



جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
عنوان الأطروحة:

قصة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث
تخصص: قانون
فرع: قانون خاص أساسي
تحت إشراف الدكتور:
د. / شهيد محمد سليم

إعداد الطالبة:

عقبى يمينة

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: صمود سيد أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيساً
السيد: شهيد محمد سليم	أستاذ محاضر-أ-	جامعة سيدي بلعباس	مشرفاً ومقرراً
السيد: معوان مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفاً مساعد
السيد: عثمانى عبد الرحمان	أستاذ محاضر-أ-	جامعة سعيدة	عضواً مناقشاً
السيد: سعيد بن يحي	أستاذ محاضر-أ-	جامعة سعيدة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية 2021/2020 م الموافق لـ: 1441/1442هـ



قال الله تعالى:

﴿فَوَرَّبُّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (٩٢) عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ (٩٣)﴾

صدق الله العظيم

[سورة الحجر: الآيات (92)-(93)]

الإهداء

أهدي هذه الدراسة المتواضعة إلى:

روح أمي وأبي ورحمهم الله وأسكنهما فسيح جناته .

جدتي حبيبة بدرجة الأولى التي منحت لي كل الدعم والسند في حياتي.

أختي العزيزة " خيرة " وبناتها " هاجر " و " رند " و " شريفة " إخوتي

العزيزة على قلبي أختي " مريم " .

صديقتي التي لا أنسى أنها كانت دائما الداعمة لي " زعيمة "

إلى صديقة ابتسام .

الجندي الخفي الذي ساعدني ولم يسعني ذكر اسمه برغبة منه فشكرا .

وإلى كل ما خنتني الذاكرة ونسيته .

الطالبة: محمدي يمينة

الشكر والتقدير

اللهم إنني أحمده قبل أن ترضى وأحمدك إذا رضيت وأحمدك
بعد الرضى حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.

أشكر الله تعالى وأحمده، فهو المنعم والمتفضل قبل كل شيء، أشكره
على عونه وفضله وتوفيقه في تحقيق ما أصبو إليه .

والصلاة والسلام على خير خلق الله نبينا محمد صلى الله عليه وسلم .

أتقدم بعظيم الشكر والتقدير والإمتنان إلى الدكتور المحترم
شهيدى محمد سليم الذي أشرف على هذا العمل منذ بدايته إلى
نهايته وكذا تحمله أعباء إنجاز هذا العمل ولم يبخل على بنصائحه
وتوجيهاته لما هو أفضل وأنجع لى في هذه الدراسة فشكرا لك .
والشكر موصول إلى رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين على
تجشهم عناء قراءة هذه الأطروحة و تقويمها و تقييمها .
وإلى جميع من ساهم وساعد في إنجاز هذا العمل وإخراجه إلى
الوجود.

الطالبة: عقديى يمينة

قائمة

أهم المختصرات

قائمة أهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

ب.س.ط	بدون سنة طبع
ج	الجزء
ج.ر.ع	جريدة رسمية عدد
ص	صفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.إ.م.إ.ج	قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق . م	قبل الميلاد

ثانيا : باللغة الفرنسية

P	Page
éd	Edition
N°	Numéro

هتقك هتق

مقدمة

ترتبط الملكية بوجود الإنسان فهي قديمة قدم وجوده ودليل ذلك قول العزيز الحكيم في كتابه الكريم:

"هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا" ¹ ، وقوله تعالى : " أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي

الْأَرْضِ وَأَلْفُكَّ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ " ² ، وقوله تعالى : " أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي

السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً " ³ .

ولقد بدأت الملكية في العصور الأولى للإنسان جماعية، حيث كان زعيم القبيلة هو المسيطر ومالك

لكافة الأموال العقارية وقد صاحب هذه السيطرة عدم المساواة في الحقوق بين أفراد القبيلة الواحدة

، بحيث ظهرت طبقة عليا من أفراد القبيلة وهي الطبقة المقربة من الزعيم مثل أفراد أسرته ورجال

الدين المحيطين به ،وأفراد هذه الطبقة يتميزون على الغير لأن رئيس القبيلة يستطيع منحهم بعض

أموال القبيلة التي في حوزته ،ولكنه كان يحتفظ لنفسه بحق استرداد الملكية في أي وقت يشاء .

فظهر الملكية على هذا الشكل كان أيضا في القانون الأكادي، ثم في عهد الأسرة المالكة الأولى من

حضارة بابل، وذلك في قانون حمورابي في نص المادة 98 منه ،بحيث تعتبر هذه الصورة من الملكية

الجماعية من الصورة الأولى للملكية التي عرفها الإنسان، ولقد وجدت بعض الإشارات لهذه الصورة

¹ الآية 29 من سورة البقرة.

² الآية 65 من سورة الحج.

³ الآية 20 من سورة لقمان.

من الملكية في الحضارة اليونانية، وذلك في بيونانية، في بعض أوراق البردي التي تشرح الملكية الجماعية في مدونة جيوس¹.

ولقد دخلت الملكية الجماعية مرحلة جديدة في الحضارة المصرية القديمة نتيجة تطورها، بحيث ظهرت في العصر الوسيط الأول من الدولة المصرية القديمة من حوالي سنة 1785 ق.م إلى سنة 2018 ق.م، وتمثلت صورة الملكية الجماعية في صورة ملكية الأسرة بدلا من ملكية القبيلة، حيث يكون مال الأسرة مملوكا ملكية مشتركة للأسرة، وبالتالي لا تكون هناك ملكية فردية لكل فرد منها، وفي صورة الملكية المشتركة يكون الابن الأكبر هو من يتكفل بإدارة هذه الأموال لإنفراده بمركز قانوني متميز في هذه الملكية ويعطيه الحق في إدارة أموال الأسرة والتمتع بالنصيب الأكبر فيها، والظاهر أن هذا المركز القانوني كان ينتقل بعد وفاة الابن الأكبر إلى من يليه في السن من إخوانه الذكور، وكان هذا النظام مختصرا في الأموال العقارية، أما بالنسبة للأموال المنقولة فملكيتها كاملة، وحق الإستعمال والإنتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها مكفولة لمالكها.²

وبالرغم من أن الملكية الجماعية قد دامت فترة زمنية طويلة إلا أنها لم تدم، وذلك بظهور فكرة الملكية الفردية التي أصبح هي المسيطرة إذ من خلالها منح للشخص الطبيعي أو المعنوي الحق في الإنفراد بها لتكون خالصة له دون منازع أو مزاحم، وعليه يختص المالك بحق الإستعمال والإنتفاع والتصرف في العين المملوكة له.

¹ أيمن سعيد عبد المجيد سليم، سلطات الملك على الشيوع في إستعمال المال الشائع واستغلاله، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 36 و37.

² أيمن سعيد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 38.

وتكون الملكية الفردية إما ملكية مفرزة حيث يثبت من خلالها للشخص الطبيعي أو المعنوي حق تملك الشيء دون أن يشاركه أحداً فيه، أو ملكية شائعة (الشيوع) .

ويقصد بالملكية الشائعة : "ما تعلقت بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد

نتيجة إشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة،

كسدس، وثالث، ونصف، سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً"¹، وبمعنى آخر هي تلك الحالة التي ينجم

عنها تعدد أصحاب الحق العيني، أي بمعنى إمتلاك شخصين أو أكثر للعقار على الشيوع دون أن

يخصص لكل واحد منهم جزء مادي مفرزاً، وبالتالي تكون حصته في هذا العقار حصة معنوية شائعة.

وتتميز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية في كونها تكون لأكثر من شخص، بحيث يمتلك

الشيء عدت أشخاص، فيكون لكل واحد منهم الحق في حصته و تكون هذه الحصة معنوية، بإضافة إلى

أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ بناءً على إرادة الأشخاص فتكون إختيارية أو برغم عنهم فتكون

جبرية.

وتنشأ الملكية الشائعة إما بسبب واقعة مادية كالإلتصاق² والإستلاء³ والشفعة⁴، وإما بسبب التصرف

القانوني كسواء والوصية، غير أنه في معظم الأحيان يكون ناشئاً عن الميراث.

¹ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص 128.

² الإلتصاق هو اندماج أو إتحاد شئيين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على إدماج وقد نضم ق.م.ج أحكامه من المادة 778 إلى المادة 791.

³ نصت المادة 773 من ق.م.ج على :تعتبر ملك من أملاك الدولة، جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو اللذين تهمل تركتهم ."

⁴ الشفعة حسب نص المادة 794 من ق.م.ج هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها

ومصطلح الملكية الشائعة المعروف في القانون لم يستعمله الفقه الإسلامي وإنما استعمل اصطلاح (شراكة الملك) و(شركة الأموال)، وتعد الملكية الشائعة -أي شراكة الملك - إحدى صور الشراكة.

وتتفرع شركة الملك إلى نوعين من التقسيمات، يتمثل الأول في شركة عين وشركة دين أما الثاني فيتمثل في شركة اختيارية وشركة جبرية.

فشركة العين تعرف على أنها الاشتراك في المال العين والموجود، كاشتراك إثنين شائعا في أرض أو دار، ويعرفها الفقهاء المعاصرين بأنها ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون تعلق بجزء معين مميز، كعقار ورثها جميع الورثة عن مورثهم، فملكية كل واحد منهم لحصته مرتبط بجزء مختلط بملك الغير.¹

وتقسيم شركة الملك إلى شركة اختيارية وشراكة جبرية هو التقسيم الذي أخذ به المشرع الجزائري في تقسيم الشيوع، والشيوع الإختياري يكون ناشئ عن إرادة المالكين واتفاقهم، بمعنى أن البقاء في فيه أو الخروج منه متوقف على إرادة الشركاء المالكين، أما الشيوع إجباري هو الشيوع الذي لا يجوز طلب القسمة فيه لأن العقار الشائع في هذه الحالة معد لغرض معين، وهذا الغرض يقتضي بقاءه على الشيوع.

غير أن للملكية الشائعة (الشيوع) العديد من السلبيات التي تحول دون بقاء الشركاء فيه، كرجبة كل مالك في ممارسة سلطاته القانونية على العقار الشائع مما يولد كثرة النزاعات، وهذا ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى عرقلة الاستثمار وبالتالي تعطيل وظيفة الملكية باعتبارها عنصر من عناصر الثروة لأي دولة، وهذه الدوافع تحتم على الشركاء الخروج من حالة الشيوع .

¹ عقوني محمد، الإنتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، أطروحة دكتورة، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015-2016، ص 28 و 29.

فالخروج من الشيوع جائز غير أن أسباب انقضاءه تتعدد فقد يكون بناء على تصرف قانوني كأن يبيع أحد الشريكين نصيبه لشريكه الآخر، وإما بناء على واقعة مادية كأن يرث أحد الشركاء نصيب أحد المالكين، أو أن يكتسب شخص أجنبي ملكية العفار الشائع بالتقادم، بعد توافر الشروط القانونية، غير أن كل هذه الأسباب هي أسباب عارضة، والسبب الرئيسي لإنهاء حالة الشيوع هو القسمة.

ويقصد بالقسمة إعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع¹، والقسمة مشروعة ودليل مشروعيتها قوله تعالى: " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " ² وقوله سبحانه وتعالى: "وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانَ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ " ³، الواردة في قسمة الغنائم ولا يعلم هذا الخمس عن الأربعة أخماس المستحقة للغنمين إلا بالقسمة⁴، وقوله سبحانه وتعالى: قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ " ⁵، وقوله تعالى أيضا: "وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ " ⁶.

¹ توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، ب.س.ط، ص 220.

² الآية 08 من سورة النساء.

³ الآية 41 من سورة الأنفال.

⁴ أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري-على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة - ، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 23.

⁵ الآية 155 من سورة الشعراء.

⁶ الآية 28 من سورة القمر.

إن فالقسمة جائزة في الشريعة الإسلامية للنصوص المتقدمة الدالة على مشروعيتها، كما هي جائزة في القانون، حيث عالجها المشرع الجزائري في نصوص المواد من المادة 722 إلى المادة 737 من القانون المدني.¹

والحكمة من إجازة القسمة في القانون والشريعة الإسلامية هو حفظ المال وسد ذرائع إسرافه وتبديده وضياعه، وإعطاء كل ذي حق حقه درءاً للخصوصيات الواقعة بين الشركين في الملكية الشائعة.²

وتتم القسمة إما بصفة نهائية حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع، وذلك بناء على طلب كل الشركاء في الشروع أو أحدهم لكن بشرط أن لا يكون هناك نص أو اتفاق يقضي بالبقاء في الشروع، والقسمة النهائية للعقار الشائع قد تتخذ أسلوب الرضا فتكون القسمة إتفاقية، وقد تتخذ أسلوب الجبر فتكون قسمة قضائية.

والقسمة الإتفاقية تتعد بإجماع الشركاء، حيث يتفقون على قسمة العقار الشائع بينهم وذلك بعد باللجوء إلى الموثق من أجل إبرام عقد القسمة الإتفاقية في شكل الرسمي وتسجيله طبقاً لإجراءات التي يفرضها القانون وفق أحكام الشهر العقاري، غير أن إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع تختلف بين ما إذا كان العقار مبني أو معد للبناء، أو كان العقار عبارة عن أرض فلاحية، أو كان العقار مملوك بين الدولة والخواص.

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ع 31.

² عبد الحميد ويسى، طورئ القسمة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجيستر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية-قسم الشريعة-، جامعة أدرار، 2006-2007، ص 22.

أما في حالة اختلاف الشركاء في قسمة العقار الشائع، يتم اللجوء إلى القضاء بناء على دعوى قضائية حيث يطالبون من خلالها تقسيم العقار الشائع، وتتخذ القسمة أحد الشكلين، بأن تكون قسمة عينية إذا كان العقار قابلاً للقسمة، أو تكون قسمة تصفية إذا استحالة قسمته عيننا عن طريق البيع في المزداد العلني.

كما قد تكون قسمة بصفة مؤقتة (قسمة منافع) حيث بموجبها يختص كل شريك بانتفاع بجزء من العقار الشائع لمدة معينة وهذا ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية أو قد ينتفع كل شريك بكل العقار الشائع وهذا ما يسمى بالمهايأة الزمانية .

وإذا تمت القسمة بين الشركاء اختص كل شريك بنصيبه مفرزا فيستقل بها عن بقية حصص الشركاء الآخرين، فيكون له الحق في التصرف فيه دون قيد أو شرط، وفي مقابل ذلك يقع عليه إلتزام بضمان التعرض والإستحقاق.

قد يتخلل القسمة عيب ما يؤدي إلى الطعن فيها، ويكون ذلك إما بدعوى البطلان أو بدعوى الإبطال، كما قد يطعن فيها إذا ما تبين لأحد الشركاء وجود غبن نتيجة القسمة الإتفاقية، حيث يجوز في هذه الحالة لشركاء طلب نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن لكن بعد تحقق الشروط، كما يجوز أيضا لشركاء نقض القسمة في حالات ظهور دين أو وصية أو وارث جديد بعد القسمة .

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام القسمة في القانون المدني ضمن القسم الرابع تحت عنوان الملكية الشائعة من الكتاب الثالث، أما عن الشريعة الإسلامية فقد كانت السبابة في معالجة أحكام القسمة، حيث اهتم الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة بتنظيم أحكام الملكية الشائعة من حيث الإنتفاع بها، إذا كان هو

أول من نظم أحكام قسمة الإنتفاع المؤقت بالعقار الشائع التي يطلق عليها اصطلاحاً بقسمة المهياة، كما فصل في أحكام القسمة النهائية للعقار الشائع من حيث الرضا والجبر.

وعليه فقد انصبت الدراسة حول موضوع أحكام قسمة العقار الشائع في القانون المدني والشريعة الإسلامية، من حيث تبيان الطريقة التي تتم بها والتي تأخذ طريقتين، أولها القسمة النهائية بنوعها قسمة إنفاقية وقسمة قضائية، وثانيها القسمة المؤقتة، مع تحديد لكل طريقة من طرق شروطها وإجراءاتها، لأن كل واحدة منها لها ميزة خاصة بها سواء نص عليها القانون أو نصت عليها الشريعة الإسلامية، مع التطرق إلى الآثار الناشئة عن هذه القسمة من حيث الإفراز والاستقلالية والضمان.

تتجلى الأهمية العلمية لهذا الموضوع في أن مسألة قسمة العقار الشائع تعتبر من المسائل ذات الصلة بالواقع العملي لحياة الأفراد، وباعتبارها كذلك قد تثير العديد من الإشكالات العملية لهذا كان لابد من تبيان أحكامها.

إضافة إلى ذلك فإن هذا الموضوع قد تم معالجته من قبل القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، وتم التوافق بينهم، لذلك قمنا بدراسة نسبة هذا التوافق لأننا بمثل هذه الدراسة نكون قد كرسنا فكرة تجسيد أحكام الشريعة الإسلامية في الحياة العملية باعتبارها مصدر من مصادر القانون.

و يعود سبب خوضي غمار البحث في هذا الموضوع إلى أسباب موضوعية وأخرى شخصية أهمها:

-الوقوف على مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لعملية قسمة العقار الشائع.

-دراسة أحكام قسمة العقار الشائع وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي ومقارنتها بنصوص القانونية.

أما عن السبب الشخصي لإختياري هذا الموضوع هو البحث والتعمق في إشكالات العملية التي تواجه عملية قسمة العقار الشائع، وإيجاد الحلول التي تنعكس إيجاباً على حماية المصالح العامة والخاصة.

وتهدف الدراسة على تحقيق هدف أساسي، وهو إبراز التوافق الموجود بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين حول قسمة العقار الشائع من حيث إجراءات وكيفية القسمة، مع تبيان الآثار المترتبة عنها، بالإضافة إلى إبراز أوجه القصور في التشريع ومدى تكملة الشريعة الإسلامية لهذا القصور باعتبارها نظاماً متكامل المعالم.

وقد استدعى البحث في طبيعة هذا الموضوع إلى إتباع المناهج التالية : المنهج التحليلي ، المنهج الوصفي، المنهج المقارن، المنهج الإستدلالي .

فبالنسبة للمنهج التحليلي فكان مواطنه من خلال تحليل النصوص القانونية.

أما عن المنهج الوصفي فقد قمنا بعرض أحكام قسمة العقار الشائع، ثم قمنا بتقسيم القسمة إلى قسمة نهائية وقسمة مؤقتة وذلك باعتماد على نصوص التشريعية وأراء فقهاء الشريعة الإسلامية .

أما عن المنهج المقارن فيبرز من خلال عرض موقف المشرع الجزائري حول قسمة العقار الشائع مقارنة بالشريعة الإسلامية، وحتى بالنسبة للشريعة الإسلامية قمنا بمقارنة بين أقوال الفقهاء ومحاولة الجمع بين الأقوال وفي حالة تعذر ذلك عمدنا إلى الترجيح.

وفي منهج الإستدلالي قد استعنا به عند ذكرنا لكل رأي فقهي حجته وأدلته .

وعليه قد إرتأينا طرح الإشكال التالي: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام قسمة العقار الشائع مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية؟ وما موقف القضاء إزاء ذلك؟.

للإجابة عن إشكالية المطروحة، تناولنا موضوع دراسة في بابين، ف جاء الباب الأول معنونا ب "طرق قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية"، وتضمن فصلين :

الفصل الأول: القسمة النهائية للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: القسمة المؤقتة للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

أما الباب الثاني ف جاء بعنوان: "أثار قسمة العقار الشائع في القانون المدني والشريعة الإسلامية " وتضمن فصلين :

الفصل الأول: الإفراز والاستقلالية كأثرين لقسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: الضمانات المترتبة على قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الباب الأول

طرق قسمة العقار الشائع
بين أحكام القانون المدني
والشريعة الإسلامية

الباب الأول: طرق قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية

الملكية الشائعة أو ما يعرف بالشيوع هي صورة من صور الملكية يكون فيها العقار مملوكا لأكثر من شخص واحد، بحيث يتحدد نصيب كل مالك منهم بحصة شائعة في العقار الشائع، ويترتب على ذلك الحق لجميع الشركاء في الإنتفاع و الإستغلال والتصرف في العقار الشائع لكن وفقا لشروط تختلف بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية .

كما يحق لكل شريك أن يطلب الخروج من الشيوع في حالة عدم الإتفاق على إدارة أو الإنتفاع بالعقار الشائع، وذلك عن طريق القسمة التي تعد السبب الرئيسي لإنقضاء حالة الشيوع، والقسمة قد يكون بصفة نهائية بحيث ينفرد كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع يعادل حصته فيه.

ويكون ذلك إما عن طريق القسمة الرضائية التي تتم باتفاق الشركاء أو عن طريق اللجوء إلى القضاء في حالة عدم إجماع الشركاء على القسمة أو وجود خلاف بينهم، حيث يلعب القاضي دور أساسي في مراقبة الجانب الموضوعي والإجرائي للقسمة .

وقد تجرى القسمة بصفة مؤقتة بين الشركاء من أجل تقسيم المنافع العين الشائعة بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته¹، وهذا ما يعرف بقسمة المهايأة التي تقسم بدورها إلى قسمة مهايأة مكانية أو قسمة مهايأة زمانية، كما قد تكون رضائية أو قضائية .

وسنحاول من خلال هذا الباب معالجة كل من القسمة النهائية والقسمة المؤقتة للعقار الشائع وفقا لما ورد في أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية وذلك في فصلين:

الفصل الأول: القسمة النهائية للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: القسمة المؤقتة للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

¹ احمد الخالدي، المرجع السابق، ص 297 .

الفصل الأول

القسم النهائي للعقار الشائع بين أحكام

القانون المدني والشرعة الإسلامية

الفصل الأول: القسمة النهائية للعقار الشائع بين أحكام القانون

المدني والشريعة الإسلامية

القسمة النهائية إما أن تكون قسمة جزئية أو قسمة كلية، قسمة عينية أو قسمة تصفية، وكلها قد تكون قسمة إتفاقية أو قسمة قضائية، فتكون إتفاقية إذا إتفق الشركاء على قسمة العقار الشائع بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من العقار، في حالة إذا كان هذا الأخير قابل للقسمة عينا لكن إذا تعذر ذلك يتم بيعه وإقتسام ثمنه بينهم كل بقدر حصته في العقار.

أما إذا إختلف الشركاء حول إقتسام العقار الشائع رضائيا أو كان أحد الشركاء ناقص أهلية أو غائبا وجب اللجوء إلى القضاء من أجل قسمة العقار الشائع، فيكون للقاضي دور رئيسي في مراقبة الشروط الموضوعية والإجرائية، وله طريقين أما أن يقسم العقار الشائع عن طريق القسمة العينية أو عن طريق قسمة تصفية حسب حالات المقررة .

وقد عالج القانون المدني و الشريعة الإسلامية أحكام القسمة النهائية للعقار الشائع بنوعيتها :
القسمة الإتفاقية (المبحث الأول) والقسمة القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

تعد القسمة الإتفاقية طريق من طرق الخروج من حالة الشياح، وتتم بإتفاق الشركاء فيقسم العقار الشائع بينهم ليأخذ كل شريك حصته مفرزة أو ما يعادل ذلك، وحتى تتم هذه القسمة يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط في كل من القاسم والمقسوم والمقسوم له، كما يجب على الشركاء إتباع مجموعة من الإجراءات التي تنتهي بقسمة العقار الشائع رضائي.

وهذه الشروط والإجراءات تناولها كل من القانون المدني والشريعة الإسلامية بحيث إتفقى في بعض النقاط وإختلف في بعض الأخرى وهذا ما سنحاول إيرازه من خلال هذا المطلبين:

المطلب الأول: مفهوم القسمة الإتفاقية للعقار الشائع .

المطلب الثاني: إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع .

المطلب الأول: مفهوم القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

القسمة الإتفاقية قائمة أساسا على رضى الشركاء فبدونه لا تعد القسمة رضائية، وعليه فتحقق هذه القسمة القائمة على رضا الشركاء بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالقاسم والمقسوم والمقسوم له وهذا الأهلية.

وبصفة عامة هذه الشروط تضمنها القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، غير أن القانون المدني إشتراط شرط آخر وهو وجوب الشكلية أي إلزامية إخضاع القسمة الإتفاقية التي محلها عقار شائع للشكل الرسمي .

وسنتناول ذلك بالتفصيل من خلال تعريف القسمة الإتفاقية كفرع الأول، وتحديد شروط القسمة الإتفاقية للعقار الشائع كفرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف القسمة الإتفاقية

للقسمة الإتفاقية عدت تعاريف، تعريف لغوي (البند الأول) وتعريف قانوني (البند الثاني) وتعريف شرعي (البند الثالث)، وفي التعريف القانوني تباينت آراء الفقهاء حول مدلول القسمة الإتفاقية وهذا ما سنعرضه في هذا الفرع.

البند الأول: التعريف اللغوي للقسمة الإتفاقية

والقسمة الرضائية تتكون من كلمتين القسمة والرضائية وسنعطي لكل مصطلح التعريف اللغوي الخاص به :

القسمة تأتي بمعنى النصيب وجعل الأشياء أجزاء أو إيعاضا متميزة:¹ وبأنتي بمعنى: القسم: الجزء من الشيء المقسوم، القسمة: إسم من الإقتسام²، جعلو قسمة الثورة بينهم بالتساوي: النصيب لا يعرض هذا الشخص على قسمته في الحياة، والقسم: التجزئة³.

والرضائية مشتقة من الرضى والتراضي، رضي بالشيء رضى به وفيه : إختاره وقنع به فالشيء مرضى، تراضي القوم على شيء : إرتضى كل منهم بما⁴.

البند الثاني: التعريف القانوني للقسمة الإتفاقية

تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع".

ويتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على قسمة المال الشائع إلا أنه لم يتطرق إلى تعريف دقيق حول هذه العملية بإعتبار أن التعريف هو من عمل شراح القانون

¹ مجمع اللغة العربية الادارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج01، إسطنبول (تركيا)، ص734.

² فؤاد أفرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق، ط22، بيروت (لبنان)، ب.س.ط، ص591.

³ أديب اللجمي، المحيط، مجمع اللغة العربية، مجلد3، ب.س.ط، ص985.

⁴ فؤاد أفرام البستاني، المرجع السابق، ص249.

وعليه لقد عرفها بعض الفقهاء بأنها القسمة التي تؤدي إزالة الشبوع بين الشركاء بالطريقة التي يختارونها في حين عرفها بعض الآخر بأنها عقد تسري عليها الأحكام سائر العقود بوجه عام أطرافه الشركاء المشتاعون ومحلّه مال شائع¹.

البند الثالث: التعريف الشرعي للقسمة الإتفاقية

قسمة التراضي عند الحنفية هي القسمة التي تجرى بين جميع أصحاب الملك المشترك بالرضا فيما بينهم، فيقسم جميع الشركاء بالرضا أو يقسم القاضي بينهم برضائهم، وتعد قسمة الرضاء جائزة لأن الشركاء لهم الولاية على أنفسهم وعلى أموالهم، وتعتبر قسمة الرضاء عقد من العقود ركنها الإيجاب والقبول، ومحلها المال المشترك الذي يجوز الإتفاق على قسمته².

وفي نفس السياق نصت المادة 1121 من مجلة الأحكام العدلية على أن قسمة الرضاء هي القسمة التي تجرى بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضا فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضائهم جميعاً³.

وقد ميز الفقه الحنفي بين قسمة التفريق⁴ و قسمة الجمع⁵، وإعتبر قسمة عقار من قبيل قسمة التفريق لا الجمع.

أما المالكية فقد عرفت على أنها قسمة مال المشترك بين شريكين بتراضي بحيث بأخذ كل شريك حصة من المال الشائع، وقد إعتبرها جائزة في كل المال سواء كان هذا المال قيماً أو مثلياً، متحدداً في

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، دار إحياء لثراث العربي، ج 08، لبنان، ب.س.ط، ص 893 و 894 .

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، ج 06، 1997، ص 4736.

³ علي حيدر، دار الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 3، دار عالم الكتب، بيروت، 2003، ص 108 و 109 .

⁴ قسمة التفريق هي تقسيم العين المشتركة بحيث تعين الحصص الشائعة في كل جزء منها في كل قسم منه. علي حيدر نفس المرجع، ص 99.

⁵ قسمة الجمع هي تقسيم الأعيان المتعددة المشتركة إلى أقسام وجمع الحصص الشائعة في كل فرد منها في أحد أقسامها. علي حيدر، نفس المرجع، ص 100.

جنسه أو مختلفا فيه، كانت بعد التعديل والتقويم أو لا، إشتملت على عوض من أحد الشركاء للآخرين أو لم تشمل¹.

أما عن الشافعية والحنابلة فلتفقوا على أن القسمة الرضائية هي القسمة التي تتم ب إتفاق الشركاء دون إجبارهم على ذلك، كما إعتبروا أن قسمة المراضاة تكون في القسمة التي فيها رد، لأنه فيها تملك للمال المشترك².

أما بالنسبة لقسمة تعديل فقد إنقسم الفقه إلى الرأيين، الرأي الأول ذهب إليه قول للشافعية وإحتمال عن إمام أحمد، جاء فيه أن قسمة تعديل لا تتم إلا رضاء وذلك لإختلاف الأغراض والمنافع أما الرأي الثاني فشتمل على جواز قسمة تعديل جبرا، وهذا الرأي للمذهب الحنبلي وكذا قول للشافعية وذلك إحاق للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء³.

الفرع الثاني: شروط القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

للقسمة الإتفاقية مجموعة من الشروط، منها ما نص عليها القانون (البند الأول)، ومنها ما وردت في الشريعة الإسلامية (البند الثاني).

البند الأول: الشروط القانونية لقسمة العقار الشائع إتفاقا

القسمة الإتفاقية للعقار الشائع هي عقد كسائر العقود وبتالي تسري عليها أحكام العقود، من حيث توافر شروط العقد من تراضي الشركاء وخلو الإرادة من العيوب، وتوافر الأهلية، ووجود سبب مشروع وإستفاء المحل لشروطه⁴، بإضافة إلى الشكلية وتوافر شروط القاسم.

¹ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، ج 05، بيروت (لبنان)، 1996، ص 251.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني محتاج، دار المعرفة، ج 04، بيروت، 1997، ص 564. عبد الله بن عبد المحن التركي، الشرح الكبير، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 29، 1996، ص 87.

³ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 563. عبد الله بن عبد المحن التركي، الشرح الكبير، نفس المرجع، ص 87.

⁴ أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 40.

أولاً: شروط المقسوم له

المقسوم له في القانون هم الشركاء أو من ينوب عليهم من الأولياء وأوصياء أو وكلاء، فهؤلاء هم أصحاب الحق في العقار الشائع وبتالي لهم الحق في قسمته رضائياً، أو طلب قسمته في حالة رفض أحدهم، إلا أن هؤلاء يجب أن تتوافر فيهم شروط حتى تكون القسمة صحيحة، ولم يتناول القانون أو الشراح شروط المقسوم له لكن يمكن إستخلاصها من أحكام القسمة في القانون المدني¹.

ولما كانت القسمة الرضائية عبارة عن إتفاق تعاقدية بين الشركاء لإنهاء حالة الشيع التي بينهم، فإن هذا الإتفاق يخضع في إنعقاده ما يخضع له سائر العقود، فلا بد من توافر الرضا الذي يعد ركن أساسي لصحة العقد وإلا كان باطلاً.

ولهذا إشتراط المشرع الجزائري لصحة القسمة الرضائية رضا الشركاء أو بالأحرى إتفاق جميع الشركاء اللذين يملكون العقار الشائع على قسمته وهذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني الجزائري.

ويشترط في الرضا الشركاء وفقاً للقواعد العامة خلوه من العيوب كالغلط والتدليس و الإكراه² والغبن والإستغلال.

ولتحصيل حاصل فإنه لإجماع الشركاء على القسمة الإتفاقية لابد من حضور جميع الشركاء المشاعين أو من ينوب عنهم³، حيث يحل النائب محل الأصل في مباشرة إجراءات القسمة⁴.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص187.

² نظم المشرع الجزائري أحكام الغلط في المواد 81 إلى 85 من ق.م.ج. كما نظم أحكام التدليس في المواد 86 و87 من ق.م.ج. أما الإكراه فنص عليه في مواد 88 و89 من ق.م.ج.

³ مازن زايد جميل عمران، قسمة الرضائية للعقار (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية بكلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008، ص20.

⁴ نظم المشرع أحكام الوكالة في ق.م.ج ضمن المواد 571 إلى 589.

وعليه فللقسمة الإتفاقية تشترط إتفاق جميع الشركاء لكن ما مصيرها في حالة موافقة البعض ورفض البعض الآخر؟ .

ومحاولة منا لإجابة على هذا التسائل حاولنا عرض مواقف شراح القانون في هذ المسألة ،وهذا في إتجاهين:

الإتجاه الأول ذهب هذا الإتجاه إلى أن أصل في القسمة الإ نفاقية هو إتفاق جميع الشركاء لكن في حالة إتفاق بعض الشركاء دون البعض الآخر فإن القسمة في هذه الحالة تكون غير صحيحة ،ورغم ذلك فإن إتفاق الشركاء يظل قائماً إلى غاية إقرار الشركاء ذلك فتكون بذلك نافذة في حقهم جميعاً¹، وتعد طلب القسمة بالنسبة للمتفقين إيجاب إلى الشركاء المعارضين ويبقى هذا الإيجاب قائماً طيلة المدة المتفق عليها، وتكون هذه المدة معقولة في حالة عدم تحديدها وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا عين أجل للقبول ، إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال ،أو من طبيعة المعاملة " .

وقد أقرت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 17-11-1998 تحت رقم 210560 ب:" أن الحكم الذي صادق على الصلح ووقعته جميع الأطراف المتنازعة لا يعتبر من الأحكام القابلة للإستئناف لأنه لم يفضل في النزاع ،بل صدر حسب رغبة وإرادة الأطراف وبذلك فإنه لا يجوز لأي واحد منهم التراجع عنه"².

ويفهم من خلال القرار أن المحكمة العليا أعطت للقسمة الإتفاقية المنعقدة بإجماع الشركاء الحجية بحيث لا يمكن الطعن فيها من أحد الشركاء أو أن يرجع فيها ،ما لم يتوافر سبب من أسباب الطعن القانونية المتمثلة في البطلان والإبطال .

الإتجاه الثاني ذهب هذا الإتجاه إلى أن القسمة التي لم يوافق عليها الشركاء بالإجماع تعد باطلة، كما أن موافقة اللاحقة للشركاء المعترضين تعتبر بداية جديدة وليس تصحيحاً للقسمة الإتفاقية، وبالتالي يشترط عقد جديد للقسمة في حالة إجماع الشركاء³.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08، المرجع السابق ،ص 893 .

² المجلة القضائية، ع 02، سنة 2000، ص 180 .

³ محمد عبد الرحمن الضويوني ، المرجع السابق ،ص 308 .

والراجح هو إشتراط أن يكون المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم في القسمة الرضائية حاضرين وقت القسمة لأن ذلك يعد من مستلزمات إنعقاد إجماع في القسمة الاتفاقية، بحيث لا يتصور موافقة الشركاء دون حضورهم أو من يقوم مقامهم .

و بما أن عقد القسمة الإتفاقية عقد بين الشركاء المشاعين، فلا أن يتوافر شرط الأهلية في الشركاء، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية المختلفة¹.

إذ تنص المادة 40 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، وتضيف المادة 42 فقرة 01 من نفس القانون بقولها أن : " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر السن أو عته أو جنون" ، زد على ذلك نص المادة 43 من نفس القانون التي تنص على : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذو غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

وحتى يكون عقد القسمة صحيحاً ومنتجاً لأثاره وفقاً لنصين السابقين ، لا بد من توافر الأهلية الكاملة لشركاء المتقاسمين وبمفهوم المخالفة إذا كانت الأهلية غير كاملة فوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون .

و قانون الأسرة الجزائري قد تضمن هذه الإجراءات بحيث فرض على كل من الولي² والوصي³ والمقدم⁴ حماية للقاصر اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على الإذن المسبق في ما يتعلق ببيع

¹ علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 207 .

² تنص المادة 87 من ق.أ.ج على : " يكون الأب ولياً على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، تحل الأم محله للقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

³ تنص المادة 92 من ق.أ.ج على : "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح بينهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

⁴ تنص المادة 99 من ق.أ.ج على : "المقدم هو من تعيينه المحكمة في حلة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها بناء على أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

العقار أو قسمته طبقاً لنص المادة 88 قانون الأسرة الجزائري في ما يتعلق بالولي، والمادتين 95 و100 من نفس القانون بالنسبة للوصي والقيم .

إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد من هو القاضي المختص بمنح الإذن وكذا كيفية الحصول على هذا الإذن.

لكن المشرع الجزائري قد إستدرك الأمر من خلال أحكام القانون 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث منح إختصاص إصدار الإذن للقاضي شؤون الأسرة بناء أمر على عريضة طبقاً لنص المادة 479 بنصها : "يمنح ترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة " .

في حالة حصول اتفاق مبدئي في مابين الشركاء وممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب يتم اللجوء إلى رئيس قسم شؤون الأسرة من قبل الممثل القانوني لعرض مشروع القسمة ، فإذا كانت غير ضارة بمصلحة ناقص الأهلية أو الغائب يأذن القاضي لصاحب النيابة الشرعية بموجب أمر على عريضة أن يباشر إجراءات القسمة .

وإجراء الحصول على الإذن من قبل القاضي في مسائل المتعلقة بالتصرف في أموال القاصر إجراء من النظام العام ، وهو الهبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرار لها رقم 41470 الصادر في 30 - 06 - 1986 بحيث جعلت تصرف الولي في حق ابنه القاصر متوقف على رجوع الولي للعدالة وهذا لحماية حقوق القاصر من النظام العام¹ .

ثانياً: شروط القاسم

لقد أجاز المشرع الجزائري للشركاء المتفقون على قسمة التراضي أن يلجأ إلى الموثق من أجل إتمام الإجراءات الشكلية التي تعد شرط من شروط القانونية لإجراء القسمة الاتفاقية والذي سيتم تناوله بالتفصيل في الشرط الرابع.

¹ يوسف دلاندة ، الوجيز في الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2015، ص 101 .

ومن ضمن هذه الإجراءات هو تسلم الوثائق المطلوبة ومن بينها مخطط موقع الأمكنة الذي يعد من قبل الخبير العقاري المختص والمعتمد على النحو الذي جاء به الأمر 95 - 08 المؤرخ في 1995/02/01 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري¹، في نص المادة 02 منه على من يمارس هذه المهنة أن يكون شخص طبيعي يقوم بصفة رئيسية بإسمه الشخصي بوضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بعقود تتعلق بنقل الملكية العقارية .

وبهذه الصفة يتولى المهندس الخبير العقاري وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية وتحديد معالم حدودها وتحديد قيمتها التجارية أو الإيجارية، ويقوم الخبير دون المساس بالصلاحيات المخولة للإدارات في مجال تسيير الأملاك العقارية، بالتحريات العقارية المرتبطة بعمليات نزع الملكية للمنفعة العامة بها، أما عن شروط ممارسة الخبير لمهنته فقد نصت المادة 03 من القانون المذكورة أعلاه على ما يلي: "تخضع ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري لتوافر الشروط الآتية:

- الجنسية الجزائرية

- حيازة شهادة مهندس دولة مساح أو مهندس دولة مساح أو مهندس دولة في الطبوغرافية أو مهندس تطبيقي، تقوم بتسليمها مؤسسة من مؤسسات التعليم العالي أو تعادلها في هذا الإختصاص.

- الممارسة المسبقة للمهنة ،

أما كمهندس متدرب، حسب مفهوم المادة 30 من هذا الأمر، لمدة 03 سنوات والنجاح في إمتحان نهاية التدريب،

وإما كمهندس مسح الأراضي أو مهندس في الطبوغرافيا، ضمن إدارة تابعة للدولة أو جماعة محلية أو مؤسسة عمومية لمدة خمس سنوات على الأقل ،

-عدم التعرض لحكم قضائي بسبب أعمال تمس أعمال بشرف المهنة وسمعتها،

-التمتع بالحقوق الوطنية ،

-التسجيل في جدول هيئة المهندسين الخبراء العقاريين المنصوص عليه في المادة 12

أدناه".

¹ الأمر 95-08 المؤرخ في 10 فبراير 1995، يتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، ج. ر.ع 20.

ثالثا: شروط المقسوم

يقصد بالمقسوم هو العقار الشائع محل القسمة أي هو العين التي يشترك في ملكيتها الشركاء في الشبوع والذين يطالبون بقسمتها، وعليه فالمقسوم هو المحل القسمة الذي بدونه لا تتم هذه الأخيرة لأن المحل هو ركن من أركانها.

وللمقسوم له شروط ينبغي مراعاتها في العقار الشائع المراد قسمته، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الفقه القانوني لم يتناول هذه الشروط بشكل مباشر، وعليه وجب الرجوع إلى القواعد العامة الموجودة في القانون المدني والتي تطبق المحل من أجل تطبيقها على محل القسمة وهي كالآتي:
- أن يكون المقسوم موجودا أو ممكن الوجود وقت القسمة، فإن كان مستحيلا فالقسمة في هذه الحالة باطلة وهذا قياسا للمحل في العقد.

- أن يكون المقسوم معينا أو قابلا للتعين، أي أن يكون معين إما بنوعه أو بمقداره وإما بذاته فليكن كان كذلك وجب أن يكون معروفا، فيوصف وصفا نافيا للجاهلة ومثاله إذا كان محل القسمة منزلا فوجب تحديد موقعه وموصفاته الأساسية التي تميزه غير غيره من المنازل .

- أن يكون محل القسمة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، فيجب أن يكون غير مخالف لنظام العام والأداب العام ومما يمكن التعامل فيه، وعليها لا يصح قسمة التركة المستقبلية في حياة المورث إلا برضاه.

- كما يجب أن يكون المقسوم مملوكا لشركاء وقت القسمة، فليكن كانت خالفا لذلك فالقسمة تبطل.
- أن يكون المقسوم في القسمة الإتفاقية قابلا للقسمة¹.

رابعا: الشكلية القانونية

يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها إرتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتهما إما باللفظ أو الكتابة أو إشارة أو إتخاذ موقف معين بتعبير عنه أما صريحتنا وضمنا حتى يقوم العقد وهذا ما ورد في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري .

¹طبقا للمواد 92 و 93 و 94 و 97 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

وقد إعتنق المشرع الجزائري مبدأ حرية التعبير عن الإرادة، بحيث قسم التصرفات القانونية إلى رضائية وشكلية حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على الرضائية بنصها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادلا الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبذلك تكون هذه المادة قد فتحت المجال لنصوص القانونية لتقيد مبدأ الرضائية عن طريق إجراءات تختلف باختلاف التصرف القانوني دون تخلي عن الرضا الذي يعتبر عنصر جوهري لأي تصرف قانوني، والشكلية التي تشترطها النصوص القانونية قد تكون من أجل انعقاد التصرف - ما تعرف بشكلية الانعقاد- أو من أجل إثباته، أو من أجل وجوده أو نفاذه .

وأى إجراء متعلق بنقل ملكية عقارية أو حقوق عينية متعلق بها وقسمتها وجب إفراغها في قالب رسمي تطبيقا لنص المادة 324 مكرر 1 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

ولا تنتقل الملكية العقارية بين المتعاقدين وحتى الغير إلا إذا تمت مراعاة النصوص القانونية المتعلقة بالشهر العقاري¹، وهذا ما أكدته الامر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري² في مادتيه 15 بنصها: "كل حق للملكية وحق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية".

والمادة 16 بقولها: "العقود الإدارية والإتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية".

¹ نصت المادة 793 من ق.م.ج: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

² الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع 92، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 18-18 المؤرخ في 27 ديسمبر 2018، يتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر.ع 79.

وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا العديد من قراراتها لاسيما في قرارها رقم 231832 المؤرخ في 18 جوان 2002 الذي قضى ببلن من المقرر قانونا أن العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ومن تم فإن إستبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للشركة يعد تطبيقا سليما للقانون¹.

إذن فالقسمة الإتفاقية لا يتم إثباتها إلا بموجب عقد رسمي²، وقد رتبت المحكمة العليا أنث على عدم إحترام الإجراءات الشكلية المتمثلة في الرسمية والشهر في القسمة الإ نفاقية للعقار، بحيث قضت المحكمة العليا بموجب قرارها رقم 198689 المؤرخ في 24-05-2000 على أنه من مقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهره يجعل منها قسمة مه اياة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشوع³.

ومما يلاحظ أن المشرع الجزائري يجيز للأطراف المنفقة على القسمة بطريقة الودية أن يلتجؤ إلى أحد الموثقين لإفراغ إتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل الرسمي الذي إشرطه القانون وهذا طبقا لنص المادة 03 من قانون 06-02 المؤرخ في 20-02-2002 المتضمن تنظيم مهنة الموثق⁴ حيث يتلقى الموثق من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة ويقوم بإفراغها في شكل الرسمي.

ومعنى ذلك أن يقوم الموثق بتحرير عقد قسمة الإتفاقية بحضور الأطراف والشهود و أن يعمل على تسجيل ذلك العقد وإشهاره في المحافظة العقارية وبعد انجازه يحتفظ بالأصل ضمن أصول العقود المحفوظة وتسليم نسخ من عقد القسمة الإتفاقية لمن طلبه من الأطراف المتعاقدة ويستطيع المتقاسمون أن يحصلوا أن يحصلوا على الدفتر العقاري من المحافظة العقارية بحيث يكون لكل متقاسم دفتر عقاري خاص بالجزء المفروز الذي أل إليه بموجب القسمة وهو وثيقة التي تجسد ملكية العقار.

¹ مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، 2004، ص 265.

² قرار رقم 414655 المؤرخ في 12-09-2007 صادر عن الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، ع 01، لسنة 2008.

³ مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2004، المرجع السابق، ص 283.

⁴ القانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ع 14.

البند الثاني: شروط القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في الفقه الإسلامي

القسمة الإتفاقية هي قسمة تراضي وسميت كذلك لأنها تقع برضا الشركاء يأخذ فيها كل شريك مقدار حصته بتراضي¹.

وحتى تتم هذه القسمة إشتراط الفقه بعض الشروط نشلها في ما يأتي :

أولاً: شروط المقسوم له

إشتراط الفقه الإسلامي في المقسوم له بعض الشروط تتلخص في رضا المقسوم لهم أو من يقام مقامهم، حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم، مع وجوب توافر أهلية في المتقاسمين.

وقد إتفق الفقهاء على أن قسمة الإتفاقية تتعقد بموافقة جميع الشركاء على أن يكون الشركاء جميعاً من أهل الرضا أي بالغين عاقلين، فإذا كانوا غير ذلك فيشتراط موافقة من يقوم مقامهم².

لما إشتراط الفقهاء رضاء كل شريك من الشركاء كان هدف من ذلك هو الحفاظ على حقوقهم، إلا أن رضا قد يندم في حالة وجود ناقص أهلية أو غائب بين الشركاء، وفي هذه الحالة وجب إتخاذ بعض الإجراءات .

وتختلف هذه الإجراءات بلختلاف ما إذا كان أحد شركاء محجور عليه أو غائب.

فإذا كان أحد أطراف القسمة الرضائية محجور عليه، فإن هذه القسمة تختلف بلختلاف الولاية والوصاية ففي الولاية إتفق الفقهاء على أنه إذا كان أحد الشركاء صبي أو محجور عليه لجنون أو عته، وأراد الشركاء إقتسام المال الشائع لأبد من وجود الولي الذي يحل محل الصبي أو المحجور عليه في القسمة، بلإعتبار أن القسمة الرضائية كالبيع وسائر التصرفات، كما يمكن أن يطلب الولي القسمة إذا كانت في مصلحة الصبي أو المحجور عليه، أما إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإلته يجب طلبه حتى ولو لم يكن في ذلك مصلحة للمحجور عليه لأن إجابة الطلب القسمة واجبة³.

¹ أحمد فراج حسن، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص23.

² الكاسني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، ج 09، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 154 .

³ عبد الرحمن بن محمد سليمان الكيبولي، مجمع الأنهر، دار الكتب العلمية، ج 4، لبنان، 1998، ص127. إمام النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، ج 11، ط03، 1991، ص 203 .

والأصل في جواز قسمة الولي أن تكون له ولاية البيع فإين كان له ذلك، كانت له ولاية القسمة وإذا الحال بالنسبة للقاضي إذ يملك ولاية بيع مال الصغير والكبير فكان له ولاية القسمة وهذا ما جاءت به الحنفية¹، أما فقهاء الحنابلة فقالوا أن القسمة إما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائزة للولي ولأن القسمة مصلحة للصبى فجازت كالشراء له².

أما بالنسبة للوصاية فقد أجمع الفقهاء على أنه للوصي أن يقسم عن الصغير ما دامت القسمة منفعة له ومن غير زيادة في العوض، لأن في القسمة دفعا لضرر الشركة فأشبهه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاة الدين أو الحاجة إلى النفقة³.

أما إذا لم يكن للصغير ولي أو وصي فعلى القاضي أن ينصب عنه وصيا لتتم القسمة برضاه، لأن القسمة الرضائية لا بد فيها من رضا الشركاء جميعا فيما يقسمونه بأنفسهم إذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم إذا لم يكونوا من أهله، فالقسمة باطلة⁴.
وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للوصي غير الأم أن يقسم عن الصغير إلا بعد إذن القاضي وحينئذ يقسم إذا كانت القسمة نظرا له.

وما ذهب إليه المالكية هو الراجح، من وجوب إستئذان الوصي للقاضي قبل إجراء القسمة الرضائية، لأن القاضي له القدرة على معرفة ما إذا كانت القسمة الرضائية في مصلحة القاصر أم أنها ليست في صالحه، وإن كانت كذلك جاز للقاضي العدول عن القسمة الرضائية وتحويلها لقسمة قضائية وكذلك بهدف المحافظة على أموال القاصر⁵.

أما في حالة ما إذا أراد الشركاء إقتسام عقار الشائع بينهم رضائيا وكان من بين الشركاء غائبا، فلا تجوز هذه القسمة إلا بأمر القاضي أو بحضور الوكيل الذي يعينه ليقبض النيابة عنه، وإذا تمت القسمة الإتفاقية من غير أمر القاضي أو حضور وكيله كانت باطلة، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يوجد لها إستثناء يكمن في لو عين الغائب لنفسه وكيلا قبل غيبته فيحل هذا الوكيل محله في كل شيء، ولهذا الأخير الخيار بين أن يقسم العقار الشائع رضائيا إذا كان في مصلحة الغائب لتكون القسمة في هذا الحال صحيحة أو يطلب لموكله إجراء القسمة قضائية.

وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة⁶ وجمهور المالكية¹.

¹ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 154 .

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 24 .

³ أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 25 .

⁴ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 154 .

⁵ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 25 .

⁶ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 302.

وذهب بعض المالكية إلى القول بـإلتظار عودة الغائب، إذا لم يكن بمكان بعيد عرفا، فـتنتظر حتى يقسم برضاه².

وذهب الحنفية إلى أنه لا يقسم القاضي عن الغائب إذا لم يكن له وكيل حاضر عنه، ولو كانت غيبة بعيدة، ولكن إذا قسم القاضي رغم غيبته أو حضور من يمثله، وجنب له حصته، فإن القسمة لا تنقض³.

ولصحة القسمة الرضائية لا بد من حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم لأن رضاهم لا يعرف إلا بحضورهم⁴.

ويشترط أيضا في المتقاسمين توافر الأهلية، والأهلية المتقاسمين عند فقهاء الشريعة في العقل والبلوغ، فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع، وفيها معنى البيع فيشترط فيها ما يشترط في البيع⁵.

ثانيا: الشروط المطلوبة في القاسم

حتى يكون القاسم قاسما لا بد من أن توافر فيه مجموعة من الشروط تختلف بين ما إذا كان قاسم قد عين من قبل القاضي أو من قبل الشركاء أنفسهم.

أ- شروط القاسم المعين من قبل القاضي

لكي تتم القسمة وجب ان تتوافر في القاسم المعين من قبل القاضي مجموعة من الشروط والتي تنقسم بدورها إلى شروط متفق عليها من قبل الفقهاء وشروط غير متفق عليها.

¹ سيدي أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، ج 03، الجزائر، ب.س.ط، ص 276.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 302 .

³ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 154 .

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 302 .

⁵ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 145 .

-شروط القاسم المتفق عليه

يشترط في من يتولى القسمة أن يكون عاقلا، لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية، وبالتالي فلا يجوز قسمة المجنون لعدم عقله، وقسمة الصبي الغير الذي لا يعقل، فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه¹.
والملك والولاية شرطان متلازمان بدونهما لا تتم القسمة، فالملك يقصد به أن يكون القاسم مالكا لجزء من المال المشترك، أما الولاية فنوعان ولاية القضاء و ولاية القرابة.
فشرط ولاية القضاء مبني على الطلب الشركاء كلهم أو بعضهم، فيقسم القاضي ونائبه المال المشترك على الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي، والحر والعبد، والمأذون والمكاتب وهذا بحسب الحالة المعروضة عليه.

أما عن ولاية القرابة فلا يشترط فيها الطلب، بحيث يقسم الأب ووصيه، والجد ووصيه، على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد، ويكون ذلك إما بالملك، أي يكون مالكا للجزء من المال المشترك، وإما أن يكون للقاسم حق القسمة بين الشركاء بولاية القرابة أو بولاية القضاء².

ويشترط أيضا في القاسم أن يكون على علم بالمساحة والحساب، لأن القاسم مندوب لهما وعامل لهما، وإعتبار هذين في القاسم لإعتبار العلم في الحاكم، فليقن كان جاهلا بأمر القسمة يخاف منه الجور ولا تجوز القسمة³.

وإعتبر بعض الحنفية هذا الشرط شرط وجوب⁴، وبعض آخر شرط إستحباب⁵.

و إذا كان من شروط القاسم أن يكون عالما بالمساحة والحساب فهل من شرطه كذلك أن يكون عالما بالتقويم؟.

ذهب الشافعية في ذلك إلى وجهان :

¹الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص145.

²الكاساني الحنفي، نفس المرجع، ص 145 .

³ لكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 142 و 145. إمام النووي، المرجع السابق، ص 201 .

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص119 .

⁵ الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 145.

الأول هو عدم إشتراطه ،لأن في حالة عدم علمه بالتقويم فبإمكانه أن يرجع عند الحاجة إلى عدلين .
وثاني إشتراط أن يكون عارفا بالتقويم إذا كانت القسمة تعديلا وردا ، أما إذا كانت مشتملة على
قسمة أجزاء فلا يشترط فيه أن يكون عارفا بالتقويم¹.

وأما الحنابلة فقد أيد الإتجاه الثاني و إشتراط علم القاسم بالتقويم كعلمه بالمساحة والحساب
ليوصل إلى كل ذي حق حقه ،لتحقيق مقصود القسمة².

والأرجح ما ذهب إليه الشافعية في عدم إشتراط أن يكون القاسم عالما بالتقويم ،إلا أنه يستحب
أن يكون كذلك لأنه أكمل للشرائط كما قال الأسنوي.

وجه أرجحية هذا الإتجاه يرجع إلى أن التقويم يحتاج إلى أناس مختصين تتوافر فيهم إمكانية الوقوف
على إتجاه الأسعار وحركة الأسواق ،وهي حركة دائبة وسريعة ،ولا بأس أن يستعين القاسم بمثل
هؤلاء الأشخاص الذين فرغوا أنفسهم لمثل هذا العمل فيرجع عند الحاجة إلى إخبار عدلين منهم³.

فيشترط في القاسم أيضا أن يكون عدلا، أي غير فاسق،ومن لوازم العدالة أن يكون أمينا غير
خائن،لأن القسمة من جنس عمل القضاء ويعتمد على قوله فكانت العدالة والأمانة شرطا فيه،لأن العدالة
ولأمانة شرطان متلازمان⁴.

-الشروط القاسم المختلف فيها-

هناك مجموعة من شروط المتعلقة بالقاسم إختلف بشأنها الفقه الإسلامي وتكمن في البلوغ
والذكورة والإسلام والحرية وتعدد القاسم.

وإشتراط البلوغ عند القاسم إختلف فيه الفقهاء إلى قولين :

¹ الإمام النووي، المرجع السابق، ص 201.

² موقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ،المغني،دار عالم الكتب، ج 14،الرياض،
1997،المرجع السابق،ص 114.

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 104 و-105 .

⁴الكساني الحنفي،المرجع السابق،ص 145.عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي ،المرجع السابق،ص
126.الإمام النووي،المرجع السابق،ص 201.محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي،المرجع السابق،ص 252 .

القول الأول لجمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) فذهبوا إلى إشتراط أن يكون القاسم بالغاً أما القول الثاني فهو للمذهب الحنفي الذي لا يشترط في القاسم أن يكون بالغاً، بل يكتفي بلإشتراط العقل وبتالي يجوز أن تصح قسمة الصبي الذي يعقل القسمة لكن لابد من إذن وليه¹.

أما عن شرط الذكورة فقد إشتراط جمهور الفقهاء في القاسم الذكورة أي لا يجوز للقاضي أن ينصب امرأة قاسمة، لأن المرأة ليست من أهل الولاية العامة².

في حين ذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط في القاسم أن يكون ذكر، بل يصح للقاضي أن ينصب امرأة³.

وقد إشتراط جمهور الفقهاء في القاسم أيضاً أن يكون مسلماً⁴، في حين ذهب الحنفية إلا إلى أن الإسلام ليس شرط في القاسم إذ يجوز قسمة الذمي، لأنه يعتبر من أهل البيع أي من أهل المعاملات ومدام هو كذلك فلننه تجوز قسمته⁵.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية في عدم إشتراط في القاسم أن يكون مسلم، بحيث يجوز أن يكون القاسم ذمياً لأن العبرة في القاسم علمه وخلقه، ولا شك أن بعض الذميين يتصفون بهذه الصفات ويتحلون بالأمانة مما يجعلهم أهل لذلك.

وقد إشتراط كل من المالكية والشافعية الحرية في القاسم، فلا يجوز للحاكم أو القاضي أن ينصبا عبداً قاسماً لأن القاسم هو نائب القاضي أو الحاكم، وهذين الأخيرين يشترط فيهما الحرية وكذلك من كان نائباً عنه⁶.

¹ الكاسني الحنفي، نفس المرجع، ص 145 .

² الإمام النووي، المرجع السابق، ص 201.

³ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 145 .

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 122 .

⁵ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 19.

⁶ بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 114. الإمام النووي، المرجع السابق، ص 201.

أما الحنفية والحنابلة فقد إتجهوا إلى عدم إشتراط الحرية في القاسم، إذ يجوز للحاكم أو القاضي تعيين عبدا في منصب القاسم، وذلك بِلِستجماع الشروط وإذن الولي¹.

أما عن شرط تعدد القاسم فقد إختلف الفقهاء، فهناك من جعله شرطا وهناك من لم يشترطه، وكذا الحال في إشتراطه في لقسمة التقويم من عدمه، فلنقسموا في ذلك إلى ثلاث أقوال :

القول الأول ذهب إليه الشافعية وبعض المالكية، وإعتبر أن التعدد شرط في القاسم مطلقا، أي سواء إشتملت القسمة على تقويم وتعديل أم لا، فشرطه منصوبا من قبل القاضي أن يكون إثنين على الأقل.

وجه هذا القول أن القاسم شاهد فيشترط فيه نصاب الشهادة وهو إثنان على الأقل².

والقول الثاني إشترط التعدد في القاسم إذا إشتملت القسمة على تقويم أما إذا لم تشتمل على تقويم فواحد يكفي.

ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية في الأظهر وبعض المالكي³.

وجه ذلك أن القسمة إذا اشتملت على تقويم كانت شهادة بالقيمة فلا يقبل فيها أقل من إثنين كسائر الشهادات، بخلاف ما إذا خلت عن التقويم حيث يجزئ فيها قاسم واحد، لأنه ينفذ ما يجتهد فيه ما شبه القائف والحاكم، وغايته أن القاسم لا يحتاج إلى لفظ الشهادة و إن وجب تعدده لأنها تستند إلى عمل محسوس⁴.

أما القول الثالث فذهب إلى أن التعدد ليس شرطا في القاسم مطلقا، بل قاسم واحد يكفي سواء إشتملت على تقويم وتعديل أم لم تشتمل على شيء. وذهب إلى ذلك كل من الحنفية وجمهور المالكية⁵. وجه هذا القول أن طريق القاسم الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالقائف والمفتي والطبيب، فكان الواحد كافيا.

¹الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 145.

²الإمام النووي، المرجع السابق، ص 201.

³محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 127.

⁴شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 558.

⁵الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب في ترتيب الصنائع، دار الكتب العلمية، ط 02، الرياض، 1986، ص 4115 و 4116.

والراجع ما ذهب إليه القول الثالث لأن القاسم حاكم بين الشركاء حيث تلزم قسمته بنفس قوله، لأنه يستوفي الحقوق لأهلها، فكان الواحد كافياً¹.

ب- شروط القاسم المختار من قبل الشركاء

سبق القول أن للشركاء الحق في أن يختاروا قاسم غير الذي عينه القاضي، وأن يفوضوا إليه أمر القسمة، فهل يشترط فيه حينئذ ما يشترط في قاسم المعين من قبل القاضي أم لا يشترط؟ .

لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يشترط في القاسم المعين من قبل الشركاء أنفسهم ما يشترط في قاسم المعين من قبل القاضي، لأنه وكيل عنهم وهم راضون بقسمته، حيث تصح القسمة من غير المسلم عند من يشترط الإسلام في القاسم.

وغايته كما يقول فقهاء الشافعية أنه يشترط فيه أن يكون مكلفاً، أي عاقلاً بالغاً حراً، ويضاف إلى ذلك العدالة إذا كان بين المقسوم لهم محجور عليه كصبي ومجنون .

لذلك لا خلاف في أن القسمة إذا كانت عن تراض جاز للشركاء أن يفوض إلى واحد غيرهم أن يقسم بينهم، ولو اشتملت القسمة على تقويم وتعديل².

ثالثاً: شروط الخاصة في القسمة

للقسمة شروط خاصة تكمن في :

أ- أن تكون القسمة عادلة

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 129.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 558.

المقصود بأن تكون القسمة عادلة غير جائرة هو أنه عند قسمة الأنصبة يجب أن يكون النصيب المستحق دون زيادة أو نقصان.

ولأن القسمة هي إفرار بعض النصاب ومبادلة البعض، وتكون المبادلات مبنية على المراضاة، فلين وقعت بدون توافر التراخي كانت هذه القسمة جائرة وتكون كذلك في حالة عدم إفرار نصيب أحد الشركاء بكامله.

وتكون القسمة غير عادلة في حالة ظهور الغلط في القسمة المبادلة فتتقض وتستأنف، ومن ذلك يظهر أن القسمة لم تحقق المعنى الكامل لها¹.

ب- عدم حدوث ضرر من جراء القسمة للشركاء جميعاً

إختلف الفقهاء بخصوص هذا الشرط بين مدى جواز القسمة مع وجود ضرر يلحق بالشركاء من عدمه، وفي ذلك قولين:

القول الأول: ذهب هذا القول إلى أنه يجوز للشركاء أن يقتسموا بالتراضي ما فيه ضرر بهم، سواء بطل نفع المقسوم بالكلية أو تغيرت صفته.

وهذا القول للحنابلة² وأبي حنيفة والشافعية، وهو قول مالك وإبن كنفان من أصحابه³.

وإستدلوا في ذلك على ما يلي:

ـ قوله تعالى: " مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا"⁴.

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 161.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 303 .

³ محمد بن أحمد محمد بن أحمد رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة طالب العلم، المكتب الثقافي السعودي بالمغرب، ج02، 1417 هـ، ص 200.

⁴ الآية 07 من سورة النساء: "لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا".

فالله سبحانه وتعالى قد بين أن كل مشترك من التركة يقسم بين الورثة أو الشركاء، فبإلا كان كثيرا ولم يقيد ذلك بضرر أو نفع.

ونوقش هذا بأن المقصود من الآية، توجه الحق لهم قليلا كان أو كثيرا، تم يقسم على غير ضرر، كما أمرت السنة المطهرة¹.

— إن الشركاء يملكون المال المراد قسمته ملكية تامة فلهم الحق في القيام بما ينفعهم ويحقق أهدافهم ومقاصدهم، وخاصة أنهم أعرف الناس بما يريدون وما يحتاجون إليه، وبالتالي يمكن لهم إجراء القسمة حتى ولو كان فيها ضرر بتضيق المال لأن ذلك لا يتنافى مع صحة القسمة شرعا².

القول الثاني: ذهب إلى أنه لا يجوز للشركاء أن يقسموا بالتراضي ما يبطل نفعه بالكلية، أي بمفهوم المخالفة يجوز لهم أن يقسموا ما لا يبطل نفعه بالكلية.

وهذا ما ذهب إليه كل المالكية وقول للشافعية³.

وإستدلوا بما يلي :

— بما روى عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: (لا ضرر و لا ضرار).

فقد نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن الضرر سواء ألحقه الإنسان بنفسه أو بغيره، ولا شك أن في قسمة ما لا ينقسم إلا بفساده ضرر يلحق جميعه الشركاء فيكون منهيها عنه .

وبما أخرجه الدار قطني عن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: (لا تعضية على أهل الميراث إلا حمل القسم).

قال أبو عبيد: هو أن يموت الرجل ويدع شيئا قسم بين ورثته وكان في ذلك ضرر على جميعهم، أو على بعضهم فلا يقسم. والعضية: التفريق.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 304 .

² مازن مصباح ونعيم سمارة المصري ،قسمة الأعيان دراسة فقهية مقارنة،مجلة الإسلام في آسيا،المجلد 7،ع

02،ديسمبر 2010 . أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ،ص 68 .

³ محمد بن أحمد محمد بن أحمد رشيد القرطبي ،المرجع السابق ،ص 200.

أن قسمة ما يبطل نفعه بالكلية سفه وإضاعة للمال وهو منهي عنه شرعا¹.

أن المراد بالقسمة هو إفراز الحقوق وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به على ما يردده، وقسمة ما لا ينقسم به إلا بفساده، ليس فيها هذا المعنى، فيجب المنع منها².

أما القسمة ما لا يبطل نفعه بالكلية، فإنه يمكن الإنتفاع بما صار لكل واحد من الشركاء على حدى، وأن كان فيه إتلاف من وجه، إلا أنه جواز ترخيص لتخلص من سوء المشاركة، وبهذا لا يعد إضاعة للمال³.

ويقول المالكية أن منع ما فيه فساد للمقسوم رضاء نظرا لما فيه من أضاعة المال وهو حق الله تعالى، وإما جواز قسم ما تتغير صفته أو يبطل نفعه المقصود بالتراضي، فلأن ذلك حق الأدمي، كقسم دار الصغير وحمام ومصراعي الهاب، وللأدمي إسقاط حقه، بخلاف حق الله تعالى فليس له إسقاطه⁴.

والراجح هو ما ذهب إليه القول الثاني (المالكية والشافعية)، والتمثل في أن ما فيه فساد لا يصح قسمته بالتراضي لما فيه إضاعة للمال وإتلاف له، فهو منهي عنه لإضراره بجميع الشركاء أما القسمة التي يؤدي الى تغير في صفته أو نقصان من قيمة برضا الشركاء فيجوز إجراؤها وذلك لإمكانية الانتفاع به بلأي وجه من الوجوه⁵.

ويرد على الفريق الأول حين إستدلوا بالآية: بأن الآية ليس فيها تعرض للقسمة، وإنما إقتضت الآية وجوب الحظ والنصيب للصغير والكبير قليلا كان أو كثيرا، أما إبراز ذلك النصيب فإنما يؤخذ من دليل آخر، وذلك بأن يقول الوراثة: قد وجب لي نصيب بقوله تعالى فمكوني منه، فيقول له شريكه:

¹ محمد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 304 و 305.

² القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مكتبة نزار مصطفى الباز، ج 02، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 1276.

³ مازن مصباح و نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 178 .

⁴ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 68 .

⁵ مازن مصباح و نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 178 .

أما تمكينك على إختصاص فلا يمكن ،لأنه يؤدي إلى ضرر بينى وبينك من إفساد المال وتغير الهيئة ،وتنقيص القيمة¹.

بترجيح الرأي الأول ويطرح تسأل :هل لقاضي سلطة منع الشركاء الذي إنعقد اجماعهم على إقتسام المال الشائع الذي يترتب على قسمته فساده أو فوات منفعة ؟.

أجاب الشافعية على ذلك فقالوا بأنه إذا كانت المنفعة تبطل بالكلية،بمعنى فساد العين الشائعة من جراء القسمة،فإن القاضي لا يجيبهم إلى هذه القسمة ،ويمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم أيضا،لأنه سفه².

من خلال ماسبق يتبين أن كل من الفقه الإسلامية والقانون المدني قد إتقف على أن القسمة الإتفاقية تقوم على تراضي الشركاء أو من يقوم مقامهم،غير أن القانون المدني قد رتب على تخلف تراضي أحد الشركاء أو حضورهم بطلان القسمة بالنسبه إليه فقط لتبقى صحيحة في حق من رضا بها ،في حين ذهب الفقه الإسلامي إلى ترتيب البطلان في حالة تخلف رضى المقسوم لهم أو من يوم مقامهم.

كما إشرط فقهاء الشريعة الإسلامية في القسمة أن تكون عادلة ،فإن حصل العكس جاز نقضها للغبن،أما عن القانون المدني فلم يضمن هذا الشرط بصريح العبارة وإنما إكتفى بإجازة نقض القسمة للغبن.

إضافة إلى ذلك إتجه الرأي الراجح عند فقهاء الشريعة إسلامية إلى عدم جواز القسمة الإتفاقية المترتب عنها ضرر كبير لشركاء المتقاسمين،أما القانون المدني فلم يمانع ذلك نظرا أن هذا نوع من القسمة قائم على تراضي الشركاء.

أما عن شروط القاسم فتجدر الإشارة إلى القانون المدني لم يتفق مع الفقه الإسلامي في بعض منها نذكر شرط الذكورة الذي جاء به فقهاء الفقه الإسلامي،في حين أن القانون لا يحصر شخص القاسم في فئة ذكور فقط بحيث قد يكون ذكر كما قد يكون أنثى .

¹ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ،جامع الأحكام القرآن،مؤسسة الرسالة،ج السادس،بيروت (لبنان) 2006، ص82.

² محمد عبد الرحمن الضويوني ،المرجع السابق،ص 306 .

المطلب الثاني: إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

من أجل قسمة العقار الشائع وجب على الشركاء في حالة إجماعهم إتباع إجراءات لإنهاء حالة الشيوخ، ليأخذ كل شريك حصته مفرزة من العقار الشائع تعادل حصته فيه، وتختلف هذه الإجراءات بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

وسنحاول من خلال هذا ال مطلب تناول إجراءات القسمة الرضائية من ناحية القانونية (الفرع الأول) ومن ناحية الشرعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في القانون المدني

بما أن قسمة الاتفاقية للعقار الشائع هي قسمة رضائية فإنه يكون للشركاء الحق في إختيار كيفية إجراءاتها، إلا أن هذه الإجراءات غير كافية لهذا السبب كان و لابد من إدراج إجراءات قانونية وخصوصا أنها واردة على العقار.

وعليه سيتضمن هذا الفرع بندين:

البند الأول: الإجراءات الإتفاقي .

البند الثاني: الإجراءات القانوني.

البند الأول: الإجراءات الإتفاقي

تنص المادة 723 من القانون المدني الجزائري على أن : "للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...".

ومن خلال هذه المادة يتبين أن للشركاء الحرية في إختيار أي إجراء يروه مناسب للقسمة العقار الشائع قد يختارون أن تكون القسمة عينية حيث يقرر المال الشائع ويأخذ كل شريك نصيبه مفرز.

كما يملك الشركاء الإتفاق على قسمة العينية بوسيلة تكوين الحصة أي العقار الشائع يقسم إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب إذا كان ذلك ممكنا.

كما يملك الشركاء الإتفاق على القسمة العينية بوسيلة التجنيب بدون معدل، وذلك في الحالة التي ينال فيها كل شريك من الشركاء في الشيوخ نصيباً يساوي حصته في المال الشائع بدون زيادة أو نقصان، أو في حالة ما إذا حصل الشريك على نصيب أزيد من حصته فيرد مبلغاً من النقود يعادل تلك الزيادة للشريك أو الشركاء الذين نالوا نصيب أقل¹.

وقد يتفق الشركاء على القسمة الكلية فتشمل جميع المال الشائع أو يتفقون على أن تكون القسمة جزئية، فيتفقون في الشيوخ في جزء من المال الشائع ويفرزون نصيب كل منهم في جزء الباقي من المال، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوخ فيما بقي من المال بعد التجنيب².

كما قد يلجأ الشركاء في الشيوخ إلى القسمة التصفية فيبيعون العقار الشائع ويؤتسمون ثمنه في ما بينهم كل بحسب مقدار حصته في الشيوخ، وعادة ما يتفق الشركاء على هذا النوع من القسمة في حالة استحالة القسمة العينية أو كانت قسمة عينا تؤدي إلى خسارة كبيرة.

وقد يتضمن الإتفاق بيع جزء من المال الشائع وقسمة ثمنه على الشركاء بحسب حصتهم بينما يظل الباقي بينهم ويقسمون الباقي عينا، وفي حالة إختلاف الشركاء على قسمته فيتم البيع بالمزاد العلني، وإذا اتفقوا على البيع بالمزاد فقد تقتصر في الشركاء دون سواهم كما لهم أن يجعل المزاد مفتوح للغير من أجل المشاركة³.

وعلى الشركاء في الشيوخ إقتسام المال الشائع بطريقة التي يرونها مناسبة لهم بشرط عدم إخلالهما بالنصوص القانونية التي تفرض في حالة إجراءات خاصة للقسمة بالرغم من إتفاق الشركاء.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 362 .

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 892 .

³ محمد عزمي بكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، دار محمود، ط 9، مصر، 2003-2004، ص 42.

البند الثاني: الإجراءات القانونية

تختلف كيفية إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع بإختلاف نوع العقار سواء كان عقارا حضريا أو فلاحيا كما تختلف كذلك الإجراءات بإختلاف أطراف القسمة بالغا كان أو قاصرا.

أولا: القسمة الإتفاقية الواردة على التركة

التركة هي ما يتركه الشخص بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية بإضافة إلى الديون ووصاياه¹ وللورثة الشرعيين الحق في هذه التركة لكن بعد الأخذ منها مصاريف التجهيز والدفن وسداد كل الديون عملا بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون وك ذى تنفيذ الوصايا طبقا لنص المادة 180 من القانون الأسرة الجزائري، وبذلك يصبح للورثة الحق في تقسيم التركة المملوكة بينهم على الشيوخ لكن في حالة وجود حمل يحجب باقي الورثة حجب حرمان، ولا يمكن إجراءها إلا بعد أن تضع الحامل حملها عملا بأحكام المادتين 173 و 181 من القانون الأسرة الجزائري وعلى الورثة تحقق إجماعهم على إجراء القسمة الودية هي أن يلجأ الشركاء في الشيوخ إلى الموثق من أجل تحرير عقد الفريضة الذي يتضمن معلومات خاصة بالمورث وبحالة التوريث وقائمة لكل الورثة مهما كانت درجاتهم وكل الموصى لهم² وهذا قبل إجراء القسمة الإتفاقية وفقا لمقتضيات قانون الأسرة المنظمة لأحكام الميراث وقسمة التركات وكذا قانون 03-06 المؤرخ في 20-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

كما يشترط القانون على الورثة إعداد الشهادة التوثيقية³ في أجال القانونية، والتي حددتها نص المادة 99 فقرة 02 من المرسوم 63/76 بستة أشهر تحسب من تاريخ وفاة المورث، وبمفهوم المخالفة إذا طلبها المالكين الجدد للحقوق العينية بعد ستة أشهر من الوفاة تقوم مسؤوليتهم المدنية¹.

¹ عبد القادر بن عزوز سليمان ولد خسال، أحكام الهبة والوقف والوصية والميراث، دار بن طفيل، الجزائر، 2011، ص 07

² بلخير سعيد و بلخير نضيرة ليلة، التركة القسمة بيع عقار المشاع، زكريا منشورات قانونية، ط 01، الجزائر، 1992، ص 11 .

³ الشهادة التوثيقية هي شهادة يحررها الموثق بغرض نقل الملكية والحقوق العينية العقارية المشهورة من المتوفى إلى الورثة أو الموصى لهم ضمن الأجال المحددة قانونا . جبار جميلة، الشهادة التوثيقية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 49، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 218 - 219 .

وتعد الشهادة التوثيقية الأداة عملية لشهر حق الإرث عند قسمة التركات المنصبة على العقار أو الحقوق العقارية² وهذا تسهلا على المحافظ العقاري لقيامه بعملية الشهر تطبقا لقاعدة أثر الإضافي لشهر المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على: "لا يمكن القيام بأي إجراء الاشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو شهادة الإنتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير".

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين النصوص التشريعية المتعلقة بتأسيس السجل العقاري، لاسيما نص مادته 91 بين إنتقال الملكية في حق الورثة الذي يكون بتحقيق واقعة الوفاة، وبين إنتقال الملكية من الورثة إلى الغير الذي يتطلب تحرير وشهر الشهادة التوثيقية، هذا إذا كانت الحقوق العقارية محل الشهادة تقع في المناطق الممسوحة.

أما إذا كانت الحقوق العقارية التي تتضمنها الشهادة التوثيقية تقع في المناطق الغير ممسوحة نقول أن إنتقال الملكية والحقوق العقارية في حق الورثة يكون بمجرد الوفاة بعد أن يثبتوا العلاقة التي تربطهم بالهالك، وإذا ما أردوا التصرف في العقار أو قسمته يتطلب منهم ذلك إتباع إجراءات الترقيم المؤقت طبقا للقانون رقم 07/02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري³، يضاف إليه المرسوم رقم 08-147 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية⁴

وأما عن حالة وجود قاصر من بين الشركاء وأرادوا تقسيم العقار الشائع بينهم قسمة تراضي، فهذه القسمة تكون غير ممكنة، وإن أبرمت تكون باطلة قانونا عملا بمقتضيات المادة 181 الفقرة 2

¹ المادة 10 من القانون رقم 22/03 المؤرخ في 2003/12/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج.ر.ع 83.

² ليلى زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، ط 2013، الجزائر، ص 229.

³ القانون رقم 07/02 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج.ر.ع 15.

⁴ المرسوم رقم 08-147 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية، ج.ر.ع 26.

من القانون الأسرة الجزائري التي تنص: " في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

ثانيا: القسمة الإتفاقية الواردة على العقار

تختلف إجراءات القسمة الودية باختلاف طبيعة المال الشائع بين المنقول والعقار، ف الأملاك المنقولة لا تثير أي إشكالات قانونية أو عملية من حيث قسمتها بعكس الاملاك العقارية التي تتطلب إجراءات خاصة لقسمتها ولاسيما الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون الممثلة في الرسمية و الشهر وهذا ما نصت عليه كل من المادة 29 من القانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري¹: "يثبت الملكية الخاصة الأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع للقواعد الإشهار العقاري". ولذا نص المادتين 324 مكرر1 و 793 من القانون المدني الجزائري.

كما إستقرت عليه المحكمة العليا في قررها رقم 462587 الصادر بتاريخ 2008/07/16 والذي جاء فيه: "تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي"².

وحتى يستوفي عقد القسمة الإتفاقية الشكلية المطلوبة وجب تحريره من قبل موظف عمومي مختص، سواء كان الموثق إذا تعلق الأمر بالعقارات مملوكة للأفراد أو من قبل مدير الأملاك الدولة بالنسبة للعقارات المملوكة بين الدولة والخواص، على أن تكون صدور المحرر من إختصاصه وفي حدود سلطاته ولا يمنعه أي مانع، ويأخذ العقد الصفة الرسمية بتوقيعه من قبل الموظف العمومي المختص، كما يستدعي الأمر أن يكون العقار محتوي على أصل ملكية محدد فيه العقار بدقة من حيث مساحته وموقعه ورقمه ومعالمه حدوده، كما يجب أن يوقع العقد من طرف المتعاقدين - الشركاء - والشهود، وأن يتضمن كذلك العقد إسم واللقب وصفة وعنوان الشهود، مع ذكر تاريخ إبرامه باليوم والشهر والسنة دون أن يرد فيه شطب أو حشو وكتابة بين السطور والتصديق على هذه الحالات إن وجدت، وأن يحزر مضمونه باللغة العربية³.

¹ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ع 49، المعدل والمتمم.

² مجلة المحكمة العليا، عدد 02، ص 261.

³ طبقا لنص المادتين 324 و 324 مكرر 4 من ق.م.ج، المعدل والمتمم.

1-القسمة الإتفاقية للعقارات المبنية أو المعدة للبناء

حتى تتم القسمة الإتفاقية الواردة على العقارات المبنية أو المعدة للبناء لا بد من الحصول على رخصة التجزئة أو شهادة التقسيم حسب الحالة.

أ- رخصة التجزئة

رخصة التجزئة هي رخصة تشترط لكل عملية تقسيم لإثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها ، بإستثناء الهياكل القاعدية المختصة بسرية الدفاع الوطني وكذلك الهياكل القاعدية العسكرية المخصصة لتنفيذ مهام الرئيسية لوزارة الدفاع الوطني ، ب الإضافة إلى الهياكل القاعدية الخاصة التي تكتسي طابعا إستراتيجيا من الدرجة الأولى والتابعة لبعض الدوائر الوزارية أو الهيئات أو المؤسسات¹.

وتعتبر رخصة التجزئة وثيقة إدارية تسلم على شكل قرار الإداري لكل شخص طبيعي أو معنوي متحصل على ملكية أرض يريد القيام بعملية تقسيم ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات إلى إثنين أو عدة قطع من أجل إقامة بنايات سكانية وهذا مهما يكن موقعها².

وتحدد كفايات تحضير رخصة التجزئة بأحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2005 المحدد لكفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

أما عن إجراءات القسمة الإتفاقية فتتم بإعداد مخطط موقع الأمكنة بين حدودها ومساحتها وقائمة القطع الأرضية المجزأة ومساحة كل قطعة منها ، ويقدم طلب مشروع القسمة المعد من خمس

¹طبقا لنص المادة 01 من مرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015،المتضمن تحديد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها ، ج.ر. ع 07 .

² إقولي اولد رابح صافية ،قانون العمران الجزائري ،دار هومه ،الجزائر، 2015، ص 166 و 167 .

نسخ من قبل الخبير العقاري إلى الجهة الإدارية المختصة ويرفق هذا التقرير بطلب تجزئة العقار من قبل الشركاء في الشيوخ وتودع لدى المصلحة التقنية خاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية، وبعد إجراء التحقيق¹ يسلم رئيس المجلس البلدي² رخصة التجزئة .

وبعد الحصول على رخصة التجزئة يتجه المالك على الشيوخ إلى أحد مكاتب التوثيق لإعداد عقد القسمة والذي يتم أمامه الإتفاق على الحصص أو الحصص المخصصة لكل مالك على الشيوخ³.

ويتوجب على الموثق شهر عقد لدى المحافظة العقارية وذلك لكون العقار كان وحدة عقارية واحدة مشهورة بالمحافظة العقارية، وبعد القسمة أصبحت عدة وحدات عقارية متجزئة وتعدد مالكيها وعليه وجب إشهارها، حيث يقوم محافظ العقاري بإنشاء بطاقة عقارية جديدة لكل وحدة عقارية متجزئة لعقار محل قسمة الإتفاقية، وبالتالي يمنح لكل مالك لوحدة عقارية جديدة (متقاسم) دفتر عقاري خاص بها .

وتجدر الإشارة إلى أن الرخصة التجزئة لها أثر قانوني يتمثل في إنهاء الوحدة العقارية الأصلية وإنشاء وحدات عقارية جديدة⁴ لهذا اشترطها المشرع كإجراء قبل أي فصل جزء مفرز من مساحة أكبر.

ب- شهادة التقسيم

تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية المبنية إلى قسمين أو عدة أقسام⁵، وتسلم في شكل قرار إداري صادر من الجهة الإدارية المختصة وفقا لإجراءات منصوص عليها

¹طبقا للمواد 8 و9 و10 و12 و18 من المرسوم 15_19 المحدد كليات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

²طبقا لنص المادة 22 من المرسوم 15-19 قد تسلم كذلك رخصة التجزئة من قبل الوالي أو الوزير المكلف بالعمران وهذا بحسب الإختصاص .

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 100 .

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هوهة، الجزائر، 2000، ص 131.

⁵ تنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 15-19 التي تنص: "...تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام ."

قانونا وتشترط شهادة التقسيم قبل إجراء أي قسمة إتفاقية وهذا إذا تعلق الأمر بقسمة عقار مبني، وتتخذ بشأنها نفس إجراءات إستصدار رخصة التجزئة¹.

ويعد إتمام إجراءات إستصدار رخصة التجزئة يتم الحصول على شهادة التقسيم لكن بعد إستفتاء الرسم المحدد ب 3000 دج، وهذا تطبيقا لنص المادة 77 من قانون المالية لسنة 2018².

2- القسمة الإتفاقية للأراضي الفلاحية الشائع

القاعدة العامة في القسمة رضائية هي حرية الشركاء في الشيوخ في إقتسام العقار الشائع بطريقة التي يرونها إلا أن لهذه قاعدة إستثناء يمكن في تقييد حرية الشركاء وذلك بإلزام الشركاء ب إتخاذ إجراءات معينة من أجل قسمة العقار الفلاحي الشائع وهذا راجع لخصوصية التي يتمتع بها .

حيث أكدت نص المادة 55 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 على أن كل عملية تتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية يجب أن تنجز في الشكل الرسمي وهذا بنصها : "تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضرر بقابلية الأراضي للإستثمار ولا تؤدي إلى تغير وجهتها الفلاحية، ولا في تكوين أراض قد بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه".

ومن نفس القانون نصت المادة 56 في مضمونها على أن كل عملية لتجزئة أو قسمة أرض فلاحية لا تنجز في الشكل الرسمي تكون باطلة وعديمة الأثر ،وعليه فالمشروع الجزائري قد خلف على عدم إحترام الشكل الرسمي في قسمة الأراضي الفلاحية البطلان .

إضافة إلى هذا الشرط هناك شرط آخر جاءت به المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 97-490³، ويكمن في أنه يجب أن تتم كل عملية تجزئة أرض فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية كما هي محددة في نص المادة 03 من نفس المرسوم وهي التالي :

¹ إقولي اولد رابح صافية، المرجع السابق، ص 209 .

² عدلت المادة 77 من القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27-12-2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر.ع 76، المادة 55 من القانون رقم 99-11 المؤرخ في 23-12-1999 المتضمن قانون المالية لسنة 2000.

³ المرسوم التنفيذي رقم 97-490، المؤرخ في 20 ديسمبر 1997، يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر.ع 84.

المناطق	نوع الأرض	الصيغ	نظام المزروعات	المساحة المرجعية بالهكتار
أ+الأراضي المسقية في المناطق الأخرى أ ب -ج-د-م	مسقية غير مسقية	1	خضر	1,5
		2	خضر وفواكه	4
		3	زراعة أشجار	7
		1	خضر /زراعات كبرى	8
		2	زراعات كبرى /أعلاف	7
		3	زراعات صناعية/زراعات كبرى	10
ب	غير مسقية	1	زراعات كبرى /أعلاف بقول جافة	20
ج	غير مسقية	1	زراعات كبرى/أعلاف بور	18
	مسقية	2	بقول جافة /زراعات كبرى بور	
د	غير مسقية	1	زراعات كبرى/خضر	10
و	مسقية	1	زراعات كبرى	3
		2	زراعات النخل الكثفة	1
		3	زراعات النخيل/زراعات كبرى	
م	غير مسقية	1	زراعات كبرى /أعلاف	10
	مسقية	2	زراعات الأشجار غير مسقية	11

وشرط إحترام هذه المساحة المرجعية يخضع لمراقبة الموثق عند إبرام عقد القسمة الإتفاقية للأرض الفلاحية أو القاضي عند طلب القسمة القضائية، لأن الشركاء في الشيوخ ليسوا أحرار في تجزئة الأرض الفلاحية بل هم مقيدون في عملية التجزئة بالنظر إلى أنصبتهم، وعادة ما يشترط الموثقون عند تحرير عقود القسمة حصول الشركاء على رخصة من مديرية الفلاحة على مستوى الولاية التي يقع فيها العقار الفلاحي المشاع، غير أنه لا يمكن تعميم هذه الرخصة لأنه لا يوجد أي نص قانوني يشترط هذه رخصة المتعلقة بالأرضي الفلاحية¹، وعند تحقق من شرط إحترام المساحة

¹غلاب نجاهة، تجزئة الأراض الفلاحية المشاعة الخاضعة للقانون الخاص، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2013-2014، ص34.

المرجعية المحددة قانونا يتم إبرام عقد القسمة الإتفاقية للأرض الفلاحية من قبل الموثق لكن في حالة تخلفه يرفض إبرام هذا العقد .

إذن تخضع قسمة العقار الفلاحي الشائع وفقا للقواعد العامة للإجراءات الرسمية الممثلة في التسجيل والشهر المنصوص عليها في المادتين 324 مكرر 1 وكذا المادة 793 من القانون المدني الجزائري، بإضافة لقواعد الخاصة تكمن في احترام مساحة الوعاء العقاري والمحافظة على الوجهة الفلاحية .

أما بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الجماعية التابعة للأمالك الوطنية قد نظمت بموجب قانون 87-19 المؤرخ في 08-12-1987 الذي يضبط كيفية إستغلال الاراضي الفلاحية التابعة لأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم¹ الذي إشتراط إحترام الحد الأدنى لأعضاء المستثمر الذي يقدر بثلاثة أعضاء، على غرار القانون 10-03 المؤرخ في 15-08-2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة لدولة² والذي ألغى القانون 87-19 بموجب المادة 39 منه بحيث أجاز هذا القانون للمستثمر صاحب الإمتياز في المستثمرة الفلاحية المتعددة الأعضاء أن تختار تشكيل مستثمرة فردية من أجل تحقيق الناجعة الإقتصادية لمستثمرة الفلاحية، وذلك من خلال تقديم من المستثمر القديم طلبه إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الذي يجب عليه أن يفصل فيه طبقا للقواعد التي تنظم المساحة المرجعية³.

¹قانون رقم 87-19 المؤرخ في 08-12-1987، يتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج. ر. ع. 50 (ملغى).

²القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15-08-2010، المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الخاصة لدولة، ج. ر. ع. 46.

³أنظر المادة 11 من القانون 10-03 المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الخاصة لدولة.

كما جاء المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المحدد لكيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة¹ في مادته 20 في الملحق الثالث تحت عنوان دفتر شروط الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة لدولة ب: "لمستثمر صاحب الإمتياز، الحق في :

الخروج من الشيوخ في حالة مستثمرة جماعية قصد تشكيل مستثمرة فلاحية فردية مع مراعاة أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97-490 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية".

3-قسمة العقار الشائع بين الدولة والخواص

قد يحدث أن تكون الدولة مع الخواص شريكان في الشيوخ، غير أنه يمكن لهما أن يخرجوا من هذه الحالة وفقا لكيفيات حددها القانون، وهذا ما يستشف من القانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، بحيث تكون مصالح إدارة الأملاك الوطنية هي التي يناط لها مهمة تسيير الحصص التي تؤول إلى الدولة في الأملاك العقارية المعينة، بصفة تخدم المصلحة العامة مع مراعاة حقوق المالكين الخواص².

وكانت القسمة بين الدولة والخواص تخضع لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها، وهو مرسوم ملغى بموجب نص المادة 197 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة وقد ضبط هذا المرسوم كيفية إجراء القسمة في حالة وجود عقار مشاع بين الدولة والخواص، ضمن القسم السادس منه.

حيث نصت المادة 124 منه على: "يهدف تقسيم العقارات التي يكون ملكيتها مشاعة بين الدولة وغيرها، متى كان ذلك ممكنا، إلى إخراج حصة الدولة منها، وما يبقى يكون ملك مشاعا بين الملاك الآخرين الشركاء"، كما نصت المادة 126 من المرسوم ذاته على أن مبادرة تقسيم هذا نوع تخضع

¹المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المؤرخ في 23 ديسمبر 2010، المحدد لكيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج. ر.ع 79.

²طبقا للمواد 97 و98 و99 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ 20 يوليو 2008، ج. ر.ع 44.

لأحكام القانون المدني، وعليه فمبادرة القسمة الرضائية قد تكون إما من قبل الإدارة أو الملاك الآخرين في الشيوع على السواء، ويقدم طلب التقسيم في شكل عريضة عادية إلى مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً، وتقوم إدارة أملاك الدولة المختصة بعد إيداع طلب القسمة بعمليات تقويم الحصص المطابقة لحقوق الدولة والخواص وتكوينها، مع ضرورة تبليغ الخواص بسير العمليات، لتكون القسمة عينية بمعدل وقد تكون بدون معدل وذلك بإضافة فارق القيمة إلى بعض الحصص، فإذا تمت يبلغ مدير أملاك الدولة نتيجة عملية القسمة إلى كل شريك مالك في الشيوع، وفيكون لهم الحق في إيداع اعتراض على نتائج القسمة المقترحة في أجل شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ، فإذا إنقضت هذه المدة دون أن يقع اعتراض، تحرر مصلحة أملاك الدولة محضر خاصاً بإقتراح توزيع الحصص أو تعديلها، وتحدد الحصة التي تؤول إجمالاً إلى الدولة، ويبقى ما يزيد على الحصص المكونة مشاعاً بين الشركاء المالكين في الشيوع، ويوافق مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً على محضر توزيع الحصص.

أما في حالة إختلاف على إجراء القسمة الإتفاقية يتم اللجوء إلى القسمة القضائية بناءً على دعوى ترفع أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً لأحكام المواد 724 إلى 728 من القانون المدني الجزائري.

في حالة تعذر القسمة العينية، تقوم الدولة بالتنازل عن حصتها أو إيجارها بالتراضي لفائدة المالكين معها في الشيوع، فتحدد إدارة أملاك الدولة هذه الحقوق ويقع البيع أو الإيجار بإذن وزير المالية، وفي حالة رفض الملاك على الشيوع شراء أو إستئجار حصة الدولة لأي سبب كان، تباع لخصتها عن طريق التنافس وفقاً للسعر الإفتاحي الذي يحدده إدارة أملاك الدولة التي تتولى تحصيل ثمنه¹.

الفرع الثاني: إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في الفقه الإسلامي

يتول القاسم عملية قسمة العقار الشائع إتفاقياً بين المتقاسمين وهذا بعد تعيينه إما من قبل الشركاء أو من قبل القاضي، ووجود القاسم في مباشرة القسمة ضروري إن لم نقول أنه الشرط الجوهرى لذلك، حيث ينتضى أجرة في مقابل ذلك.

¹طبقاً لنصوص المواد من المادة 124 إلى المادة 129 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر.ع. 69.

وعلى القاسم عند القيام بمهامه-وهي قسمة العقار الشائع إتفاقيا- أن يتبع الإجراءات التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية ووفقا للحالات المنصوص عليها فقها.

البند الأول:القاسم

القاسم هو من يقوم بعملية إجراء القسمة الإتفاقية الواقعة على العقار ،إلا أنه لايباشر هذه العملية إلا بعد تعيينه لينتضى في مقابل لذلك أجرة .

أولا:تعيين القاسم

لقد إتفق الفقهاء على جواز إقسام العقار الشائع من قبل الشركاء أنفسهم بمعنى هم من يتولون قسمة العقار المشترك كما قد يختارون من بينهم شخص يتولى ذلك ،وهذا إن كانوا جميعهم كاملي الأهلية. لكن إذا وجد من بينهم من هو ناقص الأهلية فإن القسمة تتم من قبل وليه أو وصيه ،وإلا فلا بد من أمر القاضي¹.

وقد يختار الشركاء قاسما أجنبي يتولى قسمة ال عقار الشائع بينهم دون أن يلتجؤا إلى القضاء لإستصدار أمر بذلك ،لأن لهم الولاية الكاملة على أنفسهم وأموالهم ،إذن لهم الحق في أن يعينوا ما يشاءوا لقسمة المال الشائع طالما إتفقوا جميعا على ذلك ،لكن إلا وجد بينهم صغير أو محجور عليه أو غائب فوجب اللجوء إلى أمر القاضي².

وقد يلجأ المتقاسمون جميعهم أو أحدهم إلى القاضي لكي يقسم بينهم المال الشائع ،فيتولى القاضي ذلك بنفسه،أو يعين نائب عنه للقيام بذلك ،ويجوز للقاضي أن ينصب قاسما دائما من بين الناس يلجأون

¹ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي،المرجع السابق ،ص 127؛الإمام النووي،المرجع السابق ،ص201.

² عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي ،نفس المرجع ،ص 127 ؛الكاسني الحنفي ،المرجع السابق ،ص 146.

إليه والأفضل أن يكون رزقه من بيت المال لأن ذلك يكون أرفق بالناس وأبعد بالقاسم عن التهمة. وقد روى أن علي رضي الله عنه إتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال¹.

وفي ما يخص عدم جبر الناس على قاسم معين، فقد إتفق كل من الحنفية والمالكية وحنابلة على أنه يجوز لشركاء أن يعينوا قاسم من بينهم أو أجنبي عنهم لأنه حق مقرر لهم ولكن أجرة تكون على عاتقهم، وليس للحاكم أن يجبر الشركاء على قاسم محدد بل لهم الحق في تعيين قاسم آخر غير الذي نصبه، ولو إجبرهم على قاسم معين لأدى ذلك إلى أنه لا يرضى إلا بأجرة كبيرة، وفي ذلك من الضرر بالناس ما لا يخفى².

وعلى القاضي عدم ترك القسام يشتركون في القسمة لكي لا يغالوا في الأجور، وعند عدم الإشتراك يتبادرون إليه خشية الفوات فيرخص الأجر بسبب ذلك³.

ولكن نقابة مثلا على النحو الحديث، فإنه يجوز تحت إشراف الحاكم، ويكون للحاكم موافقة على نظام النقابة، ويمنع المغالاة⁴.

وذهب الشافعية إلى أنه ليس للإمام في حالة عدم رزق القاسم من بيت المال أن ينصب قاسما معيناً، بل يدع الناس يختارون من شاءوا لئلا يغالي المعين في الأجرة، أو يتواطئ بعضهم فيحف، وكذا في أصل الروضة فيحتمل أنه حرام كما قاله القاضي حسين، وأنه مكروه كما قاله الفوراني⁵.

وبالتأمل فيما ذهب إليه جمهور الفقهاء وما ذهب إليه الشافعية، نجد الخلاف بينهما لفظي.

ذلك أنه لا خلاف بين الفرقين في أن للمتقاسمين الحرية الكاملة في إختيار من شاءوا و أحبوا من القاسمين وليس للقاضي جبرهم على قاسم يقسم الأجر، إلا أنهم تركوا مع ذلك حرية التصرف

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 146. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص 126؛ محمد أمين الشهيد بابن عابدين، رد المختار، دار عالم الكتب، ج 09، الرياض، 2003، ص 373.

² الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 146؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص 127؛ محمد أمين الشهيد بابن عابدين المرجع السابق، ص 373. بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 114.

³ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص 127؛ محمد أمين الشهيد بابا عابدين، المرجع السابق، ص 373.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 680.

⁵ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 558.

للمتقاسمين وليس للقاضي جبرهم على قاسم معين بل أكثر من ذلك ، فقد منعوا إشتراك القاسمين في القسم خشية التواطؤ، وفضلا عن ذلك فإنهم نصوا أيضا على أنه في حالة قيام القاسم بفعل القسمة، على القاضي أن يقدر له أجر مثله حتى لا يطمع في أموال المتقاسمين، ولذلك سنده الفقهي حيث نص الفقهاء على أن الناس إذا احتاجوا إلى صناعة طائفة معينة كالفلاحة أو القسامة أو غيرها، صار هذا العمل وجبا عليهم، لولي الأمر أن يلزمهم بأجر المثل ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم .

ويبقى بعد ذلك أن وجود قاسم معين من قبل القاضي يمثل إضافة جديدة في صالح المتقاسمين، من شأنها أن تجعل المتقاسمين يتخيرون أحسنهم وأكفأهم وغالبا ما يكون معين القاضي أكفأ من غيره لتخصصه وخبرته¹.

ثانيا: أجره القاسم

إنفق الفقهاء على أن القاسم المعين من قبل القاضي أجرته من بيت مال المسلمين إذا كان فيه سعة، لأن القسمة من عمل القاضي و لأن منفعة نعم الناس طالبي القسمة ، و إذا كان القاسم بليختيار الشركاء في مقابل أجر، فالأجر على الشركاء².

إلا أن السؤل الذي يطرح هو من تجب عليه أجره القاسم هل طالب القسمة وحده أم تجب على جميع الشركاء دون تفرقة بين الطالب والممتنع؟. إختلف الفقهاء في هذا الشأن إلى اتجاهين :

الإتجاه الأول ذهب إليه كل من أبي حنيفة في رواية الحسن عنه والشافعية في قول . أكد هذا الإتجاه على أن الأجرة توجب على طالب وحده دون الممتنع ، وهذا بسبب أن طالب القسمة له منفعة شخصية من ذلك ، بعكس الممتنع الذي إمتنع لضرر قد يلحقه من جراء القسمة، فلا معنى لوجوب الأجرة على من لا منفعة له³.

أما الإتجاه الثاني فذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنابلة والمالكية والشافعية في الأصح وجمهور الحنفية).

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 98 و 99 .

² الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 146؛ الإمام النووي، المرجع السابق، ص 202 ح أبي عبد الله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي، ج 06، ط 02، 1317 هجري، ص 185 - 186.

³ محمد أمين الشهيد بابن عابدين، المرجع السابق، ص 372.

وإتجه إلى أن الأجرة توجب على جميع الشركاء من غير تفريق بين الطالب والممتع لأن العمل لهم جميعاً، لأن طلب القسمة حق مشروع لا يضر بسببه وجميع الشركاء سيصلهم حقوقهم من جراء القسمة¹.

والراجح هو رأي جمهور الفقهاء .

وبالنسبة لتوزيع أجرة القاسم على الشركاء فهي تتم بحسب العدد الشركاء أو الرؤوس لأن الأجرة في العمل فكانت الأجرة عليهم على السواء، وهذا لأن عمله تميز الأنصبة والتميز عمل واحد، لأن تميز القليل من الكثير هو بعينه تميز الكثير من القليل والتفاوت في الشيء واحد محال و إذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الأجرة، عند المالكية والحنفية².

أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فتوزع الأجرة بقدر الحصص أو الأنصبة، لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل، ولأن الأجرة كالنفقة التي يحتاجها الملك، فتقدر بقدر الملك، ويؤيده أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصبة إجماعاً، وكذا سائر المؤمن كأجرة الراعي والحمل والحفظ وغيرها.

ويرى بعض الفقهاء أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة هو الأصح لعدله ورفقه بالناس³.

البند الثاني: مراحل إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

تمر القسمة الاتفاقية للعقار بمجموعة من الإجراءات تتوج في الأخير بقسمة العقار الشائع، وهذه الإجراءات تباشر من القاسم الذي يلعب فيها دور هام وهذه الإجراءات تكمن في :

- معرفة قدر سهام الشركاء.
- تعديل السهام على حصص الشركاء .
- تعليم كل سهم بعلامة مميزة .

¹ محمد سكمال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي، عالم المعرفة ودار القلم، ج 03، الجزائر ودمشق، 2012، ص 51.

محمد أمين الشهيد بابن عابدين دار المختار، المرجع السابق، ص 372 .

² الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 147.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 107 .

- إجراء القرعة بين الشركاء .

أولاً: تصحيح مسألة القسمة حسب قواعد التوريث

عملية تصحيح مسألة القسمة حسب قواعد الميراث واجبة حتى ولو لم تكن مسألة ميراث ،إن كان بالمسألة كسور .

فلو كان هناك ثلاثة شركاء يكون للأول السدس والثاني الثلث والثالث النصف. يكون تصحيحها على الوجه التالي: السدس والثلث والنصف فتصبح المسألة من ستة كالتالي:

السدس زائد سدسين زائدان أسداس تساوي السدس فيكون في المسألة ست سهام لصاحب السدس سهم، ولصاحب الثلث سهمين، ولصاحب النصف ثلاثة أسهم .تم على المثال فيما قل من العدد أو أكثر¹.

ثانياً: تعديل المقسوم على قدر السهام

المقسوم إما أن يكون أجزاءه متساوية فلا يحتاج في ذلك إلى تقويم أو رد ،بل يحتاج إلى تعديل أجزاء المتشابهة من قبل القاسم ،وإما أن تكون أجزاءه مختلفة ففي هذه الحالة إما يتم تعديلها بالقيمة من غير أن يخل للقاسم فيها أجنبياً أو يتم تعديلها رداً في حالة عدم إمكانية تعديلها بالقيمة².

وتعديل السهام على حصص الشركاء لا يخلوا من أربعة أقسام:

القسم الأول تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية كأرض بين ستة لكل منهم سدساً، فتعدل الأرض بالمساحة ستة أجزاء متساوية ويصور القاسم ذلك على قرطاس ،وذلك ليتمكن ورفعها للقاضي عند الحاجة تم تفرع بينهم.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني ،المرجع السابق ،ص355.

² أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ،ص 113 .

القسم الثاني تكون السهام متفقة ،كأن تكون الأرض مثلا لا بين ستة سوية وتكون القيمة مختلفة لإختلاف أجزاء الأرض جودة ورداءة ،فتعدل الأرض بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية بالقيمة لتعذر التعديل بالأجزاء ثم يقرع بينهم بعد أن يفعل في إخراج السهام ما فعله في القسم الأول¹.

أما القسم الثالث فتكون القيمة متساوية والسهام مختلفة ،كالأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف والثاني الثلث وللثالث السدس ،و أجزاءها متساوية القيم فتجعل الأرض ستة أسهم متساوية ،لأنها المخرج الجامع لتلك الكسور وهكذا في كل قسمة تكون فيها السهام مختلفة تجعل سهامها بقدر أقلها ،ويكتب القاسم ثلاث بطاقات بأسماء الشركاء².

في حين أن القسم الرابع تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة ،كأرض مختلفة القيم لثلاثة إختلفت حصصهم بالنصف والثلث والسدس ،وفي هذه الحالة يعدل القاسم السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم،ثم يخرج البطاقات فيها الأسماء على السهام كما هو بالقسم الثالث سواء بسواء ،خلا أن التعديل هنا بالقيم وفي الذي قبلة بالمساحة³.

ثالثا:تعليم كل سهم بعلامة مميزة

يقوم القاسم بتعليم كل سهم بعلامة مميزة ،كترقيم مثلا فيرتب على التوالي إبتداء من أحد طرفي المقسوم،فهذا هو الأول وهذا الثاني ،وما يليه الثالث وهكذا ،وكما ذكر الشافعية والحنفية هذا الترتيب مفوض لرأي القاسم⁴.

ويشترط فقهاء الحنفية على القاسم قبول ترتيبه على المتقاسمين⁵.

رابعا:إجراء القرعة

¹ أحمد فراج حسين،نفس المرجع،ص 115

² أحمد فراج حسين،المرجع السابق،ص 116 .

³ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي ،المرجع السابق ،ص 132.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق ،ص 356 .

⁵ الكساني الحنفي ،ط 02،المرجع السابق ،ص 4116 .

إجراء القرعة هو الآخر إجراء يقوم به القاسم لإنهاء عملية قسمة العقار الشائع رضائياً، بحيث يعين لكل شريك الجزء الذي يستحقه، وعليه لا بد من الوقوف على التعريف اللغوي و اصطلاحياً للقرعة ومعرفة مدى مشروعيتها وموقف الفقهاء من إمكانية جبر الشركاء على هذا نوع من القسمة.

أ- تعريف القرعة

القرعة في اللغة يقال لها السهمة والمقارعة والمساهمة وقد إقترع القوم وتقارعوا وقارع بينهم وإقرع وإقرعت بين الشركاء في الشيء ينقسمونه ويقال كانت له قرعة إذا قرعة أصحابه وقارعة فلان أي أصابته القرعة¹.

ويقال في اللغة أيضا: أجرى القرعة بين الفرق: أنه أجرى عملية تقتضى وضع إسم كل فريق في ورقة منعزلة وطبها ثم تخلط الأوراق مجملها ليتم رفع كل ورقة على حد بالتوالي وإسم الفريق الأول يقابل الثاني والثالث يقابل الرابع. كما يلجأ إليها في حالة تساوي الأصوات أو تساوي فائزين إثنين لإختيار أحدهما.

ولذلك قيل أن المعنى اللغوي للقرعة هي الإستهام على أمر مشتبه إثنين لإختيار أحدهما². ومعنى الإصطلاحى لا يخالف عن المعنى اللغوي، قال البركتي القرعة السهم والنصيب، وإلقاء القرعة حيلة يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه³.

ب- مشروعيتها

لا خلاف بين الفقهاء في أن إستعمال القرعة في القسمة جائز شرعا لأنها تحقق العدالة بين الشركاء وتنتفي التهمة عن القاسم، إلا أن بعض الكوفيين قد خالفوا إجماع الفقهاء في هذه النقطة⁴.

ودليل مشروعية القرعة يكمن في الكتاب والسنة والإجماع.

¹ ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، المجلد الثامن، بيروت، ب.س. ط.ص 266.

² السيد عبد الصمد محمد يوسف، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامى والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، الإسكندرية، 2015، ص 8.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفاة، ج 33، الكويت، 1990، ص 136.

⁴ محمد سكمال المجاجي، المرجع السابق، ص 42. محمد أمين الشهيد بابن عابدين، المرجع السابق، ص 381.

1- في الكتاب

قال الله تعالى " مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ "1.

ذكرت كتب التفسير أن امرأة عمران خرجت بمريم وهي مولوده إلى حجية بيت المقدس وقالت لهم : دونكم هذه النذيرة فأنتي حررتها وهي أنثى ولا يدخل الكنيسة حائض و أنا لا أردّها إلى بيتي فقالوا هذه إينة أماننا وكان عمران يؤمهم في الصلاة وصاحب قربانا فقال زكرياء إدفعوا لي فلين خالتها تحت فقالوا : لا تطيب أنفسنا هي إينة مريم

فلقترعوا عليها بالأقلامهم التي يكتبون بها التوراة فقرعهم زكرياء فكفلها،ويدل ذلك على جواز العمل بالقرعة وسبب الإقتراع هو رغبة في كفال تها ورعايتها كما أفصحت الآيات وكما ورد بكتب التفسير،قال زكرياء أنا أحق بها خالتها حتى وقالت الأحبار نحن أحق بها بنت عامنا و أماننا فلما أجروا لا القرعة ظفر بها نبي الله زكرياء وهذا هو الصواب وقول أن الإقتراع كان لأجل ترك الكفالة فهو قول مردود².

قوله تعالى " فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ "3 .

وقد جاء بكتب التفسير أن يونس عليه السلام ذهب فركب مع قومه في السفينة فإضطربت بهم السفينة وهاج بهم البحر وماج وخافوا الغرق فلقترعوا على رجل يلقونه من بينهم يتخففون منه فوقعت القرعة على يونس فأبوا أن يلقوه ثم أعادوها فوقعت عليه أيضا فأبوا تم أعادوها فوقعت عليه أيضا،قال تعالى: " فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ " أي من المغلوبين حيث وقعت عليه القرعة وتكرر وقوعها عليه دون سواه فقام يونس عليه السلام وتجرد من ثيابه تم ألقى بنفسه في البحر وهذا هو موطن الإستشهاد من قصة حيث أنه عليه السلام أحتكم إلى القرعة بلأن وعمل بمقتضياتها من إلقاء نفسه إختيار منه مكره.

¹ الآية 44 من سورة آل عمران.

² السيد عبد الصمد محمد يوسف، المرجع السابق، ص 12 و13 .

³ الآية 141 من سورة الصافات.

وهذا دليل على جواز العمل بالقرعة بل كونها مشروعة في شريعة يونس عليه السلام إذا أنه لا يرضى إلا بما هو مشروع، قال الشافعي: فأصل القرعة في كتاب الله قصة المتقارعين على مريم والمتقارعين على يونس عليه السلام¹.

2- في السنة

تضمنت السنة النبوية أدلة على مشروعية القرعة ومنها :

_ ما رواه أبي داود في سننه : عن محمد بن المنهال ، حديثا يزيد بن زريع حدثنا أبي عروبة ، عن قتادة عن خلاش عن أبي رافع عن أبي هريرة : أن رجلين إختصما في متاع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "إستهما على اليمين ما كان أحبا ذلك أو كرهه"² .

وجه الإستدلال :قال الخطابي الإكراه هنا لا يرد به حقيقة لأن الإنسان لا يكره على اليمين وإنما المعنى إذا توجهت اليمين على إثنين وأراد الحلف سواء كان كارهين لذلك بقلبيهما وهو معنى الإكراه أو مختارين بقلبيهما ما وهو معنى المحبة وتنازعا أيهما يبدأ فلا يقدم أحدهما على الآخر بالتشهي بل القرعة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم فليست هما أي فليقترا وقيل صورة الإشتراك في اليمين أن يتنازع إثنان عينا ليست في يد أحدهما ولا بينة لواحد منهما فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وإستحقها³.

- وما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الهت عليه وسلم عرض اليمين على قوم فأسرعوا فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف.

وجه الإستدلال أن قول الراوي فأمر أن يسهم بينهم دليل على مشروعية القرعة .

- ما رواه ابن ماجة حدثنا نصر بن علي الجهمي ومحمد بن المثني قالوا :حدثنا عبد الأعلى قال:حدثنا خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الملهب عن عمران بن حصين " أن رجلا كان له ستة

¹ السيد عبد الصمد محمد يوسف،المرجع السابق ،ص 14

² السيد عبد الصمد محمد يوسف، نفس المرجع ،ص 14 .

³ نفس المرجع ، ص 15 .

مملوكين ليس له مال غيرهم فأعتقهم عند موته فحج. أهم رسول صلى الله عليه وسلم فأعتق إثنين وارق أربعة.

- وما رواه البخاري عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه" ¹.

وكل هذه الأدلة تدل على القرعة مشروعة شرعا لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أفتى بها وإفتى بها، ولو كانت عكس ذلك لما أفتى بها.

3- في الإجماع

أجمع الفقهاء على مشروعية القرعة، بحيث تناولوها ك ثلب من أبواب الفقه وبينوا أنها تجرى فيها الأحكام التكليفية الخمسة الواجب، المندوب، والمباح، المكروه، والمحرم هناك القرعة الواجبة والمندوبة والمباحة والمكروهة والمحرمة ².

ج- إجبار الشركاء على قسمة القرعة

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن قسمة القرعة ملزمة للشركاء، إذا تمت عن طريق قاسم المعين من قبل القاضي، وليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام.

أما إذا كان القاسم مختار من قبل الشركاء وكان هذا الأخير عدلا كانت قسمة بالقرعة لازمة، أما إذا لم يكن القاسم عدلا لا تلزم قسمة إلا بتراضيهما وهذا عند أظهر الشافعية والحنابلة، وظاهر عند الشافعية أنه يشترط رضا المتقاسمين بعد خروج القرعة في حالة ما إذا كان القاسم مختار من قبلهما وهو المعتمد ³.

¹ السيد عبد الصمد محمد يوسف، نفس المرجع، ص 19 .

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 137.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، نفس المرجع، ص 139 .

وذهب المالكية إلى أن قسمة القرعة يجبر عليها كل من الشركاء إلا إذا طلبها البعض أن ينتفع وغيرهم إنتفاعا تاما عرفا بما يراد له كبيت السكنى ،ومفهوم الشرط أنه إذا لم ينتفع كل إنتفاع إتماما لا يجبر¹.

البند الثالث: حالات قسمة العقار الشائع إتفاقيا

يقصد بالعقار كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه، ولا يمكن نقله دون تغيير أو تلف.

وأحسن مثال عن العقار هو الأرض في إشكالها المختلفة ،وتختلف القسمة الأرض بين ما إذا كانت خالية من الزراعة أو مزروعة أو مبنية .

أ-قسمة الأرض الخالية من الزراعة

تسمى بالأقرحة ،ويقصد بها الأرض الزراعية ،وليس عليها بناء ولا فيها زرع أو شجر، والمفرد منها قراح وتجمع على أقرحة².
والأرض الخالية إما أن تكون واحدة أو متعددة.

ولا خلاف بين الفقهاء حول قسمة الأرض الخالية، وهذه الأخيرة إما أن تكون أجزاءها متساوية يجمع فيها القاضي نصيب كل شريك على وحدة متتابعة، وإما أن تكون غير متساوية فيلجأ القاضي إلى القسمة بالقيمة في حالة عدم إمكانية القسمة بالأجزاء³.

وإذا كانت الأرض الخالية متعددة فقد إختلف الفقه بشأنها إلى عدت أقول.

القول الأول ذهب إليه كل من أبوا حنيفة والشافعية والحنابلة ،حيث إعتبر قسمة القرحة المتعددة قسمة أفراد سواء كانت متجاوزة أو متباعدة ،متساوية أو مختلفة ،لأن كل واحد من الشركاء له الحق في جميع المال، فجاز له أن يطالب بحقه في جميع المال¹.

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،نفس المرجع ،ص 139 .

² إبن منظور ،لسان العرب، دار المعارف، ج 05، ب.س.ط، ص 3574.

³ سيدي أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ص 186.

القول الثاني توجه إلى أن الأقرحة إذا كانت متساوية في القيمة، ومتقاربة في أماكنها وطلب أحد الشركاء من قاضي جمع نصيبه منها في موضع واحد ورفض الشركاء الباقيون أو طلبوا قسمة كل قراح على حدى، جمع القاضي نصيب كل شريك في موضع واحد، و إجبر من رفض ذلك سواء كانت الأقرحة بعلية² أو سيحية³.

أما إذا كانت غير متساوية القيمة ومتفرقة أو أن بعضها يسقى بالآلة وبعض الآخر بعلا أو سيحية، فهنا لا يمكن للقاضي أن يجمعها إجبار، بل يقسم كل قرحة على حدى، وبذلك قال المالكية⁴.

وإستدلوا بأن نصيب كل شريك من الأقرحة المتفرقة في موضع واحد منها إذا كانت متساوية القيمة ومتقاربة، هي أقل ضرر للشركاء من قسمة كل قرحة على حدى.

أما لقول الثالث فهو لأبو يوسف ومن محمد من الحنفية، إعتبروا أن الأقرحة يفوز جمعا أو إفرازها للقاضي التي له السلطة التقدير مصلحة الشركاء عند القسمة⁵.

وإستدل بأن تفويض النظر في قسمة الأقرحة إلى القاضي أعدل للقسمة، و أجمع لمصالح الشركاء، فإذا قسم كل قراح على وحدة مطلقا ربما يتضرر كل شريك لتفرق نصيبه، وربما يتضرر أحد الشركاء، فإذا قسم كل قراح على حدة مطلقا ربما يتضرر أحد الشركاء لقلّة نصيبه، فإذا جمع نصيب كل شريك في موضع إنتفع به.

إذا قسم على جمع مطلقا، قد يتضرر بعض الشركاء، لأن أجزاء الأرض متفاوتة في صلاحيتها للزراعة⁶.

ب- قسمة الأرض المزروع

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 325.

² الأرض البعلية هي التي زرعها يشرب بعروقه من رطوبة الأرض من غير سقي سماء ولا غير. سيدي أبي عبد الله محمد الخرشني، المرجع السابق، ص 187.

³ الأرض السحية هي التي تسقى بالعيون والأنهار. سيدي أبي عبد الله محمد الخرشني، نفس المرجع، ص 187.

⁴ سيدي أبي عبد الله محمد الخرشني، نفس المرجع، ص 187.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 326.

⁶ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 59.

في حالة طلب أحد الشركاء قسمة أرض مزروعة مملوكة على الشياخ بينهما، فهناك أربعة حالات تعالج هذه المسألة:

1-قسمة الزرع دون الأرض

اتفق الفقهاء على عدم جواز قسمة الزرع دون الأرض جبرا في حالة طلبها من أحد الشركاء، لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما، سواء كان ظاهر أو باطنا، وحتى لو بلغ الزرع وسنبل لا يمكن قسمته، أما إذا طالبها جميع الشركاء فإنها تأخذ نفس الحكم بمعنى لا يمكن قسمة الزرع دون الأرض جبرا لأن المانع هو الربا، وحرمة الربا لا تحتل الإرتفاع بالرضا.

أما إذا كان الزرع بقلا فلا يقسم كذلك جبرا، لأن الأرض مملوكة لهما شراكة، فلو قسم لكان كل واحد منهما بسيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر.

كما اتفق الفقهاء على جواز قسمة الأرض دون الزرع رضائيا لكن في حالات اختلفت باختلاف المذاهب، بحيث ذهب الحنفية إلى إجازتها إذا كان الزرع بقلا وإقتسمها بأنفسهم وشرطا القطع، لأنهما رضيا بالضرر، ولكن إذا اشترط أحدهما في القسمة الترك من أجل الإنتفاع كل واحد منهم بملك شريكه فمثل هذا الشرط مفسد للبيع وبتالي فهو مفسد للقسمة لأن فيها معنى البيع ونفس شيء ينطبق على الأرض الغير مملوكة لهما¹.

أما الشافعية فقد أجاز قسمة الزرع دون الأرض رضائيا إذا كان الزرع لا يخله الربا، أما إذا كان كذلك فلا يجوز ذلك إلا إذا كان الزرع كالبر والشعير أي إذا كان قصيلا².

2-قسمة الأرض دون زرع

اتفق كل من الشافعية والحنابلة على أن الزرع لا يمنع قسمة الأرض، لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار، وسواء خرج الزرع أو كان بذر لم يخرج، فإقتسما يبقى الزرع بينهما مشتركا.

¹ الكسانى الحنفى، المرجع السابق، ص 149 و 150.

² محمد عبد الرحمن الضوينى، المرجع السابق، ص 327.

إلا أن الشافعية أجازوا مطلقا قسمة الأرض دون الزرع جبرا ،ولا يمنع منها ما في الأرض من الزرع لأنه مستودع فيها إلى مدة تكامله ،بخلاف البناء والشجر الذي يعد مستدام .

أما المالكية فقالوا بأنه إذا كان الزرع الظاهر قسمت الأرض فقط ولا يجوز قسمة الزرع معها، ويبقى الزرع حتى يصير حبا فيقسم ذلك بالكيل ،أما إذا كان الزرع مستكنا أي غير ظاهر، فإنه لا يجوز قسمة الأرض أو الزرع بالحال¹.

3-قسمة الأرض والزرع معا

ذهب جمهور المالكية في طلب أحد الشركاء قسمة الأرض والزرع معا إلى أنها جائزة ،لكن في حالة واحدة،وهي إذا كان الزرع لم يبد صلاحه وإشترطوا الجذاذ².

أما الشافعية فذهبوا إلى أنه لا يجوز إجبار قسمة الأرض مع الزرع، لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها ،فلم تجب قسمته معها،كالقماش فيها³.

وأما جمهور الحنابلة فذهبوا إلى أنه يجبر المتع على قسمة الأرض مع الزرع ،إذا كان قد خرج،سواء كان قصيلا⁴،أو قد إشتد الحب فيه،لأن الزرع كالشجر في الأرض ،وهذا القول لمن قال أن القسمة إفراز⁵.

4-قسمة الأرض والشجر

إذا كان بالأرض شجر سواء نخلا أو فاكهة ،وطلب أحد الشريكين القسمة .

¹ محمد عبد الرحمن الضويني،نفس المرجع ،ص 328 .

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق ،ص 329 .

³ بن قدامة المقدسي،المرجع السابق،ص 109.

⁴القصيل هو ما يجز رطبا لعلف الدواب كالبرسيم و نحوه،القطينة :بكسر الفاق على النسبة هي الحبوب التي تطبخ

كالعدس و اللوبيا ،ونحوها.قاموس المحيط ،المرجع السابق، ص 37 و36.

⁵ بن قدامة المقدسي،المرجع السابق، ص 109.

فالمالكية¹ يرون أن تقسم الأرض مع شجرها المتفرق جميعا، إذا لو قسمت الأرض على حدى، صار لكل شريك شجر في أرض صاحبه، مما لا يتم معه الهدف من القسمة وهو إنهاء الشركة بينهما.

أما إذا كانت الأشجار أصنافا متعددة كالخوخ والرمان ونحوها، وكان مفردا على حدته في حائط، فإنه يقسم كل صنف على حدى، إن إحتمل القسمة إلى ضم غيره .

أما إذا كان الحائط فيه أشجار مختلفة فإنه لا يفرد في القسمة، ويقسم ما فيه بالقيمة، ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من ألوان الثمار، وتجاوز القرعة هنا للضرورة مع أنها لا تجوز في صنفين.

أما الحنفية فذهبوا إلى عدم جواز قسمة الطلع والنخل دون الأرض جبرا، ولو إقتسما بالتراضي فإن شرطا القطع جاز، وإن إشتراط الترك منهما في القسمة لا يجوز، ولو تركه بعد القسمة بإذن صاحبه فأدرك وقلع فالفضل له طيب، وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق².

في حين الشافعية أنه إذا كانت بين الشريكين أرض بها شجر لكليهما، وأراد أحدهما قسمة الأرض فقط، فلا يمكن له أن يجبر الآخر، ولا يجوز أيضا قسمة الشجر دون الأرض جبرا، لبقاء العلاقة بينهما، أما إذا كانت قسمة بتراضي فيجوز.

ويرون الحنابلة أنه إذا إختلفت أنواع الشجر في الأرض وطلب أحد الشركاء قسمة كل عين على حدى، وطلب الآخر قسمة الجمع، قبل الطلب الأول وتقسم قسمت تفريق، لأنه أقرب إلى التعديل.

والراجح في قسمة الشجر المتفرق أو المختلف الأنواع هو قسمة جمع بالقيمة مع إستعمال القرعة تطيبا للنفوس³.

ج-قسمة الأرض المبنية

الأرض المبنية إما أن تكون دورا أو بيوتا أو منازل، وسنبين في ما يأتي كيفية قسمة كل نوع على حدى.

¹ سيدي أبي عبد الله محمد الخرشي، المرجع السابق، ص 187 و188.

² الكساتي الحنفي، المرجع السابق، ص 150.

³ محمد عبد الرحمن الضوييني، نفس المرجع، ص 331 .

1-قسمة الدور

يقصد بالدور جمع دار إسم لما يشمل على بيوت ومنازل ،فهي تجمع البناء والعرضة فهي أهم من البيوت والمنازل ،لإشتمالها عليهما¹.

وفي حالة تنازع الشركاء حول قسمة دارين أو أكثر مملوكة على الشيوع ، وذلك بطلب أحد الشريكين قسمت كل دار بـإنفرادها ويمتتع الآخر ، أو يطلب أن تقسم أعيانا ،بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار ، وهذه المسألة قد اختلف الفقهاء بشأنها و إنقسموا إلى ثلاثة أقوال.

القول الأول ذهب إليه كل من أبو حنيفة والشافعية والحنابلة والجعفرية،و أكدوا أن دور المتعدد يقسم تفريقا وبمفهوم المخالفة لا يقسم قسمة جمع قضاء ،سواء كانت متقاربة أو متباعدة متساوية القيمة أو مختلفة.

وإستدلوا برأيهم على أن الدور المتعددة تقسم قسمة تفريق وهذا بهدف تحقيق المعنى القسمة،الذي يكمن في تحقيق المنفعة من خلال تمكين كل واحد من الشركاء من الإنتفاع بملكه على وجه الكمال ،إلا أن هذا الهدف قد يتعذر تحقيقه إذا تمت القسمة الجمع قبل القاضي لأن تفاوت المنفعة في الدور تفاوت كبير ومتعدد ،فهي تختلف بإختلاف البلدان والأبنية ،وبإختلاف المحال والمواقع وبإختلاف الجيران والقرب من الخدمات العامة والبعد عنها إلى غير ذلك من أوجه الإنتفاع ،فكانت لذلك في حكم الأجناس المختلفة ومن تم كانت القسمة كل دار على حدى أعدل ،سواء كانت متجاوزة أو متباعدة متساوية أو مختلفة².

وأجاز الحنفية قسمة الجمع لكن بشرط أن يرضى جميع الشركاء القسمة جمعا فتقسم أيضا على الوجه المشروح أعلاه³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع ،ص 331.

² علي حيدر، المرجع السابق ،ص 136 و 137 .

³ علي حيدر، المرجع السابق،ص 137 .

القول الثاني هو لفقهاء المذهب المالكية، وقد إتفقوا على أن الدور المتعددة جائزة قسمته من قبل القاضي قسمة جمع، فإذا كانت متقاربة ومتساوية قسمها أعيانا فيجمع نصيب كل شريك في دار على حدى، وأن كانت متباعدة أو مختلفة، قسم كل دار على حدى.

وإعتبروا جواز قسمة الجمع في الدور المتعدد تكون في مواضع المتقاربة كوجودها في بلد الواحد، وإن تباعدت بلن كانت في بلدين أو بلد كبير، أحدهما في الوسط والثانية في الطرف فلا يجوز جمعها، وتكون القسمة قسمت تفريق بحيث تقسم كل دار على حدى، لأن شأن التباعد يؤدي إلى إختلاف الأغراض، وهذا مانع من الجمع.

وفي حالة عدم تساوي القيمة الدور المتعدد يقسم قسمت تفريق حتى ولو كانت الدور متقاربة، لأنه لا يجوز جمعها في حالة إختلاف قيمة الدور بل تقسم كل دار وحدها¹.

القول الثالث ذهب إليه الإمامين أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وإعتبروا أن الدور المتعددة سواء كان متباعد أو متقارب يفوض قسمته للقاضي جمعها أو تفريقها، لأن ذلك أعدل الوجهين وبما فيه صالح الشركاء.

بمعنى أن إجراء القسمة في الدور المتعدد سواء كان متقارب أو متباعد يكون من إختصاص القاضي، لأن رأيه هو الأصلح، فله خيار إما يقسم قسمة جمع إذا رأى أنها تحقق مصلحة الشركاء، أما إذا رأى أنها غير كذلك لا يقسم قسمة جمع لأنه و إن كانت الدور من جنس واحد من جهة أصل السكنى والإسم والصورة فهي مختلفة الجنس نظرا لإختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى فيها، فإذا قسمت كل دار على حدى فيحتمل أن يتضرر بعض الشركاء لقله سهمه، فلذلك فوضت صورة التقسيم إلى رأي القاضي فإين شاء قسمها وإن شاء لم يقسمها².

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه القول الأول ممثلا في جمهور الفقهاء، الذي يرى أن قسمة الدور المتعدد تكون تفريقا، وهذا هو الصواب لأنه يحقق المقصود من القسمة بإعطاء كل شريك الحق في إنتفاع بحصته هذا من جهة ومن جهة ثانية عدم الأخذ بقسمة التفريق يؤدي إلى وقوع ضرر بالشركاء.

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 61 .

² علي حيدر، المرجع السابق، ص 137 .

2-قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتعددة

إختلف الفقهاء في قسمة البيوت في الدار الواحدة على قولين :

القول الأول ذهب أصحابه وهم الحنفية والشافعية والحنابلة ،إلى القول :بأن قسمة البيوت في الدار الواحدة تقسم قسمة أعيان كالدار الواحدة ،أما المالكية فقد إشتراطوا في مثل هذه الحالة ما إشتراطوه في قسمة الدارين فأكثر .

ودليلهم هو أن البيوت المتعددة في الدار الواحدة إذا تم تقسيمها قسمة تفريق فلين ذلك يلحق ضرر بنا بالمتقاسمين ،وهذا يتنافى مع حقيقة القسمة وحكمة مشروعيتها وأنها شرعت لدفع الضرر ،كما أن البيوت وإن إختلفت إلا أنها متقاربة في المنفعة وذلك لتقاربها في معنى السكنى فجازت قسمتها قسمة جمع كالجنس الواحد¹.

القول الثاني ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن قسمة البيوت في الدار الواحدة تفوض قسمتها إلى القاضي.

وإستدلوا بأن البيوت في الدار الواحدة قد تتفاوت فيما بينها تفاوتاً فاحشاً من حيث السعة والضيق والحديث والقديم ،والتفويض إلى القاضي يدفع الضرر عن الشركاء ويحقق لهم إنتفاع².

3-قسمة المنازل

يقصد بالمنزل :السقف المكون من بيتين أو ثلاثة أو أكثر ،وهو ما يسمى الآن :شقة .

وذهب أبو حنيفة إلى أن المنازل ،إذا كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقا بعضها ببعض ،قسمة القاضي قسمة جمع ،وإذا كانت متباينة أي متفرعة بعضها عن بعض قسمة فرد سواء كانت في محل أو محالات مختلفة لأنه يكون في داخل الدار وفوق الغرفة ،وبتالي إذا كانت متلاصقة فتجرى

¹مازن مصباح و نعيم سمارة المصري ،المرجع السابق ،ص 174؛عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي ،المرجع السابق ،ص 131 .

²أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ،ص 62 .

فيها قسمة المفرد وإلا فتجرى عليها قسمة الجمع، ولشبهها بالدور تقسم قسمة فرد إذا كانت في أمكنة متفرقة¹.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المنازل كالأفرحة والدور والبيوت يفوض أمر تقسيمها جمعا أو أفراد إلى القاضي يقسمها على عدل الوجهين².

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أمكن قسمة كل منزل على حدى من غير ضرر، قسمة أفراد. أما إذا لم يكن من الممكن قسم كل منزل على حدى، أو كان في قسمتها أفرادا ضرر بالشركاء أو بأحدهم، فإن المنازل تقسم جمعا.

هذه هي أقوال الفقهاء في قسمة الأفرحة والدور، وبالنظر فيها يتبين أن ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد في أن هذه الأموال يقسمها القاضي على عدل الوجهين، يعتبر في حقيقته توفيقا لهذه الأقوال، وتجميعا لمصالح الشركاء، وقطعا للتنازع الذي يثور بينهم بشأن الجمع والتفريق، فهو أن الرأي الأفراد عدل وأنفع للشركاء أفراد القسمة لأنه يحقق العدالة بين الشركاء في الصورة والمعنى، وإن رأي الجمع عدل وأنفع للشركاء من الأفراد جمع تحقيقا للمعادلة في المعنى عند تعذر الصورة.

أما القول بالجمع أو الأفراد فليس في إطلاقه مصلحة الشركاء، بل قد يترتب عليه ضرر بهم أو بأحدهم، والقاضي هو الذي يقدر ذلك ويرعاه، لأن نصب محصلا للمصالح ودفعًا للمضار.

والقول بأن القاضي يتعذر عليه إعتبار المعادلة في المنفعة، يردده أن القاضي بما يملكه من الخبرات الفنية والتخصصات الدقيقة في كل المجالات يكون قادرا على معادلة منافع هذه العقارات على الحق والعدل، ومن تم يقع التعديل بين الشركاء في المنفعة والمالية معا³.

4- قسمة العلو والسفل

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 138؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص 131 .

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 62 .

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 63 .

قسمة العلو والسفل قد تكون بصفة رضائية بين الشركاء ،وقد تكون بصفة جبرية في حالة عدم تحقق إجماع الشركاء ،غير أنه يمكن أن تعدل هذا نوع من القسمة .

-قسمة العلو والسفل من حيث الرضا والجبر-

تختلف قسمة العلو والسفل بليختلاف طبيعة القسمة ، إذ كانت قسمة رضائية أو قسمة قضائية وهذا تفصيلا في ما يأتي:

ففي قسمة الرضائية لا خلاف بين الفقهاء في جواز القسمة إذا كان المشترك دار بين إثنين ولها علو وسفل فتراضيا على أن يكون العلو لأحدهما والسفل للآخر ،كما يجوز لها أن يتراضيا على قسمة السفل وحده أو العلو وحده،ويترك العلو والسفل على الشيوخ بينهما.

وكذلك يجوز لهما بالتراضي أن يقتسما العلو والسفل معا ،وسواء قسما بالذرع متساويا أو متفاوتا،أو قسما بالقيمة أورد أحدهما على الآخر دراهم أو دنانير ،لأن الحق لهما وقد تراضيا عليه¹. أما القسمة الإجماعية فيجوز قسمة السفل والعلو جبرا يختلف بليختلاف ما إذا كان المطلوب قسمة :

_ السفل والعلو معا.

_ جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر.

_ قسمة السفل وحده أو العلو وحده وترك العلو أو السفل على الشيوخ .

_ قسمة السفل والعلو على أن يقسم السفل منفردا أو العلو منفرد .

فإذا طلب أحد الشريكين في دار لها علو وسفل معا ،قسم السفل والعلو بينه وبين شريكه ،و إمتنع شريكه عن هذه القسمة ،فلا خلاف في أنه يجاب إلى طلبه ،ويجبر شريكه على هذه القسمة عند الإمكان.

وبذلك يكون لكل منهما من العلو والسفل ما ينتفع به من غير ضرر يعود عليه ،وذلك لأن

البناء في الأرض يجرى مجرى الغرس ،يتبعها في البيع والشفعة ،ولو طلب قسمة أرض فيها غراس اجبر شريكه عليه ،كذلك البناء².

أما إذا طلب أحد الشريكين جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما ،ولا يجبر من إمتنع على هذه القسمة وهذا رأي كل من الحنابلة والشافعية وأحد القولين عند المالكية.

¹ الكساتي الحنفي ،المرجع السابق ،ص 383 .

² عبد الله بن عبد المحن التركي،المرجع السابق،ص 61.

وإستدلوا بَلْق العلو تبع السفل ،ولهذا إذا بيعا ثبتت الشفعة فيهما ،وإذا افراد العلو بالبيع لم يثبت الشفعة فيه،وإذا كان تبعا له فلا يجوز أن يجعل التابع في القسمة متبوعا .وكذا لأن السفل والعلو جريان مجرى الدارين المتلاصقين ،لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ،ولو كان بينهما داران ،لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا ،كذلك هنا .بإضافة إلى أن من ملك شيئا من الأرض ملك قرار إلى الأرض وهواء إلى السماء فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار ،وليست هذه عادلة¹.

بينما ذهب الحنفية والمالكية في قول والشافعية إلى أن في حالة عدم إمكانية قسمة السفل مع العلو يجوز جبر من إمتنع عن هذه القسمة ويعد ذلك من قبيل قسمة التعديل ،بحيث يقسم الحاكم بينهم ويقرع بينهم².

وقد إختلفت الحنفية حول إذا كان لصاحب العلو الحق في البناء عليه أم لا . فذهب أبو حنيفة إلى أن ليس لصاحب العلو أن يبني على علوه إلا برضا صاحب السفل ،تحقق عنده تفاوت في المقصود وهو السكنى ،فصاحب سفل له منفعتين منفعة السكنى ومنفعة توسيع السكنى من خلال إمكانية بناء فوق سفله ، أما صاحب العلو فله منفعة واحدة وهي أصل السكنى دون التوسع بالبناء على علوه ،فإذا كان تم منفعة واحدة مقابل منفعتين كانت العدالة أن تكون القسمة كذلك على الثلث والثلثين ،لأن الثلث مع منفعتين بعدل الثلثين مع منفعة واحدة. وذهب الصحابان إلى أن لصاحب العلو أن يبني على علوه من غير رضا صاحب السفل أو غيره كما أن لصاحب السفل أن يبني على سفله دون رضا من أحد³.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في قول الشافعية في قول وهو أنه يجوز للقاضي عند طلب أحد الشريكين أن يجعل السفل لأحدهما والعلو للأخر ويقرع بينهما.

لأن كثير من الدور التي لها علو وسفل يتعذر قسمة سفلهما وعلوها معا ، أما لضيق مساحتها أو لتعذر قسمة منافعتها أو لغير ذلك الأسباب ،ففي هذه الأحوال ومائلها يكون الأخ د بهذا القول أنفع لكل من الشريكين،و ابعد عن الضرر بهما أو بأحدهما ،فضلا عن أنه يقطع النزاع بينهما ويقضي على ضرر الشركة مع الملاحظة الأخ د بما ذهب إليه أبو حنيفة وهو أنه ليس لصاحب العلو أن يبني على علوه من غير رضا صاحب السفل وإذنه ،لأن المقسوم بينهما هو العلو والسفل القائم وفي البناء على العلو ضرر لصاحب السفل .

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق ،ص 338 .

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع ،ص 339 .

³ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة ،القسمة ،الوعي الإسلامي ،الكويت ،2011 ،ص 87 .

ولأن تطور المباني وإتساع مجالها وخفة حركتها جعل من الميسور أن يقيم صاحب العلو على علوه طبقات يكون لها من المنافع أضعاف ما لعلوه وفي ذلك عدم تعديل القسمة بين الشريكين¹. وفي حالة ما إذا طلب أحد الشريكين قسمة السفل دون العلو أو قسمة العلو دون السفل على أن يترك العلو أو السفل على الشيوخ بينهما وإمتنع صاحبه، فلا يجبر على هذه القسمة، لأن القسمة تراد لتمييز حق الآخر ومع بقاءه شائعا لا يحصل التمييز. وذلك لأن القسمة تراد لتمييز حق أحدهما عن حق الآخر، ومع بقاء العلقة بإبقاء جزء شائع بينهما لا يحصل مقصود القسمة، فلا يجبر عليها من إمتنع منهما ولأنها قد يقسمان العلو بعد ذلك أو السفل، فيقع ما فوق نصيب هذا من السفل لذلك، فيتضرر كل منهما² كما أنه إذا طلب أحد الشريكين قسمة السفل والعلو معا، ولكن على أن يقسم السفل منفردا، والعلو منفردا، وإمتنع الشريك الآخر، فإنه لا يجبر على هذه القسمة، لأنه قد يحصل كل واحد منهما على علو أو سفل الآخر، فسيتضرر كل واحد منها، ولا يتميز الحقان³.

كيفية تعديل قسمة السفل والعلو

إختلف الفقهاء حول كيفية تعديل قسمة السفل والعلو فيما يجوز فيه قسمة الجبر إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول لأبي حنيفة هو أن القاضي يقسم ذراعين من العلو بذراع من السفل . وإستدل على ذلك ، أن منفعة السفل فيه منفعة تربو على منفعة العلو بضعفه ، لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل. كما أن السفل فيه منفعة البناء والسكنى و إستغلاله في كثير من الخدمات والمنافع ، وفي العلو منفعة السكنى فقط ، إذا لا يمكنه البناء على العلو إلا برضا صاحب السفل و إذنه ، فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة ، فكانت القسمة على الثلث والتثنتين ، فتعتبر ذراعان من العلو بذراع من السفل⁴. القول الثاني فهو لأبو يوسف ويقول أن القاضي يقسم ذراعا من العلو بذراع من السفل. وإستدل بأن المقصود من الدور هو منفعة السكنى ، وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر ، لأنه على فرض أن لصاحب السفل

¹ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 82 .

² محمد عبد الرحمن الضويوني ، المرجع السابق ، ص 340 .

³ بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 106 .

⁴ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة ، المرجع السابق ، ص 86

منفعتين كما قال أبو حنيفة، فإن للعلو منفعتين إذا له حق السكنى وحق البناء عليه. فإستوى العلو والسفل، فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذارع¹.

القول الثالث هو أن القاضي يقسم العلو والسفل عن طريق التقويم والتعديل (أي بالقيمة). ذهب إلى ذلك محمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وجه هذا القول هو أن منفعة العلو والسفل متفاوتة ، لأن أحوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم من يختار العلو على السفل فكان التعديل في إعتبار القيمة².

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في القول الثالث وهو أن القاضي يقسم السفل والعلو بالقيمة، وذلك لما فيه من الحيطة والتعديل الشركاء.

وعلى ذلك فإذا كانت قيمة السفل والعلو سواء كانت ذراعا بذراع و إن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر ، يحسب كل ذراع بذراعين وعلى هذا يجرى حسابها³.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي في كيفية إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع، كما وضع لكل حالة من حالات السالفة ذكر كيفية خاصة لقسمتها، ونفس شيء إتجه إليه القانون المدني بتخصيص لكل حالة إجراءات الخاصة بها، برغم من أن نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري جاء على وجه العموم بحيث منحت لشركاء إختيار الطريقة التي يرونها لقسمة العقار الشائع، غير أن المشرع قد أقر نصوص الخاصة لكل حالة من حالات قسمة العقار الشائع وفصل في ذلك كما أشرنا إليه سابقا.

¹ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة ، نفس المرجع ، ص 86.

² بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 106.

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 83 و 84.

المبحث الثاني: القسمة القضائية للعقار الشائع

قد تثير الملكية الشائعة بعض الخلافات والمشاكل بين الشركاء نظرا لسوء إستغلالها والإنتفاع بها، مما قد يدفع الشركاء إلى طلب القسمة العقار الشائع رضائيا إذا وقع إجماعهم أما في حالة إستحالت قسمة العقار الشائع عن طريق الإتفاق تتم القسمة بناء على دعوى قضائية ويتالي تكون القسمة قضائية.

وحتى تتحقق القسمة القضائية ويزول الشيوع ب أخذ كل شريك حصة مفرزة من ال عقار الشائع وجب أن تتوافر شروط وأن لا يكون هناك قيود تحول دون إجراء قسمة القضائية، بإضافة إلى إتباع الشركاء إجراءات القسمة التي تجرى تحت سلطة القاضي.

والقسمة القضائية قد نظمها القانون المدني وكذا الشريعة الإسلامية، حيث أفردت لها شروط وإجراءات خاصة .

وهذا المبحث قسمناه إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية للعقار الشائع.

المطلب الثاني: إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع .

المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية للعقار الشائع

القسمة القضائية من خلال تسميتها يتبين أنها تجرى من قبل القضاء إلا أن المحكمة لا يمكن أن تتدخل في القسمة من تلقاء نفسها بل لابد أن تكون بناء على طلب أحد الشركاء، بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة المختصة، التي بدورها تتأكد من توافر الشروط لقبولها.

وسيعالج هذا المطلب تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع من ناحيتين القانونية والشريعة (الفرع الأول) بإضافة إلى شروط القسمة القضائية للعقار الشائع كذا من ناحيتين القانونية والشريعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع

لقد أعطيت كل من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني تعريف للقسمة القضائية كما حددت لها شروط موضوعية وأخرى شكلية وهذا ما سيتم توضيحه في ما يلي:

البند الأول: التعريف القانوني للقسمة القضائية

نصت المادة 724 من القانون المدني الجزائري على: "إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع، فعلى من يرد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة المختصة".

ومن خلال نص هذه المادة يتبين أن لكل شريك الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل إقتسام العقار الشائع الخروج من حالة الشيعاء بناء على دعوى ترفع أمام المحكمة المختصة، وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالة أخرى يتم فيها اللجوء إلى قضاء من أجل إقتسام العقار الشائع وهي حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب من بين الشركاء.

ويمكن تعريف القسمة القضائية على أنها تلك القسمة التي تجرى بواسطة القضاء، فهي قسمة تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءاتها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى "دعوى القسمة"¹.

البند الثاني: التعريف الشرعي للقسمة القضائية

عرفت المادة 1122 من مجلة الاحكام العدلية قسمة القضاء بأنها تلك القسمة التي تتم بواسطة القاضي الذي يقسم الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم له أي بطلب بعض أصحاب الملك المشترك.

وللقاضي أن يقسم رضائيا بين الشركاء وذلك بناء على طلبهم جميعا، بمعنى إذا طلب جميع الشركاء من القاضي قسمة العقار الشائع بينهم قسم القاضي قسمة تراضي لتأخذ هذه القسمة أحكام

¹ محمد عزمي بكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد، دار محمود لنشر والتوزيع، ط09، 2004، ص 101.

القسمة الإتفاقية، أما إذا طلب البعض القسمة و إمتناع البعض الآخر عنها وكان العقار المشترك مما يمكن قسمته وينتفع كل شريك بما صار إليه، فلن القاضي يجري القسمة أما بنفسه أو من قبل قاسم أخرى يعينه فيجبر القاضي من إمتنع عنها لأن الجبر هو من إختصاص القاضي وحده وحينئذ تكون القسمة إجبارية¹.

الفرع الثاني: شروط القسمة القضائية للعقار الشائع

للقسمة القضائية شروط منها ماوردت في القانون المدني (البند الأول) ومنها ما في ال شرعية الإسلامية ورد (البند الثاني).

البند الأول: شروط القسمة القضائية للعقار الشائع في القانون المدني

وضع المشرع مجموعة من الشروط حتى يتم قبول القسمة أمام الجهات القضائية منها ما يتعلق بأطراف دعوى ومنها ما يتعلق بالعقار محل القسمة، وأخرى خاصة بالقيود الواردة على الحق في طلب القسمة.

أولاً: القيود الواردة على حق طلب القسمة

حق في طلب القسمة هو من الحقوق التي مضمونة قانونية، حيث أنها لا تسقط بالتقادم مهما طال مدة عدم إستعماله ما دام الشيوخ قائماً لأن وجود الحق متوقف على وجود حالة الشيوخ مما يجعله في حالة إستمرارية وتجدد²، بمعنى أن الشيوخ من الممكن أن ينتهي بالتقادم المكسب الممارس من قبل الشركاء أو من الغير، وفي هذه الحالة فالحق في المطالبة بالقسمة يزول وينقضي مع الحق المشاع للشركاء ولا يمكن للشريك الإحتجاج بالتقادم المكسب، إلا إذا كانت حيازته غير مبهمة وليس بها لبس³.

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 109 .

² حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، مصر، منشأة المعارف، ط 1994، 03، ص 195،

³ Henri, Léon, Jean Mazeaud, leçon de droit civil, France, édition Montchrestien, tome quatrième, 2 eme volume, 1966, p 731.

كما لا يمكن أن يتنازل عن الحق في طلب القسمة ، وإن تم ذلك يكون هذا التنازل باطلا¹، على اعتبار أن هذا الحق من النظام العام وليس لشركاء الحق في الإتفاق على فرض الشيوخ ومنع طلب القسمة ولو كان ذلك بإجماعهم بإستثناء الاتفاق على إبقاء الشيوخ لفترات محدد²، أو ماتم نص عليه قانونا.

وقد جسد المشرع الجزائري ذلك من خلال تقيد دعوى القسمة بقيود بهدف المحافظة على العقار الشائع وحمايته ، وذلك من خلال نص المادة 722 فقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي نصت على : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو إتفاق".

ومن خلال نص المادة يتضح أن القيد يأخذ شكلين القيد الإتفاقي والقيد القانوني .

فالقيد الإتفاقي يعطل الحق في طلب القسمة تعطيلاً مؤقتاً فيتعرف الشركاء في العقار المشاع على البقاء في الشيوخ لمدة معينة وهذا الإتفاق يمنعهم طول هذه المدة من طلب قسمة العقار الشائع³، وقد يتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ لدواعي متنوعة ، فقد يكون من بينهم ما هو ناقص الأهلية تقتضي معه إجراءات معينة قد تطول ويكون ناقص الأهلية يستكمل أهليته بعد زمن طويل ، فيتفق الشركاء ويتفق معهم مع نائب ناقص الأهلية على أن يبقى جميعاً في الشيوخ إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته ، وقد يكون من بين الشركاء غائب يتوقعن قدومه بعد مدة معينة فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوخ هذه المدة حتى يقدم الغائب⁴.

ويكون الإتفاق ناقداً في حق من يخلف الشريك المشاع سواء كان خلف عام أو خاص، والخلف الخاص يتقيد بإتفاق سلفه بالبقاء في الشيوخ إلى نهاية المدة المتفق عليها في حدود الأجل القانوني ، ولو لم يكن عالماً به⁵، وذلك خلافاً للقواعد العامة المقررة في المادة 109 من القانون المدني الجزائري

¹ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، ج الثاني، مصر، 2005، ص 162.

² Mazeud hernie et Léon, Jean Mazeud, leçon de droit civil TIV, 2eme ediction par Michel de Juglat, Paris, 1971, p 744.

³ محمد بكري عزمي، المرجع السابق، ص 18.

⁴ محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة الفكر، ع 06، ص 385 .

⁵ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 38 .

التي تنص على: "إذا انشأ العقد إلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف الخاص فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء عليه".

ومدة البقاء في الشيوخ حددت من خلال نص المادة 722 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري بخمس سنوات كحد أقصى و كل مدة زائدة عن ذلك تعد باطلة، إلا أنه يري بعض الفقه أنه يمكن إنقاص مدة خمس سنوات إن إرتضى الشركاء ذلك فهم غير ملزمون بالبقاء في الشيوخ حتى إنتهاء مدة خمس سنوات وتطبق في هذه الحالة القواعد العامة المتعلقة بالبطلان الجزئي المحددة في نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل...."، لكن ذهب البعض الأخر إلى أن إنقاص المدة ليس تطبقا للبطلان المطلق وإنما يخضع لفكرة تعديل العقد والتعديل عكس البطلان لا يتوقف على إرادة أطراف الدعوى .

ويجوز كذلك للشركاء بعد إنقضاء مدة خمس سنوات أن يتفقوا على تجديد المدة، لكن لا يصح الإتفاق مقدما على أن يتجدد الإتفاق بعد إنقضاء مدته لمدد متتالية، وأن حصل إتفاق قبل إنقضاء المدة السارية فإن المدة الجديدة تحسب من يوم الإتفاق عليها وليس من يوم إنقضاء المدة السارية، وإلا أصبح الشركاء ملزمين بالبقاء في الشيوخ مدة تزيد عن خمس سنوات من يوم الإتفاق الجديد وهذا لا يجوز¹.

أما عن القيد القانوني فيجبر الشريك في الشيوخ على البقاء فيه بموجب نص قانوني كما هو الحال في الشيوخ الإجباري، حيث يقتضي الغرض الذي أعد له الشيء الشائع بقاءه على الشيوخ إذا لا يصلح للإستعمال 737 من القانون المدني الجزائري حيث تقول: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ "، ونجد تطبقا لهذا الأحكام في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأرض المقام عليها العمارة وأجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع، فإنها لا تقبل القسمة، وليس للشريك الحق في أن يتصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذي يملكه مفرزا في الدار وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 747

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 885 .

من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم أو بيعاً بالمزاد بمعزل عن الأجزاء الخاصة " ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 10/07/1991 عندما أيدت القرار القاضي بالمصادقة على تقرير الخبر والتصريح بأن الإجراء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ، ولا يجوز تقسيمها ، ب إعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف معتبرة ذلك تطبيقاً سليماً للقانون¹.

بإضافة إلى الشيوع الإجباري هناك حالة أخرى تحول دون قسمة العقار الشائع وهي حالة حبس كل العقار الشائع أو جزء منه وكانت قسمة العينية له غير ممكنة، حيث نصت المادة 220 / 01 من قانون الأسرة الجزائري على: "يبقى الحبس قائماً مهما طرأ على الشيء المحبس تغير في طبيعته".

وجاء في هذا السياق قرار المحكمة العليا رقم 752359 الصادر بتاريخ 14/03/2013 بمبدأ عدم جواز قسمة الأملاك العقارية المحبوسة قسمة ناقلة للملكية².

وتجدر الإشارة إلى أن حق في طلب القسمة لا يتقدم ، فيستطيع الشريك أن يطلب القسمة في أي وقت مادامت الحالة الشيوع قائمة حيث أن الحق في طلب القسمة لا يسقط حتى في حالة عدم الإستعمال لأن حالة الشيوع قائمة وهو ما يؤدي إلى تجديد الحق في طلب القسمة القضائية ب إستمرار طول مدة الشيوع³، وهذا الحق غيره من الحقوق يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري ومن بينها نظرية التعسف في إستعمال الحق⁴ وبالتالي يجب على الشريك في الشيوع عدم التعسف في إستعمال حقه .

ثانياً: الشروط المتعلقة بمحل العقار الشائع

تعد الشهادة العقارية لازمة لمعرفة التصرفات القانونية الواردة على العقار الشائع محل المطالبة بالقسمة، فهي عبارة عن كشف رسمي يستخرج من واقع السجلات الموجودة بمصالح الحفظ العقاري

¹ أحمد خالدي ، المرجع السابق، ص 37 و 38.

² مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 ، لسنة 2014، ص 339.

³ محمد العقونى، المرجع السابق ، ص 384.

⁴ المادة 103 من ق.م.ج.

المختصة عما يكون قد شهر من محررات أو قيود عن عقار الشائع، وتستخرج هذه الوثيقة بمناسبة المطالبة بالشهادة التوثيقية¹.

كما يستحسن على الورثة إستخراج الشهادة التوثيقية من أجل تسهيل مهمة الخبير والمحافظ العقاري، غير أن تخلفها لا يرتب عليه عدم قبول الدعوى، ذلك أن مهمة القاضي في دعوى قسمة التركة إلى حصص بين الورثة المبيينين في عقد الفريضة وبالتالي نقل الملكية من المورث إلى الورثة المستحقين².

وقد إتجه موقف القضاء بين مؤيد لفكرة إلزامية تقديم الشهادة التوثيقية كإجراء مسبق قبل رفع دعوى لقسمة، وبين معارض إن صح التعبير حول مدى إلزاميتها إستظهارها قبل رفع دعوى القسمة وذلك من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية³.

حيث إتجه مجلس دولة من خلال قرار الصادر عنه بتاريخ 24 / 09 / 2010 إلى إعتبار أن إنتقال الملكية والحقوق العينية العقارية إلى الورثة بفعل أو بمناسبة الوفاة يجب أن تثبت بموجب شهادة توثيقية طبقا لنص المادة 91 فقرة الأولى من المرسوم 63 / 76 .

كما أكد القضاء الإداري في قرار له تحت رقم 206652 الصادر بتاريخ 10 / 07 / 2000 على إلزامية تقديم الشهادة التوثيقية قبل رفع دعوى.

ويرى الأستاذ حمدي باشا أن المبدأ الذي إنتهى إليه مجلس الدولة في قراره هذا يعد مخالفا للمادة 15 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، التي نصت على إنتقال الملكية إلى الورثة بمجرد وفاة مورثهم وهذا ما أكدت عليه المادة 127 من القانون الأسرة الجزائري.

¹ ليلي رزوقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 223.

² جبار جميلة، المرجع السابق، ص 227 .

³ رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري أطروحة دكتورة تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 165.

إذن فللمبدأ الذي وصل إليه مجلس الدولة في قراره يوصلونا إلى أنه في حالة حدوث وفاة دون أن يبادر أحد الورثة بتحرير الشهادة التوثيقية وشهرها لدى المحافظة العقارية يؤدي بنا للقول أن الملكية تبقى بدون مالك، وهذا ما لم يقل به أحد خاصة إذا طال أمد تحرير هذه الشهادة¹.

في حين تبنت المحكمة العليا موقف مغاير تماما عن ما أقره المجلس الدولة، بحيث إعتبرت الشهادة التوثيقية غير لازمة لإثبات صفة المالك عند وفاة مورثه وذلك من خلال القرار رقم 391380 الصادر في 17 - 01 - 2007 الصادر عن الغرفة العقارية غير منشور والذي جاء فيه: "حيث من المقرر قانونا أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من وفاة أصحاب الحقوق العينية وهذا طبقا للمادة 15 فقرة الثانية من الأمر رقم 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فضلا عن كون المادة 127 من قانون الأسرة نصت على أنه يستحق الإرث لموت المورث حقيقة أو فعلا.

وحيث أن المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد المسبق للشهادة التوثيقية للممارسة دعوى قسمة التركة"².

وهذا ما أكده أيضا قرار آخر للمحكمة العليا رقم 572702 الصادر في 17-02-2011³.

وعليه فالشهادة التوثيقية لا تشكل قيد على ممارسة ال دعوى قسمة التركة أما أي جهة قضائية فالمحكمة العليا تعترف بنقل الملكية بموجب الوفاة، في حين أن صفتهم قائمة وقت رفع الدعوى⁴، وهذا تطبيق لما جاء في نص المادتين 15 من الامر 74-75 السالفة الذكر والمادة 127 من قانون الأسرة الجزائري⁵.

¹ حمدي باشا عمر وليلي زروقي، المرجع السابق، ص 233 و234.

² رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 167.

³ مجلة المحكمة العليا، ع 01، لسنة 2011، ص 92.

⁴ محمودي فاطمة الزهراء، الشهادة التوثيقية - دراسة قانونية وقضائية -، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان، ع 08، جوان 2017، ص 112.

⁵ نصت المادة 127 من ق.أ.ج على: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم القاضي".

وبمعنى آخر لم تميز المحكمة العليا بين أثر الوفاة وأثر الشهر وبين صفة الوارث وصفة المالك على الشيوع¹، حيث إعتبروا أن الشهادة مجرد إجراء يخص الشهر وأن ملكية الورثة تقرر بوفاة الهالك فقط².

كما يشترط في محل العقار الشائع الحصول على ترخيص مسبق وإحترام المساحة المرجعية إذا تعلق الأمر بخروج من حالة الشيوع في الأراضي الفلاحية، والترخيص يتم الحصول عليه من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وفقا للمرسوم التنفيذي 97-490³، وكذا القانون 10/ 03 .

كما يشترط رخصة التقسيم أو التجزئة حسب الحالة وفقا لما تم تضمينه في أحد الفروع تحت عنوان قسمة العقارات المبنية أو المعدة للبناء

ثالثا: أطراف الدعوى والجهة القضائية المختصة

وفقا للقواعد العامة المتعلقة بشروط رفع الدعوى المنصوص عليها في ق.إ.م.إ.ج⁴ وجب على المدعي إثبات صفته طبقا لنص المادة 13 ق.إ.م.إ.ج⁵، وذلك من خلال تقديمه لمجموعة من الوثائق التي ترفق بملف الدعوى، ومنها العقد الرسمي إذا تعلق بقسمة العقار، وفقا لمقتضيات المادة 29 من قانون رقم 90_25 التي تنص: "تثبت لملكية الخاصة للأمالك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، كما يشترط توافر الصفة في المدعى عليه. ويجب على المدعي إثبات مصلحته في التقاضي، وفي حالة إثبات المدعى عليه عكس ذلك فيكون مآل الدعوى هو عدم القبول.

¹ وهيبة عثمانة، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باثنة 01، ع07، سبتمبر 2015، ص 472.

² محمودي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 112،

³ المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 ديسمبر 1997، يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج. ر. ع 84.

⁴ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21.

⁵ نصت المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج على: "لا يجوز التقاضي ما لم تكن له الصفة،....."

يتير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه...."

كما إشتراط المشرع أهلية التقاضي في أطراف الدعوى ،وإن وجد من بينهم من هو قاصر أو من حكمه،إستوجب الأمر إستصدار إذن من قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة لصاحب النيابة الشرعية من أجل مباشرة إجراءات التقاضي وفقا لمقتضيات المادة 495 ق.إ.م.إ.ج.

أ-الأطراف الأصلية في دعوى القسمة

الشريك هو الذي له الحق في العقار الشائع سواء كان شريكا أصليا أو خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه ،بحيث يجوز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة¹ على جميع الشركاء في الشيوخ،فيدخلون جميعا خصوما في الدعوى القضائية وفي حالة عدم إدخالهم جاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم أو من قبل القاضي ،أما على مستوى جهة الإستئناف فلا يكفي تصحيح الإجراءات وبتالي يتعين على قضاة المجلس في هذه الحالة القضاء ببطلان إجراءات الدعوى ،حتى يطبقوا صحيح القانون ،وهذا ما خلصت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 264439 المؤرخ في 2002/09/11².

وإذا صدر الحكم في الدعوى القسمة دون إدخال بعض الشركاء في الخصومة القضائية ،فإن الحكم يكون حجة فقط على المذخلين في الخصام وليس لهم الحق في التمسك بعدم نفاذه،بعكس الشريك الذي لم يخل في الخصام الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه³. كما لهم الحق في اللجوء إلى طريق الغير الخارج عن الخصومة طبقا لنص المواد من 380 إلى 389 من ق.إ.م.إ.ج.

وفي نفس السياق فدعوى القسمة لا تقبل إذا رفعت على بعض الشركاء دون البعض الآخر لأن الصفة لا تثبت إلا باجتماع جميع الشركاء وقبول الدعوى في غياب بعض الشركاء يعد إنتهاكا لنص

¹ محمد العقوني ،المرجع السابق،ص 382 .

² سابس جمال ،الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري(قرارات المحكمة العليا ،قرارات مجلس الدولة)،منشورات كليك،ط 02الجزائر،2013،ص 1112 .

³ عبد الرزاق السنهوري ،ج 08،المرجع السابق ،ص 912و913 .

المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 282700 المؤرخ في 2004/12/11¹.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي حل المشتري محل الشريك في الشيوع بحيث يكون له الحق في رفع دعوى القسمة مثله مثل باقي الشركاء، أما إذا اشترى أجنبي جزء مفرزا من المال الشائع فإنه لا يصبح شريكا في كل العقار ومن ثم لا يجوز له رفع دعوى القسمة².

وبالنسبة لشريك الذي يملك حصته تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع دعوى القسمة، لأنه له الحق في قيام بالأعمال التحفظية ورفع الدعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال³.

ويجوز لدائن أحد الشركاء بموجب نص المادة 190 من القانون المدني الجزائري أن يرفع دعوى القسمة بلسم مدينه، إذا توافرت شروط الدعوى الغير المباشرة المنصوص عليها في المادتين 189 من القانون المدني الجزائري⁴.

كما يمكن أن تتعدد القسمة القضائية للعقار الشائع بين الدولة والخواص، لإمكان قيام الشيوع بينهم.

وصفة الشريك على العموم تثبت بتقديم العقد الرسمي المتعلق بالبيع أو بتقديم الفريضة وجوبا أو الشهادة التوثيقية إذا كان رافع الدعوى ورثة الهالك إضافة إلى عقد الملكية الخاص بالمال ب إسم المورث وبذلك تثبت صفتهم في الدعوى بعد تأكد من صحة التكاليف بالحضور من قبل رافع الدعوى طبقا لنص المادة 18 و19 من ق.إ.م.إ.ج.

ب- المحكمة المختصة بالنظر في دعوى القسمة

¹ حمدي باشا، القضاء العقاري، في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 124 .

² محمد العقوني، المرجع السابق، ص 382.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 912 و913.

⁴ نصت المادة 189 من ق.م.ج على: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصيه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام".

تطبيقاً لنص المادة 521 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا التالية:.....- في القسمة و تحديد المعالم " ،فإن القضايا العقارية المتعلقة بقسمة العقار يختص بها القسم العقاري على مستوى المحكمة.

وينعقد الإختصاص الإقليمي للمحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها العقار محل النزاع، عملاً بأحكام المادة 40 من ق.إ.م.إ.ج بقولها: "فضلاً عما ورد في المواد 37،38،46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها : 1 - في المواد العقارية أمام المحكمة التي يقع دائرة إختصاصها العقار".

كما تضيف المادة 518 من ق.إ.م.إ.ج : " يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

ويرى بعض الفقه أنه في حالة تعدد العقارات وكان موقعها في دائرة الإختصاص أكثر من محكمة تكون المحكمة المختصة في ذلك المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أكبر قيمة¹، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يفصل في مثل هذه الحالة .

وإذا تعلق الأمر بقسمة قضائية مصدرها ميراث ، فإن الإختصاص يؤول إلى قسم شؤون الأسرة عملاً بالمادة 489 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص: " يؤول الإختصاص في دعوى التركة على المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى ، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ، ما لم ينص القانون على خلاف " وعملاً كذلك بنص المادة 40 من ق.إ.م.إ.ج : "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها ...

2- في مواد الميراث أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفى ...".

وفي حالة تعذر القسمة الاتفاقية المتعلقة بقسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص وفقاً لما ذكرنا سابقاً ، فإنه ينعقد الإختصاص إلى القضاء الإداري مراعاة للمعيار العضوي ، مادام أن وزير المالية طرفاً في الدعوى إعمالاً لنص المادة 191 وما يليها من المرسوم 12-427 المحدد لشروط

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج08، المرجع السابق ، ص 914 .

وكيفيات إدارة وتسيير الاملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ، ويفصل فيها وفقا لأحكام القانون المدني ولا سيما المواد من 724 إلى 728 منه ، وذلك ما نصت عليه المادتان 126 و 129 من المرسوم 12 - 427 السالف الذكر.

البند الثاني: شروط القسمة القضائية للعقار الشائع في الشريعة الإسلامية

تكمن شروط القسمة القضائية للعقار الشائع وفقا للفقهاء الإسلاميين في ما يلي:

أولاً: الطلب

يشترط في القسمة القضائية حتى تكون جائزة أن يطالب بها أحد الشركاء ، لأن إجراء القسمة من قبل القاضي يعد تصرف في ملك الغير ، وهذا التصرف محظور بغير إذن المالك الأصلي ، لهذا وجب أن يأذن أحد الشركاء للقاضي بإجراء القسمة ليكون هذا التصرف تنفيذاً لطلب الذي تقدم به أحد الشركاء الذي يملك نصيباً في المال المشترك ، ويطلق المالكية على هذا النوع من القسمة قسمة القرعة¹.

ثانياً: حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم

حتى تصح القسمة الجبرية لأبد من حضور الشركاء أو من يقوم مقامهم ، لكن إذا كان هناك شريك غائب فيحضر عنه وكيله. وهذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء ، والذي سبق أن تطرقنا له في شروط القسمة الإتفاقية.

ثالثاً: أن لا يترتب على القسمة الجبرية ضرر

فيشترط في القسمة الجبرية إنتفاء الضرر ويقصد بالضرر هنا هو فوات المنفعة مقصودة من القسمة ، وفي مسألة تحديد مدى الضرر إنقسمت الآراء حولها إلى ثلاثة أقوال:

¹ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص 124.

الرأي الأول ذهب إلى أن الضرر يكون عام، أي يخص كل الشركاء بحيث أن المنفعة المقصودة من العقار المشترك تبطل بالنسبة لكل شريك، كما لو كان حجم البيت أو الحمام أو الطاحون صغير لا ينقسم بعدد الشركاء بيوتا وحمامات وطواحين، فهذا نوع من الضرر يمنع الإيجابار على القسمة لأنها تكمل المنفعة، وكذا الحال بالنسبة لنهر والقناة والعين والبئر، لكن إذا كان مع الأرض قسمت الأرض وترك البئر والقناة على الشركة، فأما إذا كانت أنهار لأرضين متفرقة أو عيوناً أو أباراً، قسمت الأبار والعيون لأنه لا ضرر في القسمة، أما إذا كان هناك خشية من إحداث ضرر من جراء قطعها وكانت الخشية كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت¹.

وقد يكون الضرر خاص يمس بعض الشركاء دون البعض الآخر كما لو كان نصيب واحد فحسب في البيت أو الحمام أو الطاحون هو الذي يتسع لمثل ذلك، فيمكن الإيجابار على القسمة سواء كان المتضرر هو طالب القسمة أم غيره، فإذا طالبها المتضرر تكون خالية من الضرر لأنه هو من قبل بالضرر أما إذا طلبها آخر فليق الضرر للحق بالمتضرر من القسمة ليس بضرر حقيقي بمعنى أنه يفوت به حق له، وإنما كل ما هناك أنه بسبب قلة نصيب شريكه وهذا يأبى عليه ويطلب إستخلاص حقه، وتكميل منافع ملكه ولهذا شرعت القسمة².

الرأي الثاني يقول أن ضرر الذي لا يخص الطالب أي يخص الممتنع يشمل ضرر خاص وعام، لأن ضرر طالب القسمة يسقط إعتباره بطلبه أي أن طالب رضى بالضرر، أما ضرر الممتنع فلا يسقط، والطالب ليس له أن يسقط على الإضرار بغيره³.

أما الرأي الثالث جاء بعكس الرأي الثاني، فقال أن الضرر الذي لا يخص الممتنع يشمل الضرر الخاص والعام، لأن الضرر الممتنع ليس ضرراً حقيقياً فلا يعتد به وإنما ينظر في ضرر الطالب فإذا إنتفى فليس ثم مانع ما من الإيجابار على القسمة وإذا لم ينتفي كان متعنتاً بطلب القسمة والمتعنت لا يلفت إليه وقسمة الإيجابار لا تكون بدون طلب معتد به⁴.

رابعاً: تعديل السهام من غير رد

¹ الكسائي الحنفي، المرجع السابق، ص 148. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 216 .

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، نفس المرجع، ص 217 .

³ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، المرجع السابق، ص 39 .

⁴ الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 217 .

الأصل في القسمة الإجبارية أن تعدل السهام في العين المقسومة من غير أن يجعل معها شيء أجنبي عن المال الشائع كالدراهم أو دنانير، فإذا قسم القاضي العقار الشائع بطريق التعديل أي بدون رد الشيء كان ذلك في محل ولايته لم يمكن تعديلها إلا برد شيء إذا يجب عليه إعطاء كل ذي حق حقه متى طلبه ولا يجوز منعه عنه، أما إذا قسمه بطريق الرد فليس له إجبار من إمتنع عنها لأن هذا التصرف خارجاً عن حدود ولايته وربما لا يقدر كل واحد من الشركاء على تحصيل الدراهم وأدائها¹.

ولأن القسمة المشتملة على رد تكون بيعاً، والبيع لا يجبر عليه أحد المتتابعين²، لقوله تعالى: "إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"³.

لكن فقهاء المذهب المالكي والحنفي أجازوا التعديل برد المال الزائد على المال الأصلي في حالة تعذرت إجراء القسمة بطريق التعديل بدون رد وهذا كإستثناء عن الأصل.

قد اختلف فقهاء الحنفية حول تقدير حالة الضرورة وكانت الأراء كالاتي:

فذهب أبو حنيفة إلى أن الأرض في قسمة والبناء، تقسم بالمساحة على الأصل ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال تم يملك تسمية الصداق ضرورة الترويح، وذهب أبي يوسف إلى أن المقسوم لو كان أرض وبناء، قسم القاضي الكل بليعتبر القيمة⁴.

وذهب محمد إلى أن من وقع البناء في نصيبه عليه أن يرد على شريكه من الأرض في مقابلة البناء ما يساويه، فلذا بقي فضل، ولا يمكن التسوية بأن لا يفي الأرض بقيمة البناء، فحينئذ على أن يرد في مقابلة الفصل دراهم، لأن الضرورة تحققت في هذا القدر⁵.

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 27 .

² بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 102.

³ الآية 29 من سورة النساء .

⁴ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص 132.

⁵ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، نفس المرجع، ص 132.

ويقول المالكية أنه لا يجوز رجوع أحد المتقاسمين بالمال على الآخر في قسمة القرعة، لعدم تساوي القسامين كدارين قيمة أحدهما مائة والأخرى خمسون فليقتسما على أن من صارت له ذات المائة يدفع خمسة وعشرين لمن صارت له ذات الخمسين، فلا يجوز، لأنه غرر إذ لا يدري كل منهما حين القسم هل يرجع أو لا يرجع عليه، إلا أن يقل ما يرجع به أحدهما على الآخر فيغتفر ويجوز القسم المشتمل عليه بالقرعة، بأن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن تكون قيمة أحدهما مائة الأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا على أن من تصير له قيمتها مائة يعطي صاحبه خمسة¹.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية، وهو أنه إذا تعذرت القسمة الإجبارية ليعتبار المعادلة بدون رد ولم يتراض الشركاء على القسمة، جاز له أن يقسم على الدراهم قليلة كانت الدراهم أو كثيرة وتبعاً لما يراه محققاً لمصلحة الشركاء في تقدير الضرورة في حدود أقوال ائمة المذهب، وذلك لا ولاية للقاضي تتعدى إلى ما لا يتأتى له القسمة إلا به عند الضرورة والحاجة².

خامساً: ثبوت الملك

اختلف الفقهاء في اشتراط ثبوت الملك بالبينة في القسمة الإجبارية على ثلاثة أقوال:

القول الأول ذهب إليه كل من الشافعية والحنابلة وأبي حنيفة، فاعتبروا أن القاضي لا يقسم العقار الشائع بين الشركاء جبراً إلا إذا أثبتوا ملكيتهم له بالبينة بينة.

وحجتهم أن الإيجاب على القسمة حكماً على الممتنع منها، فلا يثبت إلا بما ثبت به الملك لخصمه³، سواء نسبوه إلى ميراث أو شراء أو أنهم لم ينسبوه إلى سبب بل إدعوا الملك مطلقاً.

فإن نسبوه إلى ميراث كان عليهم أن يقيموا البينة على موت المورث وعدد الورثة، لأن هذه القسمة صادقت حق الميت بالإبطال، فلا تصح إلا بينة كدعوى الإستحقاق على الميت.

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 29.

² أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 29 .

³ بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 102.

وبيان ذلك أن الدار مثلا قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل أن الزائد الحادث قبل القسمة تحدد ملكه حتى تقضي ديونه وتنفذ وصاياه ، فكانت القسمة تصرفا على ملكه بالإبطال فلا تجوز إلا بينة، فالعقار مستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعا لحقه فلا يملك إلا بينة .

الفائدة حاصلة من ذلك هو التوثق لحفظ حق الميت ،ومن تقام عليه البينة موجود ، لأن البعض الورثة ينتصب خصما ،بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيا والأخر مدعي عليه و إن كان مقرين وذلك جائز،كالأب أو الوصي إذا أقر على الصغير لا يصح إقراره إلا بالبينة ولا منكر هنا.

كذلك لا يمتنع كونه خصما بسبب إقراره ،كما الوارث أو الوصي المقر بالديوان ،إنما عليهما بالبينة بديون الميت و إن كان مقرين بها وهذا لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق غيرهم ،لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له وبإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة.

هذا إذا نسبوا العقار إلى ميراث ،أما إذا ادعوا أن العقار في أيديهم بسبب الشراء وطلبوا من القاضي قسمته،فكذلك في رواية عن أبي حنيفة أن القاضي لا يقسمه إلا بينة ،لأن الشركاء لما أقروا أنهم ملكوه بالشراء من فلان ،فقد أقروا بالملك له ،وإدعوا الانتقال إليهم من جهته ،فإقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة إلى الدليل وهو البينة¹.

والقول الثاني ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أنه يجوز للقاضي أن يقسم العقار المشترك بين الشركاء جبرا ،وذلك بإقرارهم وإعترافهم من غير توقف على إثبات الملكية بالبينة.

ودليلهم أن القاضي عند القسمة يدون إقرار الشركاء وإعترافهم في صك القسمة حتى لا يمكن لهم إنكار².

بالتأمل في أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من دلائل بشأن شروط إقامة البينة من عدمها لإثبات ملكية العقار المراد قسمته بين الشركاء يبين أن الرأي الراجح هو القول الشافعية والحنابلة وأبي حنيفة في اشتراط إثبات الملكية في قسمة العقار بين الشركاء سواء كان أصل الملك مطلقا أو

¹ الكساني الحنفي ،المرجع السابق ،ص154، 155.

² الكساني الحنفي، المرجع السابق ،ص 155.

شراء ميراث، وهذا لقوة دلائلهم لما فيها من حماية وضمنان لحقوق الغير على العقار ، لأن العقار قد يكون بحوزة الشركاء على سبيل الإجازة أو الإعارة وقسمته في ه ذه الحالة قد يرتب ضرر وضحا بالغير ،مما لا يقبل شرعا¹.

من خلال إستعراضنا لشروط القسمة القضائية من ناحيتين الشريعة والقانونية وجدنا أن القانون إتفق من الشريعة الإسلامية في معظم هذه الشروط إن لم نقول كلها.

المطلب الثاني: إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع

القسمة القضائية للعقار الشائع هي القسمة التي تتم من قبل القاضي بناء على طلب أحد الشركاء، بحيث يقوم القاضي بهذه العملية بعد إستعانة باهل الخبرة ، فلما أن يقسم العقار الشائع عنيا إذا كان قابل للقسمة أو عن طريق التصفية ،وتختلف الإجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع باختلاف نوع القسمة القضائية .

الفرع الأول: إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني

بعد إتمام الجانب الموضوعي للقسمة القضائية من حيث تعريفها وتحديد شروطها ،وجب الولوج إلى إبراز الجانب الإجرائي الذي يلعب فيه القاضي الدور الرئيسي في تحديد نوع القسمة القضائية الواجبة لقسمة العقار الشائع ،وذلك بعد الإستعانة بالخبير العقاري الذي يحدد إن كان العقار قابل للقسمة العينية أم لا .

فإن كان العقار الشائع قابلا للقسمة العينية قسم وفقا لإجراءات هذه القسمة ،أما إذا لم يكن قابلا للقسمة العينية أو هذه القسمة قد تحددت نقص كبير في قيمة المال الشائع قسم العقار قسمة تصفية ،وذلك بإتباع إجراءات بيع العقار في المزاد العلني.

¹أحمد فراج حسين،المرجع السابق،ص 34.

البند الأول: القسمة العينية

القسمة العينية هي تلك القسمة التي يوزع فيها الشيء الشائع بين الشركاء ليحصل كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة في العقار الشائع¹.

وإجراء القسمة العينية من إختصاص المحكمة إذا لها الحرية في ذلك، لكن على شرط أن يكون العطر الشائع قابلاً للقسمة عينياً، ومن ذلك يعتبر العقار الشائع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمته دون فوات المنفعة المقصود منه قبل القسمة².

وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 11-12-2002 تحت رقم 267192 جاء فيه :
" حيث و كما هو ثابت من وقائع قضية الحال ... لا يوجد أمام قاضي الموضوع إلا حلين :

الأول منصوص عليه بالمادة 724 من القانون المدني الجزائري إذا كان المال يقبل القسمة عينياً، عينت المحكمة خبير وكلفته بمهمة تكوين الحصص تم تجرى القسمة بطريق الإقتراع.

أما إذا تعذرت القسمة عينياً، طبق الحل المنصوص عليه بالمادة 728 من القانون المدني الجزائري، وذلك ببيع هذا المال بالمزاد العلني " ³.

وكذا القرار رقم 233109 الصادر بتاريخ 17-07-2002 جاء فيه: " تتم قسمة المال الشائع، في حالة إختلاف الشركاء وتعين خبير من طرف المحكمة عن طريق تكوين الحصص وإجراء القرعة⁴.

والأصل في القسمة العينية هو قيام القاضي بهذه العملية، إلا أنه وفي حالة تعذر ذلك له الحق في تعيين خبير⁵ أو أكثر للقيام بهذه العملية وهذا ما نصت المادة 724 الفقرة 2 من القانون المدني

¹ جابر مهنا شبل ،إنقضاء الشبوع بالقسمة القضائية،كلية المأمون الجامعية،مقال منشور بذف،
<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=96299>، ص 15 .

² جابر مهني شلبي، المرجع السابق، ص 15 .

³ عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 123.

⁴ مجلة المحكمة العليا، ع 02، لسنة 2004، ص 323 .

⁵ الخبير هو مساعد قضائي، وهو الشخص تتوافر لديه المعرفة و الإمام بالأمور ذات طابع فني و تقني، حيث يستعان به في حل المسائل المعقدة التي تحتاج ذوي الإختصاص، وله أن يرفض إجراء الخبرة إذا لم تكن من إختصاصه. فلاح

الجزائري: " تعين المحكمة، إن رأت وجها لذلك، خبير أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته " .

والحكم بتعين الخبير يجب أن يتضمن مجموعة من البيانات حددتها المادة 128 من ق.إ.م.إ.ج وتتمثل في ذكر بيانات المتعلقة بالخبير والسبب من وراء الإستعانة به، وكذا تحديد مهامه بدقة و كذا الأجل الذي يجب فيه إيداع تقرير الخبرة، كما يحدد القاضي مبلغ التسبيق المالي الذي يجب دفعه من قبل الخصم الذي يعينه القاضي إلى أمانة ضبط المحكمة في أجل الذي يحددها القاضي، حيث يترتب على عدم إيداع المبلغ في أجل إلى إلغاء تعين الخبير، غير أنه يجوز للخصم طلب من قاضي تمديد أجل إيداع مبلغ التسبيق أو رفع إلغاء تعين الخبير بموجب أمر على عريضة إذا أثبت حسن نيته¹.

بموجب القسمة العينية يختص كل شريك في الشروع بكامل حصته عينا، في حالة تعذر ذلك عوض الشريك الذي حصل على أقل قيمة من نصيبه عينا بمقدار نقدي عما نقص من نصيبه، وهذا ما نصت عليه المادة 725 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري بقولها: " وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل ما نقص من نصيبه " ، ويلتزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصته عينية أكثر من نصيبه².

والقاضي عليه قبل الفصل في إجراء القسمة أن يفصل في المنازعات السابقة التي تثور بين الشركاء كتلك المتعلقة بأصل الملكية كأن يدعي أحد الشركاء أن شريكا آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك شيئا في الشروع ويجب إستبعاده من دعوى القسمة، أو أنه تصرف في حصته لأجنبي وبالتالي لا يملك نصيبا فيما تبقى من المال محل القسمة³.

وتمر القسمة العينية بثلاث أولها تكوين الحصص إما من قبل القاضي أو من أهل الخبرة، وثانيها إجراء القرعة بين الشركاء، أخيران الحكم بإعطاء كل شريك نصيبا مفرزا .

سفيان، قسمة المال المشاع، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس -مستغانم-، 2018-2019، ص87.

¹ راجع المواد 129 و 130 من ق.إ.م.إ.ج.

² سايس جمال، المرجع السابق، ص 511 .

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص 920 .

أولا : تكوين الحصص

تتم عملية تكوين الحصص كإجراء أولي للقسمة العينية القضائية من قبل القاضي إذا كانت القسمة لا تثير أي صعوبات عملية، ولا تنتج عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته، وفي هذه الحالة يتولى العملية بنفسه، وذلك باعتبار القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه¹، ويمكن أن تتم من قبل خبير تعينه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم².

وهدف من إجراء الخبرة حسب ما جاء به المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ. ج هو توضيح واقعة مادية تقنية محضة للقاضي، بحيث يجوز للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من خصوم ان تعين خبيرا أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، للقيام بأعمال الخبرة بصفة جماعية أو على أفراد، ويعد كل منهم تقرير عن مهمته، مع تسبيب رأيه فيها وهذا وفقا لأحكام المواد 125 و126 و127 منه.

ويجوز رد الخبير المنتدب من قبل المحكمة بناء على طلب الخصوم، بتقديم عريضة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة يضمنها أسباب الرد، وذلك خلال ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويفصل القاضي في طلب الرد دون تأخير بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ولا يقبل طلب الرد إلا بسبب القرابة المباشرة، أو القرابة غير مباشرة لغاية الدرجة الرابعة، أو لوجود مصلحة شخصية، أو لأي سبب جدي آخر وذلك تطبيقا لأحكام المادة 133 من ق.إ.م.إ.ج. ويعد الحكم بإجراء الخبرة من الأحكام المتعلقة بسير الدعوى، تصدره المحكمة قبل الفصل في الموضوع. وهو نوع من أنواع الأحكام غير القطعية التي لا تحسم النزاع في الموضوع الدعوى أو في شق منه، ولا يجوز حجية الشيء المقضي فيه³.

والإشكال الذي كان يطرحه الحكم بإجراء الخبرة بموجب المادة 106 من الأمر 66 - 154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الملغى بموجب القانون 08 - 09 المتضمن قانون إ.م.إ. ج، يتعلق بحالة التميز بين الحكم التمهيدي والحكم التحضيري الصادر قبل الفصل في الموضوع، بحيث اجاز المشرع الجزائري بموجب هذا النص إستئناف الحكم التمهيدي بصفة منفصلة عن إستئناف الحكم الصادر في الموضوع، بعكس الحكم التحضيري الذي لم يجيز فيه الإستئناف إلا مع

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

² طبقا للمادة 126 من قانون إ.م.إ. ج .

³ محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، دار هومهط 02، 2015، ص 110 .

الحكم الفاصل في الموضوع، إلا أن صعوبة كانت تكمن في تحديد الحالات التي يكون فيها تعيين خبير حكما تمهيديا أو حكم تحضيريا. قد زال هذا الإشكال بموجب نص المادة 145 من ق.إ.م.إ.ج التي لم تجز إستئناف الحكم بالأمر بأداء الخبرة أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع .

وبما أن الحكم القاضي بتعيين خبير أو خبراء حكم صادر قبل الفصل في الموضوع وجب تبليغه تبليغا صحيحا لأطراف دعوى القسمة ب إعتبره إجراء هام يمكن الخبير من مباشر مهامه المحددة في الحكم، لكن ملاحظ في الوقت الحاضر أن إجراءات التبليغ من قبل المتقاضين قد أهملت، وساعدهم في ذلك الخبراء، الذين يقبلون المهمة دون حصول الحكم على الصيغة التنفيذية، كما أن بعض القضاة يتسامحون في ذلك ويقبلون الفصل في القضية بحالتها، والحكم غير مبلغ، وغير مهور بالصيغة التنفيذية، وهو عمل مخالف للقانون وبتالي فهو معرض للإستئناف من قبل الأطراف في حالة إذا كان الحكم حضوريا، أو بطريق المعارضة في حالة الحكم الغيابي¹. وبعد تعيين الخبير من قبل المحكمة يشرع هذا الأخير في قيام بمهام المسندة إليه، بحيث يقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكن، بإعتبار هذه الطريقة هي الأصل في قسمه العينية للعقار الشائع أو يتخذ طريقة التجنيد في قسمة العقار الشائع.

ويعتمد الخبير في تكوين الحصص متساوية على أساس أصغر نصيب على عقد الرسمي الذي يثبت ملكية العقار الشائع إذا كان مصدر الشيوخ تصرف قانوني أو على الفريضة إذا كان مصدره الميراث على أساس أنها تحدد أنصبة الورثة، ويستوي في ذلك القسمة الكلية التي تشتمل على كل العقار الشائع وجميع الشركاء²، أو على القسمة جزئية المقتصرة على جزء من المال الشائع أو بعض الشركاء تطبيقا لنص المادة 725 من القانون المدني الجزائري.

وعلى الخبير عند تكوينه للحصص على أساس أصغر نصيب سواء في القسمة الكلية أو الجزئية أن يراعي عدت إعتبرات من بينها عدم تفويت منفعة على أحد الشركاء بمنحه حقوق الإرتفاق كحق في المشرب وفي مرور والمسيل و أي حقوق إرتفاق أخرى³، ومثال عن أصغر نصيب أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسدس فيقسم المال أسداسا أي على أساس أصغر نصيب وهو السدس.

ويعتقد الخبير في القسمة بطريق التجنيد إلى تحديد المباشر لنصيب مفرز لكل شريك في المال الشائع، وذلك بقدر حصته في المال، وتعتمد ه ذه الطريقة في حالة تعقد إجراءات القسمة إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب أو أن تقسيم المال الشائع إلى حصص متساوية ينقص

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 144 و 145 .

² مزعاش نسيمية، دعوى القسمة، نشرة القضاء، ع 01، 2000، ص 51 و 52.

³ جابر مهنا شبل، المرجع السابق، ص 20 .

من قيمتها ، أو أن تكون من شأن ذلك أن يحصل الشريك على نصيبه في أجزاء متناثرة يصعب إستغلالها

وإجراء القسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها موافقة الشركاء ، بل يكفي أن ترى المحكمة ذلك، في حالة تعذر قسمة المال الشائع إلى حصص وذلك بناء على تقرير لخبير حتى تكون ملزمة لجميع الشركاء، ومع ذلك يجوز لشركاء أن يطلبوها بشرط أن يكون إجماع على هذا الطلب. والخبير في قسمة التجنيب يجنب لكل شريك شيئاً من المال الشائع يعادل قيمته قيمة حصته الشائعة، فمثلاً لو كان المال الشائع منزلاً وأرضاً ومتجراً وكان قيمتهم جميعاً تبلغ ستمائة ألف دينار جزائري وقوم المنزل مثلاً بثلاث مائة من ألف والأرض بمائتي ألف والمتجر بمائة ألف، وكان الشركاء ثلاثة لأحدهم النصف، والثاني الثلث، والأخير السدس، فيختص من له النصف بالمنزل، ومن له الثلث بالأرض، ومن له الثمن بالمتجر¹.

لقد نصت المادة 725 فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على: "وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل ما نقص من نصيبه".

ومعدل القسمة هو المبلغ النقدي يلتزم به الشريك الذي أخذ أكبر نصيب أو جزء مفرز، يدفعه للشريك الذي أخذ أقل نصيب أو جزء مفرز على سبيل التعويض، ويكون ذلك نقداً².

ثانياً : إجراء القرعة بين الشركاء

من خلال إستقراء نصوص القانون المدني لا سيما نص المادة 727 منه التي حددت إجراء القرعة لم نجد تعريف لها مما إستلزم البحث في الفقه القانوني وهو آخر لم يعطي تعريف خاص بها، وإنما تعرض لها باعتبارها وسيلة لتعين نصيب الشريك في المال الشائع عند عدم تعيين الحصص بطريق التجنيب³.

وإجراء القرعة من إختصاص القاضي، يباشره بعد تأكد من صحة نتائج المتوصل إليها من قبل الخبير وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا في منطوقه: "من المقرر قانوناً أن العقار تجرى قسمة بطريق الإقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، فإني القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون .

إذا ما تبين و أنه لم يثبت أن الخبير المكلف بمشروع قسمة العقار، أو أن قضاة الإستئناف إستعمل كل منه فيما يخص الإجراءات المأمور بها في الشأن، و أن هؤلاء القضاة إكتفوا بالمصادقة

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08، المرجع السابق ، ص 922 .

² محمد المنجي ، دعوى القسمة منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر ، 1996، ص 305.

³ السيد عبد الصمد محمد يوسف ، المرجع السابق ، ص 29.

على تقرير الخبرة فإنهم بذلك خرقوا أحكام المادة 727 من القانون المدني، ومتى كان كذلك إستوجب النقص القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام المبدأ المذكور¹.

وجاء إجتهااد آخر للمحكمة العليا صادر عن الغرفة العقارية مخالفا لإجتهااد أعلاه بحيث قررت نقص القرار المطعون فيه لأن الخبير لم ينجز عملية القرعة للقيام بالقسمة خرقا بذلك نص المادة 727 من القانون المدني الجزائري².

حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إعتبار أن اللجوء إلى إجراء القرعة في القسمة الإتفاقية نادر عمليا، لأنه يتعارض مع أحد أهم خصائص هذه القسمة التي تقوم على ميولات ومهارات الشركاء³، وبمفهوم المخالفة بوجه عام فإن إجراء القرعة يكون من إختصاص القضاء. وطريقة القرعة غير محصورة على صورة معينة بل تكون بكيفيات متعددة وصور متغيرة بشرط أن يجمعهما ضابط المشروعية، والمشرع لم يبين كيفية إجراء القرعة وإنما ترك ذلك لسلطة القاضي فمثلا إذا كانت الحصص ثمانية وكان لشريك حصة واحدة ولآخر ثلاثة ولشريك ثالث أربعة أعطى الأول حصة والثاني ثلاثة والثالث والربعة ويكون ذلك بإعطاء كل حصة رقما وتكتب ثمان ورقات من 1 إلى 8، فتطبق بحيث لا يعرف رقم كل ورقة تم إختيار الشريك الأول ورقة واحدة والثاني ثلاثة والثالث أربع ورقات فيستحق كل شريك الحصة ذات الرقم الثابت بالورقة التي إختيار ولو ترتب على ذلك ان تفرقت حصة الشريك⁴.

وبعد تمام من الإقتراح التي تتم من بحضور القاضي وأمين الضبط والأطراف، فيحرر القاضي محضر عملية القرعة التي تذلل ضمن صلاحيته⁵، ويوقعه هؤلاء جميعا، ويرفق بملف الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 727 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز

بعد قيام الخبير بالمهام المسندة إليه يقوم بإيداع تقرير الخبرة أمام نفس المحكمة مصدرة أمر إجراءها، ليتم بعد ذلك إعادة سير في الدعوى فيبيدي الأطراف دفعهم وطلباتهم بخصوص الخبرة

¹ قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 236.

² القرار رقم 233109 مؤرخ في 17-07-2002، المجلة القضائية، ع 02، لسنة 2004، ص 323.

³ Terré François et lequette Yves et Gaudemet Sophie, Droit civil, Les successions les libéralités, 4 édition, paris, 2013, p 970.

⁴ السيد عبد الصمد محمد يوسف، المرجع السابق، ص 117.

⁵ قرار رقم 0821985 الصادر 12/12/2013، مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ع 01، لسنة 2014، ص 365.

ونتاؤها، وبعد التأكد من صحة النتائج المتحصل عليها من قبل الخبير يقوم القاضي إما بإصدار الحكم مفاده إعطاء كل شريك نصيباً مفرزاً وهذا إذا تعلق الأمر بتقسيم الحصص بطريق التجديد مع إلزام أحد الشركاء المتقاسمين بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر (كما تم شرحه سابقاً) أو أن يقوم القاضي بإجراء القرعة على أساس الحصص التي كونها الخبير لتسند لكل متقاسم حصة مفرزة بموجب محضر إجراء القرعة الموقع من قبل القاضي وأمين الضبط والأطراف، ليصدر بعد ذلك حكم فاصل في الموضوع يتضمن جميع مراحل وإجراءات الدعوى ونتائج الخبرة وما أسفرت عنه عملية القرعة مع سرد نتائجها، ومع تسبب ذلك، وثبت ذلك في الحكم، كما يذكر كل متقاسم على حدى ونصيب الذي أل إليه بدقة مع تبيان المزاي كل نصيب، وإلا عد الحكم مشوباً بالقصور في التسبب. وما جاء به قرار المحكمة العليا تحت رقم 47071 في 26/09/1988¹.

وفي ما يتعلق بقسمة التركات فقد أوجب المشرع الجزائري بموجب نص المادة 183 من القانون الأسرة الجزائري إتباع إجراءات مستعجلة تتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها، وبالتالي فالقضاء الإستعجالي هو مختص من الناحية الإجرائية في تصفية الشركة هذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها رقم 554793 المؤرخ في 12/11/2009².

وقد فصلت نص المادة 304 فقرة 1 و2 من ق.إ.م.إ.ج في مدى جواز إستئناف الأموال الإستعجالية حيث نصت على: "الأموال الإستعجالية تكون الأوامر الإستعجالية الصادرة في أول درجة قابلة للإستئناف.

وتكون الأوامر الإستعجالية الصادرة غيابياً في آخر درجة، قابلة للمعارضة...".

وعليه فإستئناف جائر في الأوامر الإستعجالية لكن في بشرط أن عدم تقويت الأجل القانونية والمحددة ب 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي وفقاً للمادة المذكورة أعلاه في فقرتها 3، وفي ما عدى ذلك تطبق أحكام الإستئناف العادية المنصوص عليها في المادة 336 من ق.إ.م.إ.ج.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة وجود قسمة متنازع عليها وتم إجراء الصلح بشأنها أمام القضاء بين جميع الأطراف وصادقت المحكمة على ذلك، فإن الحكم المصادق عليه غير قابل للإستئناف لأنه جسد رغبة وإرادة الأطراف وبالتالي لا يجوز لأحد منهم التراجع عنه، ومتى أعطى له القاضي وصف الإبتدائي فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون³.

أما بالنسبة لصلح الواقع أمام الخبير دون تدخل القضاء يكون عديم الأثر من ناحية القانونية، وينطبق نفس الأثر في حالة إنكار أحد الطرفين.

¹ المجلة القضائية، ع 01، لسنة 1991، ص 33.

² مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الغزفة العقارية، ج 03، 2010، ص 321.

³ قرار رقم 210560 المؤرخ في 17/11/1998. عمر حمدي باشا، القضاء العقاري (في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام)، دار هومه، 2000، ص 128.

رابعاً: إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع

بعد صدور الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع عينياً، وجب إيداع هذا الحكم للشهر على مستوى المحافظة العقارية غير أنه في بعض الحالات يتعذر إيداع الحكم للشهر لحدوث بعض الإشكالات.

أ- مفهوم إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع للشهر

سنحاول تحديد مفهوم إيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع للشهر، وهذا بتبيان تعريف إجراء الإيداع وإجراءات إيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع لإشهار.

1- تعريف إجراء الإيداع

يعتبر إيداع المحررات بالمحافظة العقارية عمل قانوني أولي لازم في كل سند يستوجب إخضاعه إلى عملية الشهر العقاري ولا سيما الحكم القضائي القاضي بقسمة العقار الشائع، ويجب على المعنيين بالأمر أو على من يقوم مقامهم قانوناً، أن يدعوه بالمحافظة العقارية التي يقع بدائرة إختصاصه¹.

2- الإجراءات المتخذة لإيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع للشهر

تتم العملية إيداع الأحكام القضائية على مستوى كل محافظة عقارية وبالضبط في قسم الإيداع بثلاث طرق، إما بموجب عقد إيداع حكم قضائي للشهر محرر من قبل الموثق، بعد أن يتضمن عقد الإيداع جملة من البيانات².

وإما عن طريق إيداع المحضر القضائي للحكم القضائي بالمحافظة العقارية بغرض شهره، وهذا بناء على طلب أحد المتقاسمين أو بعض المتقاسمين المحكوم لصالحهم أو ورثة الذين يطلبون التنفيذ

¹ مجيد مخلوفي، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 22.

² جبار جميلة، الحكم القضائي كسند لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع14، ص 21-22.

في حالة وفاة المستفيد من التنفيذ بعد إثبات صفتهم بموجب الفريضة، حيث يودع المحضر القضائي نسخة من الحكم القضائي القاضي بالقسمة والممهور بالصيغة التنفيذية لدى المحافظ العقاري بغرض شهره وتبليغه وتبليغ رسمي للسند التنفيذي¹.

كما تتم هذه العملية بمبادرة كتاب الضبط، هذا ما أكدته المادة 90 من المرسوم 63/76 على أنه :

"ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار العقاري المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأفراد....".

أما عن الأجل القانونية فقد حددتها المادة 99 من نفس المرسوم والتي تختلف بإتخلاف نوع العقود، وبالنسبة لأجل إيداع الحكم القضائي القاضي بقسمة العقار الشائع فقد حددت بثلاثة من اليوم الذي يصبح الحكم نهائي.

وتتطلب عملية إيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع للشهر، إيداع نسختين من هذا الحكم وهذا طبقاً للمادة 92 من المرسوم 63-76، حيث يتم التأشير على النسخة الأولى من قبل المحافظ العقاري لترجع إلى القائم بإيداع ليثبت بهذا القيام بالإجراء في حين يحتفظ المحافظ العقاري بالنسخة الثانية مع بقية الوثائق المرفقة .

ب- إشكالات إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع للإشهار

بمجرد أن يحصل المعني على الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، يقوم بتوجه للمحافظة العقارية قصد إيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع لعملية الشهر العقاري، إلا أنه وفي بعض الحالات قد يرفض المحافظ العقاري إيداع هذا الحكم تحول دون إمكانية إيداعه لشهر، وهذه إشكالات قد ترتبط بتقرير الخبرة ومنها ما يتعلق بأطراف الدعوى .

¹ جبار جميلة، الحكم القضائي كسند لإثبات الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 22.

1- إشكالات متعلقة بتقرير الخبرة

من خلال نص المادة 724 من ق.م.ج يتبين أن للخبير دور هام في تقسيم العقار الشائع إذا على أساس تقريره يتم الحكم بتقسيم هذا العقار، إلا أن تقرير الخبرة المسند عليه في الحكم بقسمة العقار الشائع قد يثير بعض الإشكالات التي تحول دون إيداع الحكم على المستوى المحافظة العقارية .

- عدم إعتداد الخبراء في القسمة على الدفتر العقاري

يستند الخبير المعين من قبل الجهات القضائية أثناء قيامه بالمهام المسند إليه بموجب الحكم التمهيدي إلى سند الملكية المتمثل في الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد المثبت للملكية العقارية¹ في نظام الشهر العيني أي في المناطق الممسوحة، وهذا بهدف قسمة العقار الشائع.

إلا أنه في بعض الحالات قد يستعين الخبير بالعقود العرفية المحررة في ظل نظام الشهر الشخصي لقسمة العقار الممسوح متجاهلا بذلك الدفتر العقاري، وهذا ما يخلق بعض إشكال وصعوبة في تنفيذ الحكم القضائي² .

- عدم إشارة حكم القسمة على الأجزاء المشتركة

من مهام الخبير عند قسمة العقار المبني المملوك على الشيوع أن يقوم بإعداد الجدول الوصفي للتقسيم والذي يوضح الحصص الخاصة لكل شريك ويحدد الحقوق في الأجزاء المشتركة، ذلك أن كل ملكية مشتركة لابد أن ترفق بجدول وصفي لتقسيم يذكر الأجزاء المشتركة لكل حصة.

¹ طبقا لنص المادة 19 من الأمر 75-74.

² حمدي باشا عمر، إشكالات إيداع الأحكام القضائية للإشهار، يوم الدراسي تحت عنوان إشكالات إيداع القضائية الخاضعة للشهر العقاري، مجلس قضاء بجاية، منشور على موقع: <https://elmouhami.com> ، تاريخ لإطلاع 16-12-2018، الساعة 21:00 .

وبمفهوم المخالفة إن لم يتم الخبير بإعداد الجدول الوصفي للتقسيم في تقرير خبرته لأن المحكمة لم تأمره بذلك جاز للأطراف المتداعية اللجوء من جديد إلى للقضاء من أجل تعيين نفس الخبير للقيام بخبرة تكميلية لإعداد جدول الوصفي للأجزاء المشتركة¹.

2- إشكالات متعلقة بأطراف دعوى القسمة

قد يخلق أطراف دعوى القسمة بعض الإشكالات التي تحول دون إمكانية إيداع الحكم القضائية، وهذه الإشكالات تتمثل في:

أ- تصرف في الحصص الشائعة أثناء سير الدعوى

يجوز لكل شريك أن يطلب قسمة العقار الشائع متى كان ذلك ممكن إما عن طريق إتفاق أو عن طريق القضاء بناء على دعوى القسمة التي تنتهي بإصدار حكم قضائي يقضي بقسمة العقار الشائع، إلا أنه في بعض الحالات قد يتصرف أحد الشركاء في الشيوع في نصيبه أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم مما يترتب منح الملكية لشريك السابق برغم من أن ملكيته للحصة الشائعة إنتقلت للشريك الجديد الذي حل محله.

في هذه الحالة نكون أمام حكم قضائي يقضي بقسمة العقار الشائع إلى حصص مفرزة لكل شريك، وأمام عقد رسمي ينقل ملكية حصة في الشيوع لشخص أجنبي الذي يصبح مالك للعقار على الشيوع، فهنا نكون أمام إشكال عملي يعيق عملية إيداع الحكم القضائي للشهر، إذ يجب على الشريك الجديد في هذه الحالة أن يرفع دعوى إعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً لنص المادة 381 من ق.إ.م.إ.ج ليحل محل الشريك الأول، وبعد أن يصبح الحكم نهائي يتم شهره مع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع².

¹ حمدي باشا عمر ، إشكالات إيداع الأحكام القضائية للإشهار، المرجع السابق.

² حمدي باشا عمر ، إشكالات إيداع الأحكام القضائية للإشهار، نفس المرجع.

ب- شهر حكم القسمة بعد تقادمها

يتعين على كل من له مصلحة في الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع أن يقوم بإشهاره على المستوى المحافظة العقارية متى كان ذلك ممكن، وعلى المحافظ العقاري أن يقوم بذلك حتى ولو تجاوزت مدة الحكم القضائي 15 سنة، لأن تقادم الأحكام القضائية ليست من النظام العام ولا بد من النطق به بحكم قضائي¹.

لكن إذا صدر حكم آخر يقضي بتقادم الحكم المراد شهره جاز للمحافظ العقاري رفض إشهاره، ويكون قرار الرفض في هذه الحالة مسبب.

البند الثاني: قسمة التصفية

قسمة تصفية ما هي إلا استثناء للقسمة العينية، ولا يتم اللجوء إليها إلا إذا كانت القسمة العينية مستحيلة أو يترتب عنها نقص كبير في قيمة المال محل القسمة، وحالات قسمة تصفية هي حالة رسوا المزاد على أحد الشركاء أو رسوه على أجنبي، وهذا ما سنتطرق إليه في ما يأتي:

أولا: المقصود بقسمة التصفية

يقصد بالقسمة بطريق التصفية بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني، وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع².

وقسمة تصفية ما هي إلا طريق إحتياطي لإجراء القسمة يتم اللجوء إليه في حالة تعذر القسمة العينية، وذلك في حالتين :

إذا كان المال الشائع لا يمكن قسمته عينا .

¹ حمدي باشا عمر ، إشكالات إيداع الأحكام القضائية للإشهار، نفس المرجع .

² أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 169 .

إذا كان المال الشائع يمكن قسمته عينا لكن من شأنه إحداث نقص كبير في قيمته بإجراء القسمة، كأن يكون المال الشائع عبارة عن منزل لا يصلح إلا مسكنا واحدا ، أو قطعة أرض معدة للبناء بحيث لو جزئت أصبحت عديمة الفائدة.

وفي كلتا الحالتين السابقين تقضي المحكمة بأن تتم القسمة عن طريق التصفية، وذلك عن طريق بيع المال الشائع بالمزاد العلني وقسمة الثمن الذي يرسو عليه الشركاء بنسبة حصته في المال الشائع¹. وهذا ما جاءت به المادة 728 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعذرت القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

وفي نفس السياق أصدرت المحكمة العليا قرار جاء فيه : " من المقرر قانونا انه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع المال بالمزاد العلني ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع ولما ثبت أن المستأنف عليه عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فإنه يؤكد عدم إتفاق جميع الأطراف وبالتالي فالقرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد إساء تطبيق القانون ويتعين نقضه"².

وفي قرار آخر لها : " مادام ثابت أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنها إنخفاض في قيمته فلي تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب"³.

والأصل في المزاد العلني انه مفتوحة لأي شخص سواء كان شريكا أو شخصا أجنبيا ، لكن لهذا الأصل إستثناء يكمن في منح الشركاء الحق في طلب إقتصار المزايدة عليهم دون تدخل الغير لكن بشرط أن يتفقوا على ذلك بإجماع وإذا توافر ذلك ما على القاضي إلى إمتثال لرغبتهم، وهذا طبقا لنص المادة 728 من القانون المدني الجزائري.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج08، المرجع السابق ، ص 916 و917 .

² المجلة القضائية، ع 01، سنة 1994 ، ص 97 .

³ قرار رقم 201854 مؤرخ في 27/09/2000، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج01، لسنة 2004، ص 274 .

وتجدر الملاحظة أنه في حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء في قسمة تصفية، لا بد من إستصدار أمر من المحكمة من أجل بيع أمواله عملاً بمقتضى المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة 497 و 783 من ق.إ.م.إ.ج (وقد تم التطرق إليه في ما يتعلق بالقسمة الاتفاقية)، وتكون المزايدة مفتوحة للجميع ذلك من أجل حماية حقوق ناقص الأهلية، وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية، وهذا ما كرسته المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانياً: إجراءات بيع العقار الشائع في المزاد العلني

بمجرد صدور الحكم أو القرار القاضي ببيع العقار في المزاد العلني، وجب إتباع مجموعة من الإجراءات التي تنتهي ببيع العقار الشائع في المزاد العلني .

بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن مشرع حدد إجراءات بيع العقار في المزاد العلني التي تبدأ بالإجراءات التمهيدية التي ربطها المشرع بإجراءات بيع العقار الجبري لتشابه الإجراءات.

وبعد الإنتهاء من إجراءات التمهيدية لبيع العقار الشائع في المزاد العلني تأتي الإجراءات النهائية التي حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تبدأ بإجراءات نشر وإعلان عن البيع، حيث يحرر المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين (30) يوماً على الأكثر وعشرون (20) يوماً على الأقل، مستخرجاً من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعاً منه، ويقوم بنشر الإعلان على مدخل العقار المراد بيعه وكذا الصحف اليومية الوطنية، وفي لوحة إعلانات بالمحكمة ولوحة إعلانات بقبضة الضرائب والبلدية التي يوجد بها العقار، وفي الساحات العمومية وفي أي مكان يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايد¹.

وقياساً على البيوع الجبرية² فإنه يجوز لدائنين أصحاب التأمينات العينية والمالكين على الشبوع بناء على عريضة مقدمة إلى رئيس المحكمة في أجل ثلاث (03) أيام طلب إلغاء إجراءات النشر

¹طبقاً لنص المادتين 749 و 750 من ق.إ.م.إ.ج.

²راجع نص المادة 751 من ق.إ.م.إ.ج .

والتعليق، فإذا تم قبول الطلب تلغى هذه الإجراءات ويتم هذه الإجراءات على عاتق المحضر القضائي أما إذا رفض الطلب أمر بإفتتاح المزاد العلني فورا.

غير أنه وجب قبل إفتتاح المزاد تحدد مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها أتعاب المحضر القضائي، ويتم ذلك بناء على أمر على عريضة تقدم من طرف هذا الأخير أو من أحد الدائنين¹.

ويجرى البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض وبحضور المحضر القضائي وأمين الضبط، وبحضور الدائنين أصحاب التأمينات العينية والمالكين على الشيوخ²، وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة (03) أشخاص.

فإذا إنعقدت الجلسة وتبين ضعف العروض أو قلت المزايدين يتم تأجيل المزايدة إلى جلسة أخرى هذا ما تنص عليه المادة 753 من ق.إ.م.إ.ج، وتعد هطها لأسباب تلقائية لتأجيل من قبل الرئيس، أما باقي أسباب جدية فتخضع تقديرها لرئيس الجلسة كطلب المالكين على الشيوخ لأنهم بصدد إتفاق على قصر المزاد عليهم دون سواهم³، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى إعلان جديد، ونفس الشيء ينطبق على عدم صحة إجراءات نشر وتعليق إعلان البيع .

يرسوا المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض وكان آخر مزايد، وبعد ذلك يلتزم الراسي عليه المزاد أن يدفع حال إنعقاد الجلسة خمس (5/1) الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، ويدفع الثمن الباقي في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام بأمانة ضبط المحكمة لتفادي إعادة البيع بالمزاد العلني⁴.

¹ طبقا لنص المادة 752 من ق.إ.م.إ.ج.

² أوجبت نص المادة 747 من ق.إ.م.إ.ج على المحضر القضائي تبليغ المعنين بالمزاد العلني، بتاريخ وساعة ومكان جلسة البيع في المزاد العلني، وذلك في أجل ثمانية (08) أيام على الأقل قبل الجلسة .

³ بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص166.

⁴ طبق لنص المادة 758 من ق.إ.م.إ.ج

ثالثاً: حالات قسمة تصفية

قد يرسوا المزااد على أحد الشركاء، كما قد يرسو على أجنبي ولا يشترط إجماع الشركاء على البيع بالمزااد العلني في حالة المزايدة بحضور العامة¹.

أ- حالة رسو المزااد على أحد الشركاء

إذا إتفق أحد الشركاء على جعل المزااد العلني مقتصر عليهم، ورسى المزااد على أحد منهم تكون القسمة قسمة تصفية، أما في حالة عدم إتفاقهم على قصر المزااد عليهم وفتح المزااد للغير ومع ذلك رسي المزااد على أحد الشركاء فتكون القسمة في هذه الحالة قسمة التصفية، ويترتب على حكم رسوا المزااد في الحالتين نفس أثار القسمة بين الشركاء وهذا ما ستناوله في الفصل الأول من الباب الثاني.

ب- حالة رسو المزااد على أجنبي

وإذا فتحت المزايدة للأجانب نتيجة عدم إتفاق الشركاء على جعلها مقتصرة عليهم، ورسى المزااد على أجنبي إعتبر رسوا المزااد بيعا ناقلاً للشئء الشائع إلى راسي عليه المزااد، وذلك لأن الراسي عليه المزااد يعتبر في هذه الحالة مشتري للمال من الشركاء، وتطبق على علاقة الأجنبي بالشركاء احكام البيع².

الفرع الثاني: إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع في الشريعة الإسلامية

تتم القسمة القضائية في الشريعة الإسلامية إما عن طريق القسمة العينية (البند الأول) أو عن طريق قسمة التصفية (البند الثاني).

البند الأول: القسمة العينية

سبق وأن تطرقنا إلى القسمة العينية كإجراء أو كيفية للقسمة الإتفاقية، وكل ما ذكرناه ينطبق على القسمة العينية القضائية، غير أنه يجب مراعاة شروط القسمة القضائية التي سبق تبيانها.

¹ القرار رقم 332775 المؤرخ 2006/01/18، مجلة المحكمة العليا، ع 01، لسنة 2006، ص 413 .

² عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 468 و469 .

البند الثاني:قسمة تصفية

قسمة تصفية هي بيع المال الشائع بالمزاد العلني ،وقسمة ثمنه بين الشركاء كل بقدر حصته ،وقد اختلف أقوال الفقهاء في ذلك.

القول الأول ذهب كل من الحنفية¹ والشافعية في جمهور عندهم إلى أن ما لا يجرى فيه القسمة لا يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته ،بل يبقى المقسوم على حكم الشركة².

واستدلوا بما يلي:

1-قال الله تعالى : " أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " ³.

ووجه الدلالة من الآية أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض ،فالرضا شرط

للمبادلات،والجبر ينافيه،ومن ثم فلا يجوز الجبر على بيع المال المشترك.

ونوقش هذا ،بلن نفي الضرر لا يشترط فيه الرضى ،فلن القسمة نفسها -عند الشافعية والحنفية - بيع ،ومع ذلك يدخلها الجبر ،والإنسان محتاج لإختصاص بملكه ،ولا يحصل ذلك إلا بقسم العين أو بدلها وهو الثمن⁴.

2- ولأن الجبر على إزالة الملك وخروجه من يد مالكة ،لم يدل عليه دليل من كتاب أو سنة أو إجماع،فيكون غير مشروع⁵،ونوقش هذا بلن الجبر على إزالة الملك مشروع بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار " .

¹ الكسائي الحنفي ،المرجع السابق ،ص 4198 .

² محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 461.

³ الآية 29 من سورة النساء .

⁴ عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق ،ص 462.

⁵ الكسائي الحنفي ،ط 02،المرجع السابق ،ص 3118 .

3 - ولأن الشركاء كاملون، ولا حق لغيرهم في المال الشائع، فلا يملك القاضي جبرهم على بيع مالهم الشائع¹.

القول الثاني هو أن ما لا يجرى فيه القسمة إذا طلب أحد الشركاء بيعه و إمتنع الباقيون، فلين القاضي يجبر من إمتنع على البيع معه، ثم يقسم القاضي الثمن بينهم كل بحسب حصته، وهذا ما ذهب إليه المالكي²، والحنابلة، وهو وجه مرجع عند الشافعية³.

وإستدل أصحاب هذا القول بأن في بيع الطالب للقسمة حصته مفردة ضرار عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال أن الشريك غير مختار لإخراج ملكه، فلا يجبر عليه لأنه إذا تعلق ذلك بحق لغيره أوجب على البيع ولم يلتفت إلى إختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الإنفراد منهما بحقه أن ينفرد به، فلين أمكن ذلك بالقسمة قسم، وإلا فيباع المشترك لأنه لا طريق له إلا ذلك⁴.

وقد قيد المالكية إجبار الشريك على البيع مع طالبه بشروط أربعة⁵ :
الشرط الأول هو أن تنقص ثمن حصة من البيع لو باعها مفردة لم يجبر له الأبى عن البيع، لعدم الضرر.

والشرط الثاني هو أن لا يلتزم الممتنع من البيع بدفع النقض للبائع، ف إن إلتزام بلأن قال الممتنع للطالب ما يخصك في هذا الحانوت و إن نقض عن بيعه جملة فعلى النقض، فإنه لا يجبر على البيع معه لعدم الضرر.

أما الشرط الثالث هو أن تكون المقسوم مما ورث أو إشتراه الشركاء جملة وفي صفقة واحد، أما إذا إشتري كل واحد منهما حصته مفردة أو بعضهم بعد بعض، فلا يجبر أحدهم على إجمال البيع مع

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 462 .

² القاضي عبد الوهاب البغدادي، المرجع السابق، ص 1286.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 463.

⁴ القاضي عبد الوهاب البغدادي، المرجع السابق، ص 1286.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 464 .

صاحبه إذا دعا إليه ،لأنه إشتري مفردا ،ولا حجة له هنا في بعض الثمن في بيع نصيبه مفردا ،وبما أنه مفردا ،فلا يطلب إخراج شريكه عن حالة.

الشرط الرابع هو أن يكون المال المشترك متخذاً للإستغلال أي الكراء أو مشتري للتجارة ،فلن كان متخذاً للغة أو إشتروه للتجارة ،فلا يجبر الأبى على البيع.

والراجح هو ما قال به أصحاب القول الثاني من أن ما لا تجرى فيه القسمة إذا لم يتراضى الشركاء على الإنتفاع به على الشيوع ،وطلب أحدهم بيعه ،فلن القاضي يجبر شركاء على البيع معه ،ويقسم الثمن بينهم كل بحسب ملكه ،لأن ه عوض ،ولأن في ترك الإجبار على البيع ضررا بالطالب الذي يريد التخلص من الشيوع ومضاره ،ولا يترتب عليه ضرر على الممتنع ،لأن له الحق في أن يأخذ المشترك جميعا لنفسه بعد أن يعطي طالب البيع قيمة نصيبه¹.

ونرى ذلك مع تقيدده بالشروط التي إشتراطها المالكية لما فيها من الجمع بين مصالح جميع الشركاء.

وبناء على ما رجحناه من الذي له حق الشراء ؟.

قرر الفقهاء أنه يجوز لغير الشركاء أن يشتري العين المشتركة التي يبيعها القاضي جبرا عنهم.

ومع ذلك فإذا أراد الممتنع أن يأخذ حصة طالب البيع ،كان له أن يأخذها بقيمتها التي وصلت إليها.

إذا الأصل ان تخير الممتنع أن يأخذ حصة شريكه بما أعطى فيها ،وإما أن يبيع معه . ولشركاء أولوية الشراء عن الغير بحيث لا ينتقل القاضي للبيع إلى الغير إلا إذا إمتنع الشركاء عن الشراء².

قرر المالكية أن القاضي يجيب لطلب البيع بالمزايدة من أحد الشركاء أو بعضهم ،وعليه فإنه يحكم بإجراء المزايدة بينهم ،ومن يريد أخده منهم عليه أن يزيد في ثمن فإن زاد عليه صاحبه ثم زاد الآخر فتبقى هكذا حتى يقف على أحدهما فيأخذه بما وقف به عليه.

¹ أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ،ص76 .

² محمد عبد الرحمن الضويني ،المرجع السابق ،ص 464 .

فليق أبو المزايد، قومه أهل البصر، ويأخذه بذلك الثمن من أراد الشراء من الشركاء ، ويدفع هذا الثمن لشريكه أو شركائه الذي أرادو البيع، أما إذا إمتنعوا كلهم من أخذ الثمن المقوم من أهل البصر أو بما وقفت عليه المزايدة ، قام القاضي ببيعه وقسم الثمن بينهم سواء رضوا بذلك أو كرهوا.

أما إذا إختلفوا فبعضهم طلب البيع مزايدة ، والبعض طلب بيعه بعد تقويمه من قبل أهل البصر، فليق القاضي يجيب من طلب المزايدة ، فإذا وقف على ثمن كان لصاحب المزايدة أخذه بذلك إلا أن يزيد عليه الآخر فليتزيد، فإن أخذه قسم عليهم كلا بقدر حصته¹.

وما يمكن إستخلاصه مما سبق هو أن قسمة التصفية هي طريق ثاني أو بالأحرى إجراء إحتياطي يتم اللجوء إليه في حالة تعذر القسمة العينية ، وهذا ما أقر به وتفق عليه كل من فقهاء الشريعة الإسلامية النصوص القانونية .

الفرع الثالث: تدخل الدائنين في إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع

تنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري على أن : "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو 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 الدعوى القسمة .

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد منح لدائني الشركاء في الشروع الحق في التدخل في إجراءات القسمة وذلك حماية لمصالحهم من تواطؤ الشركاء التي تؤدي إلى إضرار بحقوقهم ، وصور تواطؤ متعددة ، مثل أن يتفق شريك مدين مع باقي الشركاء على أن يختص بأموال لا يجوز الحجز عليها ، أو يسهل إخفاؤها ، كالنقود والسندات لحاملها ، أو على أن يختص بحصة عينية نقل

¹أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 228 و229.

عن نصيبه الحقيقي، ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطي له دون علم الدائنين، وكذلك إذا كان الشريك قد تصرف في جزء مفرز أو في حصة شائعة في العقار الشائع، فيعتمد الشركاء على إيقاع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر، بغية إسقاط حق المتصرف إليه أو نقله إلى مال آخر غير المال الذي ورد عليه التصرف¹.

وفيما يخص نطاق تطبيق المادة 729 من القانون المدني الجزائري، فقد اختلف شراح القانون حولها نظرا للغموض التي تكتسبه فلنقسموا إلى رأيين:

ذهب الرأي الأول إلى أن الأحكام الواردة في المادة 729 من القانون المدني الجزائري تطبق فقط على القسمة القضائية دون القسمة الإتفاقية بحيث لا يلزم الشركاء في هذا النوع من القسمة بإدخال الشركاء الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم في إجراءاتها²، وقد إستند أصحاب هذا الرأي إلى أن نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري قد جاءت بعبارة " دعوى القسمة " التي تبين أنها تنحصر في القسمة القضائية والتي تكون بدورها عن طريق دعوى، وإستندوا أصحاب هذا الرأي على أن القسمة التي تتم دون تدخل الدائنين أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في حالة الأولى، أو بطريق الدعوى البوليصة في الحالة الثانية، وعليه فإلى المادة 729 من القانون المدني الجزائري فقط على القسمة القضائية دون القسمة الإتفاقية التي يكمن أن تتم بين الشركاء دون تدخل الدائنين وحتى في حالة معارضتهم، وليس للدائنين إلا إعتراض على القسمة من خلال الدعوى البوليصة بعد أن توافرت شروطها³.

أما عن الرأي الثاني فذهب إلى أن المادة 729 من القانون المدني الجزائري تنطبق على القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية على حد سواء ويكمن لدائنين التدخل في إجراءات القسمة، وإستنادهم كان على أساس أن مبادئ تفسير القانون لا تمنع من قياس قسمة الإتفاقية مع القسمة القضائية من حيث إدخال الدائنين، لأن حكمت من إدخالهم في القسمة القضائية هي نفسها في القسمة الإتفاقية بل قد تكون أكثر توفرا من القسمة الأولى، لهذا لا يوجد مبرر معقول لتفرقة بين كلت القسمتين على أساس أن الدائن في القسمة الإتفاقية يحتاج إلى حماية أكثر منها في القسمة القضائية، وخصوصا وأن من حق

¹ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 176 .

² أحمد الخالدي، نفس المرجع، ص 177 .

³ عبد الرزاق الستهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 935 و 936 .

الدائنين أن يتدخلوا في القسمة القضائية بغير الحاجة إلى نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري¹.

وبعد عرضنا لوأبين السابقين بخصوص نطاق تطبيق نص المادة 729 من القانون المدني فإننا نرجح الرأي الثاني على الأول، القاضي بضرورة التوسيع في تفسير المادة 729 من القانون المدني الجزائري لتشمل كل من القسمة القضائية والقسمة الإتفاقية، وهذا حماية لدائنين من التواطؤ خصوصا أن في القسمة القضائية حقوق الدائنين مضمونة بخلاف القسمة الإتفاقية التي تخلو من الضمانات، وعليه فإننا نطلب من المشرع الجزائري أن يتدخل بتعديل نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري، وذلك بجعل تدخل الدائنين في إجراء القسمة يشمل كل من القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية.

ولدائنين الشركاء في الشروع أن يتدخلوا في اجراءات قسمة العقار الشائع قضائيا ، إلا أنه تباينت المواقف حول هذا التدخل قبل رفع الدعوى(البند الأول) أو بعد رفعها(البند الثاني) .

البند الأول:موقف الدائنين قبل رفع دعوى القسمة

بينما في ما سبق أن المشرع الجزائري اراد حماية الدائنين من تواطؤ الشركاء من خلال جعل لهم الحق في تقديم إعتراضهم، وذلك من خلال نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري التي إقتصرت على القسمة القضائية، إلا أننا قد بينا أنه لا بد من توسيع تفسير هذا النص لجعلها تتضمن كل من القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية.

والمقصود بالدائنين المشار إليهم في نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري هم دائنو كل شريك في الشروع، فقد يكون دائنا شخصا كما قد يكون دائن ذا حق مقيد، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك المدين².

ومن أجل تبيان موقف الدائنين لا بد من التفرقة بين طائفتين من الدائنين:

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 936 .

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع ، ص 937 .

الطائفة الأولى تتضمن الدائنين العاديين أو الدائنون ذوي الحقوق المشهورة بعد رفع الدعوى القسمة أو بعد الإتفاق على إجراءاتها، فلن كان هناك دائن أي شريك من هذه الطائفة و علم أن لمدينه حصة في مال شائع، جاز له أن يعارض على قسمة المال الشائع بغير تدخله، بحيث له أن يوجه معارضته إلى الشركاء بسبب عدم إدخاله في إجراء القسمة، ويستوي أن تكون القسمة عينية أو التصفية ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة والأفضل أن يكون إندار على يد المحضر، ولكن يجوز أن تكون بالكتابة مسجلة أو غير مسجلة ويجوز أن تكون شفوية غير أنه يبقى على الدائن تحمل عبء الإثبات.

وحتى تكون لهذه المعارضة أثر لابد من توجيهها إلى المدين الشريك و إلى كل الشركاء في الشيوخ، فلن وجهت للبعض دون البعض الآخر لا تكون لها أي أثر بالنسبة لكل الشركاء.

وفي ما يخص ميعاد توجيه المعارضة إلى كل الشركاء، فلن القانون لم يحدد لها ميعاد، ومن تم يصح أن يكون بمجرد علم الدائن بلن للمدين حصته في العقار الشائع ويبقى حق الدائن في المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا العقار، وتعد المعارضة عمل من الأعمال التحفظية فيكفي أن تتوافر في الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال¹.

ويترتب على توجيه المعارضة إلى كل الشركاء الأثار تكمن في:

إلزام الشركاء أن يدخلو الدائنين المعارضين في إجراءات القسمة ليصبح الدائن المعارض طرفا في جميع إجراءات القسمة مند معارضته، فلا يجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته، غير أن ذلك لا يخول للدائن المعارض حق توجيه إجراءات القسمة وقول لهصلحته، لكأن يطلب مثلا أن يختص مدينه بكامل حصته عينا، أو أن يطلب أن تكون القسمة القضائية في حين أن الشركاء جميعا راضون بجعلها قسمة إتفاقية فليس له ذلك، بل كل ماله أن يطلب سير الإجراءات في الطريق السوي وفقا لأحكام القانون ك أن تكون الحصص متساوية في قيمتها أو أن يعطي كل الشريك نصيبه بطريق

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 938 .

الإقتراع لا بطريق التجنيب، وإذا حصلت القسمة بطريق البيع المزاد، فللدائن أن يطلب قبول الأجنب للمزايدة حتى ولو إتفق الشركاء جميعا على إقتصارها عليهم¹.

الطائفة الثانية وهم الدائنون ذوي الحقوق المشهورة أو المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الإتفاقية وذلك وفقا لما رجحناه بخصوص المادة 729 السالفة الذكر، والمراد بالدائنين المقيدة الحقوقهم من تقرر لهم حق عيني تبعي على حصة مدينهم الشائعة في العقار أو من إرتهن من الشريك جزءا مفرزا من العقار الشائع، كما يستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم الشخص الذي يشتري من شريك جزءا مفرزا من العقار الشائع وسجل عقد البيع ليصبح هو الآخر دائنا بالضمان، وعليه وجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة بشرط أن يكون تسجيل العقد قبل رفع الدعوى أو قبل إبرام عقد القسمة².

فإذا كان الأصل أنه لا بد من معارضة أحد الدائنين في عدم إجراء القسمة بدون تدخلهم حماية لمصالحهم، لكي يلتزم الشركاء بإدخالهم في القسمة، فإن المشرع الجزائري قد إستثنى الطائفة من الدائنين من هذا الإجراء و أوجب على الشركاء إدخالهم في إجراءات القسمة دون إستلزام إلى توجيه هؤلاء الدائنين معارضة إلى الشركاء، وهؤلاء الدائنون هم المقيدة حقوقهم قبل رفع الدعوى القسمة أو الإتفاق عليها³.

والجدير بالذكر أن إدخال في الخصام يتم من قبل الخصم نفسه أو من قبل القاضي وهذا ما جاءت به المادة 199 من ق.إ.م.إ.ج بنصها: "يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده".

وكذا المادة 201 من ق.إ.م.إ.ج بنصها: "كما أنه يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم، عند الإقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديديه بإدخال من يري أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة".

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 940 .

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع، ص 939 .

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 478 و 479 .

الإدخال في دعوى مهما كان سبب لا يتم إلا بناء على التكليف بالحضور حسب الأوضاع المقررة في ق.إ.م.إ.ج في مواده من 406 إلى 416، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، وذلك هو الجزء الذي يترتب على عدم إدخال من عارض من الدائنين في إجراءات القسمة، وهو عدم نفاذ القسمة في حقه¹.

ويجوز للدائن سواء قام بالمعارضة على نحو السالف الذكر أو لم يقوم وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن، أن يتدخل في إجراءات القسمة بمجرد علمه أن الشركاء يبادرون في قسمة العقار الشائع، ويكون هذا الإجراء من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة.

فإذا كانت القسمة إتفاقية جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء لمتدخلا في القسمة، طالبا مثلا أن يرقب أعمال الخبير الذي عين من قبل الشركاء لإجراء القسمة، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة، أو أن يثبت فيما إذا إتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كافي عن بيع ومن أن إجراءات البيع سليمة².

وإذا كانت قسمة قضائية فإن سبيل الدائن إلى التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر قانونا، ومن تم فبمجرد علم الدائن بمباشرة إجراءات الدعوى القسمة فله أن يتدخل وذلك حمايتنا لمصلحته من توطأ الشركاء، فيقوم بمراقبة سير إجراءات الدعوى³.

ويترتب على إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم أو دخولهم من تلقاء أنفسهم أن يصبحوا طرفا في جميع إجراءات قسمة العقار الشائع من يوم إدخالهم أو تدخلهم، فلا يجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجعتهم كما سبق شرحه.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 179 .

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 939.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع، ص 940 .

البند الثاني: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

من أجل إبراز موقف الدائنين بعد تمام القسمة لابد التطرق إلى ثلاث فرائض ، وهي أن يكون الدائنين قد تدخلوا فعلا في إجراءات القسمة، أو لعدم إدخال الدائنين في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا، أو لعدم تدخل الدائن بالرغم من دعوته لتدخل في القسمة لأنه لم يعارض أو لوجوده حق مقيد له.

أولا: أن يكون الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة

وسواء كان تدخله هذا كان عقب معارضة التي وجهها إلى الشركاء المتقاسمين ، فأدخله هؤلاء الشركاء في هذا الإجراءات ، أو أدخله على أساس أن له حق مقيد قبل رفع الدعوى أو الإتفاق على القسمة ، أو لأنه تدخل بنفسه دون دعوة الشركاء ، وطالما أن الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة، فيكون قد أتاحت له الفرصة لمنع تواطؤ الشركاء وذلك من خلال مراقبة كل إجراءات القسمة ، ولا يحق لدائن في هذا الفرض الإعتراض على هذه القسمة بعد وقوعها أو ان يدعي أنها تمت بطريق التواطؤ إضرار به ، كما لا يملك ان يطعن فيها بالدعوى البوليصرية¹.

ثانيا: عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته ، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا

إذا وجه الدائن معارضة غلى جميع الشركاء المتقاسمين أو كان له حق مقيد قبل رفع الدعوى أو الإتفاق على القسمة ، وبالرغم من ذلك لم يدعوه الشركاء إلى التدخل في إجراءات القسمة ولم يتدخل من تلقاء نفسه، فلن الشركاء بذلك قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تتم القسمة دون تدخله أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة².

¹ عبد المنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية الأصلية ،دار النهضة العربية ،بيروت ،ص 243 .

² عبد الرزاق السنهوري ،ج08، المرجع السابق ،ص 942 .

والأثر المترتب على عدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيد حقهم في إجراءات القسمة هو عدم نفاذها في حق هؤلاء الدائنين، وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء بل وبدون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين، فبمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا أو بعد أن قيدوا حقوقهم، يعد ذلك قرينة قاطعة على تواطؤ الشركاء.

لكن يبقى على عاتق الدائن إثبات أن القسمة عادة عليه بالضرر حتى لا تكون نافذة في حقه، ويكفي لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم توقع في نصيب الشريك المال الذي إرتنه الدائن بل أوقع هذا المال في نصيب الشريك الآخر، أما إذا بيع المال الشائع في المزاد وإقتسم ثمنه، فليس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيرا من قيمة الحقيقة.

فإذا أثبت الدائن الضرر الذي لحقه من القسمة أصبحت القسمة غير نافذة في حقه، وترتب على ذلك أن يعود المال محل القسمة إلى حالة الشيوع بالنسبة لدائن، فيجوز له طلب القسمة من جديد، أو رفع دعوى القسمة بإسناد مدينه عن طريق دعوى الغير المباشرة وفقا للشروط التي حددها القانون. كما يمكن له بدلا من طلب إعادة القسمة أن يطالب بالتعويض عن الضرر من جميع الشركاء ويكونوا متضامنين في ذلك على إعتبار أن عدم إدخال الدائن في القسمة رغم معارضته يعد خطأ تقصيري من جانب الشركاء، وعليه ما على الدائن إلى طلب التعويض بدلا من إعادة القسمة¹.

ثالثا: عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل

وهذا الفرص هو أن يكون الدائن لم يتدخل في القسمة، أما لأنه لم يعارض أو عارض أو كان له حق مقيد ودعي إلى التدخل ولم يتدخل برغم من دعوته إلى ذلك، وهذا الفرض قد نصت عليه المادة 729 فقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري بقولها: "أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين اللذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

وتبين من خلال هذه الفقرة أن الأثر المترتب على عدم تدخل الدائنين في القسمة هو عدم نفاذها في حق الدائنين، فلا يكون لهم أن يطعنوا في القسمة إلا في حالة الغش وسند ذلك أن الشركاء ليس لهم أي ذنب في عدم تدخل الدائنين في القسمة لأنهم قاموا بدعوتهم إلا أن هؤلاء الدائنين أبوا عدم التدخل

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 942

في القسمة، وهذا التقصير هو من جانب الدائنين أنفسهم، وبالتالي لا يستفيدون من الجزء المقرر قانوناً في حالة عدم دعوتهم لتدخل في إجراءات القسمة، وعليه ليس لهم إلا أن يطعنوا بالغش أن وجد¹.

ويرجع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد أن أثر الرجوع والمتعلق بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضار بحقوقهم، ومن تم لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التي تمت بين الشركاء دون تدخل الدائنين، أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصة، وأهم هذه الشروط إفسار الشريك المدين وكذا إثبات التواطؤ المدين مع باقي الشركاء لإضرار بمصلحة الدائن، ويكفي لإثبات التواطؤ التذليل إن تكون إجراءات القسمة قد أجريت بسرعة، بحيث يفترض لفرط سرعتها إن الشركاء قد تواطؤوا فيما بينهم على الإنتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها، كما يجوز لدائنين أن يتمسكوا بصورية القسمة التي تمت دون تدخلهم ولهم أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية القسمة التي أضرت بالدائنين².

وفي نفس السياق ذهب القانون الفرنسي إلى أنه لا يجوز للدائن الطعن في القسمة حتى بالدعوى البوليصة سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا، وقد حرص المشرع الفرنسي من خلال ذلك على إستقرار القسمة بعد تمامها، ورغم ذلك أعطى لدائن حق الطعن في القسمة بالدعوى الصورية وكذلك الطعن بالغش³.

وتجدر الإشارة إلى الفقهاء شريعة الإسلامية لم يتعرضوا لمسألة تدخل الدائنين في القسمة، إلا أن الفقهاء المحدثين قد تعرضوا لذلك، فمنهم من يمنع ذلك التدخل ومنهم من يجيزه .

ويرى الشيخ علي الخفيف أنه ليس لدائن الشريك حق المعارضة ولا حق التدخل في قسمة المال المشتراك عند الفقهاء لأن حقه متعلق بذمة المدين لا بأموالهم⁴.

وقد إعترض الدكتور محمد عبد الرحمان الضويني على تعليل الشيخ علي الخفيف بأنه تم التسليم بلبن الدين يتعلق بذمة المدينين، إلا أن هناك أنواع من الديون في الفقه الإسلامي تكون مضمونة

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 483 .

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 484 .

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 944 .

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 205.

بالأعيان، كأن تكون عينا مرهونة في دين، وفي الحالة يشتبه تعلق الدين بالعين المرهونة إن لم تتمتع ذمة المدين لسداد عند حلول أجله.

كما يرى احد الباحثين أن التنظيم القانوني الوارد في نص المادة 842 من القانون المدني المصري التي تقابلها نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري، وإن كان ليس له ما يقابله في الشريعة الإسلامية، فليقته لا معارضة فيه، لأن الشريعة تحرص دائما على إستفاء الحقوق، وخاصة حق الدائن بكل وسيلة مشروعة، فإذا ما رسم القانون السبيل إلى إستفاء الدائن لحقه، فذلك أمر تباركه الشريعة الإسلامية.

وما ذهب إليه هذا الرأي فيه بعض الغلو إذ أن الشريعة الإسلامية وإن كانت تحرص على حفظ الحقوق لأصحابها، إلا أنها لا تقر من سبل الحفظ إلا ما يتوافق مع روحها ومبادئها. ويمكن القول أن هذا الرأي قد أغفل حرية الشريك المدين في قسمة ماله حسب ما يريد وكيفما يشاء، ف إن الدائن لا سلطان له على المدين إلا عند حلول الأجل فيطالبه بالتنفيذ، وعليه لا يمكن إقرار على مصلحة لفرد مقابل ضرر لمصلحة الطرف الأخر¹.

¹ محمد عبد الرحمن الضويبي، المرجع السابق، ص 485.

الفصل الثاني

القسم المؤقت للعقار الشائع بين أحكام
القانون المدني والشرعة الإسلامية

الفصل الثاني: القسمة المؤقتة للعقار الشائع بين أحكام القانون

المدني و الشريعة الإسلامية

لشركاء في الشيوخ الحق في حالة عدم إمكانية الانتفاع بالعقار الشائع أن يطلبوا قسمته نهائياً بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من حصته، أما في حالة عدم إمكانية ذلك أو أن رغبة الشركاء ذهبت إلى عدم إنهاء حالة الشيوخ نهائياً، فلهم أن يتقسموا العقار الشائع قسمة مهايأة بحيث ينتفعوا بالعقار الشائع لا بحق ملكيته، فتبقى الملكية شائعة بين الشركاء.

وقسمة المهايأة تتم بصفة رضائية كأصل عام أي بإتفاق الشركاء على أن تكون قسمة العقار الشائع قسمة مؤقتة، أما في حالة ما إذا اختلف الشركاء أو لم تتحقق شروط القسمة المهايأة الرضائية، وجب اللجوء إلى القضاء من أجل اقتسام العقار الشائع قسمة مهايأة فتكون القسمة في هذه الحالة قسمة مهايأة قضائية.

وسواء كانت قسمة المهايأة رضائية أو قضائية فتكون إما قسمة مهايأة زمانية ينتفع من خلالها كل شريك لمدة زمنية معينة بكل العقار الشائع عن طريق التناوب، أو تكون قسمة مهايأة مكانية حيث يكون لكل لشريك الحق في الانتفاع بجزء معين من العقار الشائع .

المبحث الأول: مفهوم قسمة المهايأة

قسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة ينتج عنها اقتسام حق الإنتفاع بالعقار الشائع بين الشركاء مع بقاء الملكية الشائعة بينهم، ولقسمة المهايأة عدت تعريفات لابد من تبيانها وهي تتنوع بين التعريف اللغوي والتعريف القانوني والتعريف الشرعي.

ولقسمة المهايأة أيضا محل يكمن في المنفعة الذي يجعل قسمة المهايأة تتشارك وعقد الإيجار وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل من خلال إبراز موقف كل من القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية .

وعليه فهذا المبحث ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بقسمة المهايأة .

المطلب الثاني: أنواع قسمة المهايأة.

المطلب الأول: المقصود بقسمة المهايأة

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف قسمة المهايأة باعتبارها قسمة منفعة لا قسمة ملكية من ناحية اللغوية والشرعية والقانونية (كفرع الأول)، وكذا الأساس التي استمدت منه قسمة المهايأة مشروعيتها من الناحيتين الشرعية والقانونية (كفرع ثاني) .

الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة

تتنوع تعريفات قسمة المهايأة بين التعريف اللغوي (البند الأول) والتعريف القانوني (البند الثاني) والتعريف الشرعي (البند الثالث) .

البند الأول: التعريف اللغوي لقسمة المهايأة

المهايأة في لغة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة، يقال هاء بهوء ويهيء هيئة حسنة ، إذا صار إليها، وتهيئ للشيء أخذ له أهبتة وتفرغ له ، وهيأته للأمر أعدده فتهاياً ، وتهاياً القوم تهايؤا: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة ، والمراد النوبة، ومهايأة ، وقد تبدل للتخفيف فيقال: هاييته مهايأة¹.

وفي لسان العرب هاء الأمر يهيء ، وتهيئ : أخذ له هيئته ، وهيأ الأمر تهيئة ، وتهيئا ، أصلحه فهو مهياً، وتهايؤوا على كذا : تمالؤوا عليه ، والمهايأة : الأمر المتهاياً عليه. والمهايأة : أمر يتهاياً القوم، فيتراضون به.

وفي المهايأة ثلاث لغات:

أحدهما : بالمهابأة بالباء ، لأن كل واحد من الشركاء وهب لصاحبه الإستمتاع بحقه.

ثانيهما: المهايأة بالنون، لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه إليه.

ثالثها: المهايأة بالياء، لأن كل من الشريكين هيا لصاحبه الإستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة².

البند الثاني: التعريف القانوني لقسمة المهايأة

لم يتعرض القانون المدني الجزائري كغيره من التشريعات كالقانون المصري إلى تعريف قسمة المهايأة، بل ترك ذلك إلى شراح القانون لأن هذا العمل هو من اختصاصهم ، لكن المشرع تعرض للمهايأة وعبر عنها "بقسمة المهايأة" وذلك من المادة الى 733 إلى المادة 736 من القانون المدني الجزائري.

ولقد انتقد الباحث سيد محمود عمر هذا التعبير واعتبره غير دقيق، لأنه من الأصح الاكتفاء بلفظ مهأجة منفرداً أو بمصطلح عملية مهأجة أو إستعمال عبارة قسمة إنتفاع لأنه أكثر دقة ودلالة على

¹ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ب.س. ط.ص 888.

² ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، المجلد الأول، بيروت، ب.س. ط. ص 187 و 188 و 189.

كيفية، وعبارة قسمة الإنتفاع توضح أن الإتفاق هو طريق الوصول إليها وبذلك تنحصر كفيتهما بهذا الإتفاق، كما تحدد الهدف المنشود منها ب أن تحدد مدى إستخدام أدواتها التي هي القسمة على إنتفاع المؤقت لتصبح مجرد عملية تهدف إلى إيجاد شكل من أشكال تنظيم الإنتفاع بالأموال الشائعة خلال مدة الشروع أو بقاءه.

وتحدد الغاية من ممارسة هذا الشكل من خلال الإنتفاع المنظم بالإنتهاء المؤقت لتشابك علاقات بين الشركاء فيما بينهم، وهذا التشابك ناتج من وقوع حق كل منهم على ذات الشيء، بحيث تحقق الهدف الأول والأخير مرتكز على الجهد والنشاط الفردي لكل شريك من أجل حصول على أعلى ممارسة للإنتفاع من قبله وفي حدود النطاق النفعي لحقه، وهذا النطاق هو الأساس الذي لا بد من وضعه في الحساب عند تحديد زمن الإنتفاع في المهاية الزمانية وعند التخصيص العيني في المه ائجة المكانية، وتعتبر هذه الأخيرة تعبير ظرفي لا يمكن أن يكفي للدلالة على حقيقة المقصود منها، ولذلك نرى أنه من الأصح استبداله بتعبير " قسمة الانتفاع العينية " أو " المهاية العينية " لتشمل المكان في العقارات¹.

وقد تعددت تعاريف شراح القانون للمه ائجة :

حيث عرفها بعضهم بأنها : " القسمة ترد على الإنتفاع بالمال الشائع، مع بقاء الملكية للشركاء كما هي على الشروع"².

وفي نفس السياق عرفها البعض ب"هي التي يتناوب فيها الشركاء على إقتسام منافع الشيء الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم"³.

كما عرفها البعض الأخر بأنها : "اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ومن ثم فلا ينتهي بها الشروع"⁴.

¹ كحل حياة، قسمة المهاية (دراسة مقارنة)، أطروحة الدكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 18.

² أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ج 05، مصر، 2001، ص 128.

³ أحمد فلاح عبد البخيث، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 143.

⁴ عبد المنعم فراج الصدة، المرجع السابق، ص 266.

وقسمة المهايأة هي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، فهي اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوخ، ولا ترد على الملكية، وإنما تهدف فقط الى تقسيم منافع العين الشائعة بين الشركاء أثناء قيام الشيوخ، بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته.

وكثيرا ما يلجأ الشركاء إلى هذا النوع من القسمة بهدف التخلص من مشاكل إدارة المال الشائع والصعوبات التي تواجههم في ذلك، بحيث يستقل كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه في مقابل يتنازل لبقية الشركاء عن حقه في الإنتفاع في باقي الأجزاء، وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز مالا مفرزا يستقبل بإراداته واستغلاله والإنتفاع به، فله أن كانت دار يسكنها أو يؤجرها، وأن يزرع الأرض أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة، وبوجه عام فلشريك المتهايا أن يستغل ما اختص بهم مفرزا من العقار الشائع، وإن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه، ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها، وفي مقابل هو أيضا لا يحاسب أحد من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك¹.

كذلك من دواعي اللجوء لقسمة المهايأة هي تعذر إجراء القسمة النهائية لعقار الشائع كأن يكون مثلا دار صغيرة تتكون من غرفتين مملوكة لخمسة ملاك على الشيوخ، فهنا لا يمكن لهؤلاء الشركاء الانتفاع بهذه الدار انتفاعا مشتركا إلا من خلال المهايأة، اذن فقسمة المهايأة لمدة لا تزيد عن خمس سنوات قابلة للتجديد لمدة مماثلة، فإذا انتهت المدة المنقوت عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت المدة سنة قابلة للتجديد ما لم يعلن أحد الشركاء عدم رغبته في التجديد على أن يكون ذلك قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على أقل.

وقسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة بطبيعتها، أي أنها لا تنهي حالة الشيوخ في المال الشائع وإنما تنظم كيفية انتفاع الشركاء به زمانا أو مكانا، ويتم ذلك باتفاق الشركاء عليها من كافة الجوانب، غير أنه يمكن أن تتم قسمة المهايأة عن طريق القضاء بحيث يجوز للقاضي أن يأمر بها، وهذا في حالة ما إذا تعذر إتفاق الشركاء أثناء سير إجراءات دعوى قسمة العقار الشائع نهائيا على إعتقاد قسمة المهايأة وطلبها أحد الشركاء، وهذا ما ورد في نصوص المواد 733 و 734 و 735 و 736 من القانون المدني الجزائري .

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 816 و 817.

البند الثالث: التعريف الشرعي لقسمة المهايأة

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية قسمة المهايأة على نحو التالي:

عرفها بعض الحنفية ،المهايأة هي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا بالنصف المفرز،وذلك بذالك النصف أو هذا ب كله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول¹.

أما المالكية فقد عرفتھا على أنها إختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار ، أو متعدد كدارين،بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم ،وبناء عليه :تعين الزمن شرط ، إذا بعد يعرف قدر الإنتفاع،وإلا فسدت المهايأة².

كما عرفها الشافعية بأن تكون العين في يد أحدهما مدة تم في يد الآخر مثل هذه المدة.

وعرفها الحنابلة بأنها القسمة التي ينتفع أحدهما بمكان و الآخر بأخر أو كل منهما ينتفع شهر ونحوه³.

نرى من خلال التعريفات السابقة أن كل من المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي قد أصابوا في تعريف قسمة المهايأة، وهذا لإشتملها على نوعي قسمة المهايأة الزمانية والمكانية،بينما اقتصر تعريف الحنفية على المهايأة الزمانية.

الفرع الثاني: محل قسمة المهايأة

سنتناول من خلال هذا الفرع محل قسمة المهايأة من منظور أحكام القانون المدني الجزائري (البند الأول) والشريعة الإسلامية (البند الثاني) .

¹وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ص 694.

²وهبة الزحيلي،نفس المرجع،ص 694.

³نعيم سمارة المصري،قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي،مجلة الجامعة الإسلامية،المجلد19،ع1،يناير2011،ص 184.

البند الأول: محل قسمة المهايأة في القانون المدني

قسمة المهايأة هي عبارة عن إتفاق على مقايضة منفعة بمنفعة ترد على المال الشائع دون ملكيته، فهي لا تنهي الشيوخ بل يقتصر أثرها على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع عن طريق إعطاء كل شريك الحق في منفعة جزء منه إلى أجل محدود، فالشيوخ يظل قائما ولكن قسمة المهايأة تحل المشكلة لفترة مؤقتة أو لحين حصول القسمة النهائية، ويلاحظ أن حق الشريك المشاع على حصته نطاقه عدم الإضرار بسائر الشركاء¹.

ومحل قسمة المهايأة في القانون المدني هو منفعة المال الشائع، ومصطلح المنفعة لم يتعرض لتعريفه بشكل مباشر لا القانون ولا الفقهاء، في حين أن علماء الإقتصاد قد أوردوا عدت تعريفات للمنفعة نذكر منها، أن المنفعة صفة في الشيء تجعله قابلا لإشباع حاجة وتقدر بدرجة هذه الحاجة بصرف النظر عما إذا كان الإشباع يتفق أو يتناقض مع القواعد الصحية والأخلاقية².

ويرى جمهور الفقهاء القانون أن قسمة المهايأة ترد على منفعة العين لا العين ذاتها، فالعين ذاتها تبقى على الشيوخ، والحقيقة أنه لا يمكن الفصل بين العين ومنفعتها نظرا لتلازمهما، فلا يمكن التهايو على المنفعة إلا من خلال وجودها في العين، وتكون المهايأة في القيميات لا في المثليات³.

وبما أن قسمة المهايأة ترد على الأموال الشائعة كما ترد على حقوق المالية العينية، وبما أن المهايأة والإبجار يشتركان في المحل وهو المنفعة، فيفترض أن تكون شروط المحل واحد بينهما، وتتمثل هذه الشروط⁴ في:

- أن يكون المال المتهاياً عليه معيناً.

- أن تكون العين المتهاياً عليها موجودة وقت التعاقد أو المهايأة.

¹ حمدى محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الجامعية الجديد، 2009، ص 162.

² حمدى محمد إسماعيل سلطح، نفس المرجع، ص 162 و 163.

³ حمدى محمد إسماعيل سلطح، نفس المرجع، ص 164.

⁴ كحل حياة، المرجع السابق، ص 33.

-أن يكون المال المتهاياً عليه غير قابل للإستهلاك .

-أن يكون المال المتهاياً عليه في يمكن تعامل فيه.

البند الثاني: محل قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية

قسمة المهايأة محلها المنافع دون الأعيان ،ولأنها قسمة منفعة دون عين ،لا تجوز إلا إذا كان محلها منفعة كان يتفق اثنان شركاء في منزل على أن يسكن أحدهما في قسم من الدار والآخر في القسم الثاني ،أو أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفلى ،وله أن يؤجره ويأخذ غلته ،أما إذا كان محلها عين فهي غير جائزة بلتفاق الفقهاء لأن المهايأة عقد يرد على قسمة منفعة¹.

المطلب الثاني: أنواع قسمة المهايأة

تتم قسمة المهايأة باتفاق الشركاء في الشيوع على تقسيم منافع العقار الشائع إما بتقسيمه قسمة مهايأة مكانية أو قسمته قسمة مهايأة زمانية ،كما يمكن أن تتم قسمة المهايأة عن طريق القضاء أي إجبار الشركاء على قسمة المهايأة .

وعليه فقسمة المهايأة أنواع إتفق عليها كل من أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري،وتتمثل هذه الأنواع في قسمة مهايأة مكانية أو قسمة مهايأة زمانية ،قسمة مهايأة إتفاقية أو قسمة مهايأة قضائية .

وستتناول هذه الأنواع بنوع من التفصيل من ناحية القانون المدني (الفرع الأول) ومن ناحية الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع قسمة المهايأة في القانون المدني

تناول المشرع الجزائري من خلال القانون المدني قسمة المهايأة وبين أنواعها التي تنقسم إلى قسمة مكانية أو زمانية (من حيث المنفعة) ،إتفاقية أو قضائية (من حيث المصدر).

¹ الكاسني الحنفي،المرجع السابق،ص 174 .محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،المرجع السابق،ص 498.

الهند الأول:قسمة المهايأة من حيث المنفعة

قسمة المهايأة من حيث المنفعة وفقا لأحكام القانون المدني تنقسم إلى قسمة المهايأة المكانية (أولا) و قسمة المهايأة الزمانية (ثاني)،وسنوضح ذلك بتفصيل من خلال هذا البند .

أولا:قسمة المهايأة المكانية

نصت المادة 733 من القانون المدني الجزائري على أنه : " 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 يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات.

فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد ،كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه يرغب في التجديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة ،افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة ."

من خلال نص المادة 733 المذكورة أعلاه يتبين لنا أن قسمة المهايأة هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء في الشيوع على أن يختص كل شريك بمنفعة بجزء المفرز من المال الشائع يساوي حصته فيه في مقابل ذلك يتنازل لبقية الشركاء عن الإنتفاع بباقي الأجزاء.

وبمعنى آخر هو إتفاق جميع الملاك المشتاعين للمال واحد على اقتسامه بينهم قسمة منفعة مؤقتة،بحيث يختص كل شريك بمقتضى هذه القسمة بمنفعته جزء من العقار الشائع يوازي حصته فيه في مقابل ذلك يتنازل لبقية الشركائه الآخرين عن الإنتفاع بباقي الأجزاء،أي بمعنى أن قسمة المهايأة المكانية تمنح لشريك بالاختصاص بجزء مفرد من العقار الشائع يعادل حصته الشائعة ،فيتولى إدارته

والحصول على منافعه بشكل منفرد أي ينفرد كل شريك بإرادة الجزء المفرد في المال الشائع وينتفع به، بحيث يفترض في ذلك أن يكون العقار الشائع قابلاً للتقسيم عيناً وإلا فلا يجد الشركاء مناصاً إلا اللجوء إلى قسمة المهايأة الزمانية¹.

والأمثلة على قسمة المهايأة المكانية كثيرة، منها أن يكون العقار الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء فيختص الشريك الأول بالجزء البحري والثاني بالجزء القبلي، والثالث بالجزء الشرقي والرابع بالجزء الغربي، أو أن تكون المال الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق، يمتلكه أربعة شركاء فيختص كل شريك بطابق معين وهكذا.

ومن خلال ما ورد في نص المادة 733 من القانون المدني الجزائري، يتبين لنا أن الأصل في المهايأة المكانية عدم إلزام الشركاء بذكر وتعيين مدتها، وعليه فإذا لم يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على مدة معينة جاز لكل شريك أن يرفع دعوى يطلب فيها القسمة القضائية في أي وقت يشاء²، لكن في حالة الاتفاق على مدة فإنه يلتزم بها كما يجب أن لا تتجاوز 5 سنوات، وإن زادت عن ذلك كان اتفاق باطلاً في ما زاد عن المدة، وهذا تطبيقاً لما ورد في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن هذا العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل عقد كله³.

وتخضع قسمة المهايأة المكانية من حيث الإحتجاج بها على الغير من حيث الحقوق والإلتزامات وطرق إثباتها إلى أحكام عقد الإيجار التي لا تتعارض مع طبيعتها ذلك أن كل شريك في قسمة المهايأة تعتبر مؤجر للشريك الآخر لحصته ومستأجر منه حصته لأنها قسمة إنتفاع لا قسمة ملك⁴.

¹ كحيل حياة، المرجع السابق، ص 41.

² القرار رقم 148362 المؤرخ في 28/05/1997. سايس جمال، الملكية العقارية في الإجتهد القضائي، منشورات كليك، ج 01، الجزائر، 2014، ص 33.

³ كحيل حياة، المرجع السابق، ص 42.

⁴ نسيمه درار، قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 03، سبتمبر 2014، ص 295.

لكن إذا قضي بإبطال عقد قسمة المهايأة في ما جاوز خمس سنين التي قد يرفعها أحد الشركاء طبقت على جميع أجزاء قواعد الشيوخ دون قواعد الإيجار وترتب على ذلك التزام كل شريك بالجزء المستحق عن الجزء الذي يضع يده عليه¹.

وفي قسمة المهايأة لا يصح الإتفاق على البقاء فيها لمدة تزيد عن 5 سنوات، والعلة من ذلك هي عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوخ لمدة أطول من ذلك²، غير أن ذلك لا يمنع الشركاء من تجديد المدة المتفق عليها حيث انقضاءها مرات متتالية، بشرط أن لا تتجاوز كل مدة 5 سنوات.

أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على قسمة المهايأة المكانية دون اشتراط مدة معينة، أو انتهت المدة الأصلية المتفق عليها، ولم يحصل إتفاق جديد أو تجديد لها، فإلى مدة المهايأة المكانية تكون سنة واحدة تجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

والملاحظ عمليا ان قسمة المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة، بحيث تجدد مرة تلو الأخر وكثيرا ما تدوم أكثر من خمس عشرة سنة، وخاصة عند الأسرة ذات الأصل الواحد، ووجود قطع أرضية ذات ملكية مشاعة بينهم، التي ألت لأبائهم وأجدادهم عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، وليس لها عقود توثيقية، فيتهاياً الأفراد ويتفقون على أن كل واحد منهم يستقل بإستغلال جهة أو قطعة معينة والانتفاع بها، ثم يموت هذا الشخص ويخلفه ورثته من بعده فيها، دون ان يرغب أحد منهم في إنهاؤها³.

والمشرع الجزائري من خلال المادة 733 من القانون المدني الجزائري لم يحدد كيفية إعلان الشريك عن رغبته في عدم تجديد، لذا يجوز أن تتم بكافة الطرق الإخطار، الإنذار، تبليغ الرسمي وعبئاً إثباته على لمن يدعيه.

¹ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 588.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 817.

³ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 300.

الأصل في قسمة المهايأة المكانية أنها ترد على المنفعة ولا ترد على الملكية، ومن تم فهي لا تنهي حالة الشيوع وإنما تعد قسمة مؤقتة ينتفع بها فقط، لكن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 733 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري جعل لهذا الأصل استثناء بتأكيده على أنه يمكن أن تتحول قسمة الشركاء من قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية.

وهذا الإستثناء لن يتحقق إلا بتوافر شروط وهي أن تستمر قسمة المهايأة المكانية 15 سنة أي تستقر الملكية المفترزة لكل شريك على الجزء الذي اختص به في قسمة المهايأة المكانية، وأن لا يتفق الشركاء في عقد القسمة أو في عقد لاحق على عدم إعتبار قسمة المهايأة المكانية قسمة نهائية¹.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 181703 الصادر بتاريخ 1998/09/30 الذي قضى أنه: إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك².

وحظيرة الشريك للجزء مفترزا من ال عقار الشائع مدة خمسة عشر سنة، افتراضا قابلا لإثبات العكس، لأن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة المهايأة سبق إيرامها مع الشركاء، بمعنى أن حيازة الشريك لجزء مفترز من المال الشائع هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل الشركاء اللذين يدعون خلاف ذلك ويبقى عبأ الإثبات على عاتقهم ويعفى الشريك الحائز من الإثبات، وقرينة الحيازة هنا تتناول فقط الأجزاء المفترزة التي حازها الشركاء، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع.

أما إذا حاز الشريك جزءا مفترزا يعادل حصته في المال الشائع مدة خمس ة عشرة وكان هناك افتراض أن قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها فلن قسمة المهايأة مكانية تنقلب إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك³.

¹ محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 237.

² جمال سايس، الملكية العقارية في الإجتهد القضائي، المرجع السابق، ص 86.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 818.

والحيازة التي تتحول على أساسها قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية هي الحيازة الأصلية التي يستند فيها الشريك إلى أنه مالك في الشيوخ، فإذا كانت حيازته عارضة كما لو كان مستأجر للجزء الذي يحوزه فلا يصبح مالكا لها مهما دامت اجارته، وكذلك الحال إذا كانت حيازته تستند إلى عارية الإستعمال¹.

وفكرة الحيازة في قسمة المهايأة التي أخذ بها كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري، لم يأخذ بها المشرع الكويتي حيث جعل قسمة المهايأة لا تفترض من مجرد حيازة الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع مهما مضى على هذه الحيازة من زمن، وعلى من يدعى بوجود المهايأة أن يقيم الدليل على الإتفاق الذي أنشأها بحيث لا يكفي في سبيل ذلك إثبات أنه يحوز جزءا مفرزا من المال الشائع مند خمسة عشرة سنة².

وهناك من فقه من ربط فكرة تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشرة سنة بالتقادم، بحيث رأى أن القانون قد استحدث بموجب هذا النص مصدرا جديدا لإنتقضاء الشيوخ، وهو تقادم المهايأة المكانية ويعد هذا مصدر مركبا يجمع بين التصرف القانوني وهو المهايأة المكانية أي الإتفاق الواقعة بين الشركاء وبين الواقعة القانونية ممثلة في مضي خمسة عشرة سنة، وفي حالة تطبيق هذه القاعدة أي قواعد التقادم المكسب من حيازة الشريك لجزء مفرز يعادل حصته من المال الشائع لمدة خمس عشرة سنة، حيازة هادئة ومستقرة ولم يتفق الشركاء على لا يجوز أن تكون قسمة المهايأة المكانية قسمة نهائية كسب ملكية هذا الجزء، وهذا تطبيقا لنص المادة 827 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن هذا الرأي قد اعترض عليه من قبل الباحث محمد محمود عبد الله، الذي اعتبر أنه لا يمكن أن تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بناء على قواعد التقادم، لأن حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع أساسه مبني على رخصة ممثلة أما في اتفاق الشركاء أو حكم قضائي، وتجديد هذه المهايأة يحصل إما بالإتفاق الصريح أو الضمني، بحيث أنه إذا سكت الشركاء على سريانها بعد إنتهاء مدتها يعني القبول الضمني باستمرارها، ولذلك فلفه من غير الممكن إعتبار

¹ سلطح حمدي محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص 129.

² كيجل حياة، المرجع السابق، ص 49.

حيازة الشريك في المهايأة على أنها تصلح لاكتساب ما يحوزه بالتقادم وذلك اعملا لبنود الإلتفاق تطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين¹، وذلك إعمالا بنص المادة 808 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " لا تقوم حيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحملة على سبيل التسامح".

ومادام أن تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تتم بقوة القانون، فلا تكون قسمة نهائية حينئذ، ومن تم فلا يجوز نقض هذه القسمة بسبب الغبن على النحو السابق بيانه، و أن كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب وجب عند إيرام عقد مهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم، وإن ظل ناقص للأهلية عند إنقضاء مدة خمس عشرة سنة فلا تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائيا إلا بعد إتباع الإجراءات الخاصة بناقص الأهلية المنصوص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري وكذا الأحكام الواردة في المواد من 453 إلى 489 من قانون إ.م.إ.ج².

ومسألة لزوم تسجيل قسمة المهايأة المنقلبة إلى قسمة نهائية إذا كان المال الشائع عقارا قد اختلف بشأنها فقهاء القانون، حيث انقسموا إلى فريقين .

فذهب الفريق الأول (الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أنور طلبة خطاب....) إلى وجوب تسجيليها حتى لو أنها تتم بقوة القانون، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها، ف إن انفق الشركاء على كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قسمة نهائية، فإلى لم يوفقون يتم اللجوء إلى المحكمة من أجل الحكم بثبوتها، ويكون تاريخ القسمة هو اليوم التالي لانقضاء خمس عشرة سنة لا يوم ابتداء المهايأة ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم، وعليه تكون القسمة النهائية حجة على الغير من يوم تسجيلها³.

أما فريق الثاني من الفقهاء مثل الدكتور إسماعيل غانم والدكتور منصور مصطفى وغيرهم من فقهاء القانون المدني لا ضرورة إلى تسجيل قسمة المهايأة المكانية التي تحولت إلى قسمة نهائية، فاستندوا لفكرة تسجيل التصرفات والأحكام المقررة، فيكون عقد القسمة القضائية واجب

¹ كيجل حياة، نفس المرجع، ص 56.

² أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 302.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 819.

التسجيل، أما القسمة التي تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجل لأنها تتم بقوة القانون، والرأي الأول هو الراجح وذلك حماية لحقوق الغير من خلال الشهر وهذا ما استقر عليه القضاء¹.

في أن رأي المشرع الجزائري كان صريح في ما يخص تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية -سواء كانت بناء على إتفاق بين الشركاء أو حكم صادر بشأن ذلك- حيث أوجب تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية طبقاً لأحكام المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74 / 75 المؤرخ في 11/12 / 1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مع مراعاة أحكام المواد 8 و 61 و 65 و 66 و 88 و 90 و 91 و 100 من المرسوم 63 / 76 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم².

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك بعض المشرعين العرب من خالف المشرع الجزائري ونصيره المصري حول مبدأ تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية.

ومنهم المشرع العراقي الذي لم يرتب على استمرار المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمسة عشرة سنة أي أثر مكسب للملكية³، وعليه فلن المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية.

ومبدأ تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمرور خمسة عشرة سنة على حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع حكم مخالفاً للشريعة الإسلامية لأن استمرار هذه القسمة هذه المدة قد لا تكون لإطمئنان الشركاء إلى نتائجها ورضاهم بها، وإنما قد تكون لاستبداد بعضهم بحصته وحرص الباقيين على ما بأيديهم خشية أن تضيع حقوقهم كلهم، مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم فتعين أن تتم القسمة النهائية رضاء أو قضاء⁴.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 279 و 280.

² مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 114 و 115.

³ ميثاق طال عبد الرحمان، التنظيم القانوني للمهايأة دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري، المنشور على موقع <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37234>، تاريخ الإطلاع 14- 11- 2017، ساعة الإطلاع

13:00، ص 192-193.

⁴ كحل حياة، المرجع السابق، ص 57.

ثاني:قسمة المهايأة الزمانية

تنص المادة 734 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك ،كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ."

والملاحظ على هذه المادة أن نصها عربي يوجد به خطأ حيث أن المشرع وضع فعل (يتناولوا) بدلا من الفعل الصحيح وهو (يتناولوا) أي بطريق المناوبة والتبادل ، إذن فينبغي أن يصحح الفعل في النص العربي وأن يقال : (أن يتناولوا) ليستقيم المعنى¹.

وقسمة المهايأة الزمانية هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على ان ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع ،وليس بجزء مفرز فيه لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له من المال ،فهي تقوم على تمكين كل شريك في الشروع بالانتفاع بكل المال الشائع منفردا دون غيره من الشركاء ،طول فترة معادلة لحصته الشائعة².

ومثال قسمة المهايأة الزمانية أن تكون أرض زراعية أو دار مملوكة لشخصين على الشروع،بأن يكون لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ،فلهه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلهما يستغلها وحده لمدة سنتين تم يختص بها الآخر لمدة شهر واحدة وهكذا³.

ولم ينظم القانون المدني مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ،وفي هذه الحالة تسري القواعد العامة ،ومن تم يجوز أن يتفق الشركاء على دورات التناوب في الإنتفاع بالمال الشائع كما يشاءان،بشرط ألا يؤدي هذا الإتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشروع مدة تزيد على خمس سنوات،وتنتهي المهايأة الزمانية بإنهاء مدتها ،ويعين الإتفاق هذه المدة وكيف تنقضي⁴.

¹أحمد الخالدي،المرجع السابق،ص 303.

² محمد عبد الرحمن الضويني ،المرجع السابق ،ص 249.

³ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08،المرجع السابق،ص 820.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08 ،المرجع السابق ،ص 820.

وهناك من الفقه من يري أن مدة المهاية الزمانية ليس لها حد أقصى حيث أنه يجوز أن تتكرر لنوبات متعددة، فبعد إنقضاء المدة المقررة لأخر شريك تبدأ نوبة الشريك الأول وهكذا ما لم يكن عقد القسمة قد حدد عدد النوبات التي تتكرر فيها المهاية، ويلتزم جميع الشركاء بهذا العدد فان لم يتفق الشركاء على عدد تتكرر فيه النوبات، تم بدأ الشريك الأول في نوبة جديدة بعد إنقضاء نوبة الشريك الأخير ودون اعتراض من أي الشركاء بدأت نوبة جديدة بموجب إرادة الشركاء الضمنية، ويجوز بذات الطريقة أن تتكرر النوبات ما لم يقم أحد الشركاء بإخطار باقي زملائه بعدم رغبته في تجديد المهاية.

وهذا الإخطار ليس له شكل خاص، فقد يكون بإنذار رسمي أو بكتابة غير رسمية أو شفاهة ويتحمل من يتمسك به عبئ إثباته بكافة الطرق المقررة قانونا بما في ذلك البيينة والقرائن لتعلق الإثبات بواقعة مادية.

ولم يرد في القانون المدني حكم يقضي بتحول قسمة المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية وبتالي لا يمكن أن تنتقل قسمة المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتتها، ولا يمكن تطبيق ذلك كما تما تطبيقه على المهاية المكانية، لأن المهاية المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة فهي كالقسمة النهائية إلا انها قسمة منفعة لا قسمة ملك، أما المهاية الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهىء للقسمة النهائية وبتالي لا يمكن أن تتقلب إليها¹.

والفرق بين المهاية المكانية والمهاية الزمانية يكمن في أن المهاية المكانية تقسم العقار الشائع إلى حصص مفرزة فهي كالقسمة العينية إلا أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك، أما المهاية الزمانية فتبقي العقار الشائع على حالته دون إفراز، وإنما تقسم زمن الانتفاع به، كما القانون في قسمة المهاية المكانية قد حدد لها المدة التي لا تتجاوز الخمس سنوات قابلة لتجديد، ف إن دامت خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، بخلاف قسمة المهاية الزمانية التي لم يحدد لها المدة تتناسب وحصصة الشريك، وعلي لا يمكن لهذه القسمة أن تهىء لقسمة نهائية ومن تما لا يمكن أن تتقلب إليها².

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع، ص 820.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 820.

وعلة الاختلاف في تحديد زمن المهاية المكانية وعدم تحديدها في المهاية الزمانية تقع على جميع المال الشائع زما بنسبة الحصة التي يملكها الشريك، فيكون كل من الشركاء رقبيا على الآخر حتى نهاية مدته، فقامت بذلك رقابة الشريك مقام رقابة القانون وهذا ما يمنع تحول المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية، أما المهاية المكانية فهي حيازة كل من الشركاء جزءا مفرزا يعادل نصيبه في المال الشائع، وامتداد هذه الحيازة خمسة عشرة سنة يقوم دليل على رغبة الشركاء في أن تكون هذه المهاية قسمة نهائية للمال الشائع بشرط أن يكون العقار موضوع المهاية واقعا في منطقة لم يجر فيها التحديد والتحرير¹.

الهند الثاني: قسمة المهاية من حيث مصدر

تنقسم المهاية من حيث المصدر في القانون المدني إلى قسمة إتفاقية (أولا) و قسمة قضائية (ثانيا).

أولا: قسمة المهاية الإتفاقية

نصت المادة 733 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على : " يتفق الشركاء " ، كما نصت المادة 734 من القانون المدني الجزائري على أن : " قسمة المهاية أيضا بلن يتفق الشركاء "، ويتبين من خلال هذه الماديتين أن قسمة المهاية بنوعها المكانية والزمانية تتم بإتفاق الشركاء، أي بمعنى أنها تتعقد برضا الشركاء في شكل عقد.

والأسلوب الإتفاقي هو الوسيلة الأساسية والغالبة التي يلجأ إليها الشركاء عادة في عملية قسمة المهاية، وإن كان الإتفاق هو الوسيلة العادية والأساسية لتحقيق قسمة المهاية، فهل يجب ان يتحقق إجماع الشركاء في هذا الإتفاق، أم أنه من الممكن أن يكفي اتفاق الأغلبية ؟ .

وفي ذلك يرى جمهور فقهاء القانون المدني أن المهاية بنوعها سواء المهاية المكانية أو الزمانية لا يمكن أن تتم بدون اتفاق الشركاء جميعا فلا يكفي فيها الأغلبية، حيث أن المشرع الجزائري من

¹ كحل حياة، المرجع السابق، ص 65 و 66.

خلال نص المادة 733 من القانون المدني الجزائري قد ربط حصول المهايأة بنوعيتها بإتفاق الشركاء مستعملا في ذلك صيغة الإطلاق¹.

وقسمة المهايأة الرضائية لا يكفي فيها توافر أغلبية معينة بإعتبار أنها لا تتضمن مجرد إدارة المال الشائع وإنما تتعدى كذلك إلى قسمة منفعة، وعليه إذا اعترض أحد الشركاء ومهما كان مقدار نصيبه في المال الشائع لا تتم قسمة المهايأة، والجدير بالذكر أن قسمة المهايأة بالتراضي جائز بين الشركاء حتى ولو كان أحد الشركاء ناقص أهلية على أن يتخذ الولي أو الوصي أو القيم الإجراءات القانونية للحصول على الإذن من قبل جهات القضائية المختصة وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى تصبح نافذة في حق ناقص الأهلية، إلا أنه قد شرع لمصلحة القاصر في حالة عدم مراعاة هذه الإجراءات طلب البطلان، وهذا البطلان هو نسبي يحتج به فقط ناقص الأهلية الذي يقرر له عند بلوغه سن الرشد أن كان قاصر أو عند رفع دعوى الحجر عليه إن كان محجور عليه تنازل عن التمسك بهذا البطلان، وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات².

وإذا كانت المهايأة عبارة عن تنظيم الإنتفاع بالشيء الشائع فهي بذلك تعتبر ضربا من ضروب إدارة المال الشائع والمشرع بعد ما نص في المادة 715 من القانون المدني الجزائري على أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء المجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك، وإضافة في المادة 716 من القانون المدني الجزائري على أن أعمال الإدارة المعتادة يكفي فيها رأي الأغلبية بحيث تحسب على أساس قيمة الأنصبة، أما عن أعمال الإدارة الغير المعتادة لابد فيها من قرار صادر بأغلبية ثلاثة أرباع الملاك على الشيوخ على أساس قيمة الأنصبة، فليقن كان الأمر كذلك، فهل من الممكن إخضاع قسمة المهايأة لأحكام المواد التي تنظم أعمال الإدارة دون إهدار النصوص القانونية الخاصة بها، أم أنه لابد بشأنها من توافر الإجماع في الإتفاق عليها³.

وهناك من فقهاء القانون من يتفق على ضرورة إجماع الشركاء لتحقيق قسمة المهايأة الرضائية على إعتبار أن هذه القسمة هي ضربا خاصا من إدارة العقار الشائع لا تخلو من أهمية وخطورة، ولا سيما بالنسبة لقسمة المهايأة المكانية، حيث أن دوامها خمس عشرة سنة يقلبها إلى قسمة نهائية، كما

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 234 و 235.

² سلطح محمد حمدي إسماعيل، المرجع السابق، ص 104.

³ كيجل حياة، المرجع السابق، ص 69.

أن قسمة المهايأة هي الوسيلة الوحيدة التي يلج أ إليها الشركاء لمواجهة الظروف المحيطة بال عقار الشائع أو لمواجهة الظروف الناتجة في حالة الشركاء أنفسهم¹.

ولقد انتقد هذا الرأي من قبل بعض فقهاء القانون ،فيقولون أن هذا الرأي الذي يشترط الإجماع يدعوا إلى التساؤل ،فإن كان وفق هذا الرأي الأساس في تطلب الإجماع في المهايأة المكانية هو كونها تنقلب إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشرة سنة ،فما هو إذن الأساس في تطلب الإجماع في المهايأة الزمانية التي لا تخضع لهذا التحول ؟ .

وبهذا التساؤل لا نريد القول باستحالة الحصول المهايأة بإجماع الشركاء ،بل ذلك ممكن ومفيد إذا أمكن حصوله ،ولكننا نبتغي التعرف على الحل إذا لم يحصل هذا الإجماع ،علما أن المهايأة في حد ذاتها وسيلة أو طريقة احتياطية لمواجهة الظروف التي قد تحيط بالشيوع ،فإن كانت هذه المقدمات صحيحة فإله من المقبول أن يعامل الشركاء بصدد المهايأة كما يعاملوا بصدد القسمة النهائية ، إذ لا يشترط الإجماع بشأنها ،فإذا اختلفت الشركاء فيها يحق لمن يريد الخروج من الشيوع إن يكلف باقي الشركاء بالحضور².

ثاني:قسمة المهايأة القضائية

إن كان الأصل في قسمة المهايأة أنها تتم رضائيا بين الشركاء المشتاعون مما يجعلها قسمة المهايأة إنفاقية،غير أنه يمكن أن تجرى وفي حالة استثنائية عن طريق القضاء فتكون قسمة المهايأة قضائية،وقد نصت المادة 736 من القانون المدني الجزائري على هذه الحالة بقولها : "يمكن للشركاء ان يتفقوا اثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم،وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ،جاز للمحكمة ان تأمر بها اذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الإستعانة ،إذا اقتضى الأمر ذلك " .

¹ سلطح محمد حمدي اسماعيل ،المرجع السابق ،ص 235.

² محمد عبد الرحمن الضويني ،المرجع السابق ،ص 235.

والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أغفل شيء جوهري هو من هو الشخص الذي يستعان به، إلا أنه وبالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد أنه قد حدد من هو الشخص المستعان به وذلك من خلال نص المادة 849 منه بقولها : ".... بعد الاستعانة بخبير ..."، وعليه لابد على المشرع الجزائري من توضيح ذلك بوضع لفظ الخبير في نص المادة أعلاه.

وقسمة المهايأة القضائية هي صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية، فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للعقار الشائع، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات، فيعتمد الشركاء إلى الإتفاق فيما بينهم على قسمة المال الشائع قسمة مهايأة، وفي الغالب تكون المهايأة مكانية، على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية، بل يصح حتى إذا تعذر إتفاق الشركاء على المهايأة، أن يطلبها أحدهم من القاضي الذي تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية، فيأمر القاضي بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين، وقد يستعين القاضي بخبير في إجراء هذه المهايأة ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذي يستعين به في إجراء القسمة النهائية، وفي هذا وضع حد للمنازعات التي سبق القسمة النهائية¹.

ويجب التفرقة بين ما إذا كان أحد الشركاء قد طلب القسمة والأخر طلب المهايأة وبين طلب احد الشركاء المهايأة ولم يطلب البقية القسمة أو كان العقار قابلا للقسمة، ففي الأولى تقبل دعوى القسمة بشرط أن يكون العقار قابلا للقسمة، أما في حالة الثانية تحكم المحكمة بالمهايأة ولو لم يرض الطرف الآخر بها².

وقد ضيق المشرع الجزائري من حالات اللجوء الى قسمة المهايأة القضائية لجعلها في حالة وحيد نصت عليه المادة 736 من القانون المدني الجزائري وهو حالة وجود دعوى قسمة نهائية، إلا أن المشرع لم يحدد الحد الأقصى لمدة المهايأة القضائية لأنه لا يمكن له التنبؤ بمدة إجراءات القسمة النهائية التي تستمر المهايأة خلالها، وعليه يظل الإتفاق نافذ في حق الشركاء إلى أن تتم إجراءات القسمة النهائية حتى ولو زادت قسمة المهايأة عن خمس سنوات، غير أنه يرى بعض الفقهاء أنه يجب أن لا تزيد هذه القسمة القضائية المؤقتة عن خمس سنوات.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 823.

² كيجل حياة، المرجع السابق، ص 73.

وفي حالة استمرار إجراءات القسمة النهائية لأكثر من سنة، فلا يجوز إنهاء المهاية المؤقتة بإعلان أحد الشركاء إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب بالتجديد وفقا لما تقضي به المادة 733 من القانون المدني الجزائري¹.

أما عن نوع قسمة المؤقتة التي تسبق القسمة النهائية فطرح تساؤل: حول ما إذا كانت مكانية أو زمانية؟ أو مكانية و زمانية معا؟.

وهذا التساؤل قد تم الإجابة عنه من قبل مجموعة من فقهاء غير أنهم انقسموا في ذلك إلى رأيين، فهناك من الفقهاء من قال أنه يجوز أن يتفق الشركاء أثناء إجراءات القسمة النهائية على إجراء قسمة المهاية بينهم مكانية أو زمانية وفي حالة تعذر إجماعهم يجوز لأي منهم أن يطلبها من المحكمة المختصة، وتبقى هذه القسمة نافذة إلى غاية الإنتهاء من إجراءات القسمة النهائية.

فإن كانت قد تمت قسمة المهاية مكانية واختص كل شريك بقدر الذي اختص به وانتقلت حيازته إليه، ويصبح له الحق في الحبس القدر الذي يحوزه حتى يسلم له القدر الذي اختص به، أما إذا كانت المهاية زمانية وكان كل شريك قد استوفى نوبته نفذت القسمة بإعطاء كل منهم ما اختص به، لكن إن وجد بعض الشركاء لم يستوفوا نوباتهم وجب تعليق حكم القسمة على استفاء كل منهم نوبته وبعد ذلك ينفذ الحكم، وفي هذه الحالة يجوز لمن استوفوا نوباتهم تعويض الآخرين عما فاتهم من الإنتفاع بالعقار الشائع ومتى اتفق جميع الشركاء على ذلك أمكن تنفيذ حكم القسمة².

وهناك من يرى أن المهاية التي تسبق القسمة النهائية للعقار الشائع تكون مهاية مكانية، وتختلف هذه الاخيرة عن المهاية المكانية العادية في أمرين جوهريين، الأول لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهي ليست حتما قسمة إتفاقية بل قد تكون قسمة قضائية كما سبق الإشارة أما المهاية العادية تكون دائما قسمة إتفاقية .

أما الأمر الثاني هو أنه ليس للمهاية التي تسبق القسمة النهائية مدة معينة فهي تدوم إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر، أما المهاية المكانية العادية فقد قدمنا

¹ كichel حياة ، المرجع السابق، ص 74 و 75.

² أنور طلبية، المرجع السابق، ص 308.

أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ويمكن قد تجدد، وفي حالة عدم تعيين لها المدة كانت مدتها سنة واحدة قابلة لتجديد¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع المصري قد حذى حذو المشرع الجزائري في ما يتعلق بقسمة المهايأة القضائية²، بخلاف المشرع العراقي الذي قيد من نطاق مهايأة القضائية ليحصرها في المنقولات دون العقارات إذ أشار إلى ذلك في نص المادة 108 من القانون المدني العراقي بنصها: "إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع، فللشريك الذي يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها"³.

الفرع الثاني : أنواع قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية

حاول فقهاء الشريعة الإسلامية تحديد أنواع قسمة المهايأة فحصرها في قسمة المهايأة من حيث المنفعة التي تشتمل على قسمة المهايأة المكانية وقسمة المهايأة زمانية (البند الأول)، وإلى قسمة المهايأة من حيث المصدر وتتضمن قسمة المهايأة إتفاقية وقسمة المهايأة قضائية (البند الثاني) .

الهند الأول :قسمة المهايأة من حيث المنفعة

ستناول من خلال هذا البند أنواع قسمة المهايأة من حيث المنفعة ، التي تنقسم إلى قسمة مهايأة مكانية (أولا) وقسمة مهايأة زمانية(ثانيا) .

أولا :قسمة المهايأة المكانية

قسمة المهايأة المكانية هي أن يختص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته، فيتم انتفاع الشركاء معا في وقت واحد ،وهي تجري في المال المشترك الذي يقبل القسمة كالدار

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08، المرجع السابق ،ص 823.

² أنظر المادتين 846 و849 من القانون المدني المصري.

³ ميثاق طالب عبد حمادي، المرجع السابق ،ص 78.

الكبيرة وهي جائزة لأن قسمة المهايأة تعتبر كقسمة العين وقسمة العين جائزة على هذا الوجه فكذلك قسمة المنافع، وكذا لو تهاينا على أن يأخذ أحدهما السفلى والأخر العلوي ولا يشترط جمهور الفقهاء في المهايأة المكانية بيان المدة وتعيينها بخلاف الزمانية، فالمكانية لا تحتاج لبيان الوقت لأن مكان المنفعة معلوم فصارت المنفعة معلومة بمكانها¹.

المهايأة المكانية جائزة لأنها نوع من القسمة مثل قسمة الأعيان، فلو تهايا الشريكان على أن يأخذ أحدهما السفلى والأخر العلوي جاز ذلك فتكون قسمة المنفعة بالمهايأة المكانية جائزة².

وعند الحنفية المهايأة مكانية جائزة، كأن يتهاينا اثنان في الأراضي المشتركة بينهما على أن يزرعها أحدهما نصفها أو يؤجرها وأن يزرع الآخر أو يؤجر نصفها الآخر، أو في الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما قسما منها الآخر القسم الآخر أو أن يسكن أحدهما الطابق العلوي والآخر السفلي³.

وتعد المهايأة المكانية نوع من الإفراز وليست مبادلة وذلك أن منفعة الشريكين في الدار المشتركة مثلا شائعة أي شاملة لكل جزء من تلك الدار أي شاملة لدائرة الضيوف ولدائرة الحريم، فالمهايأة تجمع منفعة أحد الشريكين في قطعة من تلك الدار كدائرة الضيوف ولدائرة الحريم مثلا أو تجمع منفعة أحدهما الطابق العلوي والآخر في الطابق السفلي، وللشريك في المهايأة المكانية أن يؤجر منافع نوبته لأخر سواء شرط الإيجار حين عقد المهايأة أو لم يشترط⁴.

وسبب من عدم اشتراط تعيين المدة في المهايأة المكانية هو أنها قسمة منافع وليست بمبادلة المنفعة، لأن مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة، كإجازة السكنى بالسكنى، وكذلك لو تهاينا في دارين وأخذ كل واحد منهما دار يسكنها أو يستغلها، فهو جائز بالإجماع. أما عند أبو يوسف ومحمد فلا شك، لأن قسمة الجمع في عين الدور جائزة، فكذا في المنافع⁵.

¹ نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 186.

² أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 291.

³ علي حيدر، المرجع السابق، ص 186 و 187.

⁴ علي حيدر، نفس المرجع، ص 190.

⁵ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 176.

وقد يثير عدم تعين المدة في المهايأة المكانية نزاع بين الشركاء حول طول أو قصر المدة، وهذه المسألة لم يتطرق لها الحنفية، لكن الرملي منهم بحث أن يفوض الأمر للقاضي، وله أن يأمر الشريكين بالإتفاق، كما إذا اختلف هل تكون المهايأة زمانية أو مكانية، لتساوي الاحتمالين هناك، ولا كذلك هنا. ثم بدا له فأضاف و أن قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر بالأخر - لأنه أسرع وصولاً إلى الحق - فله وجه¹.

وعند الشافعية لا يشترط فيه التأكيت حتى ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها كالدار مثلاً بلن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها و الآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه شهراً آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا، لأن لكل واحد منهما م يزة فلا ترجيح لأحدهما على الآخر ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه².

أما الحنابلة فلم يشترطوا في قسمة المهايأة المكانية بيان المدة أي تحديد زمانها³.

وذهب المالكية إلى أنه يشترط في المهايأة المكانية أن يكون الزمن معلوماً سواء اتحد المقسوم كدار أو تعدد كدارين، لكن هناك من لم يشترط تعين الزمان في المتعدد، بمعنى أنه لو عين الزمان فهي لازمة، وإن لم يعين الزمان فلكل منهما أن ينحل متى شاء، في حين ذهب ابن الحاجب وابن السلام إلى أن تعين الزمان شرط للزوم وليس شرط صحة، أما ابن عرفة إعتبار تعين الزمان شرط صحة أي عدم تعين الزمان في قسمة المهايأة المكانية يؤدي لفسادها مطلقاً سواء كان المقسوم متحد أو متعدد، أما عن الدسوقي فقال: "أنه إن عين الزمن صحت ولزمت في المقسوم المتحد والمتعدد وإن لم يعين فسدت في المتحد إتفاقاً⁴".

والرأي الراجح أنه لا بد من تعيين الزمن في المهايأة المكانية للأسباب التالية:

¹ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، المرجع السابق، ص 111.

² سلطح حمدي محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص 154.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 256.

⁴ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 249 و 250.

_تعيين الزمن من شأنه أن يحقق العدالة والرعاية لمصالح الشركاء وعدم الإضرار بهم فضلاً عن الاستقرار أحوالهم طول زمن المهاية.

_ تحديد المدة في المهاية المكانية من شأنه أن يؤدي إلى حصول الشريك على منفعة بكاملها فضلاً عن العقوبة أن كل شريك يكون على بينة من أمره طول مدة المهاية فلا يفاجأ أو يؤخذ على غرة من شريك سولت له نفسه الإضرار به¹.

ومن خلال ما سبق يتبين أن جمهور الفقه الإسلامي(الحنفية والشافعية والحنابلة) لم يشترط مدة في المهاية المكانية، إلا ما ذهب إليه المالكية في اشتراط المدة كما هو الحال في المهاية الزمانية، في حين أن القانون المدني قد اشترط في المهاية المكانية تحديد المدة المحددة بخمس سنوات قابلة لتجديد وهو ما سبق إشارة إليه.

ثانياً:قسمة المهاية الزمانية

قسمة المهاية الزمانية هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة إرتفاع صاحبه أو بنسبة حصته،مثل أن يتهاياً شخصان على زراعة الأرض المشتركة بينهما هذا سنة والأخر سنة أخرى، أو على سكنى الدار بالتناوب، هذا سنة والأخر سنة².

قسمة المهاية جائزة في كتاب لقوله تعالى " قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ " ³ أخبر - سبحانه و تعالى - عن نبيه سيدنا صالح -عليه الصلاة والسلام - المهائيات في الشرب، ولم ينكره - سبحانه وتعالى، والحكيم إذا حكى عن منكر غيره، فدل على جواز المهائيات بالزمان بظاهر النص، وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة، لأنها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول، ولأن جواز المهاية بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم إلى المهائيات بالمكان أشد، لأن الأعيان كلها في احتمال المهائيات الصغير وبالمكان كالعبد والبيت ونحوهما، فلما جازت تلك، فلأن تجوز هذه أولى¹.

¹ سلطح حمدي محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 154.

² أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 287.

³ الآية 155 من سورة الشعراء.

¹ الكاسني الحنفي، المرجع السابق، ص 173.

عند المالكية قسمة المهايأة الزمانية هي إختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معيناً من متحد أو المتعدد وتجاوز في منفعة لا في غلته وهذا قول ابن عرفة وأضاف قائلاً يشترط تعيين الزمن سواء في المقسوم المتحد أو المتعدد حتى تصح قسمة المهايأة الزمانية، في حين ذهب كل من ابن حاجب وابن راشد إلى أنه لا يشترط تعيين الزمان في المهايأة الزمانية، لأن شرط تعيين الزمن هنا مقرر للزومها وليس لصحة، وإذا حددت بزمن معين سواء في الشيء المتحد أو المتعدد أصبحت ملزمة ولا يستطيع أي شريك مهما كان مقدار حصته الرجوع فيه قبل انتهاء مدته، لأن هذا الإتفاق يشبه عقد الإيجار من حيث اللزوم ولا يمكن نقض عقد الإيجار قبل انتهاء مدته أما في حالة عدم تحديد الزمن لا تصبح لازمة¹.

وأما عن تعيين الزمن عند اللزوم فلين مدته تختلف بين ما إذا مقسوم عقار أم لا وهذه المدة قد تزيد كما قد تقصر، وإذا كان المقسوم مهايأة عقار فليجوز أن تكون المدة التي يقع القبض بعدها كالمدة في الإجازة فكما يجوز إجازة الدار لتقبض بعد أكثر من عام لكونها مأمونة يجوز قسمتها على أن يسكن أحدهما سنتين، وأما عبد معين يشترط فيه أخذه بعد شهر فلا يجوز في الإجازة وأما في المهايأة فليجوز فيه شهر فأكثر بقليل ما قاله ابن القاسم، ولذا جعل المواقف التشبيه راجعا للدار فقط و أنه تام أي في اللزوم والتعيين وفي أن المدة التي يقع القبض بعدها هنا كالمدة في الإجازة ولا يصح أن تكون التشبيه راجعا للعبد إلا ان يجعل غير تام ب أن يكون في اللزوم وتعيين المدة فقط، وهما عدم اشتراط تعيين الزمان واشتراطه إذا كان المقسوم متعددًا ومراده بذلك الأحد أولهما والأولى حذف قوله على أحد القولين لأنه لا يشترط تساوي المدتين سواء كان المقسوم متحداً أو متعددًا قلنا باشتراط تعيين الزمان في المتعدد أو بعدم اشتراطه².

أما عند الحنفية فقسمة المهايأة الزمانية كقسمة الأعيان، إفراز من وجه، ومبادلة من وجه، لأن المهايئي كالمستقرض لنصيب شريكه، فكان فيها معنى المبادلة من وجه، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته¹.

¹ أبي عبد الله محمد الخريشي، المرجع السابق، ص 184.

² محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 250.

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 288.

كما لو تهايا اثنان على يزرع أحدهما الأرض المشتركة بينهما سنة والأخر السنة أخرى، أو على سكنى أحد صاحبي الدار المشتركة الدار المذكورة مناوبة سنة لكل واحد منهما وهذا ما جاءت به نص المادة 1176 من مجلة الاحكام العدلية¹.

والمهاياة الزمانية تكون في متحد أي في الجنس واحد كالبيت الصغير الذي لا يقبل الانقسام والتجزئة وفي هذا النوع يتعين الإنتفاع، كما يتعين الإنتفاع في الدار الكبيرة المشتركة القابلة لتقسيم بمعنى أن المهاياة الزمانية قد تكون في المتعدد².

وفي حالة إذا كان محل التهايو متعدد فإنه يحتمل الإنتفاع به زمانا أو مكانا، فإذا تم الاتفاق على نوع التهايو لا يطرح أي إشكال لكن في حالة إختلاف بين الإنتفاع زمانا أو مكانا ففي هذه الحالة يأمر القاضي الشركاء ببلن يتفقا، لأن في المكان أعجل للإنتفاع كل في زمانا واحد، وفي الزمان أكمل للإنتفاع كل بالكل، فلن تم اختيار المهاياة الزمانية يقرع البداية نفيا للتهمة. ووقيد بالزمان لأن التسوية في المكان تمكن في الحال ببلن يسكن هذا بعضا والأخر بعضا، وأما عن الزمان فلا تمكن إلا بمضي مدة أحدهما³.

ويشترط في المهاياة الزمانية ذكر المدة وتعيينها باليوم والشهر لأنها في حكم الإجارة، فإذا عينت بهذا الشكل واستعمل احد شريكين مدة أكثر من مدته بلا إذن، فليس للأخر أن يقول: إنني أستعمل المهاياة مدة بقدر المدة التي استعملها شريكي الأخر⁴.

وقد جاءت المادة 1180 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: " كما أنه ينبغي إجراء القرعة في المهاياة زمانا لأجل البدء -يعني أي أصحاب الحصص ينتفع أولا - كذلك ينبغي في المهاياة مكانا تعيين المحل بالقرعة فقط."

ومن خلال هذه المادة يتبين أن القرعة قررت لنفي التهمة، في حالة تنازع بين الشركاء حول من له الحق في الإنتفاع أولا بالمهاياة الزمانية وكذا الحال بالنسبة للمهاياة المكانية، و إجراء القرعة في

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 186.

² علي حيدر، المرجع السابق، ص 186 و 187.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص 390.

⁴ علي حيدر، المرجع السابق، ص 190.

المهياة هو تطيب للقلوب فقط كما هو حال في القسمة، وللقاضي أن يعين الزمان والمكان بدون قرعة أيضا¹.

أما عند الحنابلة فإن اتفق على المهياة الزمانية وحدد لها زمن معين وطلب أحدهما تطويل الدور الذي يأخذ فيه نصيبه وطلب الشريك الآخر تقصيره وجبت إجابة من طلب التقصير لأنه أقرب إلى الاستيفاء².

الهند الثاني: قسمة المهياة من حيث مصدر

تنقسم المهياة من حيث المصدر عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى قسمة المهياة إتفاقية (أولا) وقسمة المهياة قضائية (ثانيا) .

أولا: قسمة المهياة الإتفاقية

المهياة بالتراضي هي إتفاق بين شخصين على كيفية الإنتفاع بالشيء المشترك بينهما على طريق التعاقب أو التفاوت زمانا ومكانا³.

والأصل في قسمة المهياة أن تكون رضائية، أي أنه لا يجبر على المهياة من أباهم رفضها أو إمتنع عنها عند المالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور) لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد فبت المنفعة شيء عاجل، فلا يجوز تأخيرها بغير رضاه كالدين، وأي فلا تجوز المهياة بالتقاضي عند الجمهور. وقال المالكية: لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة، وقال الشافعية: إذا إتفقوا عليها وتنازعا في بدء المناوبة أقرع بينهم¹.

في حين جعل الحنفية قسمة المهياة الإتفاقية إستثناء عن القاعدة، وهذا ما أكدته نص المادة 1181 من مجلة الأحكام العدلية بنصها: "..... لو طلب أحدهما المهياة على سكنى الدار ولأخر إيجار الحمام أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة الأخر الأراضي فالمهياة بالتراضي وإن تكن جائزة إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها".

¹ علي حيدر، نفس المرجع، ص 191.

² كحل حياة، المرجع السابق، ص 107.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 284.

¹ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 28.

ويستخلص من هاته المادة أنه ولو طلب أحد الشركاء المهايأة وكانت مختلفة المنفعة فلا يجبر الآخر على المهايأة، كما لا يجبر على قسمة الأعيان المختلفة الجنس بإعتبار هذه الأخيرة مبادلة¹.

ثاني: قسمة المهايأة القضائية

هي التي تتم جبرا بواسطة القاضي بناء على طلب أحد الشريكين فيهيئ القاضي بينهما جبرا أما بالمناوبة الزمنية مدة معينة بنسبة حصة كل واحدة منهما، و أما بالمهايأة المكانية بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص.

أجاز فقهاء المذهب الحنفي قسمة المهايأة القضائية لأنها تحقيق العدل بين الشركاء وتحمي مصالحهم، وللقاضي في هذا نوع من القسمة سلطة جبر الشركاء على القسمة، وقد نصت المادة 1181 من مجلة الأحكام العدلية على أحوال المهايأة الجبرية بالقول: "إذا طلب المهايأة أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة و إمتنع الآخر، فلين كانت الأعيان المشتركة المنفعة فيجبر عليها، مثلا: دارن مشتركان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما و أن يسكن الآخر الأخرى،.....، وامتنع شريكه فيجبر على المهايأة".

ومعنى ذلك أنه إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة المهايأة و امتنع شريكه الآخر ولم يتطلب الممتنع القسمة، فلين كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة فيجبر على المهايأة، كما يجبر على القسمة في الأعيان المتحدة الجنس. أما إذا طلب الشريك الممتنع عن المهايأة القسمة فترجح القسمة ولو طلب الآخر المهايأة¹.

وقد بين في المادة 430 من مجلة الأحكام العدلية أنه تجوز المهايأة رضاء بين المستأجرين والمالك، ولكن هل تجوز المهايأة في المسألتين الآتيتين بحكم القاضي؟.

- هل تجوز المهايأة بين المالك والمستأجر بحكم القاضي مثال ذلك إذا أجر أحد الشريكين الدكان الصغيرة الغير القابلة للقسمة لأجنبي بدون إذن الشريك الآخر ثم أراد الشريك الغير المؤجر إسترداد

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 191.

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 191.

حصته خاصة ، وإذا إسترد حصته مع حصة شريكه المؤجر مما لا يوافق العدالة ويخل بحق تصرفه في حصته ألا مشروعة¹.

- هل تجري المهايأة قضائية بين مستأجرين إثنين وذلك لو استأجر اثنان دكانا ولم يتفقا على الإنتفاع بها فإذا سدت الدكان يتضرر كلاهما وإذا أذن لأحدهما بالانتفاع وحرّم الآخر فيكون قد أضر وظلم ذلك الآخر ، أن مفتي دمشق الاسبق محمود حمزة افندي قد ذكر في رسالته المسماة (كشف المستور عن صحة المهايأة في المأجور) جواز المهايأة قضاء بين المستأجرين و أورد مسائل عديدة من كلام الفقهاء دليلا على ذلك فقال:تجري المهايأة جبرا في المأجور لأنه قد ذكر في التتارخانية ان المهايأة المستأجرين صحيحة إلا انها غير لازمة ،ولكن إذا كان المأجور غير مساعد لانتفاع المستأجرين وطلب أحدهما المهايأة أثناء إنتفاع الآخر فيقبل طلبه ويجبر على قسمة المنافع في المواضع التي يجبر فيها على قسمة الاعيان وفي الاحوال التي لا يجبر فيها على القسمة في الأعيان لا يجبر على قسمة المنافع أحدهما على ان تكون المهايأة زمانا وأصر الآخر على أن تكون مكانا فتلاحظ الصور الآتية :

- أن يجبرا على الإتفاق بتضييقهما بالحبس.

- أن يجبرا على تأجير العقار لأجنبي.

- أن يجبرا على بيعه بالاتفاق لأخر.

يجعل القاضي مختارا في إجراء المهايأة مكانا أو زمانا ،والصور الثلاثة الأولى غير جائزة كما أن الصورة الرابعة غير جائزة أيضا لأنها توجب الترجيح بلا مرجح فإنه إذا تغنت الشريكان على وجه المذكور فلا يجوز الجبر على المهايأة زمانية¹.

ولا يجبر على المهايأة من أبأها رفضها أو إمتنع عنها عند المالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور) لأنها معاوضة ،فلا يجبر عليها كالبيع ،ولأن حق كل واحد فبت المنفعة شيء عاجل ،فلا

¹ كichel حياة ،المرجع السابق ،ص 119.

¹ كichel حياة ،المرجع السابق،ص 119 و120.

يجوز تأخيره بغير رضاه كالدين ،وأى فلا تجوز المهاية بالتقاضي عند الجمهور.وقال المالكية:لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة،وقال الشافعية إذا اتفقوا عليها وتنازعا في بدء المناوبة أقرع بينهم¹.

¹ أحمد الخالدي ،المرجع السابق ،ص 28.

المبحث الثاني: أحكام قسمة المهايأة

تتم قسمة المهايأة بين الشركاء سواء إما عن طريق التراضي أو عن طريق القضاء، وفي كلتي حالتين قد تكون إما قسمة مهايأة المكانية فينتفع كل شريك بجزء من العقار الشائع، وإما قسمة مهايأة زمانية فيختص أحد الشركاء بكل العقار الشائع لمدة زمنية، حيث يكون له الحق في انتفاع به كما يشاء لكن يقع عليه إلتزامات يجب أن يلتزم بها وهذا ما أقره كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني .

وبما أن قسمة المهايأة هي قسمة منافع وليست قسمة نهائية لا تؤدي إلى إنهاء الشروع، وإنما تنظم الإنتفاع بالعقار الشائع، حيث أن انتفاع الشريك المتهايئ يقابله انتفاع بقية الشركاء، فما مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار؟.

وسنعرض من خلال هذا المبحث إلتزامات الشريك المتهايئ للمطلب أول، ومدى خضوع قسمة المهايأة لعقد إيجار كمطلب ثاني .

المطلب الأول: إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة

للشريك المتهايئ أن ينتفع بالعقار الشائع بأن يستعمله وفقا للغرض الذي أعد له لكن لا بد عليه أثناء فترة الإنتفاع أن يحافظ عليه ويرده لبقية الشركاء على حالة التي كان عليها وقت تسلمه بحيث يلتزم بصيانتته وتسليمه كما يجب عليه أن يضمن عدم التعرض والإستحقاق.

وقد عالج كل من القانون المدني وفقهاء الشريعة الإسلامية لهذه الإلتزامات، وسنتعرض لذلك في الفرعين التاليين، الفرع الأول إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني، والفرع الثاني إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني

تنص المادة 735 من القانون المدني الجزائري على أن: "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

يستفاد من خلال هذه المادة أن إلتزامات الشريك المتهاية تدخل ضمن أحكام عقد الإيجار بشرط أن لا تتعارض وطبيعة المهايأة، ومن تم فلكل شريك كتهايئ أن يلتزم بإلتزامات الشركاء المتهايئين، وأن يلتزم كذلك أثناء الإنتفاع بالمحافظة وإستعماله في ما أعد له ورده.

البند الأول: إلتزامات الشركاء المتهايئين

يقع على الشركاء المتهايئين إلتزامات وجب التقيد بها وهي أن يلتزم بتسليم المتهايئ عليه وصيانته وضمان التعرض والإستحقاق.

أولاً: الإلتزام بالتسليم

استناداً لنص المادة 735 من القانون المدني الجزائري التي أشارت إلى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار من حيث الأحكام والأثار ما لم تكن متعارضة مع طبيعة هذه القسمة، فإنه يقع على عاتق الشركاء المتهايئين الإلتزام بتسليم العقار الشائع كله إذا كانت المهايأة زمانية وحصاة الشريك المنتفع إذا كانت المهايأة مكانية، وهذا بعد إنتهاء مدة القسمة.

ويتم التسليم بتخلي المأجور ووضع تحت تصرف الشريك المنتفع، بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق مع سامح الشركاء لذلك الشريك بالإنتفاع بهذا العقار الشائع كلا او جزءا دون معارضة حسب عقد المهايأة، أما عن الحالة التي يتم فيها التسليم فهي الحالة التي يكون عليها العقار الشائع وقت الإلتفاق على المهايأة، فإن وقع تغير بفعل الشريك المتهايئ أو بفعل الغير وكان هذا التغير يخل بالمنفعة المقصودة، فالشريك مخير بين قبول المهايأة واستمرار فيها أو أن يطلب الفسخ مع الاحتفاظ بحقه بطلب إزالة الشيوع¹.

¹ درار عبد الهادي، قسمة المهايأة كآلية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة إبن خلدون تيارت، ع 03، سبتمبر 2017، ص 354.

كما أنه من ضروري تسليم العقار الشائع في المهايأة بحالة التي يصلح معها للاستعمال ويتم تحديد الصلاحية وفقاً لاتفاق المتعاقدين أو طبيعة المال الشائع، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك، فهذه القواعد ليست من النظام العام فيجوز الإتفاق على ما يخالفها¹.

أما عن زمان التسليم ومكانه فلا توجد قواعد مرة بصدده، وإنما يكون خاضع لأراده الأطراف فلهما الحرية في تحديد الزمان والمكان الملائمين للتسليم².

ثانياً: الإلتزام بصيانة

يلتزم الشركاء المتهايين بصيانة المتهاياً عليه، لأن هذا الإلتزام يدخل في نطاق التزامهم بتمكين الشريك من الإنتفاع بالعقار الشائع أثناء فترة انتفاعه، وبرجوع إلى الأحكام التي تناولت التزام المؤجر بصيانة المأجور والتي أشارت إليها المادة 479 في فقرتها 01-02 من القانون المدني الجزائري، يلتزم هؤلاء الشركاء المتهايين بإصلاح وترميم كل ما يحدث من خلل في العقار الشائع والذي يؤدي إلى الإخلال بالمنفعة المقصودة، والإصلاحات والترميمات التي يلتزم الشركاء بإجرائها هي الترميمات الضرورية للانتفاع بالعقار الشائع سواء أكانت لازمة لحفظه من الهلاك أم لا³.

ومن أبرز الأمثلة على الترميمات الضرورية إصلاح حائط أيل للسقوط أو إصلاح الأعمدة التي تحمل الأسقف مملوكة على الشيوخ⁴.

ويجب التميز بين الحاجة إلى الصيانة الضرورية وبين الهلاك الجزئي حيث أن هذا الأخير لا يجيز للشريك المتهاىي المنتفع أن يجبر بقية الشركاء على القيام به إذا كان ذلك هلاك الجزئي لا يؤدي إل زوال المنفعة المقصودة وإن كان يؤدي إلى إنقاصها، فهنا يكون من حق الشريك المنتفع فقط المطالبة بإنقاص الأجرة.

¹ نهلة أحمد فوزي، المدونة المدنية في قسمة المال الشائع في ضوء الفقه وأحكام القضاء الصادرة حتى 2018، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط01، القاهرة، 2019، ص164.

² نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص165.

³ نهلة أحمد فوزي، نفس المرجع، ص177 و178 و179.

⁴ درار عبد الهادي، المرجع السابق، ص355.

وإنقاص الأجرة في عقد المهايأة يكون من خلال زيادة مدة انتفاع الشريك المتهايي وتقليل مدة انتفاع الشريك المتهايي وتقليل مدة انتفاع الشركاء الآخرين لأن الشريك المتهايي المنتفع لا يلتزم بدفع الأجرة نقدا وإنما يكون بالتنازل عن نصيبه لبقية الشركاء في فترات انتفاعهم مقابل تنازلهم عن أنصبتهم لهذا الشريك في فترة انتفاعه، وإذا كان الهلاك الجزئي يؤدي إلى جعل العقار الشائع في حالة لا يصلح معها للانتفاع به وفق الغرض المعد له، أو نقص هذا الإنتفاع نقصا كبيرا ولم يكن لبقية الشركاء يد في شيء من ذلك جاز له أي للشريك المنتفع إذا لم يقم الشركاء المتهايين في ميعاد مناسب بإعادة العقار الشائع إلى حالته التي كان عليها، أن يطالب إما بإنقاص الأجرة أو فسخ المهايأة مع حقه في طلب إنهاء الشيوع¹.

وملاحظ مما سبق أنه من حق الشريك المنتفع فسخ أو إنقاص الأجرة وهذا بعد قيامه بالإعذار الغير قضائي تطبيقا لنص المادة 480 من القانون المدني الجزائري²، غير أنه ليس له حق في إجبار الشركاء المتهايين على إجراء هذه الترميمات³.

ثالثا: ضمان التعرض وضمن العيوب الخفية

يلتزم الشركاء المتهايين بضمن التعرض الصادر من قبلهم سواء كان تعرضا ماديا أم قانونيا، وذلك بسبب التزامهم بضمن انتفاع الشريك المنتفع أثناء فترة انتفاعه ومن التزام بالضمن امتنع عن التعرض. فضلا عن ذلك فإن ملزمون بضمن التعرض القانوني الصادر من الغير، أما التعرض المادي فلا التزام عليهم بضمانه، ولكن من واجبهم دفع هذا التعرض أيضا باعتبارهم ملاك ومن مصلحتهم حماية ملكهم⁴، وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في المادة 483 من القانون المدني بنص: "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع.

¹ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 179 و180 و181.

² نصت المادة 480 من ق.م.ج: "في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد إعداره بموجب محرر غير قضائي، يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض.

إذا كانت الترميمات مستعجلة، جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بها."

³ درار عبد الهادي، المرجع السابق، ص 355.

⁴ نسيمه درار، المرجع السابق، ص 300.

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

وفي ما يتعلق بالتعرض الصادر من الشركاء المتهايين سواء أكان ماديا أم قانونيا فلا يجوز لهم أن يتعرضوا للشريك المنتفع أثناء مدة انتفاعه ولا أن يحدثوا بالعقار الشائع تغيرا يخل من المنفعة المقصود منه، ولا يقتصر ضمان الشركاء عليهم فقط بل يشمل الأعمال الصادرة من إتباعهم وكذلك كل تعرض مبني على سبب قانوني صادر من الغير¹.

أما التعرض الصادر من الغير فلا يلزم الشركاء المتهايين إلا بضمان التعرض القانوني وهذا ما قضت به نص المادة 483 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري، ويشترط للتعرض الموجب لضمان ما يلي²:

- أن يقع التعرض فعلا وليس مجرد التهديد به من قبل الغير.

- أن يدعي الغير بحق يتعارض مع ما للشريك المتهايي من حقوق بموجب عقد المهايأة.

- وقوع التعرض أثناء فترة إنتفاع هذا الشريك المتهايي المنتفع.

فإذا توفرت هذه الشروط في التعرض القانوني، التزام الشركاء بإجرائه من خلال التنفيذ العيني في ذلك فهنا التزام الشركاء بالتنفيذ بمقابل من خلال إنقاص الأجرة أو فسخ المهايأة مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى³.

أما بالنسبة لالتزام الشركاء المتهايين بضمان العيوب الخفية، فقد يكون العقار الشائع فيه عيبا خفيا ظهر بيد أحد الشركاء أثناء فترة انتفاعه وأخفاه وعندما جاءت فترة إنتفاع شريكه الآخر سلمه العقار الشائع دون أن يوضح له وجود هذا العيب فما هو الحكم في هذه الحالة؟⁴.

¹ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 194.

² نسيمة درار، المرجع السابق، ص 301.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، ج 06، بيروت (لبنان)، ص 290.

⁴ درار عبد الهادي، المرجع السابق، ص 356.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 488 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد اشترط في العيب حتى يكون موجب لضمان بعد تحقق شروط وهي:

- أن يكون العيب خفياً: وهو الذي لا يستطيع الشريك المنتفع من كشفه بالفحص المعتاد، وهنا يجب أن تقوم بأجرة الفحص الذي يجديه الشخص المعتاد حتى لو تطلب الأمر الإستعانة بخبير، كما لو كان العقار الشائعة بناية معينة فهنا يجب أن يستعين بخبير إذا كان لا يعلم بهذه الأمور، أما العيب الظاهر فلا يلتزم الشركاء بضمانه إلا إذا صدر منهم غش أو خطأ جسيم، كما لو أكدوا له خلو حصته من هذه العيوب ولم يتم بواجب الفحص بسبب التأكيد¹.

أما الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الإلتزام يبقى لخيار الشريك المنتفع بين الفسخ وإنهاء الشبوع و إنقاص الأجرة، دون الإخلال بحقه بالتنفيذ العيني الذي أشارت إليه المادة 489 من القانون المدني الجزائري صراحة بقولها: "إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل إيجار...".

- أن يكون العيب مؤثر: أي أن يكون من شأنه أن يحول دون الإنتفاع بذلك العقار الشائع أو ينقص منه إنقاصا كبيرا بحيث لو كان الشريك يعلم به لما طالب بأجرة المهايأة ولما وفق عليها، كما لو كان الجزء الذي وقع في حصته لا تدخل إليه أشعة الشمس وكثير الرطوبة وغير صالح لسكن².

ولا يلزم الشركاء المتهايين بضمان العيوب التي جرى العرف على التسامح بها كما لو ظهر أن حصة من الأرض التي وقعت في نصيبه بسبب المهايأة المكانية غير صالحة لإثبات نوع معين من المحاصيل³.

¹ نسيمه درار، المرجع السابق، ص 302.

² نسيمه درار نفس المرجع، ص 302.

³ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 192.

البند الثاني: إلتزامات الشريك المتهاىء أثناء فترة انتفاعه

أثناء فترة إنتفاع بالعقار الشائع من قبل الشريك المتهاىء يقع عليه إلتزامات منها ما تتعلق بالمحافظة على العقار الشائع وإستعمال وفقا للغرض المعد له ومنها ما يتعلق بدفع مقابل الإنتفاع أو الإلتزام برد العقار الشائع عند إنتهاء المدة.

أولا: الإلتزام بحفظ المال الشائع وإستعماله وفقا لغرضه

على الشريك المتهاىء أثناء انتفاعه بالعقار الشائع أن يقوم كل ما من شأنه المحافظة عليه وإستعماله وفقا للغرض الذي أعد له.

أ- الإلتزام بالمحافظة على المتهاىء عليه

يلتزم المتهاىء بالمحافظة على العقار المتهاىء عليه وعليه أن يبذل عناية الرجل العادي في ذلك، وهذا هو المعيار العام الذي يتطلب من المدين بإعتباره ملزم برد العين المتهاىء عليها بالحالة التي كانت عليها وقت استلمها، مع الأخذ بعين الإعتبار النقص الحاصل بفعل الزمن والاستعمال الطبيعي، وهذا الإلتزام يقتضي أن يكون المتهاىء مسؤولا على سلامة العين تجاه باقي الشركاء، حيث يكون مسؤولا عما يصيبها من هلاك أو تلف وهذا الإلتزام يشمل المحلقات كذلك، كما قد يكون مسؤولا عما يحدث بالعين من التخريب بسبب غيابه عنه، حتى ولو كان سبب هذا الغياب رغبة المتهاىء في الفرار من وجه العدو مادام لم يوجد خطر جدي داهم يستدعي هذا الفرار¹.

وعلى المتهاىء عند وقوع اعتداء على العقار المتهاىء بالتخريب أو الإلتلاف أو الاغتصاب بإخطار باقي الشركاء، وله أن يدفع هذا التعدي بإعتباره تعرضا ماديا، وذلك لأن التعدي يلحق كل من المتهاىء وباقي الشركاء في نفس الوقت، المتهاىء في منفعته وباقي الشركاء في ملكيتهم، ولم يحدد القانون شكل الإخطار فيجوز أن يكون بكتابة، كما يجوز أن يكون شفويا ويقع عبئ إثبات أن الإخطار قد تم على المتهاىء².

¹ كيجل حياة، المرجع السابق، ص 155 و 156.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 06، المرجع السابق، ص 537 و 538.

ويعتبر هذا الإلتزام بالمحافظة على العين المتهاياً عليها التزاماً بوسيلة أي ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إذ تبرأ ذمة المتهاىء بمجرد بذل عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق النتيجة المطلوبة وهي سلامة العين المتهاياً عليها، ولكن المفترض أن تقصير المتهاىء في بذل ما ينبغي من عناية وعليه وحده يقع عبئ نفي ذلك التقصير بكافة الطرق.

ب- الإلتزام بإستعمال المتهاىء عليه في ما أعد له

يقع على الشريك الذي اختص بمنفعة جزء من العقار الشائع التزام بإستعمال العين محل المهاية، وألا يتركها من دون إستعمال خاصة إذا كان هذا الترك مضراً بالعقار المتهاىء عليه، مثالها إذا كان العقار المتهاىء عليه أرض فلاحية وتركت هذه الأرض دون زراعة تتضرر، غير أنه قد يجرى العرف على عدم إستعمال العقار الشائع بصفة مستمرة كأن يستعمل بصفة موسمية أو لفترات مثل التهاىء حول بيت صيفي، ويتحدد نطاق هذا الإلتزام بما تم الإتفاق عليه أو حسب نصيب كل واحد من الشركاء في هذا الملك الشائع محل المهاية ثم بالغرض منه، على أنه لا مسؤولية على الشريك في ترك العين محل المهاية بدون إستعمال لمدة معينة إذا كان العرف أو الإتفاق يقضي بذلك¹.

والتزام المتهاىء يكون إما التزاماً إيجابياً بالاستعمال وذلك إذا كان الإستعمال ضروري لعدم الإضرار، أو التزاماً سلبياً وذلك إذا كان عدم إستعمال لا يضر بالعين محل المهاية، وعلى الشريك الإلتزام باستعمالها وفقاً لاتفاق المبرم بين الشركاء وبمفهوم المخالفة لا يجوز استعمالها في الغرض الذي تم استبعاده من قبل كل الشركاء²، وفي حالة عدم وجود اتفاق حول كيفية الإستعمال وجب عليه استعمالها وفقاً للغرض الذي أعد لها³.

ويجوز للمتهاىء أن يستعمل المتهاىء عليه بنفسه، كما يجوز له إذا سمح الإتفاق بأن يعين نائب عنه لاستعماله⁴، كما يحق لشريك المهاية تطبيقاً لأحكام الإيجار في المادة 505 من القانون المدني

¹ كحل حياة، المرجع السابق، ص 151 و152.

² كحل حياة، نفس المرجع، ص 152.

³ نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 204.

⁴ كحل حياة، المرجع السابق، ص 153.

الجزائري¹، أن يؤجر من الباطن الجزء المفرز الذي اختص به ،ويكون الإيجار نافدا في حق باقي الشركاء،دون أن يكون لهم حق في الاعتراض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية العقار الشائع،وتكون الإجازة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلال وإدارة هذا الجزء².

وإذا أخل الشريك المنتفع بالتزامه وهذا بترك العين دون إستعمال،جاز لبقية الشركاء المطالبة بالفسخ وإنهاء المهاية أو المطالبة بالتنفيذ العيني بإزالة الإستعمال المشكو منه أو تغيير طريقة الإستعمال مع التعويض إن كان له مقتضى³.

ثانيا:الإلتزام بدفع مقابل الإنتفاع

بموجب عقد المهاية يقع على عاتق الشريك المنتفع إما بجزء من العقار الشائع في المهاية المكانية أو بالعقار الشائع كله في المهاية الزمانية التزم بدفع الأجرة من نوع خاص وهي لا تقوم نقدا،بل هي عبارة عن إلتزامات متقابلة بحيث يسمح له الشركاء بانتفاع بالعقار الشائع في مقابل التزمه بالسماح لهم بالانتفاع بحصته في فترات انتفاعهم.

غير أنه وفي مقابل ذلك أنكر جانب من الفقه وجود الأجرة في المهاية بقولهم أنها تتعارض وطبيعة المهاية لأنها قسمة لمنافع حيث يكون ذلك بانتفاع كل شريك بما اختص به من حصة مقابل إنتفاع غيره بالأجزاء الأخرى في المهاية المكانية أو بذات العين مرة أخرى في الزمانية⁴.

وفي حالة ما إذا أخل أحد الشركاء بالتزمه بدفع مقابل الإنتفاع وهو السماح للشريك الأخر بالانتفاع،فيحق لهذا الشريك الأخير أن يطالب بتنفيذ العيني بإجبار الشريك الممتنع بالسماح له بالانتفاع حسب أحكام العقد المبرم بينهم بإعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين وإذا فشل التنفيذ العيني يم الإتجاه

¹ نصت المادة 505 من ق.م.ج: "لا يجوز للمستأجر يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك".

² محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 260 و 261 .

³ نهلة أحمد فوزي،المرجع السابق،ص 205.

⁴ نسيمه درار، نفس المرجع،ص 303.

إلى التنفيذ بمقابل من خلال تقدير قيمة المنفعة التي كان سيحصل عليها لو سمح له بالإنتفاع ثم إلزام الشريك الممتنع بدفعها¹.

ثالثاً: الإلتزام برد العقار الشائع عند إنتهاء المدة

يعد الإلتزام برد العقار الشائع من الإلتزامات الأساسية التي يلتزم بها الشريك المنتفع، حيث يجب عليه رده بعد إنتهاء مدة الإنتفاع، أما عن طريقة الرد العقار الشائع فتكون بنفس طريقة التسليم وهذا على أساس تكيف قواعد عقد الإيجار على المهاية، أما عن النفقات الرد فتقع على عاتق الشريك المنتفع لأنه المدين بالرد².

كما يجب على الشريك المنتفع أن يرد العقار الشائع وملحقاته إن وجدت بالحالة التي كان عليها عند بدء الإنتفاع، وتحدد حالته بموجب محضر فإذا لم يوجد فيفترض المشرع أن الشريك المنتفع قد تسلم العقار بحالة حسنة لأنه لو كان غير ذلك لأثبتته عند تحرير العقد، وإن أهمل ذلك فإنه يتحمل وحده نتيجة إهماله وهذا ما قضت به المادة 503 من القانون المدني الجزائري بنصها: " يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، ويحرر وجاهيا محضر أو بيان وصفي بذلك.

إذا تم رد العين المؤجرة دون تحرير محضر أو دون بيان وصفها، يفترض في المؤجر أنه استردها في حالة حسنة، ما لم يثبت العكس.

المستأجر مسؤول عما يلحق العين المؤجرة من هلاك أو تلف، ما لم يثبت أنه لا ينسب إليه".

ومن خلال ما سبق تبين أنه يقع على كل شريك متهاياً إلتزامات، يمكن أن تتلخص فيما يلي:

-تسليم المتهاياً عليه ورده.

-إستعمال المتهاياً عليه فيما اعد له.

-المحافظة على المتهاياً عليه وصيانته وعدم التغيير فيه.

¹ نسيمة درار، المرجع السابق، ص 303.

² نهلة فوزي، المرجع السابق، ص 215.

-ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية.

أما عن إلتزامات المترتبة الشريك المتهاياً بمناسبة إجراء قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي يمكن تتلخص هي آخر فيما يأتي:

-إستعمال وإستغلال المتهاياً عليه.

-ضمان تلف أو هلاك المتهاياً عليه.

-الإلتزام بالمحافظة على المتهاياً عليه.

الفرع الثاني: إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية

لقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة تنفيذ الشريك المتهاياً لالتزامات المترتبة على عاتقه بمناسبة انتفاع بالعقار الشائع كأن يستعمل ويستغل العقار المتهاياً عليه وضمان تلفه وهلاكه وكذا المحافظة عليه.

البند الأول: إستعمال وإستغلال المتهاياً عليه وضمان تلفه وهلاكه

سنتناول من خلال هذا البند إلى التزام الشريك المتهاياً من خلال تبيان التزام باستعمال وإستغلال المتهاياً عليه وضمان تلفه وهلاكه.

أولاً: إستغلال وإستعمال المتهاياً عليه

يحق كل متهاياً أن يستغل ويستعمل المتهاياً عليه ،باعتبار هذا الحق من الحقوق المترتبة على قسمة المهايأة.

وقد ذهب الحنفية في ذلك إلى تميز بين كل من المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية.

ففي المهايأة المكانية يجوز لكل واحد من الشركاء المتهايين أن يستغل ما أصابه بالمهايأة ،سواء وجد شرط الإستغلال في العقد أو لا ،وسواء تهايناً في دار واحد أو دارين، لأن المنافع بعد المهايأت

تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره ،وبه تبين أن المهايآت في هذا النوع ليست بإعارة ،لأن العارية لا تؤجر¹.

أما عن المهايأة الزمانية فيحق لكل واحد أن يسكن أو يستخدم المتهايأ عليه ،لكن لابد من ذكر الوقت واليوم والشهر،ولا خلاف بين الحنفية في أنه لا يملك كل من المتهايئين حق الإستغلال في نوبته،إذا لم يشترط ذلك في العقد،أما إذا اشترط حق الإستغلال في المهايأة ذكر القدوري أنه لا يملك لأن هذا النوع من المهايأة في معنى الإعارة،والعارية لا تؤجر نود ذكر الأصل أن التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة ،ومنهم من قال المذكور في الأصل ليس بالمهايئات حقيقة لوجهين:

-أحدهما أنه أضاف التهايؤ إلى الغلة دون الإستغلال ،والغلة لا تحتل التهايؤ حقيقة ،إذا هي عين،والتهايؤ قسمة المنافع دون الأعيان.

والثاني أنه ذكر فيه أن غلة الدار إذا أوصلت في يد أحدهما شاركه في صاحبه،وليس ذلك حكم جواز المهايئات ،وكما أن المهايأة بالمكان في الدارين إذا تهايئا أن تأخذ كل واحد منهما دارا واحدة يستغلها فاستغلها ،ففضل من الغلة في يد أحدهما أن الفاضل يكون له خاصة،ويكون المذكور في الأصل محمولا على ما إذا اصطلاحا على أن يأخذ هذا غلة شهر،وسمي ذلك مهايأة مجازا،وإن لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما ،وعلى هذا يرتفع إختلاف الروايتين ويحتمل أن يكون المذكور في الأصل دليلا على الإستغلال ،إذ الغلة يجوز أن تذكر بمعنى الإستغلال في الجملة،وقد قام دليل إرادة الإستغلال هنا ،وهو قرنية التهايؤ،إذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله².

وكذا التهايؤ يكون على شيء هو مقدور التهايؤ،وهو فعل الإستغلال دون غين الغلة،ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما إذا تهايئا بشرط الإستغلال إبتداء،ثم إصطلاحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر،وفي هذه

¹ الكساني الحنفي،المرجع السابق،ص 174.

² الكساني الحنفي،نفس المرجع ،ص 174 و175 .

الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين ،فعلى هذا ثبت إختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري¹.

حيث نصت المادة 1185 من مجلة الأحكام العدلية : "كما يجوز لكل واحد من أرباب الحصص بعد المهياة زمانا أو مكانا أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أو المقسم الذي أصاب حصته يجوز له أن يؤجر ذلك إلى آخر ويأخذ الأجرة لنفسه ."

وعليه فهذه المادة توضح أنه أحيانا تقع المهياة على الإستعمال ،ولذلك يجوز -في المهياة التي تقع على هذا الوجه -لكل واحد من أرباب الحصص بعد المهياة زمانا أو مكانا أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أي حتى إنقضاء نوبته أو المقسم لذي أصاب حصته بالذات ،وفيهم من ذكر المسألة على الإطلاق أن للشريك الإيجار في نوبته بصورة مطلقة ،لأنه ما دام أن المهياة جازت على الإستغلال منفرد فيجوز الإستغلال تبعا للمهياة على السكنى وللشريك الإيجار في المهياة التي وقعت على هذه الصورة حيث أن المنافع حادثه في ملكه فله الإقتدار على تملك تلك المنافع لأخر.

وعدم جواز تأجير المستعير العارية مع أن منافعها عائدة له هو لأن للمعير استرداد العارية في أي وقت شاء ولعدم الفائدة من الإجارة للسبب المذكورة إلا أنه يرد على هذا الدليل السؤال الأتي : وذلك أنه قد ذكر في المادة 1190 جواز الاسترداد في المهياة قبل مضي المدة وعليه فكيف يستغل الشريك القطعة التي أصابته بسبب أن النافع حادثه في ملكه ،وما الفائدة إذا طلب الشريك الأخر قبل مضي مدة المهياة القسمة مثلا ،إذا أجريت المهياة الزمانية في دار على السكنى وسكن أحد الشريكين فيها وأراد الأخر ،إيجار الدار في نوبته لأخر فليس للشريك منعه من ذلك بداعي أنه لم يذكر وقت المهياة الإيجار ،وهذا القول هو قول السرخسي وقد اختارته المجلة ،وعلى قول آخر إذا جرت المهياة على السكنى ولم يشترط الإيجار فلا يؤجر².

أما عن الشافعية والحنابلة فأجازوا إستعمال وإستغلال كل شريك من الشريكين ،فيما اختص به بالمهياة.

¹ الكساتي الحنفي،المرجع السابق،ص 174.

² علي حيدر،المرجع السابق،ص 194.

فذهب الإمام النووي في روضة الطالبين إلى أن الأكساب النادرة كالهبة والوصية تدخل ضمن الأكساب العامة¹.

في حين ذهب ابن قدامة في كافي إلى القول أن: "إن التهاية اختص كل واحد منهما بمنفعته في مدته وكسبه، وفي الأكساب النادرة، كاللقة، والهبة، والركاز، وجهان، أحدهما يدخل فيها، لأنها كسب أشبه المعتاد. الثاني لا يدخل لأن المهايأة كالبيع، فلا يدخل فيها إلا ما يقدر عليه في العادة، والناذر لا يقدر عليه عادة، فلا يدخل فيها"².

أما المالكية فقد أجازوا لكل شريك استعمال ما تحت يده بالمهايأة أما عن الإستغلال ففرقوا بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية. ففي المهايأة الزمانية إذا كانت العين المتهياً فيها عقارا كالدار والأرض المأمونة، فيجوز فيها التهايو على الإغتلال والإنتفاع في المدة اليسيرة والكثيرة³.

أما عن المهايأة المكانية فيجوز فيها التهايو فيها على الإنتفاع والاستخدام، ولا يجوز في الغلة والكراء⁴.

ثانياً: ضمان تلف وهلاك المتهياً

عند الحنفية لكل شريك أن يستعمل العقار المتهياً عليه مقابل عدم الإضرار به، فإذا تهاياً في المملوكين واستخدام، فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة ولو استخدم الشهر كله إلا ثلاثة أيام، نقض الآخر من شهره ثلاثة أيام بخلاف ما إذا استخدمه الشهر كله وزيادة ثلاثة أيام فإنه لا يزداد الآخر ثلاث، ولو أبق أحدهما الشهر كله واستخدم الآخر الشهر كله فلا ضمان ولا أجر وكان يجب أن يضمن نصف أجر المثل، كما أنه لو إنهدم المنزل من السكنى أو احترق من نار أو قدها فلا ضمان⁵.

¹ الإمام النووي، المرجع السابق، ص 219.

² أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، ج 04، دمشق وبيروت، ص 486.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 256 و 257. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، المرجع السابق، ص 273.

⁴ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، نفس المرجع، ص 273.

⁵ كحيل حياة، المرجع السابق، ص 215.

وقد صرح الشافعية أيضا بأنه لا يضمن، إذا قالوا بأن يد كل واحد من المتهايين يد أمانة¹. وهذا ما ذهب إليه المالكية في قولهم بأن المهايأة كالإجازة، فتكون المتهايئ غير ضامن كالمستأجر. غير أن الحنابلة ذهبوا إلى أنه يضمن قياسا على العارية، وبناءا عليه فلشريك أن يضمن التلف الواقع في نوبته بغير الإستعمال المعتاد - وإن لم يفرط-، كما لو كان بسرقة أو حريق².

البند الثاني: الإلتزام بالمحافظة على المتهايئ عليه

يقع على كل شريك الإلتزام بحفظ ما وقع له من حصة تحت يده عن طريق قسمة المهايأة حتى يردده سالما كما استلمه أول مرة، ومن تم فليس لواحد من المتهايين أن يحدث بناء، أو يفتح بابا وغير ذلك، لكن لو أحدث في حصته بالمهايأة بناء أو حفر بئر فيها، فإنه يضمن بقدر ما كان لصاحبه فيها³.

وبمقارنة هذه الإلتزامات بين القانون المدني والفقہ الإسلامي خرجنا بنقاط توافق ونقاط تباعد واختلاف بين هذين المصدرين في بعض الإلتزامات، وهو ما يتجسد فيما يلي:

فيتفق القانون المدني والفقہ الإسلامي في أحقية كل شريك متهايأ في إستعمال وإستغلال المتهايأ عليه في ما أعد له، سواء بنفسه أو عن طريق الغير كتأجيريه مثلا.

كما يتفق القانون المدني والفقہ الإسلامي فيما يخص المحافظة على العقار الشائع وصيانته وعدم التغيير فيه وضمان تلفه وهلاكه.

وفي ضمان التلف أو الهلاك يبرز في الفقہ الإسلامي جانبا لم يظهر في القانون وهو مواجهة مشكلة من لم يستوف نوبته من الشركاء بتعويضه بنصف أجره المثل ولعل عدم ظهور ذلك في القانون، هو أن الأحكام المطبقة على الإلتزامات الشركاء المتهايين مستمدة من عقد الإيجار وليس في

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 258.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 258.

³ نفس المرجع، ص 257.

الإيجار نوبات، وأما ما ورد في القانون من أحكام خاصة بالترميمات البسيطة والضرورية فإنه يوافق ما أجملته الشريعة الإسلامية من وجوب تحمل الشريك المتهايئ لنفقة المتهايئ عليه خلال نوبته¹.

كما يختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي فيما يخص الإلتزامات الأخرى لقسمة المهايأة، حيث أن القانون المدني قد فرض صراحة على كل شريك متهايئ الإلتزام بتسليم ورد العقار الشائع بعد إنتهاء مدة المهايأة كما كان عليه وقت تسلمه، في حين أن الشريعة الإسلامية لم تتطرق إليه على أساس أن هذا الأمر من بديهيات باعتبار أن حق الإنتفاع المقرر كل شريك متهايئ على متهايئ عليه يترتب عليه أن يضمن تسليمه ورده.

كما أن القانون المدني قد انفرد بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وهذا ما لم يتطرق له الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

قسمة المهايأة كما سبق الإشارة نوعان مكانية أو زمانية، فالمهايأة المكانية هي التي يختص من خلاله الشريك المتهايئ بمنفعة جزء مفرز يعادل حصته في العقار الشائع، متنازلاً بذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء.

أما المهايأة الزمانية هي أن يحصل كل شريك متهايئ في نوبته على نصيب بقية الشركاء في العقار الشائع، في حين يتنازل عن حصته لبقية الشركاء كلا بحسب نوبته.

وعليه فالمهايأة بنوعها عبارة عن مقايضة إنتفاع بانتفاع فتأخذ وصف الإيجار، ما لم تتعارض طبيعة قسمة المهايأة مع أحكام عقد الإيجار.

ومن خلال هذا المطلب سنحاول معالجة مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار من ناحيتين الشرعية (الفرع الأول) والقانونية (الفرع الثاني).

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 264.

الفرع الأول: مدى خضوع قسمة المهاية لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني

بداية نؤكد أن خضوع المهاية لأحكام الإيجار سببه تنظيم علاقات الشركاء خلالها وليس لكونها تتفق مع الإيجار من حيث التكيف، ولذلك فالمرجع لم ينص بصيغة مطلقة على إلحاقها بما يتناسب وطبيعة قسمة المهاية¹، كما هو مبين في نص المادة 735 من القانون المدني بنصها: " تخضع قسمة المهاية من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة ".

وحسب نص هذه المادة، نجد أن شرح القانون عندما يتعارضون لبيان طبيعتها، يقولون بأنها ليست كالإيجار حقيقة، وإنما بمثابة الإيجار أو قريبة منه أو في حكمه²، كما أنه يوجد بعض المعايير التي ينبغي مراعاتها عندما نريد تبين مدى سريان أحكام الإيجار على المهاية هي كالاتي:

-أولا كونها قسمة إنتفاع مؤقتة، لا أثر لها مبدئيا في إنهاء الشروع.

والمهاية وفقا لهذا المعيار ما هي إلا مقايضة إنتفاع بإنتفاع، ولا يوجد ما يمنع أن تكون مقايضة إنتفاع باننتفاع إيجارا، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا على خلاف البيع الذي يشترط فيه أن يكون الثمن نقدا³.

-ثانيا كونها إما أن تحصل بموجب اتفاق كما هي الحال الغالبة وفق نص المادة 735 من القانون المدني، وإما أن تحصل بحكم القضاء.

وعليه فيجب في المهاية مراعاة الإتفاق الحاصل عليها، وكذا عند طلبها أمام القضاء يجب مراعاة النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بفاقد الأهلية أو ناقصيها، وذلك لأنه يترتب عليها حقوق والتزامات، ومن تم فلا يكتفي فيها بأهلية الإدارة، وفق ما هو سائد من إعتبار الإيجار من أعمال الإدارة، لأنها في الحقيقة ليست إيجار فحسب، وإنما هي كذلك وفي نفس الوقت إستتجار.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 268 و 269.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 821.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 269.

-ثالثا كون الشريك فيما تعتبر من بعض الوجود أنه ينتفع بما هو ملكه، وخاصة في المهايأة المكانية التي يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية، وفي هذه الحالة تختلف اختلافا كليا عن الإيجار الذي لا يمكن أن تنتقل إلى ملكية¹.

ومن خلال هذه المعايير يتبين تطبيق أحكام عقد الإيجار على المهايأة، ونجد جوانب تطبيق هذه الأحكام في أربعة جوانب تكمن في:

الجانب الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير

تخضع المهايأة من حيث الاحتجاج بها الغير لأحكام الإيجار، طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها، وأحكام الإيجار في هذا، وفقا للقواعد العامة نلخصها كالآتي:

-إذا انتقلت ملكية العين المؤجر اختيار أو جبر إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نقدا في حق هذا الشخص، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

-ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه.

وهذا لا يتعارض مع المهايأة، ومن تم فيطبق بصدد الاحتجاج بالمهايأة على الغير، وتطبيقا لهذا النص، فإن قسمة المهايأة بنوعها تكون نافذة ويحتج بها في مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع، واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل، وذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع².

ويلتزم المشتري بكافة الإلتزامات، حتى ولو كان هذا الخلف لا يعلم وقت تلقيه الحصة بسبب وقوع القسمة، وهذا يعد إستثناء من القاعدة المنصوص عليها القواعد العامة التي تشترط علم الخلف وقت انتقال الشيء إليه.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 269.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 270.

أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انتقال الحصة الشائعة إلى الخلف، فإنها لا تنفذ في حق المشتري، ومع ذلك يجوز لهذا الخلف أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه، ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين، ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه، أن تجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المواد 496 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل إنقضاء المهايأة، فإن الشريك البائع يلتزم بأن يدفع للشريك المهايئ تعويضاً، ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر الشريك المهايئ على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من البائع، أو ممن انتقلت إليه الملكية، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به¹.

الجانب الثاني: أهلية المتقاسمين

كل شريك متهايئ في قسمة المهايأة سواء كانت مكانية أو زمانية يعتبر مؤجر لمنفعة حصته ومستأجر لمنفعة حصص باقي الشركاء، لذا وجب أن تتوافر فيه أهلية كل من مؤجر والمستأجر والمقصود هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف².

ويعتبر التأجير من أعمال الإدارة بغير خلاف، أما عن الاستئجار، فهناك من يرى أنه من أعمال الإدارة يكتفي فيه أهلية الإدارة، وهناك رأي ثاني يرى أنه من أعمال التصرف، ولا مجال هنا لهذا الخلاف فيما تعلق بالقسمة، فتعتبر من أعمال الإدارة، لأن حجة الرأي القائل بأن الاستئجار من أعمال التصرف تتعارض مع طبيعة القسمة، حيث أن هذا الرأي يستند إلى أن المستأجر عندما يلتزم بالأجرة، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما ينفعه، وفي القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف في شيء، لأن الذي يقابل انتفاعه بجزء يختص به، هو التزامه بتمكين غيره من الشركاء المتهايئين من الإنتفاع بالأجزاء الأخرى³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 822.

² محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 147.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 861.

وتخضع سلطة من له الولاية¹ على المال القاصر، ومن في حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهايأة لأحكام الخاصة بسلطة في التأجير، ويترتب على ذلك، وطبقا للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي:

- لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم، أن يعقد المهايأة نيابة عن القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة، إلا بإذن من القاضي، كما لا يجوز لهؤلاء أن يعقدوا مهايأة نيابة عن قاصر لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، إلا بإذن القاضي.

- لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاثة سنوات، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض مدة إلى ثلاثة سنوات طبقا لنص المادة 468 من القانون المدني الجزائري².

كما تطبق النصوص الخاصة بسلطات الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب على قسمة المهايأة التي تجرى نيابة عن الشريك الخاضع للولاية أو للوصاية أو القوامة، أو الغائب وفقا لأحكام نص المادتين 88 و181 من قانون الأسرة الجزائري.

الجانب الثالث: حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة

يسري على قسمة المهايأة ما يسري على عقد الإيجار إلا ما يتعارض وطبيعتها قسمة المهايأة، وبالتالي يقع على المتهايي التزامات وحقوق بمناسبة إنتفاع العقار المتهايي، وقد تم تطرق إلى ذلك بالتفصيل في الفرع الأول.

الجانب الرابع: إثبات قسمة المهايأة

يخضع إثبات قسمة المهايأة بنوعها طبقا لنص المادة 735 من القانون المدني للقواعد العامة لإثبات عقد الإيجار، والذي يخضع بدوره لحكم القواعد العامة في الإثبات، وتجدر بالذكر أن الشريك الذي

¹ نظم المشرع أحكام الولاية بموجب المواد 87 إلى 91 من قانون الأسرة الجزائري.

² تنص المادة 468 من القانون المدني الجزائري على: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاثة سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات".

يحوز جزءا مفرزا من العقار الشائع مدة خمس عشرة سنة، غير ملزم بإثبات أنه كان يحوزه بناءا على قسمة العقار الشائع مدة 15 سنة، غير ملزم بإثبات أنه كان يحوزه بناءا على قسمة المهايأة، ولا يطالب بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها، فالقانون يعفيه من هذا الإثبات بوضعه قرينة قانونية صالحة مؤداها افتراض قيام حيازته على أساس تلك القيمة، وهذا الحكم لا يستند إلى التقادم، وعليه فليس للشريك الحائز أن يثبت أن حيازته توافرت فيها الشروط اللازمة في الحيازة التي يتطلبها التقادم، بل يكفي أن يثبت أن يده استمرت على الجزء المفرز مدة 15 سنة، وفي هذه الحالة لا يكون أمام بقية الشركاء لتفادي مثل هذا الحكم سوى بطريقتين¹:

الطريق الأول: إقامة الدليل على نقيض هذه القرينة القانونية بالدليل العكسي، مثل أن يثبت أن حيازة الشريك لا يستند إلى قسمة المهايأة، أو أن يثبت الشريك أن زميله في الشروع إنما كان يحوز الجزء المفرز، لأنه كان وكيلا عن باقي المشتاعين في إدارة هذا الجزء وله في ذلك أن يلجأ إلى كل طرق الإثبات، ونقض هذه القرينة بالدليل العكسي، لأن القرينة قانونية، وبالتالي بسيطة، إعمالا للقواعد العامة التي تقضي بأن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ومتى انتفت هذه القرينة، انتقلت تبعا لذلك القسمة النهائية².

الطريق الثاني: أن يتفق الشركاء في المهايأة مقدما على منع تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي 15 سنة، وبناءا على ذلك فإنه يجوز للشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة المهايأة، إلا أن هناك اتفاقا مسبقا على منع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، ومن ثم فإن القسمة النهائية تنفي حتى ولو توافرت شروط قيام هذه القرينة³.

¹ عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص القانون

العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2009، ص 122.

² عبد المجيد رحابي، نفس المرجع، ص 122 و 123.

³ نفس المرجع، ص 123.

الفرع الثاني:مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار في الشريعة الإسلامية

قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي ما هي إلا تقابل وتبادل للمنفعة بحيث يختص كل شريك متهايئ بمنفعة كل جزء من العقار المشترك تكون في مقابل الإنتفاع بالجزء الآخر ،لهذا اعتبرت عقد من عقود المعاوضات ،لكن هل تطبق عليها أحكام الإيجار ؟.

برجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن بعض منهم اعتبروا المهايأة كالإيجار فتطبق عليها أحكامه ما لم تتعارض مع طبيعة المهايأة.

فصرح المالكية بأن قسمة المهايأة كالإيجار،فيقول صاحب حاشية الدسوقي:قسمة منافع وهي مهايأة.....(كالإجازة) أي في تعيين الزمن وفي اللزوم ولا يشترط تساوي المدة على أحد القولين...¹.

كما أقر الشافعية على ضرورة إخضاع قسمة المهايأة لبعض أحكام الإيجار،فإن ذل هذا الشيء إنما يدل على سريان بعض أحكام الإيجار على قسمة المهايأة.

فقال الإمام النووي في روضة الطالبين أن:"ولو رضينا بالمهايأة ،ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استثناء نوبته،مكن،فإن مضت مدة لمثلها أجرة ،غرم نصف أجرة المثل....².

في حين اتجه البعض الآخر من الفقهاء إلى تكيف المهايأة بخلاف ما جاء به الاتجاه الأول.

فنجد بعض فقهاء الحنفية يصرحون بأن المهايأة ليست كالإجازة ،لأنه في الإجازة تستحق منفعة العين بالعقد،وهذا ما يستوفيه كل واحد منها ،يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه.

والمهايأة تفترق عن العارية ،لأن العارية لا تتعلق بها استحقاق الإنتفاع،ويتعلق بالمهايأة ،ومن هذا الوجه تشبه الإجازة ،ولكن الإستحقاق في الإجازة دون الإستحقاق في المهايأة على معنى أن هناك لا

¹ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،المرجع السابق،ص 249 و250.

² الإمام النووي ،المرجع السابق ،ص 218.

ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر ما، ولكن هنا في المهايأة يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب
القسمة.

ثم العارية والإجازة تبطل بموت أحدهما، والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين، لأننا لو ابطناها
احتجنا إلى إعادتها، فالشريك الحي أو وارث الميت طالب لذلك، ولا فائدة في نقض شيء يحتاج إلى
إعادته في الحال¹.

وبالنسبة للحنابلة فهم أيضا لا يعتبروا المهايأة كإجازة برغم من أنهم يعتبرونها معارضة، ويؤخذ ذلك
من تعليلهم عدم لزوم المهايأة بقولهم: "ولنا: أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجازة، فلم يلزم"².

وبعض الشافعية يقولون بأن المهايأة بيع، يؤخذ ذلك من تعليلهم عدم دخول الأكساب النادرة في
المهايأة، ومن ثم فلا يختص بها من حصل الكسب في نوبته، بل توزع على الجميع، كل بقدر حصتهم.

فقالوا بأن الكسب النادر لا يخل فيها، لأن المهايأة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه
في اليوم الآخر، والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه في العادة، والنادر لا يقدر على تسليمه في
العادة فلم يدخل فيه³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 267.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 268.

³ نفس المرجع، ص 268.

المبایج الثانیی

أثار قسمة العقار الشائع

فیی قانون المدنی والشریعة الإسلامیة

الباب الثاني: آثار قسمة العقار الشائع في القانون المدني

والشريعة الإسلامية

يترتب على قسمة العقار الشائع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني عدة آثار والتي تهدف في مجملها لحماية حقوق المتقاسم وهذا لإنفراده بنصيب المفرز.

وقد ألزم الفقه على جميع المتقاسمين عدم الرجوع في القسمة إذا تمت صحيحة بإعتبار أن قسمة الإيجاب لازمة، في حين أنه لو تمت قسمة التراضي ولم يوجد سبب للخيار فلا يقبل الرجوع فيها بالإرادة المنفردة، وإن كانت لم تتم بعد فإنه يجوز لأي من الشركاء الرجوع فيها، وإذا تمت القسمة عن طريق القاسم الذي عين لكل من الشركاء نصيبه سواء كان هذا القاسم القاضي أو أحد المتقاسمين، فيلزم كل واحد من المتقاسمين بالنصيب الذي يفرز له سواء كانت بقرعة أم بدونها، أما إذا كانت القرعة ولم تنته بعدى إلى الجزء الأخير فإنه يجوز الرجوع فيها أثناء القرعة¹.

في حين أن القانون المدني برغم من عدم تضمنه نص يبين صفة القسمة أهي لازمة أو لا، إلا أنه يمكن تطبيق نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، وعليه فالقسمة لازمة على المتقاسمين إذا تمت صحيحة، إلا أنه هناك أثر آخر للقسمة يمكن في الإفراز إذ بموجبه يصبح للمتقاسم نصيب مفرزا، وهذا الأمر يرتبط بأثر آخر للقسمة وهو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض إذا وقع تعرض أو استحقاق ينقص من قيمة النصيب الذي آل إلى المتقاسم.

ويترتب على قسمة العقار الشائع أيضا إختصاص كل شريك بجزء مفرز مستقل عن بقية المتقاسمين الآخرين وهذا بعد أن تستوفي القسمة جميع الشروط والإجراءات، ليقع بعد ذلك على

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 491 و492.

كل الشركاء إلتزام بعدم التعرض والإستحقاق ،وفي مقابل ذلك يجوز لشركاء في بعض الحالات نقض القسمة لضمان حقوقهم.

ودرستنا لهذا الباب سنقتصر فقط على الآثار الجوهرية لقسمة العقار الشائع من جانبين الشرعي والقانوني.

وعليه قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول:الإفراز والاستقلالية كأثرين لقسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني:ضمانات قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

الإفراز والاستقلالية كأثرين

لقسمة العقار الشائع بين

أحكام القانون المدني

والشريعة الإسلامية

الفصل الأول: الإفراز والإستقلالية كأثرين لقسمة العقار الشائع بين

أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية

يعد الإفراز الأثر الجوهري الذي يترتب على قسمة العقار الشائع إذ بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من حصة شائعة مجردة في العقار الشائع، إلى حصة مفرزة مادية يختص بها عن غيره من الشركاء المتقاسمين.

إلا أنه وجد اختلاف حول بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك المتقاسم مالك لحصته المفرزة، فإذا كان المتقاسم قد امتلك هذه الحصة المفرزة من وقت القسمة لكان الأثر المترتب أثر ناقلاً، أما إذا امتلك حصته المفرزة التي اختص بها من وقت الشروع يكون للقسمة أثر كاشفاً، إلا أن موقف المشرع الجزائري كان حاسماً وهذا ما سوف نتعرض له على ضوء أحكام القانون المدني.

في حين أن الفقه الإسلامي لم يعالج هذا الموضوع بشكل مباشر، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد كشفوا عن آراءهم حول هذا الموضوع من خلال تكيفهم للقسمة.

و عملية الإفراز الحصص الشائع يترتب عليها إختصاص كل شريك بحصته المفرزة حيث يستقل كل متقاسم بحصته ويكون له الحق في تصرف فيها كتصرف المالك.

وبناء عليه سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع.

المبحث الثاني: الاستقلالية كأثر لقسمة العقار الشائع.

المبحث الأول: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع

الهدف من قسمة العقار الشائع هو إفراز الأنصبة الشركاء ليصبح لكل شريك جزء مفرز خاص به، غير أن عملية الإفراز قد يترتب عنها إما أثر ناقل أو أثر كاشف أو رجعي.

وقد تبني القانون الروماني فكرة أن القسمة ناقلة للملكية على أساس أنها تتضمن عملية المقايضة، وهذا التصور كان مبنيا على أن كل شريك أثناء الشيوخ حصة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، فإذا ما تمت القسمة أصبح كل منهم مالكا لجزء مفرز ملكية خالصة دون أن تكون للآخرين أي حق في هذا النصيب¹.

وقد تأثر القانون الفرنسي القديم بهذا التكيف إلى غاية نهاية القرن الرابع عشر أين بدأت تظهر فكرة الأثر الكاشف للقسمة، وقد تزامن ذلك بظهور نتائج ضارة لتطبيق فكرة الأثر الناقل للقسمة حيث أصبح كل منقاسم ملزم بدفع رسوم محددة لنقل الملكية، زد على ذلك إلتجاء الشركاء إلى رهن العقار الشائع وما ترتب عنه من نفاذ هذا الرهن في حق الشركاء².

ونتيجة لذلك ذهب الفقه إلى إيجاد تحليل جديد لطبيعة القسمة وأثارها، وقد ظهر ذلك في كتابات (بوتيه): "يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك، فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه، بحيث كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيبه بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئا من الأموال التي وقعت في نصيب الآخرين"، فوفقا لتصوره فإن قسمة كاشفة للحق³، وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة 883، وكذا المشرع المصري في المادة 843 من القانون المدني، لتنتقل هذه الفكرة إلى القانون الجزائري في المادة 730 من القانون المدني .

¹ مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ط، ص 182.

² مصطفى محمد جمال، نفس المرجع، ص 182.

³ عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص 224.

في حين أن الشريعة الإسلامية هي أخرى كان لها رأي حول الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع وما يترتب عنه من أثر كاشف أم ناقل.

و سنعالج ذلك وهذا خلال هذين المطلبين:

المطلب الأول: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع في القانون المدني.

المطلب الثاني: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني

يقصد بالإفراز المترتب على قسمة العقار الشائع إختصاص كل شريك متقاسم بملكية الجزء المفرزة، حيث يؤول إليه مند أن تملك في الشيوع، وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى، ويترتب على ذلك أن القسمة لا تنقل للمتقاسم حقا جديدا وإنما تكشف عن حق مقرر له قبل القسمة وهذا ما يعرف بالأثر الكاشف، ومن ناحية أخرى فإن إعتبار ما حصل عليه المتقاسم بموجب القسمة ملكه له مند بدأ الشيوع، فيترتب على القسمة الأثر الرجعي.

وقد تضمن المادة 730 من القانون المدني الجزائري هذا المعنى بقولها: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه مند أصبح مالكا في الشيوع، وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

الفرع الأول: الأثر الكاشف لقسمة العقار الشائع

إن القسمة لا تنشئ حق جديدا للمتقاسم، بل أن الحق الذي كان له أثناء الشيوع هو الذي ألت إليه بالقسمة، فبعدها أن كان حق الشريك حصة معنوية في كل المال الشائع دون تحديد، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين، أصبح هذا الحق بمقتضى القسمة محددًا تحديدا ماديا بجزء معين يختص به الشريك وحده، ويعادل الحصة التي كانت له في العقار كله، وهذا التغيير اقتصر على بعض عناصر الحق في نطاقه المادي ونطاقه المعنوي بجعلهما متطابقين، فالأثر

الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها¹، إذ بموجبها يكون الشريك مالكا للجزء المفرز الذي أُل إليه من وقت الشيوع، فلو كان مصدر الملكية الشائعة الميراث فإن كل وريث يعد مالكا للجزء الذي أُل إليه بالقسمة من وقت موت الموروث وليس من وقت تقسيم الشركة، وإن كان مصدرها شراء اعتبر كذلك مالكا لحصته المفرزة من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة².

وعليه فالقسمة لا تنتقل حق جديد لشريك وإنما هي تصرف يكشف³ عن حقه الثابت في ملك الشائع قبل القسمة، لذا فإن الوظيفة التي تلعبها القسمة تكمن في تحويل الحصة الشائعة إلى حصة مفرزة محلها مادي.

البند الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف لعملية القسمة

لتحديد نطاق تطبيق الأثر الكاشف لعملية القسمة لابد من تبين التصرفات التي يترتب عليها هذا الأثر والأموال التي ينطبق عليها، وكذا الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم.

أولا: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص

يسري الأثر الكاشف على جميع الشركاء المتقاسمين وحتى بالنسبة للغير.

فبالنسبة للشريك المتقاسم، فإن هذا الأثر يكون حجة عليه، بصرف النظر عما إذا الشريك أصليا أو طارئا، فيسري الأثر الكاشف على جميع الورثة وكذلك على كل شخص غير وارث

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 953.

² نهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 448.

³ التصرف الكاشف بمفهومه الواسع حسب اتجاه الفقه الحديث هو أن يستند إلى التصرف القانوني أصلا كون القسمة تعتبر من التصرفات وليست من أعمال الإدارة وأستطيع أن أقول أن التصرف تعبير عن الإدارة يهدف أو يتجه أما لإحداث أثر قانوني أو لتعديل وضع قانوني قائم سواء كان صادرا عن إرادة منفردة أو عن توافق إراداتي والتصرف هو أحد عناصر الملكية، حيث جاءت المادة 674 من القانون المدني الجزائري لتعرف حق الملكية عن طريق بيان عناصره، وللشريك في الشيوع الحق في إستغلال وإستعمال وتصرف في حصته الشائعة بشرط عدم الإضرار ببقية الشركاء. نهلة أحمد فوزي، نفس المرجع، ص 449.

انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة¹، فالمتقاسم إذن يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة، فإذا تبين أن العقار الذي إقتسمه الشركاء لم يكن مملوك لهم، فلا يحق للمتقاسم حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، حيث أن القسمة ليست سنداً لتملك المتقاسم لما أُل إليه².

أما بالنسبة للغير فلا فرق بين دائن عادي أو دائن بحق مقيد أو مكتسب لحق عيني أصلي، إذ يحتج على هذا الغير بالأثر الكاشف للقسمة، فمثلا إذا رتب أحد الشركاء رهنا على العقار الشائع، ووقع هذا العقار كله في نصيب مالك مشاع آخر، فإنه ينتقل إلى هذا المالك خاليا من الرهن، وبذلك يسري الأثر الكاشف هنا في حق الدائن المرتهن، بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه في ثمن العقار، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مبلغا من النقود، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن³.

ثانيا: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

يسري الأثر الكاشف على كل تصرف من شأنه إنهاء حالة الشيوع، والتصرف الذي يطبق في هذا المجال يكون وارد على القسمة أو ما يعادلها.

أ- بالنسبة للقسمة

كل تصرف من شأنه أن ينهي حالة الشيوع يترتب عليه هذا الأثر الكاشف للقسمة، سواء كانت هذه القسمة قسمة إتفاقية أو قضائية، عينية بمعدل أو بغير معدل، كلية أو جزئية ويخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوع فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوع، أو يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع فيختص كل

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 963.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 963 و 964.

منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعاً فيما بينهم ، أو يقسم المال الشائع إلى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوع ويختص باقي الشركاء بالقسم بالأخر يملكونه كذلك على الشيوع، فيترتب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحد الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزاً، وذلك لأن القسمة قد تضمنت إفراد قسمين من المال الشائع فترتب عن ذلك إنتهاء الشيوع الأصلي الذي كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوخ¹، ومثال ذلك أن يكون الشخص متزوجاً بزوجتين ، وتقيم كل واحدة منهما مع أولادها في منزل كامل، ثم يتوفى الزوج ويتفق الورثة على أن يختص كل فريق منهم بمنزل، ودون أن يقسم هذا المنزل بين الشركاء في كل فريق، ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية ولو اقتصر الشركاء على اقتسام عقار واحد من العقارات الشائعة ، مع بقاء سائرهما في الشيوع فيترتب على ذلك إنتفاء الشيوع الأصلي الذي كان يضم جميع الشركاء حيث ينشأ لكل من الفريقين شيوخ جديد².

أما عن القسمة العينية بمعدل فهي القسمة التي يعوض فيها الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عينا، بمعدل نقدي يعادل ما نقص من نصيبه ، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه ، وليس من شأن هذا المعدل أن يغير من طبيعة القسمة، حيث إنه مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب نصيب كل منهم ، وذلك حتى تحقق المساواة بينهم، ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على هذه القسمة³.

وهذا بالنسبة للقسمة النهائية أما عن القسمة المؤقتة والتي تعرف بقسمة المهايأة فليس لها هذا الأثر، إلا إذا انقلبت قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون وهذا بعد مرور خمسة عشرة سنة طبقاً لنص المادة 733 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

¹ أنهلة أحمد فوزي، المرجع السابق، ص 551 و 552.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 209.

³ أحمد خالدي، نفس المرجع، ص 209 و 210.

أما إذا كانت القسمة بطريق التصفية أي ببيع ال عقار الشائع في المزاد العلني فإنه يتعين التفرة بين ما إذا كان بيع العقار الشائع بالمزاد العلني لأحد الشركاء أو لأجنبي.

فإذا رسي المزاد العلني على أحد الشركاء ،ففي هذه الحالة يعتبر هذا البيع قسمة فترتب الأثر الكاشف ويعتبر هذا الشريك قد تملك منذ بدأ الشروع،حيث يخصم الثمن الذي راسى به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة،فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقي نصيبه الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة يلتزم به باقي الشركاء،وإذا كان العكس دفع هذا الشريك لباقي الشركاء معدلا للقسمة¹.

وتسقط كل التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشروع ،وثبتت تصرفات الشريك الذي وقع المال في نصيبه ،ويكون للبائع في اقتضاء الثمن ضمانات التي تكون له في اقتضاء المعدل.

أما إذا رسي المزاد العلني على أجنبي ،ففي هذه الحالة يكون التصرف بيعا في العلاقة بين الشركاء والراسي عليه المزاد ،ومن ثم فيجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي رتبها الشركاء عليه أثناء الشروع ويكون الثمن مضمونا بامتياز البائع ويلتزم الشركاء بالضمان طبقا لقواعد البيع².

أما في العلاقة بين الشركاء ،فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ،ومن ثم يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي ومن ثم لا تنفذ في حقه التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشروع في خصوص المبيع ،لكن التصرفات التي أبرمها هو تبقى³، فيستوفي دائنوه هو من الثمن دون بقية دائني الشركاء وبالتالي

¹ محمد عزمي بكري،المرجع السابق،ص 193.

² عبد الرزاق السنهوري ، ج 08،المرجع السابق،ص 960.

³ عبد المنعم فرج الصدة ،المرجع السابق،ص 229.

يكون لهم الحق في التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يتزاحم دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار¹.

أما إذا اقتسم الثمن بين جميع الشركاء اعتبر جميعهم بائعين وبقيت جميع التصرفات التي أبرمها أثناء الشيوخ قائمة، وبالتالي يكون لكل دائن من الشركاء أن ينفذ على دائنه من ثمن الذي آل إليه².

ب- بالنسبة لتصرفات التي تعادل القسمة

يجوز لكل شريك في الشيوخ أن يبيع حصته الشائعة لأحد الشركاء، ويعد هذا التصرف معادل للقسمة، فيكون له أثر الكاشف على أساس أن الحصة التي بيعت تضاف إلى حصة الشريك المشتري، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا، ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المباعة من وقت بدء الشيوخ لا من وقت القسمة³.

وقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى إعتبار هذه الصورة ليست من قبيل القسمة لأنها لا تؤدي إلى إختصاص الشريك بنصيب مفرز، وإنما أمرها يقتصر على التعديل والتوزيع الحصص الشائعة، دون أن يترتب عليها إفراز الملكية وبالتالي لا يترتب عليه الأثر الكاشف، ويمكن تكييف هذا التصرف على أنه تصرف ناقل، فيكون الشريك المشتري خلفا للشريك البائع في حدود الحصة المباعة⁴.

في حين ذهب فريق آخر إلى التمييز بين أمرين، الأول هو أن التصرف الشريك في نصف حصته لأحد الشركاء أو كلهم لا يعتبر من قبيل القسمة، لأن هذا التصرف لم يؤد هذا التصرف إلى الإفراز، وإنما أدى ذلك إلى التعديل في الحصص مع بقاء الشركاء في الشيوخ.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 960.

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق 229.

³ محمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 518.

والثاني أن تصرف الشريك في كل حصته بالبيع لأحد الشركاء أو كلهم يعد من قبيل القسمة الجزئية التي يترتب عليها الأثر الكاشف¹.

ويجوز أيضا لشريك أن يبرم اتفاق يكسبه ملكية حصص باقي الشركاء، ليصبح بذلك المالك الوحيد للشيء الذي كان شائعا بينهم ملكية مفرزة، وبالتالي يترتب عليه نفس النتيجة التي تترتب على القسمة بطريقة التصفية، فيعتبر معادلا لها، مما يترتب عليها أثرها الكاشف.

وذلك كأن يبيع الشركاء العقار الشائع كله إلا واحدا منهم، ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل واحد منهم، أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقيين الشائعة فتخلص له ملكية العقار الشائع كله².

فكل هذه الصور تكون خاضعة للأثر الكاشف للقسمة، وما سبق بيانه لا خلاف فيه إذا كان التصرف بطريق المعاوضة، أما إذا كان التصرف تبرعا ك أن يهب أحد الشريكين حصته للآخر، فتخلص له ملكية العقار الشائع كله، ألا أنه قد وقع خلاف بين شراح القانون في إعتبار أن هذا التصرف معادل للقسمة فيكون ذا أثر كاشف أم لا ؟.

فذهب البعض منهم إلى أن الهبة تعتبر معادلة للقسمة، لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات، فتكون الهبة ناقلة لا كاشفة³.

في حين ذهب البعض الآخر من الشراح إلى عدم التفرقة بين التصرف بعوض أو بغير عوض، طالما كان هذا التصرف من شأنه أن يؤدي إلى إختصاص الشريك بعقار مفرز كان شائعا من قبل، فهذا التصرف يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 518.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 106.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 519.

والأصل أن الأثر الكاشف لتصرف مستمد من طبيعة التصرف ذاته ،ولذلك فلا سلطان للإرادة في تقرير لتصرف ناقل بطبيعة كبيع العقار الشائع الأجنبي ،أو استبعاده من تصرف كاشف بطبيعته كالقسمة أو بيع العقار الشائع إلى أحد الشركاء ،لكن قد يكون للإرادة أثر غير مباشر في تقرير الأثر الكاشف للتصرف،كما أنه يجوز الإتفاق على تطبيق حكم من أحكام التصرفات الناقلة على تصرف كاشف بطبيعته بشرط أن لا يتعارض مع قاعدة أمره ،وأن لا يكون من شأنه تطبيق هذا الحكم مساس بحقوق الغير¹.

ثالثاً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

ترتبط القسمة بوجود المال الشائع بين الشركاء ،ومن تم كان من الطبيعي أن ترد على كل مال شائع،وأن أثر الكاشف بإعتباره من بين أثارها فإنه ينطبق هو الآخر على كافة الأموال الشائعة وعلى رأسها العقارات التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة ،أو كل تصرف معادل لها².

يشترط كذلك أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعاً فاقترنت القسمة على مجرد إفرازه ،ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقا من الحقوق لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق³.

وعليه فإن الأموال التي جرى التصرف في شأنها بمناسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف،بسبب أنها لم تكن شائعة قبل القسمة وأفرزت بها⁴.

إلا أنه قد تنشأ بعض الصعوبات تحول دون تساوي المتقاسمين في الحصص ،فيقوم صاحب النصيب الأكبر بتعويض من حصل على أقل من نصيبه في ملكية العقار،وهذا ما يسمى

¹ نبيل إبراهيم سعد،المرجع السابق،ص 207

² محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 519.

³ أحمد الخالدي،المرجع السابق ص 215.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 519.

القسمة بالمعدل ،وفي هذه الحالة لا تكون القسمة كاشفة لملكية هذا المعدل بل تكون ناقلة لملكيته من مالكة إلى المتقاسم الآخر.

ليصبح المتقاسم الذي انتقلت إليه ملكيته خلفا للمتقاسم الأول ،لتبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم الأول صاحب العقار وتنتقل إلى خلفه،في حين أن ملكية العقار لا تنتقل من المتقاسم الأول إلى مستحق المعدل ولا تكون نافذة في مواجهة الغير إلا بالتسجيل والشهر¹.

كما لا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق التي تنشؤها القسمة لأحد المتقاسمين ،كحق الانتفاع أو الإجازة الذي يتقرر له على الجزء المفروز الذي اختص به متقاسم آخر،أو حق ارتفاق يتقرر على عقار اختص به غيره من المتقاسمين ،لفائدة العقار الذي اختص به².

ويخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف الحقوق الشخصية³ التي تشتمل عليها التركة،والتي لا يرد عليها الشيوخ ،حيث أن هذه الحقوق تقسم بين أصحاب الحق الشخصي وذلك منذ إنتقال التركة إلى الورثة بوفاة مورثهم،غير أنه عند عدم قابلية هذه الحقوق للإنقسام،ينطبق عليها أحكام عدم قابلية التجزئة لا أحكام الشيوخ⁴.

ومن الأمثلة على ذلك وفاة شخص وهو دائن،فيصبح الورثة أصحاب حقوق شخصية من يوم الوفاة ،فإن هذا الدين لا يدخل في الشيوخ مع أمواله الشائعة التي تركها ،وإنما ينقسم الدين بداية بمجرد وفاته على الورثة كل بحسب نصيبه في التركة ،فلا يمر هذا الدين بمرحلة شيوخ سابقة على القسمة،وعليه فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الدين ،فيعتبر كل وارث

¹ عبد الرزاق السنهوري ، ج 08،المرجع السابق ،ص 962.

² محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 520.

³ يعرف الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن و الآخر مدين ،يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأداء معين سواء نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. محمد سلام ودرويش مصطفى اللوح ،القسمة القضائية للمال الشائع،مذكرة ماجيستر ،كلية الحقوق ،جامعة الأزهر ،غزة،،2018،ص 74.

⁴ عبد المنعم فرج الصدة ،المرجع السابق،ص 253.

صاحب حصته في الحق الشخصي من لحظة الوفاة، وهذا بفضل إنقسام الحق بمجرد الوفاة وليس بفضل الأثر الكاشف¹.

البند الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف

يترتب على الأثر الكاشف لقيمة العقار الشائع مجموعة من النتائج منها ما يتعلق بالتصرفات ومنها ما يتعلق بنفى وصف الناقل لقسمة العقار الشائع.

أولاً: النتائج المترتبة في مجال القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرفاً كاشفاً

لقد خصت القسمة بوصفها تصرفاً كاشفاً بأحكام خاصة، وهذا ما سنتعرض له فيما يأتي:

أ- مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشيوع

يترتب على الأثر الكاشف عدم نفاذ التصرفات الصادرة من أحد الشركاء المبرمة أثناء الشيوع على العقار الشائع في حق الشريك الآخر الذي وقع هذا العقار في نصيبه عند القسمة أو في جزء منه، وذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، لذلك فهي ليست سند تملك المتقاسم لنصيب المفرز الذي اختص به، وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفاً للمتقاسمين الآخرين.

ويترتب على ذلك أنه إذا أبرم أحد الشركاء أثناء الشيوع رهن، فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد هذا الرهن على كل المال الشائع أو على جزء مفرز منه، أو على حصة شائعة فيه².

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

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 233.

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري في القانون المدني قد خفف من الأثر الكاشف، حيث استثنى من الأثر الكاشف الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع بينهم، إذ نص المشرع على أن يبقى الرهن نافدا أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار الشائع طبقا لنص المادة 890 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري¹.

ب- تسجيل القسمة وشهرها

أوجب المشرع الجزائري بموجب الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، شهر جميع التصرفات الواردة على العقار حيث نصت المادة 15 منه على أن: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل ملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

كما أكدت المادة 16 من ذات القانون على: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ويترتب على عدم التسجيل والشهر أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، في حين أن التصرفات الكاشفة كالقسمة ترتب أثارها فيما بين المتقاسمين دون الحاجة إلى تسجيلها أو شهرها، لأنه بمجرد انعقاد القسمة يصبح كل من المقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، وفي هذه الحالة لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة وشهرها، ويقصد بالغير في هذا المقام، كل من تلقى حقا عينيا على العقار، على أساس أنه مملوك على الشيوع، وقام بشهره طبقا للقانون بشرط تسجيله قبل تسجيل سند القسمة، ويستوي أن يكون حقه أصلي أو تبعي، كما يستوي أن تكون قد علم بالقسمة بطريق آخر

¹ نصت المادة 01/890 من ق.م.ج على: "يبقى نافدا، الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".

أو لم يعلم، بل حتى لو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الإضرار ببقية الشركاء، وذلك أنه لا يعتد بسوء النية في أحكام التسجيل¹.

وتطبيقاً لذلك لو باع أحد المتقاسمين حصته في العقار الشائع، وقام المشتري بتسجيل البيع قبل أن تسجل القسمة، استطاع المشتري أن يحتج بعقده المسجل على الشركاء، حتى ولو وقع العقار المبيع في حصة الشريك الغير البائع على أساس أن المشتري بموجب عقد البيع المسجل قبل القسمة أصبح المشتري شريكاً في العقار الشائع، أما إذا سجل عقد القسمة قبل عقد البيع، فإنه يجوز لشريك الذي وقع في نصيبه العقار أن يحتج بعقد القسمة على المشتري، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري².

وأما عن جواز تمسك الغير بالقسمة غير المسجلة، فهو أمر مجمع عليه، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوتاً لحقوقهم، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم، ولا بنفع على من لم يحم به، وعدم نفاذ القسمة في حق الغير إلا بعد تسجيلها، إنما هو حكم مقرر لمصلحة هذا الغير فيؤيده ولا يضره.

كذلك لو طلب أحد المتقاسمين الشفعة في عقار يجاور العقار الشائع، وكان الجزء الذي أل إليه ليس ملاصقاً للعقار المشفوع فيه، فإنه يجوز للمشفوع ضده أن يتمسك بوقوع القسمة حتى ينفي شرط الجواز³.

وعليه فالمشرع الجزائي لم يفرق بين التصرفات الناقلة للملكية العقارية والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر بحيث أن كلى التصرفين لا يكون نافداً بين المتقاسمين أو في مواجهة الغير إلا بشهر، وعليه فالقسمة العقارية لا تكون منتجاً لأثارها بين المتقاسمين أو بالنسبة للغير إلا منذ تقيدها في مجموع البطاقات العقارية.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 523 و 524.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 968.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 525.

ج- إمتياز المتقاسم

لقد قرر المشرع الجزائري للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق إمتياز عليه، فقد نصت المادة 1001 من القانون المدني الجزائري على أن: " إن للشركاء الذين إقتسموا عقارا، حق إمتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن تقيد هذا الإمتياز وتكون مرتبته ماثلة لشروط إمتياز البائع المشار إليه في المادة 999 ."

وهدف من إقرار المشرع حق إمتياز هو ضمان حق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بحصته في الثمن الذي رسا به المزداد على أحد شركائه، والعلة من تقرير إمتياز المتقاسم هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين، فهذا المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين، في حالة من الحالات السابقة، لمزاحمة دائني مدينه، وبالتالي عدم استفاء حقه كاملا، وهذا ما يبرر الحكم الخاص الذي خص به المشرع إمتياز المتقاسم وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري بتاريخ قيده¹.

وفي هذا السياق نصت المادة 890 فقرتين 02-03 من القانون المدني على أنه: " وإذا رهن أحد الشركاء حصة الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ."

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين ."

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 220 و 221.

ثانيا:النتائج على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة

النتائج المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة تتمثل في عدم إعتبار القسمة صحيحة في التقادم القصير، زد عليه أنه لا يصح استرداد المال المتنازع في عند قسمته.

أ-عدم إعتبار القسمة صحيحة في التقادم القصير

تعد القسمة كاشفة للحق وليست منشئة بمعنى أنها ليست سند تملك من خلاله لكل متقاسم في الجزء المفرز الذي أل إليه نتيجة القسمة ،وبتالي فهي لا تصح أن تكون سببا صحيحا في التقادم الخماسي،ذلك لأن السبب الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية لولا صدوره من غير مالك،وبمعنى آخر يجب أن يكون من التصرفات الناقلة،وعلى ذلك لا يعتبر سببا صحيحا للتصرفات الكاشفة كالقسمة¹.

إذ تنص المادة 714 الفقرة 02 من القانون المدني على أنه:"إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل إلى المتصرف بطريق القسمة " .

وعليه فإذا تبين أن العقار الذي ورثه المشتاعون في تركة مورثهم ،وأن المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان حائز له بدون سند تملك ،فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار واستمرت حيازته مدة خمس سنوات وهو حسن النية لا يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير،بسبب أن القسمة لا تعتبر سببا صحيحا بل هي كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلا. ولا يستطيع أن يستند كسبب صحيح إلى الميراث وهو السبب الذي يصعد إليه كسند للتمليك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة،لأن الميراث ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة مادية فلا يصلح سببا صحيحا في التقادم القصير².

¹ محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق،ص 522.

² عبد الرزاق السنهوري،ج 08،المرجع السابق،ص 966.

أما إذا اشترى المشتاعون من غير مالك شائع بينهم عقارا ، ووقع عند القسمة مفرزا في نصيب أحدهم، فإذا استمر هذا الشريك حائزا للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضا أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقدم القصير لم اقدمناه ، لكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي بموجبه اشترى مورثهم العقار ، ومن ثم يصير مالكا بالإستاد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية¹.

ب- لا يصح استرداد المال المتنازع فيه عند قسمته

تنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا تنازل شخص عن حق

متنازع فيه فالمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له

والمصاريف الواجبة، ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع

جوهرى "

تمثل هذه المادة القاعدة العامة بحيث لا تقتصر على البيع إلا أن شرط تطبيقها أن يكون

التصرف ناقلا للحق المتنازع فيه ، فالمادة 400 المشار إليها أعلاه صريحة في أن يكون

صاحب الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه بمقابل إلى شخص آخر ، والقسمة لا يتضمن معنى

التنازل من أي المتقاسمين إلى الآخر ، فهي ليست ناقلة بل كاشفة ، كما أن مبنى دعوى استرداد

الحق المتنازع فيه هو منع المضاربة ، وهذا غير متوافر في القسمة ، وعلى ذلك إذا اقتسم

الشركاء العقار الشائع المتنازع في ملكيته بينهم وبين شخص من الغير ، فإنه لا يجوز للطرف

الأخر في النزاع أن يسترد من أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه².

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 966.

² أحمد خالدي ، المرجع السابق، ص 224.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي

سنتعرض من خلال هذا الفرع إلى الأثر الرجعي، حيث سيتضمن المقصود بالأثر الرجعي في البند الأول، أما البند الثاني فنبرز فيه موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة.

البند الأول: المقصود بالأثر الرجعي

الأثر الرجعي للقسمة يراد به أن كل متقاسم يعتبر كأنه كان مالكا ملكية مفرزة مند بدء الشيوخ للجزء الذي أُل إليه بمقتضى القسمة¹، وفكرة هذا الأثر الرجعي للقسمة يعتبر مجازا أو افتراضا مخالفا للحقيقة، إذ أن المال الذي أُل إلى المتقاسم كان مملوكا على الشيوخ قبل القسمة لسائر الشركاء، ولم يفرز و يخص للمتقاسم إلا بعد القسمة²، وما دام أن هذا الأثر مجرد افتراض والغرض منه أن يحصل المتقاسم على الحصة التي أُل إليه خالية من أية حقوق أو تكاليف عينية يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها عليها قبل القسمة، فإن النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة، لا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر³.

والنتائج التي يمكن أن نستخلصها من الأثر الرجعي للقسمة والتي ليس لها أي حاجة عملية تدعو إليها، يقتضي قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في النطاق، واستبعاد في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة من تقرير هذا الأثر⁴، ومن بين هذه الحالات صدور قانون جديد أثناء الشيوخ يقرر قواعد جديدة للقسمة، فوجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره، فلا يجوز التمسك

¹ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 258.

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

³ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 259.

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

بالأثر الرجعي للقول أن الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز مند بدء الشيوع فلا ينطبق القانون الجديد على هذه القسمة¹.

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة

لقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال الشطر الثاني من نص المادة 730 من القانون المدني الجزائري مبدأ أثر رجعية القسمة، وقد سائر بذلك المشرعين المصري والفرنسي، حيث اعتبر الشريك الذي خرج نصيبه عن الجزء المفرز كأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى، أي أن ملكيته للجزء المفرز ترجع إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع لا إلى وقت تمام القسمة، إلا أنه من ناحية أخرى قد وردت بعض النصوص القانونية التي استبعدت تطبيق مبدأ الأثر الرجعي للقسمة.

فمن ذلك ما نصت عليه المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري بقولها: "وإذا كانت التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة.

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

يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعرض عن إعمال بمبدأ الأثر الرجعي للقسمة، إلا أنه أبقى على صحة التصرف، بإعتباره صادر من مالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير المتصرف، ولكنه يستبدل بهذا المحل الجزء الذي وقع بالقسمة في نصيب المتصرف عن طريق فكرة الحلول العيني، ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف إلا على أساس الغلط، وهو ما يعني منعه

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 958.

من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك، وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف¹.

ويزيد في تأكيد نفي المشرع للأثر الرجعي للقسمة، من خلال تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت القسمة عند إعمال قواعد الضمان والغبن، وهذا ما جاءت به نص المادتين 731 فقرة 01 و 732 فقرة 02 من القانون المدني، لأنه لو تم تقرير الأثر الرجعي للقسمة لوجب أن يكون التقدير القيمة وقت بدء الشيوخ، هذا ما يتعارض وهدف القسمة في تحقيق المساواة بين المتقاسمين.

وكذلك ما ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 879 فقرة 02 من القانون المدني، بقوله: "إذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوخ فاننتفاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين".

وعليه فإن انتفاع أحد الشركاء في الشيوخ بالارتفاق يقطع التقادم المسقط لمصلحة الباقيين، وإن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم، بينما لو كان للقسمة أثر رجعي في هذا الشأن، ووقع العقار المرتفق كله في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي وقف التقادم لمصلحته أو انقطع باننتفاعه، لوجب القول سريان التقادم في مواجهته مند بدء الشيوخ دون توقف أو انقطاع وعدم إفادته مما كان يفيد من ذلك وقت الشيوخ².

ومن خلال تحليل ومقارنة هذه النصوص المنكرة للأثر الرجعي للقسمة بنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري المعبرة في الظاهر عن الأخذ به، أن موقف المشرع لا يخرج عن أحد الأمرين التاليين:

¹ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 225.

² أحمد خالدي، نفس المرجع، ص 225 و 226.

الأمر الأول: إما أن المشرع الجزائري أراد مسايرة الفقه التقليدي في ما كان يأخذ به من ترادف بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمد إلى افتراض مخالف لواقع يجب معه تفسير ضيقا، يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب، بحيث يجب عدم الاعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض¹.

الأمر الثاني: وإما أن الإدارة المشرع الجزائري انصرفت نحو إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 من القانون المدني إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريده من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوخ أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوخ مملوكا ملكية خالصة إستثنائية لهذا المتقاسم وحده².

ومن خلال ما سبق يتبين أن هناك تعارض بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، بحيث لا يبقى إلا تغليب أثر على آخر في المواضع التي يحسن ذلك فيها، من الناحية العملية، فتارة يغلب الأثر الكاشف حين يحسن تغليبه، وتارة يغلب الأثر الرجعي إذا دعت مقتضيات العملية ذلك، ولما كانت هذه الأخيرة تستدعي تغليب الأثر الكاشف كونه الأصلح على تغليب الأثر الرجعي تماشيا مع طبيعة المال الشائع³، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري.

¹ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 227.

² أحمد الخالدي، نفس المرجع، ص 228.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 949.

المطلب الثاني: الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع في الشريعة الإسلامية

ينتج عن عملية القسمة إفراز حصص الشركاء حيث ينفرد كل شريك بحصته، غير أن تاريخ انتقال يطرح تساؤل حول ما إذا كان الحصة المفزعة التي انتقلت للمتقاسم كانت منذ بدء الشيوخ فترتب الأثر الكاشف أم من وقت القسمة فترتب الأثر الناقل ؟ .

وللإجابة على هذا التساؤل من ناحية الشرعية ارتأينا البحث عن رأي الفقه الإسلامي في ذلك، إلا أننا لم توجد إجابة واضحة ومباشرة، غير أنه ومن خلال آراء الفقهاء حول طبيعة القسمة وتكيفها، وإن كان بصفة غير مباشرة .

الفرع الأول: موقف المذهب الحنفي والمالكي من الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع

للمذهب الحنفي والمذهب المالكي رأي حول الإفراز كأثر للقسمة وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

البند الأول: موقف المذهب الحنفي

الراجح في قسمة القيميات (العقار) عند فقهاء الحنفية تشتمل على معنى المبادلة وهي أخذ عوض عن حقه، ووجبتهم في ذلك أن أجزاء المال القيمي متفاوتة وبتالي لا يمكن له أن يتظاهر بأنه أخذ عين حقه، لعدم المعادلة بينهما بشكل دقيق¹.

ويترتب على ذلك:

- عدم جواز أخذ الشريك حصته في غيبة صاحب ولو اشترياه فإقتسامه فلا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة، لأنه لم يأخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما.

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 103؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المرجع السابق، ص 125.

-يجبر على المبادلة كما في قضاء الديون في حالة إذا ما لم يتمكن الشريك من الوصول إلى حقه بدون مبادلة¹.

البند الثاني:موقف المذهب المالكي

تختلف طبيعة القسمة عند المالكية وأثارها باختلاف أنواعها، إما أن تكون قسمة قرعة أو قسمة تراضي.

فقسمة القرعة هي تميز حق في مشاع بين الشركاء لا بيع، ويترتب على ذلك جبر من أباه من جهة وورود الغبن عليها من جهة ثانية².

في حين أن قسمة المراضاة بنوعها -بعد التقويم والتعديل أو بغير تقويم ولا تعديل - أطلق عليها جمهور فقهاء المذهب المالكي أنها كالبيع، وبالتالي يترتب عليها عدم جبر من أباه لأنها قائمة على رضى جميع الشركاء، كما لا يرد عليها الغبن ما لم يدخل مقوما³.

الفرع الثاني:موقف المذهب الشافعي والحنبلي من الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع

من خلال هذا الفرع سنتناول موقف المذهب الشافعي(البند الأول) والمذهب الحنبلي(البند الثاني) حول الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع.

البند الأول:موقف المذهب الشافعي

اختلف فقهاء المذهب الشافعي حول تحديد طبيعة القسمة أهي بيع أو إفراز.

¹ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي، المرجع السابق، ص 125.

² أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 269؛ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 210.

³ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ص 185؛ أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 268.

فبالنسبة لقسمة الأجزاء هي إفراز لما كان يملكه كل الشريك قبل القسمة، وليست بيع لأنها لو كانت كذلك لما دخلها الإجبار، ولما جاز الاعتماد فيها على القرعة.

في حين أن بعض الفقهاء الشافعية اعتبرها بيع لأنه ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما، فإذا اقتسما باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بما له في حصته¹.

أما عن طبيعة قسمة التعديل فيها طريقان، أولها أنها بيع، لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها الإجبار للحاجة.

ثانيها، فيه قولان: الأول إفراز، والثاني بيع.

ومشهور عند المذهب الشافعي طبيعة أن قسمة الرد بيع، لوجود الحقيقة، وهي مقابلة المال بالمال.

وقيل بيع في القدر المقابل بالمردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل².

ويترتب على أن القسمة بيع أو إفراز آثار وهي كالأتي:

- إذا قلنا أن القسمة بيع يثبت فيها أحكام البيع من الخيارين والشفعة وغيرها. وغايته أنه لا يفتقر فيها إلى لفظ التمليك أو البيع لقيام الرضا مقامهما.

- على القول بأنها بيع لا يجبر عليها من أبائها ولا يجوز الاعتماد فيها على القرعة.

أما إذا قلنا أنها إفرازا فيدخلها الإجبار وتلزم بإخراج القرعة³.

¹ الإمام النووي، المرجع السابق، ص 214؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 564.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، نفس المرجع، ص 564.

³ الإمام النووي، المرجع السابق، ص 215.

البند الثاني: موقف المذهب الحنبلي

تختلف طبيعة القسمة في المذهب الحنبلي باختلاف ما إذا كانت القسمة إجباراً أو ترضياً.

فتعد قسمة الإيجار إفرازاً، وهذا أظهر عند الحنابلة.

أما عن قسمة التراضي فيجب التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى ما إذا اشتمالها على رد عوض والحالة الثانية عدم اشتمالها على هذا الرد.

ففي الحالة الأولى اعتبرها أصحاب هذا المذهب أنها بيع، لأن صاحب الرد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه، وهذا هو البيع. أما عن الحالة الثانية فهي إفراز النصيبين وتميز الحقين¹.

ويترتب على ما إذا كانت القسمة إفراز أو بيع بعض الآثار تكمن في ما يلي:

فإذا قلنا أنها بيع فيترتب على ذلك وجوب ثبوت الشفعة وحق الخيار، كما لا يجبر فيها الممتنع ولا تلزم فيها القرعة، وإذا كان العقار وقفاً أو نصفه لا يجوز قسمته².

فإذا قلنا أنها إفراز فإنه لا يترتب على ذلك وجوب ثبوت الشفعة وحق الخيار، بالإضافة إلى جبر الممتنع وعدم لزوم القرعة .

وتجدر الملاحظة إلى أن مسألة الشفعة بإجماع الفقهاء تثبت للشريك الذي لم يقاسم فيها ببيع من دار وحائط، أي أن الشفعة لا تثبت بعد القسمة وهي جائزة في العقار سواء كان قابلاً للقسمة أو لا استدلال بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"¹.

¹ بن قدامة المقدسي، الكافي، المرجع السابق، ص 476.

² بن قدامة المقدسي، الكافي، نفس المرجع، ص 476.

¹ جودة عبد الغني بسيوني علي، الشفعة في الفقه الإسلامي، مقال منشور على الموقع :

<https://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL05895.pdf>، تاريخ الإطلاع: 10-03-2020، ص 12 و 19.

في حين أن المشرع الجزائري هو آخر أشار لنفس الفكرة بحيث أجاز الشفعة¹ في العقار لكن استثنى بعض الحالات في نص المادة 798 من القانون المدني، ومن بينها عدم جواز الشفعة في البيع العقار بالمزاد العلني وكذا عدم جوازها في القسمة وبتالي لا شفعة في القسمة النهائية وذلك على أساس أن القسمة نهائية مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء، وهذا ما يستنتج من منطوق قرار المحكمة العليا المؤرخ في 31-05-2000 ملف رقم 194838: "حيث أنه وبالرجوع إلى القرار محل الطعن يتضح أن قضاة الموضوع قد صرحوا بأن حق الشفعة لا يكون إلا للشريك على الشيوع وأن المدعين في الطعن يقرون أن ما إشتهراه المدعى عليه في الطعن الأول مفرز بدليل عقد القسمة الرضائي المبرم بين والدهم المتوفى وعمهم المدعى عليه في الطعن الثاني وعلى هذا الأساس رفضوا طلب الشفعة المقدم من طرفهم وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع لم يخافوا القانون"².

ومن خلال دراستنا لهذا المبحث توضح أن جمهور الفقه الإسلامي يرون أن القسمة لها أثر مزدوج، فمن ناحية تشمل على معنى الإفراز، ومن ناحية أخرى تشمل على معنى المبادلة. فتكون بمعنى الإفراز إذا كانت قسمة قرعة وإجبار، وبتالي يترتب عليها الأثر كاشفة للملك، أما إذا كانت محض مبادلة و تعلق الأمر بقسمة التراضي فتكون بذلك ناقلة للملك. أما عن القانون المدني الجزائري فقد تبني من خلال نص المادة 730 منه فكرة أن للقسمة العقار أثر كاشف ورجعي.

وعليه فإن الفقه الإسلامي قد إتفق مع المشرع الجزائري في نقطة وإختلفا في نقطة ثانية، بحيث إتفق حول أن أثر المترتبة على القسمة العقار الشائع القضائية (الجبرية) ذو أثر كاشف، في حين إختلف حول الأثر المترتب على قسمة العقار الشائع رضائيا، حيث أن الفقه الإسلامي رتب عن هذا نوع من القسمة الأثر الناقل، أما المشرع الجزائري رتب عليها الأثر الكاشف.

¹ عرف المشرع الجزائري الشفعة في نص المادة 974 من ق.م.ج ب: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

² مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الغرفة العقارية، الجزء الأول، سنة 2004، ص 241.

المبحث الثاني: الاستقلالية كأثر لقسمة العقار الشائع.

تلعب القسمة دور أساسي في إفراز أنصبة الشركاء ،وذلك بمنح لكل شريك نصيب مستقل أي مفرزا يخص به عن باقي أنصبة المتقاسمين.

ومن تم يستقل هذا الشريك بنصيبه،ويكون له الحق بعد ذلك في التصرف في حصته بإرادته المنفردة،كما يمكن له أن ينتفع به بطريقة التي يراها مناسبة بشرط أن يكون هذا الإنتفاع مشروعاً.

ومن خلال هذا المبحث حاولنا معالجة مسألة استقلال كل شريك بملك نصيبه وثبوت حقه في التصرف فيه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:استقلال كل متقاسم بملك حصته .

المطلب الثاني:ثبوت حق المتقاسم في نصيبه لتصرف فيه.

المطلب الأول:استقلال كل متقاسم بملك حصته

يحق كل شريك بعد إتمام القسمة أن يستقل بملك حصته عن باقي الشركاء المتقاسمين،حيث يتسلم هذه الحصة مرفقة بمرفقاتها إن وجدوه ،وعليه يعد إستغلال كل متقاسم في الاستقلال بملك حصته أثر من الآثار المترتبة على قسمة العقار الشائع ،وقد تناول القانون المدني (الفرع الأول) و الفقه الإسلامي (الفرع الثاني) هذه المسألة .

الفرع الأول: استقلال كل متقاسم بملك نصيبه في القانون المدني

يترتب على القسمة إفراز العقار الشائع إلى حصص يتم تسليمها إلى الشركاء كل بنسبه حصته في العقار الشائع ،والمقصود بإفراز العقار الشائع ،إختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من العقار الشائع ،وهذا هو الأثر الجوهرى للقسمة بنوعيتها الإتفاقية والقضائية ،والذي

يهدف إليه المتقاسمون، فاستقلال كل شريك بحصته هو الهدف الرئيسي من إنهاء الشروع والتخلص من مضاره، وقد جاءت المادة 730 من القانون المدني الجزائري لتبين ذلك بوضوح -كما سبق بيانه في المبحث السابق.

وعندما يستقل الشريك بحصته فإنه يستقل بها، وبما يؤدي إلى كمال انتفاعه بها، فيتسلم معها مرافقها، وما هو مقرر لها من حقوق، إلا أن القانون لم يتبين ذلك بخصوص القسمة، اعتماد على ما سبق أن قرره عند تسليم المبيع إلى المشتري، فضلا عن أن الخبير حين يقوم بتكوين الحصص أو تجنيبها، إنما يفعل ذلك مع بيان ما يتبع كل حصة من المرافق والملحقات، فالقانون لا يختلف عن الشريعة في هذا المجال وإن كان الفقه الإسلامي أوضح بنصه على الفروع والمسائل التي تتعلق بذلك¹.

الفرع الثاني: استقلال كل شريك بمك نصيبه في الفقه الإسلامي

يعد استقلال كل متقاسم بحصته من أهم الآثار المترتبة على القسمة لأنها تنهي حالة الشروع القائمة بين الشركاء، وذلك بإفرد كل متقاسم بحصة مفرزة، ومن ثم يحق له الإنتفاع بها على أفراد وبمحض إرادته، فلا يبقى له أي علاقة مع بقية حصص الشركاء، وفي مقابل ذلك ليس لهم أي علاقة بحصته، ليصبح كل شريك مالكا لحصته على الاستقلال².

فحكم القسمة هو ثبوت إختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه، فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك¹.

ومن خلال ما سبق يتبين أن القسمة يترتب عليها استقلال كل شريك بحصة مفرزة فهل هذا الاستقلال يقتصر على حصته المفرزة من العقار الشائع أم أنها تتعدى لتشمل حصته وكل ما يتصل بها ؟ .

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

² عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 532.

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 166.

وبللجوء إلى آراء الفقهاء يتضح أن الاستقلال لا يتحقق إلا بما اشتملت عليه الحصة المفترزة وما يتصل بها من مرافق، فإن القسمة لا تصح في حالة عدم استثناء الشريك للمرفق المتصل بحصته وتستأنف من جديد إذا لم يتراضى بينهم.

ولكل من المذاهب الأربعة (المذهب الحنفي، المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي) رأي في هذه المسألة .

البند الأول: موقف المذهب الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لو كانت هناك دار بين شريكين قسمت بينهما فأصاب أحدهما موضعا بغير طريق شرط له في القسمة، فإن كان له فيما أصابه بفتح إلى الطريق جازت القسمة، لأنه لا مضرة له فيها، إذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر.

وإن لم يكن له فيما أصابه بفتح أصلا، فإن ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحب، لأن الطريق من الحقوق، فصار مذكور بذكر الحقوق، وإن لم يذكر لم تجز القسمة، لأنها قسمة إضرار في حق أحد الشريكين.

لو اتفق المقسوم له بالقسمة على أن لا طريق له، جازت القسمة لأنه رضى بالضرر، ويأخذ المسيل حكم الطريق¹.

وإن قسم ولأحدهم طريق أو مسيل في ملك الآخر، لم يشترط في القسمة، فيصرف عنه إن أمكن تحقيق لمعنى القسمة بقطع الشراكة أي انتفاع كل شريك بنصيبه، وإن لم يمكن تفسخ القسمة لاختلالها وتستأنف من جديد².

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 151.

² عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكيلوبي، المرجع السابق، ص 133.

البند الثاني: موقف المذهب المالكي

إذا اقتسم قوم دار أو ساحة أو سفلا أو علوا بينهم بشرط أن لا مخرج لأحدهم على الآخر، فإنه لا يجوز قسمهم هذا سواء كانت بالقرعة أو بغيرها لأن هذا ليس قسم المسلمين، ومحل المنع إذا لم يكن لصاحب الحصة الذي ليس له في المخرج شيء ما يمكن أن له فيه مخرجا وظاهر المنع ولو تراضيا بعد العقد على المخرج لوقوع العقد فاسد ابتدائيا فلا ينقلب صحيحا، ويقاس على المخرج المرحاض والمنافع الأخرى.

أما إذا وقعت القسمة على أرض أو بيوتا وسكت المتقاسمون عن الساحة أو المخرج المشتركة فالقسمة صحيحة، ولكل شريك الحق في الانتفاع بها حتى ولو وقعت في نصيب أحدهم، وليس لهذا الأخير منعهم من الانتفاع بها¹.

وليس لأحد الشركاء أن يجبر على قسمه مجرى الماء أو محل جريه، لأن هذا قد يؤثر على منفعة الشريك لهذا المجري، بحيث يمكن أن يقوى الجري في محل دون آخر وهذا إما بسبب علو محل عن الآخر. ويجوز قسمت المجري إذا ترضى الشركاء².

البند الثالث: موقف المذهب الشافعي

وقد بين الشافعية أنه لا يمنع الإجماع في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل فيها إلى ما خرج له، وذلك إذا لم يمكن أفراد كل بطريق.

ولو اقتسموا بالتراضي السفلى والعلو لأخر، ولم يتعرضوا للسطح بقي مشتركا بينهما، لأن السطح تابع للطريق. وإذا اختلفت المنافع والأغراض لا تصح القسمة¹.

¹ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ص 193 و 194.

² أبي عبد الله محمد الخرشبي، نفس المرجع، ص 534.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 534.

البند الرابع: موقف المذهب الحنبلي

ذهب فقهاء المذهب الحنبلي إلى أن القسمة تصح، في حالة ما إذا اقتسم الشركاء داراً ووقع الطريق في نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه، أما إقتسامها ووقع الطريق في نصيب أحدهما ولا يوجد منفذ أخر بطلت القسمة، لأن القسمة تقتضي التعديل، ونصيب الذي لا طريق له لا قيمة له بمقارنة بالنصيب الشريك الذي له طريق فلا يحصل التعديل، ولأن شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما أخذه كل واحد منهما يمكن الإنتفاع به، وهذا لا ينتفع به أخذه.

أما إذا رضي المتقاسم بالقسمة مع علمه بأنه لا طريق له جازت، لأن قسمة التراضي بيع، وشراؤه على هذا الوجه جائز¹.

المطلب الثاني: ثبوت حق المتقاسم في نصيبه لتصرف فيه

بعد أن تتم القسمة ويحصل الشريك على حصة مفرزة يثبت له الحق في التصرف فيها، كما يتصرف المالك في أملاكه، وعليه كيف عالج كل من القانون المدني والفقهاء الإسلامي هذه الحالة؟.

وللإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف القانون المدني من ثبوت حق المتقاسم في نصيبه.

الفرع الثاني: موقف الفقهاء الإسلامي من ثبوت حق المتقاسم في نصيبه.

¹ محمد عبد الرحمن الضوييني، نفس المرجع، ص 534.

الفرع الأول: ثبوت حق الشريك في نصيبه لتصرف فيه في القانون المدني

لا يختلف القانون مع الفقه الإسلامي فيما سبق، فمن دواعي إنتهاء عملية الشروع بالقسمة، واستقلال كل شريك بحصته، أن يملك حق التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات، لأنه صار مالكا عاديا، والملكية في القانون تخول لصاحبها ثلاث سلطات هي، التصرف والإنتفاع والإستغلال، فالمالك يملك جميع هذه السلطات¹.

غير أن حرية المالك في التصرف مقيدة في القانون بالتزامات الجوار، فالمالك لا يستطيع أن يستعمل ملكه على نحو يترتب عليه ضرر غير مألوف بالجار، فيمنع المالك من أي إستعمال أو تصرف يضر بجاره ضررا غير مألوف وهذا تطبيق لنص المادة 691 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري².

الفرع الثاني: ثبوت حق المتقاسم في نصيبه لتصرف فيه في الفقه الإسلامي

يثبت للمتقاسم الحق التصرف في نصيبه وهذا في عدت صور، نذكر منها :

- لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء في نصيب الآخر، فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته، وله ان يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه وإن كان يفسد عليه الريح والشمس لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه.

وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحي، لما قلنا، وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا، وإن كان يتأذى به جاره لما قلنا.

كما له الحق في أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة، وإن كان بهن بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك، لم يجبر على التحويل، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن، لأنه لا صنع

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 541.

² نصت المادة 691 من ق.م.ج على: "يجب على المالك ألا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه، إلا أن الكف عما يؤدي الجار أحسن، لقوله تعالى: "وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"¹ و إلى قوله تعالى: " وَالْجَارِ الْجُنُبِ "² فخصه الله تعالى بالأمر بالإحسان إليه، فلتن لا يحسن إليه، فلا أقل من أن يكف عنه أذاه³.

-لو كان هناك دار بين رجلين في سكة غير نافذة إقتسماها، وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فأراد كل واحد منهما أن يفتح بابا أو كوة إلى السكة، له ذلك، ولا يسع لأهل السكة منعهما، لأن كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه، فيملكه، ألا ترى أن له رفع الحائط أصلا، فالباب والكوة أولى⁴.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن لشريك الحق في التصرف في الحصة التي ألت إليه بعد القسمة تصرف المالك، دون أن يكون لبقية الشركاء أو الغير الحق في المعارضة، لكن سؤال الذي يطرح نفسه هو هل لشريك الحق في التصرف المطلق لحصته مادام أنه لا يتعدى الحد المعتاد أم لا بد أن يكون تصرفه لا يضر بالجار؟.

وفي هذا الشأن ذهب كل من الحنفية¹ والشافعية² إلى أن الأصل لا يمنع الإنسان من التصرف في ملكه كما يشاء طالما أنه لا يخرج عن الحدود المعتاد، فإن تعدى ضمن.

إلا أن الحنفية قد قيدوا نوعا ما من سلطة المالك خوفا من أن يضر بجاره وذلك في ما يلي:

¹ الآية 36 من سورة النساء.

² الآية 36 من سورة النساء.

³ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 166.

⁴ الكساني الحنفي، نفس المرجع، ص 168.

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 166.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 539.

-أنه لو كان السفل لواحد من الشركاء، والعلو للأخر، فلصاحب العلو حق القرار على

السفل، ولصاحب السفل حق السقف في العلو أي حق التسيير والتحفظ عن الشمس والمطر، ولهذا فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضراً بالأخر بدون إذنه ولا أن يهدم بناء نفسه¹.

-وإذا وقع الحادث لأحد قسيمين في القسمة وعليه جذورا لأخر، واشترطوا قطع الجدوع في القسمة قطعت، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"، أما إذا لم يتفقوا بقي حال على ما هو عليه، الترك إن كان ضرر لكنهم لما لم يشترطوا القطع في القسمة فقد رضي بالضرر².

في حين ذهب المالكية والحنابلة إلى تقييد المالك في ملكه، بحيث ربط ذلك بعدم القيام بأي تصرف يضر بجاره، ولهذا الأخير الحق في منع التصرف الضار الصادر من جار.

إذ ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره نحو أن بينى فيه حماماً بين الدور أو يحفر بئر إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"³.

وفي هذا السياق جاء أيضاً صاحب الدليل الطالب من الحنابلة، وحرماً على الجار أن يحدث بملكه ما يضر بجاره كحمام ورحى وتثور، وله منعه من ذلك.

وما ذهب إليه المالكية والحنابلة هو الأرجح لأن رأيهم في منع المالك من تصرف في ملكه بما يضر جاره، كان متوافقاً مع روح الشريعة الإسلامية ونصوصها التي تعمل على نشر الفضيلة وحسن الخلق بين البشر جميعاً¹.

¹ المادة 1192 من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المرجع السابق، ص 201.

² الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 168.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 541.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 541.

ومن خلال ما سبق يتبين أن كل من القانون والفقہ الإسلامي متفقان حول مسألة استقلال كل شريك بملك نصيبه وثبوت حقه في التصرف فيه، وإن كانت فروع الفقہ الإسلامي أشمل.

الفصل الثاني

الضمانات المترتبة على قسمة العقار
الشائع بين أحكام القانون المدني
و الشريعة الإسلامية

الفصل الثاني: الضمانات المترتبة على قسمة العقار الشائع

بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية

تقوم القسمة على مبدأ المساواة بين المتقاسمين، إذ بمقتضى هذه القسمة يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له في العقار الشائع من حصة شائعة، فإن اتضح أن أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها أو بعضها، بمعنى أنه لم يأخذ نصيبه الكامل في العقار الشائع، الأمر الذي يتطلب تعويضه، والحقيقة أن المال الذي إستحق في يد المتقاسم لم يكن من الواجب إدخاله في القسمة، أما وقد أدخله الشركاء فيها فإن الشريك الذي اختص به يجب أن يعرض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعاً¹ وهذا هو الهدف من القسمة.

وقد عالج كل من القانون المدني والشريعة الإسلامية الضمان في قسمة العقار الشائع وضع له أحكام خاصة به، وهذا ما سنفصل فيه من خلال هذين الباحثين:

المبحث الأول: ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة العقار الشائع.

المبحث الثاني: طرق الطعن في القسمة الإنفاقية .

¹ محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 221 و 222 .

المبحث الأول: ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة العقار الشائع

يقع على كل الشريك بعد قسمة العقار الشائع إلتزام بضمان التعرض والإستحقاق وذلك بعد أن تتحقق شروط هذا الضمان ،فإن تحقق وجب هذا الضمان بحيث يترتب عليه مجموعة من الآثار .

وضمان التعرض والإستحقاق من مسائل التي تناولها القانون المدني والفقهاء الاسلامي كلا من منظوره الخاص،لهذا خصصنا المطلب الأول لضمان التعرض والإستحقاق في القانون المدني ،أما المطلب الثاني فلضمان التعرض والإستحقاق في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة العقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني

تنص المادة 731 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة ،ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المتنزع حقه،على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة .فإذا كان أحد المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها،ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

ويتضح من هذا النص أنه إذا تمت القسمة واختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع،فلتزم المتقاسمون بضمان بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق ،وهذا ما سنفصل فيه من خلال هذين الفرعين ،حيث سنبيين في الفرع الأول مفهوم الضمان في القسمة،وفي الفرع الثاني الآثار المترتبة على تحقق الضمان.

الفرع الأول: مفهوم الضمان في قسمة العقار الشائع

من أجل تحديد مفهوم الضمان في القسمة، كان لابد من تبيين المقصود بالضمان في القسمة من حيث التعرض والإستحقاق في البند الأول، وعلى أساس هذا الضمان ونطاق تطبيقه في البند الثاني، وعلى شروط الضمان في البند الثالث.

الهند الأول: المقصود بالضمان في قسمة العقار الشائع

لقد فرض المشرع الجزائري من خلال نص المادة 731 من القانون المدني أعلاه على المتقاسمين إلزام بضمان التعرض والإستحقاق.

والمقصود بضمان التعرض هو ضمان إدعاء الغير ملكية المال الذي أل للمتقاسم نتيجة للقسمة، فالتعرض ينبئ عن إستحقاق محتمل، ويتحقق التعرض إذا إدعى الغير ملكية العين التي ألت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو إدعى حقا عينيا آخر عليها¹.

أما عن ضمان الإستحقاق فيقصد به ضمان ما إستحق من أحد المتقاسمين، وذلك إذا حكم للغير بما يدعه في ضمان التعرض بملكية هذه الحصة كلها أو لجزء منها، فتتحقق ضمان الإستحقاق مترتب على الإخلال بدفع تعرض الغير².

ولما كان ضمان التعرض والإستحقاق مألوفاً في العقود الناقلة للملكية كالبيع، كان واجبا على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له، في حين أن القسمة كاشفة لا ناقلة تقوم على أساس آخر، وهو تحقيق العدل والمساواة بين المتقاسمين في القسمة، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق فقد إختلت هذه المساواة ووجب الضمان ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف الكاشف القسمة وهدفها في تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 560.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 560 و 561.

³ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 972.

الهند الثاني: أساس الضمان في القسمة ونطاقه

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى تبيان الأساس القانوني لضمان في القسمة (البند الأول) وكذا نطاق تطبيقه (البند الثاني).

أولاً: أساس الضمان في القسمة

لقد أقر المشرع مبدأ ضمان التعرض والإستحقاق كأثر للقسمة بموجب نص المادة 731 من القانون المدني السالفة الذكر.

وبمقتضى هذا النص يضمن المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق في شأن نصيبه بسبب سابق للقسمة، وقد تم تقرير هذا المبدأ بهدف تحقيق المساواة بين المتقاسمين، إذا أنه وفي بعض الحالات يتعذر الرجوع إلى أحكام ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة لعدم ورودها، مما يستلزم تطبيق قواعد الضمان في البيع وذلك في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة القسمة¹.

ولما كان الإلتزام بالضمان هو أثر من أثار القسمة ومرتببط بالوصف المعطى لها وأن تغير أساسه بتغير وصفها إذ يظل هذا الضمان محتوماً بالنظر إلى ما تستهدفه القسمة من إفراز نصيب مادي لكل متقاسم مطابق لحصته المعنوية يستأثر عليه وحده بالملكية الخالصة، ومثل هذه المطابقة تقتضي حماية ما يفرز لكل متقاسم من نصيب مادي مما قد يصيبه من بعد من إنتقاص أو إستحقاق بسبب سابق على القسمة².

وتجدر الملاحظة إلى أن مبدأ الضمان في القسمة ليست من النظام العام طبقاً لنص المادة 731 / 02 من القانون المدني الجزائري، إذا يمكن للمتقاسمين الإتفاق صرحاً على الإعفاء منه، كما يتمتع الضمان أيضاً إذا كان الإستحقاق راجعاً لخطأ المتقاسم بنفسه.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 972.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 264.

ثاني: نطاق الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق

قصر المشرع الجزائري الضمان على ضمان التعرض والإستحقاق فقط، أما بالنسبة للعيوب الخفية في القسمة فلا يشملها الضمان، وأسس الفقه هذا الاتجاه على أن إلتزام بضمان العيوب الخفية يكون في البيع، كون أن المشتري غير ملزم بقبول المبيع معيب، بينما إذا وجد العيب الخفي في القسمة لا يعني سوى أن المال الذي أُل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته فيكون قد لحقه الغبن، ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب الغبن، هذا إذا كانت القسمة إتفاقية، أما إذا كانت قضائية فلا سبيل لرجوع المتقاسم الذي يختص بعين معينة بسبب هذا العيب¹.

ويتسع نطاق الإلتزام بالضمان التعرض والإستحقاق ليشتمل على كل قسمة، سواء كانت قسمة إتفاقية أو قضائية، عينية أو بتصفية، بمعدل أو بغير معدل، صريحة أو ضمنية².

الهند الثالث: شروط الضمان في قسمة العقار الشائع

من خلال إستقراء نص المادة 731 من القانون المدني الجزائري، فإنه للقيام ضمان التعرض والإستحقاق في القسمة لابد من توافر أربعة شروط وهي: وقوع التعرض والإستحقاق (أولاً)، وقوع التعرض لسبب سابق للقسمة (ثانياً)، عدم وجود إتفاق يعفي من الضمان (ثالثاً)، عدم رجوع الإستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه (رابعاً) .

أولاً: وقوع التعرض أو الإستحقاق

يشترط لقيام ضمان التعرض والإستحقاق في القسمة، أن يقع هذا التعرض أو الإستحقاق من الغير لا من أحد متقاسمين أنفسهم، وهذا ما أقرته المادة 731 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 562 و 563.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 963.

والتعرض الذي يقع من الغير يوجب ضمان التعرض والإستحقاق لأنه مبني على سبب قانوني، مثل أن يدعي شخص إستحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين، أو إدعى عليها حقا عينيا، مثل حق انتفاع، أو حقا شخصيا كما لو إستأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل، فإن ضمان الإستحقاق يقوم في جميع الحالات هذه الأحوال.

وعليه فللمعترض عن التعرض الصادر من الغير أن يرفع دعوى قضائية يدعي من خلالها ما أل إلى المتقاسم من حصة مفرزة، وعلى المتقاسمين الآخرين إثبات عكس ما يدعيه الغير، وإن ثبت عكس وجب الضمان، كما قد يقع التعرض من الغير دون ترفع هذه الدعوى، ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه فيسلم له إدعاءه أو يصلحه عليه، وعلى باقي المتقاسمين المدينين بالضمان أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما إعتقده المتقاسم¹.

أما إذا كان التعرض مادي وصادر من الغير فإن المتقاسم لا يضمنه، كما لا يضمنه البائع، وعلى من وقع عليه التعرض الهادي العمل على حماية حقوقه بالوسائل القانونية المخولة له².

ولم يتناول المشرع الجزائري في المادة 731 من القانون المدني، ضمان التعرض الشخصي في القسمة، ومن تم فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في القانون المدني، وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي للمتقاسم آخر، فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين، فإنه يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقم متجرا ينافسه ويعمل على جلب

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 974.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 564.

زبائن المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه¹ طبقاً لأحكام المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري².

فإذا كان التعرض الشخصي الصادر من المتقاسم مادياً، فإن يمنع تعرض المتقاسم مادياً إتجاه المتقاسم الآخر، فمثلاً إذا كان متجر وقع مفرزاً في نصيب أحد المتقاسمين، عندئذ لا يجوز للمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقوم بإفتتاح متجر آخر مجاوراً فينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول، وهذا ما تقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه³.

أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنياً على سبب قانوني، مثل إن كان في الأموال التي كانت محلاً للقسمة عين مملوكة ملكاً خاصاً لأحد المتقاسمين وليست شائعة، فوقع في نصيب متقاسم آخر، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه، ولا يمنعه من ذلك إلتزام بالضمان، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق وليست ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر، فليس عليه إلتزام بالضمان، وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط، كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له، أن يطالب المتقاسم الذي وقعت هذه العين في نصيبه نقض القسمة للغبين إذا توافرت الشروط⁴.

ثاني: وجود سبب سابق على القسمة

لقد اشترطت الفقرة الأولى من المادة 731 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، أن يكون سبب التعرض أو الإستحقاق سابق على القسمة، أي أن الحق الذي يدعيه الغير على العين التي ألت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، أما إذا كان سبب الإستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها فلا يقع الضمان على باقي المتقاسمين، ومثال ذلك أن تنتزع ملكية العين تحت يد المتقاسم

¹ أحمد الخالدي، المرجع السابق، ص 266 و 267.

² تنص المادة 107 / 1 من ق.م.ج على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية".

³ عبد الرزاق السنهوري، ج08، المرجع السابق، ص 973.

⁴ احمد الخالدي، المرجع السابق، ص 267.

للمنفعة العامة، وذلك بعد تمام القسمة، كما أنه لا ضمان على المتقاسمين إذا كان سبب التعرض أو الإستحقاق راجعا لتقدم مكسب لم تكتمل مدته بالنسبة للغير إلا بعد القسمة بوقت كافي، إذ بإمكان المتقاسم أن يقطع التقادم، فإذا أهمل في قطعه حتى إنتهاء المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الإستحقاق لأن سبب الإستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها¹.

أما إذا كان الحائر، قد وضع يده على العين مدة خمسة عشر سنة إلا شهرا مثلا، ثم وقعت العين بالقسمة في نصيب المتقاسم، فإنه هنا لا يتيسر له في الشهر الباقي لتمام مدة التقادم، أن يكشف عن الوضع وأن يبادر إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم، وبالتالي في هذه الحالة يقوم ضمان الإستحقاق².

ثالثا: عدم وجود اتفاق يعفي من الضمان

من خلال نص المادتين 02/ 731 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "غير أنه لا محل لضمان إذا كان هناك اتفاق صريح، يقتضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها"، ونص المادة 377 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزاع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه.

ويفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهر أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا تعدد البائع إخفاء حق الغير".

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 975.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع، ص 976.

يتبين أن المشرع قد تشدد فيما يتعلق بشروط الإعفاء من الضمان، فإشترط أن يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة التي تنشأ عنها الضمان، وهذا عكس البيع الذي يمكن أن يكون فيه الإعفاء من الضمان ضمنياً، وعماماً دون تحديد سبب الضمان.

والأصل أنه يجوز للمتعاقدين الإتفاق أن يزيد ضمان الإستحقاق، أو ينقصا منه، أو يسقطه بشرط أن لا يعتمد الملتمزم بالضمان إخفاء حق الأجنبي، ومثل الإتفاق على إنقاص الضمان اشترط عدم ضمان حقوق الإرتفاق في القسمة أو في البيع، ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الإرتفاق، ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشاً واشترطوا عدم مسؤوليتهم عنه.

ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشترط عدم المسؤولية عن الغش، حتى ولو كانت المسؤولية عقدية، ويفترض في حق الإرتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان، إذا كان هذا الحق ظاهراً، فيكفي إذن أن يكون المشتري أو المتقاسم عالماً بحق ارتفاق قائم على العقار، ويكون علمه أتياً عن طريق ظهور هذا الحق أو الإنابة عنه، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي، بل يجب أن يشترط عدم الضمان، ويكون الشرط صريحاً فيما يتعلق بالقسمة¹.

رابع: عدم رجوع الإستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه

ويشترط أخيراً لإفادة المتقاسم من الضمان أن لا يكون هو المتسبب بخطئه في إستحقاق الغير نصيبه المفرز الذي أل له بالقسمة، وعليه فمن الطبيعي أن يتحمل وحده هذا الخطأ دون أن يملك الحق في إجبار الباقي المتقاسمين على مشاركته في تحمله، وفي هذا السياق نصت المادة 731 في فقرتها الأخيرة من القانون المدني على أن: "يمنتع الضمان أيضاً إذا كان الإستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه".

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 978.

وإذ كان سبب الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم ،ورفعت دعوى الإستحقاق من قبل الغير وتولى المتقاسم الدفاع دون أن يدخل باقي المتقاسمين في الخصام ،وأهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها،فيفقد في هذا الفرض حقه في الضمان¹.

وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الإستحقاق في البيع حيث تنص المادة 02 / 372 من القانون المدني الجزائري على أن : " فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب ،وصدر على بيع حكم حاز قوة الشيء المقضي به ،فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق "

ويفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم،فلا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع ،كما يكون سبب الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم إذا تولى الدفاع وحده في دعوى الإستحقاق المرفوعة عليه من الغير ،ولم يدخل المتقاسمين الآخرين في الخصام ،وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلا للدفاع أدى إلى خسارته في الدعوى ،إذا ثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه،وذلك قياسا على المادة 373 من القانون المدني الجزائري الواردة على ضمان الإستحقاق في عقد البيع².

الفرع الثاني:الآثار المترتبة على تحقق الضمان

إذا وقع تعرض للشريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي المتقاسمين لإدخالهم في الدعوى لمرفوعة من الغير المتعرض ،ويكون للمتقاسم الحق في الرجوع على باقي المتقاسمين بالتعويض بعد أن تتحقق إحدى الحالات الرجوع بالتعويض عن هذا الإستحقاق ،ما لم يتقادم هذا الحق.

¹ أحمد خالدي ،المرجع السابق ،ص 271.

² أحمد خالدي ، نفس المرجع ،ص 272.

الهند الأول: حق رجوع المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

يرجع المتقاسم بالتعويض على المتقاسمين الآخرين، إذا إستحقت العين التي وقعت في نصيبه، هذا في إحدى الأحوال التالية¹ :

- إذا أخطر المتقاسم باقي المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض.

- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وحكم للمتعرض، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان، أو خطئه.

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

وعليه فإذا ثبت للمتقاسم ضمان الإستحقاق وفقا للحالات المذكورة أعلاه، التزم المتقاسمون بالتعويض عن هذا الإستحقاق، ويكون ذلك في ثلاث حالات، التعويض عن الإستحقاق الكلي، التعويض عن الإستحقاق الجزئي، والتعويض عن رد ما أداه المتقاسم للمتعرض.

- إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى لو تم لأدى إلى رفضها.

- إذا أقر المتقاسم للمعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 980 و 981.

وإذا حكم للغير المعترض بالاستحقاق الكلي على العين وذلك بإثبات ملكيته لها، فله أن يستردها من المتقاسم، ولهذا الأخير أن يرجع بالتعويض الكلي لقيمة حصته المستحقة وقت القسمة، وملحقها، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها للمتعرض، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سيء النية، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان ما لحقه من خسارة، وذلك قياساً على الضمان في البيع طبقاً لأحكام المادة 375 من القانون المدني الجزائري.

كما للمتقاسم أن يلزم المتقاسمين بتعويضه بقدر حصته وذلك أن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين بنسبة حصة كل واحد منهم، فيتحمل مستحق الضمان نفسه جزءاً من هذا التعويض، إذ أن نصيب الآخرين قد نقص بسبب الإستحقاق فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم جميعاً، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين¹، وذلك تطبيقاً لنص المادة 731 من القانون المدني السالفة الذكر.

يتحقق الإستحقاق الجزئي بطرق مختلفة، فقد يستحق جزء من العين الشائع أو جزء المفرز، وقد يتبين له أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين، ظهر بعد ذلك أنه غير موجود، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك إستحقاق جزئي، وإذا إستحقت العين إستحقاق جزئياً فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة، كل بنسبة حصته دون ما بقي من العين، لاختلاف أحكام ضمان الإستحقاق الجزئي في القسمة عن تلك المقررة في البيع²، لأنه تطبيقاً لما ورد فإن

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج08، المرجع السابق، ص 981 و 982.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع ص 983.

المشتري له إما أن يرد ما بقي من المبيع إلى البائع بالإضافة إلى تعويضه عما أصابه من خسارة وعما فاتته من كسب وفقا لأحكام نص المادة 376 من القانون المدني الجزائري.

ويتحقق التعويض كذلك في حالة اتفاق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادي الإستحقاق، سواء الكلي أو الجزئي في مقابل مبلغ مالي، ويقع هذا الإلتزام على جميع المتقاسمين بما فيهم المتعرض له بضمان هذا المبلغ المالي، وهذا قياسا على أحكام عقد البيع.

وهذا الإتفاق يكون في غالب صلحا، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى بقية المتقاسمين استحقاقا للعين، إن كانوا يستطيعون التخلص منه في مقابل أن يردوا المتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذي دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين المتقاسم والمتعرض، كما قد يكون الإتفاق الذي يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود، فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض، فينتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكار في نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين، وفي هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذي أنشئ على العين والفوائد القانونية¹.

الهند الثاني: تقادم الحق في ضمان الإستحقاق

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد تناول أحكام التقادم المسقط، إلا أنه لم يحدد مدة خاصة لتقادم الحق في ضمان الإستحقاق، وهذا ما يجعلنا نطبق القواعد العامة، والتي تقضي بتقادمه بمضي خمسة عشر سنة وهذا طبقا لنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على : "يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون".

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 984 و 985.

أما من حيث الوقت الذي يبدأ فيه سريان هذه المدة فهو محل خلاف بين الفقهاء ،فذهب جانب كبير من الفقه إلى أن سريان مدة تقادم الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق إنما يبدأ من وقت الإستحقاق،باعتبار أن هذا الوقت هو الذي يصبح فيه ضمان الإستحقاق مستحق الأداء،بينما ذهب البعض الآخر إلى أن مدة سريان مدة التقادم تبدأ من وقت القسمة ،إلا أن الرأي الأول هو الراجح،لأنه هو الذي يصبح فيه الإلتزام مستحق الأداء،وهذا طبقا لنص المادة 01/ 315 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء " .

المطلب الثاني:ضمان القسمة في الشريعة الإسلامية

من شروط صحة القسمة أن يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة فإذا لم يكن مملوكا له فلا تصح القسمة ،لأن القسمة إفراس أو معاوضة وكل ذلك لا يصح إلا في المملوك¹.

وبناء على هذا إذا إستحق المقسوم شيئا منه فهل تبطل القسمة مطلقا أو أنها تبطل في القدر المستحق،وإذا بطلت في القدر المستحق فهل يثبت الخيار المستحق عليه أم لا ؟.

وسنحاول الإجابة على ذلك من خلال ما يلي:

-إذا ورد الإستحقاق على كل المقسوم فإن القسمة تكون باطلة ،وهذا بسبب أن المقسوم لم يكن ملكا للمقسوم عليهم أي أن الملك كان مشترك ،وكذا أن القسمة ،وعليه تستأنف القسمة من جديد لإنعدام شرط صحتها،وهذا باتفاق الفقهاء².

-أما إذا ورد الإستحقاق على جزء من المقسوم ،فإما أن يكون هذا الجزء معين في أحد النصبين أو فيهما جميعا أو على بعض شائع في أحد النصبين معا أو بعض شائع في أحد النصبين ،وقد اختلف أقوال الفقهاء بشأن ذلك وهذا ما سنحاول تبيانه.

¹ الكساني الحنفي،المرجع السابق،ص 158.

² الكساني الحنفي،نفس المرجع ،ص 158.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن لا فرق في أحكام الاستحقاق، بين ما إذا كانت القسمة القضائية أو رضائية، لظهور أن المستحق لم يكن مملوكا لهم، ولعدم المعادلة بين الشركاء في كل.

كما لا فرق بين ما إذا كان الشركاء عالمين بالقسمة أو لا، قسموا بأنفسهم أو بواسطة قاسم قاضي أو القاضي نفسه¹.

الفرع الأول: إستحقاق بعض معين في أحد النصيبين

إذا إستحق بعض معين في أحد النصيبين، كان إستحق نصف ما بيد أحد الشريكين أو ربه معينا، فقد اختلف الفقهاء في أثر هذا الاستحقاق.

الرأي الأول ذهب الحنفية في هذا الشأن إلى أن القسمة لا تبطل بهذا الإستحقاق.

لأن الاستحقاق ورد على جزء معين فلا يظهر أن المستحق كان شريكا لهما، كما أنه لا ضرر على المستحق فلا تبطل القسمة.

لكن يثبت الخيار للمستحق عليه، وإن شاء نقض القسمة لأن الإستحقاق أوجب انتقاص المعقود عليه والانتقاص في الأعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لرجع عليه بالنصف فإذا إستحق النصف يرجع بالربع².

والمقصود بالربع هنا هو أي ربع حظ الشريك وهو ثمن المقسوم، والمراد ربع القيمة لأن القسمة لا تفسخ³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 546 و 547 .

² الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 158.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 547.

و الرأي الثاني ذهب المالكية إلى التفرقة بين ورود الإستحقاق على النصف أو الثلث ،أو وروده على الربع فأقل ،أو بين وروده على جل النصيب أو أكثر.

-فإذا ما ورد الإستحقاق على النصف أو الثلث ،فإن القسمة لا تبطل ويمنح للمستحق حق الخيار.

وذهب جمهور المالكية إلى أن حق الخيار إنما يكون بين بقاء القسمة على حالها ولا يرجع بشيء لأن خيرته تفي ضرره ،وبين نقضها ورجوع الشريك على شريكه بقيمة نصف ما قابل الجزء المستحق ثمنًا¹.

فلو كان شريكان في دارين ،فنتقاسما فأخذ كل واحد منهما دارا ،تم إستحق من يده أن يبقى القسمة ولا يفسخها ،ولا شيء له ،وله أن يرجع شريكا بربع الدار الأخرى مع شريكه إن كانت الدار قائمة ،فإن فانت رجع على صاحبها بربع قيمتها يوم قبضه إياها².

-أما إذا ورد الإستحقاق على الربع فأقل ،مما بيد أحد الشركاء ،فإن القسمة لا تنقض فليس له حق فسخها ،بحيث يحق للمستحق منه أن يرجع بنصف قيمة ما إستحق من يده على شريكه الآخر ،ولا يرجع شريكا بنصف ما يقابله³.

وورى عن القاسم أن المستحق منه يشارك صاحبه فيما بيده بقدر ما إستحق ،لكن الأولى قول جمهور الفقهاء من أن المستحق منه الربع فأقل ،يرجع بنصف قيمة ما يقابله من الذي بيد صاحبه⁴.

¹ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 231.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 548.

³ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ص 198.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 548.

-أما إذا ورد الإستحقاق على جل نصيب أحد الشركاء أو أكثر ،ويقدر بما يزيد عن النصف عند المالكية¹.

والمشهور عند المالكية أنه يتعين نقض القسمة جبرا عنهما أي نفيش ،ولا خيار للمستحق منه ليرجع شريكا في الجميع ،فتعود الشركة كما كانت قبل القسمة ،ويقسم ما تبقى بعد الإستحقاق².

في حين ذهب بعض المالكية ،إلى أن المستحق يخير فإن شاء رجع شريكا في الجميع أي ترجع حالة الشروع فيصبح شريكا بقدر صحته في العقار الشائع ،وإن شاء أبقى القسمة على حالها،فلا يرجع بشيء³.

أما الرأي الثالث فهو الشافعية والحنابلة حيث ذهبا إلى أن القسمة تبطل وتستانف من جديد فيما تبقى بعد الإستحقاق ،وذلك لأن ما يتبقى لكل واحد من المتقاسمين لا يكون قدر حقه ،بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر⁴.

ولأن القسمة لم تعدل فيها السهام ،فكانت باطلة ،كما لو فعلا ذلك مع علمها بالحال⁵.

الفرع الثاني: أن يرد الاستحقاق على بعض معين في النصيبين

إذا استحق بعض معين من نصيب كل واحد فلما أن يتساويا الانصبية (البند الأول) وإما ينفوت الانصبية(البند الثاني) .

¹ أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي،التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة المختلطة ،دار ابن الحزم،المجلد 4، بيروت (لبنان)،2011،ص 1936.

² أبي عبد الله محمد الخرشبي،المرجع السابق ،ص 198.

³ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،المرجع السابق ،ص 275.

⁴ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ،المرجع السابق،ص 566.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني،المرجع السابق ،ص 594.

البند الأول: تساوي الأنصبة

لا خلاف بين الفقهاء على أن القسمة صحيحة ،إذا كان المستحق بعضا معيناً من أحد النصيبين من نصيب كل واحد من الفقهاء ،وكان على سواء بينهما ،كما لو إستحق من نصيب كل شريك خمسة أدرع ومن تم فلا رجوع ،وذلك لعدم زيادة أحدهما على الآخر بشيء،ولأن ما تبق لكل واحد منهما بعد الاستحقاق هو قدر حقه بالكامل فلا ضرر على أي واحد منهم لأنه لا تراجع بين الشريكين فيه ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر. واستثنى الحنابلة من ذلك أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر،مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوءه أو نحو ذلك فتبطل القسمة ،لأن هذا يمنع التعديل¹.

البند الثاني: تفاوت الأنصبة

ويقصد بذلك أن يكون المستحق في نصيب أحد الشركاء أكثر من المستحق نصيب الشريك الآخر،كاستحقاق أربعة أدرع من نصيب أحدهم،وستة أدرع من نصيب الثاني.

فذهب الحنفية إلى أن القسمة في هذه الحالة لا تفسخ ،لعدم الضرر على المستحق ،ويرجع الثاني على الأول بذراع لأنه زاد عليه ،وله أيضا أن يفسخ القسمة ويستأنفها من جديد ،وذلك لأن المستحق يرجع في نصيب شريكه في ما زاد عليه ليصل كل الى حقه بلا زيادة لأحدهما على الآخر ،ومقتضاه أنه له حق في نقض القسمة وذلك دفعا لضرر التشقيص².

في حين ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى القول أنه إذا كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من المستحق في نصيب الآخر أو كان ضرره في نصيب أحدهما أكثر من ضرره في نصيب الآخر،بطلت القسمة واستأنفت من جديد لفوات التعديل³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 551.

² محمد أمين الشهيد بابن عابدين، المرجع السابق، ص 386.

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 161.

الفرع الثالث: ورود الاستحقاق على بعض شائع في أحد النصبين

إذا إستحق بعض شائع في نصيب واحد، كما لو اشترك رجلان في قطعة أرض على الشيوع وغاب أحدهما ، واشترى الآخر قطعة اخرى ضمها إلى الأولى، تم مات وورثه الأبناء ،واقسم الأرض كلها أي القطعتين مناصفة ،وهما لا يعلمان ،فعاد الشريك الغائب، وأثبت استحقاقه في القطعة الولي ،وقد وقعت في نصيب أحدهما¹.

وذهب أبي حنيفة ومحمد في رواية عن أبي حفص إلى أن القسمة صحيحة فيما تبقى بعد الإستحقاق، وللمستحق حق الخيار فإن شاء نقض القسمة و سئنتفت من جديد ، وإن شاء أبقى القسمة فيما تبقى ورجع على صاحبه بنصف ما إستحق منه، فإين كان مستحق نصف ما بيده مثلاً ،راجع على صاحبه بنصف ما تبقى².

ووجه ذلك أنه بالإستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لأن المانع من صحة القسمة هو انعدام الملك في القدر المستحق لا فيما وراءه وليس من الضرورة انعدام صحة القسمة في القدر المستحق لإنعدامها لكي تنعدم في الباقي ،لأن المقصود بالقسمة التمييز والإفراز ولا يندم هذا المقصود لاستحقاق جزء شائع من نصيب واحد وعليه لا تبطل القسمة في الباقي³.

ولهذا جازت القسمة في الإبتداء ،بأن كان البعض المقدم من الدار المشتركة بين ثلاثة نفر، والبعض المؤخر بين إثنين منهم ،فاقسم الإثنان مالهما في المقدم وللآخر الماخر، أو إقتسماها على أن لأحدهما ما لهما من مقدم وبعض الماخر مفرزا فهذا لا يجوز فصار الإستحقاق كشيئاً منه⁴.

¹ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، المرجع السابق، ص 100.

² عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي، المرجع السابق، ص 135.

³ الكساتي الحنفي، المرجع السابق، ص 158.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 553.

وللمستحق منه حق إثبات الفسخ، لأن الاستحقاق من أحد النصيبين قد يختلف الإفرار الذي قد تراضيا عليه وقت القسمة، وذلك لدخول عيب الشركة، إذ الشركة في الأعيان مجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار¹.

وذهب المالكية إلى أن الحكم في هذه الحالة كالحكم في الحالة الأولى أي (استحقاق بعض معين من أحد النصيبين) ففرقوا بين الإستهقاق الربع، أو النصف والثالث وما زاد على الربع، أو أكثر من النصف، على النحو المذكور سالفًا.

وذهب الشافعية² والحنابلة³ وأبو يوسف من الحنفية ومعه محمد بن حسن إلى أن القسمة تكون باطلة وتستأنف من جديد.

وجه ذلك أن استحقاق جزء شائع في أحد النصيبين قد يظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح وبالتالي تبطل وتستأنف من جديد، كما لو ورد الإستهقاق على بعض شائع في الكل حيث ينعلم معنى القسمة وهو الإفرار والتميز⁴.

ورأي الراجح ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد في أحد الروايتين وهو أنه إذا استحق بعض شائعين من نصيب معين فإن القسمة تنفسخ وتستأنف من جديد كما لو ورد الإستهقاق على بعض شائع في أحد النصيبين⁵.

¹ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 158.

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 554.

³ بن قدامة القدسي، الكافي، المرجع السابق، ص 480.

⁴ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المرجع السابق، ص 135.

⁵ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، نفس المرجع، ص 135؛ محمد أمين الشهيد بابن عابدين، المرجع السابق، ص 386.

الفرع الرابع: ورود الاستحقاق على بعض شائع في النصيبين جميعا

إذا ورد الاستحقاق على بعض شائع في النصيبين جميعا، وذلك كالدار المشتركة بين الشريكين مناصفة فإقتسامها فأخذ أحدهما ثلثا من مقدمها، وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتها سواء، بأن كانت قيمة كل واحد منها ستمائة درهم مثلا ألف، فأستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالإجماع، لأنه بالإستحقاق تبين أن نصف الدار شائعا ملك المستحق. وفي هذا الشأن قد اختلفت اقوال الفقهاء.

القول الأول ذهب إلى أن القسمة تفسخ و تستأنف من جديد.

وهذا ما أكده كل من الحنفية¹ وأحد القولين عند الشافعية² والمعتمد عند الحنابلة³.

واستدلوا بالحجج التالية:

- أنه بالاستحقاق يتبين أن نصف الدار الشائع في المثال السابق ملك للمستحق، فيتبين أن القسمة لم تصح في النصف الشائع، وذلك غير معلوم فبطلت القسمة⁴.

- وأنه لو ثبتت القسمة لتضرر المستحق بتفريق نصيبه بين الشريكين⁵.

- وكذا لو ظهر أن القدر المستحق لشريك ثالث لم يقاسمها، فصار كأرض بين ثلاثة، فغاب أحدهم فإقتسمها الحاضر على أن تكون حصة الغائب مشاعة في سهم كل واحد منهما، فكانت القسمة باطلة في الجميع كما بطلت في السهم المستحق.

¹ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي، المرجع السابق، ص 135.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 566.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 555.

⁴ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 158.

⁵ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي، المرجع السابق، ص 135.

وعليه تبطل القسمة في النصيبين جميعا ،لأن السهم المستحق كان شائعا في ملك واحد فيقدر على أجازته جميعا بالقسمة ،فلا يجوز أن يجعل في ملكين لا يقدر على جمعه بقسمته¹.

- ولأن شريكهما الثالث لم يحضر القسمة ولم يأذن بها ،فإن هذه الحالة تشبه كما لو كان شريكان يعلمان بهذا الشريك وإقتسما من دونه.

-إن المقصود من القسمة هو التمييز، وبظهور مستحق بجزء مشاع بعد القسمة يخالف هذا المقصود، وهذا لأن المستحق صار شريكا لكل واحد منهما ،فتبطل هذه القسمة لظهور وإنفرد بعض الشركاء بالقسمة.

القول الثاني هو أن تفسخ القسمة في القدر المستحق، وتبقى صحيحة في القدر الباقي بعد الاستحقاق ،فلا تفسخ، ويثبت الخيار لكلا الشريكين بحيث اثر احدهما فسخ القسمة لكان له ذلك.

وهذا ما ذهب إليه كل من الشافعية في أظهر القولين، وعند الحنابلة في وجه ثاني.

فليستدلوا بالحجج التالية:

-إن هذا القول مبني على جواز تفريق الصفقة في البيع.
- ولأن المستحق يأخذ من كل واحد من الشريكين مثل ما يأخذ من الآخر، ويصير مع كل واحد قدر حقه، فأشبهه ما لو كان المستحق معينا في نصيبهما على حد سواء².

في حين ذهب القول الثالث إلى أنه إذا إستحق بعضا شائعا من النصيبين جميعا ،فليس لأحد الشركاء كلام على صاحبه ،لأنه إستحق من نصيب أحدهما مثل ما إستحق من نصيب الآخر، وبالتالي لا تنقض القسمة ،بل يتتبع المستحق كل وارث بقدر نصيبه في الإرث. وهذا ما ذهب إليه المالكية³.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 556.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 556 و 557.

³ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 230.

إلا أن بعض المالكية إنتقدوا هذا الرأي على أساس أن المستحق قد يتضرر من جراء رجوعه على كل واحد من الورثة، إذ صار نصيبه موزعا بعضه في نصيب هذا الوارث وبعضه في نصيب الآخر¹.

وعليه قد منح المالكية للمستحق الحق في الخيار، إما أن يستبقي على القسمة ويرجع بنصيبه على كل وارث بقدر الذي يخصه، وإما أن ينقض القسمة لما عليه من ضرر في تفريق حقه².

الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، في أن الإستحقاق إذا ورد على جزء شائع في النصيبين، فإن القسمة تبطل وتستأنف من جديد لأنه ظهر لهما شريك ثالث، وعدم فسخ القسمة وتفريق نصيبه بين النصيبين يترتب عليه إضرار بالمستحق وهذا لا يجوز.

وما ذهب إليه الرأي الثاني في أن القسمة تفسخ في القدر المستحق وتبقى صحيحة في القدر المتبقي، لا يصح لأن ورود الإستحقاق على بعض الشائع يوجب بطلان القسمة فيه قصداً، ومن ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز أصلاً³.

الفرع الخامس: أثر ورود الإستحقاق بعد البناء و الغرس

إذا اقتسم الشريكان دارين، فأخذ كل واحد منهما دار وبنى فيها أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما في نصيبه أو غرس أو نحو ذلك كمعصرتين أو بستانين ثم ورد الإستحقاق على أحد النصيبين فننقص الشريك البناء وقلع الغرس، فهل يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء والغرس أو لا يرجع؟.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 557.

² أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 230.

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 162.

ويختلف حكم ذلك عند الحنفية باختلاف ما إذا كانت القسمة رضائية أو جبرية.

في حالة إذا كانت القسمة رضائية، أي أن الأموال اقتسمت بين الشركاء بالتراضي، كما لو كانتا دارين أو أرضين وأخذ كل واحد تراضيا ثم استحققت إحداها، وقد بنى فيها أحدها ونقض البناء فإن للباني حق الرجوع على مقاسمة بنصف قيمة البناء هذا عند الإمام أبي حنيفة، لأن القاضي لا يجبر على قسمة الجمع في الدور والعقارات عنده، فيبرز فيه معنى البيع، وما يتبعه من الضمان.

وأما عند الصحابين فوجد اختلاف بينهم، فقال بعضهم لا يرجع، لأن القاضي يجبر على هذه القسمة، فأشبهه إستحقاق النصف من أرض واحدة.

في حين ذهب البعض إلى جواز رجوع الشريك على مقاسمه بنصف قيمة البناء وهذا ما اعتمده القدوري¹.

في حالة إذا كانت القسمة جبرية، أي أن الأموال قسمت بين الشركاء قضاء، وذلك بناء على طلب أحد الشركاء.

وسواء تمت القسمة بإجبار القاضي أو تمت باختيار الشريكين على الوجه الذي يجبرهما القاضي لو ترافعا إليه، ثم إستحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرسا، فتبطل هذه القسمة، وينقص البناء أو يقلع الغرس حسب الحالة، ولا يرجع بشيء من ذلك على صاحبه.

لأن صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضي، فيكون مضافا إلى القاضي. وهذا واضح إذا وقعت القسمة بإجبار القاضي فعلا، وكذلك إذا اقتسما بأنفسهما، لأن ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضي عند المرافعة إليه، وإذا كان مجبورا عليه، فلم يوجد منه ضمان السلامة، فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق إذا هو ضمان السلامة.

¹ الكسائي الحنفي، المرجع السابق، ص 159.

ومن خلال ما سبق يتبين أن المشرع الجزائري قد أقر ضمان الإستحقاق كصورة ثانية بعد ضمان التعرض ،حيث منح للمتقاسمين الحق في التعويض بقدر حصته ،وذلك بعد تحقق ضمان الإستحقاق.

أما عن الفقه الإسلامي فقد فرق بين صور الإستحقاق ،بين ما إذا ورد الإستحقاق على كل المقسوم وتكون بذلك القسمة باطلة وهذا باتفاق الفقهاء ،وبين ما إذا ورد الإستحقاق على جزء من المقسوم وهذه الحالة لها صور متعددة ،وقد تم تطرق لها بالتفصيل في ما سبق.

ومقارنه بين أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي في ما يخض ضمان الإستحقاق توضح لنا أن هناك اتفاق في بعض النقاط واختلاف في البعض الآخر.

فالنسبة لنقاط الإتفاق نجد أن كل من القانون المدني والفقه الإسلامي أقر بضمان الإستحقاق بعد تمام القسمة، وهذا لتحقيق المساواة بين المتقاسمين وضمان العدالة في القسمة. كما اتفق على أن أحكام الإستحقاق ترد على كل أنواع القسمة ،سواء كانت إتفاقية أم قضائية.

أما عن نقاط اختلاف فكانت حول عمومية وخصوصية الإستحقاق ،حيث أن القانون عمم من حكم الإستحقاق ولم يفرق بين حالات الإستحقاق كما فعل الفقه الإسلامي الذي فرق بين صور الإستحقاق وأعطى لكل واحد منها حكمها الخاص.

المبحث الثاني: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية للعقار الشائع

تقوم القسمة على مبدأ المساواة بين المتقاسمين كل بحسب حصته، فإذا اختلف هذا المبدأ ووقع غبن فاحش على أحد المتقاسمين نتيجة القسمة العقار الشائع، جاز له نقض القسمة الإتفاقية، والغبن ليس هو الحالة وحيدة لنقض القسمة بل هناك حالات أخرى يمكن من خلالها طلب نقض القسمة الإتفاقية .

والحق الممنوح لمتقاسمين في إمكانية الطعن في القسمة الإتفاقية هو بمثابة ضمان لكل متقاسم حتى لا يتضرر، وهذا ما أقره كل من القانون المدني والشريعة الإسلامية، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقا لأحكام قانون القانون المدني.

المطلب الثاني: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقا للقانون المدني

منح المشرع الجزائري لأي شريك حق الطعن في القسمة الإتفاقية بإعتبارها عقد كسائر العقود، إما بدعوى البطلان أو دعوى الإبطال أو بدعوى الغبن لكنه إشتراط بإضافة إلى شروط الشكالية لرفع الدعوى شرط شهر العريضة الإفتتاحية لدعوى لدى المحافظة العقارية تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا وهذا ما قضت به كل من نص المادة 85 من المرسوم 63/76¹ وكذا نص المادتين 03/17 و 519 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 03/17 منه على: "يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بالعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار".

¹ تنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 على: "إن دعوى الرامية إلى النطق بفسخ وإبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا.....".

ونصت المادة 519 منه أيضا على: ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعوى الفسخ أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها".

ودعوى البطلان أو الإبطال أو الغبن التي ترتفع من قبل أحد الشركاء يجب أن تكون بناء على عريضة إفتتاحية، يتم شهرها لدى المحافظة العقارية تحت طائلة عدم قبول دعوى شكلا. بالإضافة إلى الشروط الشكلية لدعوى البطلان أو الإبطال أو الغبن، هناك شروط أخرى مرتبط بالموضوع حددها القانون.

الفرع الأول: الطعن في القسمة الإتفاقية بالبطلان أو الإبطال

البطلان المطلق هو الجزاء الذي يرتبه المشرع نتيجة تخلف ركن من أركان الإنعقاد، وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فيعتبر هذا العقد عندئذ غير موجود من الناحية القانونية، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، ولا تصححه الإجازة ولا التقادم¹.

وعليه فإذا كان عقد القسمة الإتفاقية يخنله ركن من أركان إنعقاد جاز طعن فيه بالبطلان المطلق كما سنرى، كما يمكن أيضا الطعن في عقد القسمة الإتفاقية بالإبطال (البطلان النسبي) وذلك إذا تخلف شرط من شروط الصحة²، كنقص الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا وهي الغلط، التدليس، الإكراه.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات-مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 240.

² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام (مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 76.

البند الأول: دعوى بطلان عقد القسمة الإتفاقية

بما أن القسمة الاتفاقية كما سبق الإشارة عقد كسائر العقود فإنها تخضع لنفس أوجه الطعن المطبقة على باقي العقود إلا ما استثنى بنص خاص.

والقسمة الإتفاقية يمكن الطعن فيها بالبطلان في حالة ما إذا كان محل القسمة غير موجود أو قابل للوجود وقت القسمة، ولهذا إعتبر المشرع الجزائري القسمة الواقعة بين الورثة قبل موت المورث من قبيل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وعليه فهذا العقد يعد بمثابة تعامل في تركة مستقبلية ومن تم يعد باطلا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيها بالبطلان¹ وهذا ما قضت به المحكمة العليا بموجب القرار رقم 547042 المؤرخ في 15-10-2009 "يعد باطلا بطلانا مطلق، الإتفاق بخصوص تركة شخص مازال على قيد الحياة"².

كما قد يطعن في القسمة الودية بالبطلان المطلق متى تخلف عنها شرط إجماع الشركاء المنصوص عليه في المادة 723 من القانون المدني الجزائري، حيث رتبته المحكمة العليا في عديد من قراراتها³ ببطلان القسمة الإتفاقية تم تجاهل أحد الورثة المشتاعون.

كما قد تكون القسمة الرضائية الواردة على عقار محلا للبطلان إذا تخلف شرط الشكلية، وهذا ما تم تفصيله سابقا.

البند الثاني: دعوى إبطال عقد القسمة

برغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة أن عقد القسمة الإتفاقية هو عقد قابل لطعن فيه بدعوى الإبطال، إلا أنه ويرجع للأحكام العامة يجوز طلب إبطال عقد القسمة متى توافرت أركان عقد القسمة، ولكن ركن الرضا شابه خلل، كأن يصدر التعبير عن الإرادة بناء

¹ نصت المادة 92 من ق.م.ج: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

² مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الغرفة العقارية، ج 03، 2010، ص 305.

³ قرار رقم 40651، مؤرخ في 24/02/1986 (غير منشور). عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، ص 116.

على غلط أو تدليس أو إكراه، أو أن يصدر التعبير عن الإرادة سليما من العيوب و مع ذلك يجوز طلب إبطاله لصدوره من ناقص الأهلية¹.

أولا: الطعن في القسمة الإتفاقية للغلط أو التدليس أو الإكراه

لقد أجاز المشرع الجزائري لأحد أطراف العقد أن يطلب إبطاله في حالة ما إذا شابه عيب من عيوب الإدارة كالغلط أو التدليس أو الإكراه، حيث يكون العقد في حالة مهدد بالزوال أي قابل للإبطال .

أ- الطعن في القسمة الإتفاقية للغلط

لم يعطي المشرع الجزائري أي تعريف للغلط بل إكتفى بذكر أوصافه وشروطه التي من خلالها يجوز للمتعاقد طلب إبطال العقد وهذا من خلال ما نصت عليه المادة 81 من ق.م.ج بقولها: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

في حين عرف الفقه الغلط بأنه وهم يتولد في ذهن الشخص، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته فيعتقد بوجود أشياء غير موجودة أو يتوهم وجود صفة كونها غير موجودة، والغلط في عقد القسمة الإتفاقية هو من أكثر العيوب إنتشارا، ومثال ذلك أن يعتقد الشريك المتقاسم بموجب عقد القسمة الإتفاقية بأن الجزء الذي سيؤول له هو الذي على الطريق الرئيسي، أي أن العقار الذي سيملكه يقع في منطقة معينة ليتضح في ما بعد غير ذلك²، لذا أجاز المشرع الجزائري أن يطلب إبطال العقد بسبب وقوع الغلط، لكن في مقابل ذلك إشتراط في نص المادة 82 من القانون المدني أن يكون هذا الغلط جوهري قد وقع في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد و التي كانت السبب الرئيسي للتعاقد، أما إذا كان الغلط

¹ فلاح سفيان، قسمة المال المشاع -دراسة مقارنة-، أطروحة الدكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018-2019، ص 127.

² فلاح سفيان، نفس المرجع، ص 128.

مجرد غلط في الحساب أو غلطات القلم فهذا لا يؤثر على صحة العقد وإنما يجب تصحيحه¹.

و بالنسبة للمتعاقد حسن النية الذي وقع في الغلط فقد قرر له المشرع الجزائري حماية تكمن في إمكانية تفادي إبطال العقد الذي تمسك به الطرف الآخر الذي وقع في الغلط وذلك من خلال إبدائه إستعداد لتنفيذ ما اعتقده الشريك و دفعه للتعاقد، وهذا ما قضت به نص المادة 85 من القانون المدني الجزائري بنصها: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن نية".

و يبقى بالأخص ملزما بالعقد إبرامه، إذا ظهر الطرف الأخرى استعداده لتنفيذ هذا العقد".

فإذا توافرت شروط الغلط جاز للمتعاقد الذي وقع في غلط رفع دعوى إبطال عقد القسمة الإتفاقية لوجود الغلط وهذا بعد إتباع الإجراءات رفع الدعوى المنصوص عليها قانونا، غير أنه يمكن أن يزول حق الإبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية من المتعاقد الذي وقع في الغلط، وتستند هذه الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير²، وحق طلب إبطال العقد يخضع لتقادم إذ لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات وهذا وفقا لنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

ب- الطعن في القسمة الإتفاقية للتدليس

يعرف التدليس عند بعض الفقه بأنه هو إستعمال طرق إحتيالية تؤدي إلى إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة ودفعه إلى إبرام العقد بناء على ذلك الوهم³.

¹ نصت المادة 84 من ق.م.ج على: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم و لكن يجب تصحيح الغلط".

² طبقا لنص المادة 100 من ق.م.ج.

³ محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص

ويشترط في التدليس حتى يكون سبب لإبطال العقد بصفة عامة وعقد القسمة الإتفاقية بصفة خاصة توافر عنصرين عنصر مادي وعنصر معنوي.

ويتحقق العنصر المادي حسب نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري بإستعمال أحد المتعاقدين أو النائب عنه طرق احتيالية تبلغ درجة من الجسامة لو علم بها المتعاقد آخر لما أبرم العقد، ويعتبر تدليسا السكوت العمد عن واقعة أو ملابسة، بحيث لو علم بها المتعاقد لإمتنع عن أبرم العقد ومثال ذلك أن تتعلق الملكية العقارية الشائعة بعدة أراضي، وتتم القسمة الإتفاقية بين الشركاء بحيث يختص كل شريك بملكية أرض معينة، ويكون الشركاء على علم بأن أرض التي ألت إلى أحد الشركاء غير صالحة للبناء ويقومون بإخفاء ذلك عنه من أجل مصلحتهم الخاصة، بحيث لو علم بذلك لما قام بإبرام العقد.

أما عن العنصر المعنوي فإنه يتمثل في نية المتعاقد أو نائبه في تضليل المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد .

ولا يشترط في التدليس أن يصدر من المتعاقد الآخر ليتمكن المتعاقد المدلس عليه من طلب إبطال العقد، بل قد يصدر من الغير لكن بشرط أن يكون المتعاقد الآخر عالما به أو من المفترض علمه به¹.

وعلى المتعاقد الذي يدعي التدليس في العقد أن يرفع دعوى قضائية وفقا لما يقتضيه القانون من إجراءات وشروط رفع الدعوى القضائية، وذلك في أجل القانونية والتي حددها المشرع الجزائري ب 5 سنوات تحسب من وقت إبرام العقد وهذا تطبيقا لنص المادة 101 من القانون المدني .

¹ نصت المادة 87 من ق.م.ج على : " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ،فليس للمتعاقد المدلس عليه يطلب إبطال العقد ،ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ،أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

ج - الطعن في القسمة الإتفاقية للإكراه

عقد القسمة الإتفاقية للعقار الشائع هو عقد قائم على رضی الشركاء بمعنى أن إرادة الشركاء هي التي قادتهم لإبرام هذا العقد دون أي إكراه أو ضغط، لكن يمكن في بعض الأحيان أن يقع على أحد الشركاء إكراه يجعله مرغما على إبرام عقد القسمة .

و الإكراه هو ضغط يتعرض له المتعاقد، فيولد في نفسه رهبة أو خوفا تدفعه إلى التعاقد.

ولقد أجاز المشرع الجزائري للمتعاقد المكره الذي وقع تحت سلطان الرهبة أن يطلب إبطال العقد لكن بشرط أن تكون هذه الرهبة بينة التي بعثها المتعاقد الآخر هي سبب لإبرام العقد، ويقصد بالرهبة البينة تلك الظروف التي تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال¹.

ويقسم الفقه القانوني الإكراه إلى نوعين الإكراه المادي والإكراه المعنوي، والإكراه المادي تكون الإرادة معدومة لأن الاختيار معدوم، ويكون العقد بموجبه باطل بطلان مطلق، ومثال ذلك أن يمسك الشركاء بيد الشريك في الشيوخ ويرغمونه على التوقيع على عقد القسمة، وهذا نوع من الإكراه لا يدخل في عيوب الرضا لأنه يعدم الرضا وحكمه البطلان لا الإبطال.

¹ طبقا للمادة 88 من ق.م.ج التي تنص : "يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

تعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه، جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الإجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه ."

أما عن الإكراه المعنوي فهو إكراه ناشئ عن التهديد و الذي يكون مصحوبا بأعمال مادية، فما يحمل الشخص على التعاقد ليس الإكراه و إنما الخوف الذي تولد عنه وهذا النوع من الإكراه هو الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني¹.

والإكراه صادر من غير المتعاقدين لا يجوز التمسك به من قبل المتعاقد المكره إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه، وعليه ووفقا للقواعد العامة يجوز إبطال عقد القسمة للإكراه²، ويكون ذلك بناء على دعوى قضائية يرفعها المتعاقد المكره وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومطالبة بإبطال العقد للإكراه يكون في غضون خمس سنوات من وقت إنقطاع الإكراه على أن تتجاوز المدة الإجمالية بين وقت إبرام العقد ووقت المطالبة عشر سنوات وهذا ما قضت به نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الطعن في القسمة الإتفاقية لنقص أهلية

قد يطعن في القسمة الإتفاقية بالإبطال، وهذا إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو غائب ولم تراعى الإجراءات التي تم تطرق إليها سابقا، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على الطعن في القسمة الإتفاقية لنقص الأهلية أحد الشركاء في الشيوخ، وهذا ما يجعلها تخضع باعتبارها عقد كسائر العقود للقواعد العامة .

ووفقا للقواعد العامة فإن التصرفات التي يقوم بها القاصر تنقسم إلى تصرفات نافعة وتصرفات ضارة وتصرفات دائرة بين النفع والضرر³، فتصرفات النافعة نفعا محضا هي كل

¹ فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 138.

² نصت المادة 89 من ق.م.ج على: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

³ نصت المادة 83 من ق.م.ج على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية ويكون من شأنها زيادة أموال الصغير المميز، أو إنقاص ديونه دون إلتزام، أما التصرفات الضارة ضررا محضا هي تلك التصرفات التي تفقر الذمة المالية للقاصر، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي التصرفات التي يحتمل أن تحقق منفعة للقاصر كما يحتمل أن تلحق خسارة به¹.

والقانون قد منح للناقص الأهلية الحق في إبطال التصرف وفقا للقواعد العامة خلال أجل خمس سنوات تسري من يوم زوال السبب وهذا طبقا لنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

وتجدر الملاحظة إلى أن القانون لم يصنف القسمة بل إكتفى بإعتبار العقد موقوف على إجازة الولي، وأصل العقد الموقوف هو التقسيم الذي منحه الفقه الإسلامي لأصناف العقود .

أما بالنسبة لفئة الأخرى لناقص الأهلية (السفيه) فإن التصرفات التي يبرمها هي تصرفات غير نافذة، وهذا ما قضت به المادة 85 من ق.أ.ج بنصها : "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه" . في حين ذهب نص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري إلى إعتبار أن التصرفات السفيه المحجور عليه باطلة بعد الحكم، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدوره .

وملاحظ على هتين المادتين أنه هناك تناقض يمكن في أن نص المادة 85 السالفة الذكر قد رتب عدم نفاذ التصرف الذي يقوم به السفيه، في حين أن نص المادة 107 من قانون أسرة الجزائري قد رتب على التصرفات التي يقوم بها السفيه قبل الحجر باطلة، لهذا وجب على المشرع ضبط مفاهيم.

¹ فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 154 .

زد على ذلك فإن المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري لم تتضمن ذو الغفلة الذي يعتبر هو آخر من فئة الأشخاص ناقصي الأهلية كما حددتها المادة 43 من قانون المدني الجزائري، وعليه وجب مراجعة مواد (81، 85، 101) قانون الأسرة الجزائري التي لم تتضمن الفئة السابقة الذكر.

الفرع الثاني: نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن

الغبن هو عدم تعادل بين ما يعطيه العاقد وم يأخذه في عقد المعارضة وقت إتمام العقد. وبعبارة أخرى هو عدم تعادل بين الإدعاءات المتقابلة في العقد على وجه يختل التوازن الذي يضعه المتعاقدين موضع إعتبار عند التعاقد، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق ويؤدي إلى خسارة بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطيه فهو مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذه، وغائب إذا أخذ أكثر مما أعطى¹.

ويتطلب الغبن جانبيين جانب مادي يتمثل في خسارة التي تعلق أحد المتعاقدين مقارنة بمتعاقدين آخرين، وجانب نفسي يكمن في ما يقع فيه المتعاقد الآخر من طيش بين وهوى جامع حسب ما نصت عليه المادة 90 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري بقولها أن: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو وهوى جامحا، جاز للقاضي، بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

إلا أن الغبن الذي يؤدى إلى نقض القسمة الإتفاقية أي إلى إمكانية إبطالها له أحكام خاصة به على غرار الغبن كعيب من عيوب الرضا الذي يشترط به الجانب المادي والنفسي الذي تم تطرق إليه.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 386.

وحتى يكون الغبن سبب في نقض القسمة الودية يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط فإذا تحققت نقضت القسمة الإتفاقية، ويترتب عن ذلك آثار سواء على المال المتقاسم في حد ذاته أو على الشركاء المتقاسمين.

البند الأول: شروط نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن

من خلال المادة 732 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقديم بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

نستنتج شروط نقض القسمة الإتفاقية وهي كالتالي:

أولاً: أن تكون القسمة المراد نقضها إتفاقية وليست قضائية

يتبن من خلال نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر أن القسمة التي تنقض للغبن هي القسمة الإتفاقية لا القضائية وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها رقم 446655 الصادر بتاريخ 24 -12- 2008 عن الغرفة المدنية¹، وتبرر ذلك هو أن الإتفاق على القسمة القضائية ففيها ضمانات تحول دون وقع أحد المتقاسمين في الغبن، ونقض القسمة الودية هنا يتم لمجرد الغبن ولو لم يصاحبه تدليس أو غلط، خلافاً للقواعد العامة بهدف خلق المساواة بين الشركاء².

والهدف من منع الغبن في القسمة القضائية هو إعطاء الحصانة للتصرفات التي تجرى تحت أنظار الدولة، سواء كانت القسمة القضائية قد تمت عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية ببيع العقار في المزاد العلني، وهذا نوع من البيع يحظر الطعن بإعتبار أن

¹ مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2009، ص 137.

² عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار النهضة لنشر و التوزيع، مصر، 1991، ص 137 و 138.

القاضي هو من يتولى الأمر به ويتم تحت إشرافه، وعلى ذلك المزداد الذي ينظمه الشركاء في الشبوع بمحض إرادتهم لا يسري عليه هذا المنع ولا يشمل الحصانة التي قررها القانون، وبالتالي يجوز الطعن في البيع على أساس الغبن متى توافرت شروطه¹.

ويجوز أن تنقض القسمة الإتفاقية للغبن سواء كانت قسمة عينية، كلية أو جزئية أو حتى قسمة تصفية إذا أخذ أحد الشركاء أو كلهم حصته من الثمن المقتسم وكانت هذه الحصاة نقل أربعة أخماس لقيمة الحقيقة لشيء المتقاسم².

أما عن قسمة المهابة فلا يجوز الطعن فيها بسبب الغبن لأنها قسمة وقتية³. وتجدر الملاحظة إلى أن هناك من التشريعات العربية التي أجارت نقض القسمة بنوعيتها الإتفاقية والقضائية بسبب الغبن، ومن بينها المشرع اللبناني الذي قضى بذلك بموجب المادة 974 من موجبات وعقود لبناني⁴.

ثانياً: أن ترفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية من طرف المتقاسم

المغبون أو ورثته أو دائنيه

فالمدعي في دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن هو شريك المغبون، أما بالنسبة لشركاء الآخرين اللذين لم يلحقهم الغبن فليس لهم الحق في رفع هذه الدعوى، ودعوى الغبن تنتقل من الشريك إلى خلفه العام والمتمثلون في ورثته إذا يجوز لهم بعد موت مورثهم أن يرفع دعوى نقض قسمة الودية للغبن أو يواصلونا لسير فيها⁵، ويجوز كذلك أن تنتقل إلى خلفه الخاص أي دائنيه إذا له الحق في رفع هذه الدعوى بإسم مدينه، تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بالدعوى الغير مباشرة⁶.

والمدعي عليهم في دعوى نقض القسمة للغبن هم سائر الشركاء، كون أن الدعوى التي ترمي للإبطال القسمة الإتفاقية التي تم إبرامها بإجماع رضا الشركاء⁷.

¹ محمود علي رشدان، الغبن في القانون المدني-دراسة مقارنة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 45.

² عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 904 و 905.

³ فلاح سفيان، المرجع السابق، ص 106.

⁴ محمود علي رشدان، المرجع السابق، ص 274.

⁵ طبقاً للمادة 189 من القانون المدني الجزائري.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 904.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، نفس المرجع، ص 905.

ويتبين من خلال نص المادة 732 من القانون المدني الجزائري أنه يجوز رفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن من طرف الشريك المغبون، حتى لو كان المال محل القسمة منقولاً وهذا خلافاً للقواعد العامة المتعلقة بعقد البيع التي تشترط أن تكون مبيع عقاراً حتى يتم الطعن بالغبن.

وعباً لإثبات الغبن الزائد عن الخمس يقع على عاتق الشريك المغبون أي المدعي، وله إثباته بكافة طرق الإثبات لأنها تتعلق بواقعة مادية، أما في حالة إجازة عقد القسمة من قبل الشريك المغبون فتصبح وغير قابلة لنقض، وفي حالة إثبات الغبن ويتحقق القاضي من ذلك يحكم بنقص القسمة الإتفاقية للغبن ويبطل العقد¹.

ومسألة الغبن ليست من النظام العام، إذن القاضي غير ملزم بإثباتها وإنما على طرف المغبون إثباتها، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها 410107 المؤرخ في 11-07-2007².

ثالثاً: أن ترفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية لها

عملاً بمقتضيات المادة 732 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري وتحت طائلة رفض الدعوى نقض القسمة للغبن، وجب رفعها خلال السنة التالية للقسمة مخالفة لهذه القاعدة يعد بمثابة خرقاً للقانون³.

ومدة السنة هي مدة قصيرة لسقوط حق المغبون في نقض القسمة وعلّة من تحديد المشرع هذه المدة هو استقرار أوضاع المتقاسمين من جهة وسرعة حل النزاع من جهة أخرى، وتحسب هذه السنة من تاريخ إجراء القسمة وهي مدة سقوط وليس تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا انقطاع.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج08، المرجع السابق، ص 902 و907.

² سايس جمال، الملكية العقارية في الإجتهد القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 662.

³ قرار رقم 196366 المؤرخ في 26/07/2000، مجلة الإجتهد القضائي، عدد الخاص، 2004، ص 279.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة إنقضاء مدة السنة فإنه يسقط المتقاسم المغبون في المطالبة بنقضها حتى لو لم يكن عالما بها ، أما في حالة علمه فله الخيار إما برفعها في مدة محددة قانونا أو أن تنازل عنها ضمنيا بعدم رفعه لها أو صرحتا بتصرفه في نصيبه بأي تصرف ناقل للملكية أو تنازله عن نقص هذه القسمة.

رابعا: أن يزيد الغبن عن خمس نصيب المتقاسم

لقد إشتراط المشرع الجزائري حتى يتم قبول دعوى نقض القسمة للغبن أن يثبت الشريك المغبون أن مقدار الغبن يزيد عن الخمس ما يستحقه أي يقل عن أربعة أخماس ،حيث يمكن أن تستعين المحكمة بخبير لتحديد قيمة العقار الشائع .

وتقدير قيمة الغبن يكون وقت إبرام القسمة لا وقت رفع دعوى الغبن ،فالمراد من ذلك تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير ،فلا يعتد بالزيادة أو النقصان الذي يطرأ على العقار الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة¹ .

ولا يكفي لنقض القسمة أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس، لأن هذه الزيادة لو وزعت على بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة لكل واحد منهم غبن يزيد عن الخمس ،ومن تم لا تقبل منهم دعوى الغبن ،وفي تقدير القيمة لا يعتد بالقيمة المقدرة في عقد القسمة ،وإنما يعاد التقدير من الجديد² .

خامسا: عدم إكمال نصيب الشريك المغبون

لنقض القسمة الإنفاقية للغبن يجب أن لا يقوم المدعى عليه بتكملة حصة المدعى نقدا أو عينا من حصته، غير أنه يجوز للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يعرض على

¹ محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 92.

² محمد عزمي بكري، المرجع السابق ص 92.

المدعى تكملت ما نقص من حصته نقداً أو عيناً، فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوي ما نقص من حصة الشريك المغبون، أما عيناً فيكون بتقديم إلى المدعى جزء من العقار المقسوم يكمل حصته، والخيار بين دفع نقداً أو عيناً يبقى للمدعى، وعليه فإذا عرض على المدعى عليه الدفع نقداً وقبله ليس عليه العدول.

والغرض من تكملة حصة المتقاسم المغبون هو وقف هذه الدعوى ومنع القسمة من جديد، حيث أنه يجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام جهة الإستئناف لأول مرة، بل أبعد من ذلك يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنه يجوز للمدين أن يعرض على الدائن ما نقص من حصته حتى بعد صدور الحكم النهائي بنقض القسمة للغبن، بشرط قبل إجراء القسمة الجديدة، فيمنع المدعى عليه من تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافاً إلى ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير بسبب البدء في إجراء قسمة جديدة، مسنداً لنص المادة 845/02 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 2/732 من القانون المدني الجزائري التي جاءت بنفس الصياغة: " للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته "، فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف المدعى عليه لتكملة حصة المدعى، لذلك أجاز له هذا الغرض حتى ما قبل إتمام هذه القسمة¹.

البند الثاني: آثار نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن

إذا نقصت القسمة الاتفاقية اعتبرت كأن لم يكن، وتعاد الحالة إلى ما كانت عليها سابقاً أي تعود حالة الشيوخ بين الشركاء المشاعين، وترتب نقض القسمة الودية نفس الأثر البطلان وهو الأثر الرجعي، أي كل تصرف قام به أحد الشركاء في الأموال المفروزة الواقعة في نصيبه نتيجة القسمة كأن لم يكن وذلك وفقاً للمادة 103 من القانون المدني الجزائري وكذا القرار محكمة العليا 311638 الصادر في 12-10-2005.

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج 08، المرجع السابق، ص 909.

كما يترتب عن ذلك حق الشريك في طلب القسمة من جديد سواء كان الشريك المغبون الذي نقص قسمة أو بقية الشركاء آخرين في المال الشائع، ويمكن أن تكون القسمة الجديدة إتفاقية مثلما كان عليه الأمر من قبل النقص، ويمكن نقض القسمة من جديد وفي حالة اختلاف الشركاء على قسمة المال الشائع وديا يجوز اللجوء إلى القضاء من أجل قسمة قضائياً.

وهذا ما جاءت به المادة 724 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن ترفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة " .

المطلب الثاني: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية طرق الطعن في القسمة الإتفاقية، وقد قررت لمصلحة الشركاء في حالة وجود غبن أو غلط أو ظهور دين أو وارث آخر للمورث، إلا ان هؤلاء الفقهاء قد اختلفوا ثارتا واتفقوا ثارتا أخرى حول هذه الطرق .

وسنعرض ذلك بالتفصيل من خلال فرعين:

الفرع الأول:نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن أو الغلط.

الفرع الثاني:ظهور دين على الميت.

الفرع الثالث:ظهور وصية أو وارث جديد بعد القسمة.

الفرع الأول:نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن أو الغلط

يعد الغبن¹ طريق من طرق التي ينقض بها القسمة الإتفاقية، والمقصود به هو أدلة الشيء السليم بأقل أو أكثر من قيمته الحقيقية لسبب ما¹.

¹ يعرف الغبن لغة ب غَبْنَهُ غَبْنًا وَغَبْنَا فِي الْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ أَيْ خَدَعَهُ وَغَلَبَهُ. -فلانا:نقصه في الثمن وغيره فهو غابنٌ وذلك مَغْبُونٌ.الغَبْنُ والغَبْنُ الخديعة في البيع والشراء.أم المغابنة الغبن في البيع. فؤاد إفرام البستتاني،المرجع السابق، ص 513.

كما يعد الغلط أيضا طريق اخر لنقض القسمة الإتفاقية وهذا ما سنوضحه .

البند الأول:أراء الفقهاء في نقض القسمة الرضائية للغبن أو الغلط

اختلفت أراء الفقهاء حول مدى قابلية نقض القسمة الإتفاقية بالغبن أو الغلط على رأيين:

الرأي الأول ذهب إلى أن دعوى الغبن أو الغلط جائزة لنقض القسمة الإتفاقية وحتى في القسمة القضائية،لكن بشرط إثبات الغبن أو الغلط.

وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية،وكذا الشافعية الذين قالوا أن القسمة هي إفراز لا بيع،وهو قول المالكية الذي اشترط وقوع القسمة بعد تعديل وتقويم.

وهناك أيضا قول الحنابلة،إذا كان القاسم منصوب الشركاء ولم يوجد الرضا بعد القرعة،سواء كان القاسم من بين الشركاء أو غيرهم.

وحجتهم في ذلك أن من صفات القسمة هي عادلة وعليه لا بد من أن تكون القسمة غير جائزة أي أنها تقع تعديلا للأنصبة من غير زيادة أو نقصان في النصيب المستحق،لأن القسمة إفراز بعض الأنصبة ومبادلة البعض،والمبادلات مبنية على الرضا،ف إن وقعت بدون رضا عدت قسمة غير عادلة وبالتالي يمكن نقضها سواء بدعوى الغلط أو الغبن².

أما الرأي الثاني فذهب إلى أن دعوى الغبن أو الغلط غير جائزة لنقص القسمة الإتفاقية.وهذا ما أقره قول للمالكية إذا كانت مرضاة بدون تعديل ولا تقويم،وكذا لأحد قولين عند الحنفية،وهو أصح الوجهين عند الشافعية بناء على أن القسمة بيع³.

¹ علي أبو البصل ،مقال منشور على الموقع: <http://www.alukah.net/sharia/0/83484/#ixzz5SFVY1LKs>

تاريخ الإطلاع 2017-12-12، الساعة: 17:00.

² الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 161 .

³ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني،المرجع السابق،ص 566.

وهو قول جمهور الحنابلة إذا كان القاسم منصوب الشركاء أو هم أنفسهم، ورضوا بقسمته بعد القرعة.

واستدلوا بلأن القسمة التراضي تأخذ معنى البيع، وبالتالي تأخذ نفس أحكام البيع، وعليه فإين دعوى الغبن الواقعة على البيع المرفوعة من المالك لا تنقض البيع، فكذلك القسمة لا تنقض قياسا على البيع لوجود التراضي¹.

بإضافة إلى أن رضا المدعي المغبون بلزيادة في نصيب شريكه يلزمه، فصار كما لو اشترى شيئا بغبن، فلا نقض².

واستدل المالكية على عدم النقض بالغبن إذا قسمت مرضاة بدون تعديل ولا تقويم قد خالفت القرعة واشتبهت البيع فلا ينقض بالغبن³.

والرأي الراجح ما ذهب إليه الرأي الأول القائل أن دعوى الغلط أو الغبن في القسمة الرضائية جائزة مطلقا، كما في القسمة الإجبارية، وذلك لقوه أدلتهم وسلامتها .

وقد رد على الرأي الثاني بأن مدعي الراضي بالغلط والغبن في القسمة كان استنادا إلى عدالة القاسم، فإين تبين له بعد ذلك وقوعه في الغبن، فينبغي ألا يسقط حقه رد هذا الغبن عنه، لئلا يكون هناك أكل لأموال الناس بالباطل، وهو منهى عنه⁴.

البند الثاني: مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة في الفقه الإسلامي

لم يختلف الفقهاء في كون الغبن الفاحش في القسمة يعطي الحق للشريك المغبون في نقض القسمة، لأنه يكون واضحا للخاصة والعامة، فلا يرضي عنه ذوا الطبائع السوية، ويكون من الظلم البين الحكم بصحة القسمة مع¹.

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 372.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، المرجع السابق، ص 566.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 372.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 373.

لكن الخلاف الذي وقع بين الفقهاء حول ما إذا كان الغبن اليسير يجيز نقض القسمة أم لا ؟.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية وجمهور المالكية والحنابلة إلى أن الغبن اليسير لا ينقض القسمة ولا تسمح دعوى المبنية عليه، لأنه تخلو منه قسمة لأن الاحتراز عن مثله عسير جدا².
وذهب الشافعية إلى أن الغبن اليسير يجيز نقض القسمة كالفاحش. وذلك لأن الغبن خطأ في الحكم يجب فسخه، ولا يفرق فيه بين اليسير والكثير³.

ورأي الراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن الغبن اليسر لا ينقض قسمة، فضلا عن أنه ليس متعمدا، كما أن قدر التفاوت اليسر في الأنصبة يرجع إلى التفاوت في قيم المال محل القسمة، وهو يختلف باختلاف المقومين⁴.

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاث اتجاهات .

الاتجاه الأول متمثل في جمهور الفقهاء، ويرى أن كيفية تحديد الغبن اليسير عن الغبن الفاحش يكمن في العادة والمعاملات الناس، فيكون الغبن يسير إذا جرى العرف بتحمل الناس له، كما أقدر ما يساوي عشرة بتسعة.

ويكون الغبن فاحشا إذا جرى العرف على عدم تحمل الناس له، ويختلف القدر المحتمل بناء على هذا اختلاف أجناس الأموال⁵.

في حين ذهب بعض المالكية إلى تحديد الغبن على حسب عادات وأعراف الناس⁶.

¹ علي حيدر، المرجع السابق، ص 163

² محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 379.

³ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 271.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 379.

⁵ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 380.

⁶ عبد الحميد ويسى، المرجع السابق، ص 71.

واستدلوا إلى أنه لم يرد نص بتحديده، مع ورود النهي عنه في الحديث " غبن المسترسل حرام " ولما أصل المغابنة مأذون فيه، لأن البيع للربح، ولا يمكن ذلك إلا بغبن ما، عن المقصود بالغبن في الحديث هو الغبن الفاحش، وحيث لم يحدد الحديث، فيرجع في ذلك للعرف، لأنه المتبادر إلى الفهم¹.

والاتجاه الثاني لجمهور الحنفية فقالوا أن الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش هو تميزه من قبل أهل الخبرة بصفة مطلقة، لأن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين بمعنى تقديرهم والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين².

وبناء عليه فإذا كان بعض الأنصبة غبن هو محل اتفاق أهل الخبرة، بحيث لا يختلفون في تحققه، كان فاحشاً، وإلا كان يسيراً³.

أما الاتجاه الثالث أصحابه يروا ضرورة وضع حد معين لتفرقة بين الغبن اليسير والفاحش، فإذا زاد عن هذا الحد اعتبر غبن فاحش، وإلا كان الغبن يسيراً.

وقد اختلف أصحاب هذا الرأي حول تحديد ذلك الحد المعين الذي يفصل بين الغبن اليسير والفاحش.

فمنهم من حدده بما يساوي الثلث وهذا عند الإمام مالك وابن موسى من الحنابلة وقال بعض أنه ما يساوي السدس⁴، وأما بعض المالكية فحدده بما زاد عن الثلث، وقيل ما يساوي الربع

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 380.

² محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 381.

³ علي خفيف، المرجع السابق، ص 210.

⁴ عبد الله بن عبد المحن التركي، الإنصاف، المرجع السابق، ص 101.

فأكثر، وقال البعض أنه العشر، وقال بعض المالكية أنه محدد في نصف العشر¹، وقال البعض أنه محدد في قيمة الخمس².

والرأي الراجح هو الاتجاه الأول الذي يحتكم في تحديد الغبن الفاحش الذي ينقض به القسمة على العرف والعادة، بحيث إذا لم يرد تقديره من قبل الشرع، يتم الرجوع إلى العرف والعادة ومعرفة أهل الخبرة³.

البند الثالث: دعوى الغبن أو الغلط في الفقه الإسلامي

لدعوى الغبن أو الغلط شروط تكمن في:

أولاً: ميعاد رفع الدعوى

اشتراط المالكية لقبول الدعوى ألا تمضي مدة تدل على الرضا بالغلط أو الغبن، وإن مضت المدة الدالة على الرضا لا تسمع الدعوى، لأن ترك الدعوى بدون تحديد المدة يؤدي إلى الإضرار بالشركاء وبغيرهم هذا من جهة ومن جهة أخرى ينتج عن ذلك عدم استقرار القسمة بينهم. وفي حالة سكوت الشركاء وانقضت المدة اعتبر رضا⁴.

وقد اختلف فقهاء المالكية حول تحديد المدة لقبول الدعوى، فذهب بعض المالكية إلى القول بلأن رفع دعوى الغبن تكون في زمن قريب من القسمة، وأن طالبت المدة بين القسمة ورفع الدعوى لا تسمع الدعوى، أما البعض الآخر فقد حددها بنصف عام، أما إن قام وجوده بعد طول فلا نقض وهذا ظاهر فيما إذا كان الجور أو الغلط ثابت بقول أهل المعرفة، أما إذا كان الغبن أو الغلط فاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم، فلا تنقضي القسمة بدعوة مدعيه حتى ولو أقام

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 381.

² علي خفيف، المرجع السابق، ص 210.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 381.

⁴ محمد عبد الرحمن الضويني، نفس المرجع، ص 389.

الدعوى بقرب القسمة ، طالما أنه سكت مدة تدل على الرضا عرفا ، فإني لم تمضي مدة تدل على الرضا عرفا ، فإني لم تمض مدة تدل على الرضا حلف المدعى أنه ما أطلع على ذلك ولا رضى به ، فإني حلف كان له نقض القسمة¹.

ثانيا: إثبات الغبن أو الغلط

يكون للمدعي الحق في طلب نقض القسمة الإتفاقية لسببين ، إما بسبب الغبن أو الغلط لكن وجب عليه أن يثبت وجود الغبن فاحش في القسمة أو وجود غلط في القسمة ، ويحصل ذلك بأوجه ثلاثة وهي البينة أو الإقرار أو بالنكول عن اليمين .

يتم إثبات الغلط في القسمة بالبينة من قبل مدعي الغلط وذلك عن طريق البينة الشرعية كشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، أما عن إثبات الغبن فيكون من المغبون نفسه بتعين قاسمين حادقين لينظر في ذلك ويعرفا الخلل ، ويشهد به أمام القاضي².

فإن عجز المدعي عن إقامة البينة يكون له إجراء ثاني يمثل في الحصول على إقرار جميع الشركاء المتقاسمين بوجود غبن فاحش في القسمة ف إن حصل ذلك تفسخ القسمة وتقسيم ثانية قسمة عادلة لأنه يلزم المقر بإقراره ، وفي حالة إقرار البعض وإنكار البعض الآخر يقوم المدعي باستحلاف الشركاء ، لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر ، كان له تحليفه ، ولقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " .

فيحلف الشركاء على أنه لا غلط أو غبن ، أو لا زائد معهم ، أو لا يستحق عليهم ما ادعاه ولا شيئا منه ، ومثاله أن يدعي أحد الشركاء المتقاسمين الغبن الفاحش وكانوا عدد المتقاسمين خمسة فلقر اثنان من المدعى عليهم و أنكرا اثنان منهم وحلفا اليمين فتجمع حصة المدعي مع

¹ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، المرجع السابق ، ص 271 .

² محمد عبد الرحمن الضويني ، المرجع السابق ، ص 392 .

حصص المقرين وتقسم الحصص الثلاث ثمانية قسمة عادلة إلى ثلاث أقسام ولا يتعرض للحصتين الباقيين لأن الإقرار حجة قاصرة¹.

وفي حالة إثبات الغبن الفاحش بالنكول ينظر إلى مسألتين ، أولها أن يكون جميع المتقاسمين ناكلين وفي هذه الحالة تفسخ القسمة ب إئفاق الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة)، ومسألة الثانية تتعلق إما بنكول البعض أو يحلف البعض وذلك إذا كان المقسوم لهم خمسة أشخاص وادعى أحدهم الغبن الفاحش وكلف الأربعة شركاء بالحلف اليمين قسمة عادلة فنكل أحدهم عن الحلف وحلف الباقيون فتجمع حصة الناكل مع حصته المدعى وتقسم ثمانية قسمة عادلة أما حصص المدعي عليهم الثلاث فتبقى في يدهم كما كانت لحلف أصحابها اليميني².

الفرع الثاني: ظهور دين على الميت

أول إجراء يقوم به القاضي إذا أراد تقسيم التركة هو أن يسأل الورثة قبل إجراء القسمة عن وجود دين على التركة أو لا ، فلين أجابوا بعدم الوجود تقسم التركة ، أما إذا أجابوا بوجود الدين يميز بين ما إذا كان الدين محيط بالتركة ففي هذه الحالة يمنع الورثة من التملك ولا يقسم التركة مطلقا، لكن إذا كان الدين غير محيط - أي التركة أزيد من الدين - يكون للقاضي إفران مقدار الدين وتوزيع الباقي .

وعليه إذا وقعت القسمة بين الورثة ثم ظهر دين على الميت تنقض هذه القسمة، لكن قد لا تنقض القسمة في هذه الحالة إذا وفي جميع الورثة أو أحدهم بكل الدين³ ، أو ظهر للميت مال آخر يعادل نصيب الدين وقام الورثة بمنحه إياه، أو برء الدائنون الورثة من الدين.

ذهب مذهب الحنفي إلى أنه إذا اقتسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت ، وكان لهذا المتوفى مال آخر لم تتناوله القسمة جعل الدين فيه و تمضي القسمة على ما كانت ، لأن القسمة

¹ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص 163 .

² علي حيدر ، نفس المرجع ، ص 163 و 164 .

³ أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، المرجع السابق، ص 1914 .

تصان عن النقض ما أمكن بحيث يتم صيانتها بجعل الدين فيما لم تتناوله، كذلك تمضي القسمة إذا قضى الورثة الدين من مال أنفسهم، لأن حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرماء كذلك في معناها وهو المالية، وبقضاء الورثة لدين من مال أنفسهم يكونوا قد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، فيتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى، وعليه تكون القسمة صحيحة ولا تنقض.

كما تمضي القسمة أيضا ولا تنقض، إذا أبرأ الغرماء الميت من ديونهم، وبإبراءهم هذا يكونوا قد أسقطوا حقهم في مطالبة بنقض القسمة.

أما إذا لم يكن للميت مال آخر لم تتناوله القسمة أو لم يفي الورثة الدين من مال أنفسهم، أو لم يبرئ الغرماء الميت من ديونهم و طالب الغرماء بديونهم فإن القسمة تنقض سواء كان دين محيط بالتركة أو غير محيط بها، لأن الدين مقدم على الإرث قيلا أو كثيرا: قال الله تعالى: " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ¹ ."

فقد قدم الله سبحانه و تعالى الدين على الإرث سواء قيلا أو كثيرا.

ولأن الدين إذا كان محيطا بالتركة، فإنه بين أنه لا ملك للورثة فيها، وإنما تبقى التركة على ملك الميت ليتمكن الغرماء من استفاء حقهم، وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة.

أما إذا لم يكن الدين محيطا بالتركة، فملك الميت و حق الغرماء، وهو حق الإستفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة .

ولا فرق في ظهور الدين بعد القسمة و سماع الدعوى به و بين أن يكون الدائن أجنبيا أو أحد المتقاسمين، وحتى إذا ظهر لبعض المتقاسمين دين على الميت و ادعى ذلك وأقام البينة عليه، فله نقضها ولا تكون قسمته إبراء من الدين، ولأن حق الغريم يتعلق بمالية التركة لا

¹ الآية 11 من سورة النساء.

بصورتها، ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص، وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة لإقرار منه بأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضا في دعواه و تسمع منه الدعوى كما تسمع من الأجنبي¹.

وهذا بعكس ما إذا ادعى أحد المتقاسمين عينا في التركة بعد تمام القسمة، إذ لا تسمع دعواه مهما كان سبب الدعوى لتناقضه، لأن دعوى ال غني تتعلق بالصورة و القسمة تصادفها، والإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا فلم تسمع دعواه².

وللدائن نقض القسمة ولو كان قد أجازها للورثة قسمتها قبل قضاء الدين أو كان قد رضي بضمان بعض الورثة لدينه، إلا أن يكون البعض قد اشترط براءة الميت، لأنها حينئذ تصير حوالة فينتقل الدين عليه وتخلو التركة عن هو هي الحيلة لقسمة تركة فيها دين³.

حيث ذهب المالكي لى أنه إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة وكان المقسوم مقوما⁴ كدار مثلا أو نحو ذلك من كل ما يقوم، فإن القسمة تنفسخ ويأخذ الغريم حقه ثم يقسم الباقي بين الورثة .

وإذا أتلّف بعضهم نصيبه أو أعسر أو مات أو غاب، فإن لدائن حينئذ أن يأخذ الملىء عن المعدم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت وذلك لتعديلهم في القسم.

كما تنقض القسمة مطلقا إذا طرأ الغريم على الورثة سواء كان عالمين بهذا الدين أو غير عالمين به، لكن إذا دفع جميع الورثة الدين لدائن، فإن القسمة تمضي ولا تفسخ ولا يحق لدائن المطالبة بنقضها، وكذلك الحال إذا دفع الدين أجنبي لدائن من غير ورثة⁵.

¹ الكساتي الحنفي، المرجع السابق، ص 169.

² عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي، المرجع السابق، ص 135.

³ محمد أمين الشهيد بابن عابدين، المرجع السابق، ص 387.

⁴ أبي حسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 236.

⁵ أبي حسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 236.

وتمضي القسمة كذلك إذا دفع بعض الورثة برضا الباقيين، بشرط أن لا يرجع الدافع على بقية الورثة بشيء مما دفعه، أما إذا رجع و لم يدفع الورثة جميعهم للطارئ حقه، أو دفع بعضهم وأبى البعض الآخر فإن القسمة تنقض لأن الدين مقدم على الميراث، فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه¹.

أما عن حالة هلاك المقسوم الذي بيد الورثة بأمر من الله سبحانه وتعالى، فليس للورثة أن يضمنون للغريم شيئاً، لكن إذا هلك المقسوم بسبب الورثة فإنهم يضمنون ما تلف بانتفاعهم².

وقال الشافعية إذا ظهر دين على الميت، فيجب التفريق بين أمرين وهما :

إذا كانت القسمة هي تميز لحقين فإنها لا تنقض و إذا كانت القسمة بيعاً تنقض، وفي نقضها وجهان:

_ تنقض لتعلق حق الغير بالمال.

_ لا تنقض إذا سدد الوارث الدين³.

كما قال الحنابلة لا تبطل القسمة بظهور دين على الميت، لأن تركته يثبت فيها الملك لورثته، سواء كان عليه دين أو لم يكن، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة.

الفرع الثالث: ظهور وصية أو وارث جديد بعد القسمة

قد تتم القسمة بين الشركاء المتقاسمين ويتسلم كل مهم نصيبه مفرزاً، غير أنه قد يظهر بعد ذلك وصية (البند الأول) أو وارث جديد (البند الثاني)، وعليه فما مصير هذه القسمة؟.

¹ أبي حسن علي بن عبد السلام التسولي، نفس المرجع ص 236.

² نفس المرجع، ص 236.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4766.

البند الأول: ظهور وصية بعد القسمة

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا كان الميت قد أوصى بجزء شائع من التركة¹ كالثالث أو الربع ثم ظهر الموصى له بعد قسمة التركة ولم يكن الورثة قد أخرجوا له حصته تنقض القسمة لعدم المعادلة في الباقي بين الشريكين، فيكون الحكم كالأستحقاق².

في حين ذهب بعض الشافعية إلى القول أنه إذا كانت القسمة إفراز حق لا تنقض لأنها صحيحة، ويبيع الأنصباء في الوصية إن لم يوف الورثة الوصية³.

لا تنقض القسمة أيضا في حالة ما إذا عرض الورثة على الموصى له أن يقضوا الوصية من مالهم ورضي الموصى له بذلك، لأن الحق له ولا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاه، وعليه فإذا رفض ذلك نقضت القسمة⁴.

وهذا الحكم ينطبق على القسمة إتفاقية، أما إذا كانت القسمة قضائية لا تنقض القسمة، لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة فلا تنقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض⁵.

البند الثاني: ظهور وارث جديد بعد القسمة

قد تقسم التركة بين الورثة ويأخذ كل واحد منهما نصيبه، ثم يظهر للميت زوجة أخرى أو ابن أو بنت من هذه الزوجة، ولم يكن الورثة عالمين بذلك وقت القسمة، فما حكم ذلك؟.

¹ التركة تتضمن العقار والمنقول.

² أبي حسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 236.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 590

⁴ محمود بن حمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ،البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ج 11، ط 01، بيروت، 2000، ص 460.

⁵ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 170.

ذهب جمهور الفقهاء¹ إلى قول أنه لو ظهر وارث جديد بعد القسمة كثلاثة عصابة اقتسموا
التركة، ثم طرأ رابع فتنقض القسمة وتستأنف من جديد، لأن القسمة فسدت بظهور شريك لم
يشارك فيها وكذا لمنع الضرر الذي يلحق الوارث لو تتبع كل وارث في حصته².

وتنقض القسمة أيضا إذا لم يرضى الوارث الجديد بعرض الورثة المتقاسمين في أن يوفوا
له نصيبه من مالهم، وذلك لتعلق حقه بعين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر³.

في حين ذهب قول للحنفية أنه إذا ظهر وارث جديد بعد القسمة، وكانت قسمة قضائية لا
تنقض لأن القسمة هنا تأخذ حكم قسمة القاضي عند غيبة أحد الشركاء⁴.

وفي هذه الحالة ما للوارث الجديد إلا الرجوع على باقي الورثة المتقاسمين بنصيبه في
التركة.

والواضح مما سبق أن هناك الحالات المؤدية حدوثها إلى نقض القسمة، وتمثل في الغبن
وظهور دين على الميت بعد قسمة التركة، أو ظهور وارث آخر أو موصى له، وهذه الحالات
أقرها الفقه الإسلامي وعالجها كما بينا سابقا.

في حين أن القانون المدني تطرق فقط لدعوى الغبن والبطلان كطريقتين لنقض القسمة
الإتفاقية دون التطرق لبقية الحالات التي جاء بها الفقه الإسلامي (ظهور دين على الميت بعد
قسمة التركة، أو ظهور وارث آخر أو موصى له)، بإستثناء ما ورد في نص المادة 180 من
قانون الأسرة الجزائري التي جاءت عامة بقولها: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

¹ جمهور الفقهاء هم: الشافعية والحنابلة وقول للحنفية إذا كانت قسمة إتفاقية وقول للمالكية إذا كان المقسوم قيميا .

² أبي حسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 235.

³ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 577.

⁴ الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 170.

-مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

-الديون الثابتة في ذمة المتوفي .

-الوصية.

-فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة ألت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا ، ألت إلى الخزينة العامة ."

وكذا ما نصت عليه المادة 222 من ذات القانون على أن: "كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ."

ومن خلال هتين المادتين يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد إشتراط كقاعدة عامة قبل قسمة الميراث أن يتم أخذ مصاريف التجهيز والدفن، ثم أن تقضى ديون الميت، وكذا تأكد الورثة إذ ما كان لمورثهم وصية¹، فإذا إستوفت هذه الشروط جاز للورثة إقتسام الميراث وبتالي فالمشرع قد جعل دين الميت والوصية من أحكام التي تسبق الميراث ،لكن قد يحدث وأن يظهر للوارث دين أو وصية أو وارث جديد بعد القسمة وهذه الحالات كما بينا لم يتعرض لها المشرع الجزائري حينما نظم أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ،ولكنه أحالها إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

وتجدر الملاحظة إلى إن مسألة نقض القسمة بعد ظهور دين على الميت هي مسألة لم يتناولها المشرع الجزائري وإنما تركها لأحكام الشريعة الإسلامية ،بخلاف المشرع المصري الذي نضمها في المادة 897 من القانون المدني بنصها : " دائنوا التركة الدين لم يستوفوا حقوقهم ،لعدم ظهورها في قائمة الجرد ،ولم تكن التأمينات على أموال التركة ،لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن النية حقا عينيا على تلك الأموال ،وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب تلك الأموال".

¹ تنص المادة 184 من ق.أ.ج على : "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ."

وما نستخلصه من هذه المادة أنه يجوز لدائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهور حقهم في قائمة الجرد أن يرجعوا بالدين على أموال التركة، ما بقي منها في أيدي الورثة وهذا لوجوب تقديم الدين على الإرث، وإذا رجع الدائن على أحد أعيان التركة التي إختص بها أحد الورثة، جاز لهذا الأخير أن يرجع على باقي الورثة كل بقدر حصته في الدين، وإذا تم التصرف في أعيان التركة فيرجع الدائنون على الورثة لا المتصرف إليهم¹.

أما عن مسألة ظهور وارث جديد بعد القسمة هي أخرى لم يتعرض لها المشرع الجزائري برغم من أنها المسألة أكثر شيوعاً في الحياة العملية، إذ نجد هناك عدت قضايا مطروحة في أروقت القضاء بشأنها، وفي ذلك ستميز بين حالتين:

الحالة الأولى وهي ظهور وارث جديد بعد القسمة العقار الشائع قسمة الإتفاقية

كما بينا سابقاً أنه بمجرد وفاة المورث وجب على الورثة التوجه إلى الموثق من أجل

إعداد عقد الفريضة لتحديد ورثة المتوفى وكذا استخراج من التركة دين أو وصية إن

وجد، حيث يقوم الموثق بإعداده بناء على تصريح أحد الورثة وشهادة شاهدين بعد تقديم الوثائق المطلوبة².

فإذا تما إبرام عقد الفريضة جاز للورثة إقتسام العقار الشائع بينهم رضائياً ليأخذ كل شريك حصة مفرزة، لكن قد يطرأ وأن يظهر بعد هذه القسمة وارث جديد كأن يكون هذا الوارث جديد

¹ محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 587.

² الوثائق المطلوبة لعقد الفريضة تختلف باختلاف حالات لكن يمكن إجمالها في :

- شهادة وفاة المورث + شهادة ميلاده

- شهادة ميلاد الزوجة + عقد الزواج.

- شهادات ميلاد أبناء (ذكور أو إناث).

- شهادة وفاة أحدهم إذا تحقق ذلك

- بطاقة عائلية للحالة المدنية .

- شهادة ميلاد الوالدين أو شهادة وفاتهم .

- شهادة ميلاد الجدة في حالة وفاة الأم (في حالة وجودها).

هو ابن أو بنت أو زوجة أخرى للمورث لا يعلم بوجودهم الورثة (الشركاء) المتقاسمين أو أنهم يعلموا غير أن هذا الإبن أو بنت أو زوجة كانا نتاج زواج العرفي وهذا نوع من زواج لا يأخذ به عند تحرير عقد الفريضة إلا إذا كان رسمي، مما يحتم على هؤلاء الورثة أو الوارث اللجوء إلى القضاء بناء على دعوى إثبات الزواج العرفي وإلحاق نسبهم طبقا لنص المادة 22 و 40 من قانون الأسرة الجزائري والتي ترفع وأمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المختصة إقليمي وهي موطن المدعى عليه¹، حيث أنه وبعد البث في القضية وحكم لصالحهم يتم استخراج الحكم القضائي، وبعد استفاد كل طرق الطعن يتم استخراج النسخة التنفيذية² وإستكمال الإجراءات الإدارية .

ليتم بعد ذلك اللجوء إلى القضاء بعد فشل المحاولات الودية من أجل تصحيح عقد الفريضة، حيث يعين القاضي شؤون الأسرة الموثق الذي أبرم عقد الفريضة بتصحيحها، غير أنه وبرغم من وجود حكم قضائي إلا أن بعض الموثقين يرفضون تصحيحها مما يحتم على وارث الجديد الذي صدر الحكم لصالحه أن يستصدر أمر على عريضة من أجل تنفيذ الحكم القضائي القاضي بتصحيح عقد الفريضة، وهذا مما قد يتقل كاهل المتقاضي.

وبعد تصحيح عقد الفريضة يتم اللجوء مرة أخرى إلى القضاء من أجل إبطال عقد القسمة الإتفاقية، لكن برغم من أن المشرع الجزائري لم يتضمن هذه الحالة إلا أن القضاء قد أجاز إبطال القسمة الودية إذا كان فيها تجاهل لبعض الورثة وهذا بموجب قرارا رقم 40651 المؤرخ في 24 / 02 / 1986 بنصه: " من المقرر قانونا أن القسمة الودية إذا كانت تتجاهل بعض الورثة فهي باطلة"³.

وإذا تما الحكم بإبطال القسمة لظهور وارث جديد تعاد هذه القسمة من جديد بين الورثة إذا كان العقار الشائع محل القسمة لا يزال في يد المتقاسمين، لكن في حال ما إذا تصرف

¹ طبقا لنص المادة 37 من ق.إ.م.إ.ج .

² راجع المواد 600 إلى 604 من ق.إ.م.إ.ج.

³ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 79.

الورثة أو أحدهم بعد القسمة في نصيبهم كالبيع مثلا وتما إتباع إجراءات المتعلقة ببيع العقار والمتمثلة في التسجيل والشهر العقاري وحصول المشتري على الدفتر العقاري، فيكف يمكن للوارث الجديد أن يسترجع العقار من أجل قسمته مجددا مع العلم أنه صدر حكم بإبطال القسمة محلها العقار المتصرف فيه ؟.

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تضمنها القانون المدني يمكن للوارث الجديد أن يرفع دعوى على أساس بيع ملك الغير أي بيع حصته دون رضاه وفقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه.

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجز في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري".
وبما أن العقد لا يكون نافذ في حق المالك الحقيقي (الوارث الجديد)، ما يبقى للمشتري إلا طلب إبطال العقد مع البائع أو أن يرجع عليه بدعوى ليلزمه بتنفيذ الإلتزام بنقل الملكية أو بدعوى ضمان التعرض .

غير أنه يمكن لهذا الوارث الجديد (المالك) أن يجيز عقد بيع ملك الغير فيزول البطلان وتنتقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري وهذا ما قضت به المادة 398 من القانون المدني الجزائري بقولها : "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.
وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد " .

وتجدر الملاحظة إلى وهذا نوع من معاملات العقارية حسب رأينا ينجم عنه انعدام الإستقرار القانوني ، إذ أصبح الأفراد يشتررون وهم في وضعية قلة وعدم أمان و استقرار برغم من إستفاء الإجراءات القانونية للبيع و المثلثة في الشهر والحصول على الدفتر العقاري الذي

يكتسي القوة الثبوتية في إثبات ملكية العقارية ليجدون أنفسهم أمام واقع مغاير تماما لهذا على
المشرع استدراك هذا الأمر وتنظيم هذه المسألة .

الحالة الثانية ظهور وارث جديد بعد القسمة العقار الشائع قسمة القضائية

في حالة استحالة القسمة الودية يتم اللجوء إلى القضاء لإقسام العقار الشائع، فإذا كانت
قسمة عيننا ممكنة قسم عيننا وفي حالة عدم إمكانية ذلك قسم قسمة تصفية، غير أنه قد يظهر
بعد قسمة العينة للعقار الشائع قضائيا وصدور حكم نهائي بذلك وارث جديد، في هذه الحالة لا
يمكن لهذا الأخير المطالبة بإبطال الحكم القضائي، وما بقي له إلا رفع دعوى اعتراض الغير
الخارج عن الخصومة بعد توافر الشروط المنصوص عليها قانونا¹، ليتم إعادة النظر في القضية
ويتم إعادة القسمة من جديد إذا تبين للمحكمة ذلك .

أما إذا تمت القسمة عن طريق التصفية أي عن طريق بيع في المزاد العلني وظهر وارث
جديد فلا يمكن له أن يبطل أو أن يتخذ إجراء آخر كما هو حال في قسمة العينية القضائية للعقار
الشائع على إعتبار أن حكم بالبيع في المزاد العلني حكم نهائي غير قابل لأي طعن، وما يبقى
للوارث الجديد إلا اللجوء إلى القضاء لمطالبة الورثة بقدر حصته.

¹ راجع المواد من 380 إلى 389 من ق.إ.م.إ.ج.

خاتمة

خاتمة

من خلال الدراسة والبحث في موضوع قسمة العقار الشائع بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، تبين أن حالة الشيوع والبقاء فيه أمر أثار العديد من منازعات بين الشركاء، نظرا لتزاحمهم على ملكية العقار الشائع، وهذا ما جعل الشيوع أمر غير مرغوب فيه والخروج منه هو الأصل، ويتم قسمة العقار الشائع إما بصفة نهائية تدرج تحتها القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية وإما بصفة مؤقتة (قسمة المهاية)، حيث يترتب عليها مجموعة من الآثار. فبالنسبة للقسمة الإتفاقية فهي قائم على رضا الشركاء وإجماعهم، غير أن هذا الرضا غير كافي لتمتعهم بالأهلية الكاملة بإضافة إلى توافر شروط أخرى في كل من المقسوم له والمقسوم، مع إتباع إجراءات معينة.

أما بالنسبة للقسمة القضائية فهي تتم عن طريق القضاء يلجأ إليها الشركاء في حالة عدم إنفاقهم وذلك بعد توافر الشروط، وتكون إما عن طريق القسمة العينية حيث يتحصل كل شريك كل نصيبه مفرزا وهذا بعد الإستعانة بالخبرة وإجراء القرعة من قبل القاضي، وقد تكون عن طريق التصفية في حالة تعذر القسمة العينية حيث يتم بيع العقار الشائع في المزاد العلني، ومزاد العلني قد يكون بين الشركاء فقط في حالة إجماعهم، وقد يكون مفتوح الأجنب، حيث يرسوا على من تقدم بأحسن عطاء.

كما قد تتم القسمة بصفة مؤقتة أي عن طريق المهاية سواء المكانية أو الزمانية، فقسمة المهاية المكانية هي التي ينتفع الشريك بموجبها بجزء معين من عقار الشائع لمدة معينة، أما قسمة المهاية الزمانية فهي إنتفاع كل شريك لمدة معينة بكل العقار الشائع، حيث تخضع قسمة المهاية بنوعها لأحكام عقد الإيجار مما يجعل قسمة المهاية تكتسي الطابع المؤقتة.

فإذا تحقق شروط وإجراءات القسمة سواء الإتفاقية أو القضائية فإنه بعد تمامها ترتب آثار، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز عن بقية حصص الشركاء الآخرين فيستقل به، كما يقع على المتقاسمين إلزام بالضمان بعضهم البعض ما قد يقع منهم من تعرض وإستحقاق.

برغم من أن المشرع الجزائري قد إهتم بتنظيم أحكام قسمة العقار الشائع إلا أنه وجد بعض الثغرات والنقائص في بعض النصوص، بإضافة إلى ظهور عدة إشكالات عملية، غير أن الشريعة الإسلامية وفي كثير من مواضع قد عالجت هذه النقائص، ولقد كان تدخل القضاء تدخل محتشم وخصوصا في ما يتعلق بأثار قسمة العقار الشائع.

وهذا ما تناولناه بالتفصيل من خلال دراستنا محاولين إعطاء الحلول ومعرفة نسبة المطابقة بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية .

وقد توصلنا إلى النتائج التالية، نذكرها وفقا لترتيب التالي:

- إتفقت كل من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على وجوب توافر الأهلية لدى المقسوم له في قسمة الإتفاقية وفي حالة تعذر ذلك وكان أحد الشركاء ناقص الأهلية وجب إستصدار إذن من القاضي، غير أن القانون المدني لم يتطرق إلى حالة وجود غائب بين الشركاء وحتى برجع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده يتطرق فقط لمسألة تعيين مقدم لتسيير أموال المفقود وحتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطرق فقط لحالة بيع العقار الشائع بالمزاد العلني الذي يكون أحد شركاء مفقود، وبالتالي لم يتطرق لحالة القسمة إتفاقيا للعقار الشائع الذي يكون أحد شركاء غائب وبالتالي لمن يبين إجراء المتخذ في هذه الحالة، في حين أن الشريعة الإسلامية نظمت هذه المسألة وأوجبت على من له مصلحة أن يلجأ إلى قضاء من أجل

إستصدار أمر يقضي بقسمة العقار شائع إتفاقا ،أما في حالة وجود وكيل فلا دعي للجوء إلى القضاء.

-القسمة الإتفاقية للعقار الشائع تكون بناء على إتفاق ورضا كل الشركاء ،حيث تتم وفقا للإجراءات محددة تختلف بإختلاف نوع العقار بين ما إذا كان حضري أو فلاحى أو مملوك بين الدولة والخواص ،وهذا الإختلاف راجع لخصوصية كل نوع .

-أجاز الفقه الإسلامى للقاضي أن يقسم العقار الشائع رضائيا إذا أجمع الشركاء على قسمته من قبل القاضي،في حين القانون المدنى الجزائرى لم يتطرق لهذه المسألة بل تطرق فقط لحالات اللجوء إلى القسمة القضائية وترك مسألة القسمة الإتفاقية لإجماع الشركاء وتوجههم إلى الموثق لتحريير عقد القسمة الإتفاقية ،وعليه فهل يجوز للقاضي أن يقسم العقار الشائع رضائيا في حالة إجماع الشركاء.

-إنطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن سلطة القاضي في القسمة الإتفاقية مقيدة بهذه القاعدة، إذ لا يمكنه تعديل هذه القسمة بإستثناء إبطالها ونقضها.

-إشترط المشرع الجزائرى حتى تكون قسمة العقار نافذة يجب أن يتم تسجيلها وشهرها تحت طائلة البطلان .

- إتفق كل الشريعة الإسلامية والقانون المدنى الجزائرى حول شرط أن يكون القاسم عالما بمقتضيات عملية القسمة .

-منحت الشريعة الإسلامية للقاضي إمكانية تعطيل طلب القسمة إذا كان إجراءها قد يحدث ضرر لجميع الشركاء،في حين أن المدنى لم يعطي السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة .

-لقد إنتفتت الشريعة الإسلامية والقانون المدني على جواز قسمة الأراضي الفلاحية الشائعة، لكن الشريعة الإسلامية كانت أكثر تفصيل في هذه المسألة بحيث تطرقت لمسألة قسمة الأرض والشجر معا أي الأراضي المغروسة بالأشجار.

-القرعة في القسمة القضائية إجراء يقوم به القاضي حتى لا تكون هناك حصص متفرقة وبالتالي يخرج الشريك من ضرر الشيوخ النصيب المتفرق، وهذا ما إنتفى عليه كل من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، غير أن أخير في ما يتعلق بالقسمة الإتفاقية لم يشر إلى إمكانية إجراء القرعة بخصوصها، في حين أن جمهور الفقه الإسلامي أجاز إجراء القرعة في القسمة الإتفاقية وأسندت المهمة للقاضي في حالة إجماع الشركاء مع بقاءها قسمة إتفاقية.

-نتائج إجراء القرعة في القسمة قضائية ملزمة للشركاء في الشيوخ وهذا بإتفاق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، وأضافة أحكام شريعة الإسلامية مسألة لزوم نتائج القرعة في القسمة الإتفاقية في أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة.

-أجاز المشرع الجزائري لدائنين الشركاء التدخل في إجراءات القسمة وهذا حماية لمصالحهم، في حين أن الشريعة الإسلامية لم تتضمن ذلك، غير أن ذلك لا يتعارض مع أحكامها.

-حدد القانون المدني الجزائري مدة المهابة المكانية وأجاز تحويلها إلى القسمة نهائية بشرط أن تدوم مدة 15 سنة، في أن الشريعة الإسلامية لم تحدد لها مدة لأنها لا تجيز تحول قسمة المهابة إلى قسمة نهائية.

-تعد قسمة المهايأة قسمة مؤقتة لا تنهي حالة الشيوخ لذلك فهي لا تخضع لأحكام القسمة النهائية بل تخضع لأحكام عقد الإيجار بالقدر الذي لا يتعارض فيه هذه الأحكام مع طبيعتها، وهذا ما يتفق فيه القانون المدني الجزائري وجانب من الفقه الإسلامي.

-للقسمة أثر كاشف وهذا ما أقره المشرع الجزائري في القانون المدني، في حين جاء الفقه الإسلامي مخالفا لذلك وإعتبر أن القسمة لها أثر ناقل.

- الغبن جائز في القسمة الإتفاقية وهذا بإتفاق كل من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية أجازت الغبن في القسمة القضائية وهذا لخلق المساواة بين المتقاسمين، بخلاف القانون المدني الجزائري الذي لم يجز لشركاء نقض القسمة القضائية للغبن .

-تنقض القسمة في الشريعة الإسلامية بظهور دين على الميت بعد قسمة التركة أو بظهور وارث آخر أو موصى له، غير أن المشرع الجزائري في القانون المدني لم يتضمن هذه الحالات.

- حيث انفقت كل من الشريعة الإسلامية و القانون المدني على عدم جواز الشفعة في قسمة العقار الشائع .

وعلى ضوء هذه النتائج خرجنا بالتوصيات التالية:

-على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 723 من القانون المدني وذلك بإدراج حالة الغائب مع ناقص الأهلية.

- على المشرع وجوب تكريس المراقبة البعدية ل نقاضي على العقد النهائي لقسمة العقار الشائع رضائيا في حالة وجود ناقص الأهلية والغائب، وأرجح أن تكون قسمة قضائية لتعزيز الحماية القانونية.

- ضرورة توسيع من مفهوم نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري ،لنشمّل القسمة الإتفاقية.

-على المشرع الجزائري تنظيم أحكام قسمة المهاية بنصوص خاصة بدل من ترك المجال مفتوح لتطبيق أحكام عقد الإيجار.

-على المشرع الجزائري إعادة النظر بخصوص نص المادة 730 من القانون المدني الجزائري بجعل القسمة ذات أثر مزدوج كاشف وناقل.

قائمة

المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

• القرآن الكريم

• معاجم اللغة والقواميس

(1) ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، المجلد الأول، بيروت، بدون سنة الطبع.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الجزء 05.

(3) ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، المجلد الثامن، بيروت، بدون سنة طبع.

(4) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان.

(5) أديب اللجمي، المحيط، مجمع اللغة العربية، مجلد 03.

(6) فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق، الطبعة 02، بيروت (لبنان).

(7) مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، دار

الدعوة، الجزء 01، إسطنبول (تركيا).

• النصوص القانونية والتنظيمية

أ- الأوامر:

(1) الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل

والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ع.31.

(2) الأمر 74-75 المؤرخ في 12 ديسمبر 1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر.ع 92.

(3) الأمر 08-95 المؤرخ في 01 فبراير 1995، يتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، ج.ر.ع 20.

ب- القوانين:

(1) القانون رقم 19-87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الوطنية وتحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج.ر.ع 50.

(2) القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ع 49، المعدل والمتمم.

(3) القانون 30-90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ 20 يوليو 2008، ج.ر.ع 44.

(4) القانون رقم 22-03 المؤرخ في 28/12/2003، المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج.ر.ع 83.

(5) القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن مهنة تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ع 14.

6) القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007، المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق العقاري، ج.ر.ع 15.

7) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21.

8) القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة لدولة، ج.ر.ع 46.

9) القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27-12-2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر.ع 76.

ج- المراسيم التنفيذية:

1) المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع 30، المعدل والمتمم

2) المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 ديسمبر 1997، يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر.ع 84.

3) المرسوم التنفيذي رقم 08-147، المؤرخ في 19 ماي 2008، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم الملكية، ج.ر.ع 26.

4) المرسوم التنفيذي رقم 10-326، المؤرخ في 23 ديسمبر 2010، المحدد لكيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة، ج.ر.ع 79.

5) المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 16 يناير 2012، المحدد لشروط
وكيفيات إدارة وتسير الأملاك العمومية والخاصة التابعة لدولة، ج.ر.ع 69.

6) المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المؤرخ في 25 يناير 2015، المتضمن تحديد
كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر.ع 07.

ثانيا: المراجع العامة

أ- المراجع القانونية:

1) أنور الطلبة، الوسيط في القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الجزء 05، مصر،
2001.

2) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، ب.س.ط،

3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية، دار إحياء
الثرات العربي، الجزء الثامن، بيروت (لبنان).

4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على

الإنشاع بالشيء عقد الإيجار والوديعة، دار إحياء الثرات العربي، الجزء السادس، بيروت
(لبنان).

5) عبد القادر بن عزوز سليمان ولد خسال، أحكام الهبة والوقف والوصية والميراث،

دار بن طفيل، الجزائر، 2011.

- (6) عبد المنعم الصدة ،الحقوق العينية الأصلية،دار النهضة العربية،بيروت،بدون سنة.
- (7) عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ،دار النهضة لنشر والتوزيع،مصر،1991.
- (8) علي الخفيف،الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية،دار الفكر العربي،مصر،1996.
- (9) علي فيلاي،نظرية الحق،موفم للنشر،الجزائر،2011.
- (10)محمد حسنين،الوجيز في نظرية الإلتزام (مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1983.
- (11)محمد حسين منصور ،النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام-،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2006.
- (12)محمد حريط،الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري،دار هومه،الطبعة 02،الجزائر،2015.
- (13)محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني :النظرية العامة للإلتزامات-مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة -دراسة مقارنة في القوانين العربية،دار الهدى ، الجزائر،2007 .
- (14)محمود علي الرشدان ،الغبن في القانون المدني-دراسة مقارنة،دار الثقافة لنشر والتوزيع،عمان،2010.

15) مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون سنة.

ب- المراجع الفقهية:

(1) أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي ، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة

المختلطة ، دار أبين الحزم، المجلد 4، بيروت (لبنان)، 2011.

(2) أبي عبد الله محمد ابن أحمد ابن أبي بكر القرطبي ، جامع أحكم القرآن ، مؤسسة

الرسالة ، الجزء السادس ، بيروت (لبنان)، 2006

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، الجزء السادس، 1997.

(4) وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفاة، الجزء

33، الكويت، 1990.

• الفقه الحنفي:

(1) الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، دار الكتب العلمية، الجزء 09

، الطبعة 02، 1986.

(2) الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، دار الكتب العلمية، الجزء

09، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.

(3) علي حيدر ، دار الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الجزء 03، بيروت،

2003.

4) عبد الرحمن بن محمد سليمان الكيبولي ،مجمع الأنهر،دار الكتب العلمية،الجزء 04، لبنان،1998 .

5) محمد أمين الشهيد بابن عابدين ،رد المختار،دار عالم الكتب،الجزء 09،الرياض ،2003.

6) محمود بن حمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ،البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ج 11، ط 01، بيروت،2000.

• **الفقه الحنبلي:**

1) أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي،الكافي،المكتب الإسلامي،الجزء الرابع،دمشق وبيروت.

2) عبد الله بن عبد المحن التركي ،المقنع والشرح الكبير والإنصاف،هجر للطباعة والنشر والتوزيع،الجزء 29،1996.

3) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ،المغني،دار عالم الكتب،الجزء 14،الرياض،1997.

• **الفقه الشافعي:**

1) إمام النووي،روضة الطالبين،المكتب الإسلامي،الجزء 11،1991.

2) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج،دار المعرفة،الجزء 04،بيروت،1997.

• الفقه المالكي:

- 1) أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ،البهجة في شرح التحفة،دار الكتب العلمية،الجزء الثاني،لبنان،1998.
- 2) أبي عبد الله محمد الخرشي ،شرح الخرشي،دار الفكر للطباعة،الجزء 06،الطبعة 02،بيروت،1317 هجري.
- 3) سيدي أحمد الدردير،الشرح الصغير،مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية،الجزء 03،الجزائر،بدون سنة نشر.
- 4) القاضي عبد الوهاب البغدادي ،المعونة،مكتبة نزار مصطفى الباز،الجزء 02،المملكة العربية السعودية،1999.
- 5) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،حاشية الدسوقي ،دار الكتب العلمية،الجزء 05،بيروت(لبنان)،1996.
- 6) محمد بن أحمد محمد بن أحمد رشيد القرطبي ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مكتبة طالب العلم،المكتب الثقافي السعودي بالمغرب،1417 هجري.
- 7) محمد سكمال المجاحي ،المهذب في الفقه المالكي،عالم المعرفة ودار القلم،الجزء 03،الجزائر ودمشق،2012.

ثالثا: المراجع الخاصة

- (1) إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، القسمة، الوعي الإسلامي، الطبعة الأولى، الكويت، 2011.
- (2) أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري-على ضوء إجتهااد المحكمة العليا ومجلس الدولة-، دار هومه، الجزائر، 2008.
- (3) أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- (4) أحمد فلاح عبد البخيث، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- (5) إقولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015.
- (6) السيد عبد الصمد محمد يوسف ، أحكام القرعة في ميزان الفقه الإسلامي والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 01، الإسكندرية، 2015.
- (7) أيمن سعيد عبد المجيد سليم، سلطات الملك على الشيوع في إستعمال المال الشائع وإستغلاله، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (8) بلخير سعيد وبلخير نصيرة ليلية، التركة القسمة بيع عقار المشاع، زكريا منشورات قانونية، الطبعة 01، الجزائر، 1992.
- (9) بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، دار هومة، الجزائر، 2015.

10) جمال سايس ،الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري (قرارات المحكمة العليا

،قرارات مجلس الدولة)، ط 2، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

11) حمدي باشا عمر ،نقل الملكية العقارية، دار هوهة ،الجزائر ،2000.

12) حمدي باشا عمر ،القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر، 2002.

13) حمدي باشا عمر ،القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس

الدولة والمحكمة العليا، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

14) حمدي محمد إسماعيل سلطح ، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقہ

الإسلامي، دار الجامعية الجديد، 2009.

15) قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من سنة

1962 إلى 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

16) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومه، الجزائر، 2013 .

17) مجيد مخلوفي، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال

التربوية، الطبعة 01، 2003.

18) مجيد مخلوفي، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر

،2007.

19) محمد المنجي ،دعوى القسمة منشأة المعارف، الإسكندرية ،مصر ،1996.

20) محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه لإسلامي و القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

21) محمد عزمي بكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى إفراز والتجيب، دار محمود لنشر والتوزيع، الطبعة 09، 2004.

22) نهلة أحمد فوزي، المدونة المدنية في قسمة المال الشائع في ضوء الفقه وأحكام القضاء الصادر حتى 2018، المركز القومي لإصدارات القانونية، الطبعة 01، القاهرة، 2019.

23) يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2015.

رابعا: الرسائل والمذكرات العلمية

أ- رسائل الدكتوراة

1) رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراة، جامعة تيزي وزو، 2014.

2) عقوني محمد، الإنتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016.

3) فلاح سفيان، قسمة المال المشاع -دراسة مقارنة-، أطروحة الدكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018-2019.

4) **كيحل حياة**،قسسة المهايأة (دراسة مقارنة)،أطروحة دكتوراة في القانون الخاص،

كلية الحقوق،جامعة الجزائر 01 ، 2013-2014.

ب-مذكرات الماجستير

1) **عبد الحميد ويسى** ، طورى القسمة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري،

مذكرة ماجستير،كلية العلوم الإجماعية والعلوم السياسية-قسم الشريعة-،جامعة أدرار،

2006-2007.

2) **عبد المجيد رحابي** ، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري،

مذكرة ماجستير،تخصص القانون العقاري،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج

لخضر-باتنة-،2009.

3) **غلاب نجاه** ، تجزئة الأراض الفلاحية المشاعة الخاضعة للقانون الخاص ،مذكرة

ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر -1- ،2013-2014.

4) **مازن زايد جميل عمران** ،القسمة الرضائية للعقار (دراسة مقارنة)،مذكرة

ماجستير،جامعة النجاح الوطنية بكلية الدراسات العليا،فلسطين،2008.

5) **محمد سلام ودرويش مصطفى اللوح** ،القسمة القضائية للمال الشائع،مذكرة

ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة الأزهر ،غزة،2018.

خامسا:المقالات العلمية

1) **إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة**،القسمة،الوعي الإسلامي،الكويت،2011.

(2) جابر مهنا سبيل ،إنقضاء الشيوخ بالقسمة القضائية،كلية المأمون الجامعية،مقال

منشور على موقع: <https://www.iasj.net/ias>،تاريخ الإطلاع 2017-07-09.

(3) جبار جميلة،الحكم القضائي كسند لإثبات الملكية العقارية الخاصة،مجلة البحوث

والدراسات القانونية والسياسية ،العدد 14.

(4) جبار جميلة ،الشهادة الثوتيقية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية

والسياسية، المجلد 49 ،العدد 03 ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2012.

(5) جودة عبد الغني بسيوني علي ،الشفعة في الفقه الإسلامي،مقال منشور على

الموقع : <https://elibrary.mediu.edu.my/books/MAL05895.pdf> ،تاريخ الإطلاع: 10-03-

2020 .

(6) درار عبد الهادي،قسمة المهايأة كألية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني

الجزائري،مجلة تشريعات التعمير والبناء،جامعة ابن خلدون تيارت ،العدد 03،سبتمبر

2017.

(7) علي أبو البصل ،مقال منشور على الموقع: تاريخ الإطلاع 2017-12-12 ،

الساعة: 17:00. <http://www.alukah.net/sharia/0/83484/#ixzz5SFVY1LKs>

(8) مازن مصباح ونعيم سمارة المصري ،قسمة الأعيان،دراسة فقهية،مجلة

الإسلام،أسيا،المجلد 07،العدد 02،ديسمبر 2010.

9) محمود عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة الفكر، العدد

السادس.

10) محمودي فاطمة الزهراء ، الشهادة التوثيقية -دراسة قانونية وقضائية -،مجلة

القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية،المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، ع 08،جوان

2017.

11)ميثاق طال عبد الرحمان ،التنظيم القانوني للمهياة دراسة مقارنة بين القانون

العراقي والمصري،منشور على الموقع: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37234>

، تاريخ الإطلاع 14- 11- 2017 الساعة 13:00.

12)مزعاش نسيمه ،دعوى القسمة ،نشرة القضاء ، عدد الأول ،2000.

13)نسيمه درار،قسمة المهياة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري،العدد

03،سبتمبر 2014.

14)نعيم سمارة المصري ،قسمة المهياة في الفقه الإسلامي،مجلة الجامعة الإسلامية،

المجلد 19 ،العدد 01 ،يناير 2011.

15)وهيبة عثمانة،الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائري،

مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة باثنة 01،ع07،

سبتمبر 2015.

سادسا: المؤتمرات العلمية

- (1) حمدي باشا عمر، إشكالات إيداع الأحكام القضائية لإشهار، يوم دراسي تحت عنوان إشكالات إيداع الأحكام القضائية الخاضعة، منشورة على موقع : <https://elmouhami.com> ، تاريخ الإطلاع 16-12-2018، الساعة 21:00.

سابعا:المجلات القضائية

- (1) المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991.
- (2) المجلة القضائية، العدد 01 ، لسنة 1994.
- (3) المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2000.
- (4) مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ،الجزء الأول، لسنة 2004.
- (5) مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية،الجزء 01 ، لسنة 2004.
- (6) مجلة الإجتهد القضائي ،عدد الخاص ،لسنة 2004.
- (7) مجلة المحكمة العليا،العدد 01 ، لسنة 2006.
- (8) مجلة المحكمة العليا ،العدد 01، لسنة 2009 .
- (9) مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الغرفة العقارية،الجزء 03، لسنة 2010.
- (10)مجلة المحكمة العليا،الغرفة العقارية ، عدد 01 ، لسنة 2014.
- (11)مجلة المحكمة العلي ، العدد 02، لسنة 2014 .

ثامنا :مراجع باللغة الأجنبية:

1) **-Henri,léon,Jean Mazeaud**, leçon de droit civil ,France, édition Montchrestien, tome quatrième,2 éme volume,1966.

2) **-Mazeud hernie et Léon**, jean Mazeaud , leçon de droit civil TIV,2eme édition par Michel de Juglat, paris,1971.

3) **-Terré François et lequette Yves et Gaudemet Sophie** , Droit civil, Les successions les libéralités,4 é me édition, Dalloz, paris,2013 .

الفهرس

01	مقدمة
11	الباب الأول: طرق قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية
12	الفصل الأول: القسمة النهائية للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية
13	المبحث الأول: القسمة الإتفاقية للعقار الشائع
13	المطلب الأول: مفهوم القسمة الإتفاقية للعقار الشائع
14	الفرع الأول: تعريف القسمة الإتفاقية
14	البند الأول: التعريف اللغوي للقسمة الإتفاقية
14	البند الثاني: التعريف القانوني للقسمة الإتفاقية
15	البند الثالث: التعريف الشرعي للقسمة الإتفاقية
16	الفرع الثاني: شروط القسمة الإتفاقية للعقار الشائع
16	البند الأول: الشروط القانونية لقسمة العقار الشائع إتفاقا
17	أولا: شروط المقسوم له
20	ثانيا: شروط القاسم

22	ثالثا:شروط المقسوم
22	رابعا: الشكلية القانونية
25	البند الثاني:شروط القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في الفقه الإسلامي
25	أولا:شروط المقسوم له
28	ثانيا:الشروط المطلوبة في القاسم
28	أ-شروط القاسم المعين من قبل القاضي
32	ب-شروط القاسم المختار من قبل الشركاء
33	ثالثا:شروط الخاصة في القسمة
33	أ-أن تكون القسمة عادلة
33	ب-عدم حدوث ضرر من جراء القسمة للشركاء جميعا
37	المطلب الثاني:إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع
37	الفرع الأول: كيفية إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في القانون المدني
37	البند الأول:الإجراء الإتفاقي
39	البند الثاني:الإجراءات القانونية
39	أولا:القسمة الإتفاقية الواردة على التركة
41	ثانيا:القسمة الإتفاقية الواردة على العقار
42	1-القسمة الإتفاقية للعقارات المبنية أو المعدة للبناء
42	أ- رخصة التجزئة

44	ب- شهادة التقسيم
44	2-القسمة الإتفاقية لأراضي الفلاحية الشائع
47	3-قسمة العقار الشائع بين الدولة والخواص
49	الفرع الثاني:إجراءات القسمة الإتفاقية للعقار الشائع في الفقه الإسلامي
49	البند الأول:القاسم
49	أولا:تعين القاسم
51	ثانيا أجره القاسم
52	البند الثاني:مراحل إجراء القسمة الإتفاقية للعقار الشائع
53	أولا:تصحيح مسألة القسمة حسب قواعد التوريث
53	ثانيا:تعديل المقسوم على قدر السهام
54	ثالثا:تعليم كل سهم بعلامة مميزة
55	رابعا:إجراء القرعة
55	أ-تعريف القرعة
55	ب-مشروعيتها
56	1-في الكتاب
57	2-في السنة
58	3-في الإجماع
58	ج-إجبار الشركاء على قسمة القرعة

59	البند الثالث: حالات قسمة العقار الشائع إتفاقيا
59	أ-قسمة الأرض الخالية من الزراعة
61	ب-قسمة الأرض المزروع
61	1-قسمة الزرع دون الأرض
62	2-قسمة الأرض دون زرع
62	3-قسمة الأرض والزرع معا
63	4-قسمة الأرض والشجر
64	ج-قسمة الأرض المبنية
64	1-قسمة الدور
66	2-قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتعددة
66	3-قسمة المنازل
68	4-قسمة العلو والسفل
73	المبحث الثاني: القسمة القضائية للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية
73	المطلب الأول: مفهوم القسمة القضائية للعقار الشائع
74	الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية للعقار الشائع
74	البند الأول: التعريف القانوني للقسمة القضائية

74	البند الثاني:التعريف الشرعي للقسمة القضائية
75	الفرع الثاني: شروط القسمة القضائية للعقار الشائع
75	البند الأول:شروط القسمة القضائية للعقار الشائع في القانون المدني
75	أولا: القيود الواردة على حق طلب القسمة
79	ثانيا: الشروط المتعلقة بمحل العقار الشائع
81	ثالثا:أطراف الدعوى والجهة القضائية المختصة
82	أ-الأطراف الأصلية في دعوى القسمة
84	ب-المحكمة المختصة بالنظر في دعوى القسمة
85	البند الثاني: شروط القسمة القضائية للعقار الشائع في الشريعة الإسلامية
85	أولا:الطلب
85	ثانيا:حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم
86	ثالثا:أن لا يترتب على القسمة الجبرية ضرر
87	رابعا:تعديل السهام من غير رد
88	خامسا:ثبوت الملك
90	المطلب الثاني:إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع
90	الفرع الأول:إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني
91	البند الأول: القسمة العينية
93	أولا : تكوين الحصص

96	ثانيا : إجراء القرعة بين الشركاء
97	ثالثا:الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز
99	رابعا:إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع
99	أ-مفهوم إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع للشهر
99	1-تعريف إجراء الإيداع
99	2-الإجراءات المتخذة لإيداع الحكم القاضي بقسمة العقار الشائع للشهر
100	ب-إشكالات إيداع الحكم القضائي المتعلق بقسمة العقار الشائع للإشهار
101	1-إشكالات متعلقة بتقرير الخبرة
102	2-إشكالات متعلقة بأطراف دعوى القسمة
102	أ-تصرف في الحصص الشائعة أثناء سير الدعوى
103	ب-شهر حكم القسمة بعد تقادمها
103	البند الثاني:قسمة التصفية
103	أولا :المقصود بقسمة التصفية
105	ثانيا:إجراءات بيع العقار الشائع في المزاد العلني
107	ثالثا:حالات قسمة تصفية
107	أ-حالة رسو المزاد على أحد الشركاء
107	ب-حالة رسو المزاد على أجنبي
107	الفرع الثاني:إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع في الشريعة الإسلامية

107	البند الأول:القسمة العينية
108	البند الثاني:قسمة تصفية
111	الفرع الثالث:تدخل الدائنين في إجراءات القسمة القضائية للعقار الشائع
113	البند الأول:موقف الدائنين قبل رفع دعوى القسمة
117	البند الثاني:موقف الدائنين بعد إتمام القسمة
117	أولاً:أن يكون الدائن قد تدخل فعلاً في إجراءات القسمة
117	ثانياً:عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته ، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا
118	ثالثاً:عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل
121	الفصل الثاني:القسمة المؤقتة للعقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشرعية الإسلامية
122	المبحث الأول:مفهوم قسمة المهايأة بين أحكام القانون المدني والشرعية الإسلامية
122	المطلب الأول:المقصود بقسمة المهايأة
122	الفرع الأول :تعريف قسمة المهايأة
123	البند الأول:التعريف اللغوي لقسمة المهايأة
123	البند الثاني: التعريف القانوني لقسمة المهايأة
126	البند الثالث: التعريف الشرعي لقسمة المهايأة
126	الفرع الثاني :محل قسمة المهايأة

127	البند الأول: محل قسمة المهاية في القانون المدني
128	البند الثاني: محل قسمة المهاية في الشريعة الإسلامية
128	المطلب الثاني: أنواع قسمة المهاية
129	الفرع الأول: أنواع قسمة المهاية في القانون المدني
129	الهند الأول: قسمة المهاية من حيث المنفعة
129	أولا: قسمة المهاية المكانية
136	ثاني: قسمة المهاية الزمانية
138	الهند الثاني: قسمة المهاية من حيث مصدر
138	أولا: قسمة المهاية الإتفاقية
140	ثاني: قسمة المهاية القضائية
143	الفرع الثاني: أنواع قسمة المهاية في الشريعة الإسلامية
143	الهند الأول: قسمة المهاية من حيث المنفعة
144	أولا: قسمة المهاية المكانية
146	ثانيا: قسمة المهاية الزمانية
149	الهند الثاني: قسمة المهاية من حيث مصدر
149	أولا: قسمة المهاية الإتفاقية
150	ثاني: قسمة المهاية القضائية
153	المبحث الثاني: أحكام قسمة المهاية

153	المطلب الأول:إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة
153	الفرع الأول:إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني
154	البند الأول:إلتزامات الشركاء المتهايين
154	أولاً:الإلتزام بالتسليم
155	ثانياً:الإلتزام بصيانة
156	ثالثاً:ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية
159	البند الثاني:إلتزامات الشريك المتهايئ أثناء فترة انتفاه
159	أولاً:الإلتزام بحفظ المال الشائع وإستعماله وفقاً لغرضه
159	أ-الإلتزام بالمحافظة على المتهايأ عليه
160	ب-الإلتزام بإستعمال المتهايأ عليه في ما أعد له
161	ثانياً:الإلتزام بدفع مقابل الإنتفاح
162	ثالثاً:الإلتزام برد العقار الشائع عند إنتهاء المدة
163	الفرع الثاني:إلتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية
163	البند الأول:إستعمال وإستغلال المتهايأ عليه وضمان تلفه وهلاكه
163	أولاً:إستغلال وإستعمال المتهايأ عليه
166	ثانياً:ضمان تلف وهلاك المتهايئ
167	البند الثاني :الإلتزام بالمحافظة على المتهايئ عليه
168	المطلب الثاني:مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

169	الفرع الأول:مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني
174	الفرع الثاني:مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار في الشريعة الإسلامية
176	الباب الثاني:أثار قسمة العقار الشائع في القانون المدني والشريعة الإسلامية
178	الفصل الأول:الإفراز والإستقلالية كأثرين لقسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية
179	المبحث الأول:الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع
180	المطلب الأول:الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني
180	الفرع الأول:الأثر الكاشف لقسمة العقار الشائع
181	البند الأول:نطاق تطبيق الأثر الكاشف لعملية القسمة
181	أولا:مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص
182	ثانيا:مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات
182	أ-بالنسبة للقسمة
185	ب-بالنسبة لتصرفات التي تعادل القسمة
187	ثالثا:مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال
189	البند الثاني:النتائج المترتبة على الأثر الكاشف
189	أولا:النتائج المترتبة في مجال القواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرفا كاشفا
189	أ-مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشبوع

190	ب-تسجيل القسمة وشهرها
192	ج-إمتياز المتقاسم
193	ثانيا:النتائج على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة
193	أ-عدم إعتبار القسمة صحيحة في التقادم القصير
194	ب-لا يصح استرداد المال المتنازع في عند قسمته
195	الفرع الثاني:الأثر الرجعي
195	البند الأول : المقصود بالأثر الرجعي
196	البند الثاني:موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة
199	المطلب الثاني:الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع في الشريعة الإسلامية
199	الفرع الأول:موقف المذهب الحنفي والمالكي من الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع
199	البند الأول:موقف المذهب الحنفي
200	البند الثاني:موقف المذهب المالكي
200	الفرع الثاني:موقف المذهب الشافعي والحنبلي من الإفراز كأثر لقسمة العقار الشائع
200	البند الأول:موقف المذهب الشافعي
202	البند الثاني:موقف المذهب الحنبلي
204	المبحث الثاني: الاستقلالية كأثر لقسمة العقار الشائع.
204	المطلب الأول:استقلال كل متقاسم بملك حصته
204	الفرع الأول:استقلال كل متقاسم بملك نصيبه في القانون المدني

205	الفرع الثاني: استقلال كل شريك بملك نصيبه في الفقه الإسلامي
206	البند الأول: موقف المذهب الحنفي
207	البند الثاني: موقف المذهب المالكي
207	البند الثالث: موقف المذهب الشافعي
208	البند الرابع: موقف المذهب الحنبلي
208	المطلب الثاني: ثبوت حق المتقاسم في نصيبه لتصرف فيه
209	الفرع الأول: ثبوت حق المتقاسم في نصيبه لتصرف فيه في القانون المدني
209	الفرع الثاني: ثبوت حق الشريك في نصيبه لتصرف فيه في الفقه الإسلامي
213	الفصل الثاني: الضمانات المترتبة على قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية
214	المبحث الأول: ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة العقار الشائع
214	المطلب الأول: ضمان التعرض والإستحقاق في قسمة العقار الشائع وفقا لأحكام القانون المدني
215	الفرع الأول: مفهوم الضمان في قسمة العقار الشائع
215	الهند الأول: المقصود بالضمان في قسمة العقار الشائع
216	الهند الثاني: أساس الضمان في القسمة ونطاقه
216	أولا: أساس الضمان في القسمة
217	ثاني: نطاق الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق
217	الهند الثالث: شروط الضمان في قسمة العقار الشائع

217	أولاً: وقوع التعرض أو الإستحقاق
219	ثاني: وجود سبب سابق على القسمة
220	ثالث: عدم وجود اتفاق يعفي من الضمان
221	رابع: عدم رجوع الإستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه
222	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الضمان
223	الهند الأول: حق رجوع المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان
225	الهند الثاني: تقادم الحق في ضمان الإستحقاق
226	المطلب الثاني: ضمان القسمة في الشريعة الإسلامية
227	الفرع الأول: إستحقاق بعض معين في أحد النصيبين
229	الفرع الثاني: أن يرد الاستحقاق على بعض معين في النصيبين
230	البند الأول: تساوي الأصبية
230	البند الثاني: تفاوت الأصبية
231	الفرع الثالث: ورود الاستحقاق على بعض شائع في أحد النصيبين
233	الفرع الرابع: ورود الاستحقاق على بعض شائع في النصيبين جميعاً
235	الفرع الخامس: أثر ورود الإستحقاق بعد البناء و الغرس
238	المبحث الثاني: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية
238	المطلب الأول: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقاً للقانون المدني
239	الفرع الأول: الطعن في القسمة الإتفاقية بالبطلان أو الإبطال

240	البند الأول: دعوى بطلان عقد القسمة الإتفاقية
240	البند الثاني: دعوى إبطال عقد القسمة
241	أولاً: الطعن في القسمة الإتفاقية للغلط أو التدليس أو الإكراه
241	أ- الطعن في القسمة الإتفاقية للغلط
242	ب- الطعن في القسمة الإتفاقية للتدليس
244	ج - الطعن في القسمة الإتفاقية للإكراه
245	ثانياً: الطعن في القسمة الإتفاقية لنقص أهلية
247	الفرع الثاني: نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن
248	البند الأول: شروط نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن
248	أولاً: أن تكون القسمة المراد نقضها إتفاقية وليست قضائية
249	ثانياً: إن ترفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية من طرف المتقاسم المغبون أو ورثته أو دائنيه
250	ثالثاً: أن ترفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية لها
251	رابعاً: أن يزيد الغبن عن خمس نصيب المتقاسم
252	خامساً: عدم إكمال نصيب الشريك المغبون
253	البند الثاني: آثار نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن
253	المطلب الثاني: طرق الطعن في القسمة الإتفاقية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية
254	الفرع الأول: نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن أو الغلط
254	البند الأول: آراء الفقهاء في نقض القسمة الرضائية للغبن أو الغلط

256	البند الثاني: مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة في الفقه الإسلامي
258	البند الثالث: دعوى الغبن أو الغلط في الفقه الإسلامي
258	أولاً: ميعاد رفع الدعوى
259	ثانياً: إثبات الغبن أو الغلط
260	الفرع الثاني: ظهور دين على الميت
264	الفرع الثالث: ظهور وصية أو وارث جديد بعد القسمة
264	البند الأول: ظهور وصية بعد القسمة
265	البند الثاني: ظهور وارث جديد بعد القسمة
272	خاتمة:
278	قائمة المصادر والمراجع:
294	فهرس :

قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية

الملخص:

تثير الملكية العقارية الشائعة العديد من المنازعات ولتفاديها منحت كل من قواعد شريعة الإسلامية والقانون المدني لكل شريك في الشبوع الحق في إنهاء هذه الوضعية إما بصفة نهائية عن طريق القسمة الرضائية أو القسمة القضائية، وإما بصفة مؤقتة بموجب قسمة المهاية، حيث يترتب على قسمة العقار الشائع إفراز حصص الشركاء ليختص كل شريك بجزء مفرز، وفي مقابل ذلك يقع على عاتق المتقاسمين التزام بضمان التعرض أو الإستحقاق .

الكلمات المفتاحية: القسمة، العقار الشائع، الرضائية، القضائية، المهاية، الإفراز، الضمان.

Le partage de l'immobilier commun entre les dispositions du droit civil et du droit islamique.

Résumé :

La propriété foncière commune soulève de nombreux différends, et pour les éviter, tant les règles de la charia islamique que le droit civil accordaient à chaque copropriétaire a l indivis le droit de mettre fin à cette situation soit de façon permanente par le division amiable ou la division judiciaire, soit à titre temporaire dans le cadre du partage provisionnel, car la division de la propriété commune aboutit à la sécrétion Actions des copartageants, de sorte que chaque copartageant se voit attribuer une part divisée, et en contrepartie, les copartageants ont l'obligation de garantir de trouble ou de l éviction .

Mot clé: Partage, l'immobilier commun, amiable, judiciaire, provisionnel, lotissement ,garantie.

Dividing the common property between the provisions of civil law and Islamic law .

Summary:

Common real estate ownership raises many disputes, and to avoid them, both the rules of Islamic Sharia and civil law granted each partner in the communion the right to terminate this situation, Either finally, by division consensual or judicial division, or temporarily under the division of the adaptation, where the division of The common drug results in excretion of partners' shares, so that each partner is assigned to a divided part, and in return for that, the shareholders have an obligation to guarantee exposure and entitlement.

key words: division, The common drug, consensual, judicial, Adapter, Excretion, Guarantee.