

جامعة سعد دحلب - البليدة -

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : القانون العقاري

الحماية القانونية لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع
في التشريع الجزائري

من طرف

عيسي أحمد

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيسا.	جامعة سعد دحلب - البليدة	أستاذ محاضر أ	د / بوشمة خالد
مشرفا و مقررا.	جامعة سعد دحلب - البليدة	أستاذ محاضر أ	د/ عمرو خليل
عضوا.	جامعة سعد دحلب - البليدة	أستاذة محاضرة أ	د / براف دليلة
عضوا.	جامعة سعد دحلب - البليدة	أستاذة محاضرة ب	د / حميدة جميلة

البليدة ، ماي 2011

شكر

أشكر الله سبحانه وتعالى على نعمته هذه، وعلى كل نعمه التي لا تحصى، وأدعوه أن يمنحنا القوة والقدرة على طاعته والثبات على دينه وعلى بر الوالدين، وأن يتوفنا مسلمين. أتقدم بالشكر الجزيل إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما، على ما بذلاه من جهد وتضحيات في سبيل تربيته وتعليمي إلى أن وصلت إلى هذا المقام، فأطلب من الله عز وجل أن يخفظ لهما جناح الذل من الرحمة ويرحمهما كما ربياني صغيراً. كما أتقدم بكل الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف الدكتور عمرو خليل على صبره الجميل معي، وعلى نصائحه القيمة وتوجيهاته المنيرة وآرائه السديدة التي لم يبخل علي بها في سبيل إنجاز هذا العمل المتواضع.

كما لا يفوتني أيضاً، أن أشكر الدكتور بوشمة خالد الذي أشرف بكونه رئيس لجنة مناقشة هذا العمل، وأشرف بالإرتواء من زاده العلمي الواسع، أطال الله عمره ودام ذخرا للكلية والعلم. ولا أنسى أن أشكر كلا من الدكتورتين الكريمتين: الدكتورة براف دليلة والدكتورة حميدة جميلة على قبولهما التواجد في اللجنة الموقرة التي تناقش هذا العمل المتواضع، والتي أشرف بالأخذ بآرائها وملاحظاتها وتوجيهاتها القيمة، التي تعتبر زادا لي في مشواري العلمي إن شاء الله تعالى.

أشكر كذلك، كل مسؤولي وإداريي المكتبة المركزية ومكتبة كلية الحقوق بجامعة البلديّة، وكافة عاملي ومسؤولي مكتبة كلية الحقوق لكل من بن عكنون وبودواو على المساعدة التي قدموها لي في سبيل إنجاز هذا البحث. وأشكر في الأخير كل من ساعدني، وساهم في كتابة وطبع هذا العمل، وكافة أصدقائي وأحبابي كل بإسمه، أخص بالذكر كلا من: مهدي عمر، سعيد سليم، سعيد محمد، عمروش فنتحي، دباجي يزيد، شعوة خير الدين، أبو بكر يوسف، براهيم سيدي علي، بن دومية إسماعيل، سعداوي الصادق.

الفهرس

01.....	صفحة الواجهة
02.....	شكر
03.....	الفهرس
06.....	ملخص
09.....	مقدمة
14.....	1. مفهوم الشبوع والشريك القاصر
15.....	1.1. مفهوم الشبوع وحق الشريك فيه
15.....	1.1.1. تعريف الشبوع وتمييزه عن غيره من أنواع الملكية
16.....	1.1.1.1. تعريف الشبوع
19.....	2.1.1.1. تمييز الشبوع عن غيره من أنواع الملكية
22.....	2.1.1. أحكام الشبوع الإلباري
23.....	1.2.1.1. ملكية الأسرة
32.....	2.2.1.1. الشبوع في الملكية المشتركة
37.....	3.1.1. حقوق الشريك في المال الشائع
38.....	1.3.1.1. أعمال الإنتفاع بالمال الشائع
42.....	2.3.1.1. أعمال الإدارة
48.....	3.3.1.1. التصرف في المال الشائع
62.....	2.1. مفهوم القاصر وأحكام أهليته وحكم تصرفاته
62.....	1.2.1. مفهوم القاصر
63.....	1.1.2.1. تعريف القاصر
64.....	2.1.2.1. أنواع القاصر
73.....	2.2.1. أحكام أهلية القاصر
74.....	1.2.2.1. تعريف الأهلية و تمييزها عن الولاية على النفس والمال
77.....	2.2.2.1. أنواع الأهلية

82.....	3.2.1. أحكام تصرفات القاصر.
82.....	1.3.2.1. التصرفات النافعة نفعا محضا.....
85.....	2.3.2.1. التصرفات الضارة ضررا محضا.....
87.....	3.3.2.1. التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.....
92.....	2. إجراءات وطرق حماية حقوق القصر في المال الشائع.....
93.....	1.2. الضمانات العامة.....
93.....	1.1.2. الولاية الطبيعية على المال.....
94.....	1.1.1.2. مفهوم الولاية الطبيعية على المال.....
101.....	2.1.1.2. تحديد الولي الطبيعي على المال وشروطه.....
109.....	3.1.1.2. سلطات الولي الطبيعي على مال القاصر.....
117.....	2.1.2. الولاية المكتسبة على مال القاصر.....
118.....	1.2.1.2. تعريف الولاية المكتسبة على المال وتمييزها عن الولاية الطبيعية.....
121.....	2.2.1.2. تعيين الوصي وشروطه.....
125.....	3.2.1.2. إنتهاء مهام الوصي وأثار ذلك.....
129.....	3.1.2. رخصة الشفعة وحق الإسترداد.....
129.....	1.3.1.2. رخصة الشفعة.....
138.....	2.3.1.2. حق الإسترداد.....
146.....	2.2. الضمانات الخاصة.....
147.....	1.2.2. القسمة الإتفاقية (الرضائية).....
148.....	1.1.2.2. الحق في طلب القسمة الإتفاقية وطبيعتها.....
151.....	2.1.2.2. إجراءات القسمة الإتفاقية.....
156.....	3.1.2.2. الطعن في القسمة الإتفاقية.....
161.....	2.2.2. القسمة القضائية.....
162.....	1.2.2.2. طبيعة القسمة القضائية.....
168.....	2.2.2.2. كيفية إجراء القسمة القضائية.....
175.....	3.2.2.2. آثار القسمة القضائية.....

182.....	3.2.2. البيع بالمزاد العلني.
183.....	1.3.2.2. تعريف البيع بالمزاد العلني وشروطه.
189	2.3.2.2. إجراءات البيع بالمزاد العلني.
192.....	3.3.2.2. آثار البيع بالمزاد العلني.
194.....	خاتمة.
200.....	قائمة المراجع.

ملخص

الشيوع هو صورة من صور الملكية، إذ أن أصل الملكية هو التملك الفردي، إلا أنه قد يحدث أن يجد شخصان فأكثر أنفسهم يشتركون في شيء واحد، عقارا كان أو منقولا، وتثبت لهم رغم ذلك كل الحقوق التي يقرها حق الملكية عليه، فلمهم أن يقوموا كل بحسب نصيبه بالتصرف فيه وإستعماله وإستغلاله، ولا يحدهم في ذلك سوى المحافظة على حقوق باقي الشركاء والحفاظ على الطبيعة التي أعد لها ذلك الشيء المملوك بينهم على الشيوع.

ولما كانت الملكية الشائعة صورة ثانية لصور الملكية، ولما كان الأصل في الملكية هو التملك الفردي ، فإن مصير الشيوع هو الزوال لا محالة، لأنه مهما طالت مدة الشيوع فإنه نظرا لطبيعته التي تحد من الإنتفاع بالشيء على الوجه الأكمل إقتصاديا أو إجتماعيا أو حتى ماديا، ونظرا إلى المنازعات التي يثيرها بين الشركاء، فإنه آيل إلى الزوال بكل الطرق التي تؤدي إلى إنقضاء علاقة الشيوع.

ومادامت علاقة الشيوع قائمة، وكانت هناك ملكية سابقة، فإنه ينبغي على الشركاء مراعاة القواعد التي يفرضها القانون والطرق التي أوجدها المشرع والتي تتفق مع طبيعة الشيء محل الشيوع، وذلك فيما يخص إدارة المال الشائع والإنتفاع به وحتى التصرف فيه، وذلك لضمان وحماية حقوق باقي الشركاء.

إضافة إلى ضرورة التوافق الذي يجب أن يكون بين التصرف وطبيعة المال الشائع، فلا يمكن تصور البناء على أرض معدة للزراعة دون موافقة باقي الشركاء أو السكن في محلات معدة للتجارة باتفاق كافة الشركاء على الشيوع. إذ منح المشرع للشركاء بما فيهم الولد القاصر حق الإعتراض على الأعمال التي تمس طبيعة الشيء أو أصل ملكيته، وذلك في موازنة منه بين عناصر الملكية وحقوق باقي الشركاء، ويكون هذا الإعتراض أمام القضاء.

كما يمنح الحق لكل شريك في أن يسترجع ما خرج من المال الشائع بالتصرف الذي قام به شريك غيره وذلك عن طريق ممارسة رخصة الشفعة وحق الإسترداد، ليعود المال

إلى الملكية الشائعة وضمنان عدم دخول أجنبي بين الشركاء ومن ثم زهاب الحكمة من إقامة علاقة الشيوخ التي يكون الهدف منها هو الحفاظ على مال الأسرة إذا كان مصدر الشيوخ هو الميراث.

لهذا يعرف المشرع الجزائري صورة أخرى من صور الشيوخ، وهي الشيوخ الإلجباري وذلك في ملكية الأسرة التي يجب ألا تتجاوز مدتها 15 سنة كاملة قابلة للتجديد، وهذا تطبيق لنص المادة 739 من ق.م.ج. وكذلك الشيوخ الإلجباري في الملكية المشتركة المتضمنة بنايات ذات طوابق متعددة، فيشترك أعضاؤها في بعض الأجزاء والأقسام التي تكون مملوكة بينهم على الشيوخ تطبيقاً لنص المادة 745 من ق.م.ج.

هذا، وما دام الشيوخ قائماً، وكان بين الشركاء من هو قاصر وضمنان لحقه من الضياع، توجب إخضاعه إلى نظام الولاية على المال ويكون إما بإخضاعه لنظام الولاية الطبيعية، فينوب عنه أبوه، أو أمه في حال غياب الأب، أو جده في غياب الأم، وإما إخضاعه لنظام الوصاية فينوب عنه وصي أو قيم ممن عينهم القاضي باختيار من الأب أو الجد، أو عينه القاضي من تلقاء نفسه في حال تعذر الإختيار وعدم توفر الشروط في الوصي المختار.

إذ تكون للولي أو الوصي، كافة الصلاحيات التي يقرها القانون على مال القاصر بالنسبة لنيابته عليه في الملكية الشائعة لأنها لا تتعارض مع أحكام الشيوخ، فالولي بناء على ذلك له أن يباشر كافة التحفيزات والدعاوى لحماية مال القاصر في مواجهة باقي الشركاء، وإستئذان القاضي فيما يوجب الإذن، وتمثيل القاصر أمام القضاء، إضافة إلى القيام بكل الأعمال التي من شأنها الحفاظ على مال القاصر، من أعمال صيانة وحفظ وترميم وما إلى ذلك.

وتعد من قبيل الحماية، الطرق والضمانات التي قررها القانون لحماية مال القاصر الشائع، إخضاع كل التصرفات التي يبرمها القاصر الشريك في الشيوخ على مال الشائع إلى أحكام تصرفات القاصر الخاصة بالتصرفات النافعة، والتصرفات الضارة له، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إذ تأخذ الحكم بحسب طبيعتها، فهي إما باطلة، أو قابلة للإبطال، أو متوقفة على إجازة الولي أو الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد القانوني، وذلك تحقيقاً

لحماية أمثل لمال القاصر، باعتبار أن حماية مال القاصر من النظام العام لا يجوز مخالفته أو الإتفاق على مخالفته.

ويعد من الضمانات أيضا، ومن صور الحماية، ضرورة إخضاع القسمة الإتفاقية التي تسري على المال الشائع باتفاق الشركاء إلى إجراءات خاصة أهمها الإذن القضائي والتصديق عليها من قبل قاضي شؤون الأسرة تحت طائلة البطلان، على اعتبار أنها إجراءات شرعت للقاصر وحده ولحمايته دون باقي الشركاء الراشدين.

كما لا يمكن بأي حال من الأحوال القيام بعملية بيع المال الشائع الذي يكون فيه أحد الشركاء قاصر إلا بعد إستئذان قاضي شؤون الأسرة، وأن يتم البيع بالمزاد العلني المفتوح أمام عامة الناس، وذلك قصد ضمان أكبر مبلغ للمال الشائع حفاضا على حقوق الشريك القاصر.

مقدمة

إن أهم الحقوق و أقواها والتي تثبت للإنسان باعتباره كائن حي بعد الحقوق للصيقة بالشخصية كالاسم، الحياة والحق في الصورة...الخ، هو حق التملك أو ما يسمى في القانون بحق الملكية، الذي شرع لإشباع حاجات الناس في الحدود المشروعة والحصول على ما ينفعهم في معاشهم دون أن يكون في ذلك إضرار بالغير أو الانحراف بالملكية عما شرعت له من أغراض.

والملكية لغة: « تعني الإحتواء فيقال ملك الشخص الشيء إحتواء والملكية تدل على الإستئثار بالأشياء».

أما في الاصطلاح فقد عرفها القرافي من فقهاء المالكية بأنها: « حكم شرعي مقدر في أعين أو منفعة تقتضي من أضيف إليه من الأشخاص بالإنترفاع من العين أو المنفعة أو بالإعتياض عنها ، ما لم يوجد مانع من ذلك [1] ص 112، 113».

أما قانونا فعرفها المشرع الجزائري في القانون المدني في الكتاب الثالث، الباب الأول، الفصل الأول، حق الملكية بوجه عام، القسم الأول، في المادة 674 على أنه: « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة».

وتعرف أيضا بأنها: « حق الملكية هو سلطة مباشرة لشخص على شيء تخوله الاستئثار باستعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه [1] ص 123».

ويستمد حق الملكية مشروعيتها من القران الكريم، وذلك في قوله تعالى: « الله الذي خلق السموات والأرض وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقا لكم وسخر لكم الفلك لتجري في البحر بأمره وسخر لكم الأنهار ﴿32﴾ وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار ﴿33﴾ وآتاكم من كل ما سألتموه وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الإنسان لظلم كفار ﴿34﴾...». سورة إبراهيم من الآية 32-34.

وأقرت بها القوانين والتشريعات منذ الأزل، وإن كانت إختلفت في تحديد حدودها والسلطات التي تمنحها إلا أنها لم تختلف على محلها الذي يكون في الأعيان والأشياء بغض النظر عن طبيعتها، مادية كانت أم معنوية، إذ أن المعيار في ذلك هو القابلية للتعامل، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 1/682 من ق.م.ج، بنصها على أنه: «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.....».

والمال لغة: «هو ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع، أو عروض التجارة، عقار، نقود، حيوان و جمعه أموال، ويقال فلان ذو مال أي رجل مال».

أما شرعا فعرفه الحنفية بأنه: «إحراز الشيء مما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إخراجه وقت الحاجة حتى يتحقق الإنتفاع به إنتفاعا عاديا» [2] ص 14، وعرفه المالكية أنه: «ما يقع الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»، وعرفه الشافعية بأنه: «ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت وما يطرحه الناس مثل الفلس»، وعرفه الحنابلة بأنه: «ما فيه منفعة مباحة لغير منفعة أو ضرر».

وبناء عليه، يتضح لنا أن حق الملكية يرد على المنافع والأشياء والتي كلها تسمى أموال مادامت قابلة للتعامل والتقويم بمال، ولقد عنى المشرع الجزائري إلى تحديد مفهوم الأشياء والأموال وتقسيمها في القانون المدني في أحكام المواد من 682 إلى 683 منه، فقد قسمها إلى منقولات وعقارات في نص المادة 683 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله منه من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول...».

فبحسب نص المادة أعلاه، كل مالا يمكن نقله دون تلف كالأرض والبنىات والأشجار التي تتغير صورتها وهيئتها عند التحويل، وكل ما يمكن نقله دون تغيير في صورته أو هيئته فهو منقول كالسيارة والملابس مثلا.

إلا أن المشرع الجزائري توسع في مفهوم العقار وذلك لما إعتبر الأشياء التي تسخر لخدمة العقار عقارات بالتخصيص في نص المادة 2/683 من ق.م.ج، وأكثر من ذلك إعتبر مالا عقاريا كل حق عيني عقاري يقع على العقار كحق الملكية والإنتفاع والإرتفاق... والدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري المادة 684 ق.م.ج.

كما قسم المشرع الجزائري المال والأشياء إلى أشياء مثلية وهي التي يقوم بعضها مقام بعض في التعامل كالشعير والسكر مثلا في نص المادة 686 من ق.م.ج، وأشياء قيمية وهي التي لا نظير مماثل لها في السوق وإن وجد فيكون ذلك بالتفاوت في القيمة والوصف كالحيوان مثلا.

كما قسمها المشرع في المادة 685 من ق.م.ج، إلى أشياء إستهلاكية وإستعمالية، فالأولى هي الأموال التي تذهب وتزول مع أول إستخدام لها، في حين نجد العكس في الثانية التي تبقى مع تعدد إستعمالها محتفظة بطبيعتها ووصفها كالسيارة مثلا.

كل هذه الأموال وغيرها تصلح لأن تكون محل حق الملكية، سواء في صورتها الأساسية وهي التملك الفردي، أو في صورته الإستثنائية المتمثلة في الملكية الجماعية أو ما يسمى بالملكية الشائعة، التي نظمها المشرع الجزائري في أحكام المواد من 713 إلى 742 من ق.م.ج، تحت عنوان الملكية الشائعة، وهي الصورة التي يتعدد فيها الملاك على شيء واحد فيكون لكل منهم نصيب معين من ذلك الشيء المشترك بينهم.

وبما أن الشارع الحكيم وحتى القوانين الوضعية تعترف لكل إنسان ولد حيا بحق التملك دون تمييز لجنس أو سن أو غيرها، فإنه يحدث أن يكون بعض الشركاء في الملكية الشائعة من هو قاصر لم يبلغ سن الرشد القانوني المحدد في المادة 2/40 من ق.م.ج، ب 19 سنة كاملة.

ولما كان حق الملكية كما سبق وأن رأينا يمنح لصاحبه السلطات الثلاث : من إستعمال، وإستغلال وتصرف، وبما أن المشرع نص في المادة 1/714 من ق.م.ج، على أن المالك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ذلك بنص المادة عل ما يلي: « كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...».

فقد يحدث أن يكون هذا التصرف في المال الشائع ضارا بحقوق القاصر الشريك على الشيوخ لأنه ونظرا لصغر سنه لا يمكنه القيام بهذه التصرفات لأنها تتطلب أهلية التبوع والتصرف المحددة بـ 19 سنة كاملة، فالمشرع الجزائري وحماية منه لهذا القاصر من تصرفات شركائه في المال الشائع وبغض النظر عن مصدر الشيوخ أورد أحكاما خاصة في محاولة منه لتوفير الحماية لمال القاصر والشريك في الشيوخ.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع في كونه يعنى بدراسة القواعد والإجراءات التي أقرها
المشرع الجزائري لحماية مال القاصر الشريك على الشيوع على غرار ما نص عليه لحماية
مال القاصر المفرز.

كما تظهر أهمية الموضوع في كثرة حدوث هذه الحالة، المتمثلة في وجود القاصر
بين الشركاء نظرا للطبيعة التي يتميز بها المجتمع الإسلامي، وذلك من خلال تطبيقه لقواعد
وأحكام الميراث، فيحدث أن يتوفى إنسان ويترك أموالا لأبنائه ويكون من بينهم الراشد
والقاصر، فيتملكون التركة على الشيوع فيما بينهم وهنا مرتبط الفرس إذ يكون للراشدين الحق
في ممارسة سلطات حق الملكية في حين لا يكون ذلك للقصر، مما يحدث عدم توازن وإختلال
في الموازين والحقوق بالرغم من إشتراكهم في المحل.

وتظهر أهمية الموضوع كذلك من خلال قلة وشرح النصوص القانونية المتعلقة بها
وتشعبها وتعارضها في كثير من الأحيان رغم قلتها، مما يجعل أحكام القضاء متضاربة
ومتباينة في كثير من الأحيان، وما قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الشأن لخير دليل
على ذلك.

وكذلك تبعد النصوص وتوزعها بين القانون المدني وقانون الأسرة وقانون
الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مما ينهك الباحث ويربك القاضي ويعرض أحكامه
للنقض والطعن في كثير من الأحيان، لذا توجب علينا من خلال هذه الدراسة محاولة حصر
النصوص القانونية والقواعد المقررة لحماية مال القاصر على الشيوع، وتحديد كيفية تطبيقها
تجسيدا لحماية اكبر لمال القاصر.

وتتجلى أهمية الموضوع كذلك، من خلال عدم وجود دراسات وبحوث متخصصة في
الموضوع، فكل ما هو موجود هو عبارة عن مراجع ودراسات عامة تطرقت إلى الموضوع
في جزئيات صغيرة. وكذلك طول النزاعات والدعاوى القضائية في الموضوع التي تطول
لسنين وسنين أمام المحاكم بالرغم من نص المشرع الجزائري في المادة 183 من ق.أ.ج.
على الإستعجال في قسمة التركات.

وبناء على ما سبق توجب طرح الإشكالية التالية:

ما هي القواعد والأسس التي وضعها المشرع الجزائري لحماية مال القاصر على الشيوع؟
والى أي مدى هي كافية لتحقيق هذه الحماية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا المنهج الوصفي التحليلي، لاستعراض وتحليل المواد القانونية والطرق والقواعد المقررة لحماية أموال القاصر على الشيوخ، مستندا في ذلك على النصوص القانونية والإجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع وإلى قواعد الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2/1 من ق.م.ج. والمادة 222 من ق.أ.ج. فيما لا يوجد فيه نص في القانون، باعتبارها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني، وليس الهدف من ذلك المقارنة ولكن لتوفير حماية أكبر وأكمل لمال القاصر من التصرفات التي أقرها المشرع على المال الشائع.

ولقد قسمت الموضوع بناء على ذلك إلى فصلين ، تناولت في الأول مفهوم الشيوخ والشريك القاصر، إذ بينت مفهوم الشيوخ وحق الشريك فيه في المبحث الأول، وتطرقنا إلى مفهوم القاصر وأحكام أهليته وأحكام تصرفاته في المبحث الثاني باعتبارها مظهر من مظاهر حماية أموال القاصر. أما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى الضمانات والطرق التي وضعها المشرع الجزائي لحماية مال القاصر على الشيوخ، وذلك باستعراض الضمانات العامة خلال قيام الشيوخ والمتمثلة في الولاية على المال بنوعيهما، ودعاوى إسترجاع المال في حال التصرف فيه كرخصة الشفعة وحق الإسترداد وذلك في المبحث الأول، في حين تضمن المبحث الثاني الضمانات الخاصة التي أقرها المشرع الجزائي لحماية مال القاصر الشائع في الحالة التي يكون فيها الشيوخ في طريقه إلى الإنقضاء، إما بطريق القسمة بنوعيهما و إما بطريق البيع بالمزاد العلني باعتباره تصرفا مفروضا قانونا إذا ما ورد على المال الشائع الذي يكون فيه أحد الشركاء قاصر.

الفصل 1

مفهوم الشيووع والشريك القاصر

لما كانت الملكية صور متعددة، وكان الشيووع من بين هذه الصور، توجب علينا دراسة الشيووع من خلال التطرق إلى مفهومه في المبحث الأول، وذلك بتحديد مفهوم الشيووع العادي والإجباري وتبيان الحقوق التي يمنحها للشركاء لمعرفة أهم التصرفات التي ترد على المال الشائع، ولما كان حق الملكية يثبت لجميع الأشخاص فقد يكون من بين الشركاء من هو قاصر لذلك سنحدد مفهوم القاصر ونطاق أهليته للتصرف، وأحكام التصرفات التي يقوم بها على المال الشائع وذلك في المبحث الثاني.

1.1. مفهوم الشيووع وحق الشريك فيه.

2.1. مفهوم القاصر وأحكام أهليته وحكم تصرفاته.

1.1.1. مفهوم الشيووع وحق الشريك فيه

الشيووع هو صورة ثانية من صور الملكية، إذ أن الأصل في الملكية هو التملك الفردي، لكن قد يحدث أن تكون هذه الملكية تحت يد عدة أشخاص أو شخصين فقط، فيكون كل واحد منهما مالكا على الشيووع لذلك الشيء نظرا لإشتراكهما في ملكيته، فيعد كل منهما مالكا لحصة غير مفرزة على الرغم من إختلاف الأنصبة بالنسبة إلى كل شريك، لهذا تختلف الملكية الشائعة في مفهومها عن الملكية الفردية (المطلب الأول)، إضافة إلى أن لها صور تمثلها نظرا لمصدرها الذي يحتم على الشخص أن يكون مالكا على الشيووع أموالا عقارية أو منقولة وذلك جبرا عليه (المطلب الثاني)، نظرا لإنتمائه إلى أسرة معينة برابطة القرابة أو لإلتصاق ملكه وإشتراكه مع جيرانه في أجزاء مشتركة، فتكون تلك الأجزاء مملوكة بينهم على الشيووع المادة 745 ق.م.ج. [3] ص.....

هذا الإشتراك أو الملكية على الشيووع الذي يكون إما بصفة عادية أو جبرية، لا يحد من حق الشريك في ملكيته في شيء سوى مصلحة وحقوق باقي الشركاء أو مقتضيات الشيووع، وعليه فملكية الشريك في الشيووع هي ملكية تامة، تخول لصاحبها كل عناصر حق الملكية المادة 714 ق،م،ج [3]، فله أن يتصرف فيها والانتفاع بها بالإستعمال والإستغلال شرط عدم إلحاق الضرر بباقي الشركاء المطلب الثالث.

لهذا سنستعرض خلال هذا المبحث مفهوم الشيووع وتمييزه عن باقي أنواع الملكية، ثم نتطرق لصورة الشيووع الإجباري، لننتهي بتبيان طبيعة حق الشريك في الشيووع وسلطاته على المال الشائع وذلك وفق مايلي:

1.1.1.1. تعريف الشيووع وتمييزه عن غيره من أنواع الملكية

لكل شيء معلوم تعريف خاص به يميزه عن غيره مما شابهه، وهذا التعريف إما أن يكون عند علماء اللغة، وإما أن يكون عند أصحاب الإختصاص أو ما يسمى بالإصطلاح (الفرع الأول)، ومن التعريف تستنتج العناصر التي تميز هذا الشيء عن غيره من الأشياء أو الصور المشابهة له (الفرع الثاني)، وبالتالي نكون قد أفردنا الشيء محل الدراسة وأحطنا به

بعد تعريفه وتمييزه عن غيره، ومنه فكل ما ينطبق عليه هذا التعريف وهذه الميزات يعد شيئاً أو ملكاً شائعاً.

1.1.1.1. تعريف الشيوخ

للشيوخ تعريفات مختلفة ومتعددة فهي إما عند علماء اللغة (أولاً)، أو عند أصحاب الإختصاص (ثانياً).

- تعريف الشيوخ لغة:

يقال شاع الشيء شيوخاً وشيعاناً ومشاعاً، أي ظهر وانتشر، ويقال شاع بالشيء أذاعه، وما يملك كان مشتركاً بين الناس ولم يقسم، يقال إشتري داره على الشيوخ، ويقال في الدعاء شاعك الخبر، أي صحبتك وغمرتك، وشاعكم السلام وغمركم، وأشاع الشيء، وبه أظهر ونشره، وشايح الأمر شاع، والقوم شايح بعضهم بعض، وإفترقوا شيعاً، والشائع، المنتشر وجمعه شوائع، المشاع والشوع، الشائع المشترك المبهم لم يحدده [2] ص 28، ويطلق الشيوخ كذلك على الشيء غير المميز، والذي يعزل عن غيره ويكون مختلطاً بأجزاء أخرى يقال فلان نصيبه في الشيء شائع ومشاع أي غير محدود وغير معزول عن غيره قال أبو سعيد: هما متشايعان ومشاعان في دار وفي أرض إذا كانا شريكين ومنه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه [4] ص 67.

والملكية الشائعة ما تعلق بجزء نسبي غير معين وغير محدد، ويكون كل ذرة في المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت الدار مثلاً مشتركة بين خمسة أشخاص كان لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الإستثناء بنصيب معين منها [2] ص 28، هذا عن تعريف الشيوخ في اللغة، فكيف يعرف في الإصطلاح يا ترى؟.

- تعريف الشيوخ إصطلاحاً:

تنص المادة 713 من ق.م.ج. على أنه: «إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك»، نلاحظ من خلال نص المادة أن الشيوخ في القانون المدني الجزائري لا يتحقق إلا إذا توفرت ثلاثة شروط هي:

- الشرط الأول: الملكية

إذ يجب أن تكون الملكية تامة وغير ناقصة حتى نقول على الشخص أنه مالك، ويجب أن تكون ملكيته ثابتة بكل الطرق الممكنة لإثباتها، كالأوراق الرسمية في العقارات والحياسة بحسن نية إذا ما تعلق الأمر بمنقول لا يفرض القانون على الحائز إفراغه في شكل رسمي، أو بالوثائق والمستندات الرسمية إذا تطلب القانون ذلك كحائز السيارة مثلا.

- الشرط الثاني: أن يكون المالك اثنان أو أكثر

إذ لا يعد مالكا على الشيوع شخص واحد مالك لعقار أو منقول، فيجب أن يكون العدد إثنان فأكثر، أي لا يقل عن إثنان لكي نستطيع القول أننا بصدد ملكية شائعة.

- الشرط الثالث: أن تكون الحصص غير المفرزة

ويقصد بها غير المفرزة بين الملاك وإنما يشتركون في ملكية الشيء الشائع على الرغم من إختلاف حصصهم، ومنه يكون نصيب كل واحد منهم غير معروف المكان، أي الجزء الذي يمثل نصيبه غير معلوم بالرغم من كونه يعرف قيمة نصيبه أو سهمه، كأن يكون شخصان مالكان لأرض فضاء وحصصهما الثلث $1/3$ وحصص الأخر الثلثين $2/3$ ، لهذا نقول أنه لا يستطيع أحد الإدعاء أنه مالك لجزء معين من العقار إلا إذا قاموا بعملية القسمة التي تنتهي الشيوع، وعليه فمحل الحق المنصب عليه الشيوع يكون غير مقسما بالرغم من قابليته للقسمة [5] ص 19، ونلاحظ أن نص المادة قصر حالة الشيوع في الملكية فقط، على الرغم من أن حالة الشيوع تتحقق في الحقوق العينية الأخرى، كالشيوع في حق الإنفعا، أو في حق الإرتفاق أو حق الرهن وذلك راجع لسريان النصوص الخاصة بالملكية على حالات الشيوع في الحقوق العينية الأخرى ما لم يتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نصوص القانون [6] ص 108، 109.

وتعرف الملكية الشائعة على أنها: ملكية أكثر من شخص لشيء واحد بغير فرز وتجنيب نصيب كل منهم في هذا الشيء، فالمالك في الشيوع يملك حصصا تقدر بنسبة من المال ولكن هذه النسبة لا يقابلها جزء محدد من الشيء محل الحق، ويشترك هو وباقي الملاك، كل

بقدر حصته في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك لهم شيوعا، فلا يختص أي منهم منفردا بقدر محدد من الشيء [7] ص 05.

ويرى السنهاوري أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتشمل الملكية كل المال الشائع بغير تقسيم، ويقع حق الشريك في الحصة الشائعة على هذا المال، ومنه يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، ولهذا فحق الملكية ينقسم حصصا ولا ينقسم المال ذاته [8] ص 712، 713، كما لا يمكن تصور ملكية شائعة على الحقوق الشخصية، فالأصل أن تنقسم إذا تعدد الدائون ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخصي في التضامن بين الدائنين وفي عدم قابلية الحق للإنقسام [8] ص 712.

وتحدد حصة كل شخص مالك على الشيوع عند بدء الشيوع بالنظر إلى مصدر الشيوع، فإذا كان مصدر الشيوع ميراثا عنى القانون بتقدير حصة ونصيب كل وارث، وإن كان مصدره وصية عنى الوصي بتحديد حصة كل موصي له، وإن كان مصدره عقدا كعقد البيع والهبة وغيرها تكفل هذا العقد بتعيين حصة كل شريك [5] ص 19، وفي حالة عدم تعيين الحصص لأي سبب من الأسباب تكون الحصص متساوية ما لم يقم دليل عن غير ذلك المادة 713 ق.م.ج [3] .

وتتعدد مصادر الشيوع نظرا لاعتباره ملكا، فكل ما كان مصدرا لحق الملكية يمكن أن يكون مصدرا للشيوع، إذا تعلق الأمر في الوقت ذاته بأكثر من شخص واحد [9] ص 114، فقد ينشأ الشيوع عن عقد ناقل للملكية كسواء أكثر من شخص لشيء واحد دون تعيين جزء مفرز لأي من المشترين [10] ص 58، كما قد ينشأ بالوصية كمن يوصي بأرض لأكثر من شخص، أو بالحيازة كحيازة شخص أو أكثر أرضا حيازة مشتركة غير معينة نتيجة مخالطة يد الحائز لغيره من المشاعين [6] ص 110، كما ينشأ بالإستيلاء والإلتصاق أو بالميراث الذي يعد أكثر أسباب الشيوع وجودا، وذلك راجع إلى وجود نظام التوريث في البلاد الإسلامية، فتنقل التركات إلى الورثة بعد موت مورثهم، وقد تستمر إلى مدة طويلة ينجر عنها زيادة في عدد الشركاء نظرا إلى موت أحد الشركاء وتنقل حصته شائعة إلى ورثته الذين يصبحون شركاء على الشيوع بسبب الميراث [6] ص 12.

هذا ويجب أن نشير إلى أن حق الملكية في الشيوع هو حق تام، يمنح لصاحبه كل عناصر حق الملكية، كالتصرف الإستعمال والإستغلال ولا يقيد في ذلك سوى مصلحة باقي الشركاء وطبيعة المال الشائع[8] ص 717، وهذا ما سنراه من خلال هذه الدراسة في المطلب الثالث من هذا المبحث، فبعد معرفتنا الشيوع يجب أن نميزه عن غيره من أنواع الملكية لكي يتضح لنا مفهومه أكثر.

2.1.1.1. تمييز الشيوع عن غيره من أنواع الملكية

يختلف الشيوع عن الملكية الفردية (أولا) كما يتميز عن الملكية الجماعية – ملكية الشركة – (ثانيا) ويختلف أيضا عن الملكية المشتركة و ملكية الطبقات(ثالثا).

- تمييز الشيوع عن الملكية الفردية(المفروزة):

إنطلاقا من نص المادة 713 ق.م.ج [3]، يتضح أن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفروزة فيما يلي:

- الحصة التي يملكها الشريك في المال الشائع شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب معين منه بخلاف الملكية المفروزة.

- المالك في الشيوع يتعين نصيبه معنويا في الشيء الشائع ولا يتعين ماديا حيث أن الشيء الشائع مملوك كله لعدة أشخاص، وعليه فإن حق الملكية هو الذي ينقسم بينهم فلكل منهم نصيب غير معين كالنصف والتثلث والرابع، أما الشيء ذاته فلا ينقسم حتى ولو كان قابلا للإنقسام، بخلاف ما هو موجود في الملكية المفروزة، فالمالك فيها يتعين نصيبه ماديا لعدم تعدد المالك.

- الملكية الشائعة مقيدة بالنسبة إلى سلطات كل شريك على الشيء المملوك بينهم على الشيوع، فالمالك له أن يستعمل ملكه ويستغله ويتصرف فيه بالنسبة للملكية الفردية المفروزة إلا أنه بالنسبة للملكية الشائعة فاستعمال المالك للمال الشائع قد يترتب عليه إضرار بباقي الشركاء، ومنه فإن إستعمال المالك في الشيوع مقيد بحقوق الآخرين لأن لهم نفس السلطات وهذا هو الإختلاف الجوهرى بين الملكية الشائعة والملكية المفروزة[2] ص 30،31.

- بالنسبة إلى طريقة الإنقضاء فإنه في الملكية المفرزة تنقضى بكل أسباب الإنقضاء، كالبيع، الهبة، الوصية والميراث....الخ، في حين أن الشيوع ينقضي إلى جانب هذه الطرق بطريقة لا نجدها في إنقضاء الملكية المفرزة ألا وهي القسمة [8] ص 722، باختلاف أنواعها، قضائية كانت أو رضائية أو قسمة تصفية والتي يصبح معها المال الشائع ملكية مفرزة فيختص عندها كل شريك بنصيبه منها بعد القسمة، باعتبار أن الشيوع حالة مؤقتة مصيرها الزوال مهما طال مدتها لأن أصل حق الملكية هو التملك الفردي والمفرز.

هذه هي نقاط تمييز الشيوع عن الملكية المفرزة الفردية، فما هي نقاط تمييزه عن الملكية الجماعية؟.

- تمييز الشيوع عن الملكية الجماعية - الملكية في الشركة:-

أموال الشركة لا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع بل هي مملوكة ملكية مفرزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا المادة 49 و 50 ق.م.ج [3]. له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، إذ متى قدم الشريك نصيبه فقد حقه العيني لينتقل إلى الشركة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه، ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة أو تصفيتها [6] ص 110، كما يقتصر حق الشريك على إستغلال محل الملكية (المال) والحصول على أرباح بقدر نصيبه دون أن يكون مالك للمال ولا لحصه فيه، أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية وليست جماعية، لأن الملكية الفردية نوعان ملكية فردية مفرزة، وملكية فردية شائعة [7] ص 10، 11. والتي تختلف عن نظام ملكية الأسرة باعتبارها ملكية جماعية على الرغم من أن القانون لم يعطها الشخصية المعنوية إلا إنه يعترف بملكية الأسرة، التي تتميز بعدم قابليتها للقسمة مادامت قائمة، عكس ما هو موجود في الشيوع الذي ينقضي بالقسمة، كما أن ملكية الأسرة يجب أن تنشأ كتابة المادة 738 ق.م.ج [3]. بين أفراد الأسرة الواحدة بخلاف الشيوع.

هذا، وتنتهي الملكية الجماعية في الشركات بالتصفية عند الإفلاس أو إنتهاء مدتها القانونية التي حددها قانونها الأساسي، أو إنتهاء الغرض الذي أقيمت لأجله، عكس الشيوع الذي يمكن أن ينقضي في أي وقت، كأن يطلب أحد الشركاء القسمة المادة 1/722 ق.م.ج [3].

- تمييز الشيوخ عن الملكية المشتركة في البناءات:

ملكية البناءات على الرغم من تعدد ملاكها إلا أنها لا تعد من قبيل الملكية الشائعة في بعض أجزاءها كما هو الحال في البناء ذي طبقات متعددة يملكها عدة أشخاص، حيث أن كل واحد من هؤلاء يملك على سبيل الإنفراد الطبقة العائدة له، ويملك على سبيل الشيوخ الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك المادة 744، 745 ق.م.ج [3]، فملكية الطبقات هي مزيج بين الملكية الشائعة والملكية الفردية [6] ص 109.

كما تختلف الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة كونها تتعلق (الملكية المشتركة) فقط بالعقارات والمباني المشتملة على حصص مفرزة مخصصة للإستعمال الخاص وأجزاء مشتركة يحددها الجدول الوصفي للتقسيم [12] ص 57.

كما تختلف الملكية المشتركة عن الملكية الشائعة باعتبار إنه لا يجوز لأي شريك في الملكية المشتركة طلب القسمة فيه، نظرا لطبيعته، بخلاف الشيوخ العادي الذي ينقضي بالقسمة، كما إنه في ملكية الطبقات والشقق يتحدد فيها حق المالك بحصته محدد من الشيء المشترك، بخلاف الشيوخ العادي فالمالك فيه حصته شائعة غير محددة بمكان وإنما محددة بنصيب أو سهم فقط [2] ص 30.

أما فيما يخص طبيعة كل منهما، فنجد أن الملكية المشتركة هي ملكية جماعية لا فردية لأن المالك فيها هو جماعة من الناس، لا يملك أي واحد منهم بمفرده الشيء المملوك ولا حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين، دون شرط أن يكونوا متحصلين على الشخصية المعنوية، بخلاف الملكية الشائعة التي هي ملكية فردية باعتبار أن الشريك يملك حصته في المال الشائع بمفرده ونصيب حقه على هذه الحصة مباشرة [8] ص 716، 717، هذا ونشير إلى أنه لا يمكن القول أننا بصدد شيوخ إذا توزعت عناصر حق الملكية في يد أشخاص متعددين، كأن يكون حق الرقبة (حق التصرف) في يد شخص، وحق الإنتفاع (حق الإستعمال والإستغلال) في يد شخص آخر، لأن كل واحد منهم يملك عنصر من عناصر الملكية منفردا وإن كان المحل والوارد عليه حق التصرف وحق الإنتفاع واحد، وذلك نظرا إلى ما ذكرناه سابقا في شروط الشيوخ بأنه يجب أن يكون هناك مالكان أو أكثر للحق الواحد سواء تعلق الأمر بحق عيني أصلي كحق الملكية وحق الإرتفاق أو الإنتفاع، أو حتى الحقوق العينية التبعية

حقوق الرهن الرسمي والحيازي، ومنه لا يمكن القول أننا بصدد شيوع إلا إذا تعدد الملاك لحق عيني واحد أصلي كان أو تبعي [13] ص 156.

هذا فيما يخص تعريف الشيوع وتمييزه عن غيره من أنواع الملكية المشابهة، فما هو الوضع القانوني للصورة الثانية للشيوع المتمثلة في الشيوع الإجباري؟.

2.1.1. أحكام الشيوع الإجباري

بعد تطرقنا لمفهوم الشيوع في المطلب الأول، نجد أن المشرع قد أوجد نظاما آخر من الشيوع أو صورة أخرى للشيوع، بحيث يجد الشريك نفسه مجبرا على البقاء فيها لمدة معينة، وهذا ما يسمى بملكية الأسرة (الفرع الأول)، أو يجد نفسه مالك على الشيوع بعض الأجزاء التي يشترك فيها مع غيره من الشركاء بالرغم من أنه مالك لجزء أو حصة مفرزة معينة بالذات، كمن يشتري شقة في عمارة، فيكون مالكا على الشيوع للأجزاء المشتركة (الفرع الثاني)، ومالكا بصفة فردية أو مفرزة لأجزاء شقته، وله عليها كل السلطات التي يخولها له حق الملكية.

ونجد الأساس القانوني للشيوع الإجباري في القانون المدني الجزائري من نص المادة 737 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: «لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها أو إتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة، وإما من أي مال آخر لهم»، وهذا ما يعرف بالشيوع الإجباري في صورة ملكية الأسرة، كما نجد نص المادة 745 من ق.م.ج، الذي يؤكد على وجود شيوع في الأجزاء المشتركة وذلك بنصها على مايلي: «تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لإستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو أكبر عدد منهم...».

كما نجد الأساس الذي يجمع بين هذين الصورتين في نص المادة 737 ق.م.ج. بحيث تنص على أنه: «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد

له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع»، وعليه سنتناول صورتى الشيوع الإجبارى وفق مايلي:

1.2.1.1. ملكية الأسرة

هي شيوع مؤقت، ينشأ باتفاق أفراد الأسرة، وتطبق عليه أحكام المواد من 738 ق.م.ج، إلى المادة 741 من نفس القانون، هذه الأحكام تميزها عن الملكية الشائعة، وتتجلى هذه القواعد والأحكام في كيفية إنشاءها وكيفية إخراج الشريك فيها لحصته وعدم القابلية للقسمة مادامت قائمة، وعدم جواز التصرف فيها للأجنبي نظراً للترابط والتكافل الموجود في الأسرة الواحدة، باعتبار أن الهدف من إنشاءها هو استمرار الإنتفاع بمال الأسرة قصد إنماء والحفاظ عليه من الزوال، وذلك تميماً للروابط الأسرية للمجتمع المعروف بتكاتفه وتضامنه نظراً لروابط القرابة والدين.

كما تطبق عليها فيما عدا ذلك أحكام الشيوع، وذلك بنص المادة 742 من ق.م.ج. على أنه: « فيما عدا الأحكام السابقة تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة»، وعليه نتساءل عن كيفية إنشاء هذه الملكية (أولاً) وعن أحكام التصرف والإدارة فيها (ثانياً)؟.

- نشأة ملكية الأسرة

ملكية الأسرة الهدف منها هو إنماء المال والإنتفاع به بغرض الوصول إلى أكبر قدر من الإستفادة منه مجتمعاً، فقد تنقص قيمته عند تقسيمه إلى أجزاء أو حصص مفرزة، لذا يمكن أن يتفق أعضاء الأسرة على إنشاء ملكية للأسرة لمدة معينة تصل إلى 15 كحد أقصى.

وتنص المادة 738 من ق.م.ج. على أنه: « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وإتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر لهم»، وعليه، نستنتج من نص المادة المذكورة أعلاه أن ملكية الأسرة تنشأ بموجب عقد مكتوب (1)، أطرافه أعضاء الأسرة (2)، ومحلها إما أموال موروثه أو أموال أخرى تم إدخالها في ملكية الأسرة (3)، وسببه المصلحة وإنماء المال، على ألا تزيد مدته عن خمسة عشر سنة (4) بحسب

نص المادة 739 من ق.م.ج. وعليه نقول أنه لكي تنشأ ملكية الأسرة يجب أن تتوفر الأركان التالية:

- أعضاء أسرة واحدة:

فهم هنا أطراف عقد ملكية الأسرة، فعادة يكونون من ورثة المتوفى، إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مالا يمكن إستغلاله تجاريا أو صناعيا، كالمصنع أو المحل التجاري، ويكون من المصلحة المحافظة على هذا المال وذلك عن طريق إبقائه بينهم في الشيوخ وترك أحد الورثة يديره كوكيل عنهم مع إعطائه سلطات واسعة في الإدارة، فالورثة إذن هم من ذوي القربى عدا الزوج والزوجة فليس بالضرورة أن تقوم بينهم قرابة، وعليه يجب أخذ مفهوم الأسرة بمفهومه الواسع لا الضيق، إذ لا يمكن تصور وجود قرابة بين الأعمام وأولادهم ولا تكون بين الزوج والزوجة [8] ص 941، هذا ما أكدته المادة 738 من ق.م.ج.في نصها على أنه: «أعضاء الأسرة الواحدة...»، وذلك بالقول بأعضاء الأسرة هو لفظ عام ولم تنص على «الأقرباء»، ومنه يأخذ القرابة بمفهومه الواسع، فيشمل قرابة النسب والحواشي وحتى المصاهرة إذا كانت المصلحة تتطلب ذلك، إضافة إلى أن الأساس الذي تقوم عليه ملكية الأسرة هو تلك الرابطة القوية التي بين الشركاء والتي تكون أقوى عادة بين الزوجين [7] ص 527، باعتبار الضابط من قيام ملكية الأسرة هو العمل والمصلحة التي تشمل جميع الورثة بما فيهم الزوج وزوجته [14] ص 310، وحتى ولو كان للزوج أو الزوجة أخ يشترك معهم في مال شائع وأراد الأخ إدخال هذا المال الشائع في ملكية الأسرة فله ذلك بشرط تحقيق المصلحة ووحدة العمل [15] ص 152، وتحديد الشركاء في ملكية الأسرة هنا إنما ينصب على الشركاء المنشئين لعقد ملكية الأسرة وقت الإنشاء، ولا يعني ذلك الأجنبي الذي يدخل شريك معهم فيما بعد، وذلك بتملكه لحصة أحد الشركاء برضائه ورضاء باقي الشركاء [16] ص 239، ونشير كذلك إلى أن وحدة المصلحة والعمل لا تمثلان قيودا على الإتفاق، بل يعدان الباعث الدفع للإتفاق بالتعاقد، فيكفي أن يكون هذا الباعث والدافع مشروعاً [10] ص 139.

- إتفاق مكتوب:

وهو ركن إنشاء لا إثبات، فتتص المادة 738 من ق.م.ج، على أنه: «... أن يتفقوا كتابة...»، وعليه فالإتفاق غير المكتوب يكون باطلا ولو أقره المتعاقدون، وسبب الكتابة هو أن

ملكية الأسرة قد تدوم إلى 15 سنة فوجب أن يكون الإتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليها عند الحاجة طوال هذه المدة [8] ص 940، والكتابة تكون بعقد عادي عند الموثق، إلا أنه إذا تضمنت الملكية على عقارات أو حقوق عينية عقارية تعين إتباع إجراءات [6] ص 177 الشهر والتسجيل التي يفرضها القانون حتى ولو لم تكن ناقلة للملكية المادة 324 مكرر [1] [3]، وطبيعة الإتفاق هنا هو تراضي على إنشاء ملكية الأسرة، ويشترط فيه توافر الأهلية في أعضاء الأسرة المتعاقدين فالذي يضع ماله في ملكية الأسرة لا يقوم بمجرد إدارته إدارة معتادة، إذ هو يقيد من حريته في التصرف فيه، وفي نفس الوقت يعطي لمن يدير هذه الملكية سلطة واسعة تتجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة، وعليه وجب أن توفر فيه أهلية التصرف، ولا بد في من يدخل في ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية، أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، فإذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر وجب إتباع إجراءات الولاية على المال في شأن التصرف في أموال القاصر [8] ص 941، وذلك بضرورة الحصول على الإذن القضائي كما تقتضيه أحكام المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري المادة 88 ق.أ.ج [17] ، باعتبار أن إدخال أموال القاصر عقارية كانت أو منقولة في ملكية الأسرة يعد من أعمال الإدارة غير المعتادة وأعمال التصرف التي تستوجب الرجوع إلى القاضي وإستئذانه فيها.

وعليه، متى تمت كتابة العقد وتوافرت أركانه، وتم شهره وتسجيله تصبح الأموال مملوكة لجميع أطرافه ملكية شائعة نصيب كل واحد منهم محدد في عقد الإنشاء، والعقد لا يرتب قيام شخصية معنوية لملكية الأسرة، ولكن تفضل الأموال مملوكة على الشيوع لأعضاء الأسرة، لهذا فمن كان يملك على الشيوع ملكية أصبح يملكها على الشيوع بملكية الأسرة حتى ولو كان يملك نصيب مفرز بشكل فردي، فبعد إدخاله في ملكية الأسرة يصبح مالك على الشيوع مع أعضاء الأسرة، وبالتالي ومن تاريخ إبرام العقد وشهره والتسجيل تخضع ملكية الأسرة [14] ص 940، 941، في إدارتها والتصرف فيها لأحكام المواد من 738 إلى 741، وكذلك المادة 742 من ق.م.ج. التي تحيلها إلى الملكية الشائعة.

- أموال مملوكة لأعضاء الأسرة:

إذ تنص المادة 738 من ق.م.ج. على أنه: «...وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وإتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم». وعليه تتكون ملكية الأسرة عادة من تركة ورثوها وأرادوا إبقائها على الشيوخ لتدار إدارة مشتركة، تنتسح فيها السلطات للمدير بهدف الإستغلال الأحسن والإحتفاظ بوحدة التركة، فهي تهدف إلى إنماء المال والإنتفاع به تحقيقا للمصلحة المرجوة من إنشاء ملكية الأسرة، وعليه فلا مانع من إضافة مال آخر للتركة شائعا كان أو مفرزا، لإدخاله في ملكية الأسرة، كما يجوز أن تضاف إليها أموال أخرى حتى بعد إنشاءها وذلك بالإتفاق طبعاً، مع شرط أن يكون المال الذي يقدمه عضو الأسرة مملوكاً له ملكية حالة، أي أن يكون مالكا له وقت إبرام العقد، بحيث يجب أن لا تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلية، كأن تكون تركة يرثها الشخص مستقبلاً، باعتبار أن التصرفات الواردة على التركة المستقبلية باطلة المادة 90 ق.م.ج [3]، إذ يجوز أن يكون المال المراد إدخاله في ملكية الأسرة عقاراً كان أو منقولاً، كالمحل التجاري أو مصنع بشرط إتباع إجراءات الشهر والتسجيل فيما يتعلق بالعقارات [8] ص 943، 944، أو إتباع الإجراءات الإدارية المطلوبة إذ ألزم القانون إتباعها فيما يخص المنقولات، كالسيارة مثلاً، ويجوز أن تكون الأموال المدخلة في ملكية الأسرة مملوكة لكل منهم بسبب آخر غير الميراث [13] ص 259، ويجوز أيضاً أن تكون هذه الأموال حقوقاً شخصية كانت أو عينية في ذمة الغير بسند صحيح كالدين لدى الغير مثلاً، ولا يصح أيضاً أن يكون محل الملكية الشائعة في ملكية الأسرة ما لا يحوزه الشريك المتعاقد بنية تملكه بالتقادم، فمثل هذا المال لا يعتبر مملوكاً له وقت الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة، وهو شرط لازم لصحة عقد إنشائها [7] ص 530.

– ألا تزيد المدة عن خمسة عشرة سنة:

تنص المادة 739 من ق.م.ج. على أنه: «يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له بإخراج نصيبه من هذه الملكية قبل إنقضاء الأجل المتفق عليه إذا ما وجد مبرر قوى لذلك».

ولهذا نستنتج أن الأصل في ملكية الأسرة هو التأقيت وليس الدوام على الرغم من طول المدة التي يتفقون عليها (15 سنة)، وعليه فإذا حددت المدة في الإتفاق وجب أن لا تزيد

عن خمسة عشرة سنة كما ورد في نص المادة المذكورة أعلاه، ويجوز أن تكون أقل من خمسة عشرة سنة، ومتى حددت المدة وجب على الشركاء أن يبقوا أموالهم داخل ملكية الأسرة طوال المدة المحددة في العقد.

وبهذا تكون مدة ملكية الأسرة أطول من المدة الموجودة في الشيوخ العادي الذي لا يجب أن يتفق الشركاء على البقاء فيه لمدة تزيد عن 5 سنوات، كما يمكن تجديد المدة عدة مرات متى إتفق الشركاء على ذلك وتوفرت المصلحة ووحدة العمل، وفي حالة عدم التجديد ولم يطلب أي شريك القسمة تحولت ملكية الأسرة إلى شيوخ عادي، ومادامت ملكية الأسرة قائمة وجب إستئذان المحكمة لإخراج الشريك لنصيبه قبل إنقضاء المدة المتفق عليها بشرط أن يكون له مبررا قوي في ذلك، كأن يكون بحاجة ماسة للمال الذي أدخله في ملكية الأسرة، أو إنتقل للعيش بعيدا عن المال ولا يستطيع عندها متابعتها وإدارته [8] ص 945، كما نشير إلى أنه في حال تجديد المدة تحسب المدة الجديدة من يوم التجديد ولا ينتظر إنتهاء المدة الأولى إذا لم تنتهي المدة بعد، والتجديد كذلك يجب ألا يتجاوز مدة خمسة عشرة سنة، فإذا تجاوز هذه المدة وجب تخفيضها لحدود خمسة عشرة سنة [14] ص 315.

أما إذا لم تحدد المدة بعد قيام ملكية الأسرة جاز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر ونصت في ذلك المادة 2/739 من ق.م.ج. على أنه: «...وإذا لم يكن للملكية المذكورة - ملكية الأسرة- أجل معين، جاز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبة في ذلك».

ولا يشترط في الإعلان شكل معين، فقد يكون كتابة مسجلة أو غير مسجلة، أو حتى شفوية، مع العلم أن عبئ الإثبات هنا يقع على الشريك الذي أبدى نيته في الخروج من ملكية الأسرة، هذا مع الإشارة أنه إذا كانت الملكية عبارة عن أرض زراعية وجب إتباع عرف الزراعة هنا، وذلك لإنتظار جني المحصول [8] ص 945، حتى ولو طالت المدة عن ستة أشهر.

وفي حالة تحقق الخروج بعد إذن المحكمة المختصة، فإن هذا الخروج لا يعد قسمة قضائية أو إتفاقية، بل يجوز الإلتجاء إلى التجنيب ولو كان التقسيم على أساس أصغر نصيب ممكن، ويصح إعطاء الشريك الخارج مقابل نصيبه نقدا إذا تعذر التجنيب وذلك لتفادي اللجوء

إلى بيع المال كله (ملكية الأسرة) في المزداد العلني[13] ص260، هذه هي أركان إنشاء ملكية الأسرة، فما هي أحكام التصرف والإدارة فيها؟.

- أحكام التصرف والإدارة في ملكية الأسرة:

عند النظر إلى مواد القانون المدني الجزائري المنظمة لملكية الأسرة نجدها تفردتها بنظام خاص فيما يخص الإدارة والتصرف، كما يحكمها فيما عدا ذلك الأحكام المتعلقة بالشيوخ العادي، وقواعد الوكالة من حيث التصرف والإدارة كذلك، وهذا ما يتجلى من نص المادة 742 من ق.م.ج. في نصها على أنه: «فيما عدا الأحكام السابقة تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة»، وعليه نستنتج أن ملكية الأسرة يمكن أن تكون محل تصرف (1) كما يمكن أن تكون محل إدارة وهو الغرض من إنشائها (2).

- أحكام التصرف في ملكية الأسرة:

أعمال التصرف هي من قبيل التخلص من الملكية بأي طريقة كانت، سواء كان عن طريق البيع أو الهبة أو الوصية، أو أي تصرف آخر ينهي ملكية المتصرف على الشيء المتصرف فيه، وتنتقل بموجبه الملكية إلى المتصرف إليه وتكون له عليه ملكية تامة غير ناقصة، فقد يتصرف الشريك في ملكية الأسرة في نصيبه لشريك له في العقد المنشئ لهذه الملكية، وهذا النوع من التصرف لا يحتاج إلى إذن باقي الشركاء للقيام به ولا حتى من القضاء حتى ولو كان صادرا خلال المدة المتفق عليها في عقد إنشاء ملكية الأسرة[10] ص141، لأن الشيء المتصرف فيه لم يخرج بعد من ملكية الأسرة وإنما خرج الشريك فقط وذلك بتنازله عن حصته لشريك آخر معه في الاتفاق.

أما التصرف الصادر عن الشريك في ملكية الأسرة إلى أجنبي فهو غير جائز، حسب نص المادة 740 من ق.م.ج. إلا بموافقة جميع الشركاء، ونجد ذلك في نصها الصريح في الفقرة الأولى منها على أنه: «... لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا...»، وعليه فالتصرف بحسب نص المادة متوقف على موافقة جميع الشركاء، وتكون الموافقة بالإقرار الذي يصدر منهم أو من الوصي أو الولي في حال كان بينهم من هو قاصر أو ناقص أهلية، ولا يصبح هذا الأجنبي المتصرف إليه شريكا

في ملكية الأسرة إلا برضاء الشريك الذي تصرف برضاه له أو تملك عنه الشيء جبرا، ورضاء باقي الشركاء.

هذا ما هو مبين في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه، والتي نصها: «إذا تملك الأجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضا باقي الشركاء».

ولكن نص المادة أغفل فكرة رضا الأجنبي في أن يصبح شريكا في ملكية الأسرة، ومنه وطبقا للقواعد العامة نقول أنه إضافة إلى رضا الشركاء في ملكية الأسرة وجب أن يرضى ويقبل هذا الأجنبي بأن يصبح شريكا معهم في ملكية الأسرة، وإذا لم يرضى وجب على الشركاء إخراج نصيبه عن طريق التجنيب أو توقي الإخراج عن طريق تقديم مقابل ما صار في ملكه نقدا، وبالتالي فالرضا المشروط في المادة يجب أن يكون على مرتين: الأولى حين قام شريكهم بالتصرف والثانية حين القبول بإدخال الأجنبي المتصرف إليه معهم كشريك في ملكية الأسرة [7] ص 538، 539، والغرض من هذا التقييد هو أن تبقى الملكية مقصورة بين أفراد الأسرة الواحدة قدر الإمكان، وهو الهدف من إنشاء ملكية الأسرة [15] ص 156.

كما يمكن أن يكون من قبيل التصرف في ملكية الأسرة الحجز عليها وبيعها في المزاد العلني، ونكون أمام هذه الحالة في حالة ما إذا كان أحد الشركاء مدينا وقام مدينه بالحجز على نصيبه في ملكية الأسرة نظرا إلى عدم قدرته على سداد دينه، وهو ما لمحت إليه المادة 2/740 من ق.م.ج، في نصها على أنه: «...إذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبرا عليه...». هذا ما ينقص من قيمة الضمان الممنوح للشركاء في ملكية الأسرة وهو عدم جواز التصرف إلا برضائهم جميعا [7] ص 540، إذ يفتح الباب للشريك للإستدانة مما قد يجعل دائته ينفذ على حصته إذا لم يوفي بدينه، وعليه لا قيمة لرضا الشركاء المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه [3]، فكان الأجدر بالمشرع عدم فتح المجال للدائن بالتنفيذ على حصة الشريك في ملكية الأسرة لكي نحمي هذا النوع من الملكية ويتحقق الغرض من إنشائها، ومادام أنه يمنح لدائن الشريك فرصة الحجز على حصته كان عليه وتحقيقا للمساواة في نظرنا أن يمنح للشركاء الحق في الشفعة لكي تبقى ملكية الأسرة قائمة وغير مهددة بالزوال، فيكون على إثر ذلك للشركاء حق الشفعة على الحصة التي محلها عقارا أو

حق الإسترداد على الحصة التي محلها منقول وهذا في رأيي أضمن وأريح للشركاء من التصرفات التي يقوم بها شريكهم وخاصة الإستدانة أو ترتيب حق شخصي يجعل ملكية الأسرة مهددة بسببه.

كما يعد من قبيل أعمال التصرف في ملكية الأسرة طلب القسمة، وهذا ما لم يغفله المشرع ومنع ذلك في نص المادة 1/740 من ق.م.ج. بنصها على أنه: «... ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ...»، وعليه، يتضح من نص المادة أنه على الشريك أن يبقى مدة خمس عشرة سنة على الشيوخ جبرا عليه، وهذا ما لا نجده في الشيوخ العادي، الذي لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ أكثر من خمس سنوات، كما لا يتحقق هذا القيد (ضرورة البقاء خمس عشرة سنة) إذا كان عقد إنشاء ملكية الأسرة نص على مدة أقل، فالشريك إنتظار إنقضاء تلك المدة المحددة في الإتفاق ، ولا يتحقق هذا القيد كذلك في الحالة التي لا يحدد فيها الشركاء المدة في عقد الإتفاق على إنشاء ملكية الاسرة ، ويكون للشريك أن يخرج نصيبه بعد مضي ستة أشهر من يوم إعلام شركائه عن نيته في الخروج من ملكية الأسرة[8]ص948، وبعدها يصبح في حالة شيوع عادي ويكون له حق طلب القسمة حسب ما تضمنته المادة 722 من ق.م.ج، في نصها على أنه: « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى عقد أو إتفاق...»، هذه هي أحكام التصرف في ملكية الأسرة، فما هي أحكام الإدارة؟.

- أحكام الإدارة في ملكية الأسرة:

بحسب نص المواد 741 و742 من ق.م.ج. نجد أن المشرع قد منح للشركاء ذوى أكبر نصيب من الحصص أن يعينوا شريكا لإدارة أموال ملكية الأسرة ويخضع في علاقته بهم إلى أحكام وقواعد الوكالة حسب نص المادة 742 ق.م.ج المنصوص عليها في أحكام المواد من 571 إلى غاية المادة 589 من القانون المدني الجزائري.

وعليه فإن إدارة ملكية الأسرة منوطة للشركاء أصحاب القدر الأكبر من الحصص وذلك بحسب ما تنص عليه المادة 1/741 من ق.م.ج، بنصها: « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحد أو أكثر...» ويستوي الأمر إذا كان صاحب أكبر قيمة من الحصص شريك واحد، فالعبرة ليست بالأغلبية في الشركاء ولكن

في أغلبية الحصص، ويجب أن يكون هذا المدير من بين الشركاء أنفسهم فلا يجوز للأجنبي تولي إدارة ملكية الأسرة، وهذا ما تنص عليه المادة أعلاه « من بينهم »، فإذا كان من بين الشركاء في ملكية الأسرة من هو قاصر وكان يملك أغلبية الحصص فيمكنه أن يعين المدير عن طريق وليه أو وصيه وفق نص المادة 81 ق.أ.ج، لأنه يعتبر من أعمال الإدارة والتبرع التي تضره ضرراً محضاً، وحتى ولي القاصر أو وصيه يجب أن يستأذن القاضي عملاً بنص المادة 88 ق.أ.ج، المختص لكي يأذن له بتعيين المدير، لأنها من الأعمال التي خصها المشرع الجزائري وإستلزم إستئذان القاضي فيها، وذلك رعاية لمصالح القاصر وحماية لأمواله وحقوقه.

كما يمكن للأغلبية ذات أكبر قدر من الحصص أن تباشر أعمال إدارة ملكية الأسرة دونما الحاجة إلى تعيين مدير، فلها أن تباشر أعمال الإدارة العادية وغير العادية التي تراها ملائمة [13] ص 261، وعليه تصبح هذه الأغلبية نائبة على الأقلية نيابة قانونية وتلتزم الأقلية بقرارات الأغلبية.

وللمدير في ملكية الأسرة سلطات واسعة في الإدارة، فله القيام بأعمال الإدارة التي تحسن طرق الإنتفاع بمل ملكية الأسرة، وهو ما ذهبت إليه المادة المذكورة أعلاه بنصها: «...وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال»، وبالتالي فالمدير يمكنه القيام بأعمال الإدارة العادية وحتى غير العادية بهدف تحسين وتثمين الإنتفاع بهذا المال، ولا يحده في سلطاته إلا قيودان هما:

- القيد الأول:

أنه لا يملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها، كأن يبدل مال بمل آخر، فكل سلطاته تنحصر في التعديل في الغرض الذي أعد له المال لا التعديل في المال ذاته [8] ص 950، كأن يحول منزل شاغر معد للسكن إلى مكاتب للإيجار.

- القيد الثاني:

يمكن للشركاء ذوي الأغلبية المشار إليها في المادة 741 من ق.م.ج. السالفة الذكر أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة سواء كان ذلك حال تعيينه أو بعد تعيينه، كأن يخولوه

سلطات الإدارة العادية فقط مثلا، أو يشترطوا موافقتهم قبل أي عمل من أعمال الإدارة غير العادية[8]ص950.

هذا ويعزل المدير بالطريقة التي عين بها حتى ولو إتفق على خلاف ذلك، ذلك ما إحتواه نص المادة 2/741 من ق.م.ج، السالفة الذكر بنصها على أنه:«...ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو إتفق غير ذلك...»، ولهذا فلعزل المدير يتوجب توفر أغلبية الشركاء أصحاب أكبر نصيب لكي يعزل حتى ولو أصر على خلاف ذلك، كما يعزل المدير من المحكمة بحسب نص المادة 741 من ق.م.ج.بنصها:«...يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر عزله...»، والسبب القوي خاضع لتقدير القاضي، خاصة إذا كان المدير قد أضر بمال القاصر الشريك في ملكية الأسرة وقام الولي أو الوصي بإخطار المحكمة، فنتدخل لعزل المدير نظرا لخروجه عن أعمال الإدارة المعتادة، أما بالنسبة إلى باقي الشركاء الراشدين فيكفي أن يثبتوا أن المدير قام بعمل خارج عن سلطاته أو قام بتغيير في أصل المال أو أي سبب قوي آخر، لكي يأمر القاضي بعزل المدير عن مهامه.

هذه هي أعمال الإدارة والتصرف في ملكية الأسرة، والتي حتما ستكون مختلفة عن أعمال الإدارة والتصرف في الشيوخ العادي على النحو الذي سنراه من خلال دراستنا هذه، خاصة في المطلب الثالث من هذا المبحث.

2.2.1.1. الشيوخ في الملكية المشتركة

تنص المادة 743 من ق.م.ج، على أنه:« الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون فيها العقار المبني أو مجموعة من العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة ». يتضح من نص المادة أعلاه، أن نظام الملكية المشتركة هو نظام خاص فريد من نوعه، فهو يجمع بين صورة الملكية الفردية والجماعية، وكذلك المفززة والشائعة، فهي ملكية فردية مفززة بالنسبة إلى الأجزاء الخاصة التي عدتها المادة 744 من ق.م.ج، على سبيل المثال لا الحصر، ولصاحبها حق ملكية تام بكل عناصره لا يقيد فيها سوى حقوق شركائه

في الأجزاء المشتركة، كما أنها ملكية جماعية شائعة في الأجزاء التي بينها المادة 745 من ق.م.ج، وبالتالي تخضع إلى أحكام الشيوخ.

ومحل الشيوخ في الملكية المشتركة ينصب على الأجزاء المشتركة لا الخاصة، وهذا ما أكدته المادة 745 السابقة الذكر في نصها على أنه: «تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوخ كافة الملاكين المشتركين بالنسبة إلى كل واحد منهم في كل حصة لإستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم..» وعليه نجد أن المشرع قد إعترف بالشيوخ الإجمالي في الملكية المشتركة والذي يكون على كل جزء مشترك بين الملاكين لهذا، ولكي نقول أننا بصدد ملكية مشتركة يجب أن يتوفر مايلي:

- وجود عقار مبني أو عدة عقارات مبنية.

- ملكية مقسمة بين عدة أشخاص لكل واحد منهم جزء مفرز ملك له، وكذلك نصيب في الأجزاء المشتركة يملكه مع جميع الملاك على الشيوخ.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو نظام الشيوخ في الملكية المشتركة الذي يرد على الأجزاء المشتركة باعتبارها مملوكة بين عدة أشخاص، ما يوجد حالة خاصة بها من حيث محل الشيوخ (أولاً) وحقوق وواجبات الشركاء في الأجزاء المشتركة (ثانياً).

- محل الشيوخ في الأجزاء المشتركة:

مهما كان مصدر الملكية في الأجزاء المشتركة، سواء كان هبة أو وصية أو ميراث كمن يرث شقة عن أبيه في عمارة، أو حتى عقد بيع، بحيث يشتري شخص شقة أو طابقاً في بناية معينة، فيجب أن يكون هناك ما يسمى بالجدول الوصفي للتقسيم، الذي يحدد كل ما يتعلق بالأجزاء الخاصة وحصة كل شريك فيها، فيما يتكفل العقد الأول بتحديد الحقوق والحصص المشتركة التي يملكها على الشيوخ جميع الشركاء، ولتحديد محل الشيوخ في الأجزاء المشتركة نصت المادة 745 من ق.م.ج، على أنه: «... وتعد أجزاء مشتركة ما يلي:

- الأرض والأفنية، والبساتين، الجنائن والمداخل.

- الجدران الأساسية في البناء، أدوات التجهيزات المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها والتي تمر عبر المحلات الخاصة.

- الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للإستعمال المشترك.

- الرواق الخارجي والدرايبز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للإستعمال الخاص من طرف شريك واحد.

- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة.

- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد».

من خلال نص المادة نستخلص أن المشرع نص على الأجزاء المشتركة التي تكون محل شيوع بين الملاك على سبيل المثال لا الحصر، ومعياره في ذلك هو مدى قابلية الجزء للإشتراك فيه بين مالكين أو أكثر، فما لا يمكن الإشتراك فيه كالحصص المفردة المبينة في الجدول الوصفي للتقسيم وعقد الملكية لا يمكن أن يكون محل شيوع بين الملاك، وبالتالي يمكن للملاك تحديد الأجزاء التي يمكن إعتبارها مشتركة بينهم لكي تكون محل شيوع في عقد الملكية، سواء كان ذلك عند إنشائه أو حتى بعد إنشائه، وذلك إذا وجدوا أجزاء يمكن أن تكون محل شيوع، والإشراك هنا قد يكون بين مجموعة من الأشخاص كما هو الشيء بالنسبة للأرض المبني عليها العمارة، أو بين شخصين إثنين فقط كمن يفصل شقتيها حائط فاصل مشترك بينهما[16]ص253، وإذا تحددت ونشأت الملكية المشتركة، ترتب على أطرافها حقوق وإلتزامات إما بمقتضى القانون أو بمقتضى العقد المنشئ لها، فما هي هذه الحقوق والإلتزامات؟.

- حقوق وإلتزامات الملاك في الأجزاء المشتركة:

قبل التطرق إلى حقوق وإلتزامات الملاك في الأجزاء المشتركة التي يملكونها فيما بينهم على الشيوع، لا بد من الإشارة إلى أنه لا يمكن أن تكون الملكية المشتركة محلا لدعوى التقسيم أو البيع بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة التي تحتويها، وهذا ما أكدته المادة 747 من ق.م.ج[3]، وهذه هي الميزة التي تميز الشيوع في الملكية المشتركة عن الشيوع

العادي، فلا يحق للمالك في الأجزاء المشتركة أن يرفعوا دعوى قسمة الفناء المشترك وإخراج حصتهم منه وهو نفس الحكم في الأجزاء المشتركة.

- حقوق المالك في الأجزاء المشتركة:

تنص في هذا الإطار المادة 749 من ق.م.ج، على أنه: « لكل شريك في الملكية المشتركة الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل وينتفع بالأجزاء الخاصة والمشاركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار».

نلاحظ أن المشرع منح للمالك الشريك في الأجزاء المشتركة الحق في الإنتفاع والإستعمال بكل حرية، شرط عدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين أو إلحاق الأذى بأصل الملكية، وعليه فللشريك سلطة واسعة في الإنتفاع بالأجزاء المشتركة بشرط عدم التغيير في أصلها أو جوهرها وحتى وجهتها، وعدم الإضرار بباقي الشركاء باعتبار أن لهم حقوق على هذه الأجزاء، ولهذا بإمكانه إجراء تعديلات على الأجزاء المشتركة مع مراعاة الشرطين السالفين وهذا على نفقته [16]ص254، وإذا كانت هذه التعديلات تعيق إستعمال الأجزاء المشتركة أو تغيير طبيعتها أو تضر باقي الشركاء، فلا يمكن لأي شريك الإفراد بها ولو على نفقته، كمن يقوم ببناء كثك أمام المدخل المشترك فيعيق الدخول إليه، إذ يجب عليه أن يحصل على إجماع كل الشركاء إذا كانوا غير متحدين، أما إذا كانوا مشكلين في شكل إتحاد المالك فيكفيه الأغلبية فقط [16]ص255، أما إذا قام بتعديلات وألحقت أضرارا لباقي الشركاء فلهم الحق في طلب التعويض، إذ تنص في ذلك المادة 756 مكرر من ق.م.ج. على ما يلي: « للشركاء الحق في طلب التعويض إذا حصل لهم ضرر بسبب القيام ببناءات سواء كان القيام بهذه الأعمال قد أدى إلى نقصان من قيمة أملاكهم أو أدت هذه الأعمال إلى منعهم من الإنتفاع بأملاكهم منعا بليغا ولو مؤقت أو حصل لهم من جراء هذه الأعمال إصابات فيما يملكون...».

يلاحظ أن المشرع لم يكتفي بتقييد أعمال الإنتفاع فقط، بل منح للشركاء الحق في طلب التعويض جراء الأضرار التي تلحقهم من أعمال الإنتفاع، وهذا التعويض بحسب نص المادة 2/756 من ق.م.ج.حق لكل الشركاء وذلك بنصها على أنه: «...يترتب على جميع الشركاء في الملكية ويوزع بقدر حقوق كل واحد في الأجزاء المشتركة».

- إلتزامات الملاك في الأجزاء المشتركة:

إذا كان لكل شريك الحق في التمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، فله كذلك أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة المشتركة بشرط عدم المساس بحقوق الشركاء أو إلحاق الضرر بالعقار، كما يلتزم الشريك بما يلي:

- دفع تكاليف النوع الأول والمتعلقة بالتسيير والترميمات البسيطة، وتكاليف من النوع الثاني والمتعلقة بالصيانات الكبرى للعقار ولأمن الشركاء في الملكية والشاغلين لها، بحيث توزع هذه التكاليف على أساس حصة كل جزء مشترك من الأجزاء تحت طائلة التهديد بالتحصيل الجبري في حالة الإمتناع عن دفع هذه التكاليف.

- بقاء المالك السابق في حالة نقل ملكية إحدى التقسيمات ملتزماً بدفع جميع الديون المترتبة عليه من الملكية المشتركة والمستحقة عند تاريخ إنتقال الملكية.

- كل شريك يتخلى عن ملكيته يجب أن يسلم في حدود شهر شهادة إلى الموثق تثبت أنه غير مطالب بأي حق إزاء جماعة الشركاء في الملكية المشتركة، وللمشتري الحق في الإعتراض في مدة 15 يوماً بدءاً من تاريخ الإعلان عن التخلي.

- إدارة الأجزاء المشتركة:

تكون عادة بتشكيل جمعية للشركاء تتمتع بالشخصية المعنوية مهمتها إدارة العقار والمحافظة عليه وتسيير الأجزاء المشتركة، وتتخذ جمعيتها وجوباً مرة في السنة، وتتخذ قراراتها بطريقة الإقتراع بالأغلبية البسيطة المحددة، ويتكفل بتنفيذها متصرف العقار الذي يعد وكيلاً للجمعية أمام القضاء، وعليه تلتزم الجمعية بالقيام بأعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، أو إجراء أي أعمال أو ترتيبات تزيد من قيمة العقار كله أو بعضه وللمتصرف إذا إقتضى الأمر القيام بنفسه بجميع الأعمال التي تضمن حفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات [16]ص257، وتكون قرارات الجمعية نافذة في مواجهة الشركاء الغائبين الذين لم يتم تمثيلهم ولا يمكن منازعتها إلا أمام المحكمة المختصة في أجل شهرين بدءاً من تاريخ تبليغ القرارات تحت طائلة سقوط الدعوى، أما قراراتها فيما يخص بناء طوابق أو عمارات بهدف إنشاء محلات جديدة

للإستعمال الخاص فلا تكون نافذة إلا إذا كان قرار الجمعية إتخذ بإجماع أعضائها الشركاء في الملكية، ويفصل المتصرف من طرف الجمعية في حال التقصير ويعين متصرف آخر من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للمكان الذي يوجد فيه العقار.

3.1.1. حقوق الشريك في المال الشائع

لقد أثير جدل فقهي حول تحديد طبيعة حق الشريك في المال الشائع، فقد إنقسم الفقه إلى ثلاثة آراء حول طبيعة حق الشريك في المال الشائع، فمنهم من يقول على أنه حق شخصي، ومنهم من يقول أنه حق عيني من نوع خاص، وآخر يقول أنه حق ملكية.

- الإتجاه الأول: حق الشريك في الشيوع حق شخصي

أي ليس حق عيني، وذلك على أساس القول بأن الحق العيني يفترض وجود محل معين له وهو شيء محدد ومعين بالذات أي شيء مفرز، بينما يقع حق الشريك المشاع على حصة غير مفرزة أو محددة تحديدا ماديا بل معنويا فقط ولا يتحول حقه الشخصي إلى حق عيني إلا بالإفراز.

هذا الرأي إنتقد لكونه يتعارض مع ما يقره القانون لكل شريك من سلطات مباشرة على الشيء الشائع، سواء تعلق الأمر بالإستغلال والإستعمال والتصرف والتي تنشيء رابطة عينية مباشرة بين الشريك والمحل المحدد الذي هو الشيء الشائع [16]ص157.

- الإتجاه الثاني: حق الشريك ملكية مشتركة لمجموع الشركاء

وذلك باعتبار أن هذا المجموع وحدة قائمة ومستقلة عن كل شريك وبذلك يكون حق الشريك مجرد حق شخصي يخوله إقتسام منافع الشيء الشائع إلى أن تقع القسمة، بحيث أن ملكية الشيء الشائع تكون لمجموع الشركاء كما هو الحال في ملكية الشركة، إلا أن الإختلاف يكمن في أن ملكية المال الشائع تكون لأغراض فردية، بينما تكون ملكية الشركة لأغراض جماعية.

هذا الرأي لا يصلح للأخذ به حديثا كون الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص، والقانون لا يعترف لمجموع الشركاء في المال الشائع بالشخصية القانونية الإعتبارية، وحتى إذا اعترف

لها بالشخصية القانونية فالملكية تؤول إليها وليس للأفراد المكونين لها، باعتبار أن لها ذمة مالية مستقلة عن الأفراد المشكلين لها [13]ص 261.

- الإتجاه الثالث: حق الشريك هو حق عيني من نوع خاص

باعتبار أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لجميع الشركاء ولا لكل واحد من الشركاء [13]ص 261، هذا الرأي لا يتفق وحكم القانون، لأن الحقوق العينية الأصلية محصورة في سلطات ثلاثة هي الإستعمال، الإستغلال والتصرف، والقول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يخرج عن هذه الحدود، وعليه فحق الشريك إما أن يجمع كل هذه السلطات وبالتالي يعد حق ملكية وهو ما يتنافى مع اعتباره حق عيني من نوع خاص، وإما أنه حق لا يخول الشريك المشاع إلا ما يعتبره إقتطاعا من سلطات الملكية، وهنا يثور التساؤل عن تثبيت له ملكية الشيء الشائع [2]ص 35؟.

ولدرء الخلاف، فصل القانون بصفة قطعية في تحديد طبيعة حق الشريك في المال الشائع وإعتبره حق ملكية تام، وذلك ما تنص عليه صراحة المادة 714 من ق.م.ج، بنصها على أنه: « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ...».

ونخلص من نص المادة أعلاه، أن حق الشريك في المال الشائع هو حق عيني أصلي يخوله السلطات الثلاث كما سنراه من خلال دراستنا لهذا المطلب بالتطرق لأعمال الإنتفاع (الفرع الأول) ولأعمال الإدارة (الفرع الثاني)، سواء كانت عادية أو غير عادية، ثم نتطرق في (الفرع الثالث) إلى سلطات التصرف في المال الشائع سواء من جانب الشريك وحده أو من جانب كل الشركاء، وذلك كما يلي:

1.3.1.1. أعمال الإنتفاع بالمال الشائع

تعد أعمال الحفظ والصيانة من قبيل أعمال الإنتفاع بالمال الشائع، لذلك أجاز المشرع لكل شريك أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع، ولو لم يوافق باقي الشركاء، وهذا ما نصت عليه المادة 718 من ق.م.ج، في نصها على أنه: « لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء»،

وعليه فقد تكون أعمال الحفظ أعمالاً مادية كالترميم والصيانة وجني الثمار قبل تلفها [18] ص01، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 21/05/1969 في المجلة القضائية لسنة 1969 ص 304:

من المقرر قانوناً أن لكل شريك أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء، ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن قضاة المجلس لما نسبوا للطاعنة أنها طلبت بمفردها بحقوق مشاعة وبعدم قبولهم دعوى إعتراض الغير الخارج عن حقوقه التي سجلتها بالرغم من كون أن القانون يسمح لها كمالكة على الشيوع أن تتولى كل إجراء لحماية الحق الكامل على الشيوع، فإن قضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون [19] ص77.

كما قد تكون أعمال الحفظ تصرفات قانونية، كرفع الدعاوى وقطع التقادم ودفع الضرائب وغيرها [8] ص744، وذلك ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا رقم 15167 المؤرخ في 19/11/1997، ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال الشائع فإنهم قد أصابوا في قرارهم وخاصة وأن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم، ومتى كان ذلك وجب رفع طعن [20] ص128.

ويحق للشريك الذي قام بأعمال الحفظ أن يرجع على الآخرين كل بقدر نصيبه في النفقات التي تكبدها لحفظ الشيء الشائع [18] ص03، علماً أن نصيب كل شريك من تلك النفقات يعين بحسب حصته في ذلك الشيء، وعليه فمن يقوم بهذه الأعمال له أن يرجع على باقي الشركاء بدعوى الوكالة لإسترجاع نفقات أعمال الحفظ إذا لم يعارضوا رغم علمهم، أما إذا قام بها دون علمهم عد الشريك فضولياً، ويرجع عليهم بدعوى الفضالة، وأما إذا قام بها بالرغم من إعتراضهم يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، وفي جميع الأحوال يعد الشريك نائباً عن باقي الشركاء نيابة قانونية فيرجع عليهم بدعوى النيابة، ولا يمكن لأي شريك التخلص من هذه التكاليف إلا إذا تخلى عن حصته وفقاً لقواعد إنقضاء الإلتزام.

وأعمال الحفظ والصيانة عددها المشرع الجزائري في المادة 719 من ق.م.ج، على سبيل المثال لا الحصر، فيدخل في إطارها جميع النفقات الضرورية للحفظ باستثناء بعض النفقات الكمالية التي لا يمكن للشريك الرجوع بها على الشركاء، هذا وقد يكون من قبيل الإنتفاع بالمال الشائع القيام بأعمال أخرى غير الصيانة والحفظ، وتكون إما متداولة بين الشركاء أو بأجزاء، أو ما يسمى بالإنتفاع بالشيء الشائع عن طريق قسمة المهايأة التي تصب على منفعة المال دون الملكية، وهي إما مكانية أو زمانية [21] ص05، وهي تخول الشريك القيام بالأعمال والتصرفات الداخلة في نطاق إنتفاعه بالشيء الشائع، ولا يترتب عليه أن يقدم للشركاء، حسابا عما إستوفاه، ولكن عليه الإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يمس بحقوق سائر الشركاء [18] ص02، لذلك سندرس الإنتفاع بالمهايأة المكانية (أولا) ثم المهايأة الزمانية (ثانيا).

- الإنتفاع بالمهايأة المكانية:

وهي التي يتفق الشركاء فيها بأن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع نازلا لشركائه في مقابل ذلك بالإنتفاع بباقي الأجزاء [21] ص05، وهذا ما تضمنه نص المادة 733 من ق.م.ج، في نصها: «يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء...»، ولا يجوز أن يتم الإتفاق على البقاء في هذه القسمة لمدة تزيد عن 5 سنوات لأن الشركاء لا يجبرون في الأصل على البقاء في الشروع بموجب الإتفاق لمدة تزيد عن هذه المدة [21] ص05، «...ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات...» وفق المادة 733 [3]، ويجوز تجديد المهايأة مرة وإثنين وثلاثة على أن لا تزيد عن خمس سنوات، وإذا لم تحدد المدة في الإتفاق الجديد كانت المدة سنة واحدة، ولمن يرغب في التجديد يجب أن يكون إعلامه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل، وإذا دامت المهايأة المكانية مدة طويلة لأكثر من خمسة عشرة سنة أصبحت قسمة نهائية [8] ص736، وذلك ما جاءت به المادة 2/733 من ق.م.ج، المذكورة أعلاه بنصها على أنه: «وإذا دامت القسمة المهايأة خمسة عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك...»، وذلك على أساس أن الشركاء إرتاحوا وإطمأنوا إلى التعامل على أساسها، وعليه

يعد تاريخ هذه القسمة النهائية للملك هو اليوم التالي لإنتضاء مدة 15 سنة وليس من يوم ابتداء المهاية المكانية دون المساس بأثرها الرجعي، وذلك لأن القانون إعتبر حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة قرينة على قيام قسمة المهاية بين الشركاء المشاعين طوال هذه المدة ، فلا يكلف حينئذ بإثبات حصولها، ولا بتقديم السند المثبت للإتفاق عليها، ويجوز له فضلا عن ذلك التمسك بإنهاء الشيوع دون قسمة نهائية[21]ص05.

وتخضع قسمة المهاية « من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الإحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة» عملا بنص المادة 735 ق.م.ج[3]، فيجب أن يتوفر في الشريك أهلية المؤجر وكذلك أهلية المستأجر، لأنه يعتبر مؤجرا لحصته ومستأجرا لحصص بقية شركاءه، وتطبق قواعد الإيجار فيما يخص حقوق وإلتزامات الشركاء، كما يمكن لقسمة المهاية أن تتم خلال عملية القسمة النهائية وإذا طالت هذه الإجراءات أو توقع طولها يجوز للشركاء الإتفاق على أن يقسم المال مهاية بينهم، وفي حال تعذر الإتفاق جاز لكل شريك اللجوء إلى القضاء ليأمر بذلك بناء على أمر على ذيل عريضة إستنادا على تقرير الخبير[9]ص124،125، وتتميز هذه القسمة بأنها لا يشترط فيها إتفاق جميع الشركاء فيجوز إجراءها قضائيا رغم معارضة الأغلبية، كما أنها تتميز بعدم وجود مدة زمنية محددة لها وتنتهي بانتهاء إجراءات القسمة النهائية[15]ص67،68، هذا ما تضمنته المادة 1/736 من ق.م.ج، بنصها على أنه: « يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهاية بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية ، فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهاية جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها أحد الشركاء وبعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك».

- الإنتفاع بالمهاية الزمانية:

عرفتها المادة 734 من ق.م.ج. في نصها: « يجوز أن تكون قسمة المهاية أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته»، وعليه وانطلاقا من نص المادة المذكورة أعلاه، يمكن للشركاء الإتفاق على التداول في الإنتفاع بالمال الشائع فيما بينهم لمدة محددة قد تكون شهرا أو سنة أو أكثر حسب حصة

كل واحد منهم، كمن يكون شريكا مع الآخر في أرض ما للأول الثلث وللثاني الثلثين، جاز أن يتفقا على أن ينتفع الأول بها لمدة سنة، ثم ينتفع بها الثاني مدة سنتين من بعده [18]ص02، و للشريك أن ينفرد بمقتضى هذه القسمة بالإستعمال والإستغلال ليس بجزء من المال الشائع، وإنما بكل المال الشائع دون غيره من الشركاء طوال تلك الفترة المتفق عليها، كما يمكن للشريك أن يؤجر حصته خلال تلك المدة، والقانون لا يجبر أن تكون مدة الإتفاق أكثر من خمسة سنوات على اعتبار إنه لا يمكن جبر أحد على البقاء في الشبوع [21]ص06، ولا تتقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتھا، لأن المال الشائع يبقي في حالته دون تجزئته إلى أجزاء مفرزة إذ يعد من قبيل التداول على المال الشائع في الزمن، كما يشترط في الشريك أهلية الإدارة، ومنه فللولي أو الوصي أو القيم أن يعقد مهايأة زمانية نيابة عن القاصر لمدة لا تزيد عن 3 سنوات وذلك بعد طلب الإذن من المحكمة المختصة، لأن أهلية المتقاسمين تخضع لأحكام الإيجار ومنه تطبق أحكام الولاية على المال بالنسبة لسلطة الولي والوصي في حال وجود ناقض الأهلية، وعند إنتهاء المدة المتفق عليها يلتزم الشريك في مواجهة الشريك الذي يأتي بعده بتسليم الشيء وضمان الانتفاع الهادي به [10] ص81، وضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وإستعمال العين بحسب ما أعدت لها والمحافظة عليها، وتنتهي المهايأة بانتهاء المدة المحددة في العقد الذي يعد دليل إثبات [8]ص740، بحيث يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى يمكن الإحتجاج بها على الغير قبل البيع لتكون ملزمة في حق المشتري.

2.3.1.1. أعمال الإدارة

قد يصدر عن الشريك في المال الشائع أعمالا يومية لا تقتضي تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا في الغرض الذي أعد له، كالزراعة وإستتجار العمال والمواشي وبيع المحصول وقبض الثمن، وتدعى هذه الأعمال بأعمال الإدارة المعتادة، ويقوم بهذه الأعمال كمبدأ عام الشركاء مجتمعين لتمثيل حقوقهم، لأن الغرض من إدارة المال الشائع هو الإنتفاع بالمال وإقتسام الثمار، ويكون هذا النظام المختار من الجماعة ملزما للجميع.

كما قد يصدر من الشريك أعمالا تتضمن تغييرات أساسية في الغرض الذي أعد له المال الشائع لتحسين الإنتفاع به وإستغلاله، فهي متوقفة على موافقة الأغلبية، كتحويل مطعم

إلى مقهى أو تحويل مسكن إلى فندق مثلا، وهذه الأعمال تسمى بأعمال الإدارة غير المعتادة، لهذا سندرس أعمال الإدارة المعتادة (أولا) وأعمال الإدارة غير المعتادة (ثانيا).

- أعمال الإدارة المعتادة:

تنص المادة 715 من ق.م.ج. على أنه: «تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك»، هذا هو الأصل في الإدارة المعتادة، التي قد تكون إما أعمال تتوافق مع نوع الإستعمال المقرر للشيء، فجميع الأعمال التي تحقق هذا الشرط تدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة، فبالنسبة للأراضي الزراعية تكون من قبيل الأعمال المعتادة فيها، الإستغلال الزراعي كالحرث و البذر، وجني المحصول وحصاده، وقد تكون إيجارا أو الوفاء بديون نتجت عن إستغلال تلك الأراضي [10]ص75، كل هذه الأعمال تسري بموافقة الأغلبية والأغلبية هنا هي الأغلبية المطلقة بحسب الأنصبة [21]ص08، ورأي الأغلبية يكون ملزما لجميع الشركاء، هذا ما نصت عليه المادة 1/716 من ق.م.ج. بنصها على أنه: «يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي الأغلبية في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة...»، أما إذا لم تتوفر الأغلبية فنصت ذات المادة على أنه: «... فإن لم توجد أغلبية فاللحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع...».

ومنح القانون لهذه الأغلبية الحق في تعيين مدير، كما إعتبر تولي أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض البقية وكيلا عنهم، ومنه نستنتج ثلاثة حالات للإدارة المعتادة للمال الشائع وهي كما يلي:

- تولي أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض البقية:

هذا ما نصت عليه المادة 716 المذكورة أعلاه في فقرتها الأخيرة بنصها: «وإذا تولي أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم».

وعليه، يعد الشريك المتطوع أصيلا عن نفسه متطوعا عن البقية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة، وتنفذ كل أعمال الإدارة التي يقوم بها في حق الشركاء، فيعد إيجاره للمال وقبضه للأجرة نافذا في حقهم لأنه وكيل عنهم [8]ص743، ويعد فضوليا إذا قام بهذه الأعمال

دون علم الآخرين[9]ص117، وهذا ما أيدته المحكمة العليا في القرار رقم 138233 المؤرخ في 96/10/06 م. ق لسنة 1997 عدد 15.

من المقرر قانونا أن عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة المعتادة ويكون رأي الأغلبية ملزما لجميع الشركاء، وإذا تولي أحدهم الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الإستئناف ألغوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بفسخ عقد الإيجار وطرد المدعى عليه من المحل التجاري ومن جديد قضوا أن إثباته غير مطابق للقانون وإبطال الدعوى لعدم مشاركة الولي في إثباته وهو يعارض الدعوى، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون[19]ص75،76، وكذلك في القرار رقم 196140 مؤرخ في 2000/06/28.

من المقرر قانونا أن الشريك الذي يدير المال الشائع دون إعتراض الشركاء يعد وكيلا عنهم، حيث أنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعى عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعى في الطعن، وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون إعتراض من الباقين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة 716 من ق م ج [22]ص187، 188، وعليه متى سكت أغلبية الشركاء عن عمل الشريك الذي ينفرد بأعمال الإدارة عد نائبا عنهم نيابة قانونية، ونائبا عن الأقلية المعارضة على أساس أن ما يقرره القانون هو إلترام الأقلية برأي الأغلبية في شأن أعمال الإدارة المعتادة، فينفذ عمله في حق الجميع معترضين أو غير معترضين[16]ص164، إما إذا إعترض على أعماله من لا تقل حصصهم عن النصف فهنا لا يعد ممثلا للأغلبية ومن ثم لا يستطيع المضي في الإدارة ويجب عليه أن يتحى[8]ص745.

- تولي أغلبية الشركاء للإدارة:

حتى ولو كان شخصا واحدا، فالعبرة بالأنصبة وليس بعدد الشركاء، ولا يمكن للبقية الإحتجاج إلا في حالة التعسف في إستعمال الحق تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون [21]ص08، كما أن لهذه الأغلبية أن تعين مديرا من بين الشركاء، أو من غيرهم

فيكون هو صاحب الشأن في أعمال الإدارة المعتادة، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يتقيد به المدير، وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على الجميع، بما فيهم الأقلية التي خالفت هذا الرأي [13]ص166، وكما كان للأغلبية الحق في وضع نظام الإدارة، فلها أيضا أن تعدل هذا النظام أو تلغيه أو تضع بديلا له [15]ص88.

- عدم توفر أغلبية الشركاء لإدارة المال الشائع:

هذا ما يعني التباين في الآراء بين الشركاء، فلا يمكن تذليل هذه العقبة إلا بلجوء الشريك إلى القضاء، هذا ما جاء في نص المادة 715 من ق.م.ج.السالف الذكر التي تنص: «... فإن لم توجد أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير هذا المال الشائع...»، وعليه فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تعين مديرا للمال الشائع سواء كان من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم، كما لها الحق في إتخاذ جميع التدابير التي تقتضيها المصلحة المشتركة للشركاء ولها أيضا الحق في أن تقرر قسمة هذا المال [18]ص02.

والمدير الذي تعينه المحكمة له سلطة الحارس القضائي، فله القيام بأعمال الإدارة المعتادة وتقديم الحسابات للشركاء [8] ص748، كما له أن ينفق على الأرض لحين نضج المحصول إذا كان محل المال الشائع أرضا زراعية [21]ص08، ويبقى كذلك إلى حين تنحيه أو إجراء القسمة القضائية، أو إتفاق الشركاء على نمط آخر معين من الإدارة، وفي هذه المرحلة يمنع على الشريك منفردا القيام بأعمال الإدارة التي تلحق الضرر بباقي الشركاء الذين لهم حق الإعتراض على أعماله المادية والقانونية، كما يحق لهم الإعتراض على الإيجار الذي يقوم به الشريك منفردا رغم نفاذه في مواجهة أطراف عقد الإيجار، وهنا يتوقف النفاذ في حقهم على محل الإيجار فإن وقع محل الإيجار في نصيب الشريك بعد القسمة أصبح الإيجار منتجا لآثاره، أما إذا وقع محل الإيجار في نصيب آخر ولكن يعادله إنتقل محل الإيجار إليه.

- أعمال الإدارة غير المعتادة:

هي أعمال من شأنها إدخال تعديل أساسي وجوهري في الغرض الذي أعد له المال الشائع بهدف تحسين الإنتفاع به، كتحويل مطعم إلى مقهى، أو تحويل منزل إلى فندق، وكذلك يعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة كل الأعمال الإدارية التي تمس الملكية مثلا كالإيجار الطويل الأمد [18]ص03، وكذا البناء في أرض زراعية، مثل هذه الأعمال لا يكتفي بالأغلبية العادية لمباشرتها، مثل ما هو الحال في أعمال الإدارة المعتادة على النحو الذي رأيناه سابقا، بل يجب أن تقرها الأغلبية خاصة من الشركاء الذين يملكون 4/3 المال الشائع [21]ص09، وهذا ما تضمنته المادة 1/717 من ق.م.ج، وذلك بنصها على أنه: «لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...»، ولا يكفي التقرير فحسب، بل شددت المادة على ضرورة إعلام باقي الشركاء بنصها: «...على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء...»، كما أنه إذا كان هناك من هو مخالف لهم، فله الحق في الطعن أمام القضاء وذلك بصريح نص المادة المذكورة أعلاه وذلك مراعات لمصالح الشركاء بنصها: «...ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان...».

ونلاحظ ذلك التشدد من المشرع لكي يعطي ضمانا أكبر للشركاء من الإعتداء على ملكياتهم، و متى تم الإعتراض أمام المحكمة فلها أن تدرس الملف بمراعات حقوق كل الأطراف للمصادقة على العمل أو لها أن تضع تحفظات وشروط لضمان حقوق الأقلية، كالأمر بإيداع كفالة شخصية أو عينية تضمن الوفاء بما قد يلحق الأقلية من أضرار عند تطبيق قرار الأغلبية، وفي حالة ما إذا وجدت سلوكا غير عادي فتأمر المحكمة بإيقافه فورا.

وذهبت المحكمة العليا إلى هذا في قرارها رقم 68880 المؤرخ في 1990/05/02 ولما ثبت في-قضية الحال- أن المتهم قد إستولي دون رضي الطرف المدني على جزء من الأرض الموروثة وقام بالبناء فوقها ليحدث بذلك تغييرا في الملكية العقارية المشاعة بينهما فإن عناصر الجريمة مكتملة وأن قضاة المجلس قد طبقوا القانون تطبيقا سليما [23]ص184.

وفي قرار آخر نجد المحكمة العليا ذهبت إلى أبعد من ذلك، وهذا في القرار رقم 97403 المؤرخ في 15/03/1992 غير منشور.

من المقرر قانوناً أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في الأعمال المعتادة يكون ملزماً للجميع.

ومن المقرر قانوناً أيضاً أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانوناً لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون [19] ص 76.

هذا وقد يحدث أن يقوم أحد الشركاء بالبناء على جزء المفرز من الأرض الشائعة قبل القسمة، فهو إذن قام بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة، فإذا أقرت به الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع الحصص قبل العمل أو بعد القيام به تعين على باقي الشركاء المساهمة في نفقات الإنشاء كل بحسب نسبة حصته في المال الشائع ويصبح البناء الجديد ملكاً بينهم على الشيوع، وأما إذا لم توافق الأغلبية المقررة قانوناً بالعمل الذي يقوم به الشريك، فلا يسري في مواجهتهم ويجبرون الشريك على إزالة البناء عند الإعتراض مع دفع تعويض [15] ص 90، أما إذا كان البناء قابلاً للتجزئة تجرى القسمة وإن وقع البناء في نصيب الشريك الباني إستقر الحق لهذا الشريك، أما إذا وقع البناء في نصيب شريك آخر لمن وقع في نصيبه الخيار، إما المطالبة بإزالته أو التعويض أو دفع نفقته [18] ص 03.

وفي الأخير نشير إلى أنه مهما يكن من أمر، سواء تعلق الأمر بأعمال الإدارة المعتادة أو أعمال الإدارة غير المعتادة، أو أعمال الحفظ والصيانة التي ينفقها الشريك في سبيل إنماء المال الشائع والمحافظة عليه، فإن نفقتها توزع بين جميع الشركاء كل بقدر حصته من المال الشائع، فمتى دفع الشريك نفقات معينة في سبيل إنماء والحفاظ على المال الشائع

جاز له الرجوع على باقي الشركاء بما زاد عن نصيبه منها، هذه هي أعمال إدارة المال الشائع، فكيف يكون الحق في التصرف في المال الشائع بالنسبة للشريك في الشيوخ؟.

3.3.1.1. التصرف في المال الشائع

إن التصرف في المال الشائع يتخذ صوراً متعددة ومختلفة، تبعاً للجهة التي صدر منها، فقد يصدر التصرف من جماعة الشركاء على الشيوخ (أولاً)، وهذا إما منهم جميعاً أو من غالبيتهم المقررة قانوناً، وقد يصدر التصرف من أحد الشركاء منفرداً (ثانياً) وهذا من خلال تصرفه في حصته الشائعة، أو جزء من الحصة الشائعة أو في كل المال الشائع.

- تصرف جماعة الشركاء في المال الشائع:

هذا التصرف إما أن يصدر من كل الشركاء مجتمعين (1) أو يصدر من غالبيتهم المقررة قانوناً فقط (2).

- تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع:

مثلاً سبق ومر علينا في أعمال إدارة المال الشائع، أين يستلزم المشرع الجزائري مبدأ إجماع الشركاء للقيام بهذه الأعمال، فإننا نلاحظ نفس الشيء بالنسبة لأعمال التصرف في المال الشائع، إذ تستلزم هي الأخرى ونظراً لخطورتها إجماع الشركاء لكي ينفذ التصرف في حق الجميع [21]ص10، ومتى كان كل شريك يملك حصته الشائعة ملكية تامة وله عليها كل السلطات التي يمنحها حق الملكية، كان للشركاء إذا أجمعوا، القيام بالتصرف في هذا المال بكافة أنواع التصرفات المادية أو القانونية، سواء تعلق الأمر بتصرف ناقل للملكية، كالبيع أو الهبة لكل المال أو جزء مفرز منه أو حصة شائعة منه، أو تعلق الأمر بتحقيق حق عيني آخر أصلياً كان كحق الارتفاق والإنتفاع أو تبعية كالرهن الرسمي أو الحيازي [15]ص91.

إن أعمال التصرف التي يقوم بها جميع الشركاء لا تطرح أي إشكالات قبل أو بعد القسمة إذا كان من قبيل الأعمال الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو الوصية، لكن الإشكالية تنثار إذا كانت هذه التصرفات مرتبة لحق عيني تبعية كحق الرهن الرسمي أو الحيازي وهنا تطرح إشكالية نفاذها من عدمها بعد عملية القسمة.

في الواقع لقد فصل المشرع الجزائري في هذه المسألة وإعتبر التصرف الذي يقوم به جميع الشركاء نافذا بعد القسمة أيا كانت نتيجتها [15]ص91، لأن التصرف صادر عن جماعة لها السلطة والولاية على المال الذي تملكه ملكا تاما [10]ص85، وعليه فهذا التصرف الصادر عن جماعة الشركاء لا يتأثر بالقسمة أو بأثرها الرجعي، لأن مبدأ الأثر الرجعي يتقرر لحماية الشريك من التصرفات التي يجريها شريكه منفردا أو أغلبية الشركاء، وهو ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة كون التصرف المرتب لحق عيني صادر عن إشتراك جميع الشركاء ونفذ في حقهم، فلا يعقل أن ينقض أحد تصرفا قام به عن إرادة كاملة [16]ص170، وبالتالي لا يمكنه الإحتجاج بعد وقوع القسمة بأن الجزء الذي آل إليه أصبح متقل بحق عيني تبعا [13]ص176، وفي ذلك نصت المادة 1/890 من ق.م.ج، على أنه: «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار الشائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانية قسمته...».

- تصرف أغلبية الشركاء:

قد تعترض الشركاء على الشيوخ أسباب قوية تجبرهم على التصرف في المال الشائع كأن يكون هذا المال أرضا زراعية تحول جوارها إلى مباني مهمة مما أدى إلى إرتفاع سعرها إلى حد كبير وظهر من يشتريها، ورأوا أنه يمكنهم بسعرها شراء أرض زراعية أخرى، أو يكون هذا المال منزل للسكن لكن تحول جواره إلى منطقة صناعية إستلزم بيعه للذهاب للعيش في مكان آخر أكثر هدوءا، لكن تعذر إجماعهم على هذا التصرف، فقد أجاز القانون للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال أن تقرر التصرف في هذا المال بعد إعلام البقية، وهذا ما جاءت به المادة 720 من ق.م.ج، في نصها: «للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلى باقي الشركاء.....».

وعليه، نلاحظ أن المشرع لم يمنح للأغلبية السالفة الذكر سلطة مطلقة في إتخاذ قرار التصرف، بل مراعات منه للموازنة بين مصلحة الأغلبية ومصلحة الأقلية إشتراط ضرورة وجود أسباب قوية مع ضرورة إعلام البقية بقرار التصرف [9]ص132، ولهذه الأقلية الحق في الإعتراض على قرار التصرف أمام القضاء، وهو ما نصت عليه المادة 720 المذكورة

أعلاه بنصها على أنه: «...ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان...».

وبهذا، إذا طلبت الأقلية إلغاء قرار التصرف ولم تطلب القسمة إنحصرت عمل المحكمة في قرارها على النظر فيما إذا كان هذا التصرف المطعون فيه يستند إلى أسباب قوية كافية لتبريره أم لا، ولها في ضوء ذلك أن تقر بتصرف الأغلبية أو تلغيه [13]ص177، أما إذا طلبت الأقلية القسمة للمحكمة أن تنظر إن كان بالإمكان إجراء القسمة دون الإضرار بحقوق الشركاء أم لا، وإذا تعذرت القسمة إنتقلت إلى تبرير التصرف أو إلغائه أو أمر بيع المال الشائع في المزاد العلني لإستحالة القسمة [16]ص171، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 92343 المؤرخ في 1992/10/28 [24] ص38 المبدأ : التصرف في الملكية الشائعة شرط الإعلان لباقي الشركاء - تأكيد البيع خرقة للقانون.

من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء.

ولما ثبت في قضية الحال - أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون، وإستوجب النقض.

وفي الأخير نشير إلى أن المشرع قد وازن بين حق التصرف في المال الشائع الممنوح للأغلبية وبين حق الأقلية في الطعن، لكنه أهمل مسألة جوهرية لم يشر إليها وهي حالة وجود شريك قاصر ضمن جماعة الشركاء، وكانت هذه الجماعة بصدد التصرف في المال الشائع مع العلم أن التصرف يستلزم توفر أهلية التصرف وهي الأهلية الكاملة، لذا نرى أنه وتطبيقاً لمبدأ حماية القاصر، تطبق أحكام الولاية على المال في هذه الحالة، وبالتالي ينوب على القاصر الولي في حالة إجماع الشركاء على التصرف، مع ضرورة إستئذانه للمحكمة المختصة وكذلك ضرورة المعارضة من الولي إذا كان من الأقلية المعارضة، وعلى المحكمة

دون الحاجة إلى طلب الخصوم أن تنتظر في مصلحة القاصر أولاً قبل إقرار التصرف أو
قسمة المال الشائع.

- تصرف الشريك منفرداً في المال الشائع:

إنطلاقاً من نص المادة 1/714 من ق.م.ج، التي سبق وأن مرت علينا، والتي تقر بأن
الشريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها ويستولي على ثمارها وأن
يستغلها ويستعملها في حدود عدم الإضرار بباقي الشركاء، فإنه يمكن للشريك منفرداً دون
الحاجة إلى إستشارة باقي الشركاء بأن يتصرف في حصته بتصرفات قانونية على إعتبار أن
التصرفات المادية كالبناء والهدم تتطلب إجماع الشركاء، على النحو الذي مر علينا في أعمال
الإدارة لكونها تمس بطبيعة المال المملوك بين جميع الشركاء على الشيوخ، وعليه توجب
علينا حصر التصرفات القانونية التي يحق للشريك القيام بها وحكمها (1) ثم التطرق إلى حكم
التصرف في نصيب من المال الشائع سواء في جزء منه أو في غالبيته أو كله (2).

- طبيعة التصرفات القانونية التي يحق للشريك منفرداً القيام بها:

إن الحق الممنوح للشريك منفرداً بالتصرف في حصته الشائعة لا يقيد وجهته أبداً، إذ
يمكن للشريك أن يتصرف في المال الشائع إلى أحد الشركاء أو إلى جميع الشركاء وحتى إلى
الأجنبي عن الشركاء، وهذه التصرفات القانونية لا تعدو إلا أن تكون إما تصرفات ناقلة
للملكية (أ) أو تصرفات مرتبة لحق عيني أصلي كان أو تبعي (ب).

- حكم التصرفات الناقلة للملكية:

ويقصد بها تلك التصرفات التي يقوم بها المالك، قصد نقل ملكية المال من شخص إلى
شخص آخر، وأهم هذه التصرفات الناقلة للملكية نجد: البيع، المقايضة، الهبة، الوصية،
الوقف، لذا سنعرف كل تصرف على حدى ونبرر حكمه القانوني كما يلي:

- بيع المال الشائع: البيع لغة:

« باعه الشيء وباعه منه وله بيعاً مبيعاً، أعطاه إياه بثمن، ويقال باع له القاضي
ضيعته أي باعها على غير رضاه».

أما في الاصطلاح هو: «مبادلة مال بملكا وتملكا، ويدخل فيه مقايضة المال بالمال والعين (الشيء) بثمن» [2] ص 39، 40.

وبيع المال الشائع في القانون المدني الجزائري لم يفرد بنص خاص، فلا يشترط في صحته إلا ما يشترط في العقود بصفة عامة، من أهلية وتراضي ومراعات الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا، لذلك تسري عليه أحكام المادة 714 من ق.م.ج، باعتباره من أعمال التصرف، وعرفت المادة 351 من ق.م.ج، البيع على أنه: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي».

ومنه، فبيع الشريك للمال الشائع لا يقيد سوى عدم الإضرار بباقي الشركاء، سواء إنصب هذا البيع على المال المنقول أو العقار، و سواء كان المال قابل للقسمة أم لا، ولا يهم شخص من صدر إليه التصرف، فقد يكون أحد الشركاء أو مجموعة منهم أو أجنبي عن الشركاء، ولقد أيدت المحكمة العليا بيع الحصة الشائعة في القرارات التالية:
القرار رقم 39496 المؤرخ في 1987/04/08.

من المقرر قانونا أن الشريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون إلحاق الضرر بباقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تتجز القسمة لتحديد إذا ما وقع الجزء المباع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعى عليها خرقوا القانون، ومتى كان ذلك تعين نقض القرار [25] ص 09، في قرار آخر رقم 161833 مؤرخ في 1998/04/08:

ملكية شائعة يبيع أحد الشركاء حصته - عدم إثبات الضرر - إبطال البيع لا ؟.

المبدأ: يجوز للشريك في الشيوخ التصرف في حصته شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء [22] ص 195.

وعليه فإنه يجب توفر أهلية التصرف بالنسبة للشريك الذي يبيع المال الشائع، فإذا كان البيع صادر من ناقص أهلية أو قاصر وجب أن ينوب عليه وليه في ذلك، حتى الولي أو

الوصي لا يمكنه بيع مال القاصر على الشيوخ إلا بعد الرجوع إلى المحكمة المختصة وطلب الإذن منها لإتمام ذلك وفق نص المادة 2/88 ق.أ.ج[17].

أما إذا أجمع الشركاء على بيع المال الشائع وكان بينهم قاصر وجب إتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني التي يفرضها القانون لضمان أكبر حق للقاصر دون اغفال دور القاضي في هذه المرحلة عملاً بنص المادة 89 ق.أ.ج [17] ، وفي حالة ما إذا كان البيع الذي يقوم به الشريك منفرداً قد مس بحقوق باقي الشركاء فلهم الإلتجاء للضمان المقرر لهم قانوناً والمتمثل في حق الإسترداد في المنقول وحق الشفعة في العقار.

- مقايضة المال الشائع:

المقايضة هي: « عملية مبادلة مال بمال، كمن يقايض الزيت بالسكر»، وقد عرفتھا المادة 413 من ق.م.ج، في نصھا: « المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود»، وبالتالي محل المقايضة شيء و المقابل شيء آخر غير النقود، غير أنه إذا اختلفت القيمة بين الشئيين محل المقايضة جاز الإتفاق على تعويض هذا الفرق بالنقود(م114 ق.م.ج.)، وعليه يصبح البديل خليط بين الشيء والثمن، ونصت المادة 415 من ق.م.ج، على أنه: « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء ومشترياً للشيء الذي قايض عليه»، ومتى كان ذلك فإن عقد مقايضة المال الشائع الذي يقوم به الشريك يخضع لأحكام عقد البيع الذي أوردناه أعلاه.

- هبة المال الشائع:

الهبّة لغة « وهب الشيء يهبه وهباً، ورجل واهب ووهاب ووهوب أي كثير الهبة لأمواله» [2] ص53.

أما إصطلاحاً: فهي: « تملك المال بعقد بلا عوض» [2] ص56.

وفي القانون الجزائري عرفتھا المادة 202 من ق.أ.ج. على أنها: « الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط للموهوب له القيام بالقيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط».

وعليه يستنتج أن الهبة قد تكون بلا عوض، أو بعوض كاشتراط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين، مع ضرورة قبول الموهوب له بهذا الشرط وإلا إنفسخ العقد لعدم تطابق الإرادتين.

ويشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغ سن تسعة عشرة سنة وقت إبرام العقد وغير محجور عليه وفق نص المادة 203 من ق.أ.ج، وعليه فهبة القاصر باطلة لاعتبارها من الأعمال الضارة ضررا محضا ولهذا توجب على الوصي إستئذان القاضي في ذلك، ونصت المادة 206 من ق.أ.ج، على أنه: «تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعات قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة».

وعليه، إشتراط المشرع ضرورة وضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه [26] ص10، مع مراعات الشهر والتسجيل في العقارات والإجراءات الإدارية المطلوبة في المنقولات، لكن الإشكال يطرح حينما نكون بصدد هبة مال شائع فإن هذه المادة سالفة الذكر تقيد حق الشريك في هبة المال الشائع بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط، لذا إنتبه المشرع إلى هذا الأمر ونص في المادة 208 من ق.أ.ج، على أنه: «إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجا أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة».

ومنه، حسن ما فعله المشرع في هذه المادة، إذ أن ركن الحيازة لا يمكن أن يتحقق في هبة المال الشائع، ومنه فإجراءات الشهر والتسجيل تغني عن الحيازة، لأن المال مشاع بين عدة أشخاص والموهوب له يحل محل الواهب في حقوقه كمالك على الشيوع دون الحاجة إلى القبض ووضع اليد.

لكن الإستغناء عن الحيازة لا يبرر الإستغناء عن الإجراءات الشكلية الخاصة بالعقارات من شهر وتسجيل بعقد رسمي أمام الموثق تحت طائلة البطلان، تطبيقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، والمادة 324 مكرر 2 وما بعدها، والمادة 61 وما بعدها من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، كما لا يغني عن

الإجراءات الإدارية المطلوبة في المنقولات وذلك بهدف تحصيل ضرائب ورسوم للخزينة العمومية ولكي ينتج العقد الموثق آثاره بين المتعاقدين [26] ص 13.

- الوصية بمال شائع:

الوصية حسب المادة 181 من ق.أ.ج هي: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، ويتضح منها أن المشرع لا يشترط في الوصية أي شرط يتعارض مع الشيوخ، بل اعتبرها كالميراث، فمتى كان المورث يملك حصته شائعة فإنها تؤول إلى وراثته وهو نفسه ما يتطابق مع الوصية متى كانت في حدود الثلث، وما تجاوز الثلث توقف على إجازة باقي الورثة، وهو ما ذهبت إليه المادة 185 من ق.أ.ج، في نصها: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة».

ولهذا تطبق في الوصية بملكية شائعة كل أحكام عقد الوصية المقررة قانونا مع ضرورة مراعات أحكام الشهر والتسجيل فيما يخص العقارات و الإجراءات الإدارية المقررة للمنقولات وذلك تحت طائل البطلان [26] ص 12، ومتى تمت الوصية وتوفى الموصى، حل الموصى له محله وأصبح شريكا مع باقي الشركاء في حدود الحصة التي إنتقلت إليه بعقد الوصية.

- وقف المال الشائع:

لقد أجازت المادة 216 من ق.أ.ج، وقف المال الشائع وذلك بصريح نصها على أنه: «يجب أن يكون المال المحبوس مملوكا للوقف معيناً، خالياً من النزاع ولو كان مشاعاً». فقد إشتراط المشرع حسب نص المادة السالفة الذكر خلو المال الموقوف من النزاع فقط بغض النظر عن طبيعة ملكه سواء كانت مفرزة أو على الشيوخ، إلا أنه بالرجوع للقانون رقم 10/90 [27] ، المتعلق بالأوقاف وفي مادته 3/11 التي تنص على أنه: «ويصح وقف المال الشائع وفي هذه الحالة يتعين القسمة»، هذه المادة إشتربت شرطا آخر لصحة وقف المال الشائع عقارا كان أو منقولا، وهو ضرورة القسمة وإفراز نصيب الشركاء لإخراج النصيب الموقوف من المال الشائع، هذا ما يوحي بأنه لا يجوز الوقف فيما لا يقبل القسمة، وهو ما يعترض تطبيق المادة 216 من ق.أ.ج، السالفة الذكر، ولحل هذا الإشكال وجب

تطبيق نص المادة 222 من ق.أ.ج، التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي أجازت الوقف فيما لا يقبل القسمة في الحالة التي يكون فيها المال أسهما في شركات الأموال أو جزء من عين مخصصة لمنفعة الجهة التي يراد الوقف عليها [28] ص 25، 26، 27، 28.

- حكم التصرفات المرتبة لحق عيني على الحصة الشائعة:

الحقوق العينية هي التي يكون محلها شيء معين، أي أطرافها هما الشخص صاحب الحق، والشيء محل الحق، وينقسم حسب مصدرها إلى حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

- حكم ترتيب حق عيني أصلي على المال الشائع:

والحق العيني هو: « سلطة مباشرة ويقررها القانون لشخص معين على شيء معين بذاته، فتكون له سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف فيه دون الحاجة إلى واسطة، وهي حق الإنتفاع والإرتفاق المترعة عن حق الملكية [29] ص 293.

❖ ترتيب حق الإنتفاع على المال الشائع:

حق الإنتفاع هو: « حق عيني يقع على شيء مملوك للغير سواء كان عقارا أو منقولا يخول لصاحبه حق إستعماله وإستغلاله لمدة محددة بعقد الانتفاع، يزول بزوال المدة أو الشيء محل الإنتفاع أو موت المنتفع، على أن يلتزم المنتفع برد الشيء بعد انتهاء المدة المحددة في العقد» [29] ص 292.

وعليه، فللمالك على الشيوع أن يرتب حق الإنتفاع على حصته الشائعة، فتصبح أعمال الإدارة المعتادة في يد المنتفع وأعمال الإدارة غير المعتادة أو طلب القسمة النهائية أو أي تصرف آخر في يد مالك الرقبة باعتباره يبقي مالكا على الشيوع [10] ص 95، وتسري أحكام الإدارة المعتادة التي سبق وان رأيناها على المنتفع في علاقته بالشيء وباقي الشركاء، فإذا إنقضت مدة الإنتفاع قبل القسمة عاد الشيء إلى مالكة وأصبحت عليه كل السلطات التي يمنحها له حق الملكية، أما إذا إنقضى الشيوع قبل إنتهاء مدة الإنتفاع كأن تجرى القسمة، ووقع جزء من المال الشائع في نصيب الشريك صاحب الرقبة فإن حق الإنتفاع ينتقل إلى هذا الجزء وفق قاعدة الحلول العيني [8] ص 765.

❖ ترتيب حق إرتفاق على المال الشائع:

يعرف الإرتفاق في المادة 867 من ق.م.ج بأنه: « الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب حق الإرتفاق على المال إذا كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال ».

ومنه، فحق الإرتفاق هو الحق الذي يتقرر قانونا، ويرتب مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبئ المنفعة أو الإرتفاق [29] ص293، أي يستلزم وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين ومتجاورين أحدهما خادم والآخر مخدوم، (مرتفق، ومرتفق به) وهذا ما يصعب تحقيقه في حالة الشيوخ، لأنه لا تكفي حصة معنوية لخدمة عقار آخر، وعليه يستحيل تحقيق حق إرتفاق على الحصة الشائعة من طرف الشريك، إلا أنه يمكن للشركاء مجتمعين أن يتفقوا على ترتيب حق إرتفاق على عقار شائع بينهم، ويبقى حق الإرتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة [8] ص764.

- حكم ترتيب حق عيني تبعي على المال الشائع:

الحق العيني هو « ذلك الحق الذي ينشأ تبعا لحق شخصي بين طرفين، أحدهما دائن والآخر مدين، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين معين، مما يمنح سلطة مباشرة للشخص على الشيء محل الحق العيني التبعي » [29] ص293، وهو إما الرهن بنوعيه، حق التخصيص أو الإمتياز.

❖ رهن المال الشائع:

ينشأ حق الرهن لضمان حق شخصي، فينصب إما على عقار فيعد رهنا رسميا أو على منقول فيعد رهنا حيازيا.

- رهن المال الشائع رهنا رسميا:

تنص المادة 882 من ق.م.ج، على أنه: « الرهن الرسمي هو عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إسْتِيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان ».

وعليه، فالرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار بمقتضى عقد رسمي (م883 ق.م.ج.)
وصادر من مالك للعقار وأهل للتصرف (م1/884 ق.م.ج.)، ومنه لا يصح الرهن الصادر
عن الشريك القاصر بل على وليه أن يستأذن المحكمة للقيام بذلك نيابة عن القاصر.

وتنص المادة 2/890 من ق.م.ج. على أنه: «وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة
في العقار....»، هذا ما توحى أنها تجيز رهن العقار الشائع رهنا رسميا خاصة وأن أحكام
الرهن الرسمي لا تتعارض مع طبيعة الشيوغ، لذلك يدخل ضمن التصرفات التي تنص عليها
المادة 714 من ق.م.ج.

وبالتالي متى أقام الشريك رهنا رسميا على عقار مشاع كان صحيحا ونفذ في حق
جميع الشركاء دون الحاجة إلى القسمة، فيكون بناءا عليه للدائن المرتهن أن ينفذ عند حلول
الأجل على الحصة المرهونة حتى قبل وقوع القسمة [13] ص191، 192، أما إذا وقعت
القسمة قبل التنفيذ فإنه:

إذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب الشريك الراهن وقع عليها الرهن لأنها رهننت
إبتداء، أما إذا وقع النصيب المرهون في غير نصيب الشريك الراهن إنتقلت إليه بموجب
قاعدة الحلول العيني [8]ص769، وفي هذه الحالة يبين هذا الأمر على عريضة، ويقوم
الشريك المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي إنتقل الراهن إليه خلال تسعين يوما من
الوقت الذي يخطره فيه صاحب الشأن بتسجيل القسمة وفق نص المادة 2/890 ق م ج.

- رهن المال الشائع رهنا حيازيا:

تعرفه المادة 948 من ق.م.ج. على أنه: «الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص
ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا
يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين...».

فالرهن الحيازي إذن، هو عقد يخضع في شروطه إلى كافة شروط العقد من أهلية
كاملة ورضاء، غير أنه يختلف عن الرهن الرسمي بضرورة تسليم الشيء محل الرهن للدائن
المرتهن، ويجب أن يكون مما يمكن بيعه إنتقالا بالمزاد العلني من عقارا ومنقول(م949
ق.م.ج.)، ومنه لا يمكن إقامة رهن حيازي على حق إنتفاع مثلا، والإشكال الذي يثار هو

إمكانية تطبيق رهن حيازي على مال شائع لأن محلها هو نصيب معنوي ويصعب تمكين الدائن المرتهن من الحيازة دون إلحاق الأذى بباقي الشركاء، وهو ما ذهب بالشراح إلى إيجاد صيغة تمكن الدائن المرتهن من حيازة المال الشائع حيازة فعلية أي بوضع يده عليها، إذا اشترطوا موافقة كل الشركاء على الرهن الحيازي وتمكين الدائن المرتهن من المال المرهون عن طريق تعيينه كمدير للمال الشائع بالنسبة للحصة التي تزيد عن الحصة الموهوبة، وكدائن مرتهن بالنسبة للحصة المرهونة [28]ص33، أو ان يقسم المال بين جميع الشركاء بعد موافقتهم طبعا قسمة مهايأة مكانية فيدخل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص للمدين الراهن عن طريق قسمة المهايأة [8]ص766، كما قد يتفق المدين الراهن و الدائن المرتهن مع بقية الشركاء على تعيين شخص أجنبي عنهم لوضع المال الشائع المرهون في حيازته [10]ص95، أو أن يتفقوا جميعا على وضع المال المرهون تحت يد أحد الشركاء، فيصبح حائزا نيابة عن الدائن المرتهن، ومديرا نيابة عن باقي الشركاء فيما تعدى الحصة الموهوبة [28]ص33،34.

❖ ترتيب حق تخصيص على المال الشائع:

نصت المادة 1/937 من ق.م.ج، على أنه: «يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف...».

وعليه نلاحظ أنه لا يشترط في حق التخصيص ما يتعارض مع أحكام الشبوع واعتبارا لنص المادة 947 ق.م.ج، التي تنص على تطبيق أحكام الرهن الرسمي على حق التخصيص، ف إنه مادام بالإمكان رهن المال الشائع، فإنه يمكن ترتيب حق تخصيص على المال الشائع أيضا [8]ص766.

❖ ترتيب حق امتياز على المال الشائع:

الامتياز حسب نص المادة 982 من ق.م.ج هو: «الإمتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعات منه لصفته، ولا يكون للدائن إمتيازاً إلا بنص قانوني».

وعليه، نستنتج أن الإمتياز ليس فيه ما يتعارض مع المال الشائع من شروط، فلا يشترط الحيابة، كما أنه يرد على المال سواء كان عقارا أو منقولا فيما يخص حقوق الإمتياز العامة والخاصة المادة 984 ق.م.ج، ولهذا يمكن ترتيب حق الإمتياز على مال شائع دون أي إشكال يذكر.

- حكم تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز أو في غالبية المال الشائع:

بعد أن إستعرضنا مختلف التصرفات القانونية التي يحق للشريك القيام بها وحكم كل منها، توجب علينا التطرق إلى مدى جواز هذه التصرفات السابقة الذكر ونفاذاها في حق الغير والشركاء إذا إقتصر على جزء مفرز من المال الشائع(أ) أو تعدته إلى غالبية المال الشائع بما يتجاوز حصة الشريك(ب).

- حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع:

نص القانون المدني الجزائري على هذه الحالة في المادة 2/714 منه إذ تنص على أنه:«...وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف تنقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة».

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري تطرق لحكم هذا التصرف بعد القسمة ولم يشر إلى حكمه قبل القسمة، لهذا أوجد الشراح حلولا لذلك وهي:

إذا أقدم الشريك على التصرف في جزء مفرز وكان يعادل حصته الشائعة، فإنه يعد تصرفا فيما يملك وفيما لا يملك، لأنه يملك حصة معنوية يشاركه فيها بقية الشركاء لهذا فهو متوقف على إجازتهم للتصرف [11]ص221، فإذا أقروه نفذ في مواجهتهم، وإذا إعترضوا عليه كان غير نافذ في مواجهتهم، ولهم في تلك الحالة أن يرفعوا دعوى إستحقاق على المتصرف إليه ليثبتوا حقوقهم على الجزء الذي ورد عليه التصرف [21]ص12، وذلك قبل تمام القسمة ودخول هذا الجزء في نصيب غيره [10]ص141.

أما بالنسبة للعلاقة بين طرفي التصرف فقد ميز الشراح بين حالة ما إذا كان المتصرف إليه لا يعلم أن المتصرف يملك المال ملكية شائعة بل يعتقد أنه يملكها ملكية مفترزة، هنا كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف إليه على أساس الغلط، وله طلب إبطال التصرف قبل القسمة ولا يلزم بانتظار نتيحتها [15]ص100، وعليه يمكنه طلب إبطال التصرف من اليوم الذي علم فيه بالغلط وفقاً لأحكام المادة 81 من ق.م.ج [3]، ولا يجوز التمسك بحق الإبطال إذا أقر الشركاء التصرف الصادر عن شريكهم، وآل الجزء المتصرف فيه إلى الشريك المتصرف بأي طريق كانت، كما لا يتمسك بالإبطال إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، أما إذا لم يقع في نصيبه تطبق قاعدة الحلول العيني وينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وعليه يتوجب إجراء تعاقد آخر لتحديد الجزء الجديد [13]ص183، وهو نفس الأمر بالنسبة للحالة التي يكون فيها المتصرف إليه يعلم أن المتصرف يملك على الشيوع المال محل التصرف [15]ص100.

- حكم تصرف الشريك في غالبية المال الشائع أو كله:

لما كان الشريك في المال الشائع لا يملك سوى حصته من المال الشائع، كالربع أو الثلث، فلا يجوز له أن يتصرف في المال كله أو فيما يزيد عن حصته، وإذا فعل ذلك كان التصرف وارداً على ملك الغير فيما تجاوز حصته، لذا جاز للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف الزائد عن الحصة التي يملكها المتصرف [21]ص13، وهنا يصبح شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء في حدود حصة الشريك المتصرف [15]ص102، وليس على الشركاء الاعتراض عن التصرف إلا في حدود ما زاد عن حصة الشريك المتصرف، فلهم رفع دعوى الإستحقاق لإثبات حقوقهم عليها [9]ص149، كما أنه لا يمكن تطبيق قاعدة الغلط في هذه الحالة إذا كان المتصرف إليه يعلم أن ملكية الشيء المتصرف فيه هي ملكية شائعة لكونها وردت على ملك الغير فيما زاد على نصيب الشريك المتصرف، وعليه يكون التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف إليه لا لمصلحة المتصرف أو باقي الشركاء، وبالتالي يجوز له وحده المطالبة بإبطال العقد فيما زاد عن الحصة الشائعة للشريك المتصرف [10] ص 92،93.

2.1. مفهوم القاصر وأحكام أهليته وحكم تصرفاته

لقد مر علينا في المبحث الأول، أن الشيوخ هو الحالة التي يشترك فيها إثنين أو أكثر على ملكية شيء معين، ويكون لكل منهما سلطات الإدارة والإستعمال والإنتفاع والتصرف على النحو الذي سبق وفصلناه سابقا، ورأينا أن مصادر الشيوخ متعددة ومتنوعة مثلها مثل مصادر حق الملكية، فكل سبب يصلح ليكون سبب لكسب الملكية، يصلح لأن يكون مصدرا للشيوخ، وعليه فقد يكون من بين الشركاء على الشيوخ من هو ناقص أهلية، أو فاقدها أو حتى جنين في بطن أمه، كمن يوصى بمال لجنين في بطن أمه فإذا هما إثنان بعد الولادة فيشتركان في هذا المال الموصى به على الشيوخ، والمشرع الجزائري إعتترف بملكية القاصر (فاقد الأهلية أو ناقصها) في عديد المواضع سواء في قانون الأسرة أو في قانون المدني الجزائري، فنجد نص المادة 2/181 ق.أ.ج، أقر بذلك في نصها على أنه: «...وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء»، إضافة إلى نص المادة 723 من ق.م.ج، في نصها على أنه: «...فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعات الإجراءات التي يفرضها القانون».

من خلال تمثيلنا بهذين النصين المذكورين أعلاه، نستنتج أن المشرع أقر بأحقية القاصر بأن يكون شريكا على الشيوخ، وتكون له نفس حقوق باقي الشركاء، إلا أن الضمانات التي تمنح له أكبر على ما يمنحه القانون لباقي الشركاء على النحو الذي سنراه خلال دراستنا هذه وذلك ضمانا لحقوقه نظرا لصغره وقصر أهليته في التصرف في نصيبه من المال الشائع.

لهذا توجب علينا دراسة هذه النقطة بالتحديد، وذلك من خلال التعرف على مفهوم الشريك القاصر (المطلب الأول)، ونطاق أهليته للتصرف (المطلب الثاني)، ونختم بالنظر في أحكام التصرفات التي يقوم بها على إختلاف طبيعتها (المطلب الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

1.2.1. مفهوم القاصر

إن القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة كذلك لم يضعوا تعريفا معينا للقاصر، فتارة يذكر القاصر بناقص الأهلية، وتارة عديم الأهلية، وتارة أخرى بالقاصر، وهذا راجع إلى تعدد

العوامل المؤثرة في الشخص لكي يأخذ حكم القاصر، والقاصر عموما هو من لم يبلغ سن الرشد القانوني المحدد بتسعة عشرة سنة كاملة في القانون المدني الجزائري في نص المادة 2/40 منه، هذا القاصر يمر بمرحلتين بعد الولادة لكي يصل إلى سن الرشد، فيكون عديم التمييز وهو قاصر فاقد الأهلية، ثم يصل إلى سن التمييز ويصبح قاصر ناقص الأهلية، لكن قد يبلغ الشخص سن الرشد و نظرا لعارض أو مانع أصاب عقله أو إرادته أصبح في حكم القاصر، كالمعتوه والمجنون ونحوهما، لهذا نجد إختلاف في مفهوم القاصر وذلك بتعدد تعريفاته (الفرع الأول) وكذا تعدد أنواع القاصر بسبب إختلاف العامل الذي جعله كذلك (الفرع الثاني).

1.1.2.1. تعريف القاصر

لما كان مناط الأهلية هو التمييز والعقل للقيام بالتصرفات الشرعية والقانونية، فإن كل من يخلت عنده هذا التمييز أو العقل يسمى قاصر، وذلك لأن أهليته قاصرة غير كاملة، فتكون بذلك إما معدومة أو ناقصة لديه، والأمر هنا يتعلق بأهلية التصرف أي أهلية الأداء كونه متوفرة فيه أهلية الوجوب ما دام ولد حيا، لأن مناط هذه الأخيرة هو الحياة دونما إشتراط أي شرط آخر، وعليه، فالقاصر هو: « من قصر عقله على فهم الخطاب أو فهم التصرفات وعواقبها» [30] ص 5، 6، وهذا التعريف ينطبق على الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد، أي الطفل الذي يحتاج إلى غيره في قضاء حوائجه وعيشه في مراحل نموه الأولى ويبقى عديم التمييز، ثم يصبح مميزا إلى أن يصير راشدا، وهنا يخرج من مفهوم الطفل إلى الرجل الراشد، وقد عرفت إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في المادة الأولى منها الطفل بأنه: « لأغراض هذه الإتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه» [31] ص 43، 44، وسن الرشد في القانون الجزائري هو 19 سنة كاملة، ومنه يمكن القول أن الطفل في التشريع الجزائري هو من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة.

كما يدخل في مفهوم التعريف السابق الراشد الذي أصابه عارض أو مانع يوتر على أهليته وأداء تصرفاته، كحال المجنون والمعتوه أو المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وعليه متى توفر شرط « قصور العقل والإرادة » في شخص قلنا عنه قاصر بغض النظر عن سنه.

أما عن تعريف القاصر في التشريع الجزائري فنجد في موضعين، في القانون المدني، وفي قانون الأسرة، فقد ربط المشرع مفهوم القاصر بالأهلية من خلال نص المادة 40 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة (19) سنة كاملة».

وفي نص المادة 43 من نفس القانون، يعرف القاصر بأنه: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون». وكذلك نص المادة 42 على أنه: « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة».

وفي قانون الأسرة نجد نص المادة 81 منه بنصها: « كل من كان فاقداً للأهلية أو ناقصاً لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون ».

ونص المادة 85 من نفس القانون: « تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

وعليه، باستقراء النصوص السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري يعترف بالقاصر بنوعيه، فكل من لم يبلغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة فهو قاصر في نظر القانون، وحتى من بلغ سن الرشد ولكن به عاهة أو عارض يصيب عقله أو يشل إرادته كالمحجور عليه لعقوبة فهو قاصر في نظر القانون، بالرغم من بلوغه سن الرشد، وبهذا نستنتج أن القاصر نوعان: قاصر غير راشد، وقاصر بلغ سن الرشد، وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني بدراسة أنواع القاصر.

2.1.2.1. أنواع القاصر

رأينا أن القانون الجزائري على غرار باقي التشريعات والشريعة الإسلامية يعرف نوعين من القاصر، قاصر بسبب السن وهو من لم يبلغ 19 سنة كاملة (أولاً)، وقاصر راشد

وهو الذي أصيب بعارض للأهلية أو مانع يشل إرادته، فيأخذ حكم القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد (ثانياً).

- القاصر بسبب السن:

تنص المادة 1/42 من ق.م.ج. على أنه: « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن...»، وتنص المادة 43 من نفس القانون على أنه: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون».

باستقراء نص المادتين المذكورتين أعلاه، نستخلص أن المشرع الجزائري يعرف نوعين من القاصر بسبب السن، فالأول هو الصغير دون سن 13 سنة وهو فاقداً للتمييز (1)، والثاني هو الصبي البالغ أكثر من 13 سنة وأقل من 19 سنة كاملة، وهو ناقص الأهلية أو الصبي المميز (2).

- القاصر عديم التمييز:

وهو من لم يبلغ سن 13 سنة كاملة تحسب من يوم الولادة ويعتبر الصغير خلالها غير مميز [32] ص 159، نظراً لعدم إكمال نمو قدراته العقلية والذهنية لتمييز الأمور [33] ص 4، وبالتالي تتعدم أهلية الأداء لديه، مما يجعله غير مخول لمباشرة التصرفات القانونية أياً كان نوعها [34] ص 171، والسبب الأساسي لإنعدام التمييز هنا هو صغر السن، فقد قال الله سبحانه وتعالى في الآية 78 من سورة النحل: « والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً وجعل لكم الأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون »، وقال المفسرون أن الإنسان يخرج من بطن أمه لا يعلم شيئاً، وبعدها يرزق بالسمع والفؤاد والعقل اللذين مركزهما القلب والعقل وبها يميز بين الأشياء ضارها ونافعها، وهذا يكون بتدرج السن [35] ص 58، الذي حدده المشرع الجزائري بـ 13 سنة وذلك بنص المادة 2/42 من ق.م.ج، على أنه: «... ويعتبر غير مميز من لم يبلغ سن ثلاث عشرة سنة»، ومنه فمن هو دون سن 13 سنة يعد عديم التمييز، وذلك بخلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حددوا سن التمييز بـ 7 سنوات واستدلوا في ذلك بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع»، فالرسول عليه السلام أمر بتعويد الأبناء على الصلاة في سبع

لقدرتهم على التمييز، والتفريق بين الذكور والإناث في المضاجع لأن الصبي والصبية أصبح يعرف معنى النكاح ولو بالشيء اليسير [35]ص64، وعليه يكون المشرع الجزائري قد غالى كثيرا في تحديد السن 13 سنة، لأنها سن متقدمة كثيرا والصبي الذي يبلغها في عصرنا هذا مع التطور الحاصل في وسائل التعليم والتنقيف والتربية يكون مميزا حتى قبل بلوغ هذه السن بكثير.

كما نشير إلى أن السن الذي حددها المشرع الجزائري هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، كما هو الشأن بالنسبة للمجنون والمعتوه على النحو الذي سنراه لاحقا، وعليه فمن كان غير مميز أو عديم التمييز بسبب السن يعتبر عديم أهلية الأداء وكامل أهلية الوجوب، وبالتالي لكل تصرفاته حكم معين على النحو الذي سنبينه في حينه، كما يخضع إلى أحكام الولاية والوصايا المقررة للقاصر.

- القاصر المميز:

التمييز لغة هو: «قوة عقلية تستنبط منها المعاني» [36]ص97، ويعرف أيضا بأنه: «بلوغ سن معين يميز فيها بين معاني ألفاظ العقود في الجملة، ويعرف المراد منها عرفا» [37]ص280.

أما التمييز إصطلاحا فهو: «أن يصبح للصغير بصر عقلي يمكنه من التمييز بين الحسن والقبيح وبين الخير والشر، وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مستوعبا للنتائج، لأنهما ينبعان من عقل غض لم ينضج بعد، ولم تكتمل إستتارته» [38]ص18.

كما يعرف أيضا بأنه: «صلاحية الشخص لممارسة بعض حقوقه وتحمل بعض نتائج أفعاله» [36]ص97، أما في الشريعة الإسلامية فعرفه فقهاؤها بأنه: «المميز هو الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير» [35]ص110.

أما القاصر المميز في القانون المدني الجزائري، فهو من بلغ سن 13 سنة ودون سن 19 سنة كاملة، ويتجلى ذلك في نص المادة 43 منه بنصها على أنه: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»، وسن التمييز كما سبق

ومر علينا هو 13 سنة كاملة بحسب نص المادة 2/42 من ق.م.ج السالفة الذكر، وعليه فكل من بلغ سن 13 سنة في القانون المدني الجزائري عد صبيا مميزا أو قاصر مميز، بحيث تثبت له أهلية الوجوب كاملة ولا تثبت له أهلية الأداء إلا الناقصة منها، بمعنى أن تصرفاته تخضع لأحكام الولاية والوصايا المقررة قانونا، وسنأتي لبيان أحكام تصرفاته لاحقا، وعليه فللقاصر في هذه المرحلة أهلية ناقصة لكون أنه لم تتوافر له أسباب التمييز كاملة ويضل على هذه الحال حتى يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة [34]ص171،172، وبالتالي يكون تمييز القاصر في هذه المرحلة وسطا بين الإنعدام والكمال، فلا هو بالمنعدم نظرا لبلوغه سن 13 سنة، ولا هو بالكامل نظرا لعدم بلوغه سن 19 سنة كاملة [39]ص578.

- القاصر بسبب عارض أو مانع للأهلية:

هذا القاصر هو في حقيقة الأمر شخص بلغ سن الرشد لكن نظرا لإصابته بعارض من عوارض الأهلية، أو مانع من موانع الأهلية، أصبح في حكم القاصر بسبب السن وذلك طبقا لنص المادة 43 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: «... وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

وكذلك نص المادة 81 من ق.أ.ج بأنه: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

ونص المادة 101 من ق.أ.ج. على أنه: «كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

ومن النصوص السالفة الذكر، يتبين لنا أن الشخص رغم بلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة لا يكون كامل الأهلية إلا إذا كان سليم العقل والإدراك لأن العقل هو مناط الأهلية، فمتى أصيب العقل والإدراك بخلل أو عارض شله أصبح صاحبه في حكم القاصر بسبب السن، وهذه الحالات متعددة منها ما يمس العقل كالجنون والعتة، ومنها ما يصيب البدن كالعاهة أو العقوبة الجنائية، لهذا تعين علينا دراسة عوارض الأهلية (1)، ثم موانع الأهلية (2)، وذلك كما يلي:

- عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية هي أمور تعترض الشخص فتؤثر على التمييز عنده، وبالتالي على أهليته، فقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد القانوني، فيؤدي ذلك إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وقد تطرأ على الشخص بعد بلوغه سن الرشد القانوني فتنقص أهليته أو تعدمها [40]ص68، وهي إما عاهات تفسد التدبير كالسفه والغفلة، أو عاهات تصيب العقل وهي الجنون والعتة، وهو ما سندرسه كما يلي:

- العوارض المنقصة للأهلية: إتفق الشراح على اعتبار السفه (1) والغفلة (2)، عوارض منقصة للأهلية.

- السفه: السفه لم يعطه المشرع تعريفاً محدداً بل إكتفى بإحاقه بحكم الصبي المميز فقط، لذا وجب البحث عن تعريف السفه لدى الفقه، وعلى هذا الأساس يعرف السفه: لغة: على أنه: « الطيش وخفة العقل»، وكذلك « السفه نقص في العقل وأصله الخفة»، ويعرف أيضاً بأنه: «العمل بخلاف موجب الشرع بإتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل» [38]ص51.

أما إصطلاحاً: فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 942 منها بأنه: « السفه هو من يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصاريفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف». وعرفته المذكرة الإيضاحية للقانون المصري على أنه: « خفة نعترى الإنسان فتحمله بالعمل على خلاف مقتضى العقل والشرع ».

وقد غلب إطلاق إصطلاح السفه على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل، كما يعرفه جانب آخر من الفقه على أنه: « السفه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة» [33] ص06.

وعليه يستنتج أن السفه ليس مرض يصيب العقل بل هو فساد للتدبير مع وجود العقل، وارتبط إسم السفه مع مبذر المال في غير مقتضى الشرع ولو في سبيل فعل الخير [41]ص332، ومثاله كمن يكون كثير التبرع أو كثير المقامرة والمراهنة بأمواله، والسفه لا يعدم الأهلية بل ينقصها فقط [42] ص182.

– الغفلة: الغفلة شأنها شأن السفه، لم يحدد لها المشرع تعريفاً محدداً بل إكتفى بإلحاق صاحبها بناقصي الأهلية، وأعطاه حكم الصبي المميز.

لغة: هي: « غيبة الشيء عن بال إنسان وعدم تذكره له، وقد إستعمل فيمن تركه إهمالاً وإعراضاً» [38] ص23.

أما إصطلاحاً: فذو الغفلة هو: « الذي يطبق كل ما يقال له ولا يهدي إلى التصرفات الراجعة والمفيدة فيغيب في المعاملات لسلامة نيته»، وعرف أيضاً بأنه: « ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف التصرف الراجح من الخاسر، فيخدع بسهولة في المفاوضات ويغيب». «.

وعرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها: « ضعف في بعض الملكات الضابطة للنفس، ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير» [33] ص07.

وعليه نستنتج أن ذا الغفلة هو الذي يسهل غيبه لسلامة قلبه وضعف إدراكه [42] ص182، وعليه فالغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تقوم على فساد التدبير وحسن الإدارة [41] ص333.

إن فكرة السفه والغفلة ليست من الأفكار المقيدة أو المنضبطة، بل هي فكرة معيارية ترجع إلى التجارب الإجتماعية وتجارب الناس [30] ص54، إذا فهما ليسا مرضاً كما سبق وأسلفنا، وبإجماع الفقهاء فإن السفه وذا الغفلة متفقان في تصرفاتهما من حيث فساد الرأي وسوء التدبير، وإذا كان السفه فيه من الذكاء أحياناً وهو يقصد الإلتلاف غير عابئ ولا فاهم بتصرفاته، وذا الغفلة لا يقصد الإلتلاف بل فيه غباء وكان هو السبب في سوء تدبيره وفساد تقديره، ولقد إنعقد اجتماع الفقهاء على أن السفه يأخذ حكم ذا الغفلة من حيث الحجر عليه و أحكام وتصرفاته [35] ص171، على النحو الذي سنراه لاحقاً في دراستنا هذه.

– العوارض المعدمة للأهلية:

تنص المادة 1/42 من ق.م.ج، على أنه: « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون »، من نص المادة نستنتج أن العوارض المعدمة للأهلية في القانون الجزائري هي العته(1) والجنون(2).

1- العته: يعرف العته لغة على أنه: « نقص في العقل والمعتوه هو ناقص العقل » [33] ص05.

أما إصطلاحا فهو: « آفة تصيب العقل حيث يصير صاحبه مختلط الكلام، شبيه كلامه بكلام العقلاء والبعض الآخر شبيه بكلام المجانين » [35] ص143، كما يعرف بأنه: « ذلك الخلل الذي يصيب عقل الإنسان ويؤدي إلى نقصانه لا زواله كلية » [42] ص182، كما يعرف على أنه: « جنون هادئ لا يصاحبه هيجان، فالمعتوه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون » [40] ص68.

من خلال هذه التعريفات نستنتج أن العته عارض يصيب العقل فيضعفه ويضعف الوعي والإدراك، والأصل أن العته لا يعدم التمييز بل ينقص منه فقط، إلا أن المشرع إعتبره عديم التمييز إلى جانب المجنون [16] ص584، وبالتالي يخضع إلى نفس أحكام الصبي غير المميز من حيث حكم تصرفاته وأحكام الولاية والوصاية عليه.

2- الجنون: الجنون لغة: « هو الجن ضد الإنس، ويقال جن عليه الليل جنا، ويجن بالضم وجن الرجل أي ستر عقله، والمجنون هو مستور العقل أو مختله » [35] ص180، 181. أما في الإصطلاح: فالمجنون هو: « من أصيب باختلال في عقله بحيث لم يعد يميز بين الأمور الحسنة والقبیحة » [35] ص181، كما يعرف بأنه: « حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على الإدراك وتمييز العمل النافع من العمل الضار » [43] ص156، ويعرفه جانب آخر بأنه: « من فقد العقل أو إختل توازنه و إنعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله ويكون فاقد الأهلية » [41] ص329، كما يعرف بأنه: « إختلال في العقل يصاحبه إضطراب وهيجان » [33] ص04.

من خلال هذه التعاريف نستنتج أنها تجمع على أن الجنون هو مرض يصيب العقل فيعدم تركيزه وقوة إدراكه للأمور، ومن كان بهذه الحالة عد عديم التمييز في نظر القانون، ويخضع لنفس أحكام الصبي غير المميز، إلا أن الجنون قد يكون بصفة دائمة في الشخص،

وقد يكون بصفة متقطعة أي يأتي ويزول، لذا فصل المشرع في هذه المسألة من حيث الحكم على تصرفات صاحبها على النحو الذي سنراه لاحقاً.

وفي ختام دراستنا لعوارض الأهلية وجب الإشارة إلى أمر مهم، وهو تدارك المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني سنة 2005 للخلط الذي وقع فيه فيما يخص المعنوه، بحيث كان يعتبره في نص المادة 42 من ق.م.ج، غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية، بمعنى غير مميز، ومنه جميع تصرفاته باطلة وذلك بصريح نصها الآتي: « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة».

بينما إعتبره في النص القديم من المادة 43 من ق.م.ج، مميزاً بمعنى ناقص الأهلية مما يجيز له القيام ببعض التصرفات النافعة له، وذلك بنصها على أنه: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو معنوهاً، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون».

وحسن ما فعل المشرع هنا حين إستبدل عبارة «معنوها» في النص القديم بعبارة «ذا غفلة» في النص الجديد من المادة 43 من ق.م.ج، وهو ما يحدث إنسجاماً بين النصوص وفق ما طالب به العديد من دارسي القانون، والذين من بينهم دكتورنا الفاضل بن شويخ رشيد في أطروحة الدكتوراه التي قدمها سنة 2003 [32] ص 256.

غير أنه وجب عليه كذلك تدارك التعارض الذي وقع فيه فيما يخص السفيه بين قانون الأسرة، والقانون المدني، إذ إعتبره في القانون المدني ناقص الأهلية وبالتالي يأخذ حكم الصبي المميز، بينما إعتبره في قانون الأسرة عديم الأهلية، إذ يلحقه في الحكم بالمجنون والمعنوه، وذلك في نص المادة 85 منه [17]، لهذا وجب إعتبره ناقص الأهلية بحسب أحكام القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة للقوانين ذلك لأن السفيه هو عارض من العوارض المنقصة للأهلية على النحو الذي بيناه، فهو لا يعدم التمييز والإدراك وإنما ينقص منه فقط [30] ص 90.

- موانع الأهلية:

هي ظروف ليس من شأنها أن تؤثر في أهلية الشخص، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها، وإنما تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من المتعذر أن ينفرد بمباشرة تصرفاته وهي متعددة نظرا لطبيعة كل واحد منها.

- المانع المادي:

وهو الغيبة والفقدان: وهما مانعان ماديان يمنعان الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم كمال أهليته، بحيث يستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه نظرا لغيابه، لذي فلكل ذي مصلحة وبعد مرور سنة من الغياب أن يرفع للمحكمة طلبا لتعيين من ينوبه في تسير أموره، وينتهي هذا المانع بزوال الغياب أو الفقد كالمفهوم حيا مثلا [44] ص 173. وعرفت المادة 109 من ق.أ.ج، المفقود بأنه: «المفقود هو الشخص الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم»، وعرفت الغائب في المادة 101 من ق.أ.ج على أنه: «يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل لمدة سنة، وتسبب غيابه أضرار للغير».

- المانع الطبيعي:

وهو إصابة الشخص بعاهتين كأن يكون أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم مما يتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيرا كاملا، لذا يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا أو وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي يجريها تحقيقا لمصلحته [43] ص 157، كما قد يصاب الشخص بمرض شديد يحدث له عجزا جسمانيا كبيرا يخشى معه في إنفراده بمباشرة التصرف في ماله [41] ص 338، كمن شل في لسانه ويعجز عن النطق أو يصبح كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن إنفراده بالتصرف في ماله، فرغم كمال أهليته ورغم بقاء تمييزه وإرادته سليمين إلا أنه يستعصى عليه مباشرة هذه التصرفات، لذا أوجب القانون ضرورة تعيين مساعد قضائي له [39] ص 593، وفي ذلك تنص المادة 1/80 من ق.م.ج على أنه: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته...».

وبناء عليه فالشخص المصاب بعاهة واحدة - عدا المرض الشديد- فإن الوصاية القانونية لا تتقرر له بحسب الأصل، ونفس الأمر إذا كان الشخص مصابا بعاهتين ولكنه يستطيع التعبير عن إرادته، فهنا لا تقرر له الوصاية القضائية [53] ص157.

- المانع القانوني:

وهو الحكم بعقوبة جنائية وذلك ليس لنقص في أهلية الشخص، ولكن هي عقوبة تبعية تكمل العقوبة الأصلية، وبالتالي تحول هذه العقوبة التبعية بين المحكوم عليه وبين مباشرته لأهليته [43] ص158، وذلك ما ورد في نص المادة 78 من ق.م.ج، بنصها على أنه: « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية، أو فاقدها بحكم القانون».

كما تنص المادة 06 من قانون العقوبات على أنه: « العقوبات التبعية هي الحجر القانوني والحرمان من الحقوق الوطنية، وهي لا تتعلق إلا بالعقوبة الجنائية»، وتنص المادة 07 من نفس القانون على أنه: « الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه، من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقرر في حالة الحجر القضائي».

2.2.1. أحكام أهلية القاصر

بعد أن عرفنا القاصر، وقلنا أن المشرع ربطه بالأهلية لأنها هي التي تخول للشخص القيام بالتصرفات القانونية، ورأينا أن القاصر إما أن يكون بسبب السن أو بسبب عارض أو مانع يعترض أهلية الشخص، هذا لا يمنع كونه صغيرا كان أو راشدا و بغض النظر عن كمال عقله أولا من أن تكون له أهلية، لأنها مرتبطة بشخصية الإنسان فمتى ولد الشخص تثبت له الشخصية القانونية ومنه أصبحت له أهلية ونصت في ذلك المادة 25 من ق.م.ج، على أنه: « تبدأ شخصية الإنسان من تمام ولادته حيا، وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شرط أن يولد حيا».

من نص المادة نستنتج أن حياة الإنسان من يوم ولادته إلى غاية موته تكون له الشخصية القانونية بقوة القانون، ومنه الأهلية باعتبارها مرتبطة بشخصية الإنسان ما دام

يتوفر فيه الشرط المذكور في المادة أعلاه وهو تمام الولادة حيا، إلا أن هذه الأهلية تختلف وتندرج مع الإنسان بحسب تدرجه في السن ومراحله العمرية، ولكل مرحلة عمرية أهلية معينة تخصها، ومنه يتضح أن للقاصر أهلية معينة، لذا توجب علينا تعريف الأهلية (الفرع الأول)، وتحديد الأهلية بحسب إختلاف السن والمراحل العمرية (الفرع الثاني).

1.2.2.1. تعريف الأهلية و تمييزها عن الولاية على النفس والمال

لتعريف الأهلية توجب علينا تعريفها عند علماء اللغة والاصطلاح (أولا)، وتميزها عن الولاية(ثانيا)، باعتبارهما مفهومان متداخلان ومترابطان.

- تعريف الأهلية:

تعددت تعاريف الأهلية ومفاهيمها بحسب نظرة كل تعريف لذا سنورد التعريف اللغوي (1) وننتقل بعدها للتعاريف الإصطلاحية(2) كما يلي:

- تعريف الأهلية لغة: الأهلية لغة هي: «الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له» [45] ص449، ومنه قوله تعالى « وألزمهم كلمة التقوى وكونوا أحق بها وأهلها». سورة الفتح الآية 26، وقوله تعالى في سورة المدثر الآية 56 «هو أهل التقوى وأهل المغفرة».

ويقال: « فلان أهل لكذا، إذا كان مستوجبا له أي كون الشخص صالح لصدور الشيء عنه وطلبه منه وقبوله إياه » [35] ص19.

- تعريف الأهلية إصطلاحا: الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي: « صلاحية الإنسان للوجوب له وعليه شرعا، أو لصدور فعل منه على وجه يعتد به شرعا».

وعرفها الإمام الرازي بأنها: « صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه » [46] ص241، كما تعرف أيضا بأنها: « صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق، فإذا صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق شيء أسبابها القولية ويوحدها، كانت عنده الأهلية بجزأيا أي

أهلية أداء وأهلية وجوب» [37] ص272، أما الأهلية في القانون فلها عدت تعاريف نذكر منها:

- الأهلية هي: « قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية» [44] ص163، كما نعرف بأنها: « صلاحية الإنسان لكسب حقوق وتحمل التزامات، فيطلق عليها أهلية الوجوب، ويقصد بها القدرة على مباشرة التصرفات القانونية فيطلق عليها حينئذ أهلية أداء » [42] ص177.

- ويعرفها السنهوري بأنها: « الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحية لإستعمالها»، وبالتالي أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، وأهلية الأداء هي صلاحية لإستعمالها [47] ص134، 135.

- ويعرفها جانب آخر من الفقه على أنها: « صلاحية الشخص لصدور شيء معين منه وطلبه منه وإستحقاقه له » [35] ص20. وتعرف أيضا بأنها: « صلاحية الشخص لأن يكون طرفاً في الحق سواء كان طرفاً سلبياً أو إيجابياً، وكذا صلاحية للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب عليه القانون آثاره القانونية » [29] ص227، 228.

باستقراء مختلف التعاريف السابقة نستنتج مايلي:

- إتفاق كل التعاريف على أن مناط الأهلية هو العقل والتمييز.

- إرتباط الأهلية بشخصية الإنسان، فمتى ولد الشخص حياً ثبتت له الأهلية، وهي أهلية الوجوب على غرار الشخصية القانونية.

- تنوع الأهلية، فهي أهلية وجوب في أولى مراحلها، وأهلية أداء في آخر مراحلها، ومناط الأولى هو الولادة حياً، ومناط الثانية هو العقل والإدراك والتمييز والقدرة على التعبير عن الإرادة. ومنه الأهلية نوعان وهو ما سنتطرق إليه بالدراسة لاحقاً.

- الأهلية تخضع في تطبيقها وأحكامها إلى قانون الأحوال الشخصية، وهو قانون الأسرة الجزائري من المواد 81 إلى المادة 86، وكذا القانون المدني الجزائري من المادة 40 إلى المادة 45 منه.

- لا إختلاف بين فقهاء الشريعة والقانون في تعريف الأهلية ومناطقها، سواء تعلق الأمر بأهلية الأداء أو أهلية الوجوب.

- الأهلية من النظام العام وذلك بصريح نص المادة 45 من ق.م.ج، على أنه: « ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها».

وبناء عليه فكل إتفاق يتم بالمخالفة لها (الأهلية) يكون باطلا بطلانا مطلقا تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها، فالعقد الذي يبرمه القاصر ويتضمن إتفاق على إعتبره كامل الأهلية، يقع الشرط باطل ويظل العقد صحيحا فيما عداه، ويكون قابلا للإبطال لمصلحة القاصر وحده، باعتبار الشرط كأن لم يكن، كما يكون الإتفاق على إعتبر كامل الأهلية، ناقصها باطل بطلانا مطلقا إلا في الحالة التي يجيز فيها القانون للشخص التصرف بأمواله [48] ص192، وهو ما يسمى بالترشيد للتجارة والزواج في القانون الجزائري.

فالأهلية إذا في جوهرها هي مسألة سن وعقل وتديبر، ذلك أن المشرع رأى أن الأفراد لا تتوفر لديهم الصلاحية للمعاملات إلا إذا بلغوا سنا معينة تكفل لهم من النضوج ما يمكنهم من رعاية مصالحهم، والمشرع لم يمنع بعض الأفراد- القصر وهم محل دراستنا هذه- من القيام بالتصرفات القانونية أو بعضها بحسب الأحوال إلا رغبة منه في حماية هؤلاء الأفراد من عديمي الأهلية وناقصيها، إذ أنهم لما يقومون بالتصرفات في هذه الحالة لا يستطيعون تديبر أمورهم تديبرا سليما، وكذا تحمل مصالحهم، فلو ترك لهم المشرع باب المعاملات مفتوحا لكان الضرر لاحقا بهم لا محالة، وهذا يعد من مظاهر حماية القصر عديمي الأهلية أو ناقصيها.

- تمييز الأهلية عن الولاية:

لما كانت الأهلية صفة تقوم للشخص، تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه عملا من الأعمال القانونية المتعلقة بحق أو إلتزام، فتكون لهذا الشخص بالنسبة إليه أهلية الوجوب، أو بعبارة أخرى هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية بإسمه ولحسابه بقصد إحداث أثر قانوني معين في شخصه أو في ذمته المالية [41] ص314.

أما الولاية فهي صفة تقوم للشخص تجعل له سلطانا على غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها في نفسه أو على ماله أو فيهما معا جبرا عنه، أو هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية بإسم شخص آخر يكون نائبا عنه بحكم القانون ولحساب هذا الشخص، أي بقصد إحداث آثار قانونية في الشخص الأصيل أو في ذمته المالية. وبالتالي تتميز الأهلية عن الولاية في النقاط التالية:

- الأهلية مرتبطة بشخصية الإنسان وتندرج بحسب السن، بينما الولاية لا تثبت للشخص إلا إذا كان هناك من هو عديم أو ناقص الأهلية، وتتوفر فيه شروط الولاية لكي ينوب عنه.
- الأهلية هي إما أهلية وجوب أو أهلية أداء، بينما الولاية هي ولاية على النفس، وولاية على المال.
- الشخص صاحب الأهلية يقوم بالتصرفات القانونية بنفسه ولحسابه الخاص، بينما في الولاية تكون بقيام الولي بالتصرفات القانونية بنفسه لحساب غيره من هو ولي عنهم [39] ص 596.
- تبدأ الأهلية ببداية الشخصية القانونية أي الولادة حيا وتنتهي بوفاة الشخص، بينما الولاية تبدأ بحكم قضائي أو غير قضائي من وقت ثبوت نقص أو إنعدام الأهلية للشخص الخاضع للولاية.

2.2.2.1. أنواع الأهلية

من خلال التعاريف السابقة عرفنا أن الأهلية نوعان، منها ما هو مرتبط بشخصية الإنسان وحياته وهي أهلية الوجوب (أولا)، ومنها ما هو مرتبط بعقل الإنسان وحسن تدبيره وهي محددة بسن معينة وهي أهلية الأداء (ثانيا).

- أهلية الوجوب:

إنطلاقا من نص المادة 25 من ق.م.ج المذكورة سابقا، والذي يعترف بالشخصية القانونية للشخص من يوم ولادته حيا إلى غاية وفاته، وإنطلاقا من تعريف أهلية الوجوب التي هي: «صفة تقوم في الشخص تجعله صالحا لأن يكون له حقوق وعليه إلتزامات، أو هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه» [48] ص 187.

من هذا التعريف يتضح أن أهلية الوجوب تثبت لكل شخص لأن مناطها الولادة حيا، أي الحياة وتثبت بوجودها وتتعدم بانعدامها، فالإنسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة سواء أكان بالغا أو صبيا، وسواء أكان راشدا أو غير راشد، ذكرا كان أم أنثى، وسواء أكان حرا أم عبدا، وتستمر معه تلك الأهلية لحين وفاته [37] ص 273، وهناك من منح أهلية الوجوب للجنين، وهي أهلية ليس لها علاقة لا بالسن أو العقل، أو البلوغ، أو الرشد لدى الإنسان، ولا تتأثر بأي عارض ما عدا الموت لأن مناطها الحياة [45] ص 451.

وبناء عليه، فإن أهلية الوجوب بالمعنى المقدم لا ينكرها على الإنسان أي قانون، فليس من العدل إلغاء الشخصية القانونية لكائن حي، ولكن قد وجد على إطلاقها بعض القيود التي تحد منها، فيتدخل المشرع أحيانا للحد بصفة جزئية من الشخصية القانونية للإنسان، أو بعبارة أخرى من أهلية وجوبه، ومثال ذلك الصبي غير المميز الذي يمنع عليه وعلى من ينوبه قانونا ولي أو وصي أن يتصرف في أمواله بلا مقابل.

لهذا نجد المشرع حماية منه للصغير أو القاصر ومن هم في حكمه قد سلبه أهلية الوجوب بالقدر الذي تحرم عليه وعلى من ينوبه قانونا أن يتبرع بماله. وأهلية الوجوب على هذا النحو تكون إما ناقصة بالنسبة للجنين (1)، وتكون كاملة بالنسبة لكل مولود حي تثبت فيه الروح (2).

- أهلية الوجوب الناقصة: تثبت هذه الأهلية للجنين قبل ولادته وهو مازال في بطن أمه ولم ينفصل عنها، ويشترط عند انفصاله عن أمه أن يكون حيا [46] ص 250. وفي ذلك نجد قرار المحكمة العليا رقم 51135 المؤرخ في 1984/10/10 ما يثبت هذا القول:

من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا.

ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحصي من طرف القضاء بالإعتراف باستحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفض الطلب وقضى بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقره القانون،

ومن ثم أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقص [49] ص 53، والجنين هو: « الحمل في بطن أمه، ويسمى به لإستتاره فيه، إذ الإجتان هو الستر» [45] ص 453، والسبب في كون أهلية الوجود عنده ناقصة يعود إلى:

السبب الأول: أنه يحتمل الحياة والبقاء، فقد يولد ميتا، فيكون في حكم العدم، ولا يثبت له شيء من الحقوق، وقد يولد حيا ويكون له حق الإنسان، وقد كان مع هذا الإحتمال في الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لإثبات الحقوق مطلقا ولكنه لما كان موجودا فعلا أو حكما، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية في ظاهر الوجود، تثبت له بعض الحقوق، ولم يكن كالإنسان الحي في الكون.

السبب الثاني: أنه يعتبر وهو في بطن أمه جزءا منها، إذ يتحرك بتحريكها، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام، فيعتق إذا كان عبدا، ولكنه جزء على إستعداد للإفصال كاملا مستقلا بحياته، فاعتبارا لهذين الوجهين، كونه جزء من أمه وصلاحيته للإفصال عنها والإنفراد بحياته مستقلا عنها أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر [37] ص 176،277.

وبناء عليه فالجنين وباعتباره يملك أهلية وجوب ناقصة، فلا تلزمه حقوق الغير أبدا، لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالإلتزام بما إلتزم به هو وولييه الشرعي. ولا شيء في ذلك للجنين، فليس عليه فعل يوجب عليه ضمان أو فعل ينشئ حقا لغيره، ولكن يثبت للجنين بعض الحقوق، وهي التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول وهي:

- النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتهما.
- الإرث ممن يموت من مورثيه، لكونه متفرع عن النسب.
- الوصية، فيستحق ما يوصى له به.
- الوقف، واستحقاق ما يوقف عليه لأنه يجوز لمن يحتمل ولادته حيا إلى جانب الوصية.

وما هو دون هذه الحقوق لا تحق له كالهبة لأنها تشترط الإيجاب والقبول [45] ص 457، مع الإشارة إلى أن الحقوق الثلاثة الأخيرة (الإرث، الوصية، الوقف)، ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حيا، وإن ولد ميتا رد نصيبه إلى أصحابه المستحقين.

- أهلية الوجوب الكاملة: تعد ثابتة لكل إنسان ولد حيا، وتستمر معه مادام حيا، وعليه تثبت للإنسان حقوق وتجب عليه إلتزامات، سواء كان مميزا أو غير مميز [46] ص 252 وللمجنون والمعتوه، فتنبت لهم الحقوق المالية كاملة من غير أن تثبت لهم حق المعاملات الذي يتولاه عنهم وليهم.

وعليه فذوا أهلية الوجوب الكاملة يكون ملزما بالعبادات، ويكون صالحا لقبول كل الحقوق المالية التي تدخل في ذمته، كما يمكن أن تترتب عليه حقوق يطالب بها حين رشده إذا أقرها هو أو وصيه خلال فترة التمييز [37] ص 278، 279، وتستمر أهلية الوجوب الكاملة إلى غاية بلوغ سن الرشد القانوني وهو سن 19 سنة كاملة.

- أهلية الأداء:

سبق وأن عرفنا أهلية الأداء واستنتجنا بأنها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته بصورة يعتد بها القانون، وأن مناطها العقل والتمييز والبلوغ، باعتبارها تخص الأقوال والأفعال الصادرة من الشخص، وهي تمر بمراحل بحسب نمو الإنسان، وهذه الأهلية تنقسم بدورها إلى قسمين أو نوعين، أهلية أداء ناقصة (1)، وتتعلق بمرحلة ما بعد الولادة وهي مرحلة التمييز، وأهلية أداء كاملة (2)، تتعلق بمرحلة الرشد، أي بلوغ سن الرشد القانوني وهو سن 19 سنة كاملة [32] ص 158.

- أهلية الأداء الناقصة:

وتسمى أهلية الأداء القاصرة، وهي أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر، فالصبي المميز أهليته قاصرة، إذ هو أهل للإغتناء فقط، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة إلا في ظروف معينة كحالة الترشيح القانوني، وأهلية التبرع لديه معدومة تماما [47] ص 319، ومناط هذه الأهلية هو التمييز مع عدم إكتمال العقل إما لعدم البلوغ، وإما لعارض يصيب العقل كالعته مع التمييز، وتبنى هذه الأهلية على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر، إذ لا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين هما: قدرة فهم الخطاب وتكون بالعقل، وقدرة العمل وتكون بالبدن.

وبالتالي تكون أهلية الأداء كاملة بكمالها وقاصرة بقصرها، فالصبي قبل بلوغه تكون له أهلية أداء قاصرة لأن كلا القدرتين لديه تكون قاصرة، ونفس الشيء بالنسبة للمعتوه البالغ سن الرشد، فإنه قاصر العقل بالرغم من إكتمال بلوغه واكتمال نموه البدني [35] ص 31، 32.

وتتخصر هذه الأهلية بين سن 13 سنة و 19 سنة أي خلال مرحلة التمييز، فقبل هذه المرحلة لا يكون للصبي أهلية الأداء إطلاقاً، بل له أهلية وجوب على النحو الذي ذكرناه سابقاً، أما بعد بلوغه سن الرشد القانوني وهو تمام 19 سنة كاملة دون الحجر عليه تكون له أهلية أداء كاملة.

– أهلية الأداء الكاملة:

هي صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال القانونية منه، فمن كان كامل أهلية الأداء كان أهلاً للإغتناء بحيث يدخل شيء في ملكه دون عوض، وأهلاً لإدارة واستغلال الشيء بالإيجار، وأهلاً للتصرف بعوض كالبيع مثلاً، كما يكون أيضاً أهلاً للتبرع بدون عوض، كأن يهب شيء يملكه لشخص آخر [47] ص 318، 319.

وبالتالي فأهلية الأداء الكاملة، تبنى على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل، ويترتب على هذه الأهلية وجوب الأداء وتوجه الخطاب لمن إتصف بها، وكان محلاً لها، لأن في إزام الأداء قبل كمال العقل والبدن حرج كبير، لذا ربطها الشارع الحكيم بالبلوغ، لأن البلوغ يكون معه كمال العقل، إستدللاً بقوله (صلى الله عليه وسلم): «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» [46] ص 257، 258.

وبناء على ما تقدم، نقول أن كل من بلغ سن الرشد القانوني ولم يحجر عليه، تكون له أهلية الأداء كاملة فيمكنه مباشرة كل أعمال التصرف والإدارة والتبرع فيها المسؤولية كاملة لأنها صادرة عن بالغ عاقل كامل الإرادة والتدبير، ومن خلال عرضنا لنوعا الأهلية، يمكن إستنتاج الفروق التي تميز أهلية الوجوب عن أهلية الأداء وهي كما يلي:

- أهلية الوجوب لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية، ولا تختلف في الصغير عنها والكبير، وذلك إلى حين الوفاة، أما أهلية الأداء فتتأثر بعوارض الأهلية وترتبط بعدة أدوار في حياة الإنسان.

- أهلية الوجوب تكتسب بمجرد الولادة حيا، أو قبل ذلك كما رأينا، أما أهلية الأداء فلا يكتسبها الإنسان إلا إذا بلغ سنا معينة.

- أهلية الوجوب لا علاقة لها بإرادة الإنسان، أما أهلية الأداء فترتبط بهذه الإرادة وتتوقف عليها [42] ص 178، ففقد الإرادة، فاقد التمييز وفاقد الأهلية، وناقص الإرادة ناقص التمييز وناقص الأهلية، وكامل الإرادة كامل التمييز وكامل الأهلية، ومعنى ذلك أن الشخص إذا كان يتمتع بأهلية وجوب كاملة منذ ولادته حيا، فإنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بعد توفر لديه الإرادة وقدرة التمييز والإدراك [45] ص 451.

3.2.1. أحكام تصرفات القاصر

بعد تعريفنا بالقاصر وأهليته في المطلبين السابقين، نأتي للتطرق إلى نقطة أساسية ومهمة في مظاهر حماية حقوق القاصر، ألا وهي أحكام تصرفاته القانونية التي يباشرها، إذ أخضعها المشرع لأحكام مختلفة حتى لا يترك القاصر عرضة للإستغلال ومن ثم قد يدفع للقيام بتصرفات قد تضر به وتفقر ذمته المالية.

ولما كانت العقود إما عقود إغتناء، أو عقود إدارة أو عقود تصرف أو عقود تبرع، فإن إختلاف هذه العقود التي يباشرها القاصر، يجعل الحكم يختلف من عقد إلى آخر بحسب نتيجة التصرف، فإذا كان نافعا للقاصر (الفرع الأول)، كعقود الإغتناء لها حكم معين، وإذا كان العقد ضارا للقاصر (الفرع الثاني) كعقد التبرع، له حكم آخر، أما إذ كان العقد عقد إدارة كالإيجار أو تصرف كالبيع، هنا يكون دائر بين النفع والضرر بالنسبة للقاصر (الفرع الثالث)، ومنه فالحكم يتوقف على نتيجة العقد أو التصرف.

1.3.2.1. التصرفات النافعة نفعا محضا

نتطرق إلى تعريفها (أولا)، ثم إلى حكمها (ثانيا).

- تعريف التصرفات النافعة نفعا محضا:

هي: « التصرفات التي يفتني بها من مباشرها دون أن يدفع مقابلا لذلك، كقبول الهبة، أو الوصية، أو قبول الإشتراط لمصلحة الغير، وتسمى هذه الأعمال بأعمال الإغتناء» [41] ص322، يعني دخول شيء في ملكية القاصر دون مقابل.

من خلال التعريف يتضح أن الأعمال النافعة نفعا محضا يشترط أن تكون دون مقابل، وإذا كانت بمقابل تأخذ حكم التصرف الدائر بين النفع والضرر على النحو الذي سنراه في حينه، ومنه متى دخل في ملكية القاصر شيء مهما كان نوعه بشرط أن يكون مشروعاً وكان ذلك دون مقابل قلنا أننا بصدد فعل نافع نفعا محضا.

- حكم التصرفات النافعة نفعا محضا:

لمعرفة حكم التصرف النافع نفعا محضا يجب التفصيل في من يصدر في حقه هذا التصرف من القصر، باعتبار أنه سبق وأن مر علينا في دراسة أنواع القاصر، أن هناك من هو قاصر عديم الأهلية(1) كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، وهناك قاصر ناقص الأهلية(2)، وهو الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة.

- بالنسبة للقاصر عديم الأهلية:

ونقصد به القاصر عديم التمييز ومن هو في حكمه، من مجنون أو معتوه، ونصت المادة 82 من ق.أ.ج، على أنه: « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة».

ونصت المادة 1/42 من ق.م.ج، على أنه: « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون...».

من خلال نص المادتين أعلاه، يتضح أن تصرفات القاصر عديم التمييز تكون باطلة بطلاناً مطلقاً بغض النظر على نتائجها، سواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر، والدليل في ذلك عبارة « جميع تصرفاته» في نص المادة 82 المذكورة أعلاه،

وكذلك عبارة «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية»، ومنه كلا النصين يشتركان في صيغة الجمع دون التفصيل في نتيجة التصرف.

وبناء عليه، متى قام القاصر غير المميز بتصرف قانوني مهما كان نوعه وحتى وإن إنفع منه بصفة مطلقة، جاز التمسك بالبطان المطلق لاعتباره من النظام العام، ويجوز التمسك به أمام القضاء حتى ولو كان أول مرة أمام المحكمة العليا، ويثيره القاضي من تلقاء نفسه بالنسبة للقاصر عديم التمييز بسبب السن، أو بعد الإستعانة بالخبرة الطبية بالنسبة للمعتوه والمجنون.

وموضوع حماية عديم الأهلية يكون أولاً بوضعه تحت نظام السلطة الأبوية، عن طريق الولاية أو الوصايا كما سنراه لاحقاً، وثانياً يجب أن يكون محمياً لعدم نضجه مما يجعل إلتزاماته التي يقوم بها باطلة، كما أنه لا يستطيع التصرف في ذمته المالية، فأولياؤه هم الذين لهم سلطة إدارة أمواله باعتبارهم ممثليه الشرعيين، ولما أقر المشرع ببطان التصرفات القانونية الصادرة عن القاصر عديم التمييز ومن هم في حكمه يعتبر حكماً صائباً، لأنه يعد من مظاهر حماية حقوق القصر.

كما يجب أن نشير إلى أن المشرع نص في المادة 85 من ق.أ.ج على أن تصرفات المجنون والمعتوه تعتبر غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته. وذلك في نصها كما يلي: «تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»، ومن نص المادة يتضح أن المشرع وقع في خطأ بذكر عبارة «غير نافذة» التي تعنى البطان النسبي وليس المطلق، كما رأينا بالنسبة للقاصر عديم التمييز بسبب السن، إلا أنه في النص الفرنسي تدارك الأمر وأصاب باعتباره نص على البطان، ومنه يأخذ حكم الصبي غير المميز، وذلك تأكيداً لكلامنا فيما سبق حين رأينا أن المجنون والمعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية بسبب السن، أي من لم يبلغ سن التمييز، ويتجلى ذلك من خلال النص الفرنسي للمادة 85 الذي يتوافق مع نص المادة 42 من ق.م.ج. التي تعتبر المجنون والمعتوه عديمي الأهلية، وهو مبين بوضوح في النص الفرنسي التالي: «les actes d'une personne atteinte de démence d'imbécilité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls».

وهو الصواب في نظرنا.

كما أن المقصود بالتصرفات التي يعقدها المعتوه والمجنون تلك التي يقوم بها خلال فترة الجنون والعتة البين، وكذلك خلال فترة ما بعد الحكم بالحجر عليه، إذ أن الحكم بالحجر على المجنون والمعتوه يعدم أهليته ويصبح من عينته المحكمة نائبا عنهم سواء كان وصي أو قيم. وهذا ما يتجلى في نص المادة 107 من ق.أ.ج، بنصها على أنه: «تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وكذا قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

- بالنسبة للقاصر ناقص الأهلية:

وهو الصبي المميز الذي بلغ سن 13 سنة كاملة، ومن يقع في حكمه من سفيه وذا غفلة على النحو الذي بيناه سابقا، فعد قيامه بالتصرف النافع له وهو في مرحلة التمييز كامل الأهلية بالنسبة لهذا التصرف، والقانون يقر بنفاذ هذا التصرف صراحة في نص المادة 83 من ق.أ.ج، في نصها على أنه: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له.....». ونص المادة 43 من ق.م.ج، كما سبق ورأينا يعتبر السفیه وذو الغفلة ناقصي الأهلية وبالتالي يأخذان حكم الصبي المميز فيما يخص التصرفات النافعة نفعا محضا.

2.3.2.1. التصرفات الضارة ضررا محضا

سنستعرض تعريفها (أولا)، ثم حكمها (ثانيا):

- تعريف التصرفات الضارة ضررا محضا:

هي: «التي تسبب إفتقار من يباشرها دون مقابل كالإيحاء والإيهاب» [34] ص170، كما تعرف بأنها: «التصرفات التي تفيد خروج شيء من ملكه أو كله دون مقابل، كأن يقدم لغيره قرضا أو يقوم بكفالة دين غيره أو يهب ماله لغيره» [35] ص68.

وعليه نستنتج من التعريف، أن التصرفات الضارة ضررا محضا هي كل ما يخرج من ملك القاصر من أشياء مادية أو معنوية، عقارية أو منقولة دون عوض، أي دون مقابل أو

حتى إلتزام معين دون مقابل له، كأن يقوم بكفالة دين معين ويقوم بأدائه حين حلول أجله، فهذه التصرفات وما نحوها لما تصدر من القاصر دون مقابل تكون ضارة به ضررا محضا.

- حكم التصرفات الضار ضررا محضا:

سوف نعتد على نفس التقسيم بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً وذلك كما يلي:

- بالنسبة للقاصر عديم الأهلية:

وهو الصبي الذي لم يبلغ سن التمييز والمعنوه والمجنون، فحكم تصرفاتهم الضارة ضرراً محضاً هو البطلان المطلق، لأنها تفقر ذمته المالية، على اعتبار أن المشرع في نص المادة 82 من ق.أ.ج، ونص المادة 42 من ق.م.ج، استعمل لفظ العموم، وهي صيغة الجمع على النحو الذي بيناه في حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً، وكذلك قياساً بمفهوم الأولى، فما دام المشرع حكم على التصرفات النافعة نفعاً محضاً، التي يجريها عديم الأهلية بالبطلان المطلق، فإنه من باب أولى الحكم ببطلان التصرفات الضارة ضرراً محضاً لكونها تفقر من ذمته المالية، والحكم يشمل حتى التصرفات التي يبرمها وليه أو وصيه.

- بالنسبة للقاصر ناقص الأهلية:

وهو من بلغ 13 سنة كاملة وكان دون 19 سنة كاملة، إلى جانب السفه وذا الغفلة، فيأخذ حكم الصبي المميز، فإذا باشر تصرفاً ضاراً به ضرراً محضاً أخذ حكم البطلان المطلق وذلك بصريح نص المادة 83 من ق.أ.ج، بنصها على أنه: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني، تكون تصرفاته...باطلة إذا كانت ضارة له...».

وعلى هذا الأساس فإن المشرع و حماية منه للقاصر المميز من تبذير أمواله وذهابها، أجاز للقاضي الرجوع في الإذن الذي كان قد منحه للصبي المميز بالتصرف في أمواله متى رأى بأن هذا الإذن أصبح خطراً على أموال القاصر و ذمته المالية، وذلك بصريح المادة 84 من ق.أ.ج، التي تجيز للقاضي بناء على طلب من له مصلحة أن يأذن لمن بلغ سن التمييز بالتصرف في أمواله جزئياً أو كلها، وذلك بنصها على مايلي: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز بالتصرف في جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.»

وأكثر من ذلك، نجد أن المشرع المدني وحماية منه لناقص الأهلية -الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة- في مواجهة المتعاقد معه، إضافة إلى بطلان التصرف الذي أقدم عليه، فهو غير ملزم برد ما حصل عليه بمقتضى العقود الباطلة إلا ما عاد عليه بالمنفعة، وذلك بصريح نص المادة 2/103 من ق.م.ج. على أنه: «...غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا بطل العقد لنقص الأهلية، أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد...».

3.3.2.1. التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

نتعرض لتعريفها (أولاً)، ثم حكمها فيما بعد (ثانياً).

- تعريف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

تعرف على أنها: «تلك التصرفات التي لا يترتب على من يبشرها إغتناء محضاً ولا إفتقاراً محضاً، لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتل بطبيعتها الكسب، كما تحتل الخسارة».

ويدخل تحت هذا النوع بناء على التعريف ما يسمى بأعمال التصرف، في الشيء، كالبيع والهبة مثلاً، كما يدخل تحتها أيضاً ما يسمى بأعمال الإدارة، وهي التي ترمى إلى مجرد إستغلال الشيء كإيجار الشيء والتصرف في غلته وثماره [44] ص 164.

كما تعرف بأنها: «تلك التصرفات التي تحتل أن تكون نافعة للقاصر ومحقة لمصلحة له، وتتحمل أن تكون ضارة به، تفوت عليه مصلحة وترتب عليه إلتزاماً دون عوض، أو ينجم عنها خسارة مالية له»، ويدخل تحتها البيع والشراء، والإيجار والإستئجار، والرهن والإرتهان، وغيرها من عقود المعاوضة المالية في مختلف صورها المحتملة للربح والخسارة [30] ص 15.

من خلال التعاريف يتضح أن العبرة في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إنما هي طبيعة العقود دون النظر إلى واقعة معينة، لأن الشأن من هذه العقود أنها تحتل الأمرين، أي النفع والضرر، الربح والخسارة، صف إلى ذلك أن النفع الظاهر في الحاضر لا يعول عليه بل العبرة في مصلحة الشخص المتصرف بنتائج التصرف، فقد يكون مثلاً البيع بضعف

القيمة في الواقع الأمر ضارا، كما إذا كان الشخص في حاجة المبيع نفسه، أو كما في حالة إحتمال أن يأتي عليه زمن ترفع قيمته فيه إلى أكثر مما بيع به [38] ص 14، 15.

- حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

هذه التصرفات إما يباشرها قاصر عديم التمييز (1)، أو يباشرها قاصر مميز (2).

- بالنسبة القاصر عديم الأهلية:

وهو من لم يبلغ سن 13 سنة كاملة ومن هم في حكمه، فإذا قام هذا القاصر بالتصرف الدائر بين النفع والضرر، فإن تصرفه هذا يقع باطلا ويلحق بالعدم، فلا يترتب عليه أي اثر لأن تصرفه غير معتبر قانونا، وذلك بنص المادة 1/42 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة».

ونص المادة 82 ق.أ.ج، على أنه: « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفات باطلة».

ومن نص المادتين يتضح ما سبق و أشرنا إليه وهو صيغة الجمع التي لا تميز بين طبيعة أو نوع أو نتيجة التصرف، وبالتالي مجرد التصرف فقط يقع باطلا بطلانا مطلقا دون الإعتبار إلى نتيجته لأنه صادر عن قاصر عديم الأهلية والتمييز، إما لصغر السن أو لعته أو جنون وتم الحجر عليه، وهو ما يعد أكبر حماية لحقوق القاصر في هذا المجال.

- بالنسبة للقاصر ناقص الأهلية:

ويقصد به صدور الفعل الدائر بين النفع و الضرر من قاصر بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد القانوني، أو قاصر بسبب سفه أو غفلة، فحكم هذا التصرف وارد في القانون المدني الجزائري وفي القانون الأسرة الجزائري.

إذ تنص المادة 2/103 من ق.م.ج. على أنه: «... غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

وبناء على نص المادة المذكورة أعلاه، يتضح أن تصرفات القاصر ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر تكون من قبل التصرفات الصحيحة، إلا أن المشرع وحماية منه لحقوق القاصر جعلها قابلة للإبطال (البطلان النسبي)، فتصرف القاصر ناقص الأهلية في هذه الحالة، لا يتوقف على الإجازة على النحو الذي سنجده في قانون الأسرة، فمتى صدر التصرف الدائر بين النفع والضرر من ناقص أهلية إعتبر التصرف صحيحا ومرتبيا لكل آثاره القانونية ما لم يتقرر بطلانه، فمثلا إذا قام القاصر ناقص الأهلية بعقد بيع، فهذا البيع يرتب جميع آثاره فيما بين المتعاقدين والغير، ما لم يرقم من له مصلحة أو القاصر نفسه بطلب إبطال العقد، فإذا طلب القاصر أو من له مصلحة بطلب إبطال العقد، وحكمت له المحكمة بذلك زالت آثار العقد بأثر رجعي من يوم إبرامه طبقا لنص المادة 1/103 المذكورة أعلاه، وذلك بنصها على أنه: « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل....».

أما قانون الأسرة، فقد ربط نفاذ التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يقوم به القاصر ناقص الأهلية بإجازة الولي الشرعي أو الوصي، وذلك في نص المادة 83 من ق.أ.ج، على أنه: « من لم يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته.... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء»، وبهذا يتضح أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بفكرة وقف التصرف على الإجازة على عكس القانون المدني على النحو الذي بيناه سابقا، وهي فكرة مأخوذة من فقه الشريعة الإسلامية، ومؤداها أن التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه القاصر ناقص الأهلية لا يرتب أي أثر على الرغم من أنه عقد صحيح، ولا يعترف به المشرع إلا بعد صدور الإجازة ممن لهم الحق في الإجازة من ولي أو وصي أو حتى القاصر ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد القانوني.

وما يلاحظ من نص المادة أعلاه، أن المشرع لم يربط صاحب الحق في الإجازة من ولي أو وصي بمدة معينة يتوجب عليه إبداء إجازته فيها من عدمها، بل ترك الأمر مفتوحا لصاحب هذا الحق، كما لم يبين طرق الإجازة الواجبة لكي يصير تصرف القاصر ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر نافذا ومرتبيا لآثاره القانونية، لهذا وجب الإحالة إلى القواعد

العامّة المستنبطة من أحكام القانون المدني فيما يخص صور إجازة العقد القابل للإبطال التي تكون إما صريحة أو ضمنية.

فتكون الإجازة صريحة إذا عبر صاحب الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يقوم به القاصر ناقص الأهلية عن رغبته بالإجازة، وذلك إما باللفظ الذي يعبر عن رضى صاحبه ومقصده، ولا يشترط في التعبير عن الإجازة أي لفظ معين، لأن العبرة بالمقاصد ومعاني الألفاظ، فكل لفظ يعبر عن الرغبة والرضى في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يصدره القاصر ناقص الأهلية يكفي لكي تكون معه الإجازة صريحة، وإما بالكتابة التي لا يشترط فيها شكل معين إلا أن تكون دالة على نية المجيز بصفة صريحة لتنتج آثارها فور صدورهما من صاحب الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يقوم به القاصر ناقص الأهلية.

كما أنه قد تكون الإجازة ضمنية وذلك إذا قام صاحب الحق في إبطال التصرف بأي فعل يستفاد منه أنه أجاز التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي قام به القاصر ناقص الأهلية، ولا يشترط في الإجازة ضمنية كانت أو صريحة إلا الشروط الآتية لكي تنتج آثارها:

- ألا يكون الولي أو الوصي قد رد التصرف من قبل، لأن الإجازة لا تلحق بالعقد القابل للإبطال، بمعنى لا يمكن لشخص أن يتمسك ببطلان عقد ثم يتراجع ويطلب بإيجازته.
- أن تصدر الإجازة من الولي أو الوصي قبل زوال نقص أهلية القاصر، لأنه بعد كمال أهليته ينتقل الحق في الإجازة إليه، فله أن يجيز التصرف، وله أن يبطله.
- وجوب صدور الإجازة من القاصر ناقص الأهلية بعد كمال أهليته وبلوغه سن الرشد القانوني، لأن حق الإجازة قبل هذا السن يكون للولي أو الوصي الذي هو في رعايتهم.
- ألا يكون الولي أو الوصي عن القاصر ناقص الأهلية الذي أقام تصرفاً دائراً بين النفع والضرر قد ردوا أو تمسكوا ببطلانه قبل بلوغ القاصر ناقص الأهلية سن الرشد القانوني.

والحكمة من كل هذا هو حماية القاصر ناقص الأهلية وتجنبيه الضرر الذي قد يلحق التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يقوم به، وعليه فمتى صدرت الإجازة بشروطها وتحققت أنتجت آثارها القانونية بالنسبة للتصرف ذاته، وبالنسبة لصاحب الحق في الإجازة كما يلي:

- نفاذ التصرف الموقوف يجعله يرتب آثاره القانونية من طرف المجيز.
- سقوط حق التمسك بإبطال هذا التصرف الدائر بين النفع والضرر من طرف المجيز.

الفصل 2

إجراءات وطرق حماية حقوق القاصر في المال الشائع

بعد أن تعرضنا إلى مفهوم المال الشائع وحقوق الشريك فيه، والضمانات التي منحها المشرع للشركاء في حال التصرف في المال الشائع وإدارته إدارة تضربهم في الفصل الأول، وبعد أن تعرضنا على مفهوم القاصر وأحكام تصرفاته، ومدى الحماية التي وفرها له المشرع الجزائري، من خلال إفراده بنصوص خاصة في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، باعتبار أن كل ما قلناه حول حقوق الشريك في المال الشائع وأحكام أهلية وتصرفات القاصر يعد ضماناً وحماية في حد ذاتها للقاصر لتفادي ضياع ماله المملوك على الشيوع، نأتي في الفصل الثاني للتعرف على الضمانات التي قررها المشرع الجزائري لحماية مال القاصر المملوك على الشيوع، وذلك بتقسيمنا لهذا الفصل إلى نقطتين رئيسيتين هما:

- الضمانات العامة، التي أقرها المشرع لحماية مال القاصر، وتتجلى هذه الضمانات في إخضاع القاصر وجوباً وفقاً لأحكام القانون إلى نظام الولاية على المال، التي تنقسم إلى ولاية طبيعية وولاية مكتسبة، إضافة إلى ممارسة حق إسترجاع المال الذي يخرج من الشيوع عن طريق رخصة الشفعة وحق الإسترداد، الذي هو ممنوح لكافة الشركاء على الشيوع دون النظر إلى سنهم، ومنه فهو حماية وضمانة منحت للقاصر من باب أولى، لأن حماية مال القاصر من النظام العام.

- الضمانات الخاصة، وهي تلك الضمانات المتعلقة بالحالة التي يكون فيها الشيوع أياً إلى الزوال، وتتمثل في الطريقة الرئيسية التي ينقضي بها الشيوع وهي القسمة بمختلف أنواعها، وكذلك ضرورة بيع المال بالمزاد العلني في حال تعذر القسمة، وسنفضل في ذلك في مبحثين كما يلي:

1.2. الضمانات العامة.

2.2. الضمانات الخاصة.

1.2. الضمانات العامة

تنص المادة 81 من ق.أ.ج على أنه: «كل من كان فاقد الأهلية، أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقا لأحكام هذا القانون»، وتنص المادة 44 من ق.م.ج على أنه: «يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا لقواعد المقررة في القانون»، إذ نظم المشرع أحكام الولاية على مال القاصر في الكتاب الثاني من ق.أ.ج تحت عنوان النيابة الشرعية التي تكون إما طبيعية نظرا لصلة الدم والقربة (المطلب الأول)، وإما مكتسبة ومستمدة من الولي الطبيعي إلى الغير (المطلب الثاني)، كما نص المشرع الجزائري في المادة 794 من ق.م.ج على من تثبت لهم رخصة الشفعة، وذكر في الفقرة الثانية منها الشريك على الشيوع في حالة البيع لأجنبي وهو ما يتوافق مع أحكام المادة 721 التي تجيز للشريك على الشيوع في المنقول أو في المجموع من المنقول والعقار إسترداد الحصة الشائعة في حال التصرف لأجنبي (المطلب الثالث) وهذا ما سنحاول توضيحه وفق ما يلي:

1.1.2. الولاية الطبيعية على المال

يقصد بها تلك الولاية المستمدة من الشارع مباشرة من غير إنابة أحد، وهي ما تسمى بالولاية الأصلية، وتثبت للأب والجد وحتى للأُم بحسب قانون الأسرة الجزائري في المادة 87 التي تنص على أنه: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...»، وذلك نظرا لصلة القرابة، وهي ولاية لازمة لا تقبل الإسقاط أو التنازل عنها لأنها شرعية، إذ الشارع هو الذي فوض للأب أو الجد أو الأم بحسب الحالات التصرف في مال القاصر لكامل شفقتهم عليه، فإذا أرادوا عزل أنفسهم لا يعزلوا، وهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة، والولادة أمر ذاتي لا ينفصل عن صاحبه، وتستمر هذه الولاية حتى يزول سببها الذي هو صغر سن القاصر الموضوع تحت الولاية وضعف عقله، فمتى بلغ وصار راشدا زالت الولاية بصفة طبيعة وآلية، والولاية عدة أنواع، فهي إما ولاية قاصرة والتي تعني قدرة الشخص على التصرف في حق نفسه وماله، وهي تثبت للبالغ الراشد غير المحجور عليه، وقد تكون متعددة وذلك بتصرف الشخص لصالح غيره في ماله بإنابة من الشرع والفقهاء، وهي بدورها قسمان:

ولاية عامة: وهي التي يمارسها القاضي على من لا ولي له من عديمي الأهلية وناقصيها باعتبار أن القاضي ولي من لا ولي له.

ولاية خاصة: وهي ولاية الأب والجد والوصي على القاصر، وهي إما ولاية على المال أو ولاية على النفس، وما يهمننا من هذه الدراسة هو الولاية على المال، لذا سنحاول تحديد مفهومها (الفرع الأول) ثم ننتقل لمن له الحق فيها (الفرع الثاني) ثم نتعرف على السلطات التي منحها القانون لمن تثبت له الولاية على مال القاصر (الفرع الثالث) وذلك كما يلي:

1.1.1.2. مفهوم الولاية الطبيعية على المال

ولمعرفة مفهوم هذا النوع من الولاية يجب علينا التطرق إلى تعريفها (أولاً) ثم تمييزها على غيرها من المفاهيم المشابهة (ثانياً).

- تعريف الولاية الطبيعية على المال:

تتعدد تعريفات الولاية الطبيعية على المال بحسب النظرة التي ينظر منها كل تعريف، فنجد لها تعاريف مختلفة عند علماء اللغة(1) وتعاريف متعددة عند فقهاء الشريعة الإسلامية (2)، وكذلك عند فقهاء القانون والإصلاح(3).

- تعريف الولاية الطبيعية على المال لغة:

الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر للفعل ولي، يقال ولي الشيء وولي إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، فإن قام به فهو ولي، والولاية على المال تكون بنفاذ الأموال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بالمال كالبيع والإجارة والرهن ونحوهم[50] ص56.

كما يراد بها النصر، وقيام الشخص بأمر غيره، ويقال ولي فلان فلانا وولي عليه إذا نصره وقام بأمره، وهو ما يدل عليه قوله تعالى في الآية 257 من سورة البقرة: «الله ولي الذين آمنوا»، وقوله أيضاً في الآية 107 من سورة البقرة كذلك: «وما لكم من دون الله من ولي ولا نصير».

والولاية إذا جاءت مكسورة يراد بها الإمارة والسلطة، يقال فلان له ولاية على البلدة أي هو أميرها وسلطانها، ودليل ذلك قوله تعالى في الآية 44 من سورة الكهف: «هنالك

الولاية لله الحق»، وقال المفسرون إن معنى الولاية بالفتح النصر، ومعناها بالكسر القدرة والسلطان، وكلاهما ثابت لله.

وقال ابن الأثير: «كأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطبق على صاحبها إسم ولي». والولي عندما يتولى أمر من هو في حاجة إليه ينصره ويساعده ويشفق عليه في التصرف ويعامله بالتي هي أحسن [51] ص 09، 10.

- تعريف الولاية الطبيعية على المال عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

اختلفت التعاريف بحسب إختلاف المذاهب الإسلامية، فمنهم من إعتبرها سلطة، ومنهم من إعتبرها قدرة أو توكيل شرعي:

- الولاية عند الأحناف: هي «تفويض القول على الغير شاء أم أبى» [51] ص 11.

- الولاية عند المالكية والحنابلة: هي توكيل شرعي لقولهم: «وما يترتب عن الولاية كتوكيل المالكة والوصية، والأصل في الولاية ولاية الزواج، والمراد بالولي إذا أطلق ولي المرأة» [52] ص 20.

- الولاية عند الشافعية: عرفها الشافعي بأنها: «القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافذ، سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره، نيابة من الشارع أو من الإنسان مع إقرار كالوصاية والوكالة» [51] ص 12.

من هذه التعاريف يتضح أن فقهاء الشريعة أجمعوا على أن الولاية الطبيعية على المال هي نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من هو تحت ولايته جبرا، لعجزه عن النظر فيها، تحقيقا لمصلحة المولى عليه أو مصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله، بمعنى أنها سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر فتكون تصرفاته نافذة حتى دون رضاه [52] ص 28.

- تعريف الولاية الطبيعية على المال قانونا:

هي عند البعض «سلطة الشخص في إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بماله غيره نيابة عنه» [50] ص 57، وتعرف أيضا بأنها: «السلطة التي تثبت للشخص في أن يباشر تصرفات قانونية فتتخذ في حق الغير» [42] ص 182.

كما يعرفها البعض الآخر على أنها: «قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق الغير» [39] ص 596، فتثبت لعدم الأهلية وناقصيتها والمحجور عليهم» [44] ص 175.

وعرفها آخرون على أنها: «صفة تقوم بشخص تجعل له سلطانا على غيره في ماله جبرا عنه فتخوله سلطة التصرف في مال الغير» [41] ص 342، 341.

وأخيرا يعرفها آخر على أنها: «قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه المالية من عقود وتصرفات وإتفاق» [52] ص 28، ويتضح من التعريفات السابقة أن:

- الولاية الطبيعية على المال سلطة، والسلطة تعني الحق في التصرف، وترتيب الآثار القانونية الناتجة عنه، سواء بإجراء الولي التصرف في أموال المولى عليه لمصلحته كالبيع والشراء، أو بدون تصرف صادر من المولى عليه.

- إن هذه السلطة مشروعة سمح بها الشرع، فتخرج بذلك الوكالة التي مصدرها العقد، ويدخل فيها فقط الولاية أو النيابة الشرعية من ولاية ووصاية وتقديم.

- إن هذه الولاية الطبيعية على المال استوجبها أمران: حفظ أموال المولى عليه وتممينها لعجزه عن صيانة أمواله وإستثمارها مما يلحق الضرر به أو بمن له الحق عليه في أمواله [52] ص 29.

- إن الولاية على المال هي نظام قانوني يهدف إلى حماية أموال القاصر وذلك بتكليف شخص راشد بالقيام بالتصرفات القانونية نيابة عن القاصر خوفا من أن يضيع أمواله ويفسدها، والولاية الطبيعية هي ذاتية لا يجوز الإتفاق على تعديها، لأنه مرعلينا وأن قلنا سابقا في هذه الدراسة أن الأهلية من النظام العام، فمن كان غير أهل للتعاقد لنقص أو إنعدام أهليته توجب قانونا أن ينوب عنه ولي أو وصي، ويخضع ترتيب هؤلاء إلى القانون كما هو منصوص عليه في المادة 875 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه لا يجوز للولي التنازل

عن ولايته لصالح غيره إلا إذا قامت أسباب إنقضاء ولايته المنصوص عنها في القانون، وإحترام الترتيب واجب وضروري لأنه مفروض من القانون، وحتى تكون نيابة الولي نيابة قانونية يجب أن تتوفر على ثلاثة شروط:

- حلول إرادة الولي محل إرادة القاصر: فالولي يعبر عن إرادته هو لا عن إدارة القاصر، لذا فإن إرادة الولي هي التي تكون محل إعتبار فيما يتعلق بعيوب الإدارة وحسن النية وكمال الأهلية.

- عدم تجاوز حدود النيابة: فبالرغم من أن الولي يعبر عن إرادته، ويتمتع نتيجة ذلك بنوع من الإستقلال، إلا أنه ينبغي عليه ألا يخرج عن حدود نيابته التي سطرها القانون، فإذا خرج عنها فقد صفتة كنائب ولا تتصرف آثار التصرف إلى القاصر بقدر المنفعة التي عادت عليه.

- أن يكون التعاقد بإسم القاصر: على الولي أن يعلن أنه يتصرف بإسم الأصيل فإذا أغفل ذلك إنصرفت آثار العقد إليه لا إلى القاصر [51] ص 26.

- تمييز الولاية الطبيعية على المال عما يشابهها من مفاهيم:

للولاية على المال عدة مفاهيم متشابهة، أو قريبة منها، ولكي يتضح لنا معنى الولاية الطبيعية على المال أكثر وبصورة أدق، توجب علينا تمييزها عن تلك المفاهيم، فهي تتميز عن الولاية عن النفس (1)، وتتميز عن الوكالة (2)، وتختلف عن الفضالة (3) كما تتميز عن الأهلية كما سبق ووضحناه في حينه، وتختلف أيضا عن الوصاية وهو ما سنراه حين دراستنا لمفهوم الوصاية أو كما سميناهما في دراستنا هذه بالولاية المكتسبة على مال القاصر.

- تمييز الولاية الطبيعية على المال عن الولاية عن النفس: الولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي القيام بالإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه من ولاية حتى بلوغه، بحيث يدخل في نطاقها ثلاثة أنواع: الحفظ والرعاية، وهي ما تسمى بالحضانة، ولاية التربية والتأديب، وأخيرا ولاية التزويج إذ تنص في ذلك المادة 62 ق.أ.ج على أنه: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً ».

وتنص المادة 11 من نفس القانون على أنه: «تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره، وهذا دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

يتضح من نص المادة 11 المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية أن المشرع شدد في مسألة تزويج القصر بأن يكون وليهم هو الأب أو أحد الأقارب أو القاضي وهو ما يعني إقتصار الولاية على النفس في مسألة الزواج على عنصر الذكورة عكس ما هو معمول به في أحكام الولاية على المال التي نص المشرع الجزائري على أن الأم هي ولية على مال أبناءها بعد الأب على النحو الذي سنراه في الفرع الموالي من هذه الدراسة.

أما الولاية على المال فتشمل كل ما يتصل بمال القاصر، بحيث يلتزم الولي القيام بالإشراف على رعايتها وحفظها وصيانتها من التلف والضياع أو الإعتداء عليها من قبل الغير، والعمل على تمتيتها بإستغلالها وزيادة مواردها والمتاجرة فيها، هذا وتختلف الولاية عن النفس عن الولاية الطبيعية على مال القاصر من حيث طرق انتهاءها وإنقضائها، فتنتهي الولاية على النفس بالنسبة للأنثى إلى غاية الدخول بها، وبالنسبة للولد إلى غاية بلوغه سن الرشد دونما آفة عقلية أو دراسة، وبالإستغناء عنها بالكسب، وهو ما نصت عليه المادة 75 ق.أ.ج في أحكام النفقة: «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال.

فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالإستغناء عنها»، بينما تنتهي الولاية الطبيعية على المال بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه أو بإسقاط الولاية عليه، وذلك وفقا لنص المادة 91 ق.أ.ج التي نصها: «تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه

2- بموته

3- بالحجر عليه قضائيا أو قانونيا

4- بإسقاط الولاية عنه».

- تمييز الولاية الطبيعية على المال عن الوكالة:

الولاية والوكالة كلاهما من أساليب النيابة عن الغير، والنيابة بمعناها العام هي قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه، وهي إما إختيارية، وإما إجبارية، فالإختيارية هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف إلى الغير، وذلك بحسب نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري، إذ تعرف الوكالة بأنها: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه».

أما الإجبارية فهي التي يفوض فيها الشرع التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص يسمى الولي الذي يعتبر الممثل الشرعي له، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة[52] ص90 ، وينظر إليها بحسب المصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة، فتكون قانونية كما في الولي، وقد تكون قضائية كما في الوصي والقيم، وتكون اتقاقية عقدية كما هو الشأن بالنسبة للوكيل، وعلى هذا الأساس تتميز الولاية الطبيعية على المال عن الوكالة في النقاط التالية:

- الولاية على المال تستمد وجودها من مصدر شرعي مباشر، كما أن الشرع هو الذي يحدد صلاحيات الولي فيجعلها مطلقة أو مقيدة، بينما الوكالة فتستمد وجودها من العقد، وتحدد بحدوده، فتكون عامة أو خاصة فالعقد شريعة المتعاقدين، ولهما الإتفاق على أي نوع شأؤوا من أنواع الوكالة.

- الولاية تستلزم أهلية الولي، فمن لا أهلية له لا ولاية له على غيره، بينما المولى عليه يكون عديم أو ناقص الأهلية، أما في الوكالة فيجب أن يكون الموكل ذا أهلية كاملة للتصرف في ماله، ومنه ينظر إلى أهلية الولي في الولاية الطبيعية على المال، وإلى أهلية الموكل في عقد الوكالة.

- لا يستطيع القاصر محل الولاية أو المولى عليه التحلل أو التخلص من الولاية على ماله بعزل الولي أو تغييره أو تحديد سلطاته، بينما يستطيع الموكل التخلي عن وكيله طبقا لنص المادة 587 ق.م.ج التي تنص على ما يلي: «يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد إتفاق يخالف ذلك»، ويكون هذا المنع لسببين هما:

- السبب الأول: إن سلطات الولي في الولاية على المال يحددها الشرع، بينما سلطات الوكيل يحددها العقد المنشئ للوكالة.

- السبب الثاني: إن المولى عليه (القاصر) لا أهلية له في التصرف، بينما الموكل فهو كامل الأهلية.

- الولاية الطبيعية على مال القاصر إلزامية وهي من النظام العام لا يجوز للولي التنازل عنها أو إسقاطها إلا بالقانون، بينما الوكالة فهي نيابة إختيارية يمكن للوكيل قبولها أو رفضها [51] ص 22.

هـ- يمكن للشخص أن يوكل عدة أشخاص لتنفيذ عمل معين بعقد واحد، بينما الولاية الطبيعية فلا يجب أن تكون إلا لولي واحد، بحسب الترتيب المحدد قانونا في نص المادة 87 من ق.أ.ج التي سنأتي على ذكرها لاحقا.

- تمييز الولاية الطبيعية على المال عن الفضالة:

يحق للشخص التصرف في ما يملك بكل حرية إلا فيما إستثناه القانون، أو كما يسمى التصرف في الحدود التي رسمها القانون، كما يحق لهذا الشخص صاحب الملك أن يأذن لغيره بالتصرف في ملكه، وهذا الإذن إما أن يكون من القانون مباشرة، كما هو الشأن في الولاية الطبيعية على مال القاصر، أو يكون من صاحب المال نفسه في إطار القانون، كما هو الحال في عقد الإنتفاع والإستعمال وعقد الوكالة، لكن لا يحق للشخص أن يتصرف فيما لا يملك بلا إذن من القانون أو من المالك صاحب الشيء محل التصرف، فتصرفه على هذا النحو يقع باطلا، إلا بما إستثناه القانون، كما هو الحال بالنسبة للفضولي [52] ص 93.

والفضالة هي أن يقوم شخص عن قصد وإرادة بعمل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بالقيام بهذا العمل قانونا أو إتفاقا [29] ص 319، وعرفتها المادة 150 من ق.م.ج بأنها: «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك»، وعلى هذا النحو تتميز الفضالة عن الولاية الطبيعية على المال بما يلي:

- الولاية واردة على سبيل الأصل، فمن يملك الإذن بالتصرف كان كالمالك الشرعي قانونا يملك حق التصرف في مال القاصر، أما الفضالة فواردة على سبيل الإستثناء وفيها يكون

الفضولي قد تصرف في مال الغير تصرفا غير مرخص به من حيث الأصل لإنعدام الملكية والإذن المسبق.

- تصرف الولي في مال المولى عليه (القاصر) تصرف نافذ لأنه يستند إلى إذن سابق من المشرع أو القاضي، أما تصرف الفضولي فيكون موقوفا على إجازة المالك اللاحقة أو من يملك حق الإجازة كالولي على مال القاصر [51] ص 23، ومتى أجز العمل أصبح في حكم النائب أو الوكيل وذلك وفقا للمادة 152 ق.م.ج التي تنص على أنه: « تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي»، ومن ثم تصبح الفضالة كعقد الوكالة ترتب إلتزامات وحقوق على طرفيها بقوة القانون.

وعليه، فمن خلال تعريفنا للولاية الطبيعية على مال القاصر، يتضح أنها أصلية مصدرها الشرع والقانون، ولا تثبت إلا لكامل الأهلية وذي الصلة بالمولى عليه (القاصر)، لهذا يتضح أن طرفي الولاية على المال هم القاصر ناقص أو عديم الأهلية، والولي الشرعي الذي ينوب عنه شرعا، ومحلها مال القاصر وذمته المالية التي يخاف عليها الضياع والتلف إن تركت حرية التصرف فيها للقاصر أو تركت دون رعاية، لهذا توجب علينا التعرف على من لهم الحق في الولاية الطبيعية على مال القاصر وذلك من خلال التعرف على أحكام الولي في الفرع الموالي.

2.1.1.2. تحديد الولي الطبيعي على المال وشروطه

تثبت الولاية الطبيعية على مال القاصر للولي، ولفظ الولي بالمعنى الضيق هو إصطلاح شاع إطلاقه في فقهاء الشريعة الإسلامية على الأب والجد الصحيح الذي هو أب الأب، لهذا سنتطرق إلى تحديد الولي (أولا) ثم نستعرض شروطه (ثانيا).

- تحديد الولي الطبيعي على المال:

لمعرفة الولي الطبيعي في التشريع الجزائري توجب علينا تحديده في القانون الجزائري (1) وفي الشريعة الإسلامية (2).

- الولي الطبيعي في القانون الجزائري:

الولي في القانون الجزائري هو الأب ومن بعده الأم، وذلك تطبيقاً لنص المادة 87 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: « يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد » إذ يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد منح الولاية الطبيعية على مال القاصر إلى الأب ومن بعده الأم وذلك بتفريقه بين حالتين:

- حالة قيام العلاقة الزوجية: تكون الولاية الطبيعية على المال للأب بصفته رئيساً للأسرة، وفي حالة غيابه أو حصول مانع له تحل أمه في القيام بالأمر المستعجلة للأولاد.

- حالة إنقضاء العلاقة الزوجية: وهنا فرق أيضاً بين حالتين:

الأولى بسبب الوفاة: ويقصد بها وفاة الأب هنا تحل الأم محل الأب المتوفى في الولاية الطبيعية على أولادها القصر، وهذا بقوة القانون ودون الحاجة لإصدار حكم قضائي.

الثانية: بسبب الطلاق: أي لما يحكم القاضي بالطلاق، يمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، ويجب أن ينص القاضي على ذلك في منطوق الحكم بالطلاق أو في حكم آخر لاحق له.

وبهذا، يتضح جلياً أن المشرع الجزائري منح حق الولاية على القصر للأم بعد وفاة الأب، مخالفاً بذلك فقهاء الشريعة الإسلامية التي تعد الولاية الطبيعية على المال عندهم منوطة بالعصبة من الذكور ولا تنتقل الولاية للأم شرعاً كما سنراه بعد حين، ولقد كرس المشرع الجزائري هذا الترتيب في عديد من المواقف نذكر منها قرار المحكمة العليا رقم 187682 المؤرخ في 1997/12/23.

من المقرر قانوناً أنه في حالة وفاة الأب، تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً، أو بناءً على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون [53] ص 53، ولما كانت من الثابت في - قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي، فإنهم قد خالفوا القانون، وتتجلى

أوجه مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال ترتيب الأولياء عند مختلف المذاهب الفقهية، التي تشترك في صفة الذكورة للولي الطبيعي.

- الولي الطبيعي في الفقه الإسلامي:

وهو يختلف بحسب المذاهب كما يلي:

- تثبت الولاية على المال عند الحنفية، أولاً للأب فهو أولى من غيره بها، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار إحتراماً لإرادته التي عبر عنها قبل وفاته باختياره، ثم تثبت بعد الوصي المختار للجد الصحيح أي لأبي الأب، ثم تثبت من بعد ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء [39] ص 598، وعليه فإنه عند الحنفية لا ولاية للجد مع وجود الأب ووصيه، ولا ولاية للقاضي مع وجود الجد أو وصيه.

كما أنه لا ولاية للأم، فإذا أوصت الأم على ولدها الصغير قبل موتها، ثم ماتت لا يكون لذلك الولي الحق في التصرف في تركة الأم مع وجود الأب أو وصيه بأي حال من الأحوال، وهذا علماً بأن الشفقة موجودة عند الأم أكثر، ولعل ذلك لأن عاطفتها الطاغية وعدم معرفتها بطبائع الناس قد يجعلها لا تحسن التصرف الكامل ولا حسن الإختيار [54] ص 54.

- كما تثبت الولاية الطبيعية عند الشافعية للأب ثم أبو أبيه وإن علا، فإن اجتمع الأب والجد كان الأب مقدماً على الجد إلا في حالة ما إذا كان الأب غير أهلاً للولاية كأن يكون محجوراً عليه، ثم الوصي، ولا ولاية للأم عند الشافعية إلا إذا أقامها الأب أو الجد أو القاضي، بمعنى أن الأم لا تكون إلا وصية على أن يكون الأب والجد أو القاضي هو الذي أقامها [54] ص 55.

- أما عند الحنابلة فتكون الولاية الطبيعية للأب الحر الرشيد والعدل، ويصح عندهم أن يكون الكافر ولياً على ولده بشرط أن يكون عدلاً في دينه، ثم تثبت من بعد الأب لوصي الأب، أما الجد أبو الأب وكذلك الأم وسائر العصبات لا ولاية لهم على الصبي والمجنون [54] ص 55.

- وأخيراً تثبت الولاية في الفقه المالكي على مال القاصر إلى الأب ثم تنتقل من أوصى به الأب، ثم بمن أوصى به وصي الأب وهو ما يعني إستبعاد الجد من الولاية، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر [56] ص 347، وعليه وبناء على ما سبق، يكون ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي كما يلي:

- في الفقه الحنفي: الأب، ثم وصيه، ثم الجد فوصيه، ثم القاضي فوصيه.
- في الفقه الشافعي: الأب، ثم الجد، ثم وصي الباقي منهما، فالقاضي فوصيه.
- في الفقه الحنبلي: الأب ثم وصيه، ثم القاضي فوصيه.
- في الفقه المالكي: الأب، ثم وصيه، ثم القاضي فمقدمه أو الكافل.

وما يلاحظ عند إستعراضنا لترتيب الأولياء، لدى فقهاء الشريعة الإسلامية السمحاء هو الإختلاف الذي وقع فيه المشرع الجزائري مع أحكام هذه الأخيرة فيما يخص:

- الجد: بحيث لم يقر له المشرع الجزائري بحق الولاية الطبيعية على مال القاصر، وذلك بصريح نص المادة 87 من ق.أ.ج التي نصها كما يلي: « يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

وهو ما يبين بوضوح مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي الولاية الطبيعية على مال القاصر للجد على النحو الذي رأيناه، وهو ما حاول المشرع الجزائري إستدراكه بصفة عشوائية، ونقول عشوائية لأنه في نص المادة 92 من ق.أ.ج أشار إلى الجد كولي طبيعي للقاصر، مما يطرح التساؤل حول عدم جراءة المشرع الجزائري في النص على الولاية للجد من بعد الأب أو من بعد الأب والأم، لعل ذلك للضغوط التي مورست من قبل الجماعات التي كانت وراء تعديل 205 لقانون الأسرة الذي أعطى للمرأة الولاية على نفسها في الزواج، وذلك بإسقاط ركن الولي وتحويله إلى شرط في عقد الزواج.

وتجلى هذا القول في نص المادة 92 ق.أ.ج بأنه: « يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون»، وهو ما يوحي ضمنا بأن ترتيب الأولياء في التشريع الجزائري يكون على النحو التالي: الأب، الأم، الجد، وصي الأب، وصي الجد، وصي القاضي.

- الأم: المشرع الجزائري جاء على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بولاية الأم على أولادها، وهذه الولاية، التي منحها المشرع للأم، تكون قاصرة على الأمور المستعجلة المتعلقة بأولادها في حالة غياب الأب أو حصول مانع مادي له، رغم كونه على قيد الحياة، كما تكون كاملة وتامة بعد وفاة الأب أو ثبوت الحضانة لها بعد الحكم بالطلاق، لكن الأمر الغريب الذي وقع فيه المشرع الجزائري وهو النص على حق الأم في الولاية على أولادها بعد وفاة الأب أو الطلاق ولاية تامة، وذلك في نص المادة 87 ق.أ.ج المذكور أعلاه، في حين أنه في نص المادة 92 من ق.أ.ج المذكورة أعلاه، لم يمنح لها الحق أو أي سلطة في إختيار وصي لولدها بالرغم من إقراره لها بسلطة الولاية الطبيعية عليه [56] ص72.

ونحن بدورنا نرى أنه على المشرع الجزائري أن يكون أكثر جرأة في تحديد ولاية الأم فإما أن يطلقها ولا يقيدتها مثلها مثل ولاية الأب أو الجد، وإما أن ينص صراحة على تقييدها بنصوص خاصة، ونحن مع الرأي الذي يقر بولاية المرأة على أولادها القصر ولاية تامة غير ناقصة نظرا لعدة أمور نذكر منها:

- جواز وصاية الأم بطريق من الأب أو القاضي، فما الذي يمنع أن تكون ولاية قانونية على أولادها وهي الأمان عليهم وأكثرهم إهتماما بمصالحهم.

- ثبوت الولاية على النفس للأب بالدرجة الأولى إذ لها أن تحتضن الأولاد أو تزوج نفسها، ونحن نعرف أن المحافظة على النفس مقدمة على المال في مقاصد الشريعة الإسلامية، فكيف تؤمن الأم على الأهم وهو النفس ولا تؤمن على المهم وهو المال؟.

- تغير أحوال النساء فأصبحن أغلبهن مثقفات عالمات لأمر الدنيا، ويتقلدن مناصب هامة في المجتمع وحتى قاضيات، فكيف لقاضية في الأحوال الشخصية عندنا أن تحكم بتعيين وصي أو قيم لولد قاصر وليس لها أن تعين أو تختار وصيا لولدها القاصر مثلا؟.

- خضوع نظام الولاية أو النيابة بصفة عامة على القصر لرقابة القضاء بدءا من التعيين إلى الإنتهاء، فمادام القاضي يراقب الأب والجد والوصي، فإنه حتما سيراقب الأم ويطبق عليها نفس الأحكام المقررة قانونا.

وأخيرا متى كان هناك قاصر له مال يحتاج إلى رعاية، توجب وضعه تحت نظام الولاية أو الوصاية على المال لكونها من النظام العام، باعتبار أن القاضي ينظر فيها من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، غير أن الأولياء الذين سبق وحددناهم لا تثبت لهم الولاية بصفة تلقائية ومباشرة إلا إذا توفرت فيهم بعض الشروط الطبيعية التي يتقبلها العقل ويفرضها المنطق، على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على شروط الولي بل نص على شروط الوصي وهذا ما جعلنا نبحث في فقه الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»، وكذلك تطبيقا لنص المادة الأولى من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

- شروط الولي الطبيعي على المال:

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي الطبيعي على المال بل إكتفى بالنص على الشروط الواجب توفرها في الوصي، وذلك في أحكام المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، وبالبحث لدى فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أنها إتفقت على شروط يفرضها العقل والمنطق لكي تحقق أكبر حماية للقاصر المشمول بالولاية، وهي كمال الأهلية(1) والأمانة(2)، وإتحاد الدين(3).

- أن يكون الولي كامل الأهلية: فمن البديهي أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الأم أو الجد على مال القاصر إلا إذا كان هو نفسه كامل الأهلية في شأن ما يباشره نيابة عن القاصر من تصرفات، فإذا كان الولي أهلا لمباشرة بعض الحقوق دون غيرها، كان أهلا للولاية فيما هو أهل لمباشرته، أما ما ليس أهلا للتصرف فيه فتقيم المحكمة متصرفا خاصا لمباشرته [39] ص599،600، إذ لا ولاية لصغير ولا لمجنون أو معنوه، ولا للسفيه أو المغفل على غيره، لأن كلا منهم لا يستطيع النظر في مصالح نفسه، ومن لا ولاية له على نفسه لا يكون له ولاية على غيره من باب أولى [54] ص65.

وعليه، فمن تحقق له الولاية الطبيعية على مال القاصر يجب أن يكون كامل الأهلية،
بالغا عاقلا، وراشدا وغير محجور عليه لأي سبب من الأسباب التي تدعو إلى الحجر قانونا،
فلا ولاية لعديم الأهلية أو ناقصها على غيره على إعتبار أنه لا ولاية له على نفسه.

وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري أو القانون
المدني، إلا أنه وإعمالا بقاعدة القياس بمفهوم المخالفة يتضح أنه إشتراط كمال الأهلية لنقوم
الولاية الطبيعية على مال القاصر، وذلك عند قراءة نص المادة 91 من ق.أ.ج التي تتضمن
الحالات التي تنتهي بها وظيفة الولي، إذ تنص المادة 91 ق.أ.ج على أنه: «تنتهي وظيفة
الولي:...

3- بالحجر عليه قضائيا أو قانونيا».

وكما سبق ومر علينا، رأينا أن أسباب الحجر هي الجنون أو العته أو السفه، وهي
عوارض تصيب الأهلية فإما تعدمها أو تنقصها، فيأخذ المحجور عليه حكم القاصر، رغم
بلوغه سن الرشد القانوني، ومنه يتضح أن المشرع الجزائري حتى وإن لم ينص على شرط
كمال الأهلية صراحة في الولي الطبيعي، إلا أنه كرس هذا الشرط وإتفق بذلك مع فقهاء
الشريعة الإسلامية.

- أن يكون الولي أمينا: إذ يشترط في الولي الطبيعي، كي تتحقق الولاية على مال القاصر،
أن يكون أمينا، عادلا غير مبذر، ويقصد بالأمانة ألا يكون الولي فاسقا يرتكب أمورا يخشى
منها على مال القاصر، ويصنف الحنفية الآباء من حيث الأمانة وحسن التدبير إلى ثلاثة
أصناف:

- الصنف الأول:

أب غير أمين على المال، معروف بالتبذير، والإسراف، محجور عليه أو يستحق
الحجر عليه، فهذا الصنف يمنع من الولاية الطبيعية على أولاده القصر، وإن أعطيت له سلبت
منه وأعطيت لمن يليه في المرتبة.

-الصف الثاني:

أب أمين غير مبذر، لكن معروف بفساد الرأي وسوء التدبير، وتثبت لهذا الصف الولاية الطبيعية على مال ولده القاصر نظرا لأمانته وعدم تبذيره، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه تفيد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر بالمصلحة الظاهرة، فتكون ولايته على مال ولده القاصر قاصرة وناقصة غير كاملة.

- الصف الثالث:

أب ميسور الحال من حيث الرأي والتدبير، ولم يعرف عنه لا فساد رأي ولا تبذير، وأب أمين غير مبذر وهو معروف بحسن الرأي والتدبير، هذا الأب تثبت له الولاية الطبيعية على أموال ولده القاصر كاملة غير منقوصة إلا ما كان منها متوقفا على إجازة القاضي [51] ص39.

- أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر: هذا الشرط جاء تحقيقا لنهي المولى عز وجل عن ولاية الكافر على المسلم، وذلك مصداقا لقوله تعالى في الآية 141 من سورة النساء: «...ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا...»، وقوله عز وجل أيضا في الآية 51 من سورة المائدة: «...يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء، بعضهم أولياء بعض...»، وقوله عز من قائل أيضا في الآية 73 من سورة الأنفال: «...والذين كفروا بعضهم أولياء بعض...».

وعليه، فلا بد أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر، فإذا كان الأب غير مسلم ثم أسلمت أم الأولاد القصر، فإن هؤلاء الأولاد يتبعون الأم في الديانة على اعتبار خير الأبوين دينا، ومن هنا لا تثبت الولاية للأب بل للأم، والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط في الولي بل إشتراطه في الوصي، وقياسا عليه وبناء على أحكام المادة 222 من ق.أ.ج والمادة الأولى من ق.م.ج التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، فإن القاضي إذا ما صادفه هذا الإشكال وهو قضية إختلاف الدين بين الولي الطبيعي والمولى عليه، له أن يحكم بقواعد الشريعة الإسلامية التي تشترط إتحاد الدين، أي أن يكون كلا من الولي والقاصر مسلمين لكي يقر الولاية، وإلا فله أن يعين وليا آخر على اعتبار تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر نظرا لإختلاف الدين، تطبيقا لأحكام المادة 90 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:

« إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، وبناء على طلب من له مصلحة » [50] ص 59، 58.

وإذا ما توفرت هذه الشروط المذكورة آنفا في الولي، إستمد صفة الولي الطبيعي بحكم القانون تطبيقا لأحكام المادة 87 من ق.أ.ج، سواء كان أباً أو أما دون الحاجة إلى صدور حكم من المحكمة لأنها ولاية طبيعية مستمدة من الشرع والقانون نظرا لرابطة الدم، ومن ثم تصبح هذه الولاية إلزامية و إجبارية على من ثبتت في حقه، فلا يمكنه التنحي عنها أو الإنعزال حتى تنقضي صفة الولاية بأي سبب من الأسباب المذكورة في نص المادة 91 ق.أ.ج كما أنها ولاية شخصية مرتبطة بشخص الولي وحده، ولا تنتقل إلى ورثته أو خلفه العام أو الخاص.

والولاية الطبيعية على مال القاصر هي نيابة قانونية رسم لها القانون حدودا لا يجب على ممارستها تجاوزها، كما أخضعها لرقابة القاضي فيما يتعلق بالسلطات الممنوحة للولي الطبيعي في التصرف في مال القاصر المشمول بالولاية الطبيعية.

3.1.1.2. سلطات الولي الطبيعي على مال القاصر

إذا كان القاصر المشمول بالولاية الطبيعية يملك ماله عقارا كان أو منقولا ملكا تاما، فإن القانون يمنحه كل السلطات التي يعطيها حق الملكية وهي التصرف والإستعمال والإستغلال ومتى كان غير أهل لممارسة هذه السلطات وتثبتت الولاية عليه، فإن الولي ينوب عن القاصر في ممارسة كل هذه السلطات باعتباره كامل الأهلية، ولقد حدد قانون الأسرة في المادة 88 منه سلطات الولي على مال القاصر وذلك بنصه في ذات المادة على ما يلي: « على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، ويجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة،
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
- 3- إستثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض، أو المساهمة في شركة،
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه

سن الرشد «.

ويتضح من نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري لم يعتمد على التقسيم المعهود عليه بالنسبة للسلطات التي يمنحها حق الملكية والتي هي حق التصرف والإستعمال والإستغلال، بل إقتصر على تقسيم واحد وهو التصرف، وذلك بتكريره لهذه العبارة في فقرتي المادة أعلاه، لكن هذا التكرار لم نجده في النص الفرنسي للمادة التي إعتد فيها المشرع على تقسيم التصرفات إلى أعمال تصرف وأعمال إدارة وذلك بالنص في الفقرة الأولى من المادة 88 بالنص الفرنسي على أنه:

« le tuteur est tenu de gérer les biens...».

وفي الفقرة الثانية :

.. est doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes ...»

«suivantes

مما يعني أعمال التصرف، ونحن وقصد توضيح مدى الحماية التي أعطاهها المشرع للقاصر ولأمواله، سنعتمد على تقسيم سلطات الولي الطبيعي على مال القاصر من حيث مدى خضوعها لإذن القاضي أم لا، فسنعرض للتصرفات الخارجة عن إذن القاضي (أولا) ثم نحدد التصرفات الداخلة تحت إذن القاضي (ثانيا).

- التصرفات التي لا تتطلب إذن القاضي للقيام بها:

نصت المادة 88 من ق.أ.ج على أنه: « على الولي أن يتصرف-يدير بالنص الفرنسي- في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص...»، غير أن المشرع لم يحدد هذه الأعمال التي لا تتطلب الحصول على الإذن من القاضي للقيام بها، بل إكتفى باشتراط أن تكون بتصرف الرجل الحريص على أموال القاصر وذلك حماية له، ونظرا لقيام الولي بالإدارة لحساب القاصر فإنه يمكن حصر هذه التصرفات وفقا للقواعد العامة في ثلاثة طوائف هي: أعمال الحفظ والصيانة(1)، وأعمال الإدارة والإنتفاع(2)، وكذا أعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها الصبي المميز(3)، وذلك نظرا لأن هذه الأصناف الثلاث من الأعمال لا تلحق ضررا بأموال القاصر.

- أعمال الحفظ والصيانة:

هي تلك الأعمال التي تتطلبها الضرورة العاجلة للحفاظ على المال، وعليه فطبقاً لأحكام المادة 718 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « لكل شريك في الشبوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان يغير موافقة باقي الشركاء ». فإنه ينوب الولي عن الشريك القاصر في المال الشائع في القيام بكل أعمال الصيانة وحفظ المال الشائع تطبيقاً لأحكام المادة 719 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشبوع أو المقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ». لذلك على الولي أن يدفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال القاصر بقدر حصته، وكذا دفع الضرائب وكل ما ينتج على المال الشائع، وله أن يوفي بالديون المترتبة على القاصر ويستوفي حقوقه من الغير، وكذلك بيع المال سريع التلف، وكذلك النفقة على الصغير [42] ص 185.

وهذه الأعمال المتعلقة بالحفظ والصيانة ليست سلطة للولي الطبيعي على مال القاصر فحسب، بل هي واجب يتوجب عليه القيام بها، فعلى الولي الطبيعي واجب القيام بالتسجيلات الرسمية لفائدة القاصر، وواجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري، كإنتقال الملكية لفائدة القاصر، وواجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك للقاصر على الشبوع وكذا واجب عقد تأمينات عادية بهدف تغطية خطر ضياع أموال القاصر [56] ص 76 المملوكة على الشبوع.

- أعمال الإدارة والإنتفاع:

هي تلك الأعمال الوسط بين أعمال الحفظ والصيانة وبين أعمال التصرف، بمعنى أنها أخطر من الأولى أو أقل خطورة من الثانية [56] ص 76، كما يمكن تعريفها بأنها: « تلك الأعمال التي تتفق مع ما أعد له المال سواء كان عقاراً أو منقولاً ويدخل في نطاقها أعمال الإدارة المعتادة التي لا تتطوي على تغيير جوهري في الشيء، وكذلك أعمال الإدارة غير المعتادة التي تدخل على تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء أو المال » [18] ص 1، 2، 3.

وعليه، يحق للولي القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة التي يدخل في نطاقها قسمة المهابأة المكانية والزمانية التي يمارسها الولي الطبيعي نيابة عن القاصر دون إذن المحكمة، ويدخل ضمن أعمال الإدارة والإنتفاع كذلك:

- بيع المنقولات العادية للقاصر، وهي تلك التي ليست لها قيمة مالية كبيرة وليست ذات أهمية كبرى.

- جني وبيع الثمار خوفا من فسادها بعد نضجها، فيتعين على الولي قطفها وبيعها قبل تلفها أو فسادها دونما الحاجة إلى إذن من القاضي.

- إيجار العقارات لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، على اعتبار جواز تأجير الشريك لحصته الشائعة لأنه يعد من أعمال الإنتفاع التي تتفق مع طبيعة الشيء [4] ص 86، ويقوم هذا الإيجار إذا أقامه الولي نيابة عن القاصر بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء وكذلك عدم تجاوز مدة ثلاث سنوات أو سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، تطبيقا لأحكام المادة 4/88 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: « يجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:...

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد ».

كما يكون للولي تمثيل القاصر في مختلف الدعاوى القضائية وذلك لحساب القاصر كلما كانت هذه الدعاوى كافية لحماية حقوق القاصر، فله مباشرة كل الطعون والدعاوى القضائية التي أقرها القانون للشركاء في المال الشائع بصفته نائبا عن القاصر، وذلك تجاه كل التصرفات المادية أو القانونية التي يقوم بها باقي الشركاء والتي تكون قد أضرت بمصالح القاصر وحقوقه، وكذلك كل الدعاوى التي يفرضها القانون لصالح القاصر، كدعوى القسمة ودعوى بيع العقار بالمزاد العلني [56] ص 76، إضافة إلى قيامه بمباشرة رخصة الشفعة وحق الإسترداد نيابة عن القاصر إذا ما حصل ببيع لأجنبي فيما يتعلق بالمال الشائع على النحو الذي سنراه في المطلب الثالث من هذا المبحث.

ويدخل ضمن أعمال الإدارة والإنتفاع كذلك نقطة مهمة لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة على الرغم من إقرار الشريعة الإسلامية لها، وهي قضية الإنفاق من مال

القاصر، سواء عليه هو نفسه أو على من تجب عليه نفقتهم، وهذا ما أقره الشرع الحكيم في قوله تعالى في الآية 06 من سورة النساء: « ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا من كان منكم غنيا فل يستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف »، وكذلك قوله تعالى: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » الآية 34 من سورة الإسراء.

وعليه يحق للولي أبا كان أو أما الإنفاق من أموال أولادهم القصر إلى غاية بلوغهم سن الرشد، وهذا ما يعني تطبيق أحكام حق الإنتفاع بدءا من المادة 844 من ق.م.ج وما بعدها [57] ص366، وهذا ما يستنتج ضمنا من نص المادة 77 من ق.م.ج في نصها: « تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث ».

- إجازة تصرفات القاصر المميز:

سبق ورأينا ان القاصر المميز تكون تصرفاته النافعة نفعا محضا نافذة، فمن البديهي أن يباشرها عنه الولي الطبيعي، فله أن يقبل الهبة والوصايا، وذلك دون اللجوء إلى طلب الإذن من القاضي، أما التصرفات الضارة ضررا محضا فهي باطلة وليس للولي إقامتها بل له التمسك بحق إبطالها لمصلحة القاصر، وكذلك للقاصر المميز تصرفات دائرة بين النفع والضرر فللولي كما مر علينا الحق في إجازتها من عدمه، وهذا الحق أعطته له المادة 83 من ق.أ.ج وهذا بنصها على أنه: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء»، وعليه، يتبين من نص المادة أن حق الإجازة هو حق خالص لمن هو ولي أو وصي، فله أن يمارسه دون إذن القاضي إلا في حالة النزاع حول نفعها من ضررها فهنا يرفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه فله إقرارها أو إبطالها.

- التصرفات المتوقفة على إذن القاضي:

ينبغي على الولي أن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها القانون، بحيث يحضر على الولي الطبيعي مباشرة تصرفات معينة بصفة حصرية إلا بإذن القاضي المختص، وهي

التصرفات المتعلقة بإنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، وذلك إما بنقله أو تغييره أو إزالته، وكذلك الأمر بالنسبة لبعض المنقولات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للقاصر، وهي محصورة في نص المادة 2/88 من ق.أ.ج وذلك بنصها على ما يلي: «... وعليه أن يستأذن القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.»

ولهذا سنتناول كل حالة على حدى كما يلي:

- بيع العقار، وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة: نتطرق لكل حالة كما يلي

- بيع العقار: هو من أخطر التصرفات التي يقوم بها الولي باعتباره تصرفا ناقلا للملكية لذا قيده المشرع بالإذن، كون حماية حقوق القاصر من النظام العام [57] ص1484، فلم يحدد المشرع الجزائري قيمة أدنى تستوجب الإذن، بل كلما تعلق الأمر بعقار القاصر إستوجب الحصول على إذن قضائي، مما يعني أنه إستبعد فكرة المقايضة وذلك ما يستنتج ضمنيا من نص المادة 90 من ق.أ.ج التي توجب أن يكون البيع بالمزاد العلني وذلك بنصها على أنه: «على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر، وأن يتم البيع بالمزاد العلني». وذلك قصد ضمان أكبر ثمن لمصلحة القاصر.

- قسمة العقار: هذا القيد هو الذي تحدثت عنه المادة 723 من ق.م.ج في نصها على أنه: «يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتصروا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص أهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»، وبناءا عليه وجب على الولي أو الوصي رفع دعوى القسمة نيابة عن القاصر بعد الحصول على الإذن من القاضي وإلا كان الإجراء باطلا.

- رهن عقار القاصر: وسبب تعليق رهن عقار القاصر بالإذن القضائي هو تعقد هذه المعاملات مما يجعل الولي بحاجة إلى خبير، وذلك لضمان مصلحة القاصر والحفاظ على أمواله ولا يشترط الإذن في الحالة التي يكون فيها القاصر هو الدائن المترهن بمعنى أن الرهن لصالحه، لأن هذا الرهن لا يعد من أعمال التصرف بل من أعمال الإدارة [50] ص99.

- إجراء المصالحة: يشترط فيها الإذن القضائي لضمان مصالح القاصر في المصالحة في العقار.

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: ويدخل ضمن هذه المنقولات القيم المنقولة كأسهم البورصة والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية التي تدخل ضمن الأموال المنقولة وليس العقارية [56] ص77.

- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة: إن إقراض مال القاصر فيه تعطيل لهذا المال لبقائه دون استثمار، وفيه خطورة باعتباره قد تنجر عنه خسارة والولي ممنوع من هذين التصرفين إلا إذا أذنت بهما المحكمة ، بعدما تتحقق من أن الإقتراض تدعوا إليه الحاجة الماسة للقاصر، أو أن هذا الإقراض يكون لشخص مأمون فلا يتعرض مال القاصر للضياع مع احتمال إفلاسه [58] ص67.

أما بالنسبة للمساهمة في شركة، فيشترط ألا تكون شركة أشخاص كشركة التضامن، كونها تكسب أفرادها صفة التاجر وهو ما لا يمكن حدوثه مع القاصر لإنعدام أهليته، كما أن هذه الشركة قد تلحق ضررا بأموال القاصر [56] ص77، ولهذا أخضعها المادة 88 من ق.أ.ج المذكورة سابقا لإذن القاضي، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 80160 المؤرخ في 05/01/1992، من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلا، كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط ، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة، وعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

ولما ثبت في- قضية الحال- أن عقد التنازل لم ينجز في شكله الرسمي ، وأن المطعون ضدها ما هي إلا ولاية شرعية بعد وفاة زوجها ، فليس لها إذن سوى سلطة التسيير في أموال الشركة لصالحها ولصالح كل أولادها القصر، ولا يمكنها التصرف فيها بالتنازل إلا عن حصتها، لذا فإن القرار الذي فصل عن خطأ في طلب الطاعنين بالرجوع إلى الأمكنة وقضى بالرفض صدر مستوجبا للنقض والإبطال [59] ص177.

- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد: وذلك لأن الإيجار طويل الأمد يعد من قبيل أعمال التصرف ولقد كرست هذا المبدأ المحكمة العليا في القرار رقم 72353 المؤرخ في 10/04/1991، من المقرر قانونا أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأموال القاصر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياها المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان الأمر كذلك إستوجب رفض الطعن [60] ص115، هذا وحماية منه للقاصر لم يقتصر المشرع الجزائري على طلب الإذن فقط لمباشرة التصرفات المذكورة في المادة 88 أعلاه، بل ذهب إلى أكثر من ذلك ونص في المادة 90 من ق.أ.ج على أنه: « إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة »، وذلك قصد مراقبة مدى تطابق التصرف مع مصلحة القاصر، وأكثر من ذلك فللمحكمة الحق في مراقبة تصرفات الولي في مال القاصر المشمول بولايته، ومدى ما يبذله من رعاية في إدارتها، ولها أن تقدر ما إذا كان بقاء الولي بشكل خطرا على القاصر من عدمه [57] ص1503.

أما إذا تجاوز الولي سلطاته المرسومة في القانون فإنها تكون موقوفة على إقرارها ممن يملك حق الإقرار، وهو إما المحكمة أو القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد، وبذلك لا ترتب تلك التصرفات آثارها من وقت إبرامها بل من وقت إقرارها، ولا يكون لهذا الإقرار أثر رجعي على الماضي [39] ص515، أما عن كيفية الحصول على الإذن القضائي فقد فصل فيها الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

والإدارية وذلك في أحكام المادة 449 منه بنصها: «يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً، والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على ذيل عريضة».

وبناء على نص المادة أعلاه، يقوم الولي أو الوصي أو من يكون في حكمهم، عند ممارسة أي تصرف خاضع للإذن القضائي بالرجوع إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليمياً، وهو القاضي الذي تمارس فيه دائرة إختصاصه الولاية لطلب الإذن وفقاً لأحكام المادة 464 من ق.إ.م.و.إ.ج. التي تنص على أنه: «يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القصر، ويفصل القاضي في الأمر بموجب أمر على ذيل عريضة بعد التأكد من تحقيق الشروط المطلوبة في المادة 89 من ق.أ.ج. التي تشترط حالة الضرورة ومصلحة القاصر، وأن يتم البيع بالمزاد العلني».

كما تخضع الولاية لرقابة قاضي شؤون الأسرة وفقاً لأحكام المواد من 464 إلى المادة 480 من ق.إ.م.و.إ.ج. ويكون له بناءاً عليها سلطة تعيين الوصي والمقدم، والفصل في منازعات الولاية على المال إضافة إلى سلطة الترشيح بالنسبة للقاصر المميز، هذا وتنتهي وظيفة الولي الطبيعي وفقاً لأحكام المادة 91 من ق.أ.ج. بصفة طبيعية وذلك بموته، أو بموت القاصر، كما تنتهي بعجز الولي عن ممارسته لوظيفة الولاية، كأن يصاب بعاهة أو بمرض مزمن يمنعه من مباشرة مهامه، أو بالإصابة بمرض عقلي أو حالة من حالات نقص الأهلية أو فقدها كلياً والتي تستوجب الحجر عليه، مما يعني حاجته هو الآخر إلى ولي، كما تنتهي بإسقاط الولاية الطبيعية عنه بسبب ارتكابه لجريمة مصحوبة بعقوبة تبعية أو تكميلية تتمثل في الحضر عليه في أن يكون ولياً.

2.1.2. الولاية المكتسبة على مال القاصر

وتسمى أيضاً بالولاية النيابية وهي أن ينوب شخص على الولي الطبيعي في ممارسة الولاية على مال القاصر، وتسمى مكتسبة لأنها ليست أصلية، بل يلجأ إليها في حالة إنعدام الولي الطبيعي من أب، أو أم، أو جد، وذلك بأي سبب كان، أو حتى مع وجوده لكن تم إسقاط الولاية الطبيعية عنه أو تم الحجر عليه، وبالتالي فالولاية الطبيعية هي الأصل والولاية المكتسبة هي الفرع، وذلك ما يستنتج من نص المادة 44 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: «

يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة قانونا». وكذلك نص المادة 81 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه: «كل من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عن قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

وعليه، فالولاية المكتسبة على المال هي إما الوصاية أو القوامة، ولكن نظرا لتشابه الوصاية والقوامة في الأحكام وذلك بنص المادة 100 من ق.أ.ج: «تكون للمقدم صلاحيات الوصي ويخضع لنفس الأحكام»، ونظرا أيضا لاعتبارها من قبيل الولاية المكتسبة ستقتصر دراستنا على الوصاية باعتبارها ولاية مكتسبة على المال وذلك بالتطرق إلى تعريفها وتمييزها عن الولاية الطبيعية على المال (الفرع الأول) ثم نتعرف على كيفية تعيين الوصي وشروطه (الفرع الثاني) ونختم بكيفية إنتهاء مهام الوصي وأثار ذلك (الفرع الثالث).

1.2.1.2. تعريف الولاية المكتسبة على المال وتمييزها عن الولاية الطبيعية

بحيث سنتعرض مختلف تعريفاتها (أولا) ثم تمييزها عن الولاية الطبيعية (ثانيا).

- تعريف الولاية المكتسبة على المال:

للولاية المكتسبة على المال على غرار باقي المفاهيم التي مرت علينا تعاريف مختلفة، وذلك عند علماء اللغة (1) وعند فقهاء الشريعة الإسلامية (2) وكذا قانونا (3).

- تعريف الولاية المكتسبة (الوصاية) لغة: الوصاية لغة: هي من فعل وصى يوصي وصية، أي جعله له، ووصى فلانا إليه، وجعل فلانا وصيته يتصرف في أمره وماله بعد موته، ووصى فلانا بالشيء أي عليه وأمره [51] ص 92.

- تعريف الولاية المكتسبة على المال (الوصاية) شرعا: عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها: «الأمر بالتصرف بعد الموت» [57] ص 1523، وتعتبر الوصاية واجبة شرعا في ظل إنعدام الولي الطبيعي كالأب والأم والجد، وذلك لقوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين». وقوله تعالى في الآية 106 من سورة المائدة: «يأيتها الذين آمنوا إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية

إثان ذوا عدل وآخران من غيركم إن كنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت يحسبونها بعد الصلاة».

- تعريف الولاية المكتسبة على المال (الوصاية) قانونا: لم يعرفها قانون الأسرة الجزائري، ولا القانون المدني بل إكتفى بتحديد كيفية التعيين والشروط، لذلك إجتهد فقهاء القانون بتعريف الولاية المكتسبة على المال (الوصاية)، فقد عرفها الدكتور جمعة حسن الجبوري بأنها: «الوصاية هي نوع من أنواع النيابة وتسمى بالولاية النيابية أو المكتسبة، وهي التي تكون بتسليط من الغير فيكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه سواء كان وليا خاصا كالأم والجد، أو عاما كالقاضي» [51] ص 93.

كما عرفها الدكتور الفقي عمر عيسى بأنها: «نظام لرعاية أموال القاصر، فهو شبيه بنظام الولاية الطبيعية، فكلاهما يحمي أموال القاصر، ولكن الولاية أساسها القرابة والشفقة فهي لا تكون إلا للأب والجد الصحيح و(الأم)، فإذا توفي إستحال تطبيق نظام الولاية الطبيعية، وإستلزم الأمر الأخذ بنظام الوصاية، أي تعيين شخص تتوافر فيه شروط معينة وتكون له الولاية على مال القاصر، والغرض من نظام الوصاية هو صيانة ثروة القاصر وإستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة» [51] ص 93.

أما الوصي فهو: «كل شخص غير الأب والجد أو (الأم) تثبت له الولاية على مال الصغير سواءا بالإختيار من قبل الأب أو بالتعيين من قبل المحكمة» [39] ص 604.

كما يعرف الوصي بأنه: «نائب قانوني للقاصر يختاره الأب أو يعينه القاضي» [50] ص 103.

والوصي باعتباره نائبا قانونيا على القاصر، فإنه يمثله في الأعمال التي يباشرها والتصرفات التي يبرمها والخاصة بأمر الوصاية، وتتصرف هذه الأعمال والتصرفات إلى شخص القاصر لا إلى الوصي، مما يجعل الوصي نائبا على القاصر قانونا.

- تمييز الولاية المكتسبة على المال عن الولاية الطبيعية على المال:

تتميز الوصاية عن الولاية في النقاط التالية :

- الوصاية تكون مكتسبة من الغير سواء بالتعيين من الولي أو القاضي، في حين أن الولاية الطبيعية فهي طبيعية مستمدة من الشرع ولذلك لتوفر رابطة الدم بين الولي والقاصر المشمول بالولاية.

- الوصاية تثبت لكل شخص تتوفر فيه الصفات اللازمة لتولي التكليف، أما الولاية فهي كما رأينا حق للأب والجد والأم [42] ص 184.

- الوصاية تستوجب عرضها على القاضي ليقرر تثبيتها بعد التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون، بينما الولاية لا تستوجب عرضها على القاضي لكونها مستمدة من قوة القانون [34] ص 194.

- الولاية الطبيعية على المال تثبت بسبب القرابة وليس لها صور على خلاف الولاية المكتسبة على المال التي تأخذ صور متعددة بالنظر إلى مصدرها والسلطات الممنوحة للوصي.

فهناك الوصي المختار، وهو الذي يختاره الأب أو الأم أو الجد ليكي ينوب عليهم في رعاية مال القاصر بعد وفاته.

إذن هو الوصي الذي يختاره من ثبت لهم حق الولاية الطبيعية على مال القاصر، بشرط أن يعرض على المحكمة التصديق عليه [34] ص 198.

وهناك الوصي المعين، فإذا لم يكن للقاصر وصي مختار أو لم تثبته المحكمة بالرغم من إقتراحه من طرف الولي الطبيعي على مال القاصر، فإن المحكمة هي التي تتولى عندئذ تعيين الوصي، وهو بدوره يأخذ ثلاث صور:

- الوصي العام: القاعدة أن يكون للوصي سلطة تمتد على كل مال القاصر المشمول بالوصاية إلا ما إستثنى بنص القانون أو قرار التعيين من طرف القاضي [50] ص 108.

- الوصي الخاص: قد تنتسب وتتعدد مصالح القاصر، كما قد يكون لها طابع خاص يحتاج إلى دراسة معينة، كما قد تتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر المشمول بالولاية، فتعين المحكمة وصيا خاصا وذلك طبقا لنص المادة 90 من ق.أ.ج التي نصها: «إذا تعارضت

مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة».

- الوصي المؤقت: وهو الذي تعينه المحكمة لظروف طارئة متعلقة بالوصي المختار كأن يغيب أو يكون له مانع قانوني يحول بينه وبين مباشرته لمهام الوصاية على مال القاصر، أو لأسباب ومهام خاصة تتطلب تعيين وصي للقيام بها إلى حين الإنتهاء منها، وهذا الوصي لم يعترف به المشرع الجزائري صراحة بل يستنتج ضمنا من خلال نص المادة 96 من ق.أ.ج المتعلقة بإنهاء مهمة الوصي وذلك في نصها في الفقرة الثالثة منها ما يلي:

« تنتهي مهمة الوصي:...

3- بانتهاء المهام التي عين الوصي من أجلها...».

2.2.1.2. تعيين الوصي وشروطه

الوصي هو الشخص المختار لرعاية مصالح القاصر كما رأينا، وذلك بالتصرف فيها وإداراتها لصالح القاصر في الحدود التي رسمها القانون، وقد يأتي هذا الإختيار من الأب ومنه يحتل المرتبة الثانية بعد الأب، أو من قبل الجد أو من قبل المحكمة إذ لم يوجد وصي مختار، وذلك طبعا مع ضرورة مراعاة الشروط التي ينص عليها القانون، لهذا يتعين علينا دراسة كيفية تعيين الوصي (أولا) ثم الشروط الواجب توفرها في الوصي لكي يكون أهلا لرعاية مال القاصر (ثانيا).

- تعيين الوصي:

لقد نظم المشرع الجزائري كيفية تعيين وتثبيت الوصي في نص المادتين 92 و 94 من ق.أ.ج، بحيث نصت المادة 92 منه على أنه: «يجوز للأب أو للجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...».

كما نصت المادة 94 من ق.أ.ج على أنه: «يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو إلغائها».

يتضح من نص المادتين أعلاه، أنهما قد منحنا سلطة إختيار الوصي للأب والجد ، وقيدتها بشرط تثبيت القاضي لهذا الإختيار، أي ضرورة المصادقة عليه من قبل القاضي المختص.

فإذا كان تعيين الوصي من قبل الأب أمرا طبيعيا ومنطقيا باعتباره صاحب الولاية الطبيعية على ولده القاصر، فإنه لا يمكن فهم إعطاء حق الإختيار للجد الذي لم يعترف له بالولاية الطبيعية على ما القاصر على النحو الذي مر علينا في دراسة الولاية الطبيعية على مال القاصر، كما لا يفهم كيف منح المشرع للأب الحق في الولاية الطبيعية على مال القاصر في حين لم يمنحها حق إختيار وصي؟.

هذا، ولا يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للقاصر، إلا إذا ثبت عدم وجود أم تتولى رعاية وإدارة أموال القاصر أو ثبت عدم أهليتها بحسب القانون، هذا ما تضمنته المادة 92 من ق.أ.ج بنصها: «يجوز للأب أو للجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...».

وعدم وجود الأم يثبت بكافة الطرق القانونية، كشهادة الوفاة المستخرجة من سجلات الحالة المدنية إذا كانت الوفاة طبيعية، أو بالحكم القضائي الذي أقر بالفقدان في حالة غيابها أو فقدها، طبقا لأحكام المادة 109 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: «المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم»، كما تثبت بحكم الوفاة الحكمي إذا ثبت وفاتها حكما وقضى القضاء بذلك طبقا لأحكام المادة 113 من ق.م.ج.

كما يمكن للأب أو الجد إختيار وصي بعد إثبات عدم أهلية الأم رغم وجودها، وذلك بتقديم كل ما يثبت حالة إنعدام أو فقد أهليتها أمام القاضي، وذلك بتقديم ما يثبت السفه أو العته، أو الجنون الذي أصاب أم القاصر مما أعدم أو أنقص أهليتها، أو تقديم حكم الحجر عليها، أو الحكم الذي صدر في حقها وكان متبوعا بعقوبة تبعية تعدم أهليتها.

ولا يكفي وفاة الأم لكي تقوم الوصاية بل يجب عرضها على القاضي لتثبيتها في شكل أمر على ذيل عريضة يقدم لقاضي شؤون الأسرة، والذي يتوجب عليه التأكد أولا من وفاة الأم أو إنعدام أهليتها، وكذلك وفاة الأب أو الجد، لأن الوصاية مضافة إلى ما بعد الموت،

وذلك بكل طرف الإثبات المتاحة قانوناً، ثم ينتقل إلى النظر في الشروط المنصوص عليها قانوناً إذا كانت متوفرة في شخص الوصي المختار أم لا، وله عند النظر في هذه الأمور سلطة التعيين وتثبيت الوصي كما له سلطة رفض التثبيت لسبب يمنع ذلك، والقانون لم ينص على شكل معين لتثبيت الوصية فقاضي شؤون الأسرة يصدرها في شكل أمر على ذيل عريضة ويوقعه ليثبت به الوصاية.

هذا وقد منح القانون للأب والجد سلطة إختيار أكثر من وصي واحد، وذلك بتصريح نص المادة 2/92 من ق.أ.ج بنصها: «...وإذا تعدد الأوصياء، فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون»، وعليه في حالة تعدد أوصياء الأب أو الجد، عليهم إثبات ذلك التعدد بكافة طرق الإثبات العرفية أو القانونية على اعتبار أن القانون لم يحدد كيفية صدور الإختيار، وما على القاضي إلا التحقق في الإختيار حين عرض الوصاية عليه لتثبيتها لكي يختار من هو أصلح وأقدر لحماية أموال القاصر، وله السلطة التقديرية الكاملة في ذلك ومن ثمة يثبتته بموجب أمر على ذيل عريضة لكي تصبح الوصاية قائمة [56] ص 70.

- شروط الوصي:

إن الحق الذي منحه المشرع للأب والجد في إختيار الوصي هو حق مقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة، وهي شروط مستمدة من الفقه الإسلامي، ولتحقيق حماية أكبر لحقوق القاصر ألزمت ذات المادة على القاضي أن يعزل الوصي إذا لم تتوفر فيه تلك الشروط وذلك بنصها على أنه: «يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط».

- أن يكون الوصي مسلماً: وهو نفس الشرط الذي رأيناه في الولي الطبيعي وذلك لقوله تعالى في الآية 141 من سورة النساء: «...ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً...»، وعليه فلا وصاية و لا ولاية للكافر على المسلم.

- أن يكون عاقلاً وبالغاً وقادراً: ومعناه أن يكون الوصي كامل الأهلية، بالغ، عاقل، وراشد فلا يصح الإيلاء للصبي أو إلى شخص ثم الحجر عليه بعد بلوغه سن الرشد القانوني، الأول

لأنه قاصر النظر لا يهتدي إلى وجوه المصلحة والمنفعة، والثاني لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه فكيف يولى شؤون غيره.

- أن يكون أميناً حسن التصرف: وكذا المعروف بحسن التدبير، والغرض من اشتراط الأمانة هو إيجاد الثقة في تصرفات القاصر المشمول بالوصاية، فالإشراف على مصالح الغير يتطلب الإستقامة والنزاهة كاجتناب المعاصي والكبائر من زنا وشرب الخمر وكذا السرقة ومن عرف بالخيانة لا تصلح وصايته على القاصر خوفاً من أكله ماله والإضرار بمصالحه [51] ص 95.

ولقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى عكس ما رأيناه في الولاية الطبيعية على مال القاصر إلى جواز الإيصال للمرأة لأنها أهل للشهادة ودليلهم في هذا هو جواز شهادتها وكذلك كمال أهليتها لإدارة شؤونها، فلا أحد يجبرها على قبول زوج معين مثلاً إضافة إلى كونها حرة في التصرف في مالها متى كانت عاقلة وبالغة [37] ص 305، فما الذي يمنع أن تستمد الوصاية من الغير.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد سائر فقهاء الشريعة الإسلامية في أن منح للمرأة الحق في الوصاية على أبناءها القصر، ودليل ذلك منحة لها للولاية الطبيعية على مال أبناءها القصر وذلك بصريح نص المادة 87 من ق.أ.ج التي نصها: « يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول ما نع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق يمنع القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

إضافة إلى أن نص المادة 93 من ق.أ.ج المتعلقة بشروط الوصي، لم يشترط الذكورة بل جاء بلفظ عام يحتمل الإثنين معاً، وهو إما الذكورة أو الأنوثة، وذلك لأن لفظ الوصي الذي جاء في المادة هو لفظ عام مطلق غير مقيد.

هذه الشروط المذكورة أعلاه كرسها الأمر 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 وذلك بأحكام المادة 499 المتعلقة بتعيين الوصي والقيم، إذ نصت ذات المادة

على أنه: «يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره، ويجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه».

وعليه فمتى تحققت هذه الشروط في شخص الوصي، كان للقاضي وضع القاصر تحت وصايته، وتخضع هذه الوصاية لمتابعة قاضي شؤون الأسرة وفقاً لأحكام المواد 464 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا ومتى عين الوصي أصبح مسؤولاً على أموال القاصر، فيتوجب عليه حمايتها ورعايتها وممارسة كل السلطات التي يمنحها له القانون، فله طلب الإذن من قاضي شؤون الأسرة في التصرفات الخاضعة لإذن القاضي، وله مباشرة ما لا يشترط فيه الإذن بحرص على أموال القاصر، على اعتبار أن قانون الأسرة في أحكام المادة 95 منه أعطاه نفس سلطات الولي في التصرف في أموال القاصر، وذلك بنص المادة 95 من ق.أ.ج على أنه: «للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً للمواد (88 و89 و90) من هذا القانون».

فالوصي يمثل إرادة القاصر ويرعى أمواله على الشيوع، فيكون له ممارسة كل السلطات التي يمنحها القانون للشريك على الشيوع نيابة على القاصر، كما له مباشرة جميع الدعاوى والطعون المقررة قانوناً لكل شريك في الشيوع أو حتى التي خصها القانون للقاصر وحده دون باقي الشركاء، وذلك حماية لمصالحه وتمثيله أمام القضاء لنقص أو إنعدام أهليته.

3.2.1.2. إنتهاء مهام الوصي وآثار ذلك

إنتهاء مهام الوصي وآثار هذا الإنتهاء نص عليها ق.أ.ج في أحكام المادة 96 منه وما بعدها، فتنتهي مهام الوصي لأسباب خاصة به ولأسباب خاصة بالقاصر (أولاً) ولهذا الإنتهاء إلتزامات وآثار على الوصاية (ثانياً).

- إنتهاء الوصاية:

تنص المادة 96 ق.أ.ج على أنه: «تنتهي مهمة الوصي :

1- بموت القاصر أو بزوال أهلية الوصي أو موته.

- 2- بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- 3- بانتهاء المهام التي عين الوصي من أجلها .
- 4- بقبول عذره في التخلي عن المهمة .
- 5- بعزله بناء على طلب شخص له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصالح القاصر».

من خلال نص المادة أعلاه يتضح أن إنتهاء الولاية المكتسبة على القاصر يكون إما لأسباب متعلقة بالقاصر المشمول بالوصاية(1) وإما لأسباب متعلقة بالوصي ذاته(2).

- الأسباب الخاصة بالقاصر: وهي سببان هما

- موت القاصر: وهذا سبب طبيعي لأن سبب الوصاية قد زال ومحلها أصبح غير موجود، فبمجرد موت القاصر تصبح أمواله المشمولة بالوصاية تركة تقسم لورثته.

- بلوغ القاصر سن الرشد: وذلك ما لم يشترط القانون استمرار الولاية المكتسبة عليه لحجر مثلاً، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد القانوني تنتهي الوصاية عليه، فتثبت له بهذا البلوغ أهلية كاملة دون الحاجة إلى صدور حكم يرفع عنه الوصاية، وبذلك تنتهي مهمة الوصي وولاية المحكمة التي تتولى رعاية شؤون القاصر، فإذا زال سبب الولاية زالت الوصاية بطريقة طبيعية لإنعدام السبب.

- الأسباب الخاصة بالوصي: وهي متعددة:

- موت الوصي أو فقده لأهليته: تنتهي الولاية المكتسبة بموت الوصي وذلك لأنها شخصية متعلقة بشخص الوصي، ولا تنتقل إلى ورثته، فيعوض الوصي بوصي آخر، أما إذا فقد أهليته وثبت ذلك بكافة الطرق القانونية فهنا تنتهي وصايته، على اعتبار أن الأهلية كما رأينا شرط أساسي لقيام الوصاية، فنقوم معه وتزول بزواله.

- إنتهاء المهام التي عين الوصي لأجلها: إذ تنتهي وصاية الوصي الخاص بإنهاء العمل الذي عين له، أو بزوال الأسباب التي دعت إلى سلب الولاية من الولي الطبيعي وتعيين الوصي الخاص، هنا تقضي المحكمة بإنهاء مهام الوصي الخاص وعودة الولاية الطبيعية إلى

الولي، فلا وصاية مع الولي الشرعي، كما تنتهي وصاية الوصي المؤقت بإنتهاء المدة المحددة له في قرار تثبيت الوصاية.

- قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته: للوصي الحق في طلب الإستقالة من قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بتعيينه، وإذا رأى هذا الأخير ما يبررها وكانت في مصلحة القاصر المشمول بالوصاية قبله منه وأصدر قرار العزل، والمشرع الجزائري لم ينص على أي سبب من الأسباب التي يمكن أن تكون كافية لتقديم الوصي لإستقالته، بل منح في ذلك السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الذي له أن يتخذ كل الإجراءات الضرورية لحماية وحفظ أموال القاصر، وإشترط المالكية في العذر أن يكون مانعا للوصي من القيام بمهمته منعا كلياً، وأن يكون هذا العذر طارئاً بعد قبول الوصاية[52] ص467.

- عزل الوصي: العزل هو إعفاء الوصي من مهامه لتخلف شرط من شروط الوصاية، أو تعرض أموال المولى عليه للإهمال والضياع، وهو جزاء[52] ص456 يتخذه قاضي شؤون الأسرة لحماية مصالح القاصر في مواجهة الوصي، وذلك بناء على طلب أي شخص تكون له مصلحة في العزل.

- آثار إنتهاء الوصاية:

تنص المادة 1/97 من ق.أ.ج على أنه: «على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم حساباً عنها مع المستندات الثبوتية إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي تم ترشيده أو إلى ورثته في مدة لا يتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته...».

يلزم نص المادة أعلاه الوصي المنتهية مهامه بتسليم أموال القاصر التي في عهده بمحضر مدعم بالمستندات إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته في حال وفاته، أو إلى الوصي الذي عين بدلا عنه بحسب الأحوال، وذلك في أجل شهرين من تاريخ إنتهاء الوصاية، والزم ذات المادة في فقرتها الثانية الوصي بتقديم نسخة من الحساب إلى الجهة القضائية المختصة وذلك بنصها على أنه: «...ويجب عليه أيضا أن يقدم نسخة من الحساب المذكورة أعلاه إلى الجهة القضائية المختصة...»، والقاضي المختص هنا هو قاضي شؤون الأسرة المشرف على الولاية والوصاية، وهو الذي يفصل في المنازعات الخاصة بها إذا

كانت هناك منازعات وفقا لأحكام المادة 476 من ق.إ.م.و.إ.ج التي تنص على أنه: «ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة».

وأشد من ذلك وحفاظا على مال القاصر من الضياع ألزمت المادة 97 المذكورة أعلاه في فقرتها الثالثة الورثة بتقديم أموال القاصر بعد وفاة الوصي وذلك بنصها على أنه: «...في حالة وفاة الوصي أو فقده، فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى من له حق عليها».

هذا، ومن آثار إنتهاء الوصاية على مال القاصر، مسؤولية الوصي عما يلحق القاصر من ضرر بسبب إهماله، وذلك بصريح نص المادة 98 من ق.أ.ج. التي تنص على أنه: «يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب إهماله»، وذلك على أساس الخطأ غير العمدي نظرا للإهمال، وبالتالي توجب عليه تعويض القاصر بسبب إهماله وفقا لمقتضيات المادة 182 من ق.م.ج[3] ، كما قد تقوم المسؤولية الجزائية ضده طبقا لأحكام المادة 376 من ق.ع.ج [61] ، المتعلقة بخيانة الأمانة، وكذا المادة 380 من ق.ع.ج، التي تعاقب كل من إستغل حاجة قاصر، بل أكثر من ذلك فإن العقوبة تشدد في حال ما إذا كان القاصر موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، وهو نفس حال الوصاية.

وحماية لأموال القاصر وحقوقه، نجد أن المشرع الجزائري قد ألغى التقادم فيما يخص الدعاوى الناشئة بين القاصر ووصيه وجعل مجالها مفتوحا، فنصت في ذلك المادة 1/316 من ق.م.ج على أنه: «لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب...»، وتضيف ذات المادة في فقرتها الثانية: «...ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمسة سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكف لهم نائب قانوني...»، ويلغى أيضا التقادم حتى في حالة وجود نائب قانوني وهو الوصي أو الولي، وذلك ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه: «...ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم».

ولعل هذا الحكم القصد منه تحقيق حماية أكثر لمال القاصر تجاه الوصي الذي أحل بواجباته خلال فترة التقادم القصير، وهذا ما كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية حينما

لم يربط دعاوى المنازعات الخاصة بالولاية على المال بميعاد معين بل أشار إلى القاضي المختص بالنظر فيها فقط.

3.1.2. رخصة الشفعة وحق الإسترداد

قلنا في الفصل الأول من هذه الدراسة عند التطرق إلى حقوق الشريك في المال الشائع أن المشرع الجزائري أعطى للشريك الحق في ممارسة كافة السلطات التي يمنحها حق الملكية ولا يقيدده في ذلك سوى مصلحة باقي الشركاء، إذ أعطى لهم المشرع بالموازاة مع ذلك كافة الضمانات التي تحمي حقهم ومالهم المملوك على الشيوع من الضياع والخروج من أيديهم بأي نوع من أنواع التصرف التي يبرمها أحد الشركاء أو جماعة أخرى من الشركاء على المال الشائع.

فلقد منح المشرع الجزائري للشركاء في مواجهة الشريك الذي يتصرف منفردا في المال الشائع وللأقلية التي لم توافق الأغلبية في تصرفها الحق في الطعن واللجوء أمام القضاء بكافة الدعاوى والاعتراضات المقررة قانونا لحماية المال الشائع، ولعل أهم ضمان وجد لحماية خروج المال الشائع من بين الشركاء هو ممارسة رخصة الشفعة في العقارات وإستعمال حق الإسترداد في مجموع المال من العقارات والمنقولات التي تكون قد خرجت من المال الشائع بسبب التصرف فيها لأجنبي عن الشركاء، وما دام أن حماية مال القاصر من النظام العام فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد منح هذا الحق له من باب أولى، وينوب عنه في ذلك وليه أو وصيه أو ما يقوم مقامه تطبيقا لأحكام المادة 81 من ق.أ.ج، لهذا توجب علينا دراسة رخصة الشفعة (الفرع الأول) وحق الإسترداد (الفرع الثاني) وذلك كما يلي:

1.3.1.2. رخصة الشفعة

هي طريق من الطرق الممنوحة للشركاء على الشيوع لطرد الأجنبي من بينهم والحلول محله في التصرف، وهي وسيلة من وسائل كسب الملكية شرعا وقانونا، فالشفعة رخصة تثبت في حالات معينة (أولا) وفق شروط محددة قانونا (ثانيا) وذلك بإتباع إجراءات قانونية (ثالثا) وتنشأ عنها آثار معينة (رابعا).

- تعريف الشفعة وأحوال ثبوتها:

نعرف الشفعة (1) ونبين حالات ثبوتها (2)

- تعريف الشفعة: للشفعة عدة تعريفات نذكر منها:

- تعريف الشفعة إصطلاحاً: رخصة الشفعة هي: « حق تملك الغير العين المبيعة جبرا عن مشتريها بما تم دفعه من ثمن ومصروفات » [62] ص 495.

كما تعرف بأنها: « إستحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو بقيمته الذي باع به بصيغة » [63] ص 89.

- تعريف الشفعة قانوناً: تنص المادة 794 من ق.م.ج على أنه: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية... ».

وما يلاحظ من خلال التعريف القانوني والإصطلاحي هو إختلافهما في طبيعة الشفعة، فالأول يعتبرها حق والثاني يعتبرها رخصة، وهو الأصوب لأن ثبوت الشفعة بذاته لا يتضمن سلطات للشخص على الشيء بل هي مجرد وسيلة لإكتساب الحق وليس حقا في حد ذاته، إلا أن المشرع الجزائري لم يستقر على هذا اللفظ بل استعمل لفظ حق في المواد التالية للمادة المذكورة أعلاه.

وعليه يتضح لنا مما سبق أن الشفعة رخصة أو حق لتملك العين المبيعة كلها أو جزء منها من مشتريها جبرا عنه بما دفعه من ثمن ومصروفات ، فالقانون أعطى للشفيع (خاصة الشريك على الشيوخ محل دراستنا) الحق في تملك المبيع إذا أظهر إرادته في ذلك وبنفس شروط البيع فيحل محل المشتري، وبذلك تنتهي الشفعة الى إكتساب العقار المبيع.

والشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وهي قيد هام من قيود الملكية، لهذا وردت على سبيل الإستثناء للقاعدة العامة التي تركز حق التملك وحق المالك في التصرف لمن يشاء ما دام، تجهت إرادته خالية من العيوب إلى ذلك، مما يجعل الشفعة تعطي مركز قانوني لمن تثبت له متى قامت بشروطها وإجراءاتها القانونية.

- أحوال ثبوت الشفعة: نظرا للطبيعة الإستثنائية لرخصة الشفعة كما قلنا، وبهدف التضييق من مجالها، عهد المشرع الجزائري إلى ذكر الحالات التي تثبت فيها الشفعة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 795 من ق.م.ج بنصها: « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

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

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها «.

من خلال نص المادة أعلاه يتضح أنها جعلت الشريك في الشيوع في المرتبة الثانية بعد مالك الرقبة إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي، وفي حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة طبقا لأحكام المادة 796 من ق.م.ج. إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

وإذا توافرت الشروط المذكورة في المادة 795 ق.م.ج، في المشتري فإنه يفضل على الشفعاء الأدنى منه طبقة ويتقدمه الذين هم من طبقة أعلى، وإذا تزام الشفعاء بين الطبقات المختلفة فيكون حق الشفعة حسب ترتيب المادة 795 المذكورة أعلاه التي تحدد مرتبة الشفع، فإذا وجد في الطبقة شريك في الملكية الشائعة وشريك في الإنتفاع، وباع أحدهم حصته وطلب الشفعة شريك في الملكية وشريك في الإنتفاع، فهنا يقدم الشريك في المشاع في الرقبة على صاحب حق الإنتفاع لأنه صاحب حق ملكية تام.

أما إذا تزام الشركاء في الشيوع من أصحاب الملكية أو أصحاب الإنتفاع فهنا استحقاق الشفعة يكون لكل واحد منهم بقدر نصيبه، أي أنه يقسم بينهم قسمة تتناسب حصصهم، هذا ويسقط حق الشفعة في الحالة التي يتنازل صاحب الحق فيها عن الشفعة ولو قبل البيع، وفي حالة مرور سنة من تسجيل عقد البيع، وذلك بصريح نص المادة 807 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية :

- إذا تنازل الشفع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون «.

وما يهمننا في حق الشفعة هي تلك الشفعة التي يمارسها الشريك على الشبوع لاسترجاع المبيع من المشتري ليحل محله ، لذا سنتعرف على شروطها الخاصة بها.

ثانيا: شروط الشفعة في حالة الشبوع

تنص المادة 795 من ق.م.ج على أنه: « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية...».

- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي...».

يتضح أن نص المادة يشترط لممارسة رخصة الشفعة في حالة الشبوع عدة شروط وهي:

- أن يكون هناك شريك في الشبوع.

- أن يكون هناك بيع للعقار الشائع.

- أن يكون هذا البيع صادرا لأجنبي عن الشركاء.

- أن يكون هناك شريكا في الشبوع: ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا كانت هناك حالة شبوع قائمة ومستمرة وغير منقضية، كما لو تمت القسمة مثلا، سواء كانت ودية أو قضائية، فنتحول إلى ملكية فردية بعدما كانت شائعة، ومتى قسمت إلى أجزاء وأصبحت ملكية فردية مفرزة لا يثبت فيها حق الشفعة حتى ولو باع أحدهم حصته لأجنبي، لأنهم بعد الفوز أصبحوا جيرانا لا شركاء في الشبوع [63] ص 90.

ويجب للشريك الذي تثبت له الشفعة، أن يكون شريكا في الشبوع وقت صدور التصرف وذلك بأن يكون مالكا لحصته الشائعة ملكا تاما، فلا تثبت له الشفعة إذا كان لم يكسبها بعد، كأن يشتري حصة في عقار شائع ولم يرق بتسجيلها وشهرها، ولا يهم مصدر ملكيته للحصة الشائعة، فالأمر سيات بين تملكها بالميراث أو أي تصرف قانوني آخر، لكن العبرة في الشهر والتسجيل لكي تثبت له صفة الشريك في الشبوع.

ويشترط كذلك أن يكون شريكا على الشبوع في العقار الشائع ذاته الذي يمارس عليه حق الشفعة، فلا شفعة لمالك الجدار الفاصل الملاصق أو للشريك في فناء أو طريق مشترك بين عقارين [28] ص 79، وأكثر من ذلك يجب أن يكون شريكا على الشبوع في العقار الشائع ذاته وقت صدور التصرف أي وقت البيع، وعليه أن يثبت ملكيته في ذلك الوقت لا قبل البيع،

كمن إكتسب الملكية بعد عقد البيع فلا تثبت له الشفعة، لأنه يعتبر دخيلا على من إنتقل إليه العقار، كما يجب أن تستمر الملكية إلى غاية الحكم بها ولا يهم إن زالت بعد ذلك أو كان الزوال بأثر رجعي [62] ص518.

- أن يكون هناك بيع للعقار الشائع: وهذا ما إشترطته المادة 795 من ق.م.ج صراحة، ولكي تثبت الشفعة للشريك في الشيوع يجب أن يكون هناك بيع، والبيع هو عقد ملزم لجانبين، إذ يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، ويلتزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا [64] ص21، بحيث لا تجب الشفعة في أي تصرف آخر غير البيع، تبرعا كان أو بمعاوضة، فإذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها فلا تجب الشفعة في الهبة ولا في الوصية، ونفس الشيء في حال المقايضة [8] ص772، وعليه لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع أو في العقود الصورية الأخرى التي تستر عقد البيع، فهنا ما على الشريك الشفيع سوى إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لكي يحق له ممارسة حق الشفعة.

هذا ولكي تثبت الشفعة يجب أن يكون عقد البيع عقدا صحيحا تاما مستوفيا لكافة شروطه الشكلية من تسجيل وشهر، فلا يجوز أن يكون عقدا باطلا بطلانا مطلقا لأنه لا وجود له والشفعة لا ترد إلا على ما هو عقد قائم وصحيح، أما إذا كان قابلا للإبطال فالشفعة تتوقف على مدى جواز العقد ، فتجب مع إجازته وتزول مع إبطاله.

أما في حالة الوعد بالبيع فالمشرع الجزائري لم يجز الشفعة في هذه الحالة نظرا للطبيعة الإستثنائية لرخصة الشفعة وضرورة تضيق حالاتها، إضافة إلى نص المادة 795 الصريح بذكر عبارة بيع ويقصد بها البيع التام القائم والمنتج لآثاره فورا، إضافة إلى أن الوعد بالبيع قد يمتد لأكثر من سنة وهو ما يسقط الحق في الشفعة وفقا لأحكام المادة 807 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية :

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي تنص عليه القانون ».

هذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 130337 المؤرخ في: 10/01/1995، حيث أن قضاء الموضوع إستجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع، والقضاء عليه إثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين ان حق الشفعة لا يكون إلا في حالة

بيع العقار [19] ص 185، كما يشترط في البيع ألا يكون من البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، وهي البيوع الواردة على سبيل الحصر في المادة 798 من ق.م.ج التي نصها كما يلي: « لا شفعة :

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.
- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة «، ويشترط أيضا، أن يكون البيع منصبا على عقار مملوك على الشيوع فلا تثبت الشفعة في غير العقارات، هذا ما تضمنه نص المادة 795 ق.م.ج بنصها: «...إذا بيع جزء من العقار المشاع...»، هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 155181 الصادر في 1997 الذي إستبعد تطبيق الشفعة على المحلات التجارية وأكدت أن نطاقها مقصور على العقارات فقط [28] ص 84.

- أن يكون البيع صادر لأجنبي عن الشركاء: بحيث لا يجوز أن يكون البيع قد تم لواحد من الشركاء أو بعضهم لإنتقاء السبب والحكمة من الشفعة الذي هو دفع الضرر الذي قد يترتب على دخول أجنبي مع الشركاء في الشيوع، كما أنه يتفق مع حصر نطاق حق الشفعة نظرا لطبيعتها الاستثنائية وعليه يجب أن يكون الشخص الصادر إليه التصرف بالبيع أجنبيا عن الشركاء وقت صدور التصرف لأنه بعد صدوره ومرور سنة عن ذلك يصبح شريكا معهم وتثبت في حقه الشفعة.

وعليه، متى توفرت الشروط المذكورة أعلاه، وصدر بيع لعقار شائع جاز لولي القاصر مباشرة حق الشفعة نيابة عن القاصر، لأنها تشترط توفر الأهلية أمام القضاء وذلك تحت طائلة البطلان، فمتى كان هناك ولي وأوصى عن القاصر الشريك على الشيوع في حالة بيع عقار لأجنبي جاز له مباشرة هذا الحق حماية لحقوق القاصر سواء بنفسه منفردا أو بالإشتراك مع باقي الشركاء على الشيوع.

- إجراءات الشفعة:

لقد أخضع المشرع الجزائري رخصة الشفعة لعدة إجراءات وهي:

- إعلان الرغبة في الشفعة: نصت المادة 799 ق.م.ج على أنه: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري من أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا إقتضى الأمر».

فأول إجراء هو قيام كل من البائع والمشتري بإرسال إنذار للشفيع أو ممثله القانوني وهو إما الولي أو الوصي في حالتنا هذه، باعتبار أننا بصدد دراسة كيفية ضمان حقوق القصر في المال الشائع، وذلك لطلب رأيه فيما إذا كان مستعدا لممارسة حق الشفعة أم لا، وهذا يقصد إسقاط الميعاد المنصوص عليه في المادة أعلاه وهو 30 يوما من الإعلان، وعلى الشفيع أي الولي أو القيم أن يبدي رغبته في ممارسة حق الشفعة متى وصله الإنذار في أجل 30 يوما وإلا سقط حقه في الشفعة، على أن يشتمل الإنذار على البيانات المنصوص عليها في المادة 800 من ق.م.ج، بنصها على أنه: «يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799».

والغرض من كل هذا هو إحاطة الشفيع بكل البيانات المتعلقة بالشفعة على أن يكون الإعلان على يد محضر قضائي بشكل رسمي، وبعدد الشفعاء إذا كانوا أكثر من واحد، وعلى الشفيع-الولي أو الوصي- أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة بعد الإنذار في شكل رسمي في أجل 30 يوما تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة، ويمكن أن يكون الإنذار بأي وسيلة كحالة رفع الدعوى أمام القضاء مباشرة مما يتبعها من إعلان للبائع والمشتري وذلك تحت طائلة البطلان، وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في القرار رقم 76678 المؤرخ في 24/12/1991 غير منشور.

من المقرر قانونا في الشفعة أنه يشترط- لصحتها- تسجيل الطلب وإشهاره، ولما كان من الثابت في-قضية الحال- أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة، طبقوا صحيحا القانون، ومتى كان ذلك إستوجب الرفض.

هذا وفي حالة إنذار الشفيع-الولي أو الوصي- من طرف البائع والمشتري، فله أن يبدي رغبته في حدود سنة من يوم شهر وتسجيل عقد البيع تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة وفقا لأحكام المادة 807 من ق م ج، أما إذا لم يشهر البيع ولم ينذر بالبيع فإن له الحق في ممارسة الشفعة لمدة 15 سنة كاملة وفقا للقواعد العامة وذلك إعمالا بقاعدة التقادم المكسب في الحيازة.

- رفع الدعوى ودفع الثمن: بعد إبداء الشفيع-الولي أو الوصي- الرغبة، وجب عليه رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة وذلك وفقا لنص المادة 802 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق»، وهذا ما كرسته المادة 40 من ق.إ.م.إ.ج، التي أكدت اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار إذا تعلق الأمر بالمواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار.

وعلى الشفيع قبل رفع الدعوى أن يودع ثمن البيع والمصاريف بواسطة الموثق خلال 30 يوما من تاريخ شهر العقد الرسمي المتضمن إبداء رغبته في ممارسة حق الشفعة بغرض الحلول محل المشتري في شراء العقار المبيع، وفي ذلك نصت المادة 801 من ق.م.ج على أنه: « يجب إيداع ثمن المبيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

والولي أو الوصي الذي هو بصدد ممارسة حق الشفعة نيابة عن القاصر، لا يشترط فيه طلب الإذن من القاضي لأنه ليس من الأعمال التي تتطلب إذن وترخيص القاضي المنصوص عنها قانونا، بل يكفي أن تتوفر فيه صفة الولي أو الوصي إضافة إلى شروط رفع الدعوى المنصوص عنها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من صفة ومصلحة وأهلية، وإن كان لم ينص عن الأهلية صراحة إلا أنها تبقى من النظام العام وبشترطها القاضي في أي وقت كانت عليه الدعوى.

- صدور الحكم: إذا قام الشفيع-الولي أو الوصي - بإتباع إجراءات الشفعة كاملة وراعى آجالها القانونية أصبح من حقه أن يستصدر حكما قضائيا يقضي بأحقية القاصر - لأنه ناب

عنه في الدعوى- في إكتساب الحصة المبيعة، ويحل القاصر محل المشتري لأن الحكم الصادر في دعوى الشفعة يعتبر سنداً لملكية الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه [63] ص 96، وفي ذلك نصت المادة 803 من ق.م.ج على أنه: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري»، وعليه فالحكم ينشئ حق ملكية على الحصة المشفوع فيها ولا يقرره، ويجب أن يخضع لإجراءات الشهر والتسجيل لكي تنتقل الملكية بصفة تامة إلى القاصر، أو إلى القاصر وباقي الشركاء إذا كان هناك شفعاء معه في الدعوى ويصبح مملوكاً بينهم على الشيوع.

- آثار الشفعة:

تنص المادة 804 من ق.م.ج على أنه: «يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذ استرد الغير العقار بعد الشفعة».

وبناء عليه، يترتب على ثبوت حق الشفعة بحكم قضائي انتقال ملكية العقار إلى الشفيع، القاصر الذي ناب عنه وليه أو وصيه، و يصبح العقد الذي أبرم بين البائع الأول- الشريك في الشيوع- وبين المشتري كأن لم يكن ويصبح طرفه الأول الشريك في الشيوع وطرفه الثاني الشفيع الذي انتقلت إليه الملكية وهو القاصر أو القاصر وشركائه إذا تعدد الشفعاء كما سبق وأن رأينا.

غير أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن أو ما تبقى منه إلا إذا كان البائع راضياً بذلك، وعلى الشفيع- الولي أو الوصي- دفع الثمن والمصاريف التي تكبدها المشتري ويصبح كأنه اشترى العقار ويصبح بينهما عقد بيع يخضع في آثاره والتزاماته لنفس الآثار والالتزامات التي تتحقق بموجب عقد البيع في العقار.

أما بالنسبة لعلاقة الشفيع بالغير فنصت المادة 806 من ق.م.ج على أنه: «لا تكون حجة الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة بالشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري ثمن العقار».

وعليه، فإذا باع المشتري الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة فإنه لا يسري هذا البيع في حق الشفيع، حيث يأخذ الحصة الشائعة خالية من جميع الحقوق إلا أن نص المادة المذكور أعلاه أبقى للدائنين المسجلية ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية على ثمن الحصة المباعة.

ولقد منح المشرع الجزائري الشفعة في العقار حماية لمصالح الشركاء على الشبوع وذلك بهدف إخراج أي أجنبي عنهم والحفاظ على الخصوصية الموجودة في الملكية الشائعة، التي غالبا ما تنتج على الميراث، لكن المشرع لم يكتفي بهذا الطريق فقط، بل أعطى للشركاء على الشبوع بما فيهم القاصر، الذي ينوب عليه وليه أو وصيه حقا أو طريق آخر إذا ما تعلق الأمر بدحول أجنبي بينهم، فيمكنهم رده عن طريق ممارسة حق الإسترداد إذا كان الشيء محل الشفعة مختلطا بين عقار ومنقول، أي الحالة التي يكون فيها المال الشائع محل بيع لأجنبي، فما هي أحكامه؟.

2.3.1.2. حق الإسترداد

لقد منح المشرع الجزائري حق إسترداد الحصة الشائعة في المنقول أو المجموع بين المال العقار والمنقول للشركاء إذا باعها أحدهم لأجنبي عنهم، والحلول محله في التصرف بموجب نص المادة 721 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «...للشريك في المنقول أو في المجموع في المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه. وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته».

يتضح من نص المادة أعلاه أن حق الإسترداد طريق آخر غير الشفعة لإسترداد الحصة الشائعة التي يبيعهها الشريك، وعليه توجب علينا التطرق إلى تعريف حق الإسترداد (أولا) ومعرفة شروط الأخذ به (ثانيا) ثم إجراءات ذلك (ثالثا) وأخيرا نتعرف على آثاره (رابعا).

- تعريف حق الإسترداد:

حق الإسترداد هو حق للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها غيره لأجنبي [7] ص128، ويعرف أيضا بأنه: « حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة الشائعة المباعة، وذلك لمنع دخول الأجنبي بين الشركاء محافظة على أسرار الشركة، ويكون في المنقول وفي حالة بيع الحصة الشائعة في المجموع من المال ولو إشتمل على عقار» [2] ص122.

يتضح من التعريف أعلاه، أن حق الإسترداد يتداخل مع حق الشفعة في العقار، بالرغم من أن لكل حق إجراءاته القانونية الخاصة به، وحق الشفعة مصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية ويرد فقط على بيع حصة شائعة في عقار، كما قد يرد في غير الشيوخ، أما حق الإسترداد فمصدره التاريخي هو القانون الفرنسي، ويرد على بيع حصة شائعة في المنقول أو مجموع من المال المشتمل على عقار [8] ص769.

ومثال ذلك أن يرد البيع على منقولات ولو إختلفت طبيعتها، كالسيارة والمكينات والآثاث أو المحصول، فإن تمثل البيع في منقولات وعقارات تباع معا كما في المتجر والمصنع والشركة كان المبيع مجموعا من المال يخضع لحق الإسترداد لأنه قد يشتمل المصنع على عقار ومكينات والشركة على عقارات ومنقولات فيكون البيع مجموعا من المال [48] ص139.

أما نطاق حق الإسترداد فيرد على منقول شائع بذاته أو على مجموع من المال ولو إشتمل هذا المجموع على عقار، فالعقار المعين بالذات لا يكون محلا لحق الإسترداد وإنما يكون محل لحق الشفعة، كما سبق وأن مر علينا حتى ولو كان سبب الشيوخ في العقار هو الميراث، و حتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث وباعه أحد الورثة إلى أجنبي فللشركاء أن يستعملوا حق الشفعة لا حق الإسترداد [8] ص770. ويثبت هذا الحق إلى كل شريك في الشيوخ وقت البيع دون تفرقة بين شريك أصلي وهو الذي كان موجودا منذ بدء الشيوخ، وشريك عارض وهو الذي دخل في الشيوخ في تاريخ لاحق، كورثة الشركاء الأصليين والموصى لهم بحصة من طرف أحد الشركاء [7] ص133.

- شروط حق الإسترداد:

إنطلاقاً من نص المادة 721 من ق.م. يتضح أنه لممارسة حق الإسترداد في حالة الشروع يجب أن تتوافر الشروط التالية :

- أن يكون بيع صادر من أحد الشركاء في الشروع: وذلك بصريح نص المادة 721 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: « للشريك في المنقول أو في المجموع من المال المنقول والعقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريكاً غيره لأجنبي عن طريق التراضي...»، ويتضح إذن، أنه قبل صدور البيع يجب أن نكون بصدد حصة شائعة، وأن يرد هذا التصرف على الحصة الشائعة وليس على جزء مفرز وإلا إنتقت الحكمة من الإسترداد.

ويجب أن يكون التصرف بيعاً ولا يقوم مقامه أي تصرف آخر، سواء بعوض كالهبة يعوض، أو بالمقايضة، أو بغير عوض كالهبة والوصية، وسبب ذلك يرجع إلى الصعوبة التي يجدها الشريك المسترد في دفع ما أعطاه الأجنبي مقابل الحصة الشائعة، أما إذا كان التصرف بغير عوض، فغياب الإعتبارات الشخصية التي من أجلها تصرف الشريك للأجنبي تحول دون إمكانية تحقق الإسترداد [8] ص772، غير أنه يثبت حق الإسترداد للشركاء إذا كان التصرف صورياً في شكل هبة أو مقايضة، والحقيقة أنه بيع ليمنع بقية الشركاء من الإسترداد، فهنا يجوز لطالب الإسترداد إثبات الصورية بكافة طرق ووسائل الإثبات القانونية، وإذا كشف المسترد أن ظاهرة التصرف بيع فلا يجوز للمتعاقدين أن يتمسكا بأن البيع يستر في الحقيقة هبة، وبالتالي لا يجوز الإسترداد فيها [2] ص144.

كما يجب ألا يكون البيع قد تم بطريق المزاد ورسى المزاد على أجنبي، لأنه كان في وسع الشركاء دخول المزاد، والمزاد المانع للإسترداد هو المزاد العلني الإختياري أو الجبري الذي يتبع الإجراءات التي رسمها القانون [15] ص96،97، كما يشترط في البيع الذي يعطي حق الإسترداد أن يكون بيعاً تاماً صحيحاً وحقيقياً، فلا مجال للإسترداد في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً [10] ص92، ولا يكون الإسترداد إذا كان البيع في مرحلته التمهيدية ولو صدر إيجاب ملزم [14] ص140.

- أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع المال: إذا لا يثبت حق الإسترداد في الحالة التي يبيع فيها الشريك جزءاً مفرزاً، لأن المشتري لا يدخل شريكاً في الشروع بمجرد البيع بل يتوقف ذلك على نتيجة القسمة لأنه في جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز

من البيع بعد قسمته، فلا يكون إذن شريكا في الشبوع مع باقي الشركاء، ومنه تنتفي الحكمة من الإسترداد وبالتالي لا يجوز استعماله [8] ص 773.

وانطلاقا من نص المادة 721 من ق.م.ج. فإن حق الإسترداد يثبت في حالة تصرف الشريك في حصته الشائعة من منقول معين كالسيارة، ويثبت أيضا في حالة تصرف الشريك في مجموع من المال العقار والمنقول كالتركة المجتمعة على عقارات ومنقولات، أما لو كان التصرف منصبا على عقار معين بالذات فإن الشركاء يأخذون بحق الشفعة لا حق الإسترداد، لكن نظرا لنص المادة 721 من ق.م.ج، الذي جاء غير واضح الصياغة بنصه على أنه: «... الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار...»، وباستعمال المشرع الفاصلة بين المنقول أو العقار يعني أنه يجيز الإسترداد في العقار بالإضافة إلى المنقول الشائع، وأقرت المحكمة العليا في القرار رقم 177321 المؤرخ في 1998/03/25 بجواز الإسترداد في العقار المعين بالذات وذلك في منطوق القرار كما يلي:

ولما ثبت في -قضية الحال- أن قضاة المجلس قضوا برفض دعوى حق الإسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة، فإنهم يكونوا قد خرقوا نص المادة 721 من ق.م.ج، التي تعطي الورثة الحق في الإسترداد، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه [65] ص 98، ولعل صياغة المادة 721 هي الوحيدة التي يمكن بها تفسير مثل هذا القرار، وإلا لماذا أقر المشرع حق الشفعة في العقار؟.

ولا يهم مصدر الشبوع لممارسة حق الإسترداد، سواء كان الإرث أو الشراكة في غير الإرث، فقد أعطى المشرع الجزائري حق الإسترداد مهما كان مصدر الشبوع، ولم يأخذ بما ذهب إليه القانون الفرنسي الذي قصره على الشبوع الناشئ على الإرث، حيث إعتبر أن طبيعة هذا النوع من الملكية الشائعة تسمح لباقي الشركاء بحق الإسترداد الميراثي، وهو السبب الذي أوجد حق الإسترداد في القانون الفرنسي [9] ص 137.

3- صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء: وذلك بنص المادة 721 ق.م.ج. على أنه: «... الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي...».

إذ لا يثبت حق الإسترداد لباقي الشركاء إلا إذا بيعت الحصة إلى أجنبي عنهم لا لو احد منهم، لأن دخول الأجنبي بينهم هو وحده الذي تتوافر فيه الحكمة من الإسترداد وهي مضنة تضررهم، وعليه إذا تقدم شريك واحد أو بعض الشركاء دون بعض بطلب إسترداد الحصة الشائعة المباعة من أحدهم، وجب على المسترد أو المستردين إسترداد كل الحصة المباعة لا بعضها وإلا بقي الأجنبي شريكا معهم في الشيوخ وذهبت الحكمة من الإسترداد، ونفس الشيء إذا كان المبيع الصادر إلى أجنبي هو عدة حصص لا حصة واحدة فعلى المسترد أو المستردين أن يستردوا كل الحصص ليأمنوا عدم دخوله بينهم في الشيوخ [16] ص191، والأصل إذا تعدد الشركاء الذين يرغبون في الإسترداد، كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته في الشيوخ، هذا ما أكدته المادة 721 ق.م.ج، بنصها على أنه: «وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته»، كما أن حق الإسترداد مقصور فقط على الشريك في الشيوخ ولا يجوز لدائني الشريك إستعماله بإسمه ويستردوا المبيع نيابة عنه [15] ص97.

- أن يكون المسترد هو أحد الشركاء: إذ يجب أن يكون المسترد شريكا في المال وأن تثبت له هذه الصفة عند بيع الحصة التي يريد إستردادها وأن يبقى شريكا حتى يتم الإسترداد أو ترفع به الدعوى، ويثبت هذا الحق للخلف العام كالورثة والخلف الخاص كالمشتري [14] ص141.

أما إذا تعلق الأمر بحقوق القاصر، فيجب أن يكون هو شريكا وقت صدور البيع إلى غاية تمام إجراءات الإسترداد، غير أنه يضاف إليه وجوب أن يكون مشمولاً بالولاية أو الوصاية وقت حدوث التصرف لكي تثبت الصفة لنائبه-الولي أو الوصي- لممارسة حق الإسترداد لصالح القاصر، وذلك إعمالاً بأحكام المادة 81 ق.أ.ج. التي تنص على أنه: «كل من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون، أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام القانون»، وكذلك تطبيقاً لنص المادة 13 من ق.إ.م.و، التي تنص على أنه: «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...»، والصفة والمصلحة المنصوص عنهما في المادة أعلاه تمنحهما

للولي أو الوصي الذي يكون بصدد مباشرة حق الإسترداد لصالح القاصر المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة سابقا.

- إجراءات حق الإسترداد:

أورد المشرع الجزائري في المادة 721 من ق.م.ج، إجراءات لا بد من توافرها لكي يثبت حق الإسترداد وذلك تحقيقا لإستقرار المعاملات وحماية حقوق الشركاء.

- إبداء الرغبة في الأخذ بالإسترداد: وهذه الرغبة يجب أن تكون قبل القسمة وخلال ثلاثين يوما من تاريخ علم المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلامه به، فعلى الشريك البائع والمشتري أن يبادرا إلى إعلان باقي الشركاء بالبيع، ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسميا بل يكفي أن يكون على يد محضر قضائي كما هو الأمر في الشفعة [8] ص775، ومن ثم يصح الإعلان أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، ويصح أن يكون شفويا على أن يقع عبئ الإثبات على الشريك البائع والمشتري.

كما يجب على المسترد أن يبدي ويعلم الرغبة في الإسترداد إلى كل من الشريك البائع والمشتري معا خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه أو إعلانه بالبيع، ولا يصح إعلان أحدهما دون الآخر، بل يجب إعلانهما معا وإلا إعتبر كأن لم يعلن [16] ص192، وإذا مرت مدة ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان ولم يبدي المسترد الرغبة في ممارسة حق الإسترداد يسقط هذا الحق ويصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبي بيعا قائما وتاما لا يجوز الإسترداد فيه [8] ص772، وما على الشريك البائع والمشتري سوى إثبات الإعلان بكافة طرق الإثبات، وإثبات تراخي الشريك في الإسترداد لكي يدفعوا عنهم دعوى الإسترداد [16] ص193، أما إذا تم التراضي بعد فوأة الميعاد فإنه يعتبر بيعا جديدا بين المسترد والبائع الذي إكتسب صفة الشريك في الشيوخ بعد فوات ميعاد إبداء الرغبة في الإسترداد [2] ص152.

- رفع دعوى الإسترداد: لم يرد في نص المادة 721 من ق.م.ج. أي ميعاد أو قيد زمني تجب فيه رفع دعوى الإسترداد، فالأجل المذكور فيها متعلق بإبداء الرغبة فقط دون ذكر ميعاد لرفع الدعوى، فيجوز عندئذ رفع دعوى الإسترداد في أي وقت طالما لم يسقط الحق فيها بالتقادم، ويلتزم على كل حال أي يختصم فيها كل من البائع والمشتري، باعتبار أن موضوع

الدعوى يمس العلاقة القانونية التي تربط بينهما، طالما أن موضوع دعوى الإسترداد هو حلول المسترد محل المشتري في علاقة مع البائع [10] ص 98.

ومتى أبدى المسترد -الولي أو الوصي- الرغبة في الإسترداد خلال ميعادها لكل من البائع والمشتري على السواء، وبين في إعلانه إستعداده لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، تم الإسترداد، وإذا لم يتم الإسترداد رضاءا وجب على المسترد رفع دعواه أمام محكمة موقع العقار، ليختصم ضد البائع والمشتري في جميع المراحل في أي وقت مادام القسمة لم تتم [14] ص 144.

ولم يعني المشرع دعوى الإسترداد بالتنظيم عكس ما رأيناه في الشفعة، والسبب في ذلك هو عبارة "إبداء الرغبة" المنصوص عنها في المادة 721 من ق.م.ج، وبالتالي تخضع دعوى الإسترداد إلى القواعد العامة، ومنه فقرار المحكمة يكون فقط لإلزام المسترد-الولي أو الوصي- بدفع الثمن والمصروفات إن إمتنع عن ذلك، وكذلك إلزام المشتري الحائز بالتسليم وفق القواعد العامة [8] ص 777.

وعليه،سواء ثم الإسترداد بالتراضي، وذلك بتسليم الشيء المسترد ودفع الثمن والمصروفات، أو تم بحكم قضائي فإنه ينشأ عنه آثار قانونية متعددة كحلول المسترد-القاصر الذي ناب عنه وليه أو وصيه- محل المشتري مع ضرورة مراعاة إجراءات الشهر والتسجيل إذا تعلق الأمر بحصة شائعة لمجموع من المال من عقار ومنقول.

- آثار الإسترداد:

يترتب على ممارسة حق الإسترداد آثار هامة تقتضي التفصيل في العلاقة بين كل طرفين:

- العلاقة بين المسترد والمسترد منه: والمسترد هنا هو الولي أو الوصي لصالح القاصر الذي يحل محل المسترد منه وهو المشتري، وقد نصت المادة 721 من ق.م.ج، على أنه:«...ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفق».

ومعنى ذلك هو حلول المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ويكون ذلك من وقت البيع وبأثر رجعي وكأن المسترد هو الذي اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية، فتمحي رابطة الإستخلاف بينه وبين المشتري لتقوم بينه وبين البائع [8] ص 780، مما ينتج عنه: حلول المسترد محل المشتري وبالتالي سقوط كل الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع، حيث تخلص للمسترد الحصة المباعة خالية من أي حق عيني أو تباعي قررته المشتري، ويلتزم المسترد بدفع الثمن إلى البائع وإذا كان مؤجلاً أو مقسطاً استفاد المسترد من ذلك، أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الإسترداد، قام المسترد برده إلى المشتري مع فوائده من يوم الدفع، كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري كل ما تحمله من نفقات على أن يلتزم المشتري برد الثمار التي حصل عليها وقت البيع إلى المسترد [15] ص 98، ولا يلتزم المشتري بأي ضمان تجاه المسترد، وإنما لهذا الأخير أن يرجع على البائع بالضمان وفق لعقد البيع الذي حل فيه محل المشتري [8] ص 780.

- العلاقة بين المسترد والبائع: يتحمل المسترد تجاه البائع كل ما يترتب عن العقد من حقوق والتزامات لأنه هو الذي أصبح خلفاً خاصاً له، ويترتب على ذلك:

إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع فإن المسترد يكون ملتزماً به، وإذا كان الثمن المذكور في العقد هو أكبر من الثمن الحقيقي للحصة المباعة فليس للمسترد أن يدفع إلا الثمن الحقيقي، بعد أن يثبت صورية الثمن بكافة طرق الإثبات، باعتبار أن المسترد لم يكن طرفاً في العقد، كذلك الشأن إذا كان الثمن مؤجلاً فإن المسترد يستفيد من هذا الأجل مع الإحتفاظ بحق البائع في المطالبة بتأمين كافي لذلك، لأنه ربما يكون البائع منح الأجل للمشتري لإعتبارات شخصية بينهما [2] ص 162، 163.

وإذا كان المبيع حصت شائعة من مجموع من المال يشتمل على عقارات ومنقولات، وكان البائع قد أخضعها لإجراءات الشهر والتسجيل، وجب تسجيل السند الذي يثبت الإسترداد وشهره هو أيضاً لتتنقل ملكية الحصة الشائعة في العقار إلى المسترد [9] ص 142، 143.

- العلاقة بين البائع والمشتري: يعتبر البيع كأن لم يكن، فليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن وليس للمشتري مطالبة البائع بنقل الملكية أو بضمن الإستحقاق وتلغى المقاصة التي وقعت

بين الثمن وبين حق المشتري في ذمة البائع، فيعود هذا الحق في ذمة البائع كما يزول اتحاد الذمة [14] ص 145.

ومتى تمت إجراءات الشفعة والإسترداد وفق القواعد المقررة لها قانونا، وقام بها وصي أو ولي القاصر الشرعيين، إنتقلت إليه ملكية الشيء المسترجع بالشفعة أو بالإسترداد، فيصبح القاصر مالك للشيء المسترجع إما وحده، أو على الشيوع إذا كان معه من الشركاء من مارس رخصة الشفعة أوحق الإسترداد، وبهذا نكون قد ضمننا حقوق القاصر وأمواله من الضياع في يد الأجنبي ومن التصرفات التي يقرها القانون لغيره من الشركاء الذين قد يستعملون حقهم هذا بغية الإضرار بمصالح القاصر الذي لا أهلية له لمواجهتهم.

2.2. الضمانات الخاصة

بعد إستعراضنا للضمانات العامة التي كرسها المشرع الجزائري لحماية حقوق القاصر في المال الشائع أثناء قيام علاقة الشيوع، بقي أن نستعرض الضمانات أو الأساليب الخاصة التي فرضها المشرع لحماية حقوق القاصر في التصرفات المنهية للشيوع، باعتبار أن الشيوع كما سبق وقلنا، الأصل فيه أنه مؤقت حتى ولو طال مدته، فكما عنى المشرع بفئة القاصر خلال قيام الشيوع، فإنه بالتأكيد يعنى بهذه الفئة في التصرفات المنهية للشيوع، كون حماية حقوق القاصر من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه كما سبق ومر علينا.

وبما أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى لا ينظر إلى الشيوع نظرة تشجيع أو ترحيب باعتباره في غالب الأحوال عقبة في سبيل إستغلال المال الشائع إستغلالا إقتصاديا على الوجه الأكمل، فضلا عما يثيره من مشاكل كثيرة نتيجة تزامم حقوق الشركاء، على نفس الشيء مما يهدد بقاءه، لأجل ذلك قرر المشرع لكل شريك الحق في طلب القسمة للخروج من الشيوع وفقا لأحكام المادة 722 من ق.م.ج، التي تنص على أنه:«لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق».

هذا الحق في طلب القسمة وإن كان غير مقيد، إلا أنه غير مطلق، فلا يمكن طلب القسمة في حالات معينة، كما أن الشركاء أحرار في إختيار طريقة القسمة التي يرونها، وذلك

بصريح نص المادة 723 ق.م.ج، التي تنص على ما يلي: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يتقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»، وبالرجوع لنص المادة 88 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه: «...ويجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة...».

في حين أن نص المادة 181 من ق.أ.ج، في فقرتها الثانية ينص على أنه: «وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء»، وعليه يتضح أن المشرع الجزائري ناقض نفسه حين إستلزم إستصدار الإذن في المادة 88 من ق.أ.ج، لكي تجرى القسمة، ثم ألزم أن تكون عن طريق القضاء إذا كان هناك قاصرين الورثة، ولعل ما يمكن قوله في هذه الحالة هو أنه إذا كانت حقوق القاصر المشاعة ناتجة عن سبب غير الإرث فيكفي الإذن القضائي ومن ثم سلوك طريق القسمة الإتفاقية أو الرضائية (المطلب الأول)، أما إذا كانت تلك الحقوق ناتجة عن الإرث فلا بد من حكم قضائي ومن ثم يجب إتباع طريق القسمة القضائية [66] ص154 (المطلب الثاني)، أما في حالة تعذر القسمة عينا أو كان من شأنها إلحاق الضرر بالمال والشركاء وجب اللجوء إلى قسمة التصفية التي تعني بيع المال بالمزاد العلني (المطلب الثالث)، وذلك وفقا لأحكام المادة 89 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه:

« على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة ومصصلحة القاصر، وأن يتم البيع بالمزاد العلني».

1.2.2. القسمة الإتفاقية (الرضائية)

القسمة في لسان الفقهاء هي « جمع النصيب الشائع من مال مشترك في جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء»، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقسمت بينهما على حسب سهامها فاختص كل منهما بجانب معين وكان ذلك بطلب من أحدهما تمت القسمة، أما إذا لم يكن من أحدهما طلب فلا تكون القسمة صحيحة وهي كطريق لإنقضاء الشيوخ [11] ص229.

والقسمة الإتفاقية بمقتضى أحكام المادة 722 من ق.م.ج. مقيدة بعدم الإيجابار على البقاء في الشيوخ، وعليه يتوجب تحديد طبيعتها ووقت طلبها (الفرع الأول)، كما تفرض المواد التي تليها إجراءات خاصة بها (الفرع الثاني)، و يحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها (الفرع الثالث).

1.1.2.2. الحق في طلب القسمة الإتفاقية وطبيعتها

تنص المادة 722 من ق.م.ج على أنه: « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو إتفاق»، من نص المادة يتضح أن طلب القسمة مقيد بنص أو إتفاق (أولا) وإنها طلب يخضع في طبيعته لأحكام القواعد العامة (ثانيا).

- وجود نص أو إتفاق يمنع طلب القسمة الإتفاقية:

بحسب نص المادة 722 من ق.م.ج المذكور أعلاه، فإن القيد في طلب القسمة الإتفاقية إما أن يكون بموجب نص قانوني(1) وإما بموجب إتفاق واقع بين الشركاء(2).

- الإمتناع بنص قانوني: وهو ما وجدناه في الشيوخ الإيجاباري، على اعتبار أن الغرض الذي أعد له الشيء الشائع يقتضي بقاءه على الشيوخ، إذ لا يصلح للإستعمال الأكمل والأمثل له إذا قسم، كما هو الشأن في الأجزاء المشتركة لأنها لا تقبل القسمة، وكذلك في ملكية الأسرة المحددة المدة [16] ص197، وفي ذلك نصت المادة 737 من ق.م.ج. على أنه: « ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمة إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أن يجب أن يبقى دائما على الشيوخ».

كما تنص المادة 740 من ق.م.ج. على أنه: « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا».

- الإمتناع بإتفاق الشركاء: وتنص المادة 722 من ق.م.ج. على أنه: «...ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لم يجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يلخفه».

وقد ينفق الشركاء على البقاء في الشبوع لدواع متعددة، كأن يكون بينهم قاصر أو غائب، يفضلون بلوغه سن الرشد أو عودته، وقد يكون المال الشائع مشروعاً لا يرجى ربحه إلا بعد فترة معينة يفضلون إنتظارها قبل قسمته، وقد لا تكون الظروف الإقتصادية مواتية لبيع العين الشائعة بثمان مناسب، فيفضلون الإنتظار لمدة معينة حين تصير الفرصة ملائمة [9] ص150.

لكن هذا الإتفاق مقيد بشرط ألا يتجاوز مدة خمس سنوات، فإذا جاوز تلك المدة يكون نافذاً في حدود خمس سنوات وباطلاً فيما جاوز ذلك، بمعنى ضرورة إنقاص المدة إلى خمس سنوات على اعتبار أنه لا يمكن إجبار أحد على البقاء في الشبوع لمدة تزيد عن خمس سنوات، كما يمكن تجديد هذه المدة في حدود خمس سنوات بعد إنقضاءها، أما إذا جددت المدة قبل إنقضاء الأولى، فيحسب الميعاد الجديد من تاريخ التجديد لا من تاريخ إنتهاء المدة الأولى لأن في ذلك تجاوز المدة المحددة في المادة أعلاه وهي خمس سنوات [16] ص198.

ويشترط في الإتفاق على البقاء في الشبوع، عدم التعسف في إستعمال الحق من جانب الشريك الذي يتمسك به، كوجود مبرر قوي يدعوا بإلحاح إلى قسمة المال الشائع والإختصاص بمقتضاه بأجزاء مفرزة، بحيث يكون الإصرار على أعمال الإتفاق طلباً تعسفياً يقصد من وراءه تحقيق مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الأضرار الجسيمة التي تلحق بطالب القسمة، وخاصة أن الشبوع يجب أن يبقى حالة مؤقتة تخالف الأصل الذي يتمثل في إختصاص كل شريك بالجزء المفرز الذي يخصه بناء على القسمة [10] ص103، وهذا ويمكن رفع طلب القسمة الإتفاقية في حالة الإتفاق على إقامة قسمة مهائية غير محددة المدة، بمعنى أن يتفق الشركاء على قسمة مهائية دون تحديد مدتها، فيجوز لكل ذي مصلحة خلال قيام قسمة المهائية أن يطالب بالقسمة الإتفاقية للمال الشائع، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 59514 المؤرخ في 1990/05/09 لسنة 1991 العدد الثاني ص35 [19] ص80،

من المقرر قانوناً أنه في حالة عدم إتفاق الشركاء في قسمة المهايأة للملك المشاع على مدة معينة يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن المجلس لما قضى برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعى، رغم عدم وجود إتفاق الطرفين لمدة معينة لقسمة المهايأة يعرض قراره للنقض لعدم الأساس القانوني.

- طبيعة القسمة الإتفاقية:

لما كانت القسمة الإتفاقية، إتفاق تعاقدى يبرمه سائر الشركاء بهدف إنهاء حالة الشبوع القائمة بينهم، فإن هذا الإتفاق يخضع في إنعقاده لما تخضع له سائر العقود، فهي تخضع للقواعد العامة في الإثبات، فإذا زادت قيمة المال الشائع محل القسمة عن مائة ألف دينار جزائري، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة [67] ص 102 أو ما يقوم مقامها، وإذا قلت عن ذلك يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة في المادة 333 من ق.م.ج، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في القرار رقم 229161 المؤرخ في 2002/04/24 ببطلان المصادقة على عقد قسمة عرفي.

المبدأ: القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون مادام أن تقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي [68] ص 269، كما أن القسمة الإتفاقية أطرفها الشركاء المشاعون، ومحلها المال الشائع المراد قسمة، ومن ثم تسري عليها أحكام العقود في صفة تراضي الشركاء وخلو الإرادة من العيوب وإستيفاء المحل لشروطه القانونية بأن يكون مشروعاً و موجوداً، إضافة إلى ضرورة مشروعية سبب القسمة [69] ص 351.

إضافة إلى ضرورة توفر الأهلية في الشركاء المتقاسمين، وإذا كان بينهم من هو ناقص أهلية ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي وفقاً لأحكام المادة 81 من ق.أ.ج، مع ضرورة مراعاة الإجراءات الخاصة بحالة ناقص الأهلية المنصوص عليها في المادة 723 من ق.م.ج. وهي ضرورة الحصول على الإذن القضائي لإنجاز القسمة الإتفاقية لمصلحة القاصر [12] ص 59.

كما يجوز تعليق القسمة الإتفاقية على شرط واقف، كما إذا إتفق الشركاء على تعليق القسمة للتأكد ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء، كما يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما إذا إتفق الشركاء على إنفاسخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة [8] ص 508.

والقسمة الإتفاقية لا تتم إلا بإتفاق الشركاء جميعا، ولذلك إذا إتفق البعض عليها دون البعض الآخر لا يترتب عليها إنهاء الشيوخ، حيث يشترط الإجماع لهذا الإنهاء، وعقد القسمة الإتفاقية لا يعد هنا باطلا وإنما يلزم فقط من إرتضى به، أما الآخرين فلا ينفذ في حقهم إلا إذا أقروه، وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوخ [15] ص 106.

كما على الشركاء أن يختاروا الطريقة التي تتم بها القسمة في عقد الإتفاق، فتكون إما عينا، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل، كما لهم الإختيار بأن تكون القسمة عينية كلية شاملة لجميع المال الشائع، أو أن تكون جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقوا على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوخ فيما بقي من المال بعد التجنيب.

كما قد يتفق الشركاء على أن تكون القسمة الإتفاقية بطريق التصفية خاصة إذا تعذر قسمة المال الشائع عينا، فيبيعون كل المال أو بعضه بالممارسة، على شرط أن يكون بالمزاد العلني إذا كان بينهم ناقص الأهلية وفقا لأحكام المادة 89 من ق.أ.ج. وذلك لضمان أكبر حق ممكن للقاصر، ثم يقتسمون ثمن المبيع كل بحسب نصيبه المقابل لحصته [16] ص 194.

وإذا إتفق الشركاء على البيع بالمزاد جاز لهم حصر المزايدة فيهم فقط، أما إذا كان بينهم قاصر فلا يمكن أن تنحصر المزايدة فيهم فقط، وذلك حماية لحقوق القاصر وضمان أكبر ثمن ممكن، فإذا رسي المزاد على شريك منهم اعتبرت قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسي المزاد على أجنبي عنهم إعتبر بيعا بالمزاد العلني.

2.1.2.2. إجراءات القسمة الإتفاقية

تنص المادة 723 ق.م.ج. على أنه: «يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»، من خلال نص المادة أعلاه يتضح أن القسمة الإتفاقية التي يتفق الشركاء على إجرائها تتميز بنوعين من الإجراءات التي يجب إتباعها لكي تتعدد صحيحة ونافذة في مواجهة كافة أطرافها، وهي إجراءات خاصة بوجود القاصر بين الشركاء (أولاً) وإجراءات تتم بها القسمة بين الشركاء (ثانياً).

- الإجراءات الواجب إتباعها بوجود القاصر بين الشركاء:

تنص المادة 723 من ق.م.ج. على أنه: «...فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»، هذا النص لم يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في حال وجود قاصر بين الشركاء الذين أجمعوا على قسمة المال الشائع قسمة إتفاقية، مما يدفعنا للبحث عن هذه الإجراءات في القواعد العامة في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك لمعرفة مدى الحماية والضمان الذي قرره المشرع الجزائري للقاصر في القسمة الإتفاقية التي قلنا أنه يعترف بها في حال كان مصدر الشبوع غير الميراث ولم يعترف بها فيما دون ذلك، أي في حالة الشبوع الذي كان مصدره الإرث، إذ تجب هنا القسمة القضائية التي ستفصل فيها في حينها.

وفي ذلك تنص المادة 88 ق.أ.ج. على أنه: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، ويجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة...».

فأول إجراء يجب على الولي أو الوصي اتباعه قبل القسمة الإتفاقية، هو طلب الإذن من القاضي المختص تطبيقاً لنص المادة 88 المذكور أعلاه، وعليه فعلى الولي أو الوصي إذا ما إتفق مع باقي الشركاء على قسمة المال الشائع قسمة إتفاقية، أن يقدم طلباً لقاضي شؤون الأسرة ليأذن له بذلك وهو القاضي الذي يمارس في دائرة إختصاصه الولاية أو الوصاية تطبيقاً لأحكام المادة 464 من ق.إ.م.و.إ.ج، التي تنص على ما يلي: «يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال

القاصرين»، والمادة 479 من ق.إ.م.و.إ.ج، والتي تنص على أنه: «يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، المتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة».

وهذا الطلب يكون في شكل طلب إستعجالي إلى قاضي شؤون الأسرة الذي له كامل السلطة التقديرية في منحه الإذن من عدمه، ويكون ذلك بموجب أمر على ذيل عريضة يمنحه القاضي للولي أو الوصي لكي يباشر إجراءات القسمة الإتفاقية مع باقي الشركاء، هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 40651 المؤرخ في 1986/02/24 غير منشور.

من المقرر شرعا أنه يجب على الولي الخاص أن يستأذن القاضي في تصرفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلقة بحقوق القاصرين [70] ص 156.

والإذن المسبق من قاضي شؤون الأسرة من النظام العام، يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، تطبيقا لأحكام المادة 13 من ق.إ.م.و.إ.ج. التي تنص على أنه: «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، ويثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعى والمدعى عليه. كما يثير تلقائيا إنعدام الإذن إذا ما إشتراطه القانون».

في ذلك أصدرت المحكمة العليا قرارا تحت رقم 51282 بتاريخ 1988/12/19 أكدت فيه هذا القول:

من المقرر قانونا أن قسمة عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي الذي يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في -قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى، وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه [71] ص 63.

وتحقيقاً لحماية أكبر لمال القاصر، لم يخضع المشرع أمر قسمة مال القاصر للإذن المسبق فقط، بل إشتراط على القاضي بأن يتأكد أن في ذلك ضرورة ومصلحة للقاصر وإلا فلا يحق له الإذن بالقسمة، وذلك عملاً بأحكام المادة 89 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه: «على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر..».

يتبين من نص المادة أعلاه، أنه لا يجوز للولي أو الوصي أو من يكون في حكمه أن يتحصل على الإذن بالقسمة إلا إذا أثبت أن للقاصر مصلحة في ذلك، وللقاضي في هذا المجال السلطة التقديرية الكاملة في منح الإذن أو في رفضه إذا قدر له أن المصلحة التي تعود للقاصر تافهة بالمقارنة مع الضرر الكبير الذي قد يلحق به [12] ص 60.

كما أنه ونظراً لاعتبار القسمة الإتفاقية من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والتي رأينا أنها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فإنه يكمن للولي أو الوصي ومن هم في حكمه أن يرفضوا إجراء القسمة الإتفاقية باعتبارها ضارة بالقاصر [12] ص 60.

وثاني إجراء بعد الحصول على الإذن القضائي، يقوم الموثق الذي كلفه الشركاء بإعداد مشروع عقد قسمة إتفاقية يتولى الولي أو الوصي عرضها على المحكمة التي منحت الإذن للمصادقة عليها، ولها أن تأمر بتنفيذ عقد القسمة كما لها أن تقرر رفضه عملاً بسلطتها التقديرية في ذلك [12] ص 61.

وعلى الشركاء كاملي الأهلية الذين رضوا بالقسمة الإتفاقية أن يظلوا مقيدين بها، ولا يمكنهم أن يتحللوا منها إستناداً إلى عدم تصديق المحكمة عليها، لأن التصديق شرع لمصلحة القاصر وحده وهو الوحيد الذي يستطيع التمسك به دون سائر الشركاء البالغين [68] ص 354. كما يترتب على عدم إستصدار إذن مسبق من قاضي شؤون الأسرة، أو عدم تصديق المحكمة على عقد القسمة الذي أعده الموثق، قابلية القسمة للإبطال لمصلحة القاصر ولا يجوز لغيره التمسك به، وله بعد بلوغه سن الرشد أن يقر القسمة لتصبح نافذة في حقه [9] ص 154.

- كيفية إجراء القسمة الإتفاقية:

لما كانت القسمة الإتفاقية عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على العقود، فإن الإتفاق الوارد على القسمة الإتفاقية يجب أن يخضع للشكلية المطلوبة في المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج [3] ، فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره موثق وهو الذي يقوم بإجرائها فتتم القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجود فيها العقار، فلا بد من تعيين مساحة وحدود العقار المشاع بصفة كلية وتحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين:

الأولى بطريق الكسور إذا كانت الوحدة العقارية المشاعة متجانسة كأن تكون أرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء فيعبر عن الحصص بالكسور كالربع والنصف، أو بالمساحة بالمتر المربع.

والثانية بطريق التعيين الدقيق، إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية وغير مبنية، كما يجب إرفاق العقد بكل الوثائق التي تبين الحقوق العينية العقارية الواردة على العقار محل القسمة، كالرهن والتخصيص، إضافة إلى كل ما يثبت ملكية الشركاء من مستندات خاضعة للشهر العقاري، وكذلك يمكن طلب رخصة التجزئة في حالة ما إذا كانت الأرض مقسمة إلى قطع مبنية وتخضع هذه الأخيرة للشهر العقاري [66] ص 149.

إضافة إلى ذلك، للموثق أن يطلب كل ما يثبت حيازة وملكية الشركاء للأموال المنقولة المراد قسمتها بينهم قسمة إتفاقية، ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق المسموح بها قانونا في إثبات الملكية في المنقول.

وعليه، وبناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة والوثائق المرفقة للإثبات يقوم الموثق بعد التأكد من هوية الأطراف وسلامة الوثائق المقدمة بتحرير عقد القسمة ثم تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية بعد توقيع كافة الأطراف عليه بما فيهم الولي أو الوصي النائب عن القاصر في هذا العقد، وذلك تحت طائلة البطلان المطلق إعمالا بنص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج. المذكور سابقا، ومنه ينقضي الشيوخ بعد توزيع الحصص بحسب الأنصبة على كل شريك كل بقدر حصته في المال الشائع.

وينجر عن مخالفة هذه الإجراءات المتعلقة بالشهر إعتبار القسمة الودية قسمة مهياًة وفقا لما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 198689 المؤرخ في 2000/05/31.

من المقرر قانونا أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهياًة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشبوع.

وحيث أنه لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية، أساء تطبيق المادتين 732 و733 من القانون المدني [68] ص 283.

كما ينتج على عدم شهر وثيقة القسمة الودية عدم إمكانية الإحتجاج بها في مواجهة الغير وباقي الشركاء، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 231832 الصادر بتاريخ 2002/06/18.

من المقرر قانونا أن العقود الإدارية والإتفاقات الإدارية التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ليس لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

ومن ثم فإن إستبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للشركة يعد تطبيقاً سليماً للقانون [68] ص 265.

3.1.2.2. الطعن في القسمة الإتفاقية

لما كانت القسمة الإتفاقية عقد تسري عليه أحكام كافة العقود كما سبق ورأينا فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن المطبقة على سائر العقود، فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق، كأن يكون المال المراد قسمته مخالفاً للنظام العام طبقاً للأحكام المادة 96 من ق.م.ج، أو يطعن فيها بالبطلان لنقص الأهلية وعدم وجود الإذن المسبق أو الولي أو الوصي للنيابة على القاصر، وقد يطعن فيها بالبطلان لوجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط الجوهري في قيمة الأعيان عند القسمة أو الإكراه أو الغبن.

غير أن المشرع الجزائري أوجد حالة خاصة وأفردها بأحكام خاصة بها عند قيام القسمة بالإتفاق أو التراضي، وهي حالة الغبن التي أخرجها عما هو معمول به في القواعد العامة وخاصة في الغبن الخاص بعقد البيع العقاري المنصوص عنه في أحكام المادة 358 من

ق.م.ج، إذ تنص المادة 732 من ق.م.ج، على أنه: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذ أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته «، ويتضح من نص المادة أعلاه، أنه للطعن في القسمة الإتفاقية بالغبن لا بد على الطاعن إثباته (أولاً)، كما أنه يجب رفع الدعوى في ميعاد معين (ثانياً)، إضافة إلى إمكانية وقف أو توقي دعوى الغبن (ثالثاً).

- إثبات الغبن:

نصت المادة 732 من ق.م.ج. المذكورة أعلاه، على ضرورة أن يزيد مقدار الغبن عن الخمس وتكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، فتعين المحكمة خبيراً يتولى مهمة تقدير قيمة المال الشائع موضوع القسمة وكذا تقدير الحصص المفترزة وقت وقوع القسمة الإتفاقية، أما التقدير الوارد في عقد القسمة لا يعتد به إلا في مجال المقارنة لكي يتسنى للقاضي التأكد ما إذا كان المدعي قد لحق به غبن يزيد عن الخمس من عدمه.

ويعتبر مغبوناً من نقصت قيمة نصيبه عن أربعة أخماس المال الشائع كأن تكون قيمة المال الشائع وقت القسمة 5000 دج، وكان نصيب الشريك هو الثلث، فإذا نقصت قيمة الجزء المفترز عن 800 دج، إعتبر مغبوناً أما إذا كانت تساوي 800 دج أو أكثر لا يعد مغبوناً، ومنه ليس له طلب الطعن في القسمة بالغبن [10] ص108، وفي ذلك صدر قرار المحكمة العليا رقم 19926 الصادر بتاريخ 1982/04/14 جاء فيه، حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع إكتفى بتقديم أموال الشركة بصفة إجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم :

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

ثانياً : تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة .

ثم نجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن [72] ص 111.

ولا يتحقق الغبن إلا إذا كان على شريك واحد وليس على مجموعة من الشركاء قلو فرضا أننا بصدد مال شائع قيمته 5000 دج، وكان نصيب أربعة من خمسة شركاء وهو 3200 دج بحيث يكون نصيب كل واحد منهم هو 800 دج، فيكون مجموع الأنصبة 3200 دج وأحد الشريك الخامس الباقي، أي أخذ 1800 دج، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأي من الشركاء الأربعة طلب نقص النصيب للغبن، لأن الغبن الذي أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد عن الخمس [8] ص 817.

غير أنه يعتبر الشريك مغبوناً إذ كان مجموع ما أصابه من غبن يزيد عن الخمس في جميع الأعيان التي وقعت في نصيبه، فلو وقع في نصيبه منزل قيمته الحقيقية هي مليون دينار لكن قدر له بمليون وخمسة مائة ألف دج، فكان مغبوناً في المنزل بمقدار خمس مائة ألف دج ووقع في نصيبه كذلك قطعة أرض قيمتها الحقيقية مليون ومائتي ألف دج، لكنها قدرت أثناء القسمة بمليون دينار فهناك يكون قد كسب في الأرض مائتي ألف دج، وما كسبه في الأرض سينتزل به ما خسره في المنزل، وبالتالي يكون ما لحقه من خسارة هنا هي ثلاثة مائة ألف دينار وهذا المقدار لا يزيد عن خمس القيمة الحقيقية لمجموع المال الشائع فلا يوجد غبن في هذه الحالة [8] ص 817، 818.

- رفع دعوى الغبن:

تنص المادة 2/732 من ق.م.ج. على أنه: «يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة...».

يتبين من نص المادة أعلاه أنه يجب رفع دعوى الغبن في القسمة الإتفاقية خلال سنة من تاريخ القسمة وإلا كانت باطلة، وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفعها لأنه ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، وهذا يخالف نص المادة 359 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع...».

ويبدأ حساب مهلة السنة من يوم تمام عقد القسمة الإتفاقية، فإذا كان المال المقسوم عقارا تحسب من تاريخ شهر عقد القسمة، أما إذا كان المال المقسوم عقارات ومنقولات فتحسب المدة من تاريخ إتمام آخر عقد للقسمة، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة واحدة على أن يتم الإعتماد على حساب المواعيد بالتقويم الميلادي طبقا للمادة 3 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: « تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وفي ذلك صدر قرار المحكمة العليا رقم 196366 المؤرخ في 2000/07/26 الذي قضى لبطلان الطعن لتخلق شرط الميعاد بعد أن رفعت دعوى الغبن بعد 32 سنة من إنعقاد القسمة الودية، إذ جاء فيه:

يجوز نقض القسمة الخاصلة بالتراضي إذ أثبت فيها غبن يزيد على الخمس ويجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ومن ثم فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود غبن وبحجة أنها غير متصفة وجزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون [68] ص.

ويقع على عائق المدعي طبقا للقواعد العامة عبئ إثبات الغبن الذي كان ضحية بكافة الطرق والوسائل المتاحة قانونا، ومتى أقيم الدليل على وقوع الغبن الذي يزيد عن الخمس تعين على القاضي أي يحكم بنقض القسمة، وليس له إزاء طلبه سلطة تقديرية [15] ص 108.

أما عن أطراف دعوى نقض القسمة للغبن، فهم الشريك الذي لحقه الغبن، إما إذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين، أما الشريك الذي لم يغبن فلا يجوز له بداهة رفع الدعوى .

وتنتقل الدعوى من الشريك المغبون إلى ورثته، فيجوز لهم بعد وفاة الشريك أن يرفعوا أو أن يواصلوا السير في الدعوى، كما يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع الدعوى بإسم مدينه طبق للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة، والمدعى عليهم في دعوى نقض القسمة للغبن هم سائر الشركاء المشتاعون، لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة بالنسبة للجميع، ويجب على المدعي إختصامهم [7] ص 466، 467.

هذا وتخضع دعوى نقض القسمة للغبن إلى أحكام المادة 13 من ق.إ.م.و.إ.ج. فيما يخص شروط رفع الدعوى إلى جانب أهلية المدعي، كما يجب شهر دعوى نقض القسمة الإتفاقية لأنها دعوى عقارية فتخضع لأحكام المادة 85 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تنص على أنه: «إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلقاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 114 من الأمر 75/74 المؤرخ في 1975/1/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري...». والعلة من شهر الدعوى إعلامي فقط بحيث يمكن للغير العلم بأن العقار هو محل نزاع فضلا عن ذلك أن مصير هذه الدعوى مرتبط بإشهارها وهذا ما يتماشى مع أحكام المادة 85 المشار إليها أعلاه [12] ص 64.

- الحكم في دعوى الغبن وتوقيها:

إذ ثبت الغبن جاز للقاضي الحكم ببطلان عقد القسمة(1) كما أنه يجوز للشركاء توقي أو رفع دعوى الغبن بتكملة الثمن (2).

- الحكم في دعوى الغبن: إذا حكم القاضي بنقص القسمة الإتفاقية إعتبرت القسمة كأن لم تكن وعاد الشركاء إلى حالة الشبوع التي كانوا عليها قبل إنعقاد القسمة، ولإبطال أثر رجعي حيث يترتب عليه، إسقاط كافة التصرفات التي قام بها الشركاء في الأموال المفززة التي وقعت في نصيبهم نتيجة القسمة التي أبطلت [9] ص 120، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن.

كما يتولد عنها حق الشريك في طلب القسمة من جديد، سواء في ذلك الشريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر لم يتطلب نقضها، ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة إتفاقية كما لو كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هي أيضا للغبن، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن [8] ص 820.

- توقي دعوى الغبن: تنص المادة 2/732 من ق.م.ج.على أنه: « للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذ أكمل للمدعي عينا أو نقدا ما نقص من حصته».

من خلال نص المادة أعلاه، يتضح أنه باستطاعة المدعى عليه أن يوقف سير دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن وتجنب تقسيم المال الشائع من جديد إذا تمكن من إكمال للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته، ويتم الإكمال عينا لو قدم المدعى عليه للمتضرر جزاء مفرزا مما وقع في حصته لأنه أداء جزاء مشاعا يستتبعه الرجوع إلى حالة الشبوع من جديد [12] ص65.

هذا ويجوز للشركاء المتقاسمين المطالبة بتكملة نصيب المتقاسم المغبون، تجنبا لنقض القسمة أمام محكمة أول درجة، وأمام محكمة الإستئناف في المجلس القضائي، وأكثر من ذلك يجوز لهم هذه التكملة المانعة من لنقص القسمة ولو بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة وذلك قبل تنفيذ الحكم، ولم يكن قد تم إجراء قسمة جديدة [10] ص108.

وإذا تعدد المدعى عليهم، فعليهم الإتفاق على مبدأ إكمال حصة المدعى نقدا أو عينا، فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم فصل القاضي في ذلك، وكما يجوز للمدعى عليه عرض التكملة فإنه يجوز لدائنه التدخل في الدعوى وأن يعرض هذه التكملة نيابة عن مدينه [7] ص474، على أن يرجع عليه وفقا للقواعد العامة، غير أنه لا يمكن للشركاء الذين أكملوا حصة الشريك المغبون الرجوع على البعض الآخر الذين لم يوافقا على هذا الإكمال [8] ص822.

2.2.2. القسمة القضائية

إذا كان الأصل أن تتم القسمة بإتفاق جميع الشركاء، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر هذا الإجماع، وعليه فلا مناص من اللجوء إلى القضاء لإنهاء حالة الشبوع، غير أنه في بعض الأحيان فإن القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم قسمة المال الشائع بواسطة القضاء، وبهذا تكون القسمة القضائية للمال الشائع في التشريع الجزائري في ثلاث حالات هي:

- الحالة الأولى:

إذ لم يتفق الشركاء على القسمة الإتفاقية وأراد أحدهم الخروج من حالة الشروع، فهنا ليس أمامه سوى اللجوء إلى القضاء تطبيقاً لأحكام المادة 724 من ق.م.ج، التي تنص على مايلي: «إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة».

- الحالة الثانية:

إذا كان بين الشركاء من هو ناقص أهلية ورفضت المحكمة منح الإذن للولي أو الوصي لإجراء القسمة الإتفاقية، أو أجريت وأبطلت لمصلحة القاصر، أو أمر القاضي بإجراء القسمة القضائية تحقيقاً لمصلحة القاصر، تطبيقاً لأحكام المادة 723 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: «...فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون».

- الحالة الثالثة:

وهي حالة قسمة التركات التي يكون أحد أطرافها ولد قاصر تطبيقاً لأحكام المادة 181 من ق.أ.ج. التي تنص على أنه: «يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109-173 من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عم طريق القضاء».

لهذا سنحاول دراسة القسمة القضائية من خلال إبراز طبيعتها (الفرع الأول)، ثم التعرف على كيفية إجرائها (الفرع الثاني)، ونختتم بالآثار التي ترتبها بعد الحكم بها (الفرع الثالث).

1.2.2.2. طبيعة القسمة القضائية

لتحديد طبيعة القسمة القضائية توجب التطرق إلى تعريفها (أولاً)، ثم إلى أطرافها (ثانياً)، والتعرف على الجهة المختصة بالنظر فيها (ثالثاً).

- تعريف القسمة القضائية:

بحيث نجد عدة تعاريف إما فقهية (1)، أو شرعية (2)، أو قانونية (3).

- التعريف الفقهي للقسمة القضائية: يعرفها الأستاذ الغوثي بن ملحة بأنها: «القسمة القضائية هي القسمة التي تقتضي وتستلزم تدخل القاضي، وذلك إما لعدم إتفاق بين الشركاء على القسمة إستنادا على قاعدة عدم إجبارية البقاء في الشروع، وإما لوجود غائب أو قاصر بين الشركاء» [55] ص112.

كما تعرف بأنها: «القسمة التي تجريها المحكمة، بموجب حكم يصدر رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى دعوى قسمة» [73] ص10.

- التعريف الشرعي للقسمة القضائية: إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريف القسمة القضائية وعلى الرغم من إختلافهم في الرؤية إلا أنهم إتفقوا في المعنى والمضمون، فعرفها الحنفية بأنها: «جمع نصيب شائع في مكان معين».

أما المالكية فعرفوها بأنها: «تصيير مشاع من مملوك مالكين معنيا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض».

وعرفها الشافعية بأنها: «تمييز الحصص بعضها عن بعض».

وأخيرا عرفها الحنابلة بأنها: «تمييز الأنصاء عن بعضها البعض».

وبهذا يمكن جمع هذه التعريفات في تعريف واحد جامع هو أن القسمة القضائية هي: «إنهاء لحالة الشروع بتمييز الأنصاء عن بعضها وإفرازها عنها» [73] ص10.

- التعريف القانوني للقسمة القضائية: بالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري وإلى النصوص الخاصة بالملكية الشائعة لا نجد ولا تعريف للقسمة القضائية وذلك لأن التعريف من إختصاص الفقهاء وشرح القانون.

ولم يرد تعريف واضح للقسمة القضائية في الشريعات العربية إلا في التشريع الأردني، وذلك في نص المادة 1037 من القانون المدني الأردني التي تعرفها بأنها: «إفراز وتعيين الحصص». وكذلك في القانون المدني اليمني في نص المادة 1078 منه التي تعرف القسمة القضائية بأنها: «عبارة عن مقدار ما لكل شريك في المال، وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات» [73] ص 11.

- أطراف الدعوى في القسمة القضائية:

تنص المادة 724 من ق.م.ج. على أنه: «إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة».

وتنص المادة 1/729 من ق.م.ج، على أنه: «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم...».

يتضح من نص المادتين أعلاه أن دعوى القسمة القضائية لا ترفع إلا من شريك على باقي الشركاء (1)، غير أنه يوجد أشخاص آخريين يمكنهم رفع دعوى القسمة متى كانت لديهم مصلحة قانونية (2).

- الشركاء في الشيوخ: بحسب نص المادة 722 والمادة 724 من ق.م.ج، فإنه يحق لكل شريك يريد الخروج من حالة الشيوخ أن يرفع دعوى القسمة، ويكون المدعى عليهم في هذه الحالة باقي الشركاء، فجميع الشركاء خصوم في دعوى القسمة وفي حالة ما إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض الآخر جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة طبقاً لأحكام المادة 194 من ق.م.ج. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 47222 المؤرخ في: 1988/12/07 الذي نقض قرار المجلس القضائي لعدم إدخال باقي الشركاء في دعوى القسمة وذلك كما يلي:

من المقرر قانوناً أن إختلاف الشركاء في قسمة المال يلزم من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، ولما صادق قضاة الإستئناف على حكم المحكمة التي منحت مناباً لأحد الشركاء دون الآخريين، دون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي

الحقوق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرخوا المادة 745 من ق.م.ج، مما يستوجب نقض القرار [74] ص26.

وإذا أغفل إختصام بعض الشركاء في الشيوخ فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة لن يكون حجة عليهم [13] ص210، وما على هؤلاء الشركاء إلا أن يعترضوا بطريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً لأحكام المادة 380 من ق.إ.م.إ.ج. ومايليها، كما أنه ليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ الحكم بحجة أنه يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذه الدعوى، فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في حقهم [8] ص824.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، فإن صفة الشريك في الشيوخ تكون لهذا المشتري مادام قد انتقلت إليه الملكية، قبل تمام القسمة، وبالتالي تكون لهذا المشتري المدعي أو المدعى عليه في دعوى القسمة، غير أنه إذا كان المال الشائع عقاراً فإن المشتري لخصته شائعة لا يصبح شريكاً حتى يشهر عقد البيع فتنقل إليه الملكية طبقاً لأحكام المادة 793 من ق.م.ج [3] .

أما إذا اشترى أجنبي جزءاً مقدراً من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، وهو لا يعتبر شريكاً في الشيوخ بالتالي فلا يكسب الصفة لدفع دعوى القسمة، ولا يصبح إختصامه فيها [64] ص825، غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة وهذا باعتباره دائناً للشريك إذا ما توفرت فيه شروط الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها قانوناً [13] ص210.

- دائني الشركاء: تنص المادة 729 من ق.م.ج، على أنه: «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

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

كما تنص المادة 189 من ق.م.ج، على أنه: « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون إستعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن إستعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام».

طبقا لهذه المواد فإن لدائني الشريك إستعمال ما يبيحه القانون في سبيل حماية حقوقهم، فالمشرع أقر أنه متى كان للدائن مصلحة جدية جاز له التدخل في إجراءات القسمة لحماية نفسه من أي تواطؤ قد يحدث بين الشركاء، كأن يتفق الشركاء على أن يختص الشريك المدني بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ثم يكمل نصيبه نقدا فيسهل للمدين تهريبها ويصعب على الدائنين الوصول إليها، أو كأن يباع المال الشائع بالمزاد وإقتصر على الشركاء فقط، الشيء الذي قد يجعل الثمن قليل ونحوها من الطرق الأخرى.

والدائنون الذين يقصدهم القانون، هم الدائنون المقيدة حقوقهم سواء الشخصية أو العينية، وسواء كان الحق واقعا على المال الشائع أو على مال آخر لذلك للشريك باعتبار أم جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه طبقا لأحكام المادة 188 من ق.م.ج، وعليه متى كان للمدين حصة من المال الشائع وكان الشيوع على وجه الإنقضاء بالقسمة جاز لهذا الدائن التدخل في دعوى القسمة، كما أنه يتعين على الشركاء إدخال جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة وإلا كانت الدعوى غير نافذة في حقهم، ومن ثم جاز لهم المطالبة بالتعويض جراء الضرر الذي أصابهم من القسمة التي لم يدخلوا فيها [16] ص205، وما عليهم في ذلك إلا إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات.

- الجهة المختصة في دعوى القسمة القضائية:

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا القانون المدني الجزائري حين تنظيمه لقواعد قسمة المال الشائع، المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة القضائية، وفي غياب

أي نصوص خاصة وجب الرجوع إلى القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعليه ينعقد الإختصاص كما يلي:

إذا كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها منقولة، فينعقد الإختصاص إلى محكمة موطن أحد الشركاء، وفقا لنص المادة 38 من ق.إ.م.و.إ.ج، التي تنص على أنه: « في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم».

أما إذا كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها خليطا بين عقارات ومنقولات، فترفع دعوى القسمة أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها الأموال المراد قسمتها، تطبيقا لأحكام المادة 39 من ق.إ.م.و.إ.ج. والتي تنص على أنه: « ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبنية أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

1- في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها مقر الأموال...».

أما إذا كان المال الشائع المراد قسمته عبارة عن عقارات فقط، فيؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار محل القسمة القضائية، إعمالا بنص المادة 40 من ق.إ.م.و.إ.ج. والتي تنص على أنه: « فضلا على ما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبنية أدناه دون سواها:

1- في المواد العقاريةأمام الجهة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار .. ».

وفي الحالة التي يكون فيها محل القسمة ملكية شائعة ناتجة عن ميراث فينعقد الإختصاص إلى محكمة موطن المتوفى دون النظر إلى طبيعة الأموال المراد قسمتها، سواء كانت عقارات أو منقولات، أو خليطا بين عقارات ومنقولات، وذلك بصريح نص المادة 2/40 من ق.إ.م.و.إ.ج. التي تنص على أنه:

2- في مواد الميراث.... أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفى... ».

وهذا بخلاف قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يحيل الإختصاص في مواد الميراث إلى محكمة مكان إفتتاح التركة.

ومتى توفرت شروط رفع دعوى القسمة من صفة ومصلحة وأهلية ونيابة الولي عن القاصر، جاز مباشرة دعوى قسمة المال الشائع أمام المحكمة المختصة التي تتبع إجراءات وطرق معنية لقسمة المال الشائع.

2.2.2.2. كيفية إجراء القسمة القضائية

بمجرد رفع دعوى القسمة القضائية للمال الشائع، تقوم المحكمة المختصة بمراقبة صحة شروط رفع الدعوى من صفة ومصلحة، وصحة التكاليف بالحضور، ودراسة طلبات الأطراف، وفحص كل الوثائق المقدمة أمامها ولاسيما تلك المثبتة لحق الملكية على الشيوخ، خاصة إذا كان المال الشائع المراد قسمته عقارا، كما تقوم بتعيين خبير لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع القسمة.

كما أنه لا يمكن رفض دعوى القسمة المرفوعة أمام المحكمة، المختصة لغياب الشهادة التوثيقية [10] ص 110.

وتنص المادة 2/724 من ق.م.ج، على أنه: «...وتعين المحكمة إذا رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته».

وتنص المادة 728 من ق.م.ج. على أنه: «إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع».

ينضح من نص المادتين أعلاه أن القسمة القضائية تتم إما بطريقة عينية (أولا) ، أو تتم بطريق التصفية يبيعها في المزاد العلني (ثانيا).

- القسمة العينية :

الأصل أن المحكمة هي التي تتولى بنفسها أو بالإستعانة بخبير عملية القسمة العينية إذا ما كان المال الشائع يقبل القسمة دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته، ويجب على الخبير أن يقيم المال الشائع بصفة كلية، ويقيم نصيب كل شريك ويقوم بقسمة المال على أساس أصغر نصيب للشركاء، فإذا كانت الملكية الشائعة لثلاث شركاء، وكان نصيب الأول النصف والثاني الثلث والثالث السدس، قسم المال الشائع على أساس أصغر نصيب وهو السدس لست حصص متساوية [16] ص 208، تطبيقاً لأحكام المادة 725 من ق.م.ج، التي تنص على أنه: « يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ثم توزع الحصص على الشركاء كل بحسب نصيبه في الشروع»، وتمر القسمة العينية بمراحل (1) كما أنها تتم بطريقتين هما طريقة الإقتراع وبطريق المعدل (2).

- مراحل القسمة العينية: تنص المادة 726 من ق.م.ج، أنه: « تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص».

- مرحلة الفصل في المنازعات: يتضح من نص المادة أعلاه أن المحكمة قد يصادفها نوعان من المنازعات، فهي إما منازعات متعلقة بتكوين الحصص، والتي يتعين الفصل فيها قبل المضي في إتمام القسمة القضائية، وتتعلق بإدعاء أحد الشركاء بأن الحصص غير متساوية، أو أن المعدل الذي حدده الخبير أقل أو أكثر مما يلزم تحقيق المساواة بين الحصص، أو تتعلق بتجنيب أنصبة الشركاء، بإدعاء أحد الشركاء أن النصيب الذي جنبه الخبير له أقل من حقه، أو الذي جنبه لشريك آخر أكثر من حقه، فتتولى المحكمة المعروضة أمامها القسمة الفصل في هذه المنازعات أياً كانت قيمتها، لأنها سواء تعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب الأنصبة تدخل في أعمال القسمة التي تختص بها المحكمة المعروضة أمامها القسمة، فتفصل فيها قيماً بأحكام نهائية قبل أن تمضي في أعمال القسمة [9] ص 168.

وإما منازعات تتعلق بأصل الملكية، كأن يدعي أحد الشركاء بأن شريكاً آخر دخل القسمة وهو لا يملك شيئاً في المال الشائع، ويجب إستبعاده في دعوى القسمة، كما قد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته، فيدعي مثلاً أحد الشركاء بأن الشريك الآخر قد

تصرف في حصته لأجنبي ولا يحق له الدخول في القسمة، كل هذه المنازعات وغيرها التي لا تتعلق بتكوين الحصص، بعضها ينعقد لإختصاص المحكمة الناضرة في القسمة فتفصل فيها وجوبا [8] ص 827 بحكم قابل للإستئناف، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في القرار رقم 65223 المؤرخ في 1990/12/17 بوجوب الفصل في المنازعات المتعلقة بالحصص أمام المحكمة الناضرة في دعوى القسمة وذلك كما يلي:

من المقرر قانونا أن المحكمة تفصل في كل المنازعات المعروضة عليها وخاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء.

ولما ثبت في -قضيته الحال- أن قضاة الأساس بمصادقتهم على الخبرة دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص خاصة وأن الأطراف مازالوا على الشروع يكونوا قد خالفوا القانون [19] ص 83.

وبعضها خارج عن إختصاصها فتحيل الأطراف إلى الجهة المختصة للفصل فيها للرجوع في إكمال القسمة القضائية بعدها.

- مرحلة الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز: بعد الفصل نهائيا في المنازعات التي أثرت فيما بين الشركاء، يقوم من يهمله الأمر بالتعجيل بتحريك دعوى القسمة من جديد بعد أن كانت المحكمة أوقفها للفصل في المنازعات التي صادفتها، وهنا تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز على أنه إذا كان المال المراد قسمته عقارا وجب على القاضي ذكر معالم الحصة التي آلت إلى كل شريك وقيمتها حتى يتسنى تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية، ليتسنى تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة القضائية وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 201854 الصادر في 2000/09/27.

حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المعاد والقرار المؤيد له نجد بالفعل أن المحكمة صادقت على تقرير الخبير، وتثبت مشروع القسمة المقترح من طرفه لكنها لم تحدد أنصبة الأطراف باعتبار أن موضوع النزاع هو إنهاء حالة الشروع، وتحديد نصيب كل وارث، وأن مصادقة قضاة المجلس على حكم لا يمكن تنفيذه بدون تبرير أو القول بأن الخبرة أعطت كل

وارث نصيبه بدون أن يبينوا ذلك النصيب ولم يحدده، يعتبر قصورا في التسبيب مما يؤدي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه [75] ص 83.

- مرحلة المصادقة على حكم القسمة القضائية: ويكون هذا لما يكون بين الشركاء من هو قاصر، فبعد إستئذان المحكمة من طرف الولي أو الوصي بإجراء القسمة، توجب عليه أن يعود إليها لكي يعرض عليها المصادقة على حكم القسمة القضائية لكي ينفذ في حق القاصر، ولا يجوز لباقي الشركاء التمسك به أو التحلل من نفاذ حكم القسمة القضائية في حقهم بحجة عدم تصديق محكمة الأحوال الشخصية وقاضي شؤون الأسرة على حكم القسمة القضائية الصادر في حقهم، لأنه شرع لحماية مصالح القاصر وحده دون غيره.

- طرق القسمة العينية: كما سبق وأن قلنا فإن قسمة المال الشائع، متى كانت ممكنة عينا، قام خبير بتقسيمها إلى حصص، فإذا كانت الحصص متساوية تمت القسمة بطريق القرعة (أ) وإذا كانت الحصص غير متساوية تمت القسمة بطريق المعدل (ب).

- القسمة بطريق الإقتراع: تنص المادة 727 من ق.م.ج على أنه: « تجري القسمة بطريق الإقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

ويتم ذلك بتقسيم المال الشائع إلى عدة أجزاء على أساس أصغر نصيب، ويمكن للمحكمة أن تستعين بخبير في ذلك، فإذا كان أصغر نصيب للشركاء هو الثمن، قسم المال الشائع إلى ثمانية أجزاء ويختص كل شريك بعدد من هذه الأجزاء بما يتساوى مع نسبة نصيبه الشائع، ويتم تعيين هذا الجزء أو هذه الأجزاء بطريق الإقتراع على أن تثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المحدد له بطريق الإقتراع [10] ص 112.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا بضرورة أن تكون القسمة العينية بطريق الإقتراع وذلك في القرار رقم 54849 المؤرخ في 1989/10/25.

من المقرر قانونا أن قسمة الملكية الشائعة تجري بطريق الإقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن قضاة المجلس بالغائهم الحكم

المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع
القسمة عن طريق الاقتراع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون [76] ص 25.

- القسمة بطريق المعدل: تنص المادة 2/725 من ق.م.ج على أنه: «وإذا تعذر أن يأخذ
أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه». ويكون ذلك يجعل
الخبير الحصص متساوية تماما، فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان وإذا اضطر
إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة
الكبرى للحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، ولذلك يسمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل
"Soule" كالمعدل في المقايضة، فمن يقع من الشركاء في نصيبه الحصة الكبرى بطريق
القرعة، يصبح مدنيا بهذا المعدل لمن يقع في نصيبه الحصة الصغرى وبذلك يتساوى صاحب
الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى [69] ص 365.

ويتولى الخبير مسبقا بتحديد الحصص سواء الكبرى أو الصغرى، ويحدد المعدل
الممنوح لكل من تقع في نصيبه حصة صغرى، كما يحدد المعدل الواجب دفعه من طرف
كل من يقع في نصيبه حصة كبرى، والعبارة في التقويم بتحديد قيمة المال وقت القسمة لا وقت
رفع الدعوى أو بدء الشروع.

واشترطت المحكمة العليا في قرارها رقم 151301 المؤرخ في 1998/03/25
لتطبيق القسمة بطريق المعدل أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية باعتبار أن هذه
القسمة هي طريق من طرق القسمة العينية وذلك كما يلي:

حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725 من ق.م.ج في فقرتها الثانية تنص على
أنه: «إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما نقص من نصيبه..»
والحال إن قضاة الموضوع منحوا إثنين من الشركاء نصيبهما نقدا كلية دون الحصول على
نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفا، وأخطئوا في تطبيق القانون الأمر
الذي يعرض قرارهم للنقض [76] ص 25.

- قسمة التصفية:

تنص المادة 728 من ق.م.ج على أنه: «إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا ما طلبوا ذلك».

يتبين من نص المادة أعلاه أن قسمة التصفية ما هي إلا طريق إستثنائي يلجأ إليه القاضي في حالتين:

الأولى: إذا لم يكمن قسمة المال الشائع عينا، ففي هذه الحالة يكون في القسمة العينية إتلاف للمال الشائع، كأن يكون المال صغيرا جدا، فتأمر المحكمة ببيعه بالمزاد العلني.

الثانية: إذا كانت قسمة المال الشائع ممكنة ولكن من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته، كما لو كان المال قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لا يمكن معه البناء [67] ص 112.

فإذا أمر القاضي ببيع المال في المزاد العلني، كلف المدعي بإتخاذ إجراءات التصفية خلال الأجل الذي حدده في الحكم، ويأذن بذلك لأي من الشركاء إذا انقضى هذا الأجل الذي حدده بالحكم دون إتخاذها، فيقوم الشريك بتسجيل دعوى في شكل طلب لدى المحكمة المختصة على عريضة لمباشرة عملية البيع بالمزاد العلني [14] ص 242.

هذا ولا يمكن للمحكمة الناظرة في دعوى القسمة القضائية أن تأمر ببيع المال الشائع بالمزاد العلني خارج هاتين الحالتين وإلا عرضت حكمها للطعن والنقض، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 201854 المؤرخ في 2000/09/27.

مادام ثابت أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنها إنخفاض في قيمته، فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائبا [77] ص 274، وكذلك القرار رقم 242694 المؤرخ في : 2001/03/14.

المبدأ: تشير المادة 728 من القانون المدني بأن يلتجأ إلى البيع بالمزاد العلني في حالة ما إذا تعذرت قسمة المال الشائع عينا.

ولما قضى قضاة المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون أن يبرروا إختيارهم لهذا الحل وبيبنوا العناصر المعتمدة في ذلك يكونوا قد خرخوا المادة 728 أعلاه.

كما أنهم قد خالفوا أحكام المادة 727 بعد إتخاذهم إجراءات القرعة في قسمة للأملك الشائعة المفروضة بها مما يجعلهم قد أساءوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض [78] ص152، وتنص المادة 728 من ق.م.ج المذكورة سابقا بأنه:«...وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع».

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار 41969 المؤرخ في 1986/06/02 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثاني ص 78 جاء فيه:

من المقرر قانونا أنه في حالة تعذر القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد، وذلك بالطرق المنصوص عليها قانونا غير أنه يمكن أن تكون هذه المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم في الدار المشاعة بينهم وبين المدعي عليهم دون عرض الدار للبيع بالمزاد العلني [19] ص87.

غير أن تطبيق هذه المادة في الحالة التي نحن بصدر دراستها والمتمثلة في وجود قاصر بين الشركاء في المال الشائع، فيه إجحاف في حقه، فما العبرة بالمزاد الذي يأمر به القاضي المقتصر على الشركاء فقط ؟ مما قد يدفعهم إلى التواطؤ لضمان ثمن قليل إضعافا لحقوق القاصر ونهبها لها.

وفي هذا المقام، نقول أنه يجب على القاضي مراعاة وتطبيق أحكام المادة 89 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:«على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر وأن يتم البيع بالمزاد العلني».

فالحكمة من هذه المادة هو حماية مصالح القاصر، وذلك بضمان أكبر ثمن ممكن مما يستوجب فتح المزايدة على أجاناب عن الشركاء وهذا ما سنفصل فيه في المطلب الموالي من هذه الدراسة.

وإذا أمر القاضي في دعوى القسمة القضائية بإجراء قسمة تصفية بالمزاد العلني المقتصر على الشركاء فقط، وجب على الوالي أو الوصي الطعن في الأمر لمصلحة القاصر لأن حماية مصالح القاصر من النظام العام، وعليه يخطر النيابة وفقا لأحكام المادة 465 من ق.إ.م.و.إ.ج، التي تنص على أنه: «يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية»، وأكثر من ذلك فإن تدخل قاضي شؤون الأسرة وأمره بإجراءات تخفيضة لحماية مصالح القاصر غير قابلة لأي طعن، هذا ما أكدته المادة 469 من ق.إ.م.و.إ.ج، التي نصها: «يمكن للقاضي، قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر، وهذا الأمر غير خاضع لأي طعن».

وبعد إتمام البيع وفق الإجراءات المنصوص عنها قانونيا، فإذا رسي المزاد على أجنبي عن الشركاء إعتبر ذلك بيعا بالمزاد العلني، مما ينقل ملكية المال الشائع إلى الراسي عليه المزاد، أما إذا رسي المزاد على شريك من الشركاء على الشيوع إعتبر ذلك قسمة تصفية وتسري عليها كل آثار القسمة وبعدها يوزع الثمن على باقي الشركاء كل حسب حصته في المال الشائع [16] ص.210

3.2.2.2. آثار القسمة القضائية

إن وظيفة القسمة هي إنهاء حالة الشيوع بإقرار جزء محدد من المال الشائع لكل شريك متقاسم، فيملكه ملكية خالصة على سبيل الإستثناء والإفراز، وللقسمة عدة آثار قانونية، كالإلتزام بالتسليم ودفع الثمن على الراسي عليه المزاد، وغيرها من الضمانات والآثار الأخرى، غير أنه هناك أثران جوهريان يستوجبان الدراسة والتحليل هما: الأثر الكاشف للقسمة (أولا) باعتبارها تقرر حقا ولا تتشئه، وضمان المتقاسمين للتعرض على بعضهم البعض (ثانيا):

- الأثر الكاشف للقسمة القضائية (الإفراز):

تنص المادة 730 من ق.م.ج على أنه: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى».

يتبين من نص المادة أن الأثر الذي تحدثه القسمة هو كاشف لحق ومقرر له وليس منشئ على اعتبار أن الشريك في الشروع كان يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله عليها كل السلطات التي يمنحها له حق الملكية على النحو الذي بيناه في الفصل الأول من هذه الدراسة، لهذا توجب تحديد النطاق الذي يسري عليه الأثر الكاشف للقسمة (1) ثم التعرف على أهم نتائج تطبيق هذا الأثر الكاشف (2)

- نطاق الأثر الكاشف: يسري الأثر الكاشف بحسب نص المادة 730 أعلاه على التصرفات (أ) والأموال (ب) والأشخاص (ج).

- التصرفات التي لها أثر كاشف: لا يمكن إعتبار القسمة تصرفا إلا إذا ترتب عليها أيلولة المال الشائع إلى الشركاء أو إلى بعضهم من ناحية، وإنهاء حالة الشروع من ناحية أخرى.

لذلك تعتبر القسمة، إتفاقية كانت أو قضائية هي النطاق الطبيعي للأثر الكاشف، سواء كانت قسمة بسيطة إختص كل شريك بمقتضاها بجزء مفرز يعادل تماما حصته الشائعة، وسواء كانت قسمة بمعدل لا تتعادل فيها الأجزاء المقررة التي آلت إلى الشركاء مع قيمة حصصهم الشائعة، ونال بعضهم لتحقيق هذا التعادل معدلا يكون في العادة مبلغا نقديا.

وللقسمة بالتصفية أثر كاشف كذلك إذا آل المال الشائع بمقتضاها إلى أحد الشركاء عن طريق البيع الودي بالممارسة أو عن طريق رسوا المزاد العلني عليه بالرغم من دخول الأجانب فيه [9] ص 105، 186.

كما يسري الأثر الكاشف على البيع الذي يكون من شريك على الشروع إلى شريك آخر معه، فثمن البيع في هذه الحالة إعتبر معدلا، أماهبة الشريك لحصته الشائعة فلا يترتب عليه الأثر الكاشف بل يترتب عليه الأثر الناقل للملكية، فالهبة ليس معادلة للقسمة، لأن القسمة من المعاوضة لا من التبرعات [8] ص 887.

كما يترتب الأثر الكاشف أيضا على القسمة الكلية، التي تنتهي الشروع كلية، بأن يختص كل شريك بجزء مفرز إذا كانت القسمة عينية، أو أن ينفرد أحدهم بالمال الشائع إذا كانت قسمة تصفية.

ويترتب أيضا على القسمة الجزئية المنهية للشيوع في بعض المال الشائع، بأن يختص كل شريك بجزء مفرز منه مع بقاء الشيوع بين الشركاء في بقيته، أو يختص أحد الشركاء بجزء مفرز من المال الشائع مع إستمرار الشيوع بين بقيتهم، غير أنه لا وجود للأثر الكاشف في قسمة المهايأكونها لا ترد إلا على منفعة فقط [9] ص 188، 187.

- الأموال التي يشملها الأثر الكاشف: يطبق الأثر الكاشف على كل الأموال التي كانت محلا للقسمة وتم إفرازها، فيرد على العقار والمنقول، كما يرد على الحقوق المعنوية كحق المؤلف أو براءة الإختراع.

ولا يرد الأثر الكاشف على معدل القسمة إذا أفردت القسمة لأحد المتقاسمين حقا لم يكن داخل في الشيوع، فلا يطبق الأثر الكاشف على هذا الحق، فإلتزام أحد المتقاسمين بأن يقدم عقارا أجنبي على المال الشائع كمعدل للقسمة للمتقاسم الآخر تكملة لنصيبه، فهنا يسري الأثر الكاشف على النصيب المفرز الذي حصل عليه الشريك من القسمة ولا يسري على المعدل، فالقسمة بالنسبة لهذا المعدل تكون ناقلة للملكية وليست كاشقة لها، وتبعاً لذلك فإن ملكية هذا المعدل تنتقل عند شهرها، وإذا كان هذا المعدل مثقل بحق عيني نفذ هذا الحق في حق المتقاسم [13] ص 230.

كما لا يسري الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية التي كانت للمورث وانتقلت إلى الورثة من بعد ذلك، لا تدخل في الشيوع بينهم بل تقسم على كل واحد منهم بقدر نصيبه في التركة، لأن إختصاص أحد الورثة بدين عند القسمة هو حوالة إلى الوارث من الورثة الآخرين كل بقدر حصته ولا تكون ناقدة في مواجهة المدين إلا بقبوله لها أو إعلانه بها [9] ص 189.

- الأشخاص الذين يحتج عليهم بالأثر الكاشف: مادامت القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فإن أثرها هنا يقوم بالنسبة للمتقاسمين وغيرهم، فيحتج بالأثر الكاشف على المتقاسم، فإذا تبين أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للشركاء من قبل، فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار مدة خمس سنوات أن يتسند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا، وإذا رتب أحد الشركاء رهنا على كل المال الشائع أو على حصة أو جزء منه، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يحتج

بالرهن على شريك آخر وقع في نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه، حيث أنه بالقسمة يخصص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبة غيره من الشركاء.

فهدف المشرع من إعمال فكرة الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، هو جعل تصرفات الشركاء الآخرين أثناء الشبوع والتي وردت على الحصة المفرزة التي آلت إلى أحدهم غير نافذة في حق الأخير، لذلك فبمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل والشهر بالنسبة لعقارات يعتبر المتقاسم فيها بينه وبين شركائه المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، ولا يحتج بهذا الأمر في مواجهة الغير إلا بعد إتمام إجراءات الشهر والتسجيل بالنسبة للنصيب الذي حصل عليه المتقاسم بالقسمة [15] ص 116، 117.

- نتائج الأثر الكاشف: إذا كانت القسمة كاشفة فمعنى ذلك أنه تترتب عليها آثار مختلفة هي:

1- لا يعتبر المتقاسم خلفا لباقي شركائه المتقاسمين معه، وبالتالي لا يتأثر بأي تصرف من تصرفاتهم السابقة على القسمة في النصيب المقسوم له.

2- لا تصلح القسمة سببا صحيح لإكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم الخمسي القصير، ذلك أن السبب الصحيح تصرف ناقل للحق بطبيعته لو أنه كان صادر من صاحب الحق، والقسمة مجرد تصرف مقرر أو كاشف للحق [16] ص 117، 118.

3- القسمة عقد مساواة بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة.

4- لا يمكن رفع دعوا الغبن في القسمة القضائية ولا إسترداد المال المفرز الذي وقع في نصيب أحد الشركاء بطريق القسمة.

5- ضمان التعرض والإستحقاق في القسمة ينفرد ببعض الأحكام الخاصة التي تميزه عن التعرض والإستحقاق في البيع.

6- مادامت القسمة كاشفة للحق فإنه يجب على تحصل المتقاسم على نصيب يعادل حصته تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين [69] ص 388، 391.

- الضمان في القسمة القضائية:

تنص المادة 731 من ق.م.ج. على أنه: «يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له والمنتزع 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، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الإستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم».

يتبين من نص المادة أعلاه أن الضمان في القسمة مبني على فكرة الأثر الكاشف للقسمة لا أثرها الناقل، وهو بالتالي يختلف عن الضمان الوارد في عقد البيع إلا أن ذلك لا يغني عن الرجوع إلى أحكام الضمان الواردة في عقد البيع فيما لم يرد فيه نص بخصوص ضمان التعرض والإستحقاق في عقد القسمة ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع الوصف الكاشف للقسمة [13] ص 241.

والضمان هم إدعاء الغير بأن له حقا في المال الذي آل للمتقاسم بسبب القسمة، أما الإستحقاق فيكون إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه [79] ص؟، لذا توجب علينا التطرق إلى شروط الضمان في القسمة (1) وآثار تحقق هذا الضمان (2).

- شروط الضمان في القسمة: يشترط لتحقيق الضمان في القسمة القضائية الشروط التالية:

- حصول تعرض أو إستحقاق بسبب سابق على القسمة: لا يعتد بالضمان إلا إذا حصل بسبب سابق على القسمة تعرض لمتقاسم في النصيب المفرز المقسوم له أو إستحقاق لهذا النصيب، إذ بذلك يتهدد المتقاسم أو يحل به خطر فقد هذا النصيب فقدا كلياً، أو جزئياً، مما يهدد أو يخل بالمساواة الواجبة بين المتقاسمين في حصول كل منهم مادياً على حصته المعنوية.

والتعرض المقصود هنا هو التعرض المادي بأعمال الغصب والتعدي، والتعرض الشخصي بالتهديد بالإستحقاق تهديدا قانونياً، بحيث يحمل معنى إدعاء الغير حقا على النصيب

المقسوم لأحد الشركاء المتقاسمين، كرفع دعوى الإستحقاق أو المطالبة بإرتفاق أو الإلتجاء إلى إجراءات الحجز.

والضمان لا يكون على العيوب الخفية، ذلك لأن الضمان مقرر حيث يتعلق الأمر بثبوت حق للغير على النصيب المفرز لأحد المتقاسمين، وليس هذا هو الشأن في حال وجود عيب خفي في هذا النصيب حيث يتعلق الأمر حينئذ بعدم الدقة في تقدير قيمته مما يفيد غبن المتقاسم المختص به، فيطبق حينها الأحكام المتعلقة بالغبن إذا كانت القسمة إتفاقية، ويشترط في الضمان أن يكون بسبب سابق عن القسمة فلا يعقل أن يسأل المتقاسمون بالضمان عن وقوع تعرض أو إستحقاق لأحدهم في نصيبه بسبب لاحق على القسمة [16] ص 234، 233.

- وقوع التعرض فعلا: إذ يجب أن يقع التعرض فعلا من الغير بمطالبته بحقه قضائيا وذلك لتحقق ضمان المتقاسم الذي ووجه بهذا التعرض في نصيبه المفرز، وعلى ذلك فإن مجرد الكشف الذي يبديه الغير بالتعرض لا يكفي لقيام الضمان إذا لم يقترن به تعرض فعلي، إلا إذا خيف أن ينزع الشيء من يده، حيث يجوز له في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء بالتزامته الناشئة عن القسمة، كمعدل القسمة، أو الثمن الذي رسي به المزاد عليه، وذلك قياسا بحكم الضمان المقرر في عقد البيع، كما يمكن له أن يتخلى عن نصيبه المفرز للغير إذا كان متبقيا من حقه، ويرجع في ذلك بالضمان، إلا إذا تبين عدم صحة توقعه فيما يتعلق بثبوت حق الغير.

- يجب ألا يكون الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم بنفسه: ومثال ذلك أن يدعي الغير حقا سابقا على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يتولى المتقاسم وحده الدفاع في الدعوى دون أن يدعو المتقاسمين الآخرين للتدخل فيها وكانت لديهم وسيلة لدفع هذه الدعوى [10] ص 122.

- ألا تتضمن القسمة بندا يعفي من الضمان: وذلك تطبيق لأحكام الفقرة الثانية من المادة 731 من ق.م.ج فلا يقوم الضمان مع الإتفاق على الإعفاء منه في عقد القسمة، ويجب أن يكون هذا الإتفاق صريحا وخصوصا بسبب من أسباب الإستحقاق، مذكور فيه ويقتصر الإعفاء

عليه، وهذا الإتفاق الصريح والخاص يجوز أن يدرج كبند في عقد القسمة أو يرد في محرر مستقل عنها [15] ص 118.

- آثار تحقق الضمان: إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه السالف الذكر، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين لكي يتدخلوا في الدعوى، ويكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه وذلك في الحالات التالية:

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

- إذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى بالرغم من طلب المتقاسم المتعرض له وحكم بالإستحقاق للمتعرض ولم يثبت للمتقاسمين خطأ المتعرض له.

- إذا لم يتدخل المتقاسمين رغم طلب المتقاسم المتعرض له، وأقر هذا الأخير بحق المتعرض ولم يفلح المتقاسمين في دفع التعرض.

- إذا لم يخطر المتقاسمين بدعوى الإستحقاق، وحكم بالإستحقاق للمتعرض ولم يثبت المتقاسمون أن تدخلهم لو تم لأى إلى رفض الدعوى.

- إذا أقر المتقاسم المتعرض له للمتعرض بحقه دون دعوى ولم يثبت المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه [9] ص 195.

وإذا ثبت للمتقاسم ضمان الإستحقاق طبقاً للحالات السابقة، يلتزم المتقاسمين الآخرين بتعويض هذا الإستحقاق كل بحسب حصته على أن يوثق هذا التعويض ويتم التقدير وقت القسمة لا وقت الإستحقاق [8] ص 889، وذلك بتوزيع التعويض على جميع المتقاسمين، فيتحمل المستحق نفسه جزءاً من هذا التعويض إعمالاً بمبدأ المساوات بين المتقاسمين، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً يتم عندئذ توزيع القدر الذي لزمه على مستحق الضمان وباقي المتقاسمين غير المعسرين، ولا ينشأ الإلتزام بالتعويض إلا وقت الإستحقاق، وعلى ذلك تحتسب مدة التقادم المسقط من ذلك الوقت، ويستوي الأمر إذا كان الإستحقاق كلياً أو جزئياً [79] ص؟.

غير أنه طبقاً للمبدأ القائل بتطبيق أحكام الضمان وفي البيوع على القسمة مادامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة ومقوماتها، يمكن للمتقاسم توقي الضمان وذلك بالإتفاق مع المتعرض على تفادي الإستحقاق سواء الكلي أو الجزئي مقابل مبلغ مالي.

ويقع الإلتزام بضمان هذا المبلغ المالي على جميع المتقاسمين بما فيهم المعترض له في حد ذاته، والقانون لم ينص على مدة خاصة بتقادم هذا الإلتزام، مما يحيلنا لأحكام المادة 308 من ق.م.ج. التي تعني بدأ سريانه من تاريخ ثبوت الإستحقاق طبقاً للمادة 2/315 من ق.م.ج [15] ص 118.

ويكون حق المتقاسم الذي إستحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضموناً في التشريع الجزائري بامتياز المتقاسم سواء كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً طبقاً لأحكام المواد 999 و 1001 من ق.م.ج [8] ص 890،891.

3.2.2. البيع بالمزاد العلني

إذا تعذرت القسمة عيناً، أو كان حدوثها يؤدي إلى نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال جبراً بالمزاد العلني، تطبيقاً لأحكام المادة 728 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا تعذرت القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون الإجراءات المدنية...».

وتنص المادة 89 من ق.أ.ج على أنه: «على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني».

يلاحظ على نص المادة 89 من ق.أ.ج أنها لم تتماشى ونص المادة 728 من ق.م.ج أعلاه، إذ قصرت الأولى البيع على العقار فقط، في حين نصت الثانية على بيع المال، ومعنى المال يشمل العقارات والمنقولات، والقاضي عند تطبيقه لنص المادة 89 من ق.أ.ج، وتحقيقاً لمصلحة القاصر ولعدم الإختلاف مع المادة 728 من ق.م.ج. باعتباره الشريعة العامة للقوانين، يأخذ بالنص الفرنسي للمادة على إعتبار أنه لم يحدد نوع المبيع مما ينسجم مع أحكام المادة 728 أعلاه.

إذ ينص النص الفرنسي للمادة 89 من ق.أ.ج على أنه: « le juge accorde l'autorisation en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques»

وقولنا بالأخذ بالنص الفرنسي هنا ليس الهدف منه مخالفة الدستور على اعتبار أن النص العربي هو الأصل، لكن إنطلاقاً من أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين، وكذلك لأن حماية مصالح وأموال القاصر من النظام العام، وأن فكرة العقار أهم من المنقول آيلة للزوال في وقتنا الحالي، لأنه يوجد في عصرنا من المنقولات ما هو أغنى وأثمن من العقارات مما يحمي الفكرة القديمة التي تأثر بها المشرع الجزائري عند إدراجه لهذه المادة، ولهذا متى توفرت إحدى هاتين الحالتين توجب على الولي أو الوصي الرجوع إلى قاضي شؤون الأسرة لإستصدار أمر بالبيع بالمزاد العلني وفقاً لأحكام المادة 81 من ق.أ.ج على أن يتم البيع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المحددة والمقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الثالث، الباب الخامس، الفصل الرابع تحت عنوان الحجز على المنقول، والفصل السادس تحت عنوان الحجز على العقارات.

لهذا، فستكون دراستنا مقتصرة على تعريف البيع بالمزاد العلني وشروطه (الفرع الأول) ثم سنتعرض لإجراءات البيع بالمزاد العلني (الفرع الثاني)، لنختم بأهم الآثار التي يترتبها البيع بالمزاد العلني (الفرع الثالث).

1.3.2.2. تعريف البيع بالمزاد العلني وشروطه

نتعرف على البيع بالمزاد العلني (أولاً) ثم شروطه (ثانياً).

- تعريف البيع بالمزاد العلني:

على غرار في المصطلحات القانونية نجد أن للبيع بالمزاد العلني عدة تعريفات فمنها اللغوي(1)، ومنها الشرعي(2)، وبالطبع القانوني(3) بما أننا بصدد دراسة قانونية.

- التعريف اللغوي: ورد في تفسير المزايدة ومشتقاتها كما يلي:

مادة "زيد" الزاي والياء والذال أصل يدل على الفضل، يقال زاد الشيء يزيد فهو زائد، وزيد، يزيد، تزيدا الشيء، نماه وزاده، والزيادة والمزيد والزيد، أي النمو، وزاده الله خيرا وزيده فزاد، وإزداد وإستزادة إستقصره وطلب منه الزيادة، والتزيد الغلاء والكذب وتكلف الزيادة في الكلام.

وزايد، يزايد مزايده غيره، أي غالب في الزيادة في ثمن السلعة، أي زاد فيه على غيره، والمزاد، والمزادات بيع علني يتم طرح الشيء للبيع فيتزايد الراغبون في شرائه ويرسون على من يعرض أعلى ثمن، ومزاد تعذر القسمة بيع أموال التركة بالمزاد العلني، أو بالمزايدة إذا كانت لا تقبل القسمة.

ثمن المزاد، الثمن الذي رسا به المزاد، ويقال فإنه المزاد، المكان الذي تعرض فيه الأشياء على المشتري بطريق المزايدة، والمزايد هو من يعرض في المزايدة سعرا، أكثر إرتفاعا من الأسعار المعروضة- ويقال باع بالمزاد الأخير، ومزايدة جمعها مزايدات وتعني المزاد والبيع بالمزايدة [80] ص12.

- التعريف الشرعي: تتعدد التعريفات الشرعية لعقد البيع بالمزاد العلني بتعدد المذاهب الفقهية كما يلي:

- تعريف الحنفية: بين الإمام الزبيلي صورة البيع بالمزايدة بقوله: « أن يظهر البائع ما يدل على عدم الرضا بالبيع، فيأتي آخر فيزيد عليه».

ويقول الإمام بدر الدين العيني: « هو ركون البائع إلى السائم، وعدم رضاه بالثمن فيزاد في السلعة حتى تصل إلى ما يريد البائع».

- تعريف الشافعية: جاء فيه ما يلي: « وبيع من يزيد سوم رجل على سوم أخيه، ولكن البائع لم يرضي السوم الأول حتى يطلب الزيادة»، ويقول الإمام الماورودي: « بيع المزايدة موضوع لطلب الزيادة».

- تعريف المالكية: يعرفه الشيخ أحمد بن غنيم النفراوي بقوله: « وحقيقة بيع المزايدة أن يطلق الرجل سلعته في يد الدلاء للنداء عليها، فمن أعطى فيها لزمه، إن رضي مالکها وله أن لا يرضى ويطلب الزيادة».

وعرفه الإمام الباجي بقوله: «بيع المزايمة هو أن يفوم الرجل بعرض سلعته في السوق يمشي بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب زيادة من يزيد فيها».

- تعريف الحنابلة: يقول الشيخ منصور البهوتي في شرحه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يسم الرجل على سوم أخيه» أي السوم أن يتساوما في غير المناذاة، فأما المزايمة في المناذاة فجازة [80] ص 13، كما تعرف أيضا عندهم بأنها: «أن يزيد في السلعة من يريد شرائها قبل إستقرار الثمن».

والناظر لمختلف هذه التعريفات الشرعية يرى أن تعريف فقهاء المالكية هو الأشمل من تعريف غيرهم، حيث وصفوا السلعة بكونها في يد الدلالة وهو ينادي عليها حتى تقف عند آخر مزايمة.

- التعريف القانوني: لم يورد القانون المدني الجزائري ولا قانون الأسرة الجزائري ولا حتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أي تعريف لعقد البيع بالمزاد العلني، رغم إشارتهم الكثيرة إليه وتفصيلهم في إجراءاته وشروطه وغيرها، ومرد ذلك حسب رأينا هو أن مهمة التعريف توكل للشراح وفقهاء القانون، لذا نجد عديد التعريفات عندهم فيما يخص البيع بالمزاد العلني.

عرفها الدكتور محمد خلف الجبوري بأنها: «يقصد بالمزايمة عملية إرساء العقد على أعلى العطاءات سعرا من بين العطاءات المقدمة من المتنافسين»، وعرفها الأستاذ منير قرمان في كتابه البيوع التجارية: «يقصد بالمزاد العلني كل بيع يستطيع أي شخص حضوره حتى لو إقتصر المزاد على طائفة معينة من الأشخاص».

كما عرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بأنه: «يقصد بالمزاد البيع بالتنافس بين عدة أشخاص بحيث تعطى الصفقة لمن يقدم أعلى ثمن، ويكون المزاد علنيا إذا كان مفتوحا للجمهور، أو على الأقل لطائفة من الأشخاص دون أن يقتصر على أشخاص معينين مقصودين بذواتهم مهما كثر عددهم»، وهذا التعريف في نظرنا هو الأصلح للحالة التي نحن بصدد دراستها وهي بيع مال القاصر في المزاد العلني الذي قلنا أنه تحقيقا لمصلحة القاصر ولتوفير أكبر حماية له، لا يجب قصر المزايمة على الشركاء فقط حتى ولو تحقق إجماعهم، إلا أن هذا

التعريف إكتفى بذكر حضور الأشخاص دون السماح لهم بالمزايدة ما يجعله قاصرا بعض الشيء.

لذلك عرفه الدكتور الياس ناصف بقوله: « البيع بالمزايدة والمناقصة هو البيع الذي يتم من جانب الإدارة العامة أو القضاء أو المؤسسات العامة التي تطرح على الجمهور صفقة تلزم بعض الأعمال مع بيان الشروط والدعوة المزايدة في بدل الطرح والتخفيض في الأسعار، كالبيع الجبري الذي يتم بالمزايدة عن طريق الإدارة أو القضاء، وحتى أن البيع الاختياري قد يتم بطريق المزايدة إذا إختار البائع هذه الطريقة» [80] ص 14، 13.

وهذا هو التعريف الأشمل والأعم في نظرنا لعقد البيع بالمزاد العلني، فما هي شروطه؟.

- شروط البيع بالمزاد العلني:

بما أننا بصدد بيع مال شائع أحد شركائه قاصر، فإنه توجب علينا معرفة شروط اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني في المال الشائع(1) ثم التطرق إلى قائمة شروط البيع في حد ذاته(2).

- شروط اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني في المال الشائع: يرى الأستاذ السنهوري أنه للجوء إلى قسمة التصفية أو البيع بالمزاد العلني يجب أن يتوفر شرطان:

- أن يكون هناك حق في الشيوع: كحق ملكية شائع أو حق إنتفاع شائع، فإذا ملك الشيء الواحد أو حتى الإنتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوع، جاز بيع التصفية، ولا غبرة بسبب الشيوع، فقد يكون الميراث كما هو الغالب وقد يكون سببا آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص دار على الشيوع فيما بينهم أو كان الشيوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية، ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق إنتفاع، أما إذا وجد من يملك حق الرقبة ومن يملك حق الإنتفاع، فلا تجوز القسمة بينهما لأن علاقة الشيوع غير قائمة بينهما، إلا إذا كان هناك عدة مشاعين لحق الرقبة و عدة مشاعين لحق الإنتفاع فيجوز هنا بيع التصفية في حق الرقبة لمالكين متعددين، و جاز بيع التصفية في حق الإنتفاع لمنتفعين متعددين [64] ص 307، 306.

- أن يكون المال لا يمكن قسمته عينا بغير ضرر: وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 728 من ق.م.ج فمتى كانت قسمة المال الشائع مستحيلة عينا أو كانت قسمته فيها ضرر كبير لهذا المال، أصدر القاضي أمراً ببيع المال الشائع بالمزاد العلني وفق للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن لا تقتصر المزايدة على الشركاء لوجود ناقص الأهلية بينهم، أما إذا أمكنت القسمة عينا دون ضرر، لا يكون هناك بيع تصفية بل يقسم المال إلى أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع [64] ص، ولكوننا بصدد بيع مال القاصر الشائع نضيف شرطاً نراه جوهرياً وهو من النظام العام ألا وهو.

- الحصول على الإذن القضائي: وذلك تطبيقاً لنص المادة 88 من ق.أ.ج التي توجب إستصدار ترخيص من قاضي شؤون الأسرة في عملية بيع عقار القاصر وأمواله بحسب النص الفرنسي كما سبق ورأيناه، وإن كان هذا الشرط مقبول في حال تعذر القسمة الإتفاقية، إلا أنه يبدو غريباً في حالة القسمة القضائية، فكيف يشترط القانون الإذن القضائي المسبق أمام حكم قضائي أمر ببيع المال الشائع بالمزاد العلني، هنا نرى أن قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري يستوجبان التعديل مما يجعل نصوصها منسجمة مع بعضها البعض، فيكف نشترط إذن أو ترخيص أمام حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به؟.

- شروط بيع المال الشائع أحد أطرافه قاصر: نص عليها المشرع الجزائري في الفصل الثامن تحت عنوان البيوع العقارية الخاصة من الباب الخامس للكتاب الثالث لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكننا الرجوع إلى أحكام بيع المنقولات بالمزاد العلني فيما لا يتعارض مع طبيعة البيع لتحديد الشروط الواجب توفرها في بيع مال القاصر المملوك على الشيوخ بالمزاد العلني، لذلك فهذه الشروط هي:

تنص المادة 783 من ق.إ.م.و.إ.ج. على أنه: «يتم بيع العقارات أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائياً بالمزاد العلني للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي أو يعدها وكيل النفلسة حسب الحالة...»، وحسب نص المادة فإنه يشترط لإنعقاد البيع بالمزاد العلني ما يلي:

- الإذن الصادر بالبيع: وهو إما الترخيص الذي يقدمه قاضي شؤون الأسرة للولي أو الوصي عند طلب الإذن المسبق لبيع عقار القاصر بعد تعذر القسمة الإتفاقية والقضائية وفقا لأحكام المادة 88 من ق.أ.ج.

وإما الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به غير المطعون فيه والنهائي القاضي بتصفية المال وبيعه بالمزاد العلني الذي أصدره القاضي الذي كان بصدد إجراء القسمة القضائية التي تعذرت عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، تطبيقا للمادة 728 من ق.م.ج.

- تعيين العقار أو الحق العيني العقاري: وذلك تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية و إسمها عند الإقتضاء، مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإذا كان العقار بناية، بين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.

- ذكر جميع المالكين على الشيوخ: وذكر موطن كل واحد منهم، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 2/786 من ق.إ.م.و.إ.ج.

- تقديم محضر لمجرد الأموال المنقولة: الذي يحرره المحضر القضائي أو محافظ البيع أو الخبير، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 708 من ق.إ.م.و.إ.ج. والتي تنص على أنه: « لا يجري البيع بالمزاد العلني إلا بعد إعادة جرد الأموال المحجوزة وتحرير محضر بذلك، يبين فيه المحضر القضائي أو محافظ البيع ما يكون قد نقص منها».

- ذكر شروط البيع والتمن الأساسي: وهو الذي يضيفه الخبير ويكون هو المنطلق الذي يبدأ منه المزاد، بمعنى يعين سعر مرجعي، أو أدنى يجب أن يبدأ منه المزاد على ألا يكون الثمن الراسي عليه أقل منه أو يساويه تحت طائلة إعادة المزاد من جديد.

- تجزئة العقار إلى أجزاء: إذا إقتضت الضرورة ذلك، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء.

- بيان سندات الملكية: وذلك بإرفاق الملاك على الشيوخ كل ما يثبت ملكيتهم أو حيازتهم، خاصة الوثائق المشهورة إذا تعلق الأمر بالعقارات كما قد يغني عنها الحكم القضائي الصادر بالبيع بالمزاد العلني من القاضي الذي أجرى القسمة، باعتبار أنه تأكد من سندات الملكية،

والحكم الذي يصدر عنه بالبيع بالمزاد العلني لتعذر القسمة عينا أو لإلحاق ضرر بالمال الشائع كاف ليكون سند يثبت الملكية بعد إشهار طبعا.

كما تنص المادة 784 من ق.إ.م.إ.ج.على أنه: « ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية:

1- مستخرج جدول الضريبة العقارية.

2- مستخرج من عقد الملكية، والإذن بالبيع عند الإقتضاء.

3 - الشهادة العقارية».

كما يجب ذكر التاريخ والساعة والمكان الذي يجري فيه البيع وأمام أي محكمة إذ يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار وفقا لنص المادة 1/40 من ق.إ.م.و.إ.ج، أو إلى المحكمة التي يقع في دائرتهم الأموال إذا كانت مجموع من عقارات ومنقولات وفقا لأحكام المادة 1/39 من ق.إ.م.و.إ.ج، وأمام محكمة موطن المتوفى إذا كانت الأموال الشائعة ناتجة عن ميراث وفقا للمادة 2/40 من ق.إ.م.و.إ.ج.

2.3.2.2. إجراءات البيع بالمزاد العلني

تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

- إيداع قائمة شروط البيع لدى أمانة ضبط المحكمة:

وذلك تطبيقا لنص المادة 786 من ق.إ.م.و.إ.ج، التي تنص على أنه: « إذا تقرر بحكم أو بقرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوخ لعدم أو الإمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع، يعدها المحضر القضائي، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمله التعجيل من المالكين على الشيوخ»، أو بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي وفقا لنص المادة 783 من ق.إ.م.و.إ.ج.

ويؤشر رئيس المحكمة، المختص إقليميا على محضر إيداع قائمة شروط البيع ويحدد فيه جلسة الاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع، وتاريخ وساعة إنعقادها(م4/743) من ق.إ.م.و.إ.ج.على أن يكون الاعتراض على قائمة شروط البيع أمام القاضي المكلف بالإجراء

ليفصل فيه إما بالرفض أو بالقبول، على أن يدخل هذا القبول في آخر دفتر الشروط التي يعاد تجديدها على نفقة المحضر القضائي وفق نص المادة 5/743 من ق.إ.م.و.إ.ج.

- النشر والإعلام:

إذ يقوم المحضر القضائي بنشر مستخرج من قائمة شروط البيع في جريدة يومية وطنية والتعليق على لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال 8 أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع قائمة على أن ترفق نسخة من الإعلان في محضر التعليق مع ملف التنفيذ وفقا لأحكام المادة 748 من ق.إ.م.و.إ.ج. على أن يسمح لكل شخص الإطلاع عليها في مكتب المحضر القضائي أو أمانة ضبط المحكمة.

كما يمكن للمحضر القضائي وتحت نفقة الشريك الذي يطلب الإعلان، أن يقوم خلال 30 يوما قبل عملية البيع بإستخراج نسخة من شروط البيع ونشرها على مستوى باب أو مدخل كل عقار، ولوحة الإعلانات بالمحكمة وقباضة الضرائب والبلدية مقر العقار، وفي المساحات والأماكن العمومية وفي أي مكان يمكن أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايد، تطبيقا لأحكام المواد 749 و 750 من ق.إ.م.و.إ.ج، ولكل من الدائنين طلب إلغاء إجراءات النشر، وهو الأمر الذي يفصل فيه رئيس المحكمة بالرفض أو القبول، على أن يكون طلب إلغاء النشر قبل 3 أيام من تاريخ عقد جلسة البيع تحت طائلة سقوط الحق في ذلك طبقا للمادة 571 من ق.إ.م.و.إ.ج.

- إفتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني:

وتكون برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي عين لهذا الغرض، وذلك بحضور كل من المحضر القضائي وأمين الضبط والدائنين المعلنين والشركاء على الشيوخ والولي أو الوصي وعدد لا يقل عن 3 مزايدين.

وإذا حصل بعد المنادات على القضية أنه لم يتقدم أحد بأي عرض أو تبين بوضوح أن العروض غير كافية تؤجل المزايدة إلى جلسة أخرى وفقا لنص المادة 753 من ق.إ.م.و.إ.ج. على أن تعاد إجراءات النشر من جديد وعلى نفقة طالب التأجيل إن كان سبب التأجيل أحد المزايدين أو الدائنين أو أحد الشركاء على الشيوخ، وأثناء الجلسة الجديدة يقوم

الرئيس بالتحقق من هوية الأطراف وصحة الإجراءات والتبليغات والنشر، ويذكر بشروط البيع ونوع العقار والمال المراد بيعه والتمن الأساسي ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة الذي هو 10 آلاف دينار بين كل عرض.

وإذا لم يتوفر النصاب في المزايدين أو كان العرض أقل من التمن الأساسي للمزايدة أو لم يتقدم أي أحد بعرض خلال 15 دقيقة أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات التمن الأساسي.

وفي الجلسة الجديدة وبغض النظر على عدد المزايدين يقرر الرئيس تأجيل البيع وإنقاص عشر التمن الأساسي إذا كانت قيمة العروض أقل من قيمة التمن، على أن يحدد تاريخ الجلسة الجديدة وإعادة النشر والإعلان [81] ص 23.

وفي الجلسات الموالية يباع العقار أو الحق العيني العقاري أو المال الشائع ككل بأعلى عرض حتى لو كان أقل من التمن الأساسي، إلا إذا توقي أحد الشركاء ذلك ودفع التمن الأساسي ليصبح هنا بيع تصفية لرسوه على شريك في الشروع، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 754 من ق.إ.م.إ.ج.

ويرسو المزداد على من تقدم بأعلى عرض في المزايدة بعد النداء 3 مرات متتالية منفصلة على بعضها البعض بمدة دقيقة واحدة، على أن يلتزم الراسي عليه المزداد بدفع خمس التمن والمصاريف والرسوم المستحقة خلال الجلسة نفسها لتفادي عملية إعادة البيع بالمزداد من جديد، على أن يدفع الباقي خلال 8 أيام من تاريخ الجلسة، وفي حالة تأخره يعذر بالدفع خلال 5 أيام، وإذا مرت 8 أيام ولم يدفع إعتبر متأخراً عن الدفع وكان ملزماً بالفرق بين القيمتين إذا أعيد البيع ورسى على ثمن أقل من التمن الأول وذلك وفقاً لأحكام 758 و759 من ق.إ.م.إ.ج.

ويمكن وفقاً للمادة 760 من ق.إ.م.إ.ج. لأي شخص خلال 8 أيام من تمام عملية البيع أن يطالب أمام كتاب ضبط المحكمة بإعادة البيع بالمزاد العلني إذا رسى المزداد على ثمن أقل من التمن الأساسي، على أن يتعهد كتابياً بزيادة ما قيمته 1/6 سدس ثمن البيع زيادة على تحمله مصاريف البيع والرسوم المترتبة على ذلك [14] ص 248، وعندما يتم البيع ويرسو

المزاد يصبح حكم المزاد نهائيا وغير قابل للطعن وفقا لنص المادة 765 من ق.إ.م.و.إ.ج.التي تنص على ما يلي: «حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن».

3.3.2.2. آثار البيع بالمزاد العلني

يترتب على الحكم برسو المزاد وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية إنتقال الحقوق العينية العقارية إلى الراسي عليه المزاد ويعتبر الحكم برسو المزاد سندا للملكية، بشرط أن يقوم المحضر القضائي وفقا لأحكام المادة 2/762 من ق.إ.م.و.إ.ج. بقيد وتسجيل حكم رسو المزاد في المحافظة العقارية من أجل إشهارة خلال شهر من تاريخ صدوره، ومن ثم يصبح العقار المباع ملكية نهائية وتامة للمشتري مما ينقضي معه الشيوخ.

أما عن توزيع الثمن بين الورثة، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية أعفل هذه القضية، إذ جرى العمل على أن يقوم القائم على بيع المال الشائع بتحرير محضر بالكتلة المالية الناتجة عن البيع والتي تستقم بين الورثة أو الملاك على الشيوخ المنقوصة من مبلغ الرسوم، توزع بعد تصفية الديون المترتبة على المال الشائع إذا لم تكن قد صفيت من قبل، وكذا ديون شهر العقار وما إلى ذلك، وتوزع الأموال الصافية بعدها على الورثة أو الملاك على الشيوخ كل بقدر حصته في المال الشائع على أن يحرر ذلك في محضر يسلم للقاضي المختص [81] ص24.

هذا ويترتب على رسوا المزاد آثار مختلفة باعتبار الشخص الراسي عليه المزاد:

- فإذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء، إعتبر البيع تصفية، أو قسمة بالتصفية، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي إشتراه، فإن زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي إشتري به، أخذ الباقي من أموال أخرى شائعة بعد قسمتها أو من طريق معدل القسمة، وإن زاد الثمن على حصة الشريك دفع هذا للشركاء معدلا للقسمة [81] ص27،28، وينتج عنه الاستغناء عن إجراء التسجيل والشهر إذ يعد ناقلا للملكية حكم رسوا المزاد لأنه رسي على شريك في الشيوخ.

- زوال التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع عدا التصرفات التي صدرت منه.

- تسري أحكام الغبن في البيع والقسمة وأحكام ضمان التعرض والعيوب الخفية إذا كان المزاد قد رسى على أحد الشركاء باعتباره بيع تصفية ويضمن الثمن بامتياز المتقاسم، أما إذا كان الذي رسى عليه المزاد أجنبيا عن الشركاء فينتج عنه ما يلي:
 - يعتبر البيع بيعا عاديا صادرا من جميع الشركاء في مواجهة الأجنبي، وتسري عليه أحكام عقد البيع في العلاقة بين الشركاء و الراسي عليه المزاد.
 - ضرورة التسجيل والشهر لنقل الملكية في العقارات.
 - بقاء التصرفات التي صدرت من الشركاء على المال الشائع لأن المشتري أجنبي.
 - يكون الثمن مضمونا بامتياز البائع وتسري عليه أحكام الغبن في بيع العقار.
 - تسري عليه أحكام البيع فيما يتعلق بضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية
- [64] ص309،308.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، يتضح لنا جليا، أن الشيوع هو صورة من صور الملكية، إذ أن أصل الملكية هو التملك الفردي، إلا أنه قد يحدث أن يجد شخصان فأكثر أنفسهم يشتركون في شيء واحد، عقارا كان أو منقولا، وتثبت لهم رغم ذلك كل الحقوق التي يقرها حق الملكية عليه، فلهم أن يقوموا كل بحسب نصيبه بالتصرف فيه وإستعماله وإستغلاله، ولا يخدمهم في ذلك سوى المحافظة على حقوق باقي الشركاء والحفاظ على الطبيعة التي أعد لها ذلك الشيء المملوك بينهم على الشيوع.

ولما كانت الملكية الشائعة صورة ثانية لصور الملكية، ولما كان الأصل في الملكية هو التملك الفردي كما سبق وقلناه، فإن مصير الشيوع هو الزوال لا محالة، لأنه مهما طالت مدة الشيوع فإنه نظرا لطبيعته التي تحد من الإنتفاع بالشيء على الوجه الأكمل اقتصاديا أو إجتماعيا أو حتى ماديا، ونظرا إلى المنازعات التي يثيرها بين الشركاء، فإنه آيل إلى الزوال بكل الطرق التي تؤدي إلى إنقضاء علاقة الشيوع.

ومادامت علاقة الشيوع قائمة، وكانت هناك ملكية سابقة، فإنه ينبغي على الشركاء مراعاة القواعد التي يفرضها القانون والطرق التي أوجدها المشرع والتي تتفق مع طبيعة الشيء محل الشيوع، وذلك فيما يخص إدارة المال الشائع والإنتفاع به وحتى التصرف فيه، وذلك لضمان وحماية حقوق باقي الشركاء.

إضافة إلى ضرورة التوافق الذي يجب أن يكون بين التصرف وطبيعة المال الشائع، فلا يمكن تصور البناء على أرض معدة للزراعة دون موافقة باقي الشركاء أو السكن في محلات معدة للتجارة باتفاق كافة الشركاء على الشيوع. إذ منح المشرع للشركاء بما فيهم الولد القاصر حق الإعتراض على الأعمال التي تمس طبيعة الشيء أو أصل ملكيته، وذلك في موازنة منه بين عناصر الملكية وحقوق باقي الشركاء، ويكون هذا الإعتراض أمام القضاء على النحو الذي بيناه في دراستنا.

كما منح الحق لكل شريك في أن يسترجع ما خرج من المال الشائع بالتصرف الذي قام به شريك غيره وذلك عن طريق ممارسة رخصة الشفعة وحق الإسترداد، ليعود المال إلى الملكية الشائعة وضمان عدم دخول أجنبي بين الشركاء ومن ثم زهاب الحكمة من إقامة علاقة الشيوخ التي يكون الهدف منها هو الحفاظ على مال الأسرة إذا كان مصدر الشيوخ هو الميراث، لأنه كما سبق وقلنا بما أن الشيوخ هو حق ملكية تام، فكل ما يصلح ليكون سبب لكسب الملكية يصلح لأن يكون مصدرا للشيوخ، إلا أن أقوى هذه الأسباب وأكثرها قياما هو الميراث باعتبارنا مجتمع مسلم، والميراث أوجده الشارع الحكيم في كتاب الله عز وجل.

كما أنه ليس لأحد وفق ما سبق وبيناه في هذه الدراسة، أن يجبر الآخر على البقاء في الشيوخ، إذ يحق لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع وإنهاء علاقة الشيوخ، ولا يمنعه من ذلك سوى نص قانوني أو إتفاق كان قد أبرمه مع باقي الشركاء يتضمن البقاء في الشيوخ لفترة معينة.

لهذا يعرف المشرع الجزائري صورة أخرى من صور الشيوخ، وهي الشيوخ الإجباري وذلك في ملكية الأسرة التي يجب ألا تتجاوز مدتها 15 سنة كاملة قابلة للتجديد، وهذا تطبيق لنص المادة 739 من ق.م.ج. وكذلك الشيوخ الإجباري في الملكية المشتركة المتضمنة بنايات ذات طوابق متعددة، فيشترك أعضاؤها في بعض الأجزاء والأقسام التي تكون مملوكة بينهم على الشيوخ تطبيقا لنص المادة 745 من ق.م.ج.

ومادام الشيوخ الإجباري قائم في ملكية الأسرة، وضمانا لحقوق باقي الشركاء والأطراف التي أنشأت عقد ملكية الأسرة، لا يجوز لأي شريك طلب القسمة، ولا يحق له إخراج نصيبه من ملكية الأسرة إلا بموافقة باقي الشركاء وبعد إذن القاضي، إذا ما توفرت أسباب قوية لذلك، وهذا بهدف الحفاظ على مال الأسرة من التلف والضياع، وضمان إستغلاله والانتفاع به على الوجه الأكمل والأمتل الذي يعود بالفائدة على كل الشركاء، بما فيهم الولد القاصر الشريك معهم.

كما أنه وكما سبق ورأينا، لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تكون الملكية الشائعة في الأجزاء المشتركة محلا لدعوى القسمة بمعزل على الأجزاء الخاصة، إذ أن

الملكية المشتركة في البنائات لا يمكن أن تسمح لأي شريك بطلب إجراء القسمة، وهذا هو جوهر الخلاف بين الشيوع العادي والشيوع الإجباري في الملكية المشتركة.

هذا وما دام الشيوع قائما، وكان بين الشركاء من هو قاصر وضمان لحقه من الضياع، توجب إخضاعه إلى نظام الولاية على المال ويكون إما بإخضاعه لنظام الولاية الطبيعية، فينوب عنه أبوه، أو أمه في حال غياب الأب، أو جده في غياب الأم، وإما إخضاعه لنظام الوصاية فينوب عنه وصي أو قيم ممن عينهم القاضي باختيار من الأب أو الجد، أو عينه القاضي من تلقاء نفسه في حال تعذر الإختيار وعدم توفر الشروط في الوصي المختار.

كما تسري على الولد القاصر الذي يكون مالكا للمال على الشيوع أحكام النيابة الشرعية المقررة قانونا في كل أحكامها مادامت لا تتعارض وطبيعة الملكية الشائعة، كما تسري عليه كذلك النصوص الخاصة بالملكية الشائعة في حالة القسمة أو البيع مع ضرورة مراعاة الإجراءات الخاصة بهذا الشأن.

إذ تكون للولي أو الوصي، كافة الصلاحيات التي يقررها القانون على مال القاصر بالنسبة لنيابته عليه في الملكية الشائعة لأنها لا تتعارض مع أحكام الشيوع، فالولي بناء على ذلك له أن يباشر كافة التحفيزات والدعاوى لحماية مال القاصر في مواجهة باقي الشركاء، وإستئذان القاضي فيما يوجب الإذن، وتمثيل القاصر أمام القضاء، إضافة إلى القيام بكل الأعمال التي من شأنها الحفاظ على مال القاصر، من أعمال صيانة وحفظ وترميم وما إلى ذلك.

كما يخضع للحماية المقررة في المال الشائع، كل قاصر بغض النظر عن سنه، فيستوي في ذلك القاصر بسبب السن وهو الذي لم يبلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، والقاصر الراشد الذي أصابه عارض أو مانع ينقص أو يعدم أهليته، فيلحق بذلك القاصر بسبب السن في الحكم، ومنه في نظام الحماية المقررة قانونا.

وتعد من قبيل الحماية، الطرق والضمانات التي قررها القانون لحماية مال القاصر الشائع، إخضاع كل التصرفات التي يبرمها القاصر الشريك في الشيوع على مال الشائع إلى أحكام تصرفات القاصر الخاصة بالتصرفات النافعة، والتصرفات الضارة له، والتصرفات

الدائرة بين النفع والضرر، إذ تأخذ الحكم بحسب طبيعتها على النحو الذي بينها، فهي إما باطلة، أو قابلة للإبطال، أو متوقفة على إجازة الولي أو الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد القانوني، وذلك تحقيقاً لحماية أمثل لمال القاصر، باعتبار أن حماية مال القاصر من النظام العام لا يجوز مخالفته أو الإتفاق على مخالفته.

ويعد من الضمانات أيضاً، ومن صور الحماية، ضرورة إخضاع القسمة الإتفاقية التي تسري على المال الشائع باتفاق الشركاء إلى إجراءات خاصة أهمها الإذن القضائي والتصديق عليها من قبل قاضي شؤون الأسرة تحت طائلة البطلان، على اعتبار أنها إجراءات شرعت للقاصر وحده ولحمايته دون باقي الشركاء الراشدين، وبناءً عليه: من خلال هذه الدراسة نستخلص النتائج الآتية:

- إن نظام الملكية الشائعة هو نظام مؤقت آيل للزوال مهما طالت مدته، ولا يمكن إجبار أحد البقاء في الشيوع دون نص أو إتفاق على ذلك .

- يعرف المشرع الجزائري نظام الملكية الشائعة العادي، ونظام الملكية الشائعة الإجباري، من خلال تنظيمه لأحكام ملكية الأسرة، والملكية المشتركة في العقارات المبنية في شكل طوابق.

- الملكية الشائعة، تمنح للشريك كل سلطات حق الملكية، من إستعمال وإستغلال، وتصرف، ولا يحده في ذلك سوى مصلحة الشركاء وطبيعة الشيء محل الشيوع.

- يحق لكل شريك تضرر من تصرف أحد الشركاء ممارسة الحقوق التي منحها له القانون من طعن أو معارضة، أو دعاوى أو رخص على النحو الذي مر علينا في هذه الدراسة.

- لما كانت التصرفات الواردة على المال الشائع، تتطلب أهلية التصرف والتبرع، توجب إخضاع القاصر الشريك في الشيوع إلى أحكام الولاية والوصاية والقوامة المقررة قانوناً على مال القاصر.

- ينوب الولي أو الوصي، أو من هم في حكمه على القاصر، نيابة شرعية وقانونية في كل الأعمال التي ترد على مال القاصر.

- خضوع الولاية والوصاية والقوامة رقابة قاضي شؤون الأسرة، الذي تقع في دائرة إختصاصه مكان ممارسة الولاية أو الوصاية أو القوامة، وله في ذلك أن يتخذ كافة الوسائل والإجراءات القانونية للحفاظ على مال القاصر الشريك في الشبوع.

- ضرورة أن تكون القسمة التي تنهي علاقة الشبوع في ظل وجود القاصر، أمام القضاء إذا كان مصدر الشبوع الميراث، وتخضع للأذن ومراقبة و مصادقة قاضي شؤون الأسرة في حال كان مصدر الشبوع سبب آخر غير الميراث.

- ضرورة بيع أموال القاصر في المزاد العلني مهما كانت قيمتها، وذلك أمام الجمهور الواسع، وعدم إقتصار ذلك على الشركاء فقط لتحقيق أكبر ثمن ممكن، ولهذا نسجل التوصيات والملاحظات التالية:

- ضرورة إدراج نظام قانوني خاص، لحماية مال القاصر في الشبوع، وذلك بسن قانون خاص بالولاية على المال على شاكلة ماهو موجود في القانون المصري.

- جمع النصوص القانونية التي تحمي مال القاصر في قانون موحد، إذ نجدها مبعثرة بين القانون المدني الجزائري، وقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية مما ينقص في الضمان والحماية المقررة للقاصر في هذا المجال، ويجعل أحكام القاضي متناقضة ومتباينة، وذلك لإرتباكه نظرا لتبعثر وتناثر النصوص القانونية بين عدة قوانين.

- ضرورة تعديل قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري وحتى قانون الإجراءات المدنية، بما يضمن حماية أكبر وأمثل للقاصر، إذ نجد النصوص المتوفرة في هذا الإطار رغم قلتها وشحها، متناقضة وغامضة وقاصرة وغير قادرة على توفير الحماية في كثير من الأحيان، ونذكر في ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

- تعديل المادة 740 من ق.م.ج. التي تجيز الحجز على ملكية الأسرة مما ينقص من الضمان ويذهب الحماية خاصة إذا كان بين الشركاء ولد قاصر، أو النص بالموازات مع ذلك صراحة على حق الشركاء في ممارسة رخصة الشقة وحق الإسترداد درءا لعملية الحجز على ملكية الأسرة.

- ضرورة تعديل المادة 723 من ق.م.ج، والنص صراحة على الإجراءات الواجب إتباعها في حال طلب القسمة لما يكون هناك قاصر بين الشركاء إذ أن النص غامض لا يعطي أي حل للدارس والممارس.

- ضرورة تعديل المادة 88 من ق.أ.ج. فيما يتعلق بالقسمة الخاضعة للإذن القضائي، هل هي القسمة الرضائية أم القضائية؟. وهو ما يتعارض مع المادة 181 من ق.أ.ج، التي تنص على ضرورة القسمة القضائية في التركات، مما يفهم بجواز القسمة الرضائية في غير التركات، وهو ما يطرح إشكالا عند تطبيق المادة 88 من ق.أ.ج، لأنه كيف يشترط الإذن المسبق في القسمة ثم تجرى أمام القضاء؟، إذن فما الحكمة من الإذن المسبق المطلوب هنا؟.

- تعديل المادة 728 من ق.م.ج. لجعلها تتوافق والمادة 89 من ق.أ.ج. التي تنص على ضرورة بيع مال القاصر بالمزاد العلني، في حين عند تطبيق المادة 728 من ق.م.ج. تذهب الحكمة من المزاد العلني، إذ تنص على إمكانية قصره على الشركاء فقط مما ينقص من الضمان المقرر للقاصر.

- أفراد قسم خاص في القانون المدني بالحالة التي يكون فيها قاصر بين الشركاء، والنص على كل الضمانات والحقوق والإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة، مما يسهل المهمة للدارس والممارس

لهذا نقول أن القواعد والوسائل التي أقرها المشرع الجزائري لحماية مال القاصر على الشبوع ضرورية لكنها غير كافية.

قائمة المراجع

- 1-د/ محمد السعيد رشدي شاهين، طبيعة الملكية في الإسلام والنظم الوضعية، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثاني، السنة 66، جانفي وفيفري 1982.
- 2-د/ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2000.
- 3-ق.م.ج.
- 4-د/ مازن مصباح صباح، إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، فلسطين 2009.
- 5-يوسف ماجري، الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العقاري والزراعي، جامعة سعد دحلب، البليدة 2009.
- 6-د/ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون طبعة، سنة 1998.
- 7-محمد عزمي البكري، موسوعة الفكر والقضاء في القانون المدني وحق الملكية، المجلد الخامس عشر، دار محمود للنشر والتوزيع، دون معلومات أخرى.
- 8-د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2004.
- 9-د/ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، دون بلد، دون طبعة، سنة 1978.
- 10-د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، دون دار و بلد النشر، دون طبعة، سنة 2004.
- 11-أ / علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة وسنة النشر.
- 12-ديلمي حورية، القسم العقارية، اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية، يوم 27 أبريل 2004، المركز الجامعي سوق أهراس.
- 13-د/ عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة وسنة النشر.
- 14-م/ أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2004.

- 15- د/ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2003.
- 16- د/ حسن كيرة ، الوجيز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 1994.
- 17- ق.الاسرة.ج
- 18- رلى صفير، الملكية الشائعة، إستغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها، مجلة الجيش اللبناني، عدد 206، أوت 2002، ص 1. متوفر في الموقع الإلكتروني: www.arablawinfo.com
- 19- أ/ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2003.
- 20- المجلة القضائية، لسنة 1997، العدد الثاني.
- 21- د/ عبد الرحمن محمد علي، نظام الملكية الشائعة في القانون المصري، الملتقى المغاربي حول العقار، جامعة سعد دحلب -البليدة، يومي 25-26 أبريل 2007.
- 22- المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني.
- 23- المجلة القضائية لسنة 1995، العدد الثاني.
- 24- المجلة القضائية، لسنة 1994، العدد الثاني.
- 25- المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد الثالث.
- 26- أ/ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2004.
- 27- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21، الصادرة بتاريخ 08 ماي 1991.
- 28- مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، مناقشة بتاريخ 15/3/2006.
- 29- د/ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، سنة 2001.
- 30- د/محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2002.
- 31- كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 01- 2001.
- 32- د/ رشيد بن شويخ، الثابت والمتغير في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب-البليدة، 2003.

- 33- محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، جامعة مؤتة الأردن، بحث منشور في 11 نوفمبر 1994. على الموقع www.Arablawinfo.com.
- 34- د/ نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2001.
- 35- د/ علي رمضان محمد أوزبيدة، النظرية العامة للأهلية، منشأة المعارف، طرابلس، الطبعة الأولى، سنة 1984.
- 36- د/ علي فيلاي، المسؤولية المدنية للطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد الأول 2000-01.
- 37- الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفقه العربي، دون معلومات أخرى.
- 38- د/ محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2002.
- 39- د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة وسنة النشر.
- 40- د/ مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل للعلوم القانونية ونظرية الحق، دار النجاح، الجزائر، دون طبعة، سنة 2000.
- 41- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الإلتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد، الإرادة المنفردة، مطبعة السلام، دون بلد، الطبعة الرابعة، سنة 1997.
- 42- د/ عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، دون بلد، دون طبعة، سنة 2006.
- 43- د/ محمد الصغير بعلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون نظرية الحق، دارالعلوم، الجزائر، دون طبعة، سنة 2006.
- 44- د/ نبيل إبراهيم سعد- د/ محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون- القاعدة القانونية- نظرية الحق، منشورات الحلبي، دون معلومات أخرى.
- 45- أ/ محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، ستمبر 2004.
- 46- د/ عبد الفتاح تقيّة، نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد الأول، سنة 2008.
- 47- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1997.

- 48- م/ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، دون معلومات أخرى.
- 49- المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد الأول.
- 50- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2004.
- 51- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، مناقشة في 12 جوان 2006.
- 52- الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، دون بلد النشر، دون طبعة، سنة 1996.
- 53- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.
- 54- د/ جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، دون طبعة وسنة النشر.
- 55- dr/ ghaouti ben melha , le droit Algérienne de la famille , OPU
- 56- مقفولجي عبد العزيز، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2003.
- 57- د/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السابعة، سنة 1997.
- 58- د/ حمدي كمال، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2003.
- 59- المجلة القضائية لسنة 1995، العدد الأول.
- 60- المجلة القضائية لسنة 1995، العدد الثالث.
- 61- ق.ع.ج
- 62- د/ محمد حسين منصور، الحقوق الصينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، دار الجامعة الجديدة، دون بلد وطبعة، سنة 2003.
- 63- عقوني محمد، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري و الزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2009.
- 64- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 1998.
- 65- المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الأول.
- 66- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2000.

- 67- / عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2005.
- 68- المجلة القضائية لسنة 2004، الجزء الأول.
- 69- م/ أنور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني، حق الملكية بوجه عام، الشيوخ والقسمة، الجزء الرابع، دار العدالة، دون معلومات أخرى.
- 70- د/ العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، سنة 2000.
- 71- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني.
- 72- نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982.
- 73- / حياة كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري والزراعي، بجامعة سعد دحلب البليدة، جوان 2005.
- 74- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني.
- 75- المجلة القضائية لسنة 2000، العدد الأول.
- 76- المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول.
- 77- المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الأول.
- 78- المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الأول.
- 79- أ/ محمد صخر بعث، قسمة المال الشائع قضاء ورضاء في القانون السوري، منشور على شبكة الأنترنت في الموقع: www.arablawinfo.com
- 80- أسماء بلعوج، البيع عن طريق محافظ البيع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة سعد دحلب البليدة، أبريل 2007.
- 81- بلخير سعيد، بلخير نصيرة ليلي، التركة، القسمة، بيع العقار مشاع، زكريا للمنشورات القانونية، الطبعة الأولى، سنة 1992.