



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الأحكام العامة للقسم الرضائية في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق - تخصص: قانون عقاري

المشرف:
عبد الباسط محدة

الطالبتان:
مهدي منال
رمضاني شروق

رئيسا	جامعة الوادي	أستاذ مساعد أ	منصف عبد العزيز لعراية
مشرفا ومقررا	جامعة الوادي	أستاذ مساعد أ	عبد الباسط محدة
مناقشا	جامعة الوادي	أستاذ محاضر ب	سامية لموشية

السنة الجامعية: 1441 - 1442 هـ / 2020 - 2021 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشكر والعرفان

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا القائل في محكم تنزيله " إذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم".

لا يسعنا ونحن بصدد وضع اللمسات الأخيرة لهذا العمل إلا ونتقدم بشكر وتقدير إلى الأستاذ المشرف الذي أحاطنا بالرعاية الكاملة والمساعدة والتوجيهات القيمة لإنجاز هذا العمل المحترم: محدة عبد الباسط.

الذي كان لنا في العلم مرشدا وفي المعاملة أبا ولا ننسى أن نتقدم بكل احترامنا الى كل من ساعدنا لإتمام هذا العمل المتواضع.

وفي الأخير نحمد الله جل وعلا الذي أنعم علينا بإنهاء هذا العمل.

الإهداء

الحمد لله ومهما حمدناه فلن نستوفي بحمده والصلاة والسلام على الصادق الأمين عليه أفضل وأزكى التسليم.

إلى من كان ولا زال رضاها غماما طوال الأيام ويعينني دوما على الماضي إلى الأمام.

إلى من سهرت لأنام وصبرت لأنال، إلى من تخجل كلماتي حين أذكرها وتستحي عباراتي حين أشكرها إلى أعز ما أملك في هذه الدنيا " أمي الحبيبة " حفظها الله وبارك في عمرها.

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار إلى من علمني العطاء دون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار " أبي الغالي " بارك الله في عمره وحفظه.

إلى من هم سندي وفخري وضياء عيوني تقديرا واعتزازا إخوتي: " سمير، وليد، رياض، صلاح الدين، سراج الدين، صفي الدين ".

إلى أخواتي حبيبات قلبي: " حفصة، نريمان ".

إلى من لقاني بهم القدر عشت معهم أحلى أيام حياتي أعز صديقاتي: " شروق، رميصاء، وشيماء التي أشكرها على مجهوداتها ومساعدتها لي في هذا العمل ".

إلى زميلتي في هذا العمل " شروق ".

إلى من حملة قلبي ولم تحمله ورقتي، كل من تمنى لي النجاح وقدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء أو بكلمة طيبة.

" منال "

الإهداء

الحمد لله ومهما حمدناه فلن نستوفي حمده والصلاة والسلام على الصادق الأمين عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

أهدي ثمرة جهدي الى من في وحشة أنسي وميمها ملأت قلبي وفمي وياؤها ينبوع عطف به لم تبخلي، الى من أوصاني بها ربي وكيف لا والجنة تخت أقدامها " أمي".

إلى من ألفه انسي وباءه بري وياؤه عطائي وستري والكلمة كلها أبوتي وفي الزمن فخري.

إلى زوجي الذي كان سنداً لي والذي ساعدني في هذا المشوار.

وإلى ابني حبيبي " فارس".

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

" شروق "

مقدمة

لقد جاء الإسلام بالمبادئ والأسس التي تنظم سلوكياتنا في الحياة اليومية وحثا على القواعد التي تحكمها وتنظمها، وبين أحكام كل سلوك أي كان نوعه ولقد عمل القانون والفقه بشرح هذه المبادئ ووضعها في قالب مواد قانونية تنظم الفرد والمجتمع والخاص والعام والمنقول والعقار.

وهذا الأخير الذي هو عبارة عن مال أي ذو أهمية بين الناس من حيث أنه عصب الحياة ومن أجله يسعى الناس ومن أجله يتقاربون أو يختلفون، وقد اهتمت الشريعة بتنظيم طرق كسبه وإنفاقه فبينت طرق كسب الحلال ونهت عن طرق كسب الحرام ووضعت القواعد التي تمنع التنازع وأرست قواعد امتلاكه.

وقد تملك أموال على وجه الانفراد أو على وجه الشيوع بين عدة أشخاص فلا يعرف كل شخص حدود ملكه ولأخذ انتفاعه به، وهذا من شأنه ان يجعل استغلال هذا المال أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكته شخص واحد اذ كثيرا ما يختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل الى حد التهديد بالتعطيل لاستغلال المال، ولذا تعد حالة الشيوع من الناحية الاقتصادية غير مرغوب فيها ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها، إذ تكفي الإشارة الى أنه يترتب على الوفاة وانتقال التركة بين الورثة فترة من الزمن قد تطول او قد تقصر، لذا لابد من تنظيم الملكية الشائعة على نحو يقلل بقدر الإمكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد.

نظر لهذه المضار وغيرها والتي تنجم عن الشيوع حول المشرع للشركاء مفترقين أو جميع الحق في طلب انهاء حالة الشيوع.

وتتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوع، فقد ينقضي بناء على واقعة مادية كأن يكتسب أحد الأشخاص ملكية المال الشائع بالتقادم أو أن تؤول ملكية هذا المال إليه

بالميراث، وقد ينقضي الشيوخ بناء على تصرف قانوني كأن يتم بيع المال الشائع الى الغير باتفاق الشركاء أو بأن يشتري أحد الشركاء أنصبة الباقيين.

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوخ هو القسمة، والقسمة قد تكون قضائية كما قد تكون رضائية هذه الأخيرة التي ستكون موضوع دراستنا:

- أهمية الدراسة:

- معرفة الأحكام العامة للقسمة الرضائية
- مدى آثارها على العقار.

- أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة لمعرفة الأحكام العامة للقسمة الرضائية ومدى آثارها على العقار.

- أسباب اختيار الموضوع

أسباب موضوعية: تمثلت في اهتمامنا بموضوع المال الشائع وكيفية الخروج منه وانهاؤه بقسمة رضائية دون اللجوء للقضاء.

أسباب ذاتية: المعرفة وتتبع اهم التطورات الحاصلة على التنظيم القانوني لقسمة الاموال الشائعة.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في معالجة أحكام القسمة الرضائية؟

وتبعاً للإشكالية السابقة تدرج الأسئلة الفرعية التالية:

ما المقصود بالقسمة الرضائية؟

وفيما تتمثل كل من الخصائص والشروط المتعلقة بهاته القسمة؟

وماهي آثارها على الشيوخ والنتائج المتحصل عليها؟

- المنهج وأدوات الدراسة:

ان طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج الواجب اتباعه، حيث دراستنا لهذا الموضوع تعتمد على منهج تحليلي وصفي ونحاول من خلاله تحليل ووصف الأحكام العامة للقسمة الرضائية في التشريع الجزائري، وتم الاعتماد على هذا المنهج كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية والتفسيرية مع موضوعنا.

- صعوبات الدراسة:

نقص المراجع، مع قلة الدراسات السابقة في هذا الموضوع بالخصوص.

- هيكل الدراسة:

لقد قمنا بتقسيم البحث الى فصلين حيث أن الفصل الأول كان تحت ماهية القسمة الرضائية، الذي ينقسم بدوره الى مبحثين الأول تطرقنا فيه الى العموميات حول القسمة الرضائية فيما يخص مفهومها، خصائصها، شروطها.

أما المبحث الثاني تطرقنا الى الاجراءات القانونية في القسمة الرضائية، أما الفصل الثاني فيتكون من مبحثين حيث تطرقنا في الأول الى الطعن في القسمة الرضائية في العقار، والمبحث الثاني الى الآثار المترتبة عليها.

الفصل الأول

ماهية القسمة الرضائية.

الفصل الأول: ماهية القسمة الرضائية.

إن العقار في هذا الزمن اعتبر من أهم الاستثمارات الناجحة للكثير من الناس وهو ضمان قوي في المستقبل عن طريق شراء العديد من العقارات للمحافظة على أموالهم ، ولكن إذا تم امتلاك هذا العقار على الشيوع شكل لهم عائق كبير.

ومعنى الشيوع نص عليه المشرع فالقانون المدني الجزائري في المادة 713 "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك"¹ ومنه فإن الحل للخروج من هذا الشيوع هو القسمة وأخذ كل شريك حقه، ومنه فقد قسمنا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول فيه مفهوم القسمة الرضائية في العقار أما المبحث الثاني فهو يتحدث عن الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية للعقار.

المبحث الأول: مفهوم القسمة الرضائية في العقار.

لقد عالج مفهوم القسمة وتعريفها كل من الفقه والتشريع الجزائري حيث تطرقا لتعريفها وبيان ماهيتها وعالجها أيضا العديد من الفقهاء ومنه سنتطرق لتعريفها في فرعين ، حيث المطلب الأول هو عبارة عن تعريف القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي وبعض تعريفات الفقهاء التي عالجت هذه المسألة وتعريفها في القانون المدني وما نصت عليه من مواد يحتويه المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف القسمة الرضائية .

علما أن هذا المطلب متعلق بتعريف القسمة الرضائية ومنه سندرج التعريف بالنسبة للفقه الاسلامي في الفرع الأول وأما الفرع الثاني سنوضح تعريفها قانونا.

¹ قانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، العدد 31، الاحد 13 مايو سنة 2007، الطبعة الرئيسية حي البساتين، بئر مراد رايس، الجزائر، محطة.

الفرع الأول: تعريف القسمة الرضائية في الفقه الاسلامي.

أولاً: لغة. اسم للاقتسام كالقدو للاقتداء¹. وتأتي بمعنى التفريق، وتأتي بمعنى النصيب وجعل الأشياء اجزاء أو ابعاضاً متميزة، وتأتي بمعنى القسم أي الجزء من الشيء المقسوم، فالحاصل أن القسمة معنيين: حقيقياً ومجزيًا، فالحقيقي جعل الشيء أجزاءً والمجازي النصيب والحصة².

ثانياً: اصطلاحاً. جمع نصيب شائع له في مكان معين وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة³.

- عرفها الحنفية بقولهم: "جمع نصيب شائع في مكان معين"⁴.

حيث كانت القسمة جمعاً لنصيب حيث أنه مان قبل القسمة موزعاً على كافة الشركاء ثم صار بعد القسمة منحصرًا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد بقية الشركاء حتى ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان كما في المهايأة الزمانية⁵.

- وعرفها أيضاً المالكية بقولهم: "تميز مشاع مملوك من مالكين فأكثر معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض".

حيث جاء القصد من بقرعة أو تراض أي أنها تتم سواء كانت القسمة بالقرعة أو التراض.

- حيث عرفها أيضاً الشافعية والحنابلة بقولهم: "تميز بعض الانصباء عن بعض وإفرازها عنها"⁶.

بالنظر إلى كل تلك التعريفات نجد أن مهما اختلف ألفاظها إلا أن مضمونها واحد، حيث نلاحظ أن الحنفية والشافعية والحنابلة اقتصروا في تعريفهم للقسمة على إظهار حقيقة المعرف، بينما نجد أن المالكية أضافوا في تعريفهم أنواع القسمة وطريقاتها، الأمر الذي جعل هذا التعريف يزداد وضوحاً وهو بذلك يكون تعريفنا المختار للقسمة⁷.

¹ محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدار المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص 630.

² مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، (دراسة مقارنة)، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008، ص 7.

³ محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، مرجع سابق، نفس الصفحة.

⁴ مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، قسمة الأعيان: دراسة فقهية مقارنة، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2010، ص 153.

⁵ مقرود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2015، ص 7.

⁶ مازن مصباح صباح، مرجع سابق، ص 153.

⁷ المرجع نفسه، ص 153.

الفرع الثاني: تعريف القسمة الرضائية قانونا.

بما أن التعريف من عمل الشرح لا من عمل النصوص القانونية فإن القانون المدني الجزائري لم يعرف القسمة الرضائية حرفيا .

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف القسمة إلا أن هناك بعض التشريعات الغربية التي عرفتها تعريف صريح.

حيث نجد القانون المدني الأردني عرف القسمة في المادة 1038 منه بأنها: "إفراز وتعيين الحصة الشائعة"¹.

أما القانون المدني اليمني عرفها على أنها: "مقدار ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات تعديلها في القيميات".

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فإنه لم يعرف القسمة صراحة بل نص عليها فقط كالتالي فقد نص عن القسمة في المادة 722 منه " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع..."²

فمن النص المذكور إذا انعقد اجتماع المالكين في الملكية العقارية الشائعة فلهم إجراء قسمة اتفاقية³

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف القسمة في نصوصه إلا بعض من فقهاء القانون المدني الجزائري أعطوا فكرة عامة عن القسمة دون شرحها شرح دقيق ومفصل، ومنه نجد:

- القسمة بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته
- الشائعة في هذا المال، وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية.⁴

ومنه فهنا نجد أن القسمة هي التي تنهي حالة الشيوع، حيث أن كل شريك ن الشركاء له جزئه الخاص والمفرز.

¹ يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط1، 2011، ص 60.

² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. م 722.

³ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، (على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا)، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 88.

⁴ محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص 149، سنة 2005.

فالقسمة هي الوسيلة لعدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع وهي بذلك تتيح للشريك الخروج من الشيوع إلى الملكية الفردية¹.

غير أن هناك بعض الفقهاء من القانون وضعوا تعريفا مختصرا للقسمة .

حيث عرفها البعض بأنها اخراج الشركاء من حالة الشيوع بإعطاء كل منهم نصيبا معيناً من المال يختص به دون غيره².

المطلب الثاني: خصائص القسمة الرضائية وشروطها.

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود، لذا يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة بكل عقد من رضا ومحل وسبب³. فمن أساسيات عقد القسمة إذا كان المحل عقار معين عليه أن يفرغ في عقد رسمي.

الفرع الأول: خصائص القسمة.

- أولا: القسمة عقد رضائي.

أن عقد القسمة هو من العقود الرضائية التي يكفي فيها القبول والایجاب حتى ينشأ العقد أذ بمجرد أن يعبر الطرفان عن ارادتهما سواء كان صريحا أو ضمنيا حتى ينشأ العقد ويضاف اليهم شرط التسجيل لهذا العقد⁴.

فالقسمة الرضائية هي عبارة عن اختيار بين الشركاء بالتراضي ، حيث يكون إجماعهم على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك ، على أساس ما اتفقوا عليه وهو يعتبر عقد، ومن ثمة فإن جميع الشركاء ملزمون بها⁵.

ومن ذلك فإنه يتضح لنا أن القسمة الرضائية لا تتم إلا بإجماع الشركاء، حيث تكون القسمة بأي طريقة هم يريدونها.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء الثامن، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2000، ص800.

² عويسي ناديا، غياطو صليحة، القسمة الرضائية فب العقار(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، سنة 2012، 2013، ص11.

³ المواد من 59 إلى 98 من القانون المدني الجزائري.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص188.

⁵ عويسي ناديا، غياطو صليحة، مرجع سابق، ص 13 .

- ثانيا: عقد القسمة عقد شكلي.

إن الاتفاق الوارد على القسمة الرضائية يجب أن يخضع أولا للشكلية المطلوبة وبما أن القسمة عقد من العقود فإنه تسري عليه الأحكام العامة المتعلقة بأي عقد، وهذا ما نستكشفه من خلال نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه "زيادة على 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، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ... من شكل رسمي..."¹

وهنا يأتي دور الموثق في تحرير العقد المتعلق بهاته القسمة ، بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة فيها العقار ينجز عليه مخطط لموقع الأمكنة، حيث يحدد كل حدود العقار ومساحته مع تحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين:

- إذا كانت الأرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء فهنا يعبر عن الحصص بالكسور كالمربع و النصف أو بالمساحة بالمتر المربع²
- إذا كانت قطعة الأرض الشائعة تحتوي على عقارات مبنية ، فهنا هاته الطريقة يكون اعتمادها على التعيين بالدقة.

مع وجوب ارفاق أن يكون العقد مرفق بجميع الوثائق المتعلقة بالحقوق العينية العقارية التي تحدد محل القسمة ، كما هو عبارة عن اثبات لملكية الشركاء مع امكانية طلب رخصة تجزئة في حالة ما اذا كانت الأرض مقسمة إلى قطع مبنية وتخضع هذه الاخيرة للشهر العقاري³ وبعد تأكد الموثق من سلامة هوية كل الأطراف، يقوم بتحرير عقد قسمة رضائي بعدها يقوم بتسجيله ويقوم بشهره في المحافظة العقارية، إعمالا بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

¹ المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، بدون طبعة، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر سنة 2000، ص 149 .

³ أحمد عيسى، الحماية القانونية لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2011، ص 155.

في حين لم تتم كل هاته الاجراءات أو تمت مخالفتها فتصبح القسمة الرضائية عبارة عن قسمة مهايأة وفقا لما ذهبت اليه المحكمة العليا في القرار 198689 المؤرخ في 31/05/2000.

1

المبدأ: من المقرر أن القسمة التي لم تراعي الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع.

وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة قسمة ودية أساءوا تطبيق المادتين 733 و 732 من القانون المدني الجزائري.²

كما ينتج عن عدم شهر وثيقة القسمة الودية عدم إمكانية الاحتجاج بها في مواجهة الغير وباقي الشراء وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 231832 الصادر بتاريخ 2002/06/18 من المقرر قانونا أن العقود الإدارية والاتفاقات الإدارية التي ترمي الى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ليس لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في المجموعة العقارية، ومن ثمة فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للشركة يعد تطبيقا سلميا للقانون.³

الفرع الثاني: شروط القسمة.

لإتمام القسمة الرضائية أو الاتفاقية فهي تعتمد على شروط معينة وهي:

أولاً: من شروط صحة القسمة الرضائية أو الاتفاقية هو إجماع كافة الشركاء ، أي هي عبارة عن عقد فهي طبعاً تخضع للقواعد العامة الموجودة في كل عقد، وطبقاً لقواعده فهو لا يكون

¹ عويسي ناديا، غياطو صليحة، لمرجع السابق، ص 14.

² المرجع نفسه، ص 14.

³ المرجع نفسه، ص 14، ص 15.

ساري الا بالزام أطرافه. لذلك يجب لإنهاء الشيوخ موافقة جميع الشركاء.¹

ثانيا: حضور الشركاء وكمال أهليتهم أي كل من له علاقة بالقسمة وجميع الشركاء المشتاعين الحضور وقت اتمام القسمة مع مراعاة الأحكام القانونية التي تنظمه، ومنه فإنه لا بد من توافر الأهلية الكاملة لدى الشركاء في المال الشائع²، والمقصود هنا بالأهلية هي أهلية الأداء أي بلوغ سن الرشد.³

كما أن المادة 723 من القانون المدني الجزائري نصت على "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

ثالثا: وهو وجوب تسجيل عقد القسمة في المحافظة العقارية، أي أنه إذا كان المحل عقارا فهنا يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية لأن من أحكام عقود العقارات تشترط فيها الشكلية لذا هنا يجب تسجيل كل المعاملات المتعلقة به وهذا لدى الموثق المكلف بها مع اتمام النشر في المحافظة العقارية.⁴

حيث نجد ان الفقه الاسلامي اشترط عدة شروط نشكر منها:

1/ رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم، حيث تتم القسم في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع، فقسمة التراضي لا تجوز إلا بموافقة كل الشركاء.

2/ حضور المقتسمين أو من يقوم مقامهم. يشترط لصحة القسمة أن يتواجد جميع الشركاء أو من يقوم مقامهم فلو كان فيهم غائبا لا تجوز القسمة أصلا ولا يقسم القاضي عنه إذا كان من بينهم خصم غائب، ولكنه لو قسم لا تنقضي قسمته، لأنه صدف محل الاجتهاد فلا ينقضي فننتظر عودة الشريك الغائب.

3/ أهلية المتقاسمين، وهي العقل والبلوغ فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن

¹ غازي أبو عرابي، الحقوق العينية الأصلية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل، سنة 2016، ص 96.

² المرجع نفسه، ص 96.

³ يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 62.

⁴ مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 63.

القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع، وفيها معنى البيع فيشترط فيها ما يشترط في البيع.¹

المطلب الثالث: القيود التي ترد على حق القسمة.

حقيقة لا يمكن تجاهلها وهي أن بقاء المال على الشيوع يعني بقاء و دوام المتاعب والمشاكل بين الشركاء في أغلب الأحيان، الأمر الذي يؤثر على الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه، لذلك كان البد من الخروج من هذا الوضع بقسمة المال الشائع للمحافظة على أواصر المحبة والتعاون بين الشركاء على الشيوع أل ن بيان الحصة الخاصة بكل شخص بشكل مستقل يحفز ه على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي يعكس بأثره على المصلحة العامة للمجتمع.²

فالأصل أن لكل شريك أيا كان مقدار حصته في المال الشائع حق طلب القسمة لإنهاء ض حالة الشيوع ويثبت هذا الحق أي الخلف الشريك العام عند وفاة الشريك وللخلف الخاص عند التصرف بحصته لآخر في حصته الشائعة أل ن كال من هؤلاء هو الذي يحل محل الشريك كشريك في المال الشائع، وهذا الحق لا يسقط بالتقادم فيستطيع الشريك طلب القسمة في أي وقت أثناء قيام حالة الشيوع.³

إلا أن هناك حالت استثنائية يحرم فيها الشريك من حقه في طلب القسمة أي يجبر فيها عل البقاء في القسمة .

الفرع الأول: البقاء في الشيوع بموجب اتفاق.

قد يرى الشركاء أنفسهم هناك أن اعتبارات تجبرهم في البقاء على الشيوع لمدة معينة، وهذه المدة ال تتجاوز خمس سنوات وذلك استنادا لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 277 من القانون المدني الجزائري: «... ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم يتجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.

إذن قد يقيد حق الشريك في طلب القسمة بمقتضى اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة معينة وفي هذه الحالة يتمتع على الشريك طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها ويكون هذا الاتفاق نافذا في حق من يخلف الشريك خالفة عامة أو خاصة، ولكن لا يجوز أن تزيد المدة التي حددها هذا الاتفاق عن خمس سنوات فإذا زادت عن هذا الحد يبطل الاتفاق فيما جاوز الخمس

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 153.

² يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 80، ص 81.

³ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 120، 121.

سنوات، ويجوز للشركاء بعد انقضاء مدة خمس سنوات الاتفاق على مدة أخرى يمتنع خلالها طلب القسمة وبشرط أن لا تزيد المدة الجديدة أيضا عن خمس سنوات وإذا تم الاتفاق على البقاء في الشيوخ من قبل بعض الشركاء دون البعض الآخر فإن هذا الاتفاق يكون ملزما لمن وافق عليه بينما يجوز للآخرين طلب القسمة في أي وقت.¹

وكذلك قد يتفقوا على البقاء في الحالات التالية:

المادة 731: لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم .

المادة 739: يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فبإخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك، وان لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك.

فهذه الملكية ال تنشأ سوى باتفاق عدة شركاء يجمعهم غرض مشترك يعجزون عن تحقيقهم منفردين دون أن يكون لأي فرد منهم ملكية خاصة في ذلك الشيء ولو شائعا².

الفرع الثاني: البقاء في الشيوخ بموجب نص في القانون.

قد يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون ومثال ذلك أنه ليس للشركاء أن يطلبوا قسمة المال إذا تبينه من الغرض الذي أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ، أو أن هذا المال يصبح غير صالح للاستعمال له بعد قسمته. ومثال ذلك الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق والحائط المشترك لأن الغرض الذي أعد له كالهما يقتضي أن تبقى هذه الأجزاء المشتركة والحائط المشترك دائما على الشيوخ.³

المادة 737 من القانون المدني الجزائري: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا القسمة إذا

¹ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 150، 151.

² مقروود سليمة، مرجع سابق، ص 15.

³ المرجع نفسه، ص 16.

تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع¹. مراعاة لهذه المادة يجب التحقق من طبيعة الشيء المراد قسمته هل هو قابل للقسمة أم لا وبالنسبة للغرض الذي أعد من أجله متى يكون أكثر منفعة على حالته أم بعد القسمة . نخلص في نهاية المبحث ان القسمة ما هي إلا وسيلة للخروج من حالة شيوع وإعطاء كل شريك حقه في المال الشائع مفرزا مستقلا فيه مع مراعاة في ذلك أهم الشروط المطلوبة في القسم من رضا وحضور الشركاء كلهم وقت القسمة وتمتعهم بالأهلية الكاملة وكذلك إفراغ العقد في شكل رسمي وتسجيله في المحافظة العقارية كونه واقع على عقار مع احترام اهم القيود التي تمنع القسمة في حال وجود أسباب في ذلك.

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية للعقار.

بعد بيان مفهوم القسمة ومعانيها المتعددة من فقه الاسلام وفقهاء القانون والتطرق لشروطها ومعرفة خصائصها المتميزة بها عن باقي أنواع القسمة، هنا سنوضح المراحل والإجراءات القانونية التي تمر عليها أي عقد قسمة رضائية أو اتفاقية، ومنه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتحدث عن الاجراءات الخاصة بالقسمة في الفقه الاسلامي أما الثاني فهو عبارة عن الاجراءات المتبعة بالقانون.

المطلب الأول: إجراءات القسمة في الفقه الإسلامي.

من المعروف عن العقار أنه شيء ثابت ومستقر، ومنه فإنه هناك كيفيات تعتمد عليها لإجراء القسمة فنجد مثلا في كيفية الأرض الخالية من الزراعة او البناء مخالفة لقسمة الأرض المزروعة كما أن إجراءاتها تتم ليست كإجراءات في قسمة الأرض المبنية، ومنه سنتطرق في هذا المطلب الى القسمة الارض الخالية من الزراعة والارض المزروعة في الفرع الأول أما في الفرع الثاني قسمة الأرض المبنية:

الفرع الاول: قسمة الارض الخالية من الزراعة و الأرض المزروعة.

أولا: قسمة الأرض الخالية من الزراعة. أن الأرض التي تخلو من أي زراعة يطلق عليها باسم

¹المادة 737 من القانون المدني الجزائري.

الأقرحة ، فالأقرحة هي عبارة عن أرض خالية من أي شيء سواء كان زراعة أو أشجار أو حتى البناء.¹

في حالة ما إذا كانت الأرض خالية فإنها قد تكون واحدة أو متعددة، فإذا كانت واحدة ففي هذه الحالة قد اجتمع الفقهاء على رأي واحد الا وهو إما أن تكون أجزائها متساوية وإما غير متساوية.

ففي حالة ما إذا كانت أجزائها متساوية فقد جمع القاضي كل شريك على حدة متتابعة، أما في حالة ما إذا كانت غير متساوية أي فيها اختلافات في صفاتها مثلا بعض أجزائها يصل اليه الماء والباقي لا يصل اليه هنا تصبح قيمة الجزء لبذي يصل اليه الماء اعلى قيمة من الجزء الاخر.² وإذا كانت متعددة فقد اختلفت آراء الفقهاء في قسمتها، حيث أقر الرأي الأول بأنها إذا كانت متعددة فيلزم عليهم القسمة بقسمة الأفراد، بغض النظر عنها إذا كانت متجاورة أو متباعدة متساوية أو مختلفة، فهذا الرأي قد تبنته الحنفية والحنابلة.

أما الرأي الثاني فقد رأى ان الأقرحة المتفرقة إذا كانت متساوية في قيمتها وما تقاربه في أماكنها وطلب أحد الشركاء أن يجمع له القاضي نصيبه منها في موضوع واحد، وأبى ذلك الباقون أو طلبوا قسمة كل قراح على حدة، جمع القاضي نصيب كل شريك في موضوع واحد وأجبره من امتنع ذلك.

أما إذا كانت الأقرحة مختلفة في قيمتها أو بعيدة في أماكنها فلا يجوز جمعها إجباراً، بل يقسم كل قراح على حدة.

حيث أن نصيب كل شريك من الأقرحة المتفرقة في موضوع واحد منها إذا كانت متساوية القيمة ومتقاربة أقل ضرر للشركاء من قسمة كل قراح على حدة، فهذا ما جاءت به المالكية.

أما الرأي الثالث حيث تبناه البعض من فقهاء الحنفي حيث أعتبر أن هذا الرأي هو الراجح لأنه يراعي مصلحة المتقاسمين، حيث أقروا بأن الأقرحة المتعددة يفوض جمعها أو أفرادها للقاضي فيقسمها على الوجهين تبعاً لما يراه من مصلحة الشركاء.³ حيث استدلوا بأن تفويض النظر في قسمة الأقرحة الى القاضي أعدل للقسمة وأجمع لمصالح الشركاء فإذا قسم كل قراح

¹عويسي ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص 22.

²المرجع نفسه، ص 23.

³عويسي ناديا، غياطو صليحة، ص 24.

على حدة ربما يتضرر كل شريك لتفريق نصيبه، وربما يتضرر أحد الشركاء لقلة نصيبه وإذا قسم على الجمع مطلقاً، قد يتضرر بعض الشركاء، لأن أجزاء الأرض متفاوتة في صلاحيتها للزراعة.

ثانياً: قسمة الأرض المزروعة.

في حين كانت بين الشريكين واران أحدهما القسمة فتكون في الحالات التالية:

- أن تكون القسمة على الزرع لا على الأرض، فإذا طلب أحد الشركاء قسمة الزرع فقط فيها ما أجازوه الحنفية .
- إذا كان الزرع بقلا حيث لا يسري فيه الربا فهنا تتم قسمته مع تراضيهما، وهذا الرأي أيده أيضاً الشافعية.

- أن يطالب أحد الشركاء بقسمة الأرض من دون الزرع، فقد أجازوا هذا

الفرع الثاني: قسمة الأرض المبنية.

حيث الأرض المبنية إما أن تكون دوراً أو بيوتاً أو منازل، فالدور هي عبارة عن جمع من دار حيث تشتمل كل من البيوت والمنازل أي مل شيء متعلق بالبناء.

أما المعنى بالبيوت هو اسم لمسقف واحد له دهليز، والمنازل هي اصغر من الدار وأكبر من البيت.¹

وفق القانون أحكام القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، الحصول أو لا على رخصة التجزئة إذا كان الأمر يتعلق بقسمة الأرض.

حيث تنص المادة 57 من القانون المشار إليه "تتشرط رخصة التجزئة لكل عملية التقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها".²

المطلب الثاني: إجراءات القسمة قانوناً.

بما أن عقد القسمة هو اتفاق بين المتعاقدين لإنهاء حالة الشروع، فجتماً أن هذا الاتفاق يخضع لكل مل تخضع الية كل العقود، فيجب أن يكون جميع الشركاء متفقين مع توفر أهلية التصرف في كل شخص بينهم، مع سلامة الإرادة حيث تخلو من أي عيب يشيها.³

¹ عويسي ناديا، غياطو صليحة، ص 26 و 27.

² يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 88.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، جزء 08، ص 893.

ومنه فإننا سنتطرق الى الاجراءات القانونية المتعلقة بالقسمة حيث قسمنا هذا المطلب لفرعين، الفرع الأول يتحدث للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة، اما الفرع الثاني فقد عالج الاجراءات القانونية في القسمة الرضائية.

الفرع الأول: للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة.

حيث تنص المادة 723 على ما يلي " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ... " حيث أن الشركاء هم من يختارون كيفية القسمة التي تتم بينهم، حيث يكون اختيارهم ان تكون القسمة عينية بمعد او بدون معدل فيتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء معين من المال الشائع على أن يكون لمن اختص بأحد الاجزاء معدلا هو مبلغ من المال يقوم بدفه الشركاء متساويين أو بنسبة معينة أو يدفعه شريك واحد هو من يتكفل به ¹ أو ان تكون قسمة كلية حيث ان هاته القسمة هي الغالبة الشائع أو لجزء منه فيظل الباقي مشاعا، أما في حين ما اذا تعذرت القسمة العينية جازت قسمة التصفية حيث يتم بيع المال أو جزئه فالمزاد العلني ويوزع الثمن عليهم. ²

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية في العقار.

بما أن عقد القسمة يعتبر من العقود الرسمية هنا فانه تسري عليه كل الاحكام العامة المطبقة على العقود وعليه ان يخضع للشكالية المطلوبة، طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، فهذا العقد هو من انجازات الموثق حيث يقوم بتحريره ويتولى جميع اجراءاته في الكثير من الاحيان.

حيث يتم انجاز هاته القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجود بها العقار.

اذ تنص المادة 57 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية التقسيم لاثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها "

حيث نصت أيضا المادة 58 " يقدم طالب التقسيم ملف يتضمن دفتر شروط يحدد الأشغال المحتملة للتجهز وبناء الطرق السالكة التي يتعهد المالك أو الملاك بإنجازها في آجال محددة،

¹ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2001، ص 835.

² المرجع نفسه، ص 835.

وكذلك شروط التنازل عن القطع الأرضية والمواصفات التعميرية والهندسية المعمارية وغيرها التي يجب أن تستجيب لها الهيئات المزمع إنجازها.¹

بالنسبة لشهادة التقسيم فهي وثيقة توضح كيفية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قطعتين أو أكثر، أما في حالة ما إذا كانت عمارة مجزئة فهذا يجب اعداد جدول وصفي للتقسيم دون الحاجة الى شهادة التقسيم.²

أما في حالة ما إذا كان العقار المشاع فلاحي فقد اوجد المشرع قيودا على القسمة المتعلقة به حيث أقر في المادة 55 من قانون التوجيه العقاري " لا تخلق هذه المعاملات المختلفة ضررا بقابلية الأرض للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهها الفلاحية ولا تسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه..."

حيث اصدر المرسوم التنفيذي 490/97³ والذي قام بتحديد الشروط المتعلقة

- كما من الوجوب أن يتحصل المتقاسمين على الرخصة المتعلقة بتقسية الأراضي الفلاحية حيث هي عبارة عن رخصة تثبت قابلية الارض الفلاحية للقسمة العينية. حيث تقدم من قبل مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية بناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة الودية وترخيص الإدارة المختصة، حيث يقوم الوثق بعدها بتحرير عقد القسمة ثم يسجله ويشهره بالمحافظة العقارية. فيهدف بهذا الشهر إلى شهر الحقوق العينية الاصلية الواردة على كل جزء مفرز وذكر هوية مالكة الجديد.⁴

• أما في حالة وجود ناقص الأهلية او غائب بين الشركاء.

بما أن في قانون الاسرة اعتبرت حكم الشخص الغائب مثله مثل الناقص الاهلية أي تسلط عليه نفس الاحكام اثناء تمثيله قانونا، ولكننا هنا نجد أن القانون المدني في المادة 723 قد سلط الضوء فقط على الشريك الناقص الاهلية واهملت من كان غائب.

وبما أن هاته المادة اخذت من القانون المصري سنقوم بشرح ماو هو وارد على هاته المعلومة من القوانين المصرية حيث جاء في المادة 840 من القانون المدني المصري " إذا

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 88.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 895.

³ المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية لسنة 1997، العدد 84.

⁴ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون بلد، دون سنة، ص 196.

كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم توافر فيه الأهلية، وجب صديق على حكم القسمة بعد ان يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون، أي حالته للقسمة القضائية.¹

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد اوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون دون ذكر هذه الإجراءات ودون ذكر القانون المقصود، فهل المقصود أن تكون القسمة قضائية مثلما جاء في القانون المصري².

حيث أن هاتاه الماد قد تطرقت لما هو مصاغ بشكل عام دون مما جعل فهمها صعبا، حيث أن المشرع نص صراحة في قانون الأسرة على وجوب أن تكون القسمة قضائية في التركات³.

ويوجد طريقتين آخرين من الإجراءات تتمثل في طريقة المسح و الفرز وكذا طريقة القرعة الاختيار النصيب المفرز.

1/ طريقة المسح والفرز: إذا كان المطلوب تقسيمه أرضا يتبع الترتيب ما يلي:

- أ- يمسح المحل المطلوب تقسيمه بالمتر والدونم، ثم يصار إلى إفراز الحصص بعد تأمين المعادلة بينها من حيث مقدار مساحة وكل منها وجودة أو رداءة تربتها وشرف موقعها مع مراعاة أية اعتبارات أخرى تزيد أو تنقص قيمتها، كما يجب أن يفرز حق الشرب والمسيل والطريق بحيث ال يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن ثم يدعى الشركاء لتقدير قيمة الحصص بالاتفاق فيما بينهم فإن لم يتفقوا على ذلك يعين المكلف بالتسجيل خبيرا أو أكثر لتقدير القيمة.
- ب- إذا ظهر في نتيجة تقدير القيمة أن حصة واحدة أو أكثر غير متعادلة من حيث القيمة مع الحصص الأخرى وجب تعويضه بمعدل عما نقصه من نصيبه.
- ت- بعد إتمام المعاملة وفق ما مر في البندين السابقين، يحرر محضر بالواقع وتربط به خارطة لجميع الحصص.
- ث- تخصص الحصص المفروزة للشركاء كل بمفرده بالاتفاق أو بالقرعة ثم يدرج ذلك في محضر يوقع عليه ويختمه جميع الشركاء¹، بحيث يبين حصة كل واحد من المتقاسمين

¹أنور طلبية، المرجع السابق، ص 115.

²عويسي ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص33.

³المادة 181 من قانون الأسرة" يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

في جدول، ويجب الملاحظة أن هناك مرافق عامة فإن هذه المرافق تأخذ رقما لحصة وتسجل هذه الحصة باسم جميع المتقاسمين أما إذا ذكر في مخطط الإفراز هناك شوارع عامة فإنها لا تسجل بأسماء المتقاسمين كما هو الحال في المرافق العامة. إذا تعددت المحلات المطلوب تقسيمها واتفق الشركاء على التقسيم يمكن إجراء المعاملة بطريقة قسمة الجمع.

إذا كان المال غير المنقول المطلوب تقسيمه واتفق الشركاء على تقسيمه، ففي هذه الحالة يتولى مأمور التسجيل العمل وفق ما مر في البند، بعد تقويم الأبنية والتعديل بين الحصص.

وبعد التقسيم والإفراز والتعديل تقسم الأرض إلى قسائم تحمل أرقاما مؤقتة لحين التسجيل في الدفاتر، والمقصود بأرقام القسائم المؤقتة هي الأرقام الجديدة التي تأخذها القسائم من القطعة الكلية التي تم تقسيمها وذلك بعد تجزئتها إلى عدة قطع تأخذ كل من هذه القطع رقم متعارف عليه لدى المساحة ولدى دوائر التسجيل ويتم عرضها على البلدية ليتم المصادقة عليها وللتأكد من عدم مخالفتها للمخطط الهيكلي للمدينة واللوائح التنظيمية للمدينة.

و على المساح المقدر أو الخبراء المعينين عند التقسيم إذا رأوا أن هناك بناءا على الأرض التي تم تقسيمها وقد وقعت على إحدى القسائم واختص بها أحد المتقاسمين أن يسأل أصحاب العلاقة هل أقيم هذا البناء من مال الشركاء مجتمعين أم أقيم من المال الخاص للشريك الذي اختص بهذه القطعة المفترزة و أن يدون جوابهم في تقريره و أن يوقع أصحاب العلاقة على ذلك بظهر تقدير كشف لأن الرسوم المقدرة على قيمة هذا البناء إما أن تضاف إلى جميع الشركاء إذا أقيم البناء من مال جميع الشركاء و أن يتحملها فقط الشريك الذي أقام من ماله الخاص وعلى المساح أو الخبراء أن ال يغفل عن هذه النقطة لأهميتها²، ومن ثم يقوم المساح المقدر بعد ذلك بجمع القيمة

¹تنص المادة 727 من القانون المدني الجزائري على " تجري القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحطمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

²مازن زايد عمران، المرجع السابق، ص 103.

لكامل القطعة وقيمة البناء إذا أقيم من المال الخاص بأحد الشركاء ثم يستخرج ما يخص كل شريك من هذه القيمة وذلك بجمع قيمة القطع التي خصصت للقسمة.

2/ كيفية القرعة لاختيار النصيب المفروز. تفرز الحصص بالاقتراع بين الشركاء وتدرج هذه الجهة في المحضر ويكون ذلك بأن تفرز الحصص بالنسبة للسهم بعد التعديل ويعلم كل قسم برقم واحد اثنين... الخ، ثم يكتب اسم كل شريك في ورقة تطوى بصورة لا يمكن تمييز الواحدة عن أخواتها وتخلط ثم تسحب ورقة وتقرأ فيعطي القسم الأول ذو الرقم 1 إلى الشريك الذي ظهر اسمه ، وإذا كان له أجزاء من واحد فأكثر فيعطي حينئذ من الأجزاء المجاورة للجزء الأول ثم يقرع مرة ثانية فيعطي من يظهر اسمه من الأجزاء التي بقيت بعد أخذ الشريك الأول، وهكذا حتى تكمل القرعة والشريك الذي يبقى وحده يأخذ الباقية والحاصل، إذا كان الشركاء كثيرين فيقرع حتى لا يبقى إلا شريك واحد، فيأخذ هذا الأجزاء الباقية بعد سحب القرعة بين الشركاء الذين أخذوا سهامهم، وقد شرعت القرعة تطيبها لقلوب الشركاء ونفيا للتهمة عن القاسم. أما إذا كانت القسمة لا تستلزم القرعة كتقسيم جدار مشترك بين جارين فلا بد أن يعطي كل جار ما جاور داره.

أما الجانب الاسلامي فإنه يطبق أحكام أخرى وقواعد في إجراء القسمة بعيدة كل البعد على الأحكام على التي يطبقها القانون نذكر منها كيفية إجراء القسمة على الأرض الخالية من الزراعة والمزروعة والمبنية.

والأرض الخالية إما أن تكون واحدة وأما أن تكون متعددة، فإذا كانت الأرض واحدة فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كانت الأرض الخالية واحدة فلما أن تكون أجزاء متساوية، وإما أن تكون غير متساوية.

فإذا كانت أجزائها متساوية، جمع القاضي كل شريك على حدة متتابعاً لما كانت غير متساوية بأن كانت مختلفة في صفاتها، فمثال بعض أجزائها قوي في إثباته أو قريب من الماء والبعض

الآخر بعيد عن الماء مما يرفع من قيمة أحد الطرفين عن الآخر مما يجعل بعض الأرض جيدا والآخر رديئا¹.

فلو كان من الممكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده قسم القاضي على ذلك ولا يلجأ إلى القيمة بالقيمة، لأن القسمة على القسمة بالتعديل.

أما إذا لم يكن ذلك فيقسم بالقيمة مادامت لا تحتاج إلى رد، إلحاق للتساوي في القيمة بالتساوي في الاجراء، فيجمع نصيب كل واحد على حدى وهذه القسمة تجوز رضاء كما تجوز قضاء، فإن احتاجت إلى رد فإنها لا تجوز إلا رضاء².

ومثل هذه الأرض لا تحتاج عند قسمتها أكثر من ذرعها أو ومعرفة مساحتها ثم تمييزها أنصبا متساوية، إذا تساوت حقوق المتقاسمين أو سهاما متساوية بقدر النصيب الأقل.

حيث نلخص مما تم انجازه أن أي شريك يريد الخروج من الشيوع بما انه لا يوجد نص أو اتفاق يجبره على الاستمرار فيه بإمكانه ان يطلب متى شاء انها القسمة فهذا ما أقر به كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري في نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري.

فبمجرد اتمام القسمة مع اتفاق جميع الشركاء يجب ان تطبق في قالب شكلي لأنها تعتبر عقد رسمي، مع امكانية طلب بطلان الاتفاق على القسمة لوجود أسباب مثلا نقص أهلية الشركاء³. وهذا ما سنقوم بمعالجته في الفصل الثاني من الطعن في القسمة الرضائية ومعرفة آثارها.

¹مقرود سليمة، مرجع سابق، ص 22.

² المرجع نفسه، ص 22.

³عويسي ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص34.

الفصل الثاني الطعن في القسمة الرضائية وآثارها.

الفصل الثاني: الطعن في القسمة الرضائية وآثارها.

ما سنتطرق له في الفصل هو الطعن في القسمة الرضائية مع بيان آثارها المترتبة عنه، حيث ما نجده في القانون المدني الجزائري بإمكان أي شريك أن يطلب بطلان اتفاق القسمة بسبب وقوع خطأ علة حساب أحد الشركاء أو لنقض الاستغلال أو الغلط، وهذا ممكن أن يكون جهلا بأحكام الشريعة مثلاً.

حيث أجاز أيضا القانون الجزائري الطعن في القسمة الرضائية بسبب الغبن فهذا ما نصت عليه المادة 732 من القانون المدني الجزائري، أم بالنسبة الآثار المتعلقة به هو أن القانون المدني الجزائري قد جاء بها مفصلا فقد تطلق لبيان التفرقة بين الآثار المتعلقة بالآثر الكاشف والناقل .

ومنه فإننا سنبين في هذا الفصل المتعلق بالطعن في القسمة الرضائية وبيان آثارها حيث قسمناه لمبحثين فالمبحث الأول يتحدث عن الطعن في القسمة من حيث نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن ودعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا في المطلب الأول لزوم القسمة والإفراز أما في المطلب الثاني فقد تطرقا لبيان الاثر الكاشف والناقل مع ضمان التعرض والاستحقاق.

المبحث الأول: الطعن في القسمة الرضائية.

بما أنه من الشروط الأساسية للقسمة هي سلامة إرادة كل المتقاعدين من أي عيب يشوبها، وبما أن القسمة تخضع للقواعد العامة للقسمة هنا بإمكان أي متقاسم أن يطلب إبطال العقد مستندا لأي عيب شاب إرادته¹.

حيث اكتفي المشرع باعتبار الغبن سبب رئيسي لإبطال العقد، فإذا زاد عن الخمس فهنا يعتبر قد خرج عن القواعد العامة، حيث اشترط أيضا هو أن ما يعتبر غبن إلا ما زاد عن الخمس حرصا منه على استقرار التعامل، وهذا مخالف للغبن الوارد في تعقد البيع حيث الأخير فهو ينحصر في بيع ناقص لأهلية للعقار، ومنه نجد أن الغبن في القسمة يتقرر للمتقاسم ولو كان كامل الأهلية حيث يطبق أيضا على العقار المنقول.

¹ عويسي ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص 45.

كما يجوز إبطال القسمة الرضائية لتدليس أو إكراه أو لغبن غير أن المشرع الجزائري قد خصص للغبن أحكاما خاصة في حالة قسمة المال الشائع بالتراضي، ومنه فإننا سنبين نقض القسمة بسبب الغبن في المطلب الأول أما المطلب الثاني لتطرقنا لدعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها.

المطلب الأول: نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن.

الغبن: هو عدم التعادل بين ما يأخذه لعاقد وما يعطيه وبمعنى آخر فهو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين¹.

وان كان المشرع الجزائري لم ينص على الغبن المجرد من الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، في القسم المتعلق بشروط العقد في التقنين المدني، إلا أنه اعتبره كذلك في حالات معينة منها حالة البيع، وحالة القسمة الرضائية، وهذا بموجب نصوص خاصة، حيث تنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري، "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقسمة الشيء وقت القسمة"

ما يلاحظ أن نقض القسمة الغبن مقصور على القسمة الرضائية فقط والمقصود هنا هو الغبن في ذاته دون أن يصطحبه تدليس أو غلط فإذا بلغ الحد المنصوص عليه قانونا، يجعل عقد القسمة قابلا للإبطال حتى ولو لم يكن نتيجة لطيش بين أو هوى جامع.

ونجد أن ما يبرر الاعتداد بالغبن كسبب لنقض القسمة هو أن وظيفتها إفراز أنصبة معادلة للحصص الشائعة، وبالتالي فقوام القسمة هز العدالة والمساواة.

فنقض القسمة للغبن يغني عن إبطالها للغلط من قيمة الشيء، أما الخطأ في الحساب فلا يترتب عليه القابلية لإبطال الغلط ولا نقض القسمة للغبن، ولكن يجب تصحيحه، ولو كانت الخسارة المترتبة عليه تساوي الخمس أو نقل عن ذلك، وهو طبقا للمادة 84 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 182.

بالإضافة الى أن الغلط في الحساب قد يؤدي الى الغلط في الصفة الجوهرية للشيء متى كان هذا الغلط دافعا للتعاقد ومثالها بيع الوارث لحصته في التركة، فقد يكون الغلط في مقدار هذه الصحة راجع إلى خطأ أثناء تحديد الأنصبة وبهذا تكون الإدارة معيبة هنا.

نجد في المادة 845 من القانون المدني المصري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت أحد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية من القسمة ، وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".¹

أما المنصوص عليه في المادة 732 في القانون المدني الجزائري من الغبن انه هو عيب من عيوب الارادة سواء كان المال المراد قسمته عقارا أو منقولا وهذا خلافا للغبن في عقد البيع والذي لا ينصب إلا على العقارات (مادة 358 قانون مدني جزائري) هنا القانون جعل الغبن وحده قابل للإبطال، بناء على طلب الشريك المغبون.

ولما كان عقد القسمة قابلا للإبطال فإن للشريك الذي تقرر لمصلحته هذا الابطال حق إجازة هذا العقد، فيصبح عقد القسمة بعد الإجازة غير قابل للنقض بالغبن، وتستقر القسمة بعد هذه الإجازة، وقد تكون الإجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به، أما اذا نفذ القسمة دون علمه بالغبن الذي لحقه فلا يعتبر تنفيذه هذا إجازة ضمنية منه.

و حيث جاء ايضا فالقانون الاردني في المادة 1050 "1 - يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة. 2- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة".

فالمادة 1050 أجازت لمن لاحقه من الشركاء غبن فاحش في القسمة الرضائية أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة، وهذا يعني أن القسمة أصبحت قضائية بعد أن كانت اتفاقية.²

ولمعرفة وقوع الغبن من عدمه يجب معرفة أنواع من القسمة التي يجوز الطعن فيها بالغبن.

¹انور طلبية، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 135.

²غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 100.

أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن.

أن القسمة تخضع لمبدأ عام، ألا وهو المساوات بين حصص المتقاسمين فذا وقع في القسمة غبن فاحش لحق هذا الغبن بأحد الشركاء، فإن مبدأ المساواة يكون قد تخلف وهنا تكون القسمة غير عادلة.

ومن هنا يجوز الطعن في القسمة الرضائية حتى ولو كانت القسمة كلية أو جزئية عينية أو بطريق التصفية.¹

غير ذلك ان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء على الشيوع فيعتد بالغبن حيث أن البيع هنا يعتبر قسمة، فإذا اشترى أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع بأقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية أصبح لكل شريك من الشركاء حق نقض القسمة للغبن، أما إذا تمت القسمة بطريق التصفية بالمزاد العلني فرس المزايد على الشريك فإنه لا يجوز نقضها لغبن حتى وإن كانت المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم وهذا بالرجوع الى القواعد العامة.²

أما بالنسبة للمادة 732 من القانون المدني الجزائري فهي تنص على " ... يجب أن توقع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

• شروط إبطال القسمة للغبن.

لفسخ القسمة بسبب الغبن يجب ان تتوافر الشروط الآتية:

أولاً: ان تكون القسمة اتفاقية.

حيث انه يجوز فسخ القسمة بسبب الغبن الاتفاقية فقط دون القضائية، حيث يرجع ذلك إلى أن القسمة القضائية تتم امام القضاء، وهو ما يحيطها بالضمانات الكافية التي تحول دون تحقق غبن فاحش لشريك أو أكثر، حيث ان الاحكام القضائية لا تقبل الفسخ، وإنما يطعن في هذا الحكم وفقا للطرق المقررة للطعن في الأحكام متى توافرت له شروط الطعن.³

¹عويسي ناديا، غياطو صليحة، مرجع سابق، 49.

²المرجع نفسه، ص 47.

³المرجع نفسه، ص 47.

ثانياً: أن يزيد الغبن عن الخمس:

والعبرة بقيمة المال الحقيقية وقت القسمة فلا يعتد بالقيمة الواردة بعقد القسمة ويمكن الاستعانة بأهل الخبرة في هذا التقدير، كما لا يعتد بالغبن إذا كان لسبب لاحق على القسمة كارتفاع قيمة جزء من المال المتقاسم أو انخفاضه.¹

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة يجب تقدير المال الشائع محل القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، فالمشرع الجزائري اعتمد نسبة الخمس أسوة بالمشرع المصري والذي أخذها بدوره من الشريعة الإسلامية.²

حيث لو أعطينا مثال أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف دج (50,000) وكان هناك خمسة شركاء بحصص متساوية كانت القيمة الحقيقية للنصيب المفروز لكل شريك هي عشرة آلاف (10,000) فإذا نزلت قيمة نصيب الشريك المفروزة بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفروز هنا فإنه يعتبر مغبون، أي أقل من ثمانية آلاف (8,000) دج، أما إذا كانت متساوية أو أكثر فلا يجوز نقض القسمة الرضائية للغبن.

والعبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، وفي تقدير قيمة نصيب كل من ان كل شريك بعد القسمة هي (10,000) دج عشرة آلاف، ولو كان نصيب ما تحصل عليه أحد الشركاء هو (8000) ثمانية آلاف دج فهذا لسنا بصدد غبن³

ثالثاً: أن ترفع دعوى الفسخ خلال سنة من تاريخ القسمة.

لكي لا تتعرض القسمة للفسخ مدة طويلة وحرصاً على استقرارها لذلك الزم أن ترفع الدعوى المتعلقة بالفسخ خلال سنة من تاريخ القسمة وإلا سقطت الدعوى، وهذا خروج من القاعدة العامة، وهي عدم سماع الدعوى بعد مرور 15 سنة. علماً أن مدة السنة التي يجب رفع دعوى الفسخ فيها هي مدة سقوط لا مدة تقادم، لأن المشرع في صياغة المادة المتعلقة بها حيث أنه لم يورد العبارة التالية "لا تسمع الدعوى بانقضاء بغير عذر شرعي"، ومن ثم لا يرد عنها الوقف والانقطاع. حيث نجد هنا أن الشريك الذي لحقه الغبن هو الذي يدعي ويرفع الدعوة المتعلقة

¹ أنور طلبية، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 126.

² المرجع نفسه، ص 126.

³ عويس ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص 49.

بالفسخ، والمدعى عليه هم باقي الشركاء، في حين توفي المتقاسم المغبون أثناء رفع دعوى القسمة كان لورثته الحلول محله ومواصلة السير فيها.¹

المطلب الثاني: دعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها.

ومتى تحققت هذه الشروط تعين على المحكمة أن تقضي بنقض القسمة فليس لها سلطة تقديرية في ذلك كما في الفسخ إذ النقص ابطال للقسمة، فتعود حالة الشيوخ إلى ما كانت عليه قبلها حيثها تعود حالة القسمة إلى ما كانت عليه أي كما لم تقع من قبل فتسقط كل التصرفات التي باشرها كل شريك على الحصة التي آلت إليه وتعود إلى الشيوخ خالية من الحقوق التي ترتبت عليها للغير، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة فتنفذ في حق باقي الشركاء.²

أولاً: أطراف الدعوى.

حيث يجوز أيضاً للمدعى عليه أن يوقف سير الدعوى إذا اكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته والخيار حتماً يكون للمدعى عليه باعتباره هو المدين، وإذا وافق الدائن هنا المدين لا يمكنه الرجوع في عرضه، وتجوز التكملة في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام الاستئناف بل له ذلك حتى بعد صدور حكم نهائي وقبل إجراء قسمة جديدة.

أما التكملة التي يلتزم بها المدعى عليه (شريك أو أكثر) فهي ما ترفع كل غبن عن المدعي فيستحق المقابل الذي يصل به إلى حصته كاملة لا نقصان فيها إذ أن القسمة من عقود المساواة وليست من عقود المضاربة التي يتسامح فيها ببعض الغبن كالبيع وفقاً للمادتين 129 و 425.³

ثانياً: الآثار المترتبة على نقض القسمة للغبن.

من أهم الآثار المهمة نستنتجها مما سبق هو أن فاقضاء القسمة الرضائية للغبن تبطل وتصبح كأنها لم تكن وتعود حالة الشيوخ التي كانت قد زالت بالقسمة قبل ابطالها، واعتبر المال المملوك شائعاً بينهم وكأنهم لم ينقطع منذ بدء الشيوخ. ومنه فإن أي شريك أن يطلب القسمة من جديد. حيث نقض القسمة للغبن له أثر رجعي، فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقاً

¹ غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 102.

² أنور طلبية، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 126.

³ المرجع نفسه، ص 127.

للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير¹.
أما عن أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة.

ثالثاً: تفادي نقض القسمة للغبن.

طبقاً لنص المادة 732 في فقرتها الثانية أنه يحق للمدعي في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير هذه الدعوى ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعي ما نقص من حصته.
حيث نلاحظ أن هناك حالتين تشابه حالة تفادي نقض القسمة للغبن وهي حالة الغبن عن طريق الاستغلال طبقاً للقواعد العامة²، وهو ما نصت عليه المادة 90 من القانون المدني الجزائري وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته.
كما أن إنقاص الالتزامات يرفع عنه الغبن الفاحش وهو ما نصت عليه المادة 350 من القانون المدني.

وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة لا بوقت الدفع ويضاف إليه ثمرات الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة أما بالنسبة لإكمال نصيب الشريك المغبون حيث أنه بالإمكان أن يتم عينا أو نقدا فهنا يكون الخيار للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة، وإذا تعدد المدعى عليهم وجب أن يتفقوا على إكمال حصة المغبون عينا أو نقدا على مقدار ما³ يكمل النقص.

ونجد أيضاً أنه إذا كان عقد القسمة موقعا من بعض الشركاء فقط، فهنا يتعين عدم القضاء بصحة العقد ونفاذه ولما كان الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لا تكون له حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة لمن تم اختصامه في الدعوى، وبالتالي تنحصر تلك الحجية في أطراف الحكم دون أن تتعدى باقي الشركاء⁴، حيث نجد أن بإمكان هؤلاء رفع الدعوى بقسمة المال الشائع من غير أن يكون للحكم السابق أي حجية بالنسبة لهم مما يجوز معه أن يفرز لهؤلاء الأجزاء التي اختص بها الشركاء الآخرون.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 51.

² محمد حسين قاسم، الموجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 156.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 909.

⁴ أنور طلبية، الملكية الشائعة، د ط، الناشر المكتب الجامعي الحديث الأزنا ربطة الاسكندرية، 2004، مصر، ص 184.

أما في حالة ما اذا ابرم عقد القسمة لم يوقع معهم أحد الشركاء، يظل العقد قائم وناظدا فقط بالنسبة لم قام بالتوقيع، بحيث لو أقره من يوقعه أو ورثته من بعده، اكتمل لعقد القسمة مقوماته وجاز الحكم بصحته ونفاذه.¹

المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية في العقار.

بما أن الحل الوحيد لإنهاء الشيوع هو القسمة، حيث يصبح الشريك له السلطات التامة للتصرف في حصته، مادام أنه أصبح مالكا حقيقيا لماله وهنا الملكية تخول لصاحبها جميع التصرفات في ماله.

غير أن حرية المال في التصرف مقيدة في القانون بالتزامات الجواز فالمالك لا يستطيع أن يستعمل ملكه على نحو يترتب عليه ضرر غير مألوف بالجار.²

غير أنه نجد العديد من فقهاء القانون اختلفوا في موضوع تحديد الزمن الذي يصبح فيه الشريك مالكا ملكية مفرزة للنصيب المفرز الذي آل إليه.

حيث يرى بعض الفقهاء ان الأثر المتضمن على عقد القسمة هو عبارة عن أثر ناقل وكاشف، واما الرأي الآخر فيرى أنه أثر كاشف وهناك من يرى أنه اثر ناقل واتجاه آخر أقر باقول أنه أثر رجعي.

ومنه فإننا سنتحدث في هذا المبحث عن الآثار الأساسية للقسمة وهي في المطلب الأول عن الأثر الكاشف، أما في المطلب الثاني فسننتطرق الى الأثر الرجعي والأثر الناقل.

المطلب الأول: الأثر الكاشف.

بما أن القسمة هي عبارة عن إفراز نصيب معلوم لكشفه ومعرفته، لذا فإننا نجد ان من الآثار المترتبة على عقد القسمة هو الأثر الكاشف.

فبالرجوع لموقف المشرع الجزائري هذه المسألة فقد نص في المادة 730 من القانون المدني "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الاطلاق لباقي الحصص الأخرى".³

¹ أنور طلبية، الملكية الشائعة، المرجع السابق، ص 184.

² عويسي ناديا، غياطو صليحة، المرجع السابق، ص 66.

³ المادة 730 من القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم.

وهنا اعتمد المشرع الجزائري فكرة الأثر الكاشف، وذلك باعتبار ان الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب أو الجزء المفرز من زمن تملكه على الميراث أعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت حدوث القسمة، فالورث الذي تنتقل إليه بوفاة مورثه حصة شائعة من التركة ، وإنما يستند في تملكه للنصيب المفرز الذي آل إليه عند القسمة¹، وأما اذا كان التملك في الشيوخ بالشراء أعتبر مالكا للجزء المفرز من وقت شراء العقار الشائع، لا من وقت تمام القسمة كضمان لحصول كل شريك على حصته خالية من تصرفات الشركاء الآخرين قبل إجراء القسمة².

ويرى هؤلاء القائلون بالأثر الكاشف أن وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق المعنوي والمادي لحق الشريك الشائع، ويكون ذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع ليكون ملكا خالصا لهذه الشريك، وعند حدوث هذا التطابق فان القسمة تكشف لما كان لهذا الشريك في حقه الثابت منذ بدا الشيوخ³.

ولا يرتب له حقا جديدا بل هو الحق القديم في الملكية الشائعة، فمثلا إذا تلقى أحد الورثة من مورثه حصة في مال شائع، ثم تمت هذه القسمة فيما بينه وبين شركائه فان الحصة المفروزة التي الت اليه سببها الميراث وليس القسمة، بمعنى أن القسمة لا تعطي الشريك حقا جديدا، وإنما تغير في حق الشريك، في تحقق التطابق المادي والمعنوي للحصة التي الت اليه، فيصبح حق الشريك محصورا في جزء معين يختص فيه بعد أن كان هذا الحق واردا على المال الشائع كله ويتزاحم مع حقوق الشركاء الآخرين عليه⁴.

ومقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك في أي لحظة مال آخر مفرز في نصيب أي شريك آخر، فلا يعتبر قد تملك أي نصيب في حصة أحد الشركاء الآخرين، حيث أن للقسمة أثرا غير الأثر الكاشف حيث أنها لا تكشف فقط ما يملكه الشريك لنصيبه المفرز الى الوقت الذي بدأ فيه

¹نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، دون طبعة، سنة 2001، ص176.

²بن سلامي فوزي، القسمة الرضائية في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقاري، جامعة زيان

عاشور، الجلفة، الجزائر، 2015/2014، ص 41

³مازن زيد جميل عمران، المرجع السابق، ص 126.

⁴المرجع نفسه، ص127.

الشيوع ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة¹.

الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف.

هنا نجد أن لنطاق الأثر الكاشف للقسمة الرضائية علينا معرفة ماهي التصرفات التي قد يترتب عنها، وما الأموال التي ينطبق عليها، كما يجب معرفة من هم الأشخاص الذين يقوم عليهم هذا الفعل.

أولاً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات.

بالنسبة للتصرفات فإن الأثر الكاشف يترتب على أي تصرف من شأنه أن ينهي حالة الشيوع سواء كان ذلك بالنسبة لكل الشركاء أو بعضهم وسواء كان كل المال الشائع أ جزء منه. إن القسمة عبارة عن تصرف يوحى الى اختصاص كل عنصر شريك بنصيبه مفرزا من العقار الشائع، ولا ضرر أن يصل الافراز لجميع الشركاء، وبالتالي تبقى حصة البعض الآخر شائعة، وعليه فالقسمة تقترن بمعدل أو لا تقترن، وتكون رضائية، أو بحكم القانون². بإمكان أحد الشركاء بموجب اتفاق مع الشركاء الآخرين في العقار، أن تتم عملية شراء جميع الحصص الشائعة بحيث يصبح مالكا للعقار كله³. ونجد ان في نظر القانون والمختصين أن التصرف والعمل الـي هو نابع من القسمة من خلال التصرف بعوض يترتب عنها الأثر الكاشف⁴.

ثانياً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال.

أما بالنسبة للأموال فإن كل الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة ينطبق عليها الأثر الكاشف، سواء كانت تلك الأموال عقارات أو منقولات، أو حقوقا ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف على مصنفه⁵.

كما نجد أن الأثر الكاشف للقسمة لا ينطبق على ما يلي:

1 / معدل القسمة: حيث نجد أن المتقاسمون في بعض الأحيان يلجؤون للاستعانة بالمعدل عند استحالة تساوي الحصص في القسمة، وذلك بأن يعوض الشريك الذي حصل على نصيب أكبر

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 947.

² بن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 43.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 960.

⁴ بن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 46.

⁵ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، 183.

الشريك الحاصل علة نصيب أقل من حصته ويمكن أن يكون المعدل مبلغا من النقود وقد يمون عقارا أو منقولا وهذا المعدل لا يسري عليه الأثر الكاشف.

فإن كان المعدل التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر عقارا يملكه حيث أن القسمة في هذه الحالة لا تكشف عن ملكية المعدل العقاري لكنها ناقلة لملكته للمتقاسم الآخر ويصبح الشريك الذي آل إليه هذا العقار خلفا للشريك الأول الذي دفع المعدل، بحيث تبقى التصرفات التي رتبها صاحب العقار نافذة وتنتقل إلى خلفه، كما أن العقار المقدم كمعدل لا تنتقل ملكيته الا بالتسجيل¹.

2 / الحقوق الشخصية: عند وفاة الدائن يصبح الورثة أصحاب حقوق شخصية منذ الوفاة لانقسام الحق الشخصي ويكون كل وارث دائئا بجزء من الدين مل حسب حصته وهو يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة، ومعنى ذلك أن الحق الذي للتركة لا يبقى شائعا بين الورثة إلى وقت القسمة وينقسم على الورثة وحال وقوع الحق كله عند القسمة في نصيب أحد الورثة يكون ذلك في العلاقة بين الورثة وحدهم أما المدين بالحق فإنه يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته².

ثالثا: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص.

فبالنسبة للأشخاص فنجد بالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة تطبيقا لذلك أنه إذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم، فلا يحق للمتقاسم الذي 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 سندا لتملك المتقاسم لما آل إليه،³ ويحتج كذلك على الغير إذا رهن أحد الشركاء في الشيوع حصة شائعة أو جزء مفرز من المال الشائع إلى أجنبي من الغير.

ولكن هذا الرهن لا يسري في حق الشريك الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة، على أساس أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن، معناه أن الأثر الكاشف يسري على الدائن المرتهن أو الغير وبالتالي يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من أي حق

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 962.

² العطار عبد الناصر، شرح احكام حق الملكية، دار الفكر، د ط، د ب، 1991، ص 152.

³ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 178.

رتبه الشركاء الآخرين¹.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف.

كما رأينا خلال البحث فإن الأثر الكاشف للقسمة قام بدور أساسي في إعادة تقييم الآثار المترتبة على القسمة لما يتلاءم مع طبيعتها وما يخدم طبيعتها مصلحة المتقاسمين، ويترتب على الأثر الكاشف ثلاث نتائج في غاية الأهمية وهي سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على نصيب مفرز آل الى غيره، وعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتقادم القصير². حيث ندرس النقاط التالية التي تحتج بها القسمة.

أولاً: مصير التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على المال الشائع.

التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على المال الشائع أثناء الشيوع بإرادته المنفردة غير النافذة في حق الشريك الذي وقع المال المفرز او جزء منه في نصيبه عند القسمة، فيعتبر هذا المتصرف كأنه لم يملك هذا الجزء قط ويعتبر من آل اليه الجزء المفرز قد تملكه منذ وقت بدء الشيوع، وعلى هذا يحصل كل شريك متقاسم على نصيب خال من أي تصرفات رتبها أحد الشركاء.

المتقاسمين على المال وهذه نتيجة جوهرية للأثر الكاشف³، ولا فرق بين هذه الحقوق سواء كان حق عينيا أصليا او حقا عينيا تبعيا، ولا يغني في كون ذلك الحق قد سجل وأشهر. وقد خفف المشرع الجزائي من الأثر الكاشف للقسمة حيث استثنى من الاثر الرجعي الرهن الصادر من جمع المالكين للعقار الشائع أين كانت النتيجة المترتبة على القسمة، وحتى في حالة بيعه إذا لم يمكن قسمته.

وكذلك في حالة تصرف أحد الشركاء ورهن حصته الشائعة أو جزء مفرز من هذا العقار، وبعد القسمة وقد وقع في نصيبه الأموال غير التي قام برهنها، حيث نجد هنا أن المال المرهون قد انتقل بمرتبته للأعيان خاصة به بما يعادل قيمة العقار الذي رهن في الأصل⁴.

¹نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص178.

²بن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 48.

³الطار عبد الناصر، مرجع سابق، ص 254.

⁴بن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص49

ثانيا: عدم التمسك في التقادم الخماسي.

حيث يعتبر أن القسمة كاشفة لحق الشريك منذ بداية الشيوع وايضا تعتبر محددة لنطاقه حيث يترتب عليه كذلك أن القسمة ليست سند تملك للمتقاسم الذي آل اليه الحق نتيجة القسمة، وهنا نجد أنها لا تصلح لان تكون سببا صحيحا للتمليك بالتقادم القصير¹. أما في حالة ما ظهر أن العقار الذي تمت قسمته من قبل الشركاء لم يكن مملوكا له أصلا هنا نجد أن المتقاسم الذي سجل القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه فهو لا يصح له أن يستند الى القسمة باعتبارها سببا يمكنه من التملك إذا استمرت حيازته خمس سنوات.

ثالثا: تسجيل القسمة لعقارية وشهرها.

نجد أن عدم تسجيل القسمة وشهرها ينتج عنه عدم انتقال الملكية في ما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير بل تنشأ عن ذلك مجرد التزامات بين المتقاسمين ، ومنه يصبح الشريك مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، إلا أنه لا يمكنه الاحتجاج بهذه القسمة في مواجهة الغير إلا بعد شهر القسمة.

وكقاعدة عامة نجد أن القسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب ان تشهر ، حيث انه لا يوجد فرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر².

كما علي ان يتصف بهاته الشروط.

1/ أن الحصة التي آلت إلى المتقاسم تعد أنها كانت خالصة وملكه منذ بدء الشيوع وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشيوع .

2/ يجوز نقض القسمة الاتفاقية للغبن الفاحش ، إذا رفع المتقاسم المغبون الدعوى خلال سنة من القسمة، وهذا وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري .

3/ إن القسمة ليست سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذي آل إليه ، وإنما يكون سنده هو السند

¹ ابن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 49.

² المرجع نفسه، ص 50.

الأصلي للملكية الشائعة، والمتقاسم لا يعتبر خلفا للمتقاسمين الآخرين.¹

المطلب الثاني: الأثر الرجعي والأثر الناقل.

تم تلخيص مما سبق أن القسمة تصرف كاشف، حيث أنه لم تنشأ حق جديد إنما قامت بإفراز الحق كشفه لكل شريك، حيث أوجد تطابق بين نطاق حقه المعنوي ونطاقه المادي ويصبح كل نصيب مفرزا، لكك الأثر الكاشف لا يكفي لوحده، ويدور الاستفهام خاصة عن مصدر الحق الذي كشفت عنه القسمة وتاريخ قيامها بالمصدر.²

حيث نجد في هذه الحالة ان الأثر الرجعي يؤدي دوره، لأن الأثر الرجعي يراد به كل متقاسم كان مالكا ملكية مفرزة منذ وقت بدء الشيوع النصيب الذي حصل عليه بالقسمة وهو ما سندرسه بالفرع الأول ، أما عن الفرع الثاني فسنعالج الأثر الناقل.

الفرع الأول: الأثر الرجعي.

بالإضافة إلى الأثر الكاشف الذي أقرته المادة 730 من ق. م. ج. إلا أنه هناك أثر رجعي والهدف من وضع الأثر الرجعي هو تفادي النتائج الضارة بالشركاء نتيجة التصرفات الصادرة من أحدهم قبل القسمة حيث يعتبر المتقاسم أنه مالك الجزء المفرز لا من تاريخ القسمة وإنما منذ ملكه في الشيوع ، ونحو ذلك تعتبر التصرفات التي أبرمها أحد الشركاء في هذا الجزء قبل القسمة الصادرة من غير المالك ومن ثمة لا تكون نافذة في حق المتقاسم الذي آل إليه هذا الجزء.³

إن الواجب هو حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التي يكون أحدهم قد اجراها منفرد على الجزء المفرز من الشيء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها في حقهم وللوصول إلى الغرض يكفي أننتسلم بأن هذه التصرفات لا يترتب عليها أي أثر عيني قبل القسمة وبالتالي تعتبر غير نافذة في حق الشركاء بعدها⁴

ولقد ميز بعض فقهاء القانون بين الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعي، حيث اعتبروا أن الأثر الكاشف يكفي للوصول إلى أهم ما يراد من نتائج من القول بالأثر الرجعي، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز مطهراً من تصرفات شركائه الصادرة أبان فترة الشيوع، فما

¹ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 184.

² زين سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 50 .

³ زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار بلقيس، د ط، الجزائر، 2017، ص 74.

⁴ المرجع نفسه، ص 74.

دامت وبما أن هذا الحق، القسمة ذات أثر كاشف فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرز كان موجوداً قبل القسمة وفي فترة الشيوخ، وأنه هو ذاته الذي آل إلى المتقاسم بالقسمة فيؤول مطهراً عن تصرفات شركائه، ومتقلاً بتصرفاته هو، وبهذا المعنى نستغني عن الأثر الرجعي والمفهوم الذي جاء به مفهوم القانون. وقد اعتبر الأثر الرجعي أنه مجرد افتراض، وهو يخالف الحقيقة لأنه يتجاهل أن حق الشريك كان حصة شائعة وليست مفرزة طول مدة الشيوخ، علماً أن نصوص المدونات العربية قد جاءت بمفهوم الأثر الرجعي، أما النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة فلا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر.

وقد احتدم النقاش بين فقهاء القانون حول تقرير الأثر الرجعي للقسمة، إلا أن معظم شراح القانون يعتقدون أن المشرع نص على الأثر الرجعي للقسمة إلا في حدود ما يراه ضرورياً لذلك حماية للمتقاسم من الحقوق العينية التي يمكن أن يربتها أحد الشركاء على العين الشائعة أثناء الشيوخ، وفكرة الأثر الرجعي تعتبر افتراضاً مخالفاً للحقيقة، لأن المال الذي حصل عليه المتقاسم كان خلال الشيوخ مملوكاً لكافة الشركاء قبل القسمة ولم يستأجر بحصته إلا بعد القسمة.¹

- نقد فكرة الأثر الرجعي.

حيث نجد ما نصت عليه المادة 714 في الفقرة الثانية منها "وإذا كان 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 بطرق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".²

حيث يبدو جلياً من نص المادة أن المشرع استبعد جملة الأثر الرجعي للقسمة وأبقى على صحة التصرف حيث ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي وقع في القسمة في نصيب المتصرف، ومنع المتصرف إليه من طلب الإبطال إلا على أساس الغلط.³

¹ ابن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 51.

² المادة 714 من القانون المدني الجزائري، 2007.

³ ابن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 51.

كما نص المشرع أيضا في المادة 890 من الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على " إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا 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"¹

حيث ينفي المشرع الأثر الرجعي صراحة ويبقى الرهن صحيحا بمرتبته.

ونجد في الحقيقة أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة هي الآن الشريك بعد ما آل إليه منذ بدء الشروع في الفكرة هي فكرة خيالية من وضع المشرع وبذلك هي انتقاد للفقهاء كما يترتب عليه نتائج أخرى متناقضة بل أنهم يطالب البعض بإلغائه أو تعديله.²

الفرع الثاني: الأثر الناقل .

يقصد بالآثار الناقلة بوجه عام، كل تصرف يترتب على أثره انتقال حقه من شخص إلى شخص آخر دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه، و أن فكرة الأثر الناقل للقسمة ظهرت في البداية عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية نتيجة لتكييفهم لحق الشريك في ك المشاع بأن عد مالكا في كل ذرة من ذرة المال الشائع بنسبة حصته.³

وبناء على الأثر الناقل فقد تصور فقهاء الشريعة الإسلامية والرومان أن آلية التي يتم من خلالها تحويل الأنصبة الشائعة إلى أنصبة مفرزة على أنها عبارة عن عملية مبادلة ومقايضة تجري بين الأنصبة الشائعة يقدم بمقتضاها كل شريك إلى غيره من الشركاء ما كان له من نصيب شائع في الأجزاء التي اختصوا بها، في مقابل تلقيه ما كان لكل منهم من نصيب شائع.⁴ بالرغم من اتفاق فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية وكذا فقهاء الرومان سلفا أن عملية القسمة لها أثر مزدوج ناقل و كاشف إلا أن فقهاء الرومان قد اعتمدوا وغلّبوا فكرة الأثر الناقل، بالمقابل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين بدورهم أخذوا بالأثرين المبادلة والافراز وكانوا أكثر تركيز ودقة من فقهاء الرومان، وتجلّى ذلك في أن الأثر الناقل يكون فقط بالنسبة للأجزاء التي

¹المادة 890 من القانون المدني الجزائري.

²رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الملكية والحقوق العينية الأصلية، الحقوق مركز التعليم المفتوح، د ط، د ب، د س، ص 114.

³مقرود سليمة، مرجع سابق، ص 28.

⁴عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 161.

تمت فيها عملية المقايضة بين أطراف الشركاء، وعليه فالأثر الكاشف يكون بالنسبة للحصة الشائعة التي لكل شريك قبل القسمة الرضائية في حصته المفروزة وبحيث أنها اندمجت في هذا النصيب وبقيت فيه بعد القسمة¹

¹ ابن سلامي فوزي، مرجع سابق، ص 54.

الخاتمة

خاتمة

وها نحن ذا وصلنا لنهايته حيث ان هذا الموضوع له أهمية كبيرة وبارزة في المجتمع حيث أنه يعالج قضية صعبة ومعقدة في جل المجتمعات الا وهي " كيفية الخروج من الشيوع "، فهي تعتبر حالة عصبية تعرقل الانتفاع مادام صاحبها غير مفرز له حصته واختلاف الآراء وطريقة الانتفاع بين الشركاء، حيث جعل المشرع القسمة الرضائية وغيرها من أنواع القسمة كحل واحة ومسهلة لإنهاء الشيوع ومعالجة جميع المشكلات المتعلقة به.

ومن خلال ما تطرقنا له من مراحل ونقاط حول العمل المنجز وبعد دراستنا له تحصلنا على النتائج التالية:

- أن القسمة الرضائية لازمة في اي شيوع كما أنه اذا تمت القسمة لا يمكن الرجوع فيها، طالما لم يحدث في عملية القسمة الرضائية ما يستوجب نقضها أو ابطالها.
- من أهم شروط القسمة الرضائية رضاء المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم وواجب أيضا بحضورهم وقت القسمة، واذا تخلف أحدهم بطلت القسمة.
- يقسم عن المحجور عليه – لصغر أو جنون أو سفه أو عته- وليه وإن لم يقسم عنه وصيه بإذن من القاضي فإن لم يكن له ولي أو وصي قسم عنه القاضي، وكذلك إذا كان أحد الشركاء غائبا وليس له وكيل حاضر عنه فإن القاضي يقسم عنه.
- إذا اتفق المتقاسمون على القسمة فإنه يكفي بإقرارهم على ملكتهم للعين المقسومة مع تسجيل ذلك في محضر القسمة ليكون كل ذي حجة على حجة.
- أجاز القانون لكل شريك الحق في طلب القسمة في أي وقت شاء ويشترط هذا الطلب لصحة القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية ويعط القانون هذا الحق لكل شريك ولكنه اشترط عدم وجود نص أو اتفاق يمنع من القسمة.
- يجب أن تكون القسمة عادلة إذا ما ظهر غبن بعد القسمة فإنه تنقض القسمة الرضائية للغبن.
- يوجد نوعين للغبن، غبن فاحش وغبن يسير، ويقر القانون أن الغبن الذي ينقض القسمة بسببه هو الغبن الفاحش وحدده القانون بما يزيد على الخمس من قمة حصة الشريك المغبون.

• يعتبر الإفراز أهم أثر للقسمة فهو المقصود من عملية القسمة بينهما هي تعتبر كاشفة للحق فيما كان مملوك له من قبل فالقسمة بذلك ذات أثر مزدوج فهي إفراز من جهة ومبادلة من جهة أخرى ويترجح جانب الإفراز في المثلاث وجانب المبادلة في القيمات.

كما يقضي القانون أن القسمة ذات أثر كاشف و أثر رجعي وال تعتبر ناقلة للملكية ومن هذا كله توصلنا إلى أن هناك غموض في المواد التي تنص على قسمة المال الشائع بين الشركاء ومن هذا نقترح على المشرع إعادة النظر فيها وتعديلها لوضوح الصورة أكثر لأحكام القسمة الرضائية، خاصة المواد 729 و732 من القانون المدني الجزائري.

وفي الأخير يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد وفق نوع ما في وضع القواعد التي نظمها في الشيوخ إلا أنها غير كافية نظرا للمشاكل والنزاعات التي تنجم عنه فالمشرع وضع لهذه الأحكام ضمانات لحماية المال الشائع وحقوق الشركاء ألا وهي القسمة بجميع أنواعها إذا طلب الشركاء ذلك وهذا كله لتفادي مشاكل الشيوخ التي قد تنجم عنه في غالب الأحيان.

الفهارس

قائمة المصادر والمراجع

1 المصادر:

أ/ الأوامر:

- الأمر رقم 58 - 75 المؤرخ في 20 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. م 722.

ب/ المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية الجريدة الرسمية لسنة 1997.

ج/ القوانين:

- قانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، دار بلقيس الدار البيضاء، رقم الإيداع 3056- 2006 الجزائر.

2 المراجع:

أ/ الكتب:

- العطار عبد الناصر، شرح أحكام حق الملكية، د ط، دار الفكر، د ب، 1991.
- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الخامس، سنة 2001.
- أنور طلبة، الملكية الشائعة، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الأزرا طية الاسكندرية، مصر، 2004.
- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، دار الفكر، د ط، د ب، د س.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الملكية والحقوق العينية الأصلية، الحقوق مركز التعليم المفتوح، د ط، د ب، د س.
- زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار بلقيس، د ط، الجزائر، 2017.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء الثامن، منشورات الحلي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2000.
- غازي أبو عرابي، الحقوق العينية الأصلية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار وائل، د ب، 2016.

- مازن مصباح صباح، نعيم سمارة المصري، قسمة الاعيان، (دراسة فقهية مقارنة)، الجامعة الاسلامية العالمية، ماليزيا، مجلة الاسلام في آسيا، المجلد7، العدد2، د ط، 2010.
- محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكي، الدار المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار)، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- محمد حسين قاسم، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية، الجزء الاول، الكبة الاولى، د ب، 2005.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، 2003.
- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، (أحكامها ومصادرها)، د ط، 2001.
- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة، د ط، الجزائر، 2015.
- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية، دار النشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الاولى، د ب، 2011.

ب/ المذكرات:

- بن سلامي فوزي، القسمة الرضائية في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقاري، جامعة ريان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2014.
- عويبي نادية، غياطو صليحة، القسمة الرضائية في العقار، (دراسة مقارنة بين الفقه السلامي والقانون المدني)، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، 2013/2012.
- مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، (دراسة مقارنة)، أطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008.

- مقرود سليمة، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر، 2015.

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ	المقدمة
02	الفصل الأول: ماهية القسمة الرضائية
02	المبحث الأول: مفهوم القسمة الرضائية في العقار
02	المطلب الأول: تعريف القسمة الرضائية
05	المطلب الثاني: خصائص القسمة الرضائية وشروطها
09	المطلب الثالث: القيود التي ترد على حق القسمة
11	المبحث الثاني: الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية للعقار
11	المطلب الأول: إجراءات القسمة في الفقه الاسلامي
13	المطلب الثاني: اجراءات القسمة قانونا
21	الفصل الثاني: الطعن في القسمة الرضائية وآثارها
21	المبحث الأول: الطعن في القسمة الرضائية
22	المطلب الأول: نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن
26	المطلب الثاني: دعوى نقض القسمة للغبن والآثار المترتبة عليها
28	المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية في العقار
28	المطلب الأول: الأثر الكاشف
34	المطلب الثاني: الأثر الرجعي والأثر الناقل
39	الخاتمة
42	قائمة المصادر والمراجع
45	فهرس الموضوعات