

تمهيد:

البقاء في الشيوخ أمر غير مرغوب فيه، ولا يجبر الشركاء عليه، فهو مصدر متاعب وخلافات بين الشركاء في الشيوخ وغالبًا ما يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذه الخلافات، لذلك نصّ القانون على حق كل شريك في أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرًا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه⁽¹⁾.

والقسمة إما أن تكون قسمة مؤقتة نهائية، والقسمة المؤقتة هي قسمة منفعة وليست قسمة ملك، وهي قسمة المهاية المكانية أو الزمانية، فالأولى هي التي إذا دامت خمسة عشرة سنة أصبحت نهائية وبذلك تنهي حالة الشيوخ، أما الثانية فمهما طال وقتها فلا تنهي حالة الشيوخ، فالمهاية بدورها هي وسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع وهي تتم بالاتفاق الصريح أو الضمني بين الشركاء⁽²⁾.

أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب، والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية⁽³⁾، وإما أن تكون قسمة قضائية أو قسمة اتفاقية، وهذه الأخيرة التي سنحاول تبيان ماهيتها من حيث مفهومها وأهم الاستثناءات الواردة عليها.

(1) أحمد محمود خليل، (إدارة المال الشائع والتصرف فيه)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ط1، 2007م، ص29

(2) السيد عبد الوهاب عرفة، (المال الشائع وإدارته)، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية: مصر، طبعة حديثة، 2010،

ص 17

(3) محمد حسن منصور، (الحقوق العينية الأصلية)، الاسكندرية، د ط، 2001، ص 131.

المبحث الأول : مفهوم القسمة الرضائية

إنّ المشرع الجزائري لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة لما تؤدي إليه من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف به، هذا إلا أنّ الغالب أن يكون استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافظاً قوياً على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع، ولذا فإنّ المشرع يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت لإنهاء حالة الشيوع وذلك عن طريق المطالبة بالقسمة قضاءً أو رضاءً⁽¹⁾، هذه الأخيرة التي سنبين تعريفها كمطلب أول وأهم القيود التي ترد عليها كمطلب ثاني وحالاتها كمطلب ثالث.

المطلب الأول: تعريف القسمة الرضائية

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

انطلاقاً من نص هذه المادة نجد أنّ المشرع الجزائري قد نص صراحة على قسمة المال الشائع لكنّه لم يتعرض إلى تعريف دقيق لهذه العملية على اعتبار أنّ التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية هذا ما دفعنا للبحث في بعض القوانين الأخرى ومنها نجد⁽²⁾:

- القانون الأردني حيث عرّفت القسمة في المادة 1038 منه بأنها: "إفراز وتعيين الحصة الشائعة"⁽³⁾.

- وكذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة بنفس هذا التعريف.

- القانون المدني اليمني عرّفها على أنّها: "مقدار ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات تعديلها في القيميات".

(1) - محمد وحيد سوار، (حق الملكية في ذاته في القانون المدني)، الكتاب الأول، جامعة عمان الأهلية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1998، ص 68-69.

(2) - عويسي نادية وغياطو صليحة، (القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2012-2013، ص 10.

(3) - د. يوسف محمد عبيدات، (الحقوق العينية الاصلية)، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط. 1، 2011، ص 60.

- والقانون الجزائري لم يتطرق إلى تعريف واضح للقسمة إلا أنّ هناك بعض الفقهاء للقانون المدني الجزائري عمدوا إلى مجرد إعطاء فكرة عنها بدلاً عن تعريفها تعريفاً دقيقاً، ومن هذه التعريفات 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 وهو المعنى المقصود من لفظ القسمة.

• القسمة هي التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ، حيث يختص كل طرف فيها بجزء مفرز لا يشاركه فيه غيره من الشركاء، فيتحدد نصيبه المفرز في شيء متكامل يختص به وحده.

• القسمة هي وسيلة لعدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوخ وهي بذلك تتيح للشريك الخروج من الشيوخ إلى الملكية الفردية.

غير أنّ هناك من فقهاء القانون من وضعوا تعريفاً مختصراً للقسمة، فعرفها البعض: "بأنّها إعطاء كل شريك في الشيوخ قدرًا يعادل نصيبه في المال الشائع".

أمّا البعض الآخر فعرفها بأنّها: "عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء".

ولكنهم اجتمعوا على أنّها: "تعيين للحصص الشائعة بإفرازها وإعطاء كل شريك حصته ليستقل بها، ويتصرف فيها تصرف المالك المنفرد عن غيره من الشركاء".

كل هذه التعاريف ولو اختلفت لفضاً لكنّها تتلاقى في نفس المضمون وهو: "إنهاء حالة الشيوخ وإعطاء كل شريك حقه في المال الشائع مفرزاً يستقل به".

كما يتلخص مضمون القسمة في الفقه الإسلامي على أنّها: "إنهاء حالة الشيوخ بتميز الأنصباء من بعضها وإفرازها"⁽¹⁾.

وفي الأخير نخلص إلى أنّ القسمة عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشتاعون ومحلّه المال الشائع⁽²⁾.

(1) - أحمد فلاح، (الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون)، جامعة أم درمان الإسلامية، دار الجامعة الجديدة،

السودان، د ط، 2012، ص 275.

(2) - أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 41

وتعرّف القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي لغة واصطلاح عند الفقهاء، ففي اللغة تعرف القسمة بكسر القاف وهي حصة من كل توزع على أشخاص كالورثة والشركاء والقسمة هي تمييز الأنصبة فهي النصيب وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء متميزة سواء كان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو لمعرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه كما في القسمة الحسابية⁽¹⁾.

ويقال هذا ينقسم قسمين بالفتح إذا أريد به المصدر وبالكسر إذا أريد به النصيب أو الجزء من الشيء المقسوم، تأتي بمعنى قسم يقسم قسما فهو قاسم الشيء: جزأه فالحاصل إذا أن للقسمة معنيين حقيقي ومجازي فالحقيقي جعل الشيء أجزاء والمجازي النصيب والحصة.

ولقد اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف القسمة فنجد:

عرفها الحنفية: "جمع نصيب شائع في مكان معين".

وكانت القسمة جمعا لنصيب بعد تفريق لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء مشتركة ثم صار بعد القسمة منحصرا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد بقية الشركاء حتى ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان كما في المهياة الزمانية، وعرفها بعضهم بأنها تمييز الحقوق الشائعة بين المتقاسمين في القسمة تفرز الحقوق وتتعدّل الأنصبة بعد أن كانت مشتركة بين الشركاء كم عرفها صاحب البدائع بقوله "إفراز بعض الأنصبة عن بعض ومبادلة بعض ببعض وهذا التعريف يوضح لنا تكيف القسمة من كونها إفرازا أو مبادلة.

وعرفها جمهور المالكية بأنها "تصير مشاع من مملوك مالكين معيننا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراضي".

(1) - مجاني الطلاب، دار المجاني، بيروت: لبنان، ط5، 2001، ص 788.

والمقصود هنا " بقرعة أو تراضي " أي سواء كان ذلك بطريقة القرعة أو تراضي وليس المراد أن قسمة القرعة أو المراضاة قسيم قسمة المنافع بل قسيم قسمة النافع هو قسمة الذوات⁽¹⁾ .

وعرفها بعضهم بأنها: " تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف".

وما يلاحظ هنا أن تعريف المالكية للقسمة في مضمونه يتلاقى مع تعريف الحنفية للقسمة لأن| معناه أن القسمة هي تعيين نصيب كل شريك من الشركاء في المال المشاع بينهم وهو نفسه جمع نصيب شائع في مكان معين.

فتعريف المالكية اشتمل على بيان أنواع القسمة وطريقتها، فنصّ على أن القسمة تكون في العين وتكون في المنفعة بالاختصاص في التصرف فهو يعين شريك مع بقاء الشركة في الذات.

أما الشافعية فعرفوها بقولهم: "هي تمييز الحصص بعضها من بعض وتمييز بعض الأنصباء من بعض".

أما الحنابلة عرف القسمة بأنها: " تمييز الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها"، وبالنظر إلى تعاريف الفقهاء للقسمة نجد أنهم متفقون على أنها إفراز أو جمع أو تمييز بعض الأنصباء كما أنهم متفقون على أن محلها هو المال الشائع.

وقد تتغير وتتحول القسمة الرضائية من قسمة رضائية أي إتفاقية إلى ما يسمى بالقسمة الفعلية التي هي بدورها أيضاً تعتبر قسمة إتفاقية، أي تقوم على اتفاق الشركاء ولكن ليس إتفاقاً صريحاً بل هو اتفاق ضمني، فقد يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصة، ثم يتبعه باقي الشركاء بتصرف كل منهم في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، فيتضح من تصرفاتهم أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع

(1) - د.محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، ط1، دس،

فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه⁽¹⁾.

ويكتفي في تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين، وفي نقض هذه القسمة للغبن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت إبرام التصرف الأخير⁽²⁾.

وكذلك قد تتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون؛ قسمة المهايأة ليست إلا طريقاً لتنظيم الانتفاع بالشيء الشائع أثناء قيام الشروع وهي تتم باتفاق جميع الشركاء ولذلك فهي لا تنهي الشروع لأنه لا ترد على الملكية ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمسة سنين ولكن يجوز بعد انقضاء المدة أو قبل انقضائها الاتفاق على تجديدها وإذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن شريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد، فإذا كانت المهايأة مكانية فقد تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية إذا دامت مدة طويلة.

ونستنتج من هذا القول بأن المهايأة المكانية التي تدوم خمسة عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأن إلى نتائجها، فإذا كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفق مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تنقلب قسمة نهائية ويعتبر تاريخ القسمة النهائية وقت انتهاء مدة خمسة عشرة سنة⁽³⁾.

وقد وضع المشرع في القانون قرينة على أن حياز الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة تستند إلى قسمة مهايأة وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها أي

(1) - أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 41.

(2) - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني)، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت: لبنان، د ط، 1964م، ص 808-809.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، (الحقوق العينية الأصلية)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2010، ص 169-168.

إثبات عدم وجود قسمة مهايأة بين الشركاء فإذا لم يثبت العكس فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام الخمسة عشرة سنة إلى قسمة نهائية.

والقسمة النهائية التي تمت طبقاً لهذا النص ليست قسمة اتفاقية بالرغم من أنها قائمة على افتراض وجود اتفاق على قسمة مهايأة وذلك لأنّ تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه إرادة الشركاء إلى ذلك ولهذا يكون تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة افتراض مخالف للحقيقة.

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنّه لا يجوز نقضها للغبن إذ أنّ القانون يحصر دعوى أنّ نقض بسبب الغبن القسمة الحاصلة بالتراضي وإذا كان بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو كان بينهم غائب فإنّ هذا لا يمنع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.

الفرع الأول: خصائص القسمة الرضائية

تعتبر القسمة عقداً كباقي العقود، لذا يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة بكل عقد من رضا ومحل وسبب⁽¹⁾، فالأصل في عقد القسمة الرضائية مع مراعاة ما يشترطه القانون كإفراغه في شكل رسمي إذا كان المحل هو عقار.

*القسمة عقد رضائي:

يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمناً حتى يقوم العقد ويضاف لهذه الشروط شرط رابع وهو التسجيل لهذا العقد⁽²⁾.

إنّ فهي تعتبر قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء يتفق فيها الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهما نصيبه من المال طبقاً لما تراضوا عليها وهي بمثابة عقد ومن ثمة فهي تكون ملزمة لجميع الشركاء وخلفائهم.

(1) - المواد من 59 إلى 98 القانون المدني الجزائري.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 188.

ويتضح من ذلك أنّ القسمة الرضائية لا تتم إلاّ بإجماع الشركاء ورضاهم ولا تكفي الأغلبية أيّا كانت قيمتها، فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم للقسمة، فإنّها لا تتم إلاّ بواسطة القضاء (القسمة القضائية).

أمّا إذا تراضوا جميعاً فإنّها يمكن أن تتم بأي طريقة تروق لهم فقد يجرها بطريقة عينية أو بطريقة التصفية في حال تعذر القسمة عينا...

*القسمة عقد شكلي:

إنّ الاتفاق الوارد على الرضائية يجب أن يخضع أولاً للشكلية المطلوبة لأنّ القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على العقود وهذا ما نصّت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري "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... في شكل رسمي...، وفي هذه الحالة يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة حيث يقوم بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة فيها العقار، فلا بد من تعيين مساحة وحدود العقار المشاع بصفة كلية وتحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين⁽¹⁾:

1. الطريقة الأولى: إذا كانت الأرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء فهنا يعبر من الحصص بالكسور كالربع والنصف أو المساحة بالمتر المربع.
2. الطريقة الثانية: تمثل في التعيين الدقيق إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية.

(1) - عويسي نادية وغياطو صليحة، المرجع السابق، ص13.

الفرع الثاني : شروط القسمة الرضائية

يشترط لصحة القسمة الاتفاقية الشروط التالية:

***الشرط الأول:** استناداً لمواد القانون المدني الجزائري المادة 723-724، فإنه يشترط لصحة القسمة الرضائية اتفاق جميع الشركاء الذين يملكون المال الشائع على قسمته، وعليه لا يكفي تحقق أغلبية الشركاء أو الأغلبية الخاصة كتلك التي تتطلبها أعمال الإدارة غير المعتادة وعدم موافقة أحد الشركاء على قسمة الرضا يكفي لعدم قيامها ومهما كان مقدار حصته.

***الشرط الثاني:**حضور الشركاء المتقاسمين، والأصل حضور جميع الشركاء المشتاعين وذوي العلاقة بالقسمة وقت حدوث القسمة وفي حال وجود غائب فيجب مراعاة الأحكام القانونية التي تنظمه.

***الشرط الثالث:** تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة، والمقصود هنا بالأهلية هي أهلية الأداء أي بلوغ سن الرشد ويكون متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وبالتالي يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية⁽¹⁾.

وهذا أيضاً ما نصّت عليه المادة 723 من القانون المدني الجزائري (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).

***الشرط الرابع :** وجوب تسجيل عقد القسمة في المحافظة العقارية، فإضافة إلى الشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية وذلك إذا كان محله عقاراً لأننا بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالعقار نجد أنها تشترط الشكلية ومن ثم يجب تسجيل كل المعاملات التي

(1) - د. يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 62-63.

قد تقع عليه وذلك بواسطة عقود رسمية لدى الموثق المكلف بهذه المهام على أن يتم نشرها بعد ذلك في المحافظة العقارية⁽¹⁾.

واشترط الفقه الإسلامي كذلك عدة شروط نذكر منها:

أولاً: رضاء المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم

تتم القسمة في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء جميعاً على قسمة المال الشائع، فقسمة التراضي لا تجوز إلا بموافقة الشركاء جميعاً.

ثانياً: حضور المقتسمين أو من يقوم مقامهم

يشترط لصحة القسمة أن يحضر الشركاء جميعاً أو من يقوم مقامهم فلو كان فيهم غائباً لا تجوز القسمة أصلاً ولا يقسم القاضي عنه إذا لم يكن عنه خصم حاضر، ولكنه لو قسم لا تنقضي قسمته، لأنه صدف محل الاجتهاد فلا ينقضي فننتظر عودة الشريك الغائب وبهذا قال الحنفية.

ثالثاً: أهلية المتقاسمين

وهي العقل والبلوغ فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنَّ القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع، وفيها معنى البيع فيشترط فيها ما يشترط في البيع⁽²⁾.

مع مراعاة كل هذه الشروط الواردة على الحق في طلب القسمة يجب أيضاً أن نحترم الاستثناءات والقيود الواردة عليها.

(1) - مازن زايد جميل عمران، (القسمة الرضائية في العقار المشاع)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2008، ص 63.

(2) - د. محمد حسين قاسم، (موجز الحقوق العينية الأصلية)، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006، ص

المطلب الثاني: القيود التي ترد على حق القسمة

حقيقة لا يمكن تجاهلها وهي أنّ بقاء المال على الشيوع يعني بقاء ودوام المتاعب والمشاكل بين الشركاء في أغلب الأحيان، الأمر الذي يؤثر على الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه، لذلك كان لابد من الخروج من هذا الوضع بقسمة المال الشائع للمحافظة على أواصر المحبة والتعاون بين الشركاء على الشيوع لأنّ بيان الحصة الخاصة بكل شخص بشكل مستقل يحفز على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي يعكس بآثره على المصلحة العامة للمجتمع⁽¹⁾.

فالأصل أنّ لكل شريك أيّا كان مقدار حصته في المال الشائع حق طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع ويثبت هذا الحق أيضاً لخلف الشريك العام عند وفاة الشريك وللخلف الخاص عند التصرف بحصته لآخر في حصته الشائعة لأنّ كلا 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⁽²⁾.

إلا أنّ هناك حالات استثنائية يحرم فيها الشريك من حقه في طلب القسمة أي يجبر فيها على البقاء في القسمة.

الفرع الأول: البقاء في الشيوع بموجب اتفاق

قد يرى الشركاء أنفسهم أنّ هناك اعتبارات تجبرهم في البقاء على الشيوع لمدة معينة، وهذه المدة لا تتجاوز خمس سنوات وذلك استناداً لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري: «.... ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من خلفه.

(1) - د. يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 60-61.

(2) - د. محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 150-151.

إنّ قد يقيّد حق الشريك في طلب القسمة بمقتضى اتفاق الشركاء على البقاء في الشروع مدة معينة وفي هذه الحالة يمتنع على الشريك طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها ويكون هذا الاتفاق نافذاً في حق من يخلف الشريك خلافة 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 سنوات، ويجوز للشركاء بعد انقضاء مدة خمس سنوات الاتفاق على مدة أخرى يمتنع خلالها طلب القسمة وبشرط أن لا تزيد المدة الجديدة أيضاً عن خمس سنوات وإذا تم الاتفاق على البقاء في الشروع من قبل بعض الشركاء دون البعض الآخر فإنّ هذا الاتفاق يكون ملزماً لمن وافق عليه بينما يجوز للآخرين طلب القسمة في أي وقت⁽¹⁾.

وكذلك قد يتفقوا على البقاء في الحالات التالية :

المادة 738: لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتتكون هذه الملكية إمّا من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة وإمّا من أي مال آخر لهم.

المادة 739: يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشرة (15) سنة، غير أنّه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك، وإن لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة (6) أشهر من يوم أن يعلن الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك.

فهذه الملكية لا تنشأ سوى باتفاق عدّة شركاء يجمعهم غرض مشترك يعجزون عن تحقيقهم منفردين دون أن يكون لأي فرد منهم ملكية خاصة في ذلك الشيء ولو شائعاً⁽²⁾.

(1) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 150 - 151.

(2) - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 15.

الفرع الثاني : البقاء في الشيوع بموجب نص في القانون

قد يجبر الشريك على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون ومثال ذلك أنه ليس للشركاء أن يطلبوا قسمة المال إذا تبينه من الغرض الذي أعد له أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع، أو أن هذا المال يصبح غير صالح للاستعمال المعد له بعد قسمته.

ومثال ذلك الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق والحائط المشترك لأن الغرض الذي أعد له كلاهما يقتضي أن تبقى هذه الأجزاء المشتركة والحائط المشترك دائماً على الشيوع⁽¹⁾.

المادة 737 من القانون المدني الجزائري: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمة إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع⁽²⁾".

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 رضاء وحضور الشركاء كلهم وقت القسمة وتمتعهم بالأهلية الكاملة وكذلك إفراغ العقد في شكل رسمي وتسجيله في المحافظة العقارية كونه واقع على عقار مع إحترام اهم القيود التي تمنع القسمة في حال وجود أسباب في ذلك.

(1) - علي هادي العبيدي، (الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 68.

(2) - المادة 737 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: إجراءات القسمة الرضائية وآثارها

لقد حدّد القانون إجراءات معينة ينبغي مراعاتها لإجراء القسمة الرضائية كون هذه القسمة كما قلنا هي إفرز وتعيين حصة كل من المشتاعين من المال وهذه الإجراءات قد تكون مادية وقد تكون قانونية، فالأصل يعود إلى الاتفاق لأنّ المبدأ هو العقد والعقد شريعة المتعاقدين، إذن فالإجراءات قد يرسمها الشركاء وما على الموثق إلا إسقاطها على العقار أمّا الإجراءات القانونية فلا اجتهاد معها أي تطبق كما نص عليها القانون.

المطلب الأول : إجراءات القسمة الرضائية في العقار

لما كانت القسمة الرضائية اتفاق يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشيوخ القائم بينهم، فإنّ هذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلا بد من تراضي الشركاء جميعاً، ولا بد من توافر أهلية التصرف فيهم، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون إرادتهم سليمة خالية من العيوب التي تشوبها.

ومحل هذا العقد هو المال الشائع الذي تعود ملكيته إلى جميع الشركاء وبالتالي فإنّ حق الاستغلال وحق الاستعمال وحق التصرف يعود لهم جميعاً.

وكما سبق التطرق إليه فإنّ القسمة الرضائية عقد تسري عليه القواعد العامة التي تحكم العقود وهذا ما يجعل للشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة، غير أنّ هذا الاختيار مرتبط باتباع بعض الإجراءات وهذا إذا كان المال المشاع المراد قسمته عقاراً⁽¹⁾.

الفرع الأول : للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة

تنص المادة 723 ما يلي: " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها..."، إذن فللشركاء إذن اختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الرضائية، فقد يختارون أن تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عيناً في المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو تكون بغير معدل، وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة

(1) - عويسي نادية وغياطو صليحة، المرجع السابق ، ص 30.

كلية كما هو الغالب، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنيب⁽¹⁾.

وقد يختارون القسمة بطريقة التصفية، وخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عيناً، ويتفقون على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد ويقتسمون ثمنه، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا، وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد جاز لهم حصر المزايدة فيما بينهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذا رسي الزاد على الأجنبي اعتبر رسوا المزاد بيعاً لا قسمة⁽²⁾، أمّا إذا رسي على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية.

الفرع الثاني : الإجراءات القانونية في القسمة

تخضع قسمة المال الشائع قسمة رضائية للشكالية المطلوبة حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره موثق وهو من يقوم بإجراءاتها في غالب الأحيان فتتم هذه القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة بها العقار.

وبعد الاطلاع على وثائق الملكية الشائعة وشهادة السلبية، يقوم خبير عقاري بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء على خمس نسخ.

فيشترط رخصة التجزئة لكل تقسيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات.

(1) - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 809.

(2) - د. حسن كبيرة، (الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها)، دار الفكر العربي، مصر، د ط، د س، ص 194.

وشهادة التقسيم التي هي عبارة عن وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقاريه مبنية إلى قسمين أو أكثر، أمّا إذا كانت عمارة مجزئة فالمطلوب هنا هو إعداد جدول وصفي للتقسيم دون الحاجة إلى شهادة التقسيم.

وكلاهما أي كلا الشهادتين يجب إظهارهما بالمحافظة العقارية لأنّ لهذا الشهر أثر قانوني وهو اختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية، وهذا ما نصّت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي 176/91 المتعلق بكيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم⁽¹⁾.

أمّا إذا كان المال الشائع عقارًا فلاحياً فإنّ المشرع وضع قيوداً على القسمة ومن ذلك نجد المادة (55) من قانون التوجيه العقاري " لا تخلق هذه المعاملات المختلفة ضرراً بقابلية الأرض للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ولا تسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه...".

وحماية للوجهة الفلاحية صدر المرسوم التنفيذي 490/97 الذي حدد شروط عملية تجزئة العقار الفلاحي وهي:

- أن لا يقل الجزء المفرز لأصغر نصيب عن المساحة المرجعية المحددة بالمادة 03 من المرسوم 490/97⁽²⁾.
- يجب أن يحصل المتقاسمين على رخصه تقسيم الأراضي الفلاحية وهي رخصة تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية، والتي تقدم من قبل مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية بناءً على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة الودية وترخيص الإدارة المختصة ويقوم الموثق بعد ذلك بتحرير عقد القسمة ثم يسجله ويشهره بالمحافظة العقارية فيهدف بهذا

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 08/05/1991م الجريدة الرسمية العدد 26 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03/06 المؤرخ في 07 يناير 2006م المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة تقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم الجريدة الرسمية العدد 01 سنة 2006م.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 20/12/1997م الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية الجريدة الرسمية العدد 84 سنة، 1997م.

الشهر إلى شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على كل جزء مفرز وذكر هوية مالكة الجديد⁽¹⁾.

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

1. طريقة المسح والفرز⁽²⁾: إذا كان المطلوب تقسيمه أرضاً 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 لا يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن ثم يدعى الشركاء لتقدير قيمة الحصص بالاتفاق فيما بينهم فإن لم يتفقوا على ذلك يعين المكلف بالتسجيل خبيراً أو أكثر لتقدير القيمة.

ب- إذا ظهر في نتيجة تقدير القيمة أنّ حصة واحدة أو أكثر غير متعادلة من حيث القيمة مع الحصص الأخرى وجب تعويضه بمعدل عما نقصه من نصيبه.

ج- بعد إتمام المعاملة وفق ما مر في البندين السابقين, يحرر محضر بالواقع وتربط به خارطة لجميع الحصص.

د- تخصص الحصص المفروزة للشركاء كل بمفرده بالاتفاق أو بالقرعة ثم يدرج ذلك في محضر يوقع عليه ويختمه جميع الشركاء⁽³⁾، بحيث يبيّن حصة كل واحد من المتقاسمين في جدول، ويجب الملاحظة أنّه إذا جاء في مخطط الإفراز أنّ هناك مرافق عامة فإنّ هذه المرافق تأخذ رقماً لحصة - كحصة مفرزة - وتسجل هذه الحصة باسم جميع المتقاسمين أمّا إذا ذكر في مخطط الإفراز هناك شوارع عامة فإنّها لا تسجل بأسماء المتقاسمين كما هو الحال في المرافق العامة.

(1) - د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 196.

(2) - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 63-64.

(3) - تنص المادة 727 من القانون المدني على تجري القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

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 أرقامًا 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.

وعلى المساح المقدر أو الخبراء المعيّنين عند التقسيم إذا رأوا أنّ هناك بناءً 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 وأن يدون جوابهم في تقريره وأن يوقع أصحاب العلاقة على ذلك بظهور تقدير كشف لأنّ الرسوم المقدرة على قيمة هذا البناء إما أن تضاف إلى جميع الشركاء إذا أقيم البناء من مال جميع الشركاء وأن يتحملها فقط الشريك الذي أقام من ماله الخاص وعلى المساح أو الخبراء أن لا يغفل عن هذه النقطة لأهميتها⁽¹⁾، ومن ثم يقوم المساح المقدر بعد ذلك بجمع القيمة 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 المفترز: 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 الاسم كل شريك في ورقة تطوى بصورة لا يمكن تمييز الواحدة عن أخواتها وتخلط ثم تسحب ورقة وتقرأ فيعطي القسم الأول ذو الرقم (1) إلى

(1) - مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 103.

الشريك الذي ظهر إسمه، وإذا كان له أجزاء من واحد فأكثر فيعطي حينئذ من الأجزاء المجاورة للجزء الأول ثم يقرع مرة ثانية فيعطي من يظهر إسمه 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 الشراء الذين أخذوا سهامهم، وقد شرعت القرعة تطيباً لقلوب الشركاء ونفيًا للتهمة عن القاسم. أما إذا كانت القسمة لا تستلزم القرعة كتقسيم جدار مشترك بين جارين فلا بدّ أن يعطي كل جار ما جاور داره.

أما الجانب الإسلامي فإنّه 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.

القسمة الخالية من الزراعة وهي تسمى بالأقرحة⁽¹⁾، والأقرحة هي أرض الزراعة وليس عليها بناء ولا فيها زرع أو شجر والمفرد منها قراح وتجمع على أقرحة.

والأرض الخالية إما أن تكون واحدة وإما أن تكون متعددة، فإذا كانت الأرض واحدة فإنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّه إذا كانت الأرض الخالية واحدة فإنّها أن تكون أجزاء متساوية، وإما أن تكون غير متساوية.

فإذا كانت أجزاءها متساوية، جمع القاضي كل شريك على حدة متتابعاً لما كانت غير متساوية بأن كانت مختلفة في صفاتها، فمثلاً 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 جيداً والآخر رديئاً.

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

(1) - د. جمال أبو الفضل، (لسان العرب)، دار صادر للطباعة والنشر، عمان، دس، ج11، ط1، ص 226.

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

ومثل هذه الأرض لا تحتاج عند قسمتها أكثر من ذرعها أو ومعرفة مساحتها ثم تمييزها أنصبا متساوية، إذا تساوت حقوق المتقاسمين أو ساهما متساوية بقدر النصيب الأقل⁽¹⁾.

قسمة الأرض المزروعة: إذا كان بين الشريكين أرض مزروعة فطلب أحدها القسمة ففي ذلك أربع حالات.

1. قسمة الزرع دون الأرض: إذا طلب أحد الشريكين قسمة الزرع دون الأرض فقد أجاز الحنفية قسمة الزرع وحده دون الأرض.
2. طلب قسمة الأرض دون الزرع: إذا طلب أحد الشريكين قسمة الأرض دون الزرع وفقد انفق الشافعية والحنابلة على أن الزرع لا يمنع قسمة الأرض.
3. طلب قسمة الأرض والزرع معا: إذا طلب أحد الشركاء قسمة الأرض والزرع معا، فقد ذهب المالكية إلى أنّ القسمة الزرع مع أصله أي الأرض لا يجوز قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، أمّا ما بدا صلاحه مع أصله أي الأرض، فإنّه يجوز أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنّه لا إيجاب على قسمة الأرض مع الزرع، ذلك لأنّ الزرع لا يمكن تعديله أما إذا تراضيا على قسمة الأرض مع الزرع معا جبرا فينظر إن كان الزرع ظهر أم لا.
4. قسمة الأرض والشجر: إذا كان بالأرض شجر سواء كان نخلا أو فاكهة فالحنفية يرون عدم قسمة الطلع والنخل دون الأرض جبرا.

وبعدما عرفنا أهم المراحل والإجراءات التي تمر بها القسمة وجب علينا معرفة أهم النتائج والآثار التي نتوصل إليها بعد عملية القسمة.

(1) - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، (الكافي في الفقه)، دار إحياء للكتب العربية، بغداد، د س، ج 4،

قسمة الأرض المبنية: الأرض المبنية إما أن تكون دورًا أو بيوتًا أو منازل، فالدور جمع دار، وهي اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل، فهي تجمع البناء فهي أعم من البيوت والمنازل لاشتمالها عليهما معا.

أما البيوت فهي جمع بيت، وهو اسم لمسقف واحد أي ممر أو مدخل له دهاليز، أما المنازل فهي جمع منزل وهو اسم لما يشتمل على بيوت أقله بيتان أو ثلاثة ومطبخ، وهو ما يسمى الآن بالشقة، فالمنزل أصغر من الدار وأكبر من البيت، وفيما يلي نبين كل نوع على حدى:

أولاً⁽¹⁾: قسمة الدور؛ إذا كان المال المشترك دارين أو أكثر وتنازع الشركاء في قمتها، فطلب بعضهم أن تقسم كل دار بانفرادها وامتنع البعض الآخر أو طلب أن تقسم أعيانًا بأن يجعل لهذا دارًا والآخر دارًا وهكذا، فقد اختلف الفقهاء في ذلك في ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: أن الدور المتعددة تقسم تقريبًا فتقسم كل دار على حدى، سواء كانت الدور متباعدة أو متقاربة، متساوية القيمة أو مختلفة، وبهذا قال الشافعية والحنابلة، واستدلوا على أن الدور المتعددة تنقسم على الانفراد مطلقًا لأن المقصود بالقسمة تمكين كل واحد من الشركاء من الانتفاع بملكه على وجه الكمال فكان لابد من اعتبار المعادلة في المنفعة، لأن التفاوت في المنفعة في الدور تفاوت كبير ومتعدد، فهي تختلف باختلاف البلدان والابنية والقرب من الخدمات العامة والبعد عنها، فكانت قسمة كل دار على حدى أعدل، سواء كانت متجاورة أو متباعدة متساوية أو مختلفة.

القول الثاني: أن الدور المتعددة إذا كانت المنافع فيها متساوية أو متقاربة والمواضيع متصلة أو متقاربة ومتساوية في القيمة، فإنها تقسم جمعًا، فيجمع نصيب كل شريك في الدار على حدى، أما إذا كانت المنافع مختلفة والمواضيع متباعدة والقيمة مختلفة فتقسم كل دار على حدى.

(1) - الإمام علاء الدين أبي الكساني، (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، ج9، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2005، ص

وبهذا قال المالكية واستدلوا بأن القسمة بالجمع أنفع للشركاء وأبعدها عن الضرر لأنّ الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت، وقل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما وإذا حصل لكل واحد دار كاملة، كمل انتفاعهم بها، فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار اثباتاً للاضرار بنفسه والشريك هذا إذا تساوت المنافع والاعراض والقيم أو قربت.

أمّا إذا اختلفت المنافع فإنّ كل عين تقسم على حدى لاختلاف الاعراض والقيم تبعاً لذلك ولأنّه يلحق للشركاء ضرر إذا قسمت جمعاً.

القول الثالث: إنّ الدور المتعددة يفوز جمعها وتفريقها للقاضي متقاربة أو متباعدة فيجتهد القاضي في القسمة برأيه فإن رأى الاعدل في التفريق فرق، وإن رأى الاعدل في الجمع جمع.

وبهذا قال الحنفية، واستدلوا على أنّ الدور يقسمها القاضي باجتهاده بما يحقق مصلحة الشركاء فإن رأى الاعدل في التفريق فرق، وإن رأى الاعدل في الجمع جمع، وإذا أن القاضي نصب ناظراً للمصالح ودافعاً للمضار.

ثانياً⁽¹⁾: قسمة البيوت؛ لو كان شركاء يمتلكون دار بها عدة بيوت أو يمتلكون دكاكين متلاصقة فطلب بعض الشركاء أن تضم حصته بعضها إلى بعض قسمة جمع وطلب البعض الآخر قسمة كل بيت أو دكان على انفراد فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى ما يلي:

القول الأول: أنّ البيوت والدكاكين تقسم قسمة جمع فيجمع لكل شريك نصيبه في مكان واحد وبهذا قال جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، واستدلوا بأنّ البيت اسم لمسقف واحد له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة لتقاربه في معنى السكني.

القول الثاني: أنّ البيوت يفوز أمر تقسيمها إلى القاضي وهذا ما ذهب إليه الحنفية واستدلوا بأنّ البيوت تتفاوت تفاوتاً فاحشاً فيها الواسع والضيق والحديث والقديم فالتفويض إلى القاضي بحقق المصلحة للشركاء ويدفع الضرر عنهم.

(1) - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ص 499.

القول الثالث: يرى المالكية أنه يجوز قسمة البيوت والدكاكين بالشروط التي تم ذكرها في قسمة الدور، وإلا فتقسم كل عين على حدى.

ثالثاً⁽¹⁾: قسمة المنازل؛ ويقصد بالمنزل المسقف المكوّن من بيتين أو ثلاثة أو أكثر، وهو ما يسمى بالثقة، فقد ذهب الحنفية إلى أن المنازل إذا كانت مجتمعة في دار واحدة متصلة بعضها ببعض، قسمها القاضي جمع البيوت، أمّا إذا كانت متفرقة قسمها القاضي قسمة تفويق كالدور.

فالمنازل تشبه الدور من وجه، والبيوت من وجه آخر، لأنّ المنزل بين الدار والبيت فأخذ شيها من الكل، فلو شبهها بالدور تقسم قسمة تفويق إذا كانت في أماكن متفرقة فلا يجوز قسمة بعضها في بعض بل يقسم كل منزل على حدى.

ولو شبهها بالبيوت تقسم قسمة جمع، أي بعضها في بعض إذا كانت متلاصقة، فقد ذهب الحنفية إلى أن المنازل فوض أمر تقسيمها جمعاً أو تفريقاً إلى القاضي الذي يقوم بقسمتها على أعدل الوجهين ممّا يحقق المصلحة من جراء القسمة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّ المعتبر في ذلك الضرر وعدمه، فإنه إذا أمكن قسمة كل منزل على حدى من غير ضرر قسمة القاضي قسمة أفراد.

أمّا إذا لم يكن هناك ضرر وامكنت قسمة الجمع، فإن القاضي يقسم جمعاً وحيث عدم الضرر فيجبر الممتنع وحيث وجد الضرر لا يجبر، ونحن نرى بأنّ هذه الاموال يفوض أمر قسمتها إلى القاضي حيث يقسمها على أعدل الوجهين، وهو ما ذهب إليه الحنفية في المسائل السابقة المتعلقة بالارض المبنية، لأنّ فيه تجميع لمصالح الشركاء وقطع للنزاع الذي يثور بينهم بشأن الجمع والتفريق فهو إن رأى أنّ قسمة الجمع أعدل وأنفع للشركاء أفرد القسمة وحقق المعادلة بين الشركاء صورة ومعنى، وإن رأى أنّ قسمة الجمع أعدل وأنفع للشركاء من الافراد جمع تحقيقاً للمعادلة في المعنى عند تعذر الصورة، فالقاضي بما يملكه

(1) - الشيخ محمد عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير)، ج3، عيسى الحلبي، القاهرة، ط2، 2003، ص

من الخبرات الفنية والتخصصات الدقيقة في كل المجالات يكون قادراً على معادلة منافع هذه العقارات على الحق والعدل.

أما فيما يخص قسمة العلو والسفل فإنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز القسمة إذا كان المشترك دارين اثنين ولها علو وسفل فتراضياً على أن يكون العلو لأحدهما والسفل للآخر، كما يجوز لهما أن يتراضيا على قسمة السفلى وحده أو العلو وحده ويترك العلو والسفل على الشيوخ بينهما، ويجوز لهما أيضاً أن يقتسما بالتراضي العلو والسفل معاً، سواء قسما بالذرع متساويًا أو متفاوتاً أو قسمة بالقيمة وذلك الحق لهما وقد ترضيا عليه.

ونخلص في الأخير إلى ان اهم الإجراءات القانونية التي تمر بها القسمة تعود دائماً لإرادة الشركاء فللشركاء إختيار الطريقة المناسبة لهم لقسمة المال الشائع بينهم، وان القسمة تختلف باختلاف المقسوم.

المطلب الثاني : آثار القسمة الرضائية

إنّ الأثر الأساسي الذي يترتب على قسمة المال الشائع هو أن يختص كل متقاسم من الشركاء بجزء مفرز من العقار يعادل حصته فيه بعد أن كانت حصته شائعة في هذا العقار إلا أنّ شراح القانون قد اختلفوا في بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكاً ملكيةً مفرزةً للجزء المفرز الذي اختص فيه، فلو اعتبر المتقاسم أنّه ملك الحصّة المفرزة الذي اختص بها من وقت القسمة لكان الأثر المترتب عن القسمة أثر ناقلًا للملكية لا كاشفاً له⁽¹⁾، فمنهم من قال أنّ الأثر المترتب على عقد القسمة هو أثر ناقل وكاشف ومنهم من قال أنّه أثر كاشف ومنهم من قال أنّه أثر ناقل.

الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة

من الآثار التي تترتب على القسمة الرضائية ما يطلق عليها الأثر الكاشف، كون القسمة ما هي إلاّ إفراز حصّة معلومة مقدرة بالنسبة يعلمها كل شريك في العقار المشترك كالربع أو الثلث، وكانت هذه النسبة شائعة سارية في جميع أجزاء المال الشائع، ومن ثم تم تجميع هذه

(1) - محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 400.

النسبة على أرض الواقع في حصة محددة تساوي نسبته من العقار، فالحصة موجودة ولكن لم تتحدد ويكشف عنها.

ويرى هؤلاء القائلون بالأثر الكاشف أنّ وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق المعنوي والمادي لحق الشريك الشائع، ويكون ذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع ليكون ملكاً خالصاً لهذا الشريك، وعند حدوث هذا التطابق فإنّ القسمة تكشف لما كان لهذا الشريك في حقه الثابت منذ بداية الشروع، ولا يرتب له حقاً جديداً، بل هو الحق القديم في الملكية الشائعة، فمثلاً إذا تلقى أحد الورثة من موروته حصة في مال شائع ثمّ تمت هذه القسمة فيما بينهم وبين شركائه فإنّ الصحة المفترزة التي آلت إليه سببها الميراث وليس القسمة، بمعنى أنّ القسمة لا تعطي الشريك حقاً جديداً وإنما تغيّر في حق الشريك في تحقيق التطابق المادي والمعنوي للحصة التي آلت إليه فيصبح حق الشريك محصوراً في جزء معين يختص فيه بعد أن كان هذا الحق وارداً على المال الشائع كله.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الأثر الناقل للقسمة

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، وأنّ فكرة الأثر الناقل للقسمة ظهرت في البداية عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية نتيجة لتكييفهم لحق الشريك المشاع بأنه يعد مالاً في كل ذرة من ذرت المال الشائع بنسبة حصته.

وبناءً على الأثر الناقل فقد تصور فقهاء الشريعة الإسلامية والرومان أنّ الآلية التي يتم من خلالها تحويل الأنصبة الشائعة إلى أنصبة مفترزة على أنّها 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⁽²⁾.

(1)- مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 130.

(2)- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 161.

إنّ هذا التحليل الذي تبناه كل من فقهاء الرومان والشريعة الإسلامية لعملية القسمة يجعل بين طيّاته مفهوم المقايضة، إذ أنّ المقايضة (عملية مبادلة الأنصبة الشائعة بين الشركاء وقت إجراء القسمة) وبذلك تعتبر ناقلة للملكية⁽¹⁾.

(1) - عويسي نادية وغياطو صليحة، المرجع السابق ، ص133.