

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة -

كلية الحقوق

قسم العلوم القانونية

أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية
تخصص القانون العقاري

إشراف الأستاذ:
د. سليمان بارش

إعداد الطالب:
عبد المجيد رحابي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د. أحمد بنيني	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيس
د. عمار زريق	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مشرفا ومقررا
د. العيد سعادنة	أستاذ مساعد مكلف بالدروس	المركز الجامعي خنشلة	عضوا مناقشا

"ربنا تقبل منا إنك أنت السميع

العليم"

{البقرة 127}

"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا"

{البقرة 287}

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى أغلى ما أملك في هذا الوجود، هما أغلى وسامين قلدت بهما حياتي وسأظل ...
والدي-طيب الله ثراه-، ووالدي -أطال الله في عمرها وبارك فيه-

إلى رفيقة الدرب التي كانت لي من صبرها وجدها وحثها المستمر ما ينهض بهمي إلى خوض
الصعاب وارتقاء العلياء، والتي شجعتني لإتمام هذا العمل الذي هو ثمرة مشتركة لمجهودنا بين
القسمة والشفعة ... زوجتي أسماء

إلى من كانوا لي شموعا في حياتي، وأناروا دروبي بضيائهم، فعلموني الوقار وأرادوني دوما ناجحا
إخوتي محي الدين، نفيسة، سعاد، وردة، نجاة، منيرة، مراد، فيصل، صبري
سمير، فاروق، عبد الرحيم

إلى أهلي وأهل زوجتي لما قدموه من فضل وتضحيات ...
إلى ينبوع الدفء والحنان، إلى من سقتني وروتني بعطفها حتى الثمالة، إلى من يسري حبها في
دمي، إلى أغلى الناس وأنقى اسم ينطق به لساني، إلى الكتكوتة الجميلة، ابنة أبيها الحبوبة ابنتي
"مريم البتول -حفظها الله ورعاها-"

التي أهدت ابتساماتها لي أحلى وأغلى مشاعر الحياة ...

إلى اللذين مضوا فداء ووفاء لوعدهم وعهودهم، وإلى الآتين مع الفجر ألمح تماثيل بشائر
وجوهم ... "م.هـ"

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الحق المبين
وبعد: فياني أحمد الله تعالى أبلغ الحمد وأوفاه وأكملة، فهو مسدي النعم وصاحب المنن
فهو أحسن من حمد وأولى من شكر، أحمدته حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه على عونه وتيسيره
لي إنجاز هذا البحث وأرفع إليه أكف الضراعة أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع وأن يدخره لي يوم لا
ينفع مال ولا بنون وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم.

كما أسجل شكري بأسمى عبارات التقدير والعرفان للأستاذ الدكتور **بارش سليمان -**

رحمه الله وأفسحه في واسع وطيب جنانه - الذي أشرف على هذه الرسالة ولم

يأل جهدا في النصح والتوجيه، وتذليل صعوبات البحث، حتى استوى على سوقه
وبالقدر ذاته أشكر جزيل الشكر الدكتور " **عمار رزيق** " على قبوله الإشراف على هذا العمل
المتواضع، ومواصلته ما تم من جهد معتبر من الدكتور بارش -رحمه الله- بغية إثمار عمل يستفيد منه كل
باحث في المجال.

كما ينبغي التنويه بالشكر لمن لها أثر بالغ وظاهر في إتمام هذا العمل **زوجتي** البارة وما حبتني به من
عون صادق ومساهمة فعالة من أجل إخراج هذه الرسالة بصورتها الحالية
ثم يحتم علي واجب الوفاء الاعتراف بالفضل لكل من تلقيت منهم يد العون والمساعدة
كما لا يفوتني المقام أن أتقدم بالشكر الخالص لعمال وعاملات مكاتب المعاهد المختلفة على مساعداتهم
الدؤوبة.

مقدمة:

إن الملكية تكون إما شائعة أو مفرزة، والشيوع هو حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، فإذا امتلك شخصان أو أكثر يكون لكل واحد منهم الحق في حصته تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الثلث أو الربع، وبالرغم من أن لكل مالك على الشيوع حق المتمتع قانوناً بجميع عناصر الملكية، ومزاولة سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن الملكية الشائعة لا تزال أمر غير مرغوب فيه وغير مستحب، لأن ممارسة هذه السلطات تقتضي إجماع الشركاء وهذا أمر لا يتيسر دائماً، لذلك تدخل المشرع لتنظيم الملكية الشائعة تنظيمًا اعتد فيه بإدارة وتصرف الأغلبية، حتى لا يتعطل الانتفاع بالمال الشائع في غياب الإجماع، وإننا لا نبالغ حينما نعتبر الملكية الشائعة من أهم مصادر المنازعات العقارية لأنها ملكية مؤقتة غير مستقرة، يتعطل فيها السير الحسن للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقار بسبب تعارض رغبات الشركاء ونشوء الخلافات بينهم.

والشيوع في القانون الجزائري يكون إما اختياريًا أو إجباريًا، ويوصف الشيوع بأنه اختياري إذا كان قابلاً للانقضاء بالقسمة، بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه يتوقف على إرادة المالكين، فلكل واحد منهم في حالة عدم وجود نص أو اتفاق أن يطلب إفراز نصيبه فيصبح مالك ملكية مفرزة عن طريق القسمة، التي قد تكون مؤقتة حيث يختص كل شريك بالانتفاع بجزء من المال الشائع وتسمى قسمة مهاية، وقد تكون القسمة نهائية إما بالتراضي أو عن طريق القضاء.

فالقسمة والدعاوى القضائية الناشئة عنها لها طبيعة خاصة ومعقدة، وهي وليدة التطور العمراني وتعد الحياة الاجتماعية والاقتصادية، ونشوء المدن الحديثة وبروز ظاهرة تفتيت الملكيات الكبيرة إلى ملكيات صغيرة، الأمر الذي أوجب بدوره بروز نصوص تشريعية تستجيب لهذا التطور، وتعالج ما يصاحبه من إشكالات، فتبعا للتطورات الحاصلة في بلادنا خصوصاً خلال التسعينيات، ونظراً لخطورة الإجراءات الخاصة بإنهاء حالات الشيوع التي تطرأ على بعض العقارات لأسباب عديدة أبرزها انتقال الملكية بالإرث إلى عدة أشخاص، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيلها، وإعاقة الانتفاع بها، واستثمارها، ولأن المسألة تمس

المصلحة العامة للدولة نفسها، فإن الدولة تدخلت عن طريق التشريع ووضعت نصوصاً عدة، خلال هذه الفترة هدفت من ورائها إلى تسهيل عملية الخروج من حالة الشيوع، حتى في الحالات التي تكون هي أحد أطرافها وهذا طبقاً للقانون (30/90) المتضمن قانون الأملاك الوطنية، والمرسوم التنفيذي (454/91) المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة، غير أنه من جهة أخرى فإن الدولة قد وضعت قيوداً على هذه العملية، وهذا لمواجهة مسألة تفتيت الملكية، ووجوب احترام المساحة المرجعية للمستثمرات الفلاحية، وهذا طبقاً للنصوص التنظيمية ومنها المرسوم التنفيذي (490/97) المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، كما توجد أسباب أخرى تتعلق بالجوانب الجمالية والهندسية والبيئية والصحية حسب النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتهيئة والتعمير.

وبغض النظر عن الطريقة التي تتم بها القسمة، سواء كانت رضائية أم قضائية، نهائية أم مؤقتة، فإن لكل طريقة خصوصيتها وإجراءاتها وشروطها وكيفياتها، كما ينشأ عنها آثار وحقوق متعلقة بالشركاء المتقاسمين أو بالدائنين، فظاهرة تفتيت الملكية العقارية ليست ظاهرة حديثة، بل هي ظاهرة قديمة متجددة، فحق الشريك المشتاع وإن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المنادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادي لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصاً تاماً، ونظراً للآثار المترتبة عن سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو العمرانية الجمالية، تتضح لنا أهمية الموضوع ومدى اتساع نطاقه وكيف أنه يتعلق بالمصلحة الفردية والمصلحة العامة على السواء، فكان البحث في أحكام قسمة الملكية الشائعة، يثير إشكالية هامة ومحورية تتجسد في مدى كون النصوص التشريعية والتنظيمية الموجودة متجانسة وكافية لتنظيم إجراءات عملية قسمة العقارات الشائعة، والتحكم في الآثار المترتبة عنها من جهة وللتحفيز على الخروج من حالة الشيوع من جهة أخرى؟

وهذه الإشكالية الرئيسية تطرح عدة عقبات فرعية، والتي يجد كل باحث نفسه أمامها خلال تصديه لدراسة موضوع قسمة الملكية الشائعة، منها ما يتعلق بطبيعة الأساس القانوني

لمفهوم عدم قابلية العقار للقسمة المنصوص عليه في القانون المدني؟ ومدى صلاحيته لأن يكون معياراً موضوعياً شاملاً في مواجهة القوانين اللاحقة المتعلقة بتجزئة الأراضي الفلاحية، وقواعد التهيئة العمرانية، والتي وضعت ضوابط جديدة يمكنها أن تشكل معايير مختلفة؟ ومنها ما يتعلق بأسس التمييز بين مختلف دعاوى القسمة القضائية؟ ومدى وجود تعارض بين نصوص القانون المدني والأمر المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري؟.

كل هذه التساؤلات جعلت هذه الدراسة تهدف أساساً إلى توضيح المفاهيم القانونية السليمة حول أنواع القسمة والدعاوى القضائية المتعلقة بها، ووضع تعريف علمي لها، وتوضيح إجراءاتها والتفرقة بينها، وكذا شرح وتحليل النصوص التشريعية والتنظيمية، وإبراز الجوانب الإيجابية والسلبية منها، ومكامن القصور والتعارض بين التشريعات القائمة خصوصاً في ظل تنوعها وكثرتها خاصة بعد الإصلاحات السياسية والاقتصادية الحاصلة منذ التسعينات، كما تسعى الدراسة إلى محاولة استنباط المعايير والضوابط التي تمكن من القسمة، بالنسبة للعقار الحضري والفلاحي، وذلك بالاعتماد على القوانين والنصوص التنظيمية المتعلقة بالتهيئة والتعمير وتجزئة الأراضي الفلاحية، كما نهدف إلى إعطاء أهمية أكبر للجانب العملي للموضوع، وتدعيمه بالاجتهاد القضائي في هذا المجال، وانعكاس تلك الممارسة ودورها في إبراز أوجه القصور في التشريع وتقرير حلول لها، وهو الأمر الذي أدى بنا إلى استخدام المنهج التحليلي طوال الدراسة بغية تحليل وشرح الأسس والمعطيات التي تقدمها لنا مختلف القوانين المتضمنة أحكام قسمة العقارات بمختلف طوائعها، كما تظهر فائدة المنهج نفسه في بيان الأسس النظرية والتطبيقية التي تقودنا إلى وضع صورة واضحة عما وصل إليه المشرع الجزائري من أهداف موفقة بين ما تقتضيها المصلحة العامة، ومصلحة الفرد من خلال قسمة العقار الشائع، إضافة إلى توظيفنا للمنهج التاريخي الذي يظهر استخدامه جلياً عند تعرضنا لمختلف التطورات التاريخية للتشريعات الخاصة بتنظيم الملكية الشائعة عبر مختلف العصور.

وحتى يكون هذا البحث فاتحة لميلاد أبحاث قانونية متخصصة في معالجة موضوع القسمة بالدرجة الأولى، وملمة بجميع التطورات التشريعية لمجالات هذا الموضوع بالدرجة الثانية، ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين.

نعالج في الفصل التمهيدي، أحكام عامة في قسمة الملكية الشائعة، عبر بحثين نبرز فيهما على التوالي، التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة في المبحث الأول، ونتعرض لمفهوم قسمة الملكية الشائعة في المبحث الثاني.

ونبحث في الفصل الأول، طرق قسمة الملكية الشائعة وإجراءاتها، حيث نعالج في المبحث الأول منه، الإطار القانوني للقسمة النهائية، ببيان شروط وإجراءات كلا من نوعيها: الاتفاقية والقضائية، وفي المبحث الثاني نبين الإطار القانوني للقسمة المؤقتة (قسمة المهايأة) بوضع تعريف دقيق لها، وتبيان خصائصها والوقوف على أهم أحكامها سيما مدى خضوعها لأحكام عقد الإيجار، وكذا وضع ضوابط لأثر تدخل الدائنين في القسمة وإجراءاتها.

أما في الفصل الثاني والأخير والمعنون بالآثار المترتبة على قسمة الملكية الشائعة فنعالج في المبحث الأول أهم آثارها والأثر المباشر، ألا وهو الإفراز بالوقوف على تطور فكرة الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف، وبيان موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة، ونبين في المبحث الثاني الضمان في القسمة بالتطرق للمقصود به ومختلف أحكامه سواء المتعلقة بضمان التعرض أو ضمان الاستحقاق، وكذا إبراز أهم أحكام نقض القسمة الاتفاقية للغبن، لنضمن المبحث الثالث والأخير بعض الأحكام الاستثنائية في القسمة بالوقوف على شروط تقسيم الأرض الفلاحية، وكذا الأحكام الدقيقة للقسمة وفق قوانين تهيئة العمران، وأيضا بيان كفاءات تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص وفق قانون الأملاك الوطنية، كما نتعرض ضمن نفس المبحث لبعض طوارئ القسمة كمسائل وجود قاصر بين الورثة، وظهور دين على الميت بعد القسمة، وكذا مسألة ظهور وارث جديد أو موصى له ... إلى غير ذلك من الأمور الهامة المحتواة في بحثنا المتواضع هذا.

إن مصدر الشيوع يكون تارة بإرادة الإنسان كما لو اشترى عدة أشخاص أرضاً على الشيوع دون أن تكون الحصص مفرزة، أو أوصى شخص لعدة أشخاص بملكية دار، وتكون بإرادة المشرع أو بنص القانون كالشيوع الذي يحصل نتيجة وفاة المالك، فينتقل نصيبه في الملك إلى ورثته المتعددین، كما يجوز أن يكون مصدر الشيوع هو مرور الزمن كما إذا اغتصب اثنان عقاراً، ووضعاً يدهما عليه بصورة شائعة إلى أن مضت مدة مرور الزمن القانوني المكسب لحق الملكية دون معارضة من المالك الحقيقي⁽¹⁾، وأمام هذه الأشكال جاء المقصد من بحث تطور تنظيم الملكية الشائعة وحتى نصل إلى تنظيمها بمعناه المعروف حالياً، وذلك في خضمّ المبحثين الأولين من هذا الفصل، والذين يأتي من خلالهما تحديد السبب الرئيسي لانقضاء الشيوع وهو القسمة، لنخصص المبحث الأخير للتعرف على خصائص الحق في طلب ذلك وبعض حيثياته الهامة، فاخترنا أن تكون الدراسة في أرجاء هذا الفصل مقسمة إلى مبحثين اثنين ومضامينهما مختصرة على النحو الآتي:

المبحث الأول: التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة.

المبحث الثاني: مفهوم الملكية الشائعة.

وفيما يلي تفصيل ذلك.

(1) زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، بيروت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، [ب س ط]، ص 336.

المبحث الأول: التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة

إن بحث تطور تنظيم الملكية الشائعة هو تتبع لتطورات تنظيم سلطات المالك المشتاع في استعمال المال الشائع واستغلاله، الذي لا يمكن بحث تطوراته بمعزل عن بحث تطور تنظيم الملكية الشائعة بوجه عام في العصور المختلفة، مع الاهتمام في ظل هذا المبحث ببحث تطور تنظيم الملكية الشائعة في الأنظمة القانونية التي كانت أحكامها ونصوصها مصدرا هاما للنظام القانوني الجزائري، مع التنويه - وإن خلت الدراسة من ذلك - بأن الفقه الإسلامي قد سبق كل التشريعات في تنظيم أحكام الملكية الشائعة بطريقة مفصلة متميزة عن الطرق التي اتبعتها التشريعات السابقة عليه في الظهور، بل والتالية له ⁽¹⁾، لما يتمتع به من تفرد وتميز على كافة التشريعات الأخرى، ليس في تقسيماته فحسب، وإنما في أحكامه ومصادره.

ولنتبع تطور تنظيم الملكية الشائعة، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة، ونوضح تنظيم الملكية الشائعة في بعض الأنظمة القانونية التي تشكل مصدرا هاما لوضع أحكام نفس الملكية في النظام القانوني الجزائري، ونقصد بذلك كل من القانونين المصري والفرنسي، وذلك في المطلب الثاني، ونعالج في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث، تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري.

المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة

إذا أردنا إلقاء نظرة سريعة على الحضارات القديمة لمعرفة تطور تنظيم الملكية الشائعة ليصل إلينا بمعناه المعروف حاليا، نجد ما يأتي:

الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية

بدأت الملكية في العصور الأولى للإنسان جماعية، فقد كانت ملكية تقوم على سيطرة وتملك زعيم القبيلة لكافة الأموال العقارية الموجودة في نطاق القبيلة، وقد صاحب هذه السيطرة عدم المساواة في الحقوق بين أفراد القبيلة الواحدة، بحيث ظهرت طبقة عليا من

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، 2000، ص40.

أفراد القبيلة، وهي الطبقة المقربة من رئيس القبيلة مثل أفراد أسرته أو طبقة رجال الدين المحيطين به، وأفراد هذه الطبقة يتميزون عن غيرهم من أفراد القبيلة، لأن رئيس القبيلة يستطيع منحهم بعض أموال القبيلة التي في حوزته، ولكنه كان يحتفظ لنفسه بحق استرداد ملكية هذه الأموال في أي وقت يشاء⁽¹⁾.

وهذه الصورة من الملكية الجماعية هي الصورة الأولى من الملكية التي عرفها الإنسان، وظهرت على هذا النحو في القانون الأكادي، ثم قانون حموراني في المادة 98 منه، وذلك في عهد الأسرة المالكة الأولى من حضارة بابل.

ووجدت بعض الإشارات لهذه الصورة من الملكية في الحضارة اليونانية، وذلك في بعض "أوراق البردي"، التي تشرح الملكية الجماعية في مدونة جيبوس، إلا أن هذه الصورة من صور الملكية الجماعية ليست ملكية شائعة بمعناها المعروف حالياً، ولذا لا نستطيع القول بأن الملكية الشائعة كانت معروفة في هذه العصور، ولكنها ظهرت في القانون الروماني الثاني لهذه الحقبة من الزمان.

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الروماني

يعتبر القانون الروماني من أقدم التشريعات التي عرفت نظام الشيوع، فقد عرف الشيوع الوراثي الناشئ عن وفاة المورث واجتماع ورثته في ملكية أمواله على الشيوع مدة حتى يتم قسمتها، وهذه الملكية الشائعة كانت تعتبر نوعاً من أنواع الملكية الجماعية في القانون الروماني، وكانت سابقة في وجودها على وجود عقد الشركة، لذا فقد اعتبر البعض القواعد المنظمة للشيوع الوراثي في هذا القانون هي المصدر الأساسي للقواعد المنظمة للشركة فيما بعد.

وقد اعتبر القانون الروماني المالك المشتاع مالكا كغيره من الملاك، لكنه صاحب حق ملكية مقيدة بحقوق سائر الشركاء، بحيث يكون له حق ملكية مطلقة على حصته الشائعة، لكنه لا يستطيع أن يقوم بأي عمل يمس جوهر المال الشائع ويتعارض مع حقوق شركائه الآخرين⁽²⁾، فقد نظر القانون الروماني للملكية الشائعة واعتبرها وضعاً قانونياً استثنائياً،

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق الذكر، ص 36-37.

(2) المرجع نفسه، ص 39.

ومؤقتاً، مصيرها إلى الزوال بعد فترة من الزمن⁽¹⁾، تتحول إلى عدة ملكيات مفرزة بحسب عدد أفرادها.

فالملكية المفرزة في القانون الروماني هي الأصل والملكية الشائعة هي الاستثناء من هذا الأصل، ولذا اعتنى القانون الروماني بتنظيم أحكام قسمة المال الشائع أكثر من تنظيم أحكام الملكية الشائعة وقواعد ممارسة سلطات استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، ولذا فقد منح القانون الروماني كل مالك مشتاع، مهما كان مقدار حصته الحق في طلب القيمة النهائية بنوعيتها، الرضائية والقضائية، حيث كانت تتم القسمة الرضائية في القانون الروماني عن طريق مجموعة تنازلات متبادلة من الورثة "الملاك المشتاعين"، فيأخذ أحدهم ما لا في مقابل تخليه لشريكه عن مال آخر، أو يأخذ أحدهم جزءاً من نفس المال في مقابل تخليه لشريكه عن جزء آخر من نفس المال، لكن القاعدة في القانون الروماني كانت القسمة القضائية التي تتم عن طريق القضاء، وهذه القسمة تحصل بغية الرجوع إلى أصل الملكية، وهو الملكية المفرزة⁽²⁾.

فزوال الشيوع لا إبقاؤه هو الأصل في الملكية الرومانية، ومن ثم لم تكن هناك حاجة ملحة إلى تنظيم الشيوع في حالة البقاء، وهذا بخلاف الشيوع الجرمانى أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يتمتعون بالشخصية المعنوية، فتختلف الملكية الجماعية الجرمانية عن الملكية في الشيوع، في أن المالك في الشيوع هو شخص واحد ولكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع، في حين أن المالك في الملكية الجماعية هو جماعة من الناس ويملكون مجتمعين كل المال، كما لا تعتبر الملكية الجماعية الجرمانية أمراً استثنائياً عابراً، بل هي أمر مستقر ولذلك منظمة تنظيمياً مفصلاً⁽³⁾، وبعبارة أخرى فإن مقتضى الشيوع عند الألمان أنه لا توجد أنصبة متميزة عن بعضها البعض طالما أنه لم تحصل تصفية فيما بينهم، وحق إدارة هذا النوع من الشيوع، وحق التصرف فيه إنما

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثامن 1998، ص794.

(2) أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق الذكر، ص39.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص794.

تقوم بها هيئة وكيلة مستقلة من الوجهة القانونية ليس لها صلة بمال كل عضو على حدة⁽¹⁾، إلى أن ظهر ما يسمى بالشيوع الحديث أو شركة الملك، ويعرف بأنه صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا في الشيء، ولكنه يتعين معنويا، ولا تكفي بهذا التعريف فقط ولكن نخرج في المطلب الموالي البحث في تطور تنظيم الملكية الشائعة في بعض الأنظمة القانونية حتى يتدقق وينضبط التعريف بطريقة أفضل.

المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في بعض الأنظمة القانونية

نتعرض في هذا المطلب، لتطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري، أم في القانون المدني الفرنسي.

الفرع الأول: تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري

لقد قلد القانون المدني المصري القديم القانون المدني الفرنسي السابق على صدور تعديل 1976/12/31 المنظم للشيوع، في إعراضه عن تنظيم أحكام الملكية الشائعة، على الرغم من أهمية الملكية الشائعة وانتشارها في مصر، بسبب الميراث وبقاء الورثة غالبا في الشيوع فترة طويلة⁽²⁾، فلم يكن القانون المدني المصري القديم سوى أنه مقلد، أو بمعنى أدق مترجما للتقنين المدني الفرنسي السابق على صدور التعديل المذكور، في تنظيمه للملكية الشائعة، وإذا كان لهذا الأخير أسباب تاريخية تدفعه إلى هذا الإعراض فلم يكن للمشروع المصري في التقنين المدني القديم أي مبرر في هذا الصدد، لذا فقد اجتهد القضاء المصري بقيادة محكمة النقض في عهد هذا التقنين لسد هذا النقص التشريعي، وقدم لجمهور المتعاملين كثيرا من الأحكام والحلول العملية لتنظيم استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، والتي كانت خير معين للشارع المصري في التقنين الحالي في تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة⁽³⁾.

(1) زهدي يكن، المرجع السابق الذكر، ص337.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق الذكر، ص794.

(3) أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق الذكر، ص43.

أما في القانون المدني المصري الحالي الصادر في 09 رمضان 1367هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948 المعمول به اعتباراً من 15 أكتوبر 1949، فقد تلافى في القصور التشريعي الذي كان يشوب التقنين السابق بشأن تنظيم الملكية الشائعة، فلقد تبسط التقنين الحالي في تنظيم أحكام الملكية الشائعة، وقسمة المال الشائع، بما يتناسب مع أهميتها في مصر، ولقد فصلت المذكرة الإيضاحية هذا التطور التشريعي بقولها: "أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي "السابق" يذكر عنها شيئاً مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر، وقد تبسط المشرع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها فجعل حق المشتري لجزء مفرز من المال الشائع ينتقل -إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع- إلى ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة، ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع، حتى يزول ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية، فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين، فصل هذا المبدأ وبين أن ما يستقر عليه رأي من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يكون ملزماً للجميع وعرض المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة فقصره على المنقول حتى لا يتزاحم في العقار مع الشفعة، وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوع بالقسمة، ففصل إجراءاتها وهي تتفق بالجملة مع الإجراءات التي نص عليها القانون الحالي، ونص على الأثر الكاشف للقسمة، فأزال بذلك التناقض الموجود بين التقنين الأهلي والتقنين المختلط، ونص على ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة، وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع، وهذه النصوص لا نظير لها في التقنين الحالي "السابق" ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهايأة، وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري، وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة"⁽¹⁾.

هذا ولقد نظم التقنين المدني المصري الحالي أحكام الملكية الشائعة في المواد من 825 إلى 833، ويقصد بها النصوص التي تنظم سلطات استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، كما نظم قسمة المال الشائع في المواد من 834 إلى 849، حيث نظمت

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص795.

المواد 846 إلى 848 أحكام مقسمة المهيأة باعتبار هذه القسمة طريقة من طرق تنظيم الانتفاع بالمال الشائع.

الفرع الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي

لقد صدر في فرنسا في 1976/12/31، القانون رقم 76-1286 كتعديل تشريعي شامل للنصوص المنظمة للشيوخ في القانون المدني الفرنسي، ولقد صدر هذا التعديل ثمرة لمجهود ضخم بذله كل من الفقه والفضاء الفرنسيين في ظل أحكام القانون السابق، لوضع الحلول العملية لمشكلات الشيوخ التي لا تنتهي، ولا سيما وقد خلى القانون السابق من نصوص تنظيم الملكية الشائعة، إذ كان كل من القانون الروماني والشروح الواردة عليه هما المصدران الرئيسيان له، ولذا فقد اعتمد نظرة القانون الروماني في تنظيمه للملكية الشائعة، على أنها وضع غير مرغوب فيهن سرعان ما ينتهي، ويتحول إلى ملكية مفرزة، ولذا أغفل تنظيم أحكام الملكية الشائعة، لكن هذا القانون القديم اهتم من جانب آخر بتنظيم أحكام القسمة النهائية للمال الشائع⁽¹⁾.

هذا وقد حذا تقنين نابليون سنة 1804، حذو القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، في تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة وأحكام الشيوخ بوجه عام.

وبداية من القرن التاسع عشر بدأت الملكية الشائعة تنتشر في المجتمع الفرنسي رويدا رويدا، وأصبحت تستمر لمدة طويلة، وتغيرت نظرة المجتمع الفرنسي إليها، فلم تعد تلك الملكية "البغيضة" التي تجب الخلاص منها بمجرد نشوئها، وإنما أصبحت تستمر لمدة طويلة، وتغيرت نظرة المجتمع الفرنسي إليها، فلم تعد تلك الملكية "البغيضة" التي يجب الخلاص منها بمجرد نشوئها، وإنما أصبحت نظاما قانونيا قد لا يجد أفرادها وسيلة غيره لتحقيق مصلحتهم، وإزاء هذا النقص التشريعي واستمرار انتشار الملكية الشائعة، أصبح تدخل الشارع لتنظيم أحكام الملكية الشائعة، بما يتلاءم مع أهميتها وانتشارها في الحياة العملية مطلبا ملحا، استمر ينادى به الفقه الفرنسي مدة طويلة، ووصف هذا النقص التشريعي بأنه ثغرة مؤسفة تعيب قانون نابليون الذي هو مفخرة الفرنسيين في العالم كله، واستجاب المشرع

(1) أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق الذكر، ص46.

الفرنسي لهذا النداء، وأصدر اصطلاحا شاملا في 31 ديسمبر 1976، والذي تركز فيه الفكرة الرئيسية لهذا القانون على التمييز بين مجموعتين مختلفتين من النصوص، المجموعة الأولى وتقع في المواد من 815 إلى 17/815 أي في ثمان عشرة مادة جديدة تطبق على الشيوع في حالة غياب تنظيم اتفاقي له، أما المجموعة الثانية فتقع في المواد من 1873 إلى 18/1873 أي ثمان عشرة مادة جديدة وهي النصوص التي تنظم أحكام الشيوع ولكن بشرط اتفاق جميع الشركاء على تطبيقها، ولإشارة فإن هذه النصوص تقع مباشرة بعد الفصل الخاص بالشركات في القانون المدني الفرنسي، ويطلق الفقه الفرنسي على هذه المجموعة اصطلاح "التنظيم الاتفاقي للشيوع" وهي المجموعة التي نجحت إلى حد كبير في علاج العديد من النزاعات التي ساهمت في تعطيل المال الشائع دون استعمال أو استغلال، كما نظم القانون سلطات المالك المشتاع بطريقة تتفق مع الحاجة العملية، ولا تجحف بمصلحة مجموع الشركاء⁽¹⁾.

هذا فيما يخص النظامين المصري والفرنسي، التعرف على تطور تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري في المطلب الأخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري

نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة وأحكامها ضمن الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية" من الأمر (58/75) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ضمن القسم الرابع منه، والمقصود بذلك الشكل الأول من أشكال الشيوع المعروف بالشيوع الاختياري المنظم من المادة 713 إلى المادة 742 من التقنين المذكور.

الفرع الأول: الشيوع الاختياري

وحسب النظام القانوني الجزائري، يوصف الشيوع بأنه اختياري إذا كان قابلا للقسمة، بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه، يتوقف على إرادة المالكين، فكل واحد منهم في حالة عدم وجود اتفاق أن يطلب إفراز نصيبه فيصبح مالكا ملكية مفرزة عن طريق القسمة،

(1) المرجع نفسه، ص55.

وحسب نفس التقنين، تترتب الملكية الشائعة حقا للشركاء في الانتفاع به والتصرف فيه شأنه في ذلك شأن الملكية المفروزة، ولكن مادام حق الشريك يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك، فإنه يتعذر عليه الانتفاع بالشيء وحده، بل لابد من تعيين طريقة لإدارة هذا المال الشائع، فإذا اتفق الشركاء على طريقة معينة لإدارة المال الشائع ألزمهم ذلك الاتفاق، أما إذا اختلفوا في ذلك، فإن القانون هو الذي يتولى تعيين النصاب الواجب لإدارة المال، وهذا ينطبق كذلك على التصرف في المال الشائع كله، سواء كان هذا التصرف ماديا أو قانونيا، ولكن تصرف الشريك في حصته الشائعة دون المساس ببقية حصص الآخرين، فإنها تخضع لقواعد الملكية المفروزة، ولا تستوجب موافقة بقية الشركاء، وفي المقال لهم حق طرد المشتري الذي حل محل الشريك عن طريق ممارسة حقهم في الشفعة، وهي أمور تفصل في محتواها في المبحث الموالي. وينقضى هذا الشكل من الشيوع -أي الاختياري- بقسمة المال الشائع وانفراد كل شريك بجزء مفرز من هذا المال يتناسب مع حصته الشائعة، ويقال لها "القسمة النهائية"، وقد يتم تقسيم المال الشائع دون ملكية بين الشركاء فيختص كل شريك بالانتفاع بجزء من المال الشائع وحده، في مقابل التنازل عن بقية أجزاء المال الشائع لبقية الشركاء ويطلق عليها تسمية "قسمة مهاياة"⁽¹⁾، ونذكر أن نظام الشيوع الاختياري مستمدة أحكامه أساسا من الشريعة الإسلامية السمحة.

الفرع الثاني: الشيوع الإجباري

خصص المشرع الجزائري -ضمن القسم الخامس من الكتاب المذكور أعلاه- ثلاثين مادة، لتنظيم الشيوع الإجباري أو الملكية المشتركة في الطبقات في العقارات المبنية، والتي عرفت المادة 743 منه، بأنها الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص، ونصيب في الأجزاء المشتركة، ويتبين من هذا التعريف أن الملكية المشتركة لا تكون في الأرض الفضاء، بل لابد من وجود بناء، كما أن وجود البناء وحده لا يكفي للقول أن هناك ملكية مشتركة، بل لابد أن يتعدد المالكون لبناء واحد أو عدة بناءات،

¹ عبد الرحمن ملزي، الملكية الشائعة، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة في التكوين المتخصص في العقاري، مادة القانون المدني، الجزائر، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الرابعة، فيفري 2004، ص 63.

ونشوء نظام الملكية المشتركة في ملكية شقق في عمارة أو بناء من طبقات هو مظهر من مظاهر المدينة الحديثة نظرا لما تتطوي عليه من مزايا بالنسبة لذوي الدخل المحدود، والاقتصاد في الأراضي المخصصة للتعمير.

وهذا النظام استورده المشرع الجزائري من القانون الفرنسي الصادر في 1938/07/28 بطريق غير مباشر عن القانون المصري الذي نقل عن هذا القانون، أما الشريعة الإسلامية لا تعرف هذا النظام، وإنما نظمت ملكية السفلى و ملكية العلو، الذي يتضمن تقسيم البناء إلى طبقات ولكن كل طبقة تكون مملوكة بأكملها لشخص واحد ملكية مفرزة، فيملك صاحب السفلى الأرض التي يقوم عليها البناء كله، ولا يكون لصاحب العلو إلا حق القرار على السفلى، وقد حدد المشرع في هذا النظام الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة، وهذه الأخيرة غير قابلة للقسمة لأنها شيوع إجباري ناتج عن وضعية وطبيعة العقار، هذا باختصار لنخصص الإطار المفاهيمي للملكية الشائعة بالتفصيل في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: مفهوم قسمة الملكية الشائعة

إن تعدد الملاك على الشيوع يؤدي إلى خلق صعوبات في شأن استغلال المال الشائع، والتصرف فيه، حيث يتطلب في الأصل أن يتم ذلك باتفاقهم جميعاً، وقد وضع المشرع الجزائري تنظيمًا قانونيًا للملكية الشائعة، يبنّي على عدم استقلال الشركاء على الشيوع في ملكيتهم للمال، وحدد فيه أحكام إدارة المال الشائع والتصرف فيه، وإلى جانب ذلك، فإن قيود الاستغلال الناتجة عن الشيوع قد دعت المشرع إلى اعتباره وضعاً يخالف الأصل الذي يقوم على وحدة المالك واستثاره بغير قيود على ملكيته، لذلك فإنه ينظر إليه كوضع مؤقت لا يدوم، بل يتحول إلى ملكية مفرزة، حيث يتم ذلك غالباً عن طريق القسمة⁽¹⁾.

والشيوع هو صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم مادياً في الشيء، ولكنه يتعين معنوياً في الحق نفسه، وبذلك يكون حق الملكية منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم نصيب معين⁽²⁾، وفي ظل هذا المبحث نحاول وعلى مدى ثلاثة مطالب، أن نضع تعريفاً دقيقاً للملكية الشائعة في المطلب الأول، وضمن المطلب الثاني نبين أسباب انقضاء الشيوع بالتركيز على السبب الرئيسي لذلك، أما في المطلب الثالث والأخير فنتعرض لمفهوم الحق لطالب القسمة بالوقوف على خصائص ذلك وضبط القيود الواردة على مدى حق الشريك في طلب القسمة.

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة

تنص المادة 713 من التقنين المدني على أنه:

"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 ذلك".

فالملكية الشائعة صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لأكثر من شخص واحد، دون أن يتعين لكل منهم نصيباً مادياً معيناً منه، وإنما يتحدد نصيب كل منهم في الشيء بحصة شائعة فيه، يرمز إليه بنسبة حسابية كالنصف والرابع والثالث والخمس...

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص70.

(2) زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة الثانية 1962، ص137.

وتختلف الملكية الشائعة بهذا المنظور عن الملكية الفردية، والملكية المشتركة، وكذا عن ملكية الطبقات، فهي تتميز عن الملكية الفردية في النواحي الآتية:

- إن حق الملكية في الملكية الشائعة يتقرر لأكثر من شخص واحد، في حين أن هذا الحق في الملكية الفردية يثبت لشخص واحد.

- إن محل الحق في الملكية الشائعة يحدد تحديدا معنويا لأن كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها يرمز إليها بنسبة حسابية، أما في الملكية الفردية أو المفروزة فإن محل الحق يتحدد تحديدا ماديا.

- في الملكية الشائعة ليس لأي مالك أن يستهلك الشيء أو يتصرف فيه أو أن يستعمله أو يستغله إلا بقيود خاصة وفي حدود ما تسمح به حصته، أما في الملكية الفردية فالمالك يستأثر بمنافع العين كلها، فله أن يتصرف فيها وأن يستعملها وأن يستغلها كما يشاء في حدود القانون⁽¹⁾.

والملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة، ذلك لأن الملكية الشائعة وإن كانت تشمل الشيء الواحد، الذي يختص الشركاء بملكيته، إلا أنهم لا يملكونه مجتمعين وإنما يملك كل شريك حصة فيه كالنصف أو الثلث أو الربع، وكل من هذه الحصص شائع في كل الملك، أي أن كل وحدة من وحداته مملوكة للشركاء كل بنسبة حصته.

أما في الملكية المشتركة فيتفق جماعة على تكوين كتلة من الأموال لتحقيق غرض إنتاجي معين، بأن يقدم كل منهم نصيبا معينا من الأموال أو الخدمات، وتعتبر الملكية المشتركة ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين، بحيث لا يكون لواحد منهم منفردا حق ما على الشيء المملوك أو على جزء مفرز أو شائع منه، بل ينتقل كل ذلك إلى الجماعة، فهي التي تملك وتتصرف في الشيء، أما الشريك فليس له إلا حق شخصي في استغلال المال المشترك والحصول على نصيب من غلته⁽²⁾.

كما تختلف الملكية الشائعة عن ملكية الطبقات، لأن ملكية كل طبقة في ملكية الطبقات تكون ملكية فردية مفروزة، فكل مالك من هؤلاء يملك طبقة من البناء لا يشاركه فيها غيره

(1) سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، دار الحرية للطباعة، الطبعة الأولى 1973، ص 82.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

من الملاك الآخرين، ولكن يعتبر مملوكا على الشيوع بين جميع ملاك الطبقات أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك كالباب والدرج... (1)

فالشيوع إذن هو صورة من صور الملكية التي يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص، دون أن تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات، وإنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته، فحق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوع بين عدة أشخاص، بحيث يكون لكل منهم فيه نصيب معين، ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير منقسم، ولو كان في الأصل قابلا للانقسام، فإذا ما تمت القسمة أصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة، يستأثر بها ماديا، دون غيره من الشركاء، والأصل أن تعين حصص الشركاء عند بدء الشيوع، فإذا لم تعين أو قام الشك حول تعيينها، عدت متساوية (2)، بقضاء المادة 713 من التقنين المدني السابقة الذكر.

المطلب الثاني: أسباب انقضاء الشيوع

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوع، ولأن الشيوع يقوم على اشتراك شخصين أو أكثر في ملكية شيء أو أشياء معينة فإنه ينقضي بأي سبب يؤدي إلى إنهاء هذا التعدد، وضمن هذا المطلب، نتعرف على مدى فرعين على تلك الأسباب، ارتأينا توضيح العارضة منها، وهي كثيرة تخضع أغلبها للقواعد العامة نبينها ولا حاجة لدراسة خاصة لكل منها، وذلك في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فنقف بدقة على أهم هذه الأسباب الذي هو القسمة، والتي عنى المشرع بها عناية كبيرة فأفرد لها قواعد خاصة من حيث الإجراءات والآثار على السواء.

الفرع الأول: الأسباب العارضة

وهذا السبب العارض قد يكون تصرفا قانونيا أي عقدا أو وصية، أو يكون واقعة مادية (3)، ومثل التصرف الذي ينقضي به الشيوع أن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلى شخص من الغير، فتخلص له الملكية المفرزة، أو يبيع أحد الشريكين حصته للشريك الآخر،

(1) المرجع نفسه، ص 83.

(2) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، 1997، ص 108.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية، [ب س ط]، ص 159.

أو يقتسم الشركاء المال الشائع فيصبح كل منهم مالكا للنصيب الذي آل إليه ملكية مفرزة، أو يوصي أحد الشريكين للآخر بحصته في المال الشائع.

وأما عن مثل الواقعة المادية التي ينقضي بها الشيوع أن يرث أحد الشركاء أنصباء الآخرين في المال الشائع بعد وفاتهم، أو يكسب شخص من الغير ملكية الشيء الشائع كله بالتقادم، وذلك حين تتوافر له الحيابة بشروطها القانونية طوال المدة اللازمة لكسب الملكية، أو يكسب أحد الشركاء ملكية أنصباء الآخرين بالتقادم، وذلك حين ينفرد بحيابة الشيء كله بنية تملكه، مادام أن شروط الحيابة تكون متوافرة، ولا سيما خلوها من الغموض الذي قد يشوبها في هذه الحالة بسبب أن الشريك قد يحوز الشيء أحيانا بوصفه نائبا عن الشركاء الآخرين أو بحكم كونه شريكا يباشر حقه على الشيء⁽¹⁾.

وأهم سبب ينقضي به الشيوع هو القسمة، والتي سنجعلها محل دراسة مفاهيمية في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: القسمة كسبب رئيسي

إن أهم أسباب انقضاء الشيوع هو القسمة⁽²⁾، فالشيوع مهما طال مدتته، هو حالة مؤقتة تنتهي إما باستقلال أحد الشركاء أو الغير بالمال الشائع، وإما بتحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة من خلال قسمة المال الشائع.

أولاً: تعريف القسمة لغة

القسمة لغة هي إفراز النصيب، أو التفريق، وشرعا لها تعاريف متقاربة عند الفقهاء، فقال الحنفية: القسمة جمع نصيب شائع في مكان معين، أو مخصوص، أو هي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض، لأن نصيب كل شريك أو ملكه منتشر في جميع أجزاء الشيء المقسوم، فإذا حدثت القسمة وقع في حصته جزء مملوك له، وجزء مملوك لصاحبه شائعا في كل الأجزاء، فتتم المبادلة بين الشريكين بتنازل كل واحد منهما عن نصف نصيبه بعوض: وهو نصف نصيب صاحبه⁽³⁾.

(1) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2000، ص 88.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزائر، دار الفكر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1991، ص 656.

والقسمة في اللغة اسما مأخوذ من الاقتسام، كالقدوة من الاقتداء، كما تأتي مصدرا للفعل الثلاثي: (قسم الشيء): إذا جزأه، ويؤيد هذا المعنى استعمال لفظ (القاسم) فيها دون المقتسم⁽¹⁾.

ثانيا: القسمة في لسان الفقهاء

القسمة في لسان الفقهاء هي جمع النصيب الشائع من مال مشترك في جانب معين منه، بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين مثلا، فقسمت بينهما على حسب سهامهما، فاختص كل منهما بجانب معين منها، وكان ذلك بناء على طلب أحدهما تمت القسمة وصحت، أما إذا لم يكن من أحدهما طلب فلا تكون القسمة صحيحة⁽²⁾. والقسمة في الأعيان أهم سبب ينقضي به الشيوع، وهي التي تعرف بالتعريف السابق، أما قسمة المنافع وهي المعروفة باسم المهايأة فلا ينتهي بها الشيوع في الواقع، وإنما تعد طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال المشترك⁽³⁾.

وأحسن ما تعرف به القسمة في اصطلاح الفقهاء أنها: "جمع نصيب شائع في معين"، ويتجلى معنى هذا التعريف -حسبهم- في ما لو آلت ملكية أرض إلى ثلاثة إخوة، بوفاء مورثهم، فهذه ملكية شائعة، ولكل واحد من الثلاثة نصيبه في كل جزء من أجزاء الأرض، فلو اتفقوا على تخصيص كل واحد منهم بجزء من الأرض، وأخذ كل جانبها منها، فقد أزيل الشيوع، وانحصر النصيب الشائع سابقا، فيما اختص به كل منهم برضاه، ففي القسمة إزالة الشيوع، وتمييز الأنصبة، وفرز الحصص الشائعة بتحديدتها في أجزاء معينة من الملك الشائع⁽⁴⁾.

ثالثا: تعريف القسمة قانونا

لم يضع المشرع تعريفا دقيقا للقسمة، وإنما عرفها فقهاء القانون بأنها عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء، أو كما

(1) محمد فوزي فيض الله، الفقه الإسلامي، دمشق، مطبعة طربين، الطبعة الثانية، (1977-1978)، ص163.

(2) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990، ص229.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)

عرفتها مجلة الأحكام العدلية: " القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفرار الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل".

والقسمة التي ينقضى بها الشيوع هي القسمة التي بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وعلى كل فإنه وبالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني نجد أن المشرع قد نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، كما سبق بيان تعريفها. وذهب بعض شراح القانون المدني، إلى القول بأن القسمة هي سبيل إزالة الشيوع، وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع.

وإذا أطلق اصطلاح القسمة قصد به الدلالة على القسمة العينية التي تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية تجزئ الشيء الشائع أجزاء مادية مفرزة، وتعطي لكل شريك الجزء المفرز المقابل والمعادل لحصته الرمزية، ليكون محلاً لملكيته الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة من الباقين، وتوجد صورة أخرى للقسمة هي قسمة التصفية، وهي لا تجري إلا إذا استحالت القسمة العينية، أو تعذرت، فيطرح الشيء الشائع حينئذ في المزاد العلني بيعه، فإذا رسي المزاد على أحد الشركاء اعتبر ذلك قسمة تصفية لا بيعاً، إذ يكون حينئذ كاشفاً لحق الشريك المتقاسم لا ناقلاً إياه إليه، وذلك بخلاف ما إذا رسي المزاد على أجنبي عن الشركاء حيث يظل رسو المزاد على أصله من اعتباره بيعاً ناقلاً ملكية الشيء إليه، والملاحظ أنه إذا كانت القسمة من شأنها فض الشيوع وإنهاؤه، فإنها في حالات أخرى قد تكون قسمة جزئية، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل واحد منهم فيها، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعاً على حاله، وقد تكون القسمة الجزئية بإفرار نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز - والتي فصلها في حينها - وسوف نتعرض في المطالب الموالي لمفهوم الحق في طلب القسمة، من حيث خصائصه والقيود الواردة عليه.

المطلب الثالث: مفهوم الحق في طلب القسمة

ينقضي الشيوع بانتهاء تعدد الملاك، وذلك بقسمة المال المشاع بين الشركاء، أو بإجماع الحصص كلها في يد شخص واحد، ويتم إجماع الحصص بيد شخص واحد إما بالتصرف القانوني أو الواقعة القانونية، ففي هذه الحالات ومثيلاتها، يستقل واحد بملكية المال الشائع كله، فينتهي الشيوع، أما الطريق الآخر والأهم لانقضاء الشيوع فهو القسمة -والتي نفرد لها فيما يأتي من الفصول التالية دراسة خاصة-، ولا ينظر المشرع إلى الملكية الشائعة نظرة ترحيب، لأنه ليس بالنظام المفيد من الوجهتين الاجتماعية والاقتصادية، فهو من جهة، يخلق العديد من المنازعات بين الشركاء، كما أنه يؤدي إلى إضعاف قوة الأراضي الإنبائية، لأن همّ الشريك ينصب في العادة على الحصول على أكبر نفع من الأرض، دون الالتفات إلى تحسين الأرض والعناية بها⁽¹⁾.

والقسمة باعتبارها سبيل إزالة الشيوع، وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع، ونعرض ضمن هذا المطلب بغية بيان الحق في طلب القسمة، وفي ظل ثلاثة محاور أساسية، نعالج في المحور الأول وكأمر أساسي خصائص الحق في طلب القسمة، ونبين مدى حق الشريك في طلب القسمة، والقيود الواردة على ذلك ضمن المحور الثاني والأخير من هذا المطلب.

الفرع الأول: خصائص الحق في طلب القسمة

لا يشجع المشرع قيام الشيوع، نظراً لأنه يشكل عقبة في سبيل استغلال المال الشائع بصورة اقتصادية مرضية، فكثيراً ما تثار المنازعات والمشاحنات بين الشركاء حول الإدارة والانتفاع، لذلك يقرر المشرع الحق في طلب القسمة لكل شريك، ولا يجوز كقاعدة عامة إلزامه بالبقاء في الشيوع.

ونظراً لأن هذا الحق متفرع عن حالة الشيوع فإنه يثبت لكل شريك ومن يحل محله في هذا الوصف، أي للخلف العام (الوارث مثلاً) أو الخلف الخاص أي المتصرف إليه في حصة شائعة، ولكن لا يثبت الحق في طلب القسمة للمتصرف إليه في حصة مفرزة لأن هذا

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 1997، ص134.

التصرف لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء، ومن ثم لا يترتب عليه حلول المتصرف إليه محل الشريك المتصرف في الشيوع، كما يجوز لدائني الشريك طلب القسمة باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويتطلب القانون إدخالهم في إجراءات القسمة، كما سنرى في حينه، وذلك حماية لهم من تواطؤ الشركاء بقصد الإضرار بحقوقهم⁽¹⁾.

فالمشرع لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة، لما تؤدي إليه من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف به، هذا إلى أن الغالب أن يكون استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل، وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع، لذا يجعل المشرع لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت، لإنهاء حالة الشيوع وذلك عن طريق المطالبة بالقسمة رضاء، أو قضاء. ونظرا للاعتبارات المتقدمة، فإن حق الشريك في طلب القسمة لا يمكن النزول عنه، كما أنه لا يسقط بالتقادم، إذ للشريك أن يمارسه في أي وقت، ومهما مضى من الزمن على قيام حالة الشيوع، كما أنه حق لا يتأثر بتنظيم العقار كون تنظيم العقار لا يمنع من إزالة شيوعه وبيعه بالمزاد العلني، مادام أن العقار سيؤول إلى المالك الجديد بجميع حقوقه وامتيازاته.

كما يتأثر حق الشريك في طلب القسمة بوجود حق الانتفاع كون وجوده لا يحول دون إقامة دعوى إزالة الشيوع لأنه يمكن نقله إلى أحد الأقسام عند القسمة أو تقدير قيمته عند بيع العقار.

ولا يتأثر حق الشريك أيضا، بوجود حصة شائعة للوقف، فإذا كان العقار موضوع دعوى إزالة الشيوع حصة شائعة للوقف، أمكن إزالة الشيوع بإجراء القسمة أو بالبيع على أن تقوم دائرة الأوقاف، بعد ذلك باستكمال معاملة الاستبدال لشراء عقار آخر لجهة الوقف بدلا من الحصة المباعة، هذا ومن جانب آخر يشترط الحصول على إذن من القاضي يجيز إزالة شيوع حصة القاصرين فيه، لأن دعوى إزالة الشيوع قد تؤدي إلى بيع العقار⁽²⁾.

(1) محمد حسين منصور، الملكية والحقوق المقررة عنها، مصر، الإسكندرية، الدار الجامعية، [ب س ط]، ص 118.

(2) المرجع نفسه، ص 136.

فإذا كان الأصل هو ثبوت حق كل شريك في طلب القسمة مادام الشيوع قائماً، فما مدى حق الشريك في طلب ذلك؟ وهو موضوع الحديث في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة

والقاعدة بهذا الصدد يقضي بأن لكل شريك في الشيوع أن يطالب بقسمة المال، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط، والعلة في هذه القاعدة هي رغبة المشرع في إعطاء كل شريك مجالاً للتخلص من الملكية الشائعة، لأن هذا النوع من الملكية يعتبر من أردئ أنواع الملكية، فتعدد الملاك فيها وتعارض مصالحهم يؤدي في كثير من الأحيان إلى منازعات لا تكاد تنتهي وكثيراً ما تؤدي هذه المنازعات إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، لذا فإن المشرع لم يكتف بمنح كل شريك الحق في طلب إزالة الشيوع عن طريق القسمة، بل هو إضافة لذلك منع الشركاء من التنازل عن حقهم هذا لمدة تتجاوز الخمس سنوات⁽¹⁾.

ومما تقدم معنا فإن الشريك لا يجبر على البقاء في الشيوع، وله أن يطلب القسمة في أي وقت يشاء، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل فيما إذا كان الحق في طلب القسمة من الحقوق المطلقة أو الحقوق المقيدة؟

فقد جرت عادة الفقهاء أن يعتبروا حق طلب القسمة من الحقوق المطلقة، متروكاً لتقدير طالب القسمة وحده لا رقابة عليه من القضاء، خاصة وأن القانون يكره الشيوع، ولا يشجع عليه ولا يجوز الاتفاق على استمراره أبداً، ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به المبني على النزعة الفردية للحق، وعلى أساس قسمة الحقوق إلى مطلقة ومقيدة، وقد أباه اليوم التشريع الحديث⁽²⁾، وأصبح حق طلب القسمة كبقية الحقوق خاضعاً لقيود معينة، إذ يرد على حق طلب القسمة ثلاثة أنواع من القيود، وهذه إما أن تصدر عن الاتفاق، أو القانون، أو طبيعة الشيوع، وأضافت بعض القوانين إلى القيود الثلاثة المذكورة قيوداً رابعاً يضيف شيئاً من المرونة على القيد الاتفاقي، أجاز فيه القضاء بناءً على طلب أحد الشركاء أن يأمر بالبقاء في الشيوع مدة يحددها، أو بالاستمرار فيه إلى أجل لاحق للأجل المشروط، وذلك متى كانت

(1) سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق الذكر، ص 100-101.

(2) زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، المرجع السابق الذكر، ص 370.

القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، وفيما يلي تحليل مضامين هذه القيود الثلاثة المذكورة.

أولاً: القيد الاتفاقي

وقد يتمتع على الشركاء، بمقتضى الاتفاق، طلب القسمة امتناعاً مؤقتاً، فالقانون يجيز اتفاقات البقاء في الشيوخ، خروجاً على الأصل القاضي بحق كل شريك في المطالبة بالقسمة في أي وقت يشاء، ولكن تجوز مثل هذه الاتفاقات، يجب أن يتقيد بقيود معينة من المدة التي يلتزم الشركاء بالبقاء في الشيوخ خلالها، وإلا انتهى الأمر إلى إهدار الحق الأصلي في القسمة، وبات كل شيوخ إجبارياً مؤبداً خلافاً لطبيعة الأمور، ولذلك قدر المشرع خمس سنوات كأجل أقصى يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ والامتناع عن طلب القسمة خلاله⁽¹⁾ (722 قانون مدني).

وإذا كان لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فمقتضى ذلك أن الاتفاق مقدماً على البقاء في الشيوخ لمدة تجاوز خمس سنوات، يكون في الأصل صحيحاً في حدود الخمس سنوات وباطلاً في المدة الزائدة على ذلك، بمعنى أن المدة المتفق عليها تنقص إلى خمس سنوات، فلا يتقيد الشركاء بالامتناع عن طلب القسمة بعد انقضاء هذه السنوات الخمس.

وإذا كان الاتفاق على البقاء في الشيوخ، والامتناع عن طلب القسمة جائزاً، في حدود أجل لا يتجاوز خمس سنوات، فالأصل أن يتم هذا الاتفاق بإجماع كافة الشركاء، فإذا تم بين بعضهم دون بعض، فلا يتقيد حينئذ - شأن كل اتفاق - إلا أطرافه وحدهم، فيبقى من حق الشركاء الذين لم يدخلوا طرفاً فيه طلب القسمة في أي وقت، وهو ما ينتهي - إذا تحقق الطلب - إلى إهدار أثر اتفاق المتفقين على الامتناع عن طلبها⁽²⁾.

ومن الواضح أن منع الاتفاق على البقاء في الشيوخ لأجل تجاوز خمس سنوات لا يعني استحالة تجديده إذا انقضى أجل الخمس سنوات، وتكرار هذا التجديد كلما انقضى الأجل، إذ الممنوع هو الاتفاق مقدماً وابتداءً على البقاء في الشيوخ بعد انقضاء أجله، حتى لا يسهل

(1) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة 1995، ص 197.

(2) المرجع نفسه، ص 198.

التحاييل على القانون القاضي بتحديد أجل أقصى لهذا البقاء عن طريق تجديد مسبق لاتفاق قائم من قبل تمام مدته، ولذلك إذا جدد الاتفاق قبل انقضاء أجله لمدة خمس سنوات أخرى، فيبدأ احتساب الخمس سنوات الجديدة فور الاتفاق على التجديد دون انتظار لانتهاؤ المدة الأصلية⁽¹⁾.

وعلى أي حال، إذا وجد بين الشركاء اتفاق على البقاء في الشيوع لأجل لا يجاوز خمس سنوات، فالاتفاق صحيح ملزم لكل شريك طرف فيه، بحيث يتمتع عليه طلب القسمة خلال هذا الأجل، غير أن حق البقاء في الشيوع كأى حق آخر، يجب أن يخضع لمبدأ عدم التعسف في الاستعمال.

وينفذ اتفاق البقاء في الشيوع -في حدود القواعد العامة- في حق خلف الشريك، سواء كان خلفا عاما كالوارث أو خاصا كمشتري الحصة الشائعة، بحيث يتقيد هذا الخلف بما كان يتقيد به الشريك السلف من البقاء في الشيوع إلى نهاية المدة عليها في حدود الأجل القانوني. كما ينفذ هذا الاتفاق في حق دائني الشريك، فلا يحل لهم المطالبة بالقسمة رغم قيامه، إذ ليس لهم حق أصيل مباشر في طلب القسمة، وإنما مجرد حق غير مباشر هو حق مدينهم الذي يستعملونه باسمه ونيابة عنه، فلا يكون لهم إذن أكثر مما لمدينهم من حق، ومدينهم ممنوع من حق طلب القسمة قبل فوات أجل الاتفاق⁽²⁾، هذا فضلا عن أنهم لا يضارون بحصول مثل هذا الاتفاق، إذ يبقى لهم -رغم ذلك- حق التنفيذ بحقوقهم على حصة مدينهم الشائعة.

وإذا كان القانون يجيز الخروج على الأصل من إمكان كل شريك طلب القسمة في أي وقت بمقتضى اتفاق بين الشركاء لأجل لا يجاوز خمس سنوات، فيجب أن يقصر هذا الاستثناء على حدود ما ورد من وجود اتفاق بين الشركاء أنفسهم⁽³⁾، ولذلك فإن ما قد يرد في وصية من شرط على الورثة أو الموصى لهم بالبقاء في الشيوع، ولو لمدة لا تجاوز الأجل المسموح به قانونا، يجب اعتباره باطلا لا يقيد الشركاء⁽⁴⁾، فالمشرع قد ارتضى

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص202.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص199.

(3) المرجع نفسه، ص200.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص88.

الخروج على الأصل تحقيقاً لمصلحة الشركاء أنفسهم إذا ارتضوا باختيارهم البقاء في الشيوع، فيجب أن لا يكون هذا البقاء مفروضاً عليهم من جانب شخص آخر كالموصي. وعلى أي حال، إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشيوع بمقتضى نص قانوني أو اتفاق فيما بينهم في الحدود المذكورة، فلهم في أي وقت أن يطالبوا بالقسمة، ولا يمنعهم من ذلك وجود اتفاق بينهم على قسمة مهايأة مكانية لم تنقض مدتها بعد - والتي نتعرف على معناها في حينه- والاتفاق على البقاء في الشيوع يجب أن لا يتجاوز 05 سنوات فإن نص الاتفاق على البقاء في الشيوع أكثر من المدة المذكورة، فإنه يعتبر صحيحاً لمدة 05 سنوات فقط، وباطلاً في المدة الزائدة على ذلك، أي أن المدة المتفق عليها تنقص إلى حد المدة المقررة في القانون.

ويرى بعض الشراح، بهذا الصدد أنه لما كان أساس هذا المبدأ المقرر في الملكية الشائعة هو نظرية انتقاض العقد المقررة في المادة 104 من القانون المدني التي تنص على أنه:

"إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله"،

هذه النظرية التي تشترط للأخذ بها، أن يكون العقد قابلاً للتجزئة، فيمكن القول أن الاتفاق على الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يؤدي إلى انتقاضه، وإنما يسبب بطلان الاتفاق، بأكمله إذا تبين أن الاتفاق ما كان ليتم بغير هذه المدة التي تزيد على المدة القانونية، كما لو اتفق الشركاء في أرض بور على البقاء في الشيوع لمدة سبع سنوات باعتبارها المدة اللازمة لاستصلاح هذه الأرض⁽¹⁾.

إلا أن تحديد مدة الاتفاق على البقاء في الشيوع بخمس سنوات لا يمنع الشركاء من الاتفاق من جديد على مدة أخرى في حدود المدة القانونية على أن يحصل الاتفاق الجديد بعد انقضاء الاتفاق السابق، أما إذا حصل الاتفاق الجديد قبل انقضاء مدة الاتفاق السابق، فالرأي الراجح يذهب إلى وجوب احتساب سريان الخمس سنوات الجديدة اعتباراً من تاريخ الاتفاق

(1) سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق الذكر، ص 102.

الجديد لا من تاريخ انتهاء مدة الاتفاق السابق، لمنع الشركاء من التحايل على حكم القانون الذي يحدد الأجل الأقصى للبقاء في الشيوع، وهذا الشأن يرى البعض انه إذا تبين أن مجموع المدة الأصلية والمدة الجديدة لا يجاوز خمس سنوات، كأن كانت المدة الأصلية سنتين والمدة الجديدة سنتين كذلك، فإنه يجوز احتساب المدة الجديدة بعد انتهاء المدة الأصلية إذا نص الاتفاق الجديد على ذلك، لأنه لا يوجد في هذه الحالة احتمال تحايل الشركاء على حكم القانون⁽¹⁾.

ثانياً: القيد القانوني

وحسب المادة 722 من القانون المدني فإن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ومثل النص المانع للقسمة هو المادة 737 من نفس التقنين التي تنص على أنه:

"ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع".

ومثال المال الشائع، الذي يقتضي الغرض الذي أعد له أن يبقى دائماً على الشيوع، مثلاً الممر المشترك لملاك مجاورين وكذلك الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات، فإنها لا تقبل القسمة وليس للشريك أن يتصرف في نصيبه فيها مسقلاً عن الجزء الذي يملكه مفرزاً في الدار، وعلى كل فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت القسمة تخل بالغرض الذي أعد له المال الشائع أم لا⁽²⁾، وقد يخول القانون للمحكمة سلطة منع القسمة مؤقتاً، فللمحكمة إذا رفعت دعوى بالقسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً.

(1) سعيد عيد الكريم مبارك المرجع السابق، ص102.

(2) المرجع نفسه، ص103.

ثالثاً: القيد الغائي

وهو القيد الذي تفر منه طبيعة الشيوع، فقد ينفر الشيء الشائع بطبيعته من القسمة كالمداخن العائلية، ومن ثم يكون امتناع القسمة في هذه الحالة، امتناعاً دائماً، ونكون عندئذ في بصدد شيوع جبري أصلي⁽¹⁾.

ويضع القانون المدني جملة من الاستثناءات المقابلة للقيد، والتي ترد على حق طلب القسمة نوجزها في جملة من النقاط هي الآتي بيانها، وشأنها أربعة افتراضات⁽²⁾:

1 للشيوع الاتفاقي أو القانوني المتعلق بوضعية محددة، ويتعلق بالشيوع ذو المنشأ الاتفاقي أو القانوني والمنظم لأجل هدف معين أو وضعية محددة، ومن الواضح أنه مادام الهدف قائماً ولم يتم تحقيقه فوضعية الشيوع تبقى قائمة وعلى سبيل المثال المالكين في الشيوع الشركاء في مجموعة ذات شخصية معنوية، فمادامت المجموعة قائمة وفقاً للمدة المنصوص عليها في قانونها الأساسي وحين إنشائها تمكن للأطراف طلب القسمة.

2 اتفاقات الشيوع، فالقانون يقبل اتفاق الشركاء في الشيوع لأجل تمديد حالة الشيوع على شرط أن تزيد هاته المدة عن خمس سنوات وهي قابلة للتجديد.

3 الإبقاء على الشيوع الممنوح من طرف القضاء رغم وجود طلب القسمة، أي عدم موافقة كامل الشركاء في الشيوع، وذلك فيما يتعلق ببعض الأموال: أموال العائلة، وبالخصوص الاستثمارات أو الاستغلالات الفلاحية ذات الطابع العائلي، المحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني، وهاته الأحكام تبين أن المشرع الحديث ينظر إلى حالة الشيوع نظرة تفضيلية أو أنها أكثر ملاءمة، وهاته الأحكام لا تهدف فقط إلى تعطيل أو إجراء القسمة وإنما إلى منعها، والمشرع الذي أنشأ بعد ذلك ما يعرف بالتخصيص الكامل لعقار مملوك في الشيوع لواحد فقط من أحد الشركاء مقابل معدل القسمة الممنوح لباقي الشركاء سمح بتحديد حالة الشيوع إلى حين اللحظة التي يمكن

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق الذكر، ص139.

(2) Alex Weill, droit civil, (les biens), deuxième édition, DALLOZ, imprimerie reliure maison mame, Paris, 1974, PP 186-187.

ففيها التخصيص الكامل لأحد الشركاء، وعلى سبيل المثال يتم تمديد حالة الشيوع إلى الحين الذي يصبح فيه أحد الشركاء في وضعية تسمح له بالتكفل بالاستغلال الفلاحي. 4 الشيوع الإجباري، وهي الأموال التي بطبيعتها أو وظيفتها تعارض فكرة القسمة. ونشير بهذا الصدد أن القانون الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار مبدأ هاما أمرا⁽¹⁾، يتجسد في أن الحق في صلب القسمة هو من النظام العام إذ تنص المادة 815 من القانون المدني منه على أن:

« Nul ne peut être contraint a demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires ».

⁽¹⁾ Henri Léon, Henri Mazeaud, leçon de droit civil, France, éditions Montchrestien, tome quatrième, deuxième volume, 1966, P 729.

نخلص من مجمل ما قيل في الفصل التمهيدي لموضوع البحث، وانطلاقاً من تتبع تطورات تنظيم الملكية الشائعة، أن الملكية الجماعية هي الصورة الأولى من الملكية التي عرفها الإنسان وظهرت على النحو المبين في الدراسة في القانون الأكادي، ثم في قانون حموراني، وذلك في عهد الأسرة المالكة الأولى من حضارة بابل، كما وجدت في الحضارة اليونانية، إلا أن هذه الصورة من صور الملكية الجماعية ليست ملكية شائعة بمعناها المعروف حالياً، والتي عرفت في القانون الروماني التالي لهذه الحقبة من الزمان، فالملكية المفترزة فيه هي الأصل، والملكية الشائعة هي الاستثناء من هذا الأصل، ومصيرها إلى الزوال بعد فترة من الزمن، وقد أعرضت الأنظمة القانونية بداية عن تنظيم أحكام الملكية الشائعة، ولما بدأت في الانتشار لمدة طويلة، فلم تعد تلك الملكية التي يجب الخلاص منها بمجرد نشوئها، وإنما لأبد من صيرورتها نظاماً قانونياً لتحقيق المصلحة منه، واستجاب مختلف المشرعين لهذا النداء، ومن ضمنهم التشريع الجزائري الذي نظم الملكية الشائعة ضمن الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية" من الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، من المادة 713 إلى 742، وهو الموصوف بالشيوع الاختياري، كما نظم في الثلاثين المادة التالية لهذه المجموعة، مظهر من مظاهر المدنية الحديثة وهو الملكية المشتركة في العقارات المبنية أو الشيوع الإجباري، وهذا ضمن المبحث الأول من الفصل، أما في المبحث الثاني فقد وصلنا إلى ضبط مفهوم للملكية الشائعة بأنها صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لأكثر من شخص واحد، دون أن يتعين لكل منهم نصيباً مادياً معيناً منه، وإنما يتحدد نصيب كل منهم في الشيء بحصة شائعة فيه، يرمز إليه بنسبة حسابية كالنصف، والربع، والثالث ...، كما وقفنا على الجدل القائم حول الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع، وفصلنا في ذلك بالقول أنه حق ملكية، ولكنه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين، كما تعرفنا على مختلف أسباب انقضاء الشيوع فقد يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، ولكن أهمها هو القسمة فوقفنا في هذا المبحث بضبط تعريف دقيق لها، والتعرف على مدى تصرف الشريك في المال الشائع، والذي يكون على شكلين، جماعي أو فردي لنمهد التكييف الصحيح للحق في طلب القسمة ضمن كل ذلك، ولأن قيام الشيوع لا

يحوي بالارتياح ويشكل عقبة في سبيل استغلال المال الشائع بصورة مرضية لا تثير سوى المنازعات والمشاحنات، فقد جعل المشرع الخروج منها هو الأصل والبقاء فيها هو الاستثناء، ولهذا الخروج بالقسمة كأهم أسباب الانقضاء، طرق محددة وإجراءات دقيقة، رغم أنها تبدو ظاهريا سهلة وبسيطة، تمكن الشركاء المتقاسمين من الولوج إلى ملكية مفرزة بأقل المتاعب وفي أقصر الآجال، إلا أن الواقع يؤكد عكس ذلك، وهو ما نتدارسه من الناحيتين النظرية والتطبيقية في الفصل الأول من هذه الدراسة.

إذا كانت القاعدة أن لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت مادام الشيوع قائماً، وذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بنص قانوني، أو بموجب اتفاق على بقاءه مدة معينة يجب أن لا تتجاوز خمس سنوات من وقت الاتفاق، فإن للقسمة طرقاً مختلفة وإجراءات تختلف هي الأخرى حسب طريقة القسمة، فهي تنقسم إلى قسمين: قسمة مؤقتة، وقسمة نهائية، فالقسمة المؤقتة هي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية، وهي قسمة منفعة لا قسمة ملك، لذلك لا تبقى إلا لمدة معينة، ومن ثم سميت بالقسمة المؤقتة، أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة، فحسب، وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة المؤقتة، ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط، فإنها في هذه الحالة تزول بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن، والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية، وإما أن تكون قسمة عينية، أو قسمة تصفية، فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة، أما القسمة الجزئية لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة، فنقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعاً على حاله، أما القسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عينا، فيفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة، وإن لم تكن، فلا يكون هناك سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية التي معناها بيع المال الشائع بطريق المزاد، وهذا التقديم لمختلف طرق القسمة يوحي بتعددتها، واستقلالية كل طريقة من حيث الشروط والإجراءات - كما هو واضح من معانيها - وعلى ضوء هذه المقدمة ارتأينا تقسيم عناصر البحث في هذا الفصل على النحو الآتي، حيث نعالج في المبحث الأول أحكام القسمة النهائية، من أركان وأشكال وشروط وإجراءات، وبنفس الخطوات نبحث في المبحث الثاني: أحكام القسمة المؤقتة، ونتطرق في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل، لأثر تدخل الدائنين في القسمة.

المبحث الأول: الإطار القانوني للقسمة النهائية

إن القسمة النهائية - كلية كانت أو جزئية، عينية كانت أو قسمة تصفية- تكون إما قسمة إتفاقية، أو قسمة قضائية، فتكون اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الإلتجاء إلى القضاء، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها، كما يتفقون إذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد، على أن تكون المزايدة رضائية، فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الإلتجاء إلى القضاء، وهذه هي القسمة القضائية، ونحاول ضمن هذا المبحث أن نبين في مطلبين على التوالي كل من الإطار القانوني لشكلي القسمة النهائية - أي الشكل الإتفاقي والقضائي- وكيفيات وشروط إجرائهما.

المطلب الأول: شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية

نصت المادة 723 من القانون المدني على أنه:

"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".

فبمقتضى هذا النص إذا تقرر القسمة، ولم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، فلهم أن يتفقوا عليها، وتكون القسمة في هذه الحالة عقدا يسرى عليه من الأحكام ما يسري على سائر العقود، أما إذا لم ينعقد الإجماع فيما بينهم أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية وجب إتباع إجراءات القسمة القضائية.

وعلى كل فإن القسمة هي عبارة عن تمييز الأنصباء وإعطائها لمستحقيها، وهذه الحقيقة لكي تكون في حيز الوجود، لابد لها من أو أركان أو دعائم أو مقومات تقوم عليها وتتحقق من خلالها، وهذه المقومات منحصرة في⁽¹⁾:

(1) المال المشترك الذي تتميز حصصه، وهو المقسوم.

(2) الفاعل الذي يتولى عملية التقسيم، وهو القاسم.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث لنيل درجة الدكتوراه، القاهرة، كلية الشريعة والقانون، 2001، ص110.

(3) المستحقون للمال محل التقسيم، وهو المسقوم لهم.

(4) الفعل الذي به يتم التمييز والإفراز، وهو كيفية القسمة.

وعلى ضوء هذه المقومات، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث نقف في الفرع الأول على شروط القسمة الاتفاقية، ونعالج في الفرع الثاني كيفيتها، أما في الفرع الثالث فنبين أحكام نقص القسمة الاتفاقية للغبن.

الفرع الأول: شروط القسمة الاتفاقية

إن شرائط القسمة الرضائية تتجسد أساساً في رضى كل واحد من المتقاسمين، فلا تصح قسمة الرضاء في غيبة أحد الشركاء⁽¹⁾، هذا فضلاً عن الشروط المتعلقة بكل ركن من أركانها على حدة، فصلها كالاتي:

أولاً: التراضي على القسمة

القسمة الاتفاقية هي قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء، يتفق فيها الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك طبقاً لما تراضوا عليه، وهي بمثابة عقد، ومن ثم فإنها تكون ملزمة للشركاء وخلفائهم⁽²⁾.

فالقسمة الاتفاقية لا تتم إلا بإجماع الشركاء، ولا تكفي الأغلبية أياً كانت قيمتها، فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم القسمة، فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء، ولكن ما حكم القسمة التي يوقع عليها بعض الشركاء؟ ففي هذا الصدد يجيب كلا من الفقه والقضاء، على أن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشروع، إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء، وهو وإن كان لا يصلح للإحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزماً لكل من وقعه، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزاماته بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع، ويظل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه⁽³⁾، كما

(1) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، بيروت، دار الثقافة، الجزء الرابع عشر، 1969، ص325.

(2) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص144.

(3) المرجع نفسه، ص146.

أن عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع الذي لم يوقع عليه لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يكون التمسك بعدم نفاذه للشريك الذي لم يوقعه أو لخلفه.

وقد بينت المادة 723 المذكورة أنفاً، أنه يجوز للشركاء أن يقسموا المال الشائع

بينهم، بالطريقة التي يرونها ، طالما إنعقد إجماعهم على ذلك، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية، ولم يعد بعد الرضاء مطلق الحرية في القسمة إذ يجيز لهم القانون أن يكون الشركاء أنفسهم هم القاسمون، أو إختيار القاسم (المحكم)، ودائماً بالتراضي بينهم، وهو ما تعرف على شروطه لقسمة المال الشائع في الفرع الموالي.

ثانياً: شروط القاسم

إن المشرع الجزائري يجيز للأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية أن يلتجئوا إلى أحد الموثقين، لإفراغ إتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقاً لأحكام المادة الثالثة من القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ويتلقى الموثق من الأطراف ملفاً كاملاً بالوثائق المطلوبة لتحريير عقد القسمة. وهذه المقدمة ضرورية - وإن كان فيها جانب إجرائي-، للتعرف على طبيعة الشخص القائم بالقسمة، إذ من ضمن الوثائق المطلوبة هو إعداد مخطط موقع الأمكنة، ومشروع القسمة، يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد لدى جهات القضاء، على النحو الذي جاء به الأمر (08/95) المؤرخ في 1995/02/15 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، إذ بمقتضى المادة 02 منه، أن يمارس هذه المهنة شخص طبيعى يقوم بصفة رئيسية، باسمه الشخصي بوضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بعقود تتعلق بنقل الملكية العقارية.

وبهذه الصفة يتولى المهندس الخبير العقاري وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية وتحديد معالم حدودها وتحديد قيمتها التجارية أو الإيجارية، ويقوم الخبير دون المساس بالصلاحيات المخولة للإدارات في مجال تسيير الأملاك العقارية، بالتحريات العقارية المرتبطة بعمليات نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك وفقاً للأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، أما عن شروط ممارسة الخبير لمهنته فقد نصت

المادة 03 من القانون المذكور على ما يلي: " تخضع ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري لتوفر الشروط الآتية:

- الجنسية الجزائرية.

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

- الممارسة المسبقة للمهنة إما كمهندس متدرب، حسب مفهوم المادة 30 من هذا الأمر، لمدة 03 سنوات والنجاح في امتحان نهاية التدريب".

ثالثا: شروط المقسوم

ويقصد بالمقسوم، المال الشائع محل القسمة أو هو العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها، ويطالبون بقسمتها، إذ هو المحل لدى الفقه القانوني. ومن ثم فهو من أركان القسمة ومقوماتها، ولا يمكن أن تكون هناك قسمة بدون محل تنصب عليه، والمقسوم له شروط ينبغي مراعاتها في المال محل القسمة، إلا أنه ينبغي التنبيه بأن هذه الشروط التي تشترط في المقسوم لم يتعرض لها الفقه القانوني في القسمة بشكل مباشر، وإنما هي محاولة منا لتطبيق القواعد في القانون المدني على المحل في القسمة، وهي:

- أن يكون المقسوم موجودا وقت القسمة، أو ممكن الوجود، وذلك بالنسبة لما يكون محلا للعملية القانونية في العقد، فإذا كان محل القسمة معدوما وقت العقد، أو كان مستحيل الوجود فإن القسمة تكون باطلة.

- وأن يكون المقسوم معينا أو قابلا للتعيين، فيجب أن يكون المقسوم معينا إما بذاته، وإما بنوعه ومقداره، ويكفي أن يكون معينا بنوعه، إذا تضمن العقد ما يمكن به تعيين مقداره، وإذا كان المقسوم معينا بالذات وجب أن تكون ذاته معروفة، فيوصف الشيء وصفا نافيا للجهالة، وعلى ذلك فإذا كان محل القسمة (المقسوم) منزلا، وجب أن يبين موقعه، وأن تذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل، وإذا كان الشيء غير معين بالذات وجب تعيينه بالجنس والنوع والمقدار.

- وأن يكون محل القسمة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، فيجب أن يكون المقسوم غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، ومما يصح التعامل فيه، وعلى ذلك لا تصح قسمة المال الذي يكون فيه الشيوع إجبارياً كالطريق المشترك للملاك المتجاورين، وكذلك لا تجوز قسمة التركة المستقبلية في حياة المورث إلا برضاه.

- وأهم هذه الشروط أن يكون المال المقسوم مملوكاً للشركاء المتقاسمين، فيشترط أن يكون المال محل القسمة مملوكاً للشركاء المتقاسمين وقت القسمة، فإذا كان المال المقسوم غير مملوك للمتقاسمين وقت القسمة، أو ظهر أن مورث التركة التي قسمت لا يزال حياً، فإن القسمة تكون باطلة.

- كما لا ننسى شرط كون المقسوم في القسمة الاتفاقية قابلاً للقسمة، إذن أن هناك أشياء معدة بطبيعتها أن تبقى ملكيتها للمجموع، كالمر، فلا يجوز طلب القسمة بشأنها لأنها تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له ⁽¹⁾، وتقدير قابلية العقار للقسمة هي مسألة واقع ويعود تقديرها لمحكمة الموضوع، ويجب أن يكون موثقاً مسنداً في تقرير الخبير، (القاسم) وهو ما نتبينه من قرار محكمة التمييز المدنية اللبنانية، حيث وبما أنه يتبين بنتيجة بحث السبب الأول أن المستأنف قد رضح لقسمة العقار بطله تصديق الحكم البدائي في فقرته الثانية المتضمنة تملكه المساحة العائدة له من هذا العقار والمشيد عليها البناء، فلا يبقى ثمة محل إذا لا اعتبار العقار غير قابل للقسمة، سيما وأن تقدير قابلية العقار للقسمة أم لا وتوزيع الحصص بين الشركاء هي مسألة واقع ويعود تقديرها لمحكمة الموضوع - طالما لم يثر بشأنها عنصراً قانونياً معيناً، ويطعن بالقرار على أساس مخالفة القانون بشأنه (كعنصر عدم قابلية إحدى الحصتين للبناء مثلاً وفقاً لقوانين البناء) - وأنه لم يثر في هذا الصدد أي سبب يتعلق بتشويه الواقع المذكور، ... هذا فضلاً عن أن الحكم البدائي، كان قد قال: بإمكانية قسمة العقار بالإستناد إلى تقرير الخبير، وحكم على هذا الأساس، ولم يطعن المميز فيه من هذه الجهة، فكان على محكمة الإستئناف إذن أن تعتبر الحكم البدائي منبراً لجهة القسمة دون أن يمكن إعادة المناقشة بشأنه ولا بشأن أي مسند

(1) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، بيروت، الدامعة اللبنانية، الطبعة الثالثة 2001، ص 201.

إرتكز عليه للقول بإمكانية القسمة ولاسيما تقرير الخبير، مما يجعل هذا السبب التمييزي مردودا إذا⁽¹⁾.

وهو أيضا ما جاء في قرار المحكمة العليا، أنه متى كان من المقرر قانونا، أن لكل شريك في عقار أن يطالب بقسمة المال المشاع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، كما أن من المقرر كذلك إذا ما تعذرت القسمة أو كان من شأنه إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته وجب بيع هذا المال بالمزاد وفقا للإجراءات القانونية وإذا كان الواضح أنه لم يثبت إلى حد الآن أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة، فإن قضاء الإستئناف يصرف الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليتبين عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل حقيقة القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضوا به، وهم بذلك لم يخرقوا القانون بتأسيس قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة هذا المبدأ⁽²⁾.

رابعا: شروط المقسوم له

المقسوم له (هم) في القانون هم الشركاء أو من ينوب عنهم من الأولياء والأوصياء والوكلاء، فهؤلاء هم أصحاب الحق في المال الشائع، وهؤلاء لهم الحق في قسمته تراضيا، أو طلب القسمة إن أبى أحدهم، إلا أن هؤلاء المقسوم لهم تشترط فيهم شروط لكي تكون القسمة صحيحة، ولم يذكر القانون أو الشراح شروطا مباشرة للمقسوم له، ولكن نستطيع استخراج شروط المقسوم لهم من خلال استعراض أحكام القسمة في القانون⁽³⁾ وهي كما يلي:

-رضاء المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم، فقد قضت المادة 723 من القانون المدني على أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال بالطريقة التي يرونها...، فواضح من خلال هذا النص اشتراط رضاء المقسوم لهم، حيث أن الرضاء نتيجة حتمية لاتفاقهم على

(1) حنا بدوي، عقاري، (اجتهادات دراسات ونصوص)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، 1998، ص151.

(2) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2000، ص ص 456-475.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص187.

القسمة، فانعقاد الإجماع على القسمة يعني اتفاق الشركاء جميعاً، مترتباً على رضاهم، كما أن المستقر فقها وقضاء أن القسمة الإتفاقية عقد، ومن أركان العقد التراضي.

وعلى ذلك يشترط رضا الشركاء جميعاً، فيما يقسمونه بأنفسهم إذا كانوا من أهل الرضا، فإذا لم يكونوا من أهل الرضا، فإنه يشترط رضا من يقوم مقامهم، وإن تخلف الرضا في الحالتين، لا تصح القسمة بالنسبة لمن لم يرض، ويبقى العقد ملزماً لكل من رضي، ويظل العقد قائماً، وللشريك الذي لم يرض أن يقره متى شاء.

-حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم في القسمة الرضائية، وشرط الحضور هذا يعتبر من مستلزمات انعقاد الإجماع على القسمة الرضائية، إذ لا يتصور اتفاق الشركاء وإجماعهم على القسمة بدون حضورهم أو حضور من ينوب عنهم.

-كما يشترط في المقسوم لهم، عدم إلحاق القسمة بهم أو بأحدهم ضرر، وهو مستفاد من صدر المادة 728 من القانون المدني بقولها:

"إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية..."

إذ يستفاد من هذه المادة أنه إذا تعذرت القسمة العينية بأن كان المال غير قابل للقسمة، أو كان من نتيجتها نقص كبير في قيمة المال محل القسمة، فإنه يلجأ إلى قسمة التصفية⁽¹⁾.

كما أن القواعد العامة للقانون، تؤيد هذا الشرط، فإذا طلب الشريك القسمة في وقت غير مناسب، وكانت القسمة فوراً تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو أيضاً، أو إذا تبين أن الشريك لم يقصد بطلب القسمة سوى الإضرار بغيره من الشركاء، أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء، فإن للقاضي رفض طلبه، وإبقاء الشئوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء، وهذا الشرط يجب توافره في القسمة القضائية، أما في القسمة الرضائية فلا

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 188-189.

يشترط لأن الشركاء أن يقسموا متى شأؤوا وكيفما شأؤوا متى كان ذلك برضاهم، لأن الحق لهم.

-كما يشترط في المقسوم لهم أي الشركاء أن يطلبوا جميعا أو بعضهم القسمة، وهذا الشرط خاص بالقسمة القضائية.

-ويشترط أخيرا أن يثبت المقسوم لهم ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع، والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل⁽¹⁾، فالقاعدة أن الشريك المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص، وهذا هو الأثر الرجعي للقسمة⁽²⁾.

خامسا: توافر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب

إذ يشترط توافر الأهلية في المتقاسمين، فإذا كان بينهم من كان غير كامل الأهلية، سنرى ما وجب من إجراءات؛

فقد يحدث أن يكون هناك شريك أو أكثر قاصرا، أو محجورا عليه إما لجنون، أو عته، أو غفلة أو سفه، أو كان فيهم غائب وجب اتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالة، والإجازة لهذا الشخص أن يتمسك ببطلان عقد القسمة، هذا وقررت محكمة النقض المصرية أن عقد القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم إذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته القسمة بعد بلوغه سن الرشد، وقررت أيضا أن إجراء القسمة بالتراضي جائز، ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة، على هذا الوجه، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية، ولما كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات التي يستلزمها القانون قد شرع لمصلحة القاصر، ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على

(1) محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الطبعة العالمية، الجزء الثاني، الطبعة 1952، ص 250.

(2) محمد عطا الله برهام، مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية، مصر، الدار الجامعية 1992، ص ص 76-77.

تصرف ليس في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا، أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه النزول عن التمسك بهذا البطلان، وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات⁽¹⁾.

يتضح من النصوص أعلاه، أن وجود شخص غير كامل الأهلية أو غائب عن الشركاء لا يحول دون وقوع القسمة بالاتفاق، كل ما هناك أنه يجب لصحة القسمة في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون لحماية ناقص الأهلية أو الغائب. ويلاحظ فيما يتعلق بهذه الحماية التي كفلها القانون لناقص الأهلية والغائب، أن القانون المدني يشترط رقابة سابقة من جانب المحكمة -رئيس المحكمة- بأن تأذن بإجراء القسمة، كما يتطلب رقابة لاحقة من جانبها أيضا -رئيس القسم المختص- بأن تصادق على القسمة بعد التأكد من عدالتها⁽²⁾.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد شدد في مثل هذه التصرفات في المادة 88 من قانون الأسرة، بحيث وسع مجال تطبيقها، فجعلها تشمل بيع العقار، والقسمة والرهن والصلح وبيع المنقول، واستثمار أموال القاصر بالقرض والاقتراض والمساهمة في شركة، وإيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، وتمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

هذا وقد قررت المحكمة العليا أنه يجب على الولي الحاضن أن يستأذن القاضي -رئيس المحكمة- في التصرفات المتعلقة ببيع وقسمة ورهن الأموال الخاصة بحقوق القاصرين، كما قضت بأن الأم باعتبارها الولية القانونية على أولادها، فإنه لا يحق لها أن تتصرف في حق ابنها القاصر، إلا بعد الرجوع إلى العدالة، وأن حماية حقوق القاصر من النظام العام، يجوز التمسك بها في أية مرحلة، كانت عليها الدعوى، فإنه تعين نقض

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص207.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص56.

القرار الذي رتب آثارا قانونية لصالح الوكيل المستندة إليه الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر المتعلقة بحقه في إيجار شقة تركها له والده⁽¹⁾.

ومن باب التشديد أيضا، ألزم المشرع القاضي -أي رئيس المحكمة- أن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر، قبل أن يأذن ببيع العقار المملوك للقاصر أو غير كامل الأهلية، وأن يتم ذلك البيع بالمزاد العلني، وتلك رقابة قضائية على التصرف في أموال القاصر سابقة ولاحقة حفاظا على حقوقه⁽²⁾. فالإجراءات التي يفرضها القانون على الولي أيا كان أو أمًا، والوصي والمقدم، هو الحصول على الإذن من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع عقار أو قسمته، أو رهنه، أو إجراء المصالحة بنص المواد: 88/فقرة 02 والمادة 95 فيما يتعلق بسلطات الوصي والمادة 100 فيما يتعلق بالمقدم، من قانون الأسرة، غير أنه ليس واضحا من نصوص ذات القانون، كيف يتم هذا الإذن؟ وما هي إجراءاته؟ وهل المقصود بالإذن أن تكون القسمة قضائية؟ أم يكون للقاضي الاطلاع على مشروع القسمة المعد من طرف الخبير الذي عينه الشركاء والمصادقة عليه؟ وهل يتولى هذا الأمر رئيس المحكمة أم قاضي الأحوال الشخصية؟ فكل هذه الوسائل نظمها التشريع المصري في قانون الولاية على المال، وحدد إجراءاتها بينما سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، لذلك جرت العادة بين الناس على أن وجود قاصر بين الشركاء في الشروع يقتضي القسمة القضائية لغموض إجراءات الحصول على الإذن، وتأويل كل قاضي لهذا الإجراء حسب فهمه، وبناء على نفترض في القسمة الاتفاقية عدم وجود قاصر.

الفرع الثاني: كيفية القسمة الاتفاقية، وإثباتها

بادئ ذي بدء، يلزم إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية ورضائهم بها، وهذا الإجماع إما أن يكون صريحا، فتكون القسمة الاتفاقية هنا صريحة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا هو الأصل، وإما أن يكون هذا الإجماع ضمنيا -أو القسمة الفعلية قضاء-، وهي فكرة ابتدعتها محكمة النقض المصرية، وهي قسمة تقوم التراضي دون اتفاق صريح عليها.

(1) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، قرار مؤرخ في 30/06/1986، ملف رقم 414.70، ص 81.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 57.

وتتحقق القسمة الضمنية أو الفعلية -حسب نفس المحكمة-، حينما يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع، يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء، كل منهم يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم، على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه، والمقرر قانونا أن التراضي الضمني الذي يؤدي إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذي نستخلصه المحكمة من ظروف الحال، ولذلك يعتب من المسائل الموضوعية، وعلى ذلك فلا يجوز لأي من هؤلاء الشركاء -الذين تصرف كل منهم فيما يعادل حصته مفرزا- أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في المال كله، على أنه يجب أن يلاحظ أن هذه القسمة، تنطبق عليها القاعدة العامة في وجوب التسجيل للاحتجاج بها على الغير، على أنه يكفي في هذا -نظرا للطبيعة الخاصة للقسمة الفعلية- أن تكون التصرفات المتتابعة التي قام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعا⁽¹⁾. والقسمة الضمنية مادامت مؤسسة على الإرادة، فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة، ومن ثم فيجوز نقضها بسبب الغبن، وهو موضوع الحديث في الفرع الأخير من هذا المطلب.

أولا: كيفية إجراء القسمة الاتفاقية

-نصت المادة 723 من القانون المدني على أنه: "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".

ومن الإجراءات التي يفرضها القانون للقسمة الاتفاقية:

- إعداد مخطط موقع الأمكنة، وخمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد لدى جهات القضاء بالشروط التي سبق الكلام عنها؛
- وترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشروع، أو بطلب الموثق؛

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر ، ص313.

- تودع هذه الوثائق بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية؛
- بعد مراجعة هذه التقارير، ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة، والتأكد من احترام المسافات، وأن الأرض ليست أرضا زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة؛
- وعند استلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير، وكذا قرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة⁽¹⁾.

ثانيا: إثبات القسمة الاتفاقية

إن المشرع الجزائري يحيل الأطراف -المتفقة على القسمة بطريقة ودية- إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقا لأحكام القانون (02/06) المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ويتلقى الموثق من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة -المبينة أعلاه-، ويقوم بإفراغها في شكل رسمي، أي يقوم الموثق بتحرير عقد قسمة ودية، بحضور الأطراف والشهود.

وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد، والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، يخضع للقواعد العامة⁽²⁾، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة آلاف دينار جزائري، بنص المادة 333 من القانون المدني المعد له -من الفصل الخاص بالإثبات والتي تقضي بأنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 10.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ...".

(1) عبد الرحمن ملزي، المرجع السابق الذكر، ص69.

(2) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، (شرح تفصيلي لدعوى الشفعة، ودعوى قسمة المال الشائع، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص226.

وبناء على ذلك فإذا كانت قيمة المال الشائع محل عقد القسمة الاتفاقية، تزيد على عشرة آلاف دينار جزائري - وهذا هو الغالب - فلا يجوز إثبات وجود انقضاء تلك القسمة إلا عن طريق الكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة، أما إذا كانت قيمة المال الشائع لا تزيد عن المبلغ المذكور، فإنه يجوز إثبات وجود أو انقضاء تلك القسمة عن طريق شهادة الشهود والقرائن.

- ولأن محل القسمة عقارا فإنه لابد من تسجيله، طبقا للإجراءات التي يفرضها القانون وفق أحكام الشهر العقاري المنصوص عليها في الأمر رقم (74/75) المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وبالرجوع إلى نص المادة 15 منه نجدها تنص على أن:

"كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية".

كما أن المادة 16 منه تنص على أن:

"العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".
وذلك ما أكدته الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي قضى بأنه من المقرر قانونا أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، ومن ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من قبل الطاعنين لعدم شهرها، والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقا سليما للقانون ⁽¹⁾، كما أن القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي ⁽²⁾.

(1) أنظر، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قرار مؤرخ في 2002/06/18، ملف رقم 213.832، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص265.

(2) المرجع نفسه، قرار مؤرخ في 2002/04/24، ملف رقم 229.161، ص269.

ثالثاً: القيمة القانونية لعقد القسمة غير المشهر

إن القسمة الرضائية بما تكشف عنه من حقوق عينية لا تكون حجة على الغير، ولا فيما بين ذوي الشأن إلا إذا تم شهرها، ذلك أن الشهر في ظل نظام الشهر العيني هو الذي ينشئ الحقوق العينية ويكشف عنها، فالقسمة غير المشهرة إذن لا تكون حجة على الغير⁽¹⁾، فإذا باع شريك -قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل أن يتم شهرها- حصة شائعة في العقار المقسوم، كان المشتري من الغير، وأحكام بنينها في جملة من النقاط، تحدد أثر القسمة غير المسجلة على المشتري للعقار من أحد الشركاء فيه بعقد مسجل قبل القسمة:

1. التصرف في قدر الشائع، فإذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعاً، وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشتري من الغير، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويستوي في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على إجراء القسمة أم لاحقاً لها ويصبح في الحالين شريكاً في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها.

2. أما عن التصرف في قدر مفرز قبل القسمة، فإنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع، وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه، ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليها، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا

(1) جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006، ص 246.

القدر وإن لم يقع انتقال حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة⁽¹⁾.

3. أما الحالة الأخيرة، وهي حالة التصرف في الجزء المفرز بعد القسمة، فإذا كان التصرف في الجزء المفرز لاحقاً لإجراء قسمة لم تسجل، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة، وفي هذه الحال تكون القسمة حجة على المشتري، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها.

أما الفرض الثاني: أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة، ففي هذه الحالة لا يتلقى المشتري حقه على أساس القسمة، إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائماً رغم إجراء القسمة، ومن ثم فإن المشتري إذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الغرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة⁽²⁾.

كما لا تنتج القسمة غير المشهورة أثراً في إفراز العقار الشائع، حتى فيما بين المتقاسمين، وينتج عن هذا أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين، ولم تشهر القسمة اعتبر كل منهما بالنسبة للآخر لا يزال مالكا في الشيوع، وإذا أجر أحدهما حصة مفرزة، ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المشهورة، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادرة عن مالك على الشيوع⁽³⁾.

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق الذكر، ص235.

(2) المرجع نفسه، ص236.

(3) جمال بوشناق، المرجع السابق الذكر، ص246.

-أما عن إجراءات هذا الشهر، يكفي أن يقدم الشركاء أو أحدهم طلباً إلى الموثق القائم بتحرير عقد القسمة، أو يعمل على تسجيل ذلك العقد وإشهاره في المحافظة العقارية من تلقاء نفسه، وتقوم هذه الجهة ببحث طلب الموثق من الناحية الهندسية والقانونية للتأكد من صحة حدود ومساحات العقار، ومن أنه يدخل في ملكية المتقاسمين⁽¹⁾.

-فإذا كان العقد مستوفياً للشروط القانونية أشرت المصلحة المذكورة بالقبول للشهر، وتعيده إلى محرره ليحتفظ بالأصل ضمن أصول العقود المحفوظة لديه، ويسلم نسخاً من عقد القسمة الودية لمن طلبه من الأطراف، ويستطيع المتقاسمون أن يحصلوا على دفتر العقاري من المحافظة العقارية، أي أن لكل متقاسم الحق في الحصول على دفتر عقاري يخص الجزء المفرز الذي آل إليه بموجب القسمة، تلك الوثيقة التي تجسد ملكية العقار أي تقوم مقام عقد الملكية بالنسبة للمتقاسمين.

وهو ما قضت به أيضاً محكمة التمييز المدنية اللبنانية، إذ حيث يبين أن المدعي يدعى بأن قسمة حبية قد جرت على العقار فيما بين مالكي هذا العقار، وحيث أن المدعي عليه ينكر حصول القسمة الحبية، ويطلب رد الدعوى المقابلة لعدم صحتها وعدم قانونيتها، وحيث أن القسمة الحبية هي من العقود التي تستوجب إجراء عقد خطي فيما بين الشركاء، وعلى أن يكون مشروع القسمة واضحاً لا لبس فيه، ومنطبقاً على أحكام التنظيم المدني، وأحكام قوانين البناء، بحيث لا يقوم أي حائل يحول دون إجراء القسمة.

وحيث بمقتضى المادة 254 من قانون أصول المحاكمات المدنية لا تسمع شهادة الشهود، في مثل هذه الحالة، فإن الدعوى المقابلة بقيت مجردة عن كل إثبات فيقتضى ردها⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن القسمة الودية للعقار إذا لم تفرغ في شكل رسمي، أي في عقد توثيقي حسبما تنص عليه المادة 324 مكرر من القانون المدني، والتي لم تمض عليها خمسة عشر سنة من يوم وقوعها كقسمة ودية طبقاً للمادة 733 من القانون المدني، فإنها

(1) مبحث محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، مصر، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1995، ص 121.

(2) حنا بدوي، المرجع السابق الذكر، ص 145-146.

تبقى قسمة غير نهائية، ويجوز التراجع عنها واللجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة قضائية عملا بنص المادة 724 من ذات القانون⁽¹⁾.

وأنه من المقرر قانونا أن القسمة التي لم تراعى فيها الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهاية تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع، ولما ثبت أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية، بحجة وجود قسمة ودية فقد أسأوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني، وعرضوا قرارهم للنقض⁽²⁾.

كما قررت المحكمة العليا أن القسمة الودية الواردة في عقد عرفي والمصادقة عليه يشكل خرقا للقانون، ذلك أن نقل الملكية تجب أن يكون بعقد رسمي، وإن قضاة الموضوع بمصادقتهم على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 19/09/1993 مخالفين لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 16 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري يكونون قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض⁽³⁾.

ونذكر أيضا، أن القسمة سواء كانت ودية اتفاقية أم قضائية، فإنها إفراز لحق كان شائعا، وإن عملية الإفراز تشبه عملية نقل الحق المبيع في عقد البيع، وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 165 من القانون المدني إلى وجوب مراعاة شكل معين في كل تصرف يتضمن نقل ملكية العقار إلى المتصرف إليه وإخضاعه إلى عملية الشهر العقاري وذلك بقولها:

"... وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري ...".

وقد أورد المشرع الجزائري مرجعا وحيدا منظما لكيفية نقل ملكية العقار والحقوق العينية الأخرى في القانون المدني، بوجوب التسجيل لجميع التصرفات المنصبة على

(1) أنظر المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، قرار مؤرخ في 17/05/2000، ملف رقم 224.884، ص 129.

(2) أنظر، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، لسنة 2004، قرار مؤرخ في 31/05/2000، ملف رقم 198.698، ص 283.

(3) أنظر، المرجع نفسه، قرار مؤرخ في 24/04/2002، ملف رقم 229.161، ص 269.

العقار وشهرها بالمحافظة العقارية كي تنتج آثارها بين الأطراف المتعاقدة، واتجاه الغير، وذلك في المادة 793 من القانون المدني حيث تنص على ما يلي:

"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة "شهر العقار" أي أن مصدر انتقال الحق العقاري هو مراعاة إجراءات الإشهار العقاري، وذلك بتسجيله في المحافظة العقارية، ومما تجدر الإشارة إليه أن تدخل المشرع الجزائي بوجوبه مراعاة الشكلية في التصرفات العقارية يعتبر تدخلا نافعا نفعا محضا لكلا المتعاقدين - المتقاسمين - يتجلى ذلك في الحماية التي يفرضها الشهر العقاري للطرفين بتأمين حق كل طرف من مخاطر التراجع عن القسمة أو نقضها فيما بعد، فالورثة الرسمية المسجلة بالمحافظة العقارية تجعل صاحبها في مركز قوي، يتسلح بها للدفاع عن حقه في حالة ادعاء شخص غير ذلك، وتعتبر حجة حتى يطعن في محتواها بالتزوير⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية

لما كانت القسمة الاتفاقية - كما بينا - عقدا تسري عليه أحكام سائر العقود، فإنها تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود، وبالتالي فإنها تخضع لوجوه الطعن التي تطبق على العقود.

فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، إذ أن هذا العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان، وهو ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 126.622 المؤرخ في 24/10/1995⁽²⁾، حيث أنه تصرف مورث الأطراف بقسمة أملاكه على أولاده لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو القانون، لأن التركة لا تفتح إلا بوفاة المورث.

(1) مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2004، ص ص 27-28.

(2) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 01، الجزائر، قسم الوثائق، ص 117.

كما أن القسمة ذاتها لا تتم إلا بين الشركاء، والورثة ليسوا شركاء مع مورثهم فتصرف المورث كما ذكر، لم يعتمد على أساس شرعي أو قانوني، لأن نصيب كل وارث لا يتحدد إلا بعد وفاة المورث⁽¹⁾.

كما قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية، فإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية، ولم تراعى الإجراءات التي سبق وأن بينها في شأن ناقص الأهلية، فإنه يجوز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة، غير أنه يجوز لهذا الشريك (ناقص الأهلية) إجازة هذه القسمة بعد زوال نقص الأهلية، سواء كانت إجازة صريحة أو ضمنية، تستخلص المحكمة هذه الإجازة الضمنية، ويعتبر ذلك أمرا موضوعيا، لا تجوز إثارته أمام المحكمة، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية، وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات⁽²⁾.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لوجود عيبا من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة بحيث تم تقدير قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية أو بأكثر منها إلى حد كبير، ففي هذه الحالة، يجوز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها طلب إبطال القسمة للغلط، وكثيرا ما يغني نقض القسمة للغبن عن إبطال

(1) عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2005، ص 85.

(2) عبد التواب معوض، مدونة القانون المدني، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الثاني 1987، ص 1594.

القسمة للغلط في قيمة المال الشائع -الذي تتناول أحكامه بالتفصيل في النقطة الموالية من هذا الفرع⁽¹⁾، ولكن بعض الفقهاء يرى وجود فرق بين نقض القسمة للغبن، وإبطال القسمة للغلط.

فالغلط لا يقتصر على الغلط في القيمة، بل يتناول أيضا الغلط في صفة جوهرية في الشيء، أو في الشخص أو في الباعث، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن، وفيما يتعلق بالغلط في القيمة لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس في الغبن، ومدة رفع الدعوى في الغبن سنة واحدة منذ وقوع القسمة، وهي عشر سنوات في الغلط منذ اكتشافه، ومهما يكن من أمر فإذا وقع في القسمة غلط جوهرية ولكن المتقاسمين الآخرين، أظهروا استعدادهم لتفادي نتائجه بإجراء قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض، لم يكن لمن وقع في الغلط أن يبقى مجبرا على إبطال العقد عملا بأحكام المادة 58 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:

"ليس من وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم تكن، وهو ما يعني الرجوع إلى الشيوع السابق على إبرام عقد القسمة، بما يترتب على ذلك من زوال الحقوق التي يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المفرز الذي كان قد وقع في نصيبه، واسترجاع كل شريك حقه في طلب القسمة من جديد⁽²⁾.

وكذلك يجوز طلب إبطال القسمة الاتفاقية لمن وقع من الشركاء تحت تأثير تدليس أو إكراه أو استغلال، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسي مزادها على المقتسمين، لما شاب رضاء أحد طرفي القسمة من تدليس، بانبا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض في ملكيته وما تخرج عنها،

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 59-60.

(2) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، [ب س ط]، ص 172.

وأنه أخفى هذا عن قسيمه، بل ألهمه مآله الاستحقاق ففي هذا الذي أثبتته الحكم ما يكفي لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها⁽¹⁾.

أما الغبن فقد أفردته القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة، والذي نخصص الحديث عن أحكامه ضمن المبحث الثاني من الفصل الموالي لهذا الفصل.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات القسمة القضائية

القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء، فهي القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها، رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى "دعوى قسمة"⁽²⁾.

وتنص المادة 724 من القانون المدني على أن: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة".

وتنص المادة 88/فقرة 02 من القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم على أن: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 بيع العقار، وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة".

ونصت المادة 89 من ذات القانون على أن: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة"، فطبقا لأحكام المادة 89 من قانون الأسرة وكما سبق وقلنا أن الرقابة القضائية على التصرف في أموال القاصر هي رقابة سابقة ولاحقة حفاظا على حقوقه.

ويتبين من هذه النصوص أن الشريك في المال الشائع يلجأ إلى القسمة القضائية في حالتين:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص899.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص100.

■ **الحالة الأولى:** إذا لم يتفق جميع الشركاء في المال الشائع على إجراء قسمة اتفاقية،

سواء كانوا رافضين لمبدأ القسمة الاتفاقية، أو كانوا متفقين على

هذا المبدأ، ولكن اختلفوا في تحديد الأنصبة، فيكون للشريك الذي

يريد الخروج من الشروع رفع دعوى القسمة.

■ **الحالة الثانية:** أن ينعقد إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية، ولكن كان من بينهم

من هو ناقص الأهلية (قاصر أو مجنون أو معتوه أو ذو عقله أو

سفيه) أو غائب، واستأذن الوصي أو القيم أو وكيل الغائب بحسب

الحالة - المحكمة في قسمة المال اتفاقاً، ولكنها لم توافق على القسمة

عند عرض مشروع العقد عليها للتثبت من عدالته، وقررت اتخاذ

إجراءات القسمة القضائية.

والقسمة القضائية تتخذ أحد الشكلين، بأن تكون قسمة عينية، ويتقرر ذلك متى كان

العقار قابلاً للقسمة، بحيث يمكن شريك في الشروع أن يحرز على حصة مفرزة - وعلى

النحو الذي سبق بيانه -، أما إذا كان العقار غير قابل للقسمة، كأن يكون من غرفة

واحدة، أو كانت تجزئته إلى حصص يقلص من قيمته، كونه يشكل وحدة للاستغلال،

كمصنع مثلاً، ففي هذه الحالة يجوز للشركاء قسمته قسمة تصفية، وذلك ببيعه عن طريق

الممارسة أو عند طريق المزاد العلني بحسب ما يتم الإجماع عليه، وإذا اختلفوا وتوافر

نصاب الثلاثة أرباع الشركاء طبقت أحكام التصرف في الشروع.

وعلى ضوء هذه التقدمة البسيطة نقسم فروع الدراسة ضمن هذا المطلب إلى أربعة

محاور أساسية، نبحث في المحور الأول أهم الشروط الواجب حضورها لرفع دعوى

القسمة، ونتطرق في المحور الثاني لبيان الإجراءات الأولية للسير في دعوى القسمة،

ونعالج في المحور الثالث إجراءات أحد أشكال القسمة القضائية وهي القسمة العينية

انطلاقاً من قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب إلى صدور الحكم بإعطاء كل

شريك نصيبه مفرزاً، ونبين ضمن المحور الرابع والأخير إجراءات القسمة بالتصفية.

الفرع الأول: شروط رفع دعوى القسمة

فالقسمة القضائية - كما سبق أن بينا - هي القسمة التي تتولى المحكمة إجرائها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين تسمى دعوى القسمة، وتصدر فيها حكما رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءاتها، فإذا اختلف الشركاء على قسمة المال الشائع، إما لعدم الاتفاق، وإنما لوجود قاصر أو غائب ورفضت المحكمة الإذن بإجراء القسمة، أو التصديق عليها، فإنه يتعين الالتجاء إلى القضاء متى أراد أحد الشركاء الخروج من الشيوع، وجميع الأموال تخضع للقسمة سواء ترتب على قسمتها ضرر أولا، بل ويجبر الشركاء على قسمة ما فيه ضرر، فليس هناك ما يمنع من القسمة إلا أن يكون الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، بشرط أن لا يزيد البقاء في الشيوع بمقتضى الاتفاق على خمس سنوات⁽¹⁾، وقد اشترط القانون شروطا للقسمة القضائية نبينها في النقاط الآتية.

أولا: الشروط الأولية

وتتجسد في ما يلي:

الشرط الأول: أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة، بنص المادة 724 من القانون المدني على أنه: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة ..."، فواضح من النص أن طلب القسمة حق لكل شريك، وباستعمال هذا الحق تتحرك الدعوى في القسمة القضائية عن طريق تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة. فلا تجوز القسمة القضائية إلا بطلب أحد الشركاء، وإن كان الشريك في الملك غير ذي أهلية، فإن ممثله هو الذي يرفع دعوى القسمة⁽²⁾، وتكون القسمة قضائية ولو طلب جميع الشركاء القسمة، طالما أنهم جميعا رفعوا دعوى بها أمام القضاء، لكي يستفيدوا من حيدة القضاء، وإمكانية الاستفادة من الخبراء.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص427.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص208.

الشرط الثاني: حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم، فيشترط حضور الطالب للقسمة، وعليه أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة، أو من يقوم مقامهم، ولا تصح القسمة، إذا أهمل أحد الشركاء، والسبب في ذلك هو أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة⁽¹⁾، ولكن عدم صحة القسمة ل يتمسك به إلا الشريك الذي لم يدخل خصما في الدعوى.

إذن يجب أن ترفع الدعوى على سائر الشركاء، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة، وإذا حصل وأن رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها. وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز المدنية اللبنانية في قرار لها، أن قاعدة دعوة صاحب الحق العيني على العقار في دعوى القسمة هي قاعدة ليست من النظام العام، وإنما ترمي إلى حماية مصلحة خاصة هي مصلحة صاحب الحق العيني الذي قد يكون له أن يتذرع هنا ببطلان هو نسبي يقتصر الحق بالتمسك به عليه فيما لو نابه ضرر من جراء عدم دعوته⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة العليا بذلك في جل قراراتها، كما جاء في القرار رقم 47222 مؤرخ في 1988/12/07⁽³⁾، أنه من المقرر قانونا أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، وأن تكون قسمة المال الشائع حصصا إن كان يقبل القسمة عينا، ولما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال- صادقوا على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين، ودون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا المادة 724 من القانون المدني، وهو ما قضت به أيضا في القرار رقم 511.09 المؤرخ في

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص 212.

(2) حنا بدوي، المرجع السابق الذكر، ص 152.

(3) أنظر المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، الجزائر، قسم الوثائق، ص 26.

1989/04/19⁽¹⁾، على أنه من المقرر قانوناً إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون.

الشرط الثالث: ثبوت ملكية المقسوم لهم، فيشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع، والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل⁽²⁾، فيجب على الشركاء تجهيز مستندات دعوى القسمة، والتي تثبت ملكيتهم للمال الشائع المطلوب قسمته بينهم، وهذه المستندات التي يستطيع بها الشركاء إثبات ملكيتهم للمال محل القسمة كثيرة ومتعددة بحسب كل دعوى، ومحل المال الشائع المطلوب قسمته، ولعلنا أبرز وأهم تلك المستندات عقد البيع المسجل، أو عقد البيع الابتدائي المحكوم بصحته ونفاذه، أو إعلام الوراثة الشرعي، أو وضع اليد، وذلك على سبيل المثال لا الحصر⁽³⁾.

الشرط الرابع: أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضرراً من القسمة، وهذا الشرط في الحقيقة غير مانع من القسمة نهائياً، بل يمنع من القسمة العينية فقط، لكن تجوز القسمة بطريقة أخرى وهي التصفية.

فتنص المادة 728 من القانون المدني على أنه: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع"، فيستفاد من هذا النص أنه إذا تعذرت القسمة العينية بأن كان المال غير قابل للقسمة، أو كان من

(1) أنظر المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص17.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص250.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص429.

شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال محل القسمة، فإنه يلجأ إلى قسمة التصفية، ومعيار الضرر في القانون هو نقص القيمة أو المنفعة.

كما أن القواعد العامة للقانون تؤيد هذا الشرط، فإذا كانت المصلحة التي تتحقق للشريك من جراء القسمة قليلة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء، أو كان القصد من القسمة هو إلحاق الضرر بغيره من الشركاء، أو طلب القسمة في وقت غير مناسب، فإن للقاضي رفض طلب القسمة، وإبقاء الشيوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء⁽¹⁾.

ثانياً: المخصوص في دعوى القسمة

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء في المال الشائع ضد باقي الشركاء، إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد، إذا كان هو فقط الذي لم يوافق على القسمة الاتفاقية، وعليه فالخصوم في دعوى القسمة هم:

1 المدعي: تنص المادة 724 من القانون المدني: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة"، فيبين من هذه الفقرة أن المدعي في دعوى القسمة القضائية هو كل شريك في ملكية المال الشائع، يختلف مع شركائه في قسمة هذا المال قسمة اتفاقية، فتبدأ إجراءات دعوى القسمة بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع -المدعي- دعوى القسمة، فيكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة المختصة، ويجوز أن ترفع الدعوى من أكثر من شريك، إذن فترفع الدعوى على باقي الشركاء في المال الشائع أي الشركاء عدا المدعين، وتطرح في هذا الصدد عدة تساؤلات كوضع الأجنبي المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين، أو المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء المشتاعين، ووضع المالك لحصة في الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف، ندرسها في الحالات التالية:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 888.

الحالة الأولى : وهي حالة الأجنبي المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين، فإذا باع أحد الشركاء حصته في المال الشائع لأجنبي أي لشخص ليس من بين الشركاء المشتاعين، فإن هذا الأجنبي، يصبح شريكا في المال الشائع بدلا من الشريك البائع له، والذي يترتب على بيعه لحصته إخراجه من الشيوع.

غير أنه إذا كان المال الشائع عقارا، فإنه يشترط لاعتباره شريكا في الشيوع، أن يكون قد سجل عقد شرائه، لأن الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا يكفي لاعتباره مالكا وبالتالي شريكا أن يكون قد رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شرائه وسجل عريضة الدعوى، وطالما أصبح المشتري باتخاذ إجراءات التسجيل، شريكا في الشيوع فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة، كما يجب على المدعي في دعوى القسمة اختصاصه في الدعوى ضمن باقي الشركاء⁽¹⁾.

وإذا تصرف الشريك في حصته لأجنبي، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة، فإن البائع لا يعتبر ممثلا للمشتري في دعوى القسمة، ويتعين اختصاص المشتري في الدعوى.

غير أن المشتري الذي لم يسجل عقده، يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة. وقد حكم القضاء بذلك، حيث أن للشريك الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا في القدر الذي يملكه البائع -والمشتري دون البائع- هو

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص102.

الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة، وهذه بعض الأحكام التي جاءت بهذا الصدد تدعيماً له مستخلصة من بعض القرارات:

- يشدد المشرع على ضرورة تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله، أو تغييره، ومؤدي ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل، وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة - في قضية الحال - هو الشريك المالك، وكان من بين الوقائع التي أثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصاصه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الإرثية في هذا العقار، وقيامه بتسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذ الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه⁽¹⁾.

- كما جاء في قرار آخر أن الأصل أن البائع لا يمثل المشتري فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان اتفاقاً أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة.

- إن الغير في حكم قانون الشهر العقاري، هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة يعتبر

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص103.

من الغير، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة، إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها.

- أن المقرر قضاء أن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف بالبائع في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً للمشتري منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المباعة قبل انتهاء إجراءات القسمة.

- إذا تصرف الشريك في حصته الشائعة لأجنبي، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة، فإن البائع لا يعتبر ممثلاً للمشتري في دعوى القسمة، ويتعين اختصاص المشتري في الدعوى.

الحالة الثانية : وهي حالة الأجنبي المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء المشتاعين، فإذا باع أحد الشركاء في المال الشائع حصة مفرزة في العقار الشائع إلى أجنبي عن الشيوع فإنه لا يترتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكاً في الشيوع بدلاً من الشريك البائع، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء، فالمشتري لا يعتبر مالكا إلا تحت شرط واقف، هو حصول القسمة ووقوع الحصة المباعة في نصيب البائع، ومن ثم فإنه لا يجوز للمشتري رفع دعوى القسمة، كما لا يلزم اختصاصه فيها⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه، في هذا الصدد أنه لا يرى مسوغاً قانونياً لحرمان هذا المشتري من رفع دعوى القسمة إذا سجل عقده قبل رفعها فعلاً، وذلك لأن له مصلحة جدية في رفع هذه الدعوى حتى يطمئن إلى نتيجة عقده، ولا يظل مصير التصرف الصادر إليه معلقاً بأيدي باقي الشركاء دون أن يكون في وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة مثل هذا التصرف، لاسيما أنه لا يستطيع المطالبة ببطلانه إذا اشترى وهو عالم بحالة الشيوع، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى موقف غريب حقاً، إذ يكون للشريك الذي تصرف فعلاً في قدر مماثل لحصته وقبض الثمن، حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته في طلبها، بينما يتمتع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية، وهو المشتري

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 914.

الذي دفع الثمن في مقابل تملك حصة هذا الشريك!! وظاهر ما في هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون⁽¹⁾.

هذا ويجوز لهذا المشتري تطبيقا للمادة 729/فقرة الأولى من القانون المدني بوصفه دائئا لأحد الشركاء أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله، ويترتب على هذه المعارضة إلزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات، ويجب على كل حال إدخاله إن كان قد توصل إلى تسجيل البيع الصادر له -إذا كان عقارا- قبل رفع دعوى القسمة، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، كما يجوز له باعتباره دائئا للبائع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، وهذه بعض الأحكام المدعمة لهذه الحالة من بعض القرارات القضائية:

من المقرر -وعلى ما جرى به القضاء- أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء، فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء، فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة⁽²⁾.

تنص المادة 714/الفقرة 02 من القانون المدني على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، هذا النص يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص105.

(2) المرجع نفسه، ص106.

إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له واو كان عقده مسجلا، كما أنه وبالتطبيق لهذه الفقرة من المادة 714، فإن بيعه الشريك في العقار الشائع قدرا مفرزا قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشتري شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله في القسمة حتى ولو سجل عقده قبل القسمة.

الحالة الثالثة: وهي حالة المالك لحصة في الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف، إذ يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذي يملك حصة في المال الشائع تحت شرط فاسخ، وإذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء وجب عليهم اختصاصهم في الدعوى. أما الشريك الذي يملك حصته تحت شرط واقف فإنه لا يجوز له رفع دعوى القسمة، لأنه لا يملك سوى اتخاذ الإجراءات التحفظية، والقسمة لا تعد من الإجراءات التحفظية. أما إذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء، ولو من الشريك الذي يملك حصة تحت شرط فاسخ فإنه يجب اختصاصهم في الدعوى⁽¹⁾.

2 المدعى عليه (هم):

يجب أن ترفع دعوى القسمة من طالب القسمة على جميع من عداه من الشركاء، حيث أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك، ولا ترفع إلا على شريك، وهذا مستفاد من نص المادة 724/فقرة 01 إذ قالت أن على من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة.

فالمدعى عليه في دعوى القسمة هم جميع الشركاء ماعدا المدعي، يستوي أن يكون الشريك مالك تحت شرط فاسخ أو واقف، فجميع الشركاء يدخلون خصوما في الدعوى، وإذا لم يختصم المدعي في دعوى القسمة جميع الشركاء في المال الشائع، بل اختصم البعض دون البعض، فله تدارك ذلك وأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء، كما يجوز هذا الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم، ويجوز أيضا للشريك

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص108.

الذي لم توجه له الدعوى أن يطلب التدخل فيها، كما يجوز أن تأمر المحكمة بإدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها طبقاً للأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية. فإذا لم يتم اختصام بعض الشركاء من قبل المدعي، ولم يطلب إدخالهم بعد رفع الدعوى، ولم يطلب الخصوم التدخل ولم تأمر المحكمة بإدخالهم، فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة هذه لا يكون حجة على من لم يدخل، ولكن ليس للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى، أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، بحجة أن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء، وذلك لأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي، لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم، وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه⁽¹⁾.

3 موقف المحكمة:

جاء في القرار رقم 51.109 المؤرخ في 19/04/1989⁽²⁾، أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك، ولا ترفع إلا على شريك بحيث يملك رفعها الشريك الأصلي في الشيوخ وخلفه العام أو الخاص على الحصة الشائعة، وأن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوخ، أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، وأن تكون قسمة المال الشائع حصصاً، إن كان يقبل القسمة عيناً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان قضاة الاستئناف قد صادقوا على حكم المحكمة التي منحت مناباً لأحد الشركاء دون الآخرين ودون أن يدخلوا جميع ذوي الحقوق في الخصام، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 724 من القانون المدني، وعرضوا قرارهم للنقض.

ولما كان من الثابت أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على تقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع يكونون قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض، وكما أن دعوى

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 436-437.

(2) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 17.

القسمة لا ترفع من المشتري لجزء مفرز من المال الشائع لأنه ليس شريكا في المال الشائع، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع باسمه دعوى القسمة، إنما له بوصفه دائنا أن يرفع دعوى القسمة باسم الشريك البائع، طبقا لأحكام الدعوى غير المباشرة، وله بهذا الوصف أيضا أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله طبقا لأحكام المادة 729 من القانون المدني التي تقضي بأن لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن يتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، ويترتب على هذه المعارضة إلزام الشركاء أن يدخلوه في جميع الإجراءات.

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم مادام لديهم مصلحة فيها، طبقا لأحكام المادة 194 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم في الخصام من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 201 من ذات القانون، وعلى هذا الأساس فقد قضت المحكمة العليا في القرار رقم 33.120 المؤرخ في 1984/10/06⁽¹⁾: بأنه في حالة اختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يبادر برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة، فإذا ما رأت هذه الأخيرة وجها لذلك عينت خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع، وقسمته حصصا إذا كان المال يقبل القسمة عينا ودون أن يلحقه نقص كبير في قيمته، ونظرا لعنصر العملاء الذي يدخل ضمن تكوين عناصر المحل التجاري، فإنه من المتعذر قسمته عينا دون التخفيض من قيمته والإضرار بمصالح المتقاسمين، فإن بيعه بالمزاد العلني هو الوسيلة الوحيدة للخروج من حالة الشيوع، وللقضاء بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بقسمته المحل التجاري غينا بين المالكين على الشيوع.

(1) أنظر المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص153.

كما قضت المحكمة العليا في القرار رقم 47.222 المؤرخ في 1988/12/07⁽¹⁾ بأن اختلاف الشركاء حول الأرض المتنازع عليها والتي هي ملكية مشاعة بين الورثة، يوجب على من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء، وإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على تقرير الخبير، دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع، يكونون بقضائهم كما فعلوا قد فرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال، وأنه لا يمكن الحكم برفع اليد عن القطعة الأرضية المشاعة دون القيام بعملية قسمة للخروج من حالة الشيوع، وتحديد نصيب كل مالك على الشيوع.

ثالثاً: المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة

في هذه النقطة نستحدث عن اختصاص المحكمة بنظر دعوى القسمة، والاختصاص نوعان: نوعي ومحلي.

1 الاختصاص النوعي بنظر الدعوى:

ويقصد بالاختصاص النوعي بوجه عام، الاختصاص الذي يرجع إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمة تلك الدعوى، ويتمثل الاختصاص النوعي في صلاحية الجهة القضائية لنظر نزاع يدخل ضمن ولاية القضاء، وقد وزع المشرع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية من محاكم ومجالس قضائية والمحكمة العليا ومجلس الدولة، بحيث حدد لكل جهة اختصاصها النوعي.

وجاء في المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن المحاكم هي الجهات القضائية العادية التي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية والعقارية... وهذا التحديد مؤسس على طبيعة الدعوى، وبالنظر إلى اختصاصها النوعي فإن المحكمة تفصل إما بأحكام نهائية أو ابتدائية⁽²⁾.

ويعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام، وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، كما أنه يجوز للخصوم أن يتمسكوا بالدفع به

(1) أنظر، المرجع نفسه، العدد الثاني، ص 26.

(2) المرجع نفسه، ص 68.

في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، سواء أكانت أمام المحكمة الابتدائية، أم أمام المجلس القضائي في الاستئناف، أم أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض، ويجب التأكيد على أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يجب أن يبيده من تمسك به من الخصوم كتابة وأن يقدمه إلى الجهة القضائية قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع وهو ما جاء به القرار رقم 109.743 المؤرخ في 1993/09/27⁽¹⁾.

كما أن دعوى القسمة غير قابلة للتقادم، فهي تبقى قائمة مادام الشيوع لم ينقضي، لكن الشيوع من الممكن أن ينتهي بالتقادم المكسب للملكية الممارس من جانب أحد الورثة، أو من الغير، وفي هذه الحالة فالحق في المطالبة بالقسمة يزول وينقضي مع الحق المشاع للشركاء، ولا يمكن للشريك المشتاع الاحتجاج بحيازته الطويلة للاكتساب بالتقادم إلا إذا كانت حيازته غير مبهمة وليس بها أي لبس، بمعنى أن التصرفات التي قام بها تؤكد بوضوح إرادته للتصرف كمالك وحيد وهذا الأمر لا ينطبق إلا في حالة القسمة الوقتية⁽²⁾.

2 الاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة:

ويقصد بالاختصاص المحلي بوجه عام الاختصاص الذي يتحدد تبعا لمحل الإقامة، أو الموطن، أي المسكن أو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. ويقضي تيسير إجراءات التقاضي تعدد المحاكم لتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو مدخل النزاع، ولتمكين القاضي من إجراء المعاينات اللازمة، ويراعي المشرع في تحديده لقواعد الاختصاص المحلي عادة مصلحة المتقاضين الأمر الذي يجعل هذه القواعد غير متعلقة بالنظام العام كقاعدة عامة، واستثناء هناك بعض القواعد تقترب من النظام العام في بعض حالات الاختصاص المحلي وتتداخل معها، وبذلك يعتبر الاختصاص المحلي في هذه الحالة من النظام العام.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نلاحظ أن المشرع في تحديده لقواعد الاختصاص المحلي، وضع قاعدة عامة في هذا المجال، بحيث أعطى الاختصاص

(1) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص153.

(2) Henri, Léon, Jean Mazeaud, leçon de droit civil, France, édition Montchrestien, tome quatrième, deuxième volume, 1966, P 731.

المحلي لمحكمة موطن المدعى عليه، ولكنه أورد على هذه القاعدة ثلاث استثناءات يستفاد منها قيام حالة تداخل بين الاختصاص المحلي والنوعي مع ما يترتب على ذلك من نتائج، وهذا الاستثناءات هي:

- انعقاد الاختصاص لمحاكم معينة بالذات.
- انعقاد الاختصاص لمحكمة مقر المجلس.
- انعقاد الاختصاص للمحكمة المختارة من طرف المدعى عليه في حالة العنصر الأجنبي.

ففي تحديد الاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة القضائية، فإنه يتحدد طبقا للقواعد العامة، وطبقاتها، فإنه يجب التفرقة في بيان المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى القسمة بيم ما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقارا أو منقولا.

فإذا كان المال الشائع عقارا، كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو أحد أجزائه، إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة، وليس من اللازم في تحديد المحكمة المختصة إذا كان العقار مجزءا أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة.

أما إذا كان المال الشائع منقولا، كانت المحكمة المختصة، هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا.

وهذه أهم الشروط الأولية والأمور الهامة، الواجب مراعاتها قبل رفع دعوى القسمة، والتي ندخل في بيان إجراءاتها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: إجراءات القسمة القضائية العينية

إن القسمة العينية هي التي يقسم فيها المال الشائع إلى أجزاء مفرزة تتناسب وحصص الشركاء، وهي لا تجري إلا في الملك القابل للتجزئة الذي يظل الانتفاع به ممكنا بعد تقسيمه، ولا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته.

والقسمة العينية هي التي تؤدي إلى أن يختص الشريك بجزء مفرز من الملك الشائع، وذلك إما عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتجرى حينئذ بطريق الاقتراع⁽¹⁾، أو بطريق التجنيب بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا يعادل حصته إذا تعذر الأمر الأول.

والقسمة العينية هي الأصل الذي يجب أن يتجه التفكير إليه أولا، وذلك إذا أمكنت قسمة الملكية الشائعة عينا دون نقص كبير تلحقه، لبحث مسألة القسمة العينية، وانطلاقا من النصوص القانونية التي تجسدها، فإن الدراسة لمراحل القسمة العينية وإجراءاتها تقسم إلى ثلاثة محاور أساسية، تتعرض في المحور الأول منها إلى قسمة المال الشائع إلى حصص أو التحديد، ثم نناقش مسألة الفصل في المنازعات التي قد تثور في هذا الشأن، ثم بعد ذلك نتطرق إلى المرحلة الأخيرة من مراحل القسمة العينية وهي مرحلة الحكم الذي تحصره المحكمة بإفراغ الحكم التمهيدي الصادر قبل الفصل في الموضوع القاضي بتعيين خبير أو خبراء للقيام بمهمة محددة، والحكم بالفصل في الموضوع القاضي بالمصادقة على محضر الخبرة وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

أولا: قسمة المال الشائع إلى حصص أو تحديدها

تنص المادة 724/ الفقرة 02 من القانون المدني: " تعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع، وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

وتنص المادة 725 من نفس القانون على أن:

"يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية، وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".

ويستخلص من مجموع هذه النصوص، أن هذه المرحلة من مراحل القسمة العينية تمر بعدة خطوات هي كالاتي بيانها.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص213.

الخطوة الأولى: وهي تولي القاضي عملية القسمة بنفسه، فقد يرى القاضي أن تكوين

الحصص لا يشير صعوبات عملية، ولا ينتج عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته، عندئذ يتولى هذه العملية بنفسه، وذلك باعتبار أن القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه، فضلا عن أن المشرع ترك أمر الالتجاء إلى الخبراء لتقدير القضاة، وفي هذه الحالة، فإنه يمكن للمحكمة أن تجري القسمة بنفسها، فتكون الأنصبة وتجري الاقتراع عليها، أو تفرز لكل شريك نصيبه بطريق التجنب -أي بقدر حصة الشريك في المال- وتصدر حكما باختصاص كل شريك بما حصل عليه من نصيب مفرز، ولكن المحاكم تجري عادة على انتداب خبير يقوم بالقسمة، وهو ما جاء في القرار رقم 201.854 المؤرخ في 2000/09/27⁽¹⁾، بأنه مادام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عليها انخفاض في قيمته، فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار الشائع بالمزاد العلني غير صائب، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية قيموا الخبرة المنجزة والوثائق الحسابية المقدمة من قبل الأطراف، واعتبروا القسمة المقترحة عادلة، وصادقوا عليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا، يكونون قد أصابوا صحيح القانون، ومن المقرر قانونا أن تقييم الوثائق والخبرة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وإن المطعون ضده هو الذي التمس قسمة العقار المشاع، وأن هذه القسمة أدت إلى منح الطاعن الطابق السفلي المنجز تماما، وإلى منح المطعون ضده الطابق العلوي الذي هو في طور الإنجاز، وإن المبلغ الممنوح للمطعون ضده يمثل مساهمة الطاعن في إتمام الطابق العلوي، حتى تصبح الحصتان متساويتين، وأن هذا المبلغ لا يعتبر تجاوزا للسلطة، بل هو نتيجة القسمة، ومتى تبين لقضاة الموضوع أن الخبير قام بمهمته أحسن قيام، وأن الحل الذي اقترحه عادل ومبني على معايينات فنية، فإنهم كانوا على صواب عندما صادقوا على القسمة المقترحة لأنها لا تؤدي إلى انخفاض قيمة العقار المشترك، وأن قسمته ليست مستحيلة ولا ينجز عنها انخفاض قيمته.

(1) أنظر، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا 2004، ص 274.

الخطوة الثانية: هي أن تلجأ المحكمة إلى أهل الخبرة، فتبدأ بتعيين خبير أو أكثر،

إن رأت وجهاً لذلك، وتكون مهمة الخبير الأولى، أن يبدي رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته، أو أنها غير ممكنة، فإذا رأى أن القسمة غير ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته فإنه يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بإجراء قسمة التصفية، أما إذا رأى الخبير أنه ليس ثمة نقص يلحق المال الشائع من جراء القسمة العينية، فإنه يسير في إجراءات القسمة⁽¹⁾.

وتعين المحكمة المطروح عليها النزاع خبيراً أو أكثر إن رأت وجهاً لذلك، قصد

تقويم المال الشائع وقسمته حصصاً، وتحدد المهمة التي يجب القيام بها بموجب حكم تمهيدي قبل الفصل في الموضوع، وعلى من يهمله الأمر من الشركاء طالبي القسمة أن يقوم بالسعي إلى تنفيذه، والجدير بالذكر أن الحكم القاضي بتعيين خبير أو خبراء يجب أن يتضمن بدقة ووضوح تحديد المهمة التي يجب على الخبير أن يقوم بها، وأن يكون الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع مبلغاً للأطراف تبليغاً صحيحاً، وأن يستوفي الأجل القانوني لكي يصبح صالحاً للتنفيذ، وخاصة إذا صدر الحكم غيابياً اتجاه بعض أطراف دعوى القسمة، فهذا إجراء هام جداً، ذلك أن أغلبية الأطراف في غالب الأحيان لا يقومون بإجراءات التبليغ للأحكام التمهيدية يساعدهم في ذلك الخبراء الذي يقبلون المهمة دون أن يكون الحكم القاضي بتعيين الخبير مبلغاً وفقاً للقانون، لأن الحكم سواء كان ابتدائياً أم تمهيدياً أو تحضيرياً أي صادر قبل الفصل في الموضوع، يجب أن يبلغ للأطراف الأخرى ليكون مشمولاً بالصيغة التنفيذية، وقد يعترض على الرأي بحجة أنه لا يوجد نص في القانون يوجب ذلك، فإن الرد على ذلك يوجب القول أنه لا يوجد نص في قانون الإجراءات المدنية ينص على تنفيذ الحكم قبل تبليغه إلى الخصم⁽²⁾.

ومن الملاحظ أن هذه الإجراءات قد أهملت في الوقت الحاضر من قبل المتقاضين، وساعدهم في ذلك الخبراء الذين يقبلون المهمة دون حصول الحكم على الصيغة التنفيذية، كما أن بعض القضاة يتسامحون في ذلك ويقبلون الفصل في القضية بحالتها، والحكم غير

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 446.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 105.

مبلغ، وغير مهور بالصيغة التنفيذية، وهو عمل مخالف للقانون، لأنه قد يطعن أحد الأطراف فيه بالاستئناف إذا كان حكما حضوريا، أو بالمعارضة إذا كان غائبيا، وتحدث أوضاع قد يصعب تداركها فيما بعد، وفي هذه الحالة فإن إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة الناتجة عن تنفيذ حكم غير مبلغ وغير نهائي يكون سابقا لأوانه، كونه ترتب على إجراءات مخالفة للقانون⁽¹⁾.

أما إذا كان الحكم التمهيدي القاضي بتعيين الخبير مبلغا تبليغا صحيحا وفقا للقانون، فإن الخبير يشرع في القيام بمهمته المتمثلة أولا في استدعاء أطراف النزاع بطريق قانوني بمعرفة المحضر القضائي للالتقاء بهم في أجل يحدده لهم باليوم والساعة، وأن يستمع إلى آرائهم وملاحظاتهم، وأن يطلع على الوثائق المتعلقة بالعقار المطلوب قسمته بما في ذلك التصميم التقني والهندسي لموقع العقار وبنائه، والانتقال إلى عين المكان بحضورهم في يوم محدد أيضا بدقة قصد المعاينة الميدانية، وإبداء رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق العقار الشائع في قيمته، أو أنها غير ممكنة. فإذا كانت القسمة العينية ممكنة، دون أن يلحق المال الشائع نقص كبير في قيمته، فإن الخبير يشرع في أعمال خبرته وفقا لما جاء النص عليه في المواد 134 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ يحرر محضرا بذلك يودعه كتابة ضبط الجهة القضائية التي انتدبته للرجوع إليه عند الحاجة، وفي حالة ما إذا تعذرت قسمة العقار المشاع عينا، فإن المحكمة تجري القسمة عن طريق التصفية، أي البيع بالمزاد العلني وتقسم ثمن المال الشائع على الشركاء بقدر حصة كل واحد منهم.

والملاحظ عمليا أن الخبير أو الخبراء المنتدبون في قضية واحدة للقيام بأعمال فنية مختلفة، قد لا يوفقون في مهمتهم، الأمر الذي يجعل محضر الخبرة أو محاضر الخبرات متناقضة وغامضة ومبهمه، حسبما جاء في قضاء المحكمة العليا أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، وبيان خبرتهم في تقرير واحد، وأن تحرير

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 105.

خبيرين لخبرتيهما في تقريرين منفصلين، وكل واحد منهما مستقل عن الآخر يعد خطأ في تطبيق القانون، ويؤدي إلى نقض القرار الذي صادق عليهما⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك -وحسب المرسوم التنفيذي (310/95) المؤرخ في 1995/10/10 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية وتحدد حقوقهم وواجباتهم- أن يكون الخبير المنتدب مسجلاً في قائمة الخبراء المعتمدين، -حسب الشروط المنصوص عليها آنفا والتي سبق دراستها ضمن شروط القاسم لإجراء القسمة-، والذي عليه أن يودع أعمال خبرته في الأجل القانوني الممنوح له بموجب الحكم القاضي بتعيينه، وإذا ما تعذر عليه الأمر أو حصل له مانع، فيجب عليه أن يخطر الخصوم بذلك كتابة حين إخطاره للجهة القضائية التي عينته، كما أنه من حق الخبير المنتدب في حالة ما إذا رأى أن المدة الزمنية المحددة في الحكم غير كافية لإنجاز أعمال الخبرة، جاز له أن يطلب من رئيس الجهة القضائية التي انتدبته أن يمدد له في الأجل، وأن لا يكون ذلك بسوء نية من الخبير. وقد أعطى المشرع بمقتضى نص المادة 724 من التقنين المدني للمحكمة المختصة، سلطة الاستعانة بالخبرة الفنية البحتة، وهو يقوم بذلك، فلا ينبغي له أن يفوض سلطته للخبير أو التخلي عن بعض صلاحياته لهذا الأخير، علماً بأن رأي الخبير غير ملزم للقاضي، فقد قضت المحكمة في القرار رقم 97774 المؤرخ في 1993/07/07⁽²⁾، بأن الخبرة هي عمل فني بحت ينحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع، وتصور له القضية بصفة أعم وأشمل ليأخذ بها أو يردّها بأسباب سائغة، بما له من سلطة تقديرية، وإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح صلاحية القاضي مثل سماع الشهود وإجراء التحقيق.

الخطوة الثالثة:

وعندما يشرع الخبير في قسمة المال الشائع فإنه يقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب إذا كان ذلك ممكناً، وتستوي في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية⁽³⁾، فإن

(1) المرجع نفسه، ص 106.

(2) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 108.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 446.

كانت القسمة جزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع الذي ينبغي قسمته إلى حصص، أو حدد نصيب كل شريك في هذا الجزء، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تحديد.

وقد تكون القسمة جزئية أيضا بحيث يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من حالة الشيوخ دون البعض الآخر، فيفرز الخبير الأوليين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يحدد لكل شريك نصيبه، ويراعي في ذلك عدم تفويت المنفعة على أحد الشركاء حين تقسيم المال المشاع، فإنه كلما كان المال الشائع عقار - وهو موضوع البحث - تمسح الأرض، وتقرز الحصص على أساس أصغر نصيب، على أن يراعي فيها أيضا الموقع والجودة وجميع المميزات الأخرى، ويراعي كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل، وغيرها من حقوق الارتفاق، ومثال أصغر نصيب أن تكون أنصباء الشركاء هي النصف $\frac{1}{2}$ والثلث $\frac{1}{3}$ ، والسدس $\frac{1}{6}$ ، فيقسم العقار أسداسا، أو تكون أنصباؤهم هي الثلثان $\frac{3}{2}$ والربع $\frac{1}{4}$ وجزء من اثني عشر $\frac{12}{1}$ ، فيقسم المال على اثني عشر جزءا فإن قام نزاع في تكوين الحصص عرض الأمر على المحكمة للفصل فيه.

والملاحظ عمليا، أنه لم نرى خبيرا واحدا حرر محضرا بالنزاع الطارئ عليه من الشركاء المتقاسمين حول تكوينه الحصص على أصغر نصيب وطرحه على المحكمة للفصل فيه طبقا لما تنص عليه المادة 726 من القانون المدني الجزائري بقولها:

"تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

ولعل ذلك يرجع إلى أسباب نجهلها، لأنه غالبا ما تجري القسمة في مكتب الخبير وليس على أرض الواقع، مع اشتراط الخبير على طالب القسمة أن يسدد له مبالغ مالية خارج الإطار القضائي، وإلا سبب له متاعب كثيرة، وتلك حقيقة مرة ذاق طعمها كثير من المتقاضين، إذ من خلال العمل، لم تتم قسمة واحدة على أساس القرعة، وثبتت المحكمة ذلك في محضرها، وبناء عليه أعطت كل شريك نصيبه المفرز طبقا لمقتضيات المادة 727 من القانون المدني الجزائري، بل الجاري به العمل، أن الخبير هو الذي يقترح

توزيع الحصص ويعلم على كل حصة بلون معين في خريطته، ويقول إننا منحنا فلانا الحصة (أ) ومنحنا فلانا الحصة (ب) ومنحنا فلانا الحصة (ج) بحيث يحل الخبير محل القاضين مع أن رأي الخبير غير ملزم للقاضي، وعند إعادة السير في الدعوى شكلا، وفي الموضوع تحكم بإفراغ الحكم التمهيدي المؤرخ في وبالنتيجة المصادقة على تقرير الخبير فلان ...، وتحميل المرجع ضده المصاريف القضائية، ومصاريف الخبرة المقدرة بكذا ... دينار، والمحكمة لا تصدر حكما وإنما تصادق على خبرة، وحين التنفيذ يقع المحضر القضائي في إشكال: هل ينفذ منطوق حكم قضائي أم ينفذ محضر خبرة؟ وهذا القول لا يؤخذ على إطلاقه بل له استثناءات تتعلق بأعمال بعض الخبراء الجادين، الذين يتقنون أعمالهم، ويلتزمون بمنطوق الحكم القاضي بتعيينهم، ويحررون محاضر بأعمالهم الجادة، التي تنير الطريق فعلا أمام القضاء قصد الوصول إلى إعطاء كل ذي حق حقه، حيث أنه يضاف إلى ذلك وبالرجوع إلى تسبيب الأحكام الفاصلة في قضايا القسمة، فلا نجد أثرا لتوزيع الحصص حسب أصغر نصيب، ولا إجراء للقرعة بين المتقاسمين، ولا محضرا يثبت حصص الأطراف بعد إجراء القرعة، والدليل على هذا القول هو عدد القضايا المطروحة على القضاء بشأن طلب إجراء خبرة مضادة أو استدعاء الخبير للحضور أمام الجهة القضائية التي عينته لإعطاء توضيحات حول خبرته أو حول ظروف قيامه بها، وهي قضايا كثيرة ومتنوعة ⁽¹⁾، وكان للمحكمة العليا اجتهادا مستقرا حول تطبيق المادة 727 من القانون المدني التي تنص على أن: " تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز " إلا أن الغرفة العقارية قد خالفت ذلك الاجتهاد وقررت في القرار رقم 233.109 المؤرخ في 2002/07/17، نقض القرار المطعون فيه لأن الخبير لم يجد عملية القرعة للقيام بالقسمة خرقا بذلك لنص المادة 727 من القانون المدني.

وتعليقا على القرار المذكور أعلاه، يتعين القول بأن ما ذهبت إليه الغرفة العقارية، في هذا القرار يشكل مخالفة فادحة لأحكام المادة 727 من القانون المدني، ذلك أن الخبير

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص ص 109-110.

المنتدب لا يحق له أن يقوم بإجراء القرعة، وإنما عليه أن يحرر تقريراً ينتهي فيه إلى إبداء رأيه الفني، وإن الجهة القضائية هي المختصة بإجراء القرعة وتحريرها محضراً بذلك طبقاً للنص القانوني المذكور أعلاه، وبذلك يعتبر هذا الاجتهاد غير سديد طالما أنه خالف نصاً قانونياً صريحاً وواضحاً، وأسند سلطة المحكمة إلى الخبير، لذلك يتعين استدراكه حفاظاً على التطبيق السليم للقانون⁽¹⁾.

الخطوة الرابعة: وهي القسمة بطريق التجنيب، بأن يعتمد الخبير مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع، وذلك بقدر حصته في المال⁽²⁾. فإذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص فإن من حق الخبير أن يعتمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في الملكية الشائعة، وذلك بقدر حصته في هذا المال، ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التحديد إذا اتفق جميع الشركاء. وتقتضي المادة 725/ الفقرة الثانية من القانون المدني:

"إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا بعوض بمعدل عما نقص من نصيبه". فسواء قسم الخبير المال المشاع إلى حصص أو حدد نصيب كل شريك مفرزاً، فقد يقتضي الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل يكمل بعض الحصص الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص، أو يكمل نصيب الشريك المفرز في حالة التحديد، وتوضيح ذلك أن الخبير قد لا يتمكن من تقسيم المال إلى حصص متساوية تماماً، فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من الأخرى، قدر مبلغاً من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، وسمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل، وإذا كان الأصل في القسمة العينية هو التسوية بين الحصص تسوية كاملة، إلا أن ذلك قد يكون عسير التحقيق في العمل الميداني، وحينئذ يجوز استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه المتقاسمون الحاصلون على حصص أكبر من أنصبتهم عينا⁽³⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 110.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 447.

³ أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 111.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في القرار رقم 46589 المؤرخ في 1987/12/07⁽¹⁾، بأن الحكم ببيع الملكية الشائعة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه بتقسيمه على مالكيه، وفي الوقت الذي يطالب فيه أغلبهم بقسمته يعد إضراراً بهم وحرمانهم منه دون موجب حق، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنين أبدأ رغبتهما في تقسيم العقارين اللذين ورثاهما مع المطعون ضدهما، وأن الخبير الذي عينته المحكمة جعل للتقسيم عدة حلول، وذلك بإجراء عملية تعويض بين الإخوة، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف وإلزامهم الأطراف ببيع الملكية الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. كما قضت المحكمة العليا في القرار رقم 91439 المؤرخ في 1992/10/28⁽²⁾، بأن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك، والفصل في كل المنازعات لاسيما فيما يتعلق منها بتكوين الحصص، ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم -المطعون فيه- التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم خالفوا بذلك القانون وعرضوا قرارهم للنقض. كما أن الثابت قانوناً وقضاء -في القرار رقم 188.189 المؤرخ في 1998/04/21⁽³⁾، أن قسمة التركة تتم وفقاً للقانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، ومن المقرر قانوناً أن القسمة تجري بطريق الاقتراع بعد تكوين الحصص، وتثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين، يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن قضاة الموضوع عندما اكتفوا بالمصادقة على الخبرة من دون التطرق للاقتراع ودون فرز الأنصبة وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

(1) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 54.

(2) أنظر، المرجع نفسه، سنة 1994، العدد الثالث، ص 18.

(3) أنظر، نفس المرجع، سنة 2000، العدد الأول، ص 174.

هذا ويجوز للشركاء أن يطلبوا أن تكون القسمة بطريق التجنيب، حتى ولو لم يثبت تعذر القسمة على أساس الحصص، شرط إجماع الشركاء على هذا الطلب، وذلك لأن القيد التشريعي هنا - وهو ترتيب استعمال وسيلتي القسمة العينية: قسمة الحصص أولاً، ثم التجنيب ثانياً - قصد به حماية مصالح الشركاء، فإذا هم أجمعوا على عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم، وقد يكون التجنيب بمعدل متى تفاوتت تحديد الحصص، فيلتزم بالمعدل من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكثر من نصيبه، ويمكن تعريف المعدل بأنه: "عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذي نال نصيباً أو جزءاً مفرزاً أزيد من نصيبه يدفعه إلى الشريك الذي نال نصيباً أو جزءاً مفرزاً أقل من نصيبه، وذلك على سبيل التعويض عما نقص من حصته أو من الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، والدائن بهذا الالتزام - أي المعدل - هو الشريك الذي وقعت في نصيبه الحصة الأصغر، أو من آل إليه الجزء الأقل قيمة، تعويضاً له عن النقص في نصيبه، ويكون هذا المعدل مضموناً بامتياز المتقاسم، والملاحظ أن الاستعانة بالمعدل في القسمة يعد استثناءً كما هو ظاهر من نص المادة 725 / الفقرة 02 من القانون المدني، لا يجوز الالتجاء إلى هذه الطريقة إلا عند الاقتضاء"⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن الفقه القانوني قد أجمع على أن العبرة في تحديد قيمة المال الشائع أياً كانت طريقة القسمة، هي بوقت إجراء القسمة، لأنه في هذا الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفرزة للحصة أو الجزء الذي آل إليه، ولأن وقت إجراء القسمة هو الوقت الوحيد الذي سوف نضمن به تحقيق المساواة بين الشركاء، وحصول كل شريك في هذا المال على ما يعادل حصته الشائعة، ومن ثم فإنه لا عبرة بقيمة المال عندئذ الشيوع، ولا عند رفع دعوى القسمة، ولا وقت صدور الحكم⁽²⁾.

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد؟ إذ يمكن القول بوجه عام، أنه لا يصح للقاضي أن يلجأ إلى إنشاء حق جديد، رغم معارضة بعض الشركاء، إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة المحافظة على قيمة المال الشائع، أما إذا

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 449.

(2) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 238.

أمكننت القسمة عينا، أو أمكن بيع المال في المزاد، بغير إنشاء حقوق جديدة، ودون أن يترتب على ذلك نقص كبير في قيمة المال، فلا يصح للقاضي أن ينشئ حقا جديدا⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بحق الارتفاق، يصح للقاضي أن يقسم العقار الشائع أجزاء، ويقرر لأحد الأجزاء حق ارتفاق على جزء آخر أو على الأجزاء الأخرى، إذا اقتضى ذلك حسن الأشغال وكان من المتعذر بيع العقار بالمزاد جملة واحدة لصعوبة العثور على مشتر يقبل شراء العقار كله في مقابل ثمن مناسب لقيمته، وقد استقرت أحكام القضاء على ذلك⁽²⁾.

ما فيما يتعلق بحق الانتفاع، فلم يعرض في العمل قضية أثير فيها البحث في جواز تقريره، وقد كان من الجائز في القانون الروماني إنهاء الشيوع بتقرير حق انتفاع لأحد الشركاء وملكية الرقبة لشريك آخر، ولكن الفقه الفرنسي التقليدي كان يذهب إلى أن في ذلك تجاوزا لسلطة القاضي، وقد رأى البعض أنه إذا توافرت الشروط المتقدمة، من حيث ضرورة الالتجاء إلى إنشاء حق الانتفاع حفظا لقيمة المال الشائع، فلا يوجد ما يحول دون جواز ذلك، وإن كان من النادر عملا أن تتوافر هذه الشروط فيما يتعلق بحق الانتفاع.

وأما عن إنشاء حق إيجار لأحد المتقاسمين في عقار يختص به متقاسم آخر، فيثور البحث فيه بوجه خاص في حالة ما إذا كان صاحب المحل التجاري مالكا للعقار الذي باشر فيه تجارته، ويقتضي الحال بعد وفاته أن يختص أحد ورثته بالعقار، وأن يختص وارث آخر بالمحل التجاري، فإذا مخ يمنح من اختص بالمحل التجاري حق إيجار في العقار الذي اختص به المتقاسم الآخر، فيترتب على ذلك في كثير من الأحيان إنقاص قيمة المحل التجاري، إذ أن جانبا كبيرا من العملاء يتوقف على موقع المحل، وأما عن تقسيم العقار الشائع إلى طبقات أو شقق بحيث يختص كل متقاسم بطبقة أو شقة وتبقى الأجزاء المشتركة شائعة بينهم شيوعا إجباريا، فقد اختلف فيه القضاء الفرنسي -كونه مصدر هذا التنظيم الحديث-، أما الفقه فالأغلبية ترى جوازه، وقد ذهب بعض الأحكام إلى أنه لا يصح الالتجاء إلى بيع العقار في المزاد إذا كان في الإمكان قسمته إلى طبقات أو شقق، على اعتبار أن هذه القسمة عينية ولا يصح العدول عنها مادامت ممكنة إلى قسمة

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص127.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التصفية، ويرى البعض أن في هذا القضاء مغالاة، ذلك أن قسمة المنزل إلى طبقات أو شقق لا تؤدي إلى إفراز كامل، بل تبقى الأجزاء المشتركة في الشيوع، فهي تؤدي إلى أن تنشأ بجانب الملكيات المفروزة للطبقات أو الشقق في الأجزاء المشتركة، وهي ملكية شائعة شيوعاً إجبارياً، وتخضع لتنظيم خاص، ولذلك فلا يصح الالتجاء إلى هذا الطريق إلا إذا تعذرت قسمة التصفية، بأن كان من المتعذر العثور على مشتر للعقار كله بثمن مقبول⁽¹⁾. وهذا ما يمكن التقرير به في المرحلة الأولى من مراحل القسمة العينية وهي قسمة الملكية الشائعة إلى حصص أو تحديدها، للنقل إلى الحديث عن المرحلة الثانية وهي مرحلة الفصل في المنازعات التي قد تثور بصدد القسمة.

ثانياً: الفصل في المنازعات

تنص المادة 726 من القانون المدني على أن:

"تفصل المحكمة في المنازعات، وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

فإذا أودع الخبير المنتدب في المحكمة لإجراء القسمة تقريره، حددت المحكمة جلسة لنظر المنازعات التي يبيدها الخصوم بشأن القسمة، ويتبين من هذا النص أن المنازعات التي قد تثور بين الشركاء يجب الفصل فيها قبل المضي في دعوى القسمة وهي على قسمين جاء ترتيبها في النص المذكور على الشكل الآتي:

القسم الأول: المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص.

القسم الثاني: المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص.

والجدير بالملاحظة هنا، أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري، فإنه لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقسمة بصفة عامة، سواء ما تعلق منها بتكوين الحصص أو ما تعلق منها بالمنازعات المتعلقة بأصل ملكية الشريك لحصته الشائعة، وما يقوم حوال ذلك من منازعات بين الشركاء المشتاعين.

إذ تنص المادة 838 من القانون المدني المصري على أن:

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص 128-129.

"نفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات".

فمن المبادئ التي قررتها محكمة النقض "أن اختصاص محكمة المواد الجزئية الاستثنائي في دعاوى القسمة قاصر على المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادي، ومتى كان النزاع الذي أثير في الدعوى أمام محكمة الموضوع يدور حول طبيعة الشئوع في السلم المشترك، وما إذا كان هذا الشئوع عاديا أو إجباريا وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضي المواد الجزئية نوعيا، إذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه كما قدرها الخبير المنتدب في دعوى القسمة وباتفاق الطرفين، تجاوز نصاب تلك المحكمة، مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه..."⁽¹⁾.

بينما المشرع الجزائري، لم يورد مثل هذه الأحكام لاسيما وأن التنظيم القضائي الجزائري -كما سبق بيانه- يبدأ من المحكمة الابتدائية، ثم المجلس القضائي، ثم المحكمة العليا، ولا يتضمن ما يعرف بالمحكمة الجزئية الموجودة في التنظيم القضائي المصري، وعليه فإن الاختصاص النوعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، فإنها تعرض كلها على المحكمة لكي تفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، وذلك ما اتضح لنا خلال تلاوة نص المادة 726 آنفا، والتي يقصد فيها بكلمة "محكمة"، المحكمة الابتدائية التي يبدأ بها هرم التنظيم القضائي الجزائري، وفيما يلي تحديد مضمون كلا القسمين من المنازعات التي يمكن أن تثار بصدد القسمة.

(1) أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، مصر، الأزاريطة، المكتب الجامعي الحديث، الجزء الخامس، 2001، ص 113.

القسم الأول: المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص

وهي المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص من قبل الخبير المنتدب، ويلحق بها المنازعات التي تتعلق بتجنيب نصيب الشركاء أو تحديدها، ومثل هذه المنازعات:

- ادعاء أحد الشركاء أن الحصص التي كونها الخبير غير مساوية.
 - ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن تقسيم المال بطريقة أفضل من الطريقة التي حددها الخبير.
 - ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن للخبير إجراء القسمة العينية بدون معدل.
 - ادعاء أحد الشركاء أن المعدل الذي قدره الخبير غير مناسب (منخفض أو مغالي فيه).
 - ادعاء أحد الشركاء أن النصيب الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق.
 - ادعاء أحد الشركاء أنه كان يمكن تجنيب نصيبه بطريقة أفضل.
- ولا يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية - حسب المشرع المصري - في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو بإجراء التحديد إلا عند الطعن في الحكم المنهي للخصومة وهو الحكم الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه في المال المفرز، وأن هذا النوع من المنازعات يدخل في إجراءات القسمة، ولما كانت المحكمة الجزئية تختص بكافة المنازعات التي تتعلق بإجراءات القسمة أيا كانت قيمة المال الشائع، ومن ثم فهي تختص بالفصل في هذه المنازعات، فإذا فصلت المحكمة في المنازعات المذكورة فإنها تمضي في نظر الدعوى⁽¹⁾.

القسم الثاني: المنازعات الأخرى

فالنوع الثاني من المنازعات التي قد تثار بين الشركاء، ولا تتعلق بتكوين الحصص أو بالتحديد، وكلها تدور حول الملكية وأصل ملكية الشريك لحصته الشائعة ومثال ذلك:

- ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر لا يملك شيئاً من المال الشائع، ويجب استيعاده.

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص 131-132.

- ادعاء أحد الشركاء أن له حصة أكبر في المال الشائع من الحصة التي يقر بها باقي الشركاء، كأن يدعي أن له الثلث 1/3، فينازعه باقي الشركاء مدعين أن له الربع.

- ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر تصرف في حصته لأجنبي ومن ثم لم يعد مالكا ولا يجوز له الدخول في القسمة.

وكل هذه المنازعات لا تتعلق بتكوين الحصص، وإنما هي منازعات جدية، ويؤول الاختصاص بالفصل فيها إلى المحكمة التي تفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، وتقدير جدية المنازعة هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة، وفي حالة إثبات عدم جدية المنازعة كان على المحكمة الالتفات عنها والسير في الدعوى، وفي هذا حكم القضاء بأن لقاضي القسمة تقدير جدية المنازعة في الملك التي تثار أمامه، حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه، وهذا التقدير يقتضي حتما بحث أوجه المنازعة ووزن أسانيدھا لا للفصل في موضوعها وإنما للوصول إلى قرار بتأخير الفصل في القسمة أو للسير في إجراءاتها، وتقدير جدية المنازعة في الملك المثارة في دعوى القسمة هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها للمحكمة العليا مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن الحق في التمسك بوقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية، مقرر لصالح الخصم الذي ينازع في الملكية، وهو دون باقي الشركاء الذي يحق له التمسك بوقف الدعوى، ففي حالة وجود منازعات أثناء إجراء القسمة أي أثناء تكوين الحصص أو تحديدها، أو إنكار صفة أحد الشركاء المشتاعين الداخليين في القسمة، فإن المحكمة تختص بالفصل فيه قبل أن تتعرض إلى الفصل في دعوى القسمة، أي يجب في

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص134.

هذه الحالة أن تصدر حكما بصحة أو عدم صحة تكوين الحصص التي حددها الخبير في مشروع القسمة⁽¹⁾.

وعلى المحكمة أن تقوم بالتحقيقات اللازمة لمعرفة كيفية وطريقة القيام بتكوين الحصص على أصغر نصيب، والتأكد من صحة الشركاء المتقاسمين قبل أن تصدر الحكم، وإن اقتضى الأمر أن تأمر المحكمة باستدعاء الخبير أو الخبراء للمثول أمامها، لتوضيح كيفية قيامه أو قيامهم بأعمال الخبرة، والوثائق التي تم الاعتماد عليها في ذلك بحضور أطراف النزاع ودفاعهم، وأن يقوم كاتب ضبط المحكمة بتحرير محضر بذلك للرجوع إليه عند الحاجة⁽²⁾.

وحسب القانون (08/95) المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، فإن الخبير المنتدب مكلف بإجراء مشروع قسمة للعقار محل التقسيم بين طالبي القسمة، وبالتالي ينحصر عمله في الانتقال إلى العقار محل القسمة بحضور الأطراف بعد دعوتهم قانونا عن طريق المحضر القضائي، ومعاينته وضبط مساحته ومعالمه، والقيام بتقسيمه حصصا حسب أصغر نصيب، ووضع خريطة تبيانته له، ولا يستطيع الخبير أن يخصص أو يحدد الحصص بالاسم أو الرمز، كما يحدث عمليا بالقول:

-إننا أعطينا لفلان القطعة ذات اللون الأخضر الحاملة لحرف (أ) من التقرير.

-وأعطينا لفلان القطعة ذات اللون الأزرق الحاملة لحرف (ب).

-وأعطينا لفلانة القطعة ذات اللون الأحمر الحاملة لحرف (ج)، ... وأعطينا للباقي

من الأطراف القطعة ذات اللون الأصفر الحاملة لحرف (د) لأنهم فضلوا البقاء في الشيوع فيما بينهم، وعليه فإن مثل هذا التعيين أو التحديد يتنافى وعمل الخبير الذي يلزمه القانون بتقديم رأي فني للمحكمة أي هل يقبل العقار القسمة أم لا؟ وكيف تتم قسمته؟ وذلك يتم عن طريق تكوين الحصص حسب أصغر نصيب، لا أن يقوم الخبير بقسمته بنفسه قبل أن

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص116.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يصل عمل خبرته إلى المحكمة، ومتى كان الأمر كذلك فقد خرج الخبير عن مهمته وحل محل القاضي، وذلك عمل غير مقبول من الناحيتين الشرعية والقانونية⁽¹⁾.

وكما سبق الفصل في أن الجهة القضائية المطروح عليها دعوى القسمة هي القسم العقاري لدى المحكمة الابتدائية على ضوء التنظيم القضائي الجزائري، بحيث يكون القسم المذكور مختصا بالفصل نوعيا في جميع المنازعات المتعلقة سواء بتكوين الحصص أو بأصل الملكية المراد قسمتها، أو بصفة الشركاء المشتاعين الذين يريدون القسمة وإفراز أنصبتهم قصد الخروج من حالة الشروع، وهو ما جاء في قضاء المحكمة العليا، فقد جاء في القرار رقم 65.223 المؤرخ في 17/12/1990⁽²⁾، بأن المحكمة تفصل في جميع المنازعات المعروضة عليها، وخاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص، خاصة وأن الأطراف مازالوا في حالة شروع، يكونون قد خالفوا القانون.

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر رقم 242.694 المؤرخ في 14/03/2001⁽³⁾، بأنه في حالة تعذر قسمة المال الشائع عينا فإنه يلجأ إلى البيع في المزااد العلني، وإن قضاة الموضوع لما قضوا ببيع العقار المشاع بالمزااد العلني من دون أن يطلبه الأطراف، ودون مراعاة اقتراحات الخبير، ومن دون أن يبرروا اختيارهم لهذا الحل، ومن دون أن يبينوا العناصر المعتمد عليها في ذلك، ولم يحالوا أن يأخذوا رأي الطرفين في الحلول الأخرى التي اقترحها الخبير، فإنهم بذلك يكونون قد خرقوا المادة 728 من القانون المدني، كما أنهم قد خالفوا أحكام المادة 727 من ذات القانون، التي تفرض إجراء القرعة لقسمة الأملاك الشائعة، بعد أن يكون الخبير الحصص، علما بأن المادة 728 من القانون المدني تقترح البيع في المزااد العلني في حالة ما إذا تعذرت قسمة

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 117.

(2) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 71.

(3) أنظر، المرجع نفسه، لسنة 2002، العدد الأول، ص 152.

المال الشائع عينا، وبقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

كما جاء في القرار رقم 46.589 المؤرخ في 1987/12/07⁽¹⁾، بأن القضاء ببيع الملكية الشائعة بالمزاد العلني، في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه رغم مطالبة الشركاء بقسمتها يعد خرقا للقانون، وإن الحكم ببيع الملكية الشائعة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه بتقسيمه على مالكيه، وفي الوقت الذي يطالب فيه أغلبهم بقسمته، يعد إضرارا بهم وحرمانهم منه دون موجب، ولما كان من الثابت أن الطاعنين أبديا رغبتهم في تقسيم العقارين اللذين ورثاهما المطعون ضدتهما، وأن الخبير الذي عينته المحكمة جعل للتقسيم عدة حلول، وذلك بإجراء عملية تعويض بين الإخوة، فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف، ومن جديد الأمر ببيع الملكية الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني خرقوا القانون، فقضت المحكمة العليا في القرار -ودائما تدعيما لما سبق بيانه- في القرار رقم 91.439 المؤرخ في 1992/10/28⁽²⁾، بأن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك، والفصل في جميع المنازعات لاسيما ما يتعلق منها بتكوين الحصص، ولما أغفل قضاة الموضوع التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم خالفوا بذلك القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

ثالثا: الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز

تنص المادة 727 من القانون المدني على أن:

"تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

فيتضح من النص، أنه عندما تفصل المحكمة نهائيا في المنازعات التي أثّرت فيما بين الشركاء، وبعد أن يقوم صاحب المصلحة بإعادة السير في الدعوى، بعد أن كانت

(1) أنظر، نفس المرجع، سنة 1990، العدد الرابع، ص 54.

(2) أنظر، المرجع نفسه، سنة 1994، العدد الثالث، ص 18.

المحكمة قد أوقفت الفصل فيها حتى يتم الفصل نهائيا فيما أثير من نزاع بين الشركاء المشتاعين، وأصبح حق كل شريك في المال الشائع المراد قسمته خاليا من النزاع، فإن القيام بتحريك دعوى القسمة يتطلب التمييز بين فرضين⁽¹⁾:

الفرض الأول: لا يبقى أمام المحكمة إلا أن تصدر حما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه، وقد يلزم أحد الشركاء المتقاسمين بدفع مبلغ معدل إلى شريك آخر أو أكثر.

الفرض الثاني: أن المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص، وبذلك يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء، كل بقدر نصيبه، ولما كانت الحصص التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة، فإن توزيعها يكون بطريق القرعة لتعيين الحصص، حتى يطمئن الشركاء المتقاسمون إلى أن فرصهم متساوية، ومن ثم تجري المحكمة القرعة بين الشركاء، فإذا كانت الحصص مثلا ثمانية، وكان الشركاء ثلاثة، فكان لشريك واحد حصة واحدة، ولآخر ثلاث حصص، وللشريك الثالث أربع حصص، وضعت في القرعة ثمانية أوراق مرقمة من الواحد (1) إلى الثمانية (8)، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك، ثم يختار الشريك الأول ورقة واحدة، ويختار الشريك الثاني ثلاث ورقات، ويختار الشريك الثالث أربع ورقات، فيستحق كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه، ولو ترتب على ذلك أن تفرقت حصة الشريك، ولكن للشركاء بعد القرعة أن يتفقوا على البديل بمعدل أو بدون معدل، وحتى تمت القرعة أثبتت المحكمة إجراءاتها بمحضر الجلسة ثم تقضي بتحديد حصة كل شريك⁽²⁾، أي تصدر

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص121.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص928.

حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز الذي أوقعته القرعة في نصيبه.

هذا ويشهر الحكم الصادر بإجراء القسمة بطريق التسجيل لدى المحافظة العقارية المختصة لتتولى مراجعته والتأشير عليه بالصلاحية للشهر، ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر، وأما عن أثر شهر الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز بالقسمة، فإن هذه القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيلها، فلا أثر لتاريخ إبرام عقد القسمة أو تاريخ صدور حكم نهائي بها إلا أن يكون هذا العقد أو الحكم مقرر الملكية المتقاسم لا منذ تاريخ حصول القسمة ولكن منذ تملك المتقاسم أصلاً على الشيوع، فالجزاء المترتب على عدم تسجيل القسمة مقصور على عدم سريان هذه القسمة في مواجهة الغير⁽¹⁾.

وقضت المحكمة العليا في قرار سبق ذكره آنفاً، أنه في حالة تعذر قسمة المال الشائع عينا بكل الخطوات والمراحل السابق بيانها بالتفصيل-، فإنه يلجأ إلى البيع في المزاد العلني، وهو الشكل الثاني من أشكال القسمة القضائية التي يلجأ إليها، وهي القسمة بطريق التصفية، وفيما يلي بيان إجراءاتها.

الفرع الثالث: إجراءات القسمة القضائية بطريق التصفية

ويقصد بالقسمة بطريق التصفية، بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني، وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع، وذلك إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته⁽²⁾، ويبيع هذا الملك الشائع بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة بالأصل على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع، وذلك بنص المادة 728 من القانون المدني على أن:

(1) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق الذكر، ص 122-123.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 915.

"إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

ويتقرر البيع بالمزاد على أساس المبلغ الذي حدده الخبير لينطلق هذا البيع، ويعين قاض من طرف رئيس المحكمة، والذي تقدم له عريضة لتحديد تاريخ عمليات البيع بالمزاد، وعندما يحدد تاريخ البيع يجب وضع دفتر الشروط لدى كتابة ضبط المحكمة في ظرف 15 يوما، كما تنص على ذلك المادة 747 ق.إ.م.إ، وينبه المدعى عليهم على البيع بالمزاد وعن تاريخه ثمانية أيام قبل الجلسة، وعليهم تقديم ملاحظاتهم إلى آخر يوم للبيع للاطلاع على دفتر الشروط الذي يقدم للقاضي المكلف بالإجراء ليفصل في هذا الحدث إما بالرفض الرجعي أو في حال تعرض جدي لصلاح المعارضين، وهذا الحكم بالرفض أو بالقبول للتعرض يدخل في آخر دفتر الشروط، وعند انتهاء العملية، يدرج المحضر القضائي إعلانا على صفحات جرائد محلية أو جهوية خلال الثمانية أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع قائمة شروط البيع طبقا للمادة 748 و 750 من ق.إ.م.إ وفي ظرف 30 يوما على الأكثر و 20 يوما على الأقل يحضر المحضر القضائي مستخرجا من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعا منه، ويقوم بنشر الإعلان على الباب الرئيسي للعقار المراد بيعه وكذا في قصر العدالة في الإطار الخاص بهذا الغرض⁽¹⁾، وفي الجرائد اليومية والوطنية ...، وعند يوم الجلسة، وإذا حصل بعد المناداة على القضية، أن لم يتقدم أحد بأي عرض أو تبين بوضوح أن العروض غير كافية، تؤجل المزايدة إلى جلسة أخرى، هذا ما تنص عليه المادة 753 من ق.إ.م.إ، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى إعلان جديد، وحكم التأجيل هذا يدرج في دفتر الشروط فيما بعد، وأثناء الجلسة المؤجلة يحظر هذه المرة المزايدون الذين يقدمون طلبات مطابقة لمبلغ انطلاق المزاد أو أعلى منه، ويعتبر البيع قد تم بعد إطفاء الشمعات الثلاثة الموقودة تباعيا ولمدة

⁽¹⁾ Said Belkheir, Succession partage, vente sur licitation, Alger, Edition Zakaria, 1^{er} édition, 1992, PP 22-23.

دقيقة بين الواحدة والأخرى، ويكون هذا البيع للذي قدم أكثر وآخر المزايدين⁽¹⁾، ويدفع ثمن البيع ومصاريف المتابعة لكاتب الضبط في مدة 20 يوما، وفي التطبيق يدفع الثمن فوراً أو في نفس اليوم لتفادي عملية إعادة البيع بالمزاد.

وحكم البيع بالمزاد لا يصبح نهائياً إلا بانتهاء مدة 20 يوماً، وهذه المدة لكي يتمكن كل واحد من يزايد بقيمة 6/1 لثمن البيع زيادة عن المصاريف والرسوم، ويتعهد فيه أن يبقى مزايد قابل لشرط ثمن البيع مع زيادة 6/1 في المصاريف والرسوم، والإعلان عن طلب عرض المزايدة يكون متبوعاً بإيداع الثمن والمصاريف إلى حين انتهاء العملية، والنص قد سكت على إيداع الثمن في حالة ما إذا أودع المزايد الأول الثمن والمصاريف، وهل هذه المبالغ ترجع له، وهذه الطريقة التي تتفادى بها المزايدة جديدة والتي تؤدي إلى المزايدة إلا بدفع الثمن، والمتزايد المتخاف هو الذي يتولى المصاريف والفرق، يعد البيع في مزايدة جديدة بين الثمن الذي تقدم به والثمن الناتج عن البيع الجديد دون المطالبة بالفرق التي تحدث في البيعين، وعندما ينتهي البيع، يصبح الحكم نهائياً ويعتبر سنداً للملكية بالنسبة للمزايد شريطة النشر.

فإذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية غير ممكنة، كما لو كان منزلاً معداً لسكن أسرة واحدة، أو حمام، بئر، حائط، أو طريق فاصل بين ملكين مجاورين...⁽²⁾، فإنها - المحكمة - تأمر ببيع المال الشائع بالمزاد العلني، وذلك بالطرق المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المادة 747 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يثبت هذا الشرط هو الخبير الذي تعينه الجهة القضائية للقيام بمشروع القسمة، فقد قضت المحكمة العليا في القرار رقم 33.797 المؤرخ في 1984/11/05، بأنه إذا كان واضحاً أنه لم يثبت إلى حد الآن أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة، فإن قضاة الاستئناف عندما قضوا بصرف الأطراف، للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليتبين عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل القسمة حقيقة كما يزعم الطاعنون،

(1) محمد حسنين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية، الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى 1984، ص 200.

(2) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، المرجع السابق الذكر، ص 349.

كانوا على صواب فيما قضوا به، وأسسوا قرارهم تأسيساً قانونياً، ولذلك استوجب رفض الطعن.

وقد استحدث المشرع الجزائري مهنة محافظ البيع بالمزايدة، بموجب القانون رقم (02/96) المؤرخ في 10/01/1996، وجعلها مهنة حرة، وأن صاحبها له صفة الضابط العمومي، ولكنه يعمل لحسابه الخاص، مع التذكير بأن قانون الإجراءات المدنية لم يتضمن إجراءات خاصة لبيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته، إلا إذا كان المال عقاراً، فيباع بالمزايدة طبقاً لقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين، ووفقاً للأحكام الخاصة بزيادة السدس (6/1) وإعادة البيع على مسؤولية المشتري المتخلف، والأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد⁽¹⁾.

وإذا كان الأصل لجواز لأي شخص التقدم للمزايدة، سواء كان شريكاً أو شخصاً من الغير، فإن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل حيث خول بمقتضى المادة 728 من قانون المدني للشركاء فقط الحق في أن تقتصر المزايدة عليهم إذا اتفقوا على ذلك بالإجماع، وفي هذه الحالة تأمر المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسوا المزاد على أحدهم، ويكون رسو المزاد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، وإذا لم يتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم، ومع ذلك رسي المزاد على أحدهم، كان هذا أيضاً قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسي المزاد على أجنبي كان هذا بيعاً فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد، أما في علاقة الشركاء في ما بينهم، وبالنسبة لدائنيهم فإن رسو المزاد على الأجنبي ليس إلا إجراء تمهيدياً لقسمة الثمن المتحصل من المزاد، والحكم يختلف⁽²⁾ حيث:

- إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء، يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية.

- إذا كان الراسي عليه المزاد أجنبياً، يكون رسو المزاد بيعاً عادياً.

(1) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 217.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 126.

هذا ويتم البيع بأمر يصدره القاضي، إذا لم يكن هناك منازعة في البيع وضرورته، أما إذا نازع في البيع وضرورته أحد من الشركاء، فلا بد من حكم قضائي تصدره المحكمة بعد النظر في النزاع الذي يثور حول ضرورة البيع، أما عن آثار قسمة التصفية، فيختلف الأثر المترتب على قسمة التصفية باختلاف من يرسو عليه المزاد، أهو أحد الشركاء أو أجنبي:

الحالة الأولى: إذا كان الراسي عليه المزاد أحد الشركاء، وذلك بموجب اتفاق بين الشركاء على أن تقتصر المزايدة عليهم، فإن رسو المزاد في هذه الحالة يعتبر قسمة بطريق التصفية وتترتب عليه آثار القسمة لا البيع، وأهم هذه الآثار اعتبار حكم مرسى المزاد كاشفاً لحق الشريك الذي رسا عليه المزاد، لا منشأً له، كما أن تسجيل الحكم في القسمة لا يكون لازماً لنقل الملكية إلا بالنسبة للغير، وذلك باعتباره حكماً مقرراً للملكية، كما أن رسو المزاد على أحد الشركاء يترتب عليه أن يكون الثمن مضموناً بامتياز المتقاسم، وتطبق عليه أحكام القسمة بالنسبة لما يتعلق بضمان الاستحقاق⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا لم يجمع الشركاء على قصر المزايدة فيما بينهم، فقد يرسو المزاد على واحد منهم، وقد يرسو على شخص من الغير، فإذا رسى المزاد على واحد منهم كانت أيضاً قسمة بطريق التصفية. أما إذا رسى المزاد على أجنبي عن الشركاء، فيعتبر رسو المزاد بيعاً ناقلاً لملكية الشيء إلى الراسي عليه المزاد، وذلك لأن الراسي عليه المزاد يعتبر في هذه الحالة أنه اشترى المال بالنسبة لكل الشركاء، ومن ثم فتطبق على علاقة الأجنبي بالشركاء أحكام البيع، ومع ذلك فإن رسو المزاد على أجنبي -بالنسبة للعلاقة بين الشركاء- يعتبر إجراءً تمهيدياً لقسمة الثمن، وأن الحكم بقسمة الثمن هو قسمة كالحكم

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 468.

بالقسمة العينية، تترتب عليه آثار القسمة، وبناء على تكييف رسو المزاد على ذلك لزوم التسجيل لنقل الملكية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، كما يترتب على ذلك أيضا أن الثمن يكون مضمونا بامتياز البائع، وتطبق عليه أحكام البيع بالنسبة لما يتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية.

ومع ذلك فقد شكك البعض في اعتبار رسو المزاد بطريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة، لا آثار البيع، والواقع فهم يرون أن اختلاف الراسي عليه المزاد لا يترتب عليه اختلاف تكييف رسو المزاد، فرسو المزاد يعتبر دائما بيعا يترتب عليه آثار البيع لا آثار القسمة، ولو كان الراسي عليه المزاد هو أحد ملاك الشيء الذي يتم بيعه بالمزاد، أما القسمة فتتمثل دائما في اقتسام الثمن الذي رسا به المزاد⁽¹⁾.

ويجب التنويه أنه سواء كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء أو أجنبيا، فإن التسجيل في الشهر العقاري أمر واجب ولازم لنقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير طبقا لما سبق ذكره، حيث تنص المادة 62 من المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم (132/93) المؤرخ في 1993/05/19 على أن:

"كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، ويجب أن يصادق موثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية، على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف، في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء".

وينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم، وذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 من المرسوم (63/76) المذكور أعلاه.

(1) المرجع نفسه، ص 469.

وهذا مجمل ما يمكن قوله في الطريقة الأولى من طرق قسمة الملكية الشائعة، وهي القسمة النهائية من حيث شروط وإجراءات شكلها -العينية وبطرق التصفية- على ضوء القانون والقضاء الجزائيين، لننتقل ضمن المبحث الموالي إلى تحليل مضمون الطريقة الثانية من طرق قسمة المال الشائع وبنفس الخطوات وهي قسمة المهايأة التي هي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية يقصد بها تنظيم الانتفاع بالملكية الشائعة، وفيما يلي تفاصيل ذلك.

المبحث الثاني: الإطار القانوني للقسمة المؤقتة

وتكون القسمة مؤقتة، إذا وردت على الانتفاع بالمال الشائع، وليست على ملكيته، فهي قسمة لا تنهي حالة الشيوع، بل تقتصر على تنظيم كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع باتفاقهم جميعاً على طريقة خاصة بذلك، ولذلك يطلق عليها بقسمة المنفعة أو قسمة المهايأة.

فقسمة المهايأة أو المنفعة ترد على الانتفاع بالمال الشائع، وليس على ملكيته ويلجأ إليها الشركاء لتفادي مشاكل وإجراءات إدارة المال الشائع، سواء عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بكل الشيء الشائع زماناً محدداً وهو ما يسمى بالمهايأة الزمانية، أو عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بجزء معين من الشيء الشائع، وهو ما يسمى بالمهايأة المكانية، وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من القسمة في المواد من 733 إلى 736 من القانون المدني، وعلى ضوء ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول مفهوم القسمة، بوضع تعريف دقيق لغوي، اصطلاحي وقانوني لها، وكذا تحديد طبيعتها القانونية وصفتها، ثم نعالج في المطلب الثاني أحكام قسمة المهايأة بشكليها المكانية والزمانية وآثارها.

المطلب الأول: مفهوم القسمة المؤقتة (قسمة المهايأة)

والمهايأة هي عبارة عن قسمة منافع المال المشترك على وجه يضمن لكل شريك وصول حقه إليه في منفعة⁽¹⁾، وتسمى بقسمة المنافع أو القسمة المؤقتة، فكلاهما يطلق على الآخر، فيقال: (وقسمة المنافع عند الجميع بالمهايأة)، ويقال أيضاً (المهايأة طريقة لقسمة المنافع)، وللمهايأة تعاريف في اللغة وغفي اصطلاح الفقهاء وفي القانون، نتفحصها ضمن الفرع الأول من هذا المطلب، ونحدد تكييفها القانوني ضمن الفرع الثاني، وعلى صفتها ومختلف أشكالها بإيجاز في الفرع الثالث.

(1) علي الخفيف، المرجع السابق الذكر، ص 256.

الفرع الأول: تعريف المهايأة

أولاً: المهايأة في اللغة

هاء الأمر، يهيء وتهياً، أخذ له هيئته، وهياً الأمر تهيئة، وتهي، أصلحه فهو مهياً، وتهايئوا على كذا أي تمالؤوا عليه، والمهايأة بتحقيق الهمزة وتسهيلها⁽¹⁾.
والمهايأة في اللغة، مفاعلة ومشاركة، وهي مأخوذة من الهيئة، وهي الحال الظاهرة للمتهيء للشيء، ففيها كل من الشريكين يرضى بهيئة واحدة، ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الأول⁽²⁾.
والمهايأة: الإعداد والتجهيز، وهو أن يهيء كل واحد لصاحبه ما شرط له، يقال هياً الشيء لصاحبه إذا أعده وجهزه، وأصلحه له، فهي لغة: أن يتواضع الشريكان على أمر، ويتراضيا، وقيل: تهيأ القوم تهايؤوا من الهيئة، جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوية فيكون معنى المهايأة: المناوبة، وفي المهايأة ثلاث لغات:
- إحداهما: المهايأة بالياء، لأن كل واحد من الشريكين هياً لصاحبه ينتفع به ودفعه له.
- ثانيها: المهانأة بالنون، لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه إليه.
- وثالثها: المهابأة بالباء، لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستماع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة⁽³⁾.

ثانياً: المهايأة في اصطلاح الفقهاء

بيننا فيما سبق، أن المهايأة تعتبر طريقاً لقسمة المنافع، ومعناها المنكوبة، ولهذا نجد معظم الفقهاء لا يصغون لها تعريفاً، ويكتفون بذكر جواز قسمة المنافع عن طريق المهايأة، أي المنكوبة، ولكن بعض الفقهاء قد وضع لها تعريفاً، فقد عرفها بعض الحنفية: "المهايأة هي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا بالنصف المفرز، وذلك بذاك النصف أو هذا بأكمله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول".
ولكن المالكية كانوا أكثر دقة في تعريفهم للمهايأة بما يبين حقيقتها، فعرفها بأنها:

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 195.

(2) محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق الذكر، ص 226.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 195-196.

"اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار، أو متعدد كدارين، بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم، وبناء عليه:

تعين الزمن شرط، إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت المهايأة"⁽¹⁾.

ثالثاً: قسمة المهايأة في القانون المدني

لم يتعرض القانون المدني لتعريف قسمة المهايأة، جريا على الأغلب الأعم من عدم ذكره للتعريف، على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح، ويقصد بقسمة المهايأة أي "القسمة التي ترد على منفعة العين، وليس على العين ذاتها، فيستأثر كل منهم بجزء معين منها يعادل حصته فيها، ويتسنى له من ثم أن يحوز مالا مفرزا ينفرد بإدارته فيستعمله أو يستغله أو يؤجره لغيره"⁽²⁾.

وقد تعددت تعاريف شراح القانون للمهايأة:

فعرفها بعضهم بأنها: "القسمة التي يتناوب فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم، وهي نوعان زمانية ومكانية"⁽³⁾.

وعرفها البعض بأنها: "القسمة التي ترد على الانتفاع بالمال الشائع، مع بقاء الملكية للشركاء كما هي على الشيوع"⁽⁴⁾.

وعرفها آخر بأنها: "اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوع"⁽⁵⁾.

ومن ثم فهي قسمة منافع لا قسمة ملكية، ويقصد من ورائها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، ولهذا لا تنتهي بها حالة الشيوع، كما أن الهدف منها تمكين كل شريك في الملك من قدر من منفعته يتناسب مع حصته، مما يساعد على تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع، وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات⁽⁶⁾.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق الذكر، ص 694.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 198.

(3) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق الذكر، ص 113.

(4) أنور طلبة، المرجع السابق الذكر، ص 128.

(5) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 266.

(6) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص 234.

وبناء على ما سبق، تتحقق قسمة المهايأة باتفاق جميع الشركاء على اختصاص كل واحد منهم، إما بمنافع الشيء لفترة زمنية معينة تعادل حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة الزمانية وإما بمنافع جزء مفرز محدد منه يوازي حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية⁽¹⁾.

ومن ثم يكون محل قسمة المهايأة في القانون، هو المنافع دون الأعيان، فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، ولذلك فهي لا تؤدي إلى إنهاء الشيوع، وهي لا تجري في المثليات، لأنها لا يمكن الانتفاع هبها مع بقاء عينها، ولأنها قابلة للقسمة فلا حاجة للمهايأة عليها، وتكون المهايأة في القيميات التي يمكن الانتفاع بها، مع بقاء عينها كالدار والأرض...، ومن ثم فإنه يجوز أن يتهأيا الشركاء، على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة، ذاك سنة أخرى، أو أن يزرع هذا نصفها، وذاك نصفها الآخر⁽²⁾، غير أنه يشترط في المال المتهايا عليه، أن لا يستهلك بمجرد الاستعمال، فإن كان مما يستهلك بمجرد الاستعمال فلا تجوز المهايأة عليه، والقانون المدني قد أجاز أن يختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع، فيتنازل لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، وذلك تخلصا من المشاكل والصعوبات التي تعوق الانتفاع بالمال الشائع، وبذلك يتهأيا لكل منهم أن يحوز مالا مفرزا، يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به، فله إن كانت دارا أن يسكنها أو يؤجرها، وأن يزرع الأرض أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة، ويوجه عام فللشريك المتهايا أن يستغل ما اختصاص بهم مفرزا من المال الشائع، وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه، ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها، في مقابل أنه هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختصاص به هذا الشريك⁽³⁾.

(1) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص344.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص253.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص816.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة

أولاً: التكيف القانوني لقسمة المهايأة

إن قسمة المهايأة، ليست قسمة بالمعنى الصحيح، لأنها لا تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوع، بل هي مجرد وسيلة لتنظيم انتفاع الشركاء بالمال الشائع، كل بما يوازي حصته، فهي لا تعتبر قسمة نهائية تقضي على الشيوع، وتعمل على أن يستأثر كل شريك بملكية مفرزة، ولكنها تعتبر قسمة وقتية، مقصورة على منافع العين وحدها، مع بقاء حالة الشيوع في الملكية قائمة⁽¹⁾، وبما أنها تعمل على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع أثناء الشيوع، فهي تعتبر في حقيقتها مقايضة الانتفاع بالانتفاع، سواء كان ذلك بمعيار مكاني أو بمعيار زمني، ففي المهايأة المكانية، يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك الانتفاع بباقي الأجزاء، فهي إذن منفعة مقابل منفعة.

وفي المهايأة الزمانية، يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله، فيستقل كل شريك بمنفعة كل المال الشائع، لفترة زمنية محدودة، وفي كل فترة يحصل كل شريك على نصيب باقي الشركاء في الانتفاع، مقابل حصول الشركاء كل في نوبته على نصيبه في هذا الانتفاع، فالمهايأة بذلك عبارة عن مقايضة الانتفاع بالانتفاع⁽²⁾، وهذه المقايضة تعتبر إيجاباً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقداً، ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار، وعلى ذلك والشريك مؤجراً لحصته، ومستأجر لحصص باقي الشركاء، فتكييف قسمة المهايأة يمكن أن تكيف بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية، كما يمكن تكييفها بأنها إيجار، وفي كل الأحوال لا تخضع قسمة المهايأة لأحكام القسمة النهائية، وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار⁽³⁾.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص220.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص821.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص249.

الفرع الثالث: خصائص قسمة المهايأة

الخاصية الأولى: إن المهايأة في القانون تخضع لأحكام عقد الإيجار فيما يناسب طبيعتها، وبناء على ذلك فقد ذهب شراح القانون إلى أن عقد المهايأة عقد ملزم للمتهائين، لا يجوز لأحدهم العدول عنها، فعند الاتفاق على مدة معينة، يجب أن يظل الاتفاق خلالها، فلا يستقل أحدج الشركاء بفسخ القسمة ما لم يحصل الرضاء من الجميع، فقسمة المهايأة لا تفسخ إلا برضاها جميعا.

كما أن الاتفاق على المهايأة يعتبر اتفاقا على البقاء في الشيوع، وبالتالي ليس من حق الشريك المتهائى طلب القسمة النهائية خلال مدة المهايأة، وذلك وفق نص المادة 722 من القانون المدني التي تنص على أن: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ... " فنخلص من ذلك أن قسمة المهايأة -مكانية أو زمانية- ملزمة للجانبين قانونا، فليس لأي من الشريكين أن يستقل بفسخها.

الخاصية الثانية: باستقراء نصوص القانون المدني المتعلقة بالمهايأة، وتعليقات الشراح، يتبين لنا أن الأصل في قسمة المهايأة في القانون المدني أنها لا تتم إلا رضاء - أي بالاتفاق⁽¹⁾.

ومن ثم فلا يجوز الإجبار عليها، أو الاستغناء عن موافقة باقي الشركاء عليها، ولو كانوا قلة، ومقتضى هذا أن قسمة المهايأة مكانية أو زمانية لا تكون إلا رضاء وبالإجماع، فلا تملك القاضي الأمر بها جبرا على بعض الشركاء، واستثناء أجاز المشرع الإجبار عليها في حالة خاصة -تداولهما كالآتي:

1 قسمة المهايأة الرضائية:

وتحصل قسمة المهايأة في الأحوال العادية والغالبة بموجب اتفاق الشركاء عليها، ولذلك يكون الأسلوب الاتفاقي هو الوسيلة الأساسية والعادية لتحقيق المهايأة، فهل يجب أن يتحقق إجماع الشركاء في هذا الاتفاق، أم أنه من الممكن أن يكفي اتفاق الأغلبية؟ حيث يرى جمهور فقهاء القانون المدني أن المهايأة -بنوعيتها- لا يمكن أن تتم إلا باتفاق

(1) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق الذكر، ص344.

الشركاء جميعاً، فلا يكفي فيها الأغلبية بالغة ما بلغت، وأياً كانت ⁽¹⁾، لأن المشرع قد ربط المهاية باتفاق الشركاء، مستعملاً في ذلك صيغة الإطلاق.

ويرى بعض أنصار هذا الرأي ⁽²⁾ أن أن مرجع التشدد في طلب الإجماع في قسمة المهاية، رغم أنها لا تعدو أن تكون ضرباً من إدارة المال الشائع، تلك الإدارة التي تكفي في شأنها موافقة الأغلبية، أن هذه القسمة ضرب خاص من إدارة الشيء الشائع لا يخلو من أهمية وخطورة خاصة في شأن المهاية المكانية، حيث أن دوامها خمس عشرة سنة يقبلها إلى قسمة نهائية.

نقد: ولكن هذا الرأي كان محل نقد من بعض فقهاء القانون ⁽³⁾، ويقول أن هذا الرأي -اشتراط الإجماع-، يدعو للتساؤل، فإن كان وفق هذا الرأي الأساس في تطلب الإجماع في المهاية المكانية هو كونها تنقلب إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشرة سنة، فما هو إذن الأساس في تطلب الإجماع في المهاية الزمانية التي لا تخضع لهذا التحول؟ وإذا كان أصحاب هذا الرأي يبررون الإجماع في المهاية باعتبار أنها ضرب خاص من إدارة الشيء الشائع متصف بالخطورة، فهل هذه الخصوصية وتلك الخطورة أكبر من الخطورة بإعطاء الأغلبية سلطة تعديل الغرض الذي أعد من أجله الشيء الشائع وسلطة إجراء تغييرات أساسية فيه في سبيل تحسين الانتفاع منه.

وبهذا التساؤل لا نريد القول باستحالة الحصول المهاية بإجماع الشركاء، بل ذلك ممكن ومفيد إذا أمكن حصوله، ولكننا نبتغي التعرف على الحل إذا لم يحصل هذا الإجماع، علماً بأن المهاية هي في ذاتها وسيلة أو طريقة احتياطية لمواجهة الظروف التي قد تحيط بالشيوع، فإن كانت هذه المقدمات صحيحة فإنه من المقبول أن يعامل الشركاء بصدد المهاية كما يعاملوا بصدد القسمة النهائية، إذ لا يشترط الإجماع بشأنها، فإذا اختلف الشركاء فيها يحق لمن يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور، ونحن نميل لهذا الرأي.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 267.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص 344.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 235.

كما أننا نرى أنه من المفيد جداً، لو أن المشرع وضع نص على ما يسمى بالمهاياة القضائية بأن يعطى لكل شريك الحق في أن يقدم طلباً مسبباً للقضاء من أجل إجبار الشركاء المتعتين على المهاياة حينما تقوم الظروف التي تقتضيها.

2 قسمة المهاياة القضائية:

سبق وأن ذكرنا أن الأصل في قسمة المهاياة في القانون المدني أنها اتفاقية، واستثناء من هذا الأصل أجاز القانون، وفي حالة استثنائية، أن تكون قسمة المهاياة قضائية، وهي تلك نصت عليها المادة 736/ الفقرة 02 من نفس القانون، وهي صورة خاصة من المهاياة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية.

فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات، فيقوم الشركاء بإبرام اتفاق فيما بينهم بقصد قسمة المال الشائع قسمة مهاياة مكانية أو زمانية بشرط أن تبقى هذه المهيأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية⁽¹⁾. فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة جاز لأحدهم أن يطلبها من المحكمة التي تجرى أمامها إجراءات القسمة النهائية، وإن لرئيس القسم العقاري المختص أن يأمر بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين، وقد نصت المادة 736 من القانون المدني على أن: "يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهاياة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية. فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء بعد الاستعانة إذا اقتضى الأمر ذلك".

ولا شك أن النقص في هذا النص واضح، لأنه لم يبين لنا من هو المستعان به -في الفقرة الثانية من النص-، وبالرجوع إلى ما يقابل هذا النص في القانون المدني المصري نجد أن الفقرة الثانية من المادة 849 المقابلة للمادة 736 تبين لنا من يستعان به، فنقول: "... بعد الاستعانة بخبير ..."

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 235.

ولهذا ينبغي أن يوضع لفظ (بخبير) في نص المادة 736 ومثقله في النص الفرنسي أيضا⁽¹⁾، وعندما يستعين القاضي بالخبير في إجراء هذه القسمة أي المهايأة، فقد يكون هو نفس الخبير الذي يستعين به في إجراء القسمة النهائية، وذلك قصد وضع حد للنزاع الذي يسبق القسمة النهائية، وسواء تمت هذه المهايأة بالاتفاق أو بأمر القاضي فإنها تختلف عن المهايأة العادية في أنها ليست محددة بمدة معينة، فهي تظل إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك قد تبقى لمدة تزيد على خمس سنوات⁽²⁾.

الخاصية الثالثة: صفة العرفية، إذ تتميز قسمة المهايأة بأنها قسمة عرفية، غير رسمية بخلاف قسمة الإفراز القضائية التي تتميز بتوافر صفة الرسمية⁽³⁾، وقد ذهب الفقه إلى القول، أنه إذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم، كانت القسمة رضائية أي عقدا أطرافه هم الشركاء في العقار، وبما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك في العقار الشائع، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه، فإن عقد القسمة هذا فهو يتناول الملكية، فيحولها من ملكية شائعة إلى مفرزة يكون واجب التسجيل.

ومقتضى ذلك أن القسمة العرفية غير المسجلة لا تعتبر رسمية ولا تنقل الملكية من ملكية شائعة إلى مفرزة بل تبقى الملكية الشائعة محتفظة بذات الصفة ولا يتعدى الأمر النهائي في المكان بشكل مؤقت، ومقتضى ذلك أن التسجيل هو السبيل الوحيد لاكتساب القسمة صفة الرسمية سواء كانت القسمة قضائية أم رضائية، معنى ذلك أن صفة العرفية تعني أن هذه القسمة المؤقتة تستمد إلزاميتها من إرادة الأطراف الذين خلقوها وأكسبوها قيمة باحترامهم لها وتواتر سلوكهم على القبول بها. ويترتب على صفة العرفية نتائج هامة كما يلي⁽⁴⁾:

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص 167.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 248.

(3) صلاح الدين سر الختم علي، الوجيز في دعاوى قسمة الإفراز والإجبار على البيع، (دراسة تطبيقية على ضوء الفقه والقانون والسوابق القضائية السودانية)، الخرطوم، القناة للطباعة والتجارة المحدودة، الطبعة الأولى، 2005، ص 251.

(4) المرجع نفسه، ص ص 252-253.

- عدم إلزامية هذه القسمة العرفية للمحكمة في نظرها النزاع الذي يطرح أمامها بغية الوصول إلى قسمة قضائية، فلا تنقيد المحكمة بهذه القسمة العرفية ولا ترتب عليها أثرا ولا تقبلها كدفع مانع من إجراء القسمة، كما يجوز تقديم الدليل لإثبات ما يخالف القسمة العرفية، بمعنى آخر يجوز للأطراف أن يقدموا الدليل على كون هذه القسمة العرفية تتعارض مع الحقوق المسجلة، ويجوز للأطراف إنكار القسمة العرفية والرجوع فيها والمطالبة بالقسمة القضائية.

- لا يترتب على الإقرار بوجودها من قبل الأطراف الحكم بناء على ذلك الإفراز بل يكون للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في شأن التحقق من سلامة الأوضاع التي تقرها قسمة المهايأة العرفية، وقد ترفض المحكمة إجازة القسمة العرفية، إذا تبين أنها تنطوي على ظلم لأحد الملاك أو على إثراء بلا سبب لأحدهم على حساب الآخرين، ويتحقق ذلك عادة إذا كان ما يحرزه أحد الملاك بموجب القسمة العرفية يجاوز مقدار نصيبه المسجل، فيلاحظ أن قسمة المهايأة العرفية قد تمنح شخصا غير مالك حقا في العقار، ولكن مثل هذا الاحتمال غير وارد على الإطلاق في قسمة الإفراز القضائية لأن المحكمة تستبعد تلقائيا أي شخص ليس له نصيب مسجل في العقار المراد قسمته وإفراز من نطاق دعوى القسمة كلها.

الخاصية الرابعة: قسمة المهايأة لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وخلافا للقسمة النهائية فإن قسمة المهايأة العرفية لا تحوز حجة الأمر المقضي فيه بسبب أن ⁽¹⁾، قسمة المهايأة ليست حكما قضائيا والحجية لا تثبت إلا للأحكام القضائية فهي لم تتمخض عن دعوى أو نزاع بل تكون في غالب الأحوال وسيلة للتعايش السلمي بين الملاك على الشيوخ.

الخاصية الخامسة: هي أن قسمة المهايأة تستند على الواقع القائم وليس على السجل، فليس بمقدور الأطراف أثناء قيامهم بعملية المهايأة أن يقوموا بقياس الأبعاد والمسافات قياسا قياسا منضبطا، بل يتصرفون حسب تقديراتهم الذاتية التي قد تتطابق أو لا تتطابق مع

(1) صلاح الدين سر الختم علي، المرجع السابق الذكر، ص ص 253-254.

القياسات الفنية الدقيقة لمساحة كل منهم، لهذا السبب فإن قسمة المهايأة العرفية لا تعبر عن واقع الحال كما هو مدون بالسجل.

الخاصية السادسة: قسمة المهايأة مؤقتة وغير ملزمة للغير

إذ تتميز قسمة المهايأة بأنها مؤقتة غير نهائية، ولا تنهي وضع الشيوخ، وتستمد إلزامها من قبول الأطراف بها وهي غير ملزمة للغير، وبالنسبة لأطرافها فإنها ذات طابع مؤقت، وينتهي إلزامها بالنسبة لهم بمجرد إنكار أي منهم لأثرها أو طلبه إجراء قسمة قضائية.

وكما سبق وأشرنا أن قسمة المهايأة تتجزأ في العمل إلى شكلين مختلفين، فقد تكون مهايأة زمانية أو مهايأة مكانية، نتناولهما في المطلب الموالي بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني: أحكام قسمة المهايأة

تنقسم المهايأة في القانون باعتبار الزمان والمكان إلى نوعين:

- نوع يرجع إلى الزمان، ويسمى بالمهايأة الزمانية.
وهي تلك التي تكون حينما يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميعه المال الشائع، كل منهم مدة تتناسب مع حصته.

- ونوع يرجع إلى المكان، ويسمى بالمهايأة المكانية.
وتحصل بأن يجمع الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع.

ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكون المهايأة مكانية أو زمانية، وهو ما تكون أحكامه محو البحث في الفرع الأول من هذا المطلب، أما في الفرع الثاني فنعالج آثار قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات الشركاء خلال قسمة المهايأة، لنخصص الفرع الثالث والأخير من المناقشة مدى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار.

الفرع الأول: المهايأة المكانية، والمهايأة الزمانية

أولاً: أحكام المهايأة المكانية

تعرض المشرع لأحكام قسمة المهايأة المكانية، وذلك في المادة 733 من القانون المدني التي تقضي بأن:

"يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات.

فإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد".

والملاحظ أن المشرع لم يذكر صراحة قسمة المهايأة المكانية، إذا اقتصر فقط على قسمة مهايأة تاركا لما يليها ما يفيد أنها قسمة المهايأة المكانية ويتأكد ذلك من خلال تعاريف بعض الفقهاء.

1. تعريف المهايأة المكانية:

ويتضح من نص المادة أعلاه أنه يمكن تعريف المهايأة المكانية بأنها:

"القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع في مقابل التنازل لشركائه عن الانتفاع بباقي الأجزاء"⁽¹⁾.

وبمعنى آخر، أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك، بقسمته بينهم قسمة مؤقتة، وبهذا يستقل كل واحد من الشركاء بالجزء المفرز الذي اختص به، وبالتالي يستقل بإدارته والانتفاع به، واستغلاله على أفراد، سواء بنفسه أو بواسطة غيره، دون أن يتقاضى باقي الشركاء شيئاً، وذلك مقابل عدم مطالبته هؤلاء الشركاء بشيء نظير استقلالهم بالإدارة والانتفاع والاستغلال لباقي الأجزاء المفروزة الأخرى التي حازوها من المال الشائع⁽²⁾.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 246.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 816.

والأمثلة على المهايأة المكانية كثيرة، منها أن يكون المال الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء فيختص الشريك الأول بالجزء البحري، والثاني بالجزء القبلي، والثالث بالجزء الشرقي والرابع بالجزء الغربي، أو أن يكون المال الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق، يمتلكه أربعة شركاء، فيختص كل شريك بطابق معين، وهكذا.

2. المدة في المهايأة المكانية:

بالنظر إلى المادة 733 السابقة، نجد أن الأصل في المهايأة المكانية أنه لا يلزم ذكر المدة وتعيينها، ولكن إذا اتفق الشركاء على مدة، فلا يجوز أن تزيد على خمس سنين، وإذا حدث أن اتفقوا على مدة تزيد على خمس سنوات كان هذا الاتفاق باطلا فيما زاد على المدة القانونية -أي فيما زاد على الخمس سنوات-، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني التي تقضي بأنه، إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن هذا العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله -وهو ما تم بيانه آنفاً بالتفصيل في المبحث الأول-.

والعلة في عدم جواز زيادة الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات هي عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع لمدة أطول من ذلك⁽¹⁾، ومع ذلك إذا انتهت المدة السابقة، فإنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تجديد هذه المدة لمرات متتالية، كلما انتهت المدة المتفق عليها، بشرط أن لا تتجاوز كل مدة خمس سنوات⁽²⁾. أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على قسمة المهايأة المكانية دون اشتراط مدة معينة، أو انتهت المدة الأصلية المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد أو تجديد لها، فإن مدة المهايأة تكون سنة واحدة قابلة للتجديد، إلا إذا أعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر بأنه لا يرغب في التجديد⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 817.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص 255.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 267.

ولم يحدد القانون كيف يتم إعلان الشركاء بالرغبة في عدم التجديد، فلم تنص المادة 733 السابقة على وسيلة هذا الإعلان، ولذا يجوز أن يتم بكافة الطرق، وعبء إثباته يقع على الشريك الذي يدعيه.

والملاحظ عمليا أن قسمة المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة، بحيث تتجدد مرة تلو الأخرى، وكثيرا ما تدوم أكثر من خمس عشرة سنة، وخاصة عند الأسر ذات الأصل الواحد ووجود قطع أرضية ذات ملكية مشاعة بينهم، آلت إلى آبائهم وأجدادهم عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة وليس لها عقود توثيقية، فيتهماً الأفراد ويتفقون على أن كلا واحد منهم يستقل باستغلال جهة أو قطعة معينة والانتفاع بها، ثم يموت هذا الشخص ويخلفه ورثته من بعده فيها دون أن يرغب أحد منهم في إنهاؤها⁽¹⁾.

3. تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية:

لقد سبق القول، أنه يجوز الاتفاق على تجديد قسمة المهايأة بعد انقضاء مدتها، وإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد، فإنها تظل تتجدد سنة بعد أخرى، فإذا كانت المهايأة مكانية وترتب على ذلك التجدد أن دامت خمس عشرة سنة، فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك، وهذه قاعدة مستحدثة بنص المادة 733/ الفقرة 03 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

وما دام أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، فلا تكون القسمة النهائية حينئذ قسمة اتفاقية، ومن ثم فلا يجوز نقض هذه القسمة بسبب الغبن -على النحو السابق بيانه-، وإذا كان بين الشركاء شخص لم تتوفر فيه الأهلية أو غائب، وجب في إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم، فإذا بقي غير كامل الأهلية عند انقضاء الخمس عشر سنة، فلا تنقلب المهايأة إلى قسمة نهائية إلا بعد إتباع

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 231.

الإجراءات الواجب مراعاتها في حالة غير كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 88 من قانون الأسرة.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارات لها، نورد بعضها، ففي القرار رقم 181.703 المؤرخ في 1998/09/30⁽¹⁾، قضت بأنه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، وبما أن المطعون ضده قد مارس حيازة طويلة منذ سنة 1933 إلى سنة 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع أي احتجاج من قبل الورثة الآخرين طبقا للفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني، فإن قضاة الموضوع قد استنتجوا ذلك بما لهم من سلطة تقديرية، فإنهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن كما قضت في القرار رقم 321.28 المؤرخ في 1984/01/09⁽²⁾، بأنه إذا دامت قسمة المهايأة للمال الشائع مدة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا أن القرار المطعون فيه أيد حكما صادق على تقرير خبرة بقسمة العقارات المتنازع عليها، وذلك رغم وجود رسم لقسمة أملاك مورث المتخاصمين مؤرخ في 1924/02/15 بمحكمة أولا جلل بين أولاده -والد المطعون ضدهم ووالد الطاعنين-، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم هذا قد خرقوا أحكام المادة 733 من القانون المدني وعرضوا قرارهم للنقض.

ويعتبر هذا التحول بمثابة قرينة قابلة لإثبات العكس، فيثبت الشريك أن واضع اليد لم يكن متقاسما إنما وكيلا عن الشركاء، والمفروض أن القسمة النهائية في هذه الحالة سواء وجد اتفاق يقر هذه القسمة، أو قام نزاع فصدر حكم في شأنها، فإن هذا الحكم أو ذاك الاتفاق، يجب أن يسجل ويشهر في المحافظة العقارية طبقا لأحكام المادتين 15 و 16 من الأمر رقم (74/75) المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس

(1) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 37.

(2) أنظر، المرجع نفسه، سنة 1990، العدد الثاني، ص 71.

السجل العقاري، مع مراعاة أحكام المواد: 8 و 61 و 62 و 65 و 66 و 88 و 90 و 91 و 100 من المرسوم رقم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم (132/93) المؤرخ في 1993/05/19⁽¹⁾.

وتنص المادة 733 من القانون المدني في فقرتها الأخيرة على أنه:

"إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشر سنة افترض أنه حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

وبهذا اعتبر المشرع حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، قرينة على أنه قد حاز هذا الجزء بناء على قسمة مهايأة، فإذا ثبتت قسمة المهايأة بمقتضى هذه القرينة انقلبت إلى قسمة نهائية، وعلى هذا الأساس فإن الشريك الذي يدعي أن قسمة نهائية قد تمت بقوة القانون، في شأن الجزء الذي يحوزه، يكفي أن يقيم الدليل على أنه حاز هذا الجزء مدة خمس عشرة سنة، ويجوز نقض هذه القرينة بالدليل المعاكس، أي إثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهايأة، ومتى انتفت قسمة المهايأة بقيام هذا الدليل انتفت تبعا لذلك القسمة النهائية، وإذا كان هناك اتفاق سابق على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية فإنه -حتى ولو توافرت شروط قيام هذه القرينة- تنتفي القسمة النهائية كذلك⁽²⁾، ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة 733 تشترط حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك، كما أن عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة للملك المشاع يجعل من حق كل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت يشاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 148.632 المؤرخ في 1997/05/28⁽³⁾، بأنه ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس، لما قضاوا برفض طلب القسمة المقدم

(1) مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003، ص 114-

115.

(2) أنور طلبية، المرجع السابق الذكر، ص 130.

(3) أنظر، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 173.

من طرف المدعي بالرغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة، فإنهم عرضوا قرارهم للنقض والإبطال لانعدام الأساس القانوني.

ثانياً: أحكام المهايأة الزمانية

تعرض المشرع لأحكام قسمة المهايأة الزمانية في المادة 734 من القانون المدني والتي تنص على أن:

"يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا (بوا) الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

وقبل الولوج في تفاصيل هذا الشكل من أشكال قسمة المهايأة، يجدر ذكر هذه الملاحظة، فنص المادة 734 أعلاه، قد أخطأ حين وضع فعل (يتناولوا) بدلاً من الفعل الصحيح وهو (يتناولوا) أي بطريق المناوبة والتبادل، إذن فينبغي أن يصحح الفعل في النص المذكور ليستقيم المعنى⁽¹⁾.

1 تعريف المهايأة الزمانية:

ومن خلال نص المادة 734 يمكن تعريف قسمة المهايأة الزمانية بأنها: "هي القسمة التي يتفق فيها جميع الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه⁽²⁾، وبمعنى آخر: "هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع، وليس بجزء مفرز فيه، مثل القسمة المكانية، وذلك لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له في المال، فهي تقوم على تمكين كل شريك مشتاع بالانتفاع بكل المال الشائع منفرداً دون غيره من الشركاء، طول فترة معادلة لحصته الشائعة⁽³⁾".

ويترتب على قسمة المهايأة الزمانية بهذا المعنى، أن يحوز كل واحد من الشركاء على الشيوع بالتناوب الواحد تلو الآخر كل المال الشائع، فيستقل بإدارته والانتفاع به، واستغلاله على أفراد، سواء بنفسه أو بواسطة غيره عن طرق الإيجار، دون أن يتقاضى

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق الذكر، ص166.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص249.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

منه باقي الشركاء شيئاً، مقابل أن لا ينقص أو يمنع حقوق الآخرين عندما يأتي دورهم في الانتفاع⁽¹⁾، ويكون دوره في الانتفاع لفترة تتجدد على أساس نسبة ما يملكه في المال الشائع، كما أنه لا يلزم بتقديم حساب لشركائه عما استوفاه، لأنه مستقل حقه بالأصلالة، وليس نائباً عن شريكه إلا في وضع اليد المادي على العين مدة الاستغلال. إذن تتحقق قسمة المهايأة الزمانية عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان، وللآخر الثلث، فإنه يجوز لهما أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية، أو بالدار كلها فيسكنها أو يستغلها وحده لمدة سنتين، ثم يختص الآخر بها لمدة سنة، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين، والآخر لمدة شهر واحد وهكذا.

2 المدة في المهايأة الزمانية:

لم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية، كما نظم مدة المهايأة المكانية، وإذا كان لابد في المهايأة الزمانية من تعيين المدة، لأنها معيار الانتفاع، فيكون المعيار في تحديد مدة قسمة المهايأة الزمانية هو مقدار الحصة المملوكة لكل شريك في المال الشائع، ومن ثم يحوز للشركاء أن يتفقوا على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاؤون، بشرط أن لا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات.

وليس هناك أي قيد يحد من اتفاق الشركاء على مدة المناوبة، فيجوز أن تكون أية وحدة زمانية، تتفق وطريقة استغلال المال، كما يجوز أن يتجدد الاتفاق لعدد من دورات المناوبة⁽²⁾.

وتنتهي المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها، ويعين الاتفاق هذه المدة، وكيف تنقضي⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص250.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص820.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3 عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية:

فلا تتقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية.

فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع إلى أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية، إلا في كونها قسمة منفعة لا قسمة ملك، أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز، وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهيب للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تتقلب إليها⁽¹⁾.

وكما سبق وبيننا أن قسمة المهايأة تتم إما بتراضي الشركاء عليها وهذا هو الغالب، وإذا لم يتفق الشركاء على المهايأة، وطلبها أحدهم فإنه يجوز أن يجبرهم عليها القاضي، بناء على على بيناه أيضا، وإذا تمت المهايأة، فإنها يترتب عليها آثارا تشكل حقوقا والتزامات من جانب كل من الشركاء نعالجها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة

تنص المادة 735 من القانون المدني على أن:

"تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

فيستفاد من هذه المادة أن حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة،— إنما تدخل ضمن أحكام عقد الإيجار، طالما أنه لا يتعارض مع طبيعة المهايأة، ومن ثم فكل شريك مهايئ تكون له —وفق هذه الأحكام— حقوق المستأجر، من تسليم، وتعهد بالصيانة، وضمن التعرض، والعيوب الحقة، وكذلك يحق له أن يؤجر من الباطن، وتطبق في هذا الشأن قواعد الإيجار من اباطن، خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 505 وما بعدها سيما التي تمنع إمكان هذا التأجير، إذا قضي اتفاق الشركاء بذاك، وعلى كل شريك

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص245.

متهايي التزامات المستأجر، فيجب أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها، ويلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية، ويسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها هذه الترميمات (المادة 480 من القانون المدني)، وأما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بذات العين مدة أخرى، وعلى أية حال، تتلخص حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة بناء على تطبيق قواعد الإيجار عليها فيما يلي:

أولاً: استعمال المال المتهايي عليه فيما أعد له

فيحق للشريك الذي اختص بمنفعة جزء من المال الشائع باستعمال العين المشتركة، ولكنه يلتزم باستعمالها بحسب ما أعدت له (المادة 491 مدني)، كما يلتزم بعدم التغيير فيها (المادة 492 مدني)، وأن يبذل من العناية في استعمالها، وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً (المادة 495 مدني)، ولكن هل للشريك المهايئ أن يستغل حصته في المهايأة، سواء كانت المهايأة زمانية أو مكانية ⁽¹⁾؟ فالواضح من إحالة المشرع لأحكام المهايأة على أحكام الإيجار وبتطبيقها في هذه الجزئية، فإنه يتضح أنه يحق للشريك المهايئ أن يؤجر من الباطن (استغلال) الجزء المفرز الذي اختص به، ويكون الإيجار نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض، ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع، وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء.

هذا ويجوز للشركاء المتهايين أن يتفقوا على منع التأجير من الباطن، تطبيقاً لما نص عليه في قانون الإيجار في (المادة 505 مدني)، ومن ثم فإن قسمة المهايأة تخول الشريك المتهايي الحق في الاختصاص بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع -برضاء

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 260.

الشركاء - فيستقل بإدارته واستغلاله له والانتفاع به، سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء⁽¹⁾.

ثانياً: الالتزام بالتسليم والرد

فيلتزم جميع الشركاء المشتاعين بتسليم العين المشتركة وملحقاتها في حالة تصلح معها بأن تقي بما أعدت له من المنفعة، إلى الشريك الذي اختص بها بمقتضى قسمة المهايأة بنوعيتها، ويجب على الشريك الذي اختص بمنفعة جزء من المال الشائع أن يرد العين المشتركة عند انتهاء مدة القسمة، وإلا اعتبر غاصبا⁽²⁾، ويلتزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر.

ثالثاً: الامتداد القانوني

فيرى بعض شراح القانون عدم تطبيق القاعدة الخاصة بالامتداد القانوني لعقد الإيجار على قسمة المهايأة، إذ يترتب على تطبيق هذه القاعدة إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على الخمس سنوات، وهذا غير جائز⁽³⁾.

رابعاً: المحافظة على المال المتهاىئ عليه وصيانته

فيلتزم جميع الشركاء المشتاعين بالمحافظة على ما تحت أيديهم من حصص اختصوا بها، كما يلزموا بجميع الترميمات الضرورية للعين المشتركة، ويسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين من المال الشائع في التكاليف التي تقتضيها هذه الترميمات، أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذي اختص بالجزء الذي يحتاج إلى الترميم (481 مدني)، ومن ثم فالترميمات الضرورية تكون على الشركاء جميعاً، ويتم توزيعها عليهم بنسبة حصصهم، فإذا دفعها أحدهم كان له الرجوع بها على باقي الشركاء بنسبة حصصهم، أما الترميمات التأجيرية أو الإصلاحات البسيطة العادية، فإن المتهاىئ يلزم بإجراء جميع الترميمات التي تتعلق بالجزء الذي تحت يده، ما لم يكن هناك اتفاق بغير ذلك.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص262.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص251.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص262.

خامسا: ضمان التعرض، و ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾

ويلتزم جميع الشركاء المشتاعين بضمان كل تعرض للغبن المشتركة، أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من الغير بنص المادة 487 من القانون المدني، كما يلتزم الشركاء جميعا بضمان العيوب الخفية، ومن ثم فيضمن الشركاء للشريك المتهاىئ جميع ما يوجد في العين المتهاىأ عليها من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصا كبيرا، ولكنهم لا يضمنون العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها (المادة 488 مدني).

الفرع الثالث: مدى خضوع المهاية لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني

بادئ ذي بدء نؤكد أن إخضاع المهاية لأحكام الإيجار، ليس بسبب كونها تتفق معه في التكييف فحسب، وإنما فقط من أجل تنظيم علاقات الشركاء خلالها، ولذلك فإن المشرع لم ينص بصيغة مطلقة على إلحاقها بالإيجار، وإنما قيد هذا الإلحاق بما يتناسب وطبيعة قسمة المهاية كما هو مبين بين أحضان نص المادة 735 من القانون المدني بنصها على أن:

"تخضع قسمة المهاية من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

وحسب نص هذه المادة، نجد شراح القانون عندما يتعرضون لبيان طبيعتها، يقولون بأنها ليست كالإيجار حقيقة، وإنما هي بمثابة الإيجار أو قريبة منه أو في حكمه⁽²⁾، وأن هناك معايير ينبغي مراعاتها عندما نريد تبين مدى سريان أحكام الإيجار على المهاية هي كالاتي:

أولاً: كونها قسمة انتفاع مؤقتة، لا أثر لها مبدئيا في إنهاء الشيوع.

ثانياً: كونها إما أن تحصل بموجب اتفاق كما هي الحال الغالبة وفق نص المادة - أعلاه-، وإما أن تحصل بحكم القضاء.

(1) محمد عبد الرحمن الصويني، المرجع السابق الذكر، ص263.

(2) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق الذكر، ص346.

ثالثاً: كون الشريك فيها يعتبر من بعض الوجوه أنه ينتفع بما هو ملكه، وخاصة

في المهايأة المكانية التي يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية⁽¹⁾.

فالمهايأة حسب المعيار الأول، ما هي إلا مقايضة انتفاع بانتفاع، ولا يوجد ما يمنع

أن تكون مقايضة الانتفاع بالانتفاع إيجاراً، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في

الإيجار نقداً على خلاف البيع الذي يشترط فيه أن يكون الثمن نقداً.

وهي -المهايأة- حسب المعيار الثاني يجب أن يراعي في الاتفاق عليها، أو عند

طلبها أمام القضاء نصوص القانون الخاصة بفاقدي الأهلية أو ناقضيها، وذلك لأنه يترتب

عليها حقوق والتزامات، ومن ثم فلا يكتفي فيها بأهلية الإدارة، وفق ما هو سائد من

اعتبار الإيجار من أعمال الإدارة، لأنها في الحقيقة ليست إيجاراً فحسب، وإنما هي كذلك

وفي نفس الوقت استئجار.

وهي -المهايأة- حسب المعيار الثالث يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية، وفي هذا

تختلف اختلافاً كلياً عن الإيجار الذي لا يمكن أن ينقلب إلى ملكية⁽²⁾، وبناءً على هذه

المعايير وعلى ضوءها، نبين مدى تطبيق نصوص وأحكام الإيجار على المهايأة، حيث

وبالنظر إلى نص المادة 735 قانوني مدني، والتي قررت خضوع المهايأة للأحكام التي

تتفق مع طبيعتها من أحكام عقد الإيجار، نجد أنها حددت جوانب هذا الخضوع في أربعة

جوانب كالاتي تفصيلها:

الجانب الأول: الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير

وتخضع المهايأة من حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام الإيجار، طالما كانت هذه

الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها، وأحكام الإيجار في هذا، وفقاً للقواعد العامة نلخصها

كالآتي:

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 269.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نفذاً في حق هذا الشخص، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه.

وهذا النص لا يتعارض مع المهايأة، ومن ثم فيطبق بصدد الاحتجاج بالمهايأة على الغير، وتطبيقاً لهذا النص، فإن قسمة المهايأة بنوعيتها تكون نافذة ويحتج بها في مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع، واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل، وذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع⁽¹⁾.

ويلتزم المشتري بكافة الالتزامات، حتى ولو كان هذا الخلف لا يعلم وقت تلقيه الحصة بسبب وقوع القسمة، وهذا يعد استثناء من القاعدة المنصوص عليها في القواعد العامة التي تشترط علم الخلف وقت انتقال الشيء إليه.

أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انتقال الحصة الشائعة إلى الخلف، فإنها لا تنفذ في حق المشتري، ومع ذلك يجوز لهذا الخلف أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه، ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين، ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه، أن تحبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المواد 469 وما بعدها من القانون المدني، فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل انقضاء المهايأة، فإن الشريك البائع يلتزم بن يدفع للشريك المهايئ تعويضاً، ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر الشريك المهايئ على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من البائع، أو ممن انتقلت إليه الملكية، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به⁽²⁾.

(1) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق الذكر، ص 346.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص 822.

الجانب الثاني: أهلية المتقاسمين

ولما كان كل شريك في قسمة المهايأة بنوعها يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته، ومستأجراً لمنفعة حصص باقي الشركاء، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر⁽¹⁾، ويعتبر التأجير من أعمال الإدارة بغير خلاف، أما الاستئجار ففيه خلاف إذا أنه من أعمال الإدارة، فيكتفي فيه بالتأجير بأهلية الإدارة، وفي رأي آخر، يعتبر من أعمال التصرف، ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة، إذ أنه الحجة التي يستند إليها الرأي القائل بأن الاستئجار من أعمال التصرف، لا تستقيم مع طبيعة القسمة، فهذا الرأي يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فما يدفعه، وفي القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف في شيء، لأن الذي يقابل انتفاعه بجزء، هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى⁽²⁾.

ومن ثم فإن الأهلية المطلوبة للمتقاسمين هي أهلية الإدارة، وتخضع سلطة من له الولاية على مال القاصر أو من في حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهايأة، للأحكام الخاصة بسلطته في التأجير، ويترتب على ذلك ما يلي⁽³⁾:

- أنه لا يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يباشر قسمة الأراضي الزراعية مهايأة لمدة تزيد على سنة، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي تطبيقاً لقانون الولاية على المال المصري.

- أنه لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهايأة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة تطبيقاً لنفس القانون المذكور.

- أنه لا يجوز للموصي أو القيم أو الوكيل العام أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات، إلا بترخيص من المحكمة المختصة، فإذا عقدت المهايأة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات تطبيقاً لنفس القانون، وأيضاً لا يجوز للوصي قسمة أموال القاصر مهايأة، ويكون هو شريكاً في المال المتهاىء عليه أو زوجه أو

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص 247.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 821.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 271.

أحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه، إلا بإذن من المحكمة.

الجانب الثالث: حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة

فتسرى بالنسبة لها أحكام الإيجار إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة، فيلتزم الشريك بما يلتزم به المستأجر بصفة عامة، كما أن للمستأجر حقوق، وإذا كان الإيجار يجعل على المستأجر الالتزام بدفع الأجرة فإن هذا الالتزام يتعارض مع طبيعة القسمة، ولذا فإن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى، أو بذات العين مدة أخرى، وقد سبق أن بينا بالتفصيل حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة مع مراعاة تطبيق أحكام الإيجار عليها، وذلك في الفرع السابق.

الجانب الرابع: إثبات قسمة المهايأة

وبموجب نص المادة 735 من القانون المدني دائماً، يخضع إثبات قسمة المهايأة بنوعيتها للقواعد العامة بإثبات عقد الإيجار، والذي يخضع بدوره لحكم القواعد العامة في الإثبات -والذي سبق بيانها-، ونجد بالذكر أن الشريك الذي يحوز جزءاً مفرزاً من المال اشائع مدة خمس عشرة سنة، غير ملزم بإثبات أنه كان يحوزه بناء على قسمة المهايأة، ولا يطالب بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها، فالقانون يعفيه من هذا الإثبات، بوضعه قرينة قانونية لصالحه مؤداها افتراض قيام حيازته على أساس تلك القيمة، وهذا الحكم لا يستند إلى التقادم⁽¹⁾، وعليه فليس على الشريك الحائز أن يثبت أن حيازته توافرت فيها الشروط اللازمة في الحيازة التي يتطلبها التقادم، بل يكفي أن يثبت أن يده استمرت على الجزء المفرز مدة خمس عشرة سنة، وفي هذه الحالة لا يكون أمام بقية الشركاء لتقاضي مثل هذا الحكم سوى طريقين:

الطريق الأول: إقامة الدليل على نقيض هذه القرينة القانونية بالدليل العكسي⁽²⁾، مثل أن يثبت أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة المهايأة، أو أن يثبت الشريك أن زميله في الشيوع إنما كان يحوز الجزء المفرز، لأنه كان وكيلاً عن باقي المشتاعين في إدارة هذا

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص 256.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الجزء، وله في ذلك أن يلجأ إلى كل طرق الإثبات، ونقض هذه القرينة بالدلائل العكسي، لأن هذه القرينة قانونية، وبالتالي بسيطة⁽¹⁾، إعمالاً للقواعد العامة التي تقضي بأن القرينة القانونية تكون قابلة للإثبات العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ومتى انتفت هذه القرينة، انتفت تبعاً لذلك القسمة النهائية.

الطريق الثاني:

أن يتفق الشركاء في المهايأة مقدماً على منع تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشر سنة، وبناء على ذلك فإنه يجوز للشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة المهايأة، إلا أن هناك اتفاقاً مسبقاً على منع تحول قسمة المهايأة، إلا أن هناك اتفاقاً مسبقاً على منع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، ومن ثم فإن القسمة النهائية تنتفي حتى ولو توافرت شروط قيام هذه القرينة⁽²⁾.

- ولا بأس أن نشير في هذا المقام، وفي إطار أحكام قسمة المهايأة دائماً، إلى مشكلة أثارها شراح القانون المدني، من أن المهايأة المكانية تتقلب إلى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة سنة، وبدون أثر رجعي، أي أن تحول المهايأة إلى قسمة نهائية يقع من اليوم التالي لانقضاء مدة الخمس عشرة سنة، لا من تاريخ ابتداء المهايأة المكانية، وينقضي بها الشيوع بمجرد انتهاء مدة الخمس عشرة سنة، وليس من تاريخ ابتداء المهايأة.

وهو ما جعل بعض الفقه⁽³⁾ ينتقد ذلك لتناقضه مع ما تقتضيه قواعد القانون المدني بأن القسمة النهائية تكون ذات أثر رجعي، كما أن القسمة مقررة للحق لا منشئة له، ويتساءل هذا البعض عن معنى التحفظ في ذلك الرأي، فالمفروض في كل قسمة نهائية أنها تسري بأثر رجعي، بحيث يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص، وليس من المعقول أن يكون المراد بعبارة (دون أثر رجعي)، اعتبار القسمة النهائية الناجمة عن المهايأة المكانية، منشئة لملكية كل شريك، لأن من شأن هذا القول أن تصبح تصرفات أحد الشركاء في حصة غيره،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 818.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 281.

(3) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق الذكر، ص 255.

التي كان ينتفع بها أثناء مدة المهايأة، سارية في حق الشريك الذي كان ينتفع بهذه الحصة، وتلك النتيجة غريبة لا يتصور أن يكون المشرع قد قصد إلى تقريرها، وإلا لما أعجزه النص عليها صراحة لمخالفتها للقواعد العامة، وقد تدارك بعض الشراح، مجيبين على هذا التساؤل، أن ذاك الرأي -لا يشير إلى أثر القسمة النهائية، إذ أن هذا الأثر يستند إلى الماضي بدون شك، ولكنه قرر أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية لا يقع من تاريخ بدء المهايأة، ولكن من وقت هذا التحول، فتاريخ القسمة لا أثرها هو الذي لا يستند إلى الماضي، فليس مقصودا من عبارة (دون أثر رجعي) أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف، ففي كل قسمة لها هذا الأثر⁽¹⁾.

إذ يتبين لنا مما سبق أن شراح القانون مسلمون بأن أية قسمة تعتبر كاشفة للحق لا منشئة له، وبالتالي فإن ملكية الشريك فيها تبدأ بأثر رجعي، وقسمة المهايأة المتحولة إلى قسمة نهائية تأخذ هذا الحكم -وهو م نحاول تفصيل أحكامه ومعانيه في الفصل الأخير من هذه الدراسة-، كما أن ما ذكره بعض الشراح بقولهم عبارة بدون أثر رجعي، أن القصد منها تاريخ القسمة لا أثرها، وأن التفسير يفرضه نص القانون بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية باكتمال مدتها القانونية، فتاريخ التحول معروف من نص القانون، هذا فضلا عن أن المشرع لم يشر إلى انتفاء الأثر الرجعي للمهايأة المتحولة إلى قسمة نهائية، وهذا يتفق مع ما قرره باعتبار القسمة مقررة وليست منشئة⁽²⁾.

المبحث الثالث: أثر تدخل الدائنين في القسمة

إن للدائنين مصلحة جدية في التدخل في إجراءات قسمة الملكية الشائعة الذي يملكه مدينوهم، حتى يتفادوا تواطؤ الشركاء على الإضرار بحقوقهم، ولذلك صور كثيرة لا يمكن حصرها، فمنها مثلا أن يتفق الشريك المدين مع بقية الشركاء على أن يضعوا في نصيبه منقولات أو أوراق مالية، يسهل عليه إخفاؤها، أو أن يختص بحصة عينية ضئيلة، ويعوض عن باقي نصيبه بمعدل نقدي يقبضه دون علم الدائنين، أو أن يدعي الشركاء في تركة أن شريكهم المعسر كان مدينا لمورثهم، توطئة لخصم هذا الدين الصوري من

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 819.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 283.

حصته العينية، ثم يدفعون إليه الفرق خفية لتكملة نصيبه الحقيقي، كما قد يتفق الشركاء على أن يختص شريكهم، -المدين- بحصة من الأموال الشائعة التي لا يجوز الحجز عليها، أو قد يتصرف الشريك في حصته بالبيع أو الرهن، وذلك أثناء الشروع، فيعتمد الشركاء على وضع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر، تى يفوتوا على المشتري حقه في الحصول على ما اشتراه، أو اختصاص الشريك الراهن بحصة أقل من الحصة التي سبق أن تم رهنها، أو أن يختص الشريك الراهن بمال سبق للشركاء أن رتبوا رهنًا عليه، وبالتالي يتأخر المرتهن من الشريك في استيفاء حقه حتى يخلص المال المرهون من الرهن الذي رتبه عليه بقية الشركاء⁽¹⁾.

وتلك هي بعض صور التواطؤ التي قد تتم بين الشركاء، والتي يكون الهدف منها هو الإضرار بالدائنين، وإضعاف الضمان العام للدائنين على ذمة الشريك المدين، وإذا ترك مثل هذا الدائن لحكم القواعد العامة، فإنه لا يكون أمامه سوى الطعن في القسمة بالدعوى البوليسية، وليس باليسير إثبات شروطها، فكان حريا بالمشرع الوضعي أن يتدخل ليدراً مضار هذا التواطؤ عن الدائنين مقدماً، ثم معالجة آثاره إن تمت القسمة وحصل فيها مثل هذا التواطؤ.

وبالفعل فقد نصت المادة 729 من القانون المدني على أن:

"لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يبيع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش". وفي ضوء هذا النص نبين من خلال مطالب ثلاثة يحتويها هذا المبحث، كل من نطاق تطبيق نص المادة 729 من القانون المدني، في المطلب الأول، ونعالج في المطلب

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 471.

الثاني موقف الدائنين قبل إتمام القسمة، ونبين في المطلب الثالث موقف الدائنين بعد إتمام القسمة.

المطلب الأول: نطاق تطبيق نص المادة 729 من القانون المدني

لقد ثار الخلاف بين شراح القانون حول بيان نطاق تطبيق هذه المادة، في مدى انطباق هذا النص على أية قسمة، يستوى أن تكون اتفاقية أو قضائية، أم أنه لا ينطبق إلا في حالة القسمة القضائية؟.

فذهب جانب من شراح القانون ⁽¹⁾، إلى أن الأحكام الواردة في المادة 729 يقتصر تطبيقها على القسمة القضائية، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أن نص المادة 729 يوجب في عجزه إدخال (الدائنين المقيدة طعونهم رفع دعوى القسمة)، فعبارة (دعوى القسمة) تبين أن ذلك قاصر على القسمة القضائية فقط، إذ هي وحدها التي تكون عن طريق دعوى، كما يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن القسمة إذا تمت دون تدخل الدائنين، أو كانت القسمة عقداً، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى، أو بطريق الدعوى البوليصة في الحالة الثانية، وبناء على ذلك فإن نص المادة 729 لا ينطبق إلا على القسمة القضائية، ومن ثم فيكون للشركاء إجراء القسمة الاتفاقية بدون تدخل الدائنين، حتى لو كان هناك معارضة من قبل الدائنين، أو كان هناك من لهم حقوق مقيدة تضمن ديونهم، فإن تمت القسمة الاتفاقية بين الشركاء، فليس للدائنين طريق للاعتراض على عقد القسمة سوى طريق الطعن فيها بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها.

أما الجانب الآخر من شراح القانون المدني ⁽²⁾، فيرى أن نص المادة 729، ينطبق على القسمة الاتفاقية كما ينطبق على القسمة القضائية، وبالتالي يكون للدائنين الحق في التدخل في إجراءات القسمة، واستند أصحاب هذا الرأي إلى ما يلي:

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص233.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص936.

أن الحجة القاضية بأن القسمة إذا تمت بدون تدخل الدائنين، أو كانت القسمة عقداً، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى، أو بطريق الدعوى البوليصة في الحالة الثانية، هي حجة غير ملزمة، ومن ثم فليس من شأنها التقييد من إطلاق نص المادة 729.

إن عبارة النص في المادة 729 القائلة بأن: "ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، لا تمنع من القول بأن نص هذه المادة ينطبق على القسمة بنوعها، وذلك لسببين:

السبب الأول: أنه ليس في مبادئ تفسير النصوص ما يمنع من قياس القسمة الاتفاقية على القسمة القضائية، من حيث إدخال الدائنين، فحكمة إدخالهم في القسمة القضائية متوافرة تماماً في القسمة الاتفاقية، إن لم تكن أكثر توافراً.

والسبب الثاني: أن نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري مستسقى من المادة 842 مدني مصري، والمستسقة هي الأخرى من نص المادة 882 مدني فرنسي، وهو نص ينطبق على القسمة القضائية كما ينطبق على القسمة الاتفاقية.

كما يرى نفس الجانب من الفقه، أنه لا يوجد مبرر معقول للفرقة بين القسمة القضائية، والقسمة الاتفاقية، في هذا الشأن، على أساس أن الدائن في القسمة الاتفاقية يحتاج إلى الحماية أكثر منها في القسمة القضائية، خصوصاً وأن من حق الدائنين أن يتدخلوا في القسمة القضائية بغير حاجة إلى نص المادة 729 مدني، ومن ثم فإنه يحسن التوسع في تفسير النص بحيث يسري على القسمة بنوعها.

وبناء ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، فإنه يجوز اعتراض الدائنين على إتمام القسمة الاتفاقية في غيبتهم، وجعل هذا الاعتراض ملزماً للشركاء بإدخالهم في إجراءات الاتفاق على القسمة، كما يجب على الشركاء إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل إبرام عقد القسمة⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 242.

وبعد أن عرضنا آراء الشراح بصدد نطاق تطبيق المادة 729 من القانون المدني، فإننا نرجح ما جاء به الرأي الثاني، والذي يقضي بالتوسع في تفسير نص المادة 729 لتشمل القسمة الاتفاقية بجانب القسمة القضائية، لأن ذلك هو الأكثر ضماناً لمصالح الدائنين وحمايتهم مما قد يحدث من تواطؤ بين الشركاء، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، بل أن مبررات تدخل الدائنين في القسمة الاتفاقية أقوى منها في القسمة القضائية، حيث أن القسمة الاتفاقية تخلو من الضمانات التي تتطلبها القسمة القضائية، ونحن إذ نقرر ذلك، فإن الذين ذهبوا إلى الرأي الأول إنما يقولون به نظر لأن المادة 729 مدني تنص على ذلك، ولكنهم ينتقدون مسلك المشرع الوضعي في ذلك إلا أنهم لا يجيزون الخروج عليه⁽¹⁾.

ولذلك فإننا نوصي بأن يعدل المشرع الوضعي من موقفه، فيعدل نص المادة 729 مصرحاً بشمولها للقسمة بنوعيهما، ليقضي بذلك على الخلاف القائم بين الشراح، ويحمي الدائنين من تواطؤ الشركاء سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، والمشرع الوضعي إذ يفعل ذلك لم يأت بجديد، فقد فعل ذلك بعض التشريعات، كالقانون الفرنسي في المادة 882 مدني فرنسي، والقانون المدني السوري في المادة 796، والقانون المدني الأردني في المادة 1045 منه.

هذا وتمنع المادة 2205 من ق.م. فرنسي دائن الشركاء في الشيوع من حجز وبيع أحد الحقوق المملوكة في الشيوع لدائنتهم والمتعلقة بعقار، وقد مدد الاجتهاد القضائي في هذا الحظر ليشمل المنقولات، وعليه فكان من اللازم تمكين الدائنين من إنهاء حالة الشيوع وذلك بطلب القسمة وقد منحهم المادة المذكورة هذا الحق، ويظهر أن هاته المكنة تمنح للدائنين ميزة خاصة، في حين أن الاجتهاد القضائي لا يعتبرها سوى حالة من حالات تطبيق الدعوى غير المباشرة، ويشترط أن تكون كافة شروط هذه الدعوى متوفرة حتى يتم قبولها⁽²⁾.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 471.

(2) Henri , lion, Jean Mazeaud, le leçons de droit civil, OP, Cit, PP 730-731.

المطلب الثاني: موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

بينما فيما سبق أن المشرع قصد حماية مصالح، دائني الشركاء وذلك بنص المادة 729 من التقنين المدني، والتي بينا أن البرامج أن يتوسع في تفسيرها لتشمل القسمة الاتفاقية بجانب القسمة القضائية، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية، قسمة عينية أو تصفية.

والمقصود بالدائنين هنا هم دائنوا كل شريك، ويستوي أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا، أو دائنا ذاحق مقيد، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع قسمته، أو واقعا على غيره من أموال الشريك⁽¹⁾، ولبيان موقف الدائنين قبل إتمام القسمة في ضوء المادة 729/ الفقرة 01، تفرق بين طائفتين من الدائنين:

الطائفة الأولى: وهي طائفة الدائنين العاديين، والدائنين ذوي الحقوق المشهورة بعد رفع دعوى القسمة أو بعد الاتفاق على إجراءاتها.

الطائفة الثانية: الدائنين ذوي الحقوق المشهورة أو المقيدة قبل رفع دعوى القسمة أو قبل الاتفاق عليها.

أولا: الطائفة الأولى

وهم الدائنون العاديون⁽²⁾، أو الدائنون ذووا الحقوق المشهورة بعد رفع دعوى القسمة أو بعد الاتفاق على إجراءاتها، فإذا كان هناك دائن لأي شريك من هذه الطائفة وعلم أن لمدينه حصة في مال شائع، فإنه يجوز له وفقا للمادة 729 من القانون المدني أن يعارض في أن تتم قسمة هذا المال الشائع بغير تدخله، حيث إن للدائن أن يحتاط لنفسه، وأن يسهر على حماية مصالحه بكل ما هياه له القانون من سبل، ومن ثم فإن الدائن بمقتضى نص المادة 729/ الفقرة 01، له أن يوجه معارضته إلى الشركاء بعدم إجراء القسمة بدون تدخله سواء كانت القسمة عينية أو كانت بطريق التصفية، ولم يشترط القانون شكلا خاصا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، بيروت، منشورات الجامعي الحقوقية، الجزء الثاني 1998، ص 937.

(2) يرى بعض الشراح انه ما كان ينبغي لواضع القانون أن يجعل للدائن العادي حق الاعتراض على القسمة أو التدخل فيها، لأن حقه يتعلق بذمة المدين، بخلاف الدائن صاحب الحق العيني الشعبي، فحقه يتعلق بمال معين للمدين، فكانت له مصلحة في التدخل، على أن يثبت لكافة الدائنين الطعن في القسمة في حالة الغش، قبل القسمة وبعد تمامها على السواء.

لهذه المعارضة، والأفضل أن تكون إنذاراً على يد محضر، ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ويجوز أن تكون شفوية، ولكن الدائن يتحمل عبء الإثبات⁽¹⁾. ويشترط أن توجه المعارضة إلى كل الشركاء في المال الشائع، وليس فقط الشريك المدين، فإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض، لم يكن لها أثر بالنسبة لكل الشركاء، سواء من وجهت إليهم المعارضة أو من لم توجه إليهم. وأما عن ميعاد توجيه المعارضة إلى كل الشركاء، فإن القانون لم تحدد لا شكلاً معيناً ولا ميعاداً معيناً أيضاً، ومن ثم فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن لمدينه حصة في مال شائع، ويبقى حق الدائن في المعارضة، إلى أن تتم قسمة هذا المال، أي حتى صدور الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز الذي آل إليه⁽²⁾، ولم يبق إلا أن نذكر أنه يجوز للدائن توجيه المعارضة في القسمة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية على نحو ما سبق أن رجحناه.

ويترتب على توجيه المعارضة إلى كل الشركاء الآثار التالية:

إلزام الشركاء أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع إجراءات القسمة فيصبح الدائن طرفاً في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته، على أن ذلك لا يخول الدائن المعارض حق توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته، كأن يطلب مثلاً أن يختص مدينه بكامل حصته عيناً، أو أن يطلب أن تكون القسمة قضائية في حين أن الشركاء جميعاً راضون بجعلها قسمة اتفاقية، فليس له ذلك، بل كل ما له أن يطلب سير الإجراءات في الطريق السوي وفقاً لأحكام القانون، كأن تكون الحصص متساوية في قيمتها، أو أن يعطي كل شريك نصيبه بطريق الاقتراع لا بطريق التجنيب، وإذا حصلت القسمة بطريق البيع المزاد، فللدائن أن يطلب قبول الأجانب للمزايدة، حتى ولو اتفق الشركاء جميعاً على اقتصارها عليهم⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 938.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 938.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 940.

إذا تمت القسمة في غيبة الدائنين المعارضين -أي بغير إدخالهم- فإن القسمة التي تتم تكون غير نافذة في حقهم، فيجوز لهم إبطال هذه القسمة دون الحاجة إلى إثبات تواطؤ الشركاء على الإضرار أو الغش، ذلك أن المشرع افترض هذا التواطؤ في جانبهم لمجرد إغفالهم دعوة هؤلاء الدائنين إلى التدخل في إجراءات القسمة.

وأخيرا يرتب بعض علماء الفقه⁽¹⁾، أثرا آخر على معارضة الدائنين، وهو أن هذه المعارضة تعتبر بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير، فإذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق في ذمة الغير، أو معدل نقدي مستحق على أحد الشركاء في حصة مدينهم، فإن الوفاء بالدين أو المعدل النقدي لا يجوز لهذا الشريك المدين، بل يتعين الوفاء به للدائنين المعارضين.

ثانيا: الطائفة الثانية

وهم الدائنون ذوي الحقوق المشهورة أو المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها، فإذا كان الأصل أنه لا بد من معارضة أحد الدائنين في عدم إجراء القسمة بدون تدخلهم حماية لمصالحهم، لكي يلتزم الشركاء بإدخالهم في القسمة، فإن هناك طائفة من الدائنين استثنأها المشرع من هذا الإجراء، وأوجب على الشركاء إدخالهم في إجراءات القسمة دون استلزام أو حاجة إلى توجيه هؤلاء الدائنين معارضة إلى الشركاء، وهؤلاء الدائنون هم المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها، إذ تنص المادة 729 على أنه: "... ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، فدخل هذه الفئة من الدائنين في إجراءات القسمة أمر لازم، ويجب على الشركاء استدعائهم دون أن يكون هناك حاجة لمعارضتهم⁽²⁾.

والمراد بالدائنين المقيدة حقوقهم، من تقرر لهم حق عين تبقي على حصة مدينهم الشائعة في العقار، أو من ارتهن من الشريك جزءا مفرزا من العقار الشائع، إذ قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية أو قبل إبرام عقد القسمة في

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 232.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 478-479.

729 حالة القسمة الاتفاقية، وهذا بناء على ما سبق أن رجحناه من شمول نص المادة 729 للقسمة بنوعيتها -الاتفاقية والقضائية- على أنه من بين أنصار التسوية بين القسمة الاتفاقية والقضائية من حيث حكم المادة 729 من يحتفظ، ويرى أن هؤلاء الدائنين لا يتعين إدخالهم إلا في حالة القسمة القضائية فقط نزولا على عبارة النص⁽¹⁾.

ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءا مفرزا من المال الشائع، وسجل عقد البيع فهذا أيضا يصبح دائنا بالضمان، ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة إذا كان قد سجل عقده قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها، وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء، وذلك باعتباره دائنا للشريك المتصرف⁽²⁾.

وزيادة في الحماية تعطي القواعد العامة في القانون، الحق للدائنين التدخل في إجراءات القسمة بمجرد علمهم بمباشرة الشركاء لقسمة المال الشائع، وذلك سواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه السابق أو لم تصدر، وسواء كان للدائن حق مفيد قبل رفع دعوى القسمة أو لم يكن، فبمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع، فإنه يجوز للدائن إذا علم بذلك أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء⁽³⁾؛

فإذا كانت القسمة اتفاقية، فإنه يجوز للدائن أن يقدم إلى الشركاء متدخلا في القسمة، فيطلب أن يراقب أعمال الخبير الذي عينه الشركاء لإجراء القسمة، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء، إلى أن يبرموا عقد القسمة، كما أن له كذلك مراقبة إجراءات بيع المال الشائع بالمزاد العلني، إلى غير ذلك، حتى لا تتم على وجه يضر بمصلحة الدائن نتيجة لتراضي الشريك المدين في اقتضاء حقوقه مثلا، أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضرارا بمصلحة الدائن⁽⁴⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 479.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

أما إذا كانت القسمة قضائية، فإن سبيل الدائن إلى التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه، هو السبيل المقرر قانوناً، ومن ثم فبمجرد علم الدائن بمباشرة إجراءات دعوى القسمة فله أن يتدخل منضماً لمدينه، وذلك لمراقبة سير إجراءات الدعوى، لكي يحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته⁽¹⁾.

هذا ويترتب على إدخال الدائنين أو تدخلهم من تلقاء أنفسهم، أن يصبحوا طرفاً في جميع إجراءات القسمة منذ إدخالهم أو تدخلهم، فلا يجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهتهم كما سبق بيانه.

المطلب الثالث: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

يختلف موقف الدائنين بعد إتمام القسمة، باختلاف مواقفهم قبل إتمامها، ولبيان موقف الدائنين بعد إتمام القسمة نجد أنفسنا أمام فروض ثلاثة نبينها على النحو التالي:

الفرع الأول: الفرض الأول

"أن يكون الدائن قد تدخل فعلاً في إجراءات القسمة"

وسواء كان تدخله هذا عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين، فأدخله هؤلاء الشركاء في هذه الإجراءات، أو أدخله الشركاء في إجراءات القسمة بأنه صاحب حق مقيد قبل رفع الدعوى أو الاتفاق على القسمة، أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء، ففي هذا الفرض طالما أن الدائن قد تدخل فعلاً في إجراءات القسمة، فيكون قد أعطى الفرصة الكاملة لمراقبة الإجراءات، ودرء التواطؤ عن طريق اعتراضه على طريقة وقوع القسمة، أو على تكوين الحصص، فإذا تمت القسمة، فليس لهذا الدائن أن يعود فيعترض عليها بعد وقوعها، كما لا يقبل منه أن يدعي أنها تمت بطريق التواطؤ إضراراً به، ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية، لأن تدخله في القسمة حل محل هذه الدعوى⁽²⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 241.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 243.

الفرع الثاني: الفرض الثاني

"عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا" إذا وجه الدائن معارضته إلى جميع الشركاء، أو كان له حق مقيد قبل رفع الدعوى، وبالرغم من ذلك تجاهله الشركاء فلم يدعوه إلى التدخل في إجراءات القسمة، ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه، فإن الشركاء بذلك يكونوا قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تتم القسمة بدون تدخله، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة، أو قبل إبرام عقد القسمة⁽¹⁾.

وجزاء عدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم هو عدم نفاذ القسمة في حق هؤلاء الدائنين، وذلك طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 729 من القانون المدني، وإن كان ذلك لا يمنع من وقوعها صحيحة بين أطرافها، وعدم النفاذ هذا في حق الدائنين يترتب دون حاجة إلى أن يثبت هؤلاء الدائنون تواطؤ الشركاء على الإضرار بحقوقهم، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين، ذلك أن المشرع افترض هذا التواطؤ في جانب الشركاء لمجرد إغفالهم دعوة هؤلاء الدائنين إلى التدخل في إجراءات القسمة، فلا يقبل من الشركاء إثبات عكس هذه القرينة القانونية القاطعة⁽²⁾.

ومع ذلك فإنه يجب على الدائن لكي لا تكون القسمة غير نافذة في حقه، أن يثبت أن القسمة قد عادت بالضرر، إذ في غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون للدائن مصلحة في التمسك بعدم النفاذ، ويكفي لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا يسهل عليه تهريبها، أو لم توقع في نصيب هذا الشريك المال الذي ارتهنه الدائن بل أوقعت هذا المال في نصيب شريك آخر⁽³⁾، وإلى غير ذلك من الأمثلة.

فإذا أثبت الدائن الضرر الذي لحقه من القسمة، أصبحت القسمة غير نافذة في حقه، فإنه يترتب على ذلك أن يعود المال محل القسمة إلى الشيوع بالنسبة لهذا الدائن، ومن ثم

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 941-942.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 232.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 942.

فيجوز له طلب قسمة المال من جديد لكي تكون القسمة نافذة في حقه، كما يجوز للدائن رفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة. ومن ناحية أخرى، فإنه يجوز للدائن أن يقتصر -بدلاً من إعادة طلب القسمة على مطالبة الشركاء جميعاً متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقه من القسمة، وذلك على اعتبار أن عدم دعوة الشركاء له إلى التدخل خطأ تقصيرياً من جانب الشركاء، فلا يخول للدائن مطالبتهم بتعويض الضرر الذي لحقه، غير أنه يمكن للشركاء أن يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى، إذا أوفوا لهذا الدائن حقه، ثم يرجع الموفي أو الموفون على زميلهم المدين⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الفرض الثالث

"عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض، أو بالرغم من دعوته إلى التدخل" ومن هذا الغرض يكون الدائن لم يتدخل في القسمة، إما لأنه لم يعارض، وإما أنه عارض ودعى إلى التدخل من قبل الشركاء، ومع ذلك فلم يتدخل، وإما إنه كان صاحب حق مقيد، ودعى إلى التدخل، ومع ذلك فلم يتدخل أيضاً، وموقف الدائن في هذا الغرض هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 729 من التقنين المدني والتي تنص على أن: "... أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم ييخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

فيتبين من هذه الفقرة أن الأثر المترتب على عدم تدخل الدائنين في القسمة، أن تكون القسمة نافذة في حقهم، فلا يكون لهم أن يطعنوا في القسمة إلا في حالة الغش، ويستند هذا الأثر على أن الشركاء لا ذنب لهم في حالة عدم تدخل الدائنين في القسمة رغم دعوتهم، أو عدم معارضتهم أصلاً، ويكون التقصير من جانب الدائنين أنفسهم، فلا يجوز لهم الاستفادة من الجزء الذي يقرره القانون في حالة عدم دعوتهم، وبالتالي فإن القسمة تسري قبلهم، ولا يكون الاعتراض عليها في حالة الغش⁽²⁾.

ويقتضي أعمال هذا الأثر الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، والمتعلقة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم، ومن ثم فيشترط لقبول دعوى عدم

(1) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 483.

نفاذ القسمة التي تمت في حق الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها، أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصة، وأهم هذه الشروط، إفسار الشريك المدين، وإثبات التواطؤ بينه وبين باقي الشركاء، على الإضرار بدائنه، ويكفي لإثبات هذا التواطؤ التدليسي أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة، بحيث يفترض لفرط سرعتها أن الشركاء قد تواطؤوا فيما بينهم على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها، ويجوز للدائنين أيضا أن يتمسكوا بصورية القسمة التي تمت في غيبتهم، ولهم أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية القسمة التي أضرت بهم⁽¹⁾.

ونخلص من مجمل ما جاء في هذا المبحث المحلل لمقتضى نص المادة 729 من القانون المدني، أن لدائني الشركاء مصلحة واضحة في التدخل في إجراءات القسمة، حتى يحولوا دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم، وصور التواطؤ متعددة، مثل أن يتفق شريك مدين مع باقي الشركاء على أن يختص بأموال لا يجوز الحجز عليها، أو يسهل إخفاؤها، كالنقود والسندات لحاملها، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي، ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطى له دون علم الدائنين، وكذلك إذا كان الشريك قد تصرف في جزء مفرز، أو في حصة شائعة في العقار المشاع، فيعتمد الشركاء على إيقاع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر، بغية إسقاط حق المتصرف إليه أو نقله إلى مال آخر غير المال الذي ورد عليه التصرف، وعلى هذا الأساس يحق للدائن أن يتدخل في دعوى القسمة منضما إلى مدينه، فيراقب سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته، ولكن المشرع لم يكتف بهذا، حيث خول الدائن بمقتضى المادة 729 من القانون المدني حق المعارضة في أن تتم القسمة بغير تدخله، وذلك حتى يهيئ له فرصة التدخل في قسمة قد تتم بدون علمه لولا هذه المعارضة، وقد تهيأ القانون لدائني الشركاء عدة وسائل تمكنهم من منع هذا التواطؤ قبل وقوعه، أو تفادي نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على التواطؤ بقصد الإضرار بالدائن⁽²⁾ على النحو الآتي:

(1) المرجع نفسه، ص 484.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 130.

أولاً: للدائن وفقاً للقواعد العامة أن يتدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، وبذلك يستطيع الدائن أن يراقب سير إجراءات القسمة، حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته، نتيجة لتراخي الشريك المدين في اقتضاء حقوقه، أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضراراً بالدائن، ولذلك فقد ذهب فقهاء القانون إلى القول بأن للدائن أن ينازع في تكوين الحصص، أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التحديد مادام طريقة القرعة ممكناً، وله إذاً مل تمت القسمة بطريق التصفية أن يطلب قبول غير الشركاء في المزايدة، معترضاً على ما يريده الشركاء من قصر المزايدة عليهم وحدهم⁽¹⁾.

ثانياً: للدائن أن يعارض في أن تتم القسمة في غيبته، وهذا ما نصت عليه المادة 729 السالفة الذكر، والتي يتضح من خلالها أن المشرع أعطى للدائن حق المعارضة في أن تتم القسمة دون تدخله، ولم يفرض القانون شكلاً خاصاً للمعارضة، ولكن يجب أن توجه إلى جميع الشركاء، فإذا تمت المعارضة التزم الشركاء أن يدخلوا من عارض في جميع الإجراءات.

والجدير بالذكر أن كيفية الإدخال في الخصام واضحة في المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، وذلك هو الجزاء الذي يترتب على عدم إدخال من عارض من الدائنين في إجراءات القسمة، وهو عدم نفاذ القسمة في حقه، والملاحظ أن المشرع قد أعفى الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة من توجيه المعارضة، إذ يجب على الشركاء في جميع الأحوال إدخالهم في الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، والمقصود بالدائنين "المقيدة حقوقهم" هم الدائنون الذين تقرر لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على ما لمدينهم من حصة شائعة من العقار، وتم قيد حقوقهم طبقاً للقانون قبل رفع دعوى القسمة، كما ينطبق هذا الحكم بطريق القياس على من اشترى من أحد الشركاء أثناء الشيوع جزءاً مفرزاً من العقار الشائع إذا

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية، 1995، ص 194.

كان قد استطاع أن يسجل البيع -أي يشهره- قبل رفع دعوى القسمة باعتباره دائنا للشريك البائع⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يرى بعض الفقه أنه إذا كانت القسمة اتفاقية، فلا يلزم الشركاء بإدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم في إجراءاتها، بينما يرى البعض الآخر أنه ليس هناك مبرر معقول للفرقة في هذا الخصوص، بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، ذلك لأنه متى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء، تعين عليهم إذا هم عمدوا إلى اقتسام المال الشائع، أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية.

ثالثاً: وإذا لم يتدخل الدائن، ولم يدخله الشركاء غير ملزمين بإدخاله، فليس له أن يطعن في القسمة القضائية إلا في حالة الغش طبقاً لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 729 من التقنين المدني، أما القسمة الاتفاقية فللدائن أن يطعن فيها وفقاً للقواعد العامة بدعوى عدم نفاذ التصرفات أي الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها.

وفي ختام هذا الفصل، الذي عالجنا فيه مختلف طرق قسمة الملكية العقارية الشائعة، وكذا إجراءات هذه الطرق، يمكن القول أن للقسمة شكلان أو طريقتان، إما أن تكون قسمة نهائية، أو قسمة مؤقتة، فالقسمة النهائية مهما كانت -كلية أو جزئية، عينية أو قسمة تصفية-، تكون إما اتفاقية أو قضائية، فالاتفاقية تحصل إذا اتفق جميع الشركاء على إجراءاتها بالتراضي دون اللجوء إلى القضاء، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها، ورأينا أن المشرع الجزائري يميل الأطراق المتفقة على القسمة بطريقة ودية إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة بينهم في شكل رسمي أي يقوم بتحرير عقد قسمة ودية بحضور الأطراف والشهود، ولأن محل القسمة عقاراً، فإنه لا بد من تسجيله طبقاً للإجراءات التي يفرضها القانون وفق أحكام الشهر العقاري، فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إن عن طريق اللجوء إلى القضاء والتي تتخذ أحد الشكلين، بأن تكون قسمة عينية، ويتقرر ذلك متى كان العقار قابلاً للقسمة، فإذا كان

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 220.

غير ذلك أو كانت قسمته تنقص من قيمته فيجوز للشركاء بيعه عن طريق الممارسة أي عن طريق المزاد العلني، وقد مكنتنا الدراسة خلال هذا الفصل من استنتاج أهم نقاط التمييز بين دعوى القسمة العينية ودعوى قسمة التصفية، فرغم ورود كل منهما على عقا، وغرض ذلك إنهاء الشيوخ القائم، وأن كلاهما دعوى شكلية رسم القانون طريقا خاصا لمسارها وكيفية الفصل فيها والفصل في موضوعها وشروط رفعها إلّا أنه يمكننا إبراز أوجه الاختلاف بينهما في النقاط التالية حيث:

-تتشرط دعوى القسمة العينية أن يكن العقار موضوع الدعوى قابلا للقسمة، بينما لا يشترط في دعوى قسمة التصفية ثبوت قابلية العقار للقسمة، بل العكس تماما فإن هذه الدعوى لا ترد إلا إذا كان العقار غير قابل للقسمة أو كان يترتب عليها سيرورة بعض الحصص دون الحد الأدنى للإفراز.

-كما أن الأثر الذي يترتب على دعوى القسمة العينية هو انقسام العقار إلى عقارات جديدة، مع بقاء الملاك وحصصهم، فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف، إذ هي لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم، بل أن الحق الذي كان له في أثناء الشيوخ هو الذي آل إليه للقسمة وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي، فبعد أن كان الحق شائعا كحصة معنوية في كل المال الشائع، وهنالك تباين بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي أصبح النطاق المعنوي للحق بالقسمة مطابقا لنطاقه المادي، بينما يكون الأثر الذي يترتب على دعوى قسمة التصفية مختلفا، فقد يكون الأثر هو بيع العقار بأكمله إلى شخص خلاف الشركاء في الشيوخ، وبالتالي يتم إنهاء حالة الشيوخ بالبيع الناقل للملكية ويتم تسليم كل شريك نصيبه نقدا لهذا سميّت هذه الدعوى في الفقه بقسمة التصفية.

تتركز الدراسة في هذا الفصل على الآثار الجوهرية للقسمة إذا ما تمت صحيحة، والتي تضمنها المبحثين الأولين على النحو التالي وبناء عليه يشتمل على ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الإفراز.

المبحث الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق.

وهناك ما يمكن إطلاقه عليه بالآثار الخفية التي يمكن أن تتجم حيث تطرح مسائل في قسمة التركة، يقتضي الاجتهاد فيها واستنباط آثارها، أيضا ما ينجم عن قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص، وما تطرحه القسمة وفق قوانين تهيئة العمران وتجزئة الأراضي الفلاحية من آثار متشعبة النواحي، العمرانية، والاقتصادية والاجتماعية والجمالية، إلى غير ذلك وهو ما سنتعرض له بالتفصيل في الجزء الأول من المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل، أما في شطره الثاني فارتأينا وضع أهم الحلول لما قد يطرأ على القسمة أو أثناءها من طوارئ وأهم آثارها، فجاء عنوان المبحث الثالث بالأحكام الاستثنائية للقسمة وطوارئها، فيما يلي تحليل النقاط الموضحة أعلاه.

المبحث الأول: الإفراز

إن الإفراز المترتب على قسمة المال الشائع هو الأثر الجوهري للقسمة⁽¹⁾، والذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من حصة رمزية مجردة في المال الشائع إلى حصة مادية مفرزة، فالمقصود بقسمة المال الشائع اختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع، وهذا هو الأثر الجوهري للقسمة بنوعيتها، الاتفاقية والقضائية، والذي يهدف إليه المتقاسمون، وبمعنى آخر هو استقلال كل شريك بملكية الجزء الذي اختص به في القسمة ملكية مفرزة مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين.

إلا أنه يترتب على كون الإفراز أثر للقسمة، بحث الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الحصة للشريك المتقاسم، فهل تؤول الملكية للشريك المتقاسم من تاريخ القسمة فتعتبر القسمة ناقلة للحق كالبيع، أم أن الملكية تؤول إليه منذ أن تملك في الشيوع، وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف؟

ولقد حظي هذا الموضوع -الأثر الناقل والأثر الكاشف- باهتمام كبير من شراح القانون، تعرض له في ضوء نص المادة 730 من القانون المدني، ونظر لأهمية هذا الأثر الجوهري المتمثل في الإفراز، وما يطرح من تساؤلات، ارتأينا وضمن مطالب ثلاثة، أن نعالج التطور التاريخي لتحليل عملية الإفراز في المطلب الأول، ونبين مدلول الأثر الكاشف لعملية القسمة في المطلب الثاني، ونتعرض في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث لبيان الأثر الرجعي لعملية القسمة.

المطلب الأول: تحليل عملية الإفراز

إذا كانت القسمة تعمل على اختصاص الشريك بجزء مفرز يختص به دون غيره من الشركاء، فإنه من الضروري أن يحصل كل شريك على الحصة التي آلت إليه بموجب القسمة خالية من كل التصرفات السابقة على القسمة، والتي يكون أحد الشركاء قد رتبها عليها قبل القسمة.

ولأجل ذلك جاء نص القانون المدني مقرراً ذلك في المادة 730، والتي تنص على أن:

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق الذكر، ص 145.

"يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع وإنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

الفرع الأول: تطور فكرة الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف

كما سبق وأشرنا، فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية، حيث أنها تتضمن عملية مقايضة، وهذا التصوير كان مبنيا على أن لكل شريك أثناء الشيوع حصة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، فإذا ما تمت القسمة أصبح كل منهم مالكا لجزء مفرز ملكية خالصة دون أن يكون للآخرين أي حق في هذا النصيب.

وقد تأثر القانون الفرنسي القديم بتكييف القانون الروماني لأثر القسمة واعتبارها ناقلة، وظل هذا التصوير سائدا حتى أواخر القرن الرابع عشر، فبدأت تظهر فكرة الأثر الكاشف، على أثر ظهور النتائج الضارة لتطبيق فكرة الأثر الناقل للقسمة، والتي تجلت بوضوح في نطاق القانون المدني، وفي نطاق القانون المالي، حيث كثر الالتجاء إلى الرهن العقاري بشكل لفت النظر إلى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن في حق الشركاء بعد القسمة، تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية إلى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه في الجزء الذي اختص به، إذ كان يكفي أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمي حتى تصبح جميع أمواله - ومنها ما قد يكون له من حق شائع - مرهونة لضمان هذا الالتزام، في الوقت الذي كان فيه هذا الرهن العام خفيا، إذ لم يكن نظام الشهر معروفا، كذلك ظهرت خطورة ما يؤدي إليه هذا التصدير من نتائج، في إخضاع القسمة للضرائب، والرسوم المفروضة على نقل الملكية، بالإضافة إلى الضرائب التي يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية إليهم عند تملكهم للمال الشائع⁽¹⁾.

وإزاء هذه النتائج الضارة غير العادلة، اتجه الفقه والقضاء في عهد القانون الفرنسي القديم إلى إيجاد الحلول التي تتلاءم مع هذا المضممار على وجه مستقل في كل ناحية عن الأخرى، دون أن يعنى بتأصيلها على أساس موحد، فالمهم هو الوصول إلى تصوير آخر

(1) مصطفى محمد الجبال، المرجع السابق الذكر، ص 182.

للقسمة يؤدي إلى عكس هذه النتائج، وقد انتهى الفقه إلى تأصيلها على أساس واحد يستمدّه من تحليل جديد لطبيعة القسمة وآثارها، وقد ظهر ذلك في كتابات الفقيه "بوتيه" حيث يقول: " - لا تعتبر القسمة سند تملك وإنما هي فحسب تصرف محدد للأشياء التي يتلقاها الوارث، فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزء، وهذا الجزء يتعين بالقسمة".

ويقول: " - يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تملك، فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيبه، بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئاً من الأموال التي وقعت في نصيبه بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئاً من الأموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين".

فالقسمة طبقاً لهذا التصور ليست ناقلة للحق، وإنما هي كاشفة له أو محددة، علاوة على مالها من أثر رجعي، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى كل شريك بالقسمة، يستند أثره إلى وقت بدء الشروع، لا إلى وقت انعقاد القسمة ⁽¹⁾، إذن فالقول يصور القسمة تصويراً جديداً، فيعتبرها كاشفة للحق محددة له، وليست ناقلة، كما يجعل لها أثراً رجعياً، وعند وضع المجموعة المدنية الفرنسية - قانون نابليون - كان طبيعياً أن يلجأ واضعوها، إلى كتابات بوتيه، فقد كانت هي المصدر الأساس الذي استمدوا منه معظم نصوصهم، لتحديد آثار القسمة.

فقد نقل القانون المدني الفرنسي، قول بوتيه، فيما يتعلق بالأثر الرجعي للقسمة في المادة 883، وكذلك فعل القانون المدني المصري في المادة 843 حيث تنص على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص".

وكذلك انتقل هذا القول إلى المادة 730 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص على أن:

"يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، وأنه لم يكن مالكا في الشروع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق الذكر، ص 224.

ويرجع اقتصار هذه النصوص على ذكر الأثر الرجعي للقسمة دون الأثر الكاشف لها إلى ما شاع من خلط بينهما حتى اعتبر مدلولهما واحداً، فأصبح يذكر أحدهما للدلالة على الآخر، مع أنه لا ترادف بينهما، إذ هما يختلفان في الأساس وفي نطاق التطبيق، والغرض من هذا الأثر الرجعي هو حماية كل متقاسم من الحقوق التي تقررت على الشيء الشائع من قبل أخذ الشركاء الآخرين أثناء قيام الشيوع، ويترتب على ذلك أنه يجب التضييق من نطاق تطبيق الأثر الرجعي باعتباره افتراضاً مخالفاً للحقيقة⁽¹⁾، وحصره في حدود الفرض من تقريره واستبعاده فيما وراء ذلك.

فالأثر الكاشف للقسمة يستند إلى الحقيقة، إذ هو مستمد من طبيعة القسمة، حيث يبين أن القسمة ليست سند تملك القاسم لما آل إليه، وإنما هي تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوع، ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التي يؤدي إليها الأثر الكاشف يؤخذ بها دون تضييق⁽²⁾.

أما الأثر الرجعي للقسمة، فهو محض افتراض، إذ أن معناه اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وهذا يخالف الحقيقة، لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها، على الشيء كله، ويترتب على ذلك أن هذا الأثر لا يؤخذ به إلا في حدود الغرض الذي دعا إلى تقريره، وهو حماية الشريك من التصرفات التي قررها غيره من الشركاء على العين الشائعة أثناء الشيوع⁽³⁾.

والملاحظ أن الأثر الحقيقي للقسمة في الشريعة الإسلامية هو أثر مزدوج كاشف وناقل، ذلك أن القسمة هي: "عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض، فإذا قسمت العين بينهما نصفين، فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له، وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم، لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه، بل يكون بعضه ملك صاحبه، فكانت القسمة منهما بالتراضي، أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض، وهو نصف نصيب صاحبه،

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق الذكر، ص 200.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق الذكر، ص 509.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 245-246.

وهو تفسير المبادلة، فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له، إفرازا وتميزا، أو تعيينا لها في الملك، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة، وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة، بل هي إفراز من وجهة، ومعاوضة من وجهة ...⁽¹⁾.

ونجد لهذا التحليل نظيرا في الفقه الحديث الذي يرى أن القسمة ليست محض كاشفة، كما هو شأن الحكم القضائي، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة، فهي ليست محض كاشفة، لأنها تحول حقا شائعا في مجموع المال المملوك في الشيوع إلى حق مقصور على صاحبه في جزء محدد تحديدا ماديا من هذا المال، وهي ليست محض ناقلة، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع في كل ذرة من ذرات الجزء المفرز الذي آل إليه، ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمة محض ناقلة، أو يقال أنها محض كاشفة، فالعبرة الأخيرة تقصر عن الحقيقة، في حين أن العبارة الأولى تجاوز الحقيقة⁽²⁾.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من المادة 730 ق.م

لبيان موقف فقهاء القانون من المادة 730 من التقنين المدني، فإنه ينبغي أن نبين آراءهم أولا حول أثر القسمة كما يلي:

أولا: رأي الفقه القانوني في أثر القسمة

اختلف الفقهاء حول تكييف الإفراز الناتج عن عملية القسمة، والتي يعتبر أثرها الجوهرية، فذهب رأي في الفقه⁽³⁾، إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها لا كاشفة، وأن ما ذهب إليه النظرية التقليدية فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة على أساس أنها ناقلة هي الأولى بالقبول. أما الأثر الكاشف فهو نص مجازي أريد به حماية المتقاسم من تصرفات غيره من الشركاء والتي تم إبرامها أثناء الشيوع، ويمكن الاستغناء عن هذا الأثر الكاشف بالبحث عن وسيلة فنية، يتم بها حماية الشريك من تصرفات شريكه، كأن يتم نقل الحقوق التي رتبها الشريك على حقه الشائع إلى ما يقع في نصيبه عند القسمة.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، 1997، ص 143.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 949.

(3) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 190.

وذهب رأي ثان⁽¹⁾، إلا أن الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، فلو قلنا أن أرضاً يملكها اثنان على الشيوع، لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما، فإذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الآخر، بعدما كان مملوكاً للشريكين، لكل منهما النصف.

فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، وأثر ناقل في النصف الآخر، فيكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل، ويستطرد صاحب هذا الرأي إلى القول، بأن هذين الأثرين يتعارضان، فيجب أن نغلب أثراً على الآخر حسب مقتضيات العملية، ولما كانت مقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل، فقد سار القانون المدني على جعل القسمة ذات أثر كاشف في جميع الأحوال.

ويذهب غالبية الشراح⁽²⁾ إلى التقسيم بأن القسمة أثراً كاشفاً، ويميزون بينه وبين الأثر الرجعي، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثاني.

فيرون أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة، وأن الأثر الرجعي أمر صناعي ومفترض، ويرتبون على ذلك أنه إذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة وطبيعتها، فلا محل للتضييق في تطبيقه، وأنه لما كان الأثر الرجعي مجرد افتراض لا يطابق الواقع -لأنه لا يمكن محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث، وبقيت إلى أن تمت القسمة-، فإنه يجب أن يعمل فقط في حدود الحكمة التي أملت، وهي حماية المتقاسمين من الحقوق التي تقرت من قبل أحدهم على العين الشائعة أثناء الشيوع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز خلوصاً كاملاً.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 948-949.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 246 و258.

وهناك رأي رابع في الفقه⁽¹⁾، يرى أن الأثر الكاشف للقسمة، وما يتتبعه من أثر رجعي يعد من قبيل الافتراض القانوني، فهو مجاز وليس حقيقة، لأن الحقيقة أن المتقاسم لم يعتبر مالكا لما آل إليه بالقسمة إلا بعد تمام القسمة، أما قبل القسمة فلم يكن المتقاسم مالكا إلا لحصة شائعة في المال المقسوم كله، فإذا اعتبرنا المتقاسم على خلاف هذه الحقيقة مالكا لما آل إليه بالقسمة، وغير مالك لباقي الحصص، فإنما يكون ذلك على سبيل المجاز أو الفرض، لتبرير وتفسير الأحكام التي تترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق.

ثانيا: موقف فقهاء القانون من المادة 730 من التقنين المدني

إزاء تضارب آراء الفقه القانوني حول تكييف الأثر المترتب على عملية القسمة، فقد كان لهم موقف بشأن المادة 730 من التقنين المدني، مطالبين بتعديلها، إلا أنه تضاربت آراؤهم فيما يجب إدخاله من تعديل وذلك على النحو الآتي:

- فذهب البعض إلى ضرورة إلغاء المادة 730 مدني اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها، كما أن هذا الأثر الكاشف يحقق المقصود من الأثر الرجعي، ويقول أنصار هذا الرأي، أن في هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة والقسمة، لم تعد للأثر الرجعي ضرورة تقتضيه، فتصرف الشريك أثناء الشيوع في الشيء الشائع، ولو أنه صادر من مالك، إلا أنه لا يكون نافذا قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم، ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوق الجزء الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر، إذ أن الشريك الذي اختص بذلك الجزء ليس خلفا للشريك المتصرف، فالقسمة كاشفة لا ناقلة فيظل التصرف غير نافذ، وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز، وتتحقق حمايته من الحقوق التي تفرزت من قبل متقاسم آخر، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة⁽²⁾. ونوقش هذا⁽³⁾، بأن صحة هذا الرأي تتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها، وهو تصوير حديث لا يزال محلا للمناقشة والأخذ والرد، ويوجد رأي يعارضه، فذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 237.

(2) محمد عبد الرحمن الاضويبي، المرجع السابق، ص 511-512.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 956.

- وذهب البعض⁽¹⁾، إلى ضرورة تعديل نص المادة 730 من القانون المدني، بما يستبعد الأثر الرجعي للقسمة ويبرز أثرها الكاشف، وفي رأي أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتي: "يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذي يملك به في الشيوع، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء".

ويؤخذ على هذا الرأي بأنه فضلا عن أنه يذهب إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها، وهو رأي لا يزال محلا للنظر، كما سبق، فإن الأثر الكاشف يقتصر على بعض النتائج التي تترتب عليه، ويغفل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء، ومن ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سببا صحيحا في التقادم القصير؟ قيل لا يصح -وهو القول المعمول به-، تعارض هذا القول مع التعديل المقترح، إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره⁽²⁾.

بينما ذهب بعض آخر⁽³⁾، إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها، ويقترح إلغاء المادة 730 من القانون المدني، إذ بهذا الإلغاء يزول السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة تحمل الخلاف، ويمكن استخدام نظرية الحلول العيني للوصول إلى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل إليه خاليا من تصرفات شركائه.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه لم يحسم القول بشأن أثر القسمة، بل ترك بيان حقيقة أثر القسمة "مسألة رأي" تحتل الخلاف، ومن المتوقع أن تضطرب الآراء كثيرا في ذلك بل هي من الآن مضطربة رغم وجود نص المادة 730، وقد رأينا أن أصحاب الرأي الأول يذهبون هم أيضا إلى إلغاء نص المادة 730، ليصلوا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأي الأخير، وهي أن القسمة كاشفة لا ناقلة.

وهناك اتجاه آخر في الفقه⁽⁴⁾، يقرر بأنه إلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة، وإلى أن يستقر الرأي في الاتجاه الجديد الذي أخذ يظهر في الفقه الحديث، ويقول أن القسمة كاشفة بطبيعتها، لا ضرر من استبقاء المادة 730 مدني كما هي، تضيف على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد، على أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانوني أو

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص260.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص957.

(3) مصطفى محمد الحمال، المرجع السابق، ص190.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص958.

المجاز، فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف.

وبذلك قالت الأغلبية من شراح القانون⁽¹⁾، فهم يرون أن القانون المدني الحالي لم ينص على الأثر الرجعي للقسمة، إلا لما له من أهمية، فإذا كان تقرير الأثر الرجعي للقسمة، إلا لما له من أهمية، فإذا كان تقرير الأثر الرجعي للقسمة، ليس إلا افتراضاً قانونياً أو مجازاً، فإن القانون إذ يقرر ذلك فهو من أجل تحقيق أهداف عملية في أحكام الملكية المفترزة التي تترتب على القسمة.

وبعد بيان آراء الفقهاء وشراح القانون حول أثر القسمة وموقفهم المتباين من المادة 730 مدني، فإننا نرى أنه في الحقيقة وواقع الأمر أن أثر القسمة يعتبر أثراً مزدوجاً، فهو أثر ناقل للملكية، وهو أيضاً أثر كاشف، فالأثران مرتبطان ببعض وذلك بالنسبة لعملية القسمة، وبيان ذلك أنه ما من ذرة من ذرات المال المشترك، إلا وهي مشتملة على النصيبين -ذلك على فرض أن المال لشريكين-، وبالقسمة يأخذ كل واحد حصته مجمعة في عين معينة، وما حصل عليه هذا الشريك بعد القسمة كان نصفه ملكه لم يستفده من صاحبه، والنصف الآخر كان لصاحبه، فأما ما اجتمع في نصيبه من أجزاء مملوكة له، فيكون إفرازاً محضاً، وتكون القسمة في هذا الجانب كاشفة للملكية⁽²⁾.

وأما النصف الآخر من نصيبه، فكان لصاحبه أخذ عوضاً وبدلاً عما في يد صاحبه من نصيبه، فكان مبادلة، وتكون القسمة في هذا الجانب ناقلة للملكية، ومع ذلك فإننا نقول بترجيح جانب الأثر الكاشف على الأثر الناقل، والقول بأن القسمة لها هذا الأثر المزدوج، يضمن لكل شريك حقه أو حصته خالية من تصرفات شركائه الضارة به، وذلك على اعتبار بقاء الأثر الكاشف للقسمة بما تستتبعه من أثر رجعي، إذ أن تكييف القسمة إنما يكون على أساس الآثار والنتائج التي رتبها المشرع الوضعي لها، وعلى الصفة الغالبة التي قرر لها، فإذا ما نظرنا إلى القسمة على هذا الأساس نجد أنها يترجح لها جانب الإفراز أو الكشف عن الملكية، سواء تمت رضاء أو قضاء، ولا نستطيع أن نغفل أهمية الأثر الناقل للقسمة، فهناك

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 237.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 513.

بعض الأحكام التي تتبنى على أن القسمة ناقلة للحق، ومن ذلك مثلاً تقرير ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين (المادة 731 مدني)، مع أن الالتزام بالضمان، كما هو معروف من الآثار التي تترتب على عقد البيع، فهو لا ينشأ إلا عن العقود الناقلة للملك⁽¹⁾. وبناء على ما سبق فإننا نناشد المشرع الوضعي في القانون المدني أن يعدل من موقفه من أثر القسمة منعا للجدل السائد بين شراح القانون، فيقرر تعديل نص المادة 730 لينص على أن للقسمة أثراً ناقلاً، بجانب الأثر الكاشف بما يستتبعه من أثر رجعي في حدود الغرض المقصود منه، مع النص على ترجيح الجانب الكاشف على الناقل، وذلك أسوة بما فعله القانون المدني العراقي⁽²⁾ في المادة 1075 والتي تنص على أنه:

"ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل مقاسم أنه كان دائماً مالكا للحصة المفردة التي آلت إليه، وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص"، فواضح أن المشرع العراقي جعل للقسمة أثراً ناقلاً وإن كان مرجوحاً - وجعل لها أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً، فقضى بذلك على كل خلاف، مع أنه لم يفض إلى مشاكل عملية، فضلاً عن أنه لم يخالف الواقع الذي لا يمكن إنكاره، وهو وجود الشيوع منذ قيامه إلى حين انتهائه بالقسمة، وزيادة على ذلك فإن الاعتراف بالأثر الناقل يبرز استبعاد الآثار الضارة والمترتبة على الأثر الرجعي للقسمة.

المطلب الثاني: الأثر الكاشف لعملية القسمة

إن القسمة بطبيعتها لها أثر كاشف، إذ هي لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم، بل إن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي، فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في جميع المال الشائع، وكان هناك تباين بين نطاقه المادية ونطاقه المعنوي، أصبح النطاق المعنوي للحق بالقسمة مطابقاً لنطاقه المادي، فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عينها⁽³⁾.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 514.

(2) سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 111.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 952.

فالقسمة إذن لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديدا لم يكن له، وإنما هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا من الشيوع، والممتد بعد القسمة، ولكن بتعديل جوهري في محله، فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله، دون تحديد، تأتي القسمة فتعلق ما كان قائما له من ملكية، ولكنها تحد من محلها فتحصره، -بما يطابق ما كان له من حصة معنوية- في جزء مادي مفرز من هذا الشيء، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة خالصة للمقسوم له وحده، فحق المتقاسم بعد القسمة، هو نفس حقه القائم قبلها، وبنفس سنده، ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادي والحصة المعنوية، بما يتمتع معه ما كان مصاحبا للشيوع قبل القسمة -نتيجة انعدام هذا التطابق- من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل⁽¹⁾.

إن حق الشريك المشتاع وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما، والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع، فهي لا تخول الشريك سندا جديدا، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة⁽²⁾.

فالوارث الذي يتلقى من مورثه حصة شائعة في التركة، ثم يقتسم الشركة مع غيره من الورثة، يكون سند تملكه للجزء المفرز الذي يؤول إليه بالقسمة، هو واقعة الميراث وليس القسمة، وهي لا تخول الشريك حقا جديدا، بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق ذلك التطابق، فيصبح هذا الحق محصورا في جزء معين يختص به الشريك وحده، بعد أن كان واردا على شيء شائع تجتمع عليه حقوق الشركاء، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة، كما قلنا لأنه مستمد من طبيعة القسمة⁽³⁾.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 217.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 225.

(3) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 153.

ويرى بعض الفقه⁽¹⁾، أن التحليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصة الشريك في الشيوع، فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي، فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد تحديدا معنويا بالثلث مثلا، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددا تحديدا ماديا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده، يعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله. فالقسمة إذن لا تنقل للمتقاسم حقا جديدا، وإنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع، فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق، في نطاقه المادي والمعنوي، بجعلها متطابقين، فتزيل بذلك العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء، والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته، وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبرا عن حقيقة الحال ...، وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، فلا سبيل للتضييق في تطبيقه⁽²⁾.

وبناء على ذلك ارتأينا أن نعالج ضمن هذا المطلب، وعلى مدى فرعين، نطاق تطبيق

الأثر الكاشف وكذا النتائج المترتبة عليه، على النحو الآتي:

الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

فالقسمة بطبيعتها ذات أثر كاشف، إذ هي لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم، بل إن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع هو الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم، إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي، فبعد أن كان الحق شائعا بحصة معنوية في كل المال الشائع، وكان هناك تباين بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي، أصبح

(1) إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مصر، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 1961، ص ص 261-263.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

النطاق المعنوي للحق، بالقسمة مطابقا لنطاقه المادي، فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن، إذن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها⁽¹⁾. ويقتضي تحديد نطاق تطبيق الأثر الكاشف أن نبين الأشخاص الذين يقوم بالنسبة إليهم هذا الأثر، والتصرفات التي يترتب عليها، والأموال التي يطبق عليها.

أولاً: من حيث الأشخاص

مادام أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فإن أثرها يقوم بالنسبة إلى جميع الأشخاص لا فرق في ذلك بين المتقاسم والغير⁽²⁾.

فبالنسبة للمتقاسم وهو شريك، يقوم هذا الأثر حجة عليه، بصرف النظر عما إذا كان الشريك أصليا أو طارئا، فيسري الأثر الكاشف على جميع الورثة وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة⁽³⁾، فالمتقاسم إذن يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة، فإذا 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 سنداً لتملك المتقاسم لما آل إليه.

أما بالنسبة للغير، فلا فرق بين دائن عادي أو دائن بحق مقيد أو مكتسب لحق عيني أصلي، إذ يحتج على هذا الغير بالأثر الكاشف للقسمة، وتطبيقا لذلك أنه لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع، فمثلا إذا رتب أحد الشركاء رهنا على المال الشائع، سواء ورد هذا الرهن على المال كله أو على جزء معين منه أو على حصته فيه، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع هذا المال أو جزءا منه في نصيبه عند القسمة، حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن، فالقسمة كاشفة لا ناقلية⁽⁴⁾، وبالتالي يظل الرهن غير نافذ في حقه كما

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص158.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص154.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص521.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص963.

كان قبل القسمة، وبتعبير آخر يخلص للمتقاسم نصيبه خاليا من أي حق رتبة الشركاء الآخرين.

ثانيا: من حيث التصرفات

إن الأثر الكاشف للقسمة تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، ولهذا يجب تحديد التصرفات التي تعتبر من قبيل القسمة، فيترتب عليها ذلك الأثر، والعبرة في هذا الشأن لكي يعتبر التصرف من قبيل القسمة، أن يكون التصرف مؤديا، إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه، وسواء تم ذلك بالنسبة إلى جميع الشركاء في الشيوع أو إلى بعضهم، وفي ضوء هذا المعيار، نتناول التصرفات التي في هذا المجال وهي إما القسمة، وإما يعادلها.

فأما عن القسمة:

فالعبرة في هذا الشأن أن كل تصرف يكون مؤديا إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، يعد من قبيل القسمة، يستوي أن يقع هذا الإفرار أو الاختصاص بالنسبة لكل الشركاء أو أن يقع بالنسبة لبعضهم، وتبقى أنصبة البعض الآخر شائعة، كما يستوي أن تقتزن القسمة بمعدل أو لا تقتزن، وقعت بالاتفاق أو بالقضاء أو بحكم القانون.

فالقسمة العينية البسيطة هي القسمة التي يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عينا، وهذه هي الأصل، وبالتالي فهي أول تصرف يثبت له الأثر الكاشف للقسمة، ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية أيا كانت طريقتها، سواء كانت اتفاقية أو قضائية، كما يثبت للقسمة الفعلية والقسمة النهائية التي تنجم بقوة القانون عن قسمة مهاياة مكانية دامت خمسة عشرة سنة طبقا لأحكام المادة 733/ فقرة 02 من القانون المدني.

ولا تشترط لثبوت الأثر الكاشف للقسمة العينية أن تكون شاملة لكل الشركاء ولكل الأموال، فالأثر الكاشف يثبت لها، سواء كانت قسمة كاملة أفرز فيها لكل شريك نصيبه، أو كانت قسمة جزئية بأن كانت قاصرة على خروج بعض الشركاء من الشيوع، بأن يختص كل منهم بنصيبه مفرزا، بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوع.

كما يجوز أن تكون قسمة جزئية يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع، يختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء، بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعاً فيما بينهم، وهناك صورة يقسم فيها المال الشائع إلى قسمين، فيختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوع فيما بينهم، ويختص باقي الشركاء بالقسم الآخر يملكونه فيما بينهم على الشيوع، فالقسمة في هذه الحالة وإن كانت لم تقرر لكل شريك نصيبه، إلا أنها قد أفرزت نصيبين كل منهما لبعض الشركاء وهي ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات، ومثال ذلك أن يكون الشخص متزوجاً بزوجتين، وتقيم كل واحدة منهما مع أولادها في منزل كامل، ثم يتوفى الزوج ويتفق الورثة على أن يختص كل فريق، ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية ولو اقتصر الشركاء على اقتسام مال واحد من الأموال الشائعة، مع بقاء سائرهما في الشيوع فيترتب على ذلك أن انتهى الشيوع الأصلي الذي كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوع جديد⁽¹⁾.

وأما القسمة العينية بمعدل، فهي القسمة التي يعوض فيها الشريك اذي حصل على أقل من نصيبه عينا، بمعدل نقدي يعادل ما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه، وليس من شأن هذا المعدل أن يغير من طبيعة القسمة، حيث إنه مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبتهم، وذلك حتى تحقق المساواة بينهم، ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على هذه القسمة⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالقسمة بطريق التصفية، والتي هي القسمة التي يباع فيها المال الشائع بالمزاد العلني لكي يوزع ثمنه على المتقاسمين، وهذه القسمة لا تلجأ إليها المحكمة إلا إذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة، وهي تعدل القسمة العينية، ويثبت لهذه القسمة أيضاً الأثر الكاشف، سواء تمت باتفاق الشركاء أو بقضاء من المحكمة مع اختلاف في الحكم.

فإذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء⁽³⁾، يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية، ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع في نصيب الشريك الذي رسا عليه المزاد، ومن ثم

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 156.

(2) المرجع نفسه، ص ص 156-157.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 205.

يخصم الثمن الذي رسا به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة، فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقي نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل القسمة يلتزم به باقي الشركاء، وإذا زاد الثمن على هذه الحصة دفع الشريك الذي رسا عليه المزاد لباقي الشركاء معدلاً للقسمة، وتزول التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون على العين المبيعة، أما التصرفات التي صدرت من هذا الشريك فتبقى.

أما إذا كان الراسي عليه المزاد أجنبياً، ففي هذه الحالة يكون رسو المزاد بيعاً صادراً من الشركاء إلى هذا الأجنبي، وذلك في العلاقة فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد، أما فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين الشركاء أنفسهم فيعتبر هذا البيع أنه قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيداً للقسمة، ولذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسا به المزاد⁽¹⁾، ويترتب على ذلك أن حق كل شريك في هذا الثمن لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته في المال الشائع، وإنما يتوق هذا التحديد على ما قد يؤول إلى الشريك من هذا الثمن عند إجراء القسمة، بين الشركاء، فإذا آل الثمن كله إلى شريك واحد اعتبر هذا الشريك أنه قد اختص بمقتضى القسمة بالمال المبيع وأنه هو وحده الذي باعه للأجنبي، ومن ثم لا تتفد في حقه التصرفات التي أبرمها هو فإنها تبقى، وإذا قسم الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعاً بائعين وبقيت التصرفات التي أبرمها أثناء الشيوخ في خصوص المبيع⁽²⁾. وبالنسبة للاتفاق الذي يكتسب به الشريك ملكية حصص باقي الشركاء، الاتفاق هو تصرف ودي يصبح المال الشائع بموجبه مملوكاً كله ملكية مفرزة لأحد الشركاء، فهذا التصرف لا يعتبر ناقلاً للملكية، بل هو مثل القسمة العينية، يعتبر تصرفاً كاشفاً، وتنطبق عليه أحكام القسمة.

ومثال ذلك أن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلى واحد منهم، ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل منهم، أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقيين الشائعة، فتخلص له ملكية المال الشائع كله، أو يهب الشركاء حصصهم الشائعة لأحدهم فتخلص له ملكية المال الشائع كله، والرأي السائد في الفقه والقضاء هو أن التصرف يعوض، وذلك بحجة أن القسمة في

(1) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 229.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

جوهرها تصرف بعوض، وإن اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدي إلى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، فالهبة التي تؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون تصرفا ناقلا، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب⁽¹⁾.

وهناك من الفقهاء من يرى أن المنطق السليم يقتضي بعدم التفرقة في هذا الخصوص بين التصرف بعوض، والتصرف بدون عوض، إذ أن هذه التفرقة ترجع في الواقع إلى الفكرة القديمة التي كانت ترى في القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر الكاشف إلا عن طريق الافتراض، ولما كانت عملية القسمة تتطوي على التغيير في حق الشريك بحيث تختص بمال مفرز، فلم يعد هناك ما يدعو إلى التفرقة تبعا لنوع التصرف الذي يؤدي إلى هذا التغيير، وهذا هو الرأي الراجح لأنه هو الذي يتسق مع وظيفة القسمة، وما تسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز، وليس هناك ما يدعو إلى الخشية من التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، إذ يستطيع هؤلاء أن يحموا مصالحهم عن طريق الدعوى غير المباشرة، -دعوى عدم نفاذ التصرف-، حيث أنه بواسطة تصبح الهبة غير نافذة في حقهم⁽²⁾.

وعلى خلاف ما تقدم لا يترتب الأثر الكاشف على التصرفات التي تقتصر نتيجتها على مجرد إنقاص عدد الشركاء دون أن يترتب عليها إفراز للملكية، ومثال ذلك أن يباع المال الشائع أو أحد الأموال الشائعة في المزاد العلني فيرسو مزاده على بعض الشركاء بالشيوع فيما بينهم، فيكون الشركاء الذين رسا عليهم المزاد خلفا للشركاء الآخرين بقدر حصصهم، وكذلك أن يبيع أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة لأحد الشركاء فتتضاعف حصة المشتري مع بقاء أموال الشركة شائعة بينه وبين الشركاء الآخرين.

وأما عن التصرفات التي تعادل القسمة:

-فمنها إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر، فإنه يعد تصرفا معادلا للقسمة، فيكون له أثر كاشف، إذ أن الحصة المباعة تضاف إلى حصة المشتري (الشريك)،

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 158.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 206.

ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلاً، ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المباعة من وقت بدء الشروع، لا من وقت البيع⁽¹⁾، بيد أن فريقاً من فقهاء القانون⁽²⁾ يرى أن هذه الصورة لا تؤدي إلى اختصاص الشريك بنصيب مفرز، وإنما أمرها يقتصر على التعديل في توزيع الحصص الشائعة، دون أن يترتب عليها إفراز للملكية، وبالتالي فإن هذا التصرف لا يعد من قبيل القسمة، ولا يترتب عليه الأثر الكاشف، ويمكن تكييف هذا التصرف على أنه تصرف ناقل، فيكون الشريك المشتري خلفاً للشريك البائع في حدود الحصة المباعة، وهناك رأي ثالث يفرق بين أمرين، فالأول أن تصرف الشريك في نصف حصته لأحد الشركاء أو كلهم لا يعتبر من قبيل القسمة، حيث لم يؤد هذا التصرف إلى الإفراز، وإنما أدى ذلك إلى التعديل في الحصص، مع بقاء الشركاء في الشروع، والثاني أن يتصرف الشريك في كل حصته بالبيع، لأحد الشركاء أو كلهم، فإن هذا يعد من قبيل القسمة الجزئية والتي يترتب عليها الأثر الكاشف⁽³⁾.

-وتعادل القسمة الجزئية القسمة الكلية، فيكون لهذه القسمة أثر كاشف، فيصبح أن تكون جزئية تخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشروع، فيختص كل منهم بنصيبه مفرزاً، بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشروع، كما يصح أن تكون القسمة جزئية يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع، فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء، بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعاً بينهم⁽⁴⁾.

-وكذلك إذا باع أحد الورثة حصته من التركة إلى باقي الورثة جميعاً، فإنه في هذه الحالة لم يختص أحد من الشركاء بمال مفرز، وإنما اقتصر أثر البيع على زيادة حصة الوارث المشتري، أو زيادة حصص الورثة المشتريين بقدر الحصة يكون التخارج بيعاً إذا باع الوارث حصته في التركة لوارث آخر أو للورثة الآخرين بثمن دفعه هؤلاء من مالهم الخاص⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 251.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 518.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 248.

(5) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 160.

ويكون صلحا إذا وقع نزاع على استحقاق أحد الورثة، فاتفق معه باقي الورثة على أن يأخذ مالا معيناً، من التركة ويتنازل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة، ويكون قسمة إذا تم الاتفاق دون أن يكون هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج⁽¹⁾.

فكل هذه الصور تكون خاضعة للأثر الكاشف للقسمة، وما سبق لا خلاف فيه إذا كان التصرف بطريق المعاوضة -أي بمقابل-، أما إذا كان التصرف تبرعاً، كأن يهب أحد الشريكين حصته للآخر، فتخلص له ملكية المال الشائع كله، فقد وقع خلاف بين شراح القانون في اعتبار هذا التصرف معادل للقسمة فيكون ذا أثر كاشف أم لا؟ فذهب البعض منهم⁽²⁾، إلى أن الهبة تعتبر معادلة للقسمة، لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات، فتكون الهبة ناقلة لا كاشفة.

بينما ذهب البعض الآخر من الشراح⁽³⁾، إلى عدم التفرقة بين التصرف بعوض أو بغير عوض، طالما كان هذا التصرف من شأنه أن يؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل، فهذا التصرف يعتبر من قبيل القسمة، فيترتب عليه الأثر الكاشف. والملاحظ أن كل هذه الصور تترتب على التصرف ملكية مفرزة، بل اقتصر أثر التصرف على إنقاص عدد الشركاء، وزيادة في مقدار الحصص الشائعة للشركاء الباقين أو أحدهم، فيكون التصرف في هذه الحالات ناقلاً، ويكون الشريك المشتري خلفاً للشريك البائع في حدود حصة هذا الأخير.

والأصل أن الأثر الكاشف لتصرف من التصرفات إنما هو مستمد من طبيعة التصرف ذاته، ولذلك فلا سلطان للإدارة في تقرير تصرف ناقل بطبيعته كبيع العقار الشائع لأجنبي، أو استبعاده من تصرف كاشف بطبيعته كالقسمة أو بيع العقار الشائع إلى أحد الشركاء، لكن قد يكون للإرادة أثراً غير مباشر في تقرير الأثر الكاشف، للتصرف كما أنه يجوز الاتفاق على تطبيق حكم من أحكام التصرفات الناقلة على تصرف كاشف بطبيعته بشرط أن لا يتعارض مع قاعدة أمره، وأن لا يكون من شأنه تطبيق هذا الحكم مساس بحقوق الغير⁽⁴⁾.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 160.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 961.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 251.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 207.

ثالثاً: من حيث الأموال

إن الذي يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء، ومن ثم كان طبيعياً أن ترد القسمة على كل مال شائع، وأن الأثر الكاشف ينطبق على كافة الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة أو التصرف المعادل، للقسمة سواء أكانت تلك الأموال عقارات أم منقولات أم حقوقاً ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف⁽¹⁾.

كذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعاً فاقترنت القسمة على مجرد إفرازه، ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقاً من الحقوق لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق⁽²⁾.

وما عدا ذلك من الأموال التي يجري التصرف في شأنها بمناسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف، لأنه لم تكن شائعة قبل القسمة، وأفرزت بها⁽³⁾، وعلى ذلك فإنه يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يلي:

معدل القسمة:

قد تنشأ صعوبات تحول دون تساوي المتقاسمين في الحصص، فيعتمد القاسم إلى الاستعانة بالمعدل، حيث يقوم صاحب النصيب الأكبر بتعويض من حصل على أقل من حصته وهذا هو ما يسمى بالمعدل، وقد يكون الحق في المعدل مبلغاً من النقود، وقد يكون عقاراً، أو منقولاً، وكل منهم لا يسري عليه الأثر الكاشف.

وتبدو أهمية هذه القاعدة إذا لم يكن المعدل الذي التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر، مبلغاً من النقود، بل كان عقاراً يملكه، فالقسمة في هذه الحالة لا تكشف عن ملكية المعدل العقاري، ولكنه تكون ناقلة لملكية إلى المتقاسم الآخر، ويصبح المتقاسم الذي انتقلت إليه ملكيته خلفاً للمتقاسم الأول، والذي نقلها له، مما يترتب عليه أن ملكية هذا العقار (المعدل) لا تنتقل إلى مستحق المعدل إلا بالتسجيل، ذلك بالنسبة للمتقاسمين أو الغير، كما

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 519.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 161.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 962.

تبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم صاحب العقار، وتنتقل إلى خلفه (المتقاسم مستحق العقار كمعدل)⁽¹⁾.

كما لا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق التي تنشؤها القسمة لأحد المتقاسمين، كحق انتفاع أو إجارة، يتقرر له على الجزء المفروز الذي اختص به متقاسم آخر، أو حق ارتفاق يتقرر على عقار اختص به غيره من المتقاسمين، لفائدة العقار الذي اختص به هو⁽²⁾.

الحقوق الشخصية:

ومما يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف الحقوق الشخصية التي تشتمل عليها التركة، والتي لا يرد عليها الشيوع، حيث إن هذه الحقوق منقسمة بين أصحاب الحق الشخصي منذ أن صارت التركة إلى الورثة لوفاة المورث، غير أنه عند عدم قابلية هذه الحقوق للانقسام، ينطبق عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة لا أحكام الشيوع⁽³⁾.

ومن ثم فإنه عند وفاة الدائن يصبح الورثة أصحاب حقوق شخصية من يوم الوفاة، وهذا راجع لانقسام الحق الشخصي بحيث صار كل وارث منهم دائنًا بجزء من الدين، كل بحسب حصته فلا ينطبق الأثر الكاشف هنا.

والجدير بالذكر أن القانون المدني الجزائري قد خلا من النص على معالجة مسألة دين التركة، وأحال ذلك إلى أحكام قانون الأسرة، بموجب المادة 774 منه، بقولها: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الميراث على انتقال أموال التركة".

وحيث أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، نجده ينص في فصل قسمة التركة، خاصة في المادة 180 منه على ما يلي:

"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1. مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.
2. الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 962.

(2) محمد عبد الرحمن الضويوني، المرجع السابق، ص 520.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 253.

3. الوصية.

4. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".

والمقصود بدين التركة هو أن يموت شخص، وهو دائن لشخص واحد أو عدة أشخاص، فيحل ورثته في طلب الدين خلفا له، ومثال ذلك أن تموت امرأة وتترك زوجا وابنا وبنتا، وتركت ديناً لها في ذمة مدين، فإن هذا الدين يكون مشتركا منذ البداية بين الورثة الثلاثة، فيكون للزوج الربع (4/1) وللأب النصف (2/1) وللبنات الربع (4/1) فيقسم الدين على هذا الأساس، وفكرة الدين المشترك نظمها الفقه الإسلامي قبل القوانين الوضعية، وهي مبينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم قبول الدين للانقسام، فما يقبضه كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالا مشتركا، وليس حقا خالصا له، فإذا قبض أحد الورثة حصته من الدين كان لشركائه الرجوع عليه بأنصبتهم مما قبض، لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضا الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة، فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التي تولاهم القابض واحد بقي ما قبضه مشتركا بينهم، وظل الباقي في ذمة المدين مشتركا بينهم أيضا، وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التي قبضها⁽¹⁾.

هذا وكانت المادة 907 من القانون المدني المصري قد نصت أن:

"إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو

أعسر بعد القسمة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وهذا ليس معناه أن الحق الذي للتركة، يبقى شائعا بين الورثة إلى حين القسمة، فهو ينقسم على الورثة، ثم إذا وقع كل الحق عند القسمة في نصيب أحد الورثة، فإنما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم، أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق، فإنه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته، وعندما يقع الحق في نصيب وارث واحد عن طريق القسمة، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق، ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق بالنسبة إلى

(1) أحمد خالدي المرجع السابق، ص ص 162-163.

المدين، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين بإعلانها أو قبولها (المادة 305 مدني مصري)، وليس الحكم الوارد في المادة 907 مدني مصري، سوى ترديد لقاعدة من قواعد الضمان في حوالة الحق⁽¹⁾.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف

وعلى مدى هذا النوع، سنتعرض لهذه النتائج، ونناقشها، سواء على مستوى القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا، أو على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة.

أولا: النتائج على مستوى القواعد الخاصة بالقسمة كتصرف كاشف

فقد نص المشرع القسمة بوصفها تصرفا كاشفا بأحكام خاصة تتجلى في النقاط الآتية:

مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشيوع:

إذ يترتب على الأثر الكاشف سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء المبرمة أثناء الشيوع على المال الشائع، ولا تكون نافذة في حق الشريك الآخر الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة، وذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، لذلك فهي ليست سند تملك المتقاسم للنصيب المفرز الذي اختص به، وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين، ويترتب على ذلك أنه إذا أبرم أحد الشركاء وهنا أثناء الشيوع، فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع، أو على جزء مفرز منه، أو على حصة شائعة فيه⁽²⁾.

وبهذا يحصل كل شريك متقاسم على نصيبه خاليا من أية تصرفات يكون قد رتبها غيره من الشركاء المتقاسمين، وهذه هي النتيجة الجوهرية للأثر الكاشف، ولا فرق في هذه الحقوق التي تسقط بين حق عيني أصلي أو حق عيني تباعي، ولا يمنع من هذا السقوط كون الحق قد سجل أو قيد، غير أن القانون المدني قد خفف من الأثر الكاشف في حالتين هما:

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 962-963.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 233.

الحالة الأولى: إذا كان التصرف في عين مفرزة ولم تقع في نصيب المتصرف عند القسمة، إذ قرر المشرع الوضعي نفاذ التصرف وانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد القسمة.

الحالة الثانية: حيث استثنى من الأثر الرجعي للقسمة الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع بينهم، إذ نص المشرع الوضعي على أن يبقى الرهن نافذا أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار (المادة 890 مدني).

تسجيل القسمة وشهرها:

يوجب قانون الشهر العقاري الجزائري الصادر بالأمر رقم (74/75) المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، شهر جميع التصرفات الواردة على العقار، فقد نص في المادة 15 منه على أن:

"كل حق للملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

كما أنه أكد في المادة 16 من ذات القانون على:

"إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ويترتب على عدم التسجيل والشهر أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة، فإذا كانت التصرفات الكاشفة كالقسمة ترتب آثارها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها وشهرها بحيث يعتبر المتقاسم فيما بينه، وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، فإنه لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة وشهرها، ويقصد بالغير في هذا المقام، كل من تلقى حقا عينيا على العقار، على أساس أنه مملوك على الشيوع، وقام بشهره طبقا للقانون بشرط تسجيله قبل تسجيل سند القسمة، ويستوي أن يكون حقه أصليا أو تبعا، كما يستوي أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر ولم يعلم، بل حتى ولو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الإضرار

ببقية الشركاء، وذلك أنه لا يعتد بسوء النية في أحكام التسجيل، وبناء عليه فيعتبر من الغير من اشترى العقار الشائع كله أو حصة شائعة منه، وتم تسجيل حقه قبل تسجيل عقد القسمة، كما يعتبر من الغير من تقرر له رهن على العقار الشائع، أو حصة منه، متى تم قيد هذا الرهن قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يعتبر من الغير من تلقى من أحد المتقاسمين جزءاً مفرزاً، حتى ولو تم قيده قبل تسجيل القسمة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك لو كان أحد المتقاسمين قد قام ببيع حصته الشائعة في المال الشائع، وقام المشتري بتسجيل البيع قبل القسمة، فلا يحتج عليه بأنه وقت أن اشترى أو سجل كان المال قد اقتسم، بل ويكون لهذا المشتري أن يطلب إعادة القسمة، فهو قد أصبح بمقتضى عقده المسجل شريكاً في المال الشائع، وأما إذا وقع هذا التسجيل بعد تسجيل القسمة فلا يعتد بالبيع الصادر للمشتري⁽²⁾.

وأما عن جواز الغير أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة، فهو أمر مجمع عليه، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم، ولا بنفع على من لم يحم به، وعدم نفاذ القسمة في حق الغير إلا بعد تسجيلها، إنما هو حكم مقرر لمصلحة هذا الغير فيفيده ولا يضره⁽³⁾.

كذلك لو طلب أحد المتقاسمين الشفعة في عقار يجاور المال الشائع، وكان الجزء الذي آل إليه ليس ملاصقاً للعقار المشفوع فيه، فإنه يجوز للمشفوع ضده أن يتمسك بوقوع القسمة حتى ينفي شرط الجواز.

ويلحظ إن الشهر إنما شرع لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة، فهي حماية مقررة لصالح الغير، ولكنها ليست مفروضة عليه، ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم شهرها، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم شهر القسمة.

والخلاصة أن المشرع الجزائري لا يفرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار، والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فالقسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب أن

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 524.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 967.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 525.

تقيد في مجموعة البطاقات العقارية لكي تنتج آثارها، سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو بالنسبة للغير.

الغبن في القسمة:

يجيز المشرع الجزائري نقض القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس، وذلك وفقا لأحكام المادة 732 من القانون المدني التي تنص على أن:

"يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

وهذا الحكم يقوم على تحقيق المساواة بين المتقاسمين التي هي روح القسمة، وقد أدى ذلك إلى اختلاف تلك القواعد عن قواعد الغبن في البيع، سواء من حيث شروط دعوى الغبن، أو من حيث ما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة.

وفكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ليست إلا نتيجة لطبيعة عقد القسمة بوصفه ليس ناقلا لحق جديد، وإنما كاشف عن حق قائم يراد إيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي، لذلك وجب أن يحصل كل متقاسم في القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، وذلك بصرف النظر عن طبيعة المال الشائع عقارا كان أم منقولا، وبصرف النظر عن أهلية المتقاسم، عكس الحال في البيع حيث تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن على بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية، فإذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد عن الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه، لا إلى أربعة الأخماس فحسب كما هو الحال في البيع، حيث إن البيع يقوم على فكرة المضاربة وهي لا تقتضي تعادلا كاملا بين الثمن الذي يحصل عليه البائع وقيمة الشيء المباع⁽¹⁾.

امتنياز المتقاسم:

لقد قرر المشرع للشركاء الذين اقتسموا منقولا أو عقارا حق امتياز على ذلك المنقول أو العقار، فقد نصت المادة 998 من القانون المدني الجزائري على أن:

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 212.

"الشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه تأميننا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتياز البائع، فإذا تزامن الحقان قدم من سبق في التاريخ".

كمال نصت المادة 1001 من القانون المدني الجزائري على أن:

"الشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأميننا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999".

ويهدف هذا الامتياز إلى ضمان حق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الاستحقاق، أو المطالبة بمعدل القسمة، أو المطالبة بحصته في الثمن الذي رسا به المزاد على أحد شركائه، والعلة من تقرير امتياز المتقاسم هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين، فهذه المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين، في حالة من الحالات السابقة، لمزاومة دائني مدينه، وبالتالي عدم استيفاء حقه كاملا، وهذا ما يبرر الحكم الخاص الذي خص به المشرع امتياز المتقاسم وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري بتاريخ قيده⁽¹⁾، فالمادة 890/فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، وإن كانت تجعل الرهن الذي انتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل يحتفظ بمرتبته القديمة إذا تم القيد الجديد له طبقا للإجراءات وفي المواعيد المنصوص عليها في المادة 890 السالف الذكر، إلا أنه يتأخر عن امتياز المتقاسم رغم أنه نال في قيده لتاريخ قيد الرهن، وقد وردت صياغة نص الفقرة الثانية من المادة 890 على النحو التالي: "وإذا رهن أحد الشركاء حصة الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبه إلى الأعيان المخصصة بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 166-167.

ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين (90) يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن يستحيا القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

ثانيا: النتائج على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة

لن نقف الفروق بين التصرفات الناقلة والقسمة، عند ما نص عليه المشرع، وإنما يجب أن تشتمل كافة الفروق التي تستند إلى طبيعة التصرف الناقل، ولو لم يرد بشأنها نص خاص، ويتجلى ذلك في الاحتجاج بالأثر الكاشف للقسمة على المتقاسم الذي يدعي تملك العقار بالتقادم، فلا تعتبر القسمة سببا صحيحا في التقادم الخماسي، كما يحتج بالأثر الكاشف للقسمة على الغير، فلا ترد عليه رخصة استرداد الحق المتنازع فيه، وتعرض للنقطتين على النحو التالي:

عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا في التقادم القصير:

قلنا أن القسمة ليست سند تملك للمتقاسم فيما آل إليه نتيجة القسمة، وإنما كاشفة لحقه منذ بدء الشيوع ومحدودة لنطاق هذا الحق، وبالتالي لا تصلح القسمة سببا صحيحا في التقادم الخماسي، ذلك لأن السبب الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية لولا صدوره من غير مالك، وبمعنى آخر يجب أن يكون من التصرفات الناقلة، وعلى ذلك لا تعتبر سببا صحيحا للتصرفات الكاشفة كالقسمة⁽¹⁾، إذ تنص المادة 714 في الفقرة 02 من القانون المدني على أن:

"إذا 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 بطريق القسمة".

فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم، فلا يجوز للمتقاسم حاز بحسن نية الجزء المفرز الذي وقع نصيبه مدة خمس سنوات، أن يستند إلة القسمة، إذ هي لا تعتبر سببا صحيحا، لأنها كاشفة، والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلا، أما إذا حدث أن

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص255.

العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعا بينهم، ووقع عند القسمة مفرزا في نصيب أحدهم، فهذا الشريك إذا استمر حائزا للعقار خمس سنوات وهو حسن النية، لا يستطيع أيضا أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير لما قدمناه، ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي بموجبه اشترى مورثهم العقار، ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع، وهو سبب صحيح، لأنه ناقل للملكية⁽¹⁾.

وعليه فيكمل هذا النقص الجوهرى فيه، بعنصري الحيابة لمدة خمس سنوات، وحسن نية الحائز، وعلى ذلك إذا اتضح أن العقار الذي اقتسمه المتقاسمون لم يكن مملوكا لهم، فلا يصح للمتقاسم الذي سجل القسمة وهو حسن النية، وحاز الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، أن يستند إلى القسمة على اعتبار أنها سبب صحيح يخول له التملك بالتقادم إذا استمرت حيازته خمس سنوات⁽²⁾.

فالقسمة ليست سند تملك لكل متقاسم في الجزء المفرز الذي اختص به، وإنما هذا السند هو الأصلي للملكية الشائعة، فيتوقف التقادم الخماسي على طبيعة هذا السند الأصلي، فإن كان يتوافر فيه شروط السبب الصحيح كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار من غير مالكة، فإن ذلك العقد وليس القسمة هو الذي يعتبر سببا صحيحا، أما إذا كان السند الأصلي لا يصلح أن يكون سببا صحيحا كالميراث، فلا يجوز التمسك بالتقادم الخماسي لا على أساس القسمة، ولا على أساس الميراث، بل يتعين الرجوع إلى سند المورث ذاته⁽³⁾.

لا يصح استرداد المال المتنازع فيه عند قسمته:

تنص المادة 400 من القانون المدني على أن:

"إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه: فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة، ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 966.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 168-169.

(3) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 169.

فهذه المادة وإن كانت تمثل قاعدة عامة، بحيث لا تقتصر على البيع إلا أن شرط تطبيقها أن يكون التصرف ناقلاً للحق المتنازع فيه، فالمادة 400 المشار إليها أعلاه، صريحة في أن يكون صاحب الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه بمقابل إلى شخص آخر، والقسمة لا تتضمن معنى التنازل من أي المتقاسمين إلى الآخر، فهي ليست ناقلة بل كاشفة، كما أن مبنى دعوى استرداد الحق المتنازع فيه هو منع المضاربة، وهذا غير متوافر في القسمة، وعلى ذلك إذا اقتسم الشركاء العقار الشائع المتنازع في ملكيته بينهم وبين شخص من الغير، فإنه لا يجوز للطرف الآخر في النزاع أن يسترد من أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه⁽¹⁾.

وكما رأينا من مقتضى ما قيل، بأن القسمة تصرف كاشف، فالمتقاسم لا يكسب بمقتضاها حقاً لم يكن له من قبل، وإنما هي تؤدي إلى تقرير ما كان له من حق، أو هي توجد التطابق بين النطاق المعنوي للحق، وبين نطاقه المادي، فتجعل كل نصيب مفزاً، ولكن هذا الأثر الكاشف لا يكفي وحده، إذ يثور معه التساؤل عن مصدر الحق الذي كشفت القسمة عنه، وعن تاريخ قيام هذا المصدر، وهذا هو الدور الذي يؤديه الأثر الرجعي للقسمة، وهو ما يكون محور التعرف والمناقشة على مقتضياته في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: الأثر الرجعي لعملية القسمة

ونتعرض خلال هذا المطلب ضمن ثلاثة فرعين هاميين إلى، المقصود بالأثر الرجعي، في الفرع الأول، فنبين معناه وكذا أهم المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي، ومدى تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام، أما في الفرع الثاني فنبرز موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة.

(1) أنور طلبة، المرجع السابق، ص 122.

الفرع الأول: مفهوم الأثر الرجعي

أولاً: المقصود به

يراد بالأثر الرجعي للقسمة أن كل متقاسم يعتبر كأنه كان مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشيوع للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة⁽¹⁾، وقد ثار خلاف في الفقه الوضعي حول تقرير الأثر الرجعي للقسمة، غير أن الأغلبية من شراح القانون يرون أن المشرع لم ينص على الأثر الرجعي للقسمة إلا لما له من أهمية، فهو ضروري لحماية المتقاسم من الحقوق والتكاليف العينية، والتي يكون قد رتبها أحد الشركاء على العين الشائعة أثناء الشيوع⁽²⁾، وفكرة الأثر الرجعي على هذا النحو تعتبر مجازا أو افتراضا مخالفا للحقيقة، إذ أن المال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكا على الشيوع قبل القسمة لسائر الشركاء، ولم يفرز ويخصص للمتقاسم إلا بعد القسمة، وطالما انتهينا إلى أن الأثر الرجعي للقسمة يعتبر مجرد افتراض، وإذا كان الغرض من الأثر الرجعي للقسمة أن يحصل المتقاسم على الحصة التي آلت إليه خالية من أية حقوق وتكاليف عينية يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها عليها قبل القسمة، فإن النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة، لا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر، والحد من النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي، والتي لا توجد حتى عملية تدعو إليها، يقتضي قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق، واستبعاده من جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصحيحة قبل القسمة⁽³⁾.

ثانياً: المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي

والتي وجدت لأن الحاجة العملية لا تستدعي أعمال هذا الأثر، وهي على الشكل التالي بيانه⁽⁴⁾:

الثمار التي ينتجها المال الشائع في أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبه حصته الشائعة، فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز، لم يكن لهذا

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص258.

(2) عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص526.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص259.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص958.

الشريك أن يتمسك بالآثر للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة.

إن العبرة في تحديد قيمة المال الشائع تكون بقيمته وقت القسمة، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة، كان يقتضي الاعتداد بقيمة المال وقت بدء الشيوع.

إذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضع قواعد جديدة لتنظيم القسمة تختلف عن قواعد القانون القديم، فإنه يتعين تطبيق قواعد القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره، في حين أن أعمال الأثر الرجعي للقسمة، كان يقتضي تطبيق القانون الساري وقت بدء الشيوع. يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة، حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء، وكان مقتضى الأثر الرجعي أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه المال. وهذه بعض النتائج -وغيرها كثير- التي يتم فيها استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للقسمة فنجد أن الأثر الرجعي يتم حصره في نطاق الغرض أو الحكمة التي أراد المشرع تحقيقها، دون التوسع في تطبيقه، فيكون الأثر الرجعي للقسمة مرتبط وجودا وعدما بالحكمة التي دعت إليه، وهي حماية المتقاسم من التصرفات التي يقررها غيره أثناء الشيوع⁽¹⁾.

ثالثا: عدم تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام

إذا كان الأثر الرجعي لا يتوسع في تطبيقه، مما يقتضي استبعاد أعماله على الحالات التي لا تتعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة، فإنه يضاف إلى ذلك أن مبدأ رجعية القسمة ليس متعلقا بالنظام العام، فيجوز للشركاء أن يتفقوا على عدم التمسك به، أو بمعنى آخر أن يتفقوا على عدم التمسك، وليس أدل على ذلك من الحكم الوارد في القواعد المتعلقة بالرهن الرسمي، والتي تقتضي بأنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته⁽²⁾.

(1) عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 528.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 237.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة

تنص المادة 730 من القانون المدني على أن:

"يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

فالموضح أن هذا النص قد اقتصر على تكريس الأثر الرجعي للقسمة وأغفل أثرها الكاشف، رغم أن المشرع الجزائري ساير المشرعين المصري والفرنسي، والفقه التقليدي في الاعتراف للقسمة بأثر رجعي إلا أنه أورد من ناحية أخرى نصوصا متعددة أبعد فيها هذا الأثر الرجعي، كما سبق ذكر بعضها في الفرع السابق، فمن ذلك ما نصت عليه المادة 714/الفقرة 02 من القانون المدني بقولها:

"إذا 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 بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان بجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

فالمشرع الجزائري يظهر بذلك صراحة إعراضه عن إعمال الأثر الرجعي للقسمة، إذ يبقى على صحة التصرف، باعتباره صادرا من مالك رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير المتصرف، ولكنه يستبدل بهذا المحل الجزء الذي وقع بالقسمة في نصيب المتصرف عن طريق فكرة الحلول العيني، ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف إلا على أساس الغلط، وهو ما يعني منعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك، وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف⁽¹⁾.

وكذلك ينفي المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة صراحة حين ينص في الفقرة

الثانية من المادة 890 من القانون المدني على أنه:

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 170-171.

"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 بمرتبه إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل".

فيتضح أن المشرع أكد على أن هذا الرهن يبقى صحيحا وبنفس مرتبته، رغم وقوع النصيب المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك الراهن، ولكنه غير محله تبعا لتغير محل ملكية الشريك الراهن، فأوقعه على قدر من الأعيان الواقعة في نصيب الراهن بالقسمة يعادل قيمة المرهون⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن عدم الاعتداد بالآثر الرجعي للقسمة هو الذي جعل المشرع الجزائي ينص في الفقرة 01 من المادة 890 من القانون المدني على أن: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".

فالمشرع أبقى الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع نافذا، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته، ووقوع مزاده على أحد الشركاء، إذ لو وقع العقار المرهون في نصيب واحد من الشركاء بالقسمة أو بربو المزداد عليه، لكان مقتضى الآثر الرجعي للقسمة اعتبار باقي الشركاء راهنين مالا يملكون، فلا يصح الرهن الصادر منهم في حدود حصصهم فيه، ولا يسري بالتالي فحق الشريك المقسوم له العقار أو الراسي عليه مزاده إلا بقدر حصته فيه.

ويزيد في تأكيد نفي المشرع للآثر الرجعي للقسمة، ما ينص عليه في شأن الضمان والغبن من أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة طبقا لأحكام المادتين 731/ الفقرة 01 والمادة 732/ الفقرة 01 من التقنين المدني، بحيث لو كان للقسمة أثر رجعي لوجب أن يكون التقدير على أساس القيمة وقت بدء الشروع، وكذلك ما ينص عليه في المادة 879/ الفقرة 02 من القانون المدني، بقوله:

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 171.

"إذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين".
وعليه فإن انتفاع أحد الشركاء المشتاعين بالارتفاق يقطع التقادم المسقط لمصلحة الباقيين، وإن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم، بينما لو كان للقسمة أثر رجعي في هذا الشأن، ووقع العقار المرتفق كله في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي وقف التقادم لمصلحته، أو انقطع بانتفاعه، لوجب القول بسريان التقادم في مواجهته منذ بدء الشيوع دون توقف أو انقطاع وعدم إفادته مما كان يفيد من ذلك وقت الشيوع⁽¹⁾.

ونخلص من مقارنة وتحليل هذه النصوص المنكرة للأثر الرجعي للقسمة بنص المادة 730 من التقنين المدني المعبر في الظاهر عن الأخذ به، أن موقف المشرع لا يخرج عن أحد الأمرين التاليين:

الأمر الأول: إما أن المشرع الجزائري أراد مسايرة الفقه التقليدي في مصر وفرنسا، فيما كان يأخذ به من ترادف بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمد إلى افتراض مخالف لواقع يجب معه تفسير نص المادة 730 من القانون المدني الجزائري المقرر للرجعية، تفسيرا ضيقا، يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب، بحيث يجب عدم الاعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض⁽²⁾.

الأمر الثاني: وإما أن إرادة المشرع الجزائري الحقيقية منصرفة كما يتضح من النصوص الأخرى، إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 من القانون المدني الجزائري إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفروز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة، دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 172.

(2) المرجع نفسه، ص 173.

الشيوع، أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوع مملوكا ملكية خالصة استثنائية لهذا المتقاسم وحده⁽¹⁾.

ويفضل الأخذ بالتفسير الثاني لموقف المشرع الجزائي، لأنه التفسير الذي يخلو مما يقوم عليه التفسير الأول من افتراض واصطناع، ولأنه هو المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها، وطبيعة حق الشريك المشتاع على النحو السابق بيانه، ولأنه أخيرا هو المتفق مع كثير من النصوص القانونية الأخرى التي يبعد فيها المشرع الجزائي بجلاء ووضوح فكرة رجعية القسمة.

وعلى هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة، مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهته بتصرفات بقية الشركاء المشتاعين في هذا النصيب خلال فترة الشيوع⁽²⁾. هذا ونرى ضرورة وضع قاعدة قانونية قاطعة في هذا الصدد لحسم الخلاف في التطبيق في مجال القضاء، ويجب أن لا يترك استخلاص النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة بدون ضوابط قانونية، وإذا كان من المسلم به أنه ليس هناك وجود لحقيقة مطلقة في مجال القانون، فإن المنطق يقتضي الانحياز دائما إلى ما يعتبر أقرب إلى طبيعة الأشياء، وبناء على ذلك فإننا نفضل أن يتدخل المشرع ليبرز الأثر الكاشف للقسمة، باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء، مع الأخذ في الاعتبار ما يحيط بفكرة الأثر الكاشف من ظلال، ووضع الحلول التفصيلية لها، حيث إن فكرة الأثر الكاشف للقسمة ليست مطلقة وقاطعة يسهل الوصول إليها وترتيب نتائجها دون نص صريح على ذلك⁽³⁾.

إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات قوانين أخرى، عل أبرزها القانون الفرنسي نجده يأخذ بعين الاعتبار ما يعرف بنظرية الترابط، إذ يعتبر القانون المذكور أن القسمة سند كاشف إذ بين حقوق خاصة والتي كانت موجودة سابقا في شكل الشيوع الذي كان مؤقتا، ومن جهة

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 174.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 226.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 219.

أخرى فالأثر الكاشف يترجم النقل المباشر الحاصل من جانب المالك الأسبق لصالح الشركاء في الشيوع، وليس إجراء نقل غير مباشر فيما بين الشركاء في الشيوع، ولهذا السبب فهذا الأثر الكاشف لا يمكن فهمه إلا بالترابط مع أثر آخر وهو الأثر الرجعي، فآثار القسمة تمتد إلى اليوم الذي بدأ فيه الشيوع، وهكذا فمدة الشيوع السابقة تعد ملغاة، والآثار الناتجة عنها لا يجب أن تقيد لا في الماضي ولا في المستقبل، فكل تصرف وقع من طرف أحد الشركاء في الشيوع على الشيء المشاع أثناء فترة الشيوع يمكن من لحظة القسمة أن يكون محل مراجعة إذا كان العقار المعني بالمعاملة ليس من نصيب الشريك الذي قام بالتصرف، فإذا كان مبدأ الأثر الكاشف للقسمة بقي محظوظا بموجب المادة 883 من القانون المدني الفرنسي فإن قانون 1976 بسطه ولينه لكي لا يكون محل مراجعة من جديد أثناء القسمة، بالنسبة للسندات والتصرفات التي حصل إتمامها بصفة قانونية أثناء فترة الشيوع، وذلك بمقتضى أغلبية الشركاء في الشيوع⁽¹⁾.

هذا ما يمكن قوله من تحليل في المبحث الأول المتعلق بالأثر الجوهري للقسمة الملكية الشائعة، ألا وهو أثر الإفراز، لنخصص المبحث الثاني للتحديث عن مسألة هامة وتأثيرها على قسمة الملكية الشائعة ألا وهي مسألة الضمان في القسمة بالتعرض لمفهوم هذا الضمان وأحكامه وما يطرحه نقض القسمة للغبن من إشكالات وآثار، وذلك على النحو الآتي بيانه.

⁽¹⁾ Jean Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie cimamonti, traité de droit civil, (les biens), liban, DELTA, 2000, P 491.

المبحث الثاني: الضمان في القسمة

تنص المادة 731 من القانون المدني على ما يلي:

"يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزم بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له، أو المنزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة.

فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

فيتضح من هذا النص أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفروز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة، وهو الأمر الذي نفصل في مقتضياته ضمن المطالبين الأولين من هذا المبحث، حيث نبين في المطلب الأول المقصود من الضمان في القسمة، بمعالجة أساس هذا الضمان وكذا مجال تطبيقه، ونتعرض في المطلب الثاني لأحكام هذا الضمان من شروط وآثار، لنخصص المطلب الثالث والأخير للحديث عن نواقض القسمة أو طوارئها أي معالجة أحكام بعض الطوارئ الحاصلة خلال عملية القسمة أو على مداها.

المطلب الأول: مفهوم الضمان في القسمة

ونتطرق للتعرف على الضمان في القسمة، من خلال فروع ثلاثة، نبين في الفرع الأول المقصود بالضمان في القسمة، بالنسبة لكل من جزئيه، التعرض والاستحقاق، ونوضح في الفرع الثاني أساس هذا الضمان، ونتعرض لمجال تطبيقه في الفرع الثالث والأخير من هذا المطلب.

الفرع الأول: المقصود بالضمان

كما اتضح لنا من نص المادة 731 من التقنين المدني، أعلاه، أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفروز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة.

- والمقصود بضمان التعرض، هو ضمان ادعاء الغير (أي أجنبي) ملكية المال الذي آل للمتقاسم نتيجة للقسمة، فالتعرض ينبئ عن استحقاق محتمل، ويتحقق التعرض إذا ادعى جنبي ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها، أو بعضها، أو ادعى حقا عينيا آخر عليها.
- المقصود بضمان الاستحقاق، الاستحقاق في اللغة، مصدر من استحق، يستحق استحقاقا، فهو استفعال من الحق، واستحق فلان الأمر، استوجبه.
- وضمان الاستحقاق هو ضمان ما استحق من أحد المتقاسمين، وذلك إذا حكم للأجنبي بما يدعيه في ضمان التعرض بملكية هذه الحصة كلها أو لجزء منها، فتحقق ضمان الاستحقاق مترتب على الإخلال بدفع تعرض الغير،
- فضمنان التعرض والاستحقاق صورة واحدة من الضمان، فالضامن يلتزم بضمان التعرض، وعليه أن يتخذ كل وسيلة لدفع تعرض الغير لمن تجب له هذا الضمان، فإن لم ينجح في ذلك، واستحق المال المضمون، كان ملتزما بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق، أي أن ضمان الاستحقاق هو تنفية بمقابل لضمان التعرض، ولذا فإن ضمان التعرض وضمان الاستحقاق مرحلتان من ضمان واحد⁽¹⁾.
- وتجدر الإشارة إلى أن الضمان واجب في المنقول، كما هو واجب في العقار، فالمتقاسمون يضمنون لبعضهم البعض وجود الحق الذي وقع في نصيب بعضهم، وكذلك فإن الضمان واجب سواء أكانت القسمة اتفاقية أم قضائية⁽²⁾، وبلغت النظر إلى نص المادة 731 من التقنين المدني فيما تنص عليه من أحكام الضمان في القسمة، نجدها لا تتناول كل أحكام الضمان، كما أنها من ناحية أخرى لا تخرج عن مبادئ الضمان كما وردت في النصوص المنظمة له في البيع، ولذا فهي تكمل أحكام المادة 731 من القانون المدني، في ضمان المتقاسمين، بأحكام ضمان البائع، فنرجع إلى أحكام التعرض والاستحقاق في البيع ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة، أو مع تحقيق المساواة بين المتقاسمين⁽³⁾.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 560-561.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 239.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 972.

الفرع الثاني: أساس الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

لقد قرر القانون الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في البيع في المواد 371 وما بعدها من التقنين المدني، وبعد تقرير هذا الضمان في البيع أمراً طبيعياً، إذ أن الضمان عادة يتقرر في خصوص تصرف ناقل، فمن ينقل يضمن ما نقل، والبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وبالتالي فيضمن له ما نقل، فالالتزام بالضمان في البيع، يعد تكملة طبيعية لالتزامه بنقل الحق.

أما الضمان في القسمة وهي كاشفة للحق، -كما سبق-، فإنه يستند إلى مبدأ المساواة بين المتقاسمين، إذ أن مقصود القسمة هو حصول المساواة بين المتقاسمين، ولاشك أن التعرض والاستحقاق يخل بهذه المساواة، ومن ثم فيجب الضمان، لإعادة المساواة وإزالة الاختلال⁽¹⁾، فإذا فرض أن تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين، وحكم له بملكية العين التي وقعت في نصيب هذا المتقاسم كلها أو بعضها، كان معنى ذلك أن المتقاسم لم يتلق شيئاً، أو تلقى حقه ناقصاً، ومن هنا يقع الضمان على الباقيين، إذ ليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة، ويحرم أحدهم من كل حقه أو بعضه، ولقد ترتب على هذا الاختلاف في الأساس بين ضمان البائع وضمان المتقاسم، اختلاف في الأحكام بينهما⁽²⁾: فقد خص المشرع الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة، وذلك لوجوب تحقيق مبدأ المساواة بين المتقاسمين، من ذلك جعل المتقاسمين مسؤولين عن حصة المعسر منهم في القسمة، وتقدير قيمة الشيء المستحق وقت القسمة، لا وقت الاستحقاق، وغير ذلك. أنه إذا لزم الرجوع إلى أحكام الضمان في البيع، نظراً لعدم ورود حكم في القسمة، فإنه يجب الحذر في هذا الرجوع، فلا تطبق قواعد الضمان في البيع على القسمة إلا بالقدر الذي لا تتعارض معه هذه القواعد مع طبيعة القسمة باعتبارها كاشفة.

إذن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق في شأن نصيبه بسبب سابق على القسمة، ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوماً في البيع، وقائماً على أنه عقد ناقل للملكية، فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 239.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 562.

نقلها له، فإن هذا الضمان في القسمة -والقسمة كاشفة لا ناقلية- يقوم على أساس آخر، هو أن القسمة تقتضي المساواة التامة فيما بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحد تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان⁽¹⁾، ولما كان الالتزام بالضمان هو أثر من آثار القسمة ومرتبطة بالوصف المعطى لها، وأن تغير أساسه بتغير وصفها، إذ يظل هذا الضمان محتوما بالنظر إلى ما تستهدفه القسمة من إفراز نصيب مادي لكل متقاسم مطابق لحصته المعنوية يستأثر عليه وحده بالملكية الخالصة، ومثل هذه المطابقة وتلك المساواة تقتضيان حماية ما يفرز لكل متقاسم من نصيب مادي مما قد يصيبه من بعد من انتقاص أو استحقاق بسبب سابق على القسمة⁽²⁾.

الفرع الثالث: نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

بالرجوع إلى نص المادة 731 من التقنين المدني، فإنه يتضح -كما سبق القول- أن المشرع قد قصر الضمان على ضمان التعرض والاستحقاق فقط، فلم يلزم المشرع المتقاسمين بضمان العيوب الخفية، على عكس الحال في البيع، والرأي السائد في تبرير الفرق بين البيع والقسمة، من حيث وجود الالتزام بضمان العيوب الخفية في البيع دون القسمة، أنه ليس هناك ما يدعو إلى حصول المشتري على شيء معيب، أما إذا وجد في الأشياء الشائعة شيء معيب، فالقسمة لا بد أن تشملها، فيقع في نصيب أحد الشركاء على أي حال، ومع ذلك فإن وجود العيب الخفي لا يعني سوى أن المال الذي آل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته فيكون قد لحقه غبن، ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقص القسمة بسبب الغبن، هذا إذا كانت القسمة اتفاقية، أما إذا كانت قضائية، فلا سبيل لرجوع المتقاسم الذي يختص بعين معينة، بسبب هذا العيب، ولا غرابة في ذلك فقد أسقط المشرع ضمان العيوب الخفية أيضا في البيوع، القضائية⁽³⁾.

(1) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 241.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 232.

(3) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 562-563.

ويتسع نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ليشمل كل قسمة مهما كان نوعها اتفاقية أو قضائية، عينية أو تصفية، بمعدل وبغير معدل، صريحة أو فعلية، كما يشمل قسمة العقار والمنقول أيضاً⁽¹⁾.

ولا يشمل الضمان إذن العيوب الخفية، ذلك أن وجود عيب خفي معناه أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته، وهذا يكفي في شأنه إمكان الطعن فيه بسبب الغبن طبقاً لأحكام المادة 732 من القانون المدني الجزائري، وإذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، فأغفلوا بذلك نصيب شريك آخر أو أكثر، فإن المسألة في هذه الحالة لا تكون مسألة ضمان يلتزم به الشركاء المتقاسمون نحو الشريك الذي أغفل نصيبه، وإنما تكون القسمة حينئذ باطلة بطلاناً مطلقاً، ويجب فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع والمقايضة، حيث إن هذه العقود تقوم على فكرة المضاربة، لكن ليس معنى ذلك استبعاد القواعد التي نص عليها المشرع في التزام البائع بالضمان كلية، وإنما تطبق هذه القواعد على الضمان في القسمة في الحدود التي لا تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة، أو مع مبدأ تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين، ويجب الضمان -كما سبق التفصيل فيه- في كل قسمة.

المطلب الثاني: أحكام ضمان التعرض والاستحقاق

ونجسد هذه الأحكام ضمن عنصرين هامين، نضمنهما فرعي هذا المطلب، حيث نعالج في الفرع الأول الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان، أما في الفرع الثاني فننتعرض للآثار المترتبة على تحقق الضمان.

الفرع الأول: الشروط الواجبة لقيام الضمان

يستخلص من نص المادة 731 من التقنين المدني، أن يشترط لقيام ضمان التعرض والاستحقاق توافر شروط أربعة، هي على التوالي:

- وقوع تعرض أو استحقاق.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 239.

- وقوع التعرض لسبب سابق على القسمة.

- عدم وجود اتفاق صريح وخاص على الإعفاء من الضمان.

- عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه.

وفيما يلي بيان المقصود من كل شرط على التوالي:

أولاً: الشرط الأول

"وقوع تعرض أو استحقاق"

يشترط لقيام ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة، أن يقع تعرض أو استحقاق من

الغير، فيجب أن يقع التعرض أو الاستحقاق بالفعل، ويترب على ذلك أنه لا يكفي مجرد

الخشية من وقوع التعرض أو الاستحقاق لقيام الضمان، غير أنه يمكن للمتقاسم في هذه

الحالة أن يعمل على حماية حقه بإحدى الوسائل المتاحة له، وذلك إذا ما علم بوجود حق

للغير، كأن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة، فيحبس من التزم به من معدل، أو

الثلث الذي رسا به المزداد عليه، حتى يزول الخطر⁽¹⁾.

وتتحدد طبيعة التعرض الذي يضمنه المتقاسمون، بأنه التعرض القانوني الحاصل من

الغير، وهو الادعاء بحق سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية أو

من الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، أو من الحقوق الشخصية كحق الإيجار، وبشرط

أن يكون هذا الادعاء نافذاً في مواجهة المتقاسم الذي وقع عليه التعرض، ويكون من شأنه أن

ينتفض من قيمة الحصة المفترزة التي اختص بها بموجب القسمة، عندئذ ينشأ ضمان

الاستحقاق وعلى المتقاسم الرجوع على بقية المتقاسمين لتعويضه عما نقص من حصته،

وينقص على كل متقاسم بقدر حصته من الثمن⁽²⁾.

وإذا كان تعرض الغير الموجب للضمان هو التعرض القانوني، فإن المتقاسم لا يضمن

التعرض المادي الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع، وعلى من وقع عليه تعرض مادي

العمل على حماية حقوقه بالوسائل القانونية المخولة له، وكذلك يضمن المتقاسمون الاستحقاق

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 974.

(2) محمد عبد الرحمن الضويحي، المرجع السابق، ص 564.

الحاصل من الغير، الذي يتم بالحكم الأجنبي بملكية الحصة التي آلت إلى المتقاسم، سواء باستحقاق الحصة كلها، أو استحقاق بعضها⁽¹⁾.

ولم يتناول المشرع في المادة 731 مدني، ضمان التعرض الشخصي في القسمة، ومن ثم فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في القانون المدني، والمنظمة لأحكام البيع، طالما أن هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة، والتعرض الشخصي، إما يكون ماديا وإما يكون قانونيا⁽²⁾.

فإذا كان التعرض الشخصي الصادر من المتقاسم ماديا، فليست هناك صعوبة، إذ يتمتع على المتقاسم التعرض المادي لمتقاسم آخر، فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين، عندئذ لا يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقوم بافتتاح متجر آخر مجاورا، فينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه.

أما إذا كان التعرض الشخصي مبنيا على سبب قانوني، فهل يلتزم الشريك بعدم التعرض الشخصي، حتى ولو كان هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني، أم أنه لا يلتزم بعدم التعرض؟ وقد اختلف الرأي القانوني في هذا الصدد، فذهب البعض⁽³⁾، إلى أن المتقاسم لا يلتزم بعدم التعرض القانوني، فلو تبين أن أحد الأموال التي شملتها القسمة كان ملكا خالصا لأحد المتقاسمين، فإنه يكون لهذا المتقاسم أن يسترده من زميله الذي آل إليه، ولا يجوز أن تدفع دعواه بالقول بأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض، فهو لم يلتزم بعدم التعرض القانوني، ويؤسس أصحاب هذا الرأي قولهم على أن القسمة كاشفة، وأن أثرها يقتصر على الكشف عن الحقوق الشائعة، بإفرازها، وأن المتقاسم لم يلتزم بنقل ملكية ما كان يملكه ملكية مفرزة، ويستطردون القول بأنه حين يسترد المتقاسم ما كان يملكه وحده، فإنه يجوز للمتقاسم الذي تم الاسترداد من بين يديه أن يرجع على المتقاسمين الآخرين بضمان الاستحقاق.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 564.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 973.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

-بينما ذهب رأي ثان⁽¹⁾، إلى أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانوني، وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة التي وافق عليها، وتكون وسيلة هذا المتقاسم لاسترداد ماله، هي أن يطعن في القسمة بالغلط، فيبطلها، ويترتب على إبطالها أن يعود إليه ماله، وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن المتقاسم كالبائع يلتزم بعدم التعرض الشخصي سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا.

ونرى ترجيح الرأي الأول لقوة ما استند إليه، ولأن رأيهم هذا يتضمن النتيجة التي تترتب على القسمة، وهي أن القسمة كاشفة وليست ناقلة، وهذا يعني أن القسمة تعمل على الكشف عن حقوق الشركاء الثابتة لهم منذ بداية الشروع، وبإعمال هذا الأثر نجد أن ما اختص به أحد الشركاء لم يكن مملوكا له، في يوم من الأيام مما يعطي الحق لصاحب هذا المال باسترداده، أما على القول الثاني القائل بمنع التعرض وإبطال القسمة وإعادتها من جديد، فهذا يعني إرهاب المتقاسمين، وتكليفهم الانتظار لإجراءات طويلة ومعقدة، فيتحمّلوا من جراء ذلك نفقات باهضة، لذا فإنه تيسيرا على المتقاسم الذي انتزع منه ماله، فإن له أن يرجع على باقي المتقاسمين، وفقا لأحكام الضمان.

ونخلص من مجمل ما سبق أن كل من التعرض والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم، وهذا ما يؤخذ من نص المادة 731 السابقة الذكر، أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يجب تطبيق القواعد العامة، وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي لمتقاسم آخر، فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين، فإنه لا يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على جلب زبائن المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبد حسن النية في تحديد مضمون العقد، وتنفيذه طبقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني، أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانوني، مثل إن كان في الأموال التي كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة، فوقع في نصيب متقاسم آخر، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه، ولا

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 565.

يمنعه من ذلك التزام بالضمان، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق، وليست ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر، فليس عليه التزام بالضمان، وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط، كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له، أن يطالب المتقاسم الذي وقعت هذه العين في نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه.

كما أن التعرض الذي يقع من الغير يوجب ضمان الاستحقاق هو التعرض المبني على سبب قانوني، مثل أن يدعي شخص استحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين، أو ادعى عليها حقا عينيا مثل حق انتفاع، أو حقا شخصيا، كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل، فإن ضمان الاستحقاق يقوم في جميع هذه الأحوال.

ثانيا: الشرط الثاني

"وجود سبب سابق على القسمة"

ومعنى ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، فإن كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة، فلا يلتزم المتقاسمون الآخرون بشيء⁽¹⁾.

إذ يشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجعا إلى وجود سبب سابق على القسمة، وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 731 من القانون المدني، بقولها: "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة"، فإذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها فلا ضمان، ومثال ذلك أن تنتزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة وذلك بعد تمام القسمة، ومثال ذلك أيا أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حيازة أجنبي مدة طويلة، ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم، ففي هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم، وعليه أن يقطع التقادم بين القسمة، فإذا أهمل في قطعه حتى كملت المدة، وأصبحت العين مملوكة للحائز، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق⁽²⁾، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم، قد

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 262.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 222.

تحقق بعد القسمة لا قبلها، والضمان لا يقوم إلا السبب سابق على القسمة، وكذلك لو قام دائن للمورث بالتنفيذ على العين التي اختص بها أحد الورثة، فاستوفى من قيمتها أكثر من حصة هذا الوارث في الدين، كما حكمت بذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق، إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لا حق للقسمة"⁽¹⁾.

ثالثاً: الشرط الثالث

"عدم وجود اتفاق صريح وخاص على الإعفاء من الضمان"

إذ يشترط أن لا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، وفي ذلك تنص الفقرة الثانية المادة 731 من القانون المدني بقولها: "غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح، يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها".

كما تنص المادة 377 من التقنين المدني بقولها:

"-يجوز للمتعاقد بمقتضى اتفاق خاص أن يزيد في ضمان نزع اليد أو ينقص منه أو يسقطاه.

-ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقاً ظاهراً أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

-ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعدد البائع إخفاء حق الغير".

والقاعدة أن أحكام الضمان ليست من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، مع ملاحظة أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان الملتزم بالضمان قد تعدد إخفاء حق الأجنبي، وعلى هذا الأساس تقرر قانوناً أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويتضح إذن أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان جائز من حيث المبدأ في القسمة، يستوي أن يأتي هذا الاتفاق في صلب عقد القسمة

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 567.

أو في ورقة أخرى مستقلة عنه، فالإتفاق على الإعفاء من الضمان جائز في القسمة، كما في البيع، إلا أن هناك فروقا جوهرية تبين عن اتجاه المشرع إلى تشديد الضمان في القسمة⁽¹⁾:

- ففي البيع يجوز للبائع أن يسقط عن نفسه الضمان بشرط عام، ولا يجوز ذلك في القسمة، بل يجب فيها أن يكون شرط عدم الضمان شرطا خاصا يتفق فيه على الإعفاء من ضمان سبب معين من أسباب الاستحقاق، فيقتصر الإعفاء عليه.

- وقد يكون الإتفاق على عدم الضمان في البيع اتفاقا ضمنيا، يستخلصه القاضي من الظروف، أما في القسمة فلا إعفاء فيها إلا بشرط صريح، فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أن المتقاسم كان يعلم سبب الاستحقاق عند القسمة لكي يستخلص من ذلك قرينة قضائية على قيام الإتفاق على الإعفاء من الضمان عن ذلك السبب.

فإذا تحقق شرط الإعفاء من الضمان، وتحقق فيه ما تطلبه المادة 731/فقرة 02، بأن كان اشتراطا خاصا وصريحا، فإنه يعفى المتقاسمون الذين تقرر الشرط لمصلحتهم من الالتزام بالضمان، غير أنه يلاحظ أن سقوط الضمان لا يحول دون طلب نقض القسمة للغبن، إذا كانت شروطه متوافرة⁽²⁾.

وخلاصة ذلك أن المشرع اشترط للإعفاء من الضمان شرطان أساسيان هما:

- أن يكون شرط الإعفاء صريحا فلا يكفي الشرط الضمني.

- أن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين، وليس ضروريا أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين، وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صحيحا على الوجه المتقدم سقط الضمان، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن، كما سبق بيانه.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 978.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 568.

رابعاً: الشرط الرابع

"عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه"

ويشترط أخيراً، لإفادة المتقاسم من الضمان، أن لا يكون هو المتسبب بخطئه في استحقاق الغير نصيبه المفزر المقسوم له، إذ يكون طبيعياً أن يتحمل وحده هذا الخطأ دون أن يملك إجبار الباقيين على مشاركته في تحمله، ولذلك تنص الفقرة الأخيرة من المادة 731 من التقنين المدني على أن: "يمنتع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه". ويكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم، فيما إذا رفع الغير عليه دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع في تلك الدعوى دون أن يقوم بإدخال المتقاسمين فيها، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها، فيفقد في هذا الفرض حقه في الضمان⁽¹⁾. وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع حيث تنص المادة 372/ الفقرة 02 من القانون المدني على أن:

"إذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

ويفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم، بأن كان حائزاً للعين وتملكها بالتقادم، فلا يضطر أن يتمسك شخصياً بهذا الدفع، كما يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم إذا تولى الدفاع وحده في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير، ولم يدخل المتقاسمين الآخرين في الخصام، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلاً للدفاع أدى إلى خسارته في الدعوى، إذا ثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه، وذلك قياساً على المادة 373 من القانون المدني الواردة في ضمان الاستحقاق في عقد البيع.

(1) مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص 194.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الضمان

إذا ما توافرت الشروط الأربعة المتقدمة، ووقع تعرض أو استحقاق، فإنه يثبت لهذا المتقاسم الذي استحق من نصيبه حق الرجوع على زملائه من المتقاسمين بالتعويض، ويتبين ذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً: إخطار المتقاسمين

يجب على المتقاسم إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق أو التعرض أن يخطر المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير، كي يتدخلوا في الدعوى، فإذا تم إخطار المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير وجب عليهم التدخل في الدعوى للاشتراك مع المتقاسم في رد هذه الدعوى، فإذا لم يتدخلوا في الدعوى، ثم حكم بالاستحقاق للمدعي، وجب عليهم ضمان الاستحقاق، إلا إذا أثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس المتقاسم المدعى عليه، أو نتيجة خطأ جسيم.

ثانياً: الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

يرجع المتقاسم الذي استحق العين التي وقعت في نصيبه على باقي المتقاسمين وذلك في إحدى الحالات التالية قياساً على البيع⁽¹⁾:

- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فتدخل المتقاسمون، ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى التعرض.

- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وحكم للمتعرض، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان، أو خطئه الجسيم.

- إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان، بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 980.

- إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين الاستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.
- إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.
- والخلاصة أن المتقاسم كالبائع، يرجع بالتعويض على المتقاسمين إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه في الحالات السابقة، فإذا وجب للمتقاسم على بقية المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال السالفة ذكرها لم تخل الحال من أحد أمور ثلاثة⁽¹⁾:
- فإما أن يكون الاستحقاق كلياً، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا تعويضاً كاملاً للمتقاسم الدائن بالضمان.
- وإما أن يكون الاستحقاق جزئياً، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذي لحق به.
- وإما أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق، فيجب على المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض.
- فإذا حكم للغير بالاستحقاق، وتوافرت إحدى الحالات السابقة، فإنه يلتزم المتقاسمون الآخرون بالتعويض، كل بنسبة حصته، فتفادياً لنقض القسمة وإعادتها من جديد، فقد اقتصر المشرع على تعويض المتقاسم المستحق للضمان، وذلك حرصاً منه على استقرار الأوضاع بعد القسمة، وما تتطلبه من نفقات وإجراءات معقدة وطويلة قد تثقل كاهل المتقاسمين⁽²⁾، وبناء عليه فلا يجوز نقض القسمة بسبب الاستحقاق أو التعرض اكتفاءً بالتعويض، والذي يرد به للمستحق منه ما فقد من نصيبه بسبب الاستحقاق، فإذا ما تحقق الالتزام بالضمان، بناءً على الحكم للغير بالاستحقاق، أصبح كل متقاسم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المستحق للضمان، حيث أن استحقاق الغير قد أنقص المال الشائع بالنسبة لجميع المتقاسمين، ويوزع التعويض على جميع المتقاسمين، بما فيهم مستحق الضمان نفسه، فيحتل هو الآخر

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 213.

(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 195.

جزءاً من هذا التعويض يتناسب مع حصته، ذلك أن نصيب الشركاء الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق، فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بين جميعهم والتي كانت قد اختلت نتيجة الاستحقاق، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين⁽¹⁾.

- أما عن وقت أو ميعاد تقدير التعويض، فكما بينا أنه إذا استحق نصيب أحد المتقاسمين، فإنه يرجع على بقية الشركاء بالتعويض، والتعويض هنا يكون بقيمة نصيبه الذي استحق منه، وقد بين المشرع في المادة 731 من القانون المدني، أن العبرة في تقدير قيمة الشيء المستحق إنما تكون بقيمته وقت القسمة، فالمشرع يقصد من وراء هذا التقدير إعادة المساواة بين المتقاسمين، والتي اختلت بفعل استحقاق الغير، وتحقيق المساواة يقتضي إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل القسمة، وكأن الشيء الذي استحق لم يدخل القسمة أصلاً⁽²⁾، ولأن هذه القيمة هي التي كانت محل اعتبار عند تكوين الحصص، ويأتي هذا الحكم خلاف الحكم في البيع، والذي يكون فيه العبرة في تقدير الشيء المستحق بقيمته وقت الاستحقاق. ويرى بعض الفقه⁽³⁾، أن القاعدة الخاصة بتقدير قيمة الشيء وقت القسمة محل نظر، إذ لا تؤدي إلى تحقيق المساواة، وبين ذلك، أن تحقيق المساواة يكون عند إجراء القسمة، أما بعد القسمة، فكل متقاسم يستفيد أو يضار من زيادة أو نقص قيمة الجزء الذي يختص به، وليس من العدل في شيء أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة، ثم نعوض أحد المتقاسمين وفقاً لقيمة ما استحق منه وقت القسمة، في حين يحتفظ باقي المتقاسمين بأنصبتهم بقيمتها الحالية.

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض لا يقتصر على قيمة المال الذي استحق فقط، وإنما يعوض المتقاسم الذي استحق الشيء من نصيبه عما خسره من عناصر أخرى كقيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق، والمصروفات التي أنفقتها على الشيء إذا لم يكن المستحق ملتزماً بها، ومصروفات دعوى الضمان والاستحقاق، وتلزم الإشارة إلى أن رجوع المتقاسم

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 981.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 264.

(3) محمد عبد الرحمن الضويحي، المرجع السابق، ص 571.

على شركائه بضمان التعرض والاستحقاق مضمون قانونا بامتياز المتقاسم في العقار (1)، والواقع أن اتخاذ وقت القسمة أساسا للتقدير هو المتفق مع حقيقة الضمان في القسمة، وكونه إعادة للمساواة التي حققتها القسمة واختلت بعدها نتيجة الاستحقاق، فلا تتأتى هذه الإعادة بعد القسمة إلا بالنظر إلى وقت تحقيق المساواة أصلا وهو وقت القسمة، دون اعتداد بما يكون قد طرأ بعد القسمة من زيادة أو نقص في الأنصبة المقسومة (2).

ثالثا: تقادم الحق في ضمان الاستحقاق

لم ينص القانون المدني الجزائري على مدة خاصة لتقادم هذا الحق، وبناء عليه فإنه يطبق بشأنه القواعد العامة، وهي تقضي بتقادمه بمضي خمسة عشرة سنة طبقا للمادة 308 من التقنين المدني الجزائري، التي تنص على أن: "يتقادم الالتزام بمضي خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ...". أما من حيث الوقت الذي يبدأ فيه سريان هذه المدة، فهو محل خلاف بين الفقهاء، فذهب جانب كبير من الفقه، إلى أن سريان مدة تقادم الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إنما يبدأ من وقت الاستحقاق، باعتبار أن هذا الوقت هو الذي يصبح فيه ضمان الاستحقاق مستحق الأداء، بينما ذهب البعض الآخر، إلى أن سريان مدة التقادم يبدأ من وقت القسمة، إلا أن الرأي الراجح هو الأول، أي يبدأ سريانها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، لأنه الوقت الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء طبقا للمادة 315/ الفقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أن:

"لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء".

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 264.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 212.

المطلب الثالث: أحكام نقض القسمة الاتفاقية للغبن

تخضع القسمة لمبدأ عام، وهو المساواة بين المتقاسمين حسب حصصهم، فإذا وقع في القسمة غبن فاحش، لحق بأحد الشركاء، فإن مبدأ المساواة هذا يكون قد تخلف فتكون القسمة بذلك غير عادلة، وتفاديا لذلك عالج المشرع الجزائري هذا الأمر بنص قانوني حض به القسمة الاتفاقية غير العادلة.

إذ تنص المادة 732 من التقنين المدني على أنه:

"يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، وتجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

والملاحظ بادئ بدء، أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية، أما القسمة القضائية، فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ أن المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين، وكفالة المساواة فيما بينهم، ونشير في هذا الصدد إلى القانون اللبناني، حيث لا يجيز نقض القسمة للغبن إلا إذا كان الشريك قاصرا، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشا، وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة⁽¹⁾.

ويبرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية، بأن وظيفة القسمة تقتض أن يسود مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، فالقسمة وهي تقتصر على تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك، ونطاقه المعنوي لا تنقل للمتقاسم حقا لم يكن له من قبل، وإنما هي تقتصر على الكشف عن الحق الذي كان ثابتا له، فهي على عكس المعاوزات الناقلة كالبيع، لا تقوم على أساس المضاربة لذلك عني المشرع الجزائري بأن يكفل المساواة في هذا التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة⁽²⁾.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 901.

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، مصر، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 1994، ص 86.

- وإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد

القسمة قابلاً للنقض، أي قابلاً للإبطال، وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بئ أو هوى جامع في الشريك المغبون، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال، بناء على طلب الشريك المغبون، ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن، فيصبح العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض⁽¹⁾.

وهذه الإجازة كما تكون صريحة، قد تكون ضمنية⁽²⁾، إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحق به، كأن دفع المعدل الذي التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به، أو تسلم المال المفروز الذي وقع في نصيبه راضياً، ولو لم تنقض السنة التي يجب أن يرفع في خلالها دعوى الغبن، أو تصرف في هذا المال المفروز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له، والنزول عن دعوى النقض للغبن.

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن، أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً للإبطال للغلط، ولا للنقض للغبن، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذي ترتب عليه الخمس أو أقل، وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه، ويجوز نقض القسمة للغبن، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر، فتبين أنه معسر وقت القسمة، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذي حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل، كذلك يجوز للوارث الذي وقع في نصيبه دين للتركة، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذي حدده القانون⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص902.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص87.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص902.

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن، وقد رضي به وفاء للالتزام الطبيعي في ذمته لشريك آخر، أو هبة منه لهذا الشريك.

هذا العموم في نقض القسمة للغبن، وفيما يأتي نبين أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبن، ونبين في نقطة أخرى مقدار الغبن وكيفية حسابه، لنحلل أحكام رفع دعوى نقض القسمة للغبن، وآثارها.

الفرع الأول: أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبن

قدمنا الحديث أعلاه بالقول أن نقض القسمة للغبن، إنما يكون في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية، وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذي بسطناه آنفاً، فيجوز نقض القسمة للغبن، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية، بمعدل أو بغير معدل، قسمة كلية أو قسمة جزئية، وكذلك يجوز النقض للغبن، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية، والذي يعتد به هنا ليس هو الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبياً، وإنما هو الغبن في قسمة الثمن بين الشركاء، ولكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء، فإنه يعتد بالغبن الذي يقع في البيع، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة، فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأثقل من أربعة أخماس القيمة، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم -فيما عد الشريك المشتري- أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه⁽²⁾، اختلاف الغبن في القسمة عن الغبن في عقد البيع، إذ تقوم فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقاراً، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية، كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالدعوى وما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص905.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص88.

هذا وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع⁽¹⁾، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة، فلو غبن أحد الشركاء في بعض هذه العقود، ولكنه في العقود الأخرى نال نصيباً أكثر مما يستحق بحيث أن الغبن الذي لحقه في مجموع العقود لا يزيد على الخمس، فإنه يجوز له نقض القسمة للغبن، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة.

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود، وفي جميع هذه الأحوال يعتمد بحقيقة المعقد لا بصورته، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن، ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي، لم يجز نقضه، إذ أن العقود الاحتمالية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن، فلو أن داراً شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتباً طول الحياة في مقابل حصته في الدار، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن⁽²⁾.

الفرع الثاني: مقدار الغبن

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 732 من التقنين المدني تنص على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

(1) المرجع نفسه، ص 90.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق الذكر، ص 903.

إذن فمقدار الغبن الذي يلحق بالشريك في القسمة، ويجيز له طلب نقض القسمة، هو الذي يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة، وهو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية.

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، وتقدير قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة¹، ومقدار الغبن يقدر تقديراً حسابياً، فإذا كان الغبن يقل عن الخمس، لم يكن للشريك طلب نقض القسمة، وبالرغم من أن الحكمة من جواز نقض القسمة للغبن أنها يجب أن تحقق المساواة بين المتقاسمين، إلا أنه يتعين أن يصل مقدار الغبن إلى قدر من الأهمية، قدره المشرع بما يزيد على الخمس، وإلا لما استقرت القسمة، إذ لا يخلو الأمر من وجود تفاوت في قيمة الأنصبة.

والعبرة في التقدير بقيمة المال الشائع، وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة، وليس وقت بدء الشروع أو وقت رفع دعوى الغبن، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير، فلا يعتد بالزيادة أو النقص، الذي يطرأ على المال الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة، فقد تزيد قيمة المال أو نقل بسبب زيادة أو انخفاض الأسعار. وقد يحدث الغبن بغير إعادة تقويم المال، كما لو اختص وارث -ضمن حصته- بدين للمورث على الغير، ثم يتبين أن المدين معسر منذ القسمة وترتب على إعساره أن لحق الوارث غبن يزيد على الخمس، فيكون له أن ينقض القسمة⁽²⁾.

ويعتمد في تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك في مجموعها، فإذا كانت حصة مكونة من عقارات ومنقولات، وكانت قيمة ما خصه من العقارات أقل من قيمة ما خص بقية شركائه منها بما تزيد على الخمس، ولكن هذا النقص تعوضه زيادة في قيمة ما آل إليه من منقولات، فلا يكون ثمة مجال للطعن في القسمة بسبب الغبن في قيمة العقارات.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص 903.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص 92.

ولا يكفي لنقض القسمة أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس، طالما أن هذه الزيادة لو وزعت على بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة إلى كا منهم غبن يزيد على الخمس، ومن ثم لا تكون دعوى الغبن مقبولة من أي منهم، وفي تقدير القيمة لا يعتد بالقيمة المقدرة في عقد القسمة، وإنما يعاد التقدير من جديد، وللمحكمة الاستعانة بالخبراء في هذا التقدير⁽¹⁾.

وتحديد نصاب الغبن وهو ما يزيد على الخمس ليس من النظام العام، فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه، كأن يتفقوا على تحقيق المساواة التامة بين حصصهم، فإذا لم تراعى هذه المساواة عند تكوين الحصص جاز للشريك الذي يتظلم من نقص قيمة حصته أن يطعن في القسمة بسبب الغبن، وعندئذ يكون للقاضي أن يقضي بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس.

ولا يجوز للشريك أن ينزل مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة بسبب الغبن، في أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل، لأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل وجوده، وهذا الحق لا يوجد إلا بتحقيق الغبن فعلا وهو ما لا يتحقق إلا بتمام القسمة وتوزيع الحصص⁽²⁾.

الفرع الثالث: أحكام دعوى نقض القسمة للغبن وآثارها

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية، جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى لو كان المال المقسوم منقولا، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع عقارا، والمدعي في هذه الدعوى هو الشريك الذي لحقه الغبن، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون البعض الآخر، فلا يستطيع الشريك الذي لم يلحقه غبن رفع الدعوى، وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذي لحقه الغبن إلى وارثه، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها، ويجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة⁽³⁾.

(1) المرجع نفسه، ص92.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص92.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص906.

أما المدعى عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء، لأن دعوى الغبن ترمي إلى إبطال القسمة الاتفاقية، وهذه قد تمت بتراضي جميع الشركاء.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 732 من القانون المدني، على أن: " ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة "، ونظير ذلك ما رأيناه في دعوى الغبن للاستغلال من أنها هي أيضا يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، فالسنة في الحالتين ميعاد إسقاط، لا مدة تقادم، وذلك بخلاف المدة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى الغبن في بيع عقار شخص غير متوافر الأهلية، فالنص صريح في أن المدة هي مدة تقادم إذ تنص المادة 359 من القانون المدني على أن: "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع"، وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز أو من ثم تكون السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى، لا مدة للتقادم، وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية، وتحسب بالتقويم الميلادي بنص المادة 03 من التقنين المدني.

فإذا انقضت السنة، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة، ورفعها بعد ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة، والفرق بين ميعاد الإسقاط الذي نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف⁽¹⁾.

ويقع عبء إثبات الغبن في القسمة على الشريك الذي يدعي الغبن وهو المدعي في دعوى نقض القسمة بالغبن، ولهذا الشريك إثبات الغبن بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن - لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية، وغالبا ما تندب المحكمة التي تنتظر الدعوى خبيرا تكون مهمته تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، وقيمة الجزء المفروز الذي آل إلى المدعي وقت القسمة أيضا، وبمقاربة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان المدعي قد لحق به غبن يزيد على الخمس، بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص906.

وطلب نقض القسمة بالغبن، يهدف إلى هدم القسمة التي تمت، أي هدم الاتفاق الذي أدى إلى الغبن، حتى يتيسر إجراء القسمة من جديد، وما دام هذا الهدم يرجع إلى سبب مقارن لنشوء التصرف القانوني يتمثل في عيب فيه، فإنه يقوم على بطلان تصرف المتقاسم المغبون أي أن الطعن في القسمة هو طلب بإبطال القسمة⁽¹⁾.

فإذا ثبت للقاضي حصول الغبن وجب عليه القضاء بإبطال عقد القسمة، وليس للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالإبطال إذا ثبت له تحقيق سببه، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لدعوى الفسخ، فله فيها سلطة تقديرية.

ودعوى نقض القسمة الاتفاقية هي دعوى عقارية، وقد قضت في هذا المجال المادة 85 من المرسوم (76/63) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري: "أن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن الوثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14 من الأمر رقم (75/47) المؤرخ في 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ..."، والعلة من شهر هذه الدعوى إعلامي فقط، حيث أن إشهارها يمكن الغير العلم بأن العقار هو محل نزاع فضلا عن ذلك إن مصير هذه الدعوى مرتبط بإشهارها وهذا ما ينسجم ويتمشى مع مضمون المادة 85 المشار إليها⁽²⁾.

-أما عن الآثار التي تترتب على نقض القسمة، يمكن القول بأنه، إذا انقضت القسمة الاتفاقية للغبن، بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشيوع التي كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم، منذ بدء الشيوع وكأنه لم ينقطع، فيجوز إذن لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد، سواء في ذلك الشريك المغبون الذي نقض القسمة أو أي شريك آخر لم يطلب نقضها، ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة، وعندئذ يجوز نقضها هي أيضا للغبن على الوجه الذي بيناه، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن.

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق الذكر، ص95.

(2) ملخص اليوم الدراسي الأول بين موثقي وقضاة مجلس قضاء عنابة، "جوانب من إشكاليات بعض التصرفات العقارية"، عنابة، قصر العدالة،

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعي، فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفززة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن.

ويواصل نص الفقرة 2/ من المادة 732 من التقنين المدني بأن:

"للمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته".

فقد أجاز النص للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة بالغبن أن يوقف سير الدعوى، ويمنع إجراء قسمة جديدة، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون (المدعى) بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصة كل منهما، فلا يكفي إذن لوقف السير في الدعوى أن يعرض المدعى عليه ما يكمل حصة المدعى إلى الحد الذي يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها إلى أربعة أخماس القيمة⁽¹⁾.

وتختلف القسمة في ذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال، ودعوى الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية.

وعلة هذه التفرقة أن القسمة تعني التوزيع طبقاً للحقوق الخاصة بالمتقاسمين، والتي

كانت لهم في الشيوع السابق على القسمة، فوجود هذه الحقوق السابقة هو الذي يوجب احترامها عند القسمة، فإذا لم تحترم هذه الحقوق فإن هذا يحل بروح القسمة وهو المساواة، أما العقود الأخرى كالبيع والمقايضة فهي تقوم على المعارضة⁽²⁾.

وإكمال نصيب الشريك المغبون يكون إما عينا أو نقداً، فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوي ما نقص من حصة الشريك المغبون، وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته، والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين، أي للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن، فإذا عرض المدين الدفع نقداً

⁽¹⁾، ملخص اليوم الدراسي الأول بين موثقي وقصة مجلس قضاء غنايه، المرجع السابق الذكر، ص 97.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 97.

وقبله الشريك المغبون، فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقدا إلى الدفع عينا، والعكس صحيح، فإذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون، لم يجز للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع عينا إلى الدفع نقدا.

ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام الاستئناف لأول مرة، بل يجوز له عرض إكمال حصة المغبون حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة للغبن، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعي، مضافا إلى ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير بسبب البدء في إجراء القسمة الجديدة، ويظهر ذلك من عبارة النص، إذ تقول المادة 732/فقرة 2 من التقنين المدني، في شأن دعوى الغبن أن: "للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ..."، فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه ممن عرضه إكمال حصة المدعي، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة، وإذا تعدد المدعى عليه، وهذا ما يقع كثيرا في العمل، فلا بد من أن يتفق هؤلاء جميعا على مبدأ إكمال حصة المدعي نقدا أو عينا، فإذا اتفقوا على ذلك، واختلفوا في مقدار ما يرد إلى المدعي، تولت المحكمة الفصل في ذلك، أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به، وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء، ويجوز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة لغبن، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم⁽¹⁾.

وهي القواعد التي قضت بها المحكمة العليا في عدد من قراراتها، حيث أرى في القرار رقم 19.926 مؤرخ في 1982/04/14 أن العبرة في إظهار الغبن هي المقارنة بين قيمة أموال الشركة وقت القسمة، وبين قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن، وحيث أن تقرير الخبرة الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقسيم أموال الشركة بصفة إجمالية وقرارها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان على الخبير أن يقوم:

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق الذكر، ص 909-910.

أولاً: بتقييم أموال التركة وقت القسمة.

ثانياً: تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة.

ثالثاً: تجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن

يزيد عن الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

كما قضت في القرار رقم 43.462 المؤرخ في 16/12/1987⁽¹⁾، أنه من المقرر قانوناً

أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن القسمة الواقعة بين الأطراف في 1963

تأكدت خلال 1978، لحصولهم على رخصة البناء، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإبقاء

الأطراف على ما هم عليه حالياً من حقوق مكتسبة طبقوا صحيح القانون.

وبختم هذا المطلب بالتدخل بأن القسمة الرضائية أو الاتفاقية هي عقد يجب لإبرامه

إجماع الشركاء، فإن رفض أحدهم مهما كان نصيبه، تعين الالتجاء إلى القسمة القضائية، كما

يجب توافر الرضاء والأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، وأن يكون المحل مستوفياً لشروطه،

وأن يوجد سبب مشروع للتعاقد، وإلا كانت القسمة قابلة للإبطال وفقاً للقواعد العامة.

وتكون القسمة في حالة موافقة بعض الشركاء عليها ملزمة لمن وافق منهم، وتعد بمثابة

إيجاب موجه منهم إلى من لم يقرها من باقي الشركاء، فيكون للآخرين أو لورثتهم قبول

القسمة، ويبقى هذا الإيجاب قائماً خلال المدة المحددة له، فإذا لم يكن فالمدة المعقولة⁽²⁾.

هذا وتكون القسمة القضائية هي الطريق الوحيد لإنهاء الشيع في حالة اختلاف

الشركاء على اقتسامه بالتراضي، أو في حالة وجود قاصر بين الشركاء المشتاعين، ولكل

شريك يهمه أمر القسمة أن يبادر إلى رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة.

(1) أنظر المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثالث، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص14.

(2) إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة 2002، ص203.

المبحث الثالث: الأحكام الاستثنائية في القسمة، وطوائرها

وكما سبق قوله، سنتحدث على طول هذا المبحث عن بعض الأحكام الخاصة في القسمة والتي لم يتح لنا المقام بمناقشتها والمقصود بها مسألة وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة وأيضا الأحكام المنصوص عليها في التنظيمات الهامة الواردة في قوانين التهيئة العمرانية وأخرى متعلقة بالمجال الفلاحي كالمرسوم المتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية التي وجب مراعاتها في قسمة تلك الفروع من العقارات، وتعرض في إطار قانون الأملاك الوطنية لكيفية قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، وهي المسائل المقصودة بالبحث في المطلب الأول من هذا المبحث والذي ارتأيناه أن يكون بعنوان الأحكام الاستثنائية في القسمة، أما في المطلب الثاني منه والذي يأتي بعنوان طوائر القسمة سنتعرض لبعض المسائل التي قد تحدث خلال القسمة كظهور دين على الميت بعد القسمة، أو ظهور مالك وارث جديد أو وقوع غلط في المال المقسوم ...

المطلب الأول: الأحكام الاستثنائية في القسمة

وكم سبق ذكرها أعلاه، نحاول تحليلها كما يلي ضمن فروع هذا المطلب الآتي ببيانها:

الفرع الأول: القسمة وفق قانون تجزئة الأراضي الفلاحية

يرتب المشرع على عاتق ملاك الأراضي الفلاحية وذوي الحقوق العينية التبعية، التزامات تتمثل في المحافظة على طابعها الفلاحي، وكذا إلزامهم باستغلالها في الفلاحة، وعرفت الأراضي الفلاحية ضغطا في الطلب عليها من أجل تلبية طلبات قطاع التعمير المتزايدة، الأمر الذي استوجب على المشرع إيجاد نظام مراقبة صارم فيما يتعلق بعمليات تحويل الأراضي الفلاحية والبناء عليها، ونظم الرخص المتضمنة تحويل الأراضي والبناء عليها وبالتميز بين أنواع التراخيص نجد أهمها، وهو ما يخص موضوع بحثنا والمتمثلة في رخصة تقسيم الأرض الفلاحية، والذي يخضع تقسيم وتجزئة الأراضي الفلاحية إلى قاعدة احترام المساحة المرجعية للمستثمرة الفلاحية القائمة عليها، وقد صدر في هذا الخصوص المرسوم التنفيذي رقم (490/97) بتاريخ 1997/12/20 والمحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، إذ تتضمن المادة 03 منه المساحة المرجعية لتقسيم الأراضي الفلاحية وأساس

التقسيم يتمثل في المنطقة، إمكانية الري من عدمها، طبيعة الزراعة الممارسة، ومهما يكن من الأمر، يمكن تصور الحالات التالية لقسمة الأرض الفلاحية.

أولاً: حالات القسمة بالتراضي

الحالة الأولى: اتفاق الورثة الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع الأرض الفلاحية على البيع وفقاً لنص المادة 720 مدني مع الإشارة أن المشرع أحاط العملية ببعض الضمانات (غير كافية كما سيلي توضيحه)، إذ يشترط أن يستند أصحاب القرار بالبيع لأسباب قوية إضافة إلى إعلانهم عن قرارهم لبقية الشركاء عن طريق المحضر القضائي، على أن يكون من تاريخ التبليغ المذكور مدة شهرين لمن لا يوافق مضمون القرار أن يتعرض قضائياً عليه ويكون لقاضي الموضوع التقدير والموازنة⁽¹⁾ بين الأسباب التي استند عليها أصحاب القرار بالبيع وتلك التي تعارضه، وهنا نجد أنه في غياب أي نص قانوني ترجح الكفة لصالح الخلف العام الذي كانت له مشاركة في استغلال الأرض محل النزاع إلى جانب الهالك والتي تمثل المصدر الرئيسي (وربما الوحيد) لعيشه يمكن أن يحكم القاضي لصالح أصحاب القرار بالبيع الذين قد يقدمون أسباباً قوية من أجل تدعيم طلبهم كان يحتجوا بما يلي:

- المستثمرة، عليها ديون وجب استحقاقها.
- استغلال الأرض يكلفهم مصاريف إضافية لا يريدون تحملها.
- عدم إمكانية البقاء في الشيوع على الأرض الفلاحية على أساس عدم الاهتمام بها، عدم وجود توافق بين الشركاء.
- مجرد الاستناد لمبدأ القاضي بأنه في غياب اتفاق أو نص قانوني يلزم البقاء في الشيوع، فلا التزام على عاتق الخلف العام بالبقاء على هذه الحالة.
- ويكون للقاضي أن يحكم لصالح أصحاب القرار بالبيع، خاصة أمام تعذر على من يعارض أن يقدم دفعا يدحض به طلب خصومه، فهو لا يمكن حتى أن يستند إلى تفسير واسع لنص المادة 737 مدني: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً في الشيوع".

(1) تتم وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني، والتي من أهمها الخروج من حالة الشيوع وإنهائه.

الحالة الثانية: قسمة المهايأة، والتي قد تتم بإحدى الطريقتين:

1 أن ينتفع كل شريك بجزء مفرز⁽¹⁾: وهي الطريقة التي تضر بالتأكيد بمصالح الخلف العام الذي تثبت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال الأرض محل القسمة زيادة على ذلك تتعارض هذه الطريقة مع الوحدة العضوية للمستثمر، كأن تكون مستثمرة صغيرة تصعب تجزئتها وتوزيعها بعدل بين الورثة أو تكون أحادية الإنتاج فيستحيل في هذه الحالة تقسيمها ماديا.

2 أن ينتفع كل شريك بكل العقار لمدة تتناسب مع حصته⁽²⁾: أي أن الانتفاع يكون دوريا وهي حالة غير مقبولة بالنسبة للشريك الذي يكون مصدر عيشه العقار المشاع في حين أن الشريك الذي لا علاقة له بالنشاط الفلاحي وأثناء انتفاعه بالعقار المشاع يمكنه أن يضر به لعدم معرفته بالفلاحة هذا في حالة استغلاله المباشر للعقار وهي حالة يكون وقوعها ضعيف الاحتمال، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الأعباء المالية المعتبرة التي تتطلبها الأرض في بداية كل موسم فلاح، وعليه يكون الحال الأسهل هو اللجوء إلى الاستغلال غير المباشر وهذا بتأجيرها للغير، وهذا على حساب الخلف الذي يمارس الفلاحة كنشاط رئيسي، فيكون طيلة مدة انتفاع شريكه بالأرض مجبرا على البحث على أرض أخرى يستغلها وإن لم يجد فينقطع على الفلاحة ربما لنشاط آخر إذا ساعفه الحظ في ذلك. وعليه ففي كلتا الحالتين الأمر غير مقبول، إذ أن عنصر المدة الزمنية المتناسب مع حصة كل شريك يساوي بين شريك في الشيوع لا وجود لأي اهتمام له بالنشاط الفلاحي مع شريك في الشيوع تعد الفلاحة مصدر قوته ورزقه، وعليه فهو حل غير عادل في حق هذا الأخير.

الحالة الثالثة: ملكية الأسرة⁽³⁾، يمكن في البداية تصور أن هذه الحالة تكون الأعدل في حق الخلف العام الذي يثبت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال العقار المعني بالإجراء، إلا أننا نأخذ على هذه الطريقة كونها محددة بفترة زمنية لا تفوق خمسة عشر 15 سنة،

(1) أنظر المادة 1/733 مدني.

(2) أنظر المادة 734 مدني.

(3) أنظر المادة 738 مدني.

إضافة إلى ذلك يبقى الباب مفتوحاً أمام كل شريك لطلب من المحكمة أن يفرز نصيبه⁽¹⁾، هذا وأهم انتقاد يمكن أن يوجه إلى هذه الطريقة هو أن للشركاء الذين يملكون القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم لتسيير الملكية المشاعة أحد أو أكثر وعليه لا يوجد ما يجبرهم على أن يعطوا الأولوية للشريك الذي ثبتت مشاركته إلى جانب مورثهم في استغلال الأرض، وعليه فقد يقع الاختيار على شريك (أو شركاء) لا علاقة له بالنشاط الفلاحي، الأمر الذي يضر حتماً بمصالح الشريك الثابتة مشاركته في استغلال الأرض والتي هي مصدر رزقه، فيجد نفسه مبعداً على تسيير الأرض واستغلالها ويكتفي بدور الشريك الذي يتربص ما قد تجود به عليه الأرض من ثمار.

ثانياً: حالة القسمة القضائية، في حالة عدم وجود اتفاق بين الشركاء في القسمة وهو الأمر الغالب كما سبق شرحه، يلتجئ الطرف الذي تهمه القسمة إلى القضاء من أجل طلب الخروج من حالة الشروع، ويكون للقاضي أن يحكم له بذلك بإحدى الطريقتين:

- **الطريقة الأولى:** وهي في حالة ما إذا كانت الأرض الفلاحية المشاعة، قابلة للتقسيم،

ففي هذه الحالة يعين القاضي خبيراً من أجل تقسيم التركة إلى حصص، على أن تجري القسمة في الأخير عن طريق الاقتراع (القرعة).

إن العملية المذكورة ولو أنها تبدو وفقاً للقواعد العامة منصفة، ومزيلة للكثير من المشاكل بين الشركاء، إلا أنها مجحفة بالتأكيد في حق الخلف الذي ثبتت مشاركته إلى جانب الهالك في استغلال الأرض محل القسمة، إنه ليس هناك أي اعتبار لتلك المشاركة فتساوي الطريقة المذكورة بينه وبين من هم في غير حاجة لاستغلال الأرض من أجل كسب رزقهم.

- **الطريقة الثانية:** وهي حالة ما إذا كانت القسمة غير ممكنة عينا أو من شأنها أن

تؤدي إلى انتفاض كبير في الأرض الفلاحية المعنية بالعملية، ففي هذه الحالة يمكن تصور فريضتين:

1 استحالة التقسيم العيني: وهي الحالة التي تكون فيها الأرض الفلاحية المعنية بالتقسيم

دون المساحة المرجعية المحددة حسب نوعية تربتها وكذا طبيعتها القانونية، فترفض القسمة

(1) أنظر المادة 739 مدني.

ويتم إقرار البيع على طريق المزاد العلني الذي قد يقتصر على الورثة دون غيرهم⁽¹⁾ ومهما يكن فالبيع عن طريق المزاد العلني قد يكون محجفا في حق الشريك الذي ثبتت مشاركته إلى جانب مورثه، خاصة إذا كانت إمكانيته المادية لا تسمح له بذلك، وعليه الحكم بالبيع بالمزاد العلني يضطره إلى ترك أرض ساهم بعمله في استغلالها وهي مصدر عيشه وربما قد كان له الفضل في المشاركة حتى في استصلاحها.

2 قسمة الأرض من شأنه إحداث نقص كبير بقيمتها : وهي الحالة الغالبة عند قسمة

الأراضي الفلاحية، مما تتطلبه الفلاحة العصرية من اتساع في مساحة الأراضي بسبب إدخال المكننة والوسائل الحديثة في الإنتاج، وعليه فإذا تم الحكم ببيع الأرض عن طريق المزاد العلني المغلق أو المفتوح للجميع، فن ذلك قد يضر بمصالح الشريك الفلاح وقد تعترضه المشاكل التالية:

- صعوبة إيجاد إجماع حول اقتصار البيع بالمزاد على الخلف العام، الأمر الذي يفتح الباب للغير لينافس الشريك الذي يثبت مشاركته إلى جانب مورثه، هذا إذا افترضنا أن إمكانيته المادية تسمح له أصلا بالدخول إلى المزايدة.

- حتى في حالة إجماع الشركاء على اقتصار المزايدة على الشركاء، فيكون ذلك غير منصف في حق الشريك الذي ثبتت مشاركته في خدمة الأرض محل المزاد في حياة مورثه، فالحكم بالبيع عن طريق المزاد يعني المساواة بينه وبين غيره واستقرار البيع على من يقدم أعلى عرض.

وعليه نلخص إلى أنه في كل ما ذكر، لا يوجد ما يرجح كفة حظ الشريك الذي ثبتت مشاركته في خدمة الأرض إلى جانب مورثه، وهذا يعد إنكارا لقيمة العمل الذي بدله في استغلال الأرض الأمر الذي يفتح الباب أمام من يريد التملك بحتا على ريع يحسن بهم مدخوله.

(1) أنظر المادة 728 مدني.

الفرع الثاني: قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص

أولاً: التنظيم القانوني للعقار الشائع ملكيته بين الدولة والخواص

إن القانون رقم (30/90) المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽¹⁾، جاء فيه القسم الثالث من الفصل الثاني المتعلق بالأملاك العقارية، جاء بعنوان العقار الشائعة ملكيته بين الدولة والخواص، وعلى مدى أربعة مواد نص فيها على الآتي: المادة 97: تساهم المصلحة التي تسير الأجزاء المشتركة في العقار الشائع أو المشتركة ملكيته، في مصاريف تسيير الأجزاء المشتركة في حدود نسبة الحقوق المخصصة لها طبقاً للقانون والتنظيمات المعمول بها.

المادة 98: يمكن للدولة أن تتنازل عن حقوقها الشائعة لفائدة شركائها في ملكية الشيوع إذا كانت هناك عقارات مختلفة الأنواع تحوزها على الشيوع مع أشخاص طبيعيين أو معنويين آخرين وتستحيل قسمتها، وإذا رفض أحد الشركاء في ملكية الشيوع أو عدة شركاء شراء هذه الحصة لأي سبب كان، يباع العقار الشائع اعتماداً على الوسائل القانونية وبأية طريقة تعتمد المنافسة.

المادة 99: تطبق أحكام المادتين 97 و 98 المذكورتين أعلاه على الجماعات الإقليمية. كما أن المرسوم التنفيذي رقم (454/91) المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها، ويضبط كفاءات ذلك، نظم في القسم السادس من فصله الأول⁽²⁾، تحت عنوان تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، على النحو الآتي بيانه:

المادة 39: يهدف تقسيم العقارات، التي تكون ملكيتها مشاعة بين الدولة وغيرها متى كان ذلك ممكناً، إلى إخراج حصة الدولة منها، وما يبقى يكون ملكاً مشاعاً بين الملاك الآخرين.

(1) أنظر، حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، الجزائر، دار هومة 2002، ص ص 106-107.

(2) المرجع نفسه، ص ص 133-134.

المادة 40: يتم التنازل عن حصة الدولة، أو عن العقارات المذكورة، عندما تكون غير قابلة للتقسيم، طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 98 من القانون رقم (30/90) المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المذكور أعلاه، وحسب الكيفيات الآتية:

1. إذا حصل التراضي وتنازلت الدولة عن حقوقها المشاعة في ملكية الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ، تحدد إدارة الأملاك الوطنية ثمن هذه الحقوق، ويقع البيع بإذن من الوالي.

2. إذا رفض مالك أو عدة ملاك شركاء في الشيوخ شراء حصة الدولة لأي سبب كان، فإن العقار المشاع يباع بأية وسيلة تستدعي التنافس، وفقاً لأحكام المادة 728 من القانون المدني خاصة.

يأذن الوالي بالبيع على أساس الثمن الذي تحدده إدارة الأملاك الوطنية، تتولى مصلحة الأملاك الوطنية تحصيل الثمن كله، وتدفع لكل مالك من الملاك الشركاء في الشيوخ حصته.

المادة 41: تخضع مبادرة التقسيم، لأحكام القانون المدني، وتعود هذه المبادرة إلى الإدارة والملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ على السواء.

يقدم مسؤول الأملاك الوطنية في الولاية طلب التقسيم في شكل عريضة عادية إلى والي الولاية، التي يوجد فيها العقار، أما طلب التقسيم، الذي يرد من الملاك الآخرين، الشركاء في الشيوخ، فيمكن أن يقدم في إحدى الصورتين التاليتين:

- إما أن يقدم إلى الوالي قصد التقسيم بالتراضي.
- وإما أن يقدم مباشرة إلى الجهة القضائية المختصة طبقاً لأحكام القانون المدني.

المادة 42: تقوم إدارة الأملاك الوطنية المختصة إقليمياً، بناءً على مبادرة من الوالي بعمليات تقويم الحصص المطابقة لحقوق الدولة والخواص وتكوينها مع إعلام هؤلاء الخواص قانوناً بسير العمليات.

ويمكن أن يضاف إلى بعض الحصص معدل فارق القيمة.

ويبلغ الوالي بالطرق الإدارية نتيجة هذه العمليات إلى كل مالك شريك في الشيوخ، ويمكن كل مالك منهم أن يعترض كتابيا على ذلك في ظرف شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ. المادة 43: تحرر مصلحة الأملاك الوطنية لدى انتهاء الأجل المذكور في المادة السابقة، محضرا خاصا باقتراح توزيع الحصص وتعديله إن اقتضى الأمر، مع مراعاة اعتراض أي طرف معني عند اللزوم.

وتحدد حصة الملك التي تؤول إجمالا إلى الدولة على حدة، ويبقى ما يزيد على الحصص المكونة مشاعا بين الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ. المادة 44: يصادق الوالي القرار على محضر توزيع الحصص على الملاك الآخرين الشركاء في الشيوخ، ثم يبلغ لهم هذا المحضر، وإذا اختلف هؤلاء الملاك، طبقت أحكام المواد من 724 إلى 728 من القانون المدني.

ثانيا: كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص⁽¹⁾

جاءت هذه الكيفية، في المذكرة الإدارية عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، الحاملة رقم 3654 المؤرخة في 19 جويلية 1999، المتعلقة بتقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، وهذا التقسيم جاء مضمون النص فيه كالآتي:

- "شروط وكيفيات تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص⁽²⁾:

- شروط التقسيم:

طبقا للمواد من 39 إلى 44 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23، المعدل والمتمم، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها، ويضبط كيفيات ذلك، فإن تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص لا يتم إلا في حالة ما إذا كان لا يطرح مشكلا ولا يؤثر على البيئة المعمارية للعقارات المبنية. ومهما يكن من أمر، يهدف تقسيم العقارات المشاعة إلى إخراج الحصة التي تعود إلى الدولة في الملك المشاع، وتثبيت حق الدولة في الملكية الفردية على نصيبها.

(1) ليلي زروقي وحمد عمر باشا، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة 2006، ص 389.

(2) المرجع نفسه، ص 390.

أما الحصص الأخرى المتبقية من التقسيم فهي تظل ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين (الخواص).

-كيفية التقسيم:

كلما وردت شروط التقسيم المذكورة آنفا، وجب على مصالح أملاك الدولة الشروع في إجراءات التقسيم المبينة فيما يلي:
وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن التقسيم يمكن إجرائه إما بصفة ودية، وإما عن طريق القضاء.

ويجب التنبيه إلى أن للمالكين في الشيوع الخواص الحق في تقديم طلب التقسيم، إما للوالي قصد القيام بالعملية بالتراضي، وإما مباشرة إلى الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا طبقا لأحكام القانون المدني.
بينما يستوجب على مصالح أملاك الدولة الشروع في التقسيم الودي قبل اللجوء إلى التقسيم القضائي ...

1. القسمة الودية:

كما سبق ذكره، إن عملية التقسيم تخضع لمبادرة الشركاء في الشيوع، بحيث يمكن لمديري أملاك الدولة على مستوى الولايات، تقديم طلب التقسيم بناء على عريضة عادية تقدم إلى الوالي المختص إقليميا.
التنازل عن الحصة العائدة للدولة في عقارات مشاعة بين الدولة والخواص، والتنازل معناه تحويل ملكية عقار معين لفائدة شخص معين مقابل تحصيل ثمن لا يقل عن قيمته التجارية، في هذا الشأن، يجب التمييز بين التنازل بالتراضي والتنازل بطريق التنافس.
التنازل بالتراضي:

إذا استحال قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص لعدم توفر الشروط المنوّه عنها أعلاه، فإنه يتم التنازل عن الحصة العائدة للدولة لفائدة المالكين معها على الشيوع، بعد إجراء تقسيم من طرق مصالح أملاك الدولة يكون مطابقا لمعطيات السوق العقاري، وبعد الحصول على الترخيص المسبق من طرف السيد الوزير المكلف بالمالية.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن التنازل يتم على أساس سعر لا يقل على القيمة التجارية للملك المعني المعمول بها في السوق العقاري الحر.

التنازل بطريق التنافس:

في حالة ما إذا كانت الحصة العائدة للدولة غير قابلة للتقسيم ورفض أحد أو عدة شركاء في الشيوع شراءها لأي سبب كان، يتم بيع العقار الشائع بالاعتماد على الوسائل القانونية وبأية طريقة تعتمد على المنافسة طبقاً لأحكام المادة 728 من القانون المدني.

عندئذ تتولى إدارة أملاك الدولة تقييم العقار المشاع، وفقاً لمعطيات السوق العقاري الحر، وتحصل الثمن كله، ويقع على عاتقها دفع ما يقابل حصة كل ملك في الشيوع. في هذا المجال وبمبادرة من الوالي تقوم مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً بتقييم الحصص المطابقة لحقوق الدولة من جهة والخواص من جهة أخرى، مع إضافة معدل فارق القيمة لبعض الحصص إذا اقتضى الأمر. ويكلف الأعوان التابعين لإدارة أملاك الدولة بإجراء القسمة وإخراج الحصة العائدة للدولة على حدة، وإبقاء ما يزيد على الحصص المكونة ملكاً مشاعاً بين الملاك الآخرين الشركاء في الشيوع.

وبعد إتمام هذه العملية يبلغ الوالي، بالطرق الإدارية نتيجة العملية إلى كل مالك شريك في الشيوع، الذين يمكنهم الاعتراض كتابياً على النتيجة المتوصل إليها في خلال شهرين. وعند انتهاء أجل الشهرين، تحرر إدارة أملاك الدولة محضراً خاصاً باقتراح توزيع الحصص وتعديله، إن اقتضى الأمر، أي مع مراعاة اعتراض الأطراف الأخرى المالكة على الشيوع.

تتوج هذه العملية بقرار يتخذه الوالي المختص يصادق فيه على محضر توزيع الحصص على الملاك الشركاء في الشيوع، ثم يبلغهم المحضر المصادق عليه. أخيراً وفي حالة الموافقة من طرف الجميع على المحضر المصادق عليه، تكرر العملية بعقد إداري للقسمة تعدده مصالح أملاك الدولة ويتم إخضاعه للإجراءات القانونية المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري بعد إمضائه من قبل جميع الأطراف.

أما في حالة عدم الموافقة على محضر توزيع الحصص المصادق عليه فيجب على مصالح أملاك الدولة اللجوء إلى القاضي قصد طلب التقسيم القضائي.

2. القسمة القضائية:

في حالة عدم قبول المحضر المصادق عليه المتضمن توزيع الحصص من قبل أحد أو عدة شركاء أو في حالة رفع دعوى قضائية من طرف هؤلاء، فيبقى على مصالح أملاك الدولة، طبقاً لأحكام المواد من 724 إلى 728 من القانون المدني، طلب المصادقة على القسمة أو تعيين من له صلاحية إجرائها أمام الجهات القضائية المختصة نوعياً وإقليمياً. وفي الأخير يجدر التأكيد على أن الإدارة في معالجتها لهذا النوع من القضايا، فإنه يجب على المسؤولين المحليين أن يتعاملوا معها بالطرق الودية تجنباً لأي عمل من شأنه إثارة النزاع بين الشركاء في الشيوع ويبقى اللجوء إلى الجهات القضائية أمراً واجباً إذا استدعت الضرورة ذلك.

وتختتم المذكرة بالقول بأنه يرجى من السادة مديري أملاك الدولة العمل بهذه المذكرة والسهر على شرح ما جاء فيها لكامل الإطارات والأعوان الموضوعيين تحت سلطتهم وإبلاغنا بالصعوبات التي قد تحول دون تطبيقها".

الفرع الثالث: القسمة وفق قوانين التهيئة العمرانية

يهدف القانون رقم (29/90) المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل بالقانون (05/04) إلى تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير، وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي، والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، وأيضاً وقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية.

والملكية العقارية الواحدة أو عدة الملكيات فردية كانت أو شائعة، أرضاً فضاء أم مبنية، يخضع التقسيم فيها لأشكال وشروط تضمن تحقيق الهدف المعلن عنه أعلاه، ويقصد بالتقسيم وفق قانون التهيئة العمرانية:

"كل تجزئة لقطعة أرض داخل نطاق المدن إلى أكثر من قطعتين، كما يعتبر تقسيمها: أقلمة أكثر من مبنى واحد وملحقاته على قطعة الأرض سواء كانت هذه المباني (متصلة أو منفصلة)، فطرق التقسيم اثنان:

- أرض فضاء تقسم لأكثر من قطعتين.

- أكثر من مبنى واحد على قطعة الأرض المقسمة"⁽¹⁾.

فوجب على الملاك في الشيوع لملكية ذات طابع حضري، وعند التقسيم مراعاة جملة من الشروط والإجراءات التي تحفظ الأهداف السامية لقانون تنظيم المدن والعمران، وأول الشروط هو الحصول على رخصة التجزئة إذ تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم، وتسليم ذلك، على أنه:

"في إطار أحكام المادتين 57 و 58 من القانون رقم (29/90) المؤرخ في 1990/12/01، تشرط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية".

فالشركاء في الملك لا يجوز لهم التقسيم إلا بالحصول على رخصة التجزئة، وفقا للإجراءات التالية، أمام مصالح التهيئة العمرانية للبلدية أو الولاية التي يقع فيها العقار محل التجزئة:

1. أن يتقدم الشركاء في الملك، أو موكلهم بطلب رخصة التجزئة والتوقيع عليه من طرفهم.

2. يرفق الطلب بالتصاميم والوثائق التالية:

- تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/15000 يشتمل على الوجهة والهيكل القاعدية للخدمة مع بيان طبيعتها وتسميتها، وكذا نقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

(1) عبد الوهاب عرفة، شرح قوانين البناء والهدم، مصر، دار المطبوعات الجامعية، [ب س ط]، ص153.

-التصاميم الترشيدية المعدة على سلم 1/200 أو 1/500 تشمل على بيانات حدود القطعة الأرضية ومساحتها، ومنحنيات المستوى وسطح التسوية، مع مواصفاتها التقنية الرئيسية ونقاط وصل شبكة الطرق المختلفة ...

-مذكرة توضح التدابير المتعلقة بطرق المعالجة المخصصة لتنقية المياه المرسبة الصناعية من جميع المواد المضرة بالصحة العمومية، وتحديد مستوى الضجيج وانبعاث الطفيليات الكهرومغناطيسية، بالنسبة للأراضي المجزأة والاستعمال الصناعي.

-مذكرة تشمل على البيانات المتعلقة بقائمة القطع الأرضية المجزأة ومساحة كل قطعة منها ونوع مختلف أشكال الأرض مع توضيح عدد المساكن ومناصب العمل والعدد الإجمالي للسكان المقيمين، والاحتياجات في مجال الماء والغاز والكهرباء والنقل وكيفيات تلبيتها، وأيضاً دراسة مدى التأثير على المحيط.

-برنامج الأشغال الذي يوضح المواصفات التقنية للمشاريع والشبكات والتهيئة المقرر إنجازها، وشروط تنفيذها مع تقدير تكاليفها وتوضيح مراحل الإنجاز وأجال ذلك.

-دفتر الشروط يعد حسب النموذج الذي يقرره الوزير المكلف بالتعمير، يحدد الالتزامات والاتفاقات الوظيفية وذات المنفعة العامة المفروضة على الأراضي المجزأة وكذا الشروط التي تنجز بموجبها البناءات، ويحدد تنظيم الملكيات والمغارس والمساحات الخضراء والأسيجة (المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه).

ولا تمنح هذه الرخصة إلا بعد التحضير والدراسة من الجهة المختصة، ومدى مطابقتها لأدوات التهيئة والتعمير المتمثلة أساساً في المخططين، مخطط شغل الأرض والمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وتسلم هذه الرخصة في جميع الحالات في شكل قرار من الوالي المختص إقليمياً أو الوزير المكلف بالتعمير حسب الحالة.

وتختلف رخصة التجزئة من شهادة التقسيم والتي تمنح لإمكانية التقسيم في ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام وتسلم بنفس الشروط والإجراءات السابقة لحساسية طابع هذه الأرض وقد حرم المشرع الجزائري كل من لم يتخذ الاحتياطات الضرورية

والإجراءات اللازمة لإقامة أو إصلاح أو هدم بناء، ومن باب الإصلاح قد يتم التقسيم أو التجزئة دون مراعاة الشروط والإجراءات السابقة، إذ نص في المادة 441 الفقرة 5 مكرر من قانون العقوبات على أنه:

"يعاقب بغرامة من 100 إلى 1000 دج كما يجوز أيضا أن يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، كل من أقام أو أصلح أو هدم بناء دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتلافي الحوادث".

فالقيام بأعمال البناء أو الترميم في إطار التهيئة العمرانية، يتطلب تراخيصا مسبقة من الإدارة، وذلك حتى تقوم هذه الأخيرة بمهامها المتمثلة في الرقابة لفرض احترام إجراءات الوقاية من الحوادث التي قد تصاحب أحد العمليات التي سبق ذكرها، والتي تكتسي طابعا خطيرا⁽¹⁾ بالنظر إلى موقعها العمراني الكثيف في جميع المجالات.

-كما نص قانون التهيئة العمرانية (29/90) في المادة 77 منه على جريمة واحدة بعد أن ألغى المرسوم التشريعي رقم (07/94) المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري المادتين 76 و 78 منه، والجريمة المنصوص عليها بالمادة 77 هي جريمة تنفيذ أشغال أو استعمال أرض بتجاهل الالتزامات التي يفرضها هذا القانون والتنظيمات المتخذة لتطبيقه أو الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها، فمن يسعى إلى تجزئة أرض تدخل في نطاق هذا القانون، يجب عليه أن يعلم بالالتزامات التي يفرضها القانون والتنظيمات المتخذة للتطبيق، ويجب أن لا يتجاهل الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها، فالبناء يتطلب الحصول على رخصة من الجهة الإدارية المختصة، ويتطلب القانون احترام ما جاء في هذه الرخصة، وتجاهل القانون أو الرخصة يعرض صاحبه لعقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 3000 و 300.000 دج، وفي حالة العودة لارتكاب نفس المخالفة يعاقب المتسبب فيها بالحبس لمدة شهر إلى ستة أشهر، وقد منح القانون في هذا الإطار رقابة واسعة حيث يحوز للوالي أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأعوان المفوضين، أو الجمعيات التي تعمل على حماية المحيط حق الرقابة على البناءات الجاري تشييدها والأراضي والبناءات الخاضعة

(1) الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية 2006، ص 98.

للتجزئة ... وغيرها، إذ في حالة المخالفة يمكن لجمعيات حماية المحيط أن تتأسس كطرف مدني⁽¹⁾.

وتطبيقا لما جاء أنفا جاء في الحكم رقم 259/09 بتاريخ 2008/12/27 عن مجلس قضاء قسنطينة، والذي صدر بموجب عريضة افتتاح دعوى يلتمس المدعي من خلالها الحكم بتعيين خبير لإجراء قسمة للعقار الواقع على قطعة أرضية الحاملة لرقم 02 من مخطط تخصيص التعاونية العقارية الاستقلال، وتحديد نصيب كل مالك على الشيوع مع مراعاة الأوضاع القائمة ومستظهرها بنسخة من عقد بيع رسمي.

حيث باستقراء المحكمة لأوراق ملف الدعوى ولاسيما النسخة من عقد البيع الرسمي ...، فمن الثابت أن القطعة الأرضية المشتراة من طرف أطراف الدعوى المراد إجراء مشروع قسمة لها تدخل ضمن تخصيص التعاونية العقارية الاستقلال تحمل رقم 02، وهي موجودة ضمن أراضي مجزأة.

حيث أنه طبقا للمادة 57 من قانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير، تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها.

حيث ومادام المدعي لم يقدم للمحكمة رخصة التجزئة، فإن طلبه القضائي بإجراء مشروع قسمة للقطعة الأرضية محل عقد البيع ترفضه المحكمة لسبق أوانه.

ويفرق القانون المدني الفرنسي بين نوعين من التقييمات بصدد هذه الرخصة⁽²⁾، وهي:

- التقييمات الخاضعة لرخصة التجزئة، إذ بموجب المادة 01/315 من قانون التعمير،

"يقصد بتشكيل تجزئة لبناء كل تقسيم لملكية عقارية تهدف خلال فترة تكون على الأقل مدتها 10

سنوات، فيكون لها الأثر لجعل أكثر من سنتين عدد القطع الناجمة عن الملكية المذكورة، ويمكن أن

يتعلق الأمر بتقسيم في الملكية أو في المنفعة الناجمة عن الانتقال وذلك بصفة مجانية أو مقابل أتعاب،

وتتعلق بالقسمة أو الإيجار باستثناء التقييمات الناجمة عن التقييمات المتعلقة بالتركة أو الخاصة

بسندات مشابهة حينما تكون هذه السندات ليس الغرض منها أكثر من أربعة بالنسبة لعدد القطع الناجمة

(1) الفاضل خمار، المرجع السابق، ص 100-101.

(2) Henri Jacquot et François priet, droit de l'urbanisme, 3ème édition, Paris, DALLOZ, 2000, p417.

عن الملكية المعنية" ووفقا لهذه المادة، فإن قسمة الملكية لا يشكل إذا تجزئة عدا إذا كانت تمثل بالتالي خمس مواصفات متعلقة بموضوعها، كقيمتها، الفترة التي على أساسها يحصل التدخل، هدفها وأهميتها.

- والتقسيمات الغير خاضعة لرخصة التجزئة، فهذه التقسيمات لا تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها بالمادة 35/فقرة 10 المذكور أعلاه، وأن المسألة تتعلق بتقسيمات ذات أهمية صعبة، وتخضع فقط إلى منح شهادة التعمير، وذلك على أساس المادة أعلاه، والتي لم يقع إنجازها لغرف إنجاز العمارات، وإلى جانب هذه التقسيمات التي لا تستدعي أي تعليق حديث فتوجد هناك أخريات التي من الممكن أن تكون خاضعة للتنظيم المتعلق بالتجزئات ولكن تم استثناءها صراحة لأنها تمت مراقبتها في إطار إجراء آخر، ومن هنا بإمكاننا أن نميز 04 أربعة أصناف:

1. التقسيمات المنجزة في إطار بعض عمليات التجميع.

2. التقسيمات المنجزة داخل مناطق عمليات التهيئة.

3. التقسيمات المتعلقة بالقطع الأرضية في الوعاء العقاري المزمع تشييده.

4. التقسيمات الأولية.

كما نصت المادة 410 من قانون التعمير الفرنسي "فيما يتعلق بالرخص والشهادات وطابعها الإعلامي على أن شهادات التعمير هذه تشير بالنظر إلى سبب الطلب فيما إذا كان من الممكن الأخذ بعين الاعتبار تدابير التهيئة والتعمير، إلى وضعية الهياكل العمومية الموجودة أو المحتملة، باستعمال الإجراءات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمناطق التهيئة العمرانية الخاصة أن يكون العقار: 1- محلا للبناء. 2- محلا لعمليات محددة. وهذه الشهادات لها طابع اختياري ولها أهمية في عمليات بيع العقارات المعدة للبناء ولها أهمية في عمليات بيع العقارات المعدة للبناء وكذا عمليات قسمة التركات وطبيعتها إعلامية بحتة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Henri Jacquot et François Priet, OP, Cit, P 417.

وهذا النوع من الشهادات تم النص عليه بالمادة 51 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير تحت تسمية "شهادات التعمير".

المطلب الثاني: طوارئ القسمة

ويقصد بطوارئ القسمة، تلك الحالات المؤدية حدوثها إلى نقض القسمة، ويجب نقض القسمة بعد وجودها ولزومها، في حالة ما إذا وجد قاصر بين الورثة خلال القسمة، وكذا ظهور دين على الميت بعد وقوع القسمة، أو ظهر وارث آخر أو موصى له في قسمة التراضي، ونوضح هذه الطوارئ وأحكامها، في الفروع الآتية.

الفرع الأول: وجود قاصر بين الورثة في قسمة التركة

إن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، إذ ينبغي على الموثقة أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزء من تركة، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة، ولا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهاره تلك الشهادة⁽¹⁾، وهذه الآجال نتجسدها في النقاط الآتية.

-فبالنسبة للشهادات الموثقة، فتحرر وتشهر خلال شهران ابتداء من اليوم الذي قد الالتماس إلى الموثق، ويرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج، ويكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة...⁽²⁾

وعمليا فالشهادات التوثيقية ذات أهمية قصوى، وإن كان انتقال التركة المتعلقة بعقار يحصل جراء واقعة واحدة وهي الوفاة، فالطابع الإلزامي لشهر هذه الشهادة يفسر إلزامية علم الغير بهذا الانتقال للملكية، فقاعدة الأثر النسبي للشهر العقاري يدفع الورثة للقيام بتحرير هذه الشهادة، وتمنع كل شهر يتعلق بعقارات ناجمة عن التركة مادام أن الشهادة التوثيقية لم يقع

(1) أنظر المادة 91 من المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(2) المرجع نفسه، المادة 99.

شهرها، فمن جهتها المادة 29 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في 04/01/1955 الذي يوجب شهر شهادات توثيقية الممنوحة لأجل معاينة انتقال أو تأسيس حقوق عينية عقارية بسبب الوفاة، فهي -أي المادة 29- تنص مبدئياً على أن كل انتقال أو تأسيس لحقوق عينية عقارية جراء الوفاة يجب أن يثبت بالشهادة التوثيقية غير أن الفقرة الأخيرة من مقتضيات هذه المادة تنص على استثناء المتجسد في حالة قيام الورثة الشركاء في الشيوع بإجراء قسمة تضمن مجمل العقارات الموروثة وثم شهر هذه القسمة خلال عشرة (10) أشهر الموالية للوفاة⁽¹⁾، ففي مثل هذه الحالة الاستثنائية يعفى الورثة الشركاء في الشيوع من وجوب إلزامية تحرير الشهادة التوثيقية، وهو أيضاً ما جاء النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 91 من المرسوم المبين أسفله.

وهي ذات الأهمية التي نلمسها على مستوى التطبيق، فقد جاء في القرار لمجلس الدولة رقم 652، 206 المؤرخ في 10/07/2000 أنه حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفي إليهما كما تشترط أحكام المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976، وحيث أن هذا الشرط هو إجراء إجباري مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين، وحيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية ... فإن الدعوى تعتبر سابقة لأوانها ...⁽²⁾

وفيما يتعلق بمسألة قسمة التركة ووجود قاصر بين الورثة:

قضت المحكمة العليا في القرار رقم 84551 المؤرخ في 22/12/1992⁽³⁾، أنه من المقرر قانوناً وشرعاً أن قسمة التركة بين الورثة تكون عن طريق القضاء، وإنه في حالة

⁽¹⁾ Stéphane piedelièvre, traité de droit civil, (la publicité foncière), paris, impression par France quercy, 2000, p125.

⁽²⁾ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحد القرارات الصادرة في مجلس الدولة والمحكمة العليا، الجزائر، دار هومة، ص79.

⁽³⁾ أنظر، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد الأول، المرجع السابق الذكر، ص117.

وجود قاصر بينهم -الورثة- فإنه يجب أن يعرض ملف القضية على النائب العام بواسطة كاتب الضبط قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة.

ولما ثبت أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف القضاء لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية، فإنه يتعين بذلك نقض القرار المطعون فيه.

كما جاء في القرار رقم 194.378 المؤرخ في 28/06/2000⁽¹⁾، أنه لا يبدأ سريان أجل تقادم الحقوق الميراثية في حالة وجود قصر بين الورثة إلا من تاريخ بلوغهم سن الرشد القانونية، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة مولودة في 01/04/1942 وأن المورث قد توفي سنة 1947، وأنها بادرت إلى رفع دعوى بتاريخ 01/10/1992 ضد المطعون ضده، فإن قضاة الاستئناف عندما أسسوا قرارهم على التقادم المسقط طبقاً للمادة 829 من القانون المدني، ومضي مدة ثلاث وثلاثين سنة على وفاة المورث المشترك للطرفين إلى تاريخ رفع الدعوى، فإنهم بقضائهم برفع دعاوها لم يأخذوا في الحسبان أن الطاعنة كانت قاصرة ولم تبلغ سن الرشد التي تؤهلها قانوناً إلا في سنة 1963 بحيث كان سن الرشد آنذاك واحد وعشرين (21) سنة في ظل القانون المدني القديم، وبذلك يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

كما صدر المنشور رقم 02 عن مديرية الشؤون المدنية لوزارة العدل في

19/10/1985 موضوعاً تفسير نص المادة 181 فقرة 02 جاء نصه كالآتي:

"أثار تطبيق المادة 181 فقرة 02 من قانون الأسرة بعض الصعوبات في تفسيرها التي تتطلب توضيحات لضمان تطبيق متماثل للقانون، من طرف كل الجهات القضائية للبلاد.

لا تكون قسمة تصفية تركة يوجد بين ورثتها قاصر إلا عن طريق القضاء، ولو في حالة الموافقة

الإجماعية للورثة، والمادتين 182، 183 من قانون الأسرة توضح طرق تنفيذ هذه العملية.

تنفيذ القسمة على أساس مثل هذا الحكم، وإن وصي القاصر مطالب بقبض وتسيير أملاك اليتيم على

أحسن منفعة لهذا الأخير، وفقاً لشروط المواد 81 وما بعدها من قانون الأسرة.

(1) أنظر، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، ص206.

يمكن أن توجه أموال وأشياء ذات قيمة مودعة لدى جهاز بنكي في مثل هذه التصفية، ويتم إدخاله في الدعوى من قبل الورثة لأجل استرداد تلك الأموال.

يبرز هذا الإدخال في الدعوى العواقب التالية:

- إلزام الأجهزة البنكية بمواجهة الإجراءات القضائية والتكفل بنفقاتها.

- إحلال الأجهزة البنكية محل الموثق في عملية تصفية التركات التي يمكن أن تمتد إلى أملاك أخرى غير الأموال المودعة.

- إجبار الأجهزة البنكية بتسيير حسابات التركة لعدة سنوات، والتي يمكن أن لا تعطى مبالغها فيما يخص الموارد أية فائدة.

ولهذا يجب في مثل هذه الحالة إخراج الأجهزة البنكية من الخصومة إذ أن وصي القاصر مؤهل قانونا بتلقي وتسيير الأملاك العائدة لهذا الأخير...⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ظهور دين على الميت بعد القسمة

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة، ولكنه نص في المادة 774 عن التقنين المدني على أن:

"تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، أيضا لا نجد أثرا لهذا الطارئ، سوى ما نصت عليه المادة 180 منه بقولها: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1. مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

2. الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3. الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

ونصت المادة 222 من ذات القانون -الأسرة الجزائري- على أن:

"كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(1) نشرة الموثق، الغرفة الجهوية للموثقين للاحية الشرق، ص62.

وقبل اللجوء إلى ما جاء الحكم به على هذه المسألة في الشريعة الإسلامية السمحة، نشير إلى أن القانون المدني المصري قد أشار في المادة 879 منه إلى هذا الحكم بنص المادة على أن:

"دانوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم، لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن هناك تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم".

فالموضح من النص أنه إذا ظهر دائن للميت، لم يستوف حقه، لعدم ظهور دينه في قائمة الجرد، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها، واستولى كل وارث على نصيبه، على اعتبار أنه خالص من الديون، فلاشك، أن هؤلاء الدائنين يستطيعون الرجوع بالدين على أموال التركة، ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإذا رجع أحد منهم على عين التركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذه العين، رجع الوارث على الورثة الباقين ككل بقدر حصته في الدين، وإذا تصرف الوارث في عين التركة، فإن الدائن لا يرجع على المتصرف إليه، ولكن يرجع على الوارث الذي تصرف في العين، في حدود ما أخذه مقابل لمال التركة، من لا يثري الوارث على حساب الدائن⁽¹⁾.

فالموضح مما سبق أن القانون المدني المصري لا يقضي بفسخ القسمة لظهور دين على الميت بعدها، بل كل ما للدائن أن يرجع على الورثة في حدود ما آل إليهم من التركة. وحتى نتعرف على موقف المشرع الجزائري، نتدارس المسألة على ضوء الشريعة الإسلامية المحال إليها بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

وتتجسد مسألة ظهور دين على الميت بعد القسمة، كأن تقسم التركة بين الورثة لم يظهر دائن للميت، فهل تنقض القسمة ليقضي للدائن حقه، أم تمضي القسمة، ويرجع الدائن على الورثة، كل فحسب نصيبه في الدين؟

وللإجابة على هذا السؤال على ضوء الفقه الإسلامي، نستعرض مذاهب الفقهاء في ذلك.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء التاسع 1998، ص 173.

فجاء في المذهب الحنفي ، أنه لو اقتسم الورثة التركة، ثم ظهر فيها دين -سواء كان هذا الدين محيطا بالتركة أو غير محيط بها- فإنه يقال للورثة اقضوا دين الميت، فإن قضوه من مال أنفسهم صحت القسمة، لأن حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة، وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة، وهو المالية، فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى، فتكون صحيحة ولا تنقض، أما إذا لم يقض الورثة الدين من مالهم فإن القسمة تفسخ ويقضي الدين من التركة، ثم يقسم ما بقي، وذلك لأن الدين مقدم على الإرث، فيمنع وقوع الملك لهم، وذلك سواء كان الدين محيطا بالتركة كلها أو لم يكن، وذلك لأن الدين مقدم على الإرث، سواء كان قليلا أو كثيرا، لقوله تعالى في سورة النساء، الآية 11: "من بعد وصية يوصى بها أو دين"، فقدم سبحانه وتعالى الدين على الإرث من غير فصل بين القليل والكثير، ولأن الدين إذا كان محيطا بالتركة فإنه يمنع وقوع الملك للورثة، فتبقى التركة على ملك الميت لتعلق حق الغرماء به، وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة، أما إذا لم يكن الدين محيطا بالتركة، فملك الميت وحق الغرماء، وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع، فيمنع جواز القسمة، ولكن لا تنقض القسمة إذا أبرأ الغرماء الميت من ديونهم لأن النقض لحقهم، وقد أسقطوه بالإبراء، فتكون القسمة صحيحة لزوال المانع⁽¹⁾.

وكذلك لا تنقض القسمة إذا كان الدين غير محيط بالتركة، وكان قد تبقى من التركة - من غير قسمة- ما يفي بالدين، إذ لا حاجة إلا فسخ القسمة حينئذ، ولا فرق في ظهور الدين بعد القسمة وسماع الدعوى به أن يكون الدائن أجنبيا أو أحد المقتسمين، فلو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة، وأقام البينة عليه، فله أن ينقض القسمة، ولا تكون قسمته إبراء من الدين، لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة، فلا تناقض بين القسمة، وبين ادعاءه دينا على الميت⁽²⁾.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، 97، ص

169.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

أما إذا ادعى عينا له في التركة، فإنه لا تسمع دعواه أيا كان سبب هذه الدعوى لتناقضه، لأن دعوى العين تتعلق بالصورة، والقسمة تصادفها، كما أن الإقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك، ولو أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين، فله نقضها، وكذلك إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم، فللغريم أيضا نقض القسمة إلا أن يكون هذا البعض قد اشترط براءة الميت، لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه، وتخلوا التركة عنه، وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين⁽¹⁾.

وخلاصة الحديث، أن الحنفية يرون أنه إذا ظهر الدين وكان محيطا بالتركة أو غير محيطا بها، فإن الورثة مكلفون بتسديد الدين المذكور، فإذا سدده كانت القسمة صحيحة، أما إذا أدى أحد الورثة الدين فإن في ذلك الأمر مسألتين:

أولاهما: إذا أداه على أن لا يرجع على التركة فالقسمة تبقى صحيحة.

ثانيهما: إذا أداه على شرط الرجوع على التركة فيكون الوارث المؤدي للدين قائما مقام الدائن، فإذا أدى الورثة الآخرون الدين من مالهم لهذا الوارث فتبقى القسمة تامة، وإلا ترد القسمة وتفسخ، أما لو امتنع الورثة عن أداء الدين فتفسخ القسمة، كما لا تفسخ القسمة إذا أبرأ الدائنون الورثة من الدين، فالإبراء صحيح، سواء كان الدين محيطا بالتركة أم لم يكن.

أما في المذهب المالكي

فيختلف حكم طرء الدين بعد القسمة باختلاف ما إذا كان المقسوم مقوما أو غير مقوم⁽²⁾:

- فإذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، وكان المقسوم مقوما كدار أو بستان أو حيوان أو نحو ذلك من كل ما يقوم، فإن القسمة تنفسخ ويأخذ الغريم حقه، ثم يقسم الباقي، إلا إذا دفع الورثة الدين للغريم، فإن دفعوه فلا كلام له، إذ ليس له حق إلا في ذلك، أما إذا كان المقسوم عينا كالذهب والفضة أو مثليا، وطرأ غريم فإن القسمة لا تنفسخ، بل يرجع الطارئ على كل واحد من الورثة، ممن بيده شيء من التركة، بما يخصه إن كان قائما، وبمثله إن فات، والقسمة صحيحة لن تنقض، ولو كان بعضهم أعسر، فإن الطارئ يرجع عليه بما

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 581.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يخصه ولا يأخذ الملى عن المعدم هذا إن لم يعلموا بالطارئ، أما إذا علموا به واقتسموا التركة، فإنهم متعدون حينئذ، فللغريم أن يأخذ الملى عن المعدم، والحاضر عن الغائب، والحي عن الميت، ما لم يجاوز ما قبضه.

والخلاصة أن المالكية، إذا ظهر بعد القسمة دين على الميت، فإن هناك خلافا في المذهب بالنظر إلى الشيء المقسوم، فإذا كان المال المقسوم دارا أي عقارا مضت القسمة ولا تنقض، سواء قسم الورثة وكانوا غير عالمين بالغريم -الدائن أو الدائنون- أو عالمين به وهو كذلك، خلافا لما في كتاب محمد عن مالك من عدم صحة القسمة إذا قسموا عالمين بالغريم، ولو دفعوا ماله من الدين بعد القسم وإذا وقع الاختلاف بين الورثة فهناك حالتان: **أولاهما:** إذا دفع جميع الورثة الدين أو دفع بعضهم برضا الباقيين أو مع إبايتهم -أي امتناعهم- ولم يقصد الدافع الرجوع بشيء على من أبى -أي امتنع- فإن القسمة تمضي. **ثانيهما:** إذا لم يدفع أحد من الورثة للدائن شيئا أو دفع بعضهم مع امتناع باقيهم وأراد الدافع الرجوع بما دفعه عليهم فإنها تنقض.

أما إذا كان المال المقسوم عينا كذهب أو فضة، أو مثليا كقمح أو شعير، فإن ما هلك أو نقص أو نما من جميعهم إلا أن يتفق جميعهم على عدم نقضها ويخرجوا الدين والوصية من أموالهم، فبذلك فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، والمقصود بذلك أنه إذا هلك ما بيد أحد الورثة كلا أو بعضا بأفة سماوية، ثم نقضت القسمة لظهور الدين، فضمان ما تلف من جميع الورثة لا ممن كان بيده وحده ⁽¹⁾، لأن القسم بينهم كان باطلا لوجود الدين، فإن فضل من باقي التركة شيء بعد سداد الدين، كان لمن تلف قسمه الدخول مع الورثة فيما فضل، وأما ما هلك بيد أحدهم بفعله، فلهم تضمينه.

فقيام الورثة بتسديد الدين للغريم -أي الدائن- يجعل القسمة صحيحة لاستيفاء الدائن حقه، فإن امتنعوا جميعا من تسديد الدين أو امتنع بعضهم نقت القسمة، لأن الدين مقدم على الإرث.

(1) محمد عرفة الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، الجزء الثالث، [ب س ط]، ص 514-515.

أما الشافعية: فقالوا أنه إذا قسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت، فإن قلنا: القسمة إفراز فهي صحيحة، ويوفي الورثة الدين للدائن، فإن لم يوفوه فإنه تباع أنصبتهم في الدين، وإن قلنا: أن القسمة بيع، ففي صحة القسمة وعدم صحتها قولان، بناء على القولين في صحة بيع الوارث للتركة، قبل قضاء الدين.

القول الأول: أن البيع باطل، لأن التركة مرتهنة بالدين، فلم يجز بيعها كالرهن.

القول الثاني: أن البيع جائز، لأن الدين لا يتعين استحقاقه من التركة لجواز قضائه من غيرها، بخلاف الرهن، لتعلق الدين بالرهن عن اختيار، وتعلقه بالتركة من غير اختيار، فإذا تقرر هذا في بيع التركة، كانت القسمة بناء عليه -إن قلنا بأنها بيع- فيها قولان:

القول الأول: إن لم نصح البيع فالقسمة باطلة بظهور الدين، فتتقض، ويقضى الدين، ثم تستأنف القسمة بعد قضائه.

القول الثاني: إن صححنا البيع، فالقسمة صحيحة، ويقال للورثة، إن قضيتم الدين أمضيت القسمة، وإن لم يقضوا ولم يوجد من التركة غير المقسوم نقضت القسمة وبيع منه بقدر الدين ثم تستأنف القسمة في الباقي، ولا يجوز أن يباع من حصة كل واحد منهم بقدر حقه في الدين لأن فيه تفريقاً للصفقة، وفي جميع الأحوال إذا وفي الورثة الدين للدائن، فإن القسمة تبقى صحيحة.

وخلاصة القول، فإن الشافعية يرون بأنه إذا ظهر دين على الميت، فيجب التفريق بين أمرين وهما يتجسدان في كون القسمة إذا كانت تمييز لحقين فإنها لم تنقض، وإذا كانت القسمة بيعاً، ففي نقضها وجهان: - وجه في أنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال.

- وجه آخر، في أنها لا تنقض إذا سدد الوارث الدين⁽¹⁾.

بالنسبة للمذهب الحنبلي:

إذا اقتسم الورثة العقار، ثم ظهر على الميت دين، فإن قلنا، أن القسمة إفراز لم تبطل، لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر في حق أحد، وعلى الورثة أن يوفوا

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزائر، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزء السادس، 91، ص 4766.

الدين، فإن امتنعوا عن وفاء الدين بطلت القسمة، لأن الدين مقدم على الإرث، وإن امتنع البعض ووفى البعض، استقر الملك لمن وفى، وبيع نصيب الآخر فيما يقابله من الدين. وإن قلنا: -أن القسمة بيع، انبنى حكم ظهور الدين هنا على حكم بيع التركة قبل قضاء الدين، على وجهين، الأول: أنه يصح، لأن العبد الجاني يتعلق برقبته حق المجني عليه، ويتمكن ماله من بيعه فكذا الوارث، الثاني: لا يصح، لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن⁽¹⁾.

وبعض كتب الحنابلة⁽²⁾، ذكرت الحكم على نسق واحد، فقالوا بأنه إذا اقتسم الورثة تركة الميت، ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه، لم تبطل القسمة -سواء علم الورثة بالدين قبل القسمة أم لا- لأن تعلق الدين، بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها، بغير رضائهم، فأشبهه تعلق دين الجناية برقبة الجاني، فينتقل الملك لهم محملاً بالدين، ويخير الورثة حينئذ بين الوفاء من التركة أو غيرها، وبين نقض القسمة وبيعها في الدين، فإن وفوا الدين بقيت القسمة على حالها، وإن امتنعوا من وفائه بيعت التركة في الدين، فإن وفى أحد الوارثين دون الآخر، بيع نصيب الممتنع وحده، وبقي نصيب المجيب بحاله، فخلاصة القول أن الحنابلة لا يبطلون القسمة بظهور دين على الميت، لأن تركته يثبت فيها الملك لورثته، سواء كان عليه دين أو لم يكن، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة.

وبعد أن عرضنا أقوال المذاهب المختلفة في حكم ظهور دين على الميت بعد القسمة، فإننا نخلص من ذلك إلى:

1 أنه لا خلاف بين الفقهاء في صحة القسمة وعدم نقضها، إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، فدفع الورثة للدائن حقه، لأن الدائن لا حق له إلا في استيفاء دينه، وقد استوفاه، فلا تنقض القسمة، كما أنه لا خلاف بينهم في أن القسمة تمضي ولا تنقض، إذا أبرأ الدائن الميت من دينه، لأن النقض لحقه، وقد سقط بالإبراء.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 584.

(2) أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدس، المغني على مختصر الخرقي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، الجزء التاسع، 2004، ص 511.

2 إذا دفع بعض الورثة للدائن دينه برضا الباقيين، فإن القسمة تصح، ما لم يرجع عليهم بشيء مما دفعه، أو أنه ضمن للدائن حقه بشرط براءة الميت، أما إذا دفع بعض الورثة، وأبى بعضهم، وأراد الدافع أن يرجع عليهم بما دفع فإن القسمة تنقض على الجميع، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية فقط، ونرى رجحان ذلك.

3 لا خلاف بين الفقهاء، في أنه إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة، وكان هناك مال من التركة لم يقسم بعد، وكان يكفي لأداء هذا الدين، فإن القسمة لا تصح ولا تنقض، ويؤدي الدين من ذلك المال.

4 إذا لم يقض الورثة إلى الدائن دينه سواء كان من مال أنفسهم، أو من مال التركة الذي لم يقسم، ولم يبرأ الدائن الميت من الدين، وطالب الدائن بدينه، فإن القسمة تنقض، ويؤدي للدائن دينه منها، ثم يقسم الباقي بين الورثة، وذلك سواء كان الدين قليلا أو كثيرا، وسواء كان الورثة عالمين بالدين أو غير عالمين به، وسواء كان المقسوم عينا أو مثليا أو مقموما.

الفرع الثالث: ظهور وارث جديد، أو موصى له بعد القسمة

لم يتعرض القانون أيضا لحكم ظهور وارث جديد، أو موصى له بعد القسمة، إذ يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية.

أولا: ظهور وارث جديد بعد القسمة

—بالنسبة لمسألة ظهور وارث جديد، فقد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل منهم حصته، ثم يظهر للميت زوجة أخرى أو ابن من زوجة أخرى، لم يكن الورثة يعلمون به وقت القسمة، فقد بين الفقهاء حكم ذلك كما يلي:

فذهب الحنفية، إلى أنه إذا ظهر وارث بعد القسمة فإن القاضي ينقض القسمة، ثم يستأنفها بعد ذلك، لأن القسمة فسدت بظهور شريك لم يشترك فيها، إنه سيحتاج إلى استيفاء حقه مما وصل إلى كل واحد من باقي الورثة بمقدار نصيبه، فيتفرق نصيبه في مواضع، فلهذا تنقض القسمة وتستأنف من جديد، فإن قال الورثة المقتسمون، نحن نقضي حق هذا الوارث من مالنا ولا تنقض القسمة، فإنه لا يلتفت إلى قولهم —إلا أن يرضى الوارث بذلك— وتنقض القسمة، وذلك لتعلق حق الوارث بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها،

وذهب بعض الحنفية، أيضا إلى أنه إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، لا تنقض القسمة، لأن القسمة في هذا الموضع محل اجتهاد -غيبية بعض الشركاء-، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض⁽¹⁾.

وذهب المالكية، إلى أنه إذا طرأ وارث على ورثة، وكان هؤلاء الورثة قد قسموا التركة، فإنه يجب التفرقة بين نوعين من المال المقسوم⁽²⁾.

- فإن كان المقسوم عينا كالذهب والفضة، أو مثليا كالملك والموزون والمعدود، فإن القسمة لا تنقض، ويكفي أن يرجع الوارث الجديد على كل واحد من باقي الورثة
- المقتسمين - بما أخذه زائدا عن حقه، ولا يؤخذ ملئ عن معدم، ولا حاضر عن غائب طالما أن الورثة لم يكونوا يعلموا بهذا الوارث الجديد، أما إذا كانوا يعلمون ورغم ذلك اقتسموا التركة، فإنهم متعدون حينئذ، فللوارث أن يأخذ الملىء عن المعدم، والحاضر عن الغائب.
- أما إذا كان المقسوم قيميا كالدار أو الأغراض أو نحوهما مما تختلف قيمه، وتختلف الأغراض فيه، فإن القسمة تنقض، وتستأنف من جديد، وذلك منعا للضرر الذي يلحق الوارث، لو تتبع كل وارث في حصته، إذ أن حقه سيتفرق.
- أما الشافعية والحنابلة، فلم يفرّدوا هذه المسألة بكلام، ويكتفون بدخولها في عموم ما قرروه من أحكام في الاستحقاق.

وخلاصة ما سبق، إذا ظهر وارث جديد بعد ما اقتسم الورثة الباقيون التركة، فقد اختلف الفقهاء في مصير القسمة على قولين:

القول الأول: تنفسخ القسمة بظهور الوارث الجديد، وتستأنف مرة أخرى، وبهذا قال الحنفية في القسمة الرضائية، وهو قول المالكية إذا كان المال المقسوم قيميا أو عقارا، وهو مقتضى قول الشافعية والحنابلة في الاستحقاق.

القول الثاني: لا تنفسخ القسمة بظهور الوارث الجديد، بل له فقط أن يرجع على باقي الورثة المقتسمين، بنصيبه في التركة، فيرجع على كل واحد في نصيبه

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 170.

(2) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 577-578.

بما يخصه، وبهذا قال بعض الحنفية في القسمة القضائية، وهو قول

المالكية إذا كان المقسوم مثليا أو نقدا.

ونرى أن الراجح هو القول الأول، القائل بالفسخ للقسمة بسبب ظهور الوارث الجديد،

وذلك لعدم تحقق الرضا بين جميع الشركاء، لأن الوارث الجديد لم يكن معهم، فلم نعلم رضا

من عدمه، ولأن بفسخ القسمة نجذب الوارث الجديد ضرر تفريق حصته بين الشركاء بسبب

رجوعه على كل منهم بما يناسبه من حصته، لو قلنا بعدم فسخ القسمة، ولأن الأخذ بهذا

القول يعطي للوارث الجديد عين حقه، وهو أولى من أن يأخذ قيمة هذا الحق، إذ أن حق

الوارث متعلق بعين التركة⁽¹⁾.

وأما تفرقة الحنفية بين القسمة الرضائية والقضائية، فهي تفرقة لا مبرر لها مع مجافاتها

للعادلة والتي تقضي بأن يأخذ الوارث عين حقه -في الأصل- لا قيمته، وبمثالها تدفع تفرقة

المالكية بين أنواع المقسوم⁽²⁾، فالأولى القول بفسخ القسمة لظهور الوارث، لما فيه من

المصلحة لهذا الوارث بمراعاة حقه، وعدم ضرر باقي الورثة.

ثانيا: ظهور موصى له بعد القسمة

-أما بالنسبة لمسألة ظهور موصى له بعد القسمة، فقد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم

كل منهم حصته، ثم يظهر أن الميت كان قد أوصى وصية لشخص معين قبل وفاته، فهل

تتقض القسمة لكي يعطى للموصى له حقه، ثم يقسم باقي التركة بين الورثة؟ أم تستمر

القسمة ويرجع الموصى له على كل وارث بما ينويه؟ وهذا ما نتولى الإجابة عليه فيما يلي:

إذ فرق الحنفية، بين الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث أو الربع، وبين الوصية

مرسل من المال كالألف دينار مثلا:

-فإذا كان الميت قد أوصى بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث، ثم ظهر الموصى

له بعد قسمة التركة، ولم يكن الورثة قد أخرجوا له حصته، فإن القاضي يفسخ القسمة،

ويستأنفها من جديد بعد إعطاء الموصى له حقه، وذلك لأن الموصى له شريك للورثة، بدليل

أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك على الورثة والموصى له جميعا، والباقي على

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 579.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التركة بينهم، فتتقض القسمة لظهور الموصى له، فإن قالت الورثة نحن نقضي حق الموصى له من مالنا، ولا تتقض القسمة، فإن القسمة تتقض أيضاً، ولا يلتفت إلى قولهم، وذلك لتعلق حق الموصى له بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر، إلا أن يرضى هذا الموصى له بأخذ ما عرضه الورثة، فلا تتقض القسمة، لأن الحق له وقد رضي به، هذا وقد قيدت بعض كتب المذهب، الحكم السابق بما إذا كانت القسمة اتفاقية، أم إذا كانت بقضاء القاضي، فقالوا بأن القسمة لا تتقض إذا كان القاضي قد عزل له نصيبه، لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة، لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة، لا تتقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل اجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد، ينفذ ولا ينقض.

-أما إذا كان الميت قد أوصى بمقدار مرسل من المال كالألف دينار مثلاً، فإن القسمة تفسخ إلا إذا قضى الوارث للموصى له مقدار وصيته، فالأصل أن القسمة تفسخ هنا أيضاً، ولكن إذا قالت الورثة نحن نقضي حق الموصى له فإن القسمة لا تتقض⁽¹⁾.

والفرق بين نوعي الوصية، أن الموصى له بجزء شائع من التركة كالثلث حقه متعلق بعين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضائه، بينما الموصى له بألف دينار مرسلة، فإن حقه ليس متعلقاً بعين التركة، بل بمعنى التركة، من حيث الاستيفاء من مالية التركة، وبقاء حق الموصى له وقتئذ من التركة أو من مال الوارث سواء.

وفرق المالكية، بين الوصية بجزء شائع كالربع أو الثلث، وبين الوصية بعدد، كعدد من الدنانير⁽²⁾؛

-فإذا ظهرت وصية بعد تقسيم التركة، وكانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع، فننظر إلى المقسوم فإن كان المقسوم قيمياً -أي ما يقوم- كالعقار والعروض-، فإن القسمة تتقض، لتفاوت الأغراض ودفعاً لما يدخل على الموصى له من الضرر بتبعض حقه، فيعطى الموصى له حقه، ثم يقسم الباقي بين الورثة، وأما إذا كان المقسوم مثلياً كالنقود والمكيلات والموزونات، فإن القسمة لا تتقض، ويكفي أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائداً عن حقه، ولا يؤخذ الملاء عن المعسر، سواء علم الورثة

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 588-589.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بالبطاري أو لم يعلموا، وذلك على المعتمد من المذهب، وفي جميع الأحوال إن دفع جميع الورثة حق الموصى له فإن القسمة تمضي ولا تفسخ، فإن امتنعوا أو بعضهم فسخت القسمة، لأن الدين مقدم على الميراث.

-أما إذا كانت الوصية بعدد معين من النقود مرسلا كألف دينار أو ...، فتكون الوصية كالدين، فتتقضى القسمة لأجلها سواء كان المقسوم مقوما أو مثليا، إلا إذا دفع الورثة للموصى له الموصى به من الدنانير، ونحوها، ففي هذه الحالة تمضي القسمة ولا تنقض، لأن الموصى له لا حق له إلا في استيفاء العدد الموصى به، وقد استوفاه، إذ لا حق للموصى له في عين التركة، بل حقه متعلق بماليتها، وإذا أتلّف بعضهم حظه أو أعسر أو مات أو غاب، فإن للموصى له أن يأخذ الملىء عن المعدوم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث.

وفرق الشافعية، أيضا بين الوصية بجزء شائع أو معين كالثالث من التركة، وبين الوصية شيء مرسل -أي في الذمة-، كمن وصى بمائة دينار لفلان، ولم يحدد مخرج المائة دينار⁽¹⁾:

-فإذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالثالث، أو معين ولكن كان موصى به من التركة، فيكون الحكم كالاستحقاق، فإن كانت الوصية بشيء معين من التركة، بطلت القسمة لعدم المعادلة في الباقي بين الشريكين، وإن كانت بجزء مشاع من التركة كالثالث مثلا، بطلت في الثلث الموصى به قولاً واحداً، وهل تبطل في الباقي؟ قولان: أصحابهما، أنها تبطل فيه، لأن القصد من القسمة تمييز الحقين، ولم يحصل ذلك، لأن الموصى له صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت.

-فإذا كانت الوصية مرسلة، كأن يوصى بمائة دينار لفلان، ولم يحدد مخرجهم، فيكون الحكم كما لو ظهر دين في التركة، فإن جعلنا القسمة إفراز حق، فالقسمة صحيحة ولا تنقض بظهور الوصية، وتباع الأنصباء في الوصية إن لم يوف الورثة الوصية، وإن جعلناها بيعاً فعلى قولين -كما سبق-.

(1) محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 590.

وفرق أيضا الحنابلة ، في ظهور الوصية بعد القسمة بين الوصية بجزء شائع من المقسوم، وبين الوصية بمال غير منحصر في التركة، كمائة دينار مثلا، فإذا كانت الوصية بجزء من المقسوم كالربع، فيكون الحكم كما لو ظهر مستحق لأن الموصى له يستحق أخذه، وعليه فتبطل القسمة، لأنه قد ظهر لهم شريك ثالث، أما إذا كانت بمال غير معين من التركة -أي مرسل- كمائة دينار فحكمها حكم ظهور الدين بعد القسمة، فتكون القسمة صحيحة، ويخير الورثة بين الوفاء من التركة و غيرها، وبين نقض القسمة⁽¹⁾.

وبعد عرض أقوال المذاهب المختلفة، في حكم ظهور موصى له بعد القسمة، نرى أنه:

1 إذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث مثلا، فإن القسمة تنقض، ويعطى للموصى له حقه، ثم تستأنف القسمة في الباقي، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث، ولأن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى أن يتفرق نصيب الموصى له بين الورثة، فيتضرر، كما أن الموصى له يكون عرضة لضياع حقه إذا أعسر بعض الورثة، أما تفرقة الملكية بين أنواع المقسوم القيمي أو المثلي، فإنها تفرقة قد تلحق الضرر بالموصى له إذا أعسر بعض الورثة بعد القسمة، كما أن تفرقة بعض الحنفية بين القسمة الاتفاقية والقضائية، فإنها لا مبرر لها، فالعدالة تقضي أن يأخذ كل ذي عين حقه طالما أنه تعين.

2 إذا كانت الوصية بمال مرسل من التركة، فنرى أن القسمة تكون صحيحة ابتداء، وذلك لعدم تعلق حق الموصى له بعين التركة، بل بماليتها، ثم بعد ذلك نتوجه إلى المتقاسمين -أي الورثة-، فإن أعطوا الموصى له حقه، مضت القسمة، وتأبدت صحتها، وإن أبوا فإن القسمة تنقض ويعطى الموصى له حقه منها، أي الأمر بيد الورثة على الخيار إن شأؤوا دفعوا للموصى له حقه وإلا فسخت، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والمعتمد عند المالكية، والأظهر عند الشافعية والحنابلة.

والجدير بالذكر في القانون المدني المصري، فإن المادة 898 منه تنص على أن:

"يتولى المصطفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا، وغيرها من التكاليف".

(1) ابن قدامة المقدس، المغنى والشرح الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية، [ب س ط]، الجزء الحادي عشر، ص513.

فالأوضح من النص أنه يجب تنفيذ الوصية قبل القسمة وبعد سداد الديون ⁽¹⁾، فإذا ظهر الموصى له بعد القسمة، فإنه يكون متعرضاً للورثة، فإذا أثبت الموصى له صحة الوصية، وحكم له بها، فإنه يكون مستحقاً، وتطبق عليه أحكام الاستحقاق، فيرجع على المتقاسمين، كل منهم بنسبة حصته، وبالقدر الذي ينويه في الوصية، والموصى له يرجع بالتعويض فقط على الورثة، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على جميع المتقاسمين غير المعسرين بنص المادة 844 من القانون المدني المصري.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص174.

نخلص مما سبق قوله في هذا الفصل أن القسمة إذا تمت صحيحة فإنه يترتب عليها آثار شتى، أهمها لزوم القسمة لكل من المتقاسمين، فلا يجوز لهم الرجوع فيها حتى تستقر أحكامها، كما يترتب على القسمة إنهاء الملكية الشائعة، واختصاص كل شريك بجزء مفرز يمتلكه على سبيل الاستئثار والانفراد، فيكون من آثار القسمة الإفراز، وهو أثر جوهرى للقسمة الذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من مجرد حصة رمزية في مال شائع إلى حصة مادية مفرزة، وإذا كانت حصة الشريك في المال الشائع تؤول بالقسمة إلى حصة مفرزة فإنه يترتب على ذلك أن كل شريك يستقل بحصصه، ويتصرف فيها تصرف الملاك في ملكيتهم المطلقة، ويرتبط بهذا الأثر أي الإفراز أثر آخر هو ضمان المتقاسمين على سبيل التبادل لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويرجع هذا الارتباط إلى أن القسمة تهدف إلى إعطاء كل متقاسم حقه غير منقوص، ولا شك أن التعرض والاستحقاق ينقص من قيمة ما آل إلى الشريك.

وإذا كانا هذان الأثران هما الجوهريان للقسمة، فإن هناك آثارا ثانوية للقسمة منها:

- التزام الراسي عليه المزاد في قسمة التصفية بدفع الثمن الذي رسى به المزاد عليه، ذلك أنه قد يحدث أن لا يتمكن القاسم من القسمة العينية للمال الشائع، فيلجأ إلى بيع المال الشائع بالمزاد ويقسم ثمنه بين الشركاء.

- التزام المتقاسم بدفع المعدل النقدي، ذلك أنه قد لا يتمكن القاسم من قسمة المال الشائع بين الشركاء إلا بالاستعانة بالمعدل النقدي، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين، ومن ثم فهو من هذه الناحية يتصل بآثار القسمة، فيلتزم من وقع في حصته نصيب أكبر من نصبه الحقيقي بدفع المقابل النقدي لما زاد عن نصيبه إلى شريكه الذي وقع في حصته أقل مما كان يستحق، وهذا المعدل مما يضمنه امتياز المتقاسم، فيكون لمن له المعدل حق امتياز على أموال من عليه المعدل.

- كما يترتب على القسمة أيضا حق امتياز التقاسم، فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه، تأميننا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل، وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه، تأميننا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخر بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة.

خاتمة:

أولاً: النتائج

بعد دراستنا للجوانب المتعلقة بالقسمة في النظام القانوني الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد نظم الملكية الشائعة تنظيمًا مفصلاً، كافياً في القانون المدني، ووضع قواعد لإدارتها والتصرف فيها، ولكن استقلال الشخص بتوجيه الانتفاع بملكه كثيراً ما يكون أجدي من الانتفاع المشترك، لما يتضمنه من حافز على العمل والإبداع، فضلاً عن أن الشيوع والبقاء فيه لا يزال أمراً غير مرغوب فيه، خاصة في مجتمعنا، ولا يجيز الشركاء عليه، فلا يزال الشيوع مصدر متاعب ومثار منازعات بين الشركاء، نظراً لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد، لذلك كان المبدأ العام في الشيوع هو أن لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع، وينفرد بجزء من المال الشائع يرد عليه حقه وحده دون غيره، والشيوع ينقضي بانتهاء تعدد المالكين، وذلك بقسمة المال الشائع بين الشركاء، أو باجتماع الحصص كلها في يد شخص واحد، إما بالتصرف القانوني أو بالواقعة المادية، والذي نظم المشرع كلياتها وبين شروطها وإجراءاتها من خلال القانون المدني، وفصلها تفصيلاً كافياً متجانساً سيما الدقة المطروحة ونحن بصدد تجزئة أراضي ذات طابع فلاحى، أو حضري، بغية تحقيق واقع حضري وتنموي منظم، إلا أننا لا نجد أيّاً من عناصر التحفيز على الخروج من الشيوع (إلا ما استأثر به الشريك ذاته)، والتي يواجه السير فيها إجراءات معقدة وطويلة لا تدفع إلا للملل، عدا ما استأثر به الشريك من تحفيز ذاته على التقسيم، أما عن نتائج البحث فيمكننا القول:

- 1 تقوم فكرة عدم قابلية العقار للقسمة في القانون الجزائري على المصلحة الخاصة للملاك، التي تتضرر في حالة إجراء قسمة ضارة بمصالحهم لكونها تنقص قيمة العقار، وقابلية العقار للقسمة تعتبر مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع في كل حالة على حدة استناداً على معطيات موضوعية وليس استناداً على نص قانوني، كما هو الحال في بعض

التشريعات، كالتشريع السوداني الذي يضع ما يسمى بالحد الأدنى ⁽¹⁾ كأساس قانوني للتقرير ما إذا كان العقار قابلاً للقسمة، والذي لا يوافق بعض الفقه في ذلك، فيرون أنه لا يصلح معياراً عاماً، ذلك أن العقار قد يكون ممكناً قسمته عينياً وفقاً لمبدأ الحد الأدنى القابل للإفراز، ولكن تلك القسمة قد تؤدي إلى نقص كبير في قيمة العقار، وبالتالي تكون ضارة بالشركاء حيث قد يصلح معيار الحد الأدنى كأحد المعايير للتقرير فيما إذا كان العقار قابلاً للقسمة أم لا، ولكنه لا يصلح معياراً عاماً لأنه يعالج أحد الوجوه فقط، وليس كل وجوه المسألة، وهو ما يقابل في قانون تجزئة الأراضي الفلاحية الجزائري ما يعرف بالمساحة المرجعية، أما الأراضي الحضرية نظراً لطابعها فلتجزئة قواعد خاصة لتعلقها سيما بالجانب التنموي والجمالي للمدينة.

2 تختلف القسمة القضائية عن قسمة المهايأة في كون هذه الأخيرة لا تنهي حالة الشيوخ، كما تختلف دعوى القسمة العينية اختلافاً بينا عن دعاوى قسمة التصفية من حيث سبب الدعوى، ومن حيث إجراءات الفصل في الدعوى والخيارات المطروحة والأطراف، ومن حيث وسيلة إعفاء حالة الشيوخ المستخدمة في كل من الدعويين -كما سبق تفصيلها في المتن-.

3 وفيما يخص التناقض المطروح بين نصوص القانون المدني، والأمر المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فلا نطرح التناقض بقدر ما نبرز فكرة كون المشرع الجزائري لا يفرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فالقسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب تقييدها في مجموعة البطاقات العقارية لكي تنتج آثارها، سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو بالنسبة للغير، إذ يترتب على عدم التسجيل والشهر أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، فإذا كانت التصرفات الكاشفة كالقسمة ترتب آثارها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها وشهرها، بحيث يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، فإنه لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة

(1) مفهوم الحد الأدنى للإفراز في القانون السوداني يقوم في أساسه على أن قابلية العقار للقسمة أمر يحدده القانون مسبقاً بتحديد حد أدنى للإفراز ولا تملك المحكمة سلطة تقديرية.

إلا بعد تسجيل القسمة وشهرها، والغير هنا هو من تلقى حقا عينا على العقار الشائع، وقام بشهره قبل شهر عقد القسمة، فإذا باع أحد الشركاء نصيبه شائعا في العقار وأشهر المشتري عقده قبل شهر عقد البيع، فإن القسمة تكون حجة على المشتري، ولأن الشهر إنما شرع لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة فهي حماية مقررة لصالح الغير، ولكنها ليست مفروضة عليه، ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم شهرها، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم شهر القسمة، والخلاصة أن المشرع لا يفرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار، والتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر.

ثانيا: الاقتراحات

فمن خلال دراسة موضوع القسمة، تبين لنا أن هناك أمورا يجب تفعيلها وهي:

- 1 تناشد المشرع بضرورة وضع قواعد قانونية قاطعة لحسم الخلاف القائم في التطبيق في مجال القضاء بحيث يجب أن لا يترك استخلاص النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة بدون ضوابط قانونية، وعليه فإننا نفضل تدخل المشرع لإبراز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقا مع طبيعة الأشياء، مع الأخذ في الاعتبار ما يحيط بفكرة الأثر الكاشف من ظلال ووضع الحلول التفصيلية لها.
- 2 نوصي بعدم تنازل الجهات القضائية المختصة عن سلطاتها وصلاحياتها للخبير عندما تعينه للقيام بإجراء مشروع قسمة للمال الشائع، وذلك مثل القيام بالصلح بين الأطراف، أو سماع الشهود، أو إجراء القرعة بين المتقاسمين أو توزيع الأنصبة على المتقاسمين بعد تكوينها.
- 3 نوصي بضرورة إلزام الأطراف المتنازعة بتبليغ الأحكام التمهيدية القاضية بتعيين الخبير إلى الخصوم، وإحاطتهم علما بأعمال الخبراء لتمكينهم من الاطلاع عليها مسبقا وتحضير دفاعهم بشأنها، ولا ينبغي تنفيذ الأحكام القضائية التمهيدية قبل تبليغها تبليغا صحيحا إلى الأطراف.

- 4 إخضاع القسمة لإشراف القضاء ورقابته في حالة وجود قاصر من بين الأطراف أو ناقص الأهلية ولو كان ذلك بالاتفاق مع أوليائهم أو القيمين عليهم أو أوصيائهم، وكذا إخضاع

القسمـة الودية التي يقوم بها الموثقون باتفاق الأطراف للرقابة القضائية والمصادقة عليها قضائيا، وذلك تفاديا لما قد يحدث فيما بعد من أوضاع يصعب تداركها نتيجة لوجود إكراه مادي أو معنوي، أو بسبب وجود مانع أدبي بين أطرافها قد حال دون أن تكون القسمـة عادية.

5 -إلزام الخبير بالقيام بأعمال الخبرة شخصا بعد استدعاء الأطراف عن طريق المحضر القضائي في العناوين التي يقيمون فيها والانتقال إلى عين المكان بحضورهم مع اللجوء إلى مصالح مسح الأراضي والشهر العقاري عند الإشكال في معرفة وتحديد القطع الأرضية موضوع القسمـة عند اختلاف المتقاسمين بشأنها، كما نوصي بمنع الخبراء من إنجاز خبرات في غياب بعض الأطراف، ودون دعوتهم للحضور كما ينص القانون، وكذلك الخبرات المحررة في غياب الخبراء من طرف أعوانهم وتوقيعها نيابة عنهم.

6 قيام مسؤولية الخبير، من جانبين، عند قبوله المهام المسندة إليه، ثم لا يقوم بها في المدة المحددة لها، أو يماطل، أو يقصر في أداء الواجب المهني، تعطى لحقوق المتقاضين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، مسؤوليته عما ورد محررا في تقرير خبرته من تصريحات وتصرفات ومعاينات، وغيرها في حالة ما إذا كانت مخالفة للحقيقة وقيام الحق العام تبعا لذلك.

7 نوصي المشرع بضرورة إصدار نصوص تشريعية أو تنظيمية لضبط أتعاب الخبراء، وذلك تفاديا لما يحدث حاليا من مبالغاة في الأتعاب المتعلقة بالخبرة، فرغم تخفيض القضاء لتلك المبالغ، إلا أنها في بعض الأحيان تبقى مجحفة ومرهقة لطالبي القسمـة، وأن يتم تسديدها عن طريق القضاء لتفادي أخذها من الخصوم مباشرة دون رقابة قضائية.

قائمة المراجع:

بالعربية:

أولا: الكتب

1. ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية، 1995.
2. بدوي حنا، عقاري، (اجتهادات ونصوص)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، 1998.
3. برهام محمد عطا الله، مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية، مصر، الدار الجامعية، 1992.
4. بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، الدار الخلدونية، 2006.
5. البكري محمد عزمي، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، مصر، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1994.
6. بن سعيد عمر، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2000.
7. الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، [ب س ط].
8. الحسيني مدحت محمد، إجراءات الشهر العقاري، مصر، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995.
9. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الجزائر، دار هومة، 2004.
10. حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، الجزائر، دار هومة، 2006.
11. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005.

12. خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2004.
13. الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990.
14. خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2008.
15. الدسوقي محمد عرفة، الحاشية على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، الجزء الثالث، [ب س ط].
16. زروقي ليلي، وحدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الجزائر، دار خومة، 2004.
17. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزائر، دار الفكر، الجزء السادس، الطبعة الأولى، 1991.
18. سر الختم علي صلاح الدين، الوجيز في دعاوى قسمة الإفراز والإجبار على البيع، (دراسة تطبيقية على ضوء الفقه والقانون والسوابق القضائية السودانية)، الخرطوم، القناة للطباعة والتجارة المحدودة، الطبعة الأولى، 2005.
19. سليم أيمن سعد عبد المجيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، 2000.
20. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثامن، 1998.
21. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، 1998.
22. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء التاسع، 1998.

23. سليمان علي علي، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
24. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني، (الحقوق العينية الأصلية)، عمان، دار الثقافة، 2001.
25. سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، 1997.
26. شامة اسماعين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة، 2002.
27. الشواربي عبد الحميد، أحكام الشفعة والقسمة، (شرح تفصيلي لدعوى الشفعة، ودعوى قسمة المال الشائع)، مصر، الإسكندرية، منشآت المعارف، 1995.
28. الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، دار النهضة العربية، [ب س ط].
29. طلبة أنور، الوسيط في القانون المدني، مصر، الأزاريطة، المكتب الجامعي الحديث، الجزء الخامس، 2001.
30. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004.
31. عرفة عبد الوهاب، شرح قوانين البناء والهدم، مصر، دار المطبوعات الجامعية، [ب س ط].
32. فيض الله محمد فوزي، الفقه الإسلامي، دمشق، مطبعة طربين، الطبعة الثانية، 1977-1978.
33. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، 1995.

34. كامل مرسي باشا محمد، الحقوق العينية الأصلية، مصر، المطبعة العالمية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1952.
35. الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، 1997.
36. مبارك سعد عبد الكريم، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، دار الحرية للطباعة، الطبعة الأولى، 1979.
37. منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مصر، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2000.
38. مغيب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، بيروت، الجامعة اللبنانية، الطبعة الثالثة، 2001.
39. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الثاني، 1987.
40. يكن زهدي، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة الثانية، 1962.
41. يكن زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود، بيروت، دار الثقافة، الجزء الرابع عشر، 1969.

ثانيا: الرسائل

1. الضويني محمد عبد الرحمن، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث لنيل درجة الدكتوراه، القاهرة، كلية الشريعة والقانون، 2001.

ثالثا: النصوص القانونية

1 - القوانين والأوامر:

- الأمر (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- الأمر (74/75) المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- الأمر (11/84) المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- القانون (29/90) المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة العمرانية المعدل والمتمم.
- الأمر (08/95) المؤرخ في 15/02/1995 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري.
- القانون (02/06) المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- القانون (09/08) المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 المراسيم:

- المرسوم التنفيذي (63/76) المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 132/93 المؤرخ في 19/05/1993.
- المرسوم التنفيذي (310/95) المؤرخ في 10/10/1995 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية وتحديد حقوقهم وواجباتهم..
- المرسوم التنفيذي (490/97) المؤرخ في 20/12/1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية.

خامسا: الاجتهاد القضائي

1. المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
2. المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
3. المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
4. المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
5. المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الرابع، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
6. المجلة القضائية، سنة 1991، العدد الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
7. المجلة القضائية، سنة 1992، العدد الرابع، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
8. المجلة القضائية، سنة 1992، العدد الثالث، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
9. المجلة القضائية، سنة 1994، العدد الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.

10. المجلة القضائية، سنة 1994، العدد الثالث، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
11. المجلة القضائية، سنة 1996، العدد الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
12. المجلة القضائية، سنة 2001، العدد الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
13. المجلة القضائية، سنة 2002، العدد الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر.
14. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004.

بالفرنسية:

- 1- Bergel Jean louis, Bruschi Marc, Cimamonti Sylvie, traité de droit civil, (les biens), DELTA, 2000.
- 2- Belkheir Said, succession partage, vente sur licitation, Alger, édition Zakaria, 1^{er} édition, 1992.
- 3- Jacquot Henri et priet François, droit de l'urbanisme, 3^{ème} édition, Paris, DALLOZ, 2000.
- 4- Mazeaud Jean, léon Henri, leçon de droit civil, France, édition Montchrestien, tome quatrième, deuxième volume, 1966.
- 5- Pierlièvre Stéphane, traité de droit civil, (la publicité foncière), paris, impression par France Quercy, 2000.
- 6- Weill Alex, droit civil, (les biens), deuxième édition, DALLOZ, impression reliure maison mame, Paris, 1974.

فهرس المواضيع:

1	مقدمة
5	الفصل التمهيدي: أحكام عامة في قسمة الملكية الشائعة
6	- مقدمة
7	● المبحث الأول : التطور التاريخي لتنظيم الملكية الشائعة
7	○ المطلب الأول : تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة
7	✓ الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية
8	✓ الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الروماني
10	○ المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في بعض الأنظمة القانونية
10	✓ الفرع الأول: تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري
12	✓ الفرع الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي
13	○ المطلب الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري
13	✓ الفرع الأول: الشيوع الاختياري
14	✓ الفرع الثاني: الشيوع الإجباري
16	● المبحث الثاني: مفهوم قسمة الملكية الشائعة
16	○ المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة
18	○ المطلب الثاني: أسباب انقضاء الشيوع
18	✓ الفرع الأول: الأسباب العارضة
19	✓ الفرع الثاني: القسمة كسبب رئيسي
22	○ المطلب الثالث: مفهوم الحق في طلب القسمة
22	✓ الفرع الأول: خصائص الحق في طلب القسمة
24	✓ الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة
31	- خاتمة
33	الفصل الأول: طرق قسمة الملكية الشائعة، وإجراءاتها
34	- مقدمة
35	● المبحث الأول: الإطار القانوني للقسمة النهائية
35	○ المطلب الأول: شروط وإجراءات القسمة الاتفاقية
36	✓ الفرع الأول: شروط القسمة الاتفاقية
44	✓ الفرع الثاني: كيفية القسمة الاتفاقية وإثباتها
52	✓ الفرع الثالث: أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية
55	○ المطلب الثاني: شروط وإجراءات القسمة القضائية
57	✓ الفرع الأول: شروط رفع دعوى القسمة
70	✓ الفرع الثاني: إجراءات القسمة القضائية العينية
91	✓ الفرع الثالث: إجراءات القسمة القضائية بطريق التصفية

97	● المبحث الثاني: الإطار القانوني للقسمة المؤقتة
97	○ المطلب الأول: مفهوم القسمة المؤقتة (قسمة المهايأة)
98	✓ الفرع الأول: تعريف المهايأة
101	✓ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة
102	✓ الفرع الثالث: خصائص قسمة المهايأة
107	○ المطلب الثاني: أحكام قسمة المهايأة
108	✓ الفرع الأول: المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية
115	✓ الفرع الثاني: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة
118	✓ الفرع الثالث: مدى خضوع المهايأة لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني
125	○ المطلب الثالث: أثر تدخل الدائنين في القسمة
126	✓ الفرع الأول: نطاق تطبيق نص المادة 729 من القانون المدني
129	✓ الفرع الثاني: موقف الدائنين قبل إتمام القسمة
133	✓ الفرع الثالث: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة
139	- خاتمة
141	الفصل الثاني: الآثار المترتبة على قسمة الملكية الشائعة
142	- مقدمة
143	● المبحث الأول: الإفراز
143	○ المطلب الأول: تحليل عملية الإفراز
144	✓ الفرع الأول: تطور فكرة الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف
147	✓ الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من المادة 730 ق.م
152	○ المطلب الثاني: الأثر الكاشف لعملية القسمة
154	✓ الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف
165	✓ الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف
172	○ المطلب الثالث: الأثر الرجعي لعملية القسمة
173	✓ الفرع الأول: مفهوم الأثر الرجعي
175	✓ الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من رجعية القسمة
180	● المبحث الثاني: الضمان في القسمة
180	○ المطلب الأول: مفهوم الضمان في القسمة
180	✓ الفرع الأول: المقصود بالضمان
182	✓ الفرع الثاني: أساس الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق
183	✓ الفرع الثالث: نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق
184	○ المطلب الثاني: أحكام ضمان التعرض والاستحقاق
184	✓ الفرع الأول: الشروط الواجبة لقيم الضمان
192	✓ الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الضمان

195	○ المطلب الثالث: أحكام نقض القسمة الاتفاقية للغبن
198	✓ الفرع الأول: أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبن
199	✓ الفرع الثاني: مقدار الغبن
201	✓ الفرع الثالث: أحكام دعوى نقض القسمة للغبن وآثارها
207	● المبحث الثالث: الأحكام الاستثنائية في القسمة، وطوائرها
207	○ المطلب الأول: الأحكام الاستثنائية في القسمة
207	✓ الفرع الأول: القسمة وفق قانون تجزئة الأراضي الفلاحية
212	✓ الفرع الثاني: قسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص
217	✓ الفرع الثالث: القسمة وفق قانون التهيئة العمرانية
224	○ المطلب الثاني: طوائر القسمة
224	✓ الفرع الأول: وجود قاصر بين الورثة
227	✓ الفرع الثاني: ظهور دين على الميت بعد القسمة
234	✓ الفرع الثالث: ظهور وارث جديد أو موصى له بعد القسمة
241	- خاتمة الفصل
243	الخاتمة
	قائمة المراجع
	فهرس المواضيع