



جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

القسم الرضائية في العقار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون عقاري

إشراف الأستاذ:
بن الصادق أحمد

إعداد الطالب:
بن سلامي فوزي

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ:.....رئيسا
الأستاذ:.....مشرفا مقرا
الأستاذ:.....عضوا

السنة الجامعية: 2015/2014

الإهداء

إلى الحبيب المصطفى نور الهدى صلاة الله و سلامه عليه.

إلى من أوصى بهما الله و جعل رضاها من رضاه:

صاحبة القلب الكبير من سهرت طول الليالي حتى أنام على الأجران والتي دعأوها

انفجرت به كربى وأحزاني "أمي الغالية" حفظها الله و أدامها نبراسا تنير لي كل

طريق.

و من علمني أن ليس الفتى من يقول كان أبي بل الفتى من يقول ها أنا ذا من دللني

و لاعبني صغيرا و صاحبني و علمني شابا و تحمل شقاء الدنيا ليصل بنا إلى بر الأمان "

أبي الغالي" حفظه الله و رحمه.

إلى من بذلت كل غالبي ونفيس من أجل دفعي لأخذ بأسباب النجاة...زوجتي الغالية

إلى ابنتي جيلان حفظها الله

إلى كل أفراد العائلة الآخرة والأخوات ،من قريب أو من بعيد

إلى كل معلم تعبد في تعليمي منذ دخول المدرسة إلى هذه اللحظة.

إلى رفقاء الطفولة و الدراسة

إلى جميع طلبة دفعة 2014 تخصص " قانون محاري "

إلى الأستاذ القدير الدكتور: بن الصادق احمد.

إلى أخي مغربي عبد القادر

إلى صديقي بن عمر محمد

إلى كل طلبة جامعة "زيان عاشور" بالجلفة.

إلى من سعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي.

إلى كل هؤلاء اهدي هذا الجهد المتواضع.

شكر وتقدير

أشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الدكتور بن الصادق احمد الذي تفضل بالإشراف

على هذه المذكرة رغم أن واجباته أكثر من أوقاته، كما أشكره أيضا على نصائحه

وإرشاداته التي كانت مصابحا يضيء لي الطريق، كما لايفوتني في هذا المقام أن

أشكر لجنة المناقشة على وقتهم الثمين لقراءة ومناقشة هذه المذكرة.

مقدمة

مقدمة:

إن وجود الإنسان في هذه الحياة ملزماً على التعايش مع بني جنسه من الناس ومحكوماً عليه بالقيام بسلوكات وتصرفات في علاقاته مع غيره من محيطه، وتنجم عن هذه الروابط مجموعة من المعاملات التي تتطلب تدوينها وكتابتها تفادياً لنسيانها وضياعها تجنباً لتأولها أو لنكرانها وغرس فيه غريزة حب العمل والتملك.

هذا الأخير هو معظم المال ويسبب النزاع وأساس الصراع فالملكية العقارية من أبرز أنواع الملكية على امتداد التاريخ الإنساني، وأصبح تنظيم ملكية العقار يشغل بال العديد من مشرعي دول العالم ولاسيما وأنه يمس باقتصادها وتقدمها من جهة أخرى وتمس من جهة ثانية بحقوق مواطنيها وملكاتهم للحفاظ على النظام العام للدولة من خلال سن قواعد تحقق جزءاً من العدالة الاجتماعية في مجال الملكية العقارية.

فسعيت من مذكرتي إلى استيضاح القوانين الحاكمة للعقار من خلال مؤسساته الإدارية، فلم أكتف بالجانب النظري من الدراسة. بل حاولنا تجاوزه إلى ما يحدث في الواقع من نزاعات وإشكالات.

حيث انطلقت في دراستي هذه من الجذور التاريخية لفكرة القسمة الودية التي كانت في بعض الأحيان مصدراً لخلافات مع الغير وهذه الخلافات تؤدي إلى نزاعات كثيرة فكان لا بد من وجود أداة تفرغ فيها إرادة المتعاملين لتكون فاصلاً بين أطراف العلاقة عند الخلاف ودليلاً لهم.

فالكتابة لها أهمية في المنظر الاجتماعي وخاصة في ميدان المعاملات اليومية التي تجرى بين الأفراد والجماعات.

والغرض منها هي عدم الاطمئنان إلى إدعاء الأطراف وشهادة الشهود العرفية لأنها جميعها عرضة للخطأ والنسيان هو السبب والدافع إلى اللجوء إلى التوثيق الذي نعتبره مجموعة من الإجراءات الثانوية التي تكسب العقد قوة ملزمة للأطراف باعتباره يدفع إلى سلامة العملية التي تضفي الانتماء.

وأن الشخص المؤهل للقيام بهذه الوظيفة التوثيقية هو ضابط عمومي الذي يضيف الصيغة الرسمية على العملية الثانوية التي يهدف كل من المتقاسمين إلى تحقيقها وتكمن هذه العملية في القيد بالاتفاق الرضائي السائد بين عناصر العقد التي أثارت في نفسي حب الإطلاع على المراحل والعمليات التي تتم عند القيام بإبرامها ابتداء من توجه المتعاقدين إلى مكتب التوثيق إلى أن يسلم لهم العقد موقعا جاهزا.

لا يمكن أن يعتقد أن هذا الأمر سهلا ويسيرا بل هو عسيرا في إجراءاته من حيث التنقل إلى مكتب التوثيق لإعداد الإجراءات المناسبة للموضوع "القسم الرضائية" المنصوص عليها في قانون المدني المادة 713 ق.م.ج الذي يمر بمراحل عديدة وعويصة والتي لا يعرفها العامة من الناس.

حيث يقوم الموثق بتحريرات لازمة للمحافظة على حقوق الأطراف وعلى حفظ النظام العام من أجل صحة إثبات العقد بين المتعاقدين الذي تعطى الصيغة الرسمية لهذا العقد هي تلك المبررات التي تجبر أصحاب العقد على اختيار الرسمية التي وردت في المادة 12 من الأمر رقم 70 - 91 والمتعلق بمهنة التوثيق وما يليها من المواد القانونية التي تلزم كل الأطراف إلى التحلي بهذه القاعدة القانونية حتى يتجلى إثبات الرسمية دون الخروج عنها.

وهذه الحقائق موجودة بالواقع وتم الاستعراض إليها في دراسات سابقة حول موضوع القسم الرضائية التي تناولت عدة جوانب وناقشها الأستاذ الدكتور السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الثامن وغيره وتوصل إلى نتائج باهرة لكن مع مرور الوقت تغيرت بعض الملامح نظرا للظروف المالية التي تستند على إيديولوجية معينة تواكب الحياة الاجتماعية والتي أغفلت عنها الفترات السابقة قبل صدور قانون التوثيق والتي كانت آنذاك تحكمها الرضائية وفقا لأحكام الأمر رقم 157/62 الذي مدد بالقوانين الفرنسية التي تطبق على واقعنا ما عدا ما يمس السيادة الوطنية.

وهذه الملامح التي لا بد من إظهارها وتدارك النقص الموجود في بعض الجوانب التي تعرض لها الأستاذ محمد غربي بكري لقسم المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء.

ولهذا أردت من خلال هذا التطور المنوه به أعلاه أن أسلط الضوء على أبرز المراحل التي تمر بها القسمة الرضائية عمليا والكشف عن تعقيدات إجراءاتها بحيث لا يمكن إثبات القسمة الودية إلا بموجب عقد رسمي .

فعقد القسمة الودية من أهم العقود المسماة وأقدمها والتي يتفق الشركاء عن تقسيم الأموال واللجوء إلى الأستاذ الموثق لإكمال الإجراءاتن حيث إفراغ إرادتهم في وثيقة رسمية تحرر على استمارة PR06 والقيام بعملية التسجيل في مصلحة التسجيل للتحصيل رسوم الطابع والضريبة هذا من جهة وباعتبار تناول دراسة القسمة الرضائية في العقار لها أحواتها كالقسمة المهيأة هي التي تكون كل الورثة وزعت عليهم أنصبتهم بحسب الشريعة إلى جانب هذا توجد القسمة القضائية تكاد تكون مفروضة في حالتين إما أن يكون نزاع بين الشركاء في شركة تجارية أو نزاع بين الورثة ففاض الأحوال الشخصية هو المختص هناك حالة واحدة نص عليها المشرع الجزائري وهي وجود قاصر .

وهذه الأنواع في القسمة تأخذ وقتا طويلا ومصاريف وتكاليف كبيرة من الشركاء قبل انتهائها ولاسيما وأنها تكون غالبا بسبب عدم إجماع الشركاء على القسمة .

وفي هذا المنظور سأركز دراستي على القسمة الرضائية لإظهار وإبراز جوانبها المختلفة والمتعددة ودراسة مدى إمكانيتها للخروج من حالة الشيع .

اهمية الدراسة:

نرى في الحياة العملية الكثير من صور المال الشائع في العقار وأن بقاءه على ذلكيحول دون الاستفادة منه واستغلاله واستعماله بشكل سليم وقد تصل الأمور إلى حد قد تكونالقسمة فيه غير مجدية، أي عدم قابليته للقسمة، وخلق المنفعة في ذلك وهذا ما نراه جليا فيمجتمعنا لأسباب تعود إلى طبيعة العائلة، أو بالأحرى تعود إلى طبيعة العقار الشائعة ونوعه أو لأمور مالية أو إدارية أو سياسية كما تكمن أهمية هذهالدراسة أيضا في رفع

التوصيات من أجل العمل على توحيد النصوص القانونية والإجراءات المطبقة على العقارات بإعلان تسوية شاملة للعقارات محل الدراسة.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على ماهية القسمة الرضائية وإجراءاتها على العقارات وطبيعتها وآثارها وأحكامها وأنواعها والعمل على مناقشة الآثار القانونية الناتجة عن القسمة الرضائية، وهذا كله في ظل القانون الوضعي وموقف الفقه إضافة لذلك النظر إلى بعض ما جاء به الفقه الإسلامي في مواضيع معينة، والخروج بالسبل الكفيلة لحل المشاكل القانونية من جهة والواقعية من جهة أخرى.

إشكالية الدراسة:

تتجلى إشكالية الدراسة في ماهية القسمة الودية؟ وهل هي وسيلة من وسائل الخروج النهائي من حالة الشروع والتي تتبع فيها الإجراءات القانونية لنقل الملكية العقارية؟ وماهي الآثار المترتبة عنها؟

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالية ومعالجة مختلف جوانب الموضوع اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية وكل ذلك يتم عن طريق تحليلها ، إضافة لذلك حاولت تحليل الأحكام القضائية قصد التوصل إلى مدى تقيد الهيئات والاشخاص التي حولها القانون صلاحية قسمة المال الشائع.

ولذلك ومن خلال ما سبق ذكره ارتأيت تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول الاطار المفاهيمي للقسمة الرضائية وفي الفصل الثاني عالجت الاجراءات المقررة قانونا للخروج من حالت الشروع اراديا والآثار المترتبة عن القسمة

الفصل الأول:

ماهية القسمة الرضائية

الفصل الأول:

ماهية القسمة الرضائية :

القسمة هي كلمة قليلة في ألفاظها كثير في معانيها وهي إحدى وسائل الخروج من الشيع (الشيوع) ولها

مفاهيم عديدة وطبيعة خاصة وشروط وعدة حالات.

ولهذا الأمر تدفعنا هذه الآليات إلى التحدث عن مفهوم القسمة الرضائية في العقار وطبيعتها وهذا لأخذ فكرة إجمالية وعامة منها حتى نتمكن من معرفتها، من حيث مظهرها الداخلي والخارجي التي تتعقد بهما وإذا اختلفت أحد هذه الشروط القانونية تكون العملية القانونية باطلة بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا لوجود إخلال بإحدى الشروط النظامية فتترتب عنها آثار قانونية.

وعليه يمكننا أن نوضح هذه الفكرة في مفهوم القسمة بالمبحث الأول إلى جانب ذلك يبرز المبحث الثاني حالات القسمة الرضائية في العقار.

المبحث الأول:

مفهوم القسمة الرضائية.

إن الملكية الفردية الخاصة هي الصورة العادية للملكية التي تبدو فيها جميع خصائصها ومميزاتها.

إلا أنها ا قد تتخذ في العمل صوراً أخرى متعددة فهناك الملكية الشائعة حيث تتراجع على الشيء الواحد حقوق أكر من مالك أي يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة دون أن يتعين نصيب أو حصة (Quote-part) ك $\frac{1}{2}$ أو $\frac{1}{4}$... ولكن الشيء ذاته محل الحق يظل غير مقسم (indivise) وهي لو كان بطبيعته قابلاً للانقسام وعلى هذا الأساس فإن الملكية الشائعة في التقنين الجزائري لم ينص المشرع عليها بتعريف خاص للقسمة الودية وترك القضاء والقانون عامة وخاصة لإعطاء تعاريف وفق مفاهيم خاصة فنجد أن المطلب الأول يتعرض إلى تعريف القسمة الرضائية من اللغة والاصطلاح وطبيعتها وشروطها أما المطلب الثاني فنخصصه محلاً للقسمة العقارية في العقار.

المطلب الأول:

تعريف القسمة الودية.

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً بها إلا أنه يمكن تعريفها القسمة بكسر القاف اسم مؤنث ومعناه التجزئة ويجمع على قسم كسر القاف وفتح السين والمصدر فيه قسما بفتح القاف وسكون السين والقسم بالكسر

نصيب الإنسان من الشيء وحظه فيه. يقال قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شرك قسمه. وعرفها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري⁽¹⁾ بالقسمة النهائية كلية كانت أو جزئية.

عينية كانت أو قسمة نصفية تكون إما قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية، فتكون قسمة اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراض دون الالتجاء إلى القضاء فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الثنائية كلها أو بعضها.

استمدت القسمة من مدلولها اللغوي (الفرع الاول) وإن كان لها مدلولاً آخر من الناحية الاصطلاحية (الفرع الثاني)

الفرع الاول: المدلول اللغوي للقسمة الرضائية:

فالقسمة تعني الحصة والنصيب والسهم وهي اسم من أقسام الشيء حالة أموال أو ممتلكات مقسمة بين أصحاب الحقوق⁽²⁾.

يقال قسم الخبير العقاري القطعة الأرضية المبنية إلى قسمين أي وضع لهما حدود معينة بعدما كانت عبارة عن قطعة مبنية واحدة، والقسمة جمع قسم ما يستحقه كل من الشركاء أو الورثة من المال أو الميراث⁽³⁾

الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للقسمة الودية:

ان المتتبع لحركة التشريع في الجزائر يؤكد بان المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف القسمة الرضائية في العقار تاركاً امر ذلك لفقهاء القانون وشراحه، وعليه يمكن تعريفها "أنها تمييز الانصبه فهي النصيب وجعل الشيء⁽⁴⁾ أو

(1) هو رجل قانون له عدة معارف في العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية تلقى دراسته الأولى بالقاهرة ثم نزل وحط عصا الترحال بجامعة باريس

وتحصل على دبلوم من المعهد القانوني الدولي بها وعطى تعلمه حقها من حيث مفهومها وآثارها على الفرد والمجتمع باعتباره فقيهاً مصرياً أصيلاً.

(2) المنجد في اللغة العربية المعاصرة، طبعة اول، دار المشرق، بيروت، 2001، ص ص 1151 / 1152.

(3) نور الدين مصباح، معجم الوسيط، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005، ص 295

(4) هو أكثر التصاق وأشد ارتباط بالحق العيني منه بالحق الشخصي.

الأشياء أجزاء أو أبعاضا متمايزة سواء أكان مجرد تفريق الأجزاء أو الابعاضاً لمعرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه كما في القسمة الحسابية أم بقصد تعيين الانصبه تساوت أو تفرقت" (1)

وقد عرفها الأستاذ توفيق حسن، بأنها "عملية تحديد حق ملكية مشاع بغية إيجاد التطابق بين نطاقه المعنوي أو الحسابي ونطاقه المادي".

عرفها الأستاذ طاهري حسين بأنها "عقد يقرر بموجبه مالكو أموال شائعة إزالة حالة الشبوع بينهم وتخصيص حصة مميزة لكل مالك بنسبة ما كان يملكه في عموم الأموال المقسومة وقد يكون ودية إذا خيرت بين المتقاسمين بدون إجراءات خاصة وقضائية..." (2)

كما ورد في أحكام المادة 1114 من مجلة الأحكام العدلية بأن القسمة هي تعيين الحصة الشائعة وإفراز الحصص بعضها عن بعض لمقياس ما.

وعلى العموم بأن القسمة الرضائية أو الاتفاقية تتشعب في انحدارات شلالاته المشمولة بالمنتولات والعقارات وتنوعت بتنوع مفاهيمها ومصطلحاتها كالقسمة المهيأة - الكلية - الجزئية، القضائية كلها أنواع لها مضامينها ومراحلها ونشأتها.

لكن القسمة الودية التي تطرقت إلى مفاهيمها من حيث اللغة والاصطلاح الفقهي متعددة في مضمونها وشكلا كقسمة المنتولات التي تحتوي على خصائص مميزة عن قسمة العقارات الودية وهذه الأخير الذي أردت أسلط الضوء عليها من حيث الإجراءات القانونية المتبعة في هذا النظام القانوني حتى تتمكن من طرق باب واحد والتخلص من التشعب الذي اعترها في بعض المفاهيم الفقهية السالفة الذكر والتي تركزت على بعض الأشياء دون غيرها من قسمة العقارات والتي تعتبر وثيقة إدارية صادرة من جهة مختصة في إطارها القانوني وهذا ما نراعيه في تحليلنا هذه الواقعة المادية حتى نسلك طريق وحيد فقط دون التفرع.

(1) محمد عبد الرحمن الصوني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 18.

(2) دليل موثق، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 88.

وعليه ومن خلال التعاريف الأنفة الذكر نستخلص بأن القسمة الرضائية هي اتفاق بين المتعاقدين يسري بينهم القبول والإيجاب، مضمنين بالتراضي المطلق الذي يترتب آثاره بالنتائج الحقيقية لانفصال الملكية بعد إشباعها بالتسجيل والشهر العقاري لإزالة حالة الشيوع مع مراعاة أحكام الشريعة العامة في هذا المنوال. فالشيوع يفترض إذا اشتراكا في حق الملكية مع عدم انقسام الشيء وهذا ما يميزه عن غيره من صور الملكية التي قد تختلط به.

فحيث لا يوجد شيئا واحدا مملوكا على وجه الاشتراك لعدة أشخاص ويملك كل منهم حصة معينة لا يمكن أن يقال أن هناك شيوعا وفي ذلك ملكية الطبقات من المنزل والملكية المشتركة أو الجماعية... أما عن مصدر الملكية الشائعة فقد يكون مصدرها واقعة مادية كالشيوع المترتب عن موت المالك وانتقال التركة الشائعة إلى الورثة وقد يكون مصدرها إرادي كأن يشتري شخص عقارا على وجه الشيوع. وهذا ما أكده الأستاذ توفيق حسن فرح في مرجعه الحقوق العينية الأصلية الذي اعتبر القسمة عقد كسائر العقود ويخضع لكافة أحكامه من حيث وجود الرضي وصحته لانعقاده والتي فرض المشرع وجوبها في شكل معين إلزامية لكونها من القطاع العام فلا يمكن مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بالشكلية وإلا أصبح المعاملة باطلة بطلانا مطلقا بسبب تخف أحد الأركان الموضوعية العامة في العقد(القسمة).

وهذه الأخيرة من العقود الرضائية التي تنشأ بعلاقة القبول والإيجاب بين أطراف الرابطة القانونية المعبرين عن إرادتهم الكاملة الخالية من كل العيوب والموجهة إلى شيء واحد فقط وهي إزالة حالة الشيع حتى تستطيع كل واحد بحصته من حيث تعيينها، حدودها، مساحتها، قسمها، جزءها وغيرها عن الآخر فتكون الاستقلالية العامة للمتقاسمين عن بعضهم البعض.

ولذلك جاءت نص المادة 59 ق.م.ج صريحة وهي يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإحلال بالنصوص القانونية.

وما يلاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالرضائية كمبدأ عام في تكوين العقد وتطبيقا لهذا العنصر الفاعل قررت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة ممكن بأي وسيلة لا تدع شكاً في دلالتها من مقصود صاحبها عن الطريق اللفظ أو الكتابة أو حتى الإشارة المتداولة عرفاً⁽¹⁾ وطبقاً للقواعد العامة هناك ثلاث (3) أركان للعقد وإذا انعدم أحدها لا ينعقد العقد ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويعتبر الشكل كذلك ركناً في العقود الشكلية وجزءاً تخلفه البطلان المطلق بصريحة المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتعلق بمهنة التوثيق حيث لركن الرضا حكماً خاصاً به ينحصر في شرطين هما (توافر التمييز لدى المتعاقدين، تطابق الإيجاب والقبول معاً).

يكون العقد في القانون الجزائري رضائياً إذا كان محله منقولاً ويكون عقداً شكلياً إذا كان محله عقاراً استناداً إلى المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية يجب أن تتحرر في عقد أو شكل رسمي مع دفع الثمن للموثق وإلا وقعت تحت طائلة البطلان".

وأكدت المحكمة العليا على ضرورة الكتابة الرسمية للقسمته وإشهارها حتى يتم وجوبها والامتجاج بها أمام الغير وذكرت في عدة قرارات أهمها:

- " لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي والقرار المطعون فيه عيوب خاصة عدم تحديد طبيعة القسمة الودية التي صادق عليها وأساسها القانوني"⁽²⁾.

- "تفرغ القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي، والقسمة الودية التي لم تحرر بالشكل الرسمي باطلة وكل آثارها باطلة"⁽¹⁾

(1) علي فيلاي، النظرية العامة للعقد (الالتزامات)، دار النشر، 2000، ص 66.

(2) المحكمة العليا (الغرفة العقارية). قرار بتاريخ 16-07-2008، ملف رقم 462587، م ق، 2008، عدد 02، ص 263.

- "من المقرر أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى اكتساب، نقل، تصريح، تعديل، القضاء حق عيني، لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" (2)

وتأسس لما سبق ذكره أن عقد القسمة الرضائية يخضع في انعقاده وصحته وإثباته للقواعد العامة بتوفر أركانها المحل، السبب، الرضا. كما أنه عقد يتطلب شكلا معينا وذلك بإفراغه في قالب رسمي ثم التسجيل والشهر العقاري لدى المحافظة العقارية وهذا بعد إنهاء حالة الشيوخ واستقلال كل شريك نصيبه من العقار الشائع وترتب آثارها القانونية، فتصبح نافذة بحق، جميع الشركاء المتقاسمين والغير يجب توفر الشروط التالية:

- إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية.

- حضور كافة الشركاء القسمة.

- أهلية الشركاء المتقاسمين.

- تسجيل عقد القسمة وشهره.

فبمقتضى الصفة الأولى (الإجماع) نصت المادة 723 ق.م.ج على أنه "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتصروا على المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

من نص المادة المذكورة إذا انعقد إجماع المالكين الملكية العقارية الشائعة فلهم إجراء قسمة اتفاقية.

والقسمة الودية وفق أحكام القانون رقم 29/90 الصادر بتاريخ أول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة العمرانية⁽³⁾ والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004⁽¹⁾، الحصول أولا على شهادة القسمة إذا كان الأمر يتعلق بالقسمة عقار مبني التي نصت عليها المادة 59 من القانون رقم 29/90 المنوه به أيضا.

(1) المحكمة العليا (الغرفة العقارية).. قرار بتاريخ 12-09-2007، ملف رقم 414655، م ق / 2008 / عدد 01، ص 214.

(2) المحكمة العليا (الغرفة العقارية).. قرار بتاريخ 31-05-200، ملف رقم 198689، إ ق ، 2004، عدد 01، ص 286.

(3) أنظر الجريدة الرسمية عدد 52 سنة 1990.

" تسلم للمالك عقار مبني يطلب منه شهادة تقسيم عندما يزمع تقسيمه إلى قسمين أو عدة أقسام، ولا تصلح هذه الشهادة شهادة التعمير"⁽²⁾.

حيث الإجماع بين الشركاء قد يكون صريحا في اعتماد القسمة الودية وذلك بتصريحهم بواسطة اتفاق مكتوب بينهم وهو الأصل أو التعهد بذلك لاشفاهة⁽³⁾

وأن حسب المادة 733 ق.م.ج التي تنص على أنه: " وإذا دامت القسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على خلاف ذلك".

لذلك فالإجماع الضمني التي نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري في دلالة تعبير عن الإرادة ولذا فإنه يخضع لأحكام القسمة الرضائية إلا بما تعارضت هذه الأحكام مع طبيعتها الواقعية. أما العناصر الباقية كالحضور، الأهلية، التسجيل، الإشهار هي أدوات تعمل على تجسيد القسمة الرضائية كإجماع الشركاء الذي تم تفضيله باختصار موجز.

وكملاحظة أن القسمة الودية المفرغة في الشكل الرسمي لا يجوز التراجع فيها إلا عن طريق دعوى الغبن كما تنص على ذلك المادة 732 ق.م.ج.

وبعد تعرضنا إلى مفهوم القسمة وما تعتره من تعريفها كأداة من الأدوات الرضائية والتي كان محلها العقار دون المنقول فماذا تكون العملية القانونية التي وردت عليها القسمة ومنثم يمكننا أن ندرس محل القسمة العقارية في المطلب التالي.

المطلب الثاني:

محل القسمة العقارية في العقار.

لكي ينعقد العقد يجب أن يتوافر له ثلاثة أركان هي :

(1) أنظر الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2004.

(2) أنظر المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 176/61 المؤرخ في 1991/05/28 ج ، عدد 91/26.

(3) حسين كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 202.

الرضا، المحل والسبب، فركنا المحل والسبب يشترط فيهما أن يتفقا مع النظام العام والآداب العامة والقوانين المعمول بها ولذلك سنبين المحل في عقد القسمة الرضائية والسبب فيه.

إن انعقاد العقد بشكل صحيح يجب ويستلزم أن تتوافق إرادة طرفية على نحو ما يتطلبه القانون، وهذا التوافق ليس مجرد بمعنى أن المتعاقدين إنما يريدان شيئاً محدداً أو لغرض محدد، والبحث عما يريده المتعاقدان معناه تحديد محل العقد⁽¹⁾.

أما معرفة لماذا يريدانه فمعناه تحديد سبب العقد، وإذا كان مبدأ الرضائية في العقود الذي أخذ به القانون المدني يخول الأشخاص من حرية إبرام ما يشاءون من عقود وفقاً للمحتوى الذي يحقق لهم مصالحهم، إلا أن هذا لا يعني حرمتهم مطلقة.

وعليه فإن العقد لا يمكن أن يبرم إلا إذا استجاب محتواه لمجموعة شروط كمحل معين ومشروع، وسبب موجود مشروع، ولقد كان العقد من وراء ذلك اشتراط تعيين المحل والسبب وتوافر شروط أخرى فيهما حماية المصلحة الخاصة لطرفي العقد بشكل أساسي.

أما اشتراط المشروعية في المحل والسبب فالقصد هي حماية المصلحة العامة، حيث يشترط في محل العقد (موضوعه) المبرم أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود وأن يكون معيناً معيناً دقيقاً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً أي قابلاً للتعامل فيه.

حيث استوفيني هذا التمهيد الذي بعث في قرارات نفسي على نظهر كلمة المحل وماذا تعنيه في المفهوم القانوني والفقهية وما هي شروطه، ولأجل ذلك قسمت هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول: تعريف محل القسمة الرضائية

الفرع الثاني: المحل وجد ثم هلك

(1) مناني فراح، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، 2009، ص 110.

الفرع الاول: تعريف محل القسمة الرضائية:

اهتم الفقه الإسلامي بمحل العقد، إذا تخلف أدى بالبطلان المطلق لكونه ركنا في العقد.

فمحل العقد يعرف بأنه: الالتزامات التي يولدها⁽¹⁾، ويعتبر ركنا في الالتزام، وقد نص المشرع الجزائري على المحل في المواد 92 إلى 98 من القانون المدني الجزائري ويشترط فيه أن يكون معيناً وقابلًا للتعين كما أشرنا إليه في هذه المقدمة ومن خلال استعراض هذه الشروط الأنفة الذكر لا أن تكون متوافقة مع الشريعة العامة والإسلامية دون الخروج عن مقاليدها القانونية والشرعية بحيث أن القسمة الرضائية في العقار يتطلب وجود هذه الشروط النظامية التي تعكس مشروعية محل القسمة وإمكانيتها بأن تكون غير مستحيلة أما إذا كان غير ذلك فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

كما أنه لا يكفي توفر شرط الإمكان، حين يكون الشيء موجوداً (محل القسمة الرضائية) أو قابلاً للوجود، حيث أن هناك تكون فيها القسمة الودية أثناء التعامل موجودة وإلا تصبح في منطق البطلان. وكذلك أيضاً حالات انتقاص أهلية الوجوب، فحيث يكون فيها أحد المتقاسمين غير أهلاً لتلك مما يصعب الإفراز نتيجة هذه الظاهرة القانونية المتعلقة بحالة أحد المتقاسمين أثناء التعاقد مما يفرض القانون حالة البطلان الناجمة عن عيب الإرادة.

حيث يمكننا أن نناقش وجود الشيء المراد قسمته ودياً هل هو موجود فعلاً أثناء التعاقد أم غير ذلك وقد يختلف هذا باختلاف قصد المتعاقدين.

وهنا يؤكد الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في كتابه "النظرية العامة للالتزامات على اشتراط وجود الشيء المراد التعامل فيه أن يكون موجوداً وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك.

(1) مناني فراح، المرجع السابق، ص 111.

الفرع الثاني: المحل وجد ثم هلك

قد يكون العقار المراد قسمته قد وجد ولكنه هلك بعد ذلك، فإن كان هلاكه قبل نشوء الالتزام (أي الاتفاق) كقسمة عقار اتضح أنه سقط وانهار.

وعليه فإن الالتزام لا يقوم لأن المحل غير موجود وتكون القسمة الودية باطلة بطلانا مطلقا لهذا السبب المنوه به آنفا.

وقد يكون الهلاك جزئيا وفي هذه الحالة يكون للمتقاسمين الخيار في البقاء على تلك الآثار التي ترتبت عن جزء دون الآخر أو يستوفي عقد القسمة الرضائية المنجزة في هذا الإطار سار المفعول.

أما إذا كان هلاك العقار قد وقع بعد نشوء الالتزام فالعقد لا يكون بالهلاك لذلك، لأن التعهد يكون قد قام وقت نشوء القسمة الودية برضا الطرفين.

وفيحالة أخرى كالتعاقد على شيء مستقبلي ويكون التزام المتقاسمين في هذه الحالة هو القسمة الاتفاقية عند وجود العقار الذي ورد عليه هذا السلوك وما دام هذا العقار قابلا للوجود فإنه يكون ممكنا فينعقد العقد.

وهذا نصت عليه المادة 01/92 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، فيجوز بيع المحصولات المستقبلية"⁽¹⁾

وخلاصة الأمر فإن العقار المراد تقاسمه مبنيا على شيء الوجود والإمكان وإخلاص إرادة المتعاقدين واتفاقهما على إحداث الأثر القانوني الذي يؤدي إلى القسمة الودية المنشأة على تحرك الإرادة وتجسيد الفعل على الميدان وإظهاره وتطبيقه في صورة انتقال الملكية بين الأطراف المتقاسمة دون ضغط أو إكراه مشمولة بالقصد المتضمن النية المتفاعلة والمتجسدة في الشأن.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 378.

وإن هذه القضية التي هي محل النقاش والإثراء تتعلق باختيارنا للقسمة في العقار والتي تسحب عليه دون المنقول إلا أنه في شمولها للعقار ثمة أشكال من تعريف المشرع للعقار في المادة 683 ق.م.ج.
"كل شيء مستقر في حيز وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

وقد عرفه أحد المفكرين "كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه بدون تلف".

وهو ما اصطلح على تسميته فقها وتشريعا بالعقار الطبيعي ويتجسم في الأراضي والمباني والأشجار ما دامت متصلة بالأرض.

لذلك يطرح التساؤل: هل إن القسمة الودية في العقار يمكن أن تشمل كل هذه الأصناف من العقارات السالفة الذكر؟

ويمكن القول مبدئيا أن القسمة بصفة عامة والودية بصفة خاصة تنسحب عادة على العقارات الطبيعية والعقارات الحكمية (القضائية) وذلك لاعتبار أن محل القسمة العقارية عادة و الأرض وما فوقها من بنايات ومغروسات، والمباني المشتركة فيما عدى ملكية الطبقات والمنقولات التابعة للعقار والتي تكون متصلة به ورصدة لخدمته فعنصر الالتحام أو التخصيص بين العقار والمنقول هو الذي يجعل القسمة تنسحب على العقار الطبيعي والحكمي معا.

وإن القسمة باعتبارها ضربا من ضروب التفويت والإشكال المطروح بالنسبة للعقارات التبعية هي الحقوق الطبيعية العقارية والدعاوي المتعلقة بها.

بعد الارتياحية الفكرية التي تناولت فيها بعض المفاهيم من حيث تعريف القسمة النظامية لها من مضمون القانون عامة وخاصة وتبيان الشروط النظامية لها التي تقوم بهما أو تزول بزوالها من المطلقة أو النسبية إذا تخل أحد الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة.

المبحث الثاني:

حالات القسمة الرضائية في العقار.

في حالة تحقق شروط القسمة الرضائية يكون العقد نافذاً بالحكم القانوني والآثار المترتبة عنه وعند استقرائي تنشأ حالات وأحكام خاصة تتميز عن بعضها البعض من حيث موقعها وسريانها كإجماع الشركاء وحضورهم أثناء إجراء القسمة الودية تعذر أحدهم الحضور أو الاعتراض إلى جانب ذلك وجود الأهلية وتوفرها في المجمع يؤدي إلى تحديد إجراءات القسمة كما تبين الخطوة الآتية.

المطلب الأول: تكييف القسمة الودية في حالة ناقص الأهلية.

المطلب الثاني: القسمة الرضائية في العقار في وجود دائنين أو شخصين.

المطلب الأول:

تكييف القسمة الودية في حالة ناقص الأهلية.

كل ما قدمناه إنما هو في وجود الرضا، ولا يكفي أن يكون الرضا موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً⁽¹⁾ صادراً عن ذي أهلية، ولم يكن مشوباً بعيوب الرضا، هي الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن وهذا الأمر يؤدي بنا إلى معرفة الأهلية من تعريفها حتى نحدد ونقيس بميزان القانون لتلك الحالة هل هي نافعة لإجراء القسمة الودية أو يعترضها جانب من الغموض والإيهام والالتباس والتي يؤدي إلى النشوء حالة نزاع تجر هؤلاء إلى مصف القضاء للفصل في تلك.

فالقسمة الرضائية واقفة بين شخصين أو أكثر وباعتبار الشخص ركن أساسي في الحق، فهو صاحب الحق⁽²⁾، وفي الحقوق الشخصية أو الالتزامات يوجد شخصان أحدهما صاحب الحق والآخر المدين بالحق.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 79.

(2) لغة هو الثبوت ومنه قوله تعالى: " ليحق الحق ويبطل الباطل " أي يظهر الحق ويتبينه (سورة الأنفال) أما الاصطلاح له عدة تعريف فقهيّة منها بأنه علاقة بين شخصين.

فالشخص قانونا هو من يكون صالحا لأن يصير صاحب حق وأن يتحمل بالالتزام ويجيا حياة قانونية وتلك هي الشرطية القانونية.

فذلك الشخص يتمتع بالأهلية القانونية⁽¹⁾ فمن جانب اللغة أهلية الشخص لأمر ما هي صلاحيته لصدور تلك الأمر عنه وطلبه منه.

وهي في القانون صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل والالتزامات فالأهلية القانونية فرعان:

الفرع الاول: اهلية الوجوب

الفرع الثاني: أهلية الأداء

الفرع الاول: اهلية الوجوب

يعرفها علما أصول الفقه الإسلامي بأنها صلاحيات الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وأهلية الوجوب بالتعريف المتقدم هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية، فالشخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه قادر على أن تكون له حقوق وعلى أن يتمتع بها. فإذا فقد هذه الميزة، فهو ليس بشخص في القانون، وإن أهلية الوجوب إما أن تكون كاملة وذلك لصلاحية الشخص وهذا هو الذي يتحقق في أكثر الأحوال، وإما أن تكون قاصرة كأن الشخص غير صالح لأن يكون له بعض الحقوق كالقاتل لا يصلح لأن يجري قسمة ودية في حالة الميراث، والصغير الذي لم يصل سن معينة.

وأن أحكام الأهلية تؤثر في حياة الشخص القانونية تأثيرا كبيرا فليس لأحد أن ينزل عن أهليته أو أن يعدل في أحكامها وهذا بمراعاة نص المادة 45 ق.م.جعلى أنه "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها" وهي تقابل المادة 49 من القانون المدني المصري.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 80

وبعد استقرائي لأحكام المادة 44 من ق.م.ج التي أحالت الأهلية إلى القواعد المقررة في القانون، وكان هذا الأخير لم يصدر بعد أي الإحالة عندئذ حكم المادة الأولى من القانون رقم 57-58 الصادر في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الى لشرعية الإسلامية حيث أنفقها هذه الأخيرة تعرض إلى

الفرع الثاني: أهلية الأداء

أي الولاية على التصرف⁽¹⁾ وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، وإذا أردنا تحديد الفرق بين هذين النوعين من الأهلية، تبين لنا أن أهلية الوجوب هي قابلية الشخص للتمتع بالحقوق أو الالتزام بها، أي الشخصية القانونية ذاتها.

حيث اقتطفنا من الفضاءات العلمية للأستاذ الراحل الدكتور محمد حسين الذي ضبط قلمه آنذاك الانتقاء لها أو تكون ناقصة يقوم نظام الولاية على المال بالقدر الذي ينقص من أهلية الأداء.

والولاية على المال⁽²⁾ هي سلطة تمنح لشخص معين في أن يجري التصرفات القانونية لا لحساب نفسه ولكن لحساب شخص آخر ونيابة عنه كالوصي⁽³⁾ على القاصر.

حتى نتوقف عن تشريح الأهلية لكونها مركبة من أجزاء عميقة يتطلب من الباحث التركيز على أجزائها وكذا مكوناتها ومحتوياتها حتى يفهم خباياها من حيث التركيب وهذا ليؤدي إلى مناطها "الإدراك أو التمييز فأهلية الأداء تكمن في وجود الإدراك أو اكتمالها تكتملت له بالتالي أهلية الأداء.

وقد أقام القانون في حالة نقص الأهلية قرينة قاطعة على أن إرادة ناقص الأهلية معيبة وبمر الإنسان كما تعلمون بـ (04) أربع مراحل مختلفة من بلوغه سن الرشد.

(1) محمد حسين، الوجيز في شرح القانون المدني في نظرية الحق، الجزء الأول، ديوان المجموعات الجامعية، الجزائر، ص 57 وما بعدها.

(2) كلمة المال لها عدة مقاصد سواء في الشريعة الإسلامية أو الأنظمة القانونية وهي ما يدخل في دائرة التعامل

(3) هو الشخص يمنح الولاية على مال الصغير غير وليه الشرعي، والوصي قد يختاره الأب أو المتبرع بمال صغير ويسمى بالوصي المختار، وقد تعين المحكمة وصيا يسمى بالوصي المعين، ولم يكن يسمى نيابة قضائية.

فالرشد في الفقه الإسلامي فيكون بالعلامات الطبيعية للبلوغ فقط والتي نختدي إليها ونطرح السؤال ما هي

العوامل التي تتأثر بها الأهلية؟

وهذا الطرح يدور حول أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون حيث أن معظم الطارحين لكلمة الأهلية فالمقصود منها هي التي تقوم على التمييز وهي التي تراعي في صحة الرضا كما قدمنا وهذا أمر طويل وعريض نتركه لغيرنا من الطلبة ماستر ثانية للبحث والكشف عن مضمونه والآثار والنتائج التي تترتب عنه.

ونظرا لضيق مساحة المذكرة فإنني دائما التجأ إلى الاختصار المفيد والصائب في المظهر الداخلي للفكرة التي هي أمامي كالقسمة الرضائية التي تجري عليها عدة جراحات فعلية من الخروج عن حالة الشيعوع الذي يرد أن يكون مستقبلا عن غيره من الشركاء وفقا لأحكام قانون الأسرة وهذا الشريك وإذا افترضناه ناقص الأهلية ولم يكن له ولي أو وصي يمثله وينوب عنه⁽¹⁾ في إجراءات القسمة وهذا بحكم القانون يترتب عنه الإبطال لمصلحته⁽²⁾.

وإن القاضي في هذه المسألة يعين مقدما يقوم مقام الولي الشرعي أو أن المقدم وفقا لأحكام المادة 99 من قانون الأسرة هو من تعيينه المقدمة في حال عدم وجود ولي، أو وصي من كان فاقد الأهلية أو ناقص وهذا بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة.

وعندما أصبحت أموال ناقص الأهلية تحت تصرف الولي المعين من المحكمة فإنه يتعامل في دائرة الاختصاص الذي وضعها القاضي في الحكم وهذا وفقا لنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائرية.

والمقدم يجب عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التي يريد إخضاعها لإرادته (بيع العقار، قسمته، رهنه، المصالحة...).

(1) أنظر نص المادة 81 من قانون الأسرة الصادر سنة 1984 المعدل والمتمم

(2) تنص المادة 101 ق.م. معدلة بالقانون رقم 10/05 مؤرخ في 2005/07/20 "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات ويبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...".

ومن خلال متطلبات ومقتضيات القسمة الرضائية التي يتصرف فيه المقدم المشار إليه أعلاه في مال ناقص الأهلية لصالحه الذي يعتبر في نظر القانون مساعد عارض الأهلية.

وإن العقد الذي سينصب عليه التصرف الدائر بين النفع والضرر، حماية للقاصر وحقوقه من أجل استقرار المعاملات وهذا ما نطق به الأستاذ علي، سليمان، في تعليقه للقانون رqn 11/84، المتعلق بالأسرة في مجلة الشرطة، العدد 25.

وما يلاحظ أن قانون الأسرة أخذ انعطافا مغايرا عن الذي أنتج في القانون المدني، أخذ بمقاليده الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات القانونية وقام بالعملية إلى تصرفات نافعة نفعا محضا وأخرى مترددة بين الضرر والنفع وفقا لمجريات المادة 83 من قانون الأسرة.

واستنتجا أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة العقد الموقوف وخالف أحكام القانون المدني المستمد من التقنين النابليون سنة 1804.

لكن المشرع الذي اعتبر القسمة أمرا بالغ الأهمية وهذا لإخراجها من دائرة الأعمال وإحافها بأعمال التصرفات ضمانا للحقوق، وإن هذه السلوكات والأفعال لا يمكن أن يقوم بها الولي أو الوصي أو المقدم إلا بإذن من القاضي فقط هذا من جانب السفية (1) وذا الغفلة (2) لم تتعرض نصوص القانون المدني لحكم تصرفاتهما باعتبارهما في حكم ناقص الأهلية.

بعد تأثير القلم على هاته الصفحة تذكرت حالة القسمة الرضائية في وجود غائب ماذا يفعل الشركاء هل يمنعهم من القيام بفرز الحصص أم ماذا يكون.

(1) السفية: هو ذاك الشخص الضعيف الرأي ولا يحسن التصرف في ماله.

(2) ذا الغفلة: هو شخص طبيعي عديم التجربة.

يقال أحد الفقهاء أن القسمة الاتفاقية لا تقع أثناء وجود غائب عن مجلس العقد وهذا حفاظا على مصلحته من قبل المشرع الجزائري أحد أطراف قانون الأسرة والمدني تجد الجواب.

لكن في حالة وحيدة رفع القضية إلى المحكمة لاستصدار حك من القاضي لتعين نصيبه عن حدى وفق مطلب المقدم المعين من الجهة المعنية.

وإن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي لها صلة بالولي أو الوصي من حيث الحصول على إذن من القاضي حال القيام بعملية القسمة أو البيع عقار.

وأخيرا حماية وصيانة لحقوق الغير واستقرار المعاملات وضمانا لعدم التعرض لإجراء القسمة الرضائية (الاتفاقية) ولهذا يمكننا أن نفسر حالة التعرض لهذه الجريات في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

القسمة الرضائية في العقار في وجود دائنين أو شخصين.

بالرجوع على أحكام القانون المدني الجزائري ولاسيما النصوص المنظمة لعقد البيع والتي هي ليست قاصرة عليه فقط بل هي تسري منافعها على كل عقد ناقل للملكية، الحيازة⁽¹⁾، الانتفاع.

فالقسمة كما تعلمون هي من شأنها زول حالة الشيوع واستتثار والانفراد كل متقاسم بملكية الجزء الذي أفرزته له القسمة دون باقي الأجزاء الأخرى التي آلت إلى باقي الشركاء الآخرين.

هذا الأمر في حالة عدم وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو غير الشركاء لكن إذا كان الشأن غير ذلك فماذا يكون، وهذا ما سأدرسه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الاول:القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين من الشركاء

الفرع الثاني: القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين غير الشركاء.

(1) الحيازة: أنظر القانون المدني ثم المادة 39 من قانون رقم 25/90 المتعلق بقانون التوجيه العقاري وما يليها.

الفرع الاول:القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين من الشركاء

في توقفنا في محيط المادة 729 مدني التي تنص على أنه "الدائنكل شريك أن تتم القسمة عينا أو يباع المال بالمزاد

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش".

فالمشرع الجزائري في مفهوم المادة المذكورة أعلاه في فقرتها الأولى قصد بما القسمة القضائية غير أن الفقرة

الثانية منها جاءت عامة بلفظ إذا تمت القسمة أي الاتفاقية أو القضائية.

وقد اختلف فقهاء القانون عامة وخاصة حول تطبيق المادة 729 ق.م.جأن نطبق النص على القسمة

بنوعيتها (الودية والقضائية)، أو هذه الأخيرة فقط.

يرى فريق⁽¹⁾ من شراح القانون أن نص المادة لا يمكن تطبيقه إلا فلي القسمة القضائية.

ونرى المذكرة الإيضاحية في القانون المدني المصري الجديد والتي تنص على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائنين

أو كانت لقسمة عقدا فليس أن يطعنوا إلا في حالة الغش أو عن طريق الدعوى في الحالة الثانية حسب منصوص

المادة 842 ق.م.ج.

الفريق الثاني⁽²⁾ يرأ أن المادة 729 ق.م.ج تنطبق على القسمة الودية والقضائية بنوعيتها ومن حق الدائنين

التدخل في إجراءات القسمة.

وبعد هذا الحراك الفقهي حول المادة 729 ق.م.ج يمكن للمشرع الجزائري أن يعدل عليها الشمولية

بنوعيتها وهذا للقضاء على الخلاف القائم بين شراح القانون وضمانا لحماية الدائنين من تواطؤ الشركاء أثناء

القسمة.

(¹) عبد الرحمان الضويبي، أحكام القسمة الاسلامي والقانون المدني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2001 ، ص 473.

(²) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 936.

لكن علينا أن نخط عند بوابة المادة 731 ق.م.جالتى تنص على "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض" وأن المادة تفسر نفسها بفعل المضارع يضمن أي الضمان في حالة يقوم بها الشركاء لمواجهة أي تعرض لهم.

والمشرع الجزائري في مضامين هذه المادة الآنفه الذكر لم يفصل في أحكام الضمان الناجم عن القسمة وبالتالي الاعتماد على القواعد المنظمة لهذه الفكرة في مسألة البيع بالقانون المدني الجزائري والتي لا تتعارض فيها مع طبيعة القسمة والضمان المترتب عليها.

حيث يرى الفقه القانوني أنه في حالة البيع لا يوجد ما يبرر قبول المشتري مبيعا معييا لكن في القسمة لا بد أن يقع شيء من المعيب في نصيب أحد الشركاء والذي يمكنه اللجوء لقواعد الغش لنقص القسمة حال توفر شروطه.

ونرى أن بعض الشراح القانونيون يرون أن اتخاذ وقت القسمة أساسا للتعويض في حالة الاستحقاق فيه لكون المساواة جوهرية بين المتقاسمين أما في حلة ثبوت استحقاق في نصيب أحد الشركاء فإنه نصيبه أو حصته ستتغير قيمتها بالزيادة أو النقصان⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين غير الشركاء.

أن الدائن له مصلحة في التدخل لحماية حقه في القسمة باعتباره دائنا لمدينة وهذا التواطؤ أو الشبهة التي تلحق ضررا بحقوقه.

وإن الدائنين في مفهوم المادة 729 ق.م.ج طائفتين هما (طائفة الدائنين العاديين، ذوي الحقوق المشهورة بعد رفع وعون القسمة أو بعد الاتفاق على إجراءاتها أو قبل هذا الأخير).

(1) مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الطبعة الثانية ، الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، 2000

وهنا يختلف موقف الدائنين بعد إتمام القيمة باختلاف مواقفهم قبل الانتهاء منها وتجد نفسك أمام ثلاث

احتمالات وهي:

(حال تدخل الدائن في إجراءات القسمة، عدم إدخال الدائن رغم معارضته، حال عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل).

هذه الثلاث الحالات تشكل مناصب لأصحاب الحق ووضع ضابط يحكم هذه التصرفات التي قد تصدر بسقوط حق الدائن في الاعتراض عليها بعد الاتفاق على القسمة، أو وجه الدائن لهم معارضته في أن تتم القسمة دون تدخله أو بعد قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة⁽¹⁾.

وكل هذا قبول دعوى عدم نفاذ القسمة التي تمت في مواجهة الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها، توفر شروط قبولها، إثبات التواطؤ المضرر بالدائن ولإثبات ذلك يمكن أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة.

وفي نهاية هذا الفصل يمكن بصفة عامة أن القسمة الرضائية للعقار تعتبر مثلها كسائر العقود الأخرى بوجود التطابق والإرادة الحرة الهادفة إلى إزالة حالة الشيع وإفراز الحصص والأسهم حتى يسهل على كل شريك باستقلال ماله وما عليه وفق إجراءات معينة سندرسها في الفصل الثاني الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة حتى يكون الفعل صحيحا.

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

الفصل الثاني

الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد

القسمة الرضائية

والآثار المترتبة عنها

الفصل الثاني

الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة الرضائية

والآثار المترتبة عنها

هذه الاجراءات التوثيقية لها مراحل تمر بها مثلها مثل أي اجراءات قانونية ، لا بد من اتباعها حتى تتم العملية في كنفها وفي اطارها القانوني حفاظا على حقوق كل الاطراف المتعاقدة.

وإن الاجراءات التوثيقية التي خول القانون اياها الضابط عمومي مختص في تحرير محررات يضيفوا عليها الصبغة القانونية والرسمية مثل عقد المقيضة البيع، القسمة وهذه الأخيرة لها طابعها الخاص كما وضحناه في الفصل الاول من ماهيتها، تعريفها ، محلها.

ويبقى لنا أن نتعرض إلى ارادة المتعاقدين التي يطلبون من الاستاذ الموثق افراغها في قالب رسمي وفقا للأحكام القانونية حتى يتمكنوا من ازالة حالة الشيع، وتظهر كل منهم حصته واضحة المعالم يتصرف فيها وحده خاضعة لإجراءات التوثيق ، التسجيل، الشهر الذي اعطي لها الصفة الرسمية .

وعلى ضوء ذلك يمكن ابراز المراحل التي يمر بها عقد القسمة ابتداء من الحضور امام الموثق إلى أن يصبح جاهزا ويسلمه الأطراف المعنية، وهذا من خلال مبحثين

المبحث الاول: الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة الرضائية

المبحث الثاني: اثار القسمة الرضائية

المبحث الأول :

الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة

هذه المرحلة التي ينطلق منها المتعاقدين ملتزمين بجميع الاجراءات القانونية مقيدين بمراعاة القواعد المقررة والنظام العام .

وان اطلعنا لدى الاستاذ الموثق على هذه الفترات التي يمر بها عقد القسمة الرضائية من حيث تحضير الوثائق الرسمية، الاتصال بمكتبه يتلقون ارشادات حول محل الموضوع قبل انطلق الاجراءات الرسمية، من حيث تحرير العقد ، التسجيل ، الشهر العقاري الذي يضيفي الرسمية على المحرر الذي قام به الموثق كل هذه المراحل يمكننا أن نمر عليها من خلال مطلبين بيننا ما قبل ابرام العقد، اثناءه ، وبعده.

المطلب الاول :

مراحل عقد القسمة الرضائية

من البديهي ومن المسلمات أن الزبائن يقومون بالاتصال بالموثق قصد ابرام عقد وصياغته في الشكل الرسمي الذي حددته المادة 12 من الامر 70- 91 المتعلق بمهنة التوثيق وقد يكون من وراء الزيارة له الحصول على معلومات التي تمكنهم من اتخاذ القرارات السليمة

فمكتب التوثيق هو مكان مخصص لاستقبال الزبائن وتقديم الخدمات لهم ، بحيث ان القانون راعى ان الموثق لا يمكن له الانتقال الى مكان تواجد المتعاقدين، الا في حالة الضرورة (لاحظ المادة 32 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين)

كما اكدت المادة 95 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية (ان الموثق يتلقى عقودا أو يقدم ارشادات خارج مكتبه الا في حالة الضرورة المنصوص عليها قانونيا)

وهذه الحالات يمكن ايجازها في مرحلة ما قبل التوقيع (الفرع الاول) و مرحلة التوقيع على عقد القسمة (الفرع الثاني)

الفرع الاول: مرحلة ما قبل التوقيع

تتخلل مرحلة ما قبل التوقيع اجراءات تتمثل في طلب المشورة واجراء الراي واعداد وتحضيرالعقد

اولا: طلب المشورة واجراء الراي

المشورة التي القوها المتعاقدين على عاتق الموثق تعتبر حالة تفسيرية لشيئ مبهم يريدون ايضاحه حتى يقبلا على المرحلة الثانية وتتحدد لهما الرؤية الكافية بشأن تصرفاتهما المستقبلية وانجلاء تلك الاوهام العالقة بمدخليهما من افرازات ترسبت قبل القبول على الموثق للتوضيح والايضاح للفكرة

فالموثق ملزما بصفته ضابط عمومي في اطار الخدمة العمومية تقديم خدماته لكل من يطلبها في حدود ما يسمح به القانون والانظمة الجاري بها العمل، هذا الرجل القانوني عليه أن يتأكد من صحة العقود الموثقة والمحرة وفقا لأحكام المادة 08 من القانون رقم 88-27 المتضمن مهنة التوثيق.

ودوره في هذا الوقت الاستشاري يشرح لهما جميع ما يتعلق بالإجراءات القانونية، وما يترتب عليها من اثار والتزامات التي سيخضعون لها ، مع تبيان كل الاحتمالات والوسائل التي يتطلبها أو الضمانات الذي يمنحها القانون لهما وهذا وفقا لما ورد في المادة 09 من القانون السالف الذكر .

ثانيا: اعداد وتحضير العقد والتوقيع عليه

عند تطابق الايجاب والقبول، يقوم الموثق بتثبيت ارادتهما في شكل رسمي قانوني طبقا لأحكام المادة " 05" من القانون رقم 88-27 المنوه به اعلاه، وبذلك يجرالعقد مع الزامية ان يكون باللغة العربية في نص واحد دون الخروج عن هذا النمط، والا كانت الاجراءات باطلة بطلانا مطلقا بسبب مخالفة مادة دستورية تنص على ان اللغة العربية هي اللغة الرسمية واحترامها واجب في معاملاتنا اليومية

حيث يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة الرضائية في استمارة نموذج PR6 وفقا لقانون التوثيق والمرسوم رقم

63- 76 الصادر بتاريخ المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾

وان التحرير يكون واضحا، تسهل قراءته، بعيدا عن الاختصار، أو ترك فراغات بيضاء بين الكلمة والأخرى أو الجمل.

وتكتب المبالغ والسنة والشهر، توقيع على عقد القسمة بالحروف، تكتب التواريخ الاخرى بالأرقام ، يصادق على الاحالات في الهامش أو اسفل الصفحات، عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل الاطراف والشهود والموثق، ثم يقرأ الموثق على المتعاقدين الالتزامات والتكاليف اي نص عقد القسمة حرفيا بصوت عاليا، ويفسر لهما كل كلمة وردت في العقد لإزالة الغموض والالتباس لهما

ومن خلال ما سبق ذكره باختصار، يلاحظ ان المشرع الجزائري قد نص على امور ينظمها العقد التوثيقي من معلومات خاصة بالاطراف المتعاقدة الشكلية والشروط النظامية التي يجب مراعاتها في تحرير العقد وألزمه الاتباع باحترامها مع مراقبتها وتصحيحها قبل سحب وثيقة العقد وهذا تفاديا لتكرار العمل وضياع الوقت والتأكد على عدم ادراج اي خطأ في العقد قبل التوقيع عليه مع الاطراف المعنية ثم تأتي المرحلة الموالية

الفرع الثاني : مرحلة التوقيع على عقد القسمة الرضائية

هذه المرحلة بالذات جد حساسة للمتعاقدين والموثق وهذا راجع الى محتوى ومضمون ما قام به هذا الاخير وما انصبت اليه ارادة الاطراف المتعاقدة والتعبير الصادق عليها الذي جسدها المادة 59 من القانون المدني التي تنص على ((يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية))⁽²⁾.

ومن واجب الموثق حماية له وللمتعاقدين ان يكون تصرفه قانوني من خلال حرصه على:

⁽¹⁾ المرسوم (63-76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم (93-123) المؤرخ في 1993/05/19

⁽²⁾ المادة 59 من القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005

اولا: التأكد والتحقق من هوية الاطراف المتقاسمة والموقعة في اسفل العقد

القاعدة العامة فقي التعاقد هي الرضائية ذلك ان تطابق الارادتين كاف لإنشاء العقد، وان العملية القانونية التي قام بها اشخاص طبيعية والذي نعتبره ركنا من اركان الحق اي اشخاص الحق او طرفي العقد، والمشرع الجزائري ركز على مجموعة من الشروط القانونية الخاصة بتعيين الاطراف المتقاسمة، واكدته المواد من 62 الى 65⁽¹⁾

كما ان تعيين العقار يعتبر شرطا ضروريا بالقبول ايداع الوثائق لدى الهيئة القانونية الذي عبر عنها المشرع

الجزائري ((بالمحافظة العقارية))⁽²⁾

ويلاحظ ان عبارة الاطرافالواردة في نص المادة 62 المنوه بها في رقم واحد بالتهميش تنصرف الى طرفي العقد

مباشرة او التي حددها القرار القضائي او المستفيدين من الميراث في حالة وجود شهادة توثيقية فقط

ثانيا: التصديق على هوية الاطراف

(1) انظر المواد من 62 الى 65 من المرسوم رقم (76-63) المتعلق بتأسيس السجل العقاري

(2) المحافظة لغة: هي تسمية مكونة من كلمتين

حفظ بمعنى، صيانة، بيت الأمين و القائم بعملية الحفظ فيها يسمى محافظ عقاري

عقارية: أصلها كلمة عقار، و قد عرفه

المقنن الجزائري في المادة 683 من القانون المدني على أنه " كل شيء ثابت و مستقر في مكانه و غير قابل للنقل من مكان إلى مكان بدون تلف، و

كل ما عدا ذلك فهو منقول"

اصطلاح هي هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية، يسيرها محافظ عقاري أحدثت بموجب المادة 20 من الأمر 75-74 من أجل

أداء الوظائف الأساسية التالية

تأسيس السجل العقاري .

مسك مجموعة البطاقات العقارية .

تسليم الدفاتر العقارية

حتى يحظى المحرر والعقود الصادرة عن الموثق بالصبغة القانونية يجب ان يؤشر عليها من طرفه والا ترفض من قبل المحافظ العقاري المتواجد العقار باختصاصه الإقليمي، اما عملية التصديق فهي تختلف باختلاف عناصر التعيين ذاتها (1)

ثالثا: الشروط الخاصة بتعيين العقارات

فالعقارات المراد تقسيمه اما به تكون خاضعة لعملية المسح او في مناطق غير ممسوحة وكل تعيين للعقارات يختلف باختلاف موقعها، نوعها، قوامها هو ما حددته المواد 21 الى 27 ومن 66 الى غاية 71 و 114 من المرسوم رقم 76-63 وهذه العقارات التي تقبل القسمة فقط ليطبق عليها هذه المواد ام غيرها فتدرس في جانب اخر نتركه للباحثين وبالرجوع الى المادة 18 من قانون مهنة التوثيق (2)

((يتجسد التعبير عنه الإرادة في العقود الرسمية بالتوقيع على العقد بالحروف من قبل كل الاطراف والشهود الى ذلك الموثق في العقد))

ومن الاثار المترتبة على توقيع عقد القسمة الرضائية ما يلي :

1/: تسجيل ذلك وفقا الاحكام المادة 28 من قانون رقم 88-27 المبين في التهميش

حيث ان الموثق يحصل على حقوق ورسوم لمختلف انواعها لحساب الدولة من الاطراف الملزمين والمتقاسمين بتسديدها وبدوره يدفع نقدا هذه الاتاوى بقبضات الضرائب، وان الموثق يقوم بتأدية تلك المهمة المسندة اليه وفق لأحكام قانون التوثيق،

وان الاجراءات التي يقوم بها بمحصول التسجيل لأجل الحصول على تأشيرة التسجيل تودع لدى تلك

المصلحة المختصة الوثائق التالي :

(1) انظر المادة 102 بالمرسوم (63-76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري

(2) قانون رقم 88-27 المتعلق بمهنة التوثيق

- اصل عقد القسمة الرضائية الموقع والمؤشر عليه من قبل الموثق

- مستخرج العقد في نسختين

- كشف تسجيل العقد التي تثبت الحقوق المستحقة .

ويعد دراسة عقد القسمة الرضائية من قبل مفتش التسجيل يصدر امرا بدفع حقوق التسجيل طبقا لأحكام قانون

رقم 76 -105⁽¹⁾

وان هذه الحقوق تفرغ لدى قابضة الضرائب المختصة ثم يستخرج الموثق اصل عقد القسمة الرضائية الذي

يحمل تأشيرة التسجيل ونسخة من كشف التسجيل مع مخالصة الدفع

2/ شهر عقد القسمة الرضائية

هذه النقطة بالذات لها دور عظيم في تطهير العقد من العيوب العالقة به ويصبح التصرف قانونيا ويمكن

الاحتجاج به سواء بين المتعاقدين (المتقاسمين) أو اتجاه الغير ⁽²⁾ ذلك ان ملكية العقار لا تنتقل الا بعد مراعاة

المادة 793 ق. م

ولعل الهدف من ذلك تحقيق الاستقرار في التعامل في العقارات واعلام الغير عن وضعيتها الفعلية القانونية

وقد نصت المادة 15⁽³⁾ على ان أي عقار لا وجود له بالنسبة لخارج أطراف العقد إلا من تاريخ يوم إشهار العقد

في مجموعة البطاقات العقارية المكونة لسجل العقاري .

حتى لا اطليل بعد التحرير التسجيل فيتم شهر عقد القسمة الرضائية (الاتفاقية) بالمحافظة العقارية صاحبت

الاختصاص ، الذي يقع العقار بها وهذا بعد التأكد من شروطه القانونية (الشكلية الموضوعية) ودفع الرسوم

المقدرة وفق قانون المالية 2015

⁽¹⁾ راجع قانون رقم 105 76 المتعلق بالتسجيل المعدل والمتمم بقانون المالية لسنة 2015 المؤرخ في 2014/12/31

⁽²⁾ هو طرف خارج مجلس العقد

⁽³⁾ الامر رقم 74 /75 الصادر بتاريخ 12 / 11 / 1975 المتضمن اعداد مسح الاراض العام وتأسيس السجل العقاري

لكن يتسأل أحد الاطراف ما هي مصاريف عقد القسمة الرضائية ، والتي يتم ايجازها في المطلب الثاني

المطلب الثاني :

مصاريف⁽¹⁾ العقد (دفع الرسوم المقررة)

على الموثق أن يتأكد من وجود كافة الاطراف وأهميتهم ، وأن يشرح لكل شريك قيمة حصته قبل الافراز ونصيبه من العقار بعد الافراز .

وحسب المادة 28 من القانون رقم (88-27) المتضمن مهنة التوثيق " يحصل الموثق الحقوق والرسوم . ليودع فيه المبالغ التي يجوزها " .

ونستخلص من المادة اعلاه أن الموثق اضافة إلى المهام التوثيقية المسندة اليه يقوم ولفائدة خزينة الدولة بتحصيل الرسوم القانونية اي الضرائب التي يقبضها الموثق من الاطراف المتعاقدة لفائدة ولصالح الخزينة هي رسوم التسجيل ، الطابع الجبائي، وضريبة القيمة المضافة

ومن الحقوق المترتبة⁽²⁾ على تسجيل عقد القسمة الرضائية سنذكره في الفرع الاول من هذا المطلب اما الفرع الثاني فنخصصه حقوق مكتب التوثيق

الفرع الاول: حقوق التسجيل

هذه الحقوق المنوه الامر رقم (76-105) المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل

وتتلخص الاجراءات التي يسلكها الموثق في ادائه لعملية التحصيل .

1- يحصل على رسوم التسجيل من الاطراف المتقاسمة يودعها في حساب المكتب المفتوح في خزينة الولاية

(1) يقصد به المبالغ النقدية التي تبحث عن اتعاب الموثق

(2) اقتباس من كتاب قانون التوثيق للأستاذة مليكة بعاى فيما يخص الاجراءات التوثيقية الرسمية .

2- يدفع الموثق رسوم التسجيل إلى المصلحة الجبائية وقت تسجيل عقد القسمة الرضائية بسحب شيك)

(صك) من حساب المكتب بمبلغ الرسم المحدد قانونا

3- تدفع رسوم الطابعي كشوف مخصصة

4- أن حقوق التسجيل قد تكون ثابتة ، نسبية أو تصاعدية تبعا للمعاملات العقارية

وإن في هذه المسألة المتقاسمة بين اطرافها تكون مناصفة في حقوق التسجيل طبقا لأحكام قانون التسجيل

رقم (76-105)، أما مصاريف الكتابة عند السيد الموثق فيه نوع من العدل والانصاف⁽¹⁾

• حقوق الشهر العقاري

هذه النبرة فإن الموثق يدفع قيمة رسم الشهر بسحبه شيكا من حساب المكتب إلى المحافظة العقارية التي يتبع

لها العقار محل عقد القسمة الرضائية وقت قيامه بإجراءات شهر العقد .

الفرع الثاني: حقوق مكتب التوثيق

طبقا لأحكام المادة 28 من قانون رقم (88-27) وبموجب المرسوم التنفيذي رقم (90 - 81) المؤرخ في

13 - 03 - 1990 الذي يحدد كفيات دفع اتعاب الموثق مقابل خدماته

وكذا المرسوم التنفيذي رقم (91-183) المؤرخ في أول يونيو 1991 يعدل ويتمم المرسوم المنوه به اعلاه⁽²⁾

هاهو المرسوم التنفيذي رقم (08 - 242) المؤرخ في 03 / 08 / 2008 الذي يحدد العاب الموثق الصادر

بالجريدة الرسمية العدد 45

حيث أن اتعاب الموثق يكون تبعا لنوعية العقد أو تحتوى على تعويض اعداد وتحرير العقد ، تعويض

النفقات ولمزيد من الاطلاع عليكم الرجوع اليه والذي ينصب على العدد 45 من سنة 2008

⁽¹⁾ هو اليقين الذي يأخذه السيد الموثق على عاتقه من الامتثاليه والصدق في تصرفه المتين .

⁽²⁾ المحدد للتعريفات بالدينار الجزائري أو النسبة .

وان حقوق مكتب التوثيق يعود لأصلاته وتبنيته بالنصوص القانونية التي لا يمكن للمتدرس أو الدارس أو المحلل أن يزيد فيها أو ينقص نظرا لارتباطه بالتشريع وقواعده الملزمة .

والحق في الحقيقة هي سلطة يعطيها القانون للموثق ان يسحب مبالغ من أرصدة الزبائن لتسديد الحقوق وما يليها في حدود ما يرسمه القانون وما تقتضيه النصوص التطبيقية .

المبحث الثاني :

الآثار المترتبة على قسمة العقار

إن حصة الشريك في الشيوع موجودة من خلال العقار كله وفي حالة أعمال القسمة يتحصل كل شريك بنصيب في ها المال وعليه فإن الشريك في نصيب مفرز من المال يخلص له دون سواه من الشركاء، وهنا كان الأثر الجوهري للقسمة هو عامل الافراز بنوعيه القضائية والاتفاقية، و إذا كان الهدف من عامل القسمة هو إختصاص كل شريك بنصيب من يختص به دون سواه من الشركاء ولهذا من الواجب ان النصيب التي تحصل عليها كل شريك من طرف القسمة لوجود من التصرفات السابقة على القسمة، غير ان الى فقهاء القانون إختلفو في موضوع تحديد الزمن الذي يصبح فيه الشريك مالكا ملكية مفرزة للنصيب المفرز الذي آل إليه .

فالبعض يرى أن الاثر المتضمن على عقد القسمة هو عبارة عن أثر ناقل وكاشف ، واما الرأي الآخر فيرى أنه أثر كاشف، وهناك من يرى بأنه ناقل واتجاه آخر يذهب الى القول بأنه أثر رجعي

وعليه سأحاول دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين اتناول في المطلب الأول الاثر الكاشف للقسمة وأخصص المطلب الثاني للاثر الرجعي والناقل للقسمة .

المطلب الاول:

الاثار الكاشف للقسمة

من النتائج والاثار المترتبة على عقد القسمة الودية ماسيى ويدعى الاثر الكاشف ، لأن القسمة عبارة

عن إفراز نصيب معلوم ومقدر بنسب يعرفها كل شريك في العقار

وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة فقد نص في المادة 730 من القانون المدني (

يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن تملك في الشيوع ، وأنه لم يكن مالكا على الاطلاق لباقي

الحصص الأخرى)(1)

وهنا اعتمد المشرع الجزائري فكرة الاثر الرجعي ، وذلك بإعتبار ان الشريك يعتبر مالكا وحده لهد

النصيب او الجزء المفرز من زمن تملكه على الميراث أعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت

حدوث القسمة ، واما إذا كان التملك في الشيوع بالشراء إعتبر مالكا للجزء المفرز من وقت شراء العقار الشائع ،

لامن وقت تمام القسمة كضمان لحصول كل شريك على حصته خالية من تصرفات الشركاء الاخرين قبل إجراء

القسمة .

ومقابل ذلك لايعتبر الشريك أنه قد تملك في اي لحظة مال آخر مفرز في نصيب اي شريك آخر ،

فلايعتبر قد تملك أي نصيب في حصة أحد الشركاء الاخرين ، حيث أن للقسمة أثرا غير الاثر الكاشف حيث أنها

لاتكشف فقط مايملكه الشريك لنصيبه المفرز الى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه

القسمة .(2)

إن الاختلاف والنقاش الكبير الذي تمحور بين فقهاء القانون لوضع تعريف بالآثر الكاشف، للقسمة

(1) المادة 730 من القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 947

نظرا لاهميته وعلاقته بالقسمة والاثر المترتب عليهما ، حيث ان الاثر الكاشف يعني أن القسمة لا تمنح للمقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل، حيث لا تنشئلاي شريك حقا جديدا لم يكن له من قبل ، إنما تكشف عن حق ملكية منذ أن بدأ في الشروع

وعليه فأن التصرف الكاشف من خلال تعريفه الواسع يستند الى التصرف القانوني أصلا، واما القسمة تعتبر من التصرفات وليست عمل من اعمال الادارة ، والتصرف تعبير عن الارادة يسعى جاهدا الى احداث أثر قانوني او تعديل وضع قانوني قائم بإرادة منفردة أو بتوافق إرادتين والتصرف أحد عناصر حق الملكية حسب القانون المدني الجزائري والمالك على الشيوع يستطيع استعمال واستغلال حصته المشاعة والتصرف فيها حسب رغبته ،دون إلحاق الاضرار ببقية الشركاء⁽¹⁾ والتصرف هو سلطة المالك في أن يستخدمالشيء ويقرر عليه سلطته كليا أو جزئيا .

ومن خلال العهد الروماني يرى فقهاء ذلك العصر أن القسمة ناقلة للملكية وهي عبارة عن عملية مقايضة وهذا يقتصر على أن لكل شريك حصة في كل جزء من أجزاء العقار الشائع وإذا تمت عملية القسمة أصبح لكل واحد منهم مالكا لجزء مفرز ملكية خاصة دون أن يكون للآخرين أي حق في هذا النصيب،فهي تقوم على أساس مبادلة المتقاسمين لخصصهم الشائعة بحيث يقوم كل متقاسم التنازل عن حصته في الاجزاء المفرزة التي إستقل بها شركاه مقابل تنازل شركائه عن الحصص الشائعة في للانصبه المفرزة والتي أصبحت ملكا له⁽²⁾ ومن هنا يتحقق الافراز جراء نتيجة عملية مبادلة أو مقايضة .

ولأجل ذلك سأتناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين

⁽¹⁾ قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة العقارية) بتاريخ 24-06-1999 ملف رقم 186043 ، مجلة قضائية 2004 ، ع 2، ص 190

⁽²⁾خالدي احمد، مرجع سابق، ص 146

الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف

الفرع الأول : نطاق تطبيق الأثر الكاشف

من أجل تحديد مجال الأثر الكاشف للقسمة الرضائية لابد من توضيح التصرفات التي قد يترتب عنها هذا الأثر ، والاموال التي ينطبق عليها ، بالإضافة الى الاشخاص الذين يقوم عليها هذا الفعل .

اولا: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

من خلال الأثر الكاشف للقسمة الرضائية تقتضيه وظيفة وعمل القسمة ذاتها ، ويتطبق هذا الأثر على كل عمل يحتوي على أنه قسمة نهائية ، فيكون له أثر كاشف ، وبالتالي يكون عملا كاشف ، وذلك بأن العمل يؤدي الى إختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل

وبالتالي شمل جميع العقار أو جزاءا منه حتى أصبح جميع الشركاء أو بعضهم ، حق التصرفات في هذا المجال تشمل عملية القسمة الرضائية ، أو مايساويها .

إن القسمة عبارة عن تصرف يوحي الى اختصاص كل عنصر شريك بنصيبه مفرزا من العقار الشائع ، ولا ضرر أن يصل الافراز لجميع الشركاء ، وبالتالي تبقى حصة البعض الآخر شائعة ، وعليه فالقسمة تقتزن بمعدل أو لاتقتزن ، وتكون رضائية ، أو قضائية ، أو بحكم القانون .

1./القسمة العينية البسيطة :

وهي القسمة الموجدة والتي يختص فيه كل شريك بكامل حصته عينا من العقار وهي المصدر ، ولذلك تعتبر أول تصرف يثبت لها الأثر الكاشف للقسمة الرضائية والقسمة العينية سواء كانت نهائية ، أو فعلية بقوة القانون بوجود عامل قسمة المهابة المكانية التي عمرت خمس عشر سنة وذلك حسب الفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني أو سواء كانت نابعة من القضاء أو إتفاقية تثبت لها الأثر الكاشف .

وعليه لا يجب أ تشمل القسمة على جميع الاموال و الشركاء ، حيث أن بعض الشركاء بنصيبهم مفرزا ويبقى الشركاء الاخرين على الشيوع ، وأن يختص كل الشركاء بنصيبه في العقار ، ويمكن أن يقسم الى قسمين،فتحصل مجموعة من الشركاء بقسم يملكونه على الشيوع فيما بينهم ، ويتحصل باقي الشركاء بالقسم الآخر على الشيوع مع بعضهم البعض

وهنا نرى بأن القسمة في هذه المرحلة لم تفرز لكل شريك في حصته ، إلا أنها أفرزت نصيبين لكل منهما لبعض الشركاء وهي مايدعى بقسمة الطبقات وهو موجود في حياتنا اليومية ومثال ذلك شخص ما يتزوج بزوجتين ثم ينجب الأولاد ،حيث تقيم كل زوجة وأولادها في منزل مستقل عن الاخر وفي حالة وفاة الزوج تتم عملية إتفاق بين الورثة على أن تختص كل عائلة وابنائها بمنزل دون أن يقسم ها المنزل بين الابناء في كل مجموعة ، ونتسطيع القول بأن الأثر الكاشف للقسمة العينية يعتبر عند إتفاق الشركاء على قسمة أحد العقارات الشائعة بينهم مع ضرورة بقاء العقارات الاخرى على الشيوع فيما بينهم⁽¹⁾

2/ القسمة العينية بمعدل :

لا بد من إلزام الشريك الذي بموجب تحصله على حصة عينية تفوق نصيبه ،بأن يتم تعويض الشريك الذي تحصل على حصة أقل من حصته في العقار الشائع بمعدل عما نقصه من القسمة ، وهذا المعدل من البدهي أن يحدث تغيير من طبيعة القسمة ويترتب عنها الأثر الكاشف على طريقة القسمة الرضائية .⁽²⁾

3/ القسمة عن طريق التصفية :

إذا استحالة القسمة العينية ، بيع العقار الشائع بالزاد العلني ،ويقدم لكل شريك حصته ، و توجد بعض من النقاط اذا بيع العقار الشائع لأحد الشركاء، او تم البيع لصالح أجنبي وهذا على النحو التالي .

⁽¹⁾خالدي احمد، مرجع سابق، ص ص 156/155

⁽²⁾خالدي احمد، ص 157

إذا تملك العقار الشائع أحد الشركاء يكون البيع قسمة لها أثر كاشف ، وعليه فالشريك قي تملك منذ نشوء الشيوغ ، ولذا يتم إسقاط تصرفات كل الشركاء الآخرين من خلال هذا المال الذي صدرت عند الشيوغ ، وفيما تصرفات النتاجة عنم للشريك الذي وقع في حصته وأخيرا يتم إثباتها .

وفي الحالة التي يكون فيها الراسي عليه المزاد أجنبيا ، فإن التصرف يكون بيعا بين الشركاء ، والاجنبي الذي رسا عليه المزاد ، ويمكن للشخص الذي قام بعملية الشراء ، أن يطهر العقار المباع من الرهن والحقوق التي رتبها عليه أثناء الشيوغ⁽¹⁾ ، وينطبق الأثر الكاشف في العلاقة الموجودة بين الشركاء ، من خلال توزيع المبلغ الذي رسا به في المزاد ، حيث لا يكون محدد بصفة نهائية حق كل شريك في المبلغ من ومن رسو المزاد ، إنما يتوقف هذا التحديد على ما يصل الى الشريك من المبلغ أثناء عملية القسمة بين الشركاء ، وعليه إذا ذهب المبلغ جله الى الشريك واحد أعتبر الشريك قد تخصص بمقتضى القسمة بالمال المبيع وحده ، وهو الذي تمت عملية بيعه للشخص الأجنبي ، وعليه لاتنفذ التصرفات التي كان قد أبرمها مع الشركاء في الشيوغ في حقه وهنا فإن تصرفاته تبقى ، ولكن إذا تمت عملية تقسيم المبلغ بين الاطراف الشركاء كلهم يصبحون بائعين وأما تصرفاتهم عند الشيوغ باقية فيما إختص به المبيع .⁽²⁾

4./ عملية الاتفاق الذي يكسب الشريك ملكيته لحصص باقي الشركاء :

بإمكان أحد الشركاء بموجب إتفاقه مع الشركاء الآخرين في العقار ، أن تتم عملية شراء جميع الحصص الشائعة بحيث يصبح مالكا للعقار جله⁽³⁾ ، وفي نظر القانون والمختصين ، أن التصرف والعمل الذي هو نابع من القسمة ، من خلال التصرف بعوض يترتب عنها الأثر الكاشف ، بالاضافة أن الهبة توجي وتؤدي الى إختصاص الشريك بمال مفرز حيث تعتبر تصرفا ناقلا ، ولا يمكن أن ينجر عنها أثر كاشفا ، ولكن العكس فهناك من

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 960

(2) عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 229

(3) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 960

يقول ويرى على أنه مادمت القسمة الرضائية تؤدي الى تغيير في حق الشريك من خلال أنه يختص بمال مفرز ، حيث لم يعد مقبولاً التفرقة نظراً لنوع التصرف الذي يوحى لهذا التغيير والتحويل ، ومن حق الشركاء حماية مصالحهم بواسطة الدعوى غير المباشرة حيث تصبح الهبة غير نافذة من حقهم (1).

وإذا بيع العقار الشائع من خلال المزاد ، ورسا المزاد على بعض الشركاء في الشيوخ ، حيث يكون الشركاء الذين رسا عليهم المزاد بدلاً للشركاء الآخرين بمقدار حصصهم ، أما في حالة ما تمت عملية بيع أحد الشركاء على الشيوخ حصته من العقار الشائع لأحد الشركاء ،، فتحصل نصيب أو حصة المشتري وبقاء التركة بينه وبين الشركاء. الآخرين ، وبالإضافة الى عملية بيع أحد الورثة حصته من التركة الى الورثة كلهم على الشيوخ وذلك لسبب عدم إختصاص أحد الشركاء بحصة مفرزة و إنما إرتفعت حصة المشتري ، مع أن الشيوخ يبقى قائماً بينهم ، وعليه لا يترتب على جميع هذه التصرفات الأثر الكاشف ، لكونها لم تؤدي الى إفراز للملكية بل تم نقصان احد الشركاء وهو ما يعرف هذا تخارجاً ، ويكون التخارج بيعاً من أن تتم عملية بيع بين أحد الورثة حصته ، من التركة لأحد الورثة ، وكما أنه يدفع مبلغ من المال الخاص (2).

ثانياً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

المعروف أن الأثر الجوهري للقسمة هو اختصاص كل شريك بنصيب مفرز يعادل نسبة في المال الشائع، لذلك فإن الأثر الكاشف على كافة الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة سواء كانت الأموال عقارات، أو منقولات او حقوقاً ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف أما غيرها، التي يتصرف فيها بمناسبة القسمة لا يسري عليها الأثر الكاشف للقسمة لأنها لم تكن شائعة قبل القسمة ويؤدي ذلك إلا أنه لا يكفي أن يثبت حق لأحد الشركاء بمناسبة القسمة لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق⁽³⁾ لذلك فإن الأثر الكاشف للقسمة

(1) خالدي احمد، مرجع سابق، ص 159

(2) خالدي احمد، مرجع سابق، ص 160

(3) عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 232

لا ينطبق على ما يلي :

1/ معدل القسمة : يلجأ المتقاسمون عند استحالة تساوي الحصص في القسمة إلى الإستعانة بالمعدل ، وذلك بأن يعوض الشريك الذي حصل على نصيب أكبر الشريك الحاصل على نصيب أقل من حصته ويمكن ان يكون المعدل مبلغا من النقود وقد يكون عقارا او منقولاً وهذا المعدل لا يسري عليه الأثر الكاشف.

فان كان المعدل التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر عقارا يملكه القسمة في هذه الحالة لا تكشف عن ملكية المعدل العقاري لكنها ناقلة للملكية إلى المتقاسم الآخر ويصبح الشريك الذي آل إليه هذا العقار خلفا للشريك الأول الذي دفع المعدل ، بحيث تبقى التصرفات التي رتبها صاحب العقار

نافذة وتنتقل إلى خلفه، كما أن العقار المقدم كمعدل لا تنتقل ملكيته الا بالتسجيل (1)

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

ثالثا/ نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص :

يسري الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين من الشركاء أو الغير ويكون الأثر الكاشف حجه على المتقاسم سواء كان الشريك أصليا أو طارئا فيسري على جميع الورثة وكل شخص غير وارث انتقل إليه نصيب الوارث في الشيوع قبل القسمة (3) فلا تنفذ في حق الشريك التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 962

(2) العطار عبدالناصر، شرح احكام حق الملكية، دار الفكر العربي، 1991 ص 152

(3) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 963

العقار فمثلا إذا رتب أحد الشركاء رهنا على القار وكان الرهن على العقار كله أو جزء معين لا يحق للدائن الإحتجاج بالرهن على شريك آخر وقع في نصيبه عند قسمة هذا العقار ، أو جزء من هذا العقار حيث يأخذ المتقاسم حصته خالية من أي حق رتبه الشركاء الاخرين بفضل الأثر الكاشف⁽¹⁾

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على الأثر الكاشف :

كما رأينا خلال البحث فإن الأثر الكاشف للقسمة قام بدور أساسي في إعادة تقييم الآثار المترتبة على القسمة لما يتلائم مع طبيعتها وما يخدم طبيعتها وما يخدم مصلحة المتقاسمين ، ويترتب على الأثر الكاشف ثلاث نتائج في غاية الأهمية وهي سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على نصيب مفرز آل الى غيره، وعدم إعتبار القسمة سببا صحيحا لتقادم القصير ، وتستجيب القسمة للإحتجاج بها وندرس هذه النقاط في مايلي :

اولا: مصير التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على المال الشائع :

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

المتقاسمين على المال و هذه نتيجة جوهرية للأثر الكاشف⁽²⁾، ولا فرق بين هذه الحقوق سواء كان حق عينيا اصليا او حقا عينيا تبعا، ولا يغني في كون ذلك الحق قد سجل واشهر⁽³⁾ وقد خفف المشرع الجزائري من الأثر الكاشف لقسمة حيث استثنى من اثر الرجعي الرهن الصادر من جميع المالكين للعقار الشائع أين كانت النتيجة المترتبة على القسمة ، وحتى في حالة بيعه إذا لم يمكن قسمته.

(1) عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 247

(2) العطار عبدالناصر، مرجع سابق، ص 154

(3) عبد المنعم فرج الصده، نفس المرجع، ص 254

كذلك في حالة تصرف أحد الشركاء ورهن حصته الشائعة أو جزء مفرز من هذا العقار، وبعد القسمة وقع وفي نصيبه أموال غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان الخاصة به بما يعادل قيمة العقار الذي رهن في الأصل⁽¹⁾

ثانيا: عدم التمسك في التقادم الخماسي

اعتبار قسمة كاشفة لحق الشريك منذ بدء الشروع ومحددة لنطاق هذا الحق يترتب عليه ان القسمة ليست سند تملك للمتقاسم الذي آل إليه الحق نتيجة للقسمة، ولذلك فإنها لا تصلح لأن، تكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير ، فإذا اتضح أن العقار الذي قام بقسمته الشركاء لم يكن مملوكا له، لا يصح للمتقاسم الذي سجل القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا يمكنه من التملك إذا استمرت حيازته خمس سنوات⁽²⁾

ثالثا: تسجيل القسمة العقارية وشهرها :

نصتالمادة 15 من قانون التسجيلعلى (كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ...) ⁽³⁾

لذلك فإن عدم تسجيل وشهر القسمة ينتج عنه عدم إنتقال الملكية في ما بين المتعاقدين وبالنسبة لغير بل تنشأ عن ذلك مجرد إلتزامات بين المتقاسمين حيث يصبح الشريك مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه ، إلا انه لا يمكنه الإحتجاج بهذه القسمة في مواجهة الغير إلا بعد شهر القسمة ، ويقصد بالغير في المادة من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع وأشهره قبل شهر عقد القسمة.

والقسمة العقارية في التشريع الجزائري يجب إشهارها لإحتجاج بها بالنسبة للشركاء في ما بينهم ، أو

⁽¹⁾ في هذا الصدد انظر المادة 890 من القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم.

⁽²⁾ خالدي احمد، مرجع سابق، ص 169

⁽³⁾ المادة 15 من الامر(74-75) المتعلق بقانون التسجيل المؤرخ في 12-11-1975 المعدل والمتمم

بالنسبة للغير ، حيث لا فرق بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار ، وتصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر

المطلب الثاني

الأثر الرجعي والناقل للقسمة:

خلصنا مما سبق ان القسمة تصرف كاشف ، وأنها لم تنشأ حقا جديدا للمتقاسم لم يكن له انما أدت القسمة إلى تقرير ما كان للمتقاسم من حق ، وإيجاد تطابق بين نطاق حقه املعنوي ونطاقه المادي ويصبح كل نصيب مفرزا ، لكن هذا الأثر الكاشف لا يكفي وحده ، ويدور الاستفهام خاصة عن مصدر الحق الذي كشفت عنه القسمة وتاريخ قيام هذا المصدر .

وفي هذه الحالة يؤدي الأثر الرجعي دوره ، لأن الأثر الرجعي يراد به أ، كل متقاسم كان مالكا ملكية مفرزة منذ وقت بدء الشيوع النصيب الذي حصل عليه بالقسمة وهو ما سأدرسه بالفرع الأول ، أما في الفرع الثاني فأدرس فيه الأثر الناقل لقسمة

الفرع الأول: الأثر الرجعي للقسمة

طبقا للمادة 730 من القانون المدني التي تنص (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ تملك في الشيوع وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى) إعتمد المشرع الجزائري فكرة الأثر الرجعي للقسمة ، وأغفل أثرها الكاشف فحسب النص يضمن المتقاسم حصوله على نصيبه من العقار خاليا من تصرفات شركائه قبل إجراء القسمة ، ويلاحظ من النص أنه كرس الأثر الرجعي للقسمة إذ ساير المشرع الجزائري المشرع الفرنسي ، والفقهاء التقليدي في إعترا فالأثر الرجعي للقسمة ، إلا أنه في مواطن

كثيرة من القانون المدني استبعد فيها هذا الأثر⁽¹⁾.

وقد احتدم النقاش بين فقهاء القانون حول تقرير الأثر الرجعي للقسمة ، إل أن معظم شراح القانون

(1) خالدي احمد، مرجع سابق، ص 170

يعتقدون أن المشرع نص على الأثر الرجعي للقسمه إلا في حدود ما يراه ضروريا لذلك حماية للمتقاسم من الحقوق العينية التي يمكن ان يرتبها احد الشركاء على العين الشائعة اثناء الشيوخ، وفكرة الأثر الرجعي تعتبر افتراضا مخالفا للحقيقة، لأن المال الذي حصل عليه المتقاسم كان خلال الشيوخ مملوكا لكافة الشركاء قبل القسمه ولم يستأثر بحصته الا بعد القسمه⁽¹⁾

ومما يدل على ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 714 مدني بقولها (وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمه من نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمه ، وللمتصرف اليه الحق في أبطال التصرف إذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها في مفرزة)

يبدو جليا من نص المادة ان المشرع استبعد جملة الأثر الرجعي للقسمه وأبقى على صحة التصرف حيث ينتقل حق المتصرف إليه إلأى الجزء الذي وقع في القسمه في نصيب المتصرف، ومنع المتصرف إليه من طلب الإبطال إلا على أساس الغلط.

كما نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 890 مدني على (إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمه أعيان غير التي رهنها إنتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل)

حيث ينفي المشرع الأثر الرجعي للقسمه صراحة ويبقى الرهن صحيحا ومرتبه ، ولكن بتغيير محله إلى الأعيان التي وقعت في نصيب الشريك الراهن بما يعادل قيمة المرهون ، بالرغم من وقوع النصيب المرهون في غير نصيب الراهن.

وابقى المشرع الجزائري الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع نافذا ايا كانت نتيجة قسمه العقار

(1) العطار عبدالناصر، مرجع سابق، ص 155

وكذا في حالة بيعه لعدم امكان قسمته ووقوع مزاده على احد الشركاء في الفقرة الاولى من المادة 890 مدني .

كما أكد المشرع الجزائري نفيه للأثر الرجعي للقسمة في مسألة ضمان الغبن في القسمة الرضائية وذلك بتقدير قيمة المال وقت القسمة، ولو كان للقسمة أثر رجعي لكان التقدير على أساس القيمة وقت بدء الشروع وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 731 والمادة 732 مدني

وبمقابلة نصوص هذه المواد المذكورة سابقا المنكرة للأثر الرجعي بنص المادة 730 مدني جزائري والتي يفهم من خلالها أخذ المشرع بالأثر الرجعي يبدو الموقف غير واضح إلا أنه يمكن وضعه في خانتين:

-محاولة المشروع مسايرة الفقه التقليدي في فرنسا بالأخذ بالترايف بين الوصف الكاشف بالأثر الرجعي للقسمة، ويكون عند ذلك الافتراض مخالف للواقع حيث تفسر المادة 730 ق.م تفسرا ضيقا ويعمل بالرجعية فقط في حالة حماية كل متقاسم من تصرفات شركائه فيما أفرز له بالقسمة من نصيب.

-أو أن المشرع أساء التعبير عما يرد بلوغه من خلوص النصيب المفرز لكل شريك متقاسم خلوصا تاما لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقين دون إنكار فترة الشروع، وان إرادة المشرع الحقيقية كانت متجهة من خلال النصوص السابقة إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة .

ويبدو ان التفسير الثاني لموقف المشرع الجزائري هو الأفضل لأنه يلاءم طبيعة القسمة ووظيفتها ويتفق مع النصوص القانونية الأخرى التي يستبعد فيها المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة وكذلك بعده عن المجاز وافتراض بعض المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي⁽¹⁾ ومنها :

- تكون الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشروع من حق الشركاء كل بحسب نصيبه الشائع ، وحين اختصاص الشريك بنصيبه المفرز من المال الشائع، ليس له المطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من وقت بدء الشروع بأثر رجعي، انما يستأثر بها كل من وقت القسمة⁽²⁾

(1)خالدي احمد، مرجع سابق، ص174

(2)خالدي احمد، مرجع سابق، ص173

- العبرة في تكوين الحصص حسب قيمة الأموال الشائعة وقت القسمة (المادة 732 مدني) وحالة تطبيق الأثر الرجعي للقسمة فإن التقدير يكون بقيمة المال حين بدء الشروع.

- في حالة صدور قانون جديد أثناء الشروع يقرر قواعد جديدة للقسمة تختلف عن قواعد القانون القديم، يجب تطبيق قواعد القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره ، ولا يمكن تطبيق الأثر الرجعي لأنه في هذه الحالة سيطبق القانون القديم⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفروض المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلصت له ملكيته كاملة من وقت القسمة فلا يمكن الاحتجاج عليه بتصرفات شركائهم في الشروع في هذا النصيب أثناء فترة الشروع

الفرع الثاني : الاثر الناقل للقسمة

هناك من رأى بأن القسمة ناقبة لعملية الملكية وذلك عن طريق المقايضة ، من خلال بناء على كل شريك له نصيب في كل ذرات الشيء أثناء الشروع ، وإذا ما أفرز نصيب كل شريك أصبح مالكا لهذا الجزء ملكية خاصة ، وعليه دون أن يصبح في هذا النصيب حق وملك لأحد الشركاء وهذا في نظر فقهاء الرومان بينما يرى فقهاء القانون أن التصرف الكاشف هو ذلك التصرف الذي يرجع ويستند الى حق سابق معلوم وموجود من خلال القيام بالتغيير في بعض من عناصره ، يمحو ما كان يعترض مباشرته من عواقب ، أو بالاحرهم ذلك التصرف الذي يقتصر على التعديل في بعض عناصره ، حق ثابت للمتصرف إليه قبل التصرف ، أما التصرف الناقل لعملية الملكية ، هو الذي بموجبه ينقل للمتصرف إليه حقا لم يعد ولم يكن موجود من قبل وخير مثال على هذا كعقد البيع⁽²⁾ .

إن كان الحق يبقى ثابتا من خلال إنتقاله لشخص آخر ، والذي يتغير وحده فقط صاحب الحق ، وعليه

فهل يمكن أن تكون القسمة الرضائية أثر ناقلا

(1) عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 259

(2) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 287

إن التصور السائد لدى بعض كل من فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية وبالإضافة الى فقهاء الرومان ، أن الأثر الناقل للملكية هو عبارة عن الآلية التي بموجبه تحويل الانصبه الشائعة الى أنصبه مفرزة وهي عملية مبادلة ، ومقايضة بينهما ، حيث يقدم بمقتاضها كل شريك الى غيره من الشركاء ما كان له من حصة شائعة في الاجزاء التي إختصوا بها ، في مقابل تلقيه ما كان لكل واحد منهم من حصة شائعة وقع فيما إختص هو الآخر به .(1)

ومن خلال هذا التعريف يوضح لنا صورة القايضة ومفهومها ، وتعتبر عملية مبادلة الأنصبه الشائعة بين الشركاء أثناء إجراء القسنة ، ولذلك تعتبر ناقلة للملكية بحيث هي إحدى صور البيع التي يكون فيها المبيع والثمن من نفس الشئ ، ومادامت القسمة الرضائية قد أحدثت واصبحت هذه المبادلة تابعا لذلك وهي أيضا بدورها ناقلة للملكية .

وبالرغم من إتفاق فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية وكذا فقهاء الرومان سلفا أن عملية القسمة لها أثر مزدوجا ناقلا ، وكاشفا ، إلا الفقهاء الرومان قد إعتمدوا وغلبوا فكرة الأثر الناقل ، بالمقابل فقهاء الشريعة الاسلامية الذين بدورهم أخذوا بالآثرين ،المبادلة والافراز وكانوا أكثر تركيز ودقة من الفقهاء الرومان ، وتحلى ذلك في أن الأثر الناقل يكون فقط بالنسبة للأجزاء التي تمت فيها عملية القايضة بين الأطراف الشركاء ، وعليه فالأثر الكاشف يكون بالنسبة للحصة الشائعة التي لكل شريك قبل القسمة الرضائية في حصته المفرزة وبحيث أنها إندمجت في هذا النصيب وبقيت فيه بعد القسمة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 950

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال هذه المذكرة توصلت إلى ان عقد القسمة الرضائية التي يقع على عقار مشاع بين الاطراف لا يتم بالسهولة المتعارف عليها لدى العامة من الناس بل يتطلب اجراءات معقدة وشاقة وتحريات وكشف عن نية المتعاقدين للوصول الى ازالة حالة الشبوع والاخراج منها ولا يأتي ذلك الا بهذه الوسيلة والاداة القانونية التي منحها

القانون اياهم

والمشرع الجزائري اخضع المعاملات العقارية إلى رجل قانون متشبع بروحه مستمد معارفه من ثناياه ويحافظ على الاطار القانوني للأطراف والنظام العام حتى لا تعم وتنتشر الفوضى وتكثر النزاعات بين الناس فهذا العقد حجة اثبات بين المتعاقدين وعلى الغير، نتيجة اعطائه العقود القانونية والالزامية من طرف الضابط العمومي المنصوص عليها في المادة 324 مكرر حتى اكتسبه الحجية الكاملة

وان الاجراءات التي قام بها الموثق من الاعداد والتسجيل والشهر العقاري جعلت منه وثيقة رسمية اضاء عليها الصبغة الرسمية من قبله المخول له القانون هذه المهمة.

ويعتبر الموثق حكما بين الاطراف المتعاقدة لقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا إذا تداينت بدين إلى قوله وليكتب بينكم كاتب بالعدل " الذي يظهر نيتهم ويفرغها في قالب الرسمي حتى يقضى على أي اشكال قد يقع في المستقبل حيث أرى أفضل الوسائل للخروج من حالة الشيعوخ نهائيا فيه عدة نواحي ، حرية الشركاء ، قلة النزاعات ، الاستقرار الدائم وهذه العوامل والظروف التي دفعت المتقاسمين الى القيام بالإجراءات القسمة الرضائية وكان منشؤها ارادة الاطراف في فض الشيعاء وارتداء ثياب الاطمئنان والاستقرار ضمن ما آل اليه من الافراز وما استحقه من نصيب ثابت بعيد عن النزاع ، أساسه الصراع ذلك هو العقار الذي حيرى العقول

التوصيات و المقترحات:

1/ اضافة نص صريح يفيد بان القسمة الرضائية للعقار ما هي إلا مبادلة وافراز للحصص الشائعة اسوة بالأنظمة القانونية الأخرى، وخاصة أن بعض اجراءات القسمة امام دائرة التسجيل تاخذ طابع البيع.

2/ على المشرع أن يسن نظام قانوني واحد يسري على العقار حتى يكون الأثر المترتب على القسمة هو واحد وخاصة إذا علمنا أن هناك عدة قوانين تطبق على العقار.

3/ تعديل المادة 729 قانون مدني بالنص صراحة على امكانية تدخل الدائنين في القسمة الرضائية مثل ما هو الحال بالنسبة للقسمة القضائية وذلك بالسماح للدائنين بالتدخل في القسمة الاتفاقية لحماية مصالحهم من تواطأ الشركاء ، خاصة وان الأنظمة القانونية الاخرى كالقانون الفرنسي عالج ذلك

4/ تخويل الشريك الذي استحق نصيبه من الاختيار الحق بين فسخ القسمة أو طلب التعويض

5/ ضرورة اعادة النظر في نص المادة 730 من القانون المدني نظر لما يترتب عنها من نتائج ضارة من إعتبار القسمة ذات أثر رجعي وذلك من خلال صياقة النص على أن القسمة ذات اثر كاشف.

6/ النص على تصرفات السفية وما يشابهه وأثرها والتمييز بين تصرفاتهما المبرمة قبل تسجيل قرار الحجر، والتصرفات المبرمة قبل صدور قرار الحجر.

الملاحق

قائمة المراجع والمصادر

1/ المؤلفات الفقهية:

- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، طبعة ثانية، 2001
- نور الدين مصباح، معجم الوسيط، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2005،
- مُجَدَّ عبد الرحمن الصبوني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي،

- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، دار النشر، 2000
- مناني فراح، العقد الالكتروني، دار الهدى، عين مليلة، الطبعة الأولى، 2009،
- مُجّد حسنين، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- جعفر عرارم، القوانين العقارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2009
- خالد احمد، القسمة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري (في ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجلس الدولة)، دار هومة، 2008
- العطار عبدالناصر توفيق، شرح احكام حق الملكية، دار الفكر العربي، 1991
- بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط/2006
- زهري يكن ، الملكية والحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثانية ، منشورات المكتبة العصرية بيروت ، 1962
- عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، طبعة 1974
- محمج وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 1997
- حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1998
- انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الختمس ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، طبعة 1998
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000

- مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الطبعة الثانية ، الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، 2000
- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزريعة ، الجزائر ، طبعة 2000
- محمد عبد الرحمن الضويبي ، أحكام القسمة الاسلامي والقانون المدني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2001
- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، دار الجامعة الأسكندرية ، طبعة 2003
- رمضان ابو السعود ، الوجيز العينة الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، طبعة 2003
- فايز السيد المساوي ، أشرف فايز اللساوي ، قسمة المال الشائع ، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر 2003
- إبراهيم سيد أحمد ، الحراسة فقها وقضاء ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية 2003

2/ النصوص القانونية:

أ/ الأوامر

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد 78

ب/ القوانين :

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم

02-05 المؤرخ في 27/04/2005، الجريدة الرسمية العدد 15

- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير ، الجريدة الرسمية العدد 43

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 28/02/2008 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية ،

العدد 21

ج/ المراسيم التنظيمية:

- المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المؤرخ في 25/03/1976 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم

93-123 المؤرخ في 19/05/1993

- المرسوم رقم 91-176 المؤرخ في 28/05/1991 الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ، رخصة

التجزئة ، شهادة التقسيم ، رخصة البناء ، شهادة المطابقة ، رخصة الهدم وكيفية تسليمها ، الجريدة الرسمية ، العدد

26

3/ المجالات القضائية:

- المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1997

- المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1998

الفهرس

الفهرس

الإهداء.....أ

التشكرات.....ب

المقدمة.....1

الفصل الأول:.....8

8	ماهية القسمة الرضائية (الودية):
9	المبحث الأول:
9	مفهوم القسمة الرضائية.
10	المطلب الأول: تعريف القسمة الودية.
11	الفرع الأول: المدلول اللغوي للقسمة الرضائية:
11	الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للقسمة الودية:
16	المطلب الثاني: محلات القسمة العقارية في العقار.
18	الفرع الأول: تعريف محل القسمة الرضائية:
19	الفرع الثاني: المحل وجد ثم هلك.
21	المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية في العقار.
21	المطلب الأول: تكييف القسمة الودية في حالة ناقص الأهلية.
22	الفرع الأول: أهلية الوجوب.
23	الفرع الثاني: أهلية الأداء.
26	المطلب الثاني: القسمة الرضائية في العقاري وجود دائنين أو شخصين.
27	الفرع الأول: القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين من الشركاء.
28	الفرع الثاني: القسمة في حالة وجود دائنين أو شخصين غير الشركاء.
30	الفصل الثاني الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة الرضائية والآثار المترتبة عنها.
32	المبحث الأول: الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد القسمة.
32	المطلب الأول: مراحل عقد القسمة الرضائية.
33	الفرع الأول: مرحلة ما قبل التوقيع.
34	الفرع الثاني: مرحلة التوقيع على عقد القسمة الرضائية.

38	المطلب الثاني :مصاريف العقد (دفع الرسوم المقررة)
38	الفرع الاول: حقوق التسجيل
39	الفرع الثاني: حقوق مكتب التوثيق
40	المبحث الثاني :الآثار المترتبة على القسمة العقار
41	المطلب الاول:الآثارالكاشف للقسمة
43	الفرع الاول : نطاق تطبيق الاثر الكاشف
50	المطلب الثاني الأثر الرجعي والناقل للقسمة:
50	الفرع الأول: الأثر الرجعي للقسمة
53	الفرع الثاني : الاثر الناقل للقسمة
55	الخاتمة
58	قائمة المراجع والمصادر
56	الفهرس