة العملية القانونية للنظام العام، ومثال ذلك حالة التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ، فمحل الالتزام الذي ينشئه العقد في هذه الحالة هو محل مشروع إذ لا يعدو أن يكون تصرفا في مال مستقبلي، غير أن محل العقد أي العملية القانونية المراد تحقيقها تعتبر مخالفة للنظام العام لعدم جواز التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة¹.

ومحل القسمة هو إنهاء الشئوع أو تحويل الحق الشائع لكل شريك إلى حق معين و حصري ، و في القسمة الودية فإن هذه الحالة تشمل بشكل طبيعي على تنازل بالرضا من طرف كل شريك عن حقه الشائع في الأموال التي لم يتم منحها له، وبالمقابل يظهر بأنه في القسمة الودية فإن كل طرف يلتزم بعدم المطالبة أبدا بحقه الشائع في الأموال التي لم تمنح له ، وهذا الالتزام الواقع على عاتق كل واحد من الشركاء المتقاسمين هو ما يسمح للقسمة بإتمام العملية التي حددت لها ، فالالتزام الأساسي المميز للقسمة هو التزام تبادلي بالامتناع و الذي يقع على عاتق كل واحد من المتقاسمين ، و السمة الأساسية التي تميزه هي الامتناع².

فالقسمة الودية أو الاتفاقية تقع ضمن فئة العقود غير الناقلة و التي يكون محلها الامتناع.

الفرع الثالث : السبب في القسمة

ينبغي التنبيه إلى أن الفقه القانوني لم يتعرض إلى مسألة المحل والسبب في عقد القسمة بالتفصيل ، و إنما حاولنا إجراء عملية استقراء و إسقاط للقواعد العامة التي نصت عليها القوانين المدنية المقارنة .

ويقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أو ركنا في الالتزام الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام، وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم،

¹ - سيد حسن البغال ، المطول في القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، القاهرة ، الناشر المتحدون ، (د.ت) ، ص62.

² - Overstake jean -francis, Essai de classification des contrats speciaux, L.G.D.J , Paris ,1969,p137.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

تحقيقها نتيجة التزامه ، فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال لماذا التزم المدين ؟ أما المحل فتتضمنه الإجابة عن السؤال بماذا التزم المدين؟¹ .

ويختلف السبب في العقد باختلاف طبيعة العقد في حد ذاته و لتحديد السبب في القسمة فانه من اللازم تحديد طبيعة عقد القسمة فيما إذا كان من العقود التبادلية أو عقود التبرع أو غيرها .

ويرى البعض بأن عقد القسمة هو عقد عادي لا يحتاج لصيغة معينة ،وهو عقد متبادل (synallagmatique)² .

و في العقود التبادلية الملزمة لجانبيين فان سبب التزام كل طرف يكمن في وجود التزام الطرف الآخر ، وفي عقد القسمة فإن الشريك المتقاسم يرتضي الالتزام بالتنازل عن حقه الشائع في كامل الملكية الشائعة بهدف الحصول على حقه الحصري في جزء معين من الملكية يتناسب مع حصته المستحقة، وبهذا يتم تحويل الحق الشائع في الملكية إلى حق محدد و استثنائي .

ويشترط في السبب أساسا أن يكون مشروعاً بالإضافة إلى كونه موجوداً وصحيحاً وهذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بأنه " من المقرر قانوناً انه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون " ³ .

و لأجل تقدير مشروعية السبب، فإن المحاكم تقوم بالبحث عن السبب الرئيسي أو السبب الدافع و المحدد (cause impulsive et déterminante)⁴ ، وتثور مسألة مشروعية السبب في القسمة الاتفاقية للعقار عندما ما يكون هدف الأطراف من إجرائها مخالفة قواعد قانونية أمره، كالقواعد المتعلقة بالعمران والتهيئة العمرانية أو بالقواعد المتعلقة بحدود تجزئة و تقطيع الملكية العقارية الزراعية .

¹- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 222 .

²- جورج شداوي ، حق الملكية العقارية ، طرابلس ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون ، ط 1 ، 2006 ، ص 83 .

³- قرار الغرفة المدنية مؤرخ في 12/04/1987 ، ملف رقم 43098 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، سنة 1990 ، ص 85 .

⁴- Gerard legier, Op.cit,p45.

المطلب الثاني : كفيات القسمة الاتفاقية

إذا كان الشيوخ ناشئاً عن عقد ، وصرح في ذلك العقد عن كيفية القسمة ، كان إجراء القسمة بالطريقة المبينة في العقد ، وإذا كان الشيوخ ناشئاً عن غير عقد ، كالشيوخ الميراثي ، فإن للمتقاسمين أن يباشروا القسمة بالكيفية التي يرونها ، ما دام أن الاتفاق قانون المتعاقدين و هو لا يتنافى مع النظام العام¹.

وإذا كانت التشريعات المقارنة الثلاثة قد أعطت للشركاء هذه الإمكانية كمبدأ ، إلا أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه ، اقله عند إفراز العقار الواحد إلى أكثر من عقار ، ذلك أن قوانين التنظيم المدني و البناء وضعت شروطاً للإفراز تختلف من منطقة لأخرى ، بحيث انه يجب على الشركاء مراعاة تلك الشروط تحت طائلة بطلان القسمة².

إن الضوابط التي تحكم القسمة الاتفاقية و طرق إتمامها يمكن تصنيفها إلى قسمين ، الأول منها تعد ضوابط عامة تتعلق بمفهوم العدالة في القسمة الاتفاقية و الطرق الممكنة لإجرائها ، أما القسم الثاني فيتعلق بضوابط خاصة ترتبط أساساً بتصنيف العقار إلى ارض فلاحية أو أرض عمرانية و ضمن هذا القسم تتضح فروقات أساسية عند دراستنا للتشريعات المقارنة ، و هذا ما سنحاول إبرازه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : الضوابط العامة للقسمة الاتفاقية

تتعلق الضوابط العامة للقسمة أساساً بطريقة تكوين الحصص و مدى إمكانية إجراء القرعة ، بالإضافة إلى ماهية العدالة المستوجبة في القسمة الاتفاقية .

أولاً : العدالة في القسمة الاتفاقية

إن المبدأ الأساسي الذي يحكم القسمة هو العدالة فيها ، و العدالة تعد روح القسمة و قوامها ، فيتوجب أن تتم المساواة بين المتقاسمين حسب حصصهم ، و إذا لحق أحد

1 - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 163 .

2 - جورج شدراوي ، المرجع السابق ، ص 74 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الشركاء غبن واضح فإن القسمة تعد غير عادلة ، ومن الممكن حينها اللجوء إلى إجراءات لإبطالها .

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم المساواة يتعدى مفهوم التساوي الحسابي إلى فكرة العدالة ، لذا يعتبر هذا المصطلح المعتمد في الفقه الإسلامي أدق وابلغ في التعبير عن ماهية القسمة ، ورغم اشتراك التشريعات المدنية في إقرار هذا المبدأ غير أنها اختلفت في تصور هذه المساواة¹ .

فالمساواة قد تكون عينية ومعناها أن يتحصل كل شريك على حصته العينية في كافة العقارات المشاعة وإن تعددت ، وقد تكون المساواة قيمية ومعناها انه لا يتوجب أن يتحصل كل شريك على حصته العينية في كافة العقارات المشاعة وانه من الممكن أن يستفرد أحد الشركاء بعقار معين ويتم تعويض احد الشركاء الذي لم يتحصل على كامل حصته العينية بمقابل نقدي يدعى بمعدل القسمة .

ومعدل القسمة هو مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذي نال نصيبا أو جزءا مفرزا أزيد من نصيبه ، بأن يدفعه إلى الشريك الذي نال نصيبا أو جزءا مفرزا أقل من نصيبه ، وذلك على سبيل التعويض عما نقص من حصته أو من الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه² .

واعتبارا لكون القسمة الاتفاقية تتم بالطريقة التي يرتضيها الأطراف، فان المنطقي انه لا يشترط في المساواة أن تكون عينية أو قيمية وإنما يشترط وجودها بغض النظر عن طبيعتها .

وفيما يتعلق بالمشروع الجزائري و المصري فإنه بالرجوع إلى نص المادة 732 (ق م ، ج) و المادة 845 (ق م.م) المتطابقتين يتضح أن القسمة الاتفاقية يجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس ، وأشارت المادتان إلى أن العبرة في التقدير تكون بقيمة الشيء وقت القسمة ، وإن الاستقراء يقودنا إلى أن المساواة في القسمة

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 269 .

² - محمد المنجي ، موسوعة دعاوى العمالية ، دعوى القسمة ، مصر ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ط1 ، 1996 ، ص 305 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الاتفاقية تكون اقرب إلى القيمة أما المشرع الفرنسي فانه عند إصدار القانون المدني سنة 1804 قد انطلق من نظرة تقدر المساواة العينية في القسمة ، غير انه بدأ بالميل إلى تقبل مبدأ المساواة القيمة تدريجيا¹ و بصدور تعديل 2006/06/23 فقد تبني المشرع الفرنسي مبدأ المساواة في القيمة بموجب المادة 826 (ق.م.ف).

ثانيا : تكوين الحصص وتوزيعها

يمكن للشركاء أن يتفقوا على أن تكون القسمة عينية بمعدل أو بدون معدل، وذلك بأن يختص كل منهم بجزء معين من المال الشائع ، على أن يكون لمن اختص بأحد الأجزاء معدلا يدفعه الشركاء بالتساوي أو بنسبة معينة أو يدفعه شريك واحد، وقد يتفقوا على أن يكون المعدل مرتبا يقرر مدى حياة المتقاسم ، وقد يتفق الشركاء على ان يجنبوا نصيب أحدهم فيخرج من الشروع ، وإذا تعذرت القسمة فيمكنهم بيع المال أو جزء منه بالمزاد ، ولهم في حالة المزاد قصره على الشركاء، كما يجوز لهم بيع العقار بالممارسة أي لشخص معين يختارونه بالاتفاق².

وإذا كان من شأن تجزئة العقار أن تحبس جزءا من العقار عن الطريق العام، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في الأجزاء الأخرى يصل الجزء المحبوس بهذا الطريق، فإن حق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى كما كان الأمر قبل تجزئة العقار³.

والملاحظ أن التشريعات الثلاثة محل المقارنة لم تضع قواعد محددة لتنظيم كيفية إجراء القسمة الاتفاقية على عكس بعض التشريعات العربية ومن ضمنها المشرع الأردني الذي اصدر قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم 48 لعام 1953.

وقد عرض المشرع الأردني لتنظيم أسلوبين لإجراءات القسمة الرضائية في المادتين الخامسة والسادسة يتصدى في الأول منهما لحق الشركاء أنفسهم لإجراء القسمة

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 269.

² - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 104

³ - أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص 104 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

على النحو الذي يخلو لهم، و يفوضون في الثاني منهما دائرة التسجيل إياها لإجرائه وتختلف طريقة التقسيم التي يقوم بها مأمور التسجيل حسب طبيعة العقارات (ارض أو مسقات) و حسب عددها ، فإذا كانت متعددة صير إلى تقسيمها بطريقة قسمة الجمع ، كما يراعى في قسمة الأرض تأمين المعادلة بينها من حيث المساحة وجودة التربة أو رداؤها ، مع إفراس حق الشرب و المسيل و الطريق بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن¹.

و فيما يتعلق بإمكانية اللجوء إلى القرعة ، فإنه يمكن للشركاء تكوين حصص عينية متساوية و إجراء القرعة بشأنها .

و يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن اللجوء إلى القرعة في القسمة الاتفاقية نادر عمليا ، باعتبار انه يتعارض مع أحد أهم خصائص هذه القسمة التي تأخذ في الحسبان ميولات و مهارات الشركاء².

و ما دامت القسمة الاتفاقية تنصب على عقار فان التشريعات الثلاثة قد نصت على وجوب تدخل موثق لتجسيدها ، بعد القيام بإجراءات على حسب طبيعة العقار إن كان فلاحيا أو عمرانيا .

" و من الإجراءات التي يفرضها القانون الجزائري للقسمة الاتفاقية :³

-إعداد مخطط موقع الأمكنة ، و خمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص .

-ترفق هذه المخططات بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشيوخ ، أو بطلب الموثق .

-تودع الوثائق بالمصلحة التقنية على مستوى البلدية .

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق ، ص 142، 143 .

² - Terre françois et lequette yves et Gaudemet sophie ، Op. Cit ، P 970 .

³ - عبد الرحمان ملزي ، المرجع السابق ، ص 69 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

- بعد مراجعة هذه التقارير و معاينة الأمكنة ، و التأكد من احترام المسافات ، و أن الأرض ليست زراعية ، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي منح قرار التجزئة .
- بعدها يتوجه الشركاء إلى الموثق لأجل تحرير عقد القسمة" .

الفرع الثاني : الضوابط الخاصة للقسمة الاتفاقية

ترتبط الضوابط الخاصة للقسمة الاتفاقية أساسا بالطبيعة القانونية للعقار، و غني عن التوضيح أن لكل نوع تقنيات خاصة بتقسيمه سواء أكان عمرانيا أو فلاحيا .

أولا : الضوابط المتعلقة بالأراضي العمرانية

عند إجراء أي قسمة ، لا يمكن تجاهل ما تضمنته قوانين التنظيم المدني، بالإضافة إلى المراسيم الصادرة تطبيقا لها ، و التي تنظم المدن و المناطق لأن لهذه القوانين انعكاس على القسمة من ناحيتين ، الأولى كونها تحدد المساحات الدنيا التي يسمح بإفرازها ولا يمكن إجراء القسمة إلا بمراعاة هذه المساحات ، و الثانية كون هذا القانون يحدد المساحات التي يجب أن تخصص عند إجراء القسمة كطرق و حدائق أو أمكنة مخصصة لإقامة بعض الإنشاءات أو التجهيزات العامة¹.

وسنحاول استعراض ما قرره التشريعات المقارنة الثلاثة بخصوص هاته المسألة ، و الآليات و الأدوات التي تحكم عمليا تقسيم الأراضي العمرانية أو القابلة للتعمير سواء كانت مبنية أو عارية .

1-موقف المشرع الجزائري

لقد تم إصدار القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير بهدف تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير و تكوين و تحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي للموازنة بين وظيفية السكن و

¹ - عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، دراسة مقارنة، ج2 ، لبنان ، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية ، ط 2 ، 2011 ، ص 113 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفلاحة و الصناعة ، ووقاية المحيط و الأوساط الطبيعية و المناظر و التراث الثقافي و التاريخي .

ووفقا لأحكام هذا القانون فإنه يتوجب الحصول على رخصة التجزئة أو شهادة التقسيم عند إجراء أية عمليات لتقسيم الملكيات المبنية أو غير المبنية ، و لم يتضمن القانون الجزائري الخاص بالتهيئة و التعمير أي أحكام استثنائية تتعلق بالملكيات الشائعة أو التركات .

ووفقا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25/01/2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها فان رخصة التجزئة تشترط لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها ، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية ، و قد منح القانون للوكيل حق الحصول على رخصة التجزئة، ويقصد بالوكيل الشخص الذي يفوض من قبل المالك الأصلي للقيام بطلب رخصة التجزئة لحسابه وباسمه، وما على الوكيل إلا أن يرفق طلب الحصول على الترخيص بتوكيل رسمي محرر أمام موثق¹.

والسؤال المطروح يتعلق بمدى إمكانية قيام المالكين في الشروع بتقديم طلب رخصة التجزئة في شكل جماعي أو بشكل انفرادي ، و حسب رأبي فإنه يمكنهم توكيل احدهم للقيام بذلك نيابة عنهم أو توكيل شخص آخر يختارونه لإتمام هذا الإجراء و يمكن أن يكون خبير عقاري ، باعتبار أن هذه الرخصة تعد شرط أوليا لإتمام عمليات القسمة اللاحقة.

أما شهادة التقسيم فقد نصت عليها المادة 33 من المرسوم 15/19 باعتبارها وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام .

وشهادة التقسيم خاصة بالعقارات المبنية فقط ، و لا تغير حقوق البناء لأن العقار أساسا مبني، و غالبا ما تطلب هذه الشهادة من طرف الورثة من اجل تقسيم العقار

¹- اقلولي أولدرابح صافية ، قانون العمران الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، ط 2 ، 2015 ، ص 171.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الموروث ، فهي تسهل للورثة قسمة العقار المبني ، و تمكن البلدية مراقبة مدى تأثير القسمة على المحيط العمراني¹.

ويمكن للإدارة أن ترفض تسليم الرخص استنادا إلى كون الطلب غير موافق لمخطط الأراضي المصادق عليها و لا وثيقة التعمير التي تحل محل هذه الأخيرة و لا حتى المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير أو القواعد العامة للتهيئة و التعمير المعمول بها في حالة عدم وجود أية أداة من أدوات التعمير².

تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 1991/05/28 و المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء ، قد تضمن أحكاما عديدة تتعلق بحجم البناءات و مظهرها و المساحات المرجعية و المسافات الدنيا و الارتفاقات وهي أحكام يتوجب الالتزام بها عند تقسيم أية بناية أو مسكن .

2-موقف المشرع الفرنسي

وفقا لأحكام المادة 315- 1 من قانون التعمير الصادر بموجب قانون 1983/01/07 فإنه : "يشكل تخصيصا كل تقسيم لملكية عقارية يكون هدفها، أو يكون من أثرها خلال فترة عشر (10) سنوات على الأقل جعل عدد القطع يتجاوز الاثنین والناتجة عن هاته الملكية "

و يمكن أن يتعلق الأمر بـ "تقسيم في الملكية أو الانتفاع ناتج عن عمليات نقل ملكية بدون مقابل أو بعوض ، عمليات قسمة أو تأجير باستثناء التقسيمات الناجمة عن قسمة التركة أو التصرفات الشبيهة عندما لا ينتج عنها تقسيم الملكية إلى أكثر من أربع قطع " .

1 - اقلولي أولد رابع صافية ، المرجع نفسه ، ص 210 .
2- سماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 222.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وفقا لهذه المادة فان تقسيم الملكية لا يعد تجزئة بالمفهوم القانوني إلا إذا توفرت خمس خصائص متعلقة بموضوعها وكيفياتها والفترة التي يتم تجسيدها خلالها، وهدفها بالإضافة إلى أهميتها¹.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي أعفى عمليات قسمة التركات والمتعلقة بعقارات لا ينتج عنها سوى أربع (04) قطع من وجوب الحصول على رخصة التجزئة والخضوع لأحكامها، أما إذا زادت عن هذا الحد فان أحكام التجزئة والتحصيص يتوجب تطبيقها .

وبالإضافة إلى ذلك فقد ابتدع المشرع الفرنسي شهادات أخرى تسمح للمجموعات المحلية العمومية بمتابعة بعض عمليات التجزئة العقارية و إخضاعها للرقابة بهدف المصلحة العامة و من ضمن هذه الرخص شهادة الكثافة *certificat de densité*.

فعندما يتم انتزاع جزء من قطعة ارض تكون حقوق البناء فيها قد استعملت بصفة جزئية، فانه لا يمكن البناء في الجزء المنتزع إلا في حدود المقدار المتبقي من حق البناء الخاص بالقطعة قبل تقسيمها.

ولقد تأثر المشرع الجزائري واعتمد المبدأ كما جاء به المشرع الفرنسي لأول مرة ، فتم تحديد النسبة للمناطق الحضرية في البلديات بموجب نص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 91-175 المتضمن القواعد العامة للتهيئة والتعمير².

3-موقف المشرع المصري

عرف التشريع المصري في هذا المجال لأول مرة إصدار القانون رقم 52 لسنة 1940 و المتعلق بتقسيم الأراضي المعدة للبناء ، وقد تم لاحقا إلغاء هذا القانون بالقانون رقم 03 لسنة 1982 المتضمن قانون التخطيط العمراني و الذي بقي ساريا إلى غاية إلغائه بموجب قانون البناء الموحد رقم 119 لسنة 2008 الساري المفعول حاليا .

¹ - Jacquot henri et Priet françois ,Droit de l'urbanisme. 3^{em} éd ,D,Delta,1998,p418 .

² - سماعيل شامة ، المرجع السابق ، ص183.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و يقصد بالتقسيم كل تجزئة لقطعة ارض داخل نطاق المدن إلى أكثر من قطعتين، كما يعتبر تقسيما ، أقلمة أكثر من مبنى واحد و ملحقاته على قطعة الأرض سواء كانت هذه المباني متصلة أو منفصلة¹.

إن المقارنة بين التشريعات الثلاثة تظهر أنها جميعها اعتمدت معايير وآليات ملزمة لتنظيم عملية تقسيم الأراضي العمرانية و المحافظة على النسيج العمراني داخل المدن ،و إن اختلاف الآليات و تنوعها مرجعه الأساسي حسب رأيي إلى أن مسألة تنظيم المدن تدخل ضمن الموروث الجماعي للمجتمعات ،و هذا الموروث يختلف لإختلاف عادات و تقاليد و مميزات كل مجتمع عن غيره .

ثانيا : الضوابط المتعلقة بالأراضي الفلاحية

للأراضي الفلاحية أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية ، كما أنها تلعب دورا هاما في التوازن البيئي ، ونظرا للتزايد الديموغرافي و الطلب المتزايد للأراضي في الميدان العمراني فقد برزت ظاهرة البناء على الأراضي الفلاحية بعد تجزئتها إلى مساحات قليلة الأهمية وإنشاء تحصيصات على الأراضي الفلاحية و في هذا الإطار أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية المذكرة رقم 4270 المؤرخة في 2014/04/21 و المذكرة رقم 3335 المؤرخة في 17 /03/ 2016 و التي عالجت إشهار العقود المتضمنة التنازل أو تقسيم حقوق عقارية مشاعة في أراضي فلاحية .

لقد تدخلت التشريعات المقارنة لأجل إيجاد آليات مراقبة صارمة للحد من ظاهرة تقنين الملكية الفلاحية الشائعة وخصصت أحكاما لها سواء كان الشيوخ ميراثيا أو اتفاقيا.

1-موقف المشرع الجزائري

لأجل حماية الأراضي الفلاحية من التقنين و حدوث اختلالات بيئية نتيجة ذلك فان المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 1997/12/20 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية وضع قيودا يلتزم بها الموثق طبقا لأحكام المادة 07 منه ، بحيث يمنع عليه إجراء

¹ - عيد الوهاب عرفة ، شرح قوانين البناء و الهدم ، مصر ، دار المطبوعات الجامعية ، (د.ت) ، ص 153.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أي قسمة ودية قبل الحصول على التراخيص التي اشترطها القانون و أخذ رأي المصالح الفلاحية¹.

لقد اخذ المشرع الجزائري بمعيار مادي من خلال إخضاع تقسيم الأراضي الفلاحية إلى قاعدة المساحة المرجعية ، بغض النظر عن طبيعة المعاملات سواء أكانت تصرفات نقل الملكية أو عمليات قسمة عقارية ، وكل عملية عقارية تتعلق أو تنتج عنها ملكية عقارية نقل مساحتها على ما هو محدد في الجدول المنصوص عليه بالمادة 03 من المرسوم 97-490 تعد غير قانونية و لا يمكن إتمامها .

يجب على الموثق أن يقوم بإرسال طلب إلى المصالح الفلاحية يتضمن معلومات بخصوص حالة الطالب و تحديد العقار موضوع التقسيم و سبب التقسيم إن كان قسمة تركة أو بيع حصص أو غيره ، و يتوجب على مدير المصالح الفلاحية الرد على الطلب خلال مدة أربعة أشهر من تاريخ الإيداع و عدم رده خلال هذه المدة يعد قبولا ، و إذا كانت المعاملة غير مطابقة لمعايير المساحات المرجعية فانه يقوم بتبليغ الرفض في شكل قرار إداري مسبب².

2-موقف المشرع المصري

عالجت المادتان 23 و 24 من قانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 مسألة تفتيت الملكية درءا لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان و تقسيم الأرض بالإرث و غيره من أسباب كسب الملكية ، و اعتبارا لكونه قد تم تقدير أن اصغر ملكية لا ينبغي أن تقل عن خمسة أفدنة ، فقد تم النص على انه إذا تمت تجزئة نقل عن هذه المساحة فانه يتوجب أيلولة الأرض إلى واحد ممن لهم نصيب فيها مع منح الأفضلية لمن يشتغل منهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بثمنها فيتم حينها بيعها بالمزاد العلني ، و الفدان الواحد يساوي حوالي 4200متر مربع أي حوالي 0.42 هكتار في مصر .

¹ - بردان رشيد ، العقد التوثيقي كآلية لحماية البيئة في مجال التهيئة و التعمير ، مقال منشور بمجلة الموثق ، الجزائر ، العدد الرابع ، نوفمبر 2015 ، ص 39 .

² - سماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 191 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و إذا كان من شأن تجزئة الأرض الزراعية تشكيل أجزاء اقل من خمسة أفدنة، فيجب في هذه الحالة أن تتركز الأرض في يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع الثمن ، و يكون الاختيار باتفاق الجميع ، فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحدهم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، لتختار من تقول إليه الأرض ، فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقي الأنصبة ، بيعت الأرض كلها بالمزاد و يقسم الثمن على الملاك ، و عندما يتعدد الراغبون في ملكية الأرض من بين مالكيها ، فان المحكمة تفضل من يحترف الزراعة فإذا تعدد هؤلاء اقتضت بينهم، وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة، فإذا تساوا كلهم أو بعضهم في هذه الصفة ، فضل الزوج ، ثم الولد، فان تعدد الأولاد اقتضت بينهم¹.

3-موقف المشرع الفرنسي

أعطى المشرع الفرنسي بموجب أحكام المواد 15-181 و14-181 وما يليهما من القانون الريفي (code rural) ، و أحكام القانون رقم 2010 -874 المتعلق بتطوير الفلاحة، للإدارة سلطة تقييد حق الملكية لأجل الاعتراض على تقسيم الأراضي ذات الوجهة الفلاحية إذا رأت بأن من شأن تقسيمها ان يكون له تأثير كبير على:

-الطابع الفلاحي و الطبيعي للمحيط .

-ظروف الاستغلال العادي .

-المحافظة على التوازن الاقتصادي داخل الوحدات و الفروع الفلاحية و قد نص القانون على أن كل تقسيم لأرض زراعية يجب أن يكون موضع تصريح مسبق يوجه إلى اللجنة القطاعية للتوجيه (commission départementale d'aménagement foncier CDAF) و يتوجب على اللجنة القبول أو الاعتراض على التقسيم خلال اجل ثلاثة (03) أشهر ، و

¹-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، ج4 ، ص 314.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

في حال بيع أو تأجير الأرض الفلاحية دون الحصول على الإذن المسبق فان المجلس العام للجنة يستطيع طلب إبطال العقد خلال اجل خمس سنوات من إشهاره¹.

كما نصت المادة 181- 1 من المرسوم 2012-824 المتعلق بآليات حماية الأراضي الفلاحية على إنشاء اللجنة القطاعية للتصرف في المحيطات الفلاحية، (commission departementale de la consommation des espaces agricoles .CDCEA).

وهذه اللجنة لديها رأي استشاري بخصوص عمليات التقسيم .

والتصريح المسبق يتوجب إرفاقه بمجموعة وثائق من ضمنها²:

"-الهوية الكاملة ووظائف المستفيدين من التقسيم .

-أسباب مشروع التقسيم و المشاريع المزمع إقامتها في كل حصة .

-في الحالة التي تستمر المستثمرة الفلاحية بعد تقسيمها في نشاطها السابق ، فيتوجب تقديم تصريح يوضح مشروع إعادة التأهيل لكل حصة مقسمة مشفوعا برأي اللجنة القطاعية للتوجيه الفلاحي .

-في الحالة التي يتم فيها تغيير طبيعة نشاط المستثمرة الفلاحية بعد تقسيمها فيتوجب أن يتضمن الملف بيانا وصفيا تفصيليا لطبيعة النشاط المزمع القيام به ، وكذلك مخطط التمويل" .

إن المقارنة بين التشريعات الثلاثة بخصوص مسألة تقسيم الأراضي الفلاحية تظهر انه على عكس التشريعين الجزائري و المصري و اللذين اعتمدا معيارا ماديا محددًا متعلق بالمساحات المرجعية ، فإن المشرع الفرنسي لم يتقيد بهذا المعيار وإنما وضع آليات رقابة متعددة نص عليها القانون و أسندها للجان عديدة ، كما أن المشرع الفرنسي أفرد

¹- Eric hoffmann .(2012,20 décembre) .contrôle du morcellement des terres agricoles .récupere le 11/04/2018 de [http:// prjection.re/index.php](http://prjection.re/index.php).

²-Eric hoffmann.Idem.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

لكل منطقة أحكاما خاصة تبعا لطبيعة الأرض و النشاط الفلاحي، وحسب رأيي فان اعتماد المعيار المادي لوحده ليس كافيا لحماية الأراضي الفلاحية وضمان مردوديتها، وانه من المستحسن إضافة معايير مرنة لأجل مراعاة خصوصية كل منطقة كون المعيار المادي هو معيار جامد و تحكمي و يؤدي أحيانا إلى نتائج غير منطقية.

المطلب الثالث : إثبات القسمة الاتفاقية

إن الإشكال القانوني الذي يتم طرحه كمسألة أولية يتعلق بطبيعة عقد القسمة العقارية فيما إذا كان عقدا رضائيا أم أنه عقد شكلي و الرسمية فيه تعد شرطا للانعقاد ؟

وتعد الكتابة الرسمية مقررة للانعقاد ، إذا كان القانون يرتب على تخلفها البطلان أو أنه لا يمكن أن يوجد التصرف بغيرها كما هو الشأن بالنسبة لعقد بيع العقار ، كما أنه لا يجوز في حال تخلف الرسمية إثبات التصرف بالإقرار أو اليمين الحاسمة ، في حين أن الكتابة الرسمية إذا كانت مقررة للإثبات ، فان تخلفها لا يترتب عليه اي بطلان و كل ما هناك أنه لا يجوز إثبات هذا التصرف إذا زادت قيمته عن حد معين بشهادة الشهود أو القرائن و يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين الحاسمة¹ للإجابة على الإشكالية المطروحة فإنه في الحالة التي تكون الكتابة مقررة للانعقاد فان الرسمية حينها تصبح من ضمن شروط و أركان العقد التي استعرضناه سابقا ضمن المطلب الأول، أما إذا كانت الكتابة مقررة للإثبات فان محل دراستها ضمن هذا المطلب و سنحاول عرض ما قرره التشريعات المقارنة بخصوص هاته المسألة .

الفرع الأول : موقف المشرع المصري

لم يتضمن التشريع المصري أية أحكام تفيد أن عقد القسمة العقارية هو من العقود الشكلية وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع في الإثبات للقواعد العامة².

¹- عمر زودة، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرف المجتمعة رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997، منشور ضمن مجلة الموثق، العدد7، الجزائر، جويلية 1999، ص13.

²- نقض مدني مصري 1967/04/20 طعن رقم 151 سنة 33 قضائية، نقلا عن محمد عزمي البكري، المرجع السابق،

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

والقانون المصري يفرق فيما يتعلق بالتسجيل بين التصرفات التي من شأنها نقل الملكية العقارية و التصرفات المقررة أو الكاشفة ، فالأولى يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير وفقا للمادة 09 من قانون الشهر العقاري، أما الثانية فيترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير و فقا للمادة 10 فقرة 01 من نفس القانون، وقد حرص المشرع المصري على أن ينص على هذا الحكم بالنسبة الى القسمة ، حيث نصت المادة 10 فقرة 02 من قانون الشهر على ما يأتي : "و يسري هذا الحكم على القسمة العقارية و لو كان محلها أموالا موروثة" ، و يبرر هذه التفرقة أن التصرف الناقل يخول المتصرف إليه حقا لم يكن له من قبل ، فهو بذلك أكبر خطرا من التصرف الكاشف الذي يقتصر دوره على تقرير حق ثابت من قبل¹.

و قد قررت محكمة النقض المصرية بأن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقاري ، و يعتبر كل متقاسم في علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة و لو لم تسجل على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بتسجيلها².

والغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع و قام بشهر هذا الحق وفقا للقانون قبل شهر سند القسمة³.

أما الغير الذي تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر من الغير و لو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي أنصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة⁴.

¹ - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 234 .

² - نقض مدني مصري 1975/11/24 طعن رقم 496 سنة 41 قضائية، نقلا عن معوض عبدالنواب، المرجع السابق، ص 1601 .

³ - نقض مدني مصري 1965/12/02 طعن رقم 494 سنة 29 قضائية، نقلا عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 236.

⁴ - عبد الفتاح مراد ، شرح قوانين الشهر العقاري ، مصر ، دار الفكر العربي ، ط 1994، ص 131.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرع الثاني : موقف المشرع الفرنسي

يفرق الفقه الفرنسي فيما يتعلق بالشكلية بين الشكلية اللازمة للانعقاد (forme ad validitatem) وبين الشكلية المتطلبية للإثبات (forme ad probationem) و بين بعض الشكليات التي لديها وظيفة مختلفة كالشهر للاحتجاج به على الغير¹.

فإجراءات الشهر تهدف لجعل العقد يمكن الاحتجاج به على الغير ، خصوصا العقود المتعلقة بالعقارات ، وفي حال إهماله فإن العقد يكون صحيحا بين أطرافه و لكن لا يحتج به على الغير .

واتفاقية القسمة تخضع لمبدأ الرضائية و لا تشترط أية شكلية لصحتها ، وهي تتم بمجرد تبادل الرضا ، و هذا ما يمكن استخلاصه من نص الفقرة الأولى من المادة 835 (ق.م.ف) أما إذا ووقعت القسمة على عقار فإن الفقرة الثانية من المادة 835 نصت

على أن تتم بموجب عقد موثق ، و هذه الشكلية متطلبية للاحتجاج بها على الغير

(ad opposa bilitatem) وليس للصحة والانعقاد (ad validitatem)².

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه يستخلص من أحكام المادة 835 من القانون المدني بأن القسمة التي تتم بين الشركاء، الحاضرين والمتمتعين بالأهلية الكاملة لا تخضع لأية قواعد شكلية وأنه يمكن أن تتم في شكل سند ذي تواريخ خاصة، وأنه عندما يتعلق بأموال خاضعة للشهر العقاري، فإنه يتوجب أن تتم بموجب عقد موثق، وأن المحكمة الاستئنافية استخلصت بصفة صحيحة أن هذه الشكلية هدفها ضمان فعالية الشهر الإلزامية، ولكن في حالة غياب الرسمية عن العقد فإن ذلك لا يمس بصحته³.

فشكل القسمة يخضع من حيث المبدأ للرضائية، غير أنه كلما كانت التركة مهمة، وعمليات القسمة صعبة و معقدة و تتعلق بعقارات، فإن الممارسة العملية تقتضي أن تتم في شكل موثق والذي يتضمن غالبا بند التمتع المجزأ (Clause de jouissance divise)، و هذا البند لديه هدفان، فهو

¹ - Gérard légier, Op. Cit, p46

² - Grimaldi michel, Op. cit, p725.

³ - Cass.civ.1^{re}, 24 /10/2012 : Bull.civ.2012, I, n°218 ;JCP, 2013 n° 1008, Note C.Brenner.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

يحدد تاريخ بداية التمتع الفردي لكل واحد من الشركاء بعد القسمة، ومن جهة أخرى يحدد التاريخ الذي تم فيه تقييم الأموال المقسومة¹.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 793 (ق.م.ج) أن الملكية و الحقوق العينية الاخرى لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين و لا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري ، و يفهم من هذا النص أن القيد هو شرط لنقل الملكية و الحقوق العينية ، و أكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و التي تنص على : "إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي الى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " ، و يفهم من هذين النصين أنه و بغض النظر عن التصرف و عن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته و سواء كان كاشفاً أو منشئاً للحق فإنه لا وجود له إلا بقيده لدى مصالح الشهر².

وقد قررت المحكمة العليا أن " العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي الى إنشاء أو نقل أو تصريح أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ، و من ثم فإن استبعاد و وثيقة القسمة الودية المحتج بها من قبل الطاعنين لعدم شهرها ، و الأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقاً سليماً للقانون"³.

وعلى هذا ، فالقسمة الرضائية رغم أنها لا تنشئ و لا تنتقل ملكية الحصص المفردة فإنه يشترط فيها الشهر حتى يستطيع الغير إذا أراد التعامل بشأن العقار ما إذا كان يزال شائعاً أو تم قسمته⁴.

¹ - Malaurie philippe et Aynes laurent, Op.Cit,p465.

²- ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق، الجزائر، العدد الخامس، ديسمبر 1998، ص 13 .

³ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 18/06/2002، ملف رقم 213832، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص265.

⁴ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006، ص 80 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

والتصرفات التي لم تشهر لا ينتج عنها سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد في حالة ما إذا استوفى العقد الشكلية المطلوبة لانعقاده ، أما إذا أبرم العقد دون إفراغه في الشكل الرسمي فلا يجوز إشهارة أو إثباته بدعوى صحة التعاقد لأن التصرف في حد ذاته باطل لتخلف أحد أركانه و بالتالي لا يرتب أي أثر و لا حتى التزامات شخصية و إنما يعاد الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد¹.

و قد قررت المحكمة العليا بأنه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي²، كما أقرت بأنه تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي³.

وما يؤخذ على القرارين السابقين بمراجعتهما الكاملة ، بأن قضاة المحكمة العليا قد استندوا في هذين الاجتهادين الى أحكام المادتين 324 مكرر 1 و 793 (ق.م.ج) و التي تتعلق أساسا بنقل الملكية ، في حين أن عقد القسمة هو عقد كاشف ، مما يجعل الأساس الذي بنيت عليه هذه القرارات محل نظر ومناقشة .

إن الإشكال المطروح يتمثل فيما إذا كانت الرسمية المتطلبة في عقد القسمة العقارية تتعلق بالانعقاد أو بالإثبات ؟

والمعروف أن الرسمية المتطلبة للانعقاد يتوجب النص عليها صراحة ضمن القانون، و مثالها عقد الرهن الذي لا ينعقد إلا بعقد رسمي كما نصت المادة 883(ق.م.ج) ، وكذلك عقود نقل ملكية عقار أو القاعدة التجارية و غيرها حسب ما تنص عليه المادة 324 مكرر 1 (ق.م.ج) .

وحسب رأبي أنه ونظرا لغياب نص صريح يوجب إفراغ عقد القسمة العقارية في الشكل الرسمي لكي يتم انعقاده ، فإن اعتبار الرسمية أو الشكلية ركنا في هذا العقد يعد من قبيل تقويل المشرع ما لم يقل ، و إن الأقرب للمنطق أن الشكل الرسمي لعقد القسمة متطلب للإثبات و لأجل أن ينتج العقد اثاره بالشهر تماشيا مع أحكام قانون الشهر .

¹ - ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق، المرجع السابق، ص14 .

² - قرار الغرفة العقارية المؤرخ في: 2007/09/12، ملف رقم 414655، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008 ، ص 211 .

³ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في: 2008/07/16، ملف رقم 462587، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2008، ص261.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

إن المقارنة بين التشريعات الثلاثة و الاجتهاد القضائي فيها بخصوص مسألة إثبات القسمة الاتفاقية العقارية تظهر أنه على عكس التشريعين المصري و الفرنسي اللذين اعتبرا أن عقد القسمة من العقود الرضائية ، و أن الشكلية الرسمية المتطلبة فيه تكون لأجل الإثبات و الاحتجاج بها على الغير ، فإن المشرع الجزائري و الاجتهاد القضائي لم يحسما هذه المسألة و إن الجدل مازال قائما كما رأينا بين من يرى أن الشكلية الرسمية مقررة للانعقاد و بين من يراها مقررة للإثبات فقط ، وتبعاً لذلك فإن تدخل المشرع يعد لازماً لحسم هذه المسألة .

المبحث الثاني : القسمة القضائية:

القسمة القضائية هي القسمة التي تجربها المحكمة بموجب حكم يصدر منها، و رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها ، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع وتسمى (دعوى قسمة)¹.

و قد نصت المادة 724 (ق .م . ج) و تقابلها المادة 836 (ق . م . م) على أنه : "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة" في حين نصت المادة 840 (ق . م . ف) على أنه: " تجري القسمة قضاء، عندما يرفض المالكون على الشيوع الموافقة على القسمة الودية، أو إذا حصلت اعتراضات على طريقة اللجوء إليها أو إنهاؤها، أو عندما لا يتم إعطاء الإذن بإجراء القسمة الودية، أو لم تتم الموافقة عليها لإحدى الحالات الملحوظة في م 836 و 837".

و باستقراء هذه النصوص و بما تم التعرض له مسبقاً فيما يتعلق بالأحكام المقررة لناقصي الأهلية وفاقديها و للغائبين من الشركاء والمتخلفين منهم فإن القسمة تكون قضائية إجمالاً في حالتين:
- الحالة الأولى : عند عدم وجود اتفاق بالإجماع بين كافة الشركاء إما بخصوص مبدأ إمكانية إجراء القسمة ، أو عن كيفية تكوين الحصص و توزيعها.

- الحالة الثانية : عند رفض القضاء منح الإذن بإجراء قسمة ودية في حالة وجود عديمي أو ناقصي الأهلية أو غائبين أو متخلفين بين الشركاء في الشيوع.

¹ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 100 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و القسمة القضائية تأخذ أحد الشكلين ،فإما أن تكون قسمة عينية و ذلك عندما يكون العقار قابلا للقسمة ،و إما أن تكون قسمة تصفية في حالة عدم إمكانية القسمة العينية ،و ذلك ببيع العقار عن طريق المزاد العلني .

إن الإشكالية التي تثور في هذا الصدد تتمثل في تحديد المعايير المتعلقة بعدم قابلية العقار للقسمة ،و أساس العدالة في القسمة القضائية إن كانت عينية أم قيمية ؟

وعلى ضوء هذه التوطئة فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين خصصنا الأول منهما لمبحث شروط دعوى القسمة و نستعرض فيه الشروط الموضوعية و أسس القسمة و أطرافها و المحكمة المختصة بنظرها، بينما خصصنا المطلب الثاني لدراسة إجراءات القسمة القضائية بنوعها العينية و التصفية.

المطلب الأول : شروط دعوى القسمة العقارية

دعوى القسمة العقارية بالنظر إلى موضوع الحق المدعى به ،هي دعوى عينية عقارية يرفعها المدعي و يستند فيها إلى حق عيني على عقار ، أما بالنظر إلى نوع الحماية القضائية التي تهدف إلى الحصول عليها، فهي دعوى تقريرية .

فدعوى القسمة و طالما أنها تستند إلى حق عيني عقاري فإنها توصف بأنها نوع من أنواع الدعاوى الاستحقاقية¹.

و قد قررت محكمة النقض المصرية بأن القضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية و تترتب عليه حقوقه ،و إذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها².

و اعتبارا لذلك فإنها كغيرها من الدعاوى تستلزم استيفاء شرطي الصفة و المصلحة و هو ما نستعرضه ضمن الفرع الأول بالإضافة إلى ذلك فإن دراسة دعوى القسمة العقارية يستلزم التعرض لأطراف الخصومة فيها و المحكمة المختصة بنظرها و هو ما نبينه ضمن الفرعين الثاني والثالث.

¹ - رياض الجمل ، إجراءات القسمة القضائية ،مقال منشور بمجلة بحوث و دراسات قانونية ، عدد خاص بالقانون العقاري ، مجلة قانونية سنوية تصدر عن جمعية الحقوقيين بصفافس ، تونس ، العدد 10 ، 2015، ص 09 .

² - معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص1588.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرع الأول :الصفة و المصلحة في دعوى القسمة

اختلف الفقه حول تحديد شروط قبول الدعوى ،فمن يرى أن الشرط الوحيد الذي يجب توافره لقبول الدعوى هو شرط المصلحة غير أن الرأي الغالب يتجه إلى حصرها في شرطين أساسيين ، و هما شرط المصلحة و الصفة¹.

أولا : الصفة في دعوى القسمة العقارية

إن من مستلزمات الصفة في رفع دعوى القسمة العقارية ثبوت ملكية العقار المراد قسمته للشركاء وللمحكمة كامل السلطة لتقدير وسائل الإثبات و سندات الملكية المقدمة أمامها .

فيجب على الشركاء تجهيز مستندات دعوى القسمة ، و هذه المستندات التي يثبت بها الشركاء ملكيتهم كثيرة و متعددة ،و لعل أبرزها في التشريع المصري عقد البيع المسجل ، أو عقد البيع الابتدائي المحكوم بصحته ونفاذه ،أو إعلام الوراثة الشرعي أو وضع اليد و ذلك على سبيل المثال لا الحصر².

و ينص القانون على وجوب اختصاص جميع أطراف الرابطة الموضوعية في الخصومة،عند قسمة المال الشائع،إذ يتعين أن ترفع الدعوى على باقي الشركاء الآخرين ، و ذلك ما تقضي به المادة 724 من القانون المدني ،و إذا رفعت الدعوى من أحد الخصوم على البعض دون مواجهة الجميع ، فيحكم في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى لإنتفاء الصفة ، لأن هذه الأخيرة لا تتحقق إلا لجميع الخصوم مجتمعين³.

و قد استقر قضاء المحكمة العليا على وجوب رفع دعوى القسمة على جميع الشركاء و قد ورد في أحد قراراتها أنه " من المقرر قانونا أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، و أن تكون قسمة المال الشائع حصصا إن كان يقبل القسمة عينا، و لما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال صادقوا على حكم المحكمة

¹ - عمر زوده،الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، الجزائر ،أو نسيكلوبيديا ، (د .ت) ، ص 43 .

² - محمد عبد الرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 429.

³ - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 68.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين ، و دون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا المادة 724 من القانون المدني " ¹.

كما قضت بأنه " لا تثبت الملكية على الشيوع إلا بسند يفيد الملكية المشتركة و على من يدعي بوجودها تقديم البينة على ذلك " ².

في حين ذهب قضاء محكمة النقض المصرية إلى " أن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى الفرز و التجنيب هو بطلان نسبي لا يحق التمسك به إلا للشريك الذي لم يكن طرفا فيها" ³.

و طبقا للقاعدة العامة ، التي تقضي بأن يكون رافع الدعوى ، هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، و هو الذي تثبت له الصفة في الدعوى القضائية ، غير أنه قد يرد استثناء على هذه القاعدة ، و ذلك في حالة ما إذا نص القانون صراحة على حلول شخص محل صاحب الصفة الأصلية في رفع الدعوى ، و تعرف الصفة في هذه الحالة بالصفة الاستثنائية ، و من الأمثلة على ذلك الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادة 189 من القانون المدني -الجزائري- ، حيث تجيز أن يستعمل الدائن حقوق مدنيه ⁴.

فالدائن للشريك في الشيوع يستطيع رفع دعوى القسمة ليس باسمه وإنما بإسم مدينه، بمقتضى ماله من الحق ، بموجب المادة 235 (ق . م . م) ، في رفع الدعاوى باسم مدينه إذا هو أهملها، و في هذه الحالة يكون مثل المدين ، لأنه يعتبر نائباً عنه ، و لا يعتبر بصفة أجنبي، ومما تجب ملاحظته أن قيام الدائن مقام المدين في طلب القسمة كما تقدم لا يكون إلا في حالة إهمال المدين أو تعمه عدم طلبها، و كان من شأن ذلك أن يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ، و لكن يجب إدخاله خصما في الدعوى ⁵.

¹ - قرار الغرفة المدنية مؤرخ في 1988 /12/07 ، ملف رقم 47222 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1990 ، ص26.

² - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 2005/10/12 ، ملف رقم 320777 ، نشرة القضاة ، العدد 62 ، 2008 ، ص 401.

³ - نقض مدني مصري 1955/11/24 طعن رقم 220 ، سنة 22 قضائية ، نقلا عن معوض عبد التواب، المرجع السابق ، ص 1592 .

⁴ - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 65 .

⁵ - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 172

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و قد نص المشرع الفرنسي على حق الدائنين الشخصيين لأحد الشركاء في طلب القسمة باسم مدينهم بموجب المادة 815-17 (ق .م .ف) بالنسبة للشيوخ الميراثي ، و بموجب المادة 1873 - 15 (ق .م .ف) فيما يتعلق بالشيوخ الاتفاقي و ذلك تطبيقا لأحكام المادة 1166 منه .

و يرى جانب من الفقه الفرنسي بأنه من وجهة نظر إجرائية ، فإن الدعوى غير المباشرة لا تتضمن ممارسة شخص لدعوى غيره ، و إن الدائن عندما يمارسها يتمتع بحق خاص للتدخل، وإن كان ذلك عن طريق الحلول و لكن من دون تمثيل للمدين .

وقد أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا الرأي لأن إثبات تقاعس المدين لا يكفي وحده، وإنما يتعين على الدائن أن يثبت أن تقاعس المدين يعرض للخطر و يمس بحق الدائن¹.

ثانيا : المصلحة في دعوى القسمة العقارية

يعرف الفقه المصلحة في الدعوى بالمنفعة أو الميزة أو الفائدة التي يسعى المدعي إلى تحقيقها جراء الحكم له بما يطلبه ، و من ثمة لا يجوز الالتجاء إلى القضاء دون تحقيق من وراء ذلك أية منفعة أو فائدة ، بشرط ألا يتعسف الشخص في استعمال حقه ، فإذا اتضح أن الدعوى لا تعود على صاحبها بأية منفعة أو فائدة و جب القضاء بعدم قبولها لانتفاء المصلحة².

و مثال ذلك الحالة التي نصت عليها المادة 832 (ق .م .م) و التي تقابلها المادة 720 (ق .م .ج) ، عند يقرر الشركاء المالكون لثلاثة أرباع المال الشائع إجراء تصرف عليه ، فيجوز للأقلية التظلم إلى المحكمة خلال شهرين من تبليغهم و إذا طلبت الأقلية إلغاء القرار ، و لم تطلب القسمة ، انحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف مبررا و لها أن تلغي القرار أو تقره، أما إذا طلبت الأقلية القسمة فإن المحكمة تنظر أولا فيما إذا كانت القسمة ضارة في هذا الوقت أو غير ضارة ، فإذا قدرت أن القسمة لا تضر أمرت بها ، و إذا تبينت المحكمة أن القسمة تضر بمصلحة

¹ -Guinchard serge et Ferrand Frédérique ,Procédure civile, Droit interne et droit Communautaire ,28^{em} éd ,D, Paris,2006 ,p166.

² - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 44 ، 45 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الشركاء لم تأمر بها و عليها النظر فيما إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى التصرف، وإذا قدرت أن التصرف واجب وافقت على قرار الأغلبية¹.

و قد سبق لنا و أن استعرضنا سلطة المحكمة في تقدير الحق في طلب القسمة ضمن الفصل الأول من هذا الباب و قد بينا موقف التشريعات الثلاثة من هاته المسألة ، ووفقا للقواعد العامة فإنه يشترط في المصلحة أن تكون قانونية يعترف بها القانون و يحميها بصفة مجردة ، و أن تكون حالة و قائمة.

و يقصد الفقه بالمصلحة القائمة و الحالة ، أن يقع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني بالفعل مما يؤدي إلى حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع من قبل بها ، و قد يتخذ الاعتداء صور التغيير في الحق أو المركز القانوني بتعديله أو إلغائه و تصبح المصلحة قائمة و حالة لمجرد أن يصبح الشخص في حاجة إلى هذا التغيير².

و الشريك في الشيوخ تقوم مصلحته و تصبح حالة بمجرد رغبته في تحويل حقه الشائع على كامل العقار إلى حق حصري مفرز في جزء منه و هو ما يتم من خلال دعوى القسمة.

و يذهب جانب من الفقه المصري أنه إذا كانت المصلحة التي يرغب الشريك في تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب شركاه ، كما لو كانت القسمة لا تتم إلا ببيع المال الشائع و كانت الأسعار السائدة في هبوط كبير و من شأن القسمة أن تحمل الشركاء على بيع حصصهم بثمن بخس ، و إذا تعسف الشريك في طلب القسمة ، كان لباقي الشركاء أن يرفضوا طلبه ، و للقاضي كذلك رفض هذا الطلب³.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه أثناء وجود اتفاقية تنظيم الشيوخ لمدة محددة فلا يجوز لأي واحد من الشركاء طلب القسمة إلا في حالة وجود أسباب مبررة و جدية تستدعي إجراءها ، أما في حالة وجود اتفاقية تنظيم الشيوخ لمدة غير محددة فإن الحق في طلب القسمة يمكن إثارته في أي وقت

¹ - عيد المنعم فرج الصده ، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق ، ص 26.

² - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 50.

³ - عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 133.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

على شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو في وقت غير مناسب وفقا لأحكام المادة 1873-3 فقرة 1 (ق.م.ف.)¹.

وعلى عكس ما هو منصوص عليه و معمول به في مصر و فرنسا فإن التشريع الجزائري لم ينص على أية أحكام من شأنها إعطاء السلطة التقديرية للقضاء في تقدير المصلحة في إجراء القسمة ، كما أن القضاء لم يعمل سلطته الاجتهادية بخصوص إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في هذا المجال ، غير أن المشرع الجزائري و على غرار باقي التشريعات المقارنة قد راعى مصلحة أخرى في دعوى القسمة القضائية و التي تتعلق أساسا بالعقار المراد قسمته ومصلحة الشركاء فيه ، و قد ميز المشرع ما إذا كان العقار قابلا للقسمة العينية أو غير قابل لها .

فإذا كان العقار قابلا للقسمة العينية ، فإن المحكمة تتمتع بسلطة اجتهادية في إجراء القسمة بالنظر إلى إمكانية استقلال كل شريك بمنابه و استغلاله له الاستغلال الأمثل بأكثر منفعة ، و إن تقدير المصلحة هي مسألة لصيقة بمميزات كل عقار مثل المساحة و المكونات و الارتفاع والانخفاض و الموقع و نوع التربة و غيرها².

أما إذا كان العقار غير قابل للقسمة و يتوجب بيعه وفقا لقسمة التصفية ، فإن الحكم القاضي بالبيع يشكل في حد ذاته مصلحة، ذلك أنه يقع عادة تقاضي قسمة غير ممكنة عينا، أو تجنب قسمة من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة العقار، كما يتم المحافظة على الوحدة العقارية³.

الفرع الثاني : أطراف دعوى القسمة

أطراف الخصومة في دعوى القسمة هم الشركاء في الشيوخ سواء بصفتهم مدعين أو مدعى عليهم ، كما أعطى القانون للدائن الشخصي لأحد الشركاء حق رفع دعوى القسمة باسم مدينه تطبيقا لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها و بالإضافة إلى ذلك فإن القانون أعطى للدائنين إمكانية التدخل في دعوى القسمة و ذلك حتى يتمكنوا من مراقبة إجراءاتها و منع تواطؤ الشركاء على إجراء قسمة و إسناد و تكوين حصص إضرارا بمصالحهم.

¹ - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .Cit ,p 895.

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص78.

³ - رياض الجمل ، المرجع السابق ، ص 25.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و يذهب الفقه المصري إلى افتراض وجود طرفين في دعوى القسمة ، على أساس أنها ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع إذا لم يتفق الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك ، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحدا ، إذا كان هو فقط الذي لم يوافق على القسمة الاتفاقية¹.

و إن أساس ذلك أن الفقه المصري يفترض أن الدعوى القضائية تقوم على المنازعة ، وأنه في حال تقديم عريضة مشتركة من طرف جميع الشركاء لأجل القسمة فإن المصلحة تعد منعدمة لتوافقهم و لانعدام المنازعة بينهم.

و على العكس من ذلك فإن المشرع الفرنسي كان يجيز بموجب المادة 822 (ق . م . ف) أن يتم طلب القسمة القضائية بعريضة مشتركة (la requête collective) ، و رغم التعديلات التي أدخلت على القانون المدني الفرنسي و التي مست المادتين 822 و 465 و التي تم من خلالها إلغاء النص الصريح على إمكانية تقديم عريضة مشتركة ، فإن هذه الطريقة تبقى إحدى الشكليات المقبولة لأجل إخطار المحكمة².

و تبعا لذلك سنستعرض ضمن البنود التالية الأحكام المتعلقة بالمدعي و المدعى عليه في دعوى القسمة و تدخل الدائنين فيها.

أولا : المدعي في دعوى القسمة

المدعي في دعوى القسمة هو كل شريك في الشروع يبادر لرفعها ، و يجب عليه رفعها على سائر الشركاء و يدخلهم جميعا في الخصومة ، و يمكن أن يتعدد المدعين في الدعوى ، و يعرف المدعي بأنه طالب القسمة.

و إذا اشترى أجنبي حصة أحد الشركاء فإن حقه في الاختصاص و رفع دعوى القسمة يتوقف على فرضين :

الفرض الأول :

¹ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 101 .

² - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ، Op . Cit ، p 974 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الاجنبي المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء و في هذه الفرضية يصبح الأجنبي شريكا في المال الشائع بدل من الشريك البائع له ، و يشترط أن تتم إجراءات التسجيل لأن الملكية العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، وطالما أصبح المشتري شريكا فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة، و إذا تصرف الشريك في حصته الشائعة لأجنبي، و قام هذا الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فإن البائع لا يعتبر ممثلا للمشتري في دعوى القسمة، ويتعين اختصاص المشتري في الدعوى¹.

الفرض الثاني :

الأجنبي المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء إذا كان تصرف الشريك في الجزء المفرز يعتبر فيما بين أطرافه تصرفا صحيحا صادرا من مالك و لكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فالمشتري لا يحل شريكا محل الشريك البائع، إذ هو قد اشترى جزءا مفرزا لا حصة شائعة تدخله في الشبوع².

و تبعا لذلك فلا يجوز له أن يرفع باسمه دعوى القسمة ، و إنما له بوصفه دائما أن يرفع دعوى القسمة باسم الشريك البائع طبقا لأحكام الدعوى غير المباشرة ، وله أيضا بهذا الوصف أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله³.

و يذهب البعض إلى أنه لا يوجد مسوغ قانوني لحرمان هذا المشتري من رفع دعوى القسمة إذا سجل عقده قبل رفعها فعلا والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى موقف غريب حقا، إذ يكون للشريك الذي تصرف فعلا في قدر مماثل لحصته و قبض الثمن حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته في طلبها ، بينما يتمتع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية ، و إن هذا الوضع فيه مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون⁴.

1 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 105 .

2 - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 183 .

3- عبد المنعم فرج الصده ، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق ، ص 57.

4 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق، ص 105 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ثانيا : المدعى عليه في دعوى القسمة

إن دعوى القسمة تقام على جميع الشركاء و أصحاب الحقوق العينية ، ذلك لأن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة ، فلا بد من دعوة الشركاء كافة ، و جميع أصحاب الحقوق العينية للحضور في هذه الدعوى ، فإذا أهملت دعوة أحد الشركاء ، كانت القسمة قابلة للنقض أو الإبطال¹.

و إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون بعض ، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى ، و جاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم ، و جاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها².

و إذا كان بين الشركاء من هو عديم الأهلية أو ناقصها أو كان بينهم محجور عليه، أو غائب فإنه يتوجب التقيد بالأحكام المتعلقة بتمثيل هؤلاء و التي سبق لنا استعراضها عند دراستنا لحق الشركاء في طلب القسمة و لأحكام الأهلية عند إجراء القسمة الاتفاقية.

و إذا لم يتم اختصام بعض الشركاء من قبل المدعي ، و لم يطلب إدخالهم بعد رفع الدعوى، ولم يطلب الخصوم التدخل ، و لم تأمر المحكمة بإدخالهم ، فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة هذه لا يكون حجة على من لم يدخل ، و لكن ليس للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى ، أن يدفعوا بعدم قبولها ، بحجة أن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء ، وذلك لأن البطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء في دعوى القسمة هو بطلان نسبي ، لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم ، و له طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه³.

و دعوى القسمة بصفتها غير قابلة للتجزئة (indivisible) ، لا تعد منتظمة و مفتوحة بصفة مقبولة إلا إذا تم استدعاء كافة الورثة⁴.

و هذا مستقر عليه و تشترك في تقريره كافة التشريعات المقارنة موضوع دراستنا ، و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵، في الجزائر في المواد 194،199 و 201 الأحكام المتعلقة

¹- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق ، ص 146 .

²- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 913 .

³ - محمد عبد الرحمان الضويبي ، المرجع السابق ، ص 437

⁴- Bruzin André et Nectoux jean ,Op .Cit , p 421.

⁵ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

بالتدخل و الإدخال في الخصومة و أعطت للقاضي إمكانية الأمر من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله مفيدا في الدعوى و ذلك تحت طائلة غرامة تهديدية ، و في الحالة التي لا يستجيب فيها الخصم الذي تم أمره بإدخال طرف آخر في الخصومة فيجوز له وفقا لأحكام المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يأمر بشطب الدعوى و الذي إعتبرته المادة 219 من نفس القانون من الأعمال الولائية و غير قابل لأي طعن ، و إنما يجوز للخصوم إعادة رفع الدعوى بعد إثبات القيام بالإجراء .

ثالثا : تدخل الدائنين في القسمة

للدائنين مصلحة جدية في أن يتدخلوا في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطؤ يحتمل وقوعه بين الشركاء ، و من أمثلة هذا التواطؤ أن يتفق الشركاء على أن يختص المدين منهم بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ، ثم يكمل نصيبه بنقود لا يستطيع الدائنون الوصول إليها .

أو ان يكون الشريك قد تصرف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من عقار معين فيتفق معه الشركاء على إيقاع هذا العقار في نصيب شريك آخر حتى يفوتوا على المشتري غرضه من الصفقة¹.

و قد نصت المادة 729 (ق.م.ج) و تقابلها المادة 842 (ق.م.م) على أنه "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

و توجه المعارضة إلى كل الشركاء و يترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ، و يجب 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".

أما المشرع الفرنسي فقد أقر في نص المادة 882 (ق.م.ف) على أنه : "يجوز لدائني أحد الشركاء المتقاسمين ، تفاديا للتواطؤ على حقوقهم ، أن يعارضوا إجراء قسمة التركة في غيابهم ، و يحق لهم أن يتدخلوا في القسمة على نفقتهم الخاصة، إنما لا يجوز الطعن بقسمة قد تمت ، ما لم تكن قد أجريت في غيابهم و رغم المعارضة التي أبدوها".

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 219 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

كما نصت المادة 815-17 (ق .م .ف) على أنه يحق للدائنين الشخصيين لما لك على الشيوع أن يطلبوا القسمة باسم مدينهم و هو ما يعرف بالدعوى غير المباشرة أو التدخل في القسمة المطلوبة من قبله.

و باستقراء هاته النصوص يتبين أن تدخل الدائنين في القسمة يطرح إشكالات و مسائل متعلقة أساسا بمدى قصور ذلك على القسمة القضائية أم يتعداه إلى القسمة الاتفاقية ، و عن الدائنين المستفيدين من هذه المكنة و صلاحياتهم ، بالإضافة إلى شكل الاعتراض و أجل تقديمه و أثره وهو ما سنحاول دراسته ضمن النقاط التالية :

1-مدى جواز تدخل الدائنين

في التشريع الفرنسي فإن الاعتراض جائز في كل أنواع القسمة سواء كانت ودية أو قضائية، جزئية أو كلية ،متعلقة بالتركة أو بالشيوع الاتفاقي و كذلك الشيوع الناتج عن انحلال الشركات و يستثنى من ذلك التبرعات على سبيل القسمة¹.

و التبرعات على سبيل القسمة هي ما يعرف بقسمة المورث أو الوصية في قسمة المورث،وهو نظام معروف في التشريع الفرنسي و الذي يجيز لكل شخص أن يوزع و يقسم أمواله و حقوقه بين وراثته المحتملين و يكون بالهبة أو الوصية وفقا لأحكام المادة 1075 (ق.م.ف) وما يليها ، و قد نص المشرع المصري على قسمة المورث في المادة 908 (ق.م .م) عند تعرضه لتصفية التركات ، في حين لم يورد المشرع الجزائري أحكاما صريحة بخصوص ذلك لإهماله هذا الجانب كما استعرضناه سابقا.

وإذا كان المشرع الفرنسي يجيز تدخل الدائنين في القسمة القضائية و الاتفاقية على السواء،فإن التشريعين الجزائري و المصري و من خلال ظاهر نص المادتين المذكورين لا يجيز تدخل الدائنين في القسمة الاتفاقية ،و قد كانت هذه المسألة محل اختلاف و نقاش بين فقهاء القانون المصري وانقسموا في ذلك إلى قسمين .

¹-Terré François et Lequette Yves et Gaudemet Sophie , Op . Cit , p 1041.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وقد ذهب قسم من فقهاء القانون إلى أن تدخل الدائنين يقتصر فقط على القسمة القضائية وحدها دون القسمة الاتفاقية¹ و قد استندوا في ذلك إلى ظاهر النص الوارد متضمنا عبارة دعوى القسمة ،بالإضافة إلى ما ورد في مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عند إيضاحها لأحكام المادة 842 (ق.م.م) بأنه إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين أو كانت القسمة عقداً، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى، أو بطريق الدعوى البولصية في الحالة الثانية².

في حين يذهب قسم آخر من فقهاء القانون المصريين إلى أن تدخل الدائنين يشمل القسمة الاتفاقية و القضائية مستنديين في ذلك بأن ما ورد في المذكرة الإيضاحية ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص، و أن المادة في الأصل كانت بالعبارة التالية " و يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات" ، و العبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القضائية ،و لكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ تعديل العبارة بطريقة عارضة و أصبحت : " و يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة " ، و كاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية³.

و في المحصلة فإنه لا يوجد مبرر للتفرقة في هذا الشأن بين القسمة القضائية و الاتفاقية ،بل إن حاجة الدائنين إلى الحماية بتحويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الاتفاقية نظرا إلى خلوها من ضمانات القسمة القضائية⁴.

و حسب رأبي فإن هذا هو الراجح و يتعين التوسع في تفسير النص بالنظر إلى إطاره التاريخي و مصدره ، باعتباره مأخوذاً من القانون الفرنسي ، و تقاديا لكل تأويل فإن تدخل المشرع لتعديل نص المادة 729 من قانوننا المدني أصبح لازماً لأجل النص صراحة على إمكانية تدخل الدائنين في القسمة الاتفاقية .

1- حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 206 .

2- رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 137 .

3- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 936 .

4- عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق ، ص 221 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

2-الدائنين المستفيدين من مكنة التدخل و الصلاحيات الممنوحة لهم

أعطى المشرع الفرنسي حق الاعتراض للدائنين الشخصيين للورثة ،و إذا كان القانون قد حدد دائني الشركاء فقط ، غير أن الاجتهاد القضائي قرر بأنه بإمكان كل من له مصلحة مشروعته أن يقوم بالاعتراض¹ ،و مثال ذلك الشخص الذي اكتسب مالا من تعامله مع أحد الشركاء أثناء الشيوخ و يكون حقه مهدد بالأثر الكاشف للقسمة، و بالإضافة إلى ذلك فإن الاعتراض مسموح به لدائني التركة².

و بالمثل فقد أعطى التشريع المصري و الجزائري هذا الحق لدائن كل شريك ،و يستوي أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد ، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك³.

على أن التشريعين الجزائري و المصري قد تميزا عن التشريع الفرنسي بالإشارة إلى فئة من الدائنين يجب على الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة حتى و لو لم يقوموا بالمعارضة ،و إلا اعتبرت القسمة غير نافذة في مواجهتهم و هم الدائنون المقيدة حقوقهم قبل رفع الدعوى.

و المقصود بهذه الفئة هم الدائنون الذين تقرر لهم حق عيني على حصة مدينهم الشائعة في العقار و تم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة⁴.

و إذا حضر الدائن في القسمة ،فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على مصالحه ،أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمدا أو تقصيرا ، وله أن يعترض في حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصورا على الشركاء وحدهم خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزيدة لأجانب عن الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن⁵.

¹ -Leroyer anne –marie , Droit des successions ,3^{me} éd , D , paris , 2014 , p 475.

² - Grimaldi michel , op .cit , p 715 .

³ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 937 .

⁴ - عيد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق ، ص 220 .

⁵ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 183 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

غير أنه لا يجوز للدائن توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته ، فلا يجوز له بيع المال في المزاد العلني بدلا من قسمته عينا إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر ، أو يطلب أن يختص مدينه بكامل حصته عينا¹.

3- شكل الاعتراض و آجال تقديمه

لا يخضع الاعتراض لأية شكلية خاصة ، و لكنه في العادة يتم عن طريق محضر يوجه إلى الورثة أو إلى الموثق المكلف بالتصفية ، و يمكن أن ينتج الاعتراض عن دعوى قضائية، كالدعوى التي يقدمها أحد الدائنين لأجل طلب القسمة باسم مدينه حسب ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها².

و رغم أن القانون لم يشترط شكلا خاصا لهذه المعارضة ، فالأفضل أن تكون إنذارا عن طريق محضر قضائي لتسهيل الإثبات ، بل إن البعض يذهب إلى أنه يصح أن تكون شفوية و لكن الدائن يتحمل عبء الإثبات ، و اللازم أن توجه المعارضة إلى علم جميع الشركاء .

و الاعتراض و التدخل جائزان ليس فقط قبل القسمة ، و إنما يجوز التدخل كذلك أثناء إجراء عمليات القسمة ما دامت لم تنته بإسناد الحصص لأصحابها ، فإذا كانت القسمة اتفاقية فإنه يجوز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء أو الموثق القائم على قسمة العقار ليطلب مراقبة أعمال الخبير الذي عينه الشركاء ، أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإنه يجوز للدائن التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه و من دون أن يقوم الشركاء بإدخاله في الخصومة ، و أساس ذلك ما نصت عليه المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ما دامت مصلحة الدائن قائمة ، و يقابل هذه المادة في قانون المرافعات المصري المادة 126 و التي أعطت الحق لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

4- الأثر المترتب على الاعتراض

قد يتم الاعتراض من طرف الدائنين و قد لا يتم و يختلف الأثر الناتج على ذلك ، و إذا قام الدائنون بالاعتراض فإنه يتوجب على الشركاء استدعائهم لحضور إجراءات القسمة و في هذه الحالة

¹ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 164 .

² - Cass.civ .1^{re} ,10/04/1973 , bull .civ .l,n° 137 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

نكون أمام ثلاثة فرضيات محتملة فقد لا يقوم الشركاء بالاستدعاء أو الإدخال أصلا ، وقد يقومون بالاستدعاء و يحتمل أن يحضر الدائنون و يحتمل أن لا يحضروا رغم استدعائهم و كل فرضية أو حالة ترتب أثرا سنحاول تفصيلها ضمن العناصر التالية :

أ- الآثار في حالة وجود الاعتراض

يترتب على الاعتراض في التشريع الفرنسي أثاران ، أو لهما وجوب قيام الشركاء بإستدعاء الدائنين لحضور القسمة و السهر على سلامة عملياتها و نزاهتها ، و الأثر الثاني هو المساس بحرية الشريك المدين المعني في التصرف في حقوقه ، و لكن الشريك يبقى محتفظا بسلطاته في إدارة المال الشائع و حقه في الانتفاع ، و يستطيع إذا التخلي عن حصته في الثمار¹.

و هذا الأثر الثاني أقره الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية و التي ورد في أحد قراراتها : " إن الاعتراض على القسمة المرخص به بموجب المادة 882 يضع حدا لإمكانية الشريك المتقاسم المدين بالتصرف بحقوقه في التركة على حساب المعترضين و يجعل التدبير التحفظي المتخذ من قبل دائنيه وهميا "².

و على عكس التشريع الفرنسي فإن التشريعين المصري و الجزائري لا يرتبان هذا الأثر الثاني على الاعتراض ، فلا يجوز منع المدين من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها³.

و في حالة وجود اعتراض فإننا نكون أمام ثلاث فرضيات :

الفرضية الأولى : وجود الاستدعاء و تدخل الدائنين وهذه الفرضية تحتمل أن يكون تدخل الدائن بموجب الاستدعاء و قد يكون تدخله من تلقاء نفسه ، أو يكون صاحب حق مقيد و تم إدخاله من غير اعتراض ، و لا يجوز له في هذه الحالة بعد إتمام القسمة أن يطعن فيها ما دام أنه كان متدخلا في الإجراءات .

¹ - Grimaldi michel ,Op .cit ,p 716.

² - Cass.civ .30/07/1895 ,Dp 1896 .1.369 .

³ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 164 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرضية الثانية : وجود الاستدعاء و عدم تدخل الدائنين، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه في حال استدعاء الدائن و عدم تدخله فإنه لا يستطيع الطعن في القسمة ما دام أنه كان مهملًا في عدم حضوره،¹ و لا يجوز في هذه الحالة الطعن في القسمة بالدعوى البولصية .

أما التشريع المصري و الجزائري فقد نصت فيه الفقرة الأخيرة من المادة 842 (ق.م.م) و تقابلها المادة 729 (ق.م.ج) بصفة عامة و من دون أي تخصيص بأنه إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش.

و الدائن يكون مقصرا إذا هو دُعي إلى التدخل و لم يتدخل ، و تكون القسمة نافذة في حقه، إلا إذا طعن فيها بالدعوى البولصية ، و أثبت غش المدين و تواطؤ سائر الشركاء معه ، وفقا للقواعد المقررة لهذه الدعوى².

الفرضية الثالثة : عدم قيام الشركاء بالاستدعاء أو الإدخال، و في هذه الحالة فإن الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه باستطاعة الدائنين إبطال القسمة من دون ان يتوجب عليهم إثبات طابع الغش ، و الذي يعد قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس و ذلك عن طريق الدعوى البولصية ، و لكن طعنهم في القسمة قد يكون غير مقبول إذا ثبت أن القسمة لم تتسبب لهم في أي ضرر³.

و هو نفس الحل المقرر في التشريعين الجزائري و المصري ، فإذا تمت القسمة في غيبة الدائنين المعترضين ، فيجوز لهم إبطال هذه القسمة دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الشركاء ، إذ أن المشرع أفترض هذا التواطؤ في جانبهم لمجرد إغفالهم دعوة هؤلاء الدائنين إلى التدخل ، فلا يقبل من الشركاء إثبات عكس هذه القرينة القانونية القاطعة⁴.

و لا يتم إبطال القسمة بطريقة آلية و إنما يشترط إثبات حصول ضرر للدائنين .

¹ - Cass.civ .1^{er} .11/01/1955 ,D,1955.Somm.43.

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 943.

³ - Grimaldi michel ,Op.cit , p 716.

⁴ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 215 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ب- الآثار في حالة عدم وجود الإعتراض

وفقا للمادة 882 (ق.م. ف) فإنه في حال انعدام الاعتراض فإن أي طعن في القسمة غير مسموح به للغير ، و لا يحق لهم رفع الدعوى البولصية ، غير أنه يستثنى من ذلك ثلاثة حالات أقرها الاجتهاد القضائي الفرنسي و يجوز للدائنين الطعن فيها و هي :¹

" إذا تمت إجراءات القسمة على عجل و بسرعة و بهدف منع اعتراض و تدخل الدائنين وهنا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية .

عندما تكون القسمة صورية ، فيجوز الطعن في القسمة بدعوى الصورية .

إذا وجد غبن في القسمة ، فإن الدائن يستطيع رفع دعوى تكملة الحصاة بإسم مدينه المتقاسم عن طريق الدعوى غير المباشرة " .

فالمشرع الفرنسي و نظرا لتشعب القسمة فقد سعى أن تكون سليمة من الطعن فيها بالدعوى البولصية بعد الانتهاء من إجراءاتها ، و لتحقيق التوازن بين مصالح الغير و استقرار القسمة فقد أخضعها إلى إجراء وقائي يتمثل في حق الدائنين في الاعتراض عليها².

و يختلف القانون المصري و الجزائري عن القانون الفرنسي في هذه المسألة ، بحيث اجازت الفقرة الثانية من المادة 842 (ق.م. م) و تقابلها المادة 729 (ق.م. ج) للدائنين الذين لم يتدخلوا في القسمة أن يطعنوا فيها بعد تمامها في حالة وجود غش من طرف المدين المتقاسم وان يتم ذلك بتواطؤ من الشركاء .

و القسمة الاتفاقية يتم الطعن فيها بموجب دعوى مبتدأة سواء كانت الدعوى البولصية (دعوى عدم النفاذ) ، أو دعوى الصورية ، أو الدعوى غير المباشرة ، اما إذا كانت القسمة قضائية فان الطعن فيها يتم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة،وقد نصت المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على انه لدائني احد الخصوم او

¹ - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie , Op . cit , p 1015.

² - محمد بن سعيد ، المرجع نفسه ، ص 173 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

خلفهم ، حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، بشرط ان يكون الحكم المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش .

الفرع الثالث : المحكمة المختصة في دعوى القسمة

يتم تحديد الاختصاص بموجب قواعد اجرائية تحدد كيفية توزيع المنازعات على الجهات القضائية ، والتي يتولى قانون التنظيم القضائي تحديدها وهي تختلف من بلد إلى آخر تبعا لخصوصيات النظام القضائي ، وقواعد الاختصاص إما تتعلق بالاختصاص النوعي او المحلي ، وسنحاول تبيان ذلك على ضوء التشريعات المقارنة بخصوص دعوى القسمة ضمن النقاط التالية :

أولا : اختصاص المحاكم المصرية للنظر في دعوى القسمة

المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعوى القسمة هي المحكمة الجزئية ايا كانت قيمة المال الشائع المطلوب قسمته ، ويرجع ذلك إلى ان هذه المحكمة تقتصر في دعوى القسمة على النظر في إجراءات معينة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، فلم يكن هناك ما يدعو إلى تحديد الاختصاص النوعي على أساس هذه القيمة¹.

و قد نصت المادة 836 (ق.م.م) ، و المادة 43 من قانون المرافعات المصري على اختصاص المحكمة الجزئية بالحكم في دعاوى قسمة المال الشائع مهما تكن قيمة الدعوى.

و قانون التنظيم القضائي في مصر² ينص على أنه تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم جزئية توجد في المراكز و أقسام المحافظات و تتشكل من قاضي واحد ، و تختص بالحكم ابتدائيا في الدعاوى المدنية و التجارية التي لا تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه مصري ويكون حكمها نهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه مصري، و يتم استئناف أحكامها الابتدائية أمام المحكمة الابتدائية .

¹ - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 141 .

² - قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و اختصاص المحكمة الجزئية قاصر على ما تثيره القسمة من مشاكل ،كتعيين حصة كل شريك أو تقرير بيع الشيء في المزاد إذا تعذرت قسمته عينا ، أما إذا أثارت القسمة مشاكل أصل الملكية أو في قدر حق أحد الشركاء ،فإن هذه المنازعات تخضع للقواعد العامة للاختصاص النوعي ، و على ذلك إذا ثارت منازعة في مثل هذه المسائل التي تخرج عن صميم القسمة و قدرت هذه المحكمة جديتها و كان الفصل فيها يخرج عن نصابها ،تعين عليها أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية و أن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها ،و يستمر وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في هذه المنازعة الفرعية¹.

و تقدير نصاب المنازعة المتعلقة بقسمة العقار يكون استنادا إلى خمسمائة مثل قيمة الضريبة الأصلية المفروضة عليه إذا كان مبنيا ، فإذا كان أرضا عارية يكون التقدير أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المفروضة ، فإذا كان العقار غير خاضع للضريبة قدرت المحكمة قيمته حسب ما تنص عليه المادة 37 مرافعات مصري.

أما فيما يتعلق بالاختصاص المحلي في نظر دعوى القسمة العقارية فينעד للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة ،و ليس من اللازم في تحديد المحكمة المختصة إذا كان العقار مجزأ أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ،لأن النص لا يضع هذا الشرط².

ثانيا : اختصاص المحاكم الفرنسية للنظر في دعوى القسمة

فيما يتعلق بالاختصاص النوعي للنظر في دعوى قسمة أملاك شائعة سواء كان الشيوع ميراثيا أو اتفاقيا فإن المحكمة الابتدائية³ (le tribunal de grande instance) أو ما يصطلح البعض على تسميتها محكمة التمييز الكبرى أو إجراءات الدعوى الكبرى⁴،هي المختصة حصرا بنظر دعوى القسمة

¹- مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 175 .

²- محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 116 .

³- إبراهيم نجار ، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا ، القاموس القانوني ، لبنان ، مكتبة لبنان ، ط 9 ، 2007 ، ص 281 .

⁴- عصام نجاح ، القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، الجزائر ، عنابة ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، 2011 ، ص 93 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

، غير أن هذا لا يمنع الشريك من اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لأجل طلب تعيين خبير يقوم بتقييم الأموال الشائعة¹ .

أما فيما يتعلق بالاختصاص المحلي فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالشيوع الاتفاقي أو كان متعلقا بقسمة التركات ، فإذا كان الشيوع اتفاقيا ، فإن القسمة المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ينعقد الاختصاص المحلي بنظرها للمحكمة الواقع في دائرتها العقار وفقا للمادة 44 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد ، باعتبارها الأنسب واقعا لتحقيق إجراءات الدعوى سواء من حيث الخبرة أو المعاينة و كذلك من حيث الوثائق اللازمة لمعرفة الحقوق المتعلقة بالعقار² .

أما إذا كان الأمر يتعلق بقسمة التركات ، فإن المحكمة المختصة بصفة حصرية هي المحكمة البدائية الواقع بدائرتها مكان افتتاح التركة وفقا لنص المادة 841 (ق.م.ف) و المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية³ .

و في الحالة التي يتوفى المورث خارج مكان إقامته ، فإن التركة لا تفتتح في مكان الوفاة ولكن في آخر موطن للمورث المتوفي ، و المقصود به مكان إقامته الرئيسي.

فالاختصاص ينعقد لهذه المحكمة حصرا ، و كل محكمة أخرى تعرض عليها الدعوى بإمكانها أن تصرح تلقائيا بعدم اختصاصها، و يمكن تبرير هذا الاختصاص الحصري بلزومه من حيث الواقع و التطبيق، فقسمة التركة يستلزم عمليات متعددة ، من تقدير الأموال إلى تكوين الحصص و تنفيذ الوصايا و التبرعات و تسوية الديون فكان من اللازم تركيز الفصل فيها لاختصاص محكمة واحدة⁴ .

و بموجب تعديل المادة 822 (ق.م.ف) القديمة و التي حلت محلها المادة 841 (ق.م.ف) خلال سنة 2006⁵ فإن اختصاص المحكمة يمتد حتى إلى ما بعد الفصل في دعوى القسمة ليشمل

¹ - Leroyer anne-marie ,Op.cit,p 472.

² -Guinchard serge et Ferrand frédérique,Op.cit,p336 .

³ -Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie, Op.Cit , p 975.

⁴ -Guinchard serge et Ferrand frédérique ,Ibid ,p337.

⁵ - قانون رقم 2006 -728 المؤرخ في 2006/06/23.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المنازعات المتعلقة بضمان الحصص بين المتقاسمين و طلبات إبطال القسمة أو طلبات تكملة الحصة.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري بخصوص إختصاص المحكمة في دعوى القسمة

المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعوى القسمة العقارية هي المحكمة الابتدائية ، و قد نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و أنها تتشكل من أقسام ، و يتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع، واختصاص الأقسام ليس اختصاصا نوعيا بل هو مجرد تقسيم وظيفي و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها : " متى كان من المقرر أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية و التجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع ، بل هو تنظيم داخلي بحت و من ثم فإن النعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه ¹.

أما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كانت القسمة العقارية تتعلق بشيوع اتفاقي أو كانت متعلقة بشيوع ميراثي ، ففي الحالة المتعلقة بالشيوخ الاتفاقي فإن الاختصاص الإقليمي ينعقد للمحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها وفقا لأحكام المادتين 40 و 510 (ق.إ.م.إ.)، و عندما يتعلق الأمر بقسمة التركات التي تتضمن عقارات فإنه يثور إشكال بخصوص القسم المختص بالنظر في الخصومة و كذلك بخصوص الاختصاص الإقليمي ، ومرد ذلك التضارب الموجود بين المادة 498(ق.إ.م.إ.)، و التي أعطت الاختصاص الإقليمي في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع في دائرتها، موطن المورث المتوفي ، و المادة 183 من قانون الأسرة التي نصت على أنه تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل في موضوعها و الطعن في أحكامها.

و قد تدخلت المحكمة العليا و أصدرت قرارا بهذا الخصوص جاء فيه : " حيث أن المادة 183 من قانون الأسرة تشير في الواقع إلى تصفية التركة التي يجب أن تتم أمورها بصفة مستعجلة و

¹ - قرار الغرفة التجارية و البحرية مؤرخ في 19/02/1989 ، ملف رقم 54288 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 108 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

بسرعة، و إن عبارة القسمة الواردة في المادة ،المقصود منها هو تصفية الشركة من جرد لها وبيان جدول الديون و الوصايا العالقة بها و تحديد الأنصبة ،و إعداد الفريضة.

أما القسمة العينية للمال الشائع فهي تخضع لأحكام المادة 722 (ق.م) و ما يليها ،و تخضع الدعوى بشأنها لقواعد الإجراءات الخاصة بالدعاوى الموضوعية العادية...¹.

و بالمقارنة مع التشريعين المصري و الفرنسي اللذين حسما مسألة الاختصاص المحلي يتضح أن المشرع الجزائري لم يحسم هذه المسألة بصفة قطعية عندما يتعلق الأمر بقسمة التركات المتضمنة في مشتملاتها عقارات ، و إن ذلك راجع كما سبق و أن تعرضنا إلى عدم إعطاء المشرع الجزائري أهمية لقسمة التركات و عدم إحاطتها بأحكام تفصيلية تضبطها.

فالإشكال يثور عندما يقع موطن المورث المتوفي في دائرة اختصاص محكمة لديه فيها أموال منقولة ،و لديه عقارات في دائرة اختصاص محكمة أخرى ، فأى المحكمتين ينعقد لها الاختصاص ، قسم شؤون الأسرة في محكمة موطن المورث طبقا للمادة 498 (ق.إ.م.إ) أو القسم العقاري في المحكمة التي يقع فيها العقار طبقا للمادتين 512 و 518 (ق.إ.م.إ) ، وحسب رأبي فإنه لا مانع من إجراء عمليات قسمة جزئية بحيث يختص القسم العقاري للمحكمة الواقع فيها العقار بقسمته كون ذلك هو الأنسب.

المطلب الثاني : القواعد الموضوعية و الإجرائية المتعلقة بالقسمة

القضائية

الأصل أن تتم القسمة عينا ، فيقسم المال الشائع إلى حصص ، يأخذ منها كل شريك بقدر نصيبه ،و يلزم في هذه الحالة أن يكون المال قابلا للقسمة عينا ،دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته بحيث لا يفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة².

¹- قرار الغرفة العقارية ، مؤرخ في 2009/11/12 ، ملف رقم 554791 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج 3 ،قسم الوثائق ، 2010 ، ص 323 .

²- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 226

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و إن لم يكن ذلك ممكنا فإنه يتوجب بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني ،و تشترك جميع التشريعات موضوع المقارنة في تقرير ذلك ، غير أنها تختلف في القواعد الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالقسمة العينية أو القسمة بطريق التصفية و هو ما سنحاول دراسته ضمن الفرعين التاليين :

الفرع الأول : القسمة العينية

يقصد بالقسمة العينية إعطاء كل شريك جزءا مفرزا من المال أو الأموال الشائعة ،و هي بهذا المفهوم تقوم على اسناد جزء مادي من كل عين أو عقار لكل شريك ، فالحق مرتبط بالعين لا بالقيمة مما قد يجعلها أحيانا تتعارض مع تحقيق المصلحة¹، و لأجل تفادي العيوب التي قد تنتجها القسمة العينية المطلقة فإن التشريعات قد تدخلت ووضعت آليات من شأنها التخفيف من حدة إشتراط أن تتم القسمة بطريقة عينية بحتة و ذلك بإيجاد تقنيات لتعديلها بالمقابل المادي ،أو تقرير أحكام خاصة للتخصيص التفضيلي ببعض الممتلكات ومنحها لأحد الشركاء على سبيل الحصر،وعلى ذلك فقد اختلفت القوانين محل المقارنة في تحديد الأسس التي تقوم عليها المساواة في القسمة وكذلك في تحديد كفيات تكوين الحصص و إسنادها للشركاء و هو ما نحاول تبيانه ضمن البنود التالية :

أولا : ضوابط القسمة العينية وفقا للقانون الفرنسي

بمجرد أن يتم رفع دعوى القسمة فإن المحكمة تقوم بانتداب موثق و تعيين قاضي مشرف،لأجل تقييم الأموال ،و بعدها يتم تكوين الكتلة الخاضعة للقسمة (la masse partageable)، لتتلوها عملية تكوين الحصص و التي يحكمها مبدأ المساواة في القيمة ، ليتم إسناد الحصص عن طريق القرعة، ما عدا الحصص التي كانت موضوع منح تفضيلي².

1-القواعد الموضوعية للقسمة القضائية وفقا للقانون الفرنسي

تتعلق هاته القواعد أساسا بتحديد معيار العدالة في القسمة و بطريقة تكوين الحصص بالإضافة إلى القواعد الخاصة بالمنح التفضيلي .

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 137 .

² -Voin pierre et Gourbeaux gilles ,Op.cit, p 264.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أ-أساس العدالة في القسمة

منذ صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804 ، كان مبدأ المساواة العينية هو السائد في القسمة ، و كل واحد من الشركاء كان باستطاعته طلب حصته عينا سواء في المنقولات أو العقارات ، و كان من اللازم تجزئة كل قسم إلى نسب متماثلة سواء في العقارات أو المنقولات أو حتى الديون من حيث الطبيعة و القيمة ، و قد أفترض المشرع إمكانية عدم تحقيق المساواة في الأقسام من حيث الطبيعة فقرر تعويضها بالفارق أو المعدل¹، غير أن المساواة من حيث الطبيعة أو المساواة العينية تؤدي إلى تفتيت الملكية العقارية و هو أحد أكبر مساوئها مما أدى بالمشرع الفرنسي إلى التدخل عبر مرحلتين أساسيتين لأجل التخفيف من حدة هذا المبدأ الذي تم اعتماده في مرحلة الثورة الفرنسية كوسيلة لتفتيت الملكيات العقارية الكبيرة، و كطريقة لإجراء إصلاح زراعي ، و هو ما كان موضع نقد منذ القرن التاسع عشر من مدرسة (l'école de le play) ، أين تم وصف القانون المدني كألة لفرم الأرض (une machine à hacher le sol)².

و قد تدخل المشرع الفرنسي في المرحلة الأولى بموجب قانون 1938/06/17 و ذلك بإدخال آلية المنح التفضيلي و التي هزت مبدأ المساواة العينية بتقرير الإبقاء على وحدة المستثمرات الفلاحية ذات الطابع العائلي ، ليعود بعد ذلك و يتخلى بصفة جذرية عن مبدأ المساواة العينية و يعتمد مبدأ المساواة القيمية بموجب قانون 2006/06/23 من خلال نص المادة 826 (ق. م. ف) التي ورد فيها : " المساواة في القسمة هي مساواة بالقيمة " .

و مبدأ المساواة القيمية يفترض إجراء تقييم للأموال الشائعة ، و هذه القيمة يتم تقديرها بتاريخ التمتع المجزأ كما هو محدد في عقد القسمة حسب نص المادة 829 (ق. م. ف) ، و هذا التاريخ يتعين مبدئياً أن يكون قريباً بقدر الإمكان من القسمة ، و القاضي لديه صلاحية كاملة لتحديد هذا التاريخ بالنظر إلى ملابسات السبب و مراعاة مصلحة المتقاسمين³.

¹ - Sauvage francois, Op.cit, p231 .

² - Grimaldi michel ,Op .cit,p752.

³ - Berlioz pierre , Droit des biens ,Ellipses ,2014,p296.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و رغم اعتماد مبدأ المساواة في القيمة فإن البعض يذهب إلى انه بالإمكان الاستناد في حالات معينة إلى مبدأ المساواة العينية بشرط عدم المساس بالعقلانية و الإنتاجية الاقتصادية¹.

ب-تكوين الحصص

بمجرد أن يتم تحديد قيمة الأموال الشائعة فإنه يتوجب تقسيمها إلى حصص بقيم متساوية بالنظر إلى حق كل شريك في الشروع ، و يتولى هذه العملية خبير يعين تحت سلطة المحكمة و قد قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأن تكوين الحصص لا يمكن أن يتم عن طريق القرعة².

و إن هذا أمر منطقي خصوصا فيما يتعلق بتكوين الحصص باعتباره أمرا فنيا يوجب الموازنة و إعمال الرأي و لا يمكن تركه للصدفة التي ينطوي عليها إجراء القرعة .

و طريقة تكوين الحصص تتعلق بمبدأ المساواة في القيمة، فلا يتوجب أن تتضمن كل حصة أجزاء مختلفة من كافة الأموال و العقارات بالخصوص ، و إنما يجب بقدر المستطاع تقادي تقسيم الوحدات الاقتصادية و الأموال التي من شأن قسمتها أن يؤدي إلى التقليل من قيمتها³، غير أن هذا لا يعني إعطاء مطلق الحرية في تكوين الحصص ،كون المساواة في القيمة لا تمنع من أن يحصل كل شريك على نصيب عيني ،فالمساواة القيمية تستمر في الواقع بالتلاؤم و التناغم قدر المستطاع مع تكوين حصص على أساس عيني⁴.

إذا لم تسمح مكونات الكتلة الشائعة القابلة للقسمة بتكوين حصص متساوية من حيث القيمة فإنه يتم اللجوء إلى تعديلها بما يعرف بمعدل القسمة (soulte) أو ما يصطلح عليه بفرق الأنصبة ، و هو مأخوذ من الفعل القديم soudre بمعنى دفع ، عن اللاتينية solver و هو مبلغ من المال متوجب على المتقاسم للتعويض عن اللامساواة في الحصص⁵.

¹ – Grimaldi michel ,Op,cit ,p753.

² –Cass.civ.1^{re} ,18/03/1986,Bull.Civ ,n° 63 .

³– Berlioz pierre ,Op.cit ,p 297.

⁴– Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit,p981.

⁵ – جيار كورنو ، المرجع السابق ، ص 1199 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و يذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى أنه لا يمكن بأي حال أن يتم تشكيل حصة أحد الشركاء من أموال عينية و تشكل حصص بقية الشركاء من معدلات مالية¹.

و يؤسس الفقه الفرنسي ذلك على أساس أن منح الشريك مجرد مبلغ مالي مقابل منابه العيني و منح كامل المال المشترك لبقية الشركاء يعتبر بمثابة الانتزاع لفائدة المصلحة الخاصة وهي حالة انتزاع لم ينص عليها القانون ، و يذهب الاجتهاد الفقهي -في غياب نص تشريعي حاسم- إلى القول بأن المعدل لا يجب أن يتعدى نصف قيمة الحصة الناقصة².

ووفقا لنص الفقرة الرابعة من المادة 826 (ق.م.ف) فإن المعدل لا يصبح واجب الدفع إلا بتاريخ القسمة ، و يجب في الأصل دفعه نقدا و بصفة فورية وفقا لأحكام المادة 832 -4 (ق.م.ف) ما عدا إذا إتفق الشركاء على تسديده لأجل .

و في حال انعدام الاتفاق فإنه يمكن للشريك الذي استعاد من المنح بالأفضلية لبعض الأموال أن يطلب مهلا لتسديد المعدل و ذلك في حالتي المنح بالأفضلية بموجب نص القانون و المتعلق بالمستثمرات الفلاحية و المسكن العائلي³.

و يخضع معدل القسمة المدفوع لأجل في التشريع الفرنسي لأحكام متعلقة بالفوائد باعتباره دينا من جهة ، و لأحكام إعادة التقييم و المراجعة و هي أحكام تهدف لحماية الدائن و المدين في نفس الوقت ، فإذا كان الأجل ناتجا عن اتفاق ودي ، فإنه يرجع للمتقاسمين صلاحية تقرير ما إذا كان ثمة لزوم لفرض فوائد و تحديد النسبة ، فإذا تم السكوت عن هذه المسألة فإن القرض يعد بدون فوائد .

أما إذا كان الأجل ممنوحا نتيجة المنح التفضيلي بنص القانون ، فإن الفرق يخضع في هذه الحالة لنظام الفائدة القانونية كنظام مراجعة تكميلي خاضع لإرادة الأطراف و الذي يسمح على سبيل المثال باستبدال الفائدة القانونية ببند فائدة غير ربوية أو ببند تأشيري قانوني (indexation légale) أو أيضا استبعاده⁴.

¹-Cass.civ. 1^{re} ,23/10/1951 ,Bull.Civ .I,n° 269 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 92-94 .

³ - Grimaldi michel ,Op ,cit ,p 787 .

⁴-Sauvage francois ,Op .cit , p233.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أما فيما يتعلق بإعادة تقييم المعدل فإنه وفقا للمادة 828 (ق . م . ف) فالمدين الذي يحصل على مهل لدفع الفرق أو المعدل ، فإن قيمة الفرق المتبقية يتوجب أن تزيد أو تنقص بنفس النسبة بالنظر إلى قيمة الأموال التي آلت إليه بموجب القسمة عندما يكون هذا التغيير أكثر من الربع منذ القسمة وناتج عن ظروف اقتصادية .

و في كل الحالات فإن مهلة تسديد المعدل لا يمكن أن تتعدى عشر سنوات كما أن النسبة القصوى للمعدل القابل للدفع بأجل هي النصف .

ج-التخصيص بالأفضلية

يعرف المنح التفضيلي أو التخصيص بالأفضلية بأنه نفع استثنائي يقضي ،بالنسبة إلى متقاسم في الحالة و الشروط التي يحددها القانون و خروجا عن قاعدة القسمة العينية ، بأن يخصص في القسمة بالملكية الحصرية لمال شائع شرط التعويض نقدا على سائر المتقاسمين¹.

يعد التخصيص بالأفضلية طريقا من طرق القسمة ،يسمح لأحد المتقاسمين أو البعض منهم بالحصول لأنفسهم أو لأجل تأسيس تجمع عقاري فلاحي و ذلك تحت رقابة القضاء ،بتخصيص بعض الممتلكات المحددة في القانون بطريق الحصر .

و يهدف المنح التفضيلي لتحقيق غايتين إحداهما اقتصادية لمنع تفكيك بعض الوحدات الإنتاجية ،و الأخرى عائلية لمنع بيع بعض الأملاك غير القابلة للقسمة العينية لمنحها لأحد المتقاسمين باعتبارها ضرورية لممارسة مهنة أو للسكن .

لقد نص المشرع الفرنسي على تقنية المنح التفضيلي و عرفت هذه الآلية عدة تعديلات تشريعية وتوسعا في تعميمها ،و هذا التوسع كما يرى البعض هو نتاج المشرع الذي لم يتوقف عن محاربة التفسير الضيق و المقيد للاجتهاد القضائي².

لقد تم استحداث هذه الآلية خلال القرن التاسع عشر فيما يتعلق بالأموال العائلية و السكنات بإيجار معتدل بموجب قانوني 1894/04/19 و 1909/07/12 ، و هي تتعلق بالأوراق العائلية و

¹ - جيرار كورنو ، المرجع السابق ، ص 178.

² - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit ,p 984.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

اللوحات الفنية و التحف و التي لا يمكن قسمتها و تمنح لأحد الورثة مع إمكانية إفادة البقية بنسخ منها¹.

و بموجب المرسوم بقانون 1938/06/17 المعدل للقانون المدني فقد تم اعتماد المنح التفضيلي بطريقة واضحة بالنسبة للمستثمرات الفلاحية ذات الأهمية البسيطة ،ليتم بعدها و بموجب القانون رقم 61-1378 المؤرخ في 19-12-1961 توسيع نطاق تطبيقه ليشمل جميع المستثمرات الفلاحية بالإضافة إلى الشركات التجارية و الحرفية و الصناعية ذات الطابع العائلي و كذلك المحلات السكنية و المهنية،وقد قام المشرع من خلال قانون 2006/06/23 المعدل للقانون المدني بإعادة تنظيم هذه الآلية و خصص لها مقطعا مستقلا بعنوان في التخصيص بالأفضلية إبتداءا من المادة 831 إلى المادة 834 بهدف تسهيل و تبسيط القواعد و الأحكام المتعددة و المعقدة المتعلقة به.

و نطاق المنح بالأفضلية في التشريع ينحصر فقط في قسمة الشيوخ العائلي و خصوصا التركات²، كما قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يتعلق كذلك بالشيوخ الاتفاقي الذي لديه طابع عائلي³.

كما تطبق أحكامه على تصفية الشركات حسب ما نصت عليه المادة 1844-9 (ق.م.ف)،وفي المقابل فإن أحكامه لا تطبق على الشيوخ الاتفاقي ماعدا إذا تم النص بموجب بند صريح في العقد على تطبيقها حسب ما قررته محكمة النقض الفرنسية⁴.

و نظام المنح التفضيلي في التشريع الفرنسي معقد و هو ما جعله موضع نقد و هو إما أن يكون ممنوحا بقوة القانون أو يكون جوازيا يخضع للسلطة التقديرية للقضاة .

1-التخصيص بالأفضلية الجوازي

و هذا النوع هو الأكثر أهمية ،و يوصف بالجوازي لأن للقضاة سلطة تقديرية بخصوصه ويمكنهم رفض منحه بسبب عدم القدرة الظاهرة لطالب التخصيص أو كانت مصالح الشركاء في

¹ - Planiol marcel et Ripert georges ,T IV ,Op .cit ,p741.

² -Berlioz pierre ,Op.cit ,p 297 .

³ - Cass.civ .1^{re} ,23/03/1994 , Bull.civ . I , n°111.

⁴ - Cass.civ .1^{re},26/09/2012 , Bull.civ . VII , n° 180.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الإرث قد تتعرض للخطر و ذلك وفقا للفقرة 5 من المادة 832 -2 (ق.م.ف)،و هذا التوسيع في سلطات القضاء هو التوجه السائد في القوانين المعاصرة¹.

والأملاك المعنية بهذا النوع من التخصيص هي المؤسسة الفلاحية أو جزء منها ،المشاريع التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو الحرة و التي كانت مملوكة للمتوفي ، كما يمكن أن تكون حصة في شركة ،بالإضافة إلى المحلات السكنية و المحلات المهنية و الأراضي الزراعية حسب ما نصت عليه المواد 831،831-2 ، 832-2 (ق.م.ف).

و يستفيد من التخصيص بالأفضلية اساسا الزوج المتبقي على الحياة و كل وريث له صفة الشريك في الملكية و يشترط كذلك مساهمته أو مشاركته في المشروع أو المؤسسة سواء كانت فلاحية أو غيرها ،و فيما يتعلق بالمحل السكني فيشترط كونه كان مقيما به وقت الوفاة و أثناء القسمة ، أما المحل المهني فيشترط استعماله الفعلي في ممارسته لمهنته .

و طلب المنح التفضيلي يمكن أن يقدمه أحد المتقاسمين قبل القسمة و يستمر هذا الحق قائما إلى غاية الشروع في القسمة و استكمال إجراءاتها نهائيا ،و إذا صدر قرار قضائي بالمنح التفضيلي لأحد الممتلكات لبعض المتقاسمين فإن المستفيد يمكنه التخلي و التنازل عن هذا التخصيص بشرط أن تزيد قيمة المال المحدد قيمته بتاريخ التخصيص بأكثر من الربع عند تاريخ القسمة بمعزل عن فعله الشخصي حسب ما تنص عليه المادة 834 (ق.م.ف) و هذا يعد إحدى آليات تحقيق العدالة في القسمة .

و طلب التخصيص يمكن أن يكون فرديا أو مشتركا بين بعض المتقاسمين ،و في حال وجود طلبات متعددة فإن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار كفاءة الأطراف و قدرتهم في الاستمرار في المشروع ،أما بالنسبة للمؤسسة فإنه على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار بوجه خاص مدة المشاركة الشخصية لكل طالب في عمل المؤسسة .

و الحكم الصادر بالتخصيص بالأفضلية لا يمنح الملكية للمستفيد و إنما يحتم وضع الممتلكات محل الاستفادة و التخصيص ضمن حصة الطالب لاحقا ،فالتخصيص لا يتجسد بالقرار

¹ -Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p477.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

القضائي الذي يأمر به ،و لكنه يتجسد لاحقا بالقسمة التي تضع حدا للشيوخ ،و إلى غاية تجسيدها نهائيا فإن المال يفترض أنه مازال شائعا بين الورثة¹.

و تحديد قيمة المال الممنوح بالأفضلية بقيمتها بالتاريخ الأكثر قربا لإجراء القسمة ،وفي حال لزوم دفع معدل للقسمة فإن هذا المعدل يتوجب دفعه فورا كون أن طلب المنح الجوازي يفترض في طالبه تمتعه بموارد مالية كافية .

II-التخصيص بالأفضلية بقوة القانون

و المحكمة في هذه الحالة ليس لديها سلطة تقديرية و إنما يتوجب عليها في حال توفر الشروط أن تمنح الطالب التخصيص ،و يحتفظ هذا النوع من التخصيص بطابع عائلي محض وأفراد العائلة لوحدهم من يحق لهم الاستفادة منه و الأموال المعنية بهذا النوع من التخصيص هي المستثمرات الفلاحية التي لا تتجاوز مساحتها حدود مساحة محددة بموجب مرسوم متخذ بعد استشارة مجلس الدولة وفقا لنص المادة 832 (ق.م.ف) و المحلات السكنية بهدف الحفاظ على الإطار المعيشي للزوج المتبقي على قيد الحياة و يعد حقا حكما بالنسبة له².

و دور المحكمة يتمثل في ممارسة الرقابة على شروط المشاركة في الاستثمار الفلاحي أو المساكنة في المحل السكني ،و في حال تزامم الطلبات فإن المحكمة تقوم بمنح التخصيص بالنظر إلى المصالح المطروحة و لإمكانيات الطالبين و مؤهلاتهم و مدة مشاركة كل واحد منهم في الاستثمار الفلاحي .

و على عكس التخصيص الجوازي فإن تسديد معدل القسمة في التخصيص الذي يتم بحكم القانون لا يتوجب دفعه فورا ،و إنما يجوز للمستفيد في هذه الحالة أن يدفع نصف قيمة المعدل فورا على أن يتم تسديد النصف المتبقي بالتقسيم لمدة لا تتجاوز عشر سنوات كحد أقصى .

2-القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون الفرنسي

¹- Terré François et Lequette Yves et Gaudemet Sophie ,Op .cit ,p1001.

² - Sauvage François , Op .cit ,p 235 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

إن القواعد الإجرائية التي تحكم القسمة القضائية تم النص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المواد من 1359 إلى 1378 و التي تم استحداثها بموجب المرسوم رقم 2006 - 1805 المؤرخ في 2006/12/23 ، كما أصدرت وزارة العدل الفرنسية منشورا مؤرخا في 29 /05/2007 يحدد آليات تطبيق هذه الإجراءات¹، و القسمة تبعا لهذه النصوص تتم إما بإجراءات مبسطة أو إجراءات في حالة القسمة المعقدة .

أ-القسمة البسيطة

المحكمة بتشكيلتها الجماعية و في الحالة التي لا تستدعي القسمة إجراءات أولية تستطيع أن تأمر بالقسمة إذا كانت ممكنة أو تأمر بالتصفية و تستطيع المحكمة أن تعين خبيرا لأجل تقييم الأموال و يتم إجراء القرعة أمام رئيس المحكمة أو من يمثله و يعتبر الحكم في هذه الحالة قائما مقام العقد وفق نص المادة 1361 فقرة 1 (ق.إ.م.ف) .

أما عندما يتعلق النزاع بتقييم الأموال و إنشاء الكتلة القابلة للقسمة و تكوين الحصص خصوصا فيما يتعلق بالعقارات فإن المحكمة تعين خبيرا لأجل إجراء تقييم الأموال و تكوين الحصص تحت إشرافها و بعدها تعين موثقا يتم إجراء القرعة أمامه و هو من يتولى تحرير عقد القسمة خصوصا عندما تتضمن الممتلكات الشائعة أموالا خاضعة للشهر العقاري حسب ما تنص عليه المادتان 1363 فقرة 1 و 1361 فقرة 2 (ق.إ.م.ف)².

ب-القسمة ذات الإجراءات المعقدة

عندما تكون عمليات القسمة معقدة فإن المحكمة تعين موثقا لأجل إجراء القسمة و تنتدب قاضيا لمراقبة الإجراءات ، و الموثق يسعى لأجل التوصل لتجسيد مشروع عقد قسمة و التوفيق بين الأطراف كما يستطيع أن يلتمس من القاضي المنتدب أن يستدعي المتقاسمين أمامه لأجل محاولة التوصل لاتفاق بحضوره وفقا لأحكام المادة 1366 (ق.إ.م.ف) و للموثق أن يلجأ إلى الاستعانة بخبير و الذي يتم اختياره بالاتفاق بين الأطراف أو من طرف القاضي المنتدب³.

¹-Circ.Min.Justice Du 29/05/2007. n° 73-07/C1/5-2/G.

²- Grimaldi michel ,Op .cit,p 730 .

³- Sauvage françois,Op.cit ,p 242 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و يمكن للموثق أن يلتمس من القاضي المنتدب كل الإجراءات التي من شأنها تسهيل مهمته، كطلب الاطلاع على الوثائق تحت طائلة الغرامة التهديدية و الأمر بإجراء خبرات وغيرها، وفي حالة تخلف أحد الشركاء رغم إعداره بعد ثلاثة أشهر فإنه يجوز للموثق أن يطلب من القاضي المنتدب أن يعين بموجب أمر على عريضة شخصا مؤهلا لتمثيل الشريك المتخلف حسب ما تنص عليه المواد 1365، 1367 و 1369 (ق.إ.م.ف) .

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد أبقى الباب مفتوحا رغم رفع دعوى القسمة القضائية لأجل العدول إلى القسمة الودية، بل و شجع على حصول ذلك من خلال محاولات الصلح العديدة أثناء إجراءات القسمة القضائية .

و يقوم الموثق بإعداد مشروع بيان تصفية الموجودات (projet d'etat liquidatif) والذي يتضمن تجسيد الكتلة القابلة للقسمة، نسبة حقوق كل متقاسم و الحصص التي تم تكوينها والمعدة للتوزيع، بالإضافة إلى محضر يتضمن تصريحات الأطراف و ملاحظاتهم و يسلمها إلى القاضي المنتدب و هو ما يشكل نهاية لمهمة الموثق في إطار العمليات التحضيرية للقسمة¹.

و المهمة الأساسية للقاضي المنتدب هي السهر على السير الحسن لعمليات القسمة التي يقوم بها الموثق بالإضافة إلى احترام أجل إنجازها و الذي حدده القانون بمهلة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة فقط و هذا الأجل يتم إيقاف سريانه في حالات معينة كحالة تعيين خبير إلى غاية إيداعه لتقرير الخبرة و غيرها من الحالات التي نصت عليها المادة 1369 (ق.إ.م.ف).

و يستطيع القاضي المنتدب بعد تسلمه بيان تصفية الموجودات أن يقرر سماع الأطراف و الموثق و أن يحاول إجراء مصالحة جديدة من تلقاء نفسه و إذا لم يتوصل إلى ذلك يقوم بتحرير تقرير يتضمن الصعوبات القائمة و نقاط الخلاف بين الأطراف و يحيله إلى المحكمة لأجل الفصل في النزاعات².

و تقوم المحكمة بالفصل في النزاعات بخصوص المسائل المعروضة ضمن تقرير القاضي المنتدب و المبنية على تصريحات الأطراف و كل طلب جديد يعد غير مقبول، و في الممارسة العملية

¹-Grimaldi michel ,Op.cit ,p731 .

² -Grimaldi michel , Op.cit ,p731 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

فإن محضر التصريحات يفترض أنه أستنفذ النزاعات التي سيتم إثارتها أمام المحكمة ،و أنه يتوجب تحرير هذه التصريحات بعناية ،و هذا الابتكار سمح باجتتاب تعدد الطلبات التي يكون من طبيعتها تعطيل الإجراءات¹.

في الأخير فإن المحكمة إذا رأت أن مشروع تصفية بيان الموجودات مطابق لقواعد التصفية و القسمة فإنها تأمر بالتصديق عليه (homologation)و تأمر بإجراء القرعة على الحصص إما أمام القاضي المنتدب أو أمام الموثق ،أما عندما ترى المحكمة بأن مشروع تصفية بيان الموجودات غير مطابق فإنها تأمر بإجراء تعديلات عليه و تحيل الأطراف إلى الموثق ليقوم بإعداد مشروع تصفية جديدة على ضوء ما قرره المحكمة و يتم إخضاعه لتصديق المحكمة من جديد و الأمر بإجراء القرعة وفقا لما تنص عليه المواد 1375،1374، و 1376 من (ق، إ،م،ف).

ثانيا : ضوابط القسمة العينية وفقا للقانونين المصري و الجزائري

يشترك القانونان المصري و الجزائري بقدر كبير في تقرير هذه القواعد خصوصا الموضوعية ،مع بعض الاختلاف فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية و عليه سنعرض القواعد الموضوعية لهما بصفة مشتركة بينما نخصص القواعد الإجرائية لكل قانون بندا مستقلا .

1-القواعد الموضوعية للقسمة القضائية في القانونين المصري والجزائري

تتعلق هاته القواعد أساسا بتحديد معيار العدالة في القسمة و بطرق تكوين الحصص بالإضافة إلى بعض الأحكام الخاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة بسبب الميراث في القانون المصري .

أ-أساس العدالة في القسمة

بالرجوع إلى نص المادة 728 (ق، م، ج) و التي تقابلها المادة 841 (ق، م، م) يتضح أن المشرع قد أعتمد مبدأ المساواة العينية في القسمة و ذلك بتقريره بأنه في حال عدم إمكانية القسمة العينية ،أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته فإنه يتم اللجوء حكما إلى قسمة التصفية .

¹ - Sauvage françois ,Op .cit,p243 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

والملاحظ أن التشريعين الجزائري والمصري لم يراجعا هذا المبدأ منذ إصدار القوانين المدنية وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي أعاد النظر كما سبق وأن بيناه واعتمد مبدأ المساواة في القيمة.

ب-تكوين الحصص

القسمة العينية على نوعين، إما قسمة جمع أو قسمة تفريق، و تتم قسمة الجمع من خلال فرز الأعيان المشتركة بعضها عن بعض في حال تعددها و تخصيص كل متقاسم بحصة مفرزة، أما قسمة التفريق فتتم على أساس أصغر نصيب، أي أقل حصة يملكها شريك¹، و هذه الطريقة امتازت بها الشريعة الإسلامية السمحاء، و قسمة المال إلى حصص يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة التفريق، و قسمة الجمع يقابلها في القانون المدني المصري ما يعرف بقسمة التجنيب².

و يشترك القانونان المصري و الجزائري في النص على طريقة تكوين الحصص بقسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب، في حين ينفرد القانون المصري بالنص على قسمة المال بالتجنيب في حال تعذر القسمة على أساس أصغر نصيب و قد نصت على ذلك المادة 837 (ق.م.م) و التي تقابلها المادة 725 (ق.م.ج) دون تطابق كامل .

و مثال تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثلث و السدس فإنه يتم تقسيم العقار أساسا باعتبار صاحب السدس هو صاحب أصغر نصيب، فالقسمة العينية هذه تتم وفقا لمعيار أساسي مفاده اعتماد الحصة الصغرى كوحدة تبنى القسمة مبدئيا عليها³، و تفترض هذه الطريقة أن يتم توزيع الحصص عن طريق القرعة وجوبا.

و إذا لم يمكن تكوين الحصص وفقا لهذه الطريقة، فإن القانون المدني المصري انفرد بطريقة أخرى هي ما يعرف بالقسمة بطريق التجنيب، و ذلك بتعيين جزء مفرز من العقار لكل شريك بما يتناسب مع قيمة حصته في الشئوع و إن الخبير هو من يتولى هذه العملية .

¹ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011، ص 73.

² - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 459 .

³ - جورج شدرابي، المرجع السابق، ص 79 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

فالقسمة بطريق التجنيب تتم وفقا للتشريع المصري في حالتين، إذا تعذرت القسمة إلى حصص على أساس أصغر نصيب، و إذا لم تتعذر هذه القسمة و لكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب، أما في القانون الفرنسي فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب، و لو كانت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متعذرة، و يباع المال في هذه الحالة لعدم إمكان قسمته¹.

و القانون المدني الجزائري لم يتضمن ضمن المادة 725 (ق.م.ج) أية إشارة لقسمة التجنيب، إذ أن المشرع عند استلهامه لنص هذه المادة من القانون المدني المصري قد اكتفى بالنص على قسمة تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، و قام بحذف الجزء الثاني من الفقرة المتعلقة بالقسمة بطريق التجنيب، و في ظل انعدام المذكرات الإيضاحية و الأعمال التحضيرية اللازمة و المهمة لاستنباط نية المشرع، فإنه يمكن تبرير نية المشرع باستبعاده قسمة التجنيب بتبنيه لنظرة المشرع الفرنسي الذي رغم عدم نصه صراحة على هذه الطريقة في تكوين الحصص فإنه يجيز اللجوء إليها بشرط اتفاق جميع الشركاء، غير أن الملاحظ في الممارسة القضائية العملية على مستوى المحاكم و المجالس أنه يتم العمل بطريقة قسمة التجنيب في الغالب و لا يتم العمل بطريقة تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب و إجراء القرعة لاحقا إلا في حالات نادرة وقليلة، أين يتم تعيين خبير عقاري معتمد لأجل إعداد مشروع قسمة عينية، و غالبية الخبراء يقومون بتكوين حصص في شكل أجزاء أو منابات مرقمة و ملونة و يتولى الخبراء إسناد الحصص للشركاء، و بعد إعادة السير في الدعوى فإنه يتم الحكم بالمصادقة و اعتماد الخبرة رغم معارضة بعض الشركاء المختصمين في الدعوى، و إن ذلك يشكل حسب رأينا مخالفة للقانون و يجعل أغلب الأحكام و القرارات عرضة للنقض لانعدام الأساس القانوني وفقا للمادة 358 (ق.إ.م. ج.إ.ج).

و إذا كان الأصل في القسمة العينية هو التسوية بين الحصص تسوية كاملة، إلا أن ذلك قد يكون عسير التحقيق في العمل، و حينئذ يجوز استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه المتقاسمون الحاصلون على حصص أكبر من أنصباؤهم عينا²، حسب ما تقضي به المادة 837 فقرة 2

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 923.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 209.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

(ق.م.م) ، و هو نفس الحكم الذي أعتده المشرع الجزائري ضمن الفقرة الثانية من المادة 725)
ق.م.ج).

الملاحظ أنه و خلافا لما قرره المشرع الفرنسي بخصوص إمكانية أن يتم دفع معدل القسمة في حالات معينة بالتقسيم كما بيناه سابقا فإن التشريعين المصري و الجزائري لم يتضمنا أية إشارة لذلك .

تجدر الإشارة إلى أن التشريعين المصري و الجزائري لم يتضمنا أحكاما خاصة بالقسمة العينية للعقارات على خلاف بعض التشريعات العربية كقانون الموجبات و العقود اللبناني الذي تضمنت المادة 942 منه جملة من القواعد التي تجب مراعاتها عند إجراء القسمة العينية ، ففي حالة ما إذا كان أحد الشركاء ، يملك عقارا ملاصقا للعقار المشترك ، فإنه يأخذ نصيبه من القسم الملاصق ، و إذا كانت العقارات الشائعة متلاصقة ، فتعين أنصبة الشركاء بطريق الضم و الفرز ، بمعنى اعتبار جميع العقارات كعقار واحد ، ثم يعين لكل شريك جزءا مفرزا منها ، و إذا كانت العقارات الشائعة غير متلاصقة ، ينظر إليها كأنها مجتمعة ، و تعين الأنصبة على أساس قيمتها وبطريقة يمكن معها أن يختص واحد أو أكثر من الشركاء بقطعة أو عدة قطع¹.

ج-التخصيص

نص المشرع المصري على أحكام خاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة إذا كان سبب الشروع هو الميراث و ذلك ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني والمتعلق بالميراث و تصفية التركة ، أين نصت المادة 906 (ق.م.م) على أنه : "إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، و يجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، و ثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته و يستنزل من نصيب الوارث في التركة ، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطي من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل "

¹ - عيد المنعم فرح الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق ، ص 214 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و مثال هذه المستغلات البستان و المصنع و المتجر، و قد لاحظ المشرع أن من شأن تقسيمها إنقاص قيمتها ، كما أن إجراء القرعة بخصوصها قد يؤدي إلى إسنادها إلى شريك غير مؤهل لاستغلالها .

و قد أشارت مذكرة المشروع التمهيدي بأنه في حال لم يف نصيب الشريك المستفيد بالتخصيص بقيمة المستغل فإنه يتم إلزامه بدفع الفرق¹، رغم أن نص المادة لم يتضمن ذلك.

إذا كان بين الورثة أكثر من واحد يستطيعون النهوض بالمستغل فيكون وجه التفضيل بينهم من يعطي أعلى قيمة مع الاحتفاظ دائما بمستوى ثمن المثل على الأقل، فقد جعل الشارع المزايدة في القيمة مناطا للترجيح بين الورثة الذين يستطيعون إدارة المستغل².

تخصيص أحد الورثة بالمستغل هو تخصيص نو صبغة مزدوجة اقتصادية واجتماعية، فالصبغة الاقتصادية تتمثل في تفادي تجزئة المستغل المضر بالإنتاجية في الميدان الفلاحي والصناعي و التجاري، أما الصبغة الاجتماعية فتتجسد في ضمان استمرارية بقاء المستغل في النطاق العائلي باعتباره مورد رزق و مصدر عيش لأحد الورثة³.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري و خلافا للتشريعين المصري و الفرنسي لم يتضمن أية أحكام تتعلق بآلية التخصيص بالأفضلية سواء فيما يتعلق بقسمة الشائع إتفاقا أو ميراثا و إن هذا يعد نقصا في التشريع يجب تداركه لخلق نوع من التوازن و العدالة خصوصا عند قسمة التركات .

فلا يوجد ضمن التشريع الجزائري ما يرجح كفة الشريك الذي ثبتت مشاركته في خدمة الأرض إلى جانب مورثه ، و هذا يعد إنكارا لقيمة العمل الذي بذله في استغلال الأرض، الأمر الذي يفتح الباب أمام من يريد التملك بحثا عن ريع يحسن به مدخوله⁴، بدلا من منح الأرض لمن يستحقها و من تتوافر فيه مؤهلات استغلالها .

¹ - رياض مفتاح، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 296 .

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق ، ص 126 .

³ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 147 .

⁴ - سماعيل شامة، المرجع السابق ، ص 208 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

2-القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون المصري

على عكس المشرع الفرنسي فإن المشرع المصري قد تناول إجراءات القسمة ضمن نصوص القانون المدني ،و هذه الإجراءات تتم عبر ثلاث مراحل أساسية تتعلق أساسا بتعيين خبير لإجراء تكوين الحصص و تليها مرحلة الفصل في المنازعات لتتلوها مرحلة إسناد الحصص و في حال وجود غائب أو قاصر بين الشركاء فإنه يتعين تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية .

أ-تعيين الخبير

قد يرى القاضي أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية ،و لا ينتج عنه مشاكل فنية ،فيتولى عندئذ هذه العملية بنفسه ،وذلك باعتبار أن القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه¹، غير أن هذه الفرضية تكاد تكون غير ممكنة عندما يتعلق الأمر بالقسمة العقارية نظرا لخصوصيتها و للزوم أخذ القياسات و التقيد بالإرتفاقات القانونية و هي مسائل فنية بحتة تستوجب اللجوء إلى خبير عقاري معتمد .

يتعين على الخبير أولا تقرير ما إذا كان العقار قابلا للقسمة العينية من دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته و بعدها يقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ،و إذا تعذر ذلك فيقوم بتكوين الحصص بطريقة التجنيب كما بيناه سابقا .

و يصح أيضا أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ،و لو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ،إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب².

و قد أجمع شراح القانون المصري على أن العبرة في تحديد قيمة المال الشائع أيا كانت طريقة القسمة ،هي بوقت إجراء القسمة ،لأنه في ذلك الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفرزة للحصة التي

¹ - محمد عبد الرحمان الضويني ،المرجع السابق ، ص 445

²-عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 922

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

آلت إليه ، و لأن وقت إجراء القسمة هو الوقت الوحيد الذي سوف نضمن به تحقيق المساواة بين الشركاء ، و من ثم فإنه لا عبرة بقيمة المال عند بدء الشروع ، و لا عند رفع دعوى القسمة¹.

ب- الفصل في المنازعات

نصت المادة 838 (ق،م ،م) على : " تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص و في كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها .

فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، و أن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها ، و تقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات" .

و قد قررت محكمة النقض المصرية " بأن النص في المادة 838 من القانون المدني يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد قسمتها ، فإذا أثرت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة ، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة ، فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها ، و إذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، و أن تحدد لهم الجلسة التي يحضرون فيها و توقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات " ².

فبعد أن ينجز الخبير مهامه ويودع تقرير خبرته ، فيجوز للخصوم المنازعة و تقسم هذه المنازعات إلى فئتين ، الأولى متعلقة بتكوين الحصص سواء على أساس أصغر نصيب أو عن طريق التجنيب و تتولى المحكمة الجزئية الفصل في هذه المنازعات بصفة حصرية ، أما الثانية فتتعلق بالملكية أو بقيمة حصة كل شريك و يخضع اختصاص نظرها للقواعد العامة بحسب قيمتها ، فإذا أصبح الحكم في المنازعات نهائيا جاز لأي ذي مصلحة من الخصوم إعادة السير في دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية لتواصل الفصل فيها .

¹ - محمد عبد الرحمن الضويني ، المرجع السابق ، ص 449

² - نقض مدني مصري 1976/06/15 طعن رقم 565 سنة 42 قضائية ، نقلا عن محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 115

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ج-إسناد الحصص

و في هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا في المنازعات ما بين الشركاء ، و أصبح حق كل شريك في المال المراد قسمته مبنوتا فيه خاليا من النزاع¹، و طريقة إسناد الحصص ترتبط أساسا بطريقة تكوينها ، فإذا تم تكوين الحصص من طرف الخبير بطريق التجنيب فإن المحكمة تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفروض الذي آل إليه وفقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 839 (ق،م ،م).

أما إذا تم تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، فإنه يتم اللجوء إلى القرعة لإسناد حصة كل شريك وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة .

و إجراء القرعة واجب في القسمة القضائية ، فلا تصح بغيره ، إلا إذا رضي كل من المتقاسمين بأخذ حصته من دونها ، بشرط أن يكونوا كلهم أهلا للتصرف ، أما إذا كان من بينهم شخص عديم الأهلية فالقرعة واجبة ، و في كل الأحوال التي تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة إذا أهملت القرعة².

و لم يحدد القانون طريقة لإجراء القرعة و المعمول به أن يتم اللجوء إلى وضع أوراق مرقمة بالترتيب حسب عدد الحصص ، و يقوم بعدها الشركاء بسحب الأوراق كل واحد حسب عدد حصصه و يتحصل كل واحد منهم بحسبها الحصة المرقمة التي خرجت له بموجب القرعة ، و إذا كانت القرعة بهذه الطريقة مناسبة إذا تعلق الأمر بالمنقولات ، غير أن آثارها السلبية واضحة عند قسمة العقارات لما ينتج عنها من تفريق لأنصبة الشريك الواحد و يرتب عدم إمكانية الانتفاع وفوات المنفعة .

و للتقليل من عيوب القرعة في القسمة العقارية فإن القانون اللبناني على سبيل المثال قد نص على أنه لا يلجأ إلى القرعة في حالة ما إذا كان لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك فيعطى نصيبه من القسم الملاصق ، و بهذا يراعى تجميع ملكية الشريك و يكون على القضاء أن يدخل هذا في الاعتبار ، و هو ما يحدث عملا دون نص عليه³.

¹- عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 928

²- محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 179 .

³- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 229.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و إذا كان القانون الوضعي يعتمد عند إجراء القرعة جعل كل حصة مستقلة عن الأخرى مما يرتب تفريق الصفقات على المتقاسمين بأن يأخذ نصيبه مثلا في ثلاث أماكن مختلفة ، فإن الفقه الإسلامي نص على قواعد إجراء القرعة لتوزيع العقار المتنازع عليه بطريقة أكثر انضباطا ، و هي أن ترمى الورقة الموجود بها اسم المتقاسم في أول العقار ثم يكمل له نصيبه ثم ترمى الورقة الثانية على ما بقي حتى يكتمل نصيبه ثم ترمى الثالثة و هكذا و بالتالي فقد تفادت بذلك تقنيت العقارات على أصحابها¹.

و بعد أن تنتهي المحكمة من إجراء القرعة تثبت ذلك في محضرها ، و تصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، و بذلك تنتهي دعوى القسمة ، غير أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية فإنه يجب تصديق المحكمة الابتدائية².

د- تصديق المحكمة الابتدائية على حكم المحكمة الجزئية

إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، و يجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، و ذلك فيما عدا حالة الشريك القاصر الذي كان ممثلا في دعوى القسمة بوليّه ، إذ أن الولي ليس عليه أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ، فسلطته في هذا الشأن غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب ، و يقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة إستئنافية بتأييد حكم القسمة إذا ما استؤنف إليها ، و إذا رفضت المحكمة التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم³، و هذه الأحكام نصت عليها المادة 840 (ق، م ، م) كما أن قانون الولاية على المال المصري تضمن في المادتين 40 و 89 منه أحكاما في هذا الخصوص .

3- القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون الجزائري

ساير المشرع الجزائري نظيره المصري في تناوله لإجراءات القسمة ضمن نصوص القانون المدني ، و هذه الإجراءات تتم عبر ثلاث مراحل أساسية كالتي قررها المشرع المصري مع بعض

¹ - السيد عبد الصمد محمد يوسف ، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامي و القانون ، الإسكندرية ، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط 1 ، 2015 ، ص 118 .

² - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 140 .

³ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 216 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الاختلاف فيما يتعلق بالاختصاص القضائي و بطريقة إسناد الحصص ، كما أن التشريع الجزائري لم يتضمن ما يوجب المصادقة على حكم القسمة بعد صدوره من طرف أية جهة أخرى .

أ- تعيين الخبير

وفقا لأحكام المادة 725 (ق، م، ج) فإن الخبير يقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، و إذا وجد نقص في إحدى الحصص فيتم تعويضه بمعدل نقدي يقدره الخبير ، و العبرة في تحديد قيمة المال الشائع هي بوقت إجراء القسمة .

و قد قررت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا أنه لا يجوز منح أحد الشركاء نصيبه كاملا نقدا كمعدل دون تمكينه من الحصول على نصيب عيني و ذلك في أحد قراراتها و الذي ورد فيه : " ولما ثبت أن قضاة المجلس منحوا إثنين من الشركاء نصيبهم نقدا كلية دون الحصول عينا على نصيب ناقص عينا فخالفوا نص المادة 2/725 من القانون المدني ، مما يعرض قرارهم للنقض "¹.

و كما تعرضنا له سابقا فإن القانون الجزائري لا ينص على إمكانية تكوين الحصص عن طريق التجنيب ، و إن الخبير المنتدب ينحصر عمله في الانتقال إلى العقار و معاينته و ضبط مساحته و معالمه ، و القيام بتقسيمه حصصا حسب أصغر نصيب ، و لا يستطيع الخبير أن يخصص أو يحدد الحصص بالاسم أو الرمز كما يحدث عمليا ، و إن مثل هذا التعيين أو التحديد يتنافى و عمل الخبير الذي يلزمه القانون بتقديم رأي فني للمحكمة و ذلك عن طريق تكوين الحصص حسب أصغر نصيب ، لا أن يقوم بقسمته بنفسه²، و إن قيام القضاة بتكليف الخبراء بتحديد نصيب كل واحد من الشركاء يعد تفويضا غير قانوني للسلطة القضائية باعتبار أن القاضي هو المخول وحده لتوزيع الحصص ، و حسب رأينا فإنه يتوجب تعديل أحكام القانون المدني لأجل النص على قسمة التجنيب التي تتم تحت رقابة القضاء ، و إلى غاية تدخل المشرع و لأجل تقادي هذا الانسداد فإننا نقترح أن يلجأ القضاة عند تعيينهم للخبراء بتكليفهم في حالة عدم إمكانية تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، باقتراح إنجاز مشاريع قسمة عديدة وفقا للمصالح المتعارضة للمتقاسمين و عرض هذه

¹ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 1998/03/25 ، ملف رقم 151301 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 1998 ، ص 28 .

² - أحمد خالدي ، القسمة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، 2008 ، ص 117 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المشاريع على المحكمة لتقرر اعتماد الأصلح منها أو تقرر إجراء القرعة بشأنها تطبيقاً للنفوس ودفعاً للضغائن بين المتقاسمين ، كون ذلك يعتبر الحكمة و الغاية الأساسية لإجراء القرعة .

و ضمن هذا الإطار فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا : " حيث أنه و لما كان المقرر قانوناً أن الصلح المعتد به هو الذي يتم بموجب عقد رسمي أو بحكم قضائي ما دام الأمر يتعلق بقسمة عقار ، فليس للصلح الذي تم أمام الخبير من دون اعتماده قضاء أي أثر قانوني إن أنكره أحد الأطراف " ¹.

ب-الفصل في المنازعات

نصت المادة 726 (ق.م.ج) على : " تفصل المحكمة في المنازعات و خاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص " .

على خلاف القانون المصري الذي يتضمن نظامه القضائي المحكمة الجزئية و المحكمة الابتدائية كما بيناه سابقاً ، فإن التنظيم القضائي في الجزائر يتشكل من المحكمة كدرجة أولى ووحيدة للتقاضي حسب نص المادة 10 من القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17/07/2005 المتعلق بالتنظيم القضائي ، و هذه المحكمة لها الاختصاص الكامل للفصل في المنازعات المتعلقة سواء بالملكية أو بطريقة تكوين الحصص .

و قد قررت الغرفة المدنية للمحكمة العليا " بأنه يتوجب على المحكمة أن تفصل في جميع المنازعات المعروضة عليها ، و خاصة منها ما يتعلق بتكوين حصص الشركاء ، و لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون " ².

غير أن الممارسة القضائية العملية تتجاهل في الغالب هذه المسألة و تكفي بالمصادقة واعتماد الخبرة و هو ما يشكل تنازلاً عن السلطات و سهواً عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية وهو الوجه الذي يستوجب نقض الأحكام و القرارات القضائية .

¹- قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 10/06/2010 ، ملف رقم 586004 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، سنة 2011 ، ص 128 .

²- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 17/12/1990 ، ملف رقم 65223 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، سنة 1991 ، ص 71 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ج-إسناد الحصص

نصت المادة 727 (ق.م.ج) على : " تجري القسمة بطريق الاقتراع ، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز " و يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري قد حصر طريقة إسناد الحصص في القرعة و يشترك في ذلك مع المشرع الفرنسي، بخلاف المشرع المصري الذي يجيز القسمة على أساس أصغر نصيب بالقرعة أو القسمة بطريق التجنيب من دون قرعة .

و إذا كان التشريع الفرنسي أكثر مرونة بتقريره آليات المنح التفضيلي التي من شأنها التقليل من سلبيات الاقتراع خصوصا بالنسبة للعقارات ، و بالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن التجنيب باتفاق كافة المتقاسمين ، غير أن القانون الجزائري بحصره طريقة الإسناد في الاقتراع فقط قد كرس وجسد جميع العيوب التي تنتج عن هذه الآلية في الإسناد .

و قد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن القسمة تجرى بطريق القرعة و قد جاء في أحد قراراتها بأن : " قسمة الملكية الشائعة تجرى بطريق الاقتراع ، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها ،ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ، و من جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكونون بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون " ¹ ، و لم يتضمن القانون الجزائري أية قواعد تتعلق بكيفية إجراء القرعة ، و الملاحظ أنه في الواقع العملي للممارسة القضائية فإنه نادرا ما يتم اللجوء إليها إلا في حالات القسمة مناصفة، وإننا نرى أنه في ضوء عدم نص القانون على كيفية إجراء القرعة ، فإنه لا مانع و لا ضرر في اعتماد الطريقة التي ذكرناها سابقا و المعتمدة في الفقه الإسلامي باعتبار أنه يجوز للقاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي ، و ذلك لأجل تقييد سلبيات ومضار القرعة في القسمة العقارية .

الفرع الثاني : قسمة التصفية

نصت المادة 728 (ق.م.ج) و تقابلها المادة 841 (ق.م.م) على انه : "إذا تعذرت القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا

¹ - قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 25 /10/ 1989 ، ملف رقم 54849 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1991 ، ص 25 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية ، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع "

و قسمة التصفية هي اقتسام الشركاء ثمن بيع المال الشائع بالمزاد كل حسب حصته ، فهذه القسمة تتم في حالتين إحداهما عدم إمكان قسمة المال عينا ، أي إلى حصص متساوية كما لو كان مصنعا أو شقة ، و الحالة الثانية حالة ما إذا كان من شأن القسمة العينية أن تنقص قيمة المال المراد قسمته نقصا كبيرا لا محسوسا فقط¹ .

و قد كان هذا المبدأ منصوصا عليه في القانون المدني الفرنسي ضمن المادة 827 قبل تعديله خلال سنة 2006 و إلغاء هذه المادة و قسمة التصفية تثير مسألة قابلية العقار للقسمة من عدمه ، كما أن البحث يستدعي التعرض لبعض الإجراءات الموضوعية الخاصة بها و هو ما نحاول استعراضه ضمن البندين التاليين

أولا : حالات عدم قابلية العقار للقسمة

إن عدم قابلية العقار للقسمة يمكن أن يكون متعلقا بمعايير مادية بحتة كمعيار المساحات المرجعية و قد يكون متعلقا بمعايير موضوعية مرنة تمنح سلطة تقديرها للقاضي الذي ينظر في الدعوى .

إن قابلية العقار للقسمة وفقا للمعيار المادي القائم على أساس الحد الأدنى للإفراز ترتبط بالمصلحة العامة المقررة بموجب اللوائح التنظيمية ، بينما تقوم فكرة عدم قابلية العقار في القسمة لكونها تنقص من قيمة العقار على المصلحة الخاصة للملاك².

1-موقف المشرع الجزائري و المصري

تتمثل قابلية العقار للقسمة عند تجزئته إلى أجزاء في أن يحتفظ كل واحد منها بجوهر الكل و خصائصه ووظيفته، و معيار القابلية للقسمة ليس معيارا ماديا بحتا ذلك أن جميع الأشياء قابلة للقسمة من الناحية الفيزيائية، بما في ذلك الذرة، بل معيار اجتماعيا واقتصاديا، فينبغي لاعتبار

¹ - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 145 .

² - صلاح الدين سر الختم علي ، المرجع السابق ، ص 218 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

العقار قابلا للقسمة أن لا تقوت المنفعة المقصودة منه بالقسمة¹، وقد نص المشرعان المصري والجزائري على حالتين تستوجبان اللجوء إلى قسمة التصفية هما :

أ- تعذر القسمة العينية

و يتعلق الأمر في هذه الحالة بمعيار مادي يرتبط كما تعرضنا له سابقا بالنصوص التنظيمية التي تضع ضوابط محددة عند قسمة الأراضي الفلاحية أو العمرانية و من ضمنها معيار المساحات المرجعية الدنيا المسموح بها ، و المعيار المادي معيار جامد لا يخضع للسلطة التقديرية للقضاء .

إن مفهوم الحد الأدنى لا يصلح معيارا عاما للتقرير بان العقار غير قابل للقسمة العينية، ذلك أن العقار قد يكون ممكنا قسمته عينا وفقا لمبدأ الحد الأدنى و لكن تلك القسمة قد تؤدي إلى نقص كبير في قيمة العقار و بالتالي تكون ضارة بالشركاء ، حيث قد يصلح معيار الحد الأدنى كأحد المعايير للتقرير فيما إذا كان العقار قابلا للقسمة أم لا ، و لكنه لا يصلح معيارا عاما².

ب - إحداث القسمة لنقص كبير في قيمة العقار

و يتعلق الأمر في هذه الحالة بمعيار اقتصادي يخضع أساسا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، فالعقار هنا يقبل القسمة ماديا على أساس المعيار المادي غير أن قسمته تؤدي إلى نقص كبير في قيمته ، و مثال ذلك المستثمرة الفلاحية التي تتضمن نشاطا أساسيا و نشاطات تكميلية مرتبطة فيما بينها و من شأن القسمة رغم أنها ممكنة عينا أن تؤثر على ترابط و تكامل النشاط الفلاحي الإنتاجي داخل المستثمرة ، و قد تدخل المشرع وفقا للاعتبار الاقتصادي للحد من الآثار السلبية لقسمة بعض الملكيات. و قد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في البداية على أن يكون النقص محسوسا غير أن لجنة المراجعة أبدلت عبارة " نقص

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 72 .

² - صلاح الدين سر الختم علي ، المرجع السابق ، ص 219 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

محسوس " بعبارة " نقص كبير"¹، و حسب رأينا فان اعتماد شرط النقص الكبير هو الأنسب باعتبار أن أي قسمة عقارية تتضمن غالبا نشوء نقص محسوس في قيمة العقار .

و لقد اعتبرت القسمة مؤدية إلى نقص كبير في قيمة العقار وضياع أهميته عندما يكون بعض المستحقين لا يستحقون فيه إلا أجزاء ضئيلة جدا لا يمكن أن تكون بمفردها صالحة للاستغلال الفلاحي ، أو إذا أفضت إلى تجزئة العقار إلى حصص صغيرة عديمة الفائدة، أو كان من شأنها أن تكون مصدر خلافات أو تسببت في استعمال العقار أو استغلاله بصعوبة أو بطريقة غير مجدية أو إذا استوجبت القسمة معدلات هامة².

2-موقف المشرع الفرنسي

عندما يتعلق الأمر بالعقارات فان المادة 827 القديمة (ق .م .ف) كانت تنص انه : " إذا كانت العقارات غير قابلة للقسمة أو التخصيص بشكل ملائم ، فيجب اللجوء إلى البيع بالمزاد أمام المحكمة لتعذر القسمة العينية " غير انه و على اثر تعديل القانون المدني الفرنسي خلال سنة 2006 أين تم تبني مبدأ المساواة في القيمة عوضا عن المساواة العينية ، فقد تم نقل مقتضيات المادة 827 القديمة من نصوص القانون المدني إلى نص المادة 1377 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و التي نصت على اللجوء إلى البيع بالمزايدة للأموال التي لا يمكن قسمتها أو تخصيصها بصفة سهلة ، و هنا يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استبدل مصطلح " قابلة للقسمة بشكل ملائم " commodement partages بمصطلح " قابلة للقسمة بطريقة سهلة facilement partages

لقد كان مفهوم قابلية المال للقسمة بشكل ملائم المنصوص عليه سابقا موضع اجتهاد قضائي غزير ، و اغلب هذه الاجتهادات يجب أن تكون موضع تجديد ما دام انه يفترض أن الأمور تغيرت باستبدال شرط قابلية القسمة بشكل ملائم بشرط قابلية القسمة بطريقة سهلة، وفي الواقع فان التغيير لا يتعلق بالمصطلحات ، و إنما هذا التغيير جاء في سياق التطور ، و

¹- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 915 .

²- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 117 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

المشروع بتبنيه مبدأ المساواة في القيمة ، يظهر انه يرغب في إعطاء حرية اكبر لتكوين الحصص و التقليل بالمقابل من فرضيات اللجوء إلى التصفية¹.

يتضح من خلال ما سبق أن اعتماد مبدأ المساواة العينية أو القيمة لديه اثر فيما يتعلق بمعايير قابلية العقار للقسمة ، و يبدو أن مبدأ المساواة في القيمة يقلل من حالات ووجوب اللجوء إلى القسمة بالتصفية، غير انه في كلا الحالتين فان تقرير مدى قابلية العقار للقسمة هي مسألة موضوعية تقع ضمن السلطة التقديرية للقضاة .

ثانيا : إجراءات قسمة التصفية

إن إجراءات قسمة التصفية تتعلق أساسا ببعض القواعد الإجرائية الموضوعية كجواز قصر المزايدة على الشركاء فقط ، أما إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني فانه تحكمه قوانين الإجراءات المدنية و هو موضوع إجرائي بحت لا يتعلق بموضوع دراستنا و عليه سنعرضه بإيجاز مع التركيز على أحكام قانون الإجراءات الجزائري .

1- جواز قصر المزايدة على الشركاء في الشيوخ

و قد نصت المادة 728 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 841 (ق . م . م) على ذلك بشرط أن يطلبوا ذلك بالإجماع ، و الهدف الأساسي لهذا الحكم هو المحافظة على العقار الشائع داخل النطاق العائلي لما للعقار من أهمية معنوية ، بالإضافة إلى بعض المنقولات الخاصة داخل المجتمعات الشرقية بالخصوص .

و يرى بعض فقهاء القانون المصري انه إذا كان بين الشركاء من هو فاقد الأهلية أو غائب ، و كان ممثلا في دعوى القسمة بوصي أو قيم أو وكيل ، فلا يجوز لهؤلاء طلب قصر المزايدة على الشركاء إلا بعد استئذان المحكمة المختصة بالولاية على مال الشريك ، بالرغم من أن المشروع لم ينص صراحة على ضرورة استئذان المحكمة إلا في القسمة الاتفاقية ، إلا أن المنطق يقتضي بتطبيق القاعدة ذاتها - الاستئذان - على الطلب الذي يتقدم به

¹ - Terré francois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit ,p 978.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الشركاء أثناء إجراء القسمة القضائية بقصر المزايدة عليهم، إذ هو يتضمن اتفاقا بشأن القسمة ، فضلا عن خطورته البيئية¹.

وقد نص المشرع الفرنسي على نفس المبدأ ضمن المادة 1378 (ق . ا . م . ف) بشرط أن يكون جميع الشركاء في الشيوخ ذوي أهلية و حاضرين أو لديهم من يمثلهم، فيمكنهم أن يقرروا بالإجماع إن تتم المزايدة فيما بينهم حصرا.

2- إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني

يباع المال الشائع بالمزايدة ،وفقا للإجراءات التي قررتها النصوص الإجرائية وتتلخص هذه الإجراءات بالنسبة للعقار ، في أن البيع يجري بناء على قائمة بشروط البيع، وتشمل هذه القائمة حكم المحكمة الصادر بالبيع ، و تعيين العقار الشائع ، و شروط البيع والتمن الأساسي الذي تقدره المحكمة وتجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسي لكل صفقة ، و بيان سندات الملكية ، و بيان جميع الشركاء و موطن كل واحد منهم².

و تشترك هذه الأحكام المنصوص عليها في المواد 464 و ما يلها من قانون المرافعات المصري ، مع الأحكام المنصوص عليها ضمن المواد 786 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

و ترفق قائمة شروط البيع بمستخرج جدول الضريبة العقارية و مستخرج من عقد الملكية و الشهادة العقارية و نسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع حسب ما نصت عليه المادتان 784 و 786 ف 2 (ق.إ.م . إ . ج) و قد ضمن قانون الإجراءات المدنية حقوق الدائنين أصحاب التأمينات العينية و أغفل ذكر الدائنين العاديين من شرط تبليغهم بقائمة شروط البيع لتقديم اعتراضهم ، و لعل ذلك راجع إلى كون الدائنين أصحاب التأمينات العينية المذكورين في الشهادة العقارية و يسهل معرفتهم ، أما الدائنون العاديين فيصعب معرفتهم³.

¹ - محمد عبد الرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 468 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 918 .

³ - سليمان بوقندورة ، البيوع العقارية الجبرية و القضائية ، الجزائر ، دار هومة ، 2015 ، ص 108.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

و في التشريع الفرنسي فان بيع العقارات تتم وفقا للقواعد التي تطبق على بيع العقارات و المحلات التجارية المملوكة للقاصرين تحت الوصاية وفقا لأحكام المواد من 1271 إلى 1281 من (ق . إ . م . ف)¹.

و يعتبر رسو المزاد على احد الشركاء قسمة تصفية ، فترتب عليها آثار القسمة وأهمها الأثر الكاشف ، أما إذا رسا المزاد على أجنبي عن الشركاء ، فيعتبر ذلك بيعا ناقلا لملكية الشيء الشائع إلى الراسي عليه المزاد².

و يري البعض أنه يمكن القول أن رسو المزايدة على أجنبي يشكل تغييرا وحلولا (substitution) في الكتلة الشائعة القابلة للقسمة ، في حين أن رسو المزاد على احد الشركاء يجسد إنقاصا وتخفيضا فيها³.

و ستكون هذه الآثار موضوع دراسة بالتفصيل عند تعرضنا لدراسة آثار القسمة ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة ، و ما يمكن استخلاصه فيما يتعلق بقسمة التصفية هو انه يوجد تقارب كبير بين التشريعات الثلاثة محل المقارنة باعتبار أن قسمة التصفية يغلب عليها الطابع الإجرائي البحت.

المبحث الثالث : القسمة المؤقتة

إن الفقه الإسلامي هو أول من عرف قسمة المهايأة ، باعتبارها طريقة من طرق الانتفاع بالمال الشائع، وقد وردت أحكام قسمة المهايأة في كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المتعددة ضمن باب القسمة، وقد إحتذى المشرع المصري حذو الفقه الإسلامي في تنظيمه لأحكام قسمة المهايأة بنوعيتها ضمن النصوص المتعلقة بإنقضاء الشيوخ بالقسمة⁴، وقد نظم المشرع المصري هذه الأحكام ضمن المواد من 846 إلى 849 (ق.م.م) وقد إستلهم منه المشرع الجزائري هذه الأحكام و نص عليها ضمن المواد من 733 إلى 736(ق.م.ج) وهي متطابقة تماما .

¹-Sauvage françois,Op.cit ,p 244 .

²- حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 210 .

³-Grimaldi michel ,Op .cit ,P 756 .

⁴- أيمن سعد عبد المجيد سليم ، المرجع السابق ، ص86

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

وتعرف قسمة المهايأة بأنها قسمة و قتية تقع على الانتفاع بالشيء الشائع وتهدف إلى تنظيم الانتفاع به، وبمقتضاها يختص كل شريك إما بمنافع الشيء الشائع لفترة زمنية معينة تعادل حصته وهو ما يعرف بالمهايأة الزمانية، وإما بمنافع جزء محدد منه وهو ما يعرف بالمهايأة المكانية¹.

ويثور الإشكال بخصوص المصطلح الأنسب للتعبير عن هذه القسمة، فالبعض يستعمل أحيانا مصطلح القسمة المؤقتة عوضا عن المهايأة وحسب رأينا فإن مصطلح المهايأة هو الأنسب لسببين الأول هو أن هذا المصطلح هو المعتمد من طرف المشرع وهو المعروف في أحكام الشريعة، والسبب الثاني أن المشرع الفرنسي ورغم عدم إيراده لأحكام مفصلة لهذا النوع من القسمة فقد استعمل مصطلح (provisionnel) عوضا عن (provisoire).

وقد ورد في معجم المصطلحات القانونية بخصوص مصطلح (provisionnel) بمعنى (بصفة ضمان أو سلفة) وهي صفة مشتقة من (provision) ومعناها مقابل الوفاء، وتقال بخاصة في عمل تنفيذ جزئي على أساس إرضاء أولي بانتظار التسوية الإجمالية اللاحقة وقسمة المهايأة (provisionnel partage) قسمة جزئية تتناول ثمار الكتلة المعدة للقسمة، أو قسما آخر منها بانتظار القسمة النهائية².

ولم يورد المشرع الفرنسي أحكاما خاصة بهذه القسمة باعتبارها قسمة انتفاع نظرا لكونه في البداية لم يول أي أهمية لتنظيم الملكية الشائعة عند إصداره للقانون المدني كما رأينا سابقا، فتم إيراد مصطلح القسمة المؤقتة (partage provisionnel) بصفة عرضية ضمن المادة 840 القديمة كأثر لعدم احترام الإجراءات الخاصة بالأشخاص عديمي الأهلية و الغائبين، غير أن المشرع الفرنسي وبموجب قانون 76-1286 المؤرخ في 31/12/1976 قام بتعديل القانون المدني وأورد أحكاما تتضمن التنظيم القانوني للملكية الشائعة وإستحدثت المادة 815-10 والتي نص ضمنها على إمكانية حصول قسمة المهايأة أو أي اتفاق آخر ينشئ انتفاعا مجزئا وذلك ضمن الفصل السابع المتعلق بالنظام القانوني للشيوع.

¹ - حمدي محمد إسماعيل سلطج، المرجع السابق، ص 46 .

² - جيرار كورنو، المرجع السابق، ص 348 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ويرى البعض أن المشرع المصري قد وقع في خلط لإيراده أحكام قسمة المهايأة ضمن النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوخ في حين أنها صورة من صور التنظيم الإتفاقي للاستعمال¹، وإن ذلك يبرره أن كافة فقهاء القانون يفصلون أحكامها ضمن الإدارة المعتادة للمال الشائع، ولعل المشرع المصري قد استلهم ذلك من نصوص مجلة الأحكام العدلية التي صدرت ابوابا متفرقة ما بين سنتي 1869 إلى 1876 خلال عهد الخلافة العثمانية و هي متعلقة بأحكام المعاملات المدنية وفقا للمذهب الحنفي وقد تم إيراد أحكام المهايأة فيها ضمن الفصل التاسع من الباب الثاني المتعلق بالقسمة.

إننا واعتبارا لقيام المشرع الجزائري بالنص على أحكام قسمة المهايأة في سياق معالجته لأحكام القسمة وآثارها متماشيا في ذلك مع الترتيب الذي إنتهجه المشرع المصري، ونظرا لإمكانية أن تتحول هذه القسمة إلى قسمة نهائية فإننا نرى أنه من المناسب التعرض إلى أحكام هذه القسمة ولو بإيجاز ضمن مطلبين نخصص الأول منهما لاستعراض أحكامها وفقا للتشريعين المصري والجزائري باعتبارها أحكاما واحدة لتطابق النصوص القانونية، فيما نخصص المطلب الثاني لأحكام القسمة المؤقتة في التشريع الفرنسي.

المطلب الأول : قسمة المهايأة في التشريعين المصري والجزائري

عرفت مجلة الأحكام العدلية بان المهايأة هي قسمة المنافع، وهي لا تجري في الأشياء المثلية إذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثمار و غيرها لأنها قابلة للقسمة فلا حاجة إلى المهايأة فيها، وإنما تكون في القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالدار و الأرض و غيرها².

و قسمة المهايأة إما أن تكون مكانية أو زمانية ، كما أن القانون المدني المصري والجزائري قد نصا على نوع آخر وهي قسمة المهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية ويرى البعض أن قسمة المهايأة عبارة عن اتفاق على مقايضة منفعة بمنفعة³، وتبعا لذلك فإن القانون أخضعها لأحكام الإيجار ، و نظم احكامها وتبعا لذلك سنحاول التطرق إلى أنواع قسمة المهايأة ضمن الفرع الأول فيما نخصص الثاني لدراسة أحكام قسمة المهايأة.

¹- أيمن سعد عبد المجيد سليم ، المرجع السابق ،ص87

²- سليم رستم باز اللبناني ، المرجع السابق ، ص 648 .

³- عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 108 .

الفرع الأول : أنواع قسمة المهايأة

قسمة المهايأة في الأصل نوعان فإما أن تكون مهايأة زمانية او مكانية غير ان المشرعين الجزائري و المصري قد نسا على قسمة المهايأة التي تتم أثناء اجراءات القسمة النهائية و هذه القسمة في ذاتها لا تعدو أن تكون إما زمانية أو مكانية و قد ميزناها باعتبارها قسمة اجرائية .

أولا : قسمة المهايأة المكانية

نصت على هذه القسمة المادة 733 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 846 (ق . م . م) و تنشأ باتفاق الشركاء على ان يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز يتناسب مع حصته، متنازلا في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء لصالح بقية الشركاء كل بقدر نصيبه، وبذلك يتهياً لكل واحد من الشركاء ان يحوز مالا مفرزا مستقل بإدارته واستغلاله و الانتفاع به ، سواء بالسكن أو بالمزارعة او بالإيجار .

و لا يجوز أن تفوق مدة الاتفاق خمس سنوات ، فإذا زادت عن ذلك فلا تسري هذه المدة في حق الشركاء إلا في حدود خمس سنوات، و العلة في ذلك انه لا يجبر شريك على البقاء في الشيوخ لمدة اكثر من خمس سنوات كما رأينا سابقا ، و من ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على ذلك، حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك¹.

و اذا لم يتفق الشركاء على مدة، او انقضت المدة المتفق عليها، و لم يبرم الشركاء اتفاقا جديدا ، فان المهايأة تتجدد آليا لمدة سنة واحدة و هكذا تبقى تتجدد إلى غاية إعلان احد الشركاء عن عدم رغبته في التجديد و يشترط ان يتم التعبير بموجب إعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل .

لما كانت قسمة المهايأة المكانية تعقد بموافقة جميع الشركاء ، فلا يستطيع اي شريك ان يتحلل منها قبل انتهاء المدة المتفق عليها او المنصوص عليها قانونا ، حتى ولو كان ذلك لرغبته في طلب القسمة النهائية².

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج8، ص108.

² - ايمن سعد عبد المجيد سليم ، المرجع السابق ، ص99

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

غير أن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا ذهبت في اتجاه مخالف اين جاء في أحد قراراتها: "وحيث أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء في المال الشائع على مدة معينة ، يجوز لكل شريك منهم ان يرفع دعوى القسمة في اي وقت و لما قضى المجلس برفض طلب القسمة المقدم من المدعي ، رغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة فقد عرض قراره للنقض لانعدام الأساس القانوني"¹.

وحسب رأينا فإن الأساس الذي تم الإستناد إليه لإقرار هذا الاجتهاد هو محل نظر

ومراجعة تبعا للمبررات التالية :

- أن الحق في طلب القسمة يكون مقيدا في حال وجود اتفاق وفقا لنص المادة 722 (ق.م.ج) كما فصلناه سابقا.
- أن القانون بموجب نص المادة 733 (ق.م.ج) يعتبر أن قسمة المهايأة التي لم تشترط لها مدة محددة، تكون مدتها سنة واحدة تتجدد آليا وأن على الشريك الراغب في عدم التجديد إعلان الشركاء قبل انتهاء السنة الجارية بـ 3 أشهر برغبته، وهو ما يمكن في نظرنا اعتباره إجراء أوليا وقيدا على ممارسة الحق ويخضع لرقابة المحكمة أثناء نظرها الدعوى.
- إنه كان من الممكن إيجاد أساس قانوني لهذا الاجتهاد لو انه صدر بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 و الذي أصبحت بموجبه الرسمية ركنا للانعقاد في عقود الايجار و التي تأخذ قسمة المهايأة أحكامها، غير انه وما دام القرار قد صدر بتاريخ 25/06/1997 فإنه لا يمكن تبريره وفقا لهذا الأساس و سنتعرض لذلك بمزيد من التفصيل عند دراستنا لأحكام قسمة المهايأة.

ثانيا : قسمة المهايأة الزمانية

نصت عليها المادة 734 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 847 (ق . م . م) و هي تنشأ عن طريق المناوبة في الانتفاع فيتنافس الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بكامل المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، و للشريك أن يتصرف في حقه في الانتفاع

¹- قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 25/06/1997 ، ملف رقم 148511 ، المجلة لقضائية ، العدد 01 ، سنة 1997 ، ص 173.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

بالمال الشائع ، و لا يتوجب عليه تقديم حسابا لشركائه ، وإنما يتوجب عليه الامتناع عن كل عمل من شأنه المساس بحقوق غيره من الشركاء في الانتفاع¹.

و مثال المهياة الزمانية ان يشترك ثلاثة اشخاص في الشيوخ بأن يكون للأول النصف وللتاني الثلث وللثالث السدس و يملكون أرضا فلاحية فيمكن لهم ان يتفقوا على قسمتها مهياة زمانية وذلك بان يتولى صاحب النصف استغلالها لمدة ثلاثة سنوات، وصاحب الثلث لسنتين وصاحب السدس لسنة واحدة ويجوز لهم الاقتراع لترتيب دور كل واحد منهم .

ثالثا : قسمة المهياة أثناء إجراءات القسمة النهائية

قد نصت عليها المادة 736 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 849 (ق . م . م) و هذه القسمة قد تكون اتفاقية بإجماع الشركاء ، أو تكون قضائية في حالة تعذر الاتفاق وبناء على طلب أحد الشركاء وبعد الاستعانة بخبير إن اقتضى الأمر ذلك .

و الملاحظ أنه سقط من متن المادة 736(ق . م . ج) عبارة " بخبير " و هي موجودة ضمن متن المادة 849 (ق.م.م) فيتوجب الانتباه إلى ذلك .

و تكون هذه المهياة مكانية في الغالب ، وليس لديها مدة معينة ، إنما تتم منذ اتفاق الشركاء عليها أو حكم القاضي بها وتظل إلى أن تتم القسمة النهائية، سواء استمر بذلك خمس سنوات و اقل ام اكثر ، و لا خطر في ذلك لأن مآلها ان تنتهي باعتبار أن إجراءات القسمة النهائية مستمرة² .

الفرع الثاني : أحكام قسمة المهياة

هذه الأحكام منها ما تتعلق بتنظيم العلاقة بين الشركاء أثناء فترة المهياة سواء كانت مكانية ام زمانية و قد نص القانون على إخضاعها لأحكام عقد الإيجار، كما أن القانون

¹- عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 248 .

²- عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 113 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

قد نص على إمكانية تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية إذا استمرت لمدة خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك و هو ما نبينه ضمن البندين التاليين:

اولا : خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

يمكن تكييف قسمة المهايأة بأنها إيجار، كونها تتضمن بنوعيتها مقايضة إنتفاع بإنتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا¹.

وقد نصت المادة 735 (ق . م . ج) و تقابلها المادة على 848 (ق . م . م) على أن قسمة المهايأة تخضع من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير و من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم و التزاماتهم و طرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة و سنحاول استعراضها بنوع من التفصيل .

1-جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير

فقسمة المهايأة تكون نافذة و يحتج بها في مواجهة من اشترى من احد الشركاء نصيبه الشائع ، و ذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع .

2- فيما يخص أهلية المتقاسمين

يجب أن تتوافر في المتقاسم أهلية المؤجر و المستأجر ، و الأهلية المطلوبة هي أهلية الإدارة باعتبار أن المهايأة من أعمال الإدارة .

3-حقوق المتقاسمين و التزاماتهم

يلتزم الشريك بما يلتزم به المستأجر، كما أن له حقوق هذا الأخير ذلك ان كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في القسمة المكانية او بكل الشيء في القسمة الزمانية يعتبر في مركز المستأجر و غيره في مركز المؤجر ، فيلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية، بحيث يسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها

¹-عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، ص821 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

هذه الترميمات في ذلك الجزء، أما الترميمات التأجيرية فهي عليه وحده، كما يلتزم سائر الشركاء بتسليم الجزء الذي اختص به احدهم ، كما يلتزمون نحوه بالضمان ، و يلتزم الشريك الذي اختص بعين معينة باستعمالها فيما أُعدت له و عدم التغيير فيها و المحافظة عليها وردها عند انتهاء هذه القسمة ، غير انه لا محل لتطبيق الالتزام بالوفاء بالأجرة لأنه يتعارض مع طبيعة هذه القسمة¹.

4-إثبات قسمة المهياة

يتم إثبات قسمة المهياة طبقا لأحكام إثبات عقد الإيجار و الذي يخضع إثباته في التشريع المصري لحكم القواعد العامة ، و من ثمة فيجوز إثباتها بالبينة و القرائن فيما لا يجاوز القدر الذي ينص عليه القانون كحد أقصى وإذا تجاوزت قيمته هذا القدر فإنه يتوجب الإثبات بالكتابة و ما يقوم مقامها .

غير أن الامر على خلاف ذلك في التشريع الجزائري والذي اصبح ومنذ تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03/05/1988 و استحدثته للمادة 324 مكرر 1 (ق.م.ج)، والتي نصت على أن إثبات عقود الإيجار الزراعية و عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يتم بموجب عقود رسمية تحت طائلة البطلان وهذا البطلان نسبي مقرر لمصلحة من قرر له و جوزه له وحده التمسك و الدفع به.

كما انه ومنذ تعديل المشرع للقانون المدني بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 فقد اصبحت الرسمية في عقد الإيجار ركنا للانعقاد وهو ما نصت عليه المادة 467 مكرر (ق.م.ج) والتي أوجبت أن ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا، ويمكن القول أنه ومنذ هذا التاريخ فإن قيام و إثبات قسمة المهياة في التشريع الجزائري يتوقف على اتمامها في الشكل الرسمي باعتبار الرسمية ركنا للانعقاد وليست شرطا للإثبات كما كان سابقا.

¹ - نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 116، 117 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

ثانيا : تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية

نصت الفقرة الثانية من المادة 733 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 846(ق . م . م) على ان قسمة المهايأة المكانية اذا دامت خمس عشرة سنة، انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك .

و قد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ضمن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري إلى هذا الحكم بقولها : " و هذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره ، فإن المهايأة المكانية ، التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في انائها ، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها ، و قد وصلوا إليها فعلا بالتجربة وأطمأنوا لنتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية"¹.

و ما دام ان الأمر يتعلق بالقسمة العقارية فانه يتوجب إعداد العقد في الشكل الرسمي وإخضاعه لإجراءات التسجيل و الشهر، و يعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء خمس عشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية ، و هذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية، دون اثر رجعي ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف فهي ككل قسمة لها هذا الأثر².

ورغم التبريرات التي قدمتها المذكرة الإيضاحية و حرص القضاء على استقرار الوضعيات القانونية ، إذ غالبا ما يقوم الشركاء في قسمة المهايأة المكانية طويلة المدة باستحداث بنايات و تغييرات على الملكية الشائعة ومن شأن هذا التحول تحقيق مصلحة الشركاء والحفاظ على الملكية الشائعة ، غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن هذا الحل خطر لأنه لا يتماشى مع طبيعة الروابط الاجتماعية المتمسمة بالتسامح بين الشركاء والذي يقتضي محاباة البعض بأفضل الأجزاء التي يفرز إليها العقار المشاع بينهم مهايأة، فلا

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 156، 157 .

² - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 819 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

يحسن أن تنقلب هذه القسمة المؤقتة، مهما طال بها الزمن إلى قسمة نهائية لأنها تتعلق بالتصرف دون الملكية¹.

و قد افترض المشرع أن حياة أحد الشركاء لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تشكل قرينة على وجود قسمة مهايأة مكانية .

و تعد هذه القرينة قرينة قانونية، غير أنها ليست قاطعة بل يجوز إقامة الدليل على عكسها، فإذا لم تدحض هذه القرينة بدليل عكسي اعتبرت الحياة مستندة إلى قسمة مهايأة².

وقد أقرت المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها و قد ورد في احدها: " حيث أن قضاة المجلس حين استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدعى عليه في الطعن قد مارس حياة طويلة منذ سنة 1973 إلى غاية سنة 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع من قبل الورثة الآخرين اي احتجاج ، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما³.

المطلب الثاني : القسمة المؤقتة في التشريع الفرنسي

عند إصداره للقانون المدني سنة 1804 فإن المشرع الفرنسي لم يول مسألة تنظيم الملكية الشائعة أية أهمية اعتبارا للنظرة التقليدية التي كان بموجبها ينظر لهذه الملكية على أساس انها هشة وزائلة و لم يشجع على بقائها ، و تبعا لذلك فانه لم ينص على أية أحكام تتعلق بالقسمة المؤقتة ماعدا ما ورد بصفة عرضية ضمن نص المادة 840 القديمة (ق.م. ف) ، غير أن التشريع الفرنسي عرف تطورا بخصوص هذه المسألة أين تم النص على هذه القسمة و لو بصفة محتشمة و سنحاول التطرق إلى تطور مفهوم القسمة المؤقتة ضمن الفرع الأول فيما يخص الثاني لدراسة أحكام القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي .

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 99 .

² - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 212 .

³ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 1998/09/30 ، ملف رقم 181703 ، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1998 ، ص 37 .

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

الفرع الأول : تطور مفهوم القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي

إن التعرض لتطور مفهوم القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي يستوجب منا التعرض أولاً لمفهوم القسمة المؤقتة الاصطلاحي و الفقهي ثم نتعرض لاحقاً لتطور المفهوم ضمن البندين التاليين :

اولاً : مفهوم القسمة المؤقتة

الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد استعمل في متن القانون المدني مصطلح partage provisionnel للتعبير عن القسمة المؤقتة بدلاً من مصطلح temporaire أو provisoire و قد سبق و أن استعرضنا مفهوم مصطلح provisionnel حسب ماورد في معجم المصطلحات القانونية¹.

و قد عرفت بأنها هي التي يكون موضوعها حيازة المقسوم و الانتفاع به، فهي وقتية لا يزول بها شيوخ الملكية التي تبقى على اسم المالكين بالشيوخ².

و تكيف على أساس قسمة وقتية كل توزيع مؤقت بين الشركاء للحيازة و الانتفاع بالأموال الشائعة ، و كل شريك يتصرف كالمالك الحصري في الجزء الممنوح له ويستفيد من ثماره و فوائده ، في نفس الوقت الذي يتخلى فيه عن المطالبة أو مراقبة الأموال الممنوحة لباقي لشركاء³.

ثانياً : تطور المفهوم

نص المشرع الفرنسي ضمن المادة 840 القديمة من القانون المدني على أنه في الحالة التي لا يتم مراعاة الإجراءات القضائية المنصوص عليها لحماية القصر أو المحجور عليهم او الغائبين فإن القسمة التي تم إجرائها تصبح مؤقتة و لا يترتب عنها آثار القسمة النهائية .

¹ - جيرار كورنو ، المرجع السابق ، ص 348 .

² - ابراهيم نجار ، احمد زكي بدوي ، يوسف شلالا ، المرجع السابق ، ص 214 .

³ - Planiol marcel et Ripert georges, Op .cit , p 703

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

لقد كان هذا النص هو الوحيد المتعلق بالقسمة المؤقتة عند إصدار القانون المدني الفرنسي للاعتبارات المذكورة آنفا ، غير أن الاجتهاد القضائي و الفقه القانوني أقر بأنه من الممكن أن تكون القسمة مؤقتة بموجب إرادة الأطراف .

و تكون القسمة مؤقتة بموجب إرادة الأطراف عندما يستنتج من شروط و بنود العقد بأن إرادة المتقاسمين لم تنصرف إلا لقسمة الانتفاع¹.

و خلال فترة صدور القانون المدني الفرنسي و نظرا للفراغ في النص القانوني فان الممارسة العملية قد أوجدت هذا النوع من القسمة بموجب الاتفاق لأجل تمديد اجل الشيوخ و لتعطيل إجراء قسمة نهائية تبدا غير مناسبة أو غير ممكن اتمامها بطريقة ودية ، غير أن تعديل القانون المدني خلال سنة 1976 قد أعطى للشركاء في الشيوخ و إلى غاية اتمام القسمة النهائية امكانية اللجوء إلى قسمة وقتية ، بمعنى قسمة الانتفاع بالأموال ، غير أنه يتوجب أن يتمتعوا بالأهلية و يتم ذلك بالإجماع² ، و قد تم ذلك بموجب نص المادة 815- 10 (ق . م . ف) و التي نصت : " تضاف ثمار الأموال الشائعة و عائداتها إلى الشيوخ ، عند عدم حصول قسمة المهياة أو أي اتفاق آخر ينشئ انتفاعا مجزئا " .

فالمبدأ أن ثمار الأموال الشائعة تزيد في قيمة المال الشائع ، و لكن هذا النص بالتدقيق يستثني حالة القسمة المؤقتة³، أين يستفيد كل شريك من ثمار الجزء الذي وقع في نصيبه بموجب هذه القسمة .

الفرع الثاني : احكام القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي

هذه الأحكام منها ما يتعلق بالقسمة المؤقتة التي تنشأ بموجب إرادة الأطراف سواء ما تعلق بأهليتهم أو بطريقة التعبير عن الإرادة ، و منها ما يتعلق بتحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة في حالة عدم مراعاة الشكليات المنصوص عليها لحماية ناقصي الأهلية والغائبين و سنستعرض ذلك ضمن البندين التاليين :

¹- Lods armand ,Du Partage Provisionnel ,Explication de l'Article 840 du code civil , Revue générale du droit, T III, 1880 , p66.

² - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit , p765 .

³ - Grimaldi michel , Op . cit , p 707.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

أولا : الأحكام المتعلقة بالقسمة المؤقتة الاتفاقية

و أساسها القانوني هي المادة 815-10 التي استحدثها المشرع الفرنسي بموجب القانون 76-1286 المعدل للقانون المدني ، والقسمة المؤقتة تكيف على أساس أنها من عقود الإدارة وليس التصرف و من ثمة فإن الأهلية المتوجبة لإتمامها هي أهلية الإدارة و من جهة أخرى فإنه يتوجب القيام بالقسمة المؤقتة بموجب إرادة معبر عنها بصفة صريحة من الأطراف حتى تنتج آثارها و اذا لم يتم وضع تحفظات من جانب البالغين فإن القسمة تعد نهائية في مواجعتهم¹.

و باعتبارها من عقود الإدارة فان القسمة المؤقتة لا يمكن نقضها للغير كما أنه ليس لديها أثر رجعي أو كاشف²، و هي لا تنتج آثارا إلا من تاريخ الاتفاق عليها .

ثانيا : تحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة

و أساسها القانوني المادة 507 فقرة 04 (ق . م . ف) بالنسبة للقصر و للبالغين الموضوعين تحت الوصاية و المادة 116 فقرة 04 بالنسبة للغائبين ، و ذلك عندما لا يتم احترام القواعد المقررة لحماية القاصرين و الغائبين عند إجراء قسمة نهائية، و حينها تكون هذه القسمة النهائية قابلة للإبطال بطلب من القاصر او ممثله ، أو الغائب إذا ظهر أو الشخص المكلف بشؤونه ، و في هذه الحالة فإن القسمة النهائية التي تم إبطالها تتحول إلى قسمة مؤقتة.

إن ما يمكن استخلاصه من خلال المقارنة بين التشريعات محل المقارنة هو أن التشريعين المصري و الجزائري من خلال استلزامهما لأحكام قسمة المهايأة من الشريعة الإسلامية السمحاء قد تميزا عن التشريع الفرنسي في كثير من الأحكام ، فقسمة المهايأة تلعب دورا بارزا في التقليل من النزاعات بين الشركاء أثناء فترة الشيوخ من جهة، و من جهة أخرى فإنه يمكن اعتبارها كمرحلة انتقالية تحضيرية لإجراء قسمة نهائية على أسس مستقرة وتضمن تحقيق عدالة أنسب .

¹ - Lods armand , Op .cit , p 69.

² - Malaurie philippe et Aynes laurent , Op .cit , p 469.

الباب الأول : الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة

غير أنه يتعين الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال لجوئه لتعديل الأحكام المتعلقة بعقد الايجار وأركانه بموجب القانون 07-05 كان من الأنسب قيامه بمطابقة أحكام المواد المتعلقة بخضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الايجار خصوصا المادتين 733 و 735 منه، لرفع اللبس و ضمان تناسق الأحكام القانونية ضمن القانون الواحد.

من خلال ما تناولناه ضمن الباب الأول من هذه الدراسة والمعنون بالإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة في إطار القوانين الثلاثة محل المقارنة والذي تم فيه إبراز ماهية القسمة والقيود الواردة على الحق في طلبها بالإضافة إلى تبيان الأشكال المختلفة لها وضوابطها الخاصة والعامّة، فإنه يمكن القول بأن القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية نهائية أو مؤقتة، لا يمكن بأي حال اعتبارها عملية آلية مجردة لإنهاء حالة الشيع في الملكية العقارية، وإنما يمكن وصفها بأنها عملية قانونية معقدة ومركبة تتداخل فيها عدة عوامل وضوابط، وإن إنهاء الشيع يجب أن يتم بمراعاة الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للعقار وفي ظل احترام مبدأ المساواة والعدالة.

وقد وقفنا ضمن فصول هذا الباب ومباحثه على النقائص والفراغات القانونية في تشريعنا الوطني خصوصا فيما يتعلق بمسائل تقييد الحق في طلب القسمة وحالات وجود قصر أو غائبين بين الشركاء المتقاسمين وآليات المنح التفضيلي وطرق إجراء القرعة والقسمة بالتجنيب والتي من شأن مراعاتها ضمان عدم تفتيت الملكية العقارية والمحافظة عليها.

كما أننا قد خلصنا إلى أنه حتى ولو تدخل المشرع وتصدى لهذه النقائص فإن مسألة ضمان استقرار المعاملات العقارية والعدالة في القسمة لا يمكن تحقيقها بصفة دائمة، كون القسمة تصرف قانوني تنشأ عنه ككل تصرف آثار لاحقة كما قد تكتنفه عيوب أو طوارئ غير متوقعة قد تمس بهذه المساواة.

وأمام عدم فاعلية وكفاية هذه الآليات الإجرائية، فإن معالجة مسألة الآثار المترتبة على القسمة والطوارئ اللاحقة بها وإيجاد آليات وأطر لمعالجة أي إخلال يمس لاحقا بالعدالة في القسمة يعد ضروريا لضمان إعادة التوازن بين المتقاسمين وإيجاد مخارج قانونية لتكريس ذلك، وهذا ما سيتم دراسته ضمن الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات

تحقيق عدالتها

على ضوء ما تم دراسته ضمن الباب الأول و المتعلق أساسا بكيفيات القسمة و إجراءاتها والشروط المتطلبة لصحتها و الضمانات الممنوحة لأطرافها بما يحقق المساواة فيها و مراعاة حقوق ناقصي الأهلية و الغائبين من بين الشركاء ،بالإضافة إلى الضمانات الممنوحة للدائنين للحضور في إجراءات القسمة لمراقبتها و تقادي أي تواطئ بين الشركاء للإضرار بمصالحهم، فإننا نكون أمام فرضين أساسيين ، فإما أن يتم احترام هذه الإجراءات و الشروط فتقوم القسمة صحيحة منتظمة فينتج عنها آثار و يترتب عليها ضمانات تكفل استمرارية هذه المساواة و عدم المساس بها مراعاة لمبدأ الأمن القانوني للتعاملات فقد أقرت التشريعات محل المقارنة أحكاما لتنظيم ذلك وهو ما نخصه بالدراسة ضمن الفصل الأول من هذا الباب، وعلى خلاف الفرض الأول فقد يقع إخلال أو سهو سواء في مراعاة الإجراءات أو الشروط المتعلقة بأهلية المتقاسمين أو بتحقيق المساواة في القسمة سواء كانت عينية أو قيمية فتوصف القسمة في هذه الحالة بكونها غير منتظمة و على نفس النسق فإنها ترتب كذلك آثارا كما أوجدت التشريعات المقارنة ضمانات لمعالجة هذه الاخلالات و إيجاد حلول ومخارج قانونية و عملية لها إما بإزالتها ونقضها واعادتها من جديد وإما الإبقاء عليها مع إعادة التوازن لها وترتيب إجراءاتها بما يكفل عدالتها وهو ما سنعرض لدراسته ضمن الفصل الثاني من هذا الباب و الذي اشتمل على الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : الآثار والضمانات المترتبة على القسمة المنتظمة .

الفصل الثاني : الآثار و الضمانات المترتبة على القسمة غير المنتظمة .

الفصل الأول :الآثار و الضمانات المترتبة على القسمة

المنتظمة

إذا تمت القسمة من دون أن تشوبها أية عيوب متعلقة أساسا بأهلية أطرافها أو بصحة إرادتهم ،و لم يثبت وجود أي خطأ أو غلط في تحديد مكونات الكتلة الشائعة الخاضعة للقسمة سواء من حيث وجودها أو من حيث تحديد قيمتها عند إجراء القسمة ، فإن القسمة توصف في هذه الحالة بأنها صحيحة و منتظمة ،غير أنه و لضمان المساواة فيها فإنه لا يكفي أن يختص كل شريك بحصة مفرزة من المال الشائع بل لابد أن تكون هذه الحصة خالية من أية تصرفات وردت عليها من طرف أحد الشركاء أثناء فترة الشيوخ ، كما أن هذه المساواة لا يكفي أن تتحقق فقط أثناء إجراء القسمة بل لا بد أن تبقى سارية إلى ما بعدها ،و لتجسيد المساواة و ضمان الاستقرار فإن التشريعات المقارنة أقرت أثرين أساسيين للقسمة المنتظمة هما الأثر الكاشف و الضمان،ولقد كان الفقه القانوني الفرنسي سابقا لتبني فكرة الاثر الكاشف للقسمة بصفة باتة نظرا للآثار غير المستساغة لإعمال الاثر الناقل للقسمة و قد تبنت اغلبية التشريعات العربية هذه الفكرة ومن ضمنها التشريعين المصري و الجزائري،كما أن التشريعات محل المقارنة و تقاديا لتعرض الغير لأحد المتقاسمين بعد اتمام القسمة قد اقرت آلية قانونية لحمايته من كل تعرض أو استحقاق و التي تتمثل في الضمان و الذي درج الفقه التقليدي في الدراسات القانونية على إعتباره اثرا من الآثار المترتبة على القسمة و سيكون هذان الأثران موضوع التحليل والدراسة ضمن هذا الفصل في مبحثين منفصلين على النحو التالي:

المبحث الأول : الأثر الكاشف للقسمة

المبحث الثاني : الضمان في القسمة

المبحث الأول : الأثر الكاشف للقسمة

يترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في هذا المال، ففي أثناء الشيوع يكون للشريك حصة شائعة في المال الشائع كله، فإذا وقعت القسمة تركز حق الشريك في جزء مفرز من المال يخلص له دون غيره من الشركاء، و من هذا كان الأثر الجوهرى للقسمة هو الإفراز¹.

اختلفت التشريعات العربية و الأجنبية في تحديد الطبيعة القانونية للقسمة و تكييف أثرها، ففي حين ذهب التشريعات المدنية في ألمانيا و سويسرا و الكويت إلى تبني الأثر الناقل في القسمة، فإن أغلب التشريعات العربية و من ضمنها القانون السوري و اللبناني و التونسي و المصري والجزائري اعتبرتها كاشفة متأثرة في ذلك بما ورد في القانون المدني الفرنسي .

وبالإضافة إلى هذين الاتجاهين فإن بعض التشريعات قد أخذت بالأثر المزدوج للقسمة ومثالها القانون المدني الأردني و لعله تأثر في ذلك بالرأي الراجح في الفقه الإسلامي .

فجمهور الفقه الإسلامي، و هو الراجح، يرون أن للقسمة أثرا مزدوجا، فهي من ناحية تشتمل على معنى الإفراز (الأثر الكاشف)، و من ناحية أخرى تشتمل على معنى المبادلة (الأثر الناقل)، غير أن الإفراز في المثليات أرجح، و المبادلة في القيميات أرجح².

لقد كان الفقه الفرنسي من خلال دراسات بواتيه Pothier هو من تبني الأثر الكاشف للقسمة بصفة قطعية، اعتبارا للآثار غير المستساغة لإعمال الأثر الناقل للقسمة، و قد تم اللجوء إلى تطبيق مبدأ الرجعية لتطبيق هذا الأثر و جعل نتائجه تتناسب مع ما تستلزمه القسمة من وجوب تحقيق العدالة فيها .

غير أن تبني الأثر الكاشف للقسمة لم يكن موضوع إجماع بين الفقهاء، فهناك من الفقهاء من دافع عن الأثر الناقل للقسمة، كما أنه يوجد اختلاف واضح بينهم في تحليل فكرة الأثر الكاشف و تحديد أسسها النظرية .

¹- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 222 .

²- محمد عبد الرحمان الضويوني، المرجع السابق، ص 529 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

للأثر الكاشف نطاق يتعلق أساسا بالتصرفات التي تنتج هذا الأثر و الأموال الخاضعة له ،والأشخاص الذين ينتج هذا الأثر في مواجهتهم ،كما أن الأثر الكاشف يرتب نتائج مختلفة عن النتائج التي يرتبها الأثر الناقل ،غير أن هاته النتائج لا يمكن تصورها ببساطة كون أن بعضها مرتبط بالأثر الكاشف باعتباره الإطار العام الذي يرتب آثار القسمة ،و بعضها الآخر مرتبط بالأثر الرجعي باعتباره أداة ضمن ذلك الإطار¹.

على ضوء هذه التوطئة سنحاول ضمن هذا المبحث و في إطار ثلاثة مطالب دراسة مفهوم الأثر الكاشف و التعرض للتطور التاريخي لنشوئه ، ثم نتعرض لنطاق هذا الأثر ،لنستخلص في الأخير النتائج المترتبة عليه .

المطلب الأول : ماهية الأثر الكاشف للقسمة

إن تحديد ماهية الأثر الكاشف للقسمة يستلزم منا أساسا تمييزه عن الأثر الناقل و ذلك يتم عبر استعراض التطور التاريخي الذي على ضوءه نشأت وتبلورت فكرة الأثر الكاشف و تبني التشريعات المقارنة لها ،كما أن تحديد مفهوم الأثر الكاشف للقسمة يستدعي منا التعرض لتحليل هذه الفكرة على ضوء الآراء الفقهية المتعددة ،و هذا ما سنحاول توضيحه ضمن الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول : التطور التاريخي لفكرة الأثر الكاشف

تنقسم التصرفات من حيث أثرها في الحقوق،إلى تصرفات إنشائية وتصرفات كاشفة أو مقررة ،فالتصرف المنشئ Acte constitutif هو التصرف الذي ينشئ الحق ابتداء أو ينقله من شخص إلى آخر ،و التصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقا جديدا أصلا كعقد الزواج مثلا ،والتصرف المنشئ انتقالا ،و يعرف بالتصرف الناقل هو الذي ينقل أو يحول حقا قائما أصلا من صاحبه الأصلي إلى شخص جديد كعقد البيع أو الهبة ، أما التصرف الكاشف أو المقرر Acte déclaratif ،فإنه لا يكسب الشخص حقا لم يكن له من قبل ، بل للحق مصدر آخر يسبق هذا التصرف ،و يقتصر أثر التصرف على الكشف عنه ،و لكن لا يفهم من ذلك أن التصرف الكاشف لا يغير في العلاقات القانونية القائمة ،إذ لو كان الأمر كذلك ،لما استحق وصف التصرف ،غير أن هذا الأثر لا يكون إلا

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 292 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

تعديلا في العلاقات القانونية القائمة ، و هذا التعديل لا يتضمن إكساب الشخص حقا لم يكن له من قبل¹، و القسمة باعتبارها تصرفا ، فقد عرفت مسألة أثرها في الحقوق تجاذبات عديدة و تطورات مختلفة ضمن الأنظمة القانونية كافة سواء اللاتينية أو الجرمانية أو حتى ضمن قواعد الفقه الإسلامي ، و نظرا لاقتصادرنا على التشريعات الثلاثة و التي تقع ضمن إطار نظام قانوني واحد إلى حد بعيد فإن السياق يحتم علينا دراسة التطور التاريخي لأثر القسمة على ضوء القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم لنخلص في الأخير إلى موقف التشريعات الحديثة موضوع الدراسة .

أولا : موقف القانون الروماني

يرى البعض أن التحليل النظري لطبيعة الحقوق الناشئة عن الشروع لم يتم حسمه بصفة قطعية خلال العهد الروماني ، و أنه يوجد تردد لدى المؤرخين بخصوص هذه المسألة²، غير أنه يمكن القول أن القانون الروماني كان ينظر إلى حق الشريك في الشروع على أساس أن جميع الشركاء أثناء الشروع يملكون كل ذرة من ذرات المال الشائع ، حيث يكون لكل واحد منهم حصة في كل ذرة³.

و تبعا لذلك فإن موضوع القسمة عند الرومان كان يتمثل في مبادلة الحصص بين الشركاء وعلى هذا الأساس فإن القانون الروماني كان يرتب أثرا ناقلا للقسمة .

و النتائج العملية التي تتمخض عن اعتبار القسمة ناقلة للملكية كانت متعلقة أساسا بالرهن، فإذا قام أحد الشركاء أثناء فترة الشروع برهن حصته ، فإن هذا الرهن يبقى قائما على هذه الحصة حتى ولو تم إسنادها بعد القسمة لمتقاسم آخر غير الشريك الذي أوقع الرهن و قد كان يتوجب على كل شريك في الشروع تحمل تبعات الرهن التي يجريها أحد الشركاء .

و يرى البعض أن تحليل القسمة و اعتبارها عملية مبادلة أو مقايضة للحصص فقط هو تحليل قاصر كونه أغفل أمر الحصة الشائعة التي كانت للشريك قبل القسمة في نصيبه المفرز بعدها ، فهذه الحصة قد اندمجت في نصيبه هذا و بقيت له بعد القسمة ، و من ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه في هذه الحصة لا ناقلة لها ، و من أجل ذلك يمكن القول أن القانون الروماني قد غلب الأثر الناقل على

¹- رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص 620 .

²- Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op.cit ,p487.

³-عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 223 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمخض أثرا ناقلا كما لا يتمخض أثرا كاشفا ، فإذا جعل القانون الروماني للقسمة أثرا ناقلا ، فإنما يكون هذا تغليبا للأثر الناقل على الأثر الكاشف إذ لم تدع الحاجة العملية في ذلك العهد إلى تغليب الأثر الكاشف¹.

غير أنه و حسب رأينا فإن اعتماد القانون الروماني للأثر الناقل للقسمة يمكن إرجاعه لسببين أساسيين الأول هو غموض فكرة حق الشريك في الشيوخ عندهم و السبب الثاني هو تقديس الرومان للملكية الفردية المفترزة و اعتبارها أساس كل ملكية و اعتبار الشيوخ مرحلة مؤقتة هشة و آيلة للزوال المحتوم .

و يمكن وصف النتائج المتمخضة عن اعتبار القسمة ناقلة بأنها تتعارض مع مبدأ تحقيق المساواة في القسمة و الذي يعد جوهرها و مقصدها الأساسي ، إذ أن تحميل أحد المتقاسمين بتبعات تصرفات غيره أثناء فترة الشيوخ فيه مساس بمبدأ العدالة في القسمة .

غير أن هذه المساوى لم تكن شديدة الوقع عند الرومان ، إذ كانوا يفضلون التأمينات الشخصية في ضمان الديون ، و لا يلجأون إلى الرهن العقاري إلا نادرا².

و قد استمر القانون الفرنسي القديم في اعتبار القسمة ناقلة إلى غاية حدوث مستجدات استدعت إعادة النظر في هذا الأثر و هو ما نستعرضه في البند الموالي.

ثانيا : ظهور فكرة الأثر الكاشف في القانون الفرنسي القديم

بقيت القسمة ذات أثر ناقل في القانون الفرنسي القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هي التي غلبت ، على نقيض ما كان الأمر في القانون الروماني ، و ظهرت هذه الحاجة في الميدان المالي -الضريبي - ، عندما أصبح التصرف في أموال الإقطاع (fiefs) جائزا بموافقة السيد (Seigneur) في نظير تحصيل رسوم مالية (Droits Seigneuriaux ,de lods et ventes) ، و إذ كانت القسمة ناقلة كما كان الأمر في القانون الروماني ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 950 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 276 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

رسوما للسيد ، إذ المال انتقل إليهم بالقسمة ، و ذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال الشركة إليهم من مورثهم ، و تقاديا لتكرار دفع الرسوم ، استقر الرأي على أن تعفى القسمة العينية من الرسوم لأنها شبيهة بالمقايضة¹.

و يرى الفقيه الفرنسي بلانيول بأن هذا التطور نحو الأثر الكاشف لا يزال غامضا بعض الشيء ، و أن الأهمية التي أعطيت للسبب الضريبي في نشوء الأثر الكاشف تبدو مبالغا فيها ، و أن أبحاثا حديثة قد أظهرت أن من الأسباب المحتملة لنشوء هذا الأثر هي وضعيات الأشخاص داخل المجموعات الصامتة².

و لتبرير هذا التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف فقد تم في البداية اعتبار القسمة تصرفا ناقلا على وجه اللزوم (une Aliénation Nécessaire) ليتم لاحقا اعتبارها و بصفة صريحة بكونها ليست تصرفا ناقلا ، كما أنه لا يوجد عمليتان لنقل الملكية الأولى من المتوفى إلى الشيوخ ، و الثانية من الشيوخ إلى المتقاسمين ، و لكن توجد عملية نقل ملكية واحدة و مباشرة من المورث إلى كل واحد من المتقاسمين³.

و قد ظهرت الحاجة الملحة لاعتماد الأثر الكاشف للقسمة في فرنسا منذ القرن الرابع عشر ، حينما انتشر نظام الرهن العقاري ، فأنتهى الأمر في القانون الفرنسي القديم في أواخر القرن السادس عشر إلى اعتبار النصيب المقسوم لكل شريك خالصا له مطهرا خاصة من كل رهن لم يقرره هو عليه من قبل ، و إلى إعفاء القسمة من الرسوم المفروضة على نقل الملكية⁴.

و قد بدأ مبدأ الأثر الكاشف يتجسد تدريجيا رغم بعض المعارضات و ذلك من خلال القواعد العرفية السائدة آنذاك ، بالإضافة إلى تكريسه بموجب الاجتهاد القضائي ، و ظهر ذلك في كتابات الفقيه الفرنسي بوتيه ، حيث يقول : "لا تعتبر القسمة سند تملك ، و إنما هي فحسب تصرف محدد للأشياء التي يتلقاها الوارث ، فكل واحد من الورثة لا يرث إلا جزءا ، و هذا الجزء يتعين بالقسمة ، و بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر الوارث خلفا للمورث فيما يتعلق بالأشياء التي وقعت في نصيبه

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 951 .

² - Planiol marcel et Ripert georges , Op . cit , T IV , p 877 .

³ - Malaurie philippe et Aynés laurent , Op . cit , p488 .

⁴ - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 214 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

،و يعتبر أنه لم يتلق شيئا من الورثة الآخرين بطريق القسمة"و هذا القول يصور القسمة تصويرا جديدا ،إذ يعتبرها كاشفة للحق و ليست ناقلة ، كما يجعل لها أثرا رجعيا¹.

و قد تأثر واضعو القانون المدني الفرنسي في عهد نابليون بأفكار الفقيه بوتيه Pothier وتبنوا الأثر الكاشف للقسمة من دون ذكره صراحة في متن النص و اقتصروا على إبراز الأثر الرجعي للقسمة من خلال نص المادة 883 (ق.م.ف) القديمة و التي نصت على أنه " كل شريك في الإرث يفترض أنه قد ورث وحده و مباشرة في كل الأموال الواقعة في حصته ،أو المستحقة له نتيجة التصفية ،و أنه لم يحصل مطلقا على ملكية الأموال الأخرى في التركة" .

و لقد كان هذا النص الشهير الذي وضع سنة 1804 موضع استلهم من المشرع المصري حين إصداره لقانونه المدني سنة 1948 بالنص عليه ضمن المادة 843 منه ،و كذلك فعل المشرع الجزائري عند إصداره للقانون المدني سنة 1975 بإيراد نص مطابق و ذلك ضمن المادة 730 منه.

الفرع الثاني: تحليل فكرة الأثر الكاشف

إن تبني المشرع الفرنسي و من بعده المشرع المصري لفكرة الأثر الكاشف قد كان موضع جدال فقهي كبير بين منظري القانون ،و يرجع ذلك إلى أن النص القانوني الذي اعتمده المشرع لم يذكر الأثر الكاشف صراحة و إنما اكتفى بالنص على الأثر الرجعي ،و نرى أنه من اللازم استعراض تحليل فكرة الأثر الكاشف على ضوء آراء الفقهاء الفرنسيين ، ثم نستعرض آراء الفقهاء المصريين بخصوص هذه المسألة .

أولا : موقف الفقه الفرنسي

عرف الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر انقسامًا حادًا بخصوص الطبيعة الحقيقية أو الافتراضية للأثر الكاشف للقسمة ، كما أن البعض و اعتبارا لعدم النص صراحة على هذا الأثر فقد بقي متمسكا بالطبيعة الناقلة لها ،غير أنه يجب التنبيه إلى أن القانون الفرنسي عند صدوره لم يكن يتضمن أية أحكام متعلقة بتنظيم الشيوخ كما سبق و أن بيناه ضمن الفصل التمهيدي من دراستنا،ولعل هذا هو سبب الانقسام الفقهي أساسا و قد تطور تحليل الفقه الفرنسي لمسألة الأثر الكاشف تبعا لتطور

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،المرجع السابق ، ص 223 ، 224 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

التشريع و إدخال المشرع للقواعد المنظمة للشروع خلال تعديله للقانون المدني سنة 1976 و يمكن القول أنه يوجد مرحلتان ، الفترة القديمة التي كانت تعتمد في تفسيرها على الافتراض ، و المرحلة المعاصرة التي تقوم في تفسيرها للأثر الكاشف باعتباره حقيقة .

1-تحليل الفقه الفرنسي القديم لفكرة الأثر الكاشف

لقد وجد تيار فقهي في البداية تمسك بكون القسمة ناقلة بطبيعتها ، و أنها عبارة عن عملية مبادلة للحصص بين الشركاء ، و لكن لأجل نقادي الصعوبات و الخلافات بين الورثة ، و لضمان أن يتم الإسناد بطريقة مستقرة فإن القانون أعطى للقسمة أثارا غير متجانسة مع طبيعتها الناقلة ، و ذلك بافتراض العلاقة المباشرة بين الورثة و بين مورثهم ، و نفي تدخل الورثة في إجراء القسمة رغم أن هذا التدخل موجود في الواقع ، و ضمن هذه الشروط فإن الأثر الكاشف للقسمة يعتبر افتراضا أو حيلة قانونية محضة و بسيطة ، و قد لعبت فكرة الافتراض أو الحيلة دورا بارزا في الفقه ، و على أساسها فإن الأثر الكاشف يتم حصره في حدود جد ضيقة و لا يتم التوسع في تفسيره و تمديد نطاقه¹، خصوصا فيما يتعلق بالأشخاص الذين يتعلق بهم .

غير أن التيار الغالب في الفقه الفرنسي يرى بأن الأثر الكاشف ليس مجرد افتراض و إنما هو التعبير الحقيقي لطبيعة القسمة ، ذلك أن حق الشريك ينشأ بمجرد وفاة المورث غير أن هذا الحق غير محدد النطاق رغم أنه موجود بموجب انتقال الإرث ، و إن القسمة هي التي تحدد هذا الحق ، و حتى ضمن هذا التيار فإنه يتم اللجوء إلى الافتراض و ذلك بإعطاء الأثر الكاشف طابع الرجعية و ذلك لأجل تنظيم آثاره و نتائجه .

لأجل استبعاد نظرية الفرضية ، فإنه تم اللجوء إلى تفسير الأثر الكاشف للقسمة كنتيجة لوضعية الشركاء في الشروع بالنسبة للأموال الشائعة على أساس شرطين أحدهما فاسخ و الآخر واقف، فالشركاء يصبحون مالكين تحت شرط واقف للأموال التي تم إسنادها إليهم ، و تحت شرط فاسخ

¹- Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV ,p 879 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

للأموال التي تم منحها للآخرين¹، غير أن هذا التفسير الذي يهدف لإخضاع نظام الملكية الشائعة للقواعد العامة في القانون والخاصة بالاشتراط يبدو غير مناسب للتطبيق .

و ما يمكن الإشارة إليه أنه وجد اختلاف بين الاجتهاد القضائي الفرنسي و الفقه بخصوص مسألة التفسير الموسع أو الضيق الواجب إعطاؤه للأثر الكاشف للقسمة ،ففي حين اتجه الاجتهاد القضائي إلى التوسع في تفسير قاعدة الرجعية في القسمة ، فإن الفقهاء يرون أن الأثر الكاشف يجب التقيد في تفسيره وفقا للنطاق الذي حدده المشرع .

2- إتجاهات الفقه الفرنسي المعاصر في تحليل فكرة الأثر الكاشف

لم يبق الفقه الفرنسي جامدا فيما يتعلق بتحليل فكرة الأثر الكاشف حيث أنه لم يلبث أن ترك جانب الجدل و النقاش بخصوص فكرة الافتراض و مدى رجعية الشرط ،و اتجه إلى دراسة مسألة حيوية و التي تمثلت خلال تلك الفترة في استحالة تنظيم الشيوخ بصفة مستقرة و منظمة ،وفقا لما كانت الممارسة العملية و القانون يتوجهان لتكريسه²، ذلك أن فكرة الرجعية تقتضي محو فترة الشيوخ مع وجود استثناءات توسع القضاء في مداها في حين اتجه الفقه إلى تضيق هذا المدى،وقد كان من شأن تنظيم الشيوخ و إدارته أن تسمح بتطبيق الرجعية في إطار منظم و لا تترك هذه المسألة للتطبيق بصفة تحكيمية.

و قبل أن يستجيب المشرع و يقوم بإرساء قواعد تنظم إدارة الشيوخ فإن الفقه الحديث،و في إطار سعيه للحد من التفسير الموسع الذي أعطاه الاجتهاد القضائي لمدى الأثر الكاشف للقسمة،لم يعد يقدم حججا للتأويل و يستند إلى نظرية الافتراض ،و إنما أصبح يستند إلى هدف المشرع .

لقد تم اعتبار أن الهدف من تقرير الأثر الكاشف للقسمة هو حماية المتقاسمين من التصرفات التي أجزاها أحد الشركاء أثناء فترة الشيوخ ،و من ثم فلا يمكن التوسع خارج وظيفة هذا الأثر ،و يكفي أنه يسمح بالمساس بالحقوق التي تم إنشاؤها أثناء فترة الشيوخ ،و عليه يجب استبعاد أية نتائج أخرى

¹ -Mazeaud henri et léon et jean ,Op .cit ,p 860.

² - Planiol marcel et Ripert georges ,Op.cit ,T IV ,p 881.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

،و ليس من الضروري إبطال التصرفات التي تم إجراؤها على الأموال الشائعة ،و إنما يكفي فقط جعلها غير سارية في مواجهة باقي الورثة¹.

لقد أصبح تفسير القواعد عن طريق اللجوء إلى وسيلة الافتراض القانوني غير مناسب في العصر الحالي ،فالمشرع عند نصه على قواعد قانونية ليس بحاجة إلى تأسيسها على الافتراض،كما أن مفسر القانون لا يتوجب عليه اللجوء إلى الافتراض لمعالجة الصعوبات في استخلاص نية المشرع ،و إنما يتوجب عليه اكتشاف الحلول الواقعية و تطبيقها بما يتناسب مع الحقيقة التي قررها المشرع.

و قد برز في الفقه المعاصر اتجاه جديد لتحليل الأثر الكاشف للقسمة يقوم أساسا على اعتبار الأثر الكاشف كحقيقة و لا يلجأ هذا الاتجاه إلى الافتراض بتاتا و إنما يؤسس تحليله على وجود مفهومين متلازمين و مترابطين هما المفهوم الكاشف (Déclarativité) و المفهوم الرجعي (Rétroactivité) ،كما يجب التنويه إلى أن هذا الاتجاه قد برز أساسا بعد أن وجدت محاولات تشريعية لأجل إدراج نصوص تكفل تنظيم و إدارة الشيوخ في القانون المدني الفرنسي .

ويستند التحليل في إطار هذا الاتجاه الأخير على اعتبار أن القسمة لها صبغتان متلازمتان ومترابطتان هما :

أ- الصبغة الكاشفة :

و هي تتعلق أساسا بطبيعة القسمة و بغيرها من التصرفات المماثلة ، إذ تجعل من حق ما ذي مصدر سابق ،حقا ثابتا و دقيقا ، مما يخول تمييزها عن التصرفات الإقرارية (Actes récongnitifs) ،و التصرفات المنشئة (Actes constitutifs) ،و التصرفات الناقلة (Actes translatifs) ،و يتفق التصرف الإقراري مع التصرف الكاشف في مفعوله الإعلاني الكاشف عن حق سابق ،و لكنه يختلف عنه إذ لا يضيف على ذلك الحق الثبات الذي يعوزه ،بينما يختلف التصرف الكاشف عن التصرف المنشئ الذي يحدث حقا جديدا ،و كمثل على ذلك تكوين الرهن ،كما يختلف عن التصرف الناقل الذي ينشئ وضعاً جديدا ينقل حقا إلى شخص آخر².

¹ - Mazeaud herri et léon et jean ,Op .cit,p861.

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 277 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ب-الصبغة الرجعية :

إذا كانت الصبغة الكاشفة تتعلق بطبيعة القسمة فإن الصبغة الرجعية تتعلق فقط بآثارها التي ترجع إلى الماضي ،فالوضعية السابقة يتوجب تصحيحها لتتلاءم مع القسمة ،و يتم تطبيق الرجعية بطريقة ملائمة لبعض الآثار التي تمت أثناء فترة الشيوخ ،و لا يمكن تطبيقها للمساس بالتصرفات اللازمة كتصرفات إدارة الشيوخ¹.

فالرجعية لا تعتمد على طبيعة التصرف و إنما تعد قاعدة ملاءمة ،و على هذا الأساس فلا يمكنها المساس بالتصرفات التي تمت بصفة متوافقة مع قواعد تسيير الشيوخ التي أدرجها المشرع الفرنسي بموجب قانون رقم 76-1286 المؤرخ في 1976/12/31 في القانون المدني و التي تضمنت قواعد التنظيم القانوني للشيوخ.

لقد أدى هذا التحليل بأحد الفقهاء إلى وصف عقد القسمة بأنه تصرف تحديد أو تصفية (Acte determinative ou liquidatif)² ،و قد سبق للفقهاء بلا نيول أن قرر بأنه يتوجب الدعوة إلى إيجاد تكييف جديد للقسمة ،بموجبه لا تصبح ناقلة أو كاشفة ،و لكن تصبح تصرفا من نوع خاص (acte sui generis) لديه أثر مستقل خاص به يمكن تسميته بتصرف تصفية (liquidatif) ،أو تصرف إسنادي (Attributif) أو تصرف تحديد(Déterminatif)³.

ثانيا : موقف الفقه المصري

يمكن القول بأن فقهاء القانون المصري قد تأثروا بما ذهب إليه الفقهاء الفرنسيون فانقسموا بدورهم بين من ينادي بالطبيعة الناقلة للقسمة و بين من يضيف عليها الطبيعة الكاشفة عند تفسيرهم للأثر الكاشف لها ، كما أنهم اختلفوا بخصوص الطبيعة الحقيقية أو الافتراضية لهذا الأثر،غير أن تحليلاتهم قد استندت إلى معالجات مختلفة عما كان متداولاً لدى الفقه الفرنسي ،و من ذلك أعمالهم لنظرية الحلول العيني المنصوص عليها في القانون المصري ،بالإضافة إلى دعوة بعضهم لاستبعاد الأثر الرجعي ،و يمكن القول أن من الأسباب الرئيسية لاختلاف التحليل والمعالجة الفقهية لدى

¹ -Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p489 .

² -Malaurie philippe et Aynés laurent , ,Op .cit ,p489 .

³ -Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit , T IV, p 881.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المصريين هو وجود نصوص قانونية تنظم إدارة الشيوخ منذ صدور القانون المدني المصري سنة 1948 ،و على العموم فإنه يمكن حصر هذه التحليلات ضمن أربعة تيارات أساسية.

1- اعتبار القسمة بطبيعتها ناقلة

و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القول بأن للقسمة مجرد أثر كاشف ينكر الاختلاف الواقعي بين حق الشريك المشتاع قبل القسمة و بعدها ،سواء في المحل أو المضمون و فضلا عن ذلك فهو يتناسى الحق الذي كان للشريك على الأجزاء التي لم تقع في نصيبه لذلك فإن التكييف الصحيح للقسمة لا بد أن يقوم على التسليم باختلاف حق الشريك المشتاع بعد القسمة عنه قبلها،وأن يبين مصير الحق الذي كان لهذا الشريك على بقية أجزاء الشيء الذي أختص بها شركاؤه ،وليس من سبيل إلى تفسير هذا الوضع سوى الاعتراف بأن للقسمة أثرا ناقلا¹.

و كما رأينا سابقا فإن اعتبار القسمة ناقلة يثير مسألة مصير التصرفات التي قام بها الشركاء أثناء فترة الشيوخ ،و الأخذ بالطبيعة الناقلة بصفة مجردة يؤدي إلى انتقال النصيب المفرز للشريك متقلا بالتصرفات التي قام بها بقية الشركاء ،و هي نتيجة غير منطقية تتعارض مع مبدأ المساواة في القسمة .

لتفادي هذا العيب فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن " حق الشريك في الشيوخ بطبيعته معرض دائما للتحويل إلى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة،و لما كان وصف حق الشريك في الشيوخ على هذا النحو مستمدا من طبيعة الحق نفسه ، فكل تصرف من الشريك في حقه بإنشاء حق للغير عليه يؤدي إلى أن يكون حق الغير نفسه موصوفا بمثل هذا الوصف على أساس السابق ، وهو أن الشخص لا يعطي غيره أكثر مما له، فكما أن المالك تحت شرط أوالمالك ملكية مؤقتة لا يستطيع أن ينشئ لغيره إلا حقا معلقا على شرط أو حقا مؤقتا، فكذلك المالك على الشيوخ وحقه معرض دائما للتحويل على النحو الذي بيناه لا يستطيع أن يعطي غيره إلا حقا معرضا للتحويل على نفس الوجه ، فلا يتبع حق الشريك الذي ينتقل بالقسمة إلى متقاسم آخر ،و إنما يرد على ما يختص به الشريك الذي أنشاه ، فنكون بصدد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق ابتداء على حق الشريك الشائع، ولما استبدل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق حقا مفروزا ، يصبح الحق

¹ -مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 189،190

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المفرز محلا للحق الذي كان واردا على الحق الشائع ،و بذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العيني¹.

و رغم أن هذا الاتجاه قد امتاز بتقنية فنية مبدعة في التحليل بإعمال نظرية الحلول العيني ، غير أن البعض يرى أنها قد لا تكون مناسبة في كامل الحالات ، فقد يكون النصيب المفرز الذي يؤول للمتقاسم الصادر عنه التصرف مختلفا تماما عن المحل الذي تسلط عنه التصرف ، كأن يرهن شريك عقارا مشاعا و ينال في نصيبه منقولا ،كما أن النظام القانوني للرهن العقاري يختلف عن النظام القانوني لرهن المنقول من حيث التكوين و الآثار ، في حين يتمثل الحلول العيني في حلول مال محل مال اخر لإخضاعه لنفس النظام القانوني².

2- اعتبار القسمة كاشفة مع تطبيق الأثر الرجعي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القسمة كاشفة بطبيعتها ،و أنها تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشروع ، فهي كاشفة للحق من جهة و لها اثر رجعي يرتب نتائج من أهمها أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة³.

ويستند أصحاب هذا الرأي في تحليلهم إلى أن الأثر الكاشف للقسمة هو من قبيل الحقيقة المستمدة من طبيعة القسمة ذاتها، أما الأثر الرجعي للقسمة فهو محض افتراض، إذ معناه اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشروع لا من وقت القسمة و انه لم يملك غيرها في بقية الحصاص ،و هذا يخالف الحقيقة ،و الغرض من هذا الأثر الرجعي هو حماية كل متقاسم من الحقوق التي تقرررت على الشيء الشائع من قبل أحد الشركاء أثناء قيام الشروع⁴.

و يمكن القول أن هذا الاتجاه يستمد تحليله بما يتوافق مع النص التشريعي الذي اعتمده المشرع ،و رغم ذلك فانه لا يخلو من نقد على أساس أن تطبيق الأثر الرجعي بصفة مطلقة قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية ، فهو يزيل كل التصرفات التي أجراها الشركاء اثناء فترة الشروع

¹ - منصور مصطفى منصور ، في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة القاهرة، مصر، العدد 6 ، سنة 1964،ص 182 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ،ص 304.

³ - محمد كامل مرسي، المرجع السابق ، ص 198.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 188.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

وهذا من شأنه المساس بحقوق الغير الذين تم التصرف لصالحهم من طرف احد الشركاء ، كما أنه قد يمس بحقوق الشركاء أنفسهم، فعلى سبيل المثال لو تم تطبيق الأثر الرجعي على الثمار التي أنتجت أثناء فترة الشيوخ و تقاسمها الشركاء في حينها ، فانه يؤدي للقول بوجود أن يقوم الشركاء بإعادتها إلى المتقاسم الذي وقعت الحصة المنتجة للثمار ضمن نصيبه ، و يذهب إلى وجوب التصحيح في تطبيق الأثر الرجعي بما يتناسب مع الغرض الذي أقره المشرع لأجله ، في حين يذهب اتجاه آخر إلى نفي هذا الأثر من أساسه.

3- اعتبار القسمة كاشفة مع استبعاد الأثر الرجعي

و قد سائر أصحاب هذا الاتجاه ، ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من اعتبار أن القسمة بطبيعتها لها اثر كاشف على وجه الحقيقة و ليس المجاز ، فوظيفة القسمة حسب ما يرى مؤيدو هذا الرأي هي مجرد التغيير في حق الشريك بحيث يتركز في جزء مفرز من المال بعد ان كان يتمثل في حصة شائعة ، فهي بهذا لا تخول الشريك سندا جديدا ، و لا تنشي له حقا جديدا و إنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوخ ، و هذا هو المعنى المقصود من الأثر الكاشف للقسمة ومقتضاه أن الشريك المتقاسم لا يعتبر خلفا للمتقاسمين الآخرين¹، وينتقل النصيب المفرز له دون أي حقوق أو أعباء يكون باقي الشركاء قد رتبوها عليه اثناء فترة الشيوخ ، بأي تصرفات كالبيع أو الرهن أو غيرها .

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الغرض المتوخى من فكرة الأثر الرجعي و المتمثل في حماية المتقاسمين من تصرفات الشركاء اثناء فترة قيام الشيوخ ، يمكن تحقيقها بتطبيق الأثر الكاشف بصفة غير مقيدة ، وبالتالي فلا داعي لتطبيق فكرة الأثر الرجعي و التي يتعين استبعادها .

و قد استند أصحاب هذا الرأي في تحليلهم إلى وجود خلط تقليدي في الفقه القديم بين وصفي الأثر الكاشف و الأثر الرجعي .

¹- عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 240 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

" فالتصوير التقليدي للتصرف الكاشف اعتبره بأنه التصرف الذي يقتصر على مجرد تسجيل وجود حق أو وضع قانوني سابق ، و الاعتراف بقيامه دون أدنى تغيير في عناصره فكان طبيعياً أن تعتبر آثار هذا الحق متحققة من تاريخ نشوئه و ليس من تاريخ التصرف الكاشف الذي لم يفعل إلا أن سجل من بعد مثل النشوء ، بحيث أصبح التصرف الكاشف رجعياً و إن كانت رجعيته محتومة و طبيعية ، و من هنا أصبح الوصف الكاشف و الأثر الرجعي اصطلاحين مترادفين للتعبير عن ذات المدلول ، غير أن تصوير الفقه الحديث للتصرف الكاشف قد تغير و اتسع بما يصرفه إلى كل تصرف -بالاستناد إلى حق سابق يسجله - بالتغيير في بعض عناصره تغييراً يوفر له كامل مفعوله و يرفع ما كان يعترض سبيل مباشرته عن عقبات ، و لذلك لم يعد مفهوماً الاستمسك برجعية التصرف الكاشف بوجه عام بعد أن انفصمت - بالمدلول الحديث لهذا التصرف - عرى الوصل الطبيعي بين الوصف الكاشف و الأثر الرجعي" ¹.

فالآثار الكاشف لم يعد يقتصر على مجرد الكشف عن حق سابق ، بل يغير في البعض من عناصره بحيث يزيل العقبات التي حالت دون مباشرته كما في الصلح ، و قد يبلغ هذا التغيير إلى تحويل الحق كما الحال بالنسبة للقسمة ، إذ بعدما كان الحق شائعاً ، عاد مفزراً².

و قد وجه نقد لهذا الرأي على أساس أن صحته تتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، و هو تصوير حديث لا يزال محلاً للمناقشة و الأخذ و الرد ، و يوجد رأي يعارضه يذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها³.

4- اعتبار القسمة ذات أثر مزدوج كاشف و ناقل

و هذا الرأي انفرد به الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري ، فهو يرى بأن للقسمة بطبيعتها ، أثراً مزدوجاً ، كاشفاً و ناقلاً ، و قد تأثر في ذلك بما تضمنته أحكام الفقه الإسلامي وكذلك الفقه الفرنسي الحديث ، و أستند في تحليله للأثر المزدوج إلى مثال يكون فيه شريكان يملكان مناصفة قطعة أرض على الشيوع و على أساس القسمة فان الإفراز يثبت للشريك في النصيب المفزراً ملكيته

¹- حسن كبره ، المرجع السابق ، ص 221 .

²- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 277.

³- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 956 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الثابتة قبل القسمة في النصف ،و ينقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر،فلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز، ومن ثمة يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، و أثر ناقل في النصف الآخر ،و لما كان هذان الأثران يتعارضان لم يبق إلا ان تغلب أثر على آخر في المواضيع التي يحسن فيها من الناحية العملية،تغليب هذا الأثر ، فتارة تغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ،و تارة تغلب الأثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك¹.

من التشريعات التي تتبنى هذا الاتجاه ،نجد القانون المدني الأردني الذي يعطي للقسمة اثرا مزدوجا كاشفا و ناقلا و ذلك أن معنى المبادلة (الأثر الناقل) هو الغالب في قسمة الأجناس المختلفة في القيميات ، في حين معنى الإفراز (الأثر الكاشف)هو الغالب في قسمة المثليات².

إن مفهوم الأثر الناقل ينسجم مع مبدأ الخلافة في المكاسب لأن الوارث لا يستحق المكاسب الأصلية للتركة، بل ما بقي منها بعد التصفية، فالقسمة هي التي تنقل ملكية المكاسب فيتملك بها الوارث،و بذلك لا يكون خلفا للهالك بل لبقية المتقاسمين الذين نقلوا إليه مالهم من منابات فيما آل إليه من مكاسب لقاء تنازله عن منابة فيما آل اليهم، اما مفهوم الأثر الكاشف فينسجم مع مبدأ الخلافة في الشخص ، لأن الوارث يعتبر قد استحق ما آل اليه بدءا من أصل الشئوع و ذلك من الهالك لا من بقية الورثة³.

ومبدأ الخلافة في المكاسب أو ما يعرف بالاستخلاف في الأموال المعروف في الفقه الإسلامي يقوم على استخلاف الورثة لمورثهم في الحقوق و ليس في الديون التي لا تنتقل إلى الخلف العام ، لأن الفقه الإسلامي يجيز حوالة الدين بالعقد و لا يجيزها بالميراث أو الوصية⁴، أما مبدأ الخلافة في الشخص أو ما يعرف باستخلاف الأشخاص فيعتمده القانون الفرنسي وهو يقوم على امتداد شخصية المورث إلى الوارث الذي لا يرث الحقوق فحسب ، وإنما يرث الالتزامات كذلك بما فيها الديون .

¹-عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ج8، ص 948،949 .

²- محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ،المرجع السابق ، ص 163 .

³- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 281 .

⁴- بيريك فارس حسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص 74 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و يمكن القول أن تكريس التشريع الفرنسي للأثر الكاشف للقسمة مرتبط أساساً بنظام التوريث¹.

الفرع الثالث : تبني القوانين المقارنة لمبدأ الأثر الكاشف

لقد كان المشرع الفرنسي أول من تبني مبدأ الأثر الكاشف للقسمة من خلال نص المادة 883 (ق.م.ف) الشهيرة ، و قد استلهم المشرع المصري و من بعده الجزائري هذا التوجه من خلال إدراجهما لهذا المبدأ في نص المادة 843(ق.م.م) و المادة 730 (ق.م.ج) غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن نص المادة 883 (ق.م.ف) قد عرف تعديلات لاحقة جاءت كنتيجة للنقاشات الفقهية التي سبق استعراضها ، في حين أن النص في التشريع المصري والجزائري لم يعرف أي تعديلات منذ إصدار القوانين المدنية و سنحاول ضمن هذين الفرعين تبيان الأسباب التي أدت لذلك من خلال استعراض موقف المشرع الفرنسي ضمن البند الأول وبعدها الموقف المتطابق للمشرع المصري و الجزائري ضمن البند الثاني .

أولاً : تطور التشريع الفرنسي بخصوص مسألة الأثر الكاشف

تضمنت المادة 883 (ق.م.ف) عند إصدارها لأول مرة خلال سنة 1804 فقرة واحدة فقط نصت على : "يفترض أن يكون كل شريك في الإرث قد ورث وحده ومباشرة في كل الأموال الواقعة في حصته أو المستحقة له نتيجة التصفية و انه لم يحصل مطلقاً على ملكية الأموال الأخرى " .

إن دراسة هذا النص تستوجب استعراض السياق التاريخي الذي ورد ضمنه و الذي بيناه سابقاً عند دراستنا لتطور الملكية الشائعة في القانون الفرنسي ، فهذا النص بفقرته الوحيدة المتضمنة أساساً مبدأ الرجعية قد ورد خلال الفترة التي لم يتضمن التقنين الفرنسي فيها أية أحكام متعلقة بتنظيم إدارة الشيوخ .

لقد حاول فقهاء القانون إعطاء تفسيرات لمبدأ الأثر الكاشف للقسمة من خلال تصورات اتسمت بالبراعة ، غير أن تجسيدها يصطدم بالتعارض الناتج عن أن نص القانون المدني تم

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق، ص 281.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

وضعه في فترة كان فيها الشيوع مهملا و ان يتوجب تطبيقه على نظام الشيوع الميراثي الذي أصبح مستمرا و منظما مع مرور الوقت ، و ما يمكن قوله أنه كلما نظم القانون الشيوع بطريقة منهجية فان الأثر الكاشف سينحصر مفعوله و مداه¹.

و لقد نادى الفقهاء بوجوب عدم التوسع في تقرير الأثر الكاشف و تطبيق أدواته المتمثلة في الرجعية و التقيد بهدف الأثر الكاشف و المتمثل في حماية المتقاسمين من تصرفات الشركاء أثناء فترة الشيوع لما تحمله فكرة تطبيق الرجعية بصفة مطلقة من نتائج غير منطقية .

و يمكن القول بأن الصبغة الرجعية للقسمة ناتجة أساسا من النظرة السلبية للشيوع التي سادت القانون المدني الفرنسي عند إصداره ، و هذه الصبغة لا تتناسب مع الوضعيات الحالية للشيوع²، و نتيجة لهذا النقاش الفقهي فإن المشرع الفرنسي قام بتعديل أحكام القانون المدني وذلك باستحداث التنظيم القانوني و الاتفاقي للشيوع و التي تمت بموجب القانون رقم 76 -1286 المؤرخ في 1976/12/31 و تبعا لهذا التطور فقد تم تعديل المادة 883(ق . م . ف)و ذلك بإضافة فقرتين لها تتضمن الأولى منها نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات والأموال، في حين تتضمن الفقرة الثانية حدود تطبيق مبدأ الرجعية و أصبحت صياغة المادة بالإضافة إلى الفقرة الأولى كما يلي : " و ينطبق هذا أيضا على الأموال التي آلت إليه بأي تصرف آخر من شأنه أن ينهي الشيوع ، و لا يميز وفقا لما إذا كان التصرف قد أنهى الشيوع كليا أو جزئيا ، تجاه بعض الأموال أو بعض الورثة فقط .

إلا أن التصرفات المنجزة بصورة صحيحة إما بموجب وكالة من الشركاء المالكين على الشيوع و إما بموجب ترخيص قضائي ، تحتفظ بأثرها أيا كان تخصيص الأموال التي تناولتها عند القسمة " .

بالنظر إلى هذا التطور ، فإن التساؤل الذي يمكن طرحه يتعلق فيما إذا كان يتوجب تمديد الأثر الرجعي لباقي الفرضيات المتعلقة بحالات الشيوع ، كون نص المادة 883 (ق . م . ف) يتعلق بالورثة (les cohéritiers) و ليس بالمالكين في الشيوع (les coindivisaire) و مما لا شك فيه

¹-Planiol marcel et Ripert georges, Op .cit, T IV ,p 881,882 .

² - Berlioz pierre,Op .cit ,p 298.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

، و بالنظر لعدم تعديل التشريع فإنه من الملائم تطبيق الأثر الرجعي على الشيوخ المتعلق بالتركات بالإضافة إلى الشيوخ في الأموال الإتفاقي و القانوني بين الزوجين ، و ذلك بموجب الإحالة التي تضمنتها المادتان 1476 و 1542 (ق .م .ف)¹.

ثانيا : موقف المشرع المصري و الجزائري

نصت المادة 843 (ق .م .م) على انه : " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ و انه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص " و هذه المادة تقابلها المادة 730 (ق .م .ج) مع وجود اختلاف بسيط في الصياغة من دون وجود تأثير في المعنى .

إن القراءة الحرفية المجردة لنص المادتين الواردين في القانون المصري و الجزائري تبين أن المشرع قد تبنى الأثر الرجعي للقسمة و ذلك بالاكتماء بإبرازه في متن النص ، و حسب رأينا فان ذلك يرجع إلى الخلط بين الأثر الكاشف و الأثر الرجعي في نظر المشرع و يدعم هذا الرأي ما ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها : " القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية و سواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها أثر رجعي فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ و انه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص و من أجل هذا يقال عادة أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق و يترتب على هذا الأثر الرجعي نتائج كثيرة معروفة أهمها أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة"².

أما المشرع الجزائري فإنه و بالنظر إلي عدم وجود الأعمال التحضيرية لمعرفة أسباب تبنيه الاكتماء بالنص على الأثر الرجعي دون الكاشف فإنه يمكننا القول أنه جاري المشرع المصري في ذلك ووقع في نفس الخلط.

و ما تجدر الإشارة إليه بخصوص ما ميز القانونين المصري و الجزائري عن القانون الفرنسي في هذا المجال ، أن القانون الفرنسي عند إصداره لم يكن يتضمن أية أحكام تتعلق بتنظيم إدارة الشيوخ ، في حين أن القانونين المصري و الجزائري قد تضمننا أحكاما تتعلق بتنظيم الشيوخ

¹ - Berlioz pierre , Op .cit ,p 298.

²-رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 144 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

كما أن القانونين قد تضمننا النص على حالات عديدة يتم فيها استبعاد الأثر الرجعي وأهم هذه الحالات تتمثل في :

أ-نص المادة 826 فقرة 02 (ق.م.م) و تقابلها المادة 714 (ق.م.ج) بأنه في الحالة التي يتصرف فيها أحد الشركاء و ينصب تصرفه على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، فإن حق المتصرف إليه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، و أنه يجوز للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف بشرط أن يكون جاهلا بأن الشريك المتصرف لم يكن يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، ففي هذه الحالة فإنه لو طبقنا الأثر الرجعي ، فإن هذا التصرف يعتبر قابلا للإبطال سواء كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، لأنه يعتبر في هذه الحالة تصرفا من غير مالك¹، و لكن المادة 826 (ق.م.م) لا تجيز ذلك وفي ذلك استبعاد للأثر الرجعي .

ب-نص المادة 1039 (ق.م.م) و تقابلها المادة 890 (ق.م.ج) على ان الرهن الصادر من جميع الشركاء في الشيوع للعقار الشائع يبقى نافذا مهما كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار ، في حين انه لو تم تطبيق الأثر الرجعي فإن الرهن الرسمي في هذه الحالة يمكن إبطاله بعد القسمة كونه قد صدر عن غير مالك .

ج-نص الفقرة الثانية من المادة 1039 (ق.م.م) و تقابلها المادة 890 (ق.م.ج) بأنه في حالة قيام أحد الشركاء في الشيوع برهن حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، فان الرهن الذي أجراه ينتقل بمرتبته إلى قدر من الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل .

فعدم الاعتداد بالأثر الرجعي هو ما حرص المشرع على تأكيده كذلك في هذا الشأن، إذ قضى ببقاء هذا الرهن صحيحا و بنفس مرتبته رغم وقوع المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك

¹ - مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 184 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الراهن ، و لكنه غير محل تبعاً لتغير محل ملكية الشريك الراهن فأوقعه على قدر من الأعيان الواقعة في نصيب الراهن بالقسمة يعادل قيمة المرهون¹.

د- نص المادتين 844 و 845 (ق . م . م) و التي تقابلها المادتين 731 و 732 (ق . م . ج) فيما يتعلق بالضمان و الغبن في القسمة بأن تكون العبرة في تقدير قيمة الأشياء وقت القسمة.

في حين انه لو طبقنا الأثر الرجعي فإن العبرة في تقدير قيمة الشيء المقسوم تكون بوقت قيام الشيوخ ، و أن الأخذ بذلك يتنافى مع يجب في القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين².

هـ- نص الفقرة الثانية من المادة 1027 (ق . م . م) و تقابلها المادة 879 (ق . م . ج) من أنه إذا ملك عدة شركاء عقاراً مرتفقاً على الشيوخ فإن انتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة سائرهم.

في حين أنه لو تم إعمال الأثر الرجعي في هذا الشأن ووقع العقار المرتفق كله في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي وقف التقادم لمصلحته أو انقطع بانتفاعه ، لوجب القول بسريان التقادم في مواجهته منذ بدء الشيوخ دون توقف أو انقطاع و عدم إفادته مما كان يفيد من ذلك وقت الشيوخ³.

و يتجه الفقه الحديث إلى رفض فكرة الأثر الرجعي رغم نص المشرع عليها ، فهذا النص يقوم على مجاز مخالف للواقع و هو أسوأ أنواع الصياغة القانونية⁴.

استناداً إلى النصوص الواردة في القانون المدني المصري و التي استبعدت الأثر الرجعي للقسمة ، و نص المشرع على هذا الأثر يمكن إرجاع أساسه لأحدى فرضين :

" الأول : إن المشرع المصري أراد مسايرة الفقه التقليدي فيما كان يأخذ به من ترادف بين الوصف الكاشف و الأثر الرجعي للقسمة ، و يتعين حينئذ التضييق في تفسير الرجعية في حدود غرض تقريرها و هو حماية كل متقاسم من تصرفات شركائه السابقة .

¹ - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 224 .

² - مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 183 .

³ - حسن كيرة ، مرجع السابق ، ص 225 .

⁴ - سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2008 ، ص 82 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الثاني : أن تعبير المشرع بالرجعية ليس إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة ، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوخ ، أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما و منذ بدء الشيوخ مملوكا ملكية خالصة لهذا المتقاسم وحده ، و هذا التفسير هو الأنسب لأنه المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها ، و على هذا النحو ، لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته من تاريخ القسمة، مما يقتضي عدم الإعتداد في مواجهته بتصرفات بقية الشركاء في هذا النصيب إبان فترة الشيوخ " ¹.

و بناء على هذا التحليل لتوجه المشرع فإن أصحاب الرأي الثاني يرون ضرورة تعديل المادة 843 (ق . م . م) لأجل تكريس استبعاد الأثر الرجعي للقسمة و إبراز أثرها الكاشف بصفة صريحة ضمن النص باعتبار الأثر الكاشف هو الأثر الحقيقي للقسمة، و قد أُقترح ان يعاد صياغة هذه المادة على الشكل التالي : " يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذي تملك به في الشيوخ ، و تكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء " ².

في حين يذهب البعض الآخر بان المادة 843 (ق . م . م) تخلع على القسمة أثرا كاشفا و أثرا رجعيا في وقت واحد ، وأنه لا ضير في إبقائها ، على أن يكون كلا الأثرين على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز ، فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك ³.

المطلب الثاني : نطاق تطبيق الأثر الكاشف

و يقصد بنطاق الأثر الكاشف المجال الذي يتم تطبيقه فيه ، وهذا المجال يتعلق بثلاثة عناصر أساسية ، فتحديده يتم بتحديد الأشخاص الذين يتم تطبيق هذا الأثر في مواجهتهم ، بالإضافة إلى

¹ - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 225 .

² - حسن كيره ، في تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق ، سنة 1962 / 1963 ، ص 76 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 958 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الأموال التي تخضع لتطبيقه ، و أخيرا التصرفات التي من شأنها أن تنتج هذا الأثر ، و سنحاول إبراز موقف التشريعات المقارنة بخصوص هذه المسائل ضمن الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول : نطاق التطبيق فيما يتعلق بالتصرفات

يقتضي تحقيق المساواة بين المتقاسمين ألا تكون القسمة كاشفة إلا إذا كان من شأنها إنهاء الشئوع إنهاء كلياً أو جزئياً ، اتفاقياً أو قضائياً ، سواء كانت بمعدل أو بدونه ، و الإشكال الذي يطرح هو ما إذا كان الأثر الكاشف ينطبق على القسمة فقط باعتبارها عملية إفراز للأنصبة بين الورثة أم هناك تصرفات شبيهة للقسمة أو يمكن اعتبارها تمهد لها و يمكن تطبيق الأثر الرجعي عليها؟

إن الراجح فقهاً و قضاءً أن القسمة باعتبارها تصرفاً منهيًا للشئوع تخضع للأثر الكاشف ويضاف إليها بعض التصرفات المعادلة أو الممهدة لها و التي ترتب نفس الأثر و هو ما سنتناوله ضمن البندين التاليين :

أولاً : القسمة النهائية

يقصد بها القسمة بمعناها الحقيقي ، و هي القسمة العينية بمعدل أو دون معدل كلية كانت أجزئية ، سواء تمت بطريقة ودية أو عن طريق القضاء .

أما قسمة المهايأة ، المقنصر أثرها على مجرد تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، فهي قسمة وقتية لانتهائية ، و بالتالي فلا ينسحب عليها الأثر الكاشف ولا الأثر الرجعي .

أما إذا استمرت قسمة المهايأة المكانية لمدة خمس عشرة سنة و انقلبت نهائية ، فإن الإشكال الذي يطرح هو فيما إذا كان الأثر الكاشف ينسحب إلى القسمة من يوم بداية المهايأة المكانية أو من يوم أن أصبحت نهائية ؟

و بالرجوع إلى مذكرة المشروع التمهيدي الوارد ضمن التحضيرية للقانون المدني المصري نجدتها تضمنت الإشارة إلى ذلك بقولها : " و تنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة " ¹ .

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ص 156 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فيعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء خمس عشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهياة المكانية، وهذا هو المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية ،فليس مقصودا بطبيعة الحال أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف¹.

في فرنسا فإن الأثر الكاشف لم يتم اعتباره تقليديا مرتبطا فقط بقسمة التركات حسب نص المادة 883 (ق.م.ف) ، ولكنه متعلق أيضا بعمليات القسمة الأخرى المتعلقة بنظام شيوع الأموال القانوني بين الأزواج و كذلك نظام فصل الأموال ،بالإضافة إلى قسمة أموال الشركات²،و ذلك بموجب الإحالات المنصوص عليها في المواد 1476 و 1542 و 1844 -9 (ق.م.ف) .

ثانيا : التصرفات المعادلة للقسمة

إن بعض التصرفات تشكل قسمة رغم أنها تظهر مختلفة عنها ،و هذه التصرفات إجمالاً هي التصرفات التي يكسب بها شريك في الشيوع ملكية حصص باقي الشركاء .

و العبرة في اعتبار التصرف من قبيل القسمة ،أن يكون التصرف مؤدياً إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل ،سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه ،و سواء تم ذلك بالنسبة إلى كل الشركاء في الشيوع أو إلى بعضهم³.

كما أن القسمة بطريق التصفية من التصرفات التي تعدل القسمة العينية بشرط رسو المزاد على أحد الشركاء في الشيوع ،و يرى البعض أن القسمة والتصفية يتفقان في الجوهر لأن كلا منهما يعد طريقة لإفراز المنايات ،و يختلفان شكلاً لاختلاف نظامهما القانوني،ويكمن مبرر سحب الأثر الكاشف على التصفية ،عند رسو المزاد على أحد الشركاء ،في اعتبار البيع جوهرياً قسمة لكونه يشكل إفرازا للمنايات⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ج 8 ،ص 819 .

² -Maurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p 490.

³ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،المرجع السابق ، ص 227 .

⁴ - محمد بن سعيد ،المرجع السابق ، ص 282 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و يمكن حصر هذه التصرفات إجمالاً في قسمة التصفية عند رسو المزاد على أحد الشركاء ، وكذلك تصرف أحد الشركاء في نصيبه الشائع لصالح أحد الشركاء بالإضافة إلى حالة التصرف في المال الشائع كله لصالح أحد الشركاء في الشروع .

1-القسمة بطريق التصفية عند رسو المزاد على أحد الشركاء

و حكم التصفية يختلف بحسب مآل رسو المزاد، فإذا كان رسوالمزاد تم لأحد الشركاء في الشروع عُدَّ ذلك قسمة بطريق التصفية ، أما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فيعتبر رسو المزاد بيعاً صادراً من الشركاء إلى هذا الأجنبي ، و هذا هو الرأي السائد في الفقه المصري .

غير أن البعض قد تشكك في اعتبار رسو المزاد قسمة بطريق التصفية ، و يرى بأنه لا يوجد أي أثر لاختلاف الراسي عليه المزاد في تكييف رسو المزاد ، فرسو المزاد يعتبر دائماً بيعاً تترتب عليه آثار البيع لا آثار القسمة ، و لو كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء في المال الذي تم بيعه بالمزاد، وأن القسمة تتمثل دائماً في اقتسام الثمن الذي رسا به المزاد¹.

و حسب رأينا فإن الإتجاه الأول هو الراجح لوجود شبه إجماع عليه من جهة ، و من جهة أخرى فإنه بالرجوع إلى مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نجدها ذهبت في هذا الاتجاه بقولها : " القسمة سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، و سواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها آثاران :

أ-يكون لها أثر رجعي ..."².

و إذا كان نص المادة 730 (ق.م .ج) و التي تقابلها المادة 843 (ق.م .م) لم ينص صراحة على إعطاء الأثر الكاشف للقسمة بطريق التصفية التي يرسو المزاد فيها على أحد الشركاء فإن المادة 883 فقرة 1 (ق . م . ف) قد نصت على ذلك صراحة إذ ورد فيها "...كل الأموال التي تشملها حصته أو تستحق له بنتيجة البيع بالمزاد لتعذر القسمة العينية..."

¹- مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 178 .

²- رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 144 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و عليه فإنه في الحالة التي يرسو المزاد فيها على أحد الشركاء في الشيوخ كان هذا البيع قسمة أوقعت في نصيب هذا الشريك المشتري المال بأثر كاشف، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشيوخ و من ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا المال تكون قد صدرت في أثناء الشيوخ وتثبيت تصرفات الشريك الذي وقع المال في نصيبه، أما الثمن الذي بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة، و لكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة¹.

أما في حالة رسو المزاد على أجنبي، فيكون رسو المزاد بيعا صادرا من الشركاء إلى هذا الأجنبي، و ذلك في العلاقة فيما بين الشركاء و الراسي عليه المزاد، أما فيما بين الشركاء أنفسهم فيعتبر هذا البيع أنه قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيدا للقسمة، و لذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسا به المزاد²، و من ثم فإذا وقع ثمن البيع كله في نصيب أحد الشركاء فيعتبر هذا الشريك هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي، و على ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المبيع حق التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار³.

و تبعا لذلك فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة فإنه يترتب عليها الآثار الأخرى للقسمة، فيجوز نقضها للغبن، و يترتب عليها امتياز المتقاسم و أحكام الضمان، أما إذا اعتبرت بيعا فلا يجوز نقضها للغبن إلا إذا كان المبيع عقارا و كان من بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية، كما يترتب عليها ضمان الاستحقاق الخاص بالبيع لا القسمة، و يترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم.

2-التصرف الاتفاقي في كامل المال الشائع لصالح أحد الشركاء

فبموجب هذا التصرف الرضائي يقوم الشركاء في الشيوخ بالتصرف في حصصهم إما بموجب تصرف واحد أو بموجب تصرفات متتابعة لأحد الشركاء معهم بحيث تخلص ملكية المال الشائع لهذا الشريك وحده بصفة مفرزة حصرية، و هذا التصرف يؤدي إلى نفس النتيجة التي تحصل عن القسمة بالتصفية إثر رسو المزاد على أحد الشركاء، غير أن الاختلاف بينهما في كون التصرف في هذه

¹ - عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 960.

² - عيد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 229.

³ - عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص960.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الحالة يتم بصفة ودية رضائية و ليس بالمزاد ، كما أن امتلاك المال بصفة حصرية قد يتم على مراحل عكس المزاد الذي يتم بموجب عملية وحيدة ، و هذا التصرف يترتب عليه الأثر الكاشف، و يرى البعض بأن التصرف في هذه الحالة يجب أن يتم عن طريق البيع ، أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، و من ثم فإن الهبة تكون ناقلة لا كاشفة¹ ، و هذا الرأي كان يأخذ به القضاء و الفقه الفرنسي قديماً²، غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن المنطق السليم يقضي بعدم التفرقة في هذا الخصوص بين التصرف بعوض و التصرف دون عوض ، إذ أن هذه التفرقة ترجع في الواقع إلى الفكرة القديمة التي كانت ترى في القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر الكاشف إلا من طريق الافتراض ، و لما كانت القسمة عملية تنطوي على التغيير في حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز ، فلم يعد هناك ما يدعو إلى التفرقة تبعاً لنوع التصرف الذي يؤدي إلى هذا التغيير³.

و حسب رأينا فإنه لا داعي لهذه التفرقة بين التصرفات بعوض و دون عوض كون الأثر الأساسي المترتب هو اختصاص أحد الشركاء بالملكية الحصرية المفترزة سواء تم ذلك بعوض أو من دون عوض و هذا الأثر يتوافق مع الهدف الأساسي للقسمة ووظيفتها .

3- تصرف أحد الشركاء في حصته لصالح شريك آخر

في هذه الحالة فإن هذا التصرف لا يؤدي إلى اختصاص الشريك المتصرف إليه بالملكية الحصرية المفترزة لكل المال الشائع ، و إنما ينتج عن هذا التصرف الزيادة في حصته و قد اختلف الفقه المصري بخصوص ما إذا كان هذا التصرف معادلاً للقسمة ، في حين كانت هذه المسألة موضوعاً للاجتهاد القضائي الفرنسي قبل أن يتم تكريسها بموجب التشريع .

أ- موقف الفقه المصري

اختلف الفقه المصري بخصوص هاته المسألة فذهب البعض إلى أن تصرف أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة لشريك آخر يعد تصرفاً معادلاً للقسمة ، فيكون له أثر كاشف، إذ تضاف الحصة

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 961 .

² - Malaurie philippe et Aynes laurent , Op .cit , p494.

³ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، هامش رقم 1 ، ص 230 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المبيعة إلى حصة الشريك المشتري ، و يتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا ، و من ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوخ لا من وقت البيع¹.

في حين يعتبر البعض الآخر أن هذا التصرف لا يعتبر من قبيل القسمة و لا يترتب عليه الأثر الكاشف ، و إنما اقتصر أثر البيع على زيادة حصة الوارث المشتري أو زيادة حصص الورثة المشترين بقدر الحصة المبيعة مع بقاء الشيوخ قائما بينهم ، و يعتبر هذا البيع من قبيل التخارج المعروف في الفقه الإسلامي².

ب-موقف القضاء و التشريع الفرنسي

كان الاجتهاد القضائي الفرنسي خلال الفترة السابقة لصدور تعديل القانون المدني خلال سنة 1976 يعتبر بأنه في حالة التنازل عن الحقوق الميراثية من أحد الورثة لوريث آخر، فإن هذا الوريث المتنازل له أو المتصرف لصالحه يعد قد تلقى مجمل حصته من المورث مباشرة بما فيها الجزء الذي تنازل له عنه أحد الورثة ، غير أن الاجتهاد القضائي كان يضع ثلاثة شروط ليتم اعتبار هذا التصرف معادلا للقسمة و ينتج عنه أثرها ، فيجب أولا بأن يؤدي التصرف إلى إنهاء كلي للشيوخ فيما يتعلق بالحقوق المتنازل عنها ، بحيث يصبح المتنازل لصالحه المالك الحصري، وإن ذلك لا يتحقق في حالة تنازل الوريث عن حقوقه لجميع الشركاء أو لشريك واحد منهم كون هذه الحقوق تبقى شائعة بينهم³، و الشرط الثاني يجب أن يتم التنازل بعوض أو بمقابل، والشرط الثالث أن يتم التنازل لوريث لكي يتم اعتبارها كعملية قسمة بمعدل⁴.

غير أن المشرع الفرنسي قد تدخل بموجب قانون 76-1286 المؤرخ في 31/12/1976 و تم المادة 883 (ق.م.ف) بفقرة ثانية و أبقى فقط على الشرط المتعلق بوجوب أن يتم التصرف لصالح أحد الورثة ، فيما تم التخلي عن شرط أن يكون التصرف بمقابل و أن يؤدي إلى إنهاء الشيوخ فيما يتعلق بالحقوق المتنازل عليها و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 883 (ق.م.ف) على أن الأثر الكاشف ينطبق أيضا على مثل هذه التصرفات بقولها : " و ينطبق هذا أيضا على الأموال التي آلت

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 961 .

² - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 230 .

³ - Grimaldi michel ,Op .cit ,p795.

⁴ - Malaurie philippe et Aynes laurent ,Op .cit ,p 494.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

إليه (الشريك في الإرث) بأي تصرف آخر من شأنه أن ينهي الشيوخ ، دون تمييز فيما إذا كان العمل ينهي الشيوخ كلياً أو جزئياً و حيا ل بعض الأموال أو بعض الورثة فقط " .

إن ما يمكن استنتاجه فيما يتعلق بمدى تطبيق الأثر الكاشف بالنسبة للتصرفات هو أن المشرع الفرنسي قد حسم الجدل الفقهي و ذلك بتكريس الاجتهاد القضائي و ذلك بإضفاء هذا الأثر على التصفية و البيع الذي يتم لأحد الورثة بالإضافة إلى كل تصرف من شأنه إنهاء الشيوخ بصفة كلية أو جزئية سواء تم بعوض أو من دون مقابل و ذلك بالنص صراحة على ذلك ضمن المادة 883 (ق.م.ف) ، في حين أنه في التشريعين المصري و الجزائري فإن مسألة هذه التصرفات التي تنهي الشيوخ بصفة جزئية سواء كانت بعوض أو من دونه ما زالت موضع خلاف فقهي و إنه يستحسن تدخل المشرع لتوضيح هذه المسألة و ذلك بتعديل نص المادة 730 (ق.م.ج) بما يحسم هذا الخلاف .

الفرع الثاني : نطاق التطبيق فيما يتعلق بالأموال

لا شك أن الأثر الكاشف يسري بالنسبة لجميع الأموال التي كانت شائعة و التي تم إفرازها بالقسمة ، فهو يتعلق بها سواء كانت عقارات أو منقولات أو غيرها من الحقوق المعنوية كحق المؤلف ، و لا يوجد أي خلاف بخصوص هذه المسألة في التشريعات محل المقارنة ، غير أنه قد ثار نقاش بخصوص معدل القسمة و كذا الحقوق الشخصية و المتمثلة في الديون أساساً ، فقد اختلفت وجهة نظر التشريعات المقارنة بخصوص هذه المسألة و كذلك لعب الاجتهاد القضائي في فرنسا دوراً في إبراز هذا الأثر و عليه سنحاول استعراض ذلك فيما يلي :

أولاً : موقف الفقه و التشريع المصري

يذهب الرأي السائد إلى أن الأثر الكاشف لا يسري إلا بالنسبة للأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة بين الشركاء و بالتالي لا يسري الأثر الكاشف على معدل القسمة ، فهو يأخذ حكم ثمن المبيع أو بدل المقايضة ، كما لا يسري على الحقوق الشخصية التي تشمل عليها التركة¹ .

¹ - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 152 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و عليه سنحاول إبراز ما ذهب إليه الفقه بخصوص عدم سريان الأثر الكاشف على معدل القسمة وعلى ثمن المبيع في بيع التصفية بالإضافة إلى الديون التي تشتمل عليها التركة .

1-معدل القسمة

و يتم دفعه إما نقدا و إما عينا لأجل معادلة الحصص ، و هو يعتبر في كلا الصورتين مالا أجنبيا عن الأموال التي أفرزت بالقسمة فلا يسري عليه الأثر الكاشف ، و إنما يقوم التزاما في ذمة المدين به بموجب القسمة ، و لكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف¹.

2-ثمن بيع العقار بالمزاد العلني

إذا رسا المزاد على أحد الشركاء عدت العملية قسمة كما بيناه سابقا ،ويأخذ ثمن البيع حكم معدل القسمة فلا يسري عليه الأثر الكاشف .

أما إذا كان المال قد بيع لأجنبي ، بيعا في المزاد أو بيع ممارسة ،فإن التصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء و المشتري ، و من ثم يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي ، و على ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المبيع حق التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار².

و ما يمكن قوله بخصوص هذا الرأي أنه يذهب إلى إضفاء الأثر الكاشف ،باستتاده إلى قرار الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1907/12/05 و هو قرار شهير سنتعرض له لاحقا ، و حسب رأينا فإن هذا الرأي غير متجانس مع الاتجاه العام ،فإذا تم نفي الأثر الكاشف عن معدل القسمة فإنه من باب أولى يتعين نفيه عن ثمن المبيع .

3-الحقوق الشخصية

لا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية ، إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق ،لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم ، و ذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام ، إذ في

¹ - عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ج 8 ، ص 962.

² - عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،ج8 ، ص 960.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

هذه الحالة تنطبق عليه أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع وعلى ذلك إذا توفي دائن عن عدة ورثة انقسم الحق بينهم ، فيصبح الواحد منهم دائنًا للمدين استقلالًا بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة¹.

غير أن المشرع المصري قد أورد ضمن الفصل المتعلق بتصفية التركات في القانون المدني المادة 907 و التي نصت على : " إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعرس بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" .

و ظاهر النص قد يوحي بأن القسمة ترد على الحقوق الشخصية ، الأمر الذي يتعارض مع اعتبار الحق الشخصي ينقسم بوفاة الدائن بين الورثة².

إن الثابت أن هذه الحقوق لا تمر بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هي تنقسم منذ البداية بين الورثة ، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها ، و يعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث ، و لا يفهم من نص المادة 907 (ق . م . م) أن الحق الذي للتركة يبقى شائعًا إلى حين القسمة ، فهو ينقسم ، غير أنه إذا وضع هذا الحق كله عند القسمة في نصيب أحد الورثة، فإنما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم ، أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه بموت المورث يصبح مدينًا لكل وارث بمقدار حصته و عندما يقع هذا الحق كله في نصيب وارث عند القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق³، فيكون السند الذي انتقل به الحق إلى الوارث هو الميراث في حدود حصته المستحقة ، و يكون الحوالة فيما زاد على تلك الحصة .

ثانيا : موقف الفقه و التشريع الفرنسي

جميع الأموال تخضع للأثر الكاشف ، و ليس فقط الأموال المادية بل كذلك الديون المستحقة للتركة ، و فيما يتعلق بهذه الأخيرة فإن السؤال الذي كان موضعًا للنقاش قد تم طرحه بخصوص الدين

1 - نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 197.

2 - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق ، ص 232.

3 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 963 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الناتج كتمن لبيع عقار شائع بالمزاد العلني لصالح الغير¹، و سنحاول إبراز موقف الفقه والتشريع الفرنسي بخصوص هذه المسألة مع تبيان أثر الاجتهاد القضائي في تقرير هذا الأثر.

1- معدل القسمة

في نظر القانون المدني فإنه لا يهم ما إذا تمت القسمة عينية بحتة ،أو بواسطة معدل مهما كانت قيمته فإن الأثر الكاشف يتم تطبيقه على المعدل ، و على العكس من ذلك فإن القانون الضريبي لا يطبق الأثر الكاشف على معدل القسمة كونها غير متأتية من المورث مباشرة ،و إنما يدفعها المدين بها²، غير أن الاتجاه العام في الفقه الفرنسي يعتبر أن معدل القسمة يخضع للأثر الكاشف .

2-الحقوق الشخصية

لقد ظهرت صعوبة فيما يتعلق بالديون المترتبة لصالح المورث على الغير فبموجب نص المادة 1220 القديمة و التي حلت محلها المادة 1309 (ق .م.ف) بعد تعديل سنة 2016 ،فإن هذه الديون تنقسم بقوة القانون بمجرد وفاة المورث بين الورثة حسب حصصهم في التركة ،و لكن من جهة أخرى فإن نصوصا عديدة تم إيرادها ضمن القانون المدني يستشف منها أن هذه الديون تدخل ضمن الشيوخ و يجب قسمتها كبقية الأموال ،و هذا ما كانت تنص عليه المادة 832 القديمة من القانون المدني بالإضافة إلى ما تتضمنه المادتان 825 و 884 (ق .م .ف) الحالية ،و هو ما يشكل تضاربا بين النصوص .

و لقد عرفت هذه المسألة تجاذبا كبيرا بين الفقهاء الفرنسيين مرده وجود تنازع من حيث المبادئ و النصوص القانونية ،و قد تم التوجه في البداية لتغليب المادة 1220 (ق . م .ف) القديمة و ذلك بصفة مطلقة ،و تم اعتبار عمليات تقسيم هذه الديون بأنها مجرد اتفاقات بين الورثة على هذه الحقوق التي كانوا يملكونها منذ وفاة المورث ،و تم تكييفها كتصرف حوالة الدين ،و تخضع لنفس الشروط الشكلية و قواعد قابلية الاحتجاج على الغير و ترتب نفس النتائج³.

¹ – Leroyer anne–marie ,Op ,cit ,p479.

² – Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op ,cit ,p490.

³ – Planiol marcel et Ripert georges , Op .cit ,T IV, p 897 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ما يلاحظ أن هذا الرأي هو الذي تبناه فقهاء القانون المصريون كما تعرضنا له سابقا غير أن الاجتهاد الفقهي و القضائي في فرنسا قد تطور بخصوص هذه المسألة على مراحل ليستقر أخيرا على أنه في العلاقة بين الورثة و مدين مورثهم يطبق مبدأ انقسام الدين بمجرد الوفاة بما يسمح للمدين من تسديد الدين من دون أن يلزم عليه انتظار حصول القسمة ليعرف الوريث الذي وقع الدين في حصته ، و بالتالي فيستطيع أثناء الشيوخ تسديد الدين بأن يدفع لكل وريث ما يتناسب مع حصته ، أما فيما يتعلق بعلاقة الشركاء فيما بينهم ، فإن الاجتهاد القضائي استقر على تطبيق الأثر الكاشف ، بحيث أنه و على سبيل المثال إذا قام أحد الورثة أثناء الشيوخ بالتنازل على حصته في الدين لشخص من الغير ، فإن هذا التصرف لا يسري في مواجهة الوريث الذي وقع في نصيبه الدين كاملا بعد القسمة¹.

و يرى البعض بأن من وجهة نظر عملية فإن هذه المزوجة في تقدير الآثار وفقا لطبيعة العلاقات بين الأطراف و التي جسدها الاجتهاد القضائي يمكن ربطها بالتميز بين أعمال الإدارة و أعمال التصرف ،فإدارة الدين و تحصيله هي من الأعمال التي لا تؤثر على نتائج القسمة ، في حين أن التصرف في الدين بالتنازل عنه أو السماح بالحجز عليه فإن هذه الأعمال لديها تأثير على نتائج القسمة و من ثمة يتوجب إعمال الأثر الكاشف في مواجهتها ،و يمكن القول بأن المادة 1309 (ق.م.ف) تتضمن أحكام تنظيم الشيوخ ، و بالتالي فإن الأثر الكاشف لا يمكن أن يطال التصرفات التي تمت بصفة قانونية وفقا لقواعد تنظيم الشيوخ².

3- ثمن بيع العقار الشائع بالمزاد العلني

يعتبر الفقه الفرنسي أنه إذا اتفق بعض الورثة أثناء فترة الشيوخ على بيع أحد العقارات التي تدخل ضمن الكتلة الشائعة ،فإذا بيع العقار للغير عدت هذه العملية بيعا و يتوجب اعتبار ثمن البيع قد تم وضعه مكان العقار ضمن الكتلة الخاضعة للقسمة ، و الإشكال الذي يطرح هو في الحالة التي يسند فيها هذا المبلغ المستحق كدين إلى أحد الشركاء بموجب القسمة ، فهل يعتبر هذا الشريك المتقاسم الذي وقع هذا الثمن في حصته هو المالك الوحيد للعقار أثناء فترة الشيوخ و بالتالي يعتبر هو البائع الوحيد لصالح المشتري ، أو يعتبر أن المشتري قد تحصل على العقار من طرف جميع الورثة ؟

¹ - Voirin pierre et Gourbeaux gilles ,Op .cit ,p 278 .

² - Grimaldi michel ,Op .cit ,p797.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

إن هذه الإشكالية مهمة خصوصا في الحالة التي يقوم فيها أحد الورثة خلال فترة الشيوخ بتوقيع رهن على هذا العقار قبل بيعه .

فعندما يقوم أحد الشركاء بتوقيع رهن على العقار الشائع أثناء فترة الشيوخ ثم يتم بيع هذا العقار للغير و يتم بعد ذلك إسناد ثمن البيع كدين إلى أحد الشركاء الآخرين ، فهل يكون للدائن المرتهن حق الأفضلية على ثمن بيع العقار ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتعلق أساسا بمعرفة ما إذا كان الدين يخضع للأثر الكاشف للقسمة ، و إذا تم اعتباره كذلك ، فإنه يفترض بأن المتقاسم الذي وقع ثمن البيع في نصيبه قد استحقه مباشرة من مورثه و ليس من بقية المتقاسمين ، و بهذا فإن الرهن يعتبر غير ساري بمفعول الرجعية¹.

لقد تأرجح اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بخصوص هذه الإشكالية ليستقر أخيرا منذ سنة 1907 بعد صدور قرار الغرف المجتمعة في القضية الشهيرة chollel-dumoulin²، على تطبيق الأثر الكاشف على ثمن بيع العقار بالمزاد ، و قد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه فيما يتعلق بالعلاقات بين الورثة فإن البيع بالمزاد للعقار الشائع يعد عملية تحضيرية للقسمة و اعتبرت أن البيع قد تم لحساب الكتلة الشائعة³.

أقرت محكمة النقض في هذا القرار تطبيق نظرية الحلول العيني لأجل تطبيق الأثر الكاشف، و بموجب أعمال الحلول العيني فقد تم اعتبار أن الوريث يفترض أنه تحصل على الملكية الحصرية للعقار مباشرة من المورث و أنه يعد البائع الوحيد لهذا العقار الذي وقع ثمن بيعه في نصيبه بموجب القسمة ، و من ثمة فإن أية حقوق أنشأها بقية الورثة سواء على العقار أو على ثمن بيعه تعد صادرة من غير مالك⁴.

إن ما يمكن استخلاصه فيما يتعلق بمدى تطبيق الأثر الكاشف بالنسبة للأموال هو أن التشريع الفرنسي و الاجتهاد القضائي قد أوغلا في تكريس الأثر الكاشف للقسمة فيما يتعلق بالأموال و ذلك بإضافته حتى على الحقوق الشخصية كالحقوق و الديون و ذلك على عكس ما هو وارد في

¹ – Leroyer anne –marie ,Op.cit ,p479.

² – Cass .Ch. Réunies 5 Déc .1907 : D.P.1908,1,113.

³ – Ploniol marcel et Ripert georges ,Op .cit .T IV, p 903 .

⁴ – Grimaldi michel ,Op .cit , p 798 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

التشريع المصري و الذي يتطابق معه التشريع الجزائري و الذي استنتى الفقه فيه إعمال الأثر الكاشف بخصوص معدل القسمة و الحقوق الشخصية و كذا الثمن الناتج عن بيع العقار،ويمكن القول أنه إذا كان استبعاد الأثر الكاشف للقسمة مستساغا فيما يتعلق بالمعدل و الديون كونه يتطابق مع خصوصية أحكام عدم قابلية الالتزام للانقسام و أنه لا تطبق على الديون أحكام الشيوخ،فإنه فيما يتعلق باستبعاد الأثر الكاشف بخصوص ثمن بيع عقار المزاد يبقى يثير بعض الإشكاليات العملية المتعلقة بإيقاع رهون على هذا العقار أثناء فترة الشيوخ، و نرى أن الحل الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية من خلال إعمال نظرية الحلول العيني جدير بالملاحظة و الأخذ به وذلك لضمان حقوق المتقاسمين و تحقيق المساواة بينهم من جهة ،و من جهة أخرى لضمان حقوق الغير و هم أساسا الدائون المرتهنون .

الفرع الثالث : نطاق التطبيق فيما يتعلق بالأشخاص

يتفق غالبية الفقهاء في أن الأثر الكاشف للقسمة يقوم بالنسبة إلى جميع الأشخاص سواء كانوا المتقاسمين فيما بينهم أو تعلق الأمر بالغير .

فالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة ،و يعد تطبيق هذا الأثر فيما بين المتقاسمين المجال الخصب لإعماله كون هذا الأثر يجد أهميته خصوصا في العلاقة بين المتقاسمين لأنه وجد أصلا لحماية كل واحد منهم من تصرفات البقية .

يقصد بالمتقاسمين جميع الملاك على الشيوخ وقت القسمة ،و يستوي في ذلك من كان يملك في الشيوخ منذ بداية الشيوخ و من كان يملك في الشيوخ بعد ذلك ما دام أنه مالك وقت القسمة،ومن ثم يسري الأثر الكاشف على جميع الورثة ،و كذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوخ قبل القسمة ، فليس من الضروري إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوخ قد استمدوا حقوقهم من سند واحد¹.

أما بالنسبة للغير فإنه يحتج عليهم أيضا بالأثر الكاشف للقسمة ،و تطبيقا لذلك أنه لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوخ على المال الشائع،فمثلا إذا رتب أحد الشركاء رهنا على المال الشائع ، سواء ورد هذا الرهن على المال كله أو على جزء معين

¹ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8 ، ص 936 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

منه أو على حصة فيه ، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع في نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه ، حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن ، فالقسمة كاشفة لا ناقله ، و بالتالي يظل الرهن غير نافذ في حقه كما كان قبل القسمة¹.

و إذا كان الفقه المصري قد اقتصر في معالجة هذه المسألة فيما يتعلق بعلاقة المتقاسمين فيما بينهم و علاقة المتقاسم مع الغير لأجل الوصول إلى هدف و غرض ثابت هو حماية المتقاسم من تصرفات غيره ، فإن الفقه و الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يقتصر على ذلك و إنما وسع من دائرة المعالجة ، و ذلك بطرحه لإشكالية ما إذا كان الأثر الكاشف يطبق في العلاقات بين كل متقاسم وبين الغير الذي رتب له حقا ، و كذلك في العلاقات بين الغير الذي رتب له المتقاسم حقا و بين الغير الذي رتب له بقية المتقاسمين حقوقا ، و بعبارة أخرى هل يمكن تطبيق الأثر الكاشف لأجل حل النزاعات التي لا تتعلق بحماية مصالح بقية الورثة ؟

لقد اعتبر الاجتهاد القضائي في فرنسا أن الأثر الكاشف له طابع مطلق في مواجهة الجميع، ففي حالة قيام أحد الورثة بتوقيع رهن على عقار و الذي تم بيعه بالمزاد لا حقا لأحد الشركاء ، فإن الرهن لا يعد ساريا في مواجهة الشريك المشتري ، كما أنه كذلك لا يعد ساريا في مواجهة بقية الدائنين للوريث الراهن ، فإذا تم إسناد جزء من ثمن البيع في حصة هذا الوريث الراهن ، فإن مدينه المرتهن ليس له أي حق أفضلية على هذا الثمن في مواجهة بقية المدينين².

و يذهب بعض الفقهاء إلى نقد هذا التوسع ، و يعتبر أنه ما دام أن الأثر الكاشف قد تم إيجاده لضمان حماية المتقاسمين فيما بينهم ، فإنه يجب استبعاده كلما كانت العدالة بين المتقاسمين متحققة ، غير أن هذا التوسع يستند في تبريره إلى اعتبار القسمة بطبيعتها هي تصرف كاشف³.

المطلب الثالث : نتائج الأثر الكاشف

يترتب على الأثر الكاشف نتائج تتعلق أساسا بالجانب المدني المتمثل في معالجة التصرفات التي يجريها الشركاء إما مجتمعين أو على انفراد على الأملاك الشائعة كقيامهم أو قيام أحدهم ببيع

¹ - نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 191 .

² - Cass .civ,12/01/1909 ,DP1910.1.33 .

³ - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op.cit ,p1043.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

نصيبه في العقار الشائع أو رهنه أثناء فترة الشيوخ ، كما أن خضوع القسمة للأثر الكاشف له نتائج تختلف عن النتائج المترتبة عن التصرفات الناقلة خصوصا .

بالإضافة إلى النتائج المرتبطة بالجانب المدني للأثر الكاشف ، فإن هناك نتائج تتعلق بالجانب الجبائي للأثر الكاشف ، و هذا الجانب تم إهماله من طرف غالبية الشراح عند تعرضهم لدراسة نتائج الأثر الكاشف ، و يمكن رد ذلك إلى أن الجانب المدني هو الأكثر أهمية و ارتباطا بالقانون المدني الخاص في حين أن الجانب الجبائي له ارتباط أكثر بقواعد القانون العام ، غير أنه من الناحية العملية فإن هذا الجانب لديه أهمية تستدعي أن نفرده له جزءا من دراستنا .

إن الإشكالية التي يمكن طرحها تتمثل فيما إذا اعتمد المشرع الجبائي تطبيق مبدأ الأثر الكاشف بصفة مطلقة كما هو الشأن في المجال المدني ، و ما هي الحدود التي وضعها لتطبيق هذا الأثر ؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية على ضوء موقف التشريعات المقارنة يستدعي تحليل نتائج الأثر الكاشف في الجانب المدني و ذلك ضمن الفرع الأول لنستعرض بعدها ضمن الفرع الثاني نتائج الأثر الكاشف في الجانب الجبائي .

الفرع الأول : النتائج المتعلقة بالجانب المدني

كما سبق و أن رأينا فإن الأثر الكاشف قد تم اعتباره كإطار عام لنطاق الحماية اللازمة للمتقاسم في مواجهة التصرفات الصادرة عن بقية الشركاء ، كما قلنا بأن الأثر الرجعي يمثل الأداة الافتراضية ضمن هذا الإطار¹، و عليه فإنه من الناحية السلبية فإن الأثر الكاشف تترتب عنه نتائج تتعلق أساسا بنفي النتائج المترتبة على الأثر الناقل للتصرفات، و من الناحية الإيجابية فإن الأثر الكاشف يترتب نتائج تتعلق بتطبيق الأثر الرجعي على التصرفات التي تمت أثناء الشيوخ والاستثناءات الواردة عليه و هذا ما سنحاول تحليله على ضوء التشريعات المقارنة ضمن البندين التاليين :

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 292 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أولاً : الأثر الكاشف مؤداه نفي نتائج الأثر الناقل

فإذا كانت القسمة كاشفة ،فمعنى ذلك أنه تترتب عليها بالنظر إلى هذا الوصف آثار مختلفة في الأصل عن آثار التصرفات الناقلة¹ ،و أهم هذه النتائج هي عدم اعتبار عقد القسمة عقد مضاربة و إنما عقد مساواة و عدم صلاحية القسمة لأن تكون سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ،بالإضافة إلى أثر هذا الوصف فيما يتعلق بأحكام الشهر و التسجيل .

1-عدم اعتبار عقد القسمة عقد مضاربة

و المقارنة في كل هذا تقوم بين البيع كعقد ناقل و القسمة كعقد كاشف ،فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة ،أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين ،و قد نظمته القانون على هذا الأساس و جعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر و لا بأقل²،و تبعا لذلك تختلف الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن القسمة على تلك الناشئة عن البيع ،و تختلف أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق في القسمة عنها في البيع ، كما يختلف الغبن في القسمة عن الغبن في البيع .

و يظهر ذلك في تحديد شروط الغبن كما يظهر في بيان ما يجب رده لتجنب نقض العقد،فالغبن في القسمة لا يقتصر على العقار ولا يقتصر على المتقاسم ناقص الأهلية كما في البيع ،إذ الفكرة هي تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على جزء مفرز معادل لحصته الشائعة³،و ستكون هذه الأحكام موضوعا للدراسة في حينه بالتفصيل .

¹- حسن كبره ، المرجع السابق ، ص 217 .

²-عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص 969 .

³- مصطفى محمد الجمال ،المرجع السابق ، ص 187 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

2- عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتقادم القصير

مادام أن القسمة كاشفة للحق ، و ليست ناقلة له ، فإنها لا تصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير المدة ، ذلك أن السبب الصحيح تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا عن المالك أو صاحب الحق¹.

و يرجع ذلك إلى أن السبب الصحيح هو التصرف الذي لولا صدوره من غير مالك لكان كافيا بذاته لنقل الملكية إلى المتصرف إليه ، فيكمل هذا النقص الجوهرى فيه بعنصرى الحيازة لمدة قصيرة و حسن نية الحائز ، و على ذلك إذا اتضح أن العقار الذى اقتسمه المتقاسمون لم يكن مملوكا لهم ، فلا يصح للمتقاسم الذى سجل القسمة و هو حسن النية و حاز الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه أن يستند إلى القسمة على اعتبار أنها سبب صحيح يخول له التملك بالتقادم القصير المدة ، فالقسمة ليست سند تملك لكل متقاسم ، و إنما هذا السند هو السند الأصلي للملكية الشائعة ، فيتوقف التقادم القصير على طبيعة هذا السند الأصلي ، فإذا كان يتوافر فيه شروط السبب الصحيح ، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار من غير مالكة، فإن ذلك العقد ، و ليست القسمة هو الذى يعتبر سببا صحيحا ، أما إذا كان السند الأصلي لا يصلح أن يكون سببا صحيحا كالميراث ، فلا يجوز التمسك بالتقادم القصير لا على أساس القسمة و لا على أساس الميراث²، و المدة القصيرة للاكتساب بالتقادم هي عشر (10) سنوات فى القانون الجزائرى حسب ما تنص عليه المادة 828 (ق. م. ج) و هي خمس (05) سنوات فى القانون المصرى حسب نص المادة 969 (ق. م. م) كما أن مدة التقادم المكسب قصير الأمد فى القانون الفرنسى هي عشر سنوات حسب نص المادة 2272 (ق. م. ف) و يتوافق الفقه المقارن والاجتهاد القضائى للتشريعات موضوع المقارنة بخصوص هذه المسألة ولا يوجد اختلاف بينهما .

3- القسمة و أنظمة الشهر

تختلف مقارنة نتيجة الأثر الكاشف للقسمة فيما يتعلق بشهرها أو تسجيلها باختلاف نظام الشهر المعتمد فى كل نظام قانونى محل المقارنة ، و أنظمة الشهر كما هو معروف نوعان شخصى وعينى .

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى ، المرجع السابق ، ص 234 .

² - نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 203 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالشهر في النظام الشخصي لا يبطل عقدا صحيحا ، و لا يصح عقدا باطلا ، بل هو طريق للعلائية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحا كان أو باطلا ، سليما كان أو معيبا ، و هذا النظام يسود العالم اللاتيني ، فهو النظام القائم في فرنسا و في بلجيكا و في إيطاليا ، و هو النظام الذي لا يزال قائما في مصر¹، و هذا النظام يركز في شهر التصرفات على أساس أسماء أصحاب الحقوق العينية الذين يقومون بها .

أما نظام الشهر العيني فيقوم على أساس العقارات في حد ذاتها و ليس على أساس الأشخاص القائمين بالتصرفات ، فهذا النظام يعمل على شهر الحقوق العينية العقارية طبق طريقة و إجراءات معينة بغاية معارضة الغير أو نشأة الحق العيني ، و يهدف بالأساس إلى ضمان استقرار الملكية و تنمية الائتمان العقاري من خلال مبادئه الخمسة التخصيص و الشرعية و المفعول المنشئ و القوة الثبوتية و حضر التقدم المكسب²، و هذا النظام هو الذي اعتمده المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بتأسيس السجل العقاري.

غير أن المشرع الجزائري ووعيا منه بمدى صعوبة تجسيد نظام الشهر العيني في الواقع نظرا لصعوبة عملية المسح و ما تتطلبه من وسائل مادية و بشرية مؤهلة فقد نص في المادة 27 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على أنه و بصفة انتقالية و في البلديات التي لم تتم فيها إجراءات المسح فإن العقود و القرارات تفهرس في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي ، و بذلك فإن نظام الشهر الحالي يشمل في آن واحد نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني³.

والتصرف أو الحكم الذي يكشف عن حق عيني عقاري أصلي ينتج آثاره و يحاج به بين أطرافه في نظام السجل العقاري الشخصي حتى قبل شهره أو تسجيله، غير أن الأمر ليس كذلك في نظام السجل العقاري العيني⁴، و تبعا لذلك سنحاول إبراز موقف التشريعات الثلاثة بخصوص المسألة .

¹ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 374 .

² - علي كحلون ، نظام السجل العقاري ، تونس ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2009 ، ص 9 .

³ - جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 39 .

⁴ - علي بن عزان بن علي الهاشمي ، الآثار القانونية للتسجيل العقاري ، دراسة مقارنة ، مصر المنصورة ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، ط 2010 ، ص 216 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أ-موقف المشرع المصري

تختلف القسمة باعتبارها مقررة أو كاشفة للحق عن التصرفات التي يترتب عليها نقل الملكية كالبيع، إذ في التصرفات الناقلة لا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، أما بالنسبة للتصرفات الكاشفة، فإنه يترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير فقط، لكن تترتب عليها آثارها فيما بين المتقاسمين، أي يعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفروز الذي آل إليه و ذلك فيما بينه و بين غيره من المتقاسمين¹.

فالمشرع المصري بتبنيه لنظام الشهر الشخصي يفرق بالنسبة للحقوق العينية الأصلية بين التصرفات و الأحكام المنشئة أو الناقلة للملكية حيث يجعل من نتيجة عدم تسجيلها إنعدام نشوء أي حق أو أثر على الحكم أو التصرف غير المسجل، و بين الأحكام و التصرفات المقررة أو الكاشفة لها التي يكون جزاء عدم تسجيلها مجرد عدم إمكانية الاحتجاج بها على الغير²، و قد نصت المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 المتضمن تنظيم الشهر العقاري في مصر على أنه: " جميع التصرفات و الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير .

و يسري هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها أموالا موروثة "

فالغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع بالقسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع، و ذلك سواء تمت القسمة بالاتفاق أو بحكم قضائي أو بحكم القانون³.

و قد قررت محكمة النقض المصرية " بأن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري أنه بمجرد حصول القسمة و قبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه و بين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية

¹ -توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 275 .

² -عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ج 1، ص 20 .

³ -عيد الفتح مراد، المرجع السابق، ص 129 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم و أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة" ¹ .

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها " إلى أن المقصود بالغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة " ² .

ويلاحظ أن التسجيل إنما شرع لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة، فهي حماية مقررة لصالح الغير، ولكنها ليست مفروضة عليه، ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة ³ .

ب-موقف المشرع الفرنسي

جاء القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 خاليا من قواعد الشهر العقاري باستثناء إشهار عقد الهبة و إجراءات تطهير العقار من الرهون ، و قد كان ذلك موضع انتقاد من رجال القضاء ، و قد تراجع المشرع عن هذا الاتجاه بموجب قانون 1855/03/23 المتعلق بقيد الرهون ، ووضع قاعدة تسجيل (Transcription) الأعمال القانونية والأحكام القضائية بمكتب الرهون لمواجهة الغير بها ، ثم سرعان ما تعاقبت التنقيحات و أهمها حدث خلال سنتي 1935 و 1955 في اتجاه تكريس هذا الاتجاه ، و كان ذلك سببا في ظهور النظام الشخصي بفرنسا ، و هذا النظام تأثرت به عدة بلدان أهمها مصر ⁴ .

إن التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على نظام الشهر بموجب المرسوم رقم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 قد أدخل مصطلح الشهر (publication) عوضا عن التسجيل

¹ - نقض مدني مصري 30 / 01 / 1975 ، طعن رقم 291 سنة 39 قضائية ، نقلا عن معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 1601 .

² - نقض مدني مصري 1992/01/05 ، طعن رقم 1004 سنة 46 قضائية، نقلا عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 269 .

³ - عبد المنعم فرج الصده، ا حقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،لمرجع السابق ص 236

⁴ - على كحلون ،نظام السجل العقاري ،المرجع السابق ، ص 27.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

(transcription)،و الذي يهدف إلى تجسيد آثار نقل الحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير،و التي تمت بين الطرفين بمجرد تبادل الرضا ،فالشهر قد بقي كشكلية تهدف لإعلام الغيرو أثرها القانوني الأساسي هو إحباط المناورات الاحتياطية و تسهيل الفصل في النزاعات التي تقع بين المالكين المتتابعين ،و قد سعى المشرع من خلال هذا الاصلاح إلى تحسين تنظيم الشهر من خلال استحداث بطاقة عقارية معدة لمركزة المعلومات و هذه البطاقة تتضمن بطاقات شخصية بأسماء الاشخاص و بطاقات عقارية مخصصة للعقارات ،و إن استحداث ذلك قد شكل تحولاً لنظام الشهر العقاري من الشهر الشخصي المحض إلى نظام مختلط¹.

غير أنه و لأسباب تاريخية فقد تأثرت منطقتا الألزاس و لوران بالتوجه الالمانى في تنظيم السجلات العينية ،و خضعت هذه المناطق انطلاقا من سنة 1924 إلى التشريع الفرنسي ،و قد صدر أمر بتاريخ 1924/11/18 يتعلق بمسك السجل العيني بمقاطعتي الالزاس و لوران و تم اعتماد دفتر واحد و يبدو هذا النظام مختلطا في مبادئه بحكم رغبة المشرع الفرنسي في المزوجة بين مبادئ السجلات العينية و خواطر القانون المدني الفرنسي ، لكنه يمثل أهم التجارب العينية التي ظلت قائمة أمام هيمنة القانون الفرنسي².

و قد أوجب المشرع الفرنسي بأن يكون انتقال التركات العقارية موضوعا لإشهار الشهادة التوثيقية ،و مع ذلك يتعين أن تخضع القسمة للشهر لزوما لأجل تحديد الإسناد الذي تم لكل واحد من الورثة حسب ما نصت عليه المادة 28 من هذا المرسوم³، فانتقال التركة إلى الورثة بفعل الوفاة يشكل تصرفا ناقلا للملكية يرتب آثارا مختلفة عن قسمة التركة الذي يشكل تصرفا كاشفا للحقوق .

بالرجوع إلى أحكام المرسوم 55-22 المتضمن إصلاح الشهر العقاري يتضح أن المشرع الفرنسي قد فرق بين العقود و القرارات التي تخضع للشهر الإلزامي و بين تلك التي تخضع للشهر الاختياري ، كما أنه فيما يتعلق بالعقود و القرارات التي تخضع للشهر الإلزامي قد ميز بين الغاية أو الهدف المتوخى من هذه العملية ،فقد يكون الشهر بهدف الاحتجاج به على الغير و قد يكون هدفه إعلام الغير فقط .

¹ -Piedelièvre stéphane, Traité de droit civil , La publicité foncière, L.G.D.J ,Paris ,2000,p12 .

² - علي كلون ،نظام السجل العقاري،المرجع السابق ، هامش رقم 01 ،ص 32.

³ - Planiol marcel et Ripert georges ,Op.cit T IV,p912.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و قد نص المشرع الفرنسي على أن العقود و القرارات الكاشفة و التي تقع القسمة ضمنها تخضع للشهر الإلزامي ، غير أن هدف هذا الشهر ليس للاحتجاج به على الغير و إنما هدفه إعلام الغير فقط (publicité obligatoire à fin d'information).

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد رتب جزاءات على انعدام الشهر الإلزامي وذلك بحسب الغاية من الشهر نفسها ، فإذا كانت الغاية من الشهر الإلزامي هي الاحتجاج بها على الغير و سريانها في مواجهته (publicité obligatoire à fin d'opposabilité)، فإن العقد أو القرار القضائي غير المشهر ينتج آثاره فيما بين أطرافه ، غير أنه لا يسري في مواجهة الغير¹.

غير أنه توجد حالات لا يمكن فيها إعمال أثر عدم الحجية في مواجهة الغير باعتباره الجزاء الطبيعي لانعدام الشهر ، و هذا ينطبق على حالات انعدام الشهر الذي تكون غايته إعلام الغير .

ففي حالات الشهر الإلزامي بهدف إعلام الغير ، لا يمكن تطبيق عدم الحجية في مواجهة الغير ، كما هو الامر في حالة انتقال الملكية بسبب الوفاة أو حالة صدور حكم كاشف بالقسمة والذي يعاين فقط حقيقة الحق الموجود مسبقا ، ففي هذين المثالين لا يمكننا افتراض أن المتوفي مازال حيا ، كما أن إعمال عدم السريان في مواجهة الغير من شأنه إسقاط نظام الأثر الكاشف²، وهذا هو السبب الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى وضع العقود و القرارات الكاشفة ضمن التصرفات التي تخضع للشهر الإلزامي بهدف إعلام الغير فقط ، و لكن المشرع لم يترك إهمال الشهر في هذه الحالة من دون جزاءات و إنما رتب على ذلك جزاءين أساسيين ، الأول يتعلق بنشوء المسؤولية المدنية في حق الأطراف التي لم تقم بالشهر بغرض التعويض للغير في حال ثبوت وجود ضرر لهذا الغير ، و الجزاء الثاني يتعلق بمبدأ الأثر النسبي للشهر العقاري و هو جزاء غير مباشر كونه يمنع ذوي حقوق الشخص الممتنع عن الأشهار من إجراء إشهار بخصوص هذه الحقوق و ذلك استنادا إلى المادتين 03 و 30 من المرسوم .

¹- Piedelièvre stéphane, Op. cit ,p245 .

²- Piedelièvre stéphane, Op. cit ,p245 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فشهر القسمة باعتبارها تصرفا كاشفا يختلف من حيث النتائج عن شهر التصرفات الناقلة التي يترتب على عدم شهرها أنها لا يحتج بها على الغير و لا تسري في مواجهته ، في حين أن عدم شهر القسمة ينتج أثرها حتى في مواجهة الغير و لا يتيح لهم إلا وجوب تعويضهم في حال ثبوت الضرر¹.

و قد ذهب محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأنه و بإعتبار أنه لا يترتب على عدم شهر الأعمال المعينة الجزاء المتمثل بعدم الحجية على الغير حسب ما نصت عليه المادتان 28 و30 من مرسوم 1955/01/04 ، فإنه يحتج بالقسمة الودية لأموال تركة على الدائن الذي أجرى لاحقا قيد رهن عقاري قضائي على العقارات التي تم وضعها ضمن حصة وارث آخر غير مدينه².

و اعتبارا لكون مرسوم 1955/01/04 قد أخضع الشهادة التوثيقية لنقل الملكية بسبب الوفاة ، وكذلك كل العقود و القرارات الكاشفة للشهر العقاري ، فإن ذلك ليس شرطا للاحتجاج به على الغير ، و لكن وسيلة للإعلام فقط ، و الجزاء المترتب عن عدم القيام بالشهر هو إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر لصالح الغير الذين قاموا بشهر حقوق خاصة بهم و بالتالي فإنه لا يوجد أي تعارض بين إلزامية شهر القسمة و بين الطابع الكاشف لها³.

ج-موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لا يفرق بين التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة من حيث إلزامية الشهر و أثره ، فالقسمة الواردة على العقارات سواء كانت ودية أو قضائية يجب أن يتم شهرها حتى تنتج آثارها بالنسبة للشركاء المتقاسمين فيما بينهم أو بالنسبة إلى الغير .

ينبغي التنويه أن نظام الشهر العقاري قد مر بمراحل مختلفة خلال فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر و أهم هذه المحطات هي صدور القانون المتعلق بالإشهار العقاري (التسجيلات الرهنية آنذاك)(loi sur la transcription hypothécaire) الصادر بتاريخ 23 مارس 1855 و الذي تضمن وجوب تسجيل العقود الناقلة للملكية العقارية أو المرتب عليها ديونا أو أعباء حتى تكون حجة

¹ - Grimaldi michel ,Op.cit ,p799

² - Cass. civ.1^{re}, 21/11/1967,Bull.civ.1967,I,n°342 ,D1968.342

³ - Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV ,p878

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

على الغير ،مع الإشارة بأن هذا القانون لم ينص آنذاك على إشهار عقود القسمة باعتبارها عقود كاشفة ، غير أنه نص على وجوب إشهارها لاحقا بمقتضى المرسوم التشريعي المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 ،و إن هذه القوانين امتد تطبيقها إلى الجزائر¹.

و قد صدر لاحقا المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04/01/1955 المتضمن إصلاح نظام الشهر العقاري في فرنسا ،و قد تلاه صدور المرسوم رقم 59 / 1190 المؤرخ في 21/10/1959 المتضمن إصلاح نظام الشهر العقاري في الجزائر ،و هاذان المرسومان يعدان متطابقين سواء من حيث القواعد و الإجراءات و هما يحتويان على مبادئ نظام الشهر الشخصي بصفة غالبية مع ميولات لتجسيد نظام شبه مختلط كما تعرضنا له مسبقا .

بعد الاستقلال صدر أمر يقضي بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية التي لا تتضمن تعارضا مع مبادئ السيادة الوطنية كمرحلة انتقالية لغاية صدور القوانين الوطنية ،و هكذا استبقى المشرع الجزائري بعد الاستقلال العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي و المرسوم 1190/95 المتضمن إصلاح نظام الشهر العقاري في الجزائر ،فبقي نظام الشهر الشخصي مطبقا في الجزائر على غرار نظام الشهر المطبق في فرنسا².

و إذا كان نظام الشهر العقاري الذي ورثته الجزائر عن التشريع الفرنسي ذا طابع شخصي ،فإنه لم يبق كذلك على إطلاقه لأن المشرع بدأ يتجه إلى التلميح بالأخذ بمبادئ نظام الشهر العيني و ذلك ضمن القوانين المختلفة التي سبقت صدور الأمر 75 / 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ،و الذي جسد فيه صراحة الأخذ بنظام الشهر العيني³ .

يرى البعض أن الأشهار العقاري في الجزائر له مزاج عيني،بمعنى أنه يتم بعنوان العقارات،غير أنه في البلديات التي لم يمسهامسح ،و بصفة مؤقتة ،فالعقود و القرارات القضائية محل الأشهار تتم في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة ممسوكة وفق نظام الشهر الشخصي ويتم الشهر

¹- محمد بوركي ،التوثيق و الإشهار العقاري ، الجزء الأول ،مقال منشور بمجلة الموثق ،دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ،الجزائر ، العدد الخامس ، ديسمبر 1998 ، ص 31 .

²- عمر صدوق ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1982 ، ص 17 .

³- جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 62 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

بأسماء الأشخاص المالكين حسب ما نصت عليه المادة 27 من الامر 74/75 و بذلك يشمل نظام الشهر العقاري الحالي في آن واحد طابع الشهر العيني و الشهر الشخصي¹.

هذا و يلاحظ أن نظام الشهر العيني الذي أخذ به الأمر 74/ 75 و المرسوم رقم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و المرسوم رقم 63/ 76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري لم يجسد فيه مبادئ نظام الشهر العيني بصفة مطلقة ،ذلك أنه لم يعط للشهر القوة الثبوتية المطلقة بحيث أجاز الطعن في التصرفات المشهورة بموجب المادة 85 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه،كما لم ينص صراحة على مبدأ حظر التقادم و ذلك على الرغم من أن هذين المبدأين يعتبران من أهم المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام².

لقد نصت المادة 15 من الامر 74/75 على أن : "كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية،غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

كما نصت المادة 16 من الأمر نفسه على : "إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ،لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية "

إن التصرفات و العقود سواء كانت صادرة من جانب واحد أو من جانبين،وكذا العقود المغيرة لحق عيني عقاري أو المنهية لهذه الحقوق و كذلك العقود الكاشفة لحق عيني أو عقد الصلح إذا انصب على حقوق عينية وجب إشهارها لانتقال الملكية فيها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير و بغض النظر عن كون الحق كان موجودا من قبل إبرام العقد الكاشف له ،أما القرارات و الأحكام القضائية النهائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية التي تكرر حقوقا عينية عقارية أو تعدل أو تغير أو تزيل أو تكشف عنها فإنه يجب إشهارها كالأحكام المتعلقة بالقسمة و الصلح و الحكم المكرس لاكتساب الملكية بالتقادم ، علما أن وجوب إشهار هذه الأحكام لم يرد في نص المادة

¹ - محمد بوركي، التوثيق و الاشهار العقاري ،الجزء الثاني ، مقال منشور بمجلة الموثق ،الجزائر ،العدد السادس ،أفريل 1999،ص 28 .

² - جمال بوشنافة ، المرجع السابق،ص62.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

16 من الأمر رقم 75/74 المذكورة أعلاه ،و لكن نصت عليه المادة 14 منه ،و بعض مواد المرسوم التنفيذي رقم 63 /76 المطبق لقانون الشهر¹.

و حسب رأينا فإن تطبيق مبدأي القوة الثبوتية المطلقة و القيد المطلق اللذين يقوم عليهما نظام الشهر العيني ، يجب أن يتم تحليله على ضوء ما إذا كانت القسمة ودية أو قضائية ، فالقسمة الودية باعتبارها عقدا كاشفا للحقوق العينية ،لا تكون حجة على الغير و لا فيما بين ذوي الشأن إلا إذا تم شهرها ، ذلك أن نظام الشهر العيني هو الذي ينشئ الحقوق العينية و يكشف عنها ،فالقسمة الودية غير المشهورة لا تكون حجة على الغير ،و كذلك لا تنتج أثرا في إفرار العقار الشائع حتى فيما بين المتقاسمين².

أما القسمة القضائية التي تتم بموجب أحكام و قرارات قضائية فإن من شأن تطبيق المبدأين المذكورين أن يصطدم بمبدأي حجية الشيء المقضي به و قوة الشيء المقضي به و اللذين يتعلقان بالحكم القضائي عند صدوره و بعد صيرورته نهائيا .

فالحكم عند صدوره تكون له حجية الشيء المقضي به ،و هي حجية نسبية لا تسري إلا في مواجهة طرفي الخصومة ، كما أن قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) تنتج أثرها حتى في مواجهة الغير³،و عليه فإن القسمة القضائية التي تتم بموجب الحكم و خلافا للقسمة الودية لها حجة فيما بين أطراف الخصومة ،غير أن الحكم لا يكشف عن الملكية لا فيما بين الأطراف و لا في مواجهة الغير إلا بعد إشهارة في المحافظة العقارية⁴.

ألا يمكن القول على ضوء هذا التحليل بأنه يوجد تضارب و تعارض من شأنه أن يقوم بخصوص القسمة و آثار التصرفات الكاشفة عموما خصوصا في الحالة التي تتم بموجب أحكام قضائية و بين تطبيق مبادئ نظام الشهر العيني بصفة بحتة و مطلقة حسب ما تبناه المشرع الجزائري.

¹- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ،الجزائر ، دار هومة ، طبعة جديدة ،2013، ص 71،72 .

²- جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 245 .

³- يحيى بكوش ،أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة ، الجزائر ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، 1981 ،ص 374 .

⁴- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ،المرجع السابق ، ص 73.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالمشروع حسب نص المادة 15 من الأمر 74/75 لا يعترف بغير الشهر لنقل الملكية العقارية أو الكشف عنها ،و اعتبر أن هذه الحقوق لا وجود لها و لا تسري في مواجهة الكافة إلا من تاريخ شهرها ،في حين أن المادة 730 (ق .م .ج)تعتبر أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه بموجب القسمة بأثر رجعي منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ .

إن المشروع الجزائري قد استثنى الحقوق الميراثية التي تنتقل فيها الملكية بالشهر لكن بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ الوفاة ،و قد يرى البعض أن ذلك كاف لنفي التعارض الذي ذكرناه ، غير أننا نرى بأن ذلك غير كاف لقصر المشروع ذلك على الشيوخ الميراثي فقط في حين أن الإشكال والتعارض يبقى مطروحا في حالات الشيوخ الاتفاقي ، و عليه فإننا نرى أنه من المناسب أن يمدد المشروع الجزائري هذا الاستثناء المتضمن تطبيق الرجعية إلى التصرفات الكاشفة للملكية و من ضمنها القسمة العقارية عوضا عن قصره على انتقال الحقوق الميراثية فقط و ذلك بتعديل المادة 15 من الأمر 74/75 بصياغتها على الشكل التالي :

"...غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة و التصرفات الكاشفة للحقوق العينية يسري مفعولها بأثر رجعي من يوم الوفاة أو من يوم اكتساب هذه الحقوق "

إن ما يمكن استخلاصه في الأخير أن التشريعات الثلاثة محل المقارنة قد اختلفت فيما يتعلق بنتائج الأثر الكاشف للقسمة في الجانب المتعلق بالشهر و ذلك راجع إلى اختلاف أنظمة الشهر المعتمدة فيها ، ففي مصر تختلف القسمة باعتبارها كاشفة للحق عن التصرفات الناقلة و من ثمة فإن عدم تسجيلها يرتب أنها لا تكون حجة على الغير فقط في حين أنها تسري بين المتقاسمين ،و قد توصل المشروع الفرنسي إلى نفس الحل من خلال اعتبار أن العقود و القرارات القضائية الكاشفة غير المشهورة تنتج آثارها بين أطرافها فقط و لا تسري في مواجهة الغير ، و أن المشروع الفرنسي قد توصل إلى هذه النتيجة من خلال المقاربة التي اعتمدها في التمييز في الغاية من الشهر الإلزامي بين هدف الإعلام و هدف الاحتجاج على الغير ،في حين أن المشروع الجزائري لم يفرق بين التصرفات الناقلة للملكية والكاشفة عنها من حيث أثر عدم شهرها و اعتبر أن عدم شهر القسمة لا يرتب أي أثر سواء فيما بين المتقاسمين أو تجاه الغير .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ثانيا : النتائج المرتبطة بالآثر الرجعي

تعد الرجعية غير طبيعية كونها تمس باستقرار المعاملات و أمنها القانوني ، و بالتالي فإنه لا يتم الأخذ بها إلا ضمن حدود معينة بهدف ضمان حقوق بقية المتقاسمين ، و يرتبط إعمال الرجعية بشكل أساسي بمسألة تنظيم الشيوخ ، فكلما وجدت قواعد تضبط تنظيم الشيوخ فإن مفعول الرجعية يتقلص و على العكس ، و لهذا نجد أن الرجعية قد تم الأخذ بها بصفة مطلقة في التشريع الفرنسي عند صدوره في بداية الأمر ليتغير هذا التصور بعد صدور التعديلات التي نصت على تنظيم الملكية الشائعة ، في حين أن التشريعين المصري و الجزائري قد تضمننا منذ صدورهما أحكاما لتنظيم الشيوخ و هو ما جعل القواعد التي تحد من الرجعية المطلقة واضحة فيها منذ البداية ، و الرجعية تتعلق أساسا بالتصرفات الصادرة أثناء الشيوخ و قد تضمن القانون و كذلك الممارسة القضائية حدودا لتطبيق الرجعية سواء فيما يتعلق بالتصرفات أو فيما يتعلق ببعض المسائل الخاصة والتي سنحاول تحليلها ضمن ما يأتي .

1- تطبيق الرجعية على التصرفات

اختلف التشريعان المصري و الجزائري في مقاربتهما لتطبيق الرجعية على التصرفات عما قرره المشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة و ذلك سواء بالنسبة للرهون أو البيع .

أ- موقف التشريعين المصري و الجزائري

يجوز للشركاء أن يتفقوا على التصرف في المال الشائع سواء بالبيع أو الرهن و يكون ذلك بالإجماع بينهم ، و التصرف الذي على هذا الأساس لا يخضع أبدا لقاعدة الأثر الرجعي للقسمة ، فهذه القاعدة إنما ترمي إلى حماية الشريك الذي يقع في نصيبه بمقتضى القسمة جزء مفرز من المال الشائع ، و ليس من المعقول أن يتأثر مثل هذا التصرف بما تسفر عنه القسمة من نتائج لأنه لا يتضمن مساسا بحق أي شريك ، و لا داعي للتفرقة في الحكم بين تصرف ناقل للملكية و تصرف منشئ لحق عيني آخر كالرهن مادام أن الشركاء قد ارتضوا هذا التصرف¹.

¹ - عيد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 176 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالرهن الصادر من جميع الشركاء يبقى نافذا أيا كانت نتيجة القسمة و هذا الحكم جاءت به الفقرة الأولى من المادة 1039 (ق.م.م) و التي تقابلها الفقرة الأولى من المادة 890 (ق.م.ج) ويبقى الرهن قائما حتى لو تم بيعه لعدم إمكان قسمته .

و إذا كان حكم هذه المادة يتعلق بالرهن الرسمي فقد وقع خلاف بين الفقهاء بخصوص تمديده ليشمل الرهن الحيازي ،فذهب اتجاه إلى أن هذا الحكم قاصر على الرهن الرسمي فقط بموجب النص ،في حين ذهب فريق آخر أن حكم هذه المادة يشمل جميع رهون بما فيها الرهن الحيازي على أساس أن الأثر الرجعي للقسمة لا ينطبق في حال وقوع إجماع من الشركاء على التصرف¹، و حسب رأينا فإن الرأي الثاني هو الأولى بالأخذ به كون أنه في حال إجماع الشركاء على توقيع الرهن الحيازي فإن مسألة تسليم العين المرهونة للدائن المرتهن تصبح ممكنة وفقا للاتفاق.

إذا كان الرهن الصادر بالإجماع لا يطرح أية إشكالات ،فإن الرهن الصادر عن أحد الشركاء يطرح عدة إشكاليات بخصوص استبعاد الأثر الرجعي و ذلك بعد إتمام القسمة و حول مصير هذا الرهن الصادر عن الشريك منفردا ،و في الواقع فإن رهن الشريك منفردا يمكن أن يقع في ثلاثة فروض أساسية ،فإما أن يقوم برهن جزء مفرز أو شائع يتطابق مع حصته ، كما قد يقوم الشريك برهن العقار كله ،و سنحاول بيان هذه الفروض الثلاثة :

1-رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز

فإذا نتج عن القسمة أن اختص هذا الشريك بالجزء المفرز الذي رهنه فإن الرهن يستقر على هذا الجزء و يكون نافذا في مواجهة الشريك الراهن .

أما إذا وقع الجزء المرهون في نصيب شريك آخر لم ينفذ هذا الرهن في مواجهته ،و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 1039 (ق.م.م) وتقابلها المادة 890(ق.م.ج)على أن الرهن في هذه الحالة ينتقل بمرتبته إلى قدر من الأعيان التي وقعت في نصيب الشريك الراهن يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل .

¹ - توفيق حسن فرج ،المرجع السابق ، ص 203.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

II-رهن الشريك على الشيوع ل حصته الشائعة

كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها بأن يرهنها ،غير أن هذا الرهن يتوقف على نتيجة القسمة ،فإذا وقع في نصيب الراهن جزء مفرز مساو للحصه الشائعة المرهونه فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العيني أي حلول الجزء المفرز محل الحصه الشائعة ،و ليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها ،لأن القسمة تقررت على الملكية محل الرهن و ليس على الرهن نفسه¹.

و قد اختلف الفقه القانوني في تكييف انتقال حق الرهن من الحصه الشائعة إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن،فذهب الرأي الأول بأن انتقال الرهن يتم وفق مبدأ الحلول العيني ،في حين يذهب الرأي الثاني إلى أن انتقال حق الرهن يتم كأثر طبيعي للقسمة ،طالما أن الراهن قد اختص بجزء مفرز في العين الشائعة ذاتها،فالرهن يتركز في الجزء المفرز الذي أختص به الراهن ،و هذا لا يعتبر حلولا عينيا².

و إذا وقع في نصيب الشريك الراهن بعد القسمة جزء مفرز في عقار آخر غير العقار الذي رهن فيه حصته الشائعة ،فإن المشرع قرر بموجب المواد السالفة الذكر انتقال الرهن إلى هذا العقار بنفس المقدار.

حتى ينفذ هذا الانتقال في مواجهة الغير ،فلا بد أن يقوم الدائن المرتهن بعد تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن ،بقيد جديد يبين فيه هذا القدر و ذلك في خلال تسعين (90) يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ،فإذا تأخر عن هذا الميعاد فلا يسقط حقه في انتقال الرهن على الأعيان الأخرى ،و لكن تسقط مرتبته التي اكتسبها من قبل ،فإذا قام بقيد جديد تحسب له مرتبة جديدة من تاريخ هذا القيد³.

1 - سمير تناغو ،المرجع السابق ، ص 89

2 - هيو إبراهيم قادر الحيدري ،المرجع السابق ، ص 253،254.

3- سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 91.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أما إذا تم بيع العقار أو تصفيته لعدم إمكان قسمته و اختص الشريك الراهن بمبلغ معين من النقود فإن حق الدائن صاحب الرهن ينتقل إلى هذا المقابل النقدي بمقتضى ما له من أفضلية¹.

أما إذا وقع العقار الذي تم رهن حصة شائعة منه بأكمله ضمن حصة الشريك الراهن ،فإن الرهن يبقى ساريا في حدود الحصة الشائعة المرهونة في الأصل ،و لا يمتد الرهن لكامل العقار .

III-رهن الشريك في الشيوع للعقار كله

و هذا الرهن لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين و يظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة ،فإذا وقع العقار كله ضمن حصة الشريك الراهن يصبح الرهن نافذا ،أما إذا وقع في نصيبه جزء فقط من العقار المرهون فإن حق الدائن المرتهن يستقر على هذا الجزء ،و ما زاد على ذلك لا يسري في مواجهة باقي الشركاء².

إذا كانت الفروض السابقة و المتعلقة بحالة رهن الشريك لحصة أو كامل العقار قد عالجتها المادة 1039 (ق.م.م) و التي تقابلها المادة 890(ق.م.ج) فإن حالات التصرف و خصوصا بالبيع قد أفرد لها المشرع المصري نصا خاصا ضمن أحكام تنظيم الشيوع و هو نص المادة 826 (ق.م.م) و الذي يقابله نص المادة 714 (ق.م.ج)و التي بموجبها فإن المشرع قد أعطى للشريك حق التصرف في حصته ،فإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف،انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، كما أعطى القانون للمتصرف إليه الحق في ابطال التصرف إذا كان مجهل أن المتصرف لم يكن يملك العقار المتصرف فيه ملكية مفرزة .

وقع خلاف بين فقهاء القانون المصريين بخصوص مدى وجود اختلاف بين أحكام المادتين 826 فقرة 2 و 1039 فقرة 2 من القانون المدني المصري ،فذهب أصحاب الرأي الأول إلى وجود اختلاف كون المادة 826 (ق. م . م) تقتض أن تصرف الشريك ورد على جزء مفرز من العين الشائعة ،ثم وقع في نصيبه جزء آخر من العين ذاتها،بينما تقتض المادة 1039 (ق. م . م) أن الرهن الذي عقده الشريك ورد على جزء مفرز من عين شائعة ،ثم وقعت في نصيبه جزء من نفس العين أو

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،المرجع السابق ، ص 193.

² - توفيق حسن فرج ،المرجع السابق ، ص 216.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

جزء من عين أخرى تدخل أيضا في نطاق المال الشائع،و يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن هذا الاختلاف بين المادتين معقول ،فكل تصرف فيما عدا الرهن لا يتحقق الحلول في شأنه إلا بالنسبة إلى جزء آخر من العين ذاتها كأن يبيع الشريك جزءا مفرزا من الأرض الشائعة ثم يقع في نصيبه جزء آخر من الأرض ذاتها ،فإذا كان المال الشائع يشمل مثلا منزلا و قطعة أرض ،ثم باع أحد الشركاء جزءا مفرزا من الأرض ،و لكن وقع المنزل في نصيبه عند القسمة ، فلا يصح أن ينتقل حق المشتري من الأرض إلى المنزل ، في حين أنه لو كان التصرف رهنا و ليس بيعا فهو جائز ،لأن المهم في الرهن هو القيمة النقدية للشيء المرهون¹.

في حين يذهب أصحاب الرأي الثاني أنه لا يوجد فرق بين أحكام المادتين و أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى ما آل إلى الشريك المتصرف بطريق القسمة سواء كان في العين ذاتها ،أو في عين أخرى غير التي تم التصرف في جزء منها².

و حسب رأينا فإن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني هو الأولى بالأخذ به لسببين أحدهما أن للمتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف إذا كان جاهلا بأن الشريك المتصرف لم يكن يملك العقار ملكية مفرزة ،و السبب الثاني هو ما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية الخاصة بالقانون المدني المصري " كون الفقرة الثانية من المادة 826 في المشروع التمهيدي كانت تنص على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف ،و قد قررت لجنة المراجعة تعديل هذه الفقرة كما هي في النص الحالي بما يجعل حكمها متققا مع حكم الرهن في المال الشائع و مع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى،أي جعل حق المشتري يرد على العين المفرزة التي يختص بها البائع عند القسمة سواء كانت العين المباعة أو غيرها و جعل للمشتري الحق في إبطال البيع في حالة ما إذا كانت العين هي غير العين المباعة"³.

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،المرجع السابق ، ص 184

² - عيد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، في التأمينات العينية و الشخصية ، ج 10 ، بيروت ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3 الجديدة ، 2009 ، ص 334 .

³ - رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 97.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ب-موقف التشريع الفرنسي

فيما يتعلق بالرهن فإنه يمكن أن نكون بصدد ثلاثة فروض أساسية ،فإما أن يكون الرهن قد تم إنشاؤه من طرف الشريك الذي وقع العقار المرهون في نصيبه ،و إما أن يكون الرهن قد تم إنشاؤه من شريك آخر أو من طرف كل الشركاء .

الفرض الأول : العقار المرهون كلياً أو جزئياً يقع ضمن نصيب الشريك الراهن

في هذه الحالة فإن الرهن يبقى سارياً و يحتج به على الشريك الراهن, غير أن التساؤل يطرح بخصوص ما إذا كان محل الرهن العقار بأكمله أو حصة الشريك الراهن فقط و هو ما نفضله ضمن الحالتين الآتيتين :

I-عندما يكون الشريك قد أنشأ رهناً على كامل العقار،و يتم إسناد هذا العقار بأكمله له فهل يبقى الرهن قائماً أم ينحصر إلى الجزء الشائع الذي كان للشريك قبل القسمة ، على أساس أن باقي الأجزاء في هذا العقار كانت خاصة ببقية الشركاء .

لقد كانت هذه الحالة محل نقاش في الفقه الفرنسي قبل صدور تعديل سنة 1976 المتضمن تنظيم الشيوخ ، غير أنه بعد التعديل فإن المادة 815-3(ق . م . ف) أصبحت تخضع أي تصرف من هذا النوع للإجماع و إلا كان غير منظم ،و لكن دون اعتباره باطلاً ،و إنما يعتبر غير قابل للاحتجاج به في مواجهة بقية الشركاء،و إن بقاءه سارياً بعد القسمة يرتبط أساساً بنتائجها¹،وهذا ما توصل إليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية .

II-عندما يقوم الشريك برهن حصته فقط في العقار الشائع و بعد القسمة يسند له هذا العقار فإن الرهن يبقى مستقراً في هذا الجزء فقط و لا يمتد إلى كامل العقار، ماعداً إذا تم الاتفاق على ذلك².

الفرض الثاني : العقار المرهون كلياً أو جزئياً يقع ضمن نصيب شريك آخر

¹ - Jourdain pierre: Note Sous Civ.1^{er} ,07/07/1987 ;Bull.Civ.1987 , I ,n° 221,JCP,1988.T II.20999.

² - Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op.cit ,p496.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

إن الهدف الأساسي لتطبيق الأثر الكاشف للقسمة يتجلى ضمن هذه الفرضية ،فالمشرع الفرنسي كفل الحماية فقط للمتقاسم بعد القسمة مضحيا بكل مصلحة للدائن المرتهن و يرجع هذا إلى اعتناق القانون الفرنسي فكرة الأثر الرجعي للقسمة على إطلاقها ، و هي فكرة يؤدي منطقتها إلى إهدار كل حماية للدائن المرتهن ، لأنه إذا صدر الرهن من مالك على الشيوع و لم يقع في نصيبه بعد القسمة العقار الذي رتب عليه الرهن ، فإنه بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر كأنه لم يكن مالكا في أي يوم من الأيام لهذا العقار¹.

و تظهر أهمية تطبيق الأثر الرجعي في المثال الذي يكون فيه الشريك الراهن مدينا للتركة في نفس الوقت ، و يتم عند القسمة استغراق هذا الدين في مقابل حصته، فإذا تم القبول بسريان الرهن فإن ذلك مؤداه أن يستفيد هذا الشريك من حصته مرتين و هذا يتنافى مع مبدأ العدالة في القسمة².

الفرض الثالث :إسناد العقار المرهون من طرف كافة الشركاء لأحد المتقاسمين

لقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا مشهورا³، ذهبت فيه إلى أنه إذا نتج عن القسمة أن اختص بالعقار واحد من الشركاء فإن الرهن لا يبقى نافذا في حقه إلا بمقدار نصيبه في العقار الشائع قبل القسمة ،على أساس أن بقية الشركاء يعتبرون أنهم لم يملكوا هذا العقار أبدا بعد إتمام القسمة بموجب الأثر الرجعي ،و يعتبر الرهن الصادر عنهم و كأنه رهن صادر من غير مالك،ولهذا لا ينفذ في حق الشريك الذي آل إليه كل العقار بعد القسمة .

و يرى البعض أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية لا يتفق حتى مع الأثر الرجعي للقسمة في مجموعه ،لأن هذا الأثر من شقين الأول هو ما اعتمدت عليه محكمة النقض و هو أن كل شريك خرج العقار من نصيبه يعتبر كأن لم يكن مالكا أبدا لهذا العقار ،أما الشق الثاني وهو ما أغفلته محكمة النقض فهو أن الشريك الذي آل إليه كل العقار فإنه يعتبر مالكا لهذا العقار كله منذ أن تملك في الشيوع⁴.

¹ - سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 86 .

² -Maurie philippe et Aynés laurent,Op.cit ,p496.

³ - Cass.civ ,12/01/1909 ,DP,1910.I.33.

⁴ - سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 83 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

لقد كان هذا الاجتهاد محل نقد خصوصا من طرف المؤقتين كون أنه أصبح من المستحيل الحصول على قروض رهنية على العقارات الشائعة ،و لهذا تدخل المشرع الفرنسي لتعديل القانون المدني بموجب قانون 31 ديسمبر 1910 بموجب المادة 2125 (ق.م .ف) و التي نصت الفقرة الثانية منها على أن الرهن العقاري الذي يتم بإجماع الشركاء يحتفظ بأثره مهما كانت نتيجة القسمة لاحقا.

و بموجب القانون رقم 2006 -346 المؤرخ في 2006/03/23 فإن المشرع ألغى المادة 2125 و تم استعادتها ضمن المادة 2414 (ق.م.ف) و التي حلت محلها و نصت في فقرتها الثانية و الثالثة على " يحتفظ الرهن العقاري على عقار شائع بأثره بمعزل عن نتيجة القسمة إذا كان قد تمت الموافقة عليه من قبل جميع الشركاء في الشروع ،و في الحالة المعاكسة ،لا يحتفظ بأثره إلا بمقدار وقوع العقار أو العقارات الشائعة عند القسمة في نصيب الشريك الذي وافق عليه

لا يحتفظ الرهن العقاري على حصة في عقار شائع أو أكثر إلا بمقدار وقوع هذه العقارات، عند القسمة ، في نصيب الشريك الذي عقده ،و بالتالي يحتفظ الرهن بأثره ضمن نطاق هذا الإفراز دون أن يكون محصورا بالحصة العائدة للشريك الذي وافق عليه ... "

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي قد تدخل من خلال نص المادة 2414 (ق. م .ف) المستحدثة خلال 2006 لأجل تنظيم الآثار الناتجة عن هذه الرهون و هذا للحد من اعتناقه سابقا لفكرة الأثر الرجعي على إطلاقها ،و هي الفكرة التي من شأنها المساس بحقوق الدائنين المرتهنين ،كما أن من شأنها المساس بالتأمينات العينية و تعطيل الاستعادة من العقار أثناء فترة الشروع .

أما فيما يتعلق ببقية التصرفات و التي يعد البيع أحد صورها الأساسية فإن هذا الأخير يخضع لممارسة حق الشفعة بموجب المادة 815-14 (ق.م .ف)و إذا لم يتم ممارسة هذا الحق ولم يعط الشركاء في الشروع موافقتهم فإن بقاء البيع ساريا يبقى متعلقا بالأثر الكاشف للقسمة، فإذا تم إسناد العقار المباع إلى الشريك فإن البيع يبقى ساريا بأثر رجعي .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أما إذا تم إسناد العقار إلى شريك آخر فإن المشتري يستطيع طلب عدم سريان هذا البيع في مواجهته بموجب دعوى عدم النفاذ¹.

و بصفة عامة فإن كل التصرفات التي تمت وفقا لنظام الشيوخ و بالإجماع بين الشركاء لا يمكن أن يتم مراجعتها بموجب الأثر الرجعي للقسمة و تبقى سارية في مواجهة كافة الشركاء مهما كانت نتيجة القسمة و هذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 883 (ق. م . ف) بصفة صريحة ،أما تلك التي تمت بصفة غير نظامية فهي تبقى خاضعة للأثر الرجعي للقسمة ، و هذه التصرفات القانونية التي قام بها أحد الشركاء دون التقيد بقواعد تنظيم الشيوخ لا تعد باطلة ، و إنما لا تسري فقط في مواجهة بقية الشركاء فيما إذا وقع العقار المتصرف فيه ضمن حصصهم ، و سريان التصرف يبقى متعلقا بنتائج القسمة ، فتبقى مستقرة في حالة إسناد العقار أو المال المتصرف فيه للشريك الصادر عنه هذا التصرف ، و تصبح غير سارية إذا أسند إلى شريك آخر ، و يترتب عن ذلك نتيجتان الأولى تتمثل في أنه ما دام الشيوخ قائما ، فإن سريان التصرف يبقى غير مؤكد، أما الثانية فإنه و لأجل تقادي أي تواطؤ بين الشركاء و التحايل العمدي لأجل إسناد العقار المتصرف فيه إلى شريك آخر غير الشريك الصادر عنه التصرف فإن المتصرف إليه يستطيع الاعتراض على القسمة طبقا للأحكام العامة لأجل إدخاله في إجراءاتها لتقادي هذا التواطؤ².

2- حدود تطبيق الرجعية في القسمة

إن القوانين المقارنة لم تعد تطبق الأثر الرجعي للقسمة بصفة مطلقة سواء على التصرفات أو على بعض المسائل التي يتم استبعاد تطبيق الأثر الرجعي فيها إما بسبب عدم ملاءمته أو لتنافيه مع مقتضيات تحقيق العدالة في القسمة ، و أهم هذه المسائل تتعلق بثمار المال الشائع أثناء فترة الشيوخ ، و التصرفات التي تمت صحيحة بموجب الإجماع أو الإذن القضائي .

¹-Maurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p497 .

²- Grimaldi michel ,Op.cit,p802 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أ- الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيووع

لا يملك المتقاسم ثمار الحصاة التي آلت إليه إلا من وقت القسمة ، أما قبل القسمة فتوزع ثمار المال الشائع كله على جميع الشركاء بنسبة حصصهم ، لأن كل شريك يملك حصته و ما يتبعها من ثمار و لأنه وقت قبض هذه الثمار كان حائزاً حسن النية، و الحائز حسن النية يمتلك الثمار وقت قبضها¹.

كما أن الثمار يمكن اعتبارها من المنافع التي يتم اقتسامها أثناء فترة الشيووع و يراعى عند قسمتها تحقيق العدالة في ذلك ، غير أنه لو تم تطبيق الأثر الرجعي بصفة مطلقة لاستدعى الأمر أن يختص الشريك المتحصل على عقار معين بثمار هذا العقار منذ بدء الشيووع و هذا أمر غير مستساغ ، و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الثمار التي تنتج أثناء قيام الشيووع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصاة كل منهم و إجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصاة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة ، و لا يقدح في ذلك ما قضت به المادة 843 من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصاة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيووع، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء الشيووع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق ، و يجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق و استبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة"².

و هو نفس الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية بقولها : " لا يطبق الأثر الإعلاني على الثمار و العائدات الناتجة عن المال الشائع قبل القسمة"³.

¹ - عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 156

² - نقض مدني مصري 25 / 11 / 1965 طعن رقم 136 سنة 31 قضائية، نقلا عن محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 180 .

³ - Cass.civ, 1^{er}, 10/05/2007, D, 2007 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ب-التصرفات التي تمت صحيحة إما بالوكالة أو الإجماع

و قد تعرضنا لذلك سابقا ، فتبقى هذه التصرفات قائمة في مواجهة الجميع بعد القسمة مهما كانت نتائجها ، و مثال هذه التصرفات رهون و الوعد بالبيع و غيرها و يسري ذلك أيضا على التصرفات التي تمت بإذن من القضاء حسب نص المادة 720 (ق. م ج) .

ج-العبرة في تحديد قيمة المال الشائع

تكون بقيمته وقت القسمة ، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يستلزم أن يتم التقدير على أساس قيمة المال وقت بدء الشروع¹.

الفرع الثاني : النتائج المتعلقة بالجانب الجبائي

لقد رتب المشرع الجبائي على عمليات القسمة وجوب دفع حقوق جبائية ، و قد نص على طريقة حساب هذه الحقوق سواء بالنسبة للمال الشائع أو بالنسبة لمعدل القسمة باعتباره مالا لم يكن متضمنا داخل الكتلة الشائعة ، كما يطرح الإشكال بالنسبة للأحكام المتعلقة برسو المزاد على أحد الشركاء و حدود الأثر الكاشف التي يمكن تطبيقها في مواجهته .

لقد كان التوسع في تطبيق الأثر الكاشف في الجانب الجبائي محل نقاش ،وقد تدخل المشرع للحد من مجال تطبيقه بصرامة أكثر و ذلك بالمقارنة مع تطبيقه في الجانب المدني،ويظهر أن هناك توجهها و طغيانا للطابع الجبائي أكثر وضوحا و أن هناك رغبة بتوسعة و تمديد هذا الطابع لأكبر حد ممكن خصوصا في فرنسا، وإن ذلك يستشف من خلال قرارات القضاء في هذا الخصوص .

هناك علاقة قوية بين القانون المدني و القانون الجبائي و بالخصوص قانون التسجيل ،فلا توجد مسألة جبائية لا تستدعي طرح مسألة مدنية بحتة بصفة أولية ،لأنه إذا كان القانون الجبائي يحدد قيمة الضريبة و طريقة تصفيته فإن القانون المدني هو من ينص على استحقاقها ووجوبها،وقد نشأ في فرنسا خلال سنة 1928 تيار ينادي بمبدأ استقلالية القانون الجبائي، و لكن هذا المبدأ لم يتم

¹ - مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 183

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الاعتراف به من طرف الاجتهاد القضائي ،و الذي اعتبر أن العقد الذي تم تكييفه بموجب القانون الخاص لا يمكن أبدا إعادة النظر في تكييفه من الناحية الجبائية¹ .

و الإشكالية التي تثار بهذا الخصوص تتعلق بمدى اعتماد المشرع الجبائي تطبيق الأثر الكاشف للقسمة بصفة مطلقة كما هو الشأن في المجال المدني ،و ما هي الحدود التي وضعها لهذا الأثر ؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تستدعي تحليلها على ضوء التشريعات المقارنة لنخلص إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من المسألة .

أولا : تحليل إشكالية الأثر الكاشف على ضوء التشريع الجبائي الفرنسي

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف لأول مرة في فرنسا في ميدان القانون الجبائي،عندما أصبح التصرف في أموال الإقطاع جائزا بموافقة السيد في نظير تحصيل رسوم مالية ،و إذ كانت القسمة آنذاك ذات طبيعة ناقلة كما كان الأمر في القانون الروماني، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع بينهم يدفعون بينهم رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة ،و ذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال التركة إليهم من مورثهم ، فتقاربا لتكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث ،و استقر الرأي على أن تعفى القسمة العينية من الرسوم لأنها شبهت بالمقايضة ،و كانت المقايضة معفاة من الرسوم ،أما قسمة التصفية ، فقد ذهب الفقيه الفرنسي ديمولان إلى إعفائها أيضا من الرسوم إذا رسا المزاد على أحد الشركاء².

فإذا ما تم اعتماد الأثر الناقل للقسمة فإن ذلك يستدعي دفع رسوم انتقال الملكية عند اكتسابها لأول مرة سواء بموجب عقود أو بمناسبة وفاة المورث في الشيوخ الميراثي ،و كذلك دفع نفس الرسوم عند قسمة هذه الملكية لاحقا ،و إن اعتماد هذا الأثر الناقل للقسمة يؤدي إلى نتائج غير منطقية مؤداها دفع الرسم مرتين ،و هو ما أدى إلى اعتماد الأثر الكاشف للقسمة أين يتم دفع رسوم انتقال الملكية عند اكتسابها لأول مرة بسبب العقد أو الميراث ، أما عند قسمتها فإنها تخضع إلى رسوم منخفضة مقارنة برسوم إنتقال الملكية .

¹ - Ferré - andré sylvie et Berre stéphane ,Successions et Libéralités ,2^{ém} éd ,D ,2014 ,p434 .

² - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 951 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

غير أن المشرع الجبائي اعتبر أن القسمة بمعدل تعد ناقله في الجانب المتعلق بالمعدل،كون هذا الأخير لا يدخل تحت مفهوم الحصة لأنه لم يكن شائعا ، بل هو مال مملوك ملكية مفرزة يدفعه المتقاسم المدين للمتقاسم الدائن حتى تتوازن الأنصبة ، و يكون المعدل التزاما في ذمة المدين،ولذلك أخضعه المشرع الجبائي لنفس رسم التسجيل المتعلق بثمان البيع ، أما حين يكون المعدل مالا ماديا منقولاً أو عقارا فتنقل ملكيته من المدين إلى الدائن¹، و تطبق عليه رسوم التسجيل الخاصة بعقود المبادلات .

و قد ذهب التشريع الجبائي في فرنسا إلى أن حقوق التسجيل الخاصة بانتقال الملكية تعد مستحقة حتى في حالة عدم دفع معدل بصفة مباشرة و إنما في الحالة التي يتم إسناد حصة لأحد الشركاء تتجاوز مقدار ما يستحقه و هو ما يعرف بالفائض في القيمة (plus-value)².

كما طرحت مسألة الأثر الكاشف من الناحية الجبائية فيما يتعلق بالبيع للأموال الشائعة لأحد الشركاء في الشيوخ ،و ذلك عندما يرسو المزداد على أحد الشركاء، فقد رأينا أنه من الناحية المدنية يعتبر هذا الرسو بمثابة قسمة و ينطبق عليه الأثر الكاشف ،أما من الناحية الجبائية فإنه تم اتخاذ طريقة مقارنة مختلفة ، فلقد أعتبر المشرع الفرنسي رسو المزداد لصالح أحد الشركاء بيعا فيما زاد عن حصته ،و بالتالي يخضع لرسوم و حقوق التسجيل المعمول بها في البيع ماعدا الجزء المتضمن حصته فيخضع للرسوم المتعلقة بالعقود الكاشفة .

و قد ظهرت في فرنسا ممارسة بخصوص عمليات البيع بالمزاد أين كان يتم إدراج بند يدعى بند الإسناد (Clause d'attribution) أو الوعد بالمنح و يدرج هذا البند في دفتر شروط البيع ومضمونه أنه إذا رسا المزداد على أحد الشركاء فإنه يعتبر هذا الرسو بمثابة عملية من عمليات القسمة ،و لكن لا يتم تسليم العقار للشريك الراسي عليه المزداد ، كما لا يتم دفع ثمن رسو المزداد في الحال،ويبقى العقار شائعا إلى غاية إتمام القسمة و يلتزم الشركاء فيما بينهم بوضع هذا العقار عند القسمة في حصة الراسي عليه المزداد وفقا للمبلغ الذي رسا عليه المزداد³ .

¹ - محمد بن سعيد ،المرجع السابق ، ص 283 .

² - Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV,p921.

³ -Maurie Philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p492 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

إن هذا البند تم استحداثه خلال تلك الفترة و عالجتة محكمة النقض الفرنسية¹ و الهدف الأساسي له هو الحصول على منافع ضريبية و ذلك بتفادي التصفية و دفع الثمن في الحال على أساس حقوق انتقال الملكية وفقا للقانون الجبائي و هو ما يسمح بالتريث لأجل انتظار نتائج القسمة النهائية و دفع الحقوق على أساسها² .

استقر القانون الجبائي في فرنسا فيما يتعلق بتطبيق الأثر الكاشف للقسمة على التمييز بين الطريقة التي تتم بها القسمة وعلى أساسها يتم احتساب الحقوق إما بإعمال الأثر الناقل أو الأثر الكاشف و يمكن حصر ذلك في ثلاث حالات :

1- حالة القسمة التامة و البسيطة : Partage Pur Et Simple

تعد القسمة كذلك إذا تم إسناد لكل متقاسم أموال تتطابق مع قيمة حقوقه في الكتلة الخاضعة للقسمة³، و حسب نص المادة 746 من القانون العام للضرائب الفرنسي فإن عقد القسمة يوجب رسم على القسمة بنسبة 2.50 % يتم حسابه على أساس الأصل الصافي الخاضع للقسمة (l'actif net partagé)، فالقسمة تخضع لحق نسبي منخفض و هذا ما يؤكد أنها ليست تصرفا ناقلا، كما أنها ليست كذلك تصرفا تقريريا بسيطا (un acte réconitif simple) كون القسمة تؤدي إلى تغيير نظام الملكية بإحلال الملكية المفترزة محل الملكية الشائعة⁴ .

2- حالة القسمة بمعدل أو بفائض القيمة

النظام الجبائي لهذه الحالة تحكمه المواد 748 و 750 من القانون العام للضرائب الفرنسي، و هذه النصوص تتضمن نظاما عاما يطبق على جميع عمليات القسمة و نظاما استثنائيا نوعيا مخصصا لقسمة الأملاك الشائعة بين الأزواج أو التركات، و لكونه أكثر ملاءمة فإن هذا الأخير لا يتم تطبيقه إلا بتوافر شروط محددة .

¹- Cass.civ.12/07/1870,DP,1871.I.17.

² -Planiol marcel et Ripert georges ,Op,cit ,T IV,p919.

³-Sauvage françois ,Op .cit ,p248.

⁴- Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op.cit ,p495 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ففي الحالة التي تتعلق بالتركات و الأموال المشتركة بين الأزواج و في حالة توافر الشروط المحددة قانونا فإنه يطبق على هذه القسمة الرسم الخاص بالقسمة البسيطة المذكور سابقا .

أما في حالة النظام العام لعمليات القسمة بمعدل أو بفائض ، فإن المادة 750 من القانون العام للضرائب الفرنسي تتقاطع مع التحليل الذي أعطاه القانون المدني للأثر الكاشف للقسمة ، والذي يعتبر أن هذه القسمة بمعدل أو بفائض القيمة تعد كاشفة ، غير أن القانون الجبائي بفعل المادة السالفة الذكر فإن هذه القسمة ينظر إليها كتصرف مزدوج ، فيتم اعتبارها ناقلة في حدود المعدل أو فائض القيمة و تعتبر كاشفة بالنسبة للباقي ، و هذه الثنائية تفسر بأنه في مثل هذه القسمة يطبق الرسم الخاص بالتصرفات الناقلة للملكية بعوض ، و يطبق كذلك الرسم الخاص بالقسمة¹.

3- حالة القسمة عن طريق التصفية

في الحالة التي تتم التصفية لصالح الغير فإن الضريبة يتم حسابها على أساس مبلغ البيع كاملا ، أما في الحالة التي تتم التصفية لصالح أحد الشركاء فإن الضريبة المتعلقة بنقل الملكية تطبق بالنسبة للحصص التي اكتسبها و العائدة قبل التصفية لباقي الشركاء .

غير أنه و استثناء على هذه القاعدة و لأجل الاستفادة من النظام الاستثنائي التفضيلي الذي يستبعد الرسم على حقوق نقل الملكية بعوض و يطبق الحقوق الخاصة بالقسمة فإن المادة 750 من القانون العام للضرائب الفرنسي قد نصت على هذه الإمكانية في حالة توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة 748 و التي تتعلق أساسا بحالة التركات و نظام اشتراك الأموال بين الأزواج أي لفائدة أشخاص أصليين في الشيوخ و الأزواج و الأصول و الفروع .

ثانيا : الأثر الكاشف للقسمة في نظر التشريع الجبائي الجزائري

تنشأ الملكية الشائعة بطريقتين أساسيتين الأولى بموجب العقد أو الاتفاق و الثانية عن طريق الميراث ، و يرتب التشريع الجبائي في كلتا الحالتين رسوما لانتقال الملكية سواء بعوض أو دون عوض ، و عندما ينقضي الشيوخ عن طريق القسمة بما لها من أثر كاشف فإن ثمة حقوقا ضريبية تفرض على تحول الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة ، و الإشكال المطروح يتعلق بكيفية معالجة التشريع

¹ - Ferré -andré sylvie et Berre stéphane ,Op .cit ,p680 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الجبايي الجزائري و نظرتة إلى هذا التحول بصفته الكاشفة البحتة أم أنه راعى بعض الخصوصيات التي تبرز فيها معاملات تتضمن نقلا للملكية كما في حالة القسمة بمعدل و حالات التصفية .

و تنشأ الضريبة على انتقال التركة بمجرد الوفاة ، و الأموال التي تخضع لضريبة التركة هي جميع الأموال التي كانت في الذمة المالية للمتوفي مع طرح ما كان ثابتا في ذمته من ديون، وتتنص المنشورات و التعليمات الصادرة من الإدارة الجبائية على إحداث فهارس عامة بالمفتشيات والمديريات الولائية تتضمن كل المعلومات اللازمة و المتعلقة بجميع الاكتسابات المالية لكل شخص طبيعي أو معنوي ، حيث يمكن الرجوع إليها في كل وقت لتأسيس تحصيل الضرائب المستحقة على التركات¹، غير أن الملاحظ أن هاته الآليات غير مطبقة في الواقع العملي كما أنه لا توجد إحصائيات رسمية في هذا الخصوص تسمح بتقييم مدى فاعلية و مردودية الضريبة في هذا الجانب.

غالبا ما يلجأ الورثة إلى القضاء لأجل طلب القسمة من دون أن يكونوا قد قاموا بالتصريح بالتركة و دفع رسم نقل الملكية عن طريق الوفاة كما توجبه المادة 171 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل ، و من دون أن يقوموا بإعداد الشهادة التوثيقية التي نصت عليها المادة 65 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري و عند صدور حكم القسمة يتم استخلاص الرسوم عن هذه الأخيرة و تهمل الرسوم المتعلقة بنقل الملكية عن طريق الوفاة .

و مادامت المحكمة العليا قد استقر اجتهادها على أن الشهادة التوثيقية لا تعد شرطا لرفع الدعوى إثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة² كما قررت أن الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، و أن الشهادة التوثيقية لا تشكل قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء³، فإننا نرى من اللازم أن يأمر القاضي الناظر في دعوى القسمة بما خوله قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من دور إيجابي الورثة بأن يقدموا وثيقة التصريح بالتركة حتى يتم تقادي استعمال القضاء كوسيلة للتهرب من دفع الرسوم و الحقوق الواجبة .

¹ - موسى كبير ، الرسوم على التركات ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد الثامن ، نوفمبر 1999 ، ص 16 .

² - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 17 / 12 / 2008 ، ملف رقم 477874 ، مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد 2 ، سنة 2008 ، ص 265 .

³ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 17 / 01 / 2007 ، ملف رقم 391380 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج 3 ، قسم الوثائق ، 2010 ، ص 191 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ومن الثابت أنه ينتج عن كل تصرف يهدف إلى نقل الملكية العقارية أو إجراء عمليات قسمة أو مبادلة بشأنها رسوما لفائدة الخزينة تسمى برسوم التسجيل ، و الذي يعني من الناحية الاصطلاحية الإجراء القانوني الذي يقوم به مفتش إدارة الضرائب بتسجيل العقود المدنية و العقود القضائية و غير القضائية على النسخ الأصلية و الأصول مقابل دفع رسوم إلى خزينة الدولة ممن انتقلت إليهم الحقوق ، و يهدف التسجيل إلى تحقيق أمرين ،الأول يتمثل في تحصيل الرسوم والحقوق لفائدة الخزينة العامة للدولة ،أما الثاني فيتمثل في ترتيب آثار قانونية على التصرفات المسجلة¹، كما يتم لدى المحافظات العقارية التي تقوم بشهر التصرفات دفع رسم الإشهار العقاري وسنحاول استخلاص كيفية تطبيق المشرع الجبائي للأثر الكاشف للقسمة من خلال تطبيقه لقيمة هذه الرسوم .

1-تطبيق الأثر الكاشف على حقوق التسجيل الناتجة عن القسمة العقارية

يمكن حصر تطبيق الأثر الكاشف على حقوق التسجيل ضمن ثلاث حالات أساسية و ذلك وفقا للطريقة التي تمت بها القسمة ، و هي حالة القسمة التامة ، و القسمة بمعدل و القسمة بطريق التصفية.

أ-القسمة التامة

و تكون كذلك عندما يتلقى الشريك حصة تساوي قيمة حقوقه في المال الشائع موضوع القسمة و تصفى حقوق التسجيل على مبلغ الأصول الصافية المقسمة بالنسبة لقسمة الأموال المنقولة و العقارية بين الشركاء في الملك أو الشركاء في الإرث و الشركاء مع الغير حسب ما نصت عليه المادة 20 من قانون التسجيل ، و يقصد بالأصول الصافية باقي الأموال بعد خصم الديون المتعلقة بها كما تخضع المعدلات الخاضعة للرسم عند تصفية رسوم القسمة²، و حسب نص المادة 244 من قانون التسجيل فإن الرسم على الأصول الصافية يحسب على أساس نسبة 1.5 % و يخضع استحقاق دفع حق القسمة لثلاثة شروط³:

وجود عقد قسمة .

¹ - محفوظ برحمانى ،الضريبة العقارية ، دراسة في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة ، مصر ،دار الجامعة الجديدة ،2009 ، ص 149.

² - آسيا دوة و خالد رمول ، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، 2008 ،ص 90.

³ - الدليل الجبائي للتسجيل ،المديرية العامة للضرائب ، مديرية العلاقات العمومية و الاتصال ، منشورات الساحل ،2009 ، ص 42 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

وجود تبرير للشيوخ .

وجود قسمة حقيقية .

ب- القسمة بمعدل أو فائض في القيمة

هي حالة تلقي الشريك في الشيوخ أثناء القسمة لأملك أعلى من قيمة حقوقه و لتحقيق المساواة على المستفيد أن يعوض الشركاء الآخرين إما بدفع مبلغ مالي أو بتحمل حصة من الخصوم (الديون) أعلى من التي كان عليه تحملها ، و تخضع مبالغ المعدل للرسوم المتعلقة بنقل الملكية عوضا عن الرسوم المطبقة على القسمة ، و هذا الإجراء يفسر بعدم إخضاعها إلى الرسمين معا ، رسم نقل الملكية و رسم القسمة¹، كما أنه يعد تضييقا في تطبيق الأثر الكاشف على رسوم القسمة .

إن ما يمكن ملاحظته في هذا الإطار أن اتجاه المشرع الجبائي الجزائري يتطابق إلى حد بعيد مع النظام الجبائي الفرنسي و ما يسند ذلك هو ما نصت عليه المادة 247 من قانون التسجيل بمنح إعفاء من خضوع معدل القسمة لرسوم نقل الملكية في الحالة التي يمنح فيها أحد الشركاء كل الأملاك المنقولة و العقارية المشكلة لمستثمرة فلاحية وحيدة في حالة كونه يقيم بها و يساهم في الاستغلال الفلاحي ، و هذه إحدى صور المنح بالأفضلية المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي و لا يوجد أي نص عليها في القانون المدني الجزائري ، و إن هذا النص يبدو غريبا وينطوي على عدم تجانس بين النصوص القانونية للمنظومة التشريعية الواحدة .

ج - القسمة عن طريق التصفية

في المجال الجبائي ، عملية بيع العقار المشاع لها خاصية ناقلة و تعتبر مبيعات عادية للحقوق المشاعة ، و يخضع هذا البيع لرسم التسجيل المنصوص عليه بالنسبة للمبيعات العقارية المشاعة ، و تحدد قيمة الفرض الضريبي بطريقة مماثلة لتلك الخاصة بتحويل الملكية²، و في حالة رسو المزاد أو التصفية لصالح أحد الشركاء في الشيوخ فإن المادة 230 من قانون التسجيل حددت رسم التسجيل بنسبة 1.5 % و هو الرسم المطبق على عمليات القسمة ، والملاحظ أنه و على عكس

¹ - آسيا دوة و خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 91 .

² - الدليل الجبائي للتسجيل ، المرجع السابق ، ص 20 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

ما نص عليه التشريع الجبائي في فرنسا فإن هذا الرسم يطبق دون شروط في تشريعنا الجبائي فالمشرع اعتبر رسو المزداد على أحد الشركاء قسمة يرتب عليها الأثر الكاشف من الناحية الجبائية .

2- تطبيق الأثر الكاشف على رسوم الشهر العقاري

يخضع أي تصرف وارد على العقار بما فيه القسمة لإجراء مزدوج ، فيتم التسجيل لدى مفتشية التسجيل التابعة لإدارة الضرائب ، و يتم الشهر على مستوى المحافظة العقارية أين يتم تحصيل رسم يسمى رسم الشهر العقاري ، و قيمة الرسم تختلف بحسب ما إذا كان التصرف ناقلا للملكية أو كاشفا عنها مع الملاحظة أن المشرع الجبائي قد استعمل مصطلح التصرفات التصريحية عوضا عن الكاشفة ضمن نص المادتين 1-353 و 2-353 من قانون التسجيل .

و الموثق يقوم بعد عملية تسجيل القسمة التي تمت بموجب عقد أمامه أو بناء على صدور حكم أو قرار قضائي بإيداع هذا الحكم على مستوى المحافظة العقارية محل الاختصاص معد حسب الشكل و النموذج المنصوص عليه قانونا ، و عند الإيداع يتم تحصيل رسم الشهر العقاري الذي هو نسبي مقدر ب 0.5 % يتم احتسابه على أساس التقييم المذكور في العقد أو الحكم القضائي اعتمادا على تقرير الخبير و الذي يرفق لزوما بالملف ، و لم تحدد المادة 2-353 المذكورة الإجراءات المتعلقة باحتساب رسم الشهر على معدل القسمة ، غير أن المادة 12-353 نصت على أن وعاء رسم الشهر لا يمكن أن تقل قيمته عن الوعاء المعتمد كأساس لتصفية حقوق التسجيل و هو ما يرجح إعمال الأثر الناقل فيما يتعلق بمعدل القسمة .

و ما يتوجب التنويه عنه في هذا الخصوص هو إمكانية قيام أحد المتقاسمين بشهر حصته العائدة إليه بموجب القسمة القضائية ، وقد أجاز المشرع التسجيل و الشهر الجزئي للقسمة القضائية بموجب التعديل الوارد ضمن قانون المالية لسنة 2015 و ذلك باستحداث المادة 244 مكرر ضمن قانون التسجيل بالإضافة إلى نص المادة 7-353 من نفس القانون ، و في هذه الحالة فإن المتقاسم الذي يطلب إشهار حصته يكون ملزما فقط بالرسم المتعلق بهذه الحصة .

المبحث الثاني : الضمان في القسمة

إن هدف المشرع الأساسي من القسمة هو تحقيق المساواة بين الشركاء ، وهذه المساواة لا يكفي أن تتحقق فقط أثناء إجراء القسمة بل يجب أن تبقى سارية إلى ما بعدها ، فالعدالة روح القسمة و أساسها و قد يحدث بعد أن تتم القسمة و يختص كل شريك بمنابه المفرز أن يتعرض الغير لأحد الشركاء و يدعي ملكيته لهذه الحصة المفرزة أو يدعي حقا عينيا أصليا أو تبعا عليها، وإذا ثبت استحقاق هذا الغير فهذا مؤداه المساس بالعدالة بين الشركاء ، و إن المشرع لم يترك هذا الافتراض من دون أن يقرر له حولا و جزاءات هدفها الأساسي إبقاء المساواة قائمة بين المتقاسمين من جهة و من جهة ثانية الحفاظ على استقرار القسمة و دوامها.

لقد أقرت التشريعات المقارنة الضمان في القسمة كآلية قانونية لحماية المتقاسم من كل تعرض أو استحقاق من شأنه أن ينشأ بعد إتمام القسمة ، و الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الخصوص تتعلق من الناحية النظرية بالأساس الذي يقوم عليه الضمان بالإضافة إلى شروط الضمان و نطاقه و الجزاءات المترتبة عنه ، و هذه نقاط تفصيلية سنحاول إبراز وجهة نظر التشريعات محل الدراسة بخصوصها .

نصت المادة 731 (ق.م.ج) على أنه : "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، و يكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين .

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، و يتمتع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ""، و هذه المادة تقابلها في القانون المدني المصري المادة 844 منه و هي متطابقة تماما معها، و قد اكتفى المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري بتنظيم أحكام الضمان في القسمة ضمن مادة واحدة، على عكس المشرع الفرنسي الذي نظم هذه الأحكام ضمن المواد 884 ، 885 و 886 (ق.م.ف).

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فقد نصت المادة 884 (ق . م . ف) على أنه : " يبقى الشركاء في الإرث ضامنين تجاه بعضهم البعض ،حالات التعرض و نزع اليد فقط التي تنشأ عن سبب سابق للقسمة ،و يكونون أيضا ضامنين عدم ملاءة المدين بدين وضع في حصة أحد الشركاء المتقاسمين ،إذا تبين عدم الملاءة هذا قبل القسمة .

لا تتوجب الضمانة إذا كان نوع نزع اليد الحاصل قد استثنى ببند خاص وصريح في عقد القسمة ،و هي تتوقف إذا كان الشريك في الإرث قد نزعت يده بخطأ منه " .

كما نصت المادة 885 (ق . م . ف) على أنه : " كل شريك في الإرث ملزم شخصيا بنسبة حصته الإرثية بأن يعوض شريكه في الإرث عن الخسارة التي تسبب بها نزع اليد و يقدر هذا التعويض بتاريخ نزع اليد .

و إذا تبين أن أحد الشركاء في الإرث غير ملية ، يجب عندئذ أن توزع الحصة التي هو ملزم بها على المستفيد من الضمان و كل الشركاء في الإرث المليونين " .

يتضح من خلال هذه النصوص إجماع التشريعات المقارنة على تقرير الضمان كالتزام متبادل بين الشركاء المتقاسمين بعد القسمة ،و هذا ما سنحاول تفصيل مقتضياته من خلال تحليل قيام فكرة الضمان و تبيان الأساس الذي تقوم عليه و الشروط المتطلبية لهذا القيام و ذلك ضمن المطلب الأول لنستعرض لاحقا النتائج و الجزاءات المترتبة عن قيام الضمان و مواعيد سقوطه ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول : قيام الضمان في القسمة

إن دراسة الضمان في القسمة يستدعي تحليل هذا المفهوم بتبيان أساسه و نطاقه من جهة ، كما يفترض تحديد الشروط اللازمة لنشوء هذا الضمان و هذا ما سنحاول تفصيله ضمن الفرعين التاليين :

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الفرع الأول : مفهوم الضمان

لقد نتج عن ظهور واجب الضمان في القانون المدني عامة ، أن تحول تقسيم الالتزامات التعاقدية من تقسيم مزدوج يتكون من التزام ببذل عناية و التزام بتحقيق نتيجة إلى تقسيم ثلاثي يتكون من التزام ببذل عناية و التزام بتحقيق نتيجة و التزام بالضمان¹، فالضمان يشكل التزاما متبادلا بين المتقاسمين هدفه الأساسي هو المحافظة على المساواة في حصصهم و استمرارية ذلك حتى بعد انتهاء عمليات القسمة و يشمل الضمان التعرض و الاستحقاق .

المقصود بضمان التعرض هو ضمان ادعاء الغير لملكية العقار الذي آل إلى أحد المتقاسمين بموجب القسمة أو ادعاء أي حق عيني أصلي أو تباعي عليه سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية .

فالتعرض ينبئ عن استحقاق محتمل ، أما ضمان الاستحقاق فيقصد به ضمان ما أستحق من أحد المتقاسمين ، و ذلك إذا حكم للأجنبي بما يدعيه ، فضمان التعرض و الاستحقاق صورة واحدة من الضمان ، فالضامن يلتزم بضمان التعرض و عليه أن يتخذ كل وسيلة لدفع تعرض الغير لمن يجب له هذا الضمان ، فإن لم ينجح في ذلك ، و أستحق المال المضمون ، كان ملتزما بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق ، أي أن ضمان الاستحقاق هو تنفيذ بمقابل لضمان التعرض ، و لذا فإن ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق مرحلتان من ضمان واحد².

و الجدير بالذكر أنه توجد نقاط مشتركة عديدة بين ضمان الاستحقاق في القسمة و ضمان الاستحقاق في البيع مع وجود بعض الاختلافات المرتبطة أساسا بالطبيعة الخاصة للقسمة³، ولهذا يذهب البعض إلى الرجوع إلى أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق الخاصة بالبيع فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض و الاستحقاق في القسمة ما لم تتعارض هذه الأحكام مع وصف القسمة بأنها كاشفة و تهدف إلى تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين⁴.

لتوضيح هذه الخصوصية فإنه يتعين علينا إبراز الأساس الذي يقوم عليه الضمان في القسمة وكذلك تحديد نطاقه .

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 370 .

² - محمد عبد الرحمان الضويوني ، المرجع السابق ، ص 561 .

³ - Mazeaud henri et léon et jean , Op . cit , p890.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 972 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أولا : أساس الضمان في القسمة

في الأصل فإن تطبيق مبدأ الأثر الكاشف للقسمة يؤدي إلى استبعاد كل ضمان ،لأن الشريك يفترض فيه أنه تلقى حصته مباشرة من المورث و دون مقابل ،و لم يتلق هذه الحصة من باقي الشركاء بموجب تصرف ناقل بعوض و بالتالي فلا يترتب أي ضمان بينهم ،غير أن المشرع بعد أن نص على الأثر الكاشف للقسمة قد نص صراحة على استبعاد هذه النتيجة ،فالأثر الكاشف هدفه الأساسي تحقيق المساواة في القسمة ،و بالتالي فليس من المعقول ترك المتقاسم الذي فقد جزءا من حصته بموجب الاستحقاق من دون أي ضمان¹ .

إن أساس الضمان في القسمة كان مرتبطا بالوصف الذي كان يعطى لها سابقا باعتبارها ناقلة ،و أنه رغم العدول عن الوصف الناقل إلى الوصف الكاشف فقد ظل الضمان بين المتقاسمين أثرا من آثار القسمة ،كون هذا الضمان محتوما بالنظر إلى ما تفرضه القسمة من مبدأ المساواة بين المتقاسمين²،فالالتزامات المتبادلة بين المتقاسمين بضمان التعرض و الاستحقاق تقوم على أساس حصول كل واحد على حصة مساوية لنصيبه ،و التراضي الممنوح من طرف كل متقاسم لإتمام القسمة لم يكن ليمنح إلا على أساس أن هذه المساواة قد تحققت ،و بالتالي فإنه من الطبيعي اعتبارهم قد قدموا التزامات متبادلة بإعادة ترتيب المساواة إذا ما اختلفت بموجب أي اعتراض أو استحقاق في مواجهة أي واحد منهم³ .

أقرت كافة التشريعات المقارنة الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق في البيع و يعد ذلك أمرا طبيعيا ،إذ أن الضمان يتقرر عادة في التصرفات الناقلة ، فالذي ينقل حقا يضمن تواجد هذا الحق ،فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري و يضمن له وجود و انتقال هذا المبيع بصفاته ومميزاته المتفق عليها في العقد ،و لهذا يعد الضمان في البيع التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ،أما أساس الضمان في القسمة و هي ليست ناقلة للحق بل كاشفة له فيقوم على قواعد العدالة التي يجب أن تسود بين

¹ -Mazeau henri et léon et jean ,Op.cit,p890.

²-حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 232 .

³ -Grimaldi michel,Op.cit,p803 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المتقاسمين لتنفيذ التعهدات بينهم ، و بمقتضاه يكون لكل متقاسم حق الرجوع على الآخرين بسبب التعرض له في وضع يده أو الاستحقاق للغير بسبب حق مدعى بوجوده قبل القسمة¹.

ثانيا : نطاق الضمان في القسمة

إن التساؤل المطروح في هذا الإطار يتعلق بجانبين أساسيين الأول بمدى شمولية الضمان لأنواع القسمة كافة سواء كانت اتفاقية أو قضائية أو تمت بطريق التصفية أم أنه يقتصر فقط على القسمة الاتفاقية ، أما الجانب الثاني فيتعلق بتحديد نطاق هذا الالتزام بالضمان في حد ذاته .

1-أنواع القسمة المشمولة بالضمان

لقد برز في هذا الإطار اتجاهان إثنان أحدهما يرى أن الضمان يقتصر فقط على القسمة الاتفاقية باعتبار أن مصدر الضمان هو الإرادة ، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أن الضمان يشمل كافة أنواع القسمة باعتبار أن مصدر الضمان هو القانون .

يستند أصحاب الاتجاه الأول القائلون بقصر الضمان على القسمة الاتفاقية على ما ورد في النصوص المتعلقة بالضمان و التي تجيز صراحة للمتقاسمين الاتفاق على الإعفاء من الضمان وهذا الاتفاق يمكن تصوره في القسمة الاتفاقية دون غيرها ، و يرون أن المشرع قد استعار الالتزام بالضمان في القسمة من النظام القانوني للضمان في البيع الذي تعتبر فيه إرادة البيع لدى البائع هي الأساس القانوني لواجب الضمان و ليس صفة الملكية لديه لذلك لا ينسحب واجب الضمان على القسمة القضائية و قسمة التصفية لانعدام إرادة المتقاسمين² .

في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أن الضمان واجب في المنقول ، كما هو واجب في العقار ، فالمتقاسمون يضمنون لبعضهم البعض وجود الحق الذي وقع في نصيب بعضهم سواء حصلت

¹ - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 200 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 361 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

القسمة وديا أو قضائياً¹، فالضمان واجب سواء في القسمة العينية أو قسمة التصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية ، بل إن الضمان يمتد للتصرفات المعادلة للقسمة² .

يستند أصحاب الاتجاه الثاني أن الالتزام بالضمان في القسمة هو التزام قانوني لأن مصدره القانون لا الاتفاق ، و هو بذلك ينضوي تحت الأحكام المنظمة للقسمة بقطع النظر عن شكلها ، وهو آلي لأنه مرتبط بالقسمة ، بل ومترتب عنها فعلاقتها بها علاقة النتيجة بالسبب ، فما أن تنشأ قسمة حتى ينجر عنها واجب الضمان ، فلا قسمة بدون واجب الضمان بقطع النظر عن شكلها³ .

و إننا نرى بأن الاتجاه الثاني هو الأولي للأخذ به ، كون أن حصر الالتزام بالضمان في القسمة الاتفاقية من شأنه الإخلال بالهدف الأساسي للقسمة و هو تحقيق المساواة بين أطرافها ، كما أن النصوص القانونية الواردة في التشريعات محل المقارنة لم تتضمن أي إشارة إلى أن الضمان يقتصر على القسمة الاتفاقية ، و قد ورد لفظ قسمة بصفة مطلقة ضمن هذه النصوص و من دون أي تقييد أو حصر ، و أن لفظ الاتفاق على استبعاد الضمان قد ورد ضمن الفقرات التالية للمواد القانونية و بالتالي فإنه يتوجب أن يتم حصر ذلك فقط بخصوص الإعفاء من الضمان و عدم تمديده ليشمل نطاق الضمان ، و من جهة أخرى فإنه لا يوجد أي مانع من اتفاق الخصوم في القسمة القضائية على أن يتم إعفاؤهم من الضمان في القسمة و يقوم القاضي بالإشهاد على تصالحهم و اتفاقهم ضمن منطوق الحكم و حيثياته .

2- نطاق الالتزام بالضمان

يقتصر نطاق الالتزام بالضمان في القسمة على التعرض و الاستحقاق و لا ضمان للعيوب الخفية في القسمة لأن المتقاسم لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع ، كما أنه يراعى في العادة العيب في القسمة عند تقدير قيمة المال الشائع فإذا أغفلت مراعاته أمكن الطعن في القسمة بالغبن إذا توافرت شروطه⁴ .

¹ - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 200 .

² - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 972 .

³ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 365 .

⁴ - عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 157 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الاستحقاق هو استرجاع المالك الحقيقي بعد القسمة لمال تم اعتباره خطأ ضمن الكتلة الشائعة و تم إسناده لأحد الشركاء ،أما التعرض فهو الإعلان عن استحقاق محتمل و تتعلق دعوى الضمان بالاستحقاق و التعرض ،و لا يوجد ضمان بسبب العيوب الخفية أو إهمال أحد الشركاء عند إجراء القسمة ،فالعيوب الخفية أو الخطأ في محتويات و مشتملات العقار لا يعد خطأ متعلقا بالملكية و لكنه يعد خطأ في التقدير و دعوى النقض للغبن هي وحدها الكفيلة بالممارسة لإعادة التوازن للقسمة¹.

و باستقراء نصوص المواد المتعلقة بالضمان نجدها تقتصر على ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق وحده ،و لذلك يذهب الفقه إلى أن الضمان لا يشمل العيوب الخفية على عكس الحال في البيع ،و يبرر الفقه بأن هناك فرقا بين البيع و القسمة من حيث أنه ليس هناك ما يضطر المشتري إلى قبول مبيع معيب ،بينما لا بد في القسمة من أن تشمل الشيء المعيب بحيث تقع في نصيب أحد الشركاء و يتم أخذ هذا العيب عند تقدير قيمة الأشياء ،و إذا كان العيب خفيا و تم اكتشافه لاحقا أمكن الالتجاء إلى قواعد الغبن لنقض القسمة إذا توافرت شروطه ،و يرى البعض أن هذا التبرير غير مقنع خصوصا بالنسبة للمشرع الجزائري و المصري اللذين يقصران الغبن على القسمة الاتفاقية فقط ، فإذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي اكتشف العيب في نصيبه الالتجاء إلى الغبن و هو ما يرتب الإخلال بالمساواة² .

في حين يذهب اتجاه آخر إلى أنه لا غرابة في ذلك طالما أن المشرع قد أسقط ضمان العيوب الخفية ذاته في البيوع القضائية³ .

حسب رأينا فإن قصر الضمان على التعرض و الاستحقاق يتماشى مع الاتجاهات التشريعية الحديثة الرامية أساسا إلى استقرار المعاملات و إن العيب الخفي يمكن تسوية آثاره بإعمال قواعد الغبن كونه يتعلق أساسا بالتقييم و كذلك بالعلاقة بين المتقاسمين ،و إن إشكالية اقتصار تطبيق قواعد الغبن على القسمة الاتفاقية يمكن مراجعته و سيكون موضوع تحليلنا لاحقا .

¹ -Planiol marcel et Ripert georges ,Op.cit ,T IV,p 926 .

² -مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 193 .

³ -محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 212 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الفرع الثاني : شروط قيام الضمان في القسمة

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالضمان في القسمة نجدها تستوجب أربعة شروط لقيام الضمان مؤداها وجود تعرض أو استحقاق و أن يكون ذلك لسبب سابق على القسمة مع اشتراط أن لا يكون ذلك ناتجا عن خطأ المتقاسم نفسه و أن لا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان ، و الملاحظ أن الشرطين الأولين لهما طابع إيجابي أما الشرطان الأخيران فلهما طابع سلبي ناف لقيام الضمان، و إن هذه الشروط تطرح العديد من الإشكاليات و سنحاول إبراز هذه الإشكاليات و تحليلها على ضوء الفقه و القانون موضوع المقارنة .

أولا : حصول تعرض أو استحقاق

يتحقق التعرض إذا ادعى أجنبي ملكية العين التي آلت إلى أحد المتقاسمين كلها أو في جزء منها ، و ادعى حقا عينيا آخر عليها ، أما الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه¹، والتعرض إما أن يكون ماديا أو قانونيا ، فالتعرض المادي يتحقق بأية أعمال صادرة عن الغير يكون من شأنها منع المتقاسم من الانتفاع من العقار الواقع ضمن نصيبه أو الاخلال بحيازته الهادئة له و هو لا يستند إلى الادعاء بحق و إنما يتضمن أعمالا مادية بحتة أما التعرض القانوني فهو الادعاء بحق سواء كان هذا الحق هو حق الملكية ، أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن أو كان حقا شخصيا بشرط أن يكون نافذا في مواجهة المتقاسم الذي وقع عليه التعرض و يكون من شأنه أن ينتقص من قيمة المال الذي اختص به ، كما لو تبين أن العين التي اختص بها في القسمة مؤجرة من المورث بأجر يقل عن أجر المثل².

و التعرض و الاستحقاق يردان في الأصل من الغير ، غير أنه من الممكن أن يردا من أحد المتقاسمين و هذه الفرضية كانت موضع خلاف فقهي و سنحاول تفصيل هاتين الحالتين كل واحدة على حدة .

¹ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، المرجع السابق ، ص 241 .

² - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 213 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

1-التعرض و الاستحقاق الصادر عن الغير

لا يوجد خلاف فقهي بخصوص أن التعرض الصادر عن الغير و الذي يوجب الضمان هو التعرض القانوني المبني على أسباب قانونية ، بحيث يحمل معنى ادعاء حق على النصيب المقسوم لأحد الشركاء ، مثل رفع دعوى استحقاق أو مطالبة بارتفاق أو الالتجاء إلى إجراءات الحجز¹.

و يجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعي حقا و يرفع دعوى بهذا الحق ، على أن رفع الدعوى أمام القضاء ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع دعوى ، كأن يسلم المتقاسم بادعاءات المعارض بناء على اعتقاده بأحقيته فيما يدعيه².

أما التعرض المادي الصادر عن الغير ، و الذي يتحقق بأية أفعال مادية من شأنها الاخلال بالحيازة الهادئة و انتفاع المتقاسم بالعقار الذي آل إليه ، فإن بقية المتقاسمين لا يضمنون هذا التعرض المادي شأنهم في ذلك شأن البائع ، و يستطيع المتقاسم الذي وقع له هذا التعرض أن يدفعه دون حاجة إلى تدخل و معاونة المتقاسمين الآخرين و قد كفل له المشرع حماية مدنية و جزائية وذلك عن طريق دعوى منع التعرض أو تقديم شكوى بخصوص التعدي على الملكية العقارية .

يجب أن يتجسد التعرض بصفة فعلية بموجب تصرفات قانونية تصدر عن الغير أو عن طريق المطالبة القضائية ، و مجرد خشية وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفي لتحريك الضمان ، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المتقاسم إلا أحد أمرين ، الأول أن يحبس المعدل حتى يزول التعرض ما لم يمنعه عن ذلك شرط في العقد و ذلك قياسا على الأحكام المعمول بها بخصوص الضمان في البيع ، و الثاني أن يسلم للغير بحقه فيقع الاستحقاق و لكن هذا التسليم الإرادي يقع تحت مسؤوليته³ ، فإذا توصل المتقاسمون الملزمون بالضمان إلى إثبات أن هذا التسليم الإرادي غير مؤسس و أن الغير لم يكن على حق عند تعرضه فإن الضمان يسقط في هذه الحالة .

و ينشأ ضمان الاستحقاق إذا لم يقيم المتقاسمون بدفع تعرض الغير المستند إلى الادعاء بحق أو فشلوا في دفع هذا التعرض ، و هو ما يؤدي إلى حرمان المتقاسم من نصيبه الذي آل إليه بالقسمة

¹ - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 233 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 974 .

³ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 212 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

حرمانا كلياً أو جزئياً بالانتقاص من حقوقه ، فإذا نشأ ضمان الاستحقاق كان للمتعرض له أن يطالب بقية المتقاسمين بتعويضه عما أصابه من ضرر¹.

فالاتجاهات الفقهية ضمن التشريعات المقارنة تتفق على أن المتقاسمين يضمنون التعرض القانوني الصادر عن الغير دون التعرض المادي ، أما إذا كان التعرض صادراً عن أحد المتقاسمين فإن الاتجاهات الفقهية قد اختلفت في هذا الخصوص و هو ما نفضله فيما يلي :

2- التعرض و الاستحقاق الصادر عن أحد المتقاسمين

يمكننا القول من خلال استقراء نصوص المواد المتعلقة بالضمان في التشريعات محل المقارنة أنها تتعلق بالتعرض و الاستحقاق الصادرين عن الغير ، و يذهب البعض إلى أنه إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين أنفسهم ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في هذا الخصوص ، و تطبيق هذه القواعد يقتضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي لمتقاسم آخر ، و هذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد و تنفيذه²، و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية ضمان المتقاسمين للتعرض المادي فيما بينهم في قضية تتعلق بقسمة بين شريكين تم بموجبها منح كل واحد منهما محلاً تجارياً في نفس المدينة و لكن في شارعين مختلفين ، و قد قام أحد المتقاسمين بإعادة فتح محل تجاري مقابل محل شريكه السابق لممارسة نفس النشاط ، و قد توصلت محكمة النقض الفرنسية بأن حرية العمل التجاري لا يمكن أن يسمح لأحد المتقاسمين بالمساس بعناصر المحل التجاري الممنوح للمتقاسم الآخر و الذي يعد عنصر الزبائنية عنصراً هاماً فيه ، و أن هذه المنافسة تشكل تعدياً مادياً³.

فلا يوجد خلاف بأن المتقاسم يضمن عدم التعرض المادي الصادر عنه شخصياً ، غير أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء بخصوص التعرض القانوني الصادر عن أحد المتقاسمين و قد انقسم الفقه إلى اتجاهين ، فذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى القول بعدم التزام المتقاسم بعدم التعرض القانوني، فإذا كان أحد العقارات التي شملتها القسمة ملكاً خالصاً لأحد المتقاسمين و وقعت في نصيب متقاسم آخر على اعتبار أنها تدخل ضمن الكتلة الشائعة ، فإنه لا يمتنع في هذه الحالة على المتقاسم أن يطالب

¹ - عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 159 .

² - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 973 .

³ - Cass .com .08/12/1966,Bull.civ.T III,n°476, R T D civ .1967 .671 ,Obs .R.Savatier .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

بحقه الذي آل لغيره من المتقاسمين و يمكن له أن يسترد هذه العين و لا يمنعه من ذلك الالتزام بالضمان ،ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقله له، والملك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر فليس عليه التزام بالضمان ،و بعد أن يسترد المالك الحقيقي العين المملوكة له ، فإن المتقاسم الذي انتزعت منه هذه العين يجوز له أن يطلب نقض القسمة للغبين إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق على بقية المتقاسمين¹، فوجود مال مملوك لأحد المتقاسمين ملكية خاصة ،إلا أنه دخل القسمة بطريق الخطأ ووقع في نصيب متقاسم آخر ، يعطي للمتقاسم المالك حق استرداد هذا المال و يرجع المتقاسم الذي حرم من نصيبه بضمان الاستحقاق على باقي المتقاسمين².

غير أن أصحاب الاتجاه الثاني ذهبوا إلى أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض الشخصي سواء المادي أو القانوني ،فإذا تمت القسمة فلا يجوز لأحد المتقاسمين أن يطالب بحق على شيء مما وقع في نصيب غيره من المتقاسمين بعد أن وافق على القسمة ،و على ذلك فالسبيل إلى مثل هذه المطالبة هو التمسك بإبطال القسمة للغلط ، بحيث تعاد القسمة من جديد بعد إخراج ما يكون مستحقا له من الأشياء المقسومة³.

لقد وجه انتقاد إلى الاتجاه الثاني القائل بمنع التعرض القانوني من أحد المتقاسمين و أنه يتوجب إبطال القسمة و إعادتها من جديد ، على أساس أن في ذلك إرهاب للمتقاسمين ،و تكليفهم الانتظار لإجراءات طويلة و معقدة ، فيتحملوا من جراء ذلك نفقات باهضة⁴، كما أن شروط الطعن للإبطال بالغلط قد لا تتوافر فيضيع على المتقاسم حقه⁵.

إذا كان التشريعان المصري و الجزائري لم يحسما هذه المسألة و التي بقيت موضعا للجدال الفقهي ، فإن المشرع الفرنسي قد تدخل بموجب تعديله للقانون المدني سنة 2006 وأقر بنص صريح يتماشى مع ما قرره الاجتهاد القضائي في فرنسا بأنه يتم ابطال القسمة للغلط إذا تعلق بوجود أو مقدار

¹ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 974 .

² - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 192 .

³ - مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 194 .

⁴ - محمد عبد الرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 566 .

⁵ - عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 158 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

حقوق الشريك المتقاسم أو على ملكية الأموال المشمولة بالقسمة و ذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 887 (ق.م.ف)¹.

و إلى غاية أن يتدخل المشرع لحسم هذا الجدل الفقهي ، فإننا نرى أن الاتجاه الأول يقوم على أساس المحافظة على استقرار القسمة و المعاملات ، أما الاتجاه الثاني فيسعى إلى تكريس مفهوم العدالة في القسمة بمفهومها البحت ، و إننا نميل إلى الاتجاه الثاني القائل بعدم جواز التعرض القانوني و في حال الغلط في مشتملات الكتلة الخاضعة للقسمة فإن يتوجب إبطال القسمة ، كون أن القول بالضمان في هذه الحالة معناه أن يأخذ أحد المتقاسمين حصته نقدا كتعويض و قد لا ينال أي حصة عينية من المال الشائع و في ذلك تعارض مع مقتضيات العدالة في القسمة .

ثانيا : كون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة

فإذا كان التعرض أو الإستحقاق يظهر و يتجسد بعد القسمة ، فإن مقتضيات العدالة تستوجب أن يكون سببه قائما قبل إتمام القسمة ، فلا بد أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجودا قبل القسمة ، فيمتنع الضمان إذا نزعت ملكية العين للمنفعة العامة بعد القسمة ، أو إذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف²، أما إذا كان الغير قد استكمل مدة التقادم المكسب قبل القسمة فصارت العين مملوكة له ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق و هو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، و يلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز من الغير وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات لقطع التقادم ، و هنا يقوم ضمان الاستحقاق³، و قد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الفرض الأخير عندما تستكمل مدة التقادم المكسب في وقت قريب جدا لوقت إتمام القسمة⁴.

¹ - Sauvage françois ,Op .cit ,p 249 .

² - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 217 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 976 .

⁴ - Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV ,p 927 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الضمان يقوم في حالة وجود سبب لاحق على القسمة إذا كان هذا السبب راجعا إلى تصرف أحد المتقاسمين الآخرين ، فإذا كان التعرض صادرا عن أحد المتقاسمين فسواء كان سببه قبل القسمة أو بعدها فإن الضمان يقوم ، و هذا الضمان يتعلق بالأعمال الشخصية¹.

ثالثا : عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

يشترط لقيام الضمان ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ، فالمتقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطأ ، و من صور الخطأ أن يهمل المتقاسم قطع تقادم ادعى المعارض اكتساب العين به ، أو عدم إعلامه لبقية المتقاسمين بوجود تعرض من الغير و توليه الدفاع وحده دون إدخالهم في الدعوى ، أو إهماله التمسك بدفع كان من شأنه أن يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ، و يضيف التشريع المصري الحالة التي يمنح فيها المتقاسم الدائن المتقاسم المدين أجلا و تعرض بذلك لضياح حقه بسبب إفسار المدين خلال الأجل الذي منحه إياه²، كما أنه من صور الخطأ أن يقوم المتقاسم المتعرض له بتسليم الغير المعارض بما يدعيه ، غير أنه على بقية المتقاسمين في هذه الحالة إثبات أن هذا الغير لم يكن محقا في ادعائه و بالتالي يسقط الضمان و يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه .

رابعا : عدم وجود اتفاق بالإعفاء من الضمان

يجوز للمتقاسمين الاتفاق فيما بينهم على الإعفاء من الضمان باعتبار أن الضمان لا يعد من النظام العام في القسمة كما هو كذلك في البيع ، فيمكن الاتفاق على الإعفاء منه أو تعديله بالزيادة فيه أو الإنقاص منه ، على أن مثل هذا الاتفاق في القسمة يختلف عنه في البيع في أنه لا بد أن يكون صريحا من ناحية و أن يكون خاصا تحدد فيه أسباب الاستحقاق التي يمكن الإعفاء منها من ناحية أخرى بعكس البيع الذي يمكن أن يكون فيه الإعفاء من الضمان ضمنيا أو عاما دون تحديد لسبب من أسباب الضمان³.

¹ – Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op.cit ,p1027 .

² – محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 372 .

³ – مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 195 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالمشرع لا يريد شرطا عاما لعدم الضمان و الذي من الممكن أن يصبح نموذجا يُوَظَر بصفة سيئة روح المساواة في القسمة و يتناقض معها¹، فبسبب تشدد المشرع يعود إلى سعيه لتحقيق المساواة بين المتقاسمين ، و ليس ضروريا أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين²، و قد كان نص المادة 844 (ق . م . م) يتضمن في المشروع التمهيدي الإشارة أن الشرط الخاص والصريح بالإعفاء من الضمان يجب إيرادها في سند القسمة غير أن لجنة المراجعة عدلت المادة و حذفته هذا الشرط³.

فيجوز الاتفاق على الإنقاص من الضمان كاشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة كما يذهب البعض إلى جواز الاتفاق على زيادة الضمان كضمان عدم نزع الملكية للمنفعة العامة خلال مدة معينة بعد القسمة⁴، أما إذا كان الارتفاق ظاهرا قبل القسمة فلا ضمان فيه قياسا على أحكام الضمان في عقد البيع.

و خلاصة القول أن شروط الضمان هي نفسها في التشريعات محل المقارنة مع اختلاف بسيط يتعلق بالتعرض أو الاستحقاق الصادر عن أحد المتقاسمين بين التشريعين الجزائري والمصري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى ، و إذا اجتمعت الشروط السالفة الذكر قام الضمان و رتب آثارا و جزاءات فصلها ضمن المطلب الثاني .

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على قيام الضمان

كما سبق و أن ذكرنا فإنه إذا ما اجتمعت الشروط التي استعرضناها فإن الضمان في القسمة يعد قائما ، و يتعين في هذه الحالة أن يقوم بقية المتقاسمين بتعويض المتقاسم المتعرض له، والإشكال الذي يثور بهذا الخصوص يتعلق بمعايير تقييم التعويض ووقت تقديره و كيفية حسابه في حالة إعسار أحد المتقاسمين ،بالإضافة إلى المدة التي يبقى فيها هذا الضمان بصفته حقا قائما ولتحليل هذه الإشكالية على ضوء التشريعات محل المقارنة قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نستعرض في الأول المعايير التي تحكم التعويض و نخصص الفرع الثاني لتقادم حق الضمان .

¹ -Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV ,p 927 .

²-عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ج 8 ، ص 979 .

³- رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 142 .

⁴- عيد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 160 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الفرع الأول : ضوابط التعويض في الضمان

إن ضوابط التعويض تتحدد أساسا في مسألتين أساسيتين ، أولاهما هي طريقة حساب التعويض و أساس تقديره و الوقت الذي يعتمد كمرجع للتقدير ، و المسألة الثانية تتعلق بطريقة توزيع هذا التعويض بين المتقاسمين و سنحاول تحليل هاتين المسألتين وفقا للاتجاهات الفقهية وما قرره التشريعات محل المقارنة .

أولا : أسس تقدير التعويض

إذا ثبت الاستحقاق فإن التزام المتقاسمين بالضمان ينحصر في مجرد تعويض المتقاسم المستحق منه ، ذلك أن المشرع لا يريد أن يجعل من الاستحقاق سببا لنقض القسمة و إعادتها من جديد لأنه ليس ثمة ما يعيب القسمة في ذاتها ، و يكفي في إعادة ما اختل من المساواة بعد القسمة نتيجة هذا الاستحقاق أن يتم تعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدي دون حاجة إلى بدء قسمة جديدة و المساس بما استقر من أوضاع أو ترتب من حقوق على الأنصبة المفترزة لباقي المتقاسمين¹، و إذا تم رفع دعوى الضمان فإنه يتوجب على المحكمة أن تبين الأسس التي توصلت بناء عليها إلى تحديد مبلغ التعويض و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بقولها : "إذا كانت المحكمة في دعوى ضمان المتقاسم قد أحسنت فهم حكم القانون و حكم عقد القسمة و طبقتهما تطبيقا صحيحا على واقعة الدعوى و لكنها لم تبين كيف أن هذا التطبيق الصحيح قد أدى إلى المبلغ الذي قضت به لطالب الضمان ، فإن حكمها يكون قاصر الأسباب باطلا في هذا الخصوص"² .

والاستحقاق إما أن يكون كليا أو جزئيا ، و لا خلاف بين التشريعات محل المقارنة أن التعويض يكون بمقابل نقدي و ليس بمقابل عيني ، و إذا كان الأمر فيما يتعلق بحالة الاستحقاق الجزئي للغير على جزء من عقار منح لأحد المتقاسمين لا يطرح إشكالا كون التعويض النقدي الممنوح للمتقاسم المتعرض له يعد كمعدل للقسمة يحقق عدالتها ، فإن حالة الاستحقاق الكلي ترتب أن ينتزع العقار بأكمله من المتقاسم المتعرض له و يجد نفسه قد تحصل على مبلغ مالي فقط دون أية

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق ، ص 235 .

² - نقض مدني مصري 1946/10/10 طعن رقم 120 ، سنة 15 قضائية، نقلا عن محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 196 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

حقوق عينية على عكس باقي المتقاسمين معه ،فهذه الحالة لا تطرح إشكالا في التشريع الفرنسي الذي يؤسس العدالة في القسمة بكونها قيمة غير أنها تطرح إشكالا على ضوء التشريعين المصري و الجزائري الذين يعتبران أن أساس العدالة في القسمة هي عينية ،و السؤال المطروح يتعلق بما إذا كان منح المتقاسم المتعرض له تعويضا نقديا لا يشكل تناقضا مع أساس العدالة العينية في القسمة ؟

حسب رأينا فإن هذا الإشكال يبقى مطروحا في إطار توجه المشرعين المصري والجزائري ويمكن تبريره فقط برغبة المشرع في ضمان استقرار المعاملات و المحافظة على القسمة بعد تجسيدها،كما يمكن القول أن المساس بمبدأ العدالة العينية لم يكن قائما وقت القسمة و إنما ظهر في وقت لاحق عليها ،و إن الضمان يعد أحد الأساليب الرامية إلى تكريس العدالة اللاحقة في القسمة بعد اختلالها .

بالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالضمان نجد أن كل من المشرع الجزائري و المصري قد قررا أن العبرة في تقدير الشيء محل الاستحقاق تكون بقيمته وقت القسمة ،في حين أن المشرع الفرنسي قد أقر أن التعويض يتم تقديره بتاريخ الاستحقاق و إن هذا الاختلاف بين التشريعين المصري و الجزائري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى يطرح إشكالية الأسس التي استند لها كل اتجاه لتقرير ما ذهب إليه ،و سنحاول إبراز هذه الأسس و المبررات بالنسبة لكل اتجاه على حدة .

1- موقف المشرع الجزائري و المصري

نصت المادة 731 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 844 (ق . م . م) على أن تكون العبرة في تقدير الشيء محل الاستحقاق بقيمته وقت القسمة ،و الملاحظ أن نص المادتين تضمن أن كل واحد من المتقاسمين يكون ملزما بنسبة حصته بتعويض المتقاسم المتعرض له على أن تكون العبرة بتقدير الشيء وقت القسمة ،و السؤال المطروح هل التعويض يقتصر على قيمة الشيء محل الاستحقاق فقط،أم أن التعويض يشمل بالإضافة إلى ذلك عناصر أخرى ؟

يذهب البعض في أن السبب لتقدير الشيء المستحق بتاريخ القسمة ،لا وقت الاستحقاق هدفه تحقيق المساواة بين المتقاسمين ،إذ أن هذه المساواة تقتضي النظر إلى قيمة الشيء وقت القسمة ،حتى

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

لا يتأثر المتقاسمون الآخرون بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة¹، وذلك على عكس الضمان في البيع أين يتم تقدير الشيء وقت الاستحقاق و السبب في التمييز بين البيع على هذا النحو واضح، فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح و الخسارة، و من ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع، فإن زادت القيمة ربح و إن نقصت خسر، و طبيعة عقد البيع تسمح بذلك، أما القسمة فقد روعي فيها المساواة التامة بين المتقاسمين، و لذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة، و يتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم².

تم تبرير هذا الاتجاه في تقدير قيمة الشيء وقت القسمة بالقول أنه من الملاحظ أن كل مال من الأموال المكونة لمختلف الحصص له أسباب خاصة تتسبب في تغيير قيمته صعوداً أو هبوطاً، و ذلك تبعاً لمميزات العقار مثلاً أو لموقعه و التطورات اللاحقة به، و عليه فإنه من الممكن أن ترتفع قيمة عقار من تلك العقارات ارتفاعاً هاماً في حين تبقى قيمة بقية العقارات المسندة لباقي المتقاسمين على حالتها أو ترتفع قيمتها ارتفاعاً طفيفاً، فإذا استحق هذا العقار فقد يبدو من الظلم تحميل بقية المتقاسمين المدينين بواجب الضمان ما طرأ على هذا العقار من ارتفاع في القيمة³.

غير أن التعويض لا يتعلق فقط بقيمة الشيء وقت القسمة و إنما يتوجب إضافة العناصر الأخرى للتعويض قياساً على ضمان الاستحقاق في البيع كقيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق ومصروفات دعوى الضمان و الاستحقاق⁴، و في العموم فإن قيمة التعويض تتضمن ملحقات قيمة العين، و هي الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة و قيمة الثمار المستحقة والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض و كذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سيئي النية وجميع مصروفات الدعوى، ما عدا ما كان المتقاسم المتعرض له يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى⁵، كونه في هذه الحالة يعد مقصراً و لكن عبء إثبات إمكانية انقضاء هذه المصاريف يقع على عاتق باقي المتقاسمين.

¹ - عيد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 243.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 981.

³ - محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص 379.

⁴ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 160.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 8، ص 982.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و بوجه عام فإنه يتم تعويض مستحق الضمان عما لحقه من خسارة و لا يجوز له أن يطلب التعويض عما فاتته من كسب ، كما هو الشأن في الضمان في البيع ، و ذلك لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة مثل البيع ، و من ثم لو ترتب على الاستحقاق فوات صفقة رابحة على مستحق الضمان فإنه لا يعوض عنها¹.

2- موقف المشرع الفرنسي

كان القانون المدني الفرنسي عند إصداره سنة 1804 أول من اعتمد وقت القسمة في تقدير قيمة التعويض لمستحق الضمان و قد بقي هذا الموقف محل جدل فقهي و قضائي²، فقد اعتبر الاجتهاد القضائي في أحد قراراته بأن تعويض المتقاسم المنتزع يده يجب أن يحدد بقيمة الشيء وقت القسمة و ليس وقت الاستحقاق³، غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي و نتيجة وضعه في الحساب متطلبات المساواة في القيمة التي يتوجب أن تبقى سائدة بين المتقاسمين قد عدل من موقفه السابق و قرر أن قيمة تعويض المتقاسم يجب أن تكون بتاريخ الاستحقاق و ليس بتاريخ القسمة⁴.

و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها : "...يجب أن يحتسب التعويض وفقاً للضرر الحقيقي الذي لحق بالمتقاسم بفعل نزع اليد (الاستحقاق)، و كون هذا التعويض يعادل قيمة المال عندما أخذ منه ، فيجب أن تقدر خسارة المتقاسم بالنظر إلى قيمة المال عند نزع اليد " ⁵.

و قد كان لظاهرة انخفاض العملة في فرنسا دور في إعادة طرح إشكالية وقت تقدير التعويض فبرز اتجاه فقهي يدعو إلى ضرورة اعتماد وقت الاستحقاق لا وقت القسمة مستندا في ذلك إلى تبريرات أهمها أن التفسير الحرفي للمادة 885 (ق.م.ف) تفيد أن تقدير الضرر يجب أن يكون يوم حصول الاستحقاق ،بالإضافة إلى أن مقتضيات العدالة تفترض إعادة مدعي الضمان إلى الحالة التي كان عليها لو لم يحصل الاستحقاق و لتحقيق ذلك يجب أن يؤخذ في الحساب كل زيادة أو نقصان في تقدير المال المستحق والذي يطرأ في المرحلة الزمنية الفاصلة بين القسمة و الاستحقاق فتسود

¹ - محمد عزمي البكري ،المرجع السابق ، ص 228 .

² -Planiol marcel et Ripert georges ,Op.cit ,T IV,p927.

³ - Trib .Bordeaux ,12/07/1892 ,D.P.94 .2,51 .

⁴ - Mazeaud henri et léon et jean ,Op .cit ,p889.

⁵ - Cass .civ.1^{er} ,09/06/1970,JCP1972 .II.17199,Note .A Plancqueel .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المساواة خاصة و أن هذه الزيادة أو هذا النقصان غالبا ما يمس جميع الأموال محل القسمة و بنفس النسبة و لا يقتصر على مال دون آخر¹.

إن بعض الاجتهادات القضائية قد ذهبت إلى أبعد من ذلك أين قررت بأن وقت تقدير التعويض يجب أن يكون أثناء تقدير المحكمة له ، كون الأمر يتعلق بإصلاح الضرر الناتج عن الاستحقاق، وأن المبدأ بأن الضرر يتم تقديره ليس من يوم حدوثه و لكن يتم تقديره بالنظر إلى التاريخ الأقرب لجبره².

استجاب المشرع الفرنسي لهذه الاتجاهات الفقهية و كرس الاجتهاد القضائي خلال تعديله للقانون المدني خلال سنة 2006 بموجب القانون رقم 728-2006 المؤرخ في 23/06/2006 وقد نص صراحة في متن المادة 885 (ق . م . ف) على أن التعويض يتم تقديره بتاريخ نزع اليد أي الاستحقاق .

و إن ما يعيب هذا الاتجاه هو أنه يمكن أن يؤدي إلى إلزام المتقاسمين بدفع تعويض قد يتجاوز قيمة ما استحقه كل واحد منهم بموجب القسمة خصوصا عندما يتعلق الأمر بالقسمة العقارية ذلك أن قيمة العقارات قد تخضع أحيانا لزيادات كبيرة خلال وقت قصير لما يتعلق الأمر باستحداث تهيئات عمرانية جديدة، و أن ذلك يتنافى مع قواعد العدالة ، غير أنه يمكن الرد على هذا النقد بأن الضمان يبقى قائما فقط في حدود الحصة العائدة للمتقاسم ، كما أنه يتوجب التنبيه إلى أن المشرع الفرنسي قد حصر الضمان بإلزام المتقاسم شخصا بنسبة الجزء العائد إليه عند توزيع الأموال واستعمل الصياغة التالية :

« Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, à proportion de son Émolument ... »

عوضا عن الصياغة القديمة :

« Chacun des ,à proportion de sa Part Héritaire ... »

¹ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 380 .

² - Grimaldi michel , Op.cit , p 804 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و المراد باستعمال مصطلح émolument عوضا عن مصطلح Part Héreditaire أن يتم حصر الضمان و التعويض في الجزء العائد إلى المتقاسم عند توزيع الأموال ، و ليس ضمن الحصة الميراثية التي من الممكن أن تكون أوسع بموجب الإيضاء مثلا .

إن المقارنة بين التشريعين الجزائري و المصري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى فيما يتعلق بوقت تقدير قيمة الشيء محل الضمان يبين لنا تطور التشريع الفرنسي في هذا الخصوص و توجهه إلى تقدير التعويض بتاريخ الاستحقاق ، و الملاحظ أن المشرع الفرنسي يتكلم عن تقدير التعويض و ليس تقدير الشيء في حين أن المشرعين المصري و الجزائري يتكلمان عن تقدير الشيء وقت القسمة ، و إن هذا فتح المجال كما رأينا لفقهاء القانون لأجل اللجوء إلى القياس على أحكام الضمان في البيع لتقدير بقية عناصر التعويض و هو ما يبقي هذه المسألة محلا للخلاف و يفتح المجال للتأويلات ، و يبقى توجه المشرع الجزائري في اعتبار قيمة المال وقت القسمة هو الأساس المعتمد في التعويض محل نقد و حسب رأينا فإنه تماشيا مع طبيعة تغير و تحول قيمة الأشياء و خصوصا العقارات وفقا للتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و العمرانية ، فإن حصر التعويض لقيمة العقارات وقت القسمة يمكن أن يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة التي كانت قائمة وقت القسمة ، خصوصا و أن المشرع عندنا لم يقرر آجالا قصيرة لسقوط دعوى الضمان كما فعل المشرع الفرنسي ، و نرى أنه من المناسب عدم تقييد مسألة تقدير التعويض باعتبارها من المسائل التي يستحسن أن تترك للسلطة التقديرية للقضاة وفقا للمتغيرات و إن تدخل المشرع لحسم هذه المسألة أصبح أكثر من ضروري .

ثانيا : طريقة توزيع التعويض و ضماناته

تنفق التشريعات الثلاثة محل المقارنة بأن التزام المتقاسمين بضمان الاستحقاق يستوجب تعويض المتقاسم مستحق الضمان عما نقص في نصيبه نتيجة لثبوت حق الغير و توزع الخسارة الناجمة عن الاستحقاق على المتقاسمين جميعا ، بما فيهم المتقاسم مستحق الضمان ، بنسبة حصة كل منهم ، و ذلك لأن سبب الاستحقاق سابق على القسمة مما يؤدي إلى انتقاص ما كان يجب أن تنصب

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

عليه القسمة من أموال ،و تحقيقا للمساواة الفعلية بين المتقاسمين قرر المشرع أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسر¹.

إن ضمان الاستحقاق و ضمان إيسار أحد المتقاسمين هما أداتان من أدوات المحافظة على المساواة ،فضمان الاستحقاق متبادل بين كافة المتقاسمين كلا حسب حصته ،كما لم يغفل المشرع عن وجود حالات الإيسار فافتراض توزيع حصة المعسر من المتقاسمين عليهم جميعا ،و في كلتا الحالتين يبدو جليا تشبث المشرع بالمحافظة على المساواة فلم يترك منفذا للإخلال بالمساواة و ذلك بحصول أحد المتقاسمين على أقل من منابه و لو قيمة فحسب².

و تجدر الملاحظة أن الفقه القانوني في فرنسا يعتبر أن التعرض و الاستحقاق الصادرين من أحد المتقاسمين لا تحكمه المادة 884 (ق . م . ف) و التي تتعلق فقط بالتعرض و الاستحقاق الصادرين عن الغير ،و أن الضمان في حالة تعرض المتقاسم يستند إلى القواعد العامة للعقود ويرتب المسؤولية المدنية و الحق في التعويض على الطرف الذي يتجاهل القوة الملزمة للعقد أو الالتزام بتنفيذ العقود بحسن النية ،و أن الضمان في هذه الحالة يقوم حتى و لو كان سببه لاحقا عن القسمة و هو يعتبر من النظام العام في هذه الحالة لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ،و عندما يقوم الضمان فإن التعويض لا يقع إلا على عاتق المتقاسم الصادر عنه التعرض أو الاستحقاق³،و إن القول بهذا في رأينا يؤدي إلى نتيجة انعدام الضمان بين المتقاسمين و قيام ضمان متبادل بين المتعرض و المتعرض له .

وإن التشريعات محل المقارنة وسعيها منها لتعزيز استخلاص الحقوق بين المتقاسمين قد أقرت لكل واحد من المتقاسمين حق امتياز على العقارات محل القسمة يخول لأي واحد منهم الحق في الرجوع على باقي المتقاسمين لأجل استيفاء ماله من حقوق .

فالقسمة باعتبارها مصدرا للالتزامات شخصية بين المتقاسمين كالاتزام بدفع المعدل أو ثمن التصفية أو التعويض عن الاستحقاق تقتضي توفير ضمانات لاستيفاء هذه الالتزامات و قد أعطت التشريعات محل المقارنة امتيازاً للمتقاسم الدائن في مواجهة المتقاسم المدين ،غير أن المشرع الفرنسي

¹- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ، ص 213 .

²- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 385 .

³- Grimaldi michel ,Op .cit ,p 805.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

حصر امتياز المتقاسم في العقار فقط و ذلك بموجب المادتين 2374 فقرة 3 و 2381 (ق . م . ف) في حين أن التشريعين الجزائري و المصري ينصان على قيام امتياز المتقاسم سواء تعلق الأمر بقسمة عقارات أو منقولات .

نص المشرع الجزائري على امتياز المتقاسم في المنقولات ضمن المادة 998 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 1146 (ق . م . م) ، في حين نص على امتياز المتقاسم في العقارات ضمن المادة 1001 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 1149 (ق . م . م) و هذه المواد في التشريعين متطابقة ما عدا ما تعلق منها بترتيب تاريخ قيام الامتياز .

الحق الممتاز هو حق شخصي ناشئ عن قسمة مال شائع ، ولا أهمية لمصدر الشيوخ فقد يكون هو الميراث أو العقد ، ولا أهمية لنوع القسمة ، ودية أو قضائية ، و الحقوق الشخصية التي قد تنشأ عن القسمة هي معدل القسمة و ثمن التصفية و التعويض الذي يستحقه أحد المتقاسمين نتيجة التعرض أو الاستحقاق و هناك أخيرا الفوائد التي تستحق عن أي مبلغ من المبالغ السابق ذكرها¹.

و قد نص المشرع الجزائري ضمن المادة 1001 (ق . م . ج) على أن مرتبة امتياز المتقاسم مماثلة لمرتبة امتياز البائع المشار إليها بالمادة 999 (ق . م . ج) و التي تنص على أن مرتبة امتياز البائع تكون من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع ، و قياسا على ذلك فإن القسمة التي يتم قيدها خلال شهرين من تاريخ العقد أو صدور الحكم النهائي بخصوصها تكون مرتبتها باعتبار تاريخ إتمام عقد القسمة أو صدور الحكم النهائي بخصوصها .

تجدر الإشارة إلى أنه يجب تجديد قيد الامتياز خلال عشر سنوات من يوم إجرائه و إلا سقط ، و يهدف تجديد القيد إلى التخلص تلقائيا من القيود التي تم الوفاء بها ، و هو يحفظ للدائن مرتبته التي تثبت له منذ إجراء القيد الأصلي².

يلاحظ أن المشرع الجزائري يتوافق مع المشرع الفرنسي فيما يتعلق بثبوت تاريخ مرتبة الامتياز ، في حين أن المشرع المصري يعتبر أن مرتبته تكون من تاريخ القيد.

¹ - سمير تتاغو ، المرجع السابق ، ص 349 .

² - جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 203 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

مع ذلك فامتياز المتقاسم و رغم أنه متأخر عن الرهن الصادر من الشريك على الشيوع أثناء فترة الشيوع إلا أنه يتقدم في المرتبة رغم ذلك على حق الدائن المرتهن من الشريك على الشيوع و الذي ينتقل كما رأينا سابقا بمقتضى نص المادة 1039 (ق.م.م) و التي تقابلها المادة 890 (ق.م.ج) إلى ما آل إلى هذا الشريك الراهن من أعيان أخرى غير التي رهنها و في هذا تأكيد لفكرة المساواة بين المتقاسمين ، و لو على حساب المتصرف إليه من أحد الشركاء أثناء الشيوع و هو ما ينتقده البعض و يراه لا يتفق مع الأثر الكاشف للقسمة و يؤدي إلى تحقيق المساواة بين المتقاسمين على حساب دائني كل منهم¹.

أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا التقدم في أحد قراراتها و الذي جاء فيه : " بموجب الأثر الكاشف للقسمة ، يأخذ امتياز المتقاسم المقيد ضمن المهلة القانونية ، مرتبته بتاريخ بدء حالة الشيوع و يتقدم على الرهن العقاري القانوني أو الاتفاقي المقيد أثناء فترة الشيوع"².

الفرع الثاني : تقادم الحق في الضمان

لم ينص المشرع الجزائري و كذلك نظيره المصري على أية آجال تتعلق بتقادم الحق في الضمان، وكذلك كان الأمر في القانون المدني الفرنسي السابق لتعديل سنة 2006 وهو ما استوجب الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة لتقادم الحقوق في القوانين المدنية ، غير أن المشرع الفرنسي قد عالج هذه المسألة بعد تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 2006 - 728 المؤرخ في 2006/06/23 و بناء عليه سنحاول تفصيل مسألة تقادم حق الضمان على ضوء أحكام التشريعات محل المقارنة ضمن البندين التاليين .

أولا : موقف المشرع الفرنسي

كما سبق و أن ذكرنا فإنه قبل تعديل سنة 2006 و أمام انعدام النص الصريح فإن فقهاء القانون الفرنسي اعتبروا أن تقادم حق الضمان يخضع للقواعد العامة و ذلك لمدة ثلاثين سنة حسب نص المادة 2262 (ق.م.ف) القديمة ، غير أن المشرع الفرنسي آنذاك قد قلص هذه المدة بصفة استثنائية بموجب المادة 886 (ق.م.ف) القديمة و ذلك فيما يتعلق بضمان ملاءة المدين بدخل

¹ - سميير تتاغو ، المرجع السابق ، ص 357 .

² - Cass .civ .1^{er} ,13/07/2004 ,Bull .civ .1,n° 206 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

(Rente) و التي لا يمكن أن يمارس الضمان فيها إلا خلال السنوات الخمسة التي تلي القسمة، وهذا النص استثنائي لا يمكن تطبيقه على باقي الديون ما عدا المرتبات¹، غير أن المشرع الفرنسي وتقاديا لهذا التعقيد السائد بخصوص المرتبات و حرصا منه على استقرار المعاملات والأمن القانوني قد تدخل و نص بموجب المادة 886 (ق . م . ف) الجديدة على أن : " تتقدم دعوى الضمان بمرور سنتين اعتبارا من تاريخ نزع اليد أو اكتشاف التعرض " .

ثانيا :موقف المشرعين المصري و الجزائري

لم يتضمن القانون المدني الجزائري و كذلك المصري أية إشارة بخصوص تقادم حق الضمان في القسمة و هو ما يستوجب الرجوع إلى الأحكام العامة التي تحكم تقادم الحقوق و الالتزامات و قد نصت المادة 308 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 374 (ق . م . م) على أن الالتزام يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة .

ثار خلاف بين الفقهاء بخصوص الوقت الذي يبدأ فيه سريان أجل التقادم²، فذهب أغلبهم إلى أن هذه المدة تسري من وقت الاستحقاق باعتباره الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام بالتعويض³ ، وهو الوقت الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء⁴، في حين ذهب البعض إلى أن دعوى الضمان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت القسمة⁵.

و حسب رأينا فإنه ما دام قد تم الإقرار بالرجوع إلى القواعد العامة في هذه المسألة فإن هذه القواعد تقتضي حسب نص المادة 315 (ق . م . ج) و تقابلها المادة 381 (ق . م . م) على أنه لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، وبالتالي فإن سريان أجل تقادم حق الضمان يبدأ من يوم الاستحقاق ، و إننا نرى أن هذا الأجل طويل و يمس باستقرار القسمة و أمنها القانوني و أنه من المناسب أن يتدخل المشرع لأجل تقليص هذا الأجل بما يتناسب مع متطلبات القسمة و ضمان استقرارها و العدالة فيها .

¹ - Planiol marcel et Ripert georges ,Op .cit ,T IV ,p 928 .

² - محمد عبد الرحمان الضويني ،المرجع السابق ، ص 571 .

³ - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 196 .

⁴ - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،المرجع السابق ، ص 244 .

⁵ - محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 201 .

الفصل الثاني : الآثار والضمانات المترتبة على القسمة

غير المنتظمة

كما سبق استعراضه ضمن الفصل السابق ، فالقسمة و نظرا لطبيعتها الكاشفة فإن وظيفتها الأساسية هي إفراز حق الشريك في الشيوع و ذلك بتحديد نطاقه المادي و المعنوي و هي تختلف بذلك عن التصرفات الناقلة بعوض كالبيع ، و يقتضي ذلك أن القسمة لا تقوم على أساس المضاربة و أنه يتوجب تحقيق العدالة فيها ، غير أنه قد يحدث أن يختل مبدأ المساواة لأسباب تتعلق إما بأهلية المتقاسمين أو بسلامة إرادتهم ، كما أن الاختلال قد يرجع إلى خطأ في تقدير قيمة المال الشائع أثناء تكوين الحصص أو إغفال لأحد هذه الأموال أو لأحد من المتقاسمين أثناء إجراء القسمة، و إذا حدث أن قام أي سبب من هذه الأسباب فإن القسمة تعد غير منتظمة ، و قد رتب التشريرات محل المقارنة عن قيام أحد هذه الأسباب جزاءات بعضها يؤدي إلى إبطال القسمة و البعض الآخر يهدف إلى إعادة التوازن لها بما يضمن الموازنة بين مبدأ المساواة و مقتضيات الاستقرار المتطلبين فيها .

الغبن باعتباره عيبا في العقد وليس في الإرادة يعد من أهم أسباب اختلال العدالة في القسمة وقد أفردته التشريرات المقارنة بأحكام خاصة نظرا لأهميته و تبعاً لذلك سنخصص له مبحثا مستقلا ضمن هذا الفصل فيما نخصص المبحث الثاني منه لدراسة البطلان في القسمة .

المبحث الأول : الغبن في القسمة

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

و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، و للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته " .

و هذه المادة تقابلها في القانون المدني المصري المادة 845 منه و هي متطابقة معها ، مما يجعل من أحكام الغبن في القسمة متطابقة في التشريعين ، أما المشرع الفرنسي فقد نصت المادة

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

889 (ق . م . ف) على أنه : " عندما يثبت أحد المتقاسمين إلحاق الغبن فيه بما يزيد على الربع يعطى تكملة حصته ، حسب خيار المدعى عليه ، إما نقدا أو عينا و لتقدير ما إذا كان ثمة غبن ، تخمن الأشياء حسب قيمتها بتاريخ القسمة .

تتقدم دعوى تكملة الحصة بمضي سنتين اعتبارا من القسمة " .

و هذه المادة مستحدثة في التشريع الفرنسي بموجب القانون رقم 2006 - 728 المؤرخ في 2006/06/23 و الذي أدخل إصلاحات عميقة على نظام الشيوخ و آليات القسمة ، و قد كان الغبن قبل التعديل يحكمه نص المادة 887 (ق . م . ف) القديمة و التي كانت تنص على أنه : " يمكن إبطال القسمة لعلة الغبن بسبب الإكراه أو التدليس ، و يمكن أيضا أن يكون هناك مجال للبطلان ، عندما يثبت أحد المتقاسمين الشركاء في الإرث حصول غبن له يزيد عن الربع ، و لا يفسح مجرد إغفال أحد أشياء التركة المجال للبطلان ، و لكن فقط لإجراء ملحق لعقد القسمة "

فالغبن كما هو واضح يقاس بمعيار مادي ، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية ، فإذا بلغ الفرق بين الحصص حدا معيناً كان ذلك غبنا ، فالغبن عيب في العقد و ليس عيبا في إرادة الأطراف ، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي ، بقطع النظر عما إذا كانت إرادة المغبون سليمة أو مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة¹ ، و رغم أن الحكمة من جواز نقض القسمة أو مراجعتها للغبن تتمثل في تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، إلا أنه يتعين أن يصل مقدار الغبن إلى قدر معين يحدده القانون ، و إلا لما استقرت القسمة باعتبار أن أي قسمة لا تخلو من وجود تفاوت بسيط في قيمة الحصص ، و هكذا لم يجز المشرع نقض القسمة أو مراجعتها كلما كان هناك اختلال مادي بين الأنصبة² ، و تقوم فكرة نقض القسمة للغبن كما رأينا على أساس تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، و من هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن في بيع العقار إذا كان الغبن يزيد على الخمس في التشريعين المصري و الجزائري ، فعلى خلاف ما هو مقرر في البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا ، و لا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية كما

¹ - محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 93 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 442 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

يشترطه المشرع المصري في أحكام المادة 425 (ق . م . م) ، كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالدعوى و ما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة¹ .

فالمشرع بموجب هذه الأحكام الخاصة في القسمة قد يسر على المتقاسم المغبون و الذي لا تعطيه القواعد العامة حق إبطال العقد لمجرد انعدام التعادل بين التزامات أطرافه بل تستلزم بالإضافة إلى ذلك ثبوت استغلال الطرف للطيش البين أو الهوى الجامح لدى الطرف المغبون، ففي هذه الأحكام الخاصة إقالة للمتقاسم المغبون من شرط تحقق مثل هذا الاستغلال و فيها فضلا عن ذلك تحديد حسابي جامد لقدرة عدم التعادل ييسر الأمر على المتعاقد المغبون و على القاضي دون اجتهاد أو تحكم في التقدير² .

و يتبين من استقراء المواد المتعلقة بالغبن في التشريعات محل المقارنة أنها تقرر شروطا لقيام الغبن في القسمة كما أنها تختلف في تقرير الجزاء المترتب عنه و سنحاول إبراز شروط الغبن ضمن المطلب الأول من هذا المبحث على أن نخصص المطلب الثاني منه لتحليل الجزاء المترتب على ذلك في ضوء ما قرره التشريعات محل المقارنة .

المطلب الأول : شروط الغبن

إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فهذا في حد ذاته عيب يجعل القسمة قابلة للنقض ، و ليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، فالغبن وحده كاف لجعل القسمة قابلة للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون ، و يرى البعض أنه يجوز للمتقاسم المغبون أن يتنازل صراحة عن حقه في التمسك بنقض القسمة فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية³ ، غير أن هذه الإجازة لا يجب أن تكون سابقة للقسمة أو يتم إيرادها ضمن بنود العقد ، فلا يعتبر الشريك المغبون مجيزا للغبن في عقد القسمة إذا هو نزل ، في عقد القسمة نفسه ، عن حقه في نقضها للغبن⁴ ، وإن هذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها و التي ورد في أحدها أنه : " كون المساواة بين الحصص هي قاعدة أساسية في القسمة ، لا يستطيع الشركاء في الإرث مسبقا، التنازل

1 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 89 .

2 - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 203 .

3 - نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 166 .

4 - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 902 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

عن ممارسة دعوى نقض القسمة لا صراحة و لا بصورة غير مباشرة عبر الالتزام بضمان آثار الاتفاقية¹ .

كما ورد في قرار آخر أنه : " لا يمكن أن ينتج التنازل عن الحق في طلب نقض القسمة إلا عن أعمال لاحقة للقسمة و خالية من الالتباس"².

إن الشروط المتطلبة لقيام الغبن تتعلق أساسا بمقداره من جهة و بنطاق تطبيقه من جهة أخرى ، و سنحاول إبراز مقدار الغبن الذي تتطلبه التشريعات محل المقارنة و طريقة حسابه و وقت تقديره ضمن الفرع الأول من هذا المطلب لنخصص الفرع الثاني منه لأنواع القسمة التي يجوز فيها إعمال الغبن .

الفرع الأول : مقدار الغبن

إن مسألة تقدير الغبن تتعلق بمعيارين أساسيين الأول يتمثل في المقدار الحسابي الذي حدده المشرع له ، أما المعيار الثاني فيتعلق بكيفية حساب هذه القيمة و وقت التقييم و قد اختلفت التشريعات المقارنة بخصوص قيمة الغبن ، كما أن الاجتهاد القضائي قد قرر بعض الأحكام المهمة و المبدئية بخصوص طريقة حساب قيمة الغبن و إن هذا ما سنحاول توضيحه ضمن البندين التاليين :

أولا : قيمة الغبن

نص المشرع المصري على أن مقدار الغبن الذي يلحق بالشريك في القسمة و يجيز له طلب نقضها ، هو الذي يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة ، فهو يقدر تقديرا حسابيا ، فإذا كان الغبن يقل عن ذلك لم يكن للشريك طلب نقض القسمة³، و قد جرى المشرع الجزائري نظيره المصري في ذلك و قرر نفس المقدار ضمن المادة 732 (ق م . ج) .

¹-Cass .civ .02/06/1897 :DP 1897 .1.384.

² -Cass .civ .1^{re} ,12/01/1994 :Bull .civ .I ,n°19 ;D.1995.

³ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 91 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالغبن الذي يجيز نقض القسمة ،هو الغبن الواضح و هو مالا يختلف المقومون في تحقيقه،وهو في الرأي الغالب في الفقه الإسلامي ما زاد على الخمس¹.

و قد كان المشروع التمهيدي لنص المادة 845 (ق .م .م) يشترط في الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ،و ذلك أسوة بمقدر الغبن في القسمة في القانون الفرنسي ،و لكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن في بيع عقار القاصر ،و لأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية².

يرى البعض أن تحديد نصاب الغبن و هو ما يزيد على الخمس ليس من النظام العام،فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه ، كأن يتفقوا على تحقيق المساواة التامة بين حصصهم،فإذا لم تراعى هذه المساواة عند تكوين الحصص جاز للشريك الذي يتظلم من نقص قيمة حصته أن يطعن في القسمة بسبب الغبن ،و عندئذ يجوز للقاضي أن يقضي بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس³.

و إسقاط الشريك حقه في الرجوع بالضمان ، لا يترتب عليه سقوط حقه في طلب نقض القسمة للغبن ،فكلاهما مختلف عن الآخر ،و قد أقرت محكمة النقض المصرية ذلك في أحد قراراتها بقولها : " جعلت المادة 845 (ق .م .م) من الغبن الذي يزيد على الخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ،و من ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون،جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى و لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان و ذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين ،و لما كان ذلك و كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظرو ذهب إلى أن إسقاط الطاعنة حقا في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقا في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون⁴.

¹ - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 138 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 903 .

³ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 93 .

⁴ - نقض مدني مصري جلسة 1975/04/01 ، طعن رقم 51 سنة 40 قضائية، نقلا عن أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص 127 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و لا يجوز للمحكمة أن تثير مسألة الغبن في القسمة تلقائيا ، كما أنه يتوجب أن تكون القسمة صحيحة من حيث إجراءاتها و شكلياتها كمسألة أولية تسبق إثارة الدفع بالغبن و هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها : " ومتى كان من المقرر قانونا أن القسمة الواردة على العقار ، لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في الشكل الرسمي ، و من ثمة فإن تطبيق قضاة المجلس لنص المادة 732 من القانون المدني يعد خرقا للقانون ، لإثارته تلقائيا مسألة الغبن التي لا تكون مقبولة إلا إذا كانت القسمة صحيحة و تمسك أحد الأطراف بالعدول عنها بسبب الغبن ، و من ثم يكون القضاة بقضائهم كما فعلوا قد عرضوا قرارهم للنقض لمخالفة القانون"¹.

أما المشرع الفرنسي فإنه حدد قيمة الغبن في القسمة بما يجاوز الربع حسب نص المادة 889 (ق . م . ف) ، و يكفي لإثارة مسألة الغبن أن يتحصل أحد المتقاسمين على حصة لا تصل إلى مقدار ثلاثة أرباع ما يتوجب أن يتحصل عليه في الأصل ، و هذه الطريقة في التقدير تؤدي أحيانا إلى نتائج تبدو مفاجئة ، و ذلك في حالات حصول أحد المتقاسمين على حصة تتجاوز بالربع مقدار حصته المتوجبة أصلا ، و رغم أن القسمة غير عادلة فإنه يمكن أن لا يطعن فيها بالغبن إذا لم يوجد متقاسم مغبون بما يجاوز الربع² .

ما يمكن استخلاصه أن الغبن في التشريعات الثلاثة قد تم تحديده بمعياري مادي حسابي ثابت لا مجال لإعمال أية سلطة تقديرية بخصوصه و إن الاختلاف في تحديد نسبة الغبن لا تأثير له على أحكام الغبن بالإضافة إلى أن كلتا النسبتين متقاربتين .

ثانيا : طريقة تقدير الغبن

لمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة و تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال ، و تقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة و إنما يعاد التقدير من جديد³ ، غير أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن اللجوء إلى الخبرة لأجل التأكد من وجود الغبن لا يعد لازما و قد قررت ذلك بقولها : " لا يلزم

¹ - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 11 / 07 / 2007 ، ملف رقم 410107 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 2008 ، ص 251 .

² - Malaurie philippe et Aynés laurent , Op . cit , p503 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 903 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

قضاة الموضوع الناظرون في دعوى النقض الموجهة ضد القسمة ، كما في مادة البيع العقاري ، أن يتحققوا عن طريق الخبرة الفنية من وجود الغبن ¹.

والعبرة في التقدير بقيمة المال الشائع و بقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة و ليس وقت بدء الشروع ، أو وقت رفع دعوى الغبن ، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير ²، كما أنه لا يعتد بالغبن إذا كان لسبب لاحق على القسمة كارتفاع قيمة جزء من المال المتقاسم أو انخفاضه ³.

إن تقدير الغبن يستلزم المقارنة بين الحصة الممنوحة للمتقاسم المدعي بالغبن و بين قيمة الحصة التي كان يتوجب إسنادها إليه، و إن عملية التقدير تستوجب إدخال جميع الأموال المشكلة لحصته سواء كانت عقارية أو منقولة لأنه من الممكن أن تكون الزيادة في التقدير المدعى بها قد تم وبصفة نسبية استدراكها بالإنقاص في التقدير لشيء آخر بحيث لا يتجسد الغبن بنسبته المطلوبة، كما أنه لا يمكن إغفال الديون التي كانت لصالح التركة على عاتق المتقاسم ⁴، و التي تخضع للتسوية النهائية أثناء عمليات القسمة خصوصا في الممارسة في التشريع الفرنسي .

وهذه الأحكام قررتها محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها و التي ورد في أحدهما :
" يجب أن يحتسب الغبن بالمقارنة بين الحصة الممنوحة للشريك المتقاسم الذي يدعي أنه مغبون و قيمة الحصة التي كان يجب أن تؤول إليه من الأصول و ذلك بتاريخ القسمة" ⁵.

كما أكدت في قرار آخر على ضرورة سعي الخبراء إلى الرجوع إلى قيمة الأموال الحقيقية بتاريخ القسمة و قد ورد في أحد قراراتها : " يفند إلى الأساس القانوني القرار الذي يطبق على تقدير

¹ - Cass .civ .1^{re} ,19/10/1960 :Bull.civ .I,n°448.

² - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 91 .

³ - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 126 .

⁴ - Grimaldi michel,Op .cit,p811 .

⁵ - Cass.civ.14/11/2004 :Bull.Civ.I,n°484 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

عقاري متحقق من قبل خبير مؤشر أسعار البناء بين تاريخ الخبرة الفنية و تاريخ التمتع المجزأ ،من دون تحديد بماذا يمكن أن يكون تطور المؤشر موازيا لقيمة الأموال بتاريخ القسمة"¹.

قد لا تتم القسمة بصفة كلية و إنما تتم بصفة جزئية بأكثر من عقد يرد كل منها على جزء من المال الشائع ،و قد ذهب الفقه المصري إلى أنه في هذه الحالة لا ينظر في وجود الغبن إلى كل عقد على حدة و لكن إلى القسمة في مجموعها ،إذ ربما يغبن المتقاسم في عقد و يأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر،و من ثم إذا تبين أن المتعاقد قد غبن بما يزيد على الخمس في مجموع هذه العقود ،كان له طلب نقض العقود جميعها لأنها تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة².

غير أن الاجتهاد القضائي و التشريع الفرنسي يذهبان عكس هذا الاتجاه ،فعندما تكون القسمة تمت بطريقة جزئية فإنه يتوجب إتباع القواعد التي قررها الاجتهاد القضائي و التي تبناها المشرع الفرنسي بموجب إصلاحات سنة 2006 في نص المادة 890 (ق . م . ف) فيتوجب أولاً استبعاد الأموال التي مازالت في الشيوخ ولم يتم قسمتها من هذا التقييم ولا يمكن التذرع بأن الغبن اللاحق بالمتقاسم سيتم تداركه وتسويته لاحقاً عند قسمة الأموال التي مازالت في الشيوخ،و في المقابل فإنه من اللازم أن يتم الأخذ في الحسبان باقي القسمات الجزئية المنجزة سواء كانت سابقة أو لاحقة للقسمة المدعى بوقوع الغبن فيها ،ماعدا القسمات الجزئية التي استوفى فيها المتقاسمون حقوقهم بصفة عادلة³، ففي حالة القسمة الجزئية المتتالية فإن الغبن يتم تقديره من دون النظر إلى القسمة الجزئية التي استوفى فيها الأطراف حقوقهم بصفة مساوية لأنصبتهم و لا يتم النظر إلى الأموال التي لم يتم قسمتها بعد حسب ما تنص عليه المادة 890 فقرة 03 (ق . م . ف)⁴.

حسب رأينا فإن ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي و المشرع الفرنسي لاحقاً يعد الأنسب والأقرب للترجيح باعتباره يتماشى مع مبدأ المساواة و استقرار المعاملات ،و قد تكون القسمات الجزئية عديدة و أحيانا متباعدة في الزمن خصوصاً في الشيوخ الميراثي و إنه ليس من المنطق إن تحققت المساواة في البعض منها ووجد غبن في البعض الآخر أن يتم إبطالها كلها.

¹ - Cass.civ.03/01/1979 :Bull.Civ.I.132.n°3.

² - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 90 .

³ - Grimaldi michel ,Op .cit,p 811.

⁴ - Sauvage françois,Op .cit,p 250 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فيما يتعلق بالاعتبارات التي كانت قائمة أثناء وقت القسمة و من شأنها أن تدخل في تقييم العقار الشائع أثناء قسمته ،و هي اعتبارات احتمالية غير أنها تستند إلى معايير موضوعية مستقبلية كالتطور العمراني أو ما هو مضمن في المخططات التوجيهية للتهيئة و التعمير ،باعتبار أن المخطط التوجيهي هو أداة ذات طبيعة توقعية يوضع كوسيلة تحدد شروط توسيع الكتل السكنية إلى آفاق عشرون سنة¹، فإن الاشكال المطروح يتعلق بمدى أخذ هذه الاعتبارات في الحسبان عند تقدير الغبن ؟

لقد أقر الاجتهاد الفرنسي في هذا الخصوص بإمكانية الأخذ في الاعتبار التطور المتوقع من الناحية العمرانية للعقارات و ذلك عند تقييم الغبن و قد ورد في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية: " إذا كانت عند القسمة ،بعض قطع الأرض لا تزال واقعة خارج الإطار العمراني،يمكن على الأقل الأخذ بالاعتبار الظروف التي تسمح باعتبارها كأراضي ليست محض زراعية،وذات طبيعة قابلة للبناء ،بتاريخ القسمة (صفات الأراضي المادية و مميزاتها ، قربها من الشوارع المحيطة بالمدينة امتداد هذه الأخيرة ، قيام عدة مشاريع فرز و قسمة أراضي بالقرب منها)"².

و يبدو هذا الاجتهاد جديرا بالتنويه و التبني حسب رأينا باعتبار أن هذه العناصر الاحتمالية هي ثابتة و تدخل في تقييم الممتلكات العقارية .

الفرع الثاني : نطاق تطبيق الغبن

يقصد بنطاق تطبيق الغبن هو أنواع القسمات التي يجوز فيها إعمال أحكام الغبن في القسمة و التي يترتب عليها لاحقا قيام جزاءات يقررها القانون ،و يلاحظ من خلال النصوص السالفة الذكر أن المشرع الجزائري يقصر إعمال الغبن على القسمة الإتفاقية فقط و التي عبر عنها بلفظ القسمة الحاصلة بالتراضي و قد استلهم ذلك من المشرع المصري الذي سبقه في تبني هذا الموقف ،أما المشرع الفرنسي فلم يقصر تطبيق أحكام الغبن على القسمة الإتفاقية فقط و إنما وسع من نطاق تطبيق الغبن ليشمل كذلك القسمة القضائية و كل عمل يكون موضوعه إزالة الشيوخ بين الشركاء وكانت المادة 888 (ق . م . ف) القديمة قبل صدور إصلاحات سنة 2006 ،تتص على : "تقبل

¹ - أفلولي أولد رايح صافية ، المرجع السابق ، ص 69 .

² - Cass.civ .1^{er} ,19/04/1977 ,Gaz. Pal 1978 .1.14 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

دعوى النقص ضد أي عمل يكون موضوعه يهدف إلى إزالة الشبوع بين الشركاء في الإرث ،حتى و لو كان متصفا بالبيع ،بالمبادلة ،بالصلح أو بأي صفة أخرى ."

بعد تعديل سنة 2006 فقد حلت المادة 890 (ق . م . ف) الجديدة محل هذه المادة،وسنحاول ضمن بندين منفصلين عرض موقف المشرعين المصري و الجزائري وتحليل الأسباب التي أدت إلى قصر تطبيق الغبن على القسمة الاتفاقية دون غيرها ، لنعرض بعدها لموقف المشرع الفرنسي .

أولا : موقف المشرعين المصري و الجزائري

لقد استلهم المشرع الجزائري موقفه بقصر تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية من المشرع المصري و لمعرفة الأسباب التي أدت بهذا الأخير لتبني هذا الاتجاه فإن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يعد أحد الوسائل الناجعة لمعرفة نية المشرع ،و قد تضمنت مذكرة المشروع التمهيدي تبريرا لذلك بقولها : " و في قسمة التراضي وحدها (أي إذا كانت القسمة عقدا) يجوز نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع، ويقدر الشيء بقيمته وقت القسمة وترفع دعوى الغبن في خلال السنة التالية للقسمة و يجوز وقف الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ، أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن"¹.

و تبعا لذلك فإن أي قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن ، سواء كانت قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو جزئية ،و يجوز كذلك النقص للغبن حتى و لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية إذا كان المشتري هو أحد الشركاء لأن البيع في هذه الحالة يعد قسمة"².

قد يستر المتقاسمون عقد القسمة في صورة عقد آخر ، كعقد بيع أو مقايضة أو صلح و يرى البعض أن العبرة في هذه الحالة تكون بحقيقة العقد ، فإذا ثبت أن العقد في حقيقته قسمة و أنه وقع

¹ - رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 145 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 905 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فيها غبن بما يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون طلب نقضها ، و يقع على عاتق الشريك الذي يدعى صورية العقد و أنه يخفي قسمة عبء إثبات ذلك¹.

و إن قصر أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية على أساس أن الاتفاق على القسمة مقيد بالعدل، أما القسمة القضائية فهي مستثناة باعتبار أنها تتضمن ضمانات تحول دون وقوع أحد الشركاء في غبن ، قد كان محل نقد كون أن قضاء القاضي مقيد بالعدل كذلك ، فإن ظهر غبن في القسمة القضائية فإنه من الأجدر و المناسب أن يتم نقضها²، و يذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا فرق بين القسمة الاتفاقية و غيرها فيما تقتضيه قواعد العدالة و قد تم المطالبة بتعديل نص المادة 845 (ق.م.م) لتشمل أحكام النقض القسمة القضائية كذلك³.

تجدر الملاحظة إلى أن أغلب الفقهاء المسلمين يذهبون إلى جواز الطعن في القسمة لعيب في الرضا في حالة القسمة القضائية دون القسمة الرضائية ، لأن المتقاسم في القسمة القضائية دخل على حصة محددة القيمة ، كما أن قاعدة المساواة لا بد و أن تحترم ، أما القسمة الرضائية فإن الفقه الإسلامي يعتبرها بيع يتغابن فيه الناس عادة⁴ .

ثانيا : موقف المشرع الفرنسي

نصت المادة 890 (ق.م.ف) على أنه : " تقبل دعوى تكملة الحصة ضد أي عمل، مهما كانت تسميته ، يكون موضوعه إزالة الشيوخ بين الشركاء المتقاسمين .

لا تعود مقبولة هذه الدعوى عندما تحصل تسوية بعد القسمة أو بعد العمل الذي يعد قسمة ، بشأن الصعوبات التي كانت تنطوي عليها هذه القسمة أو هذا العمل" .

و قد وسع القانون المدني الفرنسي من نطاق أعمال الغبن بصفة كبيرة ، فباستثناء القسمة المؤقتة ، فإن كل قسمة عداها تخضع لأحكام الغبن سواء كانت كلية أو جزئية قضائية أو اتفاقية، سواء كانت تضع حدا للشيوخ الميراثي أو تعلق الأمر بانحلال شركة حسب ما نصت المادة

1 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 90 .

2 - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 137 .

3 - محمد عبد الرحمان الضويبي ، المرجع السابق ، ص 376 .

4 - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 406 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

1844-9 (ق . م . ف) و بالإضافة إلى ذلك فإن جميع التصرفات التي من شأنها وضع حد للشيوخ تخضع لأحكام الغبن باعتبارها في الحقيقة قسمة غير أن الأطراف أعطوها وصفاً أو تكييفاً آخر¹.

فهذه الدعوى تعد مقبولة ضد كل العقود مهما كانت تسميتها و التي يكون هدفها هو إنهاء حالة الشيوخ بين المتقاسمين سواء قسمة ودية أو قضائية أو حتى مرحلية².

و يتمثل مبرر تعميم الغبن على كل القسمة في حرص المشرع الشديد على تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، و اعتبار هذا المبدأ أساساً جوهرياً في القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية ، وذلك بالرغم من أن القسمة القضائية محاطة بالعديد من الضمانات التي تمنع حصول هذه الأسباب³.

أقرت محكمة النقض الفرنسية هذه الأحكام في العديد من قراراتها و قد ورد في أحدها : " تكون دعوى نقض القسمة لعلّة الغبن مقبولة ليس فقط ضد القسمة بمعناها الذاتي ، لكن أيضاً ضد الأعمال التي بهدف القسمة و المساهمة في تحقيقها ، حتى دون أن تتضمن احتساب فروقات ، و لا تشكيل حصص الشركاء المتقاسمين تمنح أموالاً إرثية لبعض الشركاء في الإرث ، مقابل تحديد ثمن معين ، طالما أنه بهذه العملية الموازية للقسمة ، تخرج هذه الأموال بصورة نهائية من الشيوخ بين الأطراف الذين ظهروا فيه " ⁴.

كما قررت أيضاً أنه: " تطبق أحكام نقض القسمة حتى عندما لا يؤدي العمل إلى زوال الشيوخ إلا بين بعض الشركاء في الإرث فقط ، كون القانون لا يجري أي تمييز " ⁵.

و لكن أحكام الغبن و الدعوى المرتبطة به لا يمكن قبولها عندما تحصل تسوية أو صلح بخصوص الصعوبات التي تنتجها القسمة أو العمل الذي يعد قسمة ، و يقصد بالتسوية الاتفاق الذي يعقده المتنازعون ليحسموا بموجبه نزاعاً قائماً أو متوقفاً بتنازل كل منهم عن شيء من مطالبه وبالتساهل المتبادل⁶.

¹ - Terré François et Lequette Yves et Gaudemet Sophie , Op . cit , p1022.

² - Sauvage François , Op . cit , p 250.

³ - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 406 .

⁴ - Cass.civ.1^{re}, 09/03/1966 :D 1966,573.

⁵ - Cass . civ . 02/06/1897 : DP 1897 .1.384.

⁶ - Sauvage François , Op . cit , p 250 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

غير أن الغبن لا يترتب عنه أي جزء في حالتين و في نوعين من العقود ،يتعلق الأول منها بحالة التصفية التي تتم لصالح أحد المتقاسمين ، فعندما يرسو المزاد عليه فإنه لا مجال لتطبيق قواعد الغبن و هذا حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية و التي ورد في أحد قراراتها : " استبعاد دعوى نقض القسمة لعله الغبن في حالة القسمة الجزئية المنبثقة عن إجراء مزايمة علنية مقررة قضاء ¹ .

أما الحالة الثانية فتتعلق بقسمات تنطوي على غرر ، باعتبار أن الغرر يزيل الغبن، فقسمات الغرر (partages aléatoires) عالجتها المادة 891 (ق .م .ف) وحددت حالة تجسيد القسمة من خلال التصرف في الحصص بين الشركاء بالبيع لصالح أحدهم ، و قد نصت المادة المذكورة أنه باستثناء حالة وجود غش من طرف أحد الشركاء ، فإن الغبن لا يرتب آثاره إذا كان بيع الحقوق الشائعة و التصرف فيها قد تضمن مخاطرة محددة (غرر) في نص العقد بشرط أن يكون قبول المتصرف لصالحه صريحا ، و إن هذا النص لا يعد إلا تطبيقا خاصا لأنواع من القسمات و التي يزيل فيها الغرر كمبدأ عام تطبيق أحكام الغبن ² .

و قد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص قولها : " كي لا يخضع النفرغ عن حقوق إرثية بين الشركاء في الإرث لنقض القسمة لعله الغبن ،يتوجب على قضاة الموضوع أن يثبتوا من الاتفاق الصريح أو الضمني الذي وضع الأطراف بموجبه على عاتق المنفرغ له فعليا ،مخاطر و مضار عملية غرر حقيقي بسبب عدم الدقة التي يمكن أن توجد في محتوى و قيمة هذه الحقوق " ³ .

غير أنه يجب التنويه إلى مسألة مهمة تتعلق بمدى جواز تطبيق أحكام الغبن على القسمة القضائية ، و يذهب الفقهاء الفرنسيون بأنه عندما تكون المحكمة الأولى التي فصلت في دعوى القسمة القضائية قد نظرت في نزاعات متعلقة بقيمة الأموال و فصلت فيها بعد أن حددت أسس القسمة فإن

¹ - Cass .civ .17/12/1956 :Bull .Civ .1956,I ,n°465.

²- Grimaldi michel ,Op .cit ,p813 .

³ - Cass .civ .1^{er} ,25/05/1965 :D 1965.745.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

حجية الشيء المقضى به و المعترف به للأحكام القضائية يمكن أن يشكل في هذه الحالة عائقا لممارسة دعوى الغبن¹.

و حسب رأينا فإن هذا الاتجاه يتناسب مع مبادئ العدالة التي تقتضيها القسمة ،فأحيانا يتم قسمة العقارات قضائيا دون تحديد دقيق لقيمتها و تتضمن هذه القسمات في الغالب غبنا يلحق بأطرافها ،و إنه جدير بالمشرع الجزائري أن يتدخل في هذا المجال بحيث يجيز تطبيق أحكام الغبن على القسمة القضائية على أن يكون ذلك بشرط عدم تعرضها لمسألة تقييم الأموال عند قسمتها وأن لا يكون قد سبق الفصل في المنازعات المتعلقة بقيمتها و ذلك من خلال تعديل أحكام المادة 732 من القانون المدني الجزائري .

المطلب الثاني: الجزاءات المقررة للغبن

إذا ثبت قيام ووجود الغبن على النحو السابق بيانه أو تم الادعاء به ،فإنه يتوجب على الشريك المتقاسم المدعي بالغبن أن يرفع دعوى قضائية موضوعها الإدعاء بالغبن ،و هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة التي تحكم الدعاوى القضائية من حيث أهلية أطرافها و قواعد الإثبات فيها،وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع قد رتب أحكاما خاصة تتعلق بأجال سقوطها .

نص كل من المشرع الجزائري و المصري على أن جزاء الغبن هو النقص ،و قد كان هذا الجزاء هو المقرر في التشريع الفرنسي قبل تعديل سنة 2006 غير أن المشرع الفرنسي قد عدل عن هذا الجزاء اعتبارا للآثار المترتبة عنه و الماسة بالأمن القانوني للمعاملات و قد تم اعتماد دعوى تكملة الحصة عوضا عن النقص .

إن الجزاءات المقررة للغبن تتعلق أساسا ببيان الدعاوى التي أجازها القانون لمعالجة هذا العيب من جهة و الآثار المترتبة عنها بالإضافة إلى الآجال المتعلقة بسقوط هذه الدعاوى أو تقادمها و سنحاول ضمن هذا المطلب دراسة الجزاءات و الآثار المترتبة عن دعاوى الغبن و ذلك ضمن الفرع الأول و نخصص الفرع الثاني لآجال سقوط هذه الدعاوى .

¹ Terré François et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit ,p1022.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

الفرع الأول : الجزاءات و الآثار المترتبة على دعوى الغبن

كما سبق و أن ذكرنا فإن التشريعات محل المقارنة كانت تقرر نفس الجزاء للغبن في القسمة و كانت تقضي بنقضها في حال ثبوت الغبن ،غير أن المشرع الفرنسي و بناء على اعتبارات ستكون محلا للتفصيل قد عدل عن هذا الجزاء و بموجب تعديله للقانون المدني سنة 2006 أصبح يقرر دعوى تكملة الحصة كجزاء للغبن في القسمة ،و الملاحظ أن كلا الدعويين سواء دعوى النقص أو دعوى تكملة الحصة تحكمها قواعد تتعلق بالصفة و الأهلية و المصلحة بالإضافة إلى قواعد إثبات الغبن و كذلك القواعد التي يقدر على أساسها التعويض و سنحاول استعراض هذه الأحكام على ضوء التشريعات محل المقارنة ضمن البندين التاليين :

أولا : دعوى النقص للغبن على ضوء التشريعين المصري و الجزائري

ترفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون أي الذي لحقه الغبن و إذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين ،و تنتقل دعوى نقض القسمة من الشريك المغبون إلى وارثه ،فيجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها¹،و يجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة²، و ذلك حفاظا على الضمان وحق الدائنين في التدخل في إجراءات القسمة سواء كانت سابقة أو لاحقة للمحافظة على حقوقهم و حمايتهم ،أما المدعى عليه في دعوى النقص ،فهم سائر الشركاء المتقاسمون ،لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة للجميع،ويجب على المدعي اختصاصهم³.

و يجوز للشريك المغبون إجازة القسمة التي وقع الغبن فيها ،فتصبح القسمة بعد هذه الإجازة غير قابلة للنقض و تمنع الشريك المغبون من رفع دعوى القسمة،و الإجازة قد تكون صريحة و قد تكون ضمنية و هذا ما قرره محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها و التي ورد فيها: "إن المادة 845 من القانون المدني قد جعلت من الغبن الذي يزيد على الخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته

1 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 93 .

2 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 906 .

3 - محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص 198 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

لشريك المغبون طلب نقضها ، و لهذا الشريك أن يجيز القسمة التي لحقه غبن منها فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض و هذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة ، و تصرف الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذي لحقه و ظروفه يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة و نزولا منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب و إلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده ، و تقدير تلك الظروف و تعرف هذه النية من شؤون محكمة الموضوع¹.

تكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به ، كأن يدفع المعدل الذي التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفرز الذي وقع في نصيبه راضيا، أو تصرف في المال المسند إليه بالبيع أو الهبة أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له و النزول عن دعوى النقض للغبن².

غير أنه لا يجوز للشريك أن ينزل مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة بسبب الغبن في أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل ، لأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل وجوده ، و هذا الحق لا يوجد إلا بتحقيق الغبن فعلا و هو مالا يتحقق إلا بتمام القسمة و توزيع الحصص³.

الغبن باعتباره واقعة مادية فإنه يخضع للقواعد العامة في إثباته ، و يجوز إثباته بكافة الطرق ، غير أن إثبات الغبن في القسمة العقارية لديه خصوصيات تقتضي في الغالب اللجوء إلى الخبرة لإثباته ، و هذه الخصوصيات قد تتعلق مثلا بجودة الأراضي الفلاحية أو قربها من مصادر المياه و الوحدات التحويلية الإنتاجية الخاصة بنشاط فلاحي معين ، كما قد تتعلق بموقع العقار العمراني داخل المدن و قيمته التجارية و غيرها و على القاضي أن يحدد المعايير التي تمكن الخبير من إجراء المقارنة بين قيمة الحصة الممنوحة للمتقاسم المدعي بالغبن ، و قيمة الحصة التي من المفروض أن تعود له وفقا لنصيبه في الشروع .

و على المتقاسم المدعي بالغبن أن يقدم للمحكمة الأدلة التي يستند إليها للدعاء بالغبن ، فعليه يقع عبء الإثبات لأنه المدعي و على المدعي إثبات دعواه، و للمحكمة كامل السلطة التقديرية في

¹ - نقض مدني مصري 1968/12/05 طعن رقم 359 سنة 34 قضائية، نقلا عن معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 1604 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 902 .

³ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 93 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

نظر هذه الادعاءات و إن رأيت مسوغا له جاز لها أن تتدب خبيرا للتأكد من الغبن ، كما أنه يجوز لها أن تقرر الغبن من دون اللجوء إلى الخبرة في الحالة التي يكون فيها الغبن واضحا ، و مثال ذلك ثبوت الغبن بالنسبة للمساحات الواجب حصول كل متقاسم عليها ، فهذه مسألة قد لا تستدعي اللجوء إلى الخبرة .

متى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعي يزيد على الخمس ، على النحو المذكور ، فإنه يتعين عليه أن يقضي بنقض القسمة ، أي إبطالها ، ففي دعاوى الإبطال على خلاف دعاوى الفسخ، لا يملك القاضي سلطة تقديرية و يتحتم عليه أن يقضي بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال¹، ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم تكن و الرجوع إلى حالة الشيوخ السابق على إبرامها بما يترتب على ذلك من زوال الحقوق التي يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المفرز الذي كان قد وقع في نصيبه²، و تسترجع العقارات إلى حالة الشيوخ خالية من أي تصرف أو حقوق تم ترتيبها عليها لصالح الغير طبقا للقواعد العامة المقررة في شأن إبطال العقد في التصرفات الصادرة إلى الغير .

الملاحظ أن نقض القسمة من الممكن أن يشكل مساسا بحقوق الغير المتصرف إليه إذا كان حسن النية و هو ما يشكل مساسا بالأمن القانوني للتصرفات و استقرارها خصوصا عند تعلق الأمر بالعقارات و الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية .

في حالة استحالة إعادة المتقاسمين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل القسمة، فيتوجب أن يلزم الشريك المتقاسم برد قيمة ما أختص به من مال بموجب القسمة الباطلة وذلك ليس استنادا إلى القسمة التي تقرر إبطالها ، و إنما على أساس المسؤولية التقصيرية³، ونقض القسمة يتضمن مخاطر بالنسبة لحقوق الغير ، و الذي يترتب له أحد المتقاسمين حقا عينيا على الحصة التي آلت إليه بموجب القسمة التي أبطلت، كأن يترتب له حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو نحو ذلك ، أو أن يتم التصرف في الحصة بكاملها لصالح الغير ثم يتقرر إبطال القسمة، فيقوم الشركاء في الشيوخ باسترداد هذه الحصة خالية من هذه الحقوق و لا يحتج عليهم بالتصرفات، ولكن هذا الحل يمس بالأمن القانوني و يتسبب في زعزعة الملكية وعدم استقرارها، وقد قررت بعض التشريعات المقارنة أحكاما من شأنها تقادي هذه العيوب و قد

1 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 907 .

2 - مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 172 .

3 - محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص 171 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

قرر المشرع التونسي ضمن أحكام المادة 127 من مجلة الحقوق العينية حدا لهذا التطبيق المنطقي للبطلان بأن نص على أنه إذا حكم ببطلان قسمة و كان أحد المتقاسمين قد رتب حقا عينيا بعوض لصالح الغير، فإن إبطال هذه القسمة لا يحتج به على الغير إذا كان حسن النية، و لكي يكون الغير محميا ولا يمكن ملاحقته و نزع الحقوق التي اكتسبها يفترض توافر ثلاثة شروط¹:

أن يكون اكتساب الغير للحقوق قد جرى وفقا للقانون .

أن يكون الغير قد اكتسب حقا بعوض .

أن يكون الغير حسن النية .

حسب رأينا فإن هذا الحكم الذي أورده المشرع التونسي جدير بالاعتداء به وذلك لتفادي عيوب و مخاطر نقض القسمة العقارية على وجه الخصوص ،وإنه يستحسن النص صراحة على هذا الحكم في القسم المخصص للقسمة ضمن أبواب القانون و عدم ترك هذه المسألة لحكم القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية كما يرى البعض .

أما إذا كان جزء تحقق الغبن هو نقض القسمة في الأصل ، فإن هذا الجزء الخطير ليس بالجزء المحتوم ، إذ يمنع من إيقاعه قيام المدعى عليه بإكمال ما نقص من حصة المتقاسم المغبون إكمالا تاما ، نقديا كان أو عينيا ، بحيث يرتفع الغبن تماما من نصيبه المفرز دون أن يبقى منه شيء و لو في حدود الخمس المتسامح فيه أصلا²، و إكمال نصيب المدعي جائز في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ، فيجوز ذلك أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة ثاني درجة ، بل حتى بعد الحكم في الدعوى بحكم نهائي ، طالما أن قسمة جديدة لم تتم ، ذلك أن المشرع جعل له الحق في تكملة النصيب لا ليوقف سير دعوى الغبن فقط ، بل هدفه الأساسي أن يمنع إجراء القسمة من جديد³، وإن ذلك يظهر من خلال نص المادة 732 (ق . م . ج) : "...و للمدعى عليه أن يوقف سيرها و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته "

1 - محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 433،434 .

2 - حسن كيرو ، المرجع السابق ، ص 204 .

3 - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 99 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

للمدعى عليه في دعوى الغبن الخيار في إكمال نصيب المتقاسم المغبون إما نقداً أو عينا وإذا تعدد المدعى عليهم فإن قيام بعضهم بإكمال الحصة جائز غير أنه في هذه الحالة لا يكون لهم الرجوع بشيء على من لم يوافق من باقي الشركاء على هذا الإكمال ، لأن إكمال نصيب الشريك لا يلزم به إلا من يوافق عليه ، وإذا وافق الشركاء على مبدأ الإكمال و اختلفوا في توزيع مقداره عليهم تولت المحكمة هذا التوزيع و ألزمتهم جميعاً به¹.

و حساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع، ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملاً²، ويجدر التنويه أنه لم يتسن لنا العثور على اجتهادات قضائية في هذا الخصوص على عكس ما هو موجود في الاجتهاد القضائي الفرنسي و هو ما سنتعرض له لاحقاً.

ثانياً : دعوى تكملة الحصة للغبن على ضوء التشريع الفرنسي

قبل إصدار المشرع الفرنسي لتعديلات سنة 2006 و التي طالت أحكام الشيوخ و القسمة في القانون المدني ، فإن الجزء الذي كان مقرراً للغبن في القسمة هو النقص وفقاً لما كانت تنص عليه المادة 887 (ق . م . ف) القديمة : " يمكن إبطال القسمة لعلّة الغبن بسبب الإكراه والتدليس.

و يمكن أن يكون أيضاً هناك مجال للبطلان عندما يثبت أحد الشركاء في الإرث حصول غبن له يزيد عن الربع "

في ظل القانون القديم فإن إمكانية إجازة القسمة التي وقع غبن فيها من طرف المتقاسم المغبون كانت متاحة ، غير أن هذه الإجازة كان يتوجب أن تكون صريحة و لا يمكن استنباطها بطريقة ضمنية بموجب قرينة قانونية تتضمن قيام المتقاسم بالتصرف الكلي أو الجزئي في حصته بعد اكتشافه للغبن على عكس ما هو مقرر لعيب التدليس و الإكراه فالمتقاسم لم يكن يستطيع التنازل عن المطالبة بالنقص قبل القسمة أو أثناء إجرائها ، و إنما كان يستطيع ذلك فقط بعد إتمامها³.

¹ - عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 139 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 909 .

³ - Malaurie philippe et Aynés laurent , Op .cit ,p 504 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

في هذا الإطار أصدرت محكمة النقض الفرنسية العديد من قراراتها و التي ورد في أحدها : " إن قرينة الإجازة الضمنية القانونية لا تطبق إلا في حالة التدليس أو الإكراه ، و يجب أن تفسر بطريقة ضيقة ، و لا تستطيع أن تمتد إذن لتطال الدعوى المبنية على الغبن بأكثر من الربع"¹.

كما ورد في قرار آخر لها : " إنه بالنظر إلى المادة 887 ، فإن التنازل عن ممارسة دعوى النقض للغبن بأكثر من الربع المشار إليها في هذا النص ، لا يمكن أن ينشأ إلا بموجب تصرف لاحق للقسمة و يعبر دون أي إبهام عن إرادة التنازل الصريحة"².

بالنظر إلى أن النقض مواز للإبطال ، فإنه كان يرتب إزالة القسمة بصفة رجعية ، و كان يستوجب إجراء قسمة جديدة ، و كان يتوجب إعادة الثمار إلى الكتلة الشائعة ما عدا تلك التي استحققت بحسن نية ، و قد كان النقض يشكل مصدرا لانعدام الأمن القانوني بالنسبة للغير، و هو ما أدى بالمشروع خلال سنة 2006 للتخلي عن النقض كجزء للغبن في القسمة و اعتمد دعوى تكملة الحصة بدلها³، و قد تم إحلال دعوى تكملة الحصة بموجب المواد من 889 إلى 892 (ق . م . ف) الجديدة و سبب هذا التعديل الأساسي هو بلا شك العيوب المنسوبة للنقض باعتباره مصدرا لانعدام الأمن القانوني ، كما أن هناك أسباب متعلقة بالنزعة السائدة في العصر الحالي بخصوص الحرية التعاقدية خصوصا في العلاقات الاقتصادية و التي يتوجب في ظلها أن يحرص كل طرف على حماية مصالحه ، و هذا التعديل لم يشكل تحولا جذريا بخصوص القواعد التي كانت تحكم دعوى النقض، والتغيير يتعلق أساسا بموضوع الدعوى فلم يعد الإبطال كما كان في السابق و إنما تكملة الحصة⁴.

دعوى تكملة الحصة كما كان الأمر بالنسبة لدعوى النقض يجب أن ترفع أمام محكمة التمييز الكبرى من طرف المدعي الذي يثبت مصلحته سواء كان المتقاسم المغبون ، أو المتنازل عن حصص ميراثية أو من طرف الدائن لأحد الشركاء المتقاسمين عن طريق ممارسة الدعوى غير المباشرة⁵.

¹ - Cass .civ .1^{er} ,11/02/1981 ;Bull.civ.l.n°53.

² - Cass .civ .1^{er} ,12/01/1994 ;Bull.Civ.l.n°19.

³ - Grimaldi michel ,Op .cit,p 814 .

⁴ - Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p 506 .

⁵ - Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie ,Op .cit ,p 1024 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها و التي جاء فيها : " يستطيع كل دائن لشريك متقاسم مغبون أن يمارس دعوى هذا الأخير ، طبقا للمادة 1166 من القانون المدني دون أن يكون عليه إثبات أي شيء ما عدا الغبن "¹.

فيما يتعلق بإثبات الغبن فإنه لا يتوجب إثباته عن طريق الخبرة الفنية كما هو الحال بالنسبة للغبن في البيوع العقارية ، وإنما يجوز إثباته بكافة الوسائل و للقضاة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال و هو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بقولها : "يستطيع القضاة أن يستنتجوا وجود الغبن بما يزيد عن الربح ، عندما يسجلون أن القسمة أخرجت من ذمة المدين أموالا هامة لتترك فيها حصصا في شركة قيد التسوية القضائية أو على وشك أن تصبح كذلك ، وديونا دون قيمة "².

قيمة تكملة الحصة يجب أن تضمن المساواة الكاملة و يمكن أن تكون عينية أو قيمية وفقا لاختيار المتقاسم المدين بها و هو المدعى عليه في الدعوى حسب ما نصت عليه المادة 889 (ق. م. ف) وهو نفس الحكم في ظل أحكام النقض السابقة و هو الحل المعتمد لدى التشريعين المصري والجزائري كما رأينا سابقا ، غير أن الأمر ليس بنفس التطابق .

فإذا كانت تكملة الحصة بالقيمة أي نقدا فإن التعويض يجب أن يتم حسابه ليس من يوم القسمة المتضمنة الغبن و إنما بتاريخ دفع هذا التعويض ، و هذا الحل تم اعتماده بموجب قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية و الذي ورد فيه : " إذا كان يجب أن يقدر وجود و مدى الغبن بتاريخ القسمة ، فإنه ينتج عن مبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين ، كما و عن مبدأ حق الخيار في طريقتي الإبراء ، أن التكملة المدفوعة للشريك المتقاسم المغبون يجب أن تقدر بقيمتها الحالية "³.

وعليه فإنه يتوجب القيام بتقييمين ، الأول يتعلق بقيمة الأشياء وقت القسمة لأجل التأكد من مدى قيام الغبن و في حال ثبوته فإنه يتم تقييم حصة المتقاسم المغبون من جديد و ذلك بتاريخ دفع

¹ - Cass .Reg .25/06/1935 : DP .1935 .474.

² - Cass .civ .1^{er} ,22/01/1980 :Bull .civ .I,n° 32.

³ - Cass.Ass.Plén .civ .09/03/1961 :D.1961,505 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

قيمة تكملة الحصّة ، أما إذا كانت تكملة الحصّة يتم دفعها عينا فإنه من الطبيعي أن يتم تقييم الأموال في يوم تسليمها ، لأنه سواء كان عينا أو قيميا ، فإن مكمل الحصّة يجب أن يعيد المساواة للقسمة¹.

إن ما يمكن ملاحظته أن توجه المشرع الفرنسي للتخلي عن أحكام نقض القسمة يعد توجهها ضامنا لاستقرار المعاملات و الأمن القانوني لها خصوصا عندما تتعلق القسمة بالعقارات و حسب رأينا فإنه من المستحسن أن يتدخل المشرع عندنا بتقرير أحد الحلين فإما أن ينص صراحة كما سبق وأن أشرنا إليه سابقا بعدم جواز الاحتجاج بإبطال القسمة و نقضها على الغير حسن النية في حالة ترتيب حقوق عينية لصالحه ، أو انتهاج ما ذهب إليه المشرع الفرنسي باستبدال أحكام نقض القسمة للغبين بأحكام تكملة الحصّة .

الفرع الثاني : آجال دعوى الغبن

نصت الفقرة الثانية من المادة 732 (ق . م . ج) على أنه : " يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ... " و هو نفس الحكم الذي تضمنته المادة 845 (ق . م . م) . في حين نصت الفقرة الثالثة من المادة 889 (ق . م . ف) على : " تتقدم دعوى تكملة الحصّة بمضي سنتين اعتبارا من القسمة "

تطرح الآجال المحددة قانونا بصفة عامة إشكالا يتعلق بصعوبة تحديد طبيعتها ، أي آجال سقوط أم آجال تقادم ، و لا يخفى ما يوجد بين هذين المفهومين من تداخل ، و باستقراء النصوص السالفة الذكر يبدو من اللازم تحديد طبيعة آجال دعوى النقض و دعوى تكملة الحصّة في التشريعات محل المقارنة.

و يمكن حصر أهم الاختلافات بين آجال السقوط و آجال التقادم في النقاط التالية²:

تهدف آجال السقوط إلى إلزام صاحب الحق بممارسة ماله من حق في أجل محدد وبانقضائه يفقد ذلك الحق جزاء لتقاعسه و تحقيقا للمصلحة الخاصة للطرف المستفيد من السقوط، بينما الهدف من التقادم هو تحقيق المصلحة العامة بحماية و الحفاظ على الوضعيات المكتسبة .

¹ - Grimaldi michel ,Op .cit , p 815 .

² - محمد بن سعيد ، المرجع السابق، ص 449 - 450.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

تعتبر آجال السقوط حتمية لا يرد عليها الانقطاع أو الوقف بينما آجال التقادم قابلة للانقطاع والوقف .

يؤدي السقوط إلى فقدان كلي للحق ، بينما لا يترتب عن التقادم سوى الحرمان من ممارسة الدعوى المتعلقة بأصل الحق ، و يبقى أصل الحق قائماً .

و تبعا لهذه التوطئة و في ظل النصوص سنحاول تبيان موقف التشريعات محل المقارنة من مسألة آجال دعوى الغبن ضمن البندين التاليين :

أولا : موقف المشرع المصري و الجزائري

يذهب الفقهاء إلى أن أجل السنة المذكور في المادة 845 (ق . م . م) والذي تقابله المادة 732(ق.م.ج) هو ميعاد سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تكون السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم ، و تبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية و تحسب بالتقويم الميلادي فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون أو لم يعلم ، دون أن يرفع دعوى النقض، و رفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة ، و الفرق بين ميعاد الإسقاط الذي نحن بصدده و مدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع و لا يقف بخلاف مدة التقادم¹.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها التي ورد فيها : "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد عن الخمس و يجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، و من ثم فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود غبن و بحجة أنها غير منصفة و جزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون"².

ثانيا : موقف المشرع الفرنسي

نص المشرع الفرنسي على تقادم دعوى تكملة الحصاة بمضي سنتين اعتبارا من تاريخ إتمام القسمة ، فالأجل لا يسري من يوم اكتشاف الغبن و لكن من يوم القسمة ، و ذلك بسبب أن الغبن هو

¹ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 906 .

² - قرار الغرفة العقارية مؤرخ في 26 / 07 / 2000 ، ملف رقم 196366 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، سنة 2004 ، ص 279 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

عيب موضوعي و ليس شخصي ،بمعنى أنه لا يتوجب النظر إلى الحالة النفسية التي كان يوجد عليها المتقاسم ضحية الغبن ، فالأجل يسري من يوم القسمة حتى و لو تم الاتفاق على منح أجل بين المتقاسمين لدفع أي حقوق مترتبة على القسمة بينهم ، و بالنسبة للقسمة الجزئية فالأجل يسري من تاريخ إتمامها و ليس من تاريخ القسمة الكلية¹.

فالمشرع الفرنسي رغم تقريره لهذه القواعد الضيقة بخصوص أجل دعوى تكملة الحصة غير أنه يعتبر هذا الأجل أجلا للتقادم يرد عليه الانقطاع و قد ورد في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية ما يسند ذلك من خلال عدة قرارات و رد في أحدها : " إن دعوى نقض القسمة لعدة الغبن، التي تطرح مجددا لبحث حقوق كل الشركاء هي غير قابلة للتقسيم ، تبعا لذلك ، عندما يدعي أحد الشركاء المتقاسمين بنقض القسمة بوجه آخر ، فإنه يقطع تقادم المادة 1304 من القانون المدني، تجاه كل الشركاء المتقاسمين "².

المبحث الثاني : البطلان في القسمة

لا يوجد اختلاف بين التشريعات محل المقارنة في اعتبار القسمة الاتفاقية عقد ، و هي بهذه الصفة تخضع للأحكام العامة للعقود بما فيها أوجه الطعن التي تطبق على العقود ، و إذا اعترى القسمة باعتبارها عقدا عيب من عيوب الإرادة أو الأهلية فإنها تكون قابلة للإبطال .

و البطلان هو الجزاء المقرر لتخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته،وهو على هذا الأساس يمكن أن يكون بطلانا مطلقا أو نسبيا وفقا للقواعد العامة .

فالنظرية التقليدية تقوم بالتفرقة بين البطلان المطلق و القابلية للإبطال على أساس التفرقة بين أركان الانعقاد و شروط الصحة ، فجعلت البطلان المطلق الجزاء الأشد لتخلف ركن من أركان الانعقاد ، بينما جعلت القابلية للإبطال الجزاء الأخف لتخلف أحد شروط صحة العقد ، غير أن الفقه الحديث استقر في هذا الصدد على التفرقة بين النظام الحمائي، (l'ordre public de protection) والنظام العام التوجيهي، (l'ordre public de direction) ، فالأول يتعلق بحماية أحد المتعاقدين في مواجهة الآخر أو حماية أي مصلحة خاصة ، و الثاني يتعلق بحماية المصالح العامة الاقتصادية

¹ - Malaurie philippe et Aynés laurent ,Op .cit ,p 504 .

²- Cass .civ .1^{er} ,05/01/1966 :JCP 1966.II.14592 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

و الاجتماعية و الأخلاقية في المجتمع ، و يترتب على ذلك أن الجزاء المقرر عند مخالفة الأول هو البطلان النسبي ، و أن الجزاء المقرر عند مخالفة الثاني هو البطلان المطلق ، و هذا باختصار معيار التفرقة بين نوعي البطلان في النظرية الحديثة ، و قد ترتب على ذلك اتساع نطاق حالات البطلان النسبي على خلاف النظرية التقليدية ليشمل عيوب الإرادة و نقص الأهلية و عدم وجود المحل وقت إبرام العقد إذا إتجه قصد المتعاقدين إلى ضرورة ذلك ، بالإضافة إلى عدم وجود السبب ، بينما ضاق نطاق البطلان المطلق¹.

قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق ، كما إذا تمت بين الورثة أثناء حياة مورثهم، إذ أن هذا العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية ، و هو باطل و يجوز لكل من له مصلحة أن يطعن فيه.

البطلان النسبي يتعلق أساسًا بعيوب الإرادة و نقص الأهلية ، كما أن هناك حالات ملتبسة تتجسد في حالات خاصة كإهمال إدخال الشركاء في القسمة أو إهمال إدخال أحد الأموال المملوكة في الشئوع أثناء عمليات القسمة و هذه الحالات تقترب من حالات تطبيق الغلط الوارد على الإرادة غير أن الغالب أنه يتم اعتبارها كطارئ في القسمة و ينظر إليها على هذا الأساس .

إذا كان الثابت أنه لا يوجد خلاف بخصوص قابلية القسمة الاتفاقية للإبطال بصفتها عقداً، فإن الأمر يختلف بخصوص القسمة القضائية ، ففي حين يذهب التشريعان المصري والجزائري كما سبق و إن استعرضنا عند دراستنا للغبن إلى استبعاد القسمة القضائية من تطبيق أحكام الإبطال باعتبار أن هذه القسمة قد تم إحاطتها بكافة الوسائل اللازمة لضمان عدالتها و صحة إجراءاتها، غير أن المشرع الفرنسي قد ذهب عكس ذلك و قرر إخضاع هذه القسمة كذلك لأحكام الإبطال .

تبعاً لهذه التوطئة سنحاول دراسة البطلان في القسمة بتقسيم هذا المبحث لمطلبين نتعرض في الأول منهما لتحليل البطلان الناتج عن عيوب الإرادة و نقص الأهلية على ضوء التشريعات محل المقارنة لنخصص المطلب الثاني لدراسة الحالات الخاصة لطوارئ القسمة .

¹ - نبيل ابراهيم سعد . تقنين نابليون ، التطور في ظل الثبات في مصادر الإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 124 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المطلب الأول : عيوب الإرادة و الأهلية في القسمة

التعبير هو المظهر المادي للإرادة و إن وجود الإرادة لا يكفي لصحة التصرف القانوني، إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية و خالية من العيوب التي تقسدها و تؤدي إلى إبطال التصرف أو نقضه ، و يطلق على عيوب الإرادة أيضا عيوب الرضا على اعتبار أن الرضا اصطلاح على الإرادة التي تتجه نحو أثر قانوني معين ، إلا أن البعض يرى أن هذا الأمر بعيد عن الدقة العلمية ذلك أن الرضا هو حصيلة اندماج إرادتين متطابقتين بمعنى أنه واقعة مركبة ، بينما عيب الإرادة لا يعدو أن يكون واقعة فردية ، و العبرة في عيوب الإرادة هي إرادة أحد المتعاقدين فقط و من ثم فالأصح أن يقال عيوب الإرادة لا عيوب الرضا¹.

نص المشرع الفرنسي عند إصداره للقانون المدني سنة 1804 على أن بطلان القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية قد يكون بسبب الإكراه و التدليس و الغبن و ذلك ضمن المادة 887 (ق. م. ف) القديمة و بذلك وضع قواعد خاصة لبطلان القسمة تتميز عن تلك المنصوص عليها ضمن القواعد العامة لبطلان العقود و التصرفات ، في حين أن المشرعين المصري و الجزائري قد اكتفيا بالنص على بطلان القسمة للغبن فقط ، و هو ما يحتم الرجوع إلى القواعد العامة للبطلان لتطبيقها على القسمة الاتفاقية حصرا باعتبارها عقدا دون القسمة القضائية .

تبعاً لذلك سنحاول استعراض مواقف التشريعات محل المقارنة من مسألة البطلان عند تعلقها بعيوب الإرادة و نقص الأهلية في الفرعين التاليين و نخصص الأول منهما لتحليل موقف المشرع المصري و الجزائري و نخصص الثاني لموقف المشرع الفرنسي .

الفرع الأول : إبطال القسمة في التشريعين الجزائري و المصري

كما رأينا سابقا ضمن الشروط المتعلقة بالقسمة الاتفاقية فإنه قد يطعن فيها بالإبطال في حالة وجود شريك ناقص أهلية بين المتقاسمين و لم يتم مراعاة الإجراءات التي يستلزمها القانون في هذا الشأن ، و يجوز لهذا الشريك أو من يمثله أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة، غير أنه يمكن له بعد زوال هذا النقص في الأهلية أن يجيز القسمة التي تمت دون مراعاة لهذه الإجراءات ، فالبطلان

¹ - هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني ،دراسة تحليلية مقارنة، مصر ، دار الكتب القانونية، 2015، ص 233.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

في هذه الحالة ليس بطلانا مطلقا و إنما هو بطلان نسبي يتقرر التمسك به فقط لصالح من تقرر له ، و يجوز أن تكون الإجازة صريحة أو ضمنية و قد أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا في هذا الخصوص جاء فيه : " إن إجراء القسمة بالتراضي جائز و لو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه و على أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية ، و إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر و من في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عليه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان و إجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات"¹.

الإجازة بصفتها تصرف قانوني إنفرادي تتجه فيه الإرادة نحو النزول عن حق التمسك بإبطال العقد تعد تصرفا من جانب واحد و هو المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لمصلحته أو نائبه فهي تقع صحيحة دون لزوم صدور الموافقة عليها من طرف باقي المتقاسمين².

قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة ، كأن يقع الشركاء المتقاسمون في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة ، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير ، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها ، طلب إبطال القسمة للغلط³ وكثيرا ما يغني نقض القسمة للغبن عن إبطال القسمة للغلط في قيمة المال الشائع ، و لكن يوجد مع ذلك فروق بين نقض القسمة للغبن وإبطالها للغلط كون الغلط لا يقتصر على القيمة فقط بل يمتد ليشمل الصفات الجوهرية للشيء محل القسمة ، كما يتعلق بصفات المتقاسمين و بذلك فالغلط أوسع من الغبن .

إذا ثبت وقوع غلط جوهري في القسمة الاتفاقية جاز إبطالها غير أنه يجوز للمتقاسمين الآخرين تقاضي الإبطال إذا أظهروا رغبة في إجراء قسمة تكميلية أو تقديم تعويض ، و في هذه الحالة

¹ - نقض مدني مصري جلسة 1964/01/23 طعن رقم 190 لسنة 29 قضائية، نقلا عن معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 1594.

² - هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 143 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 898 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

يتم تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 58 (ق . م . ج) والتي تقابلها المادة 124 (ق . م . م) .

الغلط يمكن أن يكون متعلقا بالشيء محل القسمة كما يمكن أن يتعلق بأحد أطرافها وتتشعب حالات الغلط لتشمل وضعيات إدخال أموال غير مشاعة في القسمة سواء كانت مملوكة للغير أو لأحد المتقاسمين ، كما يشمل حالات عدم إشراك أحد الشركاء في القسمة أو إدخال الغير في القسمة دون وجه حق و هذه الحالات في الغلط تتداخل مع وضعيات عديدة يشملها أحيانا أحكام نقض القسمة للغبين أو أحكام الضمان و التي استعرضناها سابقا .

يجوز طلب إبطال القسمة للتدليس أو الإكراه إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتقاسمين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المتقاسم عقد القسمة ، أو إذا تمت القسمة تحت سلطان رهبة بعثها أحد المتقاسمين في نفس المتقاسم دون حق¹، و قد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المتقاسمين ، لما شاب رضا أحد طرفي القسمة من تدليس ، بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه، على الوقف الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض في ملكيته و ما يخرج عنها ، و أنه أخفى هذا عن قسيمه ، بل ألهمه غير ما علم كي يختص هو في عقد القسمة بما يخرج معظمه من ملك الوقف ، و يختص قسيمه بما سيكون مآله الاستحقاق ، ففي هذا الذي أثبتته الحكم ما يكفي لاعتباره حيلة تقصد رضا من خدع بها "².

الفرع الثاني : إبطال القسمة في التشريع الفرنسي

على عكس التشريعين الجزائري و المصري ، فقد خص المشرع الفرنسي البطلان في القسمة بقواعد خاصة ، و بالخصوص منذ تعديلات سنة 2006 فإن البطلان في القسمة قد تم تنظيمه بقواعد أكثر دقة من تلك المنصوص عليها ضمن القواعد العامة³.

¹ - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 83 .

² - نقض مدني مصري جلسة 1949/12/01 ، نقلا عن عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، هامش 1، ص899.

³ - Grimaldi michel ,Op .cit ,p 809.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

قواعد البطلان تتعلق في جانب منها بعدم احترام الشكليات الموضوعية لحماية القصر والغائبين ، و في هذه الحالة فإن البطلان لا يمكن أن يطلبه إلا القاصر أو ممثله أو الغائب حين عودته أو أي شخص يمثلته لحماية مصالحه¹، و في حالة إبطال القسمة فإنها تنتقل إلى قسمة مؤقتة و تأخذ الأحكام المتعلقة بها كما رأينا ذلك سابقا .

أما فيما يتعلق بعيوب الإرادة فإن القانون الفرنسي و إلى غاية سنة 2006 كان يقتصر فيها على الإكراه و التدليس و يستبعد الغلط وفقا لما كانت تتضمنه المادة 887 (ق . م . ف) القديم و في ظل الفراغ التشريعي الذي كان سائدا فإن الغلط كسبب مبطل للقسمة كان مصدر خلاف في الفقه الفرنسي فذهب اتجاه إلى استبعاد الغلط كسبب مبطل للقسمة معللا رأيه على نص المادة 887 (ق . م . ف) ، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى إمكانية إبطال القسمة للغلط في حالات خاصة واستثنائية مثل تسلطه على طبيعة أو على مدى حقوق المتقاسم أو على مجموعة الأموال المشاعة محل القسمة².

كان الغلط متضمنا في نص المادة 887 (ق . م . ف) في مشروع التمهيدي غير أنه تم استبعاده أثناء المداولات³ ، و بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي يظهر أن استبعاد الغلط كسبب لبطلان القسمة مرجعه السعي لضمان استقرار القسمة ، و أنه يوجد جزاءات موازية لوجود الغلط ، ففي حالة وجود غلط في تكوين الكتلة القابلة للقسمة فإنه يتم معالجة ذلك إما بقسمة تكميلية للمال الذي تم إهماله و عدم إدراجه في القسمة و التي كانت تنص عليه المادة 887 (ق . م . ف) ، و إما يتم معالجته بموجب أحكام ضمان الاستحقاق في حالة إعادة بعض الأموال للغير و التي تم إدراجها خطأ ضمن الكتلة المقسومة ، أما في حالة وجود غلط في القيمة فإن القواعد المقررة للغبن يتم تطبيقها ، أما في حالة الغلط في المتقاسمين بإدخال الغير ضمنهم فإنه في هذه الحالة يتم ممارسة دعوى استرداد من طرف الورثة و يتم قسمة المال المسترد⁴ .

¹- Terré François et Lequette Yves et Gaudemet Sophie ,Op .cit,p1017.

²- محمد بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 415.

³ - Grimaldi Michel ,Op .cit ,p806.

⁴- Terré François et Lequette Yves et Gaudemet Sophie ,Op .cit ,p1017.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

غير أن الممارسة قد أظهرت حالتين للغلط لا يمكن إخضاعهما للأحكام السالفة الحالة الأولى تتعلق بإجراء القسمة بناء على غلط في تقدير الحقوق المتوجبة لكل متقاسم بسبب إهمال وصية لصالح أحد الشركاء مثلا ، والحالة الثانية عندما يتم إدخال مال ضمن القسمة و يتضح لاحقا أنه مملوك بصفة حصرية لأحد المتقاسمين و الذي يجد نفسه محروما من ممارسة التعرض والاستحقاق كونه ملزم بالضمان¹ .

و أمام هذا الفراغ تدخل الاجتهاد القضائي في فرنسا و أقرت محكمة النقض الفرنسية تطبيق البطلان للغلط في القسمة غير أنها قررت أن يكون ذلك بصفة استثنائية و قد ورد في أحد قراراتها : " خلافا للإكراه أو للتدليس ، المنصوص عليهما بالمادة 887 من القانون المدني ، فإن الغلط لا يعد سببا لبطلان القسمة إلا في حالات خاصة وجد استثنائية"².

بموجب تعديل سنة 2006 فإن المشرع قام بتقنين أحكام الاجتهاد القضائي و تبناها من خلال النص على أنه يعتد بالغلط في حالتين خاصتين و استثنائيتين ، فالغلط في القسمة لا يمكن الأخذ به إلا إذا وقع على وجود أو مقدار حقوق الشريك المتقاسم أو على ملكية الأموال المشمولة في الكتلة القابلة للقسمة و ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي ضمن الفقرة الثانية من المادة 887 (ق . م . ف) بعد تعديلها .

و المتقاسم الذي يقوم بالتصرف في كامل حصته أو جزء منها لا يستطيع ممارسة دعوى الابطال ، إذا كان تصرفه لاحقا على اكتشاف التدليس و يعد ذلك قرينة قانونية للإجازة قررها المشرع بموجب المادة 888 (ق . م . ف) ، و بالإضافة إلى ذلك فإن الإصلاحات أقرت أن إبطال القسمة يمكن تقاديه إذا كان من الممكن إجراء قسمة تكميلية أو تصحيحية تأمر بها المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف إذا كان طلبه مبررا³ .

¹ - Grimaldi michel ,Op .cit ,p 806.

² - Cass.civ,26/10/1943:D.1946,301.

³ -Savage françois ,Op .cit ,p 249 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المطلب الثاني : طوارئ القسمة

قد تتم القسمة و بعدها تظهر بعض العيوب فيها ، كأن يظهر وارث أو شريك تم إهماله و لم يكن المتقاسمون عالمين به وقت القسمة أو يظهر موصى له ، أو يظهر دائن للتركة ، و طوارئ القسمة تتداخل مع أحكام الغلط فيها و لم ينص المشرعان الجزائري والمصري ضمن أحكام القسمة عليها إلا بصفة عرضية ، و ذلك على عكس ما أورده المشرع الفرنسي في هذا المجال، وبالنظر إلى أن الشريعة الإسلامية تعد من مصادر القانون في التشريعين الجزائري و المصري فسنحاول استعراض ما ورد فيها من أحكام بخصوص هاته المسائل و التي ندرسها ضمن فرعين نخصص الأول منها إلى طوارئ القسمة في ظل التشريعين المصري و الجزائري و نخصص الثاني لموقف المشرع الفرنسي .

الفرع الأول : طوارئ القسمة في التشريعين المصري و الجزائري

تتعلق هذه الطوارئ أساسا بمسألتين هما ظهور دين على المورث المتوفي بعد القسمة أو ظهور وارث أو موصى له بعدها و سنحاول تفصيل كل مسألة على حدى .

أولا : ظهور دين على المورث المتوفي

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة ، و لكن نص في المادة 774 (ق . م . ج) على أنه : " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة .

و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري ، أيضا لا نجد أي نص بخصوص هذا الطارئ ، سوى ما نصت عليه المادة 180 منه و التي تستوجب دفع الديون الثابتة في ذمة المتوفي من التركة قبل قسمتها .

غير أن القانون المدني المصري نص ضمن المادة 879 منه على أن : " دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، و لم تكن هناك تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، و إنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم " .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

فالواضح من النص أنه إذا ظهر دائن للميت ، لم يستوف حقه لعدم ظهور دينه في قائمة الجرد، واستولى كل وارث على نصيبه ، فلا شك أن هؤلاء الدائنين يستطيعون الرجوع بالدين على أموال التركة ، ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة ، فإذا استعاد الدائن و نفذ حقه بالدين ، رجع الوارث المتقاسم على باقي الورثة المتقاسمين كل بقدر حصته من الدين ، أما إذا تصرف الوارث في العين ، فإن الدائن لا يستطيع الرجوع على المتصرف إليه ، و لكن يرجع على الوارث الذي تصرف في العين في حدود ما أخذه مقابلًا لمال التركة حتى لا يثري الوارث على حساب الدائن¹.

ثانيا : ظهور وارث جديد أو موصى له

لم يتعرض التشريعان الجزائري والمصري لهذه المسألة و بالتالي يتم الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، ففيما يتعلق بمسألة ظهور وارث جديد بعد القسمة فقد ذهب المالكية أنه إذا كان المال المقسوم قيميا كالدَّار أو الأغراض أو نحوهما مما تختلف قيمه ، و تتفاوت الأغراض فيه فإن القسمة تنقض ، و تستأنف من جديد ، و ذلك منعا للضرر الذي يلحق بالوارث لو تتبع كل وارث في حصته ، إذ أن حقه سيتفرق².

أما في حالة ظهور موصى له بعد القسمة فقد اختلفت المذاهب في الفقه الإسلامي بخصوص المسألة و قد ذهب المالكية إلى أنه إذا كان المقسوم قيميا كالعقار ، فإن القسمة تنقض لتفاوت الأغراض و دفعا لما يدخل على الموصى له من ضرر بتبعض حقه فيعطى الموصى له حقه ، ثم يقسم الباقي على الورثة من جديد³.

الفرع الثاني : طوارئ القسمة في التشريع الفرنسي

على عكس التشريعين المصري و الجزائري فإن القانون المدني الفرنسي قد أفرد حالات طوارئ القسمة بأحكام دقيقة و رتب جزاءات محددة لكل حالة بما يتوافق مع وضعها القانوني والأثر الذي ترتبه و قد حدد الجزاءات المترتبة عن إهمال أو إغفال بعض الأموال عند إجراء القسمة أين يتم اللجوء إلى تكملة الحصص حفاظا على استقرار المعاملات و الأمن القانوني ، ففي حالة إغفال أحد

¹ - عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 173 .

² - محمد عبد الرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 577 .

³ - محمد عبد الرحمان الضويني ، المرجع السابق ، ص 590 .

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

المتقاسمين فقد نصت المادة 887-1 (ق. م . ف) على أن القسمة يمكن أن تواجه جزاء الإبطال في هذه الحالة ، و هنا كذلك فإن الأمر يتعلق بتقنين أساسه الاجتهاد القضائي الفرنسي فالوريث الذي تم نسيانه و عدم إدخاله ضمن عمليات القسمة يستطيع باختياره أن يكتفي بإجراء قسمة تكميلية تمكنه من الحصول على حصته سواء بصفة عينية أو قيمية ، و ذلك على أساس القيمة الحالية للأموال ، كما لو كان الأمر يتعلق بقسمة جديدة¹.

كما قرر المشرع الفرنسي بموجب المادة 982 منه ، بأنه في حالة إغفال بعض الأموال التي تدخل ضمن التركة و لم يتم حصرها و إجراء القسمة بخصوصها ، فإن جزاء هذه القسمة يكون بإجراء قسمة تكميلية على الأموال المغفلة و ليس إبطال القسمة ، و هذه القاعدة القانونية كذلك جسدت ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي بهذا الخصوص .

يتضح مدى فاعلية و تأثير الاجتهاد القضائي في فرنسا في إقرار التعديلات على النصوص التشريعية ، و إن الهدف الأساسي لهذه القواعد هو تحقيق المساواة في القسمة من جهة و المحافظة على استقرار المعاملات من جهة أخرى ، و إننا نرى أنه من اللازم أن يتدخل المشرع عندنا لمعالجة هذه الطوارئ و عدم تركها للاجتهاد و التأويل .

بعد أن كان الباب الأول من الأطروحة قد خصص لدراسة الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة، والتي يمكن وصفها بأنها تتضمن المرحلة التحضيرية لإجراء القسمة والمرحلة المواكبة لها إلى غاية إتمامها، فإن الباب الثاني قد عالج المرحلة اللاحقة لإتمام القسمة وذلك اعتبارا لكون مسألة ضمان العدالة في القسمة تبقى قائمة حتى بعد انتهاء إجراءاتها.

وقد توصلنا إلى أن تبني التشريعات محل المقارنة للأثر الكاشف للقسمة عوضا عن الأثر الناقل قد بقي محلا للتأويلات الفقهية كونه من الصعب وضع ضوابط ومحددات لهذا الأثر لاختلاف هذه التشريعات فيما يتعلق بمسألتي تنظيم الملكية الشائعة وأنظمة الشهر المعتمدة فيها، كما أنه وإن كان الضمان في القسمة يعد كآلية لتكريس العدالة فيها فإن مسألة تاريخ تقدير التعويض تبقى قائمة كإشكالية تحتاج إلى إيجاد أطر موضوعية مرنة يمكن اعتمادها وذلك باعتماد مقارنة مزدوجة تقوم على مراعاة طبيعة التعويض في حد ذاته إن كان عينيا أو بالقيمة.

¹ – Sauvage françois, Op.cit,p249.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها

أما فيما يتعلق بحالات اختلال المساواة في القسمة بسبب ثبوت وجود غبن في مواجهة أحد أطرافها أو بسبب قيام عيب من عيوب الإرادة أو الأهلية أو بظهور إحدى طوائرها فإن معالجة التشريعات المقارنة لذلك قد اختلفت بتقرير عدة جزاءات كالنقض أو الإبطال أو تكملة الحصة أو اللجوء إلى إجراء قسمة تكميلية، وإن هذه الجزاءات تطرح العديد من الإشكاليات كونه من شأنها الإخلال بالأمن القانوني واستقرار المعاملات من جهة والمساس بالحقوق المترتبة للغير حسن النية من جهة أخرى.

إن إمكانية إيجاد حلول موضوعية ومرنة من شأنها الموازنة بين هذه المتغيرات المختلفة يظل قائماً بشرط اعتماد مقاربات مناسبة لكل حالة بما يضمن العدالة والاستقرار والحقوق.

الأختام

الخاتمة

بعد العرض و التحليل المتسلسل لمختلف جوانب البحث الرامي إلى الإجابة عن الإشكالية الرئيسية التي طرحت في المقدمة حول مدى إمكانية التوصل لتأصيل المسائل الإجرائية والموضوعية المتعلقة بقسمة الملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري و إيجاد أطر مناسبة لها مقارنة بالأحكام المتعلقة بها في التشريعين المصري و الفرنسي تكفل تحقيق الموازنة من مبدأ العدالة في القسمة و المحافظة على أهمية هذه الملكية و استقرار التعاملات الواردة عليها ؟

خلص البحث إلى جملة من النتائج تستتبعها جملة من الاقتراحات يمكن حصرها فيمايلي:

أولاً: النتائج

تقوم بعض المقاربات المنهجية على أن المنهج المقارن يقتضي أن تتم المقارنة بين أنظمة قانونية مختلفة، كالنظام اللاتيني و الجرمانى و الإنجلوساكسونى، وذلك حتى تكون المقارنة مفيدة ومنتجة غير أنه فيما يتعلق بمسألة جزئية كالقسمة العقارية فإن أهمية المقارنة و نجاعتها تبرز أكثر عند عقدها بين قوانين متقاربة ضمن نفس النظام القانونى، كون أن هذه القوانين تتضمن اختلافات جوهرية سواء من حيث الجانب الإجرائى أو الجانب الموضوعى أو من حيث الأهداف التي ترمي إليها القسمة.

تفرد التشريعين الجزائري و المصري بالنص على قسمة المهايأة المكانية و الزمانية كطريقة للقسمة الوقتية، و تم تقرير أحكام تفصيلية لها، وترتيب آثار قانونية على استمرارها لمدة معينة في حين أن القانون الفرنسي لم يتضمن مثل هذه الاحكام الخاصة بالقسمة الوقتية، و مرد ذلك أن هذه الأحكام قد تم استنباطها من الشريعة الإسلامية كونها أول من عرف هذا النظام ، في حين أن الفقه القانونى الفرنسي لم يعط مسألة القسمة الوقتية الكثير من البحث و التمحيص و اعتبرها صورة من صور الاتفاق على استعمال المال الشائع .

تميز التشريعان المصري و الفرنسي بوجود أحكام مفصلة تتعلق بتصفية التركات باعتبارها مرحلة مهمة يمكن وصفها بالمرحلة التمهيديّة لقسمة الملكيات الشائعة بموجب الارث و على عكس ذلك فإن التشريع الجزائري لم يتضمن إلا مواد مقتضبة بخصوص هذه المسألة و إذا كان هذا النقد

مبررا وقت إصدار التقنين المدني سنة 1975 غير أن التطورات التي عرفها المجتمع الجزائري في الفترة الأخيرة جعلت من هذا النقص عيبا واضحا يتعين تداركه .

لم يتضمن التشريع الجزائري بصفة صريحة أو ضمنية أي نصوص تتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي في تقرير الحق في طلب القسمة على عكس المشرع المصري الذي نص على هذه السلطة في حال وجود قصر بين المالكين في الشيوخ، في حين أن المشرع الفرنسي قد توسع في هذه المسألة و أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة لأجل الإبقاء على الشيوخ أو تأجيل القسمة لفترة محددة تبعا لظروف تتعلق أساسا بحماية فئات معينة كالقصر، أو مراعاة عدم حصول تجزئة للوحدات الاقتصادية إلى غاية قيام ظروف تسمح بمنحها على أساس تفضيلي.

تقوم فكرة عدم قابلية العقار للقسمة في القانونين الجزائري و المصري على أساس معيار مادي محظ متعلق بالمصلحة الخاصة للشركاء في حالة الإنقاص من قيمة العقار كون أن المساواة في القسمة عينية في هذين التشريعين ، في حين أنه في التشريع الفرنسي فإن أساس المساواة في القسمة تكون بالقيمة وهو ما أدى إلى عدم قيام فكرة قابلية القسمة على معيار مادي محض وتم اعتباره كمعيار اجتماعي واقتصادي ، يقوم على النسبية و يمتاز بالمرونة .

تميز المشرع الفرنسي باعتماده المساواة القيمية في القسمة على عكس التشريعين الجزائري و المصري و اللذين يعتمدان المساواة العينية، ولقد توصلنا إلى ان القسمة القيمية تبدو أكثر مرونة مع سهولة تطبيقها، ورغم ذلك فإن لكلا النوعين سواء كانت القسمة عينية أو قيمية عيوباً اقتصادية و اجتماعية و إن الاكتفاء بمعيار واحد قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية لا تتلاءم مع موجبات العدالة في القسمة و مراعاة قيمة و مردودية العقار المراد قسمته .

رغم أن المشرع الجزائري قد استنبط أحكامه من التشريع المصري فيما يتعلق بطريقة تحديد الحصص، غير أنه أهمل مسألة مهمة وهي القسمة بالتجنيب و اكتفى بأن تتم القسمة حصصا على أساس أصغر نصيب و بطريق القرعة، ومع ذلك فإن الممارسة القضائية و الاجتهاد القضائي يقوم باعتمادهما عمليا كون أن القسمة بطريق التجنيب لها أهمية كبيرة خصوصا فيما يتعلق بقسمة العقارات لتفادي تفتيتها وانعدام المنفعة المتوخاة منها.

تميز التشريع الفرنسي بتقديمه أحكاما مسهبة لطرق القسمة عن طريق التخصيص بالأفضلية والذي يعد وجها من أوجه القسمة بالقيمة الذي اعتمده المشرع الفرنسي في الوحدات الاقتصادية، الفلاحية، الصناعية و التجارية، و ذلك بهدف المحافظة على وحدة المستثمرة و نقادي تجزئتها مع ضمان بقاء هذه الوحدة ضمن النطاق العائلي أو بين الشركاء، ولضمان استمرارية النشاط الاقتصادي و المحافظة على مناصب العمل وقد اعتمد المشرع المصري هذه الطريقة عندما يتعلق الأمر بقسمة الشركات في حين أن التشريع الجزائري قد خلا من أي نص يتضمن اعتماد المنح التفضيلي أو التخصيص بالأفضلية .

على عكس التشريع المصري و الفرنسي اللذين أفرا أحكاما تعالج مسألة وجود قصر أو غائبين بين الشركاء مع إمكانية أن تتم القسمة عن طريق التراضي تحت رقابة القضاء وفقا لشروط معينة، فإن التشريع الجزائري اعتمد معيارا صارما يفرضه أن تتم القسمة في حال وجود قصر عن طريق القضاء، و إن هذا المعيار بقدر ما يحفظ حقوق القصر غير أنه يتضمن عيوباً من شأنها تعطيل إجراءات القسمة و زيادة المصاريف المترتبة عنها، و التي تكون أحيانا غير مناسبة، مع ملاحظة أن المشرع قد نص ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري على وجوب استئذان المحكمة في رفع دعوى القسمة وهو إجراء لا مبرر له مادامت أن القسمة تتم قضائيا .

اتفقت القوانين الثلاثة فيما يتعلق بتقرير الأثر الكاشف للقسمة ، و أن أساس هذا الأثر مأخوذ من الفقه القانوني الفرنسي وقد اعتمده المشرع الفرنسي عند إصداره للقانون المدني و جاره في ذلك لاحقا المشرع المصري ومن بعده الجزائري مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لا يفرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار و التصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فالقسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب تقييدها في مجموعة البطاقات العقارية لكي تنتج آثارها سواء فيما بين الشركاء المقاسمين أو بالنسبة للغير .

و قد اختلفت التشريعات الثلاثة محل المقارنة فيما يتعلق بنتائج الاثر الكاشف للقسمة في الجانب المتعلق بالشهر و ذلك راجع الى اختلاف أنظمة الشهر المعتمدة فيها .

لقد حسم المشرع الفرنسي الجدل بخصوص مدى تطبيق الاثر الكاشف بالنسبة للتصرفات و ذلك بتكريسه للاجتهاد القضائي و إضافته هذا الاثر على التصفية و البيع الذي يتم لاحد الورثة او

الشركاء في الشيوخ بالاضافة الى كل تصرف من شأنه إنهاء الشيوخ بصفة كلية او جزئية سواء تم ذلك بعوض أو دون مقابل في حين أن هذه المسألة مازالت موضع خلاف فقهي في التشريعين المصري و الجزائري .

لم يحسم التشريعان المصري و الجزائري مسألة التعرض القانوني الصادر عن أحد المتقاسمين والتي بقيت موضعا للجدال الفقهي في حين تدخل المشرع الفرنسي بموجب نص صريح يتماشى مع ماقرره الاجتهاد القضائي بتقريره إبطال القسمة إذا تعلق الغلط بوجود أو بمقدار حقوق الشريك المتقاسم او تعلق الغلط بملكية الاموال التي شملتها القسمة

فيما يتعلق بأسس تقدير التعويض عن الشيء محل الاستحقاق نتيجة قيام الضمان في القسمة فإن المشرع الجزائري أسوة بالمشرع المصري قد نص على تقدير الشيء وقت القسمة وهو ما فتح المجال لجدال فقهي باللجوء إلى القياس على أحكام الضمان في البيع لتقدير بقية عناصر التعويض، في حين أن التشريع الفرنسي قد تطور عند مقارنته لهذه المسألة باعتماده لمفهوم تقدير التعويض بدلا من مفهوم تقدير الشيء وتقريره بأن تقدير التعويض يكون بتاريخ الاستحقاق.

تميز التشريع الفرنسي بإيراده نصوصا تفصيلية متعلقة بطوارئ القسمة في حال إغفال أحد المتقاسمين أو إغفال جزء من الأموال المتوجب إدخالها في عملية القسمة، وقد أعطى حولا لها ورتب آثارا عليها تهدف أساسا إلى ضمان العدالة و استقرار المعاملات في حين أن التشريعين المصري و الجزائري لم يتضمنا مثل هذه الأحكام كون أن مسائل الأحوال الشخصية تحكمها قوانين مستقلة عن القانون المدني، وهو ما حتم علينا استعراض هذه المسائل على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر التشريع .

ثانيا: التوصيات

بالنظر إلى النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نرى وجوب تقديم توصيات تهدف أساسا لتحسين قانوننا الوطني و تفعيله للوصول إلى معالجة إشكالية البحث و غايته و أهمها :

1. ضرورة قيام المشرع الجزائري بإقرار أحكام تصفية التركات المهمة اعتبارا للتطور الذي عرفه المجتمع الجزائري وبداية ظهور ملكيات يمكن وصفها بالوحدات الاقتصادية داخل العائلات

الجزائرية، ونظرا لخصوصية هذا النوع من الملكيات فإن تدخل المشرع يعد أكثر من ضروري باعتبار أن عملية تصفية التركة تعد مرحلة تحضيرية مهمة لإكمال عملية القسمة في أحسن الظروف ومن دون أن تظهر طوارئ لاحقة، وأنه يستحسن اعتماد نظام مزدوج للقسمة يفرق بين الملكيات التي يكون فيها الشيوع ناتجا عن الميراث وبين الشيوع الاتفاقي.

2. أهمية تدخل المشرع الجزائري لأجل معالجة و تدارك النقص بخصوص مسألة السلطة التقديرية للقاضي في تعطيل الحق في طلب القسمة وذلك بتأجيلها في ظل وجود أسباب موضوعية تتعلق بالمناخ الاقتصادي أو لأسباب شخصية تتعلق بوجود شركاء جديرين بالحماية وذلك بإقرار نصوص تمنح للمحكمة سلطة تقديرية في هذا الخصوص.

3. ضرورة اعتماد نظام ثنائي لأساس العدالة في القسمة يقوم على المزوجة بين المساواة العينية و المساواة القيمية و منح سلطة تقديرية بخصوص ذلك للقضاء مع وضع محددات و ضوابط قانونية تحكم هذا الأمر بهدف السعي لتحقيق المساواة في القسمة من جهة و لأجل الحفاظ على مردودية و إنتاجية العقار على وجه الخصوص مع الملاحظة بأن المساواة العينية تكون أنسب في الشيوع الاتفاقي في حين أن المساواة القيمية تكون أنسب في الشيوع الميراثي.

4. أوصي بضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة 725 من القانون المدني بما يضمن ضرورة النص على اللجوء إلى القسمة على أساس التجنيب في حالة تعذر القسمة على أساس أصغر نصيب، مع إعطاء إمكانية للشركاء للجوء إلى هذه الطريقة في حال حصول إجماع بينهم على ذلك تقاديا لتجزئة الحصص .

5. وجوب تعديل المادة 729 من القانون المدني فيما يتعلق بتدخل الدائنين في إجراءات القسمة ويتم النص صراحة على شمولها للقسمة الإتفاقية و القضائية، كما هو منصوص عليه بالمادة 882 من القانون المدني الفرنسي ، وذلك تقاديا للخلاف الفقهي القائم بين فقهاء القانون و لضمان حقوق الدائنين في جميع الحالات .

6. اعتماد تقنية المنح بالأفضلية أو التخصيص بالأفضلية للشريك في الشيوع الذي يثبت قيامه بالاستغلال الفعلي خصوصا في المستثمرات الفلاحية و الوحدات الإنتاجية الاقتصادية بما

يضمن الاستمرارية لهاته الوحدات و تقرير الحالات يكون فيها المنح بالأفضلية إلزاميا
أو اختياريا مع النص على امكانية استفاة الشريك من مهل لتسديد معدل القسمة بالتقسيم .

7. وجوب التنصيص على أحكام تفصيلية بخصوص القسمة في حالة وجود قاصر ضمن
الشركاء في الشيوخ بطريقة تسمح بأن تتم القسمة الاتفاقية مع ضمان الرقابة السابقة و
اللاحقة عليها من طرف القضاء، بالإضافة إلى إقرار أحكام واضحة بخصوص طوارئ
القسمة في حالة إغفال أحد المتقاسمين أو جزء من العقارات المراد قسمتها بما يضمن استقرار
المعاملات.

8. نوصي بضرورة النص على الطريقة المعتمدة في الفقه الإسلامي عند إجراء القرعة لتوزيع
العقار المراد قسمته باعتبار أنها تكفل عدم تفتيت المنابات و الحصص و تفويت المنفعة
المرجوة من الملكية العقارية .

9. نوصي بضرورة تعديل المادة 730 من القانون المدني لأجل النص بصفة صريحة على
إعطاء الأثر الكاشف للقسمة بطريقة التصفية في حالة رسو المزاد على احد الشركاء وتوسيع
نطاقه ليشمل ثمن بيع العقار بالمزاد العلني و ذلك لتفادي الإشكالات العملية المتعلقة بإيقاع
رهون على العقار أثناء فترة الشيوخ .

10. نوصي بتعديل المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و
تأسيس السجل العقاري بصياغتها على الشكل التالي : غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة
و التصرفات الكاشفة للحقوق العينية يسري مفعولها بأثر رجعي من يوم الوفاة أو من يوم
اكتساب هذه الحقوق "

كون أن المشرع الجزائري استثنى الحقوق الميراثية التي تنتقل فيها الملكية بالشهر ولكن بأثر
رجعي يمتد الى تاريخ الوفاة ، و هو ما يعد كافيا لنفي التعارض بين انتقال الحقوق الميراثية و بين
الأثر الكاشف للقسمة ، في حين أن الإشكال يبقى مطروحا في حالات الشيوخ الاتفاقية وعليه فاننا
نرى انه من المناسب أن يمدد المشرع الجزائري هذا الاستثناء المتضمن تطبيق الرجعية إلى التصرفات
الكاشفة للملكية و من ضمنها القسمة العقارية عوضا عن قصره على انتقال الحقوق الميراثية فقط .

11. ضرورة تعديل المادة 732 في القانون المدني المتعلقة بإحكام الغبن في القسمة لتشمل القسمة القضائية بالإضافة إلى الاتفاقية على أن يكون ذلك بشرط عدم تعرض القسمة القضائية لمسالة تقييم الأموال عند قسمتها تفاديا للتعارض بين الأحكام لأن من شأن ذلك تحقيق مبادئ العدالة.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المراجع و المصادر :

I - المراجع باللغة العربية :

أولاً: المعاجم

1- إبراهيم نجار ، احمد زكي بدوي ، يوسف شلالا ، القاموس القانوني فرنسي - عربي ، لبنان ، مكتبة لبنان ، ط 9 ، 2007 .

2-جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، بيروت ، المؤسسة

3-المنجد في اللغة و الاعلام : دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ط 43 ، 2008 .

الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ط 1 ، 1998 .

ثانياً : الكتب

1. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ القانون المصري في العصرين الإسلامي و الروماني ، الإسكندرية

مصر ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001.

2. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ القانون المصري مع دراسة في القانون الروماني ، الإسكندرية

، مصر ، دار المطبوعات الجامعية ، 1998 .

3. احمد جلال الدين هلالي ، قضاء النقض و التمييز في المواد المدنية و التجارية في

التشريعين المصري و الكويتي ، الكويت ، مكتبة الفلاح ، ط 2 ، 1985 .

4. أحمد خالدي ، القسمة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري ، الجزائر ، دار

هومه ، 2008 .

5. أحمد فراج حسين ، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي ، الإسكندرية ، دار

المطبوعات الجامعية ، 1997

6. احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2009 .

7. آسيا دوة و خالد رمول ، الاطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري

،الجزائر ، دار هومه ، 2008

8. -إقلولي أولاد رابح صافية ، قانون العمران الجزائري ، الجزائر ، دار هومه ، ط 2، 2015 .
9. -أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج 3 ، مصر ، (د . ن) ، 1993 .
10. بريك فارس حسين الجبوري ، التركة و الحماية المدنية للخلف العام في ظل أنظمة تقسيمها ، بيروت ، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية ، ط2 ، 2015
11. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر،(د . ت) .
12. جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، الجزائر ، دار الخلدونية ، 2006.
13. -جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج 5 ، (د.ن)، 2010 .
14. -جورج ش دراوي ، حق الملكية العقارية ، طرابلس ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون ، ط1 ، 2006 .
15. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، مصر ، منشأة المعارف، ط3، 1994
16. حمدي محمد إسماعيل سلطح ، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 .
17. -رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001
18. --رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، (د.ت) .
19. رياض مفتاح ، موسوعة الأعمال التحضيرية القانون المدني ، الإسكندرية، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2015 .
20. -زايد احمد رجب البشبيشي ، أحكام القسمة القضائية و أثارها في القانون المدني - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي - ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2015 .
21. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات و العقود ، ج14، بيروت ، دار الثقافة ، 1969 .

22. -زهدي يكن ،الملكية والحقوق العينية الأصلية علما و عملا ، بيروت ، منشورات المكتبة العصرية، ط 2 ، (د.ت) .
23. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة ثالثة ،(د.ت)
24. -سليمان بوقندورة ، البيوع العقارية الجبرية و القضائية ، الجزائر ، دار هومه ، 2015 .
25. -سماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، الجزائر ، دار هومه للطباعة و النشر , 2002 .
26. -سمير تتاغو ، التأمينات العينية و الشخصية ، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2008 .
27. -سيد حسن البغال ، المطول في القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، القاهرة ، الناشر المتحدون ، (د.ت).
28. السيد عبد الصمد محمد يوسف ، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامي و القانون ، الإسكندرية ، مصر ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط 1 ، 2015 .
29. السيد عبد الوهاب عرفه ،الوجيز في إستعمال و إدارة المال الشائع و دعوى الفرز و التجنيب ، الاسكندرية ،مصر ،دار المطبوعات الجامعية ، (د.ت)
30. صلاح الدين جبار ، المدخل إلى تاريخ القانون ، الجزائر ، دار الخلدونية ، 2013 .
31. صلاح الدين سر الختم علي ، الوجيز في دعاوي قسمة الإفراز و الإيجار على البيع ، الخرطوم ، القناة للطباعة و التجارة المحدودة ، ط 1, 2005
32. عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الجزائر ، دار هومه ، ط 7 ، 2011 .
33. -عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج 9 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3 الجديدة, 2009.
34. -عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج 8 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3 الجديدة ، 2009 .

35. - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية ، البيع و المقايضة ، ج 4 ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3 الجديدة ، 2009
36. - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3 الجديدة، 2009
37. - عبد الفتاح مراد ، شرح قوانين الشهر العقاري ، مصر ، دار الفكر العربي ، ط 2 ، 1994 .
38. - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت ، دار النهضة العربية ، (د.ت) .
39. - عبد المنعم فرج الصده ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، مصر، دار الفكر العربي ، (د . ت) .
40. - عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، مصر ، دار الفكر العربي ، 1991 .
41. - عبد الوهاب عرفة ، شرح قوانين البناء و الهدم ، مصر ، دارالمطبوعات الجامعية ، (د.ت) .
42. - عبدا لحميد الشواربي ، أحكام الشفعة و القسمة في ضوء القضاء و الفقه ، مصر ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، (د . ت) .
43. - عصام نجاح ، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى ، الجزائر ، عنابة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، 2011.
44. - عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري ،دراسة مقارنة، ج2، لبنان ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط2، 2011.
45. - علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، 1990 .
46. - علي بن عزان بن علي الهاشمي ، الآثار القانونية للتسجيل العقاري ، دراسة مقارنة ، مصر ، المنصورة ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، ط 1 ، 2010 .

قائمة المراجع و المصادر

47. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 .
48. علي كحلون ، القانون العقاري الخاص ، تونس ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2010 .
49. -علي كحلون ، نظام السجل العقاري ، تونس ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2009
50. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2011 .
51. -عمار عموره ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، الجزائر ، دار المعرفة ، 2009.
52. عمر زوده ، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، الجزائر ، أونسيكلوبيديا ، (د.ت) .
53. فاضلي إدريس ، نظام الملكية و مدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 .
54. فتحي حسن مصطفى ، الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء ، مصر ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1991 .
55. لحسين بن شيخ أ ث ملويا ، بحوث في القانون ، الجزائر ، دار هومه ، 2000 .
56. -ليلي زروقي ، التقنيات العقارية العقار الفلاحي ، ج 1 ، الجزائر ، الديوان الوطني الأشغال التربوية ، ط 2 ، 2001.
57. -ليلي زروقي وعمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، الجزائر ، دار هومه ، طبعة جديدة ، 2013
58. محفوظ برحمان ، الضريبة العقارية ، دراسة في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة ، مصر ، دار الجامعة الجديدة ، 2009
59. -محمد المنجي ، موسوعة الدعاوي العمالية ، دعوى القسمة ، مصر ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ط 1 ، 1996

60. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية ، الإسكندرية ، مصر، دار الجامعة الجديدة ، 2007.
61. -محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الجزائر ، دار هومه للطباعة و النشر ، 2009.
62. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ، ج1 ،الجزائر، دار الهدى ، ط 2، 2004 .
63. محمد عزمي البكري ، قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز و التجنيب فقها و قضاء ، مصر ، دار الفكر العربي ، ط 3 ، 1994
64. -محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، ج2 ، مصر، منشأة المعارف، 2005 .
65. -محمد وحيد الدين سوار ، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986
66. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010.
67. -محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، طرابلس ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، (د.ت).
68. -مصطفى أشيبان ، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي ، الدار البيضاء ، المغرب ، دار النشر المغربية ، ط 1 ، 2009
69. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، (د .ت) .
70. -معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، ج2 ، مصر، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1987 .
71. ناصر الدين سعيدوني ، دراسات في الملكية العقارية ، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986
72. -نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2010 .

73. هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني ، دراسة تحليلية مقارنة ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2015 .
74. هيو إبراهيم قادر الحيدري ، التصرف في المال الشائع ، لبنان ، مكتبة زين الحقوقية ، ط 1 ، 2015.
75. يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، الجزائر ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، 1981.
76. يحي بوعزيز ، مع تاريخ الجزائر في الملتقيات الوطنية و الدولية ، الجزائر ، دار البصائر ، طبعة خاصة ، 2009

ثالثا : المقالات

1. -بردان رشيد ، العقد التوثيقي كآلية لحماية البيئة في مجال التهيئة و التعمير ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد الرابع ، نوفمبر 2015 ،
2. -حسن كيرة ، في تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق ، سنة 1962/ 1963
3. -رياض الجمل ، إجراءات القسمة القضائية ، مقال منشور بمجلة بحوث و دراسات قانونية ، عدد خاص بالقانون العقاري ، مجلة قانونية سنوية تصدر عن جمعية الحقوقيين بصفاقس ، تونس ، العدد 10 ، سنة 2015 .
4. -عبد الناصر زياد هياجنه و احمد علي العويدي ، تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني ، مقال منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة و القانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 38 ، العدد 2 ، 2011.
5. -علاوة بوتغرار ، التصرف في أموال القصر ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين،الجزائر،العدد الثالث ، جوان1998.
6. فريدة مزياني ، دور العقار في التنمية المحلية ، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 6 ، 2012.

7. -إيلي زروقي ، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد الخامس ، ديسمبر 1998 .
8. -محمد بوركي ، التوثيق و الإشهار العقاري، الجزء الأول ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد ، الخامس ، ديسمبر 1998 .
9. -محمد بوركي ، التوثيق والإشهار العقاري ، الجزء الثاني ، مقال منشور بمجلة الموثق ، الجزائر ، العدد السادس ، أبريل 1999 .
10. -منصور مصطفى منصور ، تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة و حماية كل شريك من تصرفات غيره ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 1, 1974 .
11. -منصور مصطفى منصور ، في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد 6 ، سنة 1964 .
12. موسى كبير ، الرسوم على التركات ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد ، الثامن ، نوفمبر 1999 .

رابعا : المذكرات و الرسائل الجامعية

1. -أيمن سعيد عبد المجيد سليم ، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع و استغلاله دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2000
2. -بلحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014
3. -راشدي عائشة ، قسمة المال الشائع ، مذكرة نهاية التكوين التخصصي ، فرع قانون عقاري ، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2001 .
4. عمر صدوق ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1982 .

5. -محمد بن سعيد ، القسمة العقارية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تونس المنار ، سنة 2001 – 2002 .
6. محمد عبد الرحمان الضويني ، أحكام القسمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، رسالة دكتوراه كية الشريعة و القانون ، جامعة الأزهر ، مصر ، 1998 .

خامسا : المجالات و الدوريات

1. المجلة القضائية ، العدد 02 و 04 ، سنة 1990 .
2. المجلة القضائية ، العدد 01 و 02 و 04 ، سنة 1991 .
3. المجلة القضائية ، عدد 4 ، سنة 1992 .
4. المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1993 .
5. المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1995 .
6. المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 1997 .
7. -المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 1998 .
8. نشرة الموثق ، نشرة داخلية تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرب ، العدد 1 ، 2000 .
9. مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول والثاني ، قسم الوثائق ، 2004 .
10. مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد 2 ، سنة 2007 .
11. مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد 01 و 02 ، سنة 2008 .
12. -نشرة القضاة ، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية و الوثائق ، العدد 62 ، سنة 2008 .
13. -مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء 3 ، قسم الوثائق ، 2010 .
14. مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد 01 ، سنة 2011 .

قائمة المراجع و المصادر

سادسا : أعمال الندوات و الملتقيات و المحاضرات :

- 1- عبد الرحمان ملزي ، الملكية الشائعة ، محاضرات القيت على الطلبة القضاة في التكوين المتخصص العقاري ، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، الدفعة الرابعة ، فيفري 2004
- 2- فوزي ادهم ، أثر فقه الأمام مالك في القانون المدني الفرنسي ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية
- 3- نبيل إبراهيم سعد ، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804 - 2004 ، بيروت ، لبنان منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة 1 ، 2005 .
- 4- وليد غمرة ، التقنين المدني الفرنسي ، تاريخه و أثره ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804 - 2004 بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة 1 ، 2005 .

سابعا: القوانين

القوانين الوطنية

1. الأمر 173/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية ج ، 97 .
2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
3. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم .
4. الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.
5. -الأمر رقم 76 - 105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم
6. القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
7. -قانون 19/87 مؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ج ، 50.
8. -القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم بالأمر رقم 26/59 المؤرخ في 1995/09/26 ، ج ، 55 .

قائمة المراجع و المصادر

9. -القانون 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير .
10. -القانون 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .
11. -القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 17/07/2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.
12. -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
13. القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15/08/2010 المحدد لشروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، ج 46.

القوانين الأجنبية

- 1- القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة بالعربية، أعدت الطبعة العربية بمبادرة البروفسور فايز الحاج شاهين عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، لبنان، 2012.
- 2- قانون الموجبات و العقود اللبناني الصادر بتاريخ 9 جوان 1932
- 3- قانون تنظيم الشهر العقاري -المصري- المرسوم بقانون 114 لسنة 1946 الصادر بتاريخ 11/08/1946 و المعمول به ابتداء من 01/01/1947 .
- 4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بتاريخ 16/07/1948 و المعمول به ابتداء من 05/10/1949
- 5- قانون الولاية على المال - المصري - المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952
- 6- قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة - الأردني - رقم 48 لعام 1953
- 7- مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بموجب قانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/02/1965 .
- 8- قانون الإصلاح الزراعي -المصري - المرسوم بقانون 178 لسنة 1952 و المعدل بالقانونين 252 لسنة 1954 و القانون 52 لسنة 1966 .

قائمة المراجع و المصادر

- 9- قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 .
- 10-قانون التعمير - الفرنسي - الصادر بموجب قانون 1983/01/07 .
Code de l'urbanisme issu de la loi du 7/01/1983 .
- 11- قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري المرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1986 المعدل
بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 76 لسنة 2007 .
- 12-قانون البناء الموحد - المصري -المرسوم بقانون 119 لسنة 2008 .
- 13-قانون الأرياف و الصيد البحري -الفرنسي .
Code rural et de la pêche maritime
- 14-القانون رقم 2010 - 874 الصادر بتاريخ 2010/07/27 والمتعلق بتطوير الفلاحة - الفرنسي .
Loi 2010- 874 du 27 juillet 2010 relative a la modernisation de
l'agriculture

المراسيم الوطنية:

1. المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل
والمتمم بالمرسوم رقم 400/84 المؤرخ في 1984/12/24 و المرسوم رقم 138/92 المؤرخ
في 1992/04/07
2. -المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بالمرسوم
رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 و بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في
1993/05/19
3. المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 1991/05/28 المحدد القواعد العامة للتهيئة و
التعمير و البناء ، ج . ر عدد 21 .
4. المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 1997/12/20 المحدد لشروط تجزئة الأراضي
الفلاحية ، ج . ر عدد 84 .

قائمة المراجع و المصادر

5. المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 25/01/2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها ، ج. ر عدد 07.

المراسيم الأجنبية :

1-المرسوم 55 – 22 المؤرخ في 04 جانفي 1955 المتضمن إصلاح الشهر العقاري .

Décret n° 55 -22 du 04 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière

2-المرسوم 2012 – 824 المؤرخ في 26 جوان 2012 و المتعلق باليات حماية الأراضي الفلاحية.

Decrét 2012-824 du 26 juin 2012 relative a la mise en œuvre de la préservation des terres agricoles

ثامنا : التعليمات و المناشير

1-المذكرة رقم 3335 المؤرخة في 17/03/2016 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية و المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق عقارية مشاعة في أراض فلاحية – مذكرة توضيحية للمذكرة رقم 4270 المؤرخة في 21/04/2014 .

2-المذكرة رقم 4270 المؤرخة في 21/04/2014 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية و المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل على حقوق عقارية مشاعة في أراض فلاحية

3-منشور رقم 20 المؤرخ في 19/10/1985 الصادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل و المتعلق بتفسير المادة 121 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري ..

4-منشور صادر عن وزارة العدل الفرنسية بتاريخ 29/05/2007 يتضمن آليات تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بموجب المرسوم رقم 2006 – 1805 المؤرخ في 23/12/2006 المعدل القانون الإجراءات المدنية الفرنسي بخصوص القواعد الإجرائية التي تحكم القسمة القضائية :

Cir . mir . justice du 29/05/2007 . n° 73-07/C1 /5-2/G

قائمة المراجع و المصادر

تاسعا: التعليق على الأحكام باللغة العربية

1. عمر زودة ، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المجتمعة رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 ، منشور ضمن مجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد السابع ، جويلية 1999 .
2. غنيمة لحو ، تعليق على قرار رقم 547042 مؤرخ في 15/10/2009 منشور ضمن مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء 3 ، قسم الوثائق ، الجزائر ، 2010

|| المراجع باللغة الأجنبية :

أولا : المعاجم

- 1-Dictionnaire le Robert , Nouvelle éd , SEJER , paris , 2015 .
 - 2-Yagoubi .M.T , lexique des termes juridiques , 2°éd , Alger, hibr édition , 2009 .
- #### ثانيا :الكتب
- 1-Bergel jean – louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie , traité de droit civil , les biens , L.G.D.J , paris , 2000.
 - 2- Berlioz pierre , Droit des biens , Ellipses , paris , 2014
 - 3-Bruzni andré et Nectoux jean , jurisprudence française 1807 a 1952 , éd techniques , paris , 1954.
 - 4- Dereste rodolphe , De la propriété en Algérie , 2^{ém} éd , challamel ainé et A. Durand , paris , 1864 .
 - 5-Ferré – andré sylvie et Berre stéphane , Successions et libéralités , 2^{ém} éd, D, 2014 .
 - 6- Gérard légier , Droit civil , les obligations ,14^{éme} éd , Dalloz , paris , 1993.

- 7- Grimaldi michel , Droit des successions , 7^{em} éd , lexis nexis , paris , 2017.
- 8- Guinchard serge et Ferrand frédérique , Procédure civile , Droit interne et droit communautaire , 28^{em} éd , D, paris , 2006
- 9- Jacquot henri et Priet françois , Droit de l'urbanisme, 3^{em} éd , D , Delta , 1998.
- 10- Leroyer Anne –marie , Droit des successions , 3^{em} éd , D , paris , 2014.
- 11- Lévy jean – philippe et Castaldo andré ,Histoire du droit civil , 2^{em} éd , D , 2010.
- 12-Malaurie philippe et Aynes laurent , les successions les libéralités, 3^{em} éd , Defrenois ed lextenso , 2008 .
- 13- Malaurie philippe et Aynés laurent et Gautier pierre – yves , les contrats spéciaux , 4^{em} éd , Defrénois, 2009.
- 14- Marty gabriel et Raynaud pierre , droit civil , les biens , par patric jourdain , D, éd delta , 1997 .
- 15- Mazeaud henri et Léon et jean , Leçon de droit civil , T IV , 2^{em} vol , 2^{eme} éd par de juglart michel , éd Montchrestien , paris , 1971.
- 16- Overstake Jean – francis , Essai de classification des contrats spéciaux , L.G.D.J , paris , 1969 .
- 17- Planiol marcel et Ripert georges , Traité pratique de droit civil français ,TIII, les biens, par Maurice picard , 2^{em} éd , L.G.D.J , 1956 .
- 18- Planiol marcel et Ripert georges , Traite pratique de droit civil français , T IV , Successions , 2^{em} éd , L.G.D.J , 1956 .
- 19-Piedelièvre stéphane , Traité de droit civil , la publicité foncière , L.G.D.J , paris, 2000
- 20- Sauvage françois, Successions , 21^{eme} éd , Delmas , paris , 2007
- 21- Taithe christian , Successions , 19^{em} éd , Delmas , 2002 .
- 22- Terré françois et Lequette yves et Gaudemet sophie, droit civil , les successions les libéralités , 4^{em} éd , D , paris , 2013.

23- Voirin pierre et Gourbeau gilles , droit civil , T2 , régimes matrimoniaux successions – libéralités , 25^{em} éd , L.G.D.J , lextenso éd , 2008.

24- Wijffels alain , introduction historique au droit , 2^{em} éd , PUF , 2014

ثالثا: المقالات

1-Antoine vialard , Réflexion sur la méthode d'interprétation et d'etulisation du droit civil algérien , in rasjep , 1979 , N:2

2- Eric Hofmann . (2012 , 20 Décembre) . contrôle de morcellement des terres agricoles . récupéré le 11/04/2018 de [http : projection . re/index . PHP](http://projection.re/index.PHP) .

3- Lods armand , Du partage provisionnel , explication de l'article 840 de code civil , Revue générale du droit , t IV, 1880 .

رابعا: التعليق على الأحكام

Note de jurisprudence

1. Aynés : obs . sous civ . 1^{er} , 9 nov. 1993 : BULL . civ . I , n° 413 .
Defrénois , 1994 , 435 .
2. Boulanger . J:note sous civ. 26 OCT 1943 , D , 1946
3. Brenner . C : note sous civ . 1^{er} , 24 oct 2012 ; Bull . civ . 2012 , I , n° 218 , JCP , 2013 , n° 1008
4. Grimaldi.M : obs . sous civ . 1^{er} , 27 oct 1993 : Bull . civ . I , n° 304 , D , 1995 . somm 332 .
5. Jourdain . P: note sous civ . 1^{er} , 07 juil . 1987 ; Bull . civ . 1987 , I , n° 221, JCP , 1988 . II . 20999
6. Plancqueel . A: note sous Civ . 1^{er} , 09 Juin . 1970 , JCP 1972. //17199.
7. Savatier , R : obs . sous com . 08 déc . 1966 ;Bull . civ . /// , n° 476 , RTD civ . 1967 . 671.
8. Voirin .P : note sous civ . 16 nov 1961 , JCP 1964 .II , n° 13477 .
- 9.

قائمة المراجع و المصادر

خامسا: مواقع الأنترنت

1- <https://www.courdecassation.fr>

2- <https://www.gallica.bnf.fr>

3- <https://www.joradp.dz>

4- <https://www.legifrance.gouv.fr>

الفهرس

1	مقدمة
9	الفصل التمهيدي: مقدمة في الملكية الشائعة
9	المبحث الأول: ماهية الملكية الشائعة
9	المطلب الأول: مفهوم الشيوخ
9	الفرع الأول: تعريف الشيوخ لغة
10	الفرع الثاني: المفهوم الفقهي للشيوخ
13	الفرع الثالث: تعريف القانون للشيوخ
14	الفرع الرابع: عناصر الشيوخ
14	أولا: وجود عدة أشخاص أصحاب حقوق عينية على المال محل الحق
15	ثانيا: أن تكون الحقوق من طبيعة واحدة
17	ثالثا: وحدة محل الحق سواء كان عقارا أو منقولا أو عدة أموال
17	المطلب الثاني: تكييف الشيوخ و حقوق المالكين فيه
18	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للشيوخ
19	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوخ
19	أولا: تحليل الآراء القائلة باعتبار حق الشريك في الشيوخ حقا شخصيا
20	ثانيا: تحليل الآراء القائلة باعتبار حق الشريك في الشيوخ حقا عينيا
23	المطلب الثالث: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الأنظمة الشبيهة
23	الفرع الأول: الملكية الشائعة و الملكية المفترزة
24	الفرع الثاني: الملكية الشائعة و الملكية الجماعية
28	الفرع الثالث: الملكية الشائعة و الشركة
28	أولا: معايير تمييز الملكية الشائعة عن الشركة
28	1-معييار شكلية الإنشاء
29	2-معييار تعدد الشركاء
29	3-معييار الهدف
30	4-معييار المدة
30	5-معييار ملكية الأموال
30	ثانيا: الروابط الخاصة بين الشركة والملكية الشائعة في القانون و الاجتهاد القضائي الفرنسي و أسبابه
33	الفرع الرابع: الملكية الشائعة و نظام إشتراك الأموال بين الزوجين
35	المبحث الثاني: التطور التاريخي للشيوخ في القوانين المقارنة
35	المطلب الأول: تطور تنظيم الملكية الشائعة في فرنسا
35	الفرع الأول: الأسس التاريخية لتنظيم الملكية الشائعة
36	أولا: مرحلة التقنين الروماني
37	1- عصر القانون القديم
37	2- العصر العلمي

- 38..... ثانيا: مرحلة القانون الفرنسي القديم
- 38..... 1- المجموعات الصامتة (communautés taisesibles)
- 39..... 2- العودة إلى الشيوخ وفقا للتصور الروماني
- 40..... الفرع الثاني : تنظيم التقنين المدني الفرنسي للملكية الشائعة
- 40..... أولا : تنظيم الملكية الشائعة على ضوء تقنين نابليون الصادر سنة 1804
- 42..... ثانيا: تنظيم الملكية الشائعة على ضوء الإصلاحات وتعديلات القانون المدني
- 42..... 1-الإصلاحات التي تمت في 31 ديسمبر 1976
- 44..... 2-الإصلاحات التي تمت في 23 جوان 2006
- 44..... المطلب الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة في مصر
- 45..... الفرع الأول: التنظيم السائد خلال الفترة السابقة للتقنين
- 45..... أولا: مرحلة العصور القديمة
- 46..... ثانيا: مرحلة العهد الإسلامي
- 47..... الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة خلال فترة التقنين
- 48..... أولا: تنظيم التقنين المدني القديم للملكية الشائعة
- 49..... ثانيا: تنظيم القانون المدني الحالي للملكية الشائعة
- 50..... المطلب الثالث: تطور تنظيم الملكية الشائعة في الجزائر
- 51..... الفرع الأول: التنظيم السائد خلال الفترة السابقة للتقنين
- 51..... أولا: مرحلة العصور القديمة
- 52..... ثانيا: مرحلة العهد الإسلامي
- 55..... الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة خلال فترة التقنين
- 55..... أولا: مرحلة الاحتلال الفرنسي
- 58..... ثانيا: مرحلة الاستقلال
- 61..... الباب الأول: الإطار الإجرائي لقسمة الملكية العقارية الشائعة
- 62..... الفصل الأول: الملكية الشائعة بين مبررات الإبقاء و لزوم الانقضاء بالقسمة
- 62..... المبحث الأول: الملكية الشائعة و مدى لزوم انقضائها
- 62..... المطلب الأول: تقييم الملكية الشائعة
- 62..... الفرع الأول: تقدير الإيجابيات
- 64..... الفرع الثاني: تقدير السلبيات
- 64..... أولا: من الناحية القانونية
- 65..... ثانيا: من الناحية الاجتماعية
- 65..... ثالثا : من الناحية الاقتصادية
- 67..... الفرع الثالث : الطرق الاستثنائية لانقضاء الملكية الشائعة
- 67..... أولا: التصرفات القانونية
- 68..... ثانيا : الوقائع المادية
- 70..... المطلب الثاني : القسمة كطريق أصلي لانقضاء الملكية الشائعة

70.....	الفرع الأول : تعريف القسمة.....
71.....	أولاً: التعريف اللغوي للقسمة.....
71.....	ثانياً: التعريف الفقهي للقسمة.....
72.....	ثالثاً: تعريف القانون للقسمة.....
73.....	الفرع الثاني: أنواع القسمة ومعايير التقسيم.....
75.....	الفرع الثالث : موضع أحكام القسمة ضمن التشريعات المقارنة.....
75.....	أولاً: موقف المشرع المصري و الجزائري.....
78.....	ثانياً : موقف المشرع الفرنسي.....
78.....	ثالثاً: أهمية أحكام تصفية التركات في التشريعين المصري و الفرنسي.....
82.....	الفرع الرابع: أهمية القسمة الواردة على الملكية العقارية الشائعة.....
84.....	المبحث الثاني : الحق في طلب القسمة.....
86.....	المطلب الأول: مبدأ الحق في طلب القسمة.....
86.....	الفرع الأول: مفهوم الحق في طلب القسمة.....
86.....	أولاً : خصائص الحق في طلب القسمة.....
87.....	ثانياً: تكييف الحق في طلب القسمة.....
87.....	ثالثاً: الأشخاص الذين يتعلق بهم الحق في طلب القسمة.....
87.....	1-الشريك في الشيوخ.....
87.....	2-الدائن الشخصي للشريك في الشيوخ.....
88.....	الفرع الثاني : القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة.....
88.....	أولاً: القيود القانونية المانعة من إستعمال الحق.....
89.....	ثانياً : القيود القضائية المعطلة لاستعمال الحق.....
89.....	1-الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع المصري.....
90.....	2- الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع الفرنسي.....
90.....	أ_ الإبقاء الإجباري على الشيوخ.....
91.....	ب-تأجيل القسمة.....
91.....	ج- التخصيص الإستبعادي.....
92.....	ثالثاً : القيود الاتفاقية.....
93.....	1-الأحكام العامة المتعلقة بالاتفاق.....
93.....	أ-الأهلية.....
93.....	ب-الشكلية.....
93.....	ج- شرط الإجماع.....
95.....	2-الأحكام الخاصة المتعلقة بالاتفاق.....
95.....	أ-سريان الاتفاق في حق الخلف العام و الخاص.....
96.....	ب-اشتراط الواهب أو الموصي على الشركاء البقاء في الشيوخ.....
97.....	المطلب الثاني: سلطة القضاء في إقرار الحق في طلب القسمة وتقييده.....

98.....	الفرع الأول : الرقابة على القيود الواردة بخصوص حق القسمة
98.....	أولا: الرقابة على القيود القانونية و القضائية
98.....	ثانيا : الرقابة على القيود الاتفاقية
98.....	1-اتجاه المشرع الجزائري و المصري
99.....	2-اتجاه المشرع الفرنسي
100.....	الفرع الثاني : تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
101.....	أولا :الاتجاهات الفقهية
102.....	ثانيا : تكييف الحق في طلب القسمة
102.....	ثالثا : موقف المشرع الجزائري
104.....	الفصل الثاني : أشكال قسمة الملكية العقارية الشائعة
105.....	المبحث الأول : القسمة الاتفاقية
106.....	المطلب الأول : شروط القسمة الاتفاقية و أركانها
107.....	الفرع الأول : التراضي على القسمة
107.....	أولا : لزوم الإجماع
110.....	ثانيا : الشروط اللازمة لصحة التراضي
110.....	1-سلامة التراضي من عيوب الإرادة
111.....	أ-موقف المشرع الجزائري و المصري
111.....	ب-موقف المشرع الفرنسي
112.....	2-توفر الأهلية و الأحكام المتعلقة بها
113.....	أ-موقف المشرع المصري
115.....	ب-موقف المشرع الفرنسي
118.....	ج-موقف المشرع الجزائري
122.....	الفرع الثاني : المحل في القسمة
123.....	الفرع الثالث : السبب في القسمة
125.....	المطلب الثاني : كفيات القسمة الاتفاقية
125.....	الفرع الأول : الضوابط العامة للقسمة الاتفاقية
125.....	أولا : العدالة في القسمة الاتفاقية
127.....	ثانيا : تكوين الحصص و توزيعها
129.....	الفرع الثاني : الضوابط الخاصة للقسمة الاتفاقية
129.....	أولا : الضوابط المتعلقة بالأراضي العمرانية
129.....	1-موقف المشرع الجزائري
131.....	2-موقف المشرع الفرنسي
132.....	3-موقف المشرع المصري
133.....	ثانيا : الضوابط المتعلقة بالأراضي الفلاحية
133.....	1-موقف المشرع الجزائري

134.....	2-موقف المشرع المصري.....
135.....	3-موقف المشرع الفرنسي.....
137.....	المطلب الثالث : إثبات القسمة الاتفاقية.....
137.....	الفرع الأول : موقف المشرع المصري
139.....	الفرع الثاني : موقف المشرع الفرنسي.....
140.....	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري.....
142.....	المبحث الثاني : القسمة القضائية:
143.....	المطلب الأول : شروط دعوى القسمة العقارية
144.....	الفرع الأول :الصفة و المصلحة في دعوى القسمة.....
144.....	أولا : الصفة في دعوى القسمة العقارية.....
146.....	ثانيا : المصلحة في دعوى القسمة العقارية
148.....	الفرع الثاني : أطراف دعوى القسمة
149.....	أولا : المدعي في دعوى القسمة
151.....	ثانيا : المدعى عليه في دعوى القسمة.....
152.....	ثالثا : تدخل الدائنين في القسمة.....
153.....	1-مدى جواز تدخل الدائنين
155.....	2-الدائنين المستفيدين من مكنة التدخل و الصلاحيات الممنوحة لهم
156.....	3-شكل الاعتراض و آجال تقديمه.....
156.....	4- الأثر المترتب على الاعتراض
157.....	أ-الأثار في حالة وجود الاعتراض
159.....	ب-الأثار في حالة عدم وجود الإعتراض
160.....	الفرع الثالث : المحكمة المختصة في دعوى القسمة.....
160.....	أولا : اختصاص المحاكم المصرية للنظر في دعوى القسمة.....
161.....	ثانيا : اختصاص المحاكم الفرنسية للنظر في دعوى القسمة.....
163.....	ثالثا : موقف المشرع الجزائري بخصوص إختصاص المحكمة في دعوى القسمة.....
164.....	المطلب الثاني : القواعد الموضوعية و الإجرائية المتعلقة بالقسمة القضائية
165.....	الفرع الأول : القسمة العينية.....
165.....	أولا : ضوابط القسمة العينية وفقا للقانون الفرنسي.....
165.....	1-القواعد الموضوعية للقسمة القضائية وفقا للقانون الفرنسي
166.....	أ-أساس العدالة في القسمة.....
167.....	ب-تكوين الحصص
169.....	ج-التخصيص بالأفضلية.....
170.....	1-التخصيص بالأفضلية الجوازي.....
172.....	11-التخصيص بالأفضلية بقوة القانون
172.....	2-القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون الفرنسي.....

أ-القسمة البسيطة.....	173
ب-القسمة ذات الإجراءات المعقدة.....	173
ثانيا : ضوابط القسمة العينية وفقا للقانونين المصري و الجزائري.....	175
1-القواعد الموضوعية للقسمة القضائية في القانونين المصري والجزائري	175
أ-أساس العدالة في القسمة.....	175
ب-تكوين الحصص	176
ج-التخصيص	178
2-القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون المصري.....	180
أ-تعيين الخبير	180
ب-الفصل في المنازعات.....	181
ج-إسناد الحصص	182
د-تصديق المحكمة الابتدائية على حكم المحكمة الجزئية	183
3-القواعد الإجرائية للقسمة القضائية وفقا للقانون الجزائري.....	183
أ-تعيين الخبير	184
ب-الفصل في المنازعات.....	185
ج-إسناد الحصص	186
الفرع الثاني : قسمة التصفية	186
أولا : حالات عدم قابلية العقار للقسمة.....	187
1-موقف المشرع الجزائري و المصري.....	187
أ-تعذر القسمة العينية.....	188
ب - إحداث القسمة لنقص كبير في قيمة العقار	188
2-موقف المشرع الفرنسي.....	189
ثانيا : إجراءات قسمة التصفية	190
1 -جواز قصر المزايدة على الشركاء في الشيوخ	190
2- إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني	191
المبحث الثالث : القسمة المؤقتة	192
المطلب الأول : قسمة المهاية في التشريعين المصري والجزائري.....	194
الفرع الأول : أنواع قسمة المهاية.....	195
أولا : قسمة المهاية المكانية.....	195
ثانيا : قسمة المهاية الزمانية	196
ثالثا : قسمة المهاية أثناء إجراءات القسمة النهائية.....	197
الفرع الثاني : أحكام قسمة المهاية.....	197
أولا : خضوع قسمة المهاية لأحكام عقد الإيجار	198
ثانيا : تحول قسمة المهاية المكانية إلى قسمة نهائية.....	200
المطلب الثاني : القسمة المؤقتة في التشريع الفرنسي.....	201

- 202.....الفرع الأول : تطور مفهوم القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي
- 202.....أولا : مفهوم القسمة المؤقتة
- 202.....ثانيا : تطور المفهوم
- 203.....الفرع الثاني : احكام القسمة المؤقتة في القانون الفرنسي
- 204.....أولا : الأحكام المتعلقة بالقسمة المؤقتة الاتفاقية
- 204.....ثانيا : تحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة
- 207.....الباب الثاني : الآثار المترتبة على القسمة و ضمانات تحقيق عدالتها
- 208.....الفصل الأول :الآثار و الضمانات المترتبة على القسمة المنتظمة
- 209.....المبحث الأول : الأثر الكاشف للقسمة
- 210.....المطلب الأول : ماهية الأثر الكاشف للقسمة
- 210.....الفرع الأول : التطور التاريخي لفكرة الأثر الكاشف
- 211.....أولا : موقف القانون الروماني
- 212.....ثانيا : ظهور فكرة الأثر الكاشف في القانون الفرنسي القديم
- 214.....الفرع الثاني: تحليل فكرة الأثر الكاشف
- 214.....أولا : موقف الفقه الفرنسي
- 215.....1-تحليل الفقه الفرنسي القديم لفكرة الأثر الكاشف
- 216.....2- إتجاهات الفقه الفرنسي المعاصر في تحليل فكرة الأثر الكاشف
- 217.....أ-الصبغة الكاشفة :
- 218.....ب-الصبغة الرجعية :
- 218.....ثانيا : موقف الفقه المصري
- 219.....1-اعتبار القسمة بطبيعتها ناقلة
- 220.....2-اعتبار القسمة كاشفة مع تطبيق الأثر الرجعي
- 221.....3-اعتبار القسمة كاشفة مع استبعاد الأثر الرجعي
- 222.....4- اعتبار القسمة ذات أثر مزدوج كاشف و ناقل
- 224.....الفرع الثالث : تبني القوانين المقارنة لمبدأ الأثر الكاشف
- 224.....أولا : تطور التشريع الفرنسي بخصوص مسألة الأثر الكاشف
- 226.....ثانيا : موقف المشرع المصري و الجزائري
- 229.....المطلب الثاني : نطاق تطبيق الأثر الكاشف
- 230.....الفرع الأول :نطاق التطبيق فيما يتعلق بالتصرفات
- 230.....أولا :القسمة النهائية
- 231.....ثانيا : التصرفات المعادلة للقسمة
- 232.....1-القسمة بطريق التصفية عند رسو المزداد على أحد الشركاء
- 233.....2-التصرف الاتفاقي في كامل المال الشائع لصالح أحد الشركاء

- 3-تصرف أحد الشركاء في حصته لصالح شريك آخر 234
- أ-موقف الفقه المصري 234
- ب-موقف القضاء و التشريع الفرنسي 235
- الفرع الثاني : نطاق التطبيق فيما يتعلق بالأموال 236
- أولا : موقف الفقه و التشريع المصري 236
- 1-معدل القسمة 237
- 2-ثمن بيع العقار بالمزاد العلني 237
- 3-الحقوق الشخصية 237
- ثانيا : موقف الفقه و التشريع الفرنسي 238
- 1- معدل القسمة 239
- 2- الحقوق الشخصية 239
- 3-ثمن بيع العقار الشائع بالمزاد العلني 240
- الفرع الثالث : نطاق التطبيق فيما يتعلق بالأشخاص 242
- المطلب الثالث : نتائج الأثر الكاشف 243
- الفرع الأول :النتائج المتعلقة بالجانب المدني 244
- أولا : الأثر الكاشف مؤداه نفي نتائج الأثر الناقل 245
- 1-عدم اعتبار عقد القسمة عقد مضاربة 245
- 2-عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتقادم القصير 246
- 3- القسمة و أنظمة الشهر 246
- أ-موقف المشرع المصري 248
- ب-موقف المشرع الفرنسي 249
- ج-موقف المشرع الجزائري 252
- ثانيا : النتائج المرتبطة بالأثر الرجعي 257
- 1-تطبيق الرجعية على التصرفات 257
- أ-موقف التشريعين المصري و الجزائري 257
- إ-رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز 258
- II-رهن الشريك على الشيوع لحصته الشائعة 259
- III-رهن الشريك في الشيوع للعقار كله 260
- ب-موقف التشريع الفرنسي 262
- 2-حدود تطبيق الرجعية في القسمة 265
- أ-الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيوع 266
- ب-التصرفات التي تمت صحيحة إما بالوكالة أو الإجماع 267

- ج- العبرة في تحديد قيمة المال الشائع..... 267
- الفرع الثاني : النتائج المتعلقة بالجانب الجبائي..... 267
- أولا : تحليل إشكالية الأثر الكاشف على ضوء التشريع الجبائي الفرنسي..... 268
- 1-حالة القسمة التامة و البسيطة: Partage Pur Et Simple..... 270
- 2- حالة القسمة بمعدل أو بفائض القيمة..... 270
- 3- حالة القسمة عن طريق التصفية..... 271
- ثانيا : الأثر الكاشف للقسمة في نظر التشريع الجبائي الجزائري..... 271
- 1-تطبيق الأثر الكاشف على حقوق التسجيل الناتجة عن القسمة العقارية..... 273
- أ-القسمة التامة..... 273
- ب- القسمة بمعدل أو فائض في القيمة..... 274
- ج - القسمة عن طريق التصفية..... 274
- 2- تطبيق الأثر الكاشف على رسوم الشهر العقاري..... 275
- المبحث الثاني : الضمان في القسمة..... 276
- المطلب الأول : قيام الضمان في القسمة..... 277
- الفرع الأول : مفهوم الضمان..... 278
- أولا : أساس الضمان في القسمة..... 279
- ثانيا : نطاق الضمان في القسمة..... 280
- 1-أنواع القسمة المشمولة بالضمان..... 280
- 2-نطاق الالتزام بالضمان..... 281
- الفرع الثاني : شروط قيام الضمان في القسمة..... 283
- أولا : حصول تعرض أو استحقاق..... 283
- 1-التعرض و الاستحقاق الصادر عن الغير..... 284
- 2-التعرض و الاستحقاق الصادر عن أحد المتقاسمين..... 285
- ثانيا : كون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة..... 287
- ثالثا : عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم..... 288
- رابعا : عدم وجود اتفاق بالإعفاء من الضمان..... 288
- المطلب الثاني : الآثار المترتبة على قيام الضمان..... 289
- الفرع الأول : ضوابط التعويض في الضمان..... 290
- أولا : أسس تقدير التعويض..... 290
- 1- موقف المشرع الجزائري و المصري..... 291
- 2- موقف المشرع الفرنسي..... 293
- ثانيا : طريقة توزيع التعويض و ضماناته..... 295

298.....	الفرع الثاني : تقادم الحق في الضمان
298.....	أولا : موقف المشرع الفرنسي
299.....	ثانيا :موقف المشرعين المصري و الجزائري
300.....	الفصل الثاني : الآثار والضمانات المترتبة على القسمة غير المنتظمة
300.....	المبحث الأول : الغبن في القسمة
302.....	المطلب الأول : شروط الغبن
303.....	الفرع الأول : مقدار الغبن
303.....	أولا :قيمة الغبن
305.....	ثانيا : طريقة تقدير الغبن
308.....	الفرع الثاني : نطاق تطبيق الغبن
309.....	أولا : موقف المشرعين المصري و الجزائري
310.....	ثانيا : موقف المشرع الفرنسي
313.....	المطلب الثاني: الجزاءات المقررة للغبن
314.....	الفرع الأول : الجزاءات و الآثار المترتبة على دعوى الغبن
314.....	أولا : دعوى النقص للغبن على ضوء التشريعين المصري و الجزائري
318.....	ثانيا : دعوى تكملة الحصة للغبن على ضوء التشريع الفرنسي
321.....	الفرع الثاني : آجال دعوى الغبن
322.....	أولا : موقف المشرع المصري و الجزائري
322.....	ثانيا : موقف المشرع الفرنسي
323.....	المبحث الثاني : البطلان في القسمة
325.....	المطلب الأول : عيوب الإرادة و الأهلية في القسمة
325.....	الفرع الأول : إبطال القسمة في التشريعين الجزائري و المصري
327.....	الفرع الثاني : إبطال القسمة في التشريع الفرنسي
330.....	المطلب الثاني : طوارئ القسمة
330.....	الفرع الأول : طوارئ القسمة في التشريعين المصري و الجزائري
330.....	أولا : ظهور دين على المورث المتوفي
331.....	ثانيا : ظهور وارث جديد أو موصى له
331.....	الفرع الثاني : طوارئ القسمة في التشريع الفرنسي
335.....	الخاتمة
343.....	قائمة المراجع و المصادر :