القسمــــة الاتفاقية لأموال ناقص الأهليـة و الغائـب دراسة تحليلية على ضوء التشريع الجزائري و المقارن

رحابي عبد المجيد

طالب دكتوراه

جامعة الحاج لخضر – باتنة –

ملخص :

إن القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة تطرح إشكالات عديدة عندما يكون بين الشركاء من هو ناقص أهلية أو عديمها أو عندما يكون أحدهم غائبا ، و هوما يعيق إجراء هاته العملية و يؤدي إلى تعطيل الانتفاع و يمس بحقوق باقي الشركاء .

لقد نصت كافة التشريعات و التقنينات المدنية العربية و الأجنبية على أحكام من شانها تفادي هذا الانسداد و تسهيل إتمام القسمة ، كما لعب الاجتهاد القضائي و الفقه القانوني في الأنظمة المقارنة دورا بارزا في إدخال تعديلات على التشريع لأجل ضمان الموازنة بين مراعاة حقوق ناقص الأهلية والغائبين

وحماية مصالحهم و بين مقتضيات عدم تعطيل الوظيفة الاقتصادية للملكية و عدم المساس بحق الشركاء في طلب القسمة .

الكلمات المفتاحية :

القسمة ، القسمة الاتفاقية ، الأهلية ، عديم الأهلية ، الغائب .

Résumé

Le partage amiable de la propriété indivise provoque de nombreuses difficultés lorsqu'il existe Parmi les associés une personne incapable ou n'ayant pas capacités ou lorsqu'elle est absente ;

Ce qui fait obstacle a cette opération et provoque le retard de jouissance et porte atteinte aux Droits des autres indivisaires.

Toute les législations et techniques civiles arabes et étrangères prévoient des dispositions ,en Vue d'éviter cet obstacle et faciliter l'accomplissement du partage, la jurisprudence et le Fiq'h (sources de droit) dans les systèmes comparaient a joué un cote constant en introduisant des amendements par rapport a la législation , pour garantir l'équilibre entre le considération des droits des incapables et des défaillants(Absents) , et la protection de leurs intérêts et les dispositions , afin de ne pas provoquer le retard de la fonction économique dela propriété et le défaut d'atteinte aux droits des associés , relativement a la demande en partage (Droit au partage) .

مقدمــــة

أن القسمة القضائية تتضمن العديد من العيوب فبالإضافة إلى تعقيد الإجراءات القضائية و المدة الطويلة اللازمة لاستكمالها ، فإنها تتطلب مصاريف معتبرة من شانها الإنقاص من قيمة المال المراد قسمته ، كما أنها تؤدي إلى تفتيت الملكية العقارية أو بيعها لأجنبي و من شان القرعة التي يتم إجراؤها بموجبها أن تؤدي إلى نتائج غير منطقية فهي قد تمنح من يمتهن الفلاحة من بين المتقاسمين المحل التجاري و تمنح من يمتهن التجارة منهم المستثمرة الفلاحية ، في حين أن القسمة الاتفاقية من شانها تفادي كل هذه العيوب و التناقضات من خلال تراضي الأطراف و توافقهم و إعطاء كل شريك حصة تتناسب مع مؤهلاته لقد نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري على انه : يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية

و جبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون لقد استلهم المشرع الجزائري نص هاته المادة من القانون المدني المصري وتقابلها فيه المادة 835 منه و هما متطابقتان تماما .

و مقتضى هذه النصوص انه إذا تم التوافق على إجراء القسمة ، و لم يكن بين الشركاء ناقص أهلية ، فلهم أن يتفقوا على الطريقة التي يرونها مناسبة لإتمام القسمة ، و التي تعد عقدا تسري عليه الأحكام

المتعلقة بالعقود ، و الإشكال الذي يطرح هو في حالة وجود ناقص أهلية بين الشركاء أو غياب احدهم أو تخلفه فما هي الحلول التي يتوجب اتخاذها و هل هي كافية لتفادي حالات الانسداد و لإجراء قسمة اتفاقية دون لزوم اللجوء إلى القسمة القضائية ، أن تحليل هذه الإشكالية على ضوء التشريع الجزائري لتقرير مدى إحاطته و كفاية أحكامه يقتضي منا إجراء تحليل هذه الإشكاليات على ضوء القانون المقارن المتمثل أساسا في التشريعين المصري والفرنسي باعتبارهما كانا موضع استلهام من المشرع الجزائري عند صياغته للقانون المدني ، و قد حاولنا اعتماد طريقة التحليل المقارن و قسمنا الدراسة إلى ثلاثة محاور استعرضنا فيها تباعا أحكام التشريعين المصري و الفرنسي المتعلقة بأهلية المتقاسمين اللازمة لإجراء قسمة اتفاقية لنتعرض بعدها إلى موقف المشرع الجزائري و نخلص في الأخير إلى تقييم فاعلية تشريعنا الوطني ضمن النتائج و التوصيات.

أولا : الأحكام المتعلقة بأهلية المتقاسم في التشريع المصري

إذا كان بين الشركاء من هو عديم الأهلية أو ناقصها أو كان بينهم غائب ، فإن ذلك لا يمنع من حصول الاتفاق على القسمة ، كل ما في الأمر أنه يجب إحاطة هذا الاتفاق بضمانات تكفل حقوق القاصر أو الغائب[1] .

[1] - حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، مصر ، منشأة المعارف ،الطبعة الثالثة ،1994 ، ص 202 .

نصت المادة 835 (ق . م . م) على أنه إذا كان بين الشركاء من هو ناقص أهلية فانه يتوجب إتباع الإجراءات التي نص عليها القانون ، و المقصود بذلك هو الإجراءات التي نص عليها قانون الولاية على المال[1].

و قد نصت المادة 40 من قانون الولاية على المال على انه :"على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة و الإجراءات الواجبة الإتباع .

و على الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة لتثبت من عدالتها ، و للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

نصت المادة 89 من نفس القانون على انه : " يسري في شأن قسمة مال الغائب و المحجوز عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصر من أحكام ،"يتبين من النصوص السالفة الذكر أن إجراء القسمة اعتبر أمرا له خطره ، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة وألحق بالتصرفات ، و من ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل على الغائب ، بل يجب على بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن المحكمة كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف[2] .

أما بالنسبة للولي ، فان كان أبا فله إجراء القسمة بدون الرجوع إلى المحكمة إذا لم يوردا القانون قيودا عليه فيها ، أما الجد ، فان اعتبرت القسم من أعمال التصرف ، و هذا هو الراجح ، فيلزم استئذان المحكمة وفقا للمادة 15 من قانون الولاية على المال[1].

و قد قررت محكمة النقض المصرية أن النص في المادة 835 من القانون المدني و المادتين 04 و 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال ، يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة ، على أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر دون حاجة لإستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة[4] .

كما قررت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 190 لسنة 29 قضائية جلسة 1964/01/23 أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه و على أن تصدق هذه

---

[1] - مصطفى محمد الجمال ،نظام الملكية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، (د.ت) ، ، ص 170 .

[2] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج 8 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3 ، الجديدة ،2009 ، ص 897 .

[3] - أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج 3 ،مصر ، (د.ن) ، 1993 ، ص 105.

[4] - نقص مدني مصري 1985/11/06 طعن 702 سنة 51 قضائية نقلا عن أنور طلبة ، المرجع نفسه ، ص 107 .

الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية ، و إذا كان لبطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر و من حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فان هدا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان و إجازة القسمة الحاملة بغير إتباع هذه الإجراءات [1].

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

و يترتب على الحجر القانوني تعيين قيم للإدارة ، و المحكوم عليه هو من يعين القيم على أن تقره المحكمة المدنية ، فإذا لم يعينه المحكوم عليه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ، و قد رأى المشرع جعل كل ما يتعلق بالقوامة من اختصاص المحكمة الأهلية (المدنية) و راعى في ذلك أن قاضي الأحوال الشخصية قد يأبى الإقرار على حجر لم يحكم هو به ، كما يأبى الإقرار على قيم لم يقمه[1] .

أما فيما يتعلق بأثر هذا الحرمان على أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، فهو يعتبر عديم الأهلية فيما يختص بأعمال الإدارة، و حيث يثبت هدا الاختصاص للقيم عليه ، أما سلطة التصرف في أمواله ، فتبقي له شخصيا و لكن بشرط ا لحصول على إذن المحكمة المدنية المختصة[3] .

ثانيا : الأحكام المتعلقة بأهلية المتقاسم في التشريع الفرنسي

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

[1] - معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، ج 2، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1987 ، ص 1594 .

[2] - جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج 5 ، (د .ن) ، 2010 ، ص 138 – 139 .

[3] - رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، (د. ت) ، ص 213 .

و بموجب هذه الإصلاحات فان عدم أهلية أحد الورثة لم تعد عائقا لإجراء قسمة اتفاقية ، كما تم تعميم و تمديد هذه الحلول ،

حتى بالنسبة للغائب بموجب قانون 1977/12/28 ، المعدل و المتمم للقانون المدني الفرنسي و في العموم فان الأمر يخضع لقيدين ، في البداية يتوجب الحصول إلى الإذن إما من احد الأبوين و قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية البسيطة ، و أما من قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية تحت الرقابة القضائية و كذلك الغياب ، و إما من طرف مجلس العائلة في حالة الوصاية ، و بعد الحصول على الإذن يتعين الحصول على التصديق (Homologation) على بيان تصفية الموجودات L'etat (liquidatif) من طرف المحكمة الإستئنافية[1].

لقد عرفت مسالة أهلية المتقاسمين عدة تعديلات تشريعية كان هدفها الأساسي هو تبسيط و إعطاء مرونة للقواعد الإجرائية للتشجيع على إجراء القسمة الودية ، وقد سهل قانون 2006/06/23معدل و المتمم للقانون المدني الفرنسي الإجراءات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لنظام حماية و كذلك الغائبين و قد أضاف هدا القانون أحكام مستحدثة و جديدة خاصة بالشريك المتقاسم المتخلف أو المتقاعس (Copartageant défaillant) و هو ما يتفرد به التشريع الفرنسي عن باقي التشريعات المقارنة .

و فيما يتعلق بالشريك ناقص الأهلية فان الوضع يختلف بحسب نظام الحماية [2]: إذا كان الشريك بالغ تحت الوصاية فان القسمة الودية يتم طلبها .

من الوصي و الذي يتعين عليه الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة إذا تم تشكيله أو من قاضي الوصاية ، و بعد ذلك تخضع القسمة للموافقة بالنظر الى بيان تصفية الموجودات حسب ما تنص عليه المادة 507 (ق . م . ف) ، في حين أنه سابقا كان يتوجب التصديق Homologation من طرف المحكمة.

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

---

[1]- Terré Fiançais et Lequette Yves et Gaudemet sophie,Droit civil ,les successions les libéralités 4 ed , D. PARIS ,2013 p , 971

[2] - Grimaldi michel ,Droit des successions ,7e éd, ,lexis nexis , paris , 2017 , P 727

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

و إن كان الشريك القاصر موضوع تحت الوصاية فان الوصي يتوجب عليه الحصول على الإذن المسبق أما من مجلس العائلة أو قاضي الوصاية ، و بعدها يتوجب أن تخضع القسمة للموافقة سواء من مجلس العائلة ، و في حالة عدم وجوده من قاضي الوصاية .

أما إذا كان الشريك خاضعا لأحكام الوكالة المستقبلية ، فانه يجوز للوكيل القيام بإجراء قسمة ودية نيابة عنه من دون لزوم أي إذن و ذلك بشرط أن تكون الوكالة موثقة حسب نص المادة 490 (ق . م . ف) .

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

أما فيما يتعلق بالشريك الغائب (المقدرة غيبته Présumé absent) و الذي تحقق قاضي الوصاية من قرينة غيبته فان ممثلة يمكنه الحصول على إذن قاضي الوصاية لأجل إتمام اجراءات القسمة الودية و يخضع لنفس الشروط المتعلقة بالوصي على القاصر حسب نص المادة 116 (ق.م.ف)[1] .

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

و لعل أهم ما جاء به تعديل سنة 2006 بخصوص القسمة الودية و جعل التشريع الفرنسي متميزا هو تلك الأحكام المتعلقة بالشريك المتخلف أو المتقاعس (Copartageant défaillant) و ذلك عندما يعطل الشريك إجراء القسمة ليس بمعارضته لبقية الشركاء ، و إنما بسكوته و عدم الجواب على الاقتراحات المقدمة له من طرف بقية المتقاسمين ، فقبل التعديل كان يتوجب اللجوء إلى القسمة . القضائية رغم انعدام منازعة قضائية حقيقية ، و قد أعطى قانون 2006/06/23 حلا مناسبا لهذه الوضعية جعل من القسمة الودية ممكنة ، وإن ذلك يستلزم حسب نص المادة 837 .

(ق.م.ف) إنذار المالك في الشيوع المتخلف لأجل الحضور أو تكليف من يمثله لحضور القسمة ، و يتوجب أن يتم الإنذار بعقد غير قضائي ، و في حال تخلفه عن تكليف وكيل ليمثله بعد ثلاثة (03)

[1] - Voirin pierre et Gourbeaux gilles ,Droit civil ,T 2, régimes matrimoniaux successions – liberalités, 25e éd , L.G.D.J , Lextenso -éd , p 263

أشهر من إنذاره ، فانه يجوز لأحد الشركاء في الشيوع تقديم طلب لرئيس المحكمة الاستئنافية لاجل تعيين شخص مؤهل لتمثيل الشريك المتقاعس إلى غاية إتمام عملية القسمة ، و يتم تعيينه بموجب أمر على عريضة وفقا للمادة 1379 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، و يتعين على ممثل الشريك المتقاعس بعد إعداد مشر وع القسمة أن يلتمس من القاضي الذي عينه الإذن له لأجل إتمام عقد القسمة حسب مقتضيات المادة 1358 من قانون الإجراءات المدنية[1] .

و قد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه : بالرغم من هذه المتطلبات و الشروط ، فان القسمة تبقى اتفاقية و لا تخضع لقواعد القسمة القضائية سواء من حيث الشكل أو الموضوع[2] .

ثالثا : موقف المشرع الجزائري :

نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري على انه بإمكان الشركاء اقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، و في حال وجود ناقص أهلية بينهم فانه يتوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون، و القانون المتوجب مراعاة أحكامه هو القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم ، و بالرجوع إلى أحكام هذا القانون فيما يتعلق بأحكام قسمة أموال ناقص الأهلية و الغائب

و السلطات الممنوحة للولي و الوصي بخصوصها فإننا نجد المادة 88 منه تنص على :

"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

بيع العقار ، و قسمته ، و رهنه ، و إجراء المصالحة ... " كما نصت المادتين 95 و 100 من نفس القانون على أن للوصي و المقدم نفس السلطات الممنوحة للولي ، و هنا يبرز وجه الاختلاف بين التشريع الجزائري و التشريعين المقارنين المصري و الفرنسي و اللذين يعفيان الولي من إجراءات الحصول على الإذن ،و يكون الأب هو الولي على أولاده القصر ، و بعد وفاته تحل الأم محله ، و في حالة الطلاق ن يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ، و الملاحظ أن المادة 87 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة أتت بحكم لم نجد له أصلا في فقه الشريعة و هو أن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة ، فربط القانون الولاية بالحضانة ، بما مؤداه ان طلاق الزوجة و إسناد حضانة ولدها لها فيه إسقاط لولاية الأب لوالده نتيجة استعماله حقا مشروعا هو إبقاء الطلاق الذي توافرت مبرراته ، والغريب في الأمر أن لفظ الولاية جاء عاما ليشمل الولاية على النفس و كذلك على المال[3] .

---

[1]- Sauvage François ,Successions , 21e éd , Delmas , paris , 2007, p 239

[2]- Civ. 1re , 09/07/1974 , Bull . Civ . I , D. 1975 , N° 220

[3] - احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2009 ، ص 176

و قد قررت المحكمة العليا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي

و انه من المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما

و من ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون ، و لما كان الثابت ، في قضية الحال ، أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر ، و في رفع الدعوى ، و ان قضاة المجلس بتأييد هم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون [1].

غير أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية الحصول على هذا الإذن و لم يحدد إجراءاته فيرى البعض انه إذا حاولنا إعطاء تفسير للنص تستخلص أنه على الولي أو الوصي أو القيم أن يتقدم بطلب إذن من رئيس القسم المختص ، و بعد أن يتأكد من أن القسمة فيها مصلحة لنا قص الأهلية ، يأذن له بإجراء القسمة بواسطة خبير عقاري مختص ، و بعد إنجاز مشروع القسمة يتم عرضه مرة ثانية على رئيس القسم المختص ليطلع و يصادق عليه إذا رأى انه عادل ، أما إذا يتبين له أن هناك إجحاف في حق ناقص الأهلية فيأمر بأن تتم القسمة قضائيا[2] . في حين أن البعض الآخر يرى أنه و اعتبارا لكون قانون الأسرة لم يوضح شكل الإذن ، و هل يتم اللجوء إلى رئيس المحكمة في إطار السلطة الولائية لأجل استصدار إذن بسيط ، أم انه يجب عرض الأمر على قاضي الأحوال الشخصية ليصدر بذلك حكما قضائيا و هو ما يعني إخضاع الأمر لنظام الجلسات فان النظام الثاني هو الأرجح لأن القسمة عادة ما تستوجب تقديم مشروع قسمة ، و قد يحتاج ذلك الى مخططات و عمل فني قد لا يتمكن رئيس المحكمة لوحده من التأكد منه حفاظا على حقوق القصر ، و بالتالي لابد من تعيين خبير للإحاطة بمبررات المعاملة و تقييم الحصص ، ثم يتم الترجيع وتمكين الأطراف من إبداء ملاحظاتهم ثم يصدر حكما في النهاية يحوز قوة الشيء المقضي فيه يثبت القسمة[3] .

و قد نص المشرع في الفصل العاشر المتعلق بقسمة التركات صراحة ضمن المادة 181 من قانون الأسرة على انه : "في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء و قد قررت المحكمة العليا أنه في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون القسمة بين الورثة عن طريق القضاء ، و يعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة . و لما كان الثابت ، في قضية الحال ، أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة .

---

[1] - قرار غرفة الاحوال الشخصية مؤرخ في 1988/12/19 ، ملف رقم 512/82 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 1991 ، ص 63

[2] - راشدي عائشة ، قسمة المال الشائع ، مذكرة نهاية التكوين التخصصي ، فرع قانون عقاري ، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2001 ، ص 14 .

[3] - علاوة بوتغرار ، التصرف في أموال القصر ، مقال منشور بمجلة الموثق ، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد 3، جوان 1998 ، ص 17

الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية ، فانه يتعين بذلك نقض و إبطال القرار لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر ، و لم يحترم المطعون فيه[1] .

و يرى البعض أنه إستنادا لهذا النص ، و نظرا لغموض إجراءات الحصول على الإذن بالقسمة ، و اختلاف المحاكم في تطبيقها ، فان الراجح أن تكون القسمة قضائية عن طريق دعوى أمام قاضي الموضوع المختص[2].

و حسب رأيي فان المشرع الجزائري قد حاول التمييز بين قسمة الملكيات الشائعة بسبب الميراث أو ما يعرف بقسمة التركات ، و قسمة الملكيات الشائعة لأسباب أخرى غير الميراث و التي يكون احد الشركاء فيها قاصرا و يخضع في هذه الحالة لأحكام الولاية على المال ، غير أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في تفصيل هذه المسالة على عكس باقي التشريعات المقارنة .

و كما لاحظنا فان التشريعات المقارنة قد خصصت لمثل هذا الموضوع نصوصا أكثر اتساعا و تفصيلا ، فالمشرع المصري وضع قانونا كاملا سماه " قانون الولاية على المال " في حين خصص القانون المدني الفرنسي للولاية مواد كثيرة نظم فيها ضوابط عمل الولي و كيفيات إشراف ورقابة القاضي على أعماله ، ناهيك عن أن النظام الفرنسي يعرف ما يسمى بقاضي الولاية أو الوصاية " Juge des tutelles" و هو ما يعبر عن الأهمية التي أعطاها لهدا الموضوع [3] .

و قد ورد في المنشور الحامل للرقم 20 المؤرخ في 1985/10/19 الصادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل بخصوص تفسير المادة 181 فقرة 2 من قانون الأسرة أن قسمة تصفية تركة يوجد بين ورثتها قاصر لا تكون إلا عن طريق القضاء ، و لو في حالة الموافقة الجماعية للورثة [4]، و مرد ذلك حسب رأيي انه في قسمة التركات كثيرا ما يوجد تضارب و تعارض المصالح بين القاصر و بين وليه أو الوصي عليه باعتبار أنهم يكونون في الغالب شركاء معه في الشيوع ، اما فيما يتعلق بالغائب و الذي يأخذ حكم المفقود بعد مرور سنة على غيابه في حال تسبب غيابه بضرر للغير ، فان القاضي عندما يصدر حكما باعتبار الغائب مفقودا يتوجب عليه حصر امواله و تعيين مقدم لتسيير شؤونه ، و ما دام ان المقدم ياخد نفس الاحكام المتعلقة بالوصي فانه يتوجب على المقدم الحصول على إذن المحكمة لأجل القيام بقسمة أموال الغائب .

أما بالنسبة للمحجور عليه قانونا لصدور حكم جنائي ضده ، فإن المادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائري نصت في فقرتها الثانية على أن تتم إدارة أموال المحكوم عليه طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي و هوما يعني تطبيق النصوص المتعلقة بالحجر في قانون الأسرة .

---

[1] - قرار غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 22 /1992/12 ، ملف رقم 84551 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1995 ، ص 117

[2] - راشدي عائشة ، المرجع السابق ، ص 15 .

[3] - علاوة بوتغرار ، المرجع السابق ، ص 16 .

[4] - انظر نشرة الموثق ، نشرة داخلية تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق ، العدد 1 ، 2000 ، ص 62 .

و قد قررت المحكمة العليا أن المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية ، و لما كان من الثابت أن الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية ، فان قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية الى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذه للعقوبة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون[1] .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري يختلف في هذه النقطة مع المشرع المصري بخصوص الجهة المنوط بها تطبيق النصوص المتعلقة بالحجر ، بحيث اعطى المشرع الجزائري الاختصاص للقاضي الأصيل للفصل في مسائل الأهلية و الولاية و هو قاضي شؤون الأسرة ، و أرى بان هذا المنهج هو الأقرب و الأسلم من حيث الفاعلية و التطبيق

النتائج و التوصيات :

على ضوء ما سبق بيانه فقد خلصنا إلى بعض النتائج و التوصيات التي نراها ضرورية لجعل تشريعنا الوطني أكثر فاعلية ووضوحا :

1-لقد تضمن التشريعين المصري و الفرنسي أحكام واضحة بينت كيفية الحصول على الإذن القضائي و إجراءات الرقابة السابقة و اللاحقة لضمان رقابة القضاء و التي تهدف لحماية مصلحة المتقاسمين ناقصي الأهلية و الغائبين عند إجراء القسمة الاتفاقية ، في حين أن قانون الأسرة الجزائري لم يبين هذه

الإجراءات بوضوح وهو ما أدى إلى تضارب في الآراء و في الممارسة العملية بخصوص إمكانية إجراء القسمة الاتفاقية في حالة وجود قصر أو غائبين ، و ذلك بالنظر إلى التعارض بين أحكام المادة 88 من قانون الأسرة التي توجب الحصول على الإذن في حالة قسمة عقار القاصر ، و بين المادة 181 التي توجب اللجوء إلى القسمة القضائية في حالة وجود قاصر بين الورثة .

2-يتضح أن المشرع الفرنسي عبر تعديلات متتابعة للقانون قد أعطى حلولا عديدة تشجع على إجراء القسمة الاتفاقية في حال وجود قصر أو غائبين بين الشركاء في الشيوع ، بالإضافة إلى تفرده بمعالجة مسألة الشريك المتخلف أو المتقاعس و هي الحالة الموجودة في الواقع العملي بكثرة و تعيق إتمام القسمة بالاتفاق ، و مرد ذلك أن المشرع الفرنسي يرغب بقدر الإمكان في تفادي القسمة القضائية لتعقيد و طول مدة إجراءاتها .

3-إن الأب بصفته الولي لديه كامل السلطة في التشريعين المصري و الفرنسي لأجل التصرف باسم أبنائه

[1] - قرار الغرفة المدنية مؤرخ في 1986/06/29 ، ملف رقم 43476 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1993 ، ص 14

القصر ، و لا يتوجب عليه الحصول على إذن قضائي لإجراء قسمة اتفاقية بخصوص الأموال العقارية أو

المنقولة لأبنائه ، في حين أن المشرع الجزائري قد سوى بين الولي و الوصي و المقدم و إشترط ضرورة حصولهم على الإذن في قسمة عقار القاصر و هذا يتعارض مع النصوص الأخرى التي جعلته و ليا شرعيا في الدرجة الأولى .

4- إن هذا النقص و الغموض يوجب على المشرع الجزائري التدخل للأجل تدارك النقائص – أسوة بباقي

التشريعات المقارنة – وذلك بإيجاد نصوص واضحة متعلقة بمسألة الإذن ورقابة القضاء على إجراءات

القسمة الاتفاقية و هو ما يشجع على إتمامها بالتراضي ، كما أنه و من منظور أوسع فإن الحاجة تبدوا ماسة

لأجل إثراء قانوننا الوطني بنصوص واضحة تتعلق بمسألة الولاية على المال .

قائمـــة المراجــــع

باللـــغة العربـــــية :

أولا : الكـــتــــــب

1– احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2009 ، ص 176

2– أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج 3 ،مصر ، (د.ن) ، 1993 ، ص 105.

3– جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج 5 ، (د .ن) ، 2010 ، ص 138 – 139 .

4– حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، مصر ، منشأة المعارف ،الطبعة الثالثة ،1994 ، ص

5– رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، (د. ت) ، ص 213 .

6– عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج 8 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3 ، الجديدة ،2009 ، ص 897.

7– مصطفى محمد الجمال ،نظام الملكية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، (د.ت) ، ، ص 170 .

8- معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، ج 2، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1987 ، ص 1594

ثانيا : المجـــالات

1- المجلة القضائية ، العدد 2 سنة 1991 .

2- المجلة القضائية ، العدد 1 سنة 1993.

3- المجلة القضائية ، العدد 1 سنة 1995.

4- نشرة الموثق ، نشرة داخلية تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق ، العدد 1 سنة 200 .

ثالــثا : المــقالات

1- علاوة بوتغرار ، التصرف في أموال القصر ، مقال منشور في مجلة الموثق ، دورية متخصص تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، العدد 3 . جوان 1998 .

رابعــا : المذكـــرات

1- راشدي عائشة ، قسمة المال الشائع ، مذكرة نهاية التكوين التخصصي ، فرع قانون عقاري ، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2001 .

- **باللــغة الفرنــسية**

- 1- Terré Fiançais et Lequette Yves et Gaudemet sophie,Droit civil ,les successions leslibéralités , D. PARIS ,2013 4 ed .

2- Grimaldi michel ,Droit des successions ,7e éd, ,lexis nexis , paris , 2017 ,

3- Voirin pierre et Gourbeaux gilles ,Droit civil ,T 2, régimes matrimoni successions -3 libéralités, 25e éd , L.G.D.J , Lextenso -éd

4- Sauvage François, Successions , 21e éd , Delmas , paris , 2007

.