



جامعة بلحاج بوشعيب - عين تموشنت -

كلية الحقوق

قسم الحقوق



القسمه القضائية للملكية العقارية الشائعة في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص قانون خاص -

تحت إشراف :

د. يمينة عقبي

من إعداد الطلبة :

❖ روبة مليكة
❖ راس محمد إسلام

لجنة المناقشة :

جامعة بلحاج بوشعيب	أستاذ محاضر أ	بوجاني عبد الحكيم	الرئيس
جامعة بلحاج بوشعيب	أستاذة محاضرة ب	عقبي يمينة	المشرف
جامعة بلحاج بوشعيب	أستاذة محاضرة ب	بوكايس سمية	الممتحن

السنة الجامعية 2025/2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَيَسْقِيهِمْ بِهِ وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَيَسْقِيهِمْ بِهِ وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَيَسْقِيهِمْ بِهِ

القمر (28)

شكر و تقدير

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:

" ومن صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوا به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه "

نحمد الله سبحانه و تعالى حمدا يليق بجلاله و عظيم سلطانه على نعمته و توفيقه لنا على إتمام هذا العمل.

نخص بالذكر الأستاذة المشرفة " د. عقبي يمينة" الذي بذلت كل ما في وسعها لإنجاح هذا العمل و لم تبخل علينا بنصائحها القيمة و البناءة و إرشاداتها المثمرة منذ بداية إلى نهاية هذا العمل فلها منا جزيل الشكر والعرفان، أطال الله في عمرها وأدامها نافعة بعلمها ومتعها بالصحة والعافية.

كما نتقدم بأسمى عبارات الاحترام والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة المكونة من الأستاذ

" د. عبد الحكيم بوجاني" و الأستاذة " بوكايس سمية" الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة.

وإعترافا بالفضل نتقدم بجزيل الشكر لجميع أساتذتنا الكرام على مستوى كلية الحقوق الذين تعلمنا منهم ولو حرفا واحدا طوال مشوارنا الدراسي.

ولا يفوتنا توجيه الشكر لكل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد في إتمام هذا العمل ولكل من سقط من قلمنا سهوا جزيل الشكر والعرفان والتقدير...

الإهداء

إله لا يطيب الليل إلا بشكره ولا يطيب النهار إلا بطاعته ولا يطيب اللحظات إلا بذكره

الله عز وجل

إنتهى المشوار إنتهت رحلة لم تكن سهلة ولا ينبغي أن تكون كذلك، لكن مهما طالتم ستمضي

بحلوها و مرها و ها أنا اليوم أقطف ثمرات جهدي و تعبي

بفضل الله و عوني أتممت هذا العمل و أهديه إلى:

سندي و قوتي و من زرعت في نفسي روح التعلم، إلى سر نجاحي من أرشدتني ورافقتني في

كل خطوة خطيتها من علمتي الصبر أطال الله في عمرها

أمي الغالية " فاطمة "

من رباني و تعبت من أجلي إلى من أحمل إسمه وأنا كلي فخر أدامك الله لي أمانا و مانأ

أبي الغالي " هواري "

من كانت ولا زالت تدعمني لولا دعائها لما أنا عليه الآن نور حياتي

جدتي الغالية " جمعة "

من كانوا ظل لهذا النجاح، من تشاركنا التعب و الفرح و الحزن إخوتي

"توال، دعاء، محمد"

زميلي في المذكرة و الدراسة من ساندني في إنجاز هذا العمل، رفيق دربي طيلة خمس السنوات

التي مضت أدام الله صداقتنا "إسلام"

من كانت نورا في دربي و قدوتي من قدمت لي وقتها و جهدها أستاذتي الفاضلة

"د.يمينة عقبي"

زميلاتي التي منحتني الجامعة إياهم رفيقات دربي

" عبير، كوثر، سعدية، سلسبيلا "

من كان سندا لي طوال هذا المشوار من منحني الأمل عندما فقدته، من دعمني في أوقاتي

الصعبة ولم يسعني ذكر إسمه.

إعداد الطالبة: روبية مليكة

الإهداء

إلى من كانت نبض حياتي، وألهمتني أن أتمرن على الإصرار والطموح،
إلى أمي الحبيبة، التي كانت دائماً القلب الدافئ، واليد الحانية، والمصدر الأول للدعم،
هذه الكلمات عبارة عن جزء بسيط من الامتنان والوفاء، وأعبر فيها عن محبتها التي لا تنتهي،
إلى أبي من كان لي، ووعوئاً، ومرشداً دائماً، في كل خطواتي، خاصة في رحلتي الأكاديمية،
وبفضله، استطعت أن أحقق الكثير، وأتمنى أن أظل دائماً عند حسن ظنه بي.

إلى أسرتي الكريمة، التي كانت دائماً قوتي، وبدفئهم دام لي درب النجاح،
كل نجاح أحقتل به هو ثمرة حبكم ودعمكم المستمر، وأتمنى أن أكون عند حسن ظنكم بي
وأعدكم أن أوصل السعي والعمل، لأكون فخرًا لكم، وأحقق لكم المزيد من الإنجازات دائماً.
إلى أستاذتي العزيزة، التي أنارت لي طريق العلم والمعرفة، وأكدت لي أن التعليم هو سلاح
التغيير بطاقتها الإيجابية ووجهها المضيء، استطاعت أن تزرع في نفسي حب التعلم، وتوجيهها
التمين فشكراً لك على كل شيء، وعلى ما بذلتيه من جهود لإيصالي إلى هنا.

ولزميلتي الرائعة، التي كانت رفيقتي في رحلة البحث والكتابة.
أشكرها من أعماق القلب لمشاركتها إياي التعب، ولصبرها ودعمها المستمر.
ومعاً، استطعنا أن نصل إلى هذا الإنجاز، كما أن وجودها كان مصدر قوة لي في أوقات
الصعاب.

أشكرك على كل لحظة قضيتها في المساعدة، وأتطلع لمزيد من التعاون والنجاحات في القادم
وفي الختام، أهدي هذا العمل لكل من عرفتهم، وكل من ساعدني في تحقيق حلمي،
وكل من آمن بقدراتي، وساعدني على أن أرتقي،
نسأل الله أن يديم علينا النجاح، وأن يُحَقِّق آمنياتنا، ويبارك في خطواتنا القادمة.

من إعداد الطالب: راس محمد إسلام.

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ج : جزء

ج ر ع : الجريدة الرسمية عدد

د ب ن : دون بلد النشر

د س ن : دون سنة النشر

د ط : دون طبعة

ص : صفحة

ط : طبعة

ع : العدد

ف : فقرة

ق : قانون

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق م ج : قانون المدني الجزائري

م : مادة

مقدمة

إن الملكية هي حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء وإستغلاله وتحقيق الإنتفاع منه، مع الإلتزام بكل القيود والإلتزامات المنصوص عليها قانونا، ويعتبر هذا الحق مطلق يمكن المالك بوجبه التصرف في ملكه وفقا لنوع الملكية سواء كانت ملكية فردية، أو مشتركة أو ملكية شائعة، ويشترط في ذلك إحترام الآداب العامة والنظام العام، فالملكية الشائعة هي الحالة التي يكون فيها عدد من الأشخاص ملاك لعقارات أو منقولات دون أن يكون لأحدهم نصيب مفرز مستقل به¹.

قد تسبب الملكية الشائعة في ظهور إشكالات و نزاعات عملية و قانونية خاصة في ظل إستمرار الشيوع بشكل يعرقل التنمية والإستغلال الأمثل للعقار، ولهذا تعتبر القسمة القضائية أحد الآليات القانونية الأساسية التي خولها المشرع الجزائري لإنهاء الشيوع حين يتعذر الإتفاق على إجراء القسمة الإتفاقية بين الشركاء، فهذه الأخيرة هي إجراء قضائي غايته تقسيم المال الشائع بطريقة قانونية، مع مراعاة الأسس والإجراءات المعتمدة وذلك بهدف تنظيم وضعية الشيوع وحل النزاعات وكذا إزالة الشيوع بشكل نهائي.

شهدت القسمة القضائية تطور عبر التاريخ، خاصة في إطار التشريع الجزائري الذي مر بمراحل متعددة قبل أن يستقر على قواعد تنظيمية واضحة بعد الإستقلال، فخلال الفترة الإستعمارية الفرنسية كانت قواعد القسمة تعمد بشكل أساسي على قوانين الرابطة الفرنسية، حيث ظلت التشريعات الجزائرية التي كانت قائمة على قواعد الفقه الإسلامي والقوانين القديمة مهمشة، وكانت القسمة فيها تتم وفقا للإجراءات التي تحددها المحاكم الفرنسية مع الإعتماد على غرائز الأطر القانونية الأوروبية التي كانت سائدة في ذلك الوقت.

وبعدما نالت الجزائر إستقلالها سنة 1962 قام المشرع الجزائري في بناء إطار قانوني خاص يعكس خصائص المجتمع الجزائري، حيث شرع في وضع قواعد قانونية تهدف إلى تنظيم الملكية ومن ضمنها مسألة الشيوع والقسمة، فتم إصدار قوانين تستجيب لمقتضيات المرحلة الجديدة، كما شهد الشريعة الجزائري تحديثات مهمة في العقود التالية خاصة بعد إعتماد قوانين حديثة، والتي إستهدفت تنظيم الحقوق العينية وتنظيم الملكية العقارية ومن ضمنها الشيوع و كيفية تسوية نزاعاته.

وفي سبيل تعزيز العدالة وحماية حقوق الملكية وتحقيق المساواة بين الأفراد إستمر المشرع الجزائري في تحديث قوانين ذات صلة بمنع النزاعات وحلها، وفي إطار الإصلاحات القانونية تم إعادة صياغة القسمة القضائية لتكون أكثر ملائمة وتماشيا مع المبادئ الحديثة لحقوق الملكية.

نظرا للأهمية التي تكتسيها القسمة في إنهاء الشيوع و تمكين الشركاء من إدارة نصيب كل منهم بكل إستقلالية ، فقد أفرد لها المشرع الجزائري في القانون المدني أحكام قانونية خاصة تهدف إلى حل النزاعات

¹ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، د ط، الإسكندرية، د س ن، ص 180.

الناجمة عن الشراكة، وفي المحاكم تحتل قضايا القسمة القضائية للعقار حيز كبيراً من القضايا المعروضة أمام القضاء، مما يعكس تعقيدات هذه العملية وأهميتها في تسوية النزاعات المتعلقة بالملكية.

وتكمن الأهمية العملية للقسمة القضائية للعقار الشائع في تأثيرها المباشر على الحياة العامة وكذا العلاقات الإنسانية والاجتماعية بين الأفراد، وتوفر هذه الأخيرة الأمن القانوني بين الشركاء في الشيوخ حيث تمكنهم من الحصول على حقوقهم كاملة دون أي نقص أو ضرر، مع الحفاظ على سلامة العلاقات فيما بينهم و بالتالي تعد القسمة القضائية للعقار الشائع أداة حيوية للقضاء على حالة الشيوخ الغير مرغوب فيها وإنهاء المشاكل بين الشركاء، وذلك من خلال توفير حلول عملية وفعالة تساعد في وضع حد للخلافات التي تقع بين الشركاء.

أما بخصوص الأهمية العلمية لهذا الموضوع تتمثل في توسيع المعرفة القانونية المتعلقة بقسمة العقار الشائع وهذا ما يساعد في إثراء المكتبة الوطنية بالمزيد من المعلومات والمراجع المتخصصة في هذا المجال. لقد نظم المشرع الجزائري أحكام المال الشائع وكيفية قسمته في القانون المدني² في القسم الرابع الذي جاء تحت عنوان الملكية الشائعة من الكتاب الثالث، بدءاً من المادة 713 إلى غاية المادة 742 بالإضافة إلى بعض المواد التي لها صلة بالموضوع ونجدها في قانون الاسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين الخاصة.

سبقنا في معالجة هذا الموضوع العديد من الدراسات نذكر منها ما يلي:

- دراسة تحت عنوان طوارئ القسمة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري مذكورة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإنسانية تخصص شريعة وقانون من إعداد الطالب عبد الحميد وبسي سنة 2007.
- دراسة بعنوان القسمة القضائية للعقار الشائع مذكورة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخص قانون عقاري وزراعي من إعداد الطالبة حياة محمد كحيل عام 2005.
- دراسة عنوان قسمة العقار بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية مذكورة مكملة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون خاص أساسي من إعداد الطالبة عقبي يمينة سنة 2021.

وتسعى هذه الدراسة إلى تبيان مدى فعالية القوانين الخاصة بالقسمة القضائية للعقار الشائع وكذلك التركيز على حقوق الشركاء وضماناتهم القانونية كما تهدف هذه الدراسة إلى تقديم حلول تساعد في تسوية النزاعات الناجمة عن الشيوخ والتي من شأنها أن تساعد في تعزيز العدالة .

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2005، الجريدة الرسمية العدد 31.

تواجه البحوث العلمية دائما تحديات، وقد واجهتنا العديد من الصعوبات أثناء قيامنا بهذه الدراسة التي تدور حول القسمة القضائية للملكية العقارية الشائعة، ومن أبرز هذه الصعوبات:

- نقص المراجع المتخصصة في الموضوع، فلم نجد مراجع كافية تغطي جوانب الموضوع بشكل معمق ودقيق ونقص المراجع الوطنية خاصة .
- إقتصار الدراسات على الجانب الفقهي بكثرة دون التطرق إلى الجانب القانوني مع العلم أن بعض من جوانب هذا الموضوع تتطلب الجانب القانوني لا الفقهي.

إلا أن وجود هذه الصعوبات لم يزدنا إلا تحفيزا وعزما ودفعا إلى بذل مجهودات كبيرة من أجل تحقيق الغاية المرجوة من هذه الدراسة وتقديم عمل يساعد القراء على وجود ما يحتاجونه.

ومن خلال هذا نثار الإشكالية التالية: كيف أطر المشرع الجزائري عملية القسمة القضائية للعقار الشائع وما مدى كفاءتها في حل المشاكل الناجمة عن الشيوع وحماية حقوق الشركاء؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه قمنا بالإعتماد على كل من المنهج التحليلي الذي يساعدنا في تحليل المواد القانونية التي لها علاقة بالموضوع و المنهج الوصفي من أجل تبيان كل ما هو مقرر في القسمة القضائية للعقار الشائع، وكذا إعتدنا على المنهج المقارن في بعض المواطن وذلك على سبيل الإستدلال والمقارنة.

لمعالجة هذا الموضوع إرتأينا أنه لا بد من تقسيم المعلومات وفق خطة ثنائية تتكون من فصلين أساسيين وهما كالآتي:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقسمة القضائية للعقار الشائع.

الفصل الثاني: الآثار القانونية للقسمة القضائية للعقار الشائع .

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي والإجرائي للقسمة القضائية للعقار

الشائع

إن المشرع الجزائري قد نظم الملكية الشائعة تنظيماً مفصلاً و دقيقاً من خلال وضع قواعد تبين كيفية إدارتها والتصرف فيها في القانون المدني، فيعرف الشيوخ بأنه حالة قانونية يكون فيها العقار مملوكاً لعدة أشخاص من دون أن يكون نصيب كل واحد منهم محدد مادياً في الشيء، لكنه معين معنوياً في الحق نفسه¹، فإذا امتلك شخصان أو أكثر عقار وكانت حصصهم غير مفرزة فيه فهم يعتبرون شركاء على الشيوخ، إلا أن هذه الحالة في غالب الأحيان تكون مصدر متاعب ومنازعات بين الشركاء، وهذا راجع لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد.

باعتبار أن الشيوخ والبقاء فيه يبقى أمر غير مرغوب فيه، لا يجبر الشركاء على البقاء فيه فقد تدخل كل من الفقهاء و القانونيين لتصدي ما ينتج عنه من نزاعات ومشاكل عن طريق وضع طرق تسمح للشريك بالخروج من الشيوخ، ومن بين هذه الطرق القسمة القضائية للعقار الشائع، فلكل شريك الحق في المطالبة بها، إلا أنهم منحوا كذلك لباقي الشركاء الحق في إلزامه بالبقاء في حالة الشيوخ إذا كانت لهم رغبة غي ذلك وبناءً عليه يقتضي الأمر دراسة " ماهية القسمة القضائية للعقار الشائع" في المبحث الأول، و" إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع" في المبحث الثاني.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة (إكتسابها- إثباتها- حمايتها- إدارتها- قسمتها)، دار هومه، الجزائر، 2015، ص64.

المبحث الأول

ماهية القسمة القضائية للعقار الشائع

باعتبار القسمة القضائية للعقار الشائع إجراء قانوني يسمح بتقسيم الملكية العقارية المشاعة بين الشركاء أو حتى بين المالكين، فلا بد أولاً الوقوف على الأحكام العامة قبل الولوج إلى الأحكام الخاصة بها، وهذا من خلال تحديد تعريف دقيق للقسمة القضائية من الجانب الفقهي و كذلك الجانب القانوني، مع إلزامية التطرق إلى شروطها ومن ثم ذكر أهم القيود الواردة على طلب القسمة القضائية للعقار الشائع في التشريع الجزائري.

المطلب الأول

مفهوم القسمة القضائية

بما أن القسمة القضائية للعقار هي وسيلة هامة للخروج من حالة الشيع، فقبل الغوص في الموضوع كان لا بد من تعريفها، من أجل معرفة معناها والغاية منها و هذا لإستنتاج طبيعتها القانونية، و ثم التطرق إلى أهم الشروط التي نص عليها المشرع في القانون الجزائري.

الفرع الأول

تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع

لمعرفة المقصود بالقسمة القضائية للعقار الشائع لابد أولاً الوقوف على تعريفها من الجانب الفقهي وهو متعدد التعريفات وثانياً التطرق إلى التعريف من الناحية القانونية، بالنسبة للتشريع الجزائري و الدول الأخرى.

أولاً: تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع من الناحية الفقهية

إذا كانت القسمة تعرف في اللغة على أنها تقسيم النصيب و جعل الشيء أجزاء متميزة¹، سواء كانت للمقارنة أو معرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اجتمعوا على أن القسمة هي إفرار تمييز بين الأنصبة محلها المال الشائع، بالرغم من أنه تعريف الحنفية لها يشتمل على قسمة المهيأة².

القسمة مشروعة بكتاب الله عز وجل و بسنة النبي الله صلى الله عليه و سلم، فمن كتاب الله نجد قوله عز وجل سورة النساء الآية 8 (وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا)³ ، و قوله سبحانه في سورة النساء الآية 7 (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا)⁴ ، وقوله تعالى في سورة

¹ ابن منظور، معجم لسان العرب، دار المعارف، الجزء 12، د ب ن ، د س ن ، ص 103 و 104.

² مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، عدد 45، خنشلة، 2016، ص 128.

³ الآية 08 من سورة البقرة.

⁴ الآية 07 من سورة البقرة.

الأطفال الآية 15 (وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّلَاقِ أَجْمَعِينَ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ)¹.

ومن السنة النبوية فثبت في أحاديث كثيرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قسم الغنائم كما في حديث أنس رضي الله عنه قال: (اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين) "رواه البخاري" وقال الإمام البخاري في صحيحه: باب قول الله تعالى: "فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ" يعني للرسول قسم ذلك، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "إنما أنا قاسم و خازن والله يعطي"، و روى الإمام مسلم في صحيحة بإسناده عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "لما كان يوم حنين أثار رسول الله صلى الله عليه و سلم ناساً في القسمة، فأعطى الأقرع بن حابس مائة من الإبل، وأعطى عيينة مثل ذلك، وأعطى أناساً من أشراف العرب و آثرهم يومئذ في القسمة²، و قوله صلى الله عليه و سلم " أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية، وأيما أدركها الإسلام و لم تقسم فهي على قسم الإسلام"³.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " إذا قسمت الأرض وُحِّدَتْ، فلا شفعة فيها " رواه أبو داود و هو حديث صحيح كما قال العلامة الألباني في السلسلة الصحيحة حديث رقم (1385)⁴.

وعرفها الأستاذ (لغوتي بن ملح): " القسمة تقتضي و تستلزم تدخل القاضي، و ذلك إما لعدم الإتفاق بين الشركاء على القسمة إستنادا على قاعدة عدم إجبارية البقاء في الشيوخ، و إما لوجود غائب أو قاصر بين الشركاء، أو هي القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر عنها رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها بناءً على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى دعوى القسمة"⁵.

وعرفها عبد الرزاق السنهوري بأنها وسيلة أو طريقة من أجل عدم الضغط على الشركاء من أجل البقاء في الشيوخ، فالقسمة تهدف إلى توزيع المال بين الشركاء⁶.

¹ الآية 15 من سورة الأنفال.

² نهلة أحمد فوزي، قسمة المال الشائع - على ضوء الفقه وأحكام القضاء الصادرة حتى 2018 - ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019، ص 70.

³ أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهااد المحكمة العليا و مجلس الدولة، دار هومه، د ط، الجزائر، 2008، ص 23.

⁴ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 71.

⁵ حياة محمد كحيل، القسمة القضائية، دار الجامعة الجديدة، د ط ، الإسكندرية، 2018، ص 12.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية- مع الشرح المفصل للأشياء والأموال، منشأة المعارف، ج 8، الإسكندرية، 2004، ص 880.

وعرفها ابن عرفة في الحدود على أنها تصبير مشاع من مملوك المالكين معنيا ولو بإختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراهن¹.

ثانيا: تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع من الناحية القانونية

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق للقسمة في نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري والتي نص فيها على ما يلي: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق، ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا تجاوزت هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه " . و من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً محدد للقسمة وإنما ترك ذلك للفقهاء وأعطى بموجب هذه المادة الحق لكل شريك في الشيوع أن يطالب بها.

كما نصت المادة 724 من نفس القانون على أنه: " إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة..."² من خلال هذه المادة يتبين أن القسمة القضائية للعقار الشائع تتم في حالت معينة وهي في حالة إختلاف الشركاء على قسمة العقار الشائع حيث يجوز لأي شريك اللجوء إلى القضاء من أجل إقتسام العقار الشائع، و الخروج من حالة الشيوع بناء على دعوى ترفع أمام المحكمة المختصة وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا³.

عرف المشرع الأردني القسمة عامة من خلال النص المادة 7103 من القانون المدني الأردني على أنها: "إفراز وتعيين الحصة الشائعة"⁴ ، كما ذكرت القسمة القضائية على وجه الخصوص في المادة 1122 من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أن القسمة التي تتم بواسطة القاضي الذي يقسم الملك المشترك جبراً وحكمًا بطلب بعض المقسوم له أي بطلب أصحاب الملك المشترك⁵ .

وعرفها كذلك المشرع اليمني في القانون المدني في المادة 1078 بأنها " عبارة عن مقدار ما لكل شريك في المال، وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات و تعديلها في القيميات" ، في حين أعطى المشرع الإماراتي نفس تعريف المشرع الأردني في قانون المعاملات المدنية في مادته 1160⁶.

¹ أحمد فلجاوي، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، ع 26، محكمة النقض المغربية، ص 244.

² المادة 724 من القانون المدني الجزائري.

³ عقبي يمينة، الضمانات القانونية المقررة لدائنين في القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 01، عين تموشنت، 2023، ص 234.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 13.

⁵ عقبي يمينة، المرجع السابق، ص 234.

⁶ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 13.

وعليه كل التعاريف السابقة تختلف لفظا إلا أنها تتفق من حيث المضمون والمعنى، فقد إعتبرت القسمة إجرا قضائي ينهي الشيوخ ومن خلاله يختص كل شريك بنصيب مفرز يتناسب مع حصته الشائعة في المال الشائع.

الفرع الثاني

شروط القسمة القضائية لل عقار الشائع

باعتبار القسمة بصفة عامة والقسمة القضائية بصفة خاصة عملية الهدف منها إزالة الشيوخ، بحيث يصبح الشريك في الشيوخ مالك لحصة مفرزة و مستقلة أي ملكية خاصة ، وهذا يعني أن القسمة القضائية تهدف إلى إرجاع الملكية لوضعها الأصلي، إلا أنه لتحقيق هذه العملية لابد من توف مجموعة من الشروط المتمثلة في القاسم والمقسوم والمقسوم له وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً: القاسم

هو الشخص الذي يتولى عملية قسمة المال المقوم على كل مستحقه، أو الورثة المشتاعين¹، و يمكن تعريفه أيضا أنه الشخص الفاعل بعملية التقسيم، ولا بد من وجوده لتحقيق القسمة².

1 - كيفية تعيين القاسم

حسب نص المادة 723 من ق م ج و التي تنص على ما يلي: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يتقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية و جبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

حسب ما جاء به المشرع الجزائري، يجوز للشركاء بحد ذاتهم أن يكونوا هم القاسمين، بما أن القسمة تمت بإجماعهم ولم يكن بينهم ناقص أهلية، كما أنه يجوز لهم إختيار قاسم من أصحاب شؤون القسمة، بشرط أن يكون جميع الشركاء موافقون على إختيار قاسم، و تبقى إمكانية لجوئهم للقضاء فيقسم القاضي بينهم³.

وفي حالة ما إذا كان بين الشركاء شريك ناقص الأهلية أو غائب، ينوب عن القاصر وليه بعد الحصول على إذن من المحكمة، و إذا لم يتم الإتفاق بين الشركاء على القسمة وإختيار القاسم فيتم اللجوء للقضاء من أجل تسوية ما لم يتفق عليه الشركاء⁴.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص103.

² عبد الحميد ويسى، طوارئ القسمة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2007، ص24.

³ مريم تومي، المرجع السابق، ص129.

⁴ المرجع نفسه، ص 130.

2 - شروط القاسم

إن المشرع الجزائري لم يتطرق للشروط التي يجب توافرها في القاسم، مما أدى إلى الرجوع للجانب الفقهي لمعرفة الشروط الخاصة بالقاسم المعين من أجل القيام بالقسمة بين الشركاء وتجدر الإشارة إلى أنه تصح القسمة بقاسم واحداً أو أكثر.

حيث يشترط في القاسم ما يلي:

الإسلام والحرية والبلوغ والعقل وأيضا العدالة والذكورة وعلم المساحة والحساب لأن علمها وسيلة القسمة والسمع والبصر والضبط وكذلك النطق، و لا بد من توفر ما ذكر لأن للقاسم ولاية على من يقسم لهم وهذا كون قسمته ملزمة، ومن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يكون مؤهلاً للولاية¹.

فتمارس هذه المهنة من طرف شخص طبيعي مؤهل يضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بالعقود المتعلقة بنقل الملكية العقارية و هذا وفق لنص المادة 02 من الأمر 95-08 المتعلق بنهنة المهندس الخبير العقاري²، وقد اشترط المشرع الجزائري شروط لممارسة مهنة الخبير في نص المادة 03 من الأمر 95-08، وتتمثل هذه الشروط في مايلي:

أ - الجنسية الجزائرية والتمتع بالحقوق الوطنية.

ب - حيازة شهادة مهندس دولة مساح أو مهندس دولة في الطبوغرافيا، مهندس تطبيقي وتسلم هذه الشهادة من مؤسسات التعليم العالي.

ت - الممارسة المسبقة للمهنة إما كمهندس متدرب لمدة ثلاث (03) سنوات مع النجاح في امتحان نهاية التدريب، أو كمهندس مسح الأراضي أو مهندس الطبوغرافيا لمدة خمس (05) سنوات على الأقل،

د - عدم الحكم عليه بعقوبة تمس بشرف وسمعة المهنة، وحسب نص المادة 12 من نفس الأمر³ لا بد من التسجيل في جدول هيئة المهندسين الخبراء العقاريين.

3 - أجره القاسم

تختلف الأجرة بحسب اختلاف طريقة اختيار القاسم، ففي حالة ما كان القاسم هو قاضي فإن أجره يكون على نفقة الدولة في شكل راتب شهري يتقاضاه، أما في حالة كان القاسم خبير معين من قبل القاضي

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 105.

² الأمر رقم 95-08، المؤرخ في 01 رمضان 1415 الموافق ل 02 فبراير 1995، المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، ج ر ع 20.

³ المادة 12 من الأمر 95-08 تنص على: " يؤسس جدول لهيئة المهندسين الخبراء العقاريين يشتمل على قائمة أسماء الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط أحكام المادة 3 أعلاه وألقابهم وعناوينهم و كيفية ممارسة المهنة عند الإقتضاء".

ينتقاضى أجره من الشركاء الذين يلتزمون بدفع أتعاب الخبرة للخبينة العامة للدولة التي تقدر من قبل القاضي¹.

أما إذا كان القاسم محكم اختياره الشركاء فعلى المحكمة أن تقر بذلك فإنه يستحق الأجرة التي تتمثل في أتعابه ومصاريفه التي تحددها المحكمة²، إلا أنه اختلفت آراء الفقهاء حول كيفية توزيع الأجرة بين المتقاسمين، فتم ترجيح رأي كل من الشافعية والحنابلة نظرا لكون رأيهم هو الأولى والأصح وكذلك أعدل وأرفق بالناس، فحسب رأيهم يتم توزيع الأجرة على قدر الأنصبة أو الحصص على جميع المتقاسمين الطالبين للقسمة³.

ثانياً: المقسوم

المقسوم هو أحد مقومات القسمة القضائية، إضافة للشروط الأخرى المذكورة سابقا حيث لا تتم عملية القسمة بين الشركاء إلا بوجوده و توافره.

فالرجوع لنص المادة 723 من ق م ج والتي تنص: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يفتسوا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...".

فالمقصود بالمقسوم، المال المشترك الذي تتميز حصصه من عقار⁴ وهو أيضا محل القسمة المتمثل في العقار الشائع .

من خلال التعريف نستنتج بأنه العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها، ويطالبون بقسمتها عن طريق القسمة القضائية فهي تعتبر ركن القسمة الأهم، فلا قسمة بدون مال شائع⁵.

وللمقسوم شروط تحكمه، تتمثل في مايلي:

1 - أن يكون موجوداً أو ممكن للوجود:

يعني أن يكون محل القسمة(العين المشتركة) موجوداً وقت القسمة، فإذا كان مستحيلا تصبح القسمة باطلة⁶.

فالرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وتطبيقا لنص المادة 93 والتي جاءت كالاتي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته...كان باطلا بطلانا مطلقا"، نلاحظ أنه متى كان المحل مستحيل غير موجود أو غير ممكن للوجود في المستقبل كانت القسمة باطلة.

¹ مريم تومي، المرجع السابق، ص 130.

² المرجع نفسه، ص 130.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 107.

⁴ عبد الحميد ويسى، المرجع السابق، ص 24.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، 2001، ص 155.

⁶ مريم تومي، المرجع السابق، ص 130.

2 - أن يكون معين أو قابل للتعيين:

يجب أن يكون محل القسمة القضائية حسب نص المادة 94 من القانون المدني الجزائري¹ معيناً إما بالذات أو معين بالنوع والمقدار، فيكفي أن يتم تعيينه بالنوع إذا تضمن العقد ما يمكن به تعيين مقداره، أما إذا كان المقسوم معين بالذات وجب أن تكونه ذاته معروفة، ويتم وصف الشيء وصفا مفصلا نافيا للجهالة، وعليه فإذا كان هذا الأخير منزلا على سبيل المثال وجب تبيان موقعه، إضافة إلى أوصافه الأساسية التي يتميز بها عن غيرها من المنازل.

وإذا كان الشيء غير معين بالذات وجب تعيينه بالجنس والنوع والمقدار، مثال ذلك يكون المقسوم قطن وجب تحديد مقداره و نوعه².

3 - أن يكون مشروع وقابل للتعامل فيه:

يشترط في المقسوم أن يكون غير مخالف للنظام العام والأداب العامة ، ويكون مما يصح التعامل فيه فلا تصح قسمة المال الذي يكون فيه الشيوخ إجباري ومثال ذلك الطريق المشترك للملاك المتجاورين. إضافة إلى ذلك لا تجوز قسمة التركة المستقبلية و المورث على قيد الحياة إلا بموافقة³.

4 - أن يكون المال المقسوم مملوك للشركاء المتقاسمين:

يجب أن يكون الشركاء هم المالكين للشيء محل القسمة وإلا اعتبرت القسمة باطلة بطلان مطلق⁴.

ثالثا: المقسوم له

المقسوم له يقصد به المتقاسمون الذين يملكون العقار الشائع، فهم الذين يلجأون إلى القاسم أو القاضي طالبين إنهاء حالة الشيوخ القائمة بينهم في المال المشترك بينهم⁵. وحتى تكون القسمة صحيحة لابد من توفر في المقسوم له شروط مثله مثل القاسم والمقسوم وتتمثل هذه الشروط في :

1 - رضاء المقسوم لهم أو من ينوبهم:

بالرجوع لأحكام نص المادة 723 من ق م ج نلاحظ إشتراط المشرع الجزائري موافقة جميع الشركاء على إجراء القسمة وبهذا نستنتج أنه إعتبرها عقداً.

¹ نصت المادة 94 من ق م ج على: " إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص163.

³ مريم تومي، المرجع السابق، ص131.

⁴ المرجع نفسه، ص131.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 168.

2 - حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم:

يشترط حضور طالب القسمة والذي بدوره يقع على عاتقه تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة، وعند عدم حضور أحد الشركاء لا تصح القسمة كونها غير قابلة للتجزئة¹.

3 - ألا يلحق بالمقسوم لهم أو أحدهم ضرر في القسمة:

جاء في نص المادة 728 من ق م ج " إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

ونستنتج من نص المادة أنه يمكن رفض طلب القسمة القضائية إذا كانت رغبة طالب القسمة وهو الشريك في الشيوع الإضرار بغيره من الشركاء.

4 - أن يطلب أحد الشركاء أو كلهم القسمة:

يعتبر طلب القسمة حق لكل شريك في الشيوع، ولا يتم منع الطلب إلا بنص صريح من القانون أو بإتفاق الأطراف بشرط مراعاة وإحترام الآجال المحددة².

5 - ثبوت ملكية القسوم للمقسوم له:

يشترط أن يثبت المقسوم لهم ملكيتهم للعين المشتركة محل القسمة بوسائل الإثبات أمام المحكمة المختصة في النظر بالموضوع³.

المطلب الثاني**القيود الواردة على حق طلب القسمة القضائية للعقار الشائع**

باعتبار القسمة القضائية سبيل لإزالة الشيوع، وبموجبها يختص كل شريك بجزء مفرز من الحصة الشائعة، فالشيوع مهما كانت مدته هو عبارة عن حالة مؤقتة تنتهي بتحول حصة كل شريك إلى ملكية مفرزة بمجرد تقسيم المال الشائع، إلا أن المشرع الجزائري منح حق وهو " الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع " وهذا الحق يتماشى مع مصلحة كل الشركاء، فلكل شريك حق في المطالبة بإجراء القسمة القضائية من أجل التخلص من الشيوع، إلا أن المشرع الجزائري وضع جملة من القيود تقيد هذا الحق الذي منحه للشركاء والهدف من هذا التقييد هو منع التعسف في إستعمال هذا الحق.

¹ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية-، المطبعة العالمية، ط الثانية، ج الثاني، مصر، 1996، ص212.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 888.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق ص 190.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لحق طلب القسمة للعقار الشائع

حق طلب القسمة القضائية للعقار الشائع هو حق قانوني، يمنح للشريك في العقار الشائع أن يطلب من القضاء أن يقسم العقار بين الشركاء، ويعتبر هذا الحق من الحقوق الأساسية في القانون المدني، ويهتم بضمان حق كل شريك في الحصول على حصة عادلة من العقار الشائع.

أولاً: أصحاب الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع

أصحاب الحق في طلب القسمة القضائية بالنسبة للمشرع الجزائري هم الشريك في الشيوخ أو المحكمة التي يمكن أن تطلب القسمة القضائية من تلقاء نفسها لكن في حالات منصوص عليهم قانوناً.

1 - الشريك في الشيوخ:

حسب ما جاء به المشرع في القانون المدني في المادة 1/724 و التي تنص على مايلي " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة".

يتبين من هذا النص القانوني أن المدعي في القسمة القضائية للعقار الشائع هو كل شريك شائع مهما صغرت حصته، ويعتبر الشريك هو كل شخص له حق شائع في الشيء، سواء كان شريك أصلي أو خلفاً عام أو خاص¹ تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه².

ويجوز لدائن الشريك أيضاً أن يقوم برفع دعوى القسمة باسم مدينه بشرط توافر شروط الدعوى الغير المباشرة³، ونشير إلى أن المشتري جزء مفرز من العقار الشائع لا يصبح شريكا في كل العقار، وعليه لا يجوز له أن يرفع باسمه دعوى القسمة وإنما بوصفه دائن له يرفع دعوى القسمة باسم الشريك البائع وهذا حسب أحكام الدعوى الغير المباشرة⁴.

¹ الخلف العام هو من تنتقل إليه كل الذمة المالية للسلف بما فيها من حقوق و واجبات كالورثة، أما الخلف الخاص هو من ينتقل له إليه حق خاص من حقوق عينية أو شخصية أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية كالموهور له.

² محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة المفكر، العدد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، د س ن، ص 382.

³ نصت المادتان 189 و 190 من ق م ج على الدعوى الغير المباشرة، فتعرف الدعوى الغير المباشرة بأنها دعوى يرفعها الدائن بإسم مدينه بالنيابة على مدين مدينه و هي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين بين الدائن الذي يرفعها وبين مدين المدين ولكنه يقاضيه بإسم ذلك المدين ويشترط لإستعمال الدعوى الغير المباشرة ثبوت الصفة الدائنية بالنسبة للدائن أما بالنسبة للمدين يشترط تقصير المدين في إستعمال حقه بنفسه وإعساره أو الزيادة في إعساره وإدخال المدين في الخصام في الدعوى الغير مباشرة.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 34.

وتجدر الإشارة بأنه يجوز رفع دعوى القسمة القضائية من قبل الخلف الخاص والعام للشريك على الحصة الشائعة، وفي حالة اتفاق كل الشركاء المشتاعين على اللجوء للقسمة القضائية فيمكن للطلب أن يأخذ شكل عريضة تتضمن جميع الشركاء¹.

وهناك إمكانية انعقاد القسمة القضائية للعقارات الشائعة بين الدولة والخواص، وهذا راجع لإمكان قيام الشيوخ بينهم، فحسب نص المادة 124 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك العامة و الخاصة التابعة للدولة وتسييرها و ضبط كفاءات ذلك² و التي نصت " يهدف تقسيم العقارات، التي تكون ملكيتها مشاعة بين الدولة وغيرها، متى كان ذلك ممكنا، إلى إخراج حصة الدولة منها، وما يبقى يكون ملكاً مشاعاً بين الملاك الآخرين من الشركاء".

فالملاحظ من نص المادة المذكورة أعلاه أنه في حالة ما كانت الدولة تملك حصة في العقار المشاع فيمكن تقسيم العقار والغاية من القسمة هي حصول الدولة على حصتها، وما تبقى في العقار هو ملك شائع يتشارك فيه باقي الشركاء.

2- المحكمة:

يمكن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها إجراء القسمة القضائية، وذلك إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب وهذا إذا لم ترى الإذن لوصيه أو قيمه أو النائب عنه في الإتفاق على القسمة، أو إذا كانت قد أذنت بذلك و لكنها لم ترد التصديق على القسمة الإتفاقية لإجفافها بحق مثل هذا الشريك، فبإمكان كل شريك أن يرفع دعوى القسمة على باقي الشركاء في الشيوخ من أجل تكليفهم بالحضور أمام المحكمة المختصة، أما من لم يعلن من الشركاء و يختصهم أو حتى يتدخل في دعوى القسمة فإن الحكم الصادر فيها لا يعتبر حجة على هذا الشريك³.

وعملاً بنص م 720 من ق م ج والتي جاءت على النحو الآتي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (4/3) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان و للمحكمة عندما تكو قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف نا إذا كان التصرف واجبا".

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى للمحكمة الحق في قسمة العقار الشائع من دون طلبها من الشركاء، وهذا في الحالة التي يعارض فيها الشركاء الذين يمثلون الأقلية تصرف الشركاء الذين

¹ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 34.

² المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 25 صفر 1434 الموافق ل 19 ديسمبر 2012، المتضمن شروط إدارة الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة وتسييرها و كفاءات ضبط ذلك، ج ر ع 69.

³ محمد عقوني، المرجع السابق، ص 383.

يملكون على الأقل ثلاث أرباع العقار الشائع، فإنه إذا رجع المعارضون للقضاء في الميعاد المحدد (خلال شهرين تبدأ من تاريخ إعلانهم بقرار التصرف)، فإن المحكمة المختصة يتوجب عليها النظر في موضوع النزاع¹.

وحسب نص م 720 المذكورة أعلاه، فإن المحكمة تنتظر في أمر قسمة العقار الشائع، إذا كانت هذه القسمة تتحقق بدون أن تلحق ضرر بمصالح الشركاء، فتقتضي المحكمة بإجراء القسمة دون طلبها من أي شريك في الشيوخ، وفي حال رأت المحكمة غير ذلك يعني القسمة قد تضرر بمصالح الشركاء فإنه لا يبقى من مناص في الإبقاء على الشيوخ والترجيح بين قرار الأغلبية ومعارضة الأقلية².

ثانياً: الحق في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم ولا يصح التنازل عنه

الحق في طلب القسمة لا يسقط بالتقادم، فيجوز للشريك في الشيوخ أن يطلب القسمة في أي وقت مادام لازالت حالة الشيوخ موجودة وقائمة، ويعني أن حق طلب القسمة لا يسقط بعد الإستعمال بإعتبار أن حالة الشيوخ متجددة وهذا ما يؤدي إلى تجدد الحق في طلب القسمة القضائية باستمرار طوال مدة وجود الشيوخ³. إذا كان حق طلب القسمة القضائية مقرر لكل شريك إلا أنه يخضع في إستعماله لنظرية التعسف في إستعمال الحق المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من ق م ج⁴، فيجب أن لا ينطوي استعمال الشريك المشتاع لهذا الحق استعمالاً تعسفياً.

وفي حالة ما كان طلب القسمة لا يحقق لمن يطلبه مصلحة أو كانت هذه المصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الكبير الذي قد يصيب بقية الشركاء فيجوز للقاضي أن يرفض الطلب فيبقى الشيوخ إلى حين تصبح القسمة غير ضارة للشركاء، ومثال ذلك أن تكون قسمة العقار عينا غير ممكنة لكن لا بد أن يتم بيع هذا العقار و تكون الأسعار في حالة انخفاض كبير وطارئ⁵.

ولا يمكن التنازل عن الحق في طلب القسمة القضائية لأنه يعتبر كل تنازل باطلاً، لأن حق الشريك في طلب القسمة القضائية متعلق بالنظام العام وهو حق لا يتأثر بوجود حصة شائعة للوقف ، وفي حالة كان

¹ محمد عقوني، المرجع السابق، ص 384.

² المرجع نفسه، ص 384.

³ محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز والتجنيد - فقهاً و قضاءً-، دار محمود، د ب ن، 2019، ص15.

⁴ نصت المادة 124 مكرر من ق م ج على: " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

⁵ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص35.

العقار موضوع دعوى إزالة الشيوخ حصة شائعة للوقف¹، أمكن إزالة الشيوخ عن طريق القسمة أو البيع على أن تقوم دائرة الأوقاف بعد ذلك باستكمال معاملة الإستبدال لشراء عقار آخر لجهة الوقف بدلاً من الحصة المباعة².

الفرع الثاني

القيود الواردة على الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع

كأصل الشريك في الشيوخ له حق في طلب القسمة القضائية مدام الشيوخ قائم، و منح هذا الحق لجميع الشركاء في الشيوخ وهذا يعتبر سبيلاً للخروج من حالة الشيوخ، إلا أن هذا الحق ليس بحق مطلق و إنما مقيد بقيود منصوص عليها قانوناً و أخرى تكون بموجب إتفاق جميع الشركاء المشتاعين، والهدف وراء هذه القيود هو حماية العقار الشائع والحفاظ عليه وقد نص م ج على هذه تقييد دعوى القسمة من خلال نص م 1/722 من ق م ج " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو إتفاق".

أولاً: القيد القانوني

غالبا ما يجد الشريك نفسه مجبوراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص قانوني كما هو الحال في الشيوخ الإجباري، حيث يقتضي الغرض الذي أعد له العقار الشائع بقاءه على الشيوخ ويعني لا يصلح للإستعمال المعد له³.

فحسب نص المادة 737 من ق م ج والتي تنص على " ليس للشركاء في المال الشائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ"، فحسب مضمون المادة العبرة تكون حسب الغرض الذي أعد له العقار، فإذا كان الغرض يتطلب بقاء العقار على الشيوخ ولا يمكن الإنتفاع به إلا ببقائه على حاله ففي هذه الحالة يعتبر شيوخ إجباري، وهي مسألة موضوعية وتقدير ما إذا كان العقار الشائع ضروري للإستعمال المشترك أو كانت القسمة من شأنها أن تعيق إستعمال العقار، أو ممكن أن تجعل الإنتفاع به على النحو الذي أعد له مستحيلاً راجع لقاضي الموضوع (للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الغرض الذي أعد له العقار المشاع)⁴.

وتطبيقاً لهذه الأحكام في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كما هو الحال في الأرض المقام عليها عمارة، وأجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع، فإنها لا تقبل القسمة والشريك في الشيوخ ليس

¹ عرفت م 213 من قانون الأسرة الجزائري الوقف بأنه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

² محمد عقوني، المرجع السابق، ص 384.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 37.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 40.

له الحق في أن يتصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذي يملكه مفرزا في ذلك¹، وذلك وفقا لأحكام المادة 747 من ق م ج والتي نصت على " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزاد بمغزل عن الأجزاء الخاصة"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/07/10 عندما أيدت قرار القاضي بالمصادقة على تقرير الخبر والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية، ولا يجوز تقسيمها لأن بإعتبار كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف واعتبرت المحكمة العليا هذا تطبيقا سليما للقانون².

وحسب نص المادة 220 من ق أ ج في فقرتها الأولى والتي نصت على " يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغير في طبيعته"، فنجد إضافة للشيوخ الإجباري حالة أخرى تحول دون قسمة العقار الشائع وهي حالة حبس العقار الشائع أو جزء منه وكانت القسمة العينية له غير ممكنة، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 752359 المؤرخ في 2013/03/14 الذي تضمن مبدأ جواز قسمة الأملاك العقارية المحبوسة قسمة ناقلة للملكية³.

ثانيا: القيد الإتفاقي

يمكن تعطيل القيد الإتفاقي تعطيلاً مؤقتاً، فيتفق الشركاء في العقار الشائع على البقاء في الشيوخ لمدة معينة وهذا الإتفاق يمنعهم من طلب القسمة للعقار الشائع طوال مدة الإتفاق، وقد يدفع الشركاء إلى الإتفاق على البقاء في الشيوخ دواع متنوعة، فقد يكون بينهم ناقص أهلية تقتضي القسمة معه إجراءات محددة قد تطول ويكون ناقص الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن قصير، فيقوم الشركاء بإتفاق ومعهم النائب عن ناقص الأهلية، و ممكن أن يكون بين الشركاء في الشيوخ غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوخ خلال هذه المدة حتى يقدم الغائب⁴.

والإتفاق يكون نافذا في حق من يخلف الشريك في الشيوخ سواء كان خلف عام أو خلف خاص، وتجدر الإشارة إلى أن الخلف الخاص يتقيد بإتفاق سلفه بالبقاء في الشيوخ إلى نهاية المدة المتفق عليها في حدود الأجل القانوني، حتى ولو لم يكن عالما به⁵، وذلك خلافا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 109 من ق م ج التي تنص على " إذا أنشأ العقد إلتزامات، وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2021، ص 66.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 38.

³ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 66.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 36 و 37.

⁵ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 65.

الخلف الخاص، فإن الإلتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وقد حدد المشرع الجزائري مدة البقاء في الشيوع في نص المادة 2/722 من ق م ج¹ وهي خمس سنوات كحد أقصى وكل مدة زائدة عن ذلك تعد باطلة، ويرى الفقه السائد أنه يمكن إنقاص مدة خمس سنوات وإنقاص المدة في هذه الحالة يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان الجزئي الذي تضمنته نص م 104 من ق م ج بقولها: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل...". إلا أنه ذهب جانب من الفقه إلى أن إنقاص المدة ليس تطبيقاً للبطلان المطلق و إنما يخضع لفكرة تعديل العقد والتعديل عكس البطلان و لا يتوقف على إرادة أطراف الدعوى².

ويجوز للشركاء بعد إنقضاء مدة خمس سنوات أن يتفقوا على التجديد، لكن لا يصح الإتفاق مقدماً على أن يتجدد الإتفاق بعد إنقضاء مدته لمدد متتالية، ويجب أن يحصل الإتفاق قبل إنقضاء المدة السارية و المدة الجديدة تحسب من يوم الإتفاق عليها وليس من يوم إنقضاء المدة السارية، وإلا أصبح الشركاء ملزمين بالبقاء في الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات من يوم الإتفاق الجديد وهذا يعتبر غير جائز³.

¹ م 2/722 من القانون المدني الجزائري نصت على: "ولا يجوز بمقتضى القانون أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

² عقيبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 66.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 39.

المبحث الثاني

إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع

إن القسمة تتم بموافقة جميع الشركاء في الشيوخ، إلا أنه قد يحدث في غالب الأحيان نزاع بين الشركاء يمنع هذه الموافقة فتتعدر القسمة الإتفاقية للعقار الشائع، فيجد الشركاء أنفسهم لاجئين للقضاء من أجل المطالبة بالقسمة القضائية للعقار الشائع، أي أنه عند تعدر القسمة الإتفاقية لا مفر من القسمة القضائية والهدف منها هو حصول كل شريك على حصة مفرزة، و تكون القسمة القضائية عن طريق رفع دعوى يطلق عليها "بدعوى القسمة القضائية" والتي سيتم التطرق إليها في المطلب الأول، ومن ثم يتم التطرق إلى "طرق القسمة القضائية" في المطلب الثاني.

المطلب الأول

دعوى القسمة القضائية للعقار الشائع

القسمة القضائية تتم من خلال رفع دعوى قضائية، ترفع هذه الدعوى من طرف أحد الشركاء الذي يكون له حصة في العقار المشتاع، لهذا سميت بدعوى القسمة القضائية، حيث سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين، سيكون الفرع الأول معنون "تعريف دعوى القسمة وأطرافها" أما الفرع الثاني معنون "الجهة القضائية التي من إختصاصها الفصل في دعوى القسمة".

الفرع الأول

تعريف دعوى القسمة و أطرافها

لم تقم التشريعات على وجه العموم بتحديد مفهوم دقيق للدعوى بصفة عامة، ولا حتى دعوى القسمة بصفة خاصة تاركة بذلك مهمة التعريف للفقهاء والقضاء، الأمر الذي يتطلب البحث في ذلك إلى عدة تعريفات المتعلقة بدعوى القسمة.

أولاً: تعريف دعوى القسمة القضائية للعقار الشائع

قد عرف جانب من الفقهاء الدعوى بأنها وسيلة قانونية قررها القانون للأشخاص يلجئون إليها عندما يدعون مساس الغير بحقوقهم، وتكون أمام القضاء بصفته المختص بالنظر في كل الدعاوى التي ترفع أمامه¹.

أما دعوى القسمة فهي تلك الدعوى التي يطلب بموجبها أحد الشركاء الذي يريد الخروج من الشراكة في المال، إنهاء حالة الشيوخ بالقسمة إن كان المال يقبل القسمة عينا أو يصار إلى بيعه إن كان لا يقبل القسمة¹.

¹ عمر بن سعيد، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية - الخصومة القضائية -، دار بلقيس، الجزائر، د س ن، ص 12.

وتعرف دعوى القسمة بأنها حق من الحقوق التي أقرها المشرع الجزائري لرفع الضرر التي له علاقة بالشركاء في الشيوخ، حيث أن الملكية المشاعة تكون بتعدد الملاك للشيء الواحد من دون تحديد حصص أي واحد منهم يعني أن الأنصبة في العقارات المشاعة غير مفرزة، مما يؤدي ببعض المتقاضيين إلى رفع دعوى قضائية يلتمسون من خلالها إلزام الشركاء أو الملاك الآخرين معهم في الشيوخ بالخروج أو رفع اليد².

ثانياً: أطراف دعوى القسمة القضائية للعقار الشائع

يكون الشركاء في الشيوخ هم أطراف دعوى القسمة، ويمثلون بصفتهم مدعين أو مدعى عليهم، فالمدعي من يرفع دعوى القسمة و يكون شريك في الشيوخ دائماً، أما المدعى عليه من ترفع ضده دعوى القسمة ، بالإضافة إلى طرف آخر وهم دائني الشريك في دعوى القسمة القضائية.

1 - المدعي في دعوى القسمة القضائية

المدعي في القسمة القضائية للعقار المشاع هو كل شريك مشتاع مهما صغرت حصته، و الشريك هو من له حق شائع في الشيء سواء كان شريك أصلي أو حتى خلف عام أو خلف خاص تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه³.

فعملاً بنص المادة 1/724 من ق م ج التي تضمنت " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة "، فنستخلص أن المدعي هو كل شريك في الشيوخ و هو الذي يملك في المال الشائع بغض النظر عن مقدار نصيبه سواء كان صغيراً أو كبيراً، و يمكن رفع الدعوى من شريك واحد أو أكثر أو من جميع الشركاء عدا شريك واحد في حالة عدم موافقته على إجراء القسمة الودية (الإتفاقية)⁴، كما أن دعوى القسمة يتم رفعها من طرف أحد الشركاء حتى ولو كانت ملكيتهم لحصة في العقار الشائع طارئة و ليست ملكية أصلية منذ بدء الشيوخ، وإذا قام أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة إلى أجنبي حل هذا الأجنبي محل الشريك البائع و يصبح شريكا في الشيوخ مع سائر الشركاء، و يصبح له الحق في رفع دعوى القسمة مثله مثل باقي الشركاء، بشرط أن يقوم المشتري بشهر عقد شرائه طالما الأمر متعلق ببيع عقار حيث أن الملكية لا تنتقل و يكون التصرف الناقل للملكية عديم الأثر سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر⁵، أما إذا اشترى أجنبي جزء مفرز من المال الشائع فلا يصبح في هذه الحالة شريكا في العقار ويفقد حقه في رفع دعوى القسمة بإسمه مادام جزؤه

¹ محمد أحمد عيسى الجبوري، مفهوم دعوى القسمة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني، <http://almerja.com/reading.php?idm=79590>، يوم 2025/03/10، على ساعة 00:17.

² عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 13.

³ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 17 و 18.

⁴ نفيسة منقر، محمد بن عماره، الآليات القانونية لتسوية القسمة القضائية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، جامعة تيارت، الجزائر، 2021، ص 276.

⁵ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 18.

مفرز إلا أنه بإعتباره دائن للبايع له أن يرفع الدعوى بإسم مدينه عن طريق دعوى غير مباشرة متى توافرت أحكامها المنصوص عليها في المادتين 189 و 190 من ق م ج .¹

بالنسبة للشريك الذي يملك حصة تحت شرط واقف ليس له الحق في رفع دعوى القسمة القضائية، لأن له الحق في القيام بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة خارج عن نطاق هذه الأعمال.²

ويشترط لقبول دعوى القسمة أن يكون المدعي ذو صفة ومصصلحة وكذلك أهلية في التقاضي، وإلا لا تقبل الدعوى، وهذا تطبيقاً لنص المادة 13 من القانون رقم 08-09³ التي نصت على ما يلي: " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

يتبين لنا من نص المادة 13 المذكورة أعلاه أن شرط المصلحة والصفة مفترض في المدعي ولا بد من توافره، فإذا كانت رغبة أحد الشركاء الخروج من الشيوخ عن طريق رفع دعوى القسمة القضائية فيتطلب الأمر توفر الصفة فيه والصفة يقصد بها أن يكون المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، أو من ينوب عنه كالوصي بالنسبة للقاصر أو الوكيل بالنسبة للموكل.⁴

أما المصلحة فهي المنفعة أو الفائدة المشروعة التي يجنيها المتقاضي من الدعوى، فلا بد من وجود مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، والمصلحة ليست فقط شرط من شروط قبول الدعوى وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو حتى طعن في حكم، والمصلحة تتطلب أن تبقى مستمرة إلى وقت الفصل في الدعوى.⁵

وتجدر الإشارة إلى الأهلية و التي نص عليها المشرع الجزائري في ق م ج في المادة 40 والتي تضمنت " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، وأهلية المدعي في دعوى القسمة القضائية هي أهلية التقاضي والتي يقصد بها صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه الإجراءات القضائية، وهذه الأهلية لا يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا إذا بلغ سن الرشد.⁶

2 - المدعى عليه في دعوى القسمة القضائية

¹ محمد عقوني، المرجع السابق، ص 382.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية مع الشرح المفصل للأشياء والأموال - ، دار إحياء التراث العربي، ج 8، بيروت، د س ن ، ص 914.

³ القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 الموافق ل 18 صفر 1429، يتضمن ق الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع 21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022 ، ج ر ع 48.

⁴ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 15.

⁵ عمر بن زويبر، الصفة والمصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، 2022، ص 136 و 137.

⁶ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 32.

بالنسبة للمدعى عليه فهو كل شريك ما عدا رافع الدعوى، فدعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك ولا ترفع إلا على شريك وهو ما يستفاد من مضمون نص المادة 724 من ق م ج السالفة الذكر، حيث أن دعوى إزالة الشيوخ تقام على جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية، فهذه الأخيرة لا تقبل التجزئة لذلك لا بد من دعوة كافة الشركاء وأصحاب الحقوق العينية في هذه الدعوى¹.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 47222 المؤرخ بتاريخ 1988/12/07 ما يلي " من المقرر قانونا إختلاف أن الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، وأن تكون قسمة المال الشائع حصصا إن كان يقبل القسمة عينا، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان قضاة الإستئناف- في قضية الحال- صادقوا على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين و دون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 724 من القانون المدني.

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار"².

ففي حال أهملت دعوى أحد الشركاء كانت القسمة قابلة للنقض على أساس إذا لم يختصم المدعي في دعوى القسمة جميع الشركاء في العقار المشاع، فله تدارك ذلك بأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء، و يجوز الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم أو المحكمة إدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها، و كل شريك لم توجه له دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيها³.

وقد نص المشرع الجزائري على كل من الإدخال و التدخل في الخصومة في ق م ج ، فنجد نص المادة 194 ينص على ما يلي: " يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الإستئناف إختياريا أو وجوبيا، لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة و المصلحة، يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى، لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، مالم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك".

و تنص المادة 199 من نفس القانون " يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده، كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر".

¹ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 20.

² المجلة القضائية، العدد 02، 1990، ص 26.

³ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 20 و 21.

ونجد أيضا المادة 201 من ق م ج و التي نصت على " يمكن للقاضي، و لو من تلقاء نفسه، أن يأمر أحد الخصوم عند الإقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة".

فنستنتج من نصوص المواد القانونية السابقة الذكر أنه الإلتحاق بالدعوى يكون بطريقتين وهما إما التدخل أو الأذخال فيكون الإدخال بغير إرادة الشريك، على عكس التدخل الذي يكون بمحض إرادة الشريك¹. وفي حالة لم يتم إختصام بعض الشركاء في العقار الشائع فإن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على من لم يتم إختصامه، إلا أنه لا يجوز للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى التمسك بطلب الحكم بعدم قبولها لأن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء، وذلك البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في اجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم، وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه².

3 - تدخل دائني الشريك في دعوى القسمة القضائية

عملا بنص المادة 729 من ق م ج التي تضمنت ما يلي: " لدائني كل شريك أن يعارضوا القسمة عينيا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم. وتوجه 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". إن الهدف من تدخل الدائنين في إجراءات القسمة القضائية يتمثل في منع تواطئ الشركاء عليهم ومحاولة الإضرار بهم³، فالبنسبة للمشرع الجزائري فقد أجاز للشركاء ومنحهم حق التدخل في إجراءات القسمة وكذلك الإعتراض على كل ما قد يضر بمصالحهم و هذا سواء كان قبل إتمام عملية القسمة أو بعدها، فقد وجد لهم طريق آخر لحماية مصالحهم وهذا الطريق يتمثل في الطعن بالغش، وتجدر الإشارة إلى أنه يقصد بالدائنون دائنو كل شريك، وقد يكون دائن الشريك الشخصي أو دائن ذو حق مقيد وقد يكون حق مقيد واقع على المال المراد قسمته⁴، فيكون لهذا الأخير مصالح تدفعه للتدخل في إجراءات القسمة والغاية من التدخل هي مراقبة

¹ نفيسة منقر ومحمد بن عماره، المرجع السابق، ص 277.

² حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 21.

³ فاطمة عبد الرحمن المسلماوي، القسمة القضائية لإزالة الشبوع، مجلة معين، العدد 03، كلية المستقبل الجامعة، قسم القانون، 2019، ص 135.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 75.

إجراءات القسمة من أجل منع تواطئ الشركاء على الإضرار بمصلحته كما هو مذكور أعلاه، أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه مما يؤدي إلى إلحاق الغبن تبعاً لذلك¹.

إن المشرع الجزائري لم يحدد شكل خاص للمعارضة ولكن يجب أن تكون موجهة لجميع الشركاء، ففي حال تمت المعارضة إلتزم الشركاء بإدخال من عارض في جميع الإجراءات²، وكيفية الإدخال في الخصومة منصوص عليها في مواد من 199 إلى 206 من ق إ م إ ج، و يكون الإدخال في الخصومة بموجب تكليف بالحضور وفقاً للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في المواد 406 إلى 416 من ق إ م إ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه ويعتبر هذا عبارة عن جزاء مترتب على عدم إدخال من عارض من الدائنين في إجراءات القسمة.

وفي حالة لم يتم تدخل الدائن ولم يدخله الشركاء في الإجراءات فيمكنه الطعن في القسمة القضائية إلا في حالة الغش وهذا عملاً بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 729 من ق م ج.

الفرع الثاني

الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى القسمة القضائية

يعني الإختصاص القضائي مدى صلاحية الجهة القضائية بالفصل في النزاعات المعروطة أمامها، وبمقصود آخر نعني به السلطة الجهة القضائية المختصة في النظر في قضايا معينة، والإختصاص نوعان إختصاص نوعي و آخر إختصاص إقليمي.

أولاً: الإختصاص النوعي

يقصد بالإختصاص النوعي توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، بمعنى آخر نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقاً لنوع الدعوى³. وقد نص المشرع الجزائري على طبيعة الإختصاص النوعي و هذا ملاحظ من نص المادة 36 من ق إ م إ ج والتي تنص على ما يلي: " عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"، فقد اعتبر م ج الإختصاص النوعي من النظام العام، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته و للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت الدعوى، وتعتبر المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام وهذا عملاً بنص المادة 32 من ق إ م إ ج⁴، فقد جعل م ج في كل

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 938.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 178.

³ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 24.

⁴ م 32 من ق إ م إ نصت على: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام و تتشكل من أقسام، يمكن أيضاً أن تتشكل من أقطاب متخصصة..."

محكمة قسم يفصل في فئة معينة من القضايا المطروحة على المحكمة والهدف من هذا تنظيم الجهاز القضائي¹.

أما في دعاوى المتعلقة بالقسمة القضائية يؤول الإختصاص للقسم العقاري على مستوى المحكمة وهذا طبقا لنص المادة 511 من ق إ م إ ج والتي تنص على " ينظر القسمة العقاري في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية"، وعليه فإن كل ما يعرض على المحكمة ويكون متعلق بالعقارات والنزاعات الطارئة عليها يتم النظر فيه من قبل القسم العقاري، و كذلك نجد المادة 4/512 من نفس القانون تضمنت " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: 4...- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية و الملكية على الشيوع..." وعليه فإن القضايا المتعلقة بقسمة العقار الشائع عن طريق القسمة القضائية يختص بها القسم العقاري على مستوى المحاكم.

كما أن المشرع في نص المادة 1/724 من ق م ج حيث نص " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة "، فإن المحكمة هي المختصة بالفصل في دعاوى القسمة مهما كانت قيمة العقار الشائع المراد قسمته، والمحكمة تختص في القسمة القضائية بالنظر في إجراءاتها والتي لا تختلف إذا اختلفت قيمة العقار المراد قسمته، وخاصة الإجراءات التي لها علاقة بتكوين الحصص وإعطاء كل شريك في الشيوع حقه مفرز، سواء كان النصيب عينيا أو عبارة عن مبلغ من النقود²، فيتم إدخال فيها خبير من أجل تكوين الحصص وتقدير إذا كان العقار قابل للقسمة العينية أم البيع بالمزاد ثم يقسم ثمنه على الشركاء³، وفي نفس السياق نجد أن م ج من خلال نص المادة 726 من ق م ج " تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين حصص"، منح للمحكمة المختصة في دعوى القسمة سلطة الفصل في النزاعات المرتبطة بالشيوع ما عدا القسمة التي لها علاقة بأصل الملكية أو في قدر الحصة الشائعة أو حتى في طبيعة الشيوع يعني إذا كان الشيوع عادي أو إجباري⁴.

إلا أنه فيما يخص ضبط قواعد الإختصاص النوعي بالقسمة القضائية فإن المشرع الجزائري لم يضبطها بشكل دقيق كما هو الحال بالنسبة لباقي التشريعات العربية، فالمشرع اكتفى بذكر كلمة " محكمة " دون أن يوضح أو يدقق أكثر وهذا ما يعاب عليه، فمقارنة مع المشرع المصري فنجد خص القسمة القضائية بقواعد اختصاص دقيقة وهو ما ورد في المادة 43 من قانون المرافعات المصري المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والتي تنص على: " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم إبتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى

¹ نفيسة منقر و محمد بن عمارة، المرجع السابق، ص 278.

² حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 22.

³ نفيسة منقر و محمد بن عمارة، المرجع السابق، ص 278.

⁴ حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها-، منشأة المعارف، د ط، الإسكندرية، 1997، ص 206.

وإنتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلي: 3...- دعاوى قسمة المال الشائع...¹، فمن خلال المادة نجد أن المشرع المصري قد خص المحاكم الابتدائية بالفصل في دعاوى القسمة القضائية للمال الشائع وهذا يلاحظ من خلال ذكره لمطلح " الحكم الابتدائي " وكما هو معروف أن الحكم الابتدائي تصدره المحكمة الابتدائية.

ثانيا: الإختصاص الإقليمي

كأصل عام في الإختصاص الإقليمي أنه يؤول للجهة القضائية التي يقع بدائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، أو آخر موطن له في حالة لم يتم التعرف على موطنه وهذا تطبيقا لأحكام المادة 37 من ق إ م ج²، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم وهذا حسب ما جاء به م ج في المادة 38 من نفس القانون " في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم".

وطبيعة الإختصاص الإقليمي بينها م ج في مادة 47 من ق إ م ج³ والتي أكد فيها أن الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي يجب إثارته قبل أي دفاع في الموضوع و قبل أي دفع بعدم القبول، وتجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام لكونها لا تتعلق بالمصلحة العامة وإنما تتعلق بمصلحة الخصوم⁴.

إلا أنه في دعوى القسمة للعقار الشائع تعتبر أحد الإستثناءات التي إستثنىها المشرع الجزائري ولا يطبق عليها القواعد العامة للإختصاص الإقليمي، حيث يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع بدائرة إختصاصها العقار محل القسمة⁵ وهذا وفقا لما ورد في المادة 40 من ق إ م ج و التي نصت على: " فضلا عن ورد في المواد 37 و 38 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 1...- في المواد العقارية...أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار...".

وقد أكد م ج على هذا بوضعه للمادة 518 من نفس القانون والتي تضمنت مايلي: " يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

¹ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 23.

² م 37 من ق إ م ج إتنص على: " يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، و إن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، و في حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

³ م 47 من ق إ م ج إتنص على: " يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

⁴ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 27.

⁵ نفيسة منقر ومحمد بن عمارة، المرجع السابق، ص 278 و 279.

ويرى جانب من الفقه أنه إذا تعددت العقارات وكان موقعها في دائرة الإختصاص أكثر من محكمة ففي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار التي له الأكبر قيمة، إلا أن المشرع الجزائري لم يشير إلى هذه الحالة¹.

وفي حالة القسمة القضائية التي يكون مصدرها الميراث، فقد أوجب المشرع الجزائري أن يؤول الإختصاص لقسم شؤون الأسرة وهذا واضح من خلال وضعه للمادة 498 من ق إ م إ ج التي تنص على: " يؤول الإختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، وفي نفس السياق نجد المادة 40 من نفس القانون التي جاءت على النحو الآتي: "...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 2...- في مواد الميراث... أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفي".

وبخصوص قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص فيؤول الإختصاص للقضاء الإداري مع مراعاة المعيار الموضوعي، وباعتبار وزير المالية أحد أطراف الدعوى وهذا تطبيقاً لما ورد في المادة 191 من المرسوم رقم 12-427 المتضمن لشروط وكيفيات إدارة و تسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة²، ويتم الفصل فيها وفقاً لقواعد القانون المدني ابتداءً من المادة 724 إلى 728 ، وهذا ما جاء في كل من المادة 126 و 129 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.

المطلب الثاني

آليات القسمة القضائية للعقار الشائع

إن المشرع الجزائري وضع أساليب خاصة تتعقد بها القسمة القضائية للعقار الشائع، وإعتمد في ذلك معيار طبيعة العقار المراد قسمته، وهل هذا العقار قابل للقسمة القضائية، فبعد رفع دعوى القسمة أمام المحكمة المختصة من قبل المدعي وتبليغ المدعى عليهم عن طريق المحضر القضائي وتكليفهم بالحضور في الجلسة المحددة، ينظر القاضي في ملف الدعوى من أجل مباشرة في إجراءات القسمة، فيتم على أساسها تحديد طريقة إجراء القسمة القضائية للعقار محل القسمة، فهل ستكون قسمة عينية أم قسمة تصفية؟ وللإجابة على هذا السؤال سيتم التطرق إلى "القسمة العينية" في الفرع الأول و "قسمة التصفية" في الفرع الثاني.

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 70.

² نصت المادة 191 من المرسوم رقم 12-247 على: "...يختص الوزير المكلف بالمالية بمتابعة الدعاوى على إختلاف أنواعها بصفته مدعياً أو مدعى عليه، و تتعلق هذه الدعاوى بما يأتي: 1- جميع الأملاك الخاصة التابعة للدولة، التي تسييرها إدارة أملاك الدولة مباشرة و من ضمنها الأملاك المخصصة للمصالح التابعة للوزارة المكلفة بالمالية..."

الفرع الأول

القسمة العينية للعقار الشائع

القسمة العينية هي القسمة التي يتم من خلالها إعطاء كل شريك جزءًا مفرزًا من المال الشائع¹، وبمعنى آخر هي القسمة التي يوزع فيها العقار المشاع بين الشركاء في الشروع، والهدف منها حصول كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة في العقار المشاع.

أولاً: القسمة العينية من إختصاص المحكمة

إن إجراء القسمة العينية تختص به المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار المشاع، بشرط أن يكون العقار قابل لإجراء القسمة العينية من دون إحداث نقص كبير لهذا الأخير، يعني عدم فوات المنفعة المقصودة من العقار².

وفي هذا السياق أصدرت المحكمة العليا قرار رقم 267192 المؤرخ في 2002/12/11 و الذي جاء في ديباجته ما يلي:

" من خلال ما هو موضح من وقائع القضية... يوجد أمام القاضي المكلف بالفصل في القضية حلين : الأول نص عليه المشرع الجزائري في المادة 724 من ق م ج ففي حالة كان العقار قابل للقسمة العينية، تعين المحكمة خبير وتسد له مهمة تكوين الحصص وبعدها يتم إجراء القسمة بطريق الإقتراع، والحل الثاني منصوص عليه في م 728 من نفس القانون والمتمثل في البيع بالمزاد العلني في حالة تعذر إجراء القسمة العينية للعقار"³.

وجاء في نفس السياق القرار رقم 233109 المؤرخ في 2002/07/17 و الذي يستنتج من ديباجته أن " تتم قسمة المال المشاع في حالة وجود إختلاف بين الشركاء، ويتم تعيين خبير من قبل المحكمة عن طريق تكوين الحصص إجراء القرعة"⁴.

وكأصل عام أن القاضي هو من يتولى عملية إجراء القسمة العينية للعقار الشائع، ويتم تعيين خبير قضائي في حالة تعذر القاضي القيام بهذه العملية، ويمكن تعيين أكثر من خبير من أجل القيام بالقسمة وهذا تطبيقاً لما ورد في المادة 2/724 من ق م ج : " و تعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك الخبير أو أكثر لتقويم المال الشائع و قسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

¹ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية - الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية-، دار الجامعة الجديدة، د ط، الإسكندرية، 2003، ص 136.

² عقبي يمينة، قسمة اعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 75.

³ المرجع نفسه، ص 75.

⁴ مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2004، ص 323.

والخبير القضائي هو مساعد قضائي، ويعتبر عضو من أعضاء الأسرة القضائية، ولا بد من أن يتوفر فيه المعرفة والإلمام بأمور ذات طابع فني تقني، ويتم الإستعانة بالخبير في حل المسائل المعقدة التي تتطلب تدخل ذوي الإختصاص، وليتم قبول الخبير يجب أن يكون نزيهاً، وغير متحيز، وعليه أن يرفض إجراء الخبرة إذا لم تكن من إختصاصه¹.

وقد تضمنت المادة 128 من ق إ م إ ج مجموعة من البيانات التي لا بد أن تتواجد في الحكم المتضمن تعيين خبير، والمتمثلة في البيانات الخاصة بالخبير أو الخبراء إذا تعددوا (إسم و لقب و العنوان مع تحديد التخصص)، ذكر السبب الذي دفع للجوء لتعيين الخبير، وكذلك التحديد الدقيق للمهمة المسندة إليه ولا بد من ذكر الأجل التي يتم فيها إيداع تقرير الخبرة، وقد تضمنت المادة 129 من نفس القانون أنه يجب على القاضي تحديد مبلغ التسبيق المالي الذي يتم دفعه من طرف الخصم الذي يعينه القاضي لأمانة الضبط على مستوى المحكمة في الأجل المحددة من قبل القاضي، و عدم إيداع المبلغ في الأجل المحددة يؤدي إلى إلغاء تعيين الخبير، إلا أنه نص المشرع الجزائري في المادة 130 من نفس القانون المذكور أعلاه أنه يمكن للخصم طلب تمديد أجل الدفع مبلغ التسبيق أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على عريضة في حال إذا أثبت حسن نيته².

وعلى القاضي قبل الفصل في دعوى القسمة أن يفصل في النزاعات السابقة المثارة بين الشركاء كالنزاعات المتعلقة بأصل الملكية، كأن يدعي أحد الشركاء بأن شريكا آخر داخل في دعوى القسمة ليس له نصيب في المال المشاع ولا بد من إستبعاده من دعوى القسمة، أو أنه قد باع حصته لأجنبي فإنه لا يملك حصة فيما تبقى من العقار محل القسمة³.

ثانياً: مراحل القسمة العينية

تمر القسمة العينية بثلاث مراحل أساسية، حيث تبدأ القسمة العينية بمرحلة تكوين الحصص ثم تليها مرحلة إجراء القرعة بين الشركاء في الشيوخ والمرحلة الثالثة وهي الحكم بإعطاء كل شريك مفرز ومن ثم مرحلة إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار المشاع.

¹ فلاح سفيان، قسمة المال الشائع - دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس- مستغانم-، الجزائر، 2019، ص 87.

² أنظر المواد 128 و 129 و 130 من ق إ م إ ج.

³ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 76.

1 - مرحلة قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيد

تعتبر هذه المرحلة إجراء أولي للقسمة العينية، فتتم هذه المرحلة من قبل القاضي في حالة كان تكوين الحصص لا يثير صعوبات علمية ولا يثار عنه مشاكل فنية تخرج عن خبرته، وقد أسندت هذه العملية للقاضي بإعتباره الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه¹، إلا أنه يمكن إجراء هذه العملية من قبل الخبير حيث يتم تعيين خبير أو عدة خبراء بناءً على طلب من الخصوم² أو تعيينه المحكمة من تلقاء نفسها رغم معارضة الخصوم إذا تبين لها أن الحاجة تدعو إلى ذلك³.

والغاية من إجراء الخبرة هو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية للقاضي وهذا حسب نص المادة 125 م ق إ م إ ج، لذلك يجوز للقاضي حسب ما ورد في المادة 126 من نفس القانون تعيين خبير أو عدة خبراء سواء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة و يكون هذا التعيين إما بطلب الخصوم أو يقوم به القاضي من تلقاء نفسه، وبالنسبة لأعمال الخبرة فتكون بصفة جماعية أو على إنفراد ومن ثم كل واحد يعد تقرير حسب مهمته، وفي حالة إختلاف الآراء وجب على كل خبير تسبيب رأيه⁴.

إن المشرع الجزائري منح للخصوم حق رد الخبير المنتدب من قبل المحكمة وذلك من خلال تقديم عريضة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة وتكون العريضة تتضمن أسباب الرد، ولا بد من تقديمها خلال ثمانية أيام (08) تبدأ من يوم تاريخ تبليغ الخبير بالتعيين، ويفصل القاضي في طلب الرد دون تأخير بموجب أمر غير قابل للطعن، ولا يتم قبول طلب الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة الغير مباشرة حتى الدرجة الرابعة، أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر وهذا عملاً بنص المادة 133 من ق إ م إ ج⁵.

والحكم الصادر بإجراء الخبرة هو من الأحكام الإجرائية المتعلقة بإثبات الدعوى وتحقيقتها، وتصدره المحكمة قبل الفصل في الموضوع و تهدف من خلالها إلى إعداد القضية للفصل فيها⁶.

وبعد أن يتم تعيين الخبير يباشر هذا الأخير في المهمة المسندة إليه، فيقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب إن كان ممكناً ذلك⁷، فهذه الطريقة تعتبر هي الأصل في القسمة العينية للعقار المشاع، وتستوي في ذلك القسمة الكلية أو الجزئية للعقار الشائع، ففي حالة كانت القسمة الجزئية قسم الخبير جزء من العقار الشائع الذي ينبغي قسمته إلى حصص على جزء من الشركاء وهذا تطبيقاً لنص المادة 1/725 من ق

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص ص 445 446.

² بغاشي كريمة، الخبرة القضائية في المواد المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، الجزائر، 2009، ص 67.

³ المرجع نفسه، ص 77.

⁴ راجع المواد 125 و 126 و 127 من ق إ م إ ج.

⁵ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 143.

⁶ بغاشي كريمة، المرجع السابق، ص 85.

⁷ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 149.

م ج¹، أو حدد نصيب كل شريك في هذا الجزء و يتم ترك الباقي على الشيوع من دون تقسيم أو تحديد² أما القسمة الكلية فهي التي تشمل على كل العقار الشائع و جميع الشركاء، يعني يتم تقسيم المال المشاع على كل الشركاء في الشيوع³.

وعند تكوين الحصص من قبل الخبير لا بد عليه أن يأخذ بعين الاعتبار كل الإعتبارات والتي نجد من بينها عدم تقويت المنفعة على أحد الشركاء في الشيوع عند تقسيم المال المشاع، و كذلك أن يراعي بقدر الإمكان أن يستقل نصيب كل شريك بحق الطريق والشرب والمسيل أيضا، وغير ذلك من حقوق الارتفاق⁴. أما بالنسبة للقسمة بطريق التجنيب⁵ فيتم اللجوء إليها في حالة تعذر إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب⁶، فالتجنيب في قسمة المال هو طريقة للقسمة حيث بموجبها يتم تحديد جزء خاص بكل شريك في المال المشاع عينا بشرط أن يكون الجزء وفقا لحصة الشريك في المال الشائع⁷، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة إذا كان هناك تعقيد في إجراءات القسمة إلى حصص متساوية على أساس النصيب الأصغر، أو كانت هذه القسمة إلى حصص متساوية مؤدية إلى الإنقاص من قيمة المال المشاع⁸، والجدير بالذكر أن هذه القسمة يتم إجرائها من دون موافقة الشركاء، فالمحكمة من تلقاء نفسها تلجأ لها في حالة تعذر قسمة المال إلى حصص، وذلك بناء على تقرير الخبير، ويجوز للشركاء طلبها من المحكمة بشرط أن تتم موافقة جميع الشركاء في الشيوع على إجراء القسمة بطريق التجنيب⁹.

والخبير في قسمة التجنيب يجنب لكل شريك شي من المال المشاع محل القسمة، و تكون قيمته معادلة ومساوية لحصة الشريك المشاعة، فعلى سبيل المثال لو كان المال المشاع عبارة عن منزل وأرض ومتجر وكانت قيمتهم كلهم مقدرة بستمائة ألف دينار جزائري، فتم تقييم المنزل ب ثلاث مائة من ألف والأرض بمائتي ألف دينار أما المتجر فقدر ثمنه ب ألف دينار جزائري، و كان للمال الشائع ثلاث شركاء فالشريك الأول له النصف والثاني له الثلث أما الأخير فله السدس، فيختص كل واحد بشيء حسب حصته فالشريك

¹ م 725 من القانون المدني الجزائري تنص على: " يكون الخبير حصص على أساس أصغر نصيب حتى و لو كانت القسمة جزئية".

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 150.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 921.

⁴ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 150.

⁵ قسمة العقار بالتجنيب يقصد بها تخصيص جزء من المال الشائع لشريك معين بحيث يعطى هذا الشريك الحق في إستغلال هذا الجزء كملك خاص به بينما يحتفظ بالباقي كمال شائع بين الشركاء الآخرين.

⁶ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 53.

⁷ نفيسة منقر، المرجع السابق، ص 280.

⁸ إبراهيم نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، لبنان، 2010، ص 179.

⁹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 78.

الأول له النصف فيختص بالمنزل أما الشريك الثاني له الثلث فيكون من حقه الأرض، أما المتجر فيختص به الشريك الثالث طالما حصته تقدر بالسدس¹.

فقد نصت المادة 2/725 من ق م ج " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه"، و المقصود بمعدل القسمة هو المبلغ النقدي الذي يدفعه الشريك الذي أخذ النصيب الأكبر للشريك الذي أخذ أقل نصيب على سبيل التعويض ولا بد أن يكون نقدًا².

2- إجراء القرعة بين الشركاء

لقد نص المشرع الجزائري على إجراء القرعة في نص المادة 727 من ق م ج بقوله : " تجري القسمة بطريق الإقتراع، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز"، وتعرف القرعة بأنها وسيلة يتم من خلال تحديد نصيب الشريك في المال المشاع، و يتم اللجوء إليها في حالة عدم تعيين الحصص عن طريق التجنيب³، حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 134951 المؤرخ في 2021/09/16 الذي ورد فيه ما يلي: " يتم قسمة الملكية الشائعة بين الشركاء في الشروع عن طريق تحديد الحصص و توزيعها بناء على قرعة"⁴.

المشرع الجزائري لم يسند للخبير هذه المهمة وإنما أسندها للقاضي، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 32812 المؤرخ في 1984/07/09 والذي ورد فيه: " متى كان من المقرر قانونا أن العقار تجري قسمته بطريق الإقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، إذا ما تبين وأنه لم يثبت الخبير المكلف بمشروع قسمة العقار أو أن قضاة الإستئناف استعمل كلا منهم فيما يخصه الإجراءات المأمور بها في هذا الشأن وأن هؤلاء القضاة اكتفوا بالمصادقة على تقرير الخبرة فإنهم بذلك خرقوا أحكام المادة 727 من ق م ج ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيما تأسيسا على مخالفة أحكام المبدأ المذكور"⁵.

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص78.

² محمد مصطفى جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، د ط ، الإسكندرية، د س ن ، ص 176.

³ السيد عبد الصمد محمد يوسف، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامي و القانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط الأولى، 2015، ص 29.

⁴ مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2021، ص 73.

⁵ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 51.

وجاء في نفس السياق قرار المحكمة العليا رقم 233109 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2002/07/17 و التي من خلاله قررت المحكمة العليا نقض القرار الذي تم طعنه والسبب أن الخبير لم يقيم بعملية القرعة للقيام بالقسمة، وهذا يعتبر خرقاً لأحكام المادة 727 من ق م ج¹.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية إجراء القرعة بل ترك ذلك للقاضي وهذا منعا للضرر الذي من الممكن أن ينجم عنها إذا ما تمت بطريقة تلقائية²، ونأخذ مثال عن القرعة بأنه كانت هناك ثمانية حصص وكان لشريك حصة واحدة و للشريك الثاني ثلاثة حصص أما الشريك الآخر أربعة حصص، فيكون ذلك بإعطاء كل حصة رقم وتكتب ثمان ورقات من 1 إلى 8 وتطبق حيث لا يعرف رقم كل ورقة ثم يختار الشريك الأول واحدة والشريك الثاني يختار ثلاث ورقات والشريك الثالث أربع ورقات، فيستحق كل شريك الحصة ذات الرقم الثابت بالورقة التي يختارها ولو ترتب على ذلك أن تفرقت حصة الشريك ولكن للشركاء بعد القرعة الإتفاق على البديل بمعدل أو من دونه³.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 0821985 الصادر في 2013/12/12 أنه بعد إتمام عملية القرعة يتم تحرير محضر من طرف القاضي و الذي يسمى ب "محضر عملية القرعة"، ويتم التوقيع عليه ويرفق بملف الدعوى وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 727 من ق م ج⁴.

3- الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزاً

بالرجوع لنص المادة 727 من ق م ج نستنتج أنه بعد التأكد من صحة النتائج المقدمة من قبل الخبير وبعد إعادة سير الدعوى يقوم القاضي بأحد الأمرين التاليين، إما إصدار حكم بإعطاء لكل شريك نصيب مفرز وهذا في حالة إذا تعلق الأمر بتقسيم الحصص عن طريق التجديد مع وجوب إلزام أحد الشركاء المتقاسمين بدفع معدل إلى الشريك الآخر⁵، أو القيام بإجراء القرعة على أساس الحصص التي قام بتكوينها الخبير تعود لكل متقاسم حصة مفرزة وهذا بوجب محضر إجراء القرعة، وبعد ذلك يصدر القاضي حكم فاصل في الموضوع متضمن لكافة الإجراءات و المراحل التي مرت بها الدعوى وكذا نتائج الخبرة، ونتائج القرعة ولا بد من تسبب ذلك ويتم الذكر النصيب الذي آل لكل متقاسم و إلا يعتبر الحكم مشوباً بالقصور في التسبب⁶ وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 47071 الصادر في 1988/09/26⁷.

¹ المجلة القضائية، عدد 02، 2002، ص 232.

² حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 59.

³ السيد عبد الصمد محمد يوسف، المرجع السابق، ص 117.

⁴ مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2014، ص 356.

⁵ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 79.

⁶ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 55 و 56.

⁷ المجلة القضائية، العدد 01، 1991، ص 33.

بخصوص قسمة التركات التي نصت عليها المادة 183 من ق أ ج¹ : " يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل في موضوعها، و طرق الطعن فيها"، نجد أن المشرع الجزائري أوجب أن تكون إجراءات قسمة التركات بشكل إستعجالي، وبالتالي فإت القضاء الإستعجالي مختص من الناحية الإجرائية في تصفية التركة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 554793 المؤرخ في 2009/11/12².

إستنادا لأحكام المادة 304 في فقرتها الأولى والثانية من ق إ م إ ج فإن كل الأوامر الإستعجالية الصادرة عن الدرجة الأولى تكون قابلة للإستئناف و المعارضة، خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي ولا بد من الفصل في ذلك في أقرب وقت وهذا عملا بالفقرة الثالثة للمادة المذكورة أعلاه³.

بعد صدور الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع عينا، و يجب إيداع هذا الحكم للشهر على مستوى المحافظة العقارية، بإعتبار أن الأحكام والقرارات القضائية النهائية حائزة للشئ المقضي فيه والتي يستدعي القانون شهرها في المحافظة العقارية المختصة إقليميا⁴.

الفرع الثاني

قسمة التصفية للعقار الشائع

يتم اللجوء لقسمة تصفية أو ما يعرف بالبيع في المزاد العلني في حالة كانت القسمة العينية غير ممكنة، أو من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة العقار الشائع المراد قسمته، فيمكن إعتبارها بأنها إستثناء يتم اللجوء إليها عند تعذر الطريق الأصلي ألا وهو القسمة العينية.

أولا: المقصود بقسمة تصفية

يقصد بقسمة التصفية بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني، و قسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال المشاع⁵.

واللجوء لقسمة التصفية يكون في حالتين منصوص عليهم في نص المادة 728 من ق م ج و التي تنص على:

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15.

² عقبي يمينة، قسمة المال الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 79.

³ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 62.

⁴ مفيدة لمزري، أليات إشهار العقود في التشريع الجزائري، مجلة الفقه القانوني و السياسي، المجلد 01، ع 01، الجزائر، د س ن، ص 94.

⁵ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 169.

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

فنستج من هذه نص المادة أن قسمة التصفية تكون إما عند تعذر القسمة العينية، أو عندما تكون القسمة العينية تحدث نقص كبير في قيمة العقار المشاع محل القسمة، وفي كل من الحالتين تقضي المحكمة باللجوء لإجراء قسمة التصفية من خلال بيع العقار بالمزاد العلني.

وكأصل في المزاد العلني يكون مفتوح للجميع ، يعني مفتوح لأي شخص سواء كان هذا الأخير أجنبيا أو شريكا¹، غير أنه يمكن للشركاء طلب إقتصار المزايدة عليهم دون أن يتم تدخل الغير بشرط أن يتم الإتفاق بينهم بالإجماع و هذا حسب ما ورد في نص المادة 728 من ق م ج².

ثانيا: إجراءات بيع العقار في المزاد العلني

يترتب على صدور حكم البيع بالمزاد العلني إتباع مجموعة من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تبدأ من الإجراءات التمهيدية التي ربطها المشرع الجزائري بإجراءات بيع العقار الجبري و هذا راجع لتشابه الإجراءات بينهما.

فبعد الإنتهاء من الإجراءات التمهيدية المتعلقة ببيع عقار شائع عن طريق القسمة القضائية، تأتي مباشرة الإجراءات النهائية والتي تبدأ بإجراءات نشر إعلان³ عن البيع المنصوص عليها في م 749 من ق م ج، حيث يلتزم المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني ب ثلاثين (30) يوم على الأكثر وعشرون (20) يوم على الأقل بتحرير مستخرج من مضمون السند التنفيذي وكذا قائمة شروط البيع وتكون موقعة من طرفه، ثم يتم نشر الإعلان في باب أو مدخل كل عقار مراد بيعه، أو في جريدة يومية وطنية أو حتى في لوحة الإعلانات المتواجدة على مستوى المحكمة التي يتم البيع فيها، وفي لوحة إعلانات بقباضة الضرائب البلدية المتواجد فيها العقار، ويمكن النشر أيضا في الساحات والأماكن العمومية أو في أي مكان آخر يضمن جلب عدد كبير من المتزايدين⁴.

وحسب ما نصت عليه م 751 من ق م ج فإنه يجوز لمجموعة من الدائنين المذكورين في المادة تقديم عريضة لرئيس المحكمة يطالبون من خلالها إلغاء إجراءات النشر والتعليق قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاث أيام (03) على الأقل وإلا يفقدون حقهم الممثل في طلب الإلغاء، ففي حالة قبول الطلب تلغى

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 476.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 172.

³ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 84.

⁴ أنظر المادتين 749 و 750 من ق م ج.

الإجراءات (يتم تأجيل البيع لجلسة لاحقة) وتكون الإجراءات على نفقة المحضر القضائي، أما في حالة رفض الطلب من طرف القاضي فيتم إفتتاح البيع بالمزاد العلني فوراً بناء على أمر من القاضي¹.

ويجرى البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية، بحضور رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض في مقر المحكمة المتواجد فيها قائمة شروط البيع، ويجب حضور كل من المحضر القضائي وأمين الضبط وحضور الدائنين القديين والمحجوز عليهم وكذا الكفيل العيني، وحضور عدد من المتزايدين لا يقل عن ثلاثة أشخاص، وفي حالة إنعقاد الجلسة وتبين أن هناك ضعف العروض أو قل عدد المتزايدين فتأجل المزادة إلى يوم آخر و جلسة أخرى².

يرسوا المزاد على من تقدم بأعلى عرض و كان آخر مزايدي، يتم دفع الثمن في حال من قبل الشخص الذي رسي عنه المزاد، فيدفع خمس (5/1) الثمن مع المصاريف و الرسوم المستحقة، ثم يدفع الباقي في أجل ثمانية (08) أيام في أمانة ضبط المحكمة³.

وتجدر الإشارة إلى أن القيام بإجراءات البيع بالمزاد العلني كان من إختصاص المحافظ بالبيع بالمزادة إلا أنه بموجب آخر تعديل لقانون المحضر القضائي أصبحت هذه الإجراءات تدخل في إختصاص المحضر القضائي وهذا حسب المادة 9 من القانون رقم 23-13 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي⁴ التي نصت على مايلي: " يلحق محافظو البيع بالمزادة الممارسون لمهنتهم، بمهنة المحضر القضائي ويمارسون المهام الموكلة للمحضرين و يخضعون لأحكام هذا القانون بمجرد صدوره"، كما نصت المادة 10 من نفس القانون التي نصت على: " يستبدل مصطلح "محافظ البيع بالمزادة" المنصوص عليه في التشريع و التنظيم الساري المفعول بمصطلح " المحضر القضائي".

فمن خلال نص المادتين المذكورتين أعلاه نستنتج أن المشرع الجزائري ألحق مهنة محافظي البيع بالمزادة بمهنة المحضر القضائي حيث تم إدماج محافظي البيع بالمزادة مع أعوان قضائيين وهم المحضرين القضائيين.

ثالثاً: حالات قسمة تصفية

حالات قسمة تصفية تتمثل في حالتين، فقد يرسو المزاد العلني على أحد من الشركاء في الشيوخ، وقد يرسو على أجنبي ولا يشترط في ذلك إجماع جميع الشركاء على البيع في المزاد العلني في حالة المزادة بحضور العامة، وجاء في هذا السياق قرار المحكمة العليا رقم 332775 المؤرخ في 18/01/2006 والذي

¹ أنظر م 751 ، من ق إ م إ ج.

² أنظر م 753 ، من القانون إ م إ ج.

³ راجع م 757 و 758، من القانون إ م إ ج.

⁴ القانون رقم 23-13 المؤرخ في 18 محرم 1445 الموافق ل 5 أوت 2023، يعدل و يتم القانون رقم 06-03 المؤرخ في 21 محرم 1927 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ع 52.

جاء فيه أن " ...الإجماع لا يشترط إلا إذا طلب الشركاء قصر البيع عليهم وليس في حالة ما إذا كانت تجري المزايدة بحضور العامة..."¹

1 - حالة رسو المزاد العلني على أحد الشركاء

إذا كان الراسي عليه المزاد العلني أحد الشركاء في الشيوخ وكان ذلك بموجب إتفاق بينهم، ففي هذه الحالة رسو المزاد يعتبر قسمة بطريق التصفية، أما إذا لم يتم الإتفاق بين الشركاء على قصر المزايدة فيما بينهم فقد يرسو المزاد على أحد من الشركاء كما قد يرسو على شخص أجنبي وفي كلتا الحالتين يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية².

2 - حالة رسو المزاد العلني على أجنبي

في حالة رسو المزاد على أجنبي³ فيعتبر رسو المزاد بيع ناقل للملكية للعقار الشائع للراسي عليه المزاد العلني⁴، ففي هذه الحالة يعتبر الأجنبي إشتري المال الشائع من الشركاء فيتم تطبيق على علاقة الأجنبي بالشركاء الأحكام الخاصة بعقد البيع⁵.

¹ مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 413

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 477.

³ يقصد بالأجنبي كل شخص غريب على الشركاء أي لا يعتبر من الشركاء في الشيوخ وليس الأجنبي الذي يحمل جنسية غير جزائرية.

⁴ المرجع نفسه، المرجع السابق، ص 478.

⁵ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 86.

الفصل الثاني:

الآثار القانونية للقسمة القضائية للعقار

الشائع

الوظيفة الأساسية للقسمة تتمثل في إنهاء الشروع، فيحصل كل شريك على جزء مفرز خاص به من العقار محل القسمة، ويشترط في الجزء المفرز أن يكون يعادل الحصة الشائعة في العقار الشائع، فينتهي الشروع بتحول ملكية الشريك المتقاسم من حصة غير محددة في العقار إلى حصة مفرزة يمتلكها على سبيل الإستقلال والإنفراد، فيعتبر الإفراز من أهم الأثار الناتجة عن إجراء القسمة القضائية للعقار الشائع و كذا الإستقلالية حيث يستقل كل شريك بجزءه وله الحق في أن يتصرف فيه كما يشاء .

إن القسمة بصفة عامة والقسمة القضائية بصفة خاصة تقوم على مبدأ المساواة، يعني أساسها المساواة التامة بين المتقاسمين والتأكد من حصولهم على حصص مفرزة مساوية للحصص الرمزية، كما فرض المشرع الجزائي الضمان على المتقاسمين، و ذلك أن يضمن في كل الأحوال المتقاسمين بعضهم البعض، والغاية وراء الضمان هي حماية حقوق الشركاء وضمان إستقرار الملكية وتجنب النزاعات المستقبلية في حال إمكانية حدوثها.

وبناء على ذلك يتطلب الأمر تقسيم الفصل إلى مبحثين أساسيين، حيث يتم التطرق في المبحث الأول إلى " الإفراز كأثر ناتج عن القسمة القضائية للعقار الشائع "، أما المبحث الثاني سيكون حول " الإستقلالية والضمانات المقررة لحماية الحقوق المترتبة على القسمة القضائية للعقار الشائع " .

المبحث الأول

الإفراز كأثر ناتج عن القسمة القضائية للعقار الشائع

يترتب على إجراء القسمة القضائية للعقار الشائع آثار، ومن بين أهم الآثار الإفراز وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 730 من ق م ج¹ فيعتبر هذا الأخير العنصر الأساسي الجوهرية كونه هو الهدف الأساسي من اللجوء إلى القسمة القضائية فمن خلاله يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع ويترتب على الإفراز إستقلالية كل شريك بجزء مفرز مستقل من العين الشائعة، ومن خلال هذا سيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين، سيكون المطلب بعنوان " الأثر الكاشف للقسمة القضائية للعقار الشائع"، أما المطلب الثاني سيكون تحت عنوان " الأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع".

المطلب الأول

الأثر الكاشف للقسمة القضائية للعقار الشائع

الأثر الكاشف هو التصرف الذي يكشف عن وضع قانوني قائم من قبل، وهذا ما يبين أن القسمة القضائية لا تمنح للمتقاسم حق جديد وإنما تكشف عن حق ثابت من قبل، فالحق الذي كان له أثناء الشروع هو الذي إنتقل إليه بالقسمة² في حالة ما إذا آلت إليه حصته بموجب القسمة، وعلى ضوء هذا سنقوم بدراسة نتناول من خلالها نطاق تطبيق الأثر الكاشف وما هي النتائج المترتبة عنه.

الفرع الأول

نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة القضائية للعقار الشائع

لغرض تحديد نطاق الأثر الكاشف يتعين تبيان الأشخاص الذين يقوم هذا الأثر بالنسبة إليهم وكذا تحديد التصرفات القانونية التي يترتب عليها هذا الأثر.

أولاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص

بما أن القسمة القضائية تعد بحسب طبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها يمتد إلى الشركاء المتقاسمين والغير حيث يصبح هذا الأثر قائماً في مواجهتهم من حيث المبدأ³.

¹ م 730 من القانون المدني الجزائري تنص على: " يعبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

² حياة محمد كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، الجزائر، 2005، ص 88 و 89.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207.

كما يحتج بهذا الأثر على الغير فلا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع، فعلى سبيل المثال إذا رتب أحد الشركاء رهن على المال المشاع سواء ورد هذا الرهن على كل المال أو جزء معين من المال فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بهذا الرهن على شريك آخر وقع في نصيب هذا المال أو جزء منه عند القسمة، حيث أن بفضل الأثر الكاشف للقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خالياً من أي حق رتبه الشركاء الآخرون¹.

ثانياً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

إن مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال يسري على القسمة وعلى أي تصرف آخر بمعنى أي تصرف يعادل القسمة القضائية.

1 - بالنسبة للقسمة القضائية

يسري الأثر الكاشف على كل تصرف يؤدي إلى إنهاء حالة الشيوع فهو يكشف عن حق سابق للشريك، فيسري الأثر الكاشف للقسمة النهائية النهائية سواء كانت إتفاقية أو قضائية أو عينية بمعدل، كلية أو جزئية وبمقتضاها يخرج بعض الشركاء من الشيوع، فيختص كل منهم بنصيب مفرز بينما يبقى البعض الآخر من الشركاء الآخرون في الشيوع²، أو يقتصر الشركاء فيها على إقتسام جزء من المال المشاع فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائع فيما بينهم، أو يتم تقسيم المال الشائع إلى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوع و يختص باقي الشركاء بالقسم الآخر يملكونه كذلك على الشيوع، فيترتب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحداً من الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزاً، لأن القسمة قد تضمنت إفراز قسمين من المال الشائع فترتب على ذلك إنتهاء الشيوع الأصلي الذي كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوع³.

بخصوص القسمة العينية بمعدل⁴ هي القسمة التي من خلالها يتم تعويض الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي يعادل ما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه وليس من شأن هذا المعدل أن يغير من طبيعة القسمة، حيث إنه بمجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبتهم، وذلك حتى يتم تحقيق المساواة بينهم ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على هذه القسمة⁵.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207.

² بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هوم، ط الثانية الجزائر، 2017، ص 212.

³ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 451 و 452.

⁴ القسمة العينية بمعدل هي قسمة العقار الشائع على الشركاء بحيث يحصل كل شريك على جزء مفرز مع تعويض مالي في حالة كانت هناك فرق في القيمة بين الحصص وهذا لضمان تحقيق الحصص المتساوية بين الشركاء.

⁵ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 209 و 210.

أما في حالة كانت قسمة بطريق التصفية والتي تعرف بأنها القسمة التي يباع فيها المال الشائع بالمزاد العلني، فلا بد من التمييز إذا تم البيع لأحد الشركاء أو لشخص آخر أجنبي¹.

في حال كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء، يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية، ويعتبر المال المباع أنه قد وقع في نصيب الشريك الذي رسي عليه المزاد العلني، ومن ثم يخصم الثمن الذي رسي به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة، فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ الشريك باقي نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة يلتزم به باقي الشركاء، وإذا زاد الثمن على هذه الحصة دفع الشريك الذي رسي عليه المزاد العلني لباقي الشركاء معدل للقسمة، وتزول التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون على العين المبيعة أما التصرفات التي صدرت من الشريك الذي رسي عليه المزاد تبقى².

أما إذا رسي المزاد العلني على أجنبي غير الشركاء فيكون التصرف بيع في العلاقة بين الشركاء والأجنبي الذي رى عليه المزاد العلني، فيجوز للمشتري أن يطهر العقار المباع من أي رهن رتبه الشركاء عليه أثناء الشيوخ، ويكون الثمن مضمون بإمتياز البائع و يلتزم الشركاء بالضمان طبقاً لأحكام البيع³.

فيما بين الشركاء يعتبر التصرف قسمة له أثر كاشف، حيث يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المباع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي، وعلى ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المباع حق التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار⁴، وفي حالة تم إقتسام الثمن بين الشركاء يعتبرون جميعهم بأعيين وبقيت التصرفات التي أبرموها أثناء الشيوخ قائمة⁵.

2 - بالنسبة للتصرفات التي تعادل القسمة القضائية

في حال باع أحد الشركاء حصته لشريك آخر، فيعد تصرفاً معادلاً للقسمة ويكون له أثر كاشف والحصة المباعة تضيف إلى حصة الشريك المشتري، ويتقاضى البائع الثمن كما لو كان يتقاضى معادلاً ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوخ وليس من وقت البيع⁶.

¹ فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 350.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 210.

³ عقيبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية المرجع السابق، ص 145.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 960.

⁵ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية- دراسة القانون اللبناني والقانون المصري-، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د ط، د س ن، ص 229.

⁶ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 517.

إلا أنه يرى جانب من الفقه أن هذه الصورة لا تؤدي إلى إختصاص الشريك بنصيب مفرز بل تقتصر على التعديل في توزيع الحصص الشائعة دون أن يترتب عليها إفراز الملكية وبالتالي لا يترتب الأثر الكاشف¹.

ويجوز أن يبرم الشريك إتفاق يكسبه ملكية حصص باقي الشركاء فيصبح المالك الوحيد للشيء الذي كان شائع، فيترتب عليه نفس النتيجة التي تترتب على القسمة بطريق التصفية حيث يعتبر معادلاً لها فيترتب الأثر الكاشف و مثال ذلك أن يبيع جميع الشركاء العقار الشائع لواحد منهم ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل واحد منهم، أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقيين الشائعة فتخلص له ملكية العقار الشائع².

والأصل أن الأثر الكاشف لتصرف من التصرفات إنها هو مستمد من طبيعة التصرف ذاته، ولذلك فلا سلطان الإرادة في تقرير لتصرف ناقل بطبيعته كبيع العقار الشائع لشخص أجنبي، أو إستبعاده من تصرف كاشف بطبيعته كالقسمة أو بيع العقار الشائع إلى أحد الشركاء، ولكن قد يكون للإرادة أثر غير مباشر في تقرير الأثر الكاشف للتصرف كما أنه يجوز الإتفاق على تطبيق حكم من أحكام التصرفات الناقلة على تصرف كاشف بطبيعته بشرط ألا يتعارض مع قاعدة أمره، وكذلك ألا يكون من شأنه تطبيق هذا الحكم مساس بحقوق الغير³.

ثالثاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

نجد أن الأثر الكاشف الكاشف للقسمة يشمل كل العقارات الشائعة التي كانت محل للقسمة، وما يجعل القسمة إلزامية هو شيوع المال بين الشركاء فمن الطبيعي أن ترد القسمة على كل المال الشائع الذي تم إفرازه، فينطبق الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المال، فكل من لم يكن شائع وأفرز بالقسمة فلا ينطبق عليه الأثر الكاشف، فإذا أثبتت القسمة حق لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخل من قبل في نطاق الشيوع فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق، ومثال ذلك أن يلتزم أحد المتقاسمين بأن يقدم عقار كمعدل لتكملة نصيب متقاسم آخر ففي هذه الحالة تكون القسمة كاشفة لا ناقلة، ويعتبر المتقاسم الذي إنتقلت له ملكيته خلف للمتقاسم الذي نقلها له وإذا تبين أن هذا الأخير ليس مالك تصلح القسمة سبب صحيح لكسب الملكية بالتقادم العشري⁴.

ومثال آخر للتوضيح، وفاة شخص وهو دائن يصبح الورثة أصحاب الحقوق الشخصية من يوم وقوع الوفاة، وهذا راجع لإنقسام الحق الشخصي حيث يصبح كل وارث منهم دائن للمدين بجزء من الدين كل

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 218.

² عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 146 و 147.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 214.

⁴ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 90 و 91.

حسب نصيبه، فهنا لا ينطبق الأثر الكاشف لأن الدين لا يدخل مع الأموال الشائعة التي تركها الدائن المتوفي فلم يمر بمرحلة شيوع سابقة¹.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة القضائية للعقار الشائع

بعد أن تبين أن للإفراز أثر كاشف للقسمة القضائية فمن شأن هذا الأخير أن يترتب عنه مجموعة من النتائج، سواء كانت هذه النتائج على مستوى القواعد التي تتعلق بالقسمة بإعتبارها تصرف كاشف أو على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة.

أولاً: في مجال القواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرف كاشف

إن المشرع الجزائري خص القسمة بأحكام خاصة وهذا راجع لطبيعتها القانونية ، وهذا ما سيتم التطرق إليه:

1 - مصير التصرفات التي إنفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشيوع

تتجسد نتائج الأثر الكاشف للقسمة في هذا المجال على المال الشائع إعتبار هذه التصرفات غير نافذة في حق الشريك الآخر الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة، وذلك على أساس أن القسمة تقف على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نصيبه، فهي ليست سند تملك المتقاسم للنصيب الذي إختص به بعد الإفراز، وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفا لباقي المتقاسمين الآخرين².

في حال أبرم أحد الشركاء رهن أثناء الشيوع فلا ينفذ هذا الأخير في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو جزء مفرز منه فقط أو على حصة شائعة فيه³.

2 - تسجيل القسمة و شهرها

يلزم قانون الشهر العقاري الجزائري رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري⁴، بشهر جميع التصرفات الواردة على العقار حيث تنص المادة 15⁵ على ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 520.

² إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 199.

³ عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 233.

⁴ الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الموافق ل 08 ذي القعدة 1395، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج ر ع 92.

⁵ م 15 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري.

مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

وأكدت المادة 16 من نفس القانون¹ على: " إن العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

لا تنتقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير في حالة عدم التسجيل والشهر وهذا حسب نص المادة 793 من ق م ج²، فإذا كانت التصرفات الكاشفة كالقسمة ترتب آثارها بين المتقاسمين بمجرد إنعقادها وقبل تسجيلها وشهرها حيث يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للشيء الذي آل في حصته، فلا يجوز الإحتجاج على الغير بهذه الملكية الفرزة إلا بعد التسجيل وشهر القسمة³.

فلو باع أحد الشركاء حصته الشائعة الواردة على عقار وقام المشتري بشهر عقده قبل عقد القسمة، فهنا لا تكون القسمة حجة عليه، وفي حالة كان شهر القسمة سابق لشهر عقد البيع فالقسمة تكون حجة على المشتري⁴.

والجدير بالذكر أن الشهر جاء لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة، فهي حماية مقررة لصالح الغير إلا أنها ليست مفروضة عليه، حيث أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم شهرها، وفي نفس الوقت لا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم شهر القسمة⁵.

ونستنتج أن المشرع الجزائري لم يميز بين كل من التصرفات الناقلة للملكية العقارية و التصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فكل من التصرفان لا يكون نافذ بين المتقاسمين وفي مواجهة الغير كذلك إلا من خلال الشهر، فالقسمة لا تنتج آثارها سواء بالنسبة للمتقاسمين أو بالنسبة للغير إلا منذ تقييدها في البطاقات العقارية وهذا تطبيقا لما ورد في أحكام المادتين 15 و 16 من القانون المذكور أعلاه⁶.

¹ م 16 من الأمر 74-75، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل التجاري.

² نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهى العقار".

³ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 99.

⁴ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 150.

⁵ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 219.

⁶ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 214.

3 - إمتياز المتقاسم

من خلال نص المادة 1001 من ق م ج و التي تنص على: " إن للشركاء الذي إقتسموا عقار، حق إمتياز عليه تأمين لا تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، و يجب أن يقيد هذا الإمتياز و تكون مرتبته مماثلة لشروط إمتياز البائع المشار إليه في المادة 999".

نستنتج من نص المادة أن المشرع الجزائري أقر حق الإمتياز للشركاء الذين إقتسموا عقار، والغرض من الإمتياز هو ضمان حق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الإستحقاق، أو عند المطالبة بمعدل القسمة أو المطالبة بحصته في الثمن الذي رسي به المزاد على أحد شركائه¹.

والسبب من تقرير إمتياز المتقاسم هو يتمثل في ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين فهذه الأخيرة لا تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين في حالة من الحالات السابقة لمزامنة دائني مدينه، وبالتالي عدم إستيفاء حقه كاملا و هذا ما يبرر الحكم الخاص الذي خص به المشرع إمتياز المتقاسمين، وخرج من خلاله عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الإمتياز العقاري بتاريخ قيده².

ونجد المادة 890 من ق م ج في فقرتها الثانية تجعل الرهن الذي إنتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل، يحتفظ بمرتبه القديمة إذا تم القيد الجديد له طبقا للإجراءات و في المواعيد المنصوص عليها في المادة 890 من نفس القانون، إلا أنه يتأخر عن إمتياز المتقاسم رغم أنه تال في قيده لتاريخ قيد الرهن³.

ثانيا: في مجال القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة

ينتج عن نفي الوصف الناقل للقسمة نتائج تتمثل في عدم إعتبار القسمة صحيحة في التقادم القصير، وكذلك لا يصح إسترداد المال محل النزاع عند قسمته.

1 - عدم إعتبار القسمة صحيحة في التقادم القصير

بما أن القسمة كاشفة للحق وليست منشأة للحق، فبتالي لا تصلح أن تكون سبب للتملك بالتقادم الخماسي، لأن السبب الصحيح الذي يكون من شأنه نقل الملكية لولا صدوره من غير مالك، بمعنى آخر يجب أن يكون من التصرفات الناقلة، وعلى ذلك لا تعتبر سبب صحيح للتصرفات الكاشفة للقسمة⁴.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 220.

² عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 151.

³ راجع م 890 من القانون المدني الجزائري.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، ص 520.

عملا بنص م 2/714 من ق م ج التي تنص على: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة " .

فإذا اتضح أن العقار الذي تمت قسمته بين الشركاء لم يكن في الأصل مملوكا له، فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز بحسن نية الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه مدة خمس سنوات أن يستند للقسمة، فهي لا تعد سبب صحيح بإعتبارها كاشفة والسبب صحيح يكون ناقل لا كاشف¹.

وفي حال إشتري شخص وهو حسن النية عقار من غير مالك، وبعدها توفى عن ورثة وإقتسم الورثة العقار، و وقع مفرزا في نصيب أحدهم فهذا الشريك إذا إستمر حائز للعقار خمس سنوات وهو حسن النية، فلا يستطيع أيضا أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقدم القصير لما قدمناه، إلا أنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي بموجبه إشتري مورثهم العقار، ومن ثم يصبح مالكا بالإستناد إلى هذا البيع و هو سبب صحيح بإعتباره ناقل للملكية².

2 - لا يصح إسترداد المال المتنازع فيه عند قسمته

بالرجوع لما ورد في المادة 400 من ق م ج³ وعملا بأحكامها لأن هذه المادة تعتبر من القواعد العامة بحيث لا تقتصر فقط على البيع، إلا أنه يشترط لتطبيقها أن يكون التصرف ناقل للحق محل النزاع، فالمادة المذكورة أعلاه جاءت صريحة بخصوص أن يكون صاحب الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه بمقابل لشخص آخر، والقسمة لا تتضمن معنى التنازل من أي المتقاسمين إلى الآخر فهي كاشفة وليست ناقلة، كما أن مبنى دعوى إسترداد الحق المتنازع فيه هو عبارة عن منع المضاربة، وهذا غير متوفر في القسمة فإذا اقتس الشركاء العقار الشائع محل النزاع بينهم و بين شخص آخر فإنه لا يجوز للطرف الآخر في النزاع أن يسترد من أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذي آل في نصيبه⁴.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 523.

² المرجع نفسه، ص 523.

³ م 400 من القانون المدني الجزائري تنص على : " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له و المصاريف الواجبة، و يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".

⁴ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 223 و 224.

المطلب الثاني

الأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع

إضافة إلى مبدأ الأثر الكاشف للقسمة الذي أقرته م 730 من ق م ج المذكورة سابقا، فقد أضافت بمبدأ ثاني والمتمثل في الأثر الرجعي للقسمة والذي من خلاله يتم إعتبار المتقاسم مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشيوخ للجزء المفرز الذي آل إليه بمقتضى القسمة، فمن خلال هذا سيتم التطرق في هذا المطلب إلى المقصود بالأثر الرجعي والنتائج المترتبة عنه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني يتم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة القضائية .

الفرع الأول

المقصود بالأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع

تطرق المشرع الجزائري في المادة 730 من القانون المدني الجزائري إلى مبدأ رجعية القسمة، الأمر الذي يستدعي تعريف الأثر الرجعي وأهم النتائج المترتبة عنه.

أولاً: تعريف الأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع

يقصد بالأثر الرجعي أو رجعية القسمة أن كل متقاسم يعتبر كأنه كان مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشيوخ للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة¹، وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الأثر الرجعي إفتراضا مخالفا للحقيقة فالمال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكا على الشيوخ لجميع الشركاء قبل إجراء القسمة، أي أنه لم يفرز إلا بعد القسمة القضائية².

فالأثر الرجعي يتم من خلاله معرفة مصدر الحق الذي كشفت القسمة عنه وعن تاريخ قيام هذا المصدر كما أنه يوفر حماية للمتقاسم من الحقوق والتكاليف العينية التي يكون قد رتبها أحد الشركاء على العين المشاعة أثناء الشيوخ³، أي المتقاسم يأخذ النصيب المفرز الذي آل إليه خاليا من أي حقوق أو تكاليف عينية من المحتمل كان أحد الشركاء أو بعضهم ق رتبها.

ثانياً: نتائج الأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع

إن النتائج التي تترتب عن الأثر الرجعي للقسمة القضائية للعقار الشائع لا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق المقصود من تقرير هذا الأخير، بالإضافة إلى أن الحد من النتائج التي من الممكن إستخلاصها من الأثر الرجعي لا توجد حاجة عملية تدعو إليها، مما يستدعي قصر أعمال الأثر الرجعي في هذا النطاق⁴،

¹ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 88.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 526.

³ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 88.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 527.

والجدير بالملاحظة أن إستبعاد الأثر الرجعي في جميع الحالات التي لا تتعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة منهم قبل القسمة القضائية.

ومن بين الحالات التي يستوجب فيها إستبعاد تطبيق الأثر الرجعي في القسمة القضائية نجد ما يلي:

1- صدور قانون جديد أثناء الشيوخ يقرر قواعد جديدة للقسمة، مما يتطلب تطبيق هذا القانون على القسمة التي تتم بعد صدوره فلا يجوز التمسك بالأثر الرجعي للقول أن الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز منذ بدء الشيوخ فلا ينطبق القانون الجديد على هذه القسمة¹.

2- العبرة في تعيين قيمة المال الشائع تكون بقيمته وقت القسمة، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي الإعتداد بقيمة المال الشائع وقت بدء الشيوخ².

3- الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيوخ تكون من حق جميع الشركاء كل حسب حصته، ففي حال إختص الشريك عند القسمة بمال مفرز فلا يجوز له التمسك بالأثر الرجعي للمطالبة بثمالها المال المفرز منذ بدء الشيوخ، وإنما هو يستأثر بثمار هذا المال منذ القسمة فقط³.

4- تبقى التصرفات الصادرة من جميع الشركاء أثناء الشيوخ صحيحة بعد القسمة، حتى في حال وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء وذلك أيا كان نوع هذه التصرفات، و كان مقتضى الأثر الرجعي أن يسقط تصرفات الشركاء ما عدا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه هذا المال⁴.

إن الأثر الرجعي لا يتوسع في تطبيقه، وهذا ما يتطلب إستبعاده كما سبق الذكر في الحالات التي لا تتعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه التي تكوم صادرة قبل إجراء القسمة للعقار محل الشيوخ

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة القضائية للعقار الشائع

إن المشرع الجزائري إعتد على الأثر الرجعي للقسمة وهذا ما يتم ملاحظته من مضمون م 730 من ق م ج فنجد من خلال ذلك أنه ساير كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري إلا أنه في نفس الوقت نجد بعض المواد القانونية التي إستبعدت تطبيق هذا الأخير⁵.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 288.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 527.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 288.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 528.

⁵ حياة محمد كحيل، المرجع السابق، ص 89.

فالمشرع من خلال نص المادة المذكورة أعلاه إعتبر الشريك الذي خرج نصيبه عن الجزء المفرز كأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى، بمعنى أن ملكيته للنصيب المفرز تعود إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوخ و ليس إلى وقت تمام القسمة¹.

وقد نصت المادة 2/714 من ق م ج على ما يلي: " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة.

وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أظهر إعراضه عن إعمال الأثر الرجعي للقسمة، لكنه أبقى على صحة التصرف بإعتباره صادرا من المالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف، ولكنه يستبدل بهذا المحل الجزء وقع بالقسمة في نصيب المتصرف عن طريق فكرة الحلول العيني، ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف إلا على أساس الغلط، وهو ما يعني منعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك، وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف².

وما يزيد في تأكيد نفي المشرع الجزائري للأثر الرجعي للقسمة، وتقديره لقيمة الشيء المقسوم وقت القسمة عند إعمال أحكام الضمان والغبن³، وهذا ما ورد في نص المادة 1/731⁴ المادة 2/732⁵ من ق م ج لأنه لو كان للقسمة أثر رجعي لوجب أن يكون التقدير على أساس القيمة عند بدء الشيوخ.

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 154.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 225.

³ المرجع نفسه، ص 226.

⁴ نصت المادة 1/731 من القانون المدني الجزائري على: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل واحد 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 وجميع المتقاسمين غير المعسرين".

⁵ نصت المادة 2/732 من القانون المدني الجزائري على مايلي: " ويجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة و للمدعى عليه أن يوقف سيرها و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

بالإضافة إلى م 2/879 من نفس القانون التي تنص على : " و إذا ملك العقار المرتهن شركاء على الشيوع فإنّ تفاعل أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين كما إن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين"¹.

نستنتج من نص المادة المذكورة أنه إنتفاع أحد الشركاء في الشيوع بالإرتفاق يقطع التقادم المسقط لمصلحة الباقيين، و وقف التقادم لمصلحة أحدهم يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم ، فلو كان للقسمة أثر رجعي بخصوص هذا الشأن و وقع العقار المرتفق كله في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي وقف التقادم لمصلحته أو إنقطع بإنتفاعه، لوجب القول سريان التقادم في مواجهته منذ بدء الشيوع دون إنقطاع وعدم إفادته مما كان يفيد من ذلك وقت الشيوع².

بعد التطرق لهذه المواد ومحاولة المقارنة بين المواد التي تستبعد تطبيق الأثر الرجعي وبين المادة 730 من ق م ج التي تعبر عن الأخذ بهذا الأثر، نجد المشرع الجزائري لا يخرج عن أحد الأمرين:

أولاً: إما المشرع الجزائري أراد مسايرة الفقه الإسلامي في كل من مصر وفرنسا فيما كان يأخذ به من ترادف بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمد إلى إفتراض مخالف للواقع يجب معه تفسير نص م 720 من ق م ج المقرر للرجعية تفسيراً ضيقاً، يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها وهو مجرد حماية لكل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب، حيث يجب عدم الإعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض³.

ثانياً: وإما إرادة المشرع الحقيقية من خلال النصوص القانونية تنصرف إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في م 730 من ق م ج إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصاً كاملاً لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوع، أو إفتراض أن هذا النصيب كان دائماً ومنذ بدء الشيوع مملوكاً ملكية خالصة إستثنائية لهذا المتقاسم وحده⁴.

من خلال ما تم التطرق إليه نلاحظ أن هناك تعارض بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، حيث لا يبقى إلا تغليب أثر على آخر في المواضيع التي يحسن فيها ذلك من الناحية العملية، فمرة يغلب الأثر الكاشف حين يحسن تغليبه، ومرة يغلب الأثر الرجعي إذا تطلبت مقتضيات العملية لذلك، ولما كانت هذه الأخيرة تتطلب

¹ م 2/879 من القانون المدني الجزائري.

² عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 155 و 156.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 227.

⁴ المرجع نفسه، ص 228.

تغليب الأثر الكاشف كونه الأنسب على تغليب الأثر الرجعي تماشياً مع طبيعة المال المشاع وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري¹.

المبحث الثاني

الإستقلالية و ضمانات حماية الحقوق الناتجة عن القسمة القضائية للعقار الشائع

إفراز النصيب المادي المحدد من العقار المشاع لفائدة كل شريك في الشيوخ، وإستقلال كل شريك بملكية النصيب المفروز من الشيء محل القسمة القضائية لا يعني أنه قد لا يحدث مشاكل بعد القسمة، وتقاديا لهذه المشاكل أوجب المشرع الجزائري بإلزامية ضمان الشركاء لبعضهم البعض من أجل توفير المساواة بينهم لذا ألزمهم بضمان ما يحدث لكل شريك من تعرض أو إستحقاق أو حتى ظهور عيوب خفية في نصيب هذا الأخير، بناء على هذا قسمنا المبحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول " الإستقلالية كأثر مترتب عن القسمة القضائية للعقار الشائع " أما المطلب الثاني سنتناول فيه " ضمان التعرض والإستحقاق".

المطلب الأول

الإستقلالية كأثر مترتب عن القسمة القضائية للعقار الشائع

بعد أن يتم فرز أنصبة كل الشركاء ويختص كل شريك بجزء خاص به عن باقي الشركاء، يستقل المتقاسم بنصيبه و يكون له الحق في التصرف في جزئه المفروز وينتفع به بالشكل الذي يراه مناسب لأن الغرض من الإفراز هو إستقلال في الحصة، فمن خلال سيتم تناول في الفرع الأول " إستقلال كل متقاسم بملك حصته " أما الفرع الثاني " ثبوت حق المتقاسم في نصيبه للتصرف فيه ".

الفرع الأول

إستقلال كل متقاسم بملك حصته

ينتج على القسمة القضائية للعقار الشائع إفراز هذا الأخير إلى حصص ومن ثم يتم تسليمها إلى الشركاء كل على حسب نسبة حصته في العقار الشائع، والهدف من وراء الإفراز يتمثل في إختصاص الشركاء بملكية حصصهم المفروزة من العقار الشائع حيث يعتبر هذا هو الأثر الأساسي والجوهري للقسمة سواء كانت إتفاقية أو قضائية، وفي نفس الوقت يعتبر الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المتقاسمون².

إستقلال الشريك بحصته يؤدي إلى كمال إنتفاعه بها فيستلم معها مرافقها وما هو مقرر لها من حقوق، لكن القانون لم يبين ذلك بخصوص القسمة إعتقاد على ما سبق قرره عند تسليم المبيع للمشتري فضلا عن

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 155.

² المرجع نفسه، ص 160.

أن خبير حين يقوم بتكوين الحصص أو تجنيبها، إنما يفعل ذلك مع بيان ما يتبع كل حصة من مرافق وملحقات فالقانون لا يختلف عن الشريعة بخصوص هذا المجال¹.

الفرع الثاني

ثبوت حق المتقاسم في نصيبه للتصرف فيه

بعد تمام عملية القسمة القضائية للعقار المشاع فالشريك يحصل على حصته مفرزة بعدما كانت شائعة ولا بد من أن يثبت له حق التصرف فيها من أجل مباشرة حقه في التصرف.

والجدير بالذكر أن القانون والفقهاء الإسلامي فمن دوافع إنتهاء الشيوخ عن طريق القسمة القضائية وإستقلال كل شريك بنصيبه مفرز ، أن يملك حق التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات لأنه أصبح مالكا لنصيب مفرز والملكية طبقا لأحكام القانون الجزائري تخول لأصحابها ثلاث سلطات وتتمثل في التصرف والإنتفاع والإستغلال².

حسب نص المادة 1/691 من ق م ج التي تنص على مايلي: " يجب على المالك ألا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"، من خلال هذه المادة نجد أن حرية المالك مقيدة نوعا ما فعلى المالك إستعمال حقه بطريقة ملائمة لا تلحق الضرر لجاره.

المطلب الثاني

ضمان التعرض و الإستحقاق

تعد القسمة القضائية وسيلة قانونية هامة لإنهاء النزاعات التي لها علاقة بالملكية الشائعة، ويعتبر ضمان التعرض والإستحقاق من أبرز الآليات التي تكفل حقوق الأطراف خلال القسمة، فالتعرض يمكن الأفراد من الإعتراض على القسمة لكن يمنحهم الإستحقاق حق المطالبة بجزء من الملكية وتكمن أهمية هذين الضمانين في حماية الحقوق، فسننتظر في هذا المطلب إلى مفهوم الضمان في قسمة العقار المشاع في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى الأثار المترتبة على تحقق هذا الضمان.

الفرع الأول

مفهوم الضمان في القسمة القضائية للعقار الشائع

إن مفهوم الضمان يشمل العديد من العناصر وأهم هذه المقصود بالضمان والأساس القانون للضمان في إطار القسمة القضائية، ونطاق تطبيق الضمان والشروط المفروض تواجدها من أجل تحقق الضمان، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 536.

² المرجع نفسه، ص 541.

أولاً: المقصود بالضمان في القسمة القضائية للعقار الشائع

تنص المادة 731 من ق م ج على: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، و يكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، و يمتنع الضمان إذا كان الإستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه".

نستنتج من نص المادة أنه على المتقاسمون ضمان بعضهم البعض في ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق ويكون الضمان في حالة حصول القسمة القضائية وإختص كل شريك بجزء مفرز خاص به من العقار الشائع محل القسمة، ونجد أن المشرع الجزائري فرض ضمان التعرض والإستحقاق على المتقاسمين¹.

ضمان التعرض يقصد به ضمان إدعاء الغير أي الأجنبي ملكية المال الذي آل للمتقاسم نتيجة للقسمة، فهذا الأخير ينبئ عن إستحقاق محتمل، ويتحقق التعرض في حالة إدعاء الأجنبي ملكية العين التي آلت للمتقاسم كلها أو بعض منها أو إدعى حق عيني آخر².

أما ضمان الإستحقاق هو ضمان ما إستحق من أحد المتقاسمين، وذلك إذا حكم للغير بما يدعيه في ضمان التعرض بملكية هذه الحصة كلها أو لجزء منها، فتحقق ضمان الإستحقاق مترتب على الإخلال بدفع التعويض³.

ثانياً: أساس الضمان في القسمة القضائية للعقار الشائع

بالرجوع لنص المادة 731 من ق م ج المذكورة سابقاً نلاحظ أن المشرع وضع مبدأ ألا وهو ضمان التعرض والإستحقاق وإعتبره كأثر ناتج عن القسمة، وبمقتضى هذا النص يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق في نصيبه بسبب سابق على القسمة⁴، وعندما كان ضمان التعرض والإستحقاق مفهوم وقائم على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له فإن هذا الضمان في القسمة، فالقسمة كاشفة لا ناقلة للملكية، وتقوم على أساس أن القسمة تهدف إلى المساواة التامة بين المتقاسمين، ففي حالة وقوع لأحدهم تعرض أو إستحقاق فتكون قد إختلت

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 168.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 560.

³ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 482.

⁴ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 264.

القسمة و وجب الضمان¹، فليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة في حين أن أحد منهم يحرم من كل حقه أو جزء منه².

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الضمان في القسمة القضائية ليست من النظام العام طبقاً لنص المادة 2/731 من ق م ج، فيمكن للمتقاسمين الإتفاق صراحة على الإعفاء منه، كما يتمتع الضمان أيضاً إذا كان الإستحقاق راجعاً لخطأ المتقاسم بنفسه³.

ثالثاً: نطاق الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق

إن الضمان يشمل ضمان التعرض والإستحقاق فقط، أما ضمان العيوب الخفية فلم يشملها، فالقانون لم يوجب ضمان العيوب الخفية في القسمة على عكس البيع الذي يعتبر إلزامي، فعند وجود عيب خفي في النصيب المفروز الذي آل إلى المتقاسم يعني أن النصيب قد قوم أكثر من قيمته، ففي هذه الحالة يكون قد لحق بالمتقاسم الغبن⁴، ومن المعروف في القسمة القضائية أنه غير جائز نقض القسمة بسبب الغبن، فلا سبيل لرجوع المتقاسم الذي يختص بعين معينة بسبب هذا العيب على سائر المتقاسمين⁵.

رابعاً: الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

لقيام الضمان كأثر ناتج عن القسمة القضائية للعقار الشائع أوجب المشرع الجزائري ضرورة توفر مجموعة من الشروط القانونية والغاية من وضع هذه الشروط هي توفر المساواة بين المتقاسمين، وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

1 - وقوع التعرض و الإستحقاق

إن التعرض والإستحقاق يقعان من الغير وليس من أحد المتقاسمين أنفسهم كونهم قائمون على سبب قانوني، كأن يدعي شخص إستحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين، أو إدعى عليها حقا عينيا كحق الإنتفاع، أو حق شخصي، كما لو إستأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل، فإن ضمان الإستحقاق يقوم في جميع هذه الأحوال⁶.

فمن يعارض التعرض الصادر من الغير لابد من أن يرفع دعوى قضائية يدعي من خلالها ما آل إلى المتقاسم من حصة مفروزة، ويلتزم باقي المتقاسمين بإثبات عكس ما يدعيه الغير، وعند إثبات العكس وجب الضمان، وقد يقع التعرض من الغير من دون رفع دعوى ويتحقق ذلك إذا إعتقد المتقاسم أن الغير على حق

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 972.

² محمد حسين قاسم، موجز في الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية -، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، ج 01، لبنان، 2005، ص 181.

³ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 169.

⁴ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 265.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 573.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 973.

فيما يدعيه فيسلم له إدعائه أو يصلحه عليه، وعلى باقي المتقاسمون المدينون بالضمان أن يثبتوا أن الغير ليس على حق فيما يدعيه على خلاف ما يعتقد المتقاسم¹، وفي حالة التعرض المادي الصادر من الغير لا يلتزم المتقاسم بالضمان، وعلى من وقع عليه التعرض المادي العمل على حماية جميع حقوق بكل الوسائل القانونية المخولة له².

بالرجوع لنص المادة 731 من ق م ج نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لضمان التعرض الشخصي في القسمة، وبالتالي يتم تطبيق أحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، ولتطبيق هذه القواعد يقتضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي لمتقاسم آخر، فإذا كان في الأموال الشائعة مثلا متجر وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين فلا يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرض مادي للمتقاسم الذي وقع في نصيبه هذا المتجر، فيقيم متجر آخر من أجل منافسته ويعمل على جلب زبائن المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه³، وهذا طبقا لما جاء به م ج في نص م 01/107 من ق م ج والتي تنص على " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية ". في حالة كان تعرض المتقاسم مبني على سبب قانوني، كأن يكون في الأموال التي كانت محل للقسمة عين مملوكة ملك خاص لأحد المتقاسمين وليست شائعة، و وقعت في نصيب متقاسم آخر، فيجوز للمتقاسم المالك لهذه العين إستردادها، ولا يمنعه من ذلك الإلتزام بالضمان، وهذا راجع لكون القسمة كاشفة عن الحق وليست ناقلة له، والمالك لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر فليس عليه الإلتزام بالضمان⁴.

2 - وجود سبب سابق على القسمة

يقصد بوجود سبب سابق على القسمة أي أن الحق الذي يدعيه الغير حقا موجود قبل القسمة، أما إذا كان سبب الإستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا يقع الضمان على باقي المتقاسمين⁵، ومثال عن هذا أن تنتزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة و ذلك بعد تمام القسمة، وأيضا أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حيازة أجنبي لمدة طويلة ولكن هذه المدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم.

في هذه الحالة تبقى العين مملوكة للمتقاسم، ولا بد أن يقطع التقادم بعد القسمة، ففي حالة عدم قطع التقادم حتى إنتهت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الإستحقاق، لأن سبب

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 170

² المرجع نفسه، ص 171.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 266 و 267.

⁴ المرجع نفسه، ص 267.

⁵ إبراهيم نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية - أحكامها و مصادرها -، منشأة المعارف، د ط، مصر، 2002، ص 196.

الإستحقاق هو التقدّم وقد تحقق قبل القسمة لا بعدها، و كما سبق الذكر الضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة¹.

3 - عدم وجود إتفاق صريح يعفي من الضمان

بالرجوع لنص المادة 2/731 من ق م ج التي تنص على: " غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، و يمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

وكذلك نص المادة 377 من نفس القانون المذكور أعلاه والتي تنص على: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه أو يسقطاه. و يفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشتراط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

من خلال نص المادتين المذكورتين نستنتج بأن المشرع الجزائري كان متشددا بخصوص الإعفاء من الضمان حيث أوجب بأن يكون الإعفاء من الضمان صريح، وكذلك أحكام الضمان في كل من البيع والقسمة ليست من النظام العام، فيجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها وذلك من خلال التعديل فيها إما بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط.

ومثال عن الإتفاق على إنقاص الضمان إشتراط عدم ضمان حقوق الإرتفاق في القسمة ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الإرتفاق، ذلك أنهم يكونون قد إرتكبوا غش و إشتراطوا عدم مسؤوليتهم عنه².

ولا يجوز الإتفاق حسب القواعد العامة إشتراط عدم المسؤولية عن الغش ولو كانت المسؤولية عقدية، ويفترض في حق الإرتفاق أن يكونوا المتقاسمين قد إشتراطوا عدم الضمان، إذا كان هذا الحق ظاهرا ويكفي أن يكون المتقاسم عالما بحق الإرتفاق قائم على العقار، ويكون علمه آتيا عن ظهور هذا الحق أو الإنابة عنه، من أجل أن يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان، و كان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي بل يجب أن يشترط عدم الضمان و يكون الشرط صريحا فيما يخص القسمة³.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 268.

² المرجع نفسه، ص 269.

³ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 173.

4 - عدم رجوع الإستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه

على حسب ما جاء به نص المادة 731 في فقرتها الثانية من ق م ج التي نصت على: " ...ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه " .

والمقصود بعدم رجوع الإستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه هو أن لا يكون المتقاسم هو المتسبب بخطئه في إستحقاق الغير نصيبه المفرز المقسوم له، حيث يكون هو وحده من يتحمل مسؤولية هذا الخطأ ولا يشارك باقي المتقاسمين معه مسؤولية هذا الخطأ.

ففي حالة كان سبب الإستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم فيما إذا رفع الغير دعوى الإستحقاق عليه فولى وحده الدفاع في تلك الدعوى المرفوعة ضده دون إدخال المتقاسمين معه، وأهمل التمسك بالدفع كان يؤدي إلى رفضها، فيفقد في هذا الفرض حقه الممثل في الضمان¹.

وقد قيس هذا الفرض بالفرض الذي جاء به المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 2/372 من ق م ج المتمثل في ضمان الإستحقاق في البيع، فقد يفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى ولو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم، حيث لا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع، كما قد يكون سبب الإستحقاق يعود لخطأ صادر من المتقاسم إذ تولى الدفاع وحده في دعوى الإستحقاق المرفوعة ضده، ولم يدخل المتقاسمين الآخرين في الخصام، وأقر بالحق للغير أو إنتهج سبيلا للدفاع أدى لخسارته في الدعوى، إذ أثبت المتقاسمون الباقيين أن الغير ليس على حق في الدعوى المرفوعة² وذلك قياسا لمضمون المادة 373 من ق م ج الذي ورد فيها ضمان الإستحقاق في عقد البيع والذي تنص على : " إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري و لو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه " .

الفرع الثاني

الأثار المترتبة على تحقق الضمان

عند تحقق ضمان التعرض والإستحقاق و ذلك من خلال توافر كل الشروط القانونية المذكورة سابقا، فإنه يترتب على تحقق الضمان آثار قانونية فيكون للمتقاسم حق الرجوع على باقي المتقاسمين بالتعويض بعد تحقق أحد حالات الرجوع بالتعويض عن الإستحقاق ما لم يتقادم هذا الحق.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 271.

² المرجع نفسه، ص 272.

أولاً: حق رجوع المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

يرجع المتقاسم على باقي المتقاسمين بالتعويض إذا إستحقت العين التي وقعت في نصيبه في إحدى الأحوال الآتية:

1 - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمون الآخرين بدعوى الإستحقاق، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى التعويض.

2 - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمون الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وحكم للمتعرض، و لم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم.

3 - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمون الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه¹.

4 - إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمون الآخرين بدعوى الإستحقاق، وحكم للمتعرض ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.

5 - إذا سلم المتقاسمون للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه².

إذا حكم للغير المعترض بالإستحقاق الكلي على العين وذلك بإثبات ملكيته لها، فله أن يستردها من المتقاسم ولهذا الأخير أن يرجع بالتعويض الكلي لقيمة حصته المستحقة وقت القسمة وملحقها، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها للمتعرض وحتى المصروفات الكمالية إذا كان للمتقاسمون الآخرون سوء النية وجميع مصروفات التي تتعلق بدعوى الإستحقاق أو دعوى التعرض وذلك قياساً على الضمان في البيع طبقاً لما ورد في المادة 375 من ق م ج³.

وللمتقاسم أن يلزم المتقاسمون الباقيين بتعويضه على حسب حصته وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمون بنسبة حصة كل واحد منهم، فيتحمل مستحق الضمان نفسه جزء من هذا التعويض، إذ أن نصيب الآخرين قد ينقص بسبب الإستحقاق فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، ومن خلال هذا تتحقق المساواة بين جميع المتقاسمون، وفي حالة كان أحد المقاسمون معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمون الغير معسرين وهذا عملاً بنص المادة 731 من ق م ج⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 981.

² المرجع نفسه، ص 981.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 273.

⁴ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 174 و 175.

أما بخصوص الإستحقاق الجزئي فيتحقق بطرق مختلفة، فقد يستحق جزء من العين الشائعة أو جزء مفرز وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق إنتفاع أو حق إرتفاق، أو أن يكون هناك حق إرتفاق ذكر بأنه مترتب لمصلحة العين وتبين بعد ذلك أنه غير موجود، في كل الأحوال هذه يكون الإستحقاق جزئي وإذا إستحققت العين جزئياً فإن للمتقاسم الرجوع على باقي المتقاسمون بالتعويض حول ما أصابه من خسارة كل بنسبة حصته في العين، ويتحقق التعويض في حالة إتفاق المتقاسم مستحق الضمان مع المعارض على تقادي الإستحقاق سواء كان إستحقاق كلي أو إستحقاق جزئي في مقابل مبلغ من المال، ويقع هذا الإلتزام على عاتق جميع المتقاسمين ومعهم المعارض له و هذا قياساً على أحكام عقد البيع¹.

وفي العادة يتم الإتفاق بين الأطراف على هذا التعويض في شكل صلح، غير أن هذا الصلح يعد بالنسبة لبقية الشركاء وسيلة للتخلص من الإلتزام بدفع نصيب المتضرر مقابل أن يتنازل هو عن إعتراضه، ويتضمن هذا التعويض قيمة الضمان الذي يستحقه المتضرر بالإضافة إلى الفوائد القانونية منذ تاريخ الدفع إلى جانب أي مصاريف أخرى ناتجة عن هذا الإتفاق أو الصلح وقد يكون الإتفاق مباشرة بين الشركاء حيث يلتزم المتضرر بعدم الإعتراض مستقبلاً مقابل حصوله على مبلغ مالي معين، و يعتبر الإتفاق بمثابة تنازل عن المطالبة اللاحقة لحق الإستحقاق في هذه الحالة من دفع التعويض يصبح من حقه مطالبة الآخرين بما يعادل نصيبهم من هذا الضمان ما دام أنه نشأ عن إلتزام قانوني².

ثانياً: تقادم الحق في ضمان الإستحقاق

إن المشرع الجزائري لم يضع نص قانوني يخص تقادم إلتزام الخاص بضمان المتقاسم، مما إستدعى الأمر الرجوع للقواعد العامة و تطبيقها في هذا المجال، حيث أنه يتقادم الإلتزام بمرور خمسة عشر سنة (15) و هذا عملاً بنص المادة 308 من ق م ج والتي تنص على : " يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشر (15) سنة ..."

يبدأ سريانها من الوقت الذي يثبت فيه الإستحقاق، لأنه الوقت الذي يصبح فيه الإلتزام مستحق الأداء وذلك طبقاً لما ورد في المادة 315 من ق م ج في فقرتها الأولى وتنص على: " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء".

¹ عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 175.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 984.

الختامة

في ختام هذه الدراسة وبعد معالجة الإشكالية المطروحة في هذا البحث الذي تم التطرق فيه إلى القسمة القضائية للعقار الشائع وفقا لأحكام القانون الجزائري، حيث تم إستعراض فيه الإطار المفاهيمي للقسمة القضائية للملكية العقارية الشائعة فتم تسليط الضوء على مفهوم القسمة القضائية للعقار المشاع وذلك من خلال تعريفها من الناحية القانونية وكذا الناحية الفقهية، مع إبراز أهم القيود الواردة على طلب القسمة القضائية، ومن ثم تناول الإجراءات التي تتطلبها القسمة القضائية للعقار الشائع فإرتأينا أنه من الضروري التطرق إلى دعوى القسمة القضائية والطرق التي تتم بها هذه الأخيرة، وبعد ذلك تم إستعراض الآثار القانونية الناتجة عن القسمة القضائية التي تتمثل في الإفراز والإستقلالية ومن ثم تطرقنا إلى الضمانات التي ترتبها القسمة القضائية التي تتمثل في ضمان التعرض و الإستحقاق.

من خلال هذه الدراسة نكون قد عالجنا مشكلة من المشاكل التي يعني منها أفراد المجتمع، لكون الشيوخ يعتبر من بين المشكلات الأكثر تعقيدا خاصة إذا كان الخروج منه عن طريق القسمة القضائية، عند تعذر القسمة الإتفاقية للملكية العقارية الشائعة .

إستنادا لما تم دراسته يمكننا إجمال أهم النتائج الموصّل إليها فيما يلي :

- تعتبر القسمة القضائية وسيلة لإنهاء الشيوخ في حال إختلف الشركاء على إقتسام المال المشاع عن طريق القسم الإتفاقية.
- أعطى المشرع الجزائري حق طلب القسمة القضائية للعقار الشائع لكل شريك يرغب في الخروج من الشيوخ.
- يتم اللجوء للقسمة القضائية في حال وجود بين الشركاء شريك ناقص الأهلية، أو أحد الشركاء يكون غائب أو حتى محجوز عليه.
- من بين مقومات القسمة القضائية القاسم، بدون هذا الأخير لا تتم القسمة ومن الشروط التي يجب توافرها فيه الإسلام والحرية والعقل وكذا العدالة، وليقوم القاسم بعمله لا بد من أن يكون محل القسمة موجود ومعين أو ممكن التعيين والوجود بالإضافة إلى موافقة المقسوم لهم وحضورهم.
- بإعتبار حق طلب القسمة القضائية حق قانوني فالشريك في الشيوخ له الحق بالمطالبة به وكذا المحكمة لها أن تقرره من تلقاء نفسها .
- تتم القسمة القضائية بعد رفع دعوى من قبل أحد الشركاء ففي هذه الحالة يكون المدعي أحد الشركاء أو من ينوب عنه، أما المدعى عليه هو باقي الشركاء أو من ينوب عنهم، ولا بد من رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة إقليميا ونوعيا أي لا بد من مراعاة الإختصاص النوعي و الإقليمي.
- لا بد من تحديد ما إذا كان العقار قابل للقسمة القضائية من أجل تحديد طريقة القسمة، فبتم قسمة العقار الشائع قسمة عينية في حال كان العقار محل القسمة قابل للقسمة عن طريق الخبير حيث

- يتولى هذا الأخير تقسيم الحصص بين الشركاء، ويتم بيع العقار المشاع عن طريق المزاد العلني يعني تتم قسمته قسمة تصفية في حال تعذر القسمة العينية.
- ترتب القسمة القضائية للعقار الشائع آثار والإفراز هو الأثر الجوهري فمن خلاله يختص كل متقاسم بجزء مفرز يعادل حصته التي كانت شائعة في العقار المشاع، وهذا الأخير يترتب عنه الأثر الكاشف والأثر الرجعي.
 - الأثر الكاشف من خلال يتم الكشف عن وضع قانوني قائم من قبل بمعنى أن القسمة القضائية تكشف عن حق قائم منذ بدء الشروع، أما الأثر الرجعي للقسمة القضائية بواسطته يتم إعتبار المتقاسم مالك للحصة التي آلت إليه منذ بداية الشروع.
 - يستقل المتقاسم بالحصة التي آلت إليه بعد إتمام القسمة القضائية للعقار الشائع فيصبح له الحق بالتصرف فيها بكل إستقلالية وينتفع بها.
 - لا بد من شهر الحكم المتعلق بقسمة العقار الشائع على مستوى المحافظة العقارية من أجل أن تنتج هذه الأخيرة آثارها فالقسمة لا تكون منتجة لأي أثر في حال عدم تسجيلها وشهرها.
 - يلتزم المتقاسمون بضمان بعضهم البعض من أي تعرض أو إستحقاق قد يقع بعد القسمة القضائية للعقار الشائع، والهدف من الضمان هو إستفاد كل شريك بنصيبه المفرز من دون أي مشاكل وإدعاءات أي إستفاداة كاملة.
- ومن ثم، نستخلص عددا من الإقتراحات:**
- حبذا لو أن المشرع الجزائري يخص القسمة القضائية بنصوص قانونية خاصة في القانون المدني الجزائري.
 - نقترح على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 730 من ق م ج لكونها جعلت للقسمة أثر كاشف وأثر ناقل .
 - نوصي المشرع الجزائري بأن يعيد النظر في أحكام المادة 723 من القانون المدني من أجل إدخال حالة الغائب ضمن طرق القسمة القضائية للعقار الشائع.
 - نوصي المشرع بأن يخص عملية القرعة وكيفية إجرائها بنصوص قانونية من أجل ضبط قواعدها وتسهيل العمل على القاضي.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1/ القرآن الكريم

2/ معاجم اللغة والقواميس:

- ابن منظور، معجم لسان العرب، دار المعارف، الجزء 12، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

3/ القوانين:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15.
- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 الموافق ل 18 صفر 1429، يتضمن ق الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج ر ع 48.
- القانون رقم 23-13 المؤرخ في 18 محرم 1445 الموافق ل 5 أوت 2023، يعدل ويتم القانون رقم 06-03 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ع 52.

4/ الأوامر:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31.
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الموافق ل 08 ذي القعدة 1395، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج ر ع 92.
- الأمر رقم 95-08، المؤرخ في 01 رمضان 1415 الموافق ل 02 فبراير 1995، المتعلق بهمنة المهندس الخبير العقاري، ج ر ع 20.

5/ النصوص التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 25 صفر 1434 الموافق ل 19 ديسمبر 2012، المتضمن شروط إدارة الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة وتسييرها وكيفيات ضبط ذلك، ج ر ع 69.

ثانيا: المراجع

1/ الكتب:

أ - الكتب العامة

- إبراهيم نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها -، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002.
- إبراهيم نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، 2، دار هومه، ط الثانية، الجزائر، 2017.
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، د ط، الإسكندرية، د س ن.
- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية مع الشرح المفصل للأشياء والأموال -، دار إحياء التراث العربي ج 8، بيروت، د س ن .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال-، منشأة المعارف ج 8، الإسكندرية، 2004.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية- دراسة القانون اللبناني والقانون المصري-، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د س ن.
- عمر بن سعيد، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية - الخصومة القضائية -، دار بلقيس، الجزائر، د س ن.
- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائري، 2002.
- محمد حسين قاسم، موجز في الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية -، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، ط 01، لبنان، 2005.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية - الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية-، المطبعة العالمية، ج الثاني، ط الثاني، مصر، 1996.

- محمد مصطفى جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، مصر، د س ن.

ب - الكتب الخاصة

- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء إجتهد المحكمة العليا و مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2008.
- السيد عبد الصمد محمد يوسف، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامي والقانون، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، 2015.
- بغاشي كريمة، الخبرة القضائية في المواد المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- حياة محمد كحيل، القسمة القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجيب - فقها وقضاء-، ط 2019/2018، دار محمود، د ب ن، 2019.
- نهلة أحمد فوزي، قسمة المال الشائع - على ضوء الفقه وأحكام القضاء الصادرة حتى 2018 -، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2019.
- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة (إكتسابها-إثباتها-حمايتها-إدارتها-قسمتها)، دار هومه، الجزائر، 2015.

2/ المذكرات والرسائل العلمية:

أ - أطروحات الدكتوراه:

- عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني و الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2021.
- فلاح سفيان، قسمة المال الشائع - دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم-، الجزائر، 2019.

ب - مذكرات الماجستير:

- حياة محمد كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع ، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، الجزائر، 2005.

- عبد الحميد ويسى، طوارئ القسمة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2007.

3/ المقالات العلمية:

- عقبي يمينة، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، فرع قانون أساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2021.
- عمر بن زوبير، الصفة والمصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2022.
- فاطمة عبد الرحمن المسلماوي، القسمة القضائية لإزالة الشبوح، مجلة معين، العدد 03، كلية المستقبل الجامعة، قسم القانون، 2019.
- محمد أحمد عيسى الجبوري، مفهوم دعوى القسمة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني، <http://almerja.com/reading.php?idm=79590>، يوم 2025/03/10، على ساعة 17:00.
- محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة المفكر، العدد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، د س ن، ص 382.
- مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، عدد 45، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لعزوز، خنشلة، 2016.
- مفيدة لمزري، آليات إشهار العقود في التشريع الجزائري، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، ع 01، المركز الجامعي ميلة، الجزائر، د س ن.
- نفيسة منقر، محمد بن عماره، الآليات القانونية لتسوية القسمة القضائية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، مخبر تشريعات حماية النظام البيئي، جامعة تيارت، الجزائر، 2021.

4/ المؤتمرات العلمية:

أ - الندوات العلمية

- أحمد ملجاوي، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، محكمة النقض المغربية، المملكة المغربية، د س ن.

5/ المجلات القضائية:

- المجلة القضائية، ع 02، لسنة 1990.
- المجلة القضائية، ع 01، لسنة 1991.
- المجلة القضائية، ع 02، لسنة 2002.
- مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2004.
- مجلة المحكمة العليا، ع 01، سنة 2006.
- مجلة المحكمة العليا، ع 01، سنة 2014.
- مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2021.

الفهرس

الفهرس:

الصفحة	المحتويات
02	المقدمة
05	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقسمة القضائية لل عقار الشائع
07	المبحث الأول: ماهية القسمة القضائية لل عقار الشائع
07	المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية
07	الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية لل عقار الشائع
10	الفرع الثاني: شروط القسمة القضائية لل عقار الشائع
15	المطلب الثاني: القيود الواردة على حق طلب القسمة القضائية لل عقار الشائع
15	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق طلب القسمة لل عقار الشائع
18	الفرع الثاني: القيود الواردة على الحق في طلب القسمة القضائية لل عقار الشائع
21	المبحث الثاني: إجراءات القسمة القضائية لل عقار الشائع
21	المطلب الأول: دعوى القسمة القضائية لل عقار الشائع
21	الفرع الأول: تعريف دعوى القسمة و أطرافها
26	الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى القسمة القضائية
29	المطلب الثاني: آليات القسمة القضائية لل عقار الشائع
30	الفرع الأول: القسمة العينية لل عقار الشائع
36	الفرع الثاني: قسمة التصفية لل عقار الشائع
40	الفصل الثاني: الآثار القانونية للقسمة القضائية لل عقار الشائع
42	المبحث الأول: الإفراز كأثر ناتج عن القسمة القضائية لل عقار الشائع
42	المطلب الأول: الأثر الكاشف للقسمة القضائية لل عقار الشائع
42	الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة القضائية لل عقار الشائع
46	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة القضائية لل عقار الشائع
50	المطلب الثاني: الأثر الرجعي للقسمة القضائية لل عقار الشائع
50	الفرع الأول: المقصود بالأثر الرجعي للقسمة القضائية لل عقار الشائع
51	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة القضائية لل عقار الشائع
55	المبحث الثاني: الإستقلالية وضمانات حماية الحقوق الناتجة عن القسمة القضائية لل عقار الشائع
55	المطلب الأول: الإستقلالية كأثر مترتب عن القسمة القضائية لل عقار الشائع
55	الفرع الأول: إستقلال كل متقاسم بملك حصته
56	الفرع الثاني: ثبوت حق المتقاسم في نصيبه للتصرف فيه
56	المطلب الثاني: ضمان التعرض والإستحقاق
56	الفرع الأول: مفهوم الضمان في القسمة القضائية لل عقار الشائع
62	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الضمان
63	الخاتمة
66	قائمة المصادر و المراجع

المُلخَص

تهدف هذه الدراسة إلى إستعراض أحد أهم المواضيع التي تثير النزاعات في مجتمعنا وهي القسمة القضائية للعقار الشائع حيث هذه الأخيرة هي إجراء قانوني الغاية منه هي إنهاء الشيوخ بين الشركاء، حيث يتم تقسيم العقار الشائع وتحديد حصة كل شريك بشكل نهائي، ويتم اللجوء للقسمة القضائية عند تعذر إتفاق بين الشركاء على قسمة العقار بشكل ودي، فتقوم المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا بعد رفع دعوى من طرف ذوي الشأن بتعيين خبير لتقسيم العقار وتحديد حصص كل شريك، ومن ثم تصدر حكم نهائي بتقسيم العقار أو بيعه وتوزيع ثمنه على الشركاء، هذا الإجراء يضمن حقوق كل شريك كما يمكنهم من التصرف في حصصهم بشكل مستقل، والهدف من وراء هذا الإجراء هو إنهاء الشيوخ و الخلافات الناشئة عنه.

الكلمات المفتاحية:ز

القسمة، العقار الشائع، التشريع الجزائري

Summary:

This study aims to review one of the most important issues that causes disputes in our society , the division of jointly owned real estate among partners this legal process aims to end the co-ownership between partners, the division of the jointly owned property is conducted through a judicial process when an amicable division cannot be reached, the competent court based on a lawsuit filed by one of the interested parties appoints an expert to assess the property and determine the share of each partners, once a final judgment is issued each partners's share is determine and they can either divide or sell the property, this procedure ensures the rights of all partners and allows each to dispose of their share independently, the ultimate goal of this process is to end joint ownership and resolve any resulting disputes.

Key Words :

Division , The common drug , Algerian legislation .