الحماية القانونية لأمــوال القصـر و عديمي الأهلية و الغائب في القسمة الإتفاقية

Legal protection for funds of the completely or partially incapable and the absent in the conventional sharing

العربي فريدة *[1]،

جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر ، faridalarbi0602@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/08/15، **تاريخ القبول:** 2021/10/21، **تاريخ النشر:** 2021/12/22

ملخص: إن القسمة الإتفاقية للملكية الشائعة تطرح إشكالات عديدة عندما يكون بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو عديمها أو عندما يكون أحدهم غائبا . وهو مايعيق إجراء هاته العملية ويؤدي إلى تعطيل الإنتفاع ويمس بحقوق باقي الشركاء .لقد نصت كافة التشريعات والتقنيات المدنية العربية والأجنبية على أحكام من شأنها تفادي هذا الإنسداد وتسهيل إتمام القسمة. كما لعب الإجتهاد القضائي والفقه القانوني في الأنظمة المقارنة دورا بارزا في إدخال تعديلات على التشريع لأجل ضمان الموازنة بين مراعاة حقوق ناقص الأهلية والغائب وحماية مصالحهم وبين مقتضيات عدم تعطيل الوظيفة الإقتصادية للملكية وعدم المساس بحق الشركاء في طلب القسمة .

الكلمات المفتاح : قسمة ؛ قسمة إتفاقية ؛ أهلية ؛ عديم الأهلية ؛ غائب

Abstract :The conventional sharing of joint ownership propose many problems when its between the partners which are completely or partially incapable or when one of them is absent. And that's what hamper this operation and disable the enjoyment and it affects the rights of the others partners. All legislation and the arabic foreign techniques civil stipulated on provisions that would avoid this blockage and facilitate the completion of the sharing. Jurisprudence in comparative regimes also played a prominent role in introducing legislative amendment in order to ensure a balance between taken into account the rights of the incapable and the absent and protect their interests and between the requirements of non-disruption of the economic function of ownership and without prejudice to the right of partners to request sharing.

Keywords: Sharing ; Conventional sharing ; Capacity ; Incapable ; Absent

1- تمهيد :

لايخلو أي مجتمع إنساني من أشخاص يعانون من القصور في أهليتهم ، أو بعض العوارض التي تجعل هذه الأخيرة تمنعهم من التصرف في أموالهم بكل حرية. سواء كانت هذه العوارض تنقص الأهلية كما هو الحال بالنسبة للسفه والعته أو تعدمها كالجنون أو الصغير الغير المميز ، فلقد إهتم المشرع الجزائري بهذه الفئة كما عمل على توفير الحماية الكافية لهم من جميع النواحي .

*المؤلف المرسل

وتتجلى الأهمية الكبرى التي أولاها بهم في الشق المالي خصوصا ، حيث أحدث قوانين ومواد يتم إتباعها عندما تتولد الرغبة في من يمارسون أحكام النيابة على هؤلاء قسمة أموالهم العقارية .

فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 723 من القانون المدني على أنه : " يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

ومن خلال هذا النص فإن المشرع الجزائري لم يحدد تحديدا دقيقا للقانون الواجب الإتباع في حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء في الشيوع .

بل أوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون وهنا يقصد بالقانون رقم 11/84 المؤرخ في : 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري .

من كل هذا وذالك تطرح الإشكالية التي مفادها

إلى أي حد وفق المشرع الجزائري في وضع جملة من النصوص القانونية تعنى بتنظيم إجراءات قسمة أموال القصر وعديمي الأهلية والغائب قسمة إتفاقية وحمايتها ؟

وللإلمام بتفصيل الإشكالية المطروحة ومحاولة إعطاء مقترب جواب عنها يقتضى منا إجراء تحليل هذه الإشكالية على ضوء القانون المقارن المتمثل أساسا في التشريع المصري والفرنسي باعتبارهما موضع استلهام من المشرع الجزائري عند صياغته للقانون المدني .

وقد حاولنا إعتماد طريقة التحليل المقارن من خلال التطرق إلى الأحكام المتعلقة بأهلية المتقاسم في كل من القانون المصري والفرنسي وكذا الجزائري مع تبيان موقف كل مشرع على حدى في ثلاث محاور رئيسة وفقا للآتي :

أولا / _ في التشريع المصري

ثانيا /_في التشريع الفرنسي

ثالثا/_ في التشريع الجزائري

أولا /_ في التشريع المصري :

نصت المادة 835 من القانون المدني المصري على أنه :

" إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، فإنه يتوجب إتباع الإجراءات التي نص عليها القانون . "

ويقصد بالقانون هنا هو قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 ، فقد ورد ت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء قاصرا أو محجورا عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أو غائب .

فتنص المادة 40 من قانون الولاية على المال على أنه :

" على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ،فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها .وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية ....."

ونصت المادة 89 من نفس القانون على أنه :

" يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام ."

ويتضح من النصوص السابقة أن وجود شريك أو أكثر من فاقدي الأهلية لا يمنع القسمة .

ولكن حماية لمصالح هؤلاء الشركاء ، فقد اشترط القانون إتباع إجراءات معينة يتم وضعها بمعرفة المحكمة ، وذلك كضمانات لحماية مصالح فاقدي الأهلية [01] .

وذلك لأن إجراء القسمة إعتبر أمرا له خطره فخرج على أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة وألحق بالتصرفات .

ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف. [02]

إلا أن الإلتزام المنصوص عليه في المادتين 835 من القانون المدني المصري والمادة 40 من قانون الولاية على المال السالفتين الذكر لايسرى على الولي الشرعي إذا كان هو **الأب** .

فلا يلتزم بإستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية ، لأن المادة 4 من قانون الولاية على المال أطلقت يد الأب في التصرف في أموال القاصر عدا بعض القيود التي أوردتها ، والتي ليس من بينها قسمة مال القاصر .

فقد نصت على أن :

" يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدراتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون "

أما إذا كان الولي هو **الجد** ، فإنه يلتزم بإستئذان المحكمة شأن **الوصي** لأن المادة 15 من قانون الولاية على المال تنص على أنه " لايجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها. "

فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يلتزم بإستئذان المحكمة في القسمة الرضائية ، فإن وجدتها في مصلحة ناقص الأهلية عينت الأسس التي تجرى القسمة وفقا لها .

ومن ثم يكون لنائب ناقص الأهلية إتمام مشروع القسمة ليعرضه على ذات المحكمة ، فإن وجدتها عادلة وروعيت فيها الأسس التي إستلزمتها أمرت بنفاذها وإلا رفضتها و أوجبت القسمة القضائية [04] .

لكن قد يرى الوصي أنه لامصلحة للقاصر في القسمة ، أو أنها ضارة به ، فيرفض من تلقاء نفسه إجراء القسمة فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصي إلى المحكمة . [05]

وإذا تمت القسمة بدون مراعاة لما تقدم سواء من حيث الحصول بداية على إذن المحكمة أو من حيث عرض نتيجة القسمة على المحكمة لتأمر بنفاذها .

فإن القسمة تعتبر كأنها وقعت بدون تدخل الوصي وتكون قابلة للإبطال لمصلحة فاقدي الأهلية .

كما أن لهم التنازل عن التمسك بالبطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع الإجراءات عند زوال سبب فقدان الأهلية. [06]

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد : " عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة التصرف بعد بلوغ سن الرشد ." [07]

أما المحجور عليه قانونا بمناسبة صدور حكم جنائي ضده فقد نصت المادة 25 الفقرة 4 من قانون العقوبات المصري عليه وهي عقوبة تبعية تسلب من المحكوم عليه أهليته لإدراة أمواله وتقيد حريته في التصرف فيها مدة عقوبته .

ويتعين في الحجر القانوني تعيين قيم للإدارة يعينه المحكوم عليه على أن تقره المحكمة المدنية .

فإذا لم يعينه المحكوم عليه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في ذلك .

وقد جعل المشرع المصري كل مايتعلق بالقوامة من إختصاص محكمة شؤون الأسرة مراعيا في ذلك أن قاضي شؤون الأسرة قد يأبى الإقرار على حجر لم يحكم هو به كما يأبى الإقرار على قيم لم يقيمه.[08]

أما فيما يتعلق بأثرهذا الحرمان على أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية فهو يعتبر عديم الأهلية فيما يختص بأعمال الإدارة التي تؤول للقيم عليه .

أما سلطة التصرف في أمواله فتبقى له شخصيا ولكن بشرط الحصول على إذن من المحكمة المدنية المختصة.[09]

ثانيا / _ في التشريع الفرنسي :

بالعودة لنصوص القانون المدني الفرنسي فإن وجود قاصر يين الورثة يستلزم وجوبا إجراء قسمة قضائية .

ونظرا لتعقيدات إجراءات هذه القسمة والمصاريف التي تستوجبها مما كان يلحق ضررا بالورثة جاءت الإصلاحات المتعلقة بحماية القصر والتي تمت بموجب قانوني 1964/12/14 و 1968/01/03 المعدلين للقانون المدني الفرنسي .

وقد تم العمل عرفا أنه في حال وجود قاصر فيتم اللجوء إما إلى عقد إتفاقية للشيوع مصحوبة بقسمة وقتية يتم تحديدها إلى غاية بلوغ القصر .

وإما إلى قسمة ودية مصحوبة بتعهد عن الغير (promene de potre fort)

والوصي على القاصر يتعهد بأن هذا الأخير عند بلوغه سيقوم بالتصديق على القسمة .

وبموجب هذه الإصلاحات فإن عدم أهلية أحد الورثة لم تعد عائقا لإجراء قسمة إتفاقية .

كما تم تعميم وتمديد هذه الحلول حتى بالنسبة للغائب بموجب قانون 1977/12/28 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي.

وفي العموم فإن الأمر يخضع لقيدين :

القيد الأول :

يتوجب الحصول على الإذن إما من أحد الأبوين أو قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية البسيطة

وإما من قاضي الوصايا في حالة الإدارة القانونية تحت الرقابة القضائية وكذالك الغياب وإما من طرف مجلس العائلة في حالة الوصاية .

القيد الثاني :

بعد الحصول على إذن يتعين الحصول على التصديق (homologation) على بيان تصفية الموجودات (l'état l liquidatif)من طرف المحكمة الإستئنافية [10].

لقد واصل المشرع الفرنسي محاولاته بتبسيط وإعطاء مرونة للقواعد الإجرائية للتشجيع على إجراء القسمة الإتفاقية .

من خلال إجراء عدة تعديلات تشريعية تتطرق لأهلية المتقاسمين. وهذا مايلاحظ في تعديل 2006/06/23 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي أين سهل الإجراءات المتعلقة بالأشخاص الخاضعيين لنظام الحماية وكذالك الغائبين .

وقد أضاف هذا القانون أحكام مستحدثة وجديدة خاصة بالشريك المتقاسم المتخلف

. (coportageant défaillant) أو المتقاعس

وهو ما تفرد به المشرع الفرنسي عن باقي التشريعات المقارنة ، وفيما يتعلق بالشريك ناقص الأهلية فإن الوضع يختلف بحسب نظام الحماية .[11]

إذا كان الشريك تحت الوصاية بالغ فإن القسمة الودية يتم طلبها من الوصي بعد الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة إذا تم تشكيله أو من قاضي الوصاية .

بعدها تخضع القسمة للموافقة بالنظر لبيان تصفية الموجودات حسب نص المادة 507 من القانون المدني الفرنسي .

في حين سابقا كان يتوجب التصديق من طرف المحكمة .

أما إذا كان الشريك قاصرا فإنه يجب التميز حسب الحالات التالية :

الحالة الأولى ما إذا كان خاضعا للإرادة القانونية : فإن القسمة الإتفاقية تكون ممكنة عندما يكون القاصر ممثلا سواء من طرف الأب و الأم معا أو من طرف أحدهما عندما يكون هو المدير القانوني لشؤونه .

وتجدر الإشارة إلى أن وبعد صدور الأمر رقم : 2015/1288 المؤرخ في : 2015/10/15 المتضمن تبسيط وتطوير قانون العائلة والمتضمن في القانون المدني الفرنسي فإنه لم يعد من اللازم حصول المدير القانوني على إذن قاضي الوصاية ، ولم يعد بيان تصفية الموجودات خاضعا لتصديق المحكمة وفقا للمادة 382 من القانون المدني الفرنسي وما يليها .

ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي وفي هذه النقطة المتعلقة بالولي اقترب من المشرع المصري الذي لايلزم الولي (الأب)بالحصول على إذن عند إجراء القسمة ويعفيه من كل رقابة سواء كانت سابقة أو لاحقة .

الحالة الثانية إذا كان الشريك القاصر موضوع تحت الوصاية :

فإنه يتوجب على الوصي الحصول على إذن مسبق من مجلس العائلة وفي حالة عدم وجوده من قاضي الوصاية .

أما إذا كان الشريك خاضعا لأحكام الوكالة المستقبلية فإنه يجوز للوكيل القيام بإجراء قسمة ودية نيابة عنه من دون أي إذن وذلك بشرط أن تكون الوكالة موثقة حسب نص المادة 409 من القانون المدني الفرنسي .

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

أما فيما يتعلق بالشريك الغائب (المقدرة غيبته présume absent)

والذي تحقق قاضي الوصاية من قرينة غيبته فإن ممثله يمكنه الحصول على إذن قاضي الوصاية لأجل إتمام إجراءات القسمة الودية ويخضع لنفس الشروط المتعلقة بالوصي على القاصر حسب نص المادة 116 من القانون المدني الفرنسي [12] .

وقد مددت المادة 836 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي العمل بهذه الأحكام المتعلقة بالغائب لتطبيقها على الشريك الذي يوجد في حالة لاتسمح له بالتعبير عن إرادته بسبب البعد .

ولعل أهم ماجاء به تعديل سنة 2006 والذي ميز التشريع الفرنسي في القسمة الإتفاقية تلك الأحكام المتعلقة بالشريك المتخلف أو المتقاعس copartageant défaillant .

وذلك عندما يعطل الشريك إجراء القسمة ليس بمعارضته لبقية الشركاء ، وإنما بسكوته وعدم الجواب على الإقتراحات المقدمة له من طرف بقية المتقاسمين .

فقبل التعديل كان يتوجب اللجوء للقسمة القضائية رغم إنعدام منازعة قضائية جدية .

وإن ذلك يستلزم حسب نص المادة 837 من القانون المدني الفرنسي إنذار المالك في الشيوع المتخلف لأجل الحضور أو تكليف من يمثله لحضور القسمة ، ويتوجب أن يتم الإنذار بعقد غير قضائي وفي حالة تخلفه عن تكليف وكيل ليمثله بعد ثلاثة أشهر من إنذاره .

فإنه يجوز لأحد الشركاء في الشيوع تقديم طلب لرئيس المحكمة الإستئنافية لأجل تعيين شخص مؤهل لتمثيل الشريك المتقاعس لغاية إتمام عملية القسمة ويتم تعينيه بموجب أمر على عريضة وفقا للمادة 1379 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

ويتعين على ممثل الشريك المتقاعس بعد إعداد مشروع القسمة أن يلتمس من القاضي الذي عينه الإذن له لأجل إتمام عقد القسمة حسب مقتضيات المادة 1358 من قانون الإجراءات المدنية.[13]

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه :

" بالرغم من هذه المتطلبات والشروط فإن القسمة تبقى إتفاقية ولاتخضع لقواعد القسمة القضائية سواء من حيث الكل والموضوع ".[14]

ثالثا /_ في التشريع الجزائري :

نصت المادة 723 من القانون المدني الجزائري على أنه :

" بإمكان الشركاء إقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، وفي حال وجود ناقص الأهلية بينهم فإنه يتوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " .

والقانون المقصود به مراعاة أحكامه في هذه الحالة هو القانون رقم : 84_11 المؤرخ في :1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري .

ففي حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء في الشيوع يتم إتباع الإجراءات التي حددها قانون الأسرة الجزائري وذلك بتمثيل ناقص الأهلية تمثيلا صحيحا حرصا على صحة القسمة ولتكون منتجة لأثارها ويمكن الإحتجاج بها .

وعليه فإن ناقص الأهلية إذا لم يكن له ولي أو وصي يمثله أو ينوب عنه في إجراءات القسمة فإنها قابلة للإبطال لمصلحته.

بنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه :

" سيسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ....."

كما تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا ..... وعليه أن يستأذن في التصرفات التالية :

1_ بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء مصالحة ....."

فمصطلح القسمة هنا عاما لم يحدد ما إذا كان رضائية أو قضائية وبالضرورة فإن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء ناقص الأهلية على أن يحصل الولي أو الوصي على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه كما يمكن للقاضي أن يعين مقدما يقوم مقام الولي عند عدم وجوده أو تعيين وصي .

إذا تنص المادتين 95 و 100 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

" للوصي و المقدم نفس السلطات المقدمة للولي "

ثم عرض القسمة على القاضي ليتأكد أن القاصر أخذ حقه كاملا دون نقص وبعدها يقوم الشركاء بتسجيل القسمة وشهرها بالرغم من عدم وجود نص صريح على تصديق المحكمة للقسمة عند الإنتهاء من إجراءاتها في حال وجود ناقص أو عديم الأهلية كما نصت عليه بعض التشريعات كالقانون المدني المصري في نص المادة 840 منه.

إلا أنه ومن خلال أحكام القضاء الجزائري إذا تبين للقاضي أن القسمة لم تقع تحت إشراف العدالة تعين إبطالها كما نصت المادة 181 فقرة 2 من قانون الأسرة على أنه :

" في حال وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء "

ومما يلاحظ على المشرع الجزائري إلزام الأب بأخذ الإذن من القاضي خلافا لبعض التشريعات التي أعفت الأب من هذا الشرط كالقانون المصري والفرنسي "

ويكون الأب هو الولي على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد بنص المادة 87 فقرة 2 من قانون الأسرة .

والملاحظ أن هذا النص جاء بحكم لايوجد له أصل في فقه الشريعة ،وهو أن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة.

فربط القانون الولاية بالحضانة بما مؤداه أن طلاق الزوجة و إسناد حضانة ولدها لها فيه إسقاط لولاية الأب لولده .

كما يلاحظ أن لفظ الولاية جاء عاما ليشمل الولاية على النفس وكذلك على المال [15].

وقد قررت المحكمة العليا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي .

" وأنه من المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر في رفع الدعوى وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون ." [16]

حيث تختلف أحكام قانون الأسرة الجزائري على أحكام القانون المدني الجزائري والذي لاينص على فكرة وقف تصرف الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر الموجودة في قانون الأسرة الجزائري .

بل هي قابلة للإبطال حسب القانون المدني الجزائري وموقوفة الإجازة في قانون الأسرة الجزائري. [17]

لذلك يستحسن بالمشرع الجزائري أن يوحد جزاء التصرف الدائر مابين النفع والضرر .

وذلك إما بإعتبار العقد صحيحا نافدا إلى حين إبطاله حسب أحكام القانون المدني الجزائري أو يأخذ بفكرة العقد الموقوف كما في المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري ليصبح متناسقا مع نصوص القانون المدني الجزائري التي تنظم قابلية العقد للإبطال ، وإما بتعديل قانون المدني والأخذ بفكرة العقد الموقوف.

يتضح من خلال النصوص المشار إليها أن وجود شخص غير كامل الأهلية بين الشركاء لايحول دون وقوع القسمة بالإتفاق ، كل ماهنالك أنه يجب لصحة القسمة في هذه الحالة إتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون لحماية ناقص الأهلية بإشتراط رقابة سابقة من جانب المحكمة _ رئيس المحكمة _ بأن تأذن بإجراء القسمة كما يتطلب رقابة لاحقة من جانبها أيضا

_ رئيس القسم المختص _ بأن تصادق على القسمة بعد التأكد من عدالتها .

ويظهر تشدد المشرع الجزائري في مثل هذه التصرفات في المادة 88 بتوسيع مجال تطبيقها وفي هذا الإطار إستحدث المشرع الجزائري أحكاما جديدة من قانون الإجراءات المدنية والإدراية .

الجديد الصادر في : 2009/02/25 تحت رقم 08/09 تتعلق بالولاية على نفس القاصر وماله خاصة فيما يتعلق بتعين المقدم والوصي والمنازعات التي تتعلق بأموال القاصر والترخيص والترشيد وحماية الأشخاص البالغين ناقصي الأهلية .

وجعل ولاية النظر فيها وفيما يثور حولها من منازعات من إختصاص قاضي شؤون الأسرة بموجب أحكام المواد 423 فقرة 5 منه ، 424 ، 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية في المحكمة التي يكون مكان ممارسة الولاية تابعا لها إقليميا وفقا للمادة 426 منه .

أما الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن فقد نظمتها المواد من 453 إلى 489 من ذات القانون. [18]

وقد قررت المحكمة العليا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي .

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين كيفيات الحصول على هذا الإذن ولم يحدد إجراءاته .

وهل قاضي شؤون الأسرة هو من يعطي الإذن أم رئيس المحكمة ؟

وإذا حاولنا تفسير المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري وإسقاطه على حالة القسمة الودية نستخلص إلى أن هذه القسمة تخضع لرقابة رئيس المحكمة إذا أنه هو المخول يمنح الإذن بإعتبار ذلك داخلا ضمن إختصاصاته الولائية التي تهدف لمراعاة مصلحة ناقص الأهلية سواء رقابة سابقة أو لاحقة .[19].

غير أن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 181 قانون الأسرة الجزائري على وجوب أن تكون القسمة قضائية في التركات متى كان بين الورثة قاصر .

ويرى البعض أنه إستنادا لهذا النص ونظرا لغموض الإجراءات الحصول على الإذن بالقسمة وإختلاف المحاكم في تطبيقها فإن الراجح أن تكون القسمة قضائية عن طريق دعوى أمام قاضي الموضوع المختص .

وعلى مايبدو أن المشرع الجزائري حاول التميز مابين قسمة الملكيات الشائعة بين الميراث

أو مايعرف بقسمة التركات وقسمة الملكيات الشائعة لأسباب أخرى غير الميراث ، والتي يكون أحد الشركاء فيها قاصر أو يخضع في هذه الحالة لأحكام الولاية على المال .

غير أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في تفصيل هذه المسألة على عكس باقي التشريعات المقارنة

التي خصصت لمثل هذا الموضوع نصوصا أكثر إتساعا وتفصيلا .

فالمشرع المصري وضع قانونا خاصا بالولاية على المال في حين خصص القانون الفرنسي مواد كثيرة نظم فيها عمل الولي وكيفيات الإشراف ورقابة القاضي على أعماله .

إضافة إلى أن النظام الفرنسي يعرف مايسمى بقاضي الولاية أو الوصاية وهذا مايدل عن الأهمية التي أعطاها للموضوع.[20]

وحسب أحكام قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع في حالة قسمة العقار وكان بين الشركاء غائب نص على وجوب أن يقوم القاضي بتعيين مقدم لتسيير شؤونه .

ومادام المقدم يأخذ نفس الحكم الوصي فإنه يتوجب على المقدم الحصول على إذن المحكمة لأجل القيام بقسمة أموال الغائب .

أما فيما يتعلق بالغائب والذي يأخذ حكم المفقود بعد مرور سنة على غيابه في حال تسبب غيابه بضرر للغير، فإنه مجرد صدور حكم بإعتبار الغائب مفقودا يتوجب حصر أمواله وتعيين مقدم لتسيير شؤونه .

ومادام المقدم يأخذ حكم الوصي فعليه الحصول على إذن من المحكمة لأجل القيام بقسمة أموال الغائب .

أما بالنسبة للمحجور عليه قانونا لصدور حكم جنائي ضده .

فإن المادة 09 مكرر من قانون العقوبات والتي نصت فقرتها 2 على أن تتم إدراة أموال المحكوم عليه طبقا لإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي وهو مايعني تطبيق النصوص المتعلقة بالحجر في قانون الأسرة الجزائري .

وقد إختلف المشرع الجزائري في هذه النقطة مع المشرع المصري بخصوص الجهة المناط بها وتطبيق النصوص المتعلقة بالحجر بحيث يعود الإختصاص للقاضي الأصيل للفصل في مسائل الأهلية والولاية وهو قاضي شؤون الأسرة في القانون الجزائري عكس القانون المصري الذي أولاها للقاضي المدني

ولعل المشرع الجزائري قد قارب للصواب من حيث التطبيق والفاعلية .

4- الخلاصة:

على ضوء ماسبق خلصت الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات :

1_ إن الغموض الذي يميز نصوص قانون الأسرة الجزائري فيما يخص كيفية وإجراءات الحصول على الإذن القضائي وإجراءات الرقابة السابقة واللاحقة للقضاء لضمان وحماية حقوق المتقاسمين ناقصي الأهلية والغائبين عند إجراء القسمة الإتفاقية أدى إلى التضارب في الأراء وفي الممارسة العملية بخصوص إمكانية إجراء القسمة الإتفاقية في حالة وجود قصر وغائبين .

وذلك بالنظر للتعارض مابين أحكام المادة 88 من قانون الأسرة التي توجب الحصول على الإذن في حالة قسمة عقار قاصر وبين المادة 181 من نفس القانون التي توجب اللجوء إلى القسمة القضائية في حالة وجود قاصر بين الورثة .

عكس القانون المصري والفرنسي اللذان يتضمنان أحكام واضحة وإجراءات محددة من أجل حماية المتقاسمين ناقصي الأهلية والغائبين عند إجراء القسمة الإتفاقية .

2_ إن الأب بصفته الولي لديه كامل السلطة في التشريع المصري والفرنسي لأجل التصرف بإسم أبنائه القصر ولا يتوجب الحصول على إذن قضائي لإجراء قسمة إتفاقية لأموال أبنائه القصر .

في حين أن المشرع الجزائري قد سوى بين الولي والوصي والمقدم وإشترط الحصول على إذن مسبق في قسمة عقار قاصر .

3 _ المشرع الفرنسي أعطى حلولا عديدة لتشجيع إجراء القسمة الإتفاقية في حال وجود قاصر أو غائب بين الشركاء في الشيوع من خلال التعديلات المتعددة للقانون المدني الفرنسي.

وخاصة تفرده بمعالجة مسألة الشريك المتقاعس وهي الحالة الموجودة في الحياة العملية بكثرة وتعيق إتمام القسمة الإتفاقية . ومرد ذلك محاولة المشرع الفرنسي تجنب قدر الأمكان القسمة القضائية لتعقيدها وطول مدة إجراءاتها .

4_ على المشرع الجزائري أن ينظم القسمة الإتفاقية لأموال القصر والغائب تنظيما يستطيع من خلاله مواجهة العقبات العملية التي تحول عادة دون حسن إستغلال المال المشاع مراعيا مايمكن للشركاء الإتفاق عليه ولعل من أبرز هذه الإصلاحات مايتعلق بعدم وجوب حصول الأب (الولي) على الإذن القضائي من أجل قسمة أموال أبنائه القصر أسوة بالقانون المصري والفرنسي .

ولأجل ذالك ومن الضروري إعتماد تبيان كيفيات وإجراءات الحصول على الإذن القضائي والجهة المختصة فيما يخص القيم والوصي .

بحيث يجب النص صراحة لقطع الخلاف حول كيفيات التطبيق في الميدان العملي حتى يتجلى الغموض الذي يكتنف النصوص الحالية.

كما أنه يجب التنويه إلى دعوة المشرع إلى الإستفادة من محاسن الأحكام التي إنفرد بها المشرع الفرنسي والمصري والمتعلقة بقسمة أموال القصر والغائب قسمة إتفاقية بإثراء قوانينها بنصوص واضحة تتعلق بمسألة الولاية على المال و مسألة الشريك المتقاعس.

6- الإحالات و التهميش :

1/ _ د محمد عبد الرحمن الضوبني ، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي _ الإسكندرية ، 2001 ، ص 309

2 / _ د عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، الطبعة 3 _ منشورات الحلبي الحقوقية لبنان _ 2000 ص ، 896 .

3 / _ المثار محمد عزمي البكري ، قسمة المال الشائع ، دار محمود للنشر والتوزيع _ الطبعة 8 ، 2002 ص 55 ، 56 .

4 / _ المثار أنور طلية ، الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ، 2004 _ ص 180 .

5 / _ المثار ، محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 55 .

6 / _ د محمد عبد الرحمن الضوبني ، المرجع السابق ، ص 311 .

7 / _ د جنيدي عبد المالك الموسوعة الجنائية ج 5 (د.ن) 2010 ص 138 ،139

8 / _ د رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق بيروت الدار الجامعية للطابعة والنشر (د، ت) ص 213 .

9 _ / terre fiançais et lequette yves et goudment 50 phie droit civil ;les successions les liberalites 4 ed ; d paris ; 2013 p 971

10/_ grimaldi nichel ; droit des successions 7 ed ; leseis poris 2017 p 727 .

11/_ voirin pierre et gour beaux gilles ; droit civil ;t2 régimes matrim omioux sucossions – liler alités 25 et l ;g ;d ;j – lextenso – éd/ p 263

12/_ souvage francois ; successions 21 e ed delmes poris 2007 ; p239

13/_ civ_1 re 09/07/1974 bull ;civil ;d _ 1975 :no220.

14 / _ أحمد نصري الجندي , شرح قانون الأسرة الجزائري , مصر دار الكتب القانونية -2009 – ص 176

15 / _ قرار غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في : 1988/12/19 ملف رقم 512/82 المجلة القضائية , العدد 2 سنة 1991 , ص 63 .

16/- د محمد سعيد جعقور , تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري , دار هومة 2002 ص 28 ومايليها .

17 / _ أ أحمد خالدي لقسمة بين الشريعة والقانون م ج على ضوء الإجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة دار هومة 2008 ص 73 , 74 .

18 / _ أ أحمد خالدي لقسمة بين الشريعة والقانون م ج المرجع السابق ص 75 .

19 / _ علاوة بوتغرار التصرف في أموال القصر مقال منشور في مجلة التوثيق دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين بالجزائر .

المراجع :

1/ _ د الضوبني محمد عبد الرحمن ،2001 ، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، _ الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي .

2 / _ د السنهوري عبد الرزاق أحمد ،2000 ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية الطبعة 3 ، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.

3 / _ المستشار البكري محمد عزمي ، 2002 ، قسمة المال الشائع ، الطبعة 8 ، مصر ، دار محمود للنشر والتوزيع.

4 / _ المستشار طلبة أنور ، 2004 ، الملكية الشائعة ، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث .

5/ _ د جنيدي عبد المالك ، 2010 ، الموسوعة الجنائية ج 5 (د.ن)

6 / _ د أبو السعود رمضان ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر (د، ت).

7 / _ terre fiançais et lequette yves et goudment 50 phie droit civil ; 2013;les successions les liberalites 4 ed ; d paris

8./_ grimaldi nichel 2017; droit des successions 7 ed ; leseis poris

9 /_ voirin pierre et gour beaux gilles ; droit civil ;t2 régimes matrim omioux sucossions – liler alités 25 et l ;g ;d ;j – lextenso – éd/

10./_ souvage francois2007 ; successions 21 e ed delmes poris

11./_ civ_1 re 09/07/1974 bull ;civil ;d _ 1975 :no220

12 / _ الجندي أحمد نصري, 2009 ، شرح قانون الأسرة الجزائري , مصر ، دار الكتب القانونية .

13 / _ د جعفور محمد سعيد ، 2002، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري ,الجزائر، دار هومة.

14 / _ أ خالدي أحمد ، 2008، القسمة بين الشريعة والقانون ، م ج على ضوء الإجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة ، الجزائر ، دار هومة 19 / _ بوتغرار علاوة ، التصرف في أموال القصر مقال منشور في مجلة التوثيق دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين بالجزائر العدد 3 جوان 1998 .

15 / _ قرار غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في : 1988/12/19 ملف رقم 512/82 المجلة القضائية , العدد 2 سنة 1991 .