



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

النظام القانوني للقسمة الرضائية في العقار «دراسة مقارنة»

مرسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في الحقوق - قسم القانون الخاص

إعداد الطالب
حسن شوكت يعقوب

إشراف الأستاذ الدكتور
زهير حرج

1440هـ - 2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَأَمَّا الزُّبُرُ فَيَكْدُهُمْ أَهْبُ جُفَاءً ۖ وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَنَكُثُ فِي الْأَرْضِ ۖ
كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ﴾

(سورة الرعد، الآية 17)

﴿وَاذْكُرُوا إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِنْ سَهُولِهَا قُصُورًا
وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا ۖ فَاذْكُرُوا الْآءَ اللَّهِ وَلَكَا نَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾

(سورة الأعراف، الآية 74)

مَرَبِّ آتَنِي حِكْمًا وَفَهْمًا، وَعَلِّمْنِي مِنْ لَدُنْكَ عِلْمًا

الإهداء

إن كان هذا العمل يهدي فعلاً فإليك يا أعظم وأعلى من عرفت

أبي وأمي، أمد الله في عمركما

أقدمه هدية

وإلى كل النفوس الطيبة التي وقفت إلى جانبي . . .

وإلى كل من ساهم في هذا العمل

أهدي هذا الجهد المتواضع عرفاناً ووفاء

وإلى كل من مرفع مراية العلم وما نزال يثابر من أجل إنارة العدالة . . .

أهدي عملي المتواضع

حسن

شكر وتقدير

من لا وفاء له لا دين له

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، حمدا عظيما كعظمته، لما أتمه علي من فضله بإتمام هذه الرسالة على هذا النحو. إنني مدين بالشكر الجزيل والتقدير الخالص إلى **استاذي الدكتور طاهر دامرجي رحمه الله** على كل مجهوداته التي قدمها لي وتوجيهاته ونصائحه، وما فاض به علي من علمه الغزير وخلقه الرفيع في بداية مشوار بحثي هذا، اسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء وأن يجعله في ميزان حسناته وأن يدخله فسيح جناته.

كما أتوجه بالشكر إلى **استاذي الدكتور زهير حرح** لتفضله بقبول متابعة الإشراف على رسالتي، والذي كان بحق أخا وصديقا وأستاذًا، تجاوز بجهده واجبات الإشراف بأدلا كل ما يلزم من وقت وتوجيه وإرشاد وملاحظات علمية قيمة ساعدت على إنجاز هذه الرسالة فكانت على ما هي عليه الآن، اسأل الله أن يديم عليه الصحة والعافية، لينهل من علمه وأخلاقه طلاب العلم ومريدوه.

وللسادة الكرام **الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة**، كل الشكر وعظيم التقدير لتفضلهم الكريم بقبول مناقشة هذه الرسالة، شرف لي أن أستقي من علمهم ومعارفهم لإثراء هذا البحث. وإلى كل من قدم لي المساعدة من قريب أو بعيد لإنجاز هذا البحث المتواضع.

مقدمة

يرتبط وجود الملكية ويتلازم مع وجود الإنسان، فمنذ اللحظة التي يجد فيها الإنسان مالا قابلاً لإشباع حاجة معينة لديه فإن غريزته تتجه إلى تملك هذا المال والاستئثار به لإشباع هذه الحاجة.

لذلك فقد اعترفت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية بالملكية ووضعة لها من الأحكام والضوابط ما يجعلها تحقق الهدف المنشود. والواقع أن فكرة الملكية قد خضعت لتطور تاريخي طويل كان انعكاساً لتطور الحضارة الإنسانية⁽¹⁾.

فالملكية بدأت في الجماعات القديمة ملكية جماعية للجماعة، ثم تطورت الملكية فأصبحت للعائلة حيث حل نظام ملكية القبيلة وملكية الأسرة محل الملكية الجماعية للجماعة.

هذا وبظهور الأسرة الأبوية وحلولها في التنظيم الاجتماعي محل القبيلة وزيادة الاستقرار في الأرض حلت ملكية الأسرة محل ملكية القبيلة.

وأخيراً ظهرت الملكية الخاصة بمفهومها الحالي وتنص المادة 768 في القانون السوري على أنه: ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)).

(1) عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص 12، د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1972، ص 35 - 36.

وتظهر هذه الملكية الخاصة بصورتين إما عادية أو استثنائية.

فالصورة العادية للملكية الخاصة هي التي يخول فيها الحق لصاحبه السلطات التي تمكنه من الحصول على كل منافع أو مزايا الشيء محل الحق.

أما الصورة الاستثنائية للملكية الخاصة فهي التي يقتصر حق الملكية فيها على إعطاء صاحبه السلطات التي تمكن من الحصول على نسبة من كل منافع الشيء بحيث يجتمع على الشيء ذاته أكثر من حق ملكية في وقت واحد، وهذه هي الملكية الشائعة. أما الملكية في صورتها العادية فيطلق عليها اصطلاح الملكية المفرزة.

وتتميز الملكية المفرزة عن الملكية الشائعة بحيث يكون فيها نصيب المالك مبنياً ومحددًا بحدود معروفة تميز الملكية تمييزاً دقيقاً عن أي ملكية أخرى وتعد الملكية المفرزة حافزاً للأفراد للقيام بالعمل والإنتاج، مما يؤدي إلى ازدهار الاقتصاد الوطني كما أنها تعتبر مظهراً للحرية الفردية وضماناً لاستقرار الأمن والسلام في المجتمع.

أما الملكية الشائعة فإنها تعد مصدر للمتاعب والمشاكل الاجتماعية والاقتصادية حيث تغل أيدي أصحاب الحصص الشائعة عن استغلال العقار الشائع والتصرف فيه كما تعد من أهم المصاعب التي تعيق استغلال الثروة العقارية في العديد من الدول.

ولذلك كان طبعياً أن يحرص المشرع على تيسير انقضاء حالة الشيوع وعودة الملكية إلى وضعها الطبيعي أي الملكية المفرزة.

وتعتبر القسمة الطريق الرئيس الذي يتيح للشريك الخروج من الملكية الشائعة إلى الملكية المفزة⁽¹⁾.

فالقسمة ترد على الملكية الشائعة، فتزيل الشيوخ وتعطي كل شريك حصة مفزة عينية أو نقدية يستثمرها ويستغلها ويتصرف فيها بحرية بوصفه مالكاً مستقلاً عن شركائه ولا سلطة لهم على إرادته.

لهذا فقد اهتم المشرع السوري بتنظيم قواعد لإنهاء الشيوخ عن طريق القسمة، باعتبارها الطريق الرئيس لإنهاء حالة الشيوخ بين الشركاء.

والقسمة من حيث مصدرها إما رضائية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مع عدم المساس بالنظام العام، وإما قضائية تخضع لإجراءات حددها المشرع ولا دخل لإدارة الأفراد فيها. والاصل أن تكون القسمة الرضائية يترك فيها الأمر للمتقاسمين الراشدين حرية إبرامها والمشرع في تنظيمه لقسمة المال الشائع لم يفرق بين قسمة العقار وقسمة المنقول فقد نظمها بشكل عام وبالنظر إلى أغلب القضايا المطروحة على القضاء فهي تتعلق بقسمة العقار.

وفي ضوء ما تقدم سوف تتركز هذه الدراسة على النظام القانوني للقسمة الرضائية للعقار دون غيرها من أنواع القسمة في القانون السوري دراسة تحليلية مقارنة متضمنة ماهية عقد القسمة الرضائية من حيث طبيعته وأحكامه ومن ثم البحث في آثار القسمة الرضائية وإجراءاتها.

(1) تتعدد الاسباب التي تؤدي إلى انقضاء الشيوخ، فقد ينقضي الشيوخ بالميراث، أو بالبيع أو بالهبه على أنه إذا لم يتحقق سبب من هذه الاسباب فإن الشيوخ ينتهي بالقسمة. انظر جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، 2009، ص 177.

وهو موضوع بالغ الأهمية ويمثل أحد المواضيع التي تشغل فقهاء القانون عامة.

أهمية الدراسة:

1- إن عقد القسمة الرضائية للعقار هو الطريق الرئيس لإنهاء حالة الشيوخ وهي حالة شاذة تحول دون الاستفادة من العقار واستغلاله واستعماله بشكل سليم، وبقيام حالة الشيوخ يصبح هم الشركاء هو الخروج من هذه الحالة عن طريق قسمة العقار فيما بينهم.

لذلك أجد من الأهمية دراسة هذا العقد، وتحديد الطبيعة القانونية له، وتحديد الأثر المترتب عليه، وذلك لتحقيق الفائدة القانونية للباحثين والعاملين في مجال القانون والقضاء ومما يزيد الأمر أهمية أن المشرع السوري لم يأت بأحكام شاملة تحيط بجميع جوانب هذا العقد وذلك بالقدر الذي يتناسب مع أهميته في الوقت الحاضر.

2- تكمن أهمية هذه الدراسة أيضاً، في قلة الكتابات المتخصصة في هذا الموضوع الأمر الذي يقتضي ضرورة الاستفادة من الخبرة التشريعية في الدول المجاورة من أجل معرفة الجوانب الايجابية والتركيز عليها وأيضاً معرفة الجوانب السلبية وتغاديها بالإضافة الى الرجوع الى الاحكام القضائية لإثراء البحث فيكون شاملاً بين النظرية والتطبيق وبالنهاية رفع التوصيات الى المشرع السوري لتجنب التقصير أو الفراغ التشريعي ووضع الحلول المناسبة لكل الاشكاليات المترتبة عن موضوع الدراسة.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بشكل عام الى ما يلي:

- 1- دراسة وتحليل عقد القسمة الرضائية للعقار وما ينشأ عنه من آثار وهو موضوع لم يعالج بصورة وافية رغم أهميته وعظيم آثاره.
- 2- إزالة الغموض الذي يكتنف طبيعة عقد القسمة الرضائية، والتخبط الفقهي في تكييفه القانوني وذلك بالقدر الممكن وإيجاد حلول لجميع الاشكاليات الناجمة عن ذلك في إطار القوانين والتشريعات محل المقارنة.
- 3- بناء نظام قانوني متكامل لعقد القسمة الرضائية للعقار يعترف في استقلالية هذا العقد في ذاته ووظيفته المستمدة من طبيعة الشيوخ نفسه كعقد محدد للملكية ذو أثر كاشف.
- 4- إيجاد دراسة قانونية جامعة بالحد الممكن في هذا الموضوع وذلك بالإحاطة بأكثر من نظام تشريعي والمقارنة والمفاضلة فيما بينها مع بيان ما قد يعترى بعض القوانين من خلل أو ثغرات أو فراغ تشريعي.
- 5- الوصول إلى نتائج وتوصيات تؤدي إلى أفضل الحلول المتعلقة بإشكاليات القسمة الرضائية للمال الشائع في القانون السوري والمقارن.

إشكالية الدراسة:

إن طبيعة عقد القسمة الرضائية للعقار وما ينشأ عنه من إفراز لحصص الشركاء وإنهاء لحالة الشيوخ يثير إشكالات عديدة، ويمكن إجمال الاشكالات الرئيسية المتعلقة بموضوع الدراسة بالتساؤلات الآتية:

1- ما مدى كفاية التنظيم القانوني الذي يعالج القسمة الرضائية للعقار في القانون السوري؟

2- ماهي الطبيعة القانونية لعقد القسمة الرضائية في ظل وجود اختلافات فقهية في تكييف هذا العقد وغياب النص القانوني في التشريع السوري الذي لم يحدد بوضوح طبيعة هذا العقد؟؟

3- هل تنطبق خصائص عقد المقايضة على عقد القسمة الرضائية، حتى يستقر الاجتهاد القضاء السوري الى اعتبار عقد القسمة الرضائية من عقود المعاوضة؟؟ خصوصاً في ظل تبني القانون السوري للأثر الكاشف للقسمة الرضائية.

4- ماهي أحكام عقد القسمة الرضائية وشروط انعقاده وما هي الحالات الخاصة به كعقد متميز عن غيره من العقود؟

5- ما هو الأثر القانوني المترتب على القسمة الرضائية وما هو الوقت الذي يكون فيه الشريك مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه بالقسمة هل هو من وقت القسمة أم من وقت بدء الشروع؟

وهذا التساؤل يمثل أحد أهم المواضيع التي تشغل فقهاء القانون عامة، من حيث أنه يثير مشكلة قانونية ناقشها الفقه، فتعارضت أفكار الفقهاء بشأنها بين الأثر الناقل للقسمة والأثر الكاشف لها وبدأت أحكام المحاكم فيها محلاً للشك.

6- ماهي الإجراءات المتبعة عند إجراء القسمة الرضائية في القانون السوري وكيف يتم تسجيل عقد القسمة وما هي عيوب هذا التسجيل؟

منهجية الدراسة:

سوف أسلك في دراستي لموضوع النظام القانوني للقسمة الرضائية للعقار المنهج الوصفي التحليلي القانوني من خلال الدراسات والابحاث وآراء الفقهاء وتحليل مواد القانون المتعلقة بموضوع الدراسة والمنهج المقارن من خلال القوانين العربية التي بحثت في موضوع القسمة ليكون الوسيلة التي من خلالها أسعى الى ترجيح ما هو ملائم للحاجة العملية من جهة، ومحققاً للعدالة من جهة أخرى. وعليه فإن دراسة موضوع النظام القانوني للقسمة الرضائية للعقار سيتم تقسيمه إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول

ماهية القسمة الرضائية للعقار

المبحث الاول: مفهوم القسمة الرضائية والطبيعة القانونية لها

المطلب الأول: القسمة كأداة رئيسية لإزالة الشبوع.

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة و طبيعتها القانونية.

الفرع الثاني: معنى القسمة و أنواعها.

المطلب الثاني: طبيعة القسمة الرضائية في القانون المدني المقارن.

الفرع الاول: عقد القسمة الرضائية ما بين البيع والإفراز في

القوانين العربية.

الفرع الثاني: عقد القسمة يختلف عن غيره من النظم القانونية

الشبيهة به.

المبحث الثاني: أحكام القسمة الرضائية.

المطلب الأول: أركان عقد القسمة الرضائية وأوصافه.

الفرع الأول: خصائص عقد القسمة الرضائية.

الفرع الثاني: شروط القسمة الرضائية.

الفرع الثالث: حماية الشركاء ناقصي الأهلية والغائبين.

المطلب الثاني: حالات خاصة بعقد القسمة الرضائية كعقد مختلف عن غيره.

الفرع الأول: الغبن كسبب لنقض القسمة الرضائية.

الفرع الثاني: موقف الدائنين من القسمة الرضائية.

الفصل الثاني

آثار القسمة الرضائية

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في أثر القسمة.

المطلب الأول: التطور التاريخي لأثر القسمة وتأصيله.

الفرع الأول: أثر القسمة الناقل في القانون الروماني و الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف (الرجعي) للقسمة في القانون الفرنسي.

الفرع الثالث: الخلط بين الأثر الكاشف و الأثر الرجعي للقسمة و

ضرورة التمييز بينهما

المطلب الثاني: الأثر الكاشف للقسمة في الفقه الحديث.

الفرع الأول: مفهوم اثر القسمة الكاشف في الفقه الحديث.

الفرع الثاني: الاثر الكاشف للقسمة في القوانين العربية.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة.

الفرع الرابع: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة.

المبحث الثاني: ضمانات القسمة الرضائية وإجراءاتها.

المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة الرضائية.

الفرع الأول: أساس ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة
وشروطه.

الفرع الثاني: آثار الضمان وامتنياز المتقاسم.

الفرع الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة في التشريع
المقارن.

المطلب الثاني: إجراءات القسمة الرضائية

الفرع الأول: إجراءات القسمة الرضائية في القانون الأردني.

الفرع الثاني: إجراءات القسمة الرضائية في القانون المصري.

الفرع الثالث: إجراءات القسمة الرضائية في القانون السوري.

الخاتمة.

الفصل الأول

ماهية القسمة الرضائية للعقار

تمهيد وتقسيم:

تحتل القسمة مكانة خاصة وتمتاز بأهمية بالغة وذلك لأنها الطريق الرئيس لإنهاء الشيوخ الذي يعتبر في الفقه والتشريع نظاماً ضاراً من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية.

والقسمة من حيث مصدرها إما اتفاقية (رضائية) تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مع عدم المساس بالنظام العام وإما قضائية تخضع لإجراءات منصوص عليها في القانون لا دخل لإرادة الأفراد فيها.

والأصل أن تكون القسمة رضائية يترك للمتقاسمين الراشدين حرية إبرامها ولعل أهم ما يميز القسمة الرضائية هو إنهاؤها للشيوخ بشكل سريع وميسر بخلاف القسمة القضائية التي تستنزف المال والجهد والوقت وتشكل عبئاً إضافياً على المحكمة، إذ بالرغم من أن ملفات القسمة القضائية لا تحتل إلا نصيباً ضعيفاً من الملفات العقارية المتنازع بشأنها إلا أنها تظل من أعقد الملفات وأعمقها حتى أنها أصبحت تنعت بالملفات المزمنة.

وللوقوف على ماهية القسمة الرضائية وإلقاء الضوء عليها لا بد وقبل الخوض في تفاصيل هذا العقد من الوقوف بداية على مفهوم هذه القسمة الرضائية وتمييزها عن غيرها من طرق وأنواع القسمة النهائية ومن ثم تحديد طبيعتها

القانونية كعقد متميز عن غيره ليكون ذلك حجر أساس في دراسة أحكامه وشروطه وأوجه الطعن به كل ذلك في سبيل بناء نظام قانوني متكامل لعقد القسمة الرضائية للعقار.

وبناء عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم القسمة الرضائية والطبيعة القانونية لها.

المبحث الثاني: أحكام القسمة الرضائية.

المبحث الأول

مفهوم القسمة الرضائية والطبيعة القانونية لها

لما كانت القسمة الرضائية تتم من خلال إبرام عقد قسمة بين الشركاء، يتفقون بموجبه على قسمة المال الشائع فيما بينهم.

وهذا الاتفاق قد أجازاه القانون السوري وأغلب القوانين العربية وذلك حرصاً على تسهيل انقضاء الشيوخ وعودة الملكية إلى وضعها الطبيعي أي الملكية المفزة حيث نصت المادة (879) من القانون المدني السوري⁽¹⁾ على أن: ((لشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...)).

فالقسمة الرضائية باعتبارها تصرف أو عقد من العقود له خصائص وشروط خاصة به ويخضع من حيث إجراءاته إلى مبدأ سلطان الإرادة.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق لعقد القسمة الرضائية وتحديد الطبيعة القانونية له في ظل الاختلاف الفقهي في تكييفه القانوني لا بد لنا من الوقوف قبل كل شيء على تحديد معنى الشيوخ وطبيعة حق المالك على الشيوخ فهو أمر أولي وضروري يمهّد الطريق لمعالجة الموضوع الأساسي، ومن ثم التعريف بالقسمة وأنواعها وطرقها بشكل عام كوسيلة أساسية لإنهاء الشيوخ لما لذلك من أهمية في

(1) مطابقة للمادة 835 مدني مصري ويقابلها في القانون العراقي المادة (1071) التي تنص على أنه: (لشركاء إذا لم يكن بينهم محجوراً أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) .

الوصول إلى النتائج من خلال المقدمات الصحيحة والتأصيل العلمي السليم. وعليه

ستتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: القسمه كأداة رئيسة لإزالة الشبوع.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد القسمه الرضائية.

المطلب الأول

القسمة كأداة رئيسية لإزالة الشيوخ

على الرغم من أننا سنولى الأهمية القصوى في هذا المطلب لتوضيح معنى القسمة النهائية عامة والرضائية ومدلولها بشكل خاص إلا أن ذلك يجب أن لا يكون على حساب الأهمية في إلقاء الضوء على مفهوم الشيوخ والطبيعة القانونية للملكية الشائعة وذلك نظراً لما تحققه هذه الدراسة من فوائد حيث أن التكييف الصحيح لحق المالك على الشيوخ هو أمر أولي وضروري للوصول إلى تكييف صحيح لعقد القسمة الرضائية وأثره الحقيقي فيما سيأتي لاحقاً.

وبناء عليه سنبحث القسمة كأداة رئيسة لإزالة الشيوخ من خلال فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالملكبة الشائعة وطبيعتها القانونية

الفرع الثاني: معنى القسمة وأنواعها.

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

البند الأول: التعريف بالملكية الشائعة:

الشيوع لغة: من الظهور والانتشار والاشتراك ومنها قولهم أشاع الدار أي جعلها مشتركة الملك من غير قسمة، ومال مشاع أي مملوك على الشيوع⁽¹⁾.

والملكية الشائعة تعني اشتراك أكثر من شخص في ملكية مال (عقار - منقول) بنسبة أو حصة حسابية شائعة⁽²⁾ حيث لا بد أن يمتلك المال أكثر من شخص لكل منهم حصة حسابية مقدرة كالربع أو الخمس أو غيرها.

والملكية الشائعة غير الملكية الجماعية وغير توزيع سلطات المالك على أكثر من شخص، حيث تعني الملكية الجماعية ملكية مجموعة من الأشخاص (في شكل قبيلة - عشيرة - أسرة) تسند ملكية جماعية لهم على السواء على أن تسند الملكية للجماعة وليس لشخص معين فيها، أما رئيس الجماعة فله تنظيم الانتفاع بالمال باعتباره ممثل للجماعة، وكانت تلك الملكية أحد صور الانتفاع بالأموال في المراحل الأولى للتطور الاجتماعي، وما تزال صورها موجودة في بعض القوانين الجرمانية والقانون السويسري أما توزيع السلطات بين أكثر من شخص تتمثل في احتفاظ المالك بملكية الرقبة ويمنح شخص آخر سلطة الاستعمال والاستغلال وكل ذلك ليس بالشيوع المقصود بل هو توزيع للسلطات القانونية على المال دون

(1) محمد العالم ادم أبو زيد، الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى، الخرطوم، 2009، ص 82.

(2) رضا عبدالحليم عبدالمجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، ص 79.

تعارض⁽¹⁾. أما الشيوع فيكون كل شريك مالكاً لكل السلطات على كل جزء من أجزاء المال الشائع وذلك بمقدار حصته في المال فله سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في كل جزء من الأجزاء وللآخرين مثله تماماً في حدود حصصهم وأنصبتهم.

هذا وقد عرف المشرع السوري الشيوع في المادة 870 من القانون المدني بالقول إنه: ((إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع⁽²⁾)) ويتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع ينظر إلى الملكية الشائعة على أنها حالة عابرة أو مؤقتة فجاء تعريفه لها وصفاً وبأسلوب شرطي أو ظرفي يطبعه التأثير بعامل الوقت أو الزمن ويفتقر إلى التأثير بالعامل الموضوعي الذي يرتبط به وضع قانوني له أثر قانوني⁽³⁾.

(1) للمزيد من التفصيل راجع د محمد محمود عبدالله، قسمة المال الشائع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 76 وانظر ايضاً محمد عبدالله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع، العددان 25 و26، الجزء الاول، 1991، ص 9.

(2) مطابقة للمادة 825 مدني مصري كما عرفها القانون المدني الأردني في المادة 1030 التي تنص: ((مع مراعاة أحكام الحصص الارثية لكل وارث، إذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع ونحسب حصص كل منهم متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك))-

(3) محمد عبدالله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المراجع السابق، ص9 ويرى أيضاً ضرورة استبدال لفظ شركاء بلفظ ملاك ليكون التعريف بمنأى عن النقد.

ومن جهة أخرى ظهرت العديد من التعريفات للملكية الشائعة، فقد عرف الدكتور عبد الحميد الشواربي الملكية الشائعة على أنها (تعدد الملاك في الشيء الواحد بدون أن يتعين ملك كل منهم)⁽¹⁾، وهذا التعريف يبرز جوهر الملكية الشائعة، وهو تعدد الملاك فيها للشيء الواحد، بحيث لا يكون لأي من هؤلاء الملاك نصيب محدد أو معين في المال الشائع كما هو الحال في الملكية المفترزة التي تكون الملكية فيها محددة ومعينة.

ويعرفها الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء على أنها (ما تعلق بجزء نسبي غير معين وغير محدد وتكون كل ذرة في المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء)⁽²⁾.

كما عرفها الدكتور نبيل إبراهيم سعد على أنها (تلك الملكية التي تكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات)⁽³⁾.

ووفقاً لذلك فإن الشيوع يعني ملكية أكثر من شخص لشيء واحد بغير فرز أو تجنيد تصيبه من نصيب بقية الملاك.

وحق المالك على الشيوع يقع على حصة شائعة في هذا المال لا تتركز في جانب منه بالذات بل تقع على الشيء الشائع جميعه. وهذا الشيء يكون مملوك

(1) عبد الحميد الشواربي، احكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعية، 1995م، ص 179.

(2) مصطفى الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1967م، ص 262.

(3) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995م، ص 117.

لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم مادياً فيه بالتالي يكون محل حق الشريك هو الشيء الشائع بأكمله فالحصة الشائعة هي النطاق المعنوي لحق كل شريك أما النطاق المادي لها فيظل غير منقسم و غير محدد ويشمل الشيء الشائع بأكمله ويأتي دور القسمة هنا كأداة رئيسية لفض الشيوخ لتحقيق التطابق بين النطاقين المادي والمعنوي لحق كل شريك وإحلال الملكية المفردة محل الملكية الشائعة.

والشيوخ في الملكية واسع الانتشار في البلاد العربية وتنشأ من أسباب مختلفة وفقد تكون بالاتفاق كأن يشترك أكثر من شخص في شراء عقار ويكون لكل منهم نسبة معينة على الشيوخ، وقد تنشأ الملكية الشائعة عن واقعة الحياة في الحالة التي يضع فيها أكثر من شخص يدهم مشاعاً بينهم، وقد تكون بالاستيلاء أو الالتصاق أو الوصية إلا أن أغلب حالات الشيوخ تنشأ من واقعة الوفاة، حيث يكون الخلف العام شركاء على الشيوخ في كل أعيان التركة، ويكون لكل وريث حصة شائعة فيها ⁽¹⁾ ويجمع الفقهاء والمشرعون على اعتبار الملكية الشائعة شكلاً من أشكال الملكية الضارة اقتصادياً واجتماعياً كونها تشكل عقبة في سبيل استغلال الشيء الشائع على الوجه الأكمل ولذلك تعالج حالة الشيوخ كما تعالج الحالات العابرة وغير العادية ويتم التشجيع دائماً على الخروج منها ⁽²⁾.

(1) انظر في هذا المجال أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر 2004، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ص 346، نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 170.

(2) أعطى المشرع كل شريك الحق في طلب القسمة في أي وقت واعتبرها من النظام العام مادة 788 مدني سوري يقابلها المادة 834 مدني مصري.

وتعد القسمة أهم طريق من الطرق لإنهاء الشيوخ⁽¹⁾ حيث أعطى القانون الحق لكل شريك في المطالبة بأي وقت بفض الشيوخ عن طريق القسمة ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بموجب نص أو اتفاق.

البند الثاني: الطبيعة القانونية لحق المالك على الشيوخ:

حول هذا الموضوع احتدم الجدل الفقهي وتنوعت الاتجاهات وتعددت النظريات وإن نقطة البداية لكل هذه النظريات التي تصدت لتحليل حق المالك على الشيوخ هي الثالوث المقدس لخواص الملكية بمفهومها الفردي الاستثنائي والإطلاق والدوام.

فحق الملكية استناداً لخواصه لا بد من وقوعه على محل محدد وعلى سبيل الاستثنائي أما حق الشريك على الشيوخ فمن المستحيل أن يقع على جزء مادي محدد من الأشياء الشائعة لأن الشيء الشائع يبقى متحداً وغير مجزأ. واستناداً لذلك فقد اختلف الفقهاء⁽²⁾ على عدة آراء في طبيعة حق الشريك على الشيوخ:

(1) لما كان الشيوخ يفترض تعدد الملاك فهو ينقضي بجميع الأسباب التي يترتب عليها إنهاء هذا التعدد ويكون ذلك كإنشاء الشيوخ ذاته اما بناء على واقعه قانونية او بناء على عمل قانوني فقد ينشأ الشيوخ بالتصرف القانوني كالعقد وقد ينشأ بالواقعة القانونية كالميراث والحيازة والاستيلاء والالتصاق إلا أن أغلب حالات الشيوخ تنشأ من واقعة الوفاة ويقصد بالحصصة الشائعة في الملكية تصيب الشريك في مجموع المال الشائع مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه د اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الاول، حق الملكية، مكتبة عبدالله وهبة، 1959، ص 116.

(2) راجع بشكل تفصيلي، د محمد عبدالله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المرجع السابق، ص12 وما بعدها، منصور مصطفى منصور، =

الرأي الأول: إن هذا الحق مجرد حق شخصي وليس حق عيني وبالتالي اعتبار حق الشريك على الشيوع حق دائنية في مواجهة جماعة الشركاء.

وقد انتقد هذا الرأي كونه يتعارض مع القانون الوضعي بشكل صريح ويتعارض مع الواقع حيث أن لكل شريك سلطات فعلية ترد مباشرة على الشيء الشائع⁽¹⁾.

الرأي الثاني: إن حق الشريك في المال الشائع هو حق عيني من نوع خاص ومختلف عن حق الملكية بالمعنى العادي ووفقاً لأصحاب هذا الرأي إن الفكرة التقليدية القائمة على اعتبار الشيء مملوك لأشخاص محددين في وقت واحد هي فكرة غير مقبولة لأنها تخالف الطابع المانع والمطلق لحق الملكية.

فالملكية تكون مطلقة ومانعة ودائمة والملكية على الشيوع تكون محددة ومؤقتة وفي الملكية العادية يكون الشيء محدداً مادياً بينما هو في الملكية الشائعة مشاع أو بدون تحديد مادي. كما أن الانتفاع بالملكية غير محدد بينما هو في الملكية الشائعة محدد بسبب وجود الحقوق الأخرى المماثلة بالتالي يرى أصحاب هذا الرأي أن حق المالك على الشيوع هو أقل من حق الملكية وهو لا يعتبر حتى حق ملكية ضيقة أو مقيدة⁽²⁾.

= تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة السادسة، 1964، ص 105 وما بعدها .

(1) محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، رسالة دكتوراه، المرجع سابق، ص 72، محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، فقرة 286، ص 377، مصطفى الجمال، نظام الملكية الخاصة والعامة والتعاونية، الجزء الأول، فقره رقم 98، ص 166 وما يليها.

(2) محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 60.

الرأي الثالث: إن حق المالك على الشيوع هو حق ملكية من نوع خاص يختلف عن حق الملكية بخصائصه التقليدية وذلك انطلاقاً من أن الملكية تعتبر حقاً مطلقاً ومانعاً يعطي للمالك حق الاستغلال والاستعمال والتصرف بأوسع ما يكون وكما يريد، وهو مطلق لدرجة أننا في الأحوال العادية نخلط بين حق الملكية والشيء الذي ينصب عليه وعلى ذلك لا يمكن تعريف حق الملكية على الشيوع بالاستناد إلى الملكية العادية، لأنه لا يمكن أن نخلط حق الملكية على الشيوع مع الشيء الذي ينصب عليه، فمضمون حق المالك على الشيوع أضيق نطاقاً من مضمون حق المالك ملكية مفرزة ⁽¹⁾ ويختلف عنها من حيث أنه يتقيد في مباشرته بسبب وجود حقوق أخرى من نفس الطبيعة للشركاء الآخرين (استعمال واستغلال وتصرف مقيد بعدم الاضرار) ووفقاً لأصحاب هذا الرأي حق المالك على الشيوع هو حق ملكية من نوع خاص وإن الملكية الشائعة هي نوع خاص من الملكية. فالملكية نوعان: ملكية مفرزة وملكية شائعة.

وإن حق كل مالك على الشيوع معرض من نشأته أن يتحول بالقسمة إلى حق آخر وهو حق ملكية مفرزة وعلى ذلك يكون لكل مالك على الشيوع حق ملكية مفرزة احتمالي على أي جزء من أجزاء الشيء الشائع منذ نشأته ⁽²⁾.

(1) محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، فقرة 286، ص 375 وقرره رقم 287 ص 378 و379، منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 105.

(2) محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 67، عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 1974، ف 111، ص 160 وما بعدها.

وقد انتقد أصحاب هذا الرأي لجهة أن الملكية الشائعة و الملكية المفردة حقين لا يتميز أحدهما عن الآخر وإن كانت ممارسة سلطات الملكية الشائعة تخضع لقيود ناشئة عن تعدد الملاك على ذات الشيء⁽¹⁾.

فهذا الاختلاف من الناحية الكمية للحق لا ينهض فيصلاً للتفريق بينهما.

الرأي الرابع: إن حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق للملكية فهو يشتمل على جميع عناصر حق الملكية فالمالك على الشيوع له سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ولكن بشرط ألا لا تؤدي إلى الضرر بالحقوق المقابلة للشركاء على الشيوع الآخرين فحق المالك على الشيوع هو حق ملكية حقيقي وبقوة القانون ولكن ما يميز هذا الحق عن حق الملكية المفردة هو أن محله غير محدد إذ يقع على مجموع المال الشائع.

فالملكية على الشيوع تظهر أذن كمزيج من حقوق ملكية كاملة ولكنها معرقة ومقيدة في ممارستها بواسطة الحقوق المماثلة والمنافسة العائدة للملاك على الشيوع الآخرين وذلك لأن حدود كل منها غير محددة داخل الكتلة الشائعة⁽²⁾.

الأمر الذي يجعل من القسمة كأداة إقرار طوق النجاة بالنسبة للشركاء للتخلص من الشيوع وتخصيص النطاق المادي لحق كل شريك ليمارس عليه سلطاته دون أي قيد.

وهو الرأي الذي نؤيده.

(1) جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973، ص 165 و 166.

(2) محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، المرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

الفرع الثاني: معنى القسمة وأنواعها

البند الأول: التعريف بالقسمة الرضائية:

للولصول إلى تعريف جامع مانع لقسمة المال الشائع بشكل عام والقسمة الرضائية بشكل خاص لا بد من معرفة المعنى اللغوي لمصطلح القسمة ومن ثم معرفة موقف القانون السوري والمقارن من تعريف القسمة

القسمة في اللغة (بكسر القاف): تعني التفريق وتأتي بمعنى النصيب وجعل الأشياء أجزاء والقسمة اسم من اقتسام الشيء ولها معنى حقيقي هو جعل الأشياء أجزاء ومعنى مجازي هو النصيب والحصة⁽¹⁾.

والقسمة في الاصطلاح هي جمع نصيب شائع في مال معين أو مخصص⁽²⁾.

وهي تعيين الحصص الشائعة بعضها عن بعض بمقياس كالكيل والوزن والزراع⁽³⁾.

أما القسمة في القانون فلم يرد تعريف واضح لها في القانون المدني السوري⁽⁴⁾.

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات احياء التراث، الجزء الاول، دار الدعوة، ص 734.

(2) علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج9، ص421

(3) علي حيدر، درر الحكام في شرح الاحكام، دار الجيل، 1991، ج3، ص99

(4) كذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري واللبناني.

تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية.

ورغم أن المشرع السوري والمصري لم يعرف القسمة إلا أن هناك بعض التشريعات العربية قد أوردت لها تعريف.

من ذلك نجد القانون المدني الأردني⁽¹⁾ حيث عرف القسمة في المادة 1038 منه بأنه: ((إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي)).

وبنفس التعريف عرفت المادة 1160 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة⁽²⁾.

كما عرفت المادة 1087 من القانون المدني اليمني⁽³⁾ بأنها: ((مقدار ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات)).

ويلاحظ من خلال دراسة تعريفات القسمة الواردة في القوانين العربية أنها جاءت متأثرة بالفقه الإسلامي⁽⁴⁾ المستمدة منه مجلة الأحكام العدلية التي عرفت

(1) القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2/ من الجريدة الرسمية رقم (2645) بتاريخ 1976/8/1.

(2) قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 لدولة الامارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية للدولة، ص 241.

(3) القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992.

(4) إن إجماع الفقه الاسلامي يكاد ينعقد على مضمون تعريف للقسمة هو أنها جميع تصيب شائع في معين يتميز الانصباء من بعض وإفرازها عنها د غنى حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1977، ص 116.

القسمة في المادة 1114 بقولها: ((تعيين الحصص الشائعة يعني إفرار وتعيين الحصص الشائعة بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع)).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قاصر على نوع من أنواع القسمة وهي القسمة العينية وبالأخص القسمة التي يكون محلها وارداً على أشياء مثليه، في حين أن القسمة يمكن أن تكون قسمة تصفية كما أن الأشياء المشتركة يمكن أن تكون من القيميات وليس محصورة بالمثلثات فقط.

الأمر الذي يجعل تعريف المجلة غير جامع أما بالنسبة لموقف الفقه من تعريف القسمة نجد أن هناك تعريفات عديدة للقسمة فهي وسيلة لعدم إجبار الشركاء على البقاء في الشروع وهي بذلك تتيح للشريك الخروج من الشروع إلى الملكية الفردية (المفرزة)⁽¹⁾.

وقد عرفت بأنها التي تكون واردة على الملك ومنهية للشروع وفيها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع أو بجزء من ثمن هذا المال يعادل ما كان له من حصة شائعة فيه⁽²⁾.

وقد عرفت بأنها التي تحول الحصص المعنوية (الرمزية) للشركاء إلى أنصبة مادية، فيتجزأ الملك الشائع إلى أجزاء مادية مفرزة، ويعطي كل شريك نسبة حصة جزءاً مفرزاً ويكون موضوع ملكيته الخاصة دون مشاركة أحد من شركائه⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 880.

(2) جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، 2004، ص 128.

(3) زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ص 365.

وعرفت أيضاً بأنها سبيل إزالة الشيوع، وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع⁽¹⁾.

كما عرفت بأنها التي تؤدي إلى فرز نصيب كل شريك في المال الشائع⁽²⁾. والتعاريف السابقة للقسمة وإن اختلفت لفظاً إلا أنها تتلاقى من حيث المعنى فمضمونها واحد، وهو إنهاء حالة الشيوع وإعطاء كل شريك حقه في المال الشائع إما بتخصيصه بجزء مفرز ومحدد يتناسب مع ما له من حصته الشائعة أو بجزء من ثمن هذا المال يعادل ما كان له من حصة شائعة فيه وعليه فإن القسمة يمكن تعريفها وبلا تكلف بأنها إفراز الحصص بالتراضي أو التقاضي وإحلال الملكية الفردية الوحيدة الطرف محل الملكية الفردية متعددة الأطراف. وتأسيساً على ما تقدم يمكن لنا أن نعرف القسمة الرضائية بأنها: ((عملية إفراز تتم برضى الشركاء وإجماعهم عبر عقد رضائي فيما بينهم وتؤدي إلى فض الشيوع واستقلال كل شريك بجزء محدد من المال الشائع ينفرد بملكيته أو بجزء من ثمن هذا المال يعادل حصته فيه ويستأثر بكامل سلطات الملكية الخاصة عليها)).

البند الثاني: أنواع القسمة:

للقسمة أنواع مختلفة⁽³⁾ فهي إما أن تكون قسمة مؤقتة أو قسمة نهائية، والقسمة المؤقتة هي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية، وتعتبر قسمة منفعة لا

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 105.

(2) محمد المنجي، دعوى القسمة، طبعة مستحدثة 2008، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 151.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 889، وانظر أيضاً د توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983م، ص 254، وكذلك د نعمان خليل محمد جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 213 وما بعدها.

ملك فهي لا تنهي الشئوع وإنما تقتصر فقط على تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ومن ثم سميت بالقسمة المؤقتة أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا 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، ولذلك تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة، فهناك اذن فرق بين القسمة المؤقتة والقسمة غير الباتة، فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي، في حين تبقى الثانية دائماً أو تزول بأثر رجعي، فهي موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن.

والقسمة النهائية وهي ما تعيننا، إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية وإما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، وإما أن تكون قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية.

فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة، فتقسمها كلها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية، ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فنقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعاً على حاله وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة، واستمرار باقي الشركاء على حالة الشئوع في جميع الأحوال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز.

والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عيناً، فيفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة وهو الأصل في القسمة النهائية ويكون بالإفراز إما بطريق التجنيب أو بطريق القرعة.

وقد تكون القسمة العينية غير ممكنة أو غير مرغوبة من قبل الشركاء فلا يكون هناك سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية والتصفية معناها بيع المال الشائع في المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة ولما كان الثمن الذي يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود فإن قسمته بين الشركاء دائماً ممكنة.

والقسمة النهائية سواء كانت كلية أو جزئية وسواء تمت بصفة عينية أو جرت عن طريق التصفية فإنها دائماً وأبداً إما أن تكون قسمة رضائية أو قسمة قضائية ويقصد بالقسمة الرضائية تلك التي يتفق فيها الشركاء على اقتسام المال الشائع برضاؤهم دون اللجوء إلى القضاء.

أما القسمة القضائية فهي التي تجري عن طريق القضاء إذا لم يتيسر الاتفاق بين الشركاء وبالتالي يتحكم القضاء في إجراءاتها ولا دخل لإرادة الأطراف فيها.

فلا بد لنا إذاً من التمييز بين أنواع القسمة النهائية وهي على نوعين لا غير رضائية أو قضائية وما بين الطريقة أو الوسيلة التي تتم بها القسمة رضائية كانت او قضائية فهي إما أن تتم عن طريق التجزئة العينية أو عن طريق التصفية والبيع بالمزاد العلني وإما أن تشمل كل المال الشائع أو تقتصر على جزء منه فهذه لا تدخل ضمن الأنواع وإنما ضمن الطرق.

ولأن مجال بحثنا هو القسمة الرضائية فسنقوم بدراسة القسمة العينية الرضائية وقسمة التصفية الرضائية على النحو التالي:

أ- القسمة الرضائية العينية:

من دراسة النصوص القانونية⁽¹⁾ يتبين أن للشركاء اختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الاتفاقية، فقد يختارون أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع بالاتفاق على القسمة يقرره الشركاء، ويتم تثبيت هذا الاتفاق في عقد القسمة وقد يكون الاتفاق ضمناً ويتحقق ذلك عندما يتصرف كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته وهو ما يسمى بالقسمة الفعلية، وعندما ينهج باقي الشركاء نهجه فيستخلص من تصرفهم هذا أنهم تراضوا على هذه القسمة⁽²⁾.

وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل، وتتحقق عندما يختص أحد الشركاء بجزء مفرز أكثر من نصيبه على الشيوع فيتم تقدير قيمة هذه الزيادة، ويقوم صاحب الحصة التي زادت بدفع الفرق بدل الزيادة فتكون بذلك قسمة بمعدل، فإذا اتفق فيما بينهم وتحاسبوا وقسموا من أنفسهم كانت القسمة عينية رضائية.

(1) تنص المادة (789) مدني سوري على (أن للشركاء إذا انعقد اجتماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها....) وهي مطابقة للمادة (835) مدني مصري ويقابلها في القانون المدني العراقي مادة (1071) التي تنص على أن: (للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها..) والمادة 922 قانون موجبات وعقود لبناني.

(2) سعيد جبر، حق الملكية، 2001_2001، ص471، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، حق الملكية، المرجع السابق، ص176.

وقد تكون القسمة العينية بغير معدل، أي أن كل شريك أخذ نصيبه المسجل له على الشيوخ دون زيادة أو نقصان.

وقد يختار الشركاء أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، أو قسمة جزئية بحيث يبقون بعض المال على الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم⁽¹⁾ ويستمر الباقيون في الشيوخ فيما بقي من المال بعد التجنب.

فمن يختار طريقة التقسيم هم الشركاء.

ب- قسمة التصفية الرضائية:

يستفاد من النصوص القانونية⁽²⁾ أنه يمكن للشركاء أن يختاروا القسمة بطريق التصفية ولا سيما إذا تعذر قسمة المال الشائع عيناً، عندها يتفق الشركاء على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد ويقسمون الثمن بينهم بنسبة

(1) عند القسمة تتبع المنقولات المعتبرة عقارات بالتخصيص العقاري الملحقة به والذي يقع في حصة أحد الشركاء. د. محمد كامل مرسى، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2005، ص75، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص895.

(2) تنص المادة (795) مدني سوري على أنه (إذا لم تمكن القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يقرر القاضي بيع المال بالمزاد العلني بالطرق المتبعة في قانون التنفيذ وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالاجماع) وهي مطابقة للمادة 841 مدني مصري. وتنص المادة (1044) مدني أردني على أنه: (إذا تعذرت القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث ضرر أو نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها جاز لأي من الشريكين بيع حصته للآخر أو أن يطلب من المحكمة بيعها بالطرق المبينة في القانون).

حصصهم، وفي حال عدم بيع جزء من المال يبقى شائعاً أو يقسمونه عيناً، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا. وإذا باع الشركاء المال الشائع بالمزاد، فقد يتفقون على ألا يدخل المزداد إلا شريك منهم، وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل في المزداد وفي جميع الأحوال إذا رسا المزداد على أجنبي اعتبر رسو المزداد بيعاً لا قسمة⁽¹⁾، أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية⁽²⁾.

(1) انظر عكس محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، حيث اعتبر رسو المزداد على أجنبي قسمة وليس بيع وذلك نتيجة التفرقة في العلاقة بين المتقاسمين مع الاجنبي الذي رسا عليه المزداد حيث تعتبر التصفية ورسو المزداد بيعاً اما في العلاقة بين الشركاء انفسهم فإن التصفية التي حلت ماهي إلا عملية تمهيدية للقسمة وبالتالي يعتبر تصرفاً كاشفاً ص 161 وأيضاً ص 335.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 896، وانظر ايضاً د حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، 1995م، ص 210، د زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، المرجع السابق، ص 365 وما بعدها.

المطلب الثاني

طبيعة القسمة الرضائية في القانون المدني المقارن

يتناول هذا المطلب الطبيعة القانونية لعقد القسمة الرضائية من حيث كونه بيعاً أو إفرازاً أو أنه بيع وإفراز معاً أو أنه يعتبر عقد مستقل له تكييف خاص به يميزه عن غيره من العقود وذلك من خلال المقارنة بين القانون المدني السوري وبعض القوانين العربية .

من خلال فرعين :

الفرع الأول: عقد القسمة ما بين البيع والإفراز في القوانين العربية.

الفرع الثاني: عقد القسمة الرضائية يختلف عن غيره من النظم القانونية

الشبيهة به.

الفرع الأول: عقد القسمة الرضائية ما بين البيع والإفراز في القوانين العربية

من خلال دراسة نصوص القانون الوضعي المتعلقة بالطبيعة القانونية لعقد القسمة نجد أن هناك اختلافاً في تكييف عقد القسمة وهو اختلاف يرجع في أسبابه إلى الاختلاف الفقهي والقانوني في تكييف حق المالك على الشيوع. فبعض القوانين العربية⁽¹⁾ تنبّهت إلى أهمية عقد القسمة وأهمية تكييفه القانوني فحددت طبيعته القانونية بوضوح بما يتناسب مع تشريعها المدني. في حين أن بعض التشريعات العربية⁽²⁾ سكّنت عن الموضوع ولم تحدد بوضوح طبيعة عقد القسمة فاسحة المجال للفقهاء والاجتهاد للقيام بهذه المهمة. فالقانون المدني السوري نص في المادة /789/ على أنه⁽³⁾: "لشركاء اذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها..." ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع السوري لم يعرف القسمة الرضائية تعريفاً محدداً وسكت عن تحديد طبيعتها القانونية. الأمر الذي دفع الفقه القانوني إلى الرجوع إلى الأصل والقول بأن عقد القسمة هو عقد رضائي تطبق عليه الأحكام العامة للعقود.⁽⁴⁾

(1) كالقانون المدني الأردني مادة 1038 التي تنص على أن "القسمة افرازاً وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي"، والقانون المدني العراقي في المادة 1075 التي تنص على أن: (ترجع جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة....).

(2) كالقانون المدني السوري والمصري والليبي واللبناني.

(3) و مطابقة للمادة / 835 / مدني مصري.

(4) عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الاول، 1990، ص384، محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، المجلد الاول، الطبعة الاولى، 1993، ص389 - 390.

بينما حدد العمل القضائي السوري طبيعة عقد القسمة الرضائية الذي يرد على عقار واعتبره من عقود المعاوضة والمقايضة وتسري عليه أحكام عقد البيع. حيث جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية: "إن القسمة الرضائية هي عقد مقايضة رضائية يتم ما بين مالكي العقار على الشيوع ويخضع لأحكام القانون المدني".⁽¹⁾

وان التخاصص بين الشركاء هو من عقود المعاوضة الذي يكسب حق التسجيل ولكنه لا يمكن أن يكسب حق الملكية إلا من تاريخ تسجيله بالسجل العقاري،⁽²⁾ وبالتالي فإن عقد القسمة في نظر القانون السوري هو عقد مقايضة يخضع لأحكام عقد البيع استناداً للمادة/453/⁽³⁾، من القانون المدني السوري التي تنص على: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة...".

ونلاحظ أن القضاء السوري قد تأثر إلى حد كبير في تكييفه لعقد القسمة بما كان سائداً وقتها بالقانون المصري حيث جاء في المادة /555/ من التقنين المختلط المصري "ان القسمة منشئة كالبيع"⁽⁴⁾، وذلك أسوة بما قرره الشريعة الإسلامية والقانون الروماني.

(1) قرار 1150 / 2000 أساس 1702، محكمة النقض والدوائر المدنية - سوريا قاعدة 16-م

المحامون 2003 إصدار 3، 4 رقم مرجعيه حمورابي، 49831

(2) نقض رقم 2142، أساس 4606، تا 1966/10/12، مجلة المحامون السورية، ص 379 لعام 1966.

(3) مطابقة للمادة /487/ مدني مصري

(4) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1993، ص 175، القانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء السادس، الحقوق العينية، من المادة 802_1029، ص 128

وان قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته.
كما جاء أيضاً في قرار محكمة النقض المصرية أن القواعد التي تحكم
ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم.⁽¹⁾
ونظراً لما يترتب على اعتبار القسمة منشئة كالبيع من أثر ناقل يتنافى مع
طبيعة القسمة الكاشفة فلم تتقيد المحاكم المختلطة المصرية بنص المادة /555/
من التقنين المختلط بل سارت في جميع أحكامها على اعتبار القسمة كاشفة
للحقوق وهو الحكم السائد في سائر التشريعات⁽²⁾، وتبعها القانون المصري الجديد
ليكرس الأثر الكاشف للقسمة ولكن من دون النص على طبيعة القسمة القانونية
بشكل دقيق.

فظل عقد القسمة يتخبط في تكييفه بين البيع والمقايضة وخاضعاً لأحكام
عقد البيع من دون أن ينتج عنه أهم أثر من آثار عقد البيع وهو نقل الملكية الأمر
الذي جعله عقداً عقيماً ومسلوب الهوية فطبيعته المفترضة كعقد مقايضة لا تنتج
آثاراً ناقلاً.

بالمقابل نجد أن المشرع الأردني قد تأثر بشكل كبير في الفقه الإسلامي
وخاصة الفقه الحنفي الذي اعتبر القسمة بيعاً وإفرازاً معاً.⁽³⁾

(1) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص 211،
عبد التواب معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة،
منشأة المعارف، ص 295.

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص 175،
محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 443.

(3) انظر المادة /1116/ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت (أن القسمة من جهة إفراز ومن جهة
مبادلة)، وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، 2002،
ص 19.

فجاءت نصوص القانون المدني الأردني بعضها يشير إلى أن القسمة بيع وبعضها الآخر يشير إلى أن القسمة إفرازاً.

فالمادة /1038/ من القانون المدني الأردني تنص على أن: "القسمة إفراز وتعين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي"

مما يفيد صراحة أن القسمة إفراز ، في حين أن المادة /1049/ منه تنص على أن: "يجري على القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الأجناس المختلطة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب أما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط".

وهذا النص يفيد أن المشرع الأردني قد اعتبر القسمة بيعاً بعد أن أجرى فيها خيار الغبن والاستحقاق والشرط والرؤية والعيب.

وهي ذاتها الخيارات التي نص عليها المشرع على أنها تجري في عقد البيع.

أما المشرع المدني العراقي فكان واضحاً في تغليب الإفراز على

المبادلة في القسمة الرضائية وهو ما يتفق مع طبيعة القسمة كتصرف

كاشف للملكية وليست ناقلة لها.⁽¹⁾

(1) انظر المادة /1075/ مدني عراقي التي تنص على ان: (ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالكاً للحصة المفردة التي آلت إليه وأنه لم يملك قط شيئاً في باقي الحصص).

ولتحديد ما إذا كانت القسمة بيعاً أو إفرازاً يقتضي ثبوت أحدهما وانتفاء الآخر، فإذا ثبت أن القسمة بيع وانتفى الإفراز كانت بيعاً بإطلاق والعكس صحيح. وحيث أننا نسعى في هذا المطلب إلى تكييف عقد القسمة الرضائية من حيث كونها بيعاً أو إفرازاً بما يتوافق مع نصوص القانون المدني السوري الذي لم يحدد بوضوح طبيعة القسمة.

فإن ذلك يقتضي منا أن نطبق على القسمة خصائص عقد البيع والأحكام العملية المنظمة له، فإذا ما انطبقت عليه هذه الأحكام كانت القسمة بيعاً وإلا فلا تكون كذلك.

وذلك لأن دراسة طبيعة أي نظام قانوني تنحصر في بيان خصائصه المميزة التي تسمح بتحديد موضعه من طوائف النظم القانونية المعروفة وخاصة التي يشترك معها في الخصائص العامة.

وعليه فإننا سندرس في البند الأول القسمة كعقد بيع وفي البند الثاني القسمة كمجرد إفراز.

البند الأول: القسمة كعقد بيع:

عرف المشرع السوري في المادة /368/ ⁽¹⁾ من القانون المدني السوري عقد البيع بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي"

(1) مطابق لنص المادة 418 من القانون المدني المصري.

أما القانون الأردني فقد عرفه في المادة /465/ بقوله: "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض".

ومن خلال دراسة نصوص القانون نجد أن المشرع السوري والمصري قد ميز بين الصور المتعددة لعقد البيع بالنظر الى اختلاف طبيعة الثمن فيها فقد فرق بين البيع ذو الطبيعة النقدية، أي العوض فيه مبلغ من النقود وبين البيع الذي تنتقل فيه الملكية مقابل ثمن من غير النقود يسمى عقد المقايضة.⁽¹⁾

وذلك على عكس المشرع الأردني الذي تأثر بالفقه الإسلامي⁽²⁾ ولم يحدد ماهية الثمن في عقد البيع ولم يفرق بين البيع والمقايضة واعتبر كل منهما بيعاً.

وبجميع الأحوال فإن التفرقة بين البيع والمقايضة تتمركز على الاختلاف في ماهية الثمن (طبيعة المقابل) بين العقدين (فهو نقد في البيع وعين في المقايضة)⁽³⁾ من دون أن يخرج عقد المقايضة من دائرة البيع.

بل إن المقايضة هي المهد الذي نشأ فيه عقد البيع وتاريخ المعاملات بين الجماعات القديمة يؤكد أن البيع كان يتم فيه تبادل أعيان بأعيان أخرى.

(1) انظر المادة /455/ ق.م.س التي تنص على أن: (المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود) وهي مطابقة للمادة 482 مدني مصري

(2) تنص المادة 105/ من مجلة الأحكام العدلية على أن: (البيع مبادلة مال بمال..) بحيث يشمل البيع والمقايضة.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، ص32

2 انظر المادة /453/ ق.م.س، وأيضاً المواد (552 - 556) مدني أردني وأيضاً المادة 482 مدني مصري.

كما أن أحكام عقد البيع تسري على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها.⁽¹⁾

وبالتالي يمكن القول أن خصائص عقد البيع هي خصائص عقد المقايضة وأركان عقد البيع هي ذاتها أركان المقايضة.⁽²⁾

ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه.

وتأسيساً على ما تقدم فإن الخصائص التي سنطبقها على عقد القسمة الرضائية هي خصائص عقد بيع العين بالعين والذي سماه المشرع السوري بالمقايضة، وطبق عليه أحكام عقد البيع.

ومن خلال تعريف عقد البيع تظهر الخصائص المميزة له، وهي:

1- عقد معاوضة.

2- عقد رضائي.

3- عقد ملزم لجانبين.

4- عقد ناقل للملكية.

ولمعرفة مدى انطباق هذه الخصائص على عقد القسمة فإننا سنبحث في

كل خاصية وفق ما يلي:

3 توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، د. ن، 1985، ص648، جاك الحكيم، العقود المسماة.

أولاً: القسمة عقد معاوضة:

من أهم الخصائص المميزة لعقد البيع أنه يعد من عقود المعاوضة والتي يحصل فيها كل من المتعاقدين على مقابل لما يقدمه.

ويسري على المقايضة كما سبق وأسلمنا أحكام عقد البيع، فيعتبر كل متقايز بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه.⁽¹⁾

وبالتالي يأخذ كل من الطرفين في عقد المقايضة مقابل لما يعطي على أساس المبادلة.

والسؤال هنا هل تنطبق هذه الخاصية لعقد المقايضة على القسمة؟ وهل تعتبر القسمة من عقود المعاوضة؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد لنا أن نعود إلى الجذور التاريخية لتأصيل القسمة وتكييفها المرتبط بتأصيل الشيوع وتكييف حق المالك على الشيوع.

لهذا المفهوم جذور عميقة في التاريخ تمتد إلى الرومان حيث أن نظام الشيوع في المجموعة اللاتينية كلها بما فيه من شروحات للطبيعة القانونية للملكية الشائعة وتكييف القسمة يجد مصادره في تصور الرومان لهذه الطبيعة.⁽²⁾

فقد عرف الرومان القسمة بأنها "التبادل الاتفاقي للأجزاء الشائعة بين الورثة"

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص754 ومابعداها، راجع المواد /485/ مدني مصري، /453/ مدني سوري، /503/ موجبات وعقود لبناني، /579/ مدني عراقي

(2) راجع بهذا المعنى، محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص21.

وان هذا التعريف للقسمة عند الرومان قد أتى نتيجة تكييفهم لحق الشريك المشتاع خلال فترة الشيوخ، حيث اعتبروا تحت تأثير نزعة الملكية الفردية لديهم ان كل شريك مشتاع يملك بقدر حصته في كل ذرة من ذرات المال الشائع، وان القسمة تتم نتيجة عملية مبادلة أو مقايضة أو حتى نتيجة بيع في حالة (قسمة التصفية).

وبمقتضى هذه العملية يتنازل كل شريك عن نصيبه للشركاء الآخرين بما كان له من حصصهم مقابل تنازل الشركاء الآخرين عن أنصابتهم في حصته.⁽¹⁾

ونتيجة هذا التكيف للقسمة كعملية معاوضة أو مبادلة ذات أثر ناقل بطبيعتها فإن كل واحد من الشركاء على الشيوخ يصبح مالكا للأموال التي دخلت في نصيبه من يوم القسمة وليس من وقت انشاء الشيوخ وكل شريك يعتبر خلفاً خاصاً لشركائه الآخرين وليس خلفاً عاماً للموروث لأنه يتلقى أمواله بعملية مبادلة بالتالي فإن كل شريك متقاسم سيتلقى نصيبه المفرز متقلاً بأي تكليف أو حق رتبة عليه أي من الشركاء خلال فترة الشيوخ حتى لو لم يكن له علاقة في إنشائه.⁽²⁾

(1) نبيل زهر الدين، أثر القسمة في الملكية الشائعة، مجلة المحامون السورية، الاعداد (1، 2، 3)، السنة

54، عام 1989، ص84، انظر أيضاً محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص26

(2) مأمون الشامي، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص202، زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، المرجع السابق، ص375، عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، الطبعة الثالثة،

وقد تأثر الفقه الإسلامي بهذه النظرة للقسمة حيث نصت المادة /1116/ من مجلة الأحكام العدلية على أن القسمة تتضمن معنى المبادلة والإفراز معاً⁽¹⁾، والقوانين العربية بدورها تأثرت بالفقه الإسلامي من خلال ما تقدم نرى أنه كان من الصعب على الرومان تحت تأثير نزعتهم إلى الملكية الفردية أن يتصور وجود ملكية شائعة يجتمع فيها أكثر من شخص بملكية شيء واحد دون القدرة على تحديد نطاق مادي لحق كل منهم ولحل المشكلة لجؤوا إلى الافتراض المخالف للواقع واعتبروا أن كل شريك يملك في كل ذرة من ذرات المال الشائع بمقدار حصته فالرومان تصوروا الحصص مادية بمعنى أن حصة كل شريك لم تكن معنوية وحسب بل كانت محددة ومنفصلة مادياً وبطريقة محسوسة في كل ذرة من ذرات المال الشائع أثناء قيام الشيوع وقبل القسمة.

وهو ما يبرر تكييفهم للقسمة بأنها مبادلة ذات أثر ناقل.⁽²⁾

⁽¹⁾ انظر نص المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم يار، شرح المجلة، ط 3، 1986، ص 618، عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 234-235. وهنا لابد من الإشارة إلى أن الإفراز في الفقه الإسلامي مرجح في المثليات فقط، أما العقارات فيرجح فيها المبادلة (أي الصفة الناقلة) انظر المادتان (1116 - 1117) من مجلة الأحكام العدلية، وكذلك انظر د غنى حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 128

⁽²⁾ راجع الصفحة 190 وما بعدها من هذه الدراسة، وانظر آراء الفقه الحديث بحق المالك على الشيوع حيث أن هناك إجماع بين الفقهاء على أن حق المالك على الشيوع غير محددة مادياً وإنما يقع على كل المال الشائع ومشتبك بحقوق باقي الشركاء ومقيد بها بعدم الإضرار فيها، بالتالي فالقسمة لا تحمل معنى المبادلة وليست من عقود المعاوضة.

ونظراً لما يترتب على الأثر الناقل للقسمة عملية مبادلة من نتائج ضارة وغير عادلة فقد نص التشريع المصري الحديث وأخذ عنه التشريع السوري في اعتبار القسمة كاشفة لا ناقلة.⁽¹⁾

فالتقنيات المذكورة اتخذت موقفاً واضحاً من آثار عقد القسمة ولكنها لم تتطرق إلى تكييف عقد القسمة بما يتلاءم مع موقفها الجديد، فظل هذا العقد هجيناً خاضعاً لأحكام عقد البيع غير منتج لآثاره وبكيفية القضاء على أنه عقد مقايضة على الرغم من أن ملكية كل شريك غير مفرزة.

ولحسم هذه النقطة لا بد من الرجوع إلى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري والتي جاء فيها:

"عرفت المادة /1193/ الملكية الشائعة ويتبين من هذا التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة.

والشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية).⁽²⁾

وبالتالي فإن ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة هو عدم التطابق بين النطاق المادي للحق ونطاقه المعنوي، أن حق كل شريك فيها هو حق ملكية

(1) انظر المادة /843/ مدني مصري والمادة /797/ مدني سوري،

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص7،

مجموعة أعمال تحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص87 وما بعدها

كامل ولكنه يقع مادياً على الشيء الشائع كله وليس محدداً بجزء معين منه أما نطاقه المعنوي فيقتصر على حصته من هذا المال.

وحقوق الشركاء على الشيوع مقيدة و معرّقة في مباشرتها بسبب اشتراكها بحقوق أخرى من نفس الطبيعة للشركاء الآخرين.

وهنا يأتي دور القسمة للخروج من حالة الاشتباك الحاصل بين الحصص المعنوية للشركاء المشتاعين على نفس المحل المادي وهو الشيء الشائع بجملته ثم إيجاد التطابق بين النطاق المادي والنطاق المعنوي لحق كل شريك فتصبح ملكية كل شريك مفرزة استثنائية خالصة دون سلطات ملكية الآخرين نتيجة القسمة كأداة افراز حددت نطاق مادي لحق كل شريك كان قبلها مشتبكا بحقوق باقي الشركاء، وفي ظل هذا الواقع يغدو أمراً مستغرباً أن يقال أن القسمة هي عملية مبادلة بما يتطلبه ذلك من قدرة على تحديد نطاق مادي بحق كل شريك قبل القسمة لتكون محلاً للمبادلة مع حصص باقي الشركاء⁽¹⁾، وهو أمر لا يمكن حصوله إلا عن طريق الافتراض كما رأينا وهو لا يحل المشكلة بقدر ما يسعى الى الهروب منه وبالتالي وتأسيساً على ما تقدم في أن القول بأن القسمة هي نتيجة لازمة لعملية مبادلة بين الأنصبة الشائعة للشركاء فيه تفريغ للقسمة من مضمونها وإدغامها بمفهوم المبادلة بما يتعارض في طبيعته.

(1) بالإضافة إلى ما يترتب عليه من أثر ناقل مخالف لما أخذ به المشرع السوري، ومن القائلين بأن القسمة عملية مبادلة من فقهاء القانون، انظر عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، المرجع سابق، ص 418، كذلك عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 234.

فالقسمة نقيض للمبادلة أو هي الممر الرئيسي والإجباري للوصول إلى المبادلة وإلا فلماذا نقوم بالقسمة وكل شريك على الشيوع يعرف حصته على وجه التحديد ويستطيع مبادلتها بحصة أخرى معلومة ومحددة⁽¹⁾.

والقول بأن المقايضة يمكن أن تكون في حصة شائعة⁽²⁾، هو أمر صحيح وممكن ولكن هذه المقايضة لا تغير من الوصف القانوني للحصة الشائعة ولا يجعلها مفرزة، حيث يصبح المقايض شريك لباقي الشركاء على الشيوع بعد شراءه الحصة الشائعة، والقسمة وحدها هي التي تحول المال الشائع إلى مفرز.

كما أن القول بأن عقد التخاصص الرضائي الذي يتم بين الشركاء على الشيوع بدون تجزئة فعلية للمال الشائع (كما في حال ملكية ثلاث أشخاص لثلاثة عقارات بحصص متساوية فيختص كل منهم بعقار ويسقط حقه عما اختص به الآخر)⁽³⁾ هو عقد مبادلة استناداً إلى عدم وجود قسمة فعلية وإفراز و تجزئة للعقارات.

فإنه يطرح تساؤل بغاية الأهمية حول ماهية القواعد الواجبة التطبيق في حال حصول غبن لأحد الشركاء يزيد على الخمس في العقد الذي تم تكييفه كعقد مبادلة؟؟.

(1) ولماذا تتم القرعة في القسمة القضائية، فهو دليل على أن حصص الشركاء غير محددة.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص758.

(3) انظر الصفحة 129 من قانون السجل العقاري السوري قرار رقم 188 لعام 1926، طبعة، 2010.

فهل يحق للشريك أن يطالب بإبطال هذا العقد استناداً إلى قواعد الغبن في
القسمة؟.

أم أن تكييفه كعقد مبادلة يحتمل الربح والخسارة يستوجب حرمان الشريك من
الحصول على كامل حقه؟ استناداً إلى أن الغبن مسموح في عقود المعاوضة طالما
لم يرافقه استغلال.⁽¹⁾

فالمنطق السليم يفرض النظر إلى عقد التخاصص الرضائي كعقد مساواة له
ضمانات تحمي الشركاء من الغبن وتوصلهم إلى حقوقهم كاملة بعيداً عن مخاطر
المبادلة.

وبناء على ما تقدم إن الحقل الأساسي للقسمة هو المال الشائع وحقوق
الشركاء المشتبكة ببعضها والتي ترد على الشيء الشائع كله فإذا ما وقعت القسمة
فإنها لا تفعل أكثر من تحديد هذا الحق للشريك المشتاع تحديداً مادياً بجزء من
المال يختص به وحده ويعادل حصته التي كانت له في الشيء الشائع كله معلنة ما
كان قائماً له من ملكية.⁽²⁾

على عكس المبادلة فالحقل الأساسي لها هو الملكية الفردية المفترزة
والمحددة التي ترد على مبيع محدد معلوم ويمكن تمييزه عن غيره وتؤدي كنتيجة

(1) انظر المادة 130/ من القانون المدني السوري.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع
السابق، ص225، حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية احكامها
ومصادرها، المرجع سابق، ص317، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع
السابق، ص261

إلى خلق وضع جديد و تغيير في الأشخاص أصحاب الحق على محله أي أنها ذات أثر ناقل.

فالمبادلة لا يمكن أن تكون مادتها الحقوق بل يجب أن تنحصر مادتها في الأشياء التي تقع عليها هذه الحقوق فإذا كان الفرض أن هذه الأشياء غير محددة أو شائعة فإن المبادلة تفقد مادتها.

واستناداً إلى ما سبق لا بد من العدول عن التصور القديم لطبيعة عقد القسمة الرضائية كعقد معاوضة فهو تصور يتعارض مع الحقيقة والحالة النفسية للأطراف فليس لدى أي شريك الشعور بأنه خلف للمتقاسمين وبل العكس من ذلك فإن كل شريك يشعر أنه يمارس من الآن حقاً سبق له ان كان صاحبه من قبل.⁽¹⁾ ولا بد من الاستناد إلى تكييف يتفق مع الواقع ومع الأثر الكاشف للقسمة الذي تبناه التشريع الحديث.⁽²⁾

ثانياً: القسمة عقد رضائي:

تقسم العقود من حيث الأركان اللازمة لانعقادها إلى عقود رضائية وعقود غير رضائية، النوع الأول يكفي لانعقاده توافق إرادتين على انشاءه دون حاجة إلى أي إجراء آخر ودون حاجة إلى إفراغ التراضي في شكل خاص.

(1) د محمد عبد الله، بحث بعنوان تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع واثرها، مجلة جامعة

دمشق، المراجع السابق، ص57

(2) انظر المادة /797/ من القانون المدني السوري، والمادة /843/ مدني مصري، كذلك انظر المادة

883 من القانون المدني الفرنسي

أما النوع الثاني هي العقود التي لا تكفي لانعقادها التراضي عليها بل لا بد أن يتخذ التراضي فيها شكلاً معيناً يحدده القانون.⁽¹⁾

فتكون أركان العقد الرضا والمحل والسبب والشكلية.⁽²⁾

وعقد المقايضة يعتبر من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد، ولا يستلزم القانون لقيامه شرطاً آخر، اذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمنياً حتى يقوم العقد⁽³⁾. فهل تنطبق هذه الخاصية على عقد القسمة، وهل يعتبر من العقود الرضائية؟

من حيث المبدأ العام فإن توفر الرضائية في عقد القسمة مجمع عليها فقهاً وقانوناً فعقد القسمة كأى عقد آخر يشترط لانعقاده الرضا والمحل والسبب.

ويتضح ذلك من النصوص القانونية الواردة في معظم التشريعات العربية عند تناولها لعقد القسمة "للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها..."⁽⁴⁾

(1) قدري الشهاوي، عقد المساولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص11، وانظر محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دمشق، المزرعة، ص62 وما بعدها

(2) وللمزيد انظر منذر بالفضل، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص57، وانظر أيضاً أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة2005، ص17

(3) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1976، ص25

(4) مادة /789/ ق.م.س و مطابقة للمادة /835/ مدني مصري، وانظر المادة /844/ مدني ليبي، انظر أيضاً المادة /1071/ مدني عراقي، والمادة /922/ قانون موجبات وعقود لبناني

وذلك إعمالاً للمبدأ العام في العقود الرضائية حيث توافق الإرادات هو الأصل ويكفي لقيام العقد حيث يسيطر على القانون المدني مبدأ الرضائية، إلا أن مبدأ رضائية عقد القسمة ليس مبدأ مطلقاً بل يناعه استثناءات قانونية تجعل منه أقرب إلى العقود الشكلية من العقود الرضائية كمبدأ شكلية العقود العقارية حيث يشترط القانون شروط أخرى لانعقاد العقد.⁽¹⁾

والغاية من توفر الشكلية في العقود العقارية هو رغبة المشرع في حماية أطراف العقد نظراً لخطورة التصرف القانوني ففي وجودها تبصر بعواقب العمل القانوني.⁽²⁾

وتترواح القوانين العربية من حيث اشتراطها للشكلية في عقد القسمة الرضائية بين اعتبارها ركن من أركان العقد وجزء من ماهيته فلا يكون له وجود بدون استيفائها أو مجرد كونها وسيلة لإثبات العقد في مواجهة الغير . حيث نجد أن القانون الأردني⁽³⁾ اعتبر عقد القسمة في الأراضي التي تمت فيها أعمال التسوية من العقود الشكلية التي لا تتعقد إلا بتسجيلها في السجل الخاص بدائرة الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها.

(1) انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1967، ص 163 و ص 183، ويستفاد هذا من نص المادة 89/ من القانون المدني المصري، والمطابقة للمادة 92/ مدني سوري وتنص أن: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) وب نفس المعنى انظر المادة 198/ و 199/ مدني أردني

(2) منذر بالفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع سابق، ص 57، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص

(3) تنص المادة 1148/ مدني أردني على أنه " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به"، وتنص المادة 16/ من =

وبالتالي يعتبر تسجيل العقد ركن من أركانه وليس وسيلة إثبات، بحيث إذا لم تراخ هذه الشكلية كان العقد غير منعقد وليس له أي قيمة قانونية⁽¹⁾، وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها.

على أنه يشترط لانعقاد العقد الوارد على عقار أن يتم تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي المختصة عملاً بالمادة/1148/ من القانون المدني والمادة /16/ من قانون تسوية الأراضي والمياه والمادة /2/ من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم /49/ لعام 1953 وبخلاف ذلك يعتبر العقد باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر.⁽²⁾

كما أن المشرع العراقي أيضاً اعتبر عقد القسمة من العقود الشكلية حيث نص صراحة في المادة /1070/ من القانون المدني العراقي على أن "لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"

= قانون تسوية الأراضي والمياه رقم /40/ لسنة 1952 على أن: في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل، وكل من كان فريقياً في معاملة أجريت خلافاً لما ذكر يكون عرضة بعد الإدانة من قبل المحكمة التي تنتظر بالقضية لدفع غرامة لا تتجاوز خمس دنائير..

(1) لا بد من الإشارة إلى أن معظم أراضي المملكة الأردنية الهاشمية قد جرت عليها أعمال تسوية إلا أجزاء بسيطة في المنطقة الشرقية من الأردن وللمزيد من التفصيل انظر موقع وزارة الأراضي والمساحة الأردنية الإلكتروني: www.dls.jo وانظر أيضاً محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 134 وما بعدها

(2) قرار تمييز حقوق رقم 54/138، منشور سنة 1955، ج 1، ص 9 وانظر أيضاً احكام بنفس المعنى: قرار تمييز حقوق رقم 79/220 منشور في مجلة المحامين لسنة 1979، ص 1694.

قرار تمييز حقوق رقم 54/152 منشور سنة 1954، ج 1، ص 852.

منشورات مركز عدالة www.adaleh.com

كما أن المشرع المغربي أيضاً سار على النهج نفسه وأخضع تحرير عقد القسمة لضوابط شكلية معينة ويحسب للتشريع المغربي دقته في هذا الإطار حيث نصت المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية العقارية المغربية على وجوب تحرير جميع التصرفات العقارية بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض

بالتالي فإن إبرام القسمة دون مراعاة هذه الضوابط يجعلها باطلة وغير نافذة بين الشركاء ولا بالنسبة للغير⁽¹⁾

والمشرع التونسي أيضاً يشترط أن يكون عقد القسمة الرضائية في العقارات المسجلة محرراً إما عن طريق حافظ الملكية العقارية أو أعوان إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير أو عدول الأَشْهاد⁽²⁾

أما بالنسبة للمشرع السوري فلا يوجد نص صريح في القانون المدني يشترط الكتابة في عقد القسمة وبالرجوع إلى القوانين العقارية الخاصة نجد أن قانون السجل العقاري الصادر بقرار رقم /188/ لعام 1926 نص في المادة /11/: "على وجوب تسجيل عقد القسمة الرضائية في السجل العقاري إذا كان محله عقاراً محدداً ومحرراً واعتبره غير نافذ بين الشركاء ولا ملزماً للغير إلا اعتبار من تاريخ

(1) محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص55، وانظر أيضاً المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية المغربية تنص على:

" يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض)

(2) القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 مايو 1992.

التسجيل واعتبر عقد القسمة غير المسجل وأن كان لا يترتب عليه إزالة الشئوع إلا أنه ملزم لأطرافه بتسجيله".⁽¹⁾

بالتالي يتبين لنا أن المشرع السوري لم يضيق في مجال الشككية المطلوبة في عقد القسمة الرضائية على العقارات المحددة والمحروقة.

ولم يشترط صراحة على شككية معينة لانعقاده كأن يكون العقد محرراً بشكل رسمي ومن قبل جهات مختصة تحت طائلة البطلان المطلق وكركن أساسي في العقد.

ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للإثبات لا للانعقاد.⁽²⁾

وهو ما اتجه اليه الفقه والقضاء⁽³⁾ السوري باعتبار القسمة عقد رضائي وبالتالي فإن أي عقد عادي محرر بين الشركاء على الشئوع وعليه إمضاؤهم يمكن

(1) تنص المادة /11/ من قانون السجل العقاري السوري على أن " الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بأحداث حق عيني أو نقله أو إعلانه أو تعديله أو إبطاله، لا تكون نافذة، حتى بين العاقدین، إلا اعتباراً من تاريخ التسجيل، ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المدعاة فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم".

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اثار الالتزام، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص128

(3) عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص384، مي عيسى، القسمة العقارية، مجلة المحامون، دمشق، العدد الاول، سنة 1985، ص 1204، محمد صياح النشواتي، قيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، المرجع سابق، ص389 و390

أحدهم من الاستناد إليه أمام القضاء والمطالبة بالحكم بتثبيت هذه القسمة وفق القواعد العامة للإثبات.

وبرأينا أن القانون السوري قد تأثر في هذا المجال بأصله المصري دون أن يراعي الاختلاف في أنظمة الشهر العقاري بين البلدين وما يترتب عليها من نتائج مهمة.⁽¹⁾

(1) جميع الدول المتحضرة تأخذ بنظام الشهر وله نوعان هما: الشهر الشخصي والشهر العيني، ونظام الشهر الشخصي يقوم على التسجيل بحسب أسماء الأشخاص المالكين للعقار أو للحق العيني (يأخذ به القانون المصري)، أما نظام الشهر العيني يقوم على أساس (الوحدة العقارية المساحية) وهذه العبارة تعني العقار، (يأخذ به القانون السوري) ولهذا النظام محاسن عديدة فهو يؤدي إلى تبسيط الإجراءات وسرعتها على عكس نظام الشهر الشخصي الذي يوجب على الشخص الذي يريد التعامل على العقار التحري على أسماء مالكيه، وأهم نقاط الاختلاف بين النظامين هي أن:- نظام الشهر العيني لا يفرق في الجزاء المترتب على عدم القيد بين التصرفات والأحكام المنشئة للحق (كالبيع) أو الكاشفة له (كالقسمة) فالحقوق غير المقيدة لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم (الأمر الذي يعطي الحق للقوانين الآخذة بنظام الشهر العيني في اشتراط الشكلية وتحرير العقد بشكل رسمي بحسب أهميتها كركن أساسي في هذه العقود بنوعها الكاشف والمنشئ)، أما نظام الشهر الشخصي فهو يفرق بين التصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة للملكية وبين التصرفات المقررة لها، فجعل جزاء عدم تسجيل الأحكام والتصرفات المنشئة أو الناقلة للملكية في السجل العقاري عدم نشوء أي أثر لهذه التصرفات والأحكام سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، بينما يجعل الجزاء بالنسبة للتصرفات والأحكام المقررة للحق هو عدم الاحتجاج بها تجاه الغير، وتسجيلها غير لازم وبالتالي تكون نافذة بين الشركاء ويمكن الاحتجاج بها فيما بينهم والطالبة بتثبيتها عن طريق القضاء (وهو الأمر الذي يجعل القوانين الآخذة بنظام الشهر الشخصي غير قادرة على اشتراط الشكلية في عقد القسمة الكاشف باعتباره نافذ بين الشركاء بغير تسجيل). للمزيد انظر أمين بركات مسعود، شرح التشريعات العقارية السورية اعمال التحديد والتحرير والسجل العقاري، التحسين العقاري وإزالة الشيوخ، التشريعات العقارية العربية، دراسة مقارنة د. ن، 1994، ص 60 و 81 وما بعدها، وانظر عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات =

وكان من الأولى على المشرع السوري أن ينص وبشكل صريح على شروط شكلية لتحديد عقد القسمة كركن من أركان العقد وذلك نظراً لأهمية هذا العقد وخطورة نتائجه بدلاً من اللجوء الى المحاكم ليتم تثبيت العقد بحكم قضائي مكتسب للدرجة القطعية ووفقاً للقواعد العامة للإثبات بما في ذلك من إرهاب للمحاكم وإضاعة وقت وجهد يمكن اختصارها باشتراط صيغة رسمية وشكل معين يتم إفراغه فيه أمام مكتب السجل العقاري وذلك أسوة بالقوانين العربية السابق ذكرها والتي أخذت جميعها بنظام السجل العيني المأخوذ به أيضاً في سورية، والذي يعطي الحق للقوانين الآخذة به بالتشدد واشتراط الشكلية وتحريم العقد بشكل رسمي سواء كان عقد منشئ للحق أو كاشفاً له.

أما في التشريع المصري فإن القسمة الرضائية تخضع للأصل العام في انعقاد العقود بالتراضي⁽¹⁾ حيث لا بد فيها من تراضي جميع الشركاء المشتاعين على إجراء القسمة الاتفاقية.⁽²⁾

ولم يتطلب المشرع المصري شروطاً أخرى لانعقاده فيكفي أن يتبادل جميع الشركاء التعبير عن إرادتهم المتطابقة على أن يقوموا بإجراء القسمة الرضائية بقصد قسمة المال الشائع وإنهاء الشئوع.

= الجامعية، الاسكندرية، 1986، ص4، وكذلك انظر د زهير حرح وعلي الجاسم، العقود المسماة، منشورات جامعة دمشق، ص323 وما بعدها.

(1) للمزيد عن العقود الرضائية انظر د. قدرى الشهاوي، عقد المفاوضة في التشريع المصري والمقارن، المرجع السابق، ص11

(2) وهو ما عبر عنه المشرع المصري بالمادة 835/مدني مصري تنص " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها)

وبالتالي فإن القانون المصري لم يشترط تسجيل عقد القسمة كركن من أركان العقد فهو نافذ وملزم لأطرافه بدون تسجيل وإنما كوسيلة لإثباته في مواجهة الغير فقط، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الذي يقرر عدم جواز الاحتجاج بالقسمة على الغير⁽¹⁾، إذا لم يتم تسجيلها في قانون الشهر العقاري.⁽²⁾

وهذا الاتجاه لدى المشرع المصري له ما يبرره في ظل نظام الشهر الشخصي⁽³⁾ الذي أخذ به المشرع المصري بداية الأمر وترتب على تطبيقه اعتبار عقد القسمة من العقود الرضائية التي يمكن الاحتجاج فيما بين أطراف العقد حتى لو لم يتم تسجيله ولكن لا يمكن في الوقت نفسه الاحتجاج بهذا العقد في مواجهة الغير ما لم يتم شهره في مصلحة الشهر العقاري.

ولكن بعد أن تبين للمشرع المصري مساوئ نظام الشهر الشخصي وعيوبه أصدر قانون السجل العيني رقم 142/ لسنة 1964 وبموجبه ترتب على عدم قيد

(1) الغير هو كل من يثبت له على العقار المبيع حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، ص355.

(2) وينص على أن "القسمة غير المسجلة اعتبار المتقاسم بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه وعدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت..." نقض مدني 1995/1/31 مجموعة محكمة النقض 46 (379. 58).

(3) يعتبر من العقود الكاشفة كالقسمة و يترتب أثرها في ما بين المتعاقدين بدون تسجيل في السجل العقاري، راجع الصفحة 91 من هذه الرسالة.

التصرفات على العقارات الخاضعة له منشئة أو كاشفة ألا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم.⁽¹⁾

وقد تم تطبيقه بشكل تدريجي مع بقاء العمل بنظام الشهر الشخصي إلى أن يتم توحيد النظامين معاً للوصول لتطبيق نظام الشهر العيني على كل الأراضي المصرية.⁽²⁾

وعلى الرغم من أن قانون السجل العيني رقم 142/ قد صدر عام 1964، إلا أنه لم يطبق بالفعل حتى الآن إلا على ما مساحته 80% من الأراضي الزراعية، أما العقارات المبنية بالمدن فلا يزال النظام المطبق بالنسبة لها هو نظام

(1) انظر المادة 26/ و 27/ من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964، وانظر أيضاً رمضان جمال كامل، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، الطبعة الثالثة، 1998، ص 26 وما بعدها، محمد سعد خليفة، السجل العيني دراسة في القانون المصري والليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 29

(2) وقد عللت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري بأن نظام السجل العيني غير مستطاع إدخاله وتطبيقه إلا بالتدريج، إذ من جانب لم تتم إعادة مسح البلاد جميعها، وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية، لذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي، انظر د. حسن جمعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، دار التعاون للطباعة والتصوير، 2005، ص 38، 61، 65، د. رمضان جمال كامل، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، المرجع السابق، ص 36 - 38، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 392 وما بعدها، علي حسين بحيرة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 65.

التسجيل الشخصي وسيبدأ تطبيق السجل العيني على العقارات المبنية بعد نجاح تجربة حي الدقي.⁽¹⁾

وبالتالي استناداً لما تقدم نجد أن المشرع المصري ونتيجة تخطئه بين نظامي الشهر الشخصي والعيني ورغبة منه في الموازنة بينهما وريثما يتم تطبيق نظام السجل العيني بشكل كامل لم يأتي نص صريح على اشتراط التسجيل في عقد القسمة كركن أساسي من أركان انعقاده واعتباره بالتالي عقداً شكلياً بل غلب الطابع الرضائي على الشكلي في عقد القسمة بما يتوافق مع نظام الشهر الشخصي المطبق حتى الآن في العقارات المبنية وأبقاه ملزماً لأطرافه لتنفيذ الالتزامات التي توافقت إرادتهم على ترتيبها ولو لم يتم تسجيله خشية الوقوع في تناقضات ومطبات عملية.

وبذلك اختلف القانون المصري عن أغلب القوانين العربية التي أخذت بنظام الشهر العيني فقط ونصت صراحة في قوانينها الخاصة على إجراءات محددة لعقد القسمة لا ينعقد دون التقيد بها، وهو ما نتمنى من المشرع السوري أن يقوم به باعتباره يطبق نظام الشهر العيني فقط.

ثالثاً: القسمة عقد ملزم لجانبين:

العقد الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ على عاتق طرفيه منذ لحظة إبرامه التزامات متقابلة بحيث لا يمكن لأحدهما أن يتحلل منها بتصرفه بشكل

(1) انظر المقال بعنوان التسجيل عقدة عقارية مزممة، على الموقع الالكتروني eltamir.com

وانظر ايضا الموقع [Eltamir.net/mortgage Real Estate\alokdaa\elagreya.doc](http://Eltamir.net/mortgage%20Real%20Estate/alokdaa%20elagreya.doc)

مقال منشور، وزارة الدولة للتتمية الادارية، بعنوان تنفيذ مشروع السجل العيني للعقارات

منفرد. والنقطة الجوهرية في العقد الملزم لجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر.⁽¹⁾

ويعد عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين إذ ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري، بحيث يصبح كل منهما دائماً من ناحية ومديناً من ناحية أخرى.⁽²⁾

فالبائع مدين بنقل ملكية المبيع وتسليمه مع ضمان العيوب الخفية الموجودة في المبيع وضمان التعرض والاستحقاق الذي يقع للمشتري ودائن بالثمن والمشتري مدين بدفع الثمن ودفع نفقات العقد، ودائن بتسلم المبيع.

وهذه الخاصية تنطبق على عقد المقايضة بما لا يخل بالطبيعة الخاصة لعقد المقايضة من حيث كونه من الحقوق غير النقدية.

حيث يعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه.⁽³⁾

وهذه الخاصية التي يمتاز بها عقدي البيع والمقايضة موجودة في عقد القسمة الرضائية ولكن مع اختلاف جذري في طبيعة الالتزام في كل من العقدين،

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 170، انظر الزحيلي وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 25، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 43

وص 141

(2) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 25

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 762

حيث أن كل شريك في عقد القسمة يعرض قسمة وافرز نصيبه والشركاء الآخرون يقبلون، ثم هو يقبل عرض الشريك الآخر.

فالإيجاب والقبول موزع بين الشركاء في حركيه وتقاسم مشترك بين الشركاء، بالتالي يقدم الشركاء في عقد القسمة كطرف واحد وكتلة اتفقت فيما بينها، وخلاف البيع حيث هناك البائع كطرف والمشتري كطرف آخر، فالقسمة إذاً عملية لا تحصل إلا بين أشخاص يملكون حقوقاً سابقة على المال الشائع⁽¹⁾ وهم طرف واحد.

بمعنى أن عقد القسمة ليس عقد بين دائن ومدين، وإنما هو عقد بين شريكين وهم أصحاب حقوق متساوية أو غير متساوية في ملكية شائعة ويهدفون من خلال عقد القسمة إلى افراز حصة كل منهم في المال الشائع وتحديد نطاقها المادي بما يترتب عليه من انتهاء للشيوع وإعلان لملكية كل شريك بشكل مفرز وليس نقل ملكية جديدة إليه لم تكن له من قبل.

رابعاً: القسمة عقد ناقل للملكية:

يعد الالتزام بفعل ملكية الشيء المبيع من البائع للمشتري الأثر الأهم من آثار عقد البيع.⁽²⁾

ويعد هذا الالتزام من طبيعة العقد ومستلزماته بحيث لا يوجد عقد بيع من دون نشوء التزام بنقل الملكية إلى المشتري.⁽³⁾

(1) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، ص382

(2) انظر المادة /396/ من القانون المدني السوري والمادة /485/ مدني أردني تنص على أن: "تنتقل ملكية المبيع بمجرد قيام البيع إلى المشتري مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"

(3) زهير حرج، علي الجاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص34

والآثار التي تترتب على عقد المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري.

فليلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وتنتقل الملكية من مالكه إلى المتقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات، والافراز فيما عين بنوعه، وبالتسجيل في العقار.⁽¹⁾

بالتالي فالتصرف الناقل يعني التصرف الذي يؤدي إلى إنشاء أو خلق وضع جديد أو حق جديد، ويؤدي إلى تغيير في الأشخاص أصحاب الحق على محله أو على موضوعه والمثال النموذجي للتصرف الناقل هو عقد البيع.

بعكس عقد القسمة فهو تصرف لا يؤدي إلى تغيير في الأشخاص أصحاب الحق ولا يتضمن معنى الاستخلاف، ولا يؤدي إلى إنشاء أو خلق وضع جديد.

بالتالي فإن عقد القسمة بطبيعته هو عقد كاشف للملكية وليس ناقلاً لها.⁽²⁾

فالقسمة لا تنقل للمتقاسم ملكية جديدة لم تكن له، بل تثبت له ملكية يستند فيها إلى السند الأصلي لملكيته الشائعة، بمعنى أنها ملكية ثابتة من قبل القسمة، وكل ما تحدثه القسمة فيها من تغيير، هو أنها تجعلها مفرزة بعد أن كانت شائعة،

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص 758

(2) وهو الأثر الذي أقرته معظم التشريعات العربية باعتبار القسمة ذات أثر كاشف ونفي الأثر الناقل لها لما يترتب عليه من نتائج ضارة وهو ما سنقوم بمناقشته بصورة أكثر تفصيلاً في الفصل الثاني من الدراسة.

وليس في هذا تغيير لحق الشريك يؤثر على اعتبار القسمة تصرفاً كاشفاً عن هذا الحق.⁽¹⁾

وبناء عليه فإن كل ما تفعله القسمة هو إيجاد أو تحقيق التطابق بين النطاق المادي والنطاق المعنوي لحق الشريك المشتاع⁽²⁾ من دون أن تؤدي إلى نقل ملكية لما يتطلبه ذلك من وجود محل مادي محدد ومعلوم تتم عملية المبادلة ونقل الملكية على أساسه الأمر الذي لا يتحقق إلا بالقسمة أولاً.

البند الثاني: القسمة إفرار

يقصد بالإفرار بصورة عامة تمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها، وذلك إما بإخراجها من الكل ووضعها جانباً أو بحزمها أو بتحديد حدودها⁽³⁾، وحيث أن الغرض الأساس في عقد القسمة يتمثل في إنهاء حالة الشيوع وإفرار وتمييز انصبه الشركاء المشتاعين بعضها عن بعض، فقد ذهب بعض الفقه الحديث إلى القول⁽⁴⁾: "إنه يترتب على القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز

⁽¹⁾ مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، 1985،

187

⁽²⁾ انظر اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، المرجع السابق، ص 261

⁽³⁾ محمد بن احمد بن عرفة المالكي الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 251، السيد رضوان جمعة، المرجع السابق، ص 505

⁽⁴⁾ اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 261، عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانونين اللبناني والمصري، المرجع السابق، ص 325، حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 217، وانظر أيضاً، سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص 492، أحمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، 2004، د. ن، ص 118، زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 378

من المال الشائع يعادل حصته فيه بعد ان كان له أثناء الشيوع حصة شائعة في كل المال الشائع، فحق الشريك المشتاع وان كان محدداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، مشتبكاً بحقوق باقي الشركاء على الشيوع، ومن هنا كانت وظيفة القسمة تحديد التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق كل شريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصاً تاماً.

وبذلك يكون التكييف الحقيقي للقسمة هو الإفراز والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يكون مطابق للحقيقة لأنه مستمد من طبيعتها كأداة إفراز، وإننا نرى صوابية ورجحان هذا الرأي.

وذلك كون الإفراز في قسمة العقار الشائع نتيجة لازمة للقسمة ولم ينشأ إلا من خلالها ومن البديهي أن يترتب على القسمة إفراز تصيب كل شريك، بل إن لفظ القسمة نفسه يتضمن هذا المعنى.

وحيث أن إقامة بناء حقيقي واقعي للقسمة لا يكون إلا بالتسليم باستقلالية القسمة في ذاتها وقدرتها على إنهاء حالة الشيوع وإيصال المتقاسمين إلى حقوقهم عن طريق الافراز.

كل ذلك بعيداً عن الأفكار الغائمة المبنية على تصورات مخالفة للحقيقة وتقوم على لي عنق الواقع وافراغ القسمة من مضمونها وذلك بإلباسها ثوب المبادلة على الرغم من الاختلاف الجذري بين النظامين وما ينتج عنهما من آثار.

فالإفراز لا يترتب على المبادلة⁽¹⁾ وإنما يترتب على القسمة، والشريك لا يملك في كل ذرة من ذرات المال الشائع وإنما حصته المعنوية تنصب على الشيء الشائع بجملته من دون تحديد نطاق مادي لها.

والقسمة كعملية إفراز هي التي تحدد النطاق المادي لحصة كل شريك وتجعل الملكية مفرزة بعد أن كانت ملكية الشركاء شائعة فتكشف عن الحق الثابت لكل شريك.

فنحن إذاً أمام تصورين لا ثالث لهما:

فإما أن ملكية كل شريك محددة أثناء قيام الشيوع وقبل القسمة تحديداً مادياً وبالتالي تكون القسمة نتيجة مبادلة بين حصص الشركاء المحددة مسبقاً ولا يوجد داعي للقسمة ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا التصور من مخالفة للواقع ولطبيعة الشيوع.

وإما أن تكون ملكية كل شريك غير محددة مادياً ومشتبكة بحقوق باقي الشركاء في المال الشائع وبالتالي لا يمكن المبادلة فيظهر دور القسمة واضحاً كأداة لتخصيص كل شريك بجزء مفرز وإزالة الشيوع.

فإذا كان لفكرة المبادلة ما يبررها في الماضي بما تنطوي عليه من تحايل ولجوء إلى الافتراض المخالف للحقيقة يستند إلى تحديد ملكية كل شريك مادياً في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة حصته مما يؤدي إلى سلب هوية القسمة

⁽¹⁾ هذه الفكرة ظهرت عند فقهاء الرومان وأخذ بها فقهاء الشريعة الإسلامية، راجع غنى حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، ص128، محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص21 وما بعدها.

وجعلها شكلاً من أشكال المقايضة بين أنصبة الشركاء كل ذلك لتبرير أثر القسمة بأنها عقد ناقل للملكية تحت تأثير النزعة الفردية للملكية عند الرومان والتي تأثر بها الفقه الإسلامي ومن بعده القوانين العربية.

فلا بد من العدول عن هذا التصور والتخلص من هذا الإرث الثقيل والعمل على تحرير عقد القسمة مما التصق به من مسميات وتكييف مخالف لطبيعته ووظيفته الحقيقة.

ونجد أن بعض القوانين العربية قد نصت صراحةً على طبيعة عقد القسمة من حيث كونه إفراز لا مبادلة كالقانون العراقي⁽¹⁾

ونتمنى من المشرع السوري أن يسد الفراغ التشريعي ويحسم الجدل حول هذا الموضوع ويعطي للقسمة حقها كعقد ذو طبيعة خاصة يختلف عن المقايضة ولا يخضع لأحكامه.

وطالما أن عقد القسمة لا ينتج أثراً ناقلاً فما هي الغاية من إبقائه خاضعاً لأحكام عقد المقايضة؟؟

(1) المادة /1075/ مدني عراقي تنص على أن (ترجع جهة الإفراز على المبادلة في القسمة).

الفرع الثاني: عقد القسمة يختلف عن غيره من النظم القانونية الشبيهة به

من خلال ما تقدم نجد أن عقد القسمة الرضائية يتمتع بصفات وخصائص وآثار، تجعل من طبيعته القانونية مختلفة عن غيره من العقود الشبيهة به، فالقسمة ليست من عقود المعاوضة وإنما هي وسيلة مبتكرة بواسطة القانون المدني من أجل أن يحصل كل شريك على القيمة الحقيقية للجزء الشائع الذي كان له قبل حصولها.⁽¹⁾

والقسمة لا تتضمن معنى المبادلة والقول بغير ذلك يتعارض مع الحقيقة ومع الحالة النفسية للأطراف، والواقع أنه ليس لكل صاحب نصيب مفرز وبأي حال الشعور بأنه خلف للمتقاسمين، بل وعلى العكس فإن كل شريك يشعر أنه يمارس من الآن حقاً سبق له أن كان صاحبه من قبل.⁽²⁾

فحق كل شريك غير محدد مادياً أثناء فترة الشيوخ وقبل القسمة في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة حصته بل هو افتراض لكي نبرر القول أن القسمة نتيجة لازمة لمبادلة الأنصبة الشائعة بين الشركاء.⁽³⁾

(1) نبيل زهر الدين، أثر القسمة في الملكية الشائعة، مجلة المحامون السورية، المرجع السابق، ص 85

(2) محمد عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، مجلة جامعة دمشق، المرجع السابق، ص 57

(3) راجع الصفحة 168 وما بعدها من هذه الرسالة حيث تعرضت النظرة الرومانية القديمة لحق المالك على الشيوع من حيث افتراض الملكية في كل ذرة من ذرات المال الشائع لنقد شديد من قبل الفقه الفرنسي وذهب أغلبية هذا الفقه إلى أن حق الشريك المشتاع غير محدد مادياً خلال الشيوع وبالتالي لا يمكن أن تكون القسمة عملية مبادلة والحصص غير محددة.

وإنما الحقيقة والواقع أن حق كل شريك على الشيوع يقع على الشيء الشائع كله من دون القدرة على تحديد نطاق مادي له يطابق حصته المعنوية إلا بعد إنهاء الاشتباك الحاصل بين حقوق الشركاء وإفراز حصة كل منهم عن طريق القسمة كأداة إفراز بعيداً عن افتراض المبادلة المخالف للواقع.

وعقد القسمة في أغلب القوانين العربية المقارنة ليس عقد رضائي وإنما عقد شكلي يشترط تحريره بإجراءات محددة كركن أساسي لانعقاده تحت طائلة البطلان المطلق.

وعقد القسمة يختلف عن العقود الناقلة للملكية فهو لا يؤدي إلى خلق أو إنشاء حق جديد وإنما يقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق بتعديل مراكز الشركاء وتحويل ملكيتهم من شائعة إلى مفرزة من دون أن تؤدي إلى تغيير في الأشخاص أصحاب الحق، ولا تتضمن معنى الاستخلاف.

فالقسمة حسب الفقه الحديث ليست ناقلة للحق وإنما كاشفة له أو محددة⁽¹⁾، والقسمة من عقود المساواة وتختلف عن عقود المضاربة فهي تهدف إلى وصول المتقاسمين إلى حقوقهم دون الإخلال بمبدأ المساواة فيما بينهم وبعيداً عن احتمالات الربح والخسارة، الأمر الذي يبيح المطالبة بفسخ عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين يزيد على الخمس.⁽²⁾

(1) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص206 و ص240

(2) وذلك بخلاف عقد البيع والمقايضة حيث الغبن المجرد فيها مسموح باعتبارها من العقود التي تحتل الربح والخسارة، ولا تقوم على المساواة، انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، 969 وما بعدها

كما أن عقد القسمة لا ينطوي على علاقة بين طرفين كدائن ومدين أو بائع ومشتري وإنما هو علاقة بين شركاء يظهرون كطرف واحد لهم جميعاً حقوق سابقة على المال الشائع.

وعلى ضوء ما تقدم تتحدد وظيفة القسمة ومن خلال أثرها الجوهري وهو الإفراز حيث تنهي تعدد الملاك المشتاعين ويختص كل شريك نتيجة القسمة بجزء مفرز من العين الشائعة وبذلك تنتهي القسمة بالتخصيص فالقسمة إذاً ليست أكثر من عملية إجرائية تصفوية تهدف إلى تحديد وتخصيص النطاق المادي لحق كل شريك وإحلال الملكية الفردية وحيدة الطرف محل الملكية الفردية متعددة الأطراف.⁽¹⁾

ومن خلال دراسة نص المادة ⁽²⁾789 من القانون المدني السوري يتضح لنا أن عقد القسمة هو عقد رضائي وغير مسمى أطرافه الشركاء المشتاعون ومحلّه المال الشائع، وهو ينعقد بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين فلا يشترط في تكوينه شكل خاص وهو كعقد يخضع لأحكام النظرية العامة للعقد. أما الاجتهاد القضائي السوري فقد سار على اعتبار القسمة الرضائية من عقود المقايضة والمبادلة⁽³⁾، وهو ما يتناقض كما رأينا مع حقيقة هذا العقد وماهيته

(1) محمد عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وأثرها الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص 19

(2) تنص على أن "الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.."

(3) متأثراً بأصله المصري وبالفقه الإسلامي الذي رجح المبادلة في قسمة العقارات م/ 1116 - 1117/ مجلة الأحكام العدلية حيث إن علماء المسلمين تحت تأثير الحاجات العملية قرروا أن جهة الافراز ترجح في المثليات، وأن جهة المبادلة، أي الصفة الناقلة، ترجح في القيميات، انظر غنى حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 128

فقد تبين لنا أن عقد القسمة الرضائية مختلف عن غيره من العقود المسماة في القانون المدني والتي ترد على الملكية كعقد البيع والمقايضة سواء من حيث الطبيعة القانونية باعتباره عقد مخصص ومحدد للملكية ومن حيث الآثار بوصفه عقد كاشف عن الملكية لا ناقلاً لها.

وبالتالي فإن إخضاع القسمة لأحكام عقد البيع فيه إنكار للقسمة في ذاتها وإبقاء غير مبرر للإرث الروماني القديم، الأمر الذي يجعل من عقد القسمة عقداً عقيماً خاضعاً لأحكام عقد البيع غير منتجاً لآثاره على ضوء نفي الأثر الناقل للقسمة في القانون السوري والقوانين المقارنة.

ونظراً لأن عقد القسمة الرضائية من العقود الهامة والشائعة في التعامل بين الناس ويترتب عليه آثار هامة تتمثل في إنهاء حالة الشيعوع بشكل سريع وميسر بخلاف القسمة القضائية التي تستنزف الوقت والمال والجهد وتشكل عبئاً إضافياً على المحاكم باعتبارها من أعقد الملفات وأعمقها، حتى أنها أصبحت تنعت بالملفات المزمنة.

فإننا نتمنى من المشرع السوري أن ينظم عقد القسمة تنظيمياً محكماً يمكن من خلاله أن تلعب القسمة دوراً فعالاً في إنهاء الشيعوع بشكل يجنب الوقوع في مساوئ القسمة القضائية.

والخطوة الأولى لتحقيق هذه الغاية وإقامة بناء حقيقي واقعي للقسمة تكون بالتسليم بطبيعة القسمة ووظيفتها المستمد من طبيعة الشيعوع نفسه والمتميزة عن عقد المقايضة كعقد محدد للملكية بالإفراز وذو أثر كاشف.

وبالتالي أفراد أحكام خاصة به كعقد مسمى له تنظيم قانوني مستقل يتضمن وضع تعريف دقيق له وتكييفه قانونياً بما يتناسب مع طبيعته بعيداً عن التحايل والافتراض المخالف للواقع مع توخي الدقة في تحريره بشكل رسمي كركن أساسي لانعقاده نظراً لخطورته وأهميته أسوة بالقوانين العربية المقارنة ثم بناء نظام قانوني متكامل من حيث الأركان والشروط الخاصة به وطرق الطعن وما يترتب عليه من آثار بالإضافة إلى إجراءات تحريره وكيفية تنفيذه بدلاً من إبقائها متناثرة بين أحكام الشيوخ في القانون المدني ونصوص القوانين الخاصة إضافة إلى الإحالة لأحكام عقد البيع رغبة بالهروب من المشكلة الأمر الذي يؤدي إلى زيادة تعقيدها.

المبحث الثاني

أحكام القسمة الرضائية

إن القسمة الرضائية تتم باتفاق ورضاء جميع الشركاء ولكن إذا تعذر مثل هذا الاجتماع والرضا فإنه يصار إلى القسمة القضائية، ويكون الاتفاق على القسمة صريحاً أو ضمناً، هذا إذا كان جميع الشركاء موجودين وكاملي الأهلية، أما إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية أو غائب، فإن القانون السوري والمصري أجاز القسمة الرضائية ولكنه اشترط الحصول على موافقة المحكمة المختصة على هذه القسمة⁽¹⁾.

واشترط تمثيل ناقص الأهلية في القسمة من قبل الولي أو الوصي ولما كانت القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام العقود فإن وجوه الطعن بها هي نفس وجوه الطعن بالعقد باستثناء الغبن. فقد خصّه القانون بأحكام خاصة تختلف عن باقي العقود المسماة بما ينسجم مع طبيعة عقد القسمة الذي يقوم في أساسه على المساواة بين المتقاسمين.

كما نظم القانون تدخل الدائنين في إجراءات القسمة بأحكام خاصة حماية لمصالحهم منعاً للإضرار بهم من قبل الشركاء.

⁽¹⁾ وعلى عكس القانون المدني الأردني فإنه لم يجز القسمة الرضائية في حال وجود ناقص الأهلية حيث تنص المادة 1040 من القانون المدني الأردني على أن: (إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقدا الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية)

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتكلم في الأول عن أركان وشروط عقد القسمة الرضائية وحماية الشركاء ناقصي الأهلية والغائبين، ويخصص الثاني للحديث عن الحالات الخاصة بعقد القسمة الرضائية كعقد مختلف عن غيره.

المطلب الأول

أركان عقد القسمة الرضائية وأوصافه

إن عقد القسمة الرضائية عقد كسائر العقود، وأطرافه هم الشركاء المشتاعون، ومحلّه المال الشائع. ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام النظرية العامة للعقود بصفة عامة، فلا بد من تراضي الشركاء وتوافر الأهلية في كل منهم، وخلو إرادة كل منهم من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع⁽¹⁾.

ولما كان كل من السبب والمحل في عقد القسمة يخضعان للقواعد العامة فلن نتطرق اليهم وسنتكلم عن خصائص عقد القسمة في الفرع الأول وعن شروطه في الفرع الثاني أما حماية الشركاء ناقصي الأهلية والغانبيين سنفردها لها الفرع الثالث.

(1) انظر المادة /789/ مدني سوري

الفرع الأول: خصائص عقد القسمة الرضائية:

إن المشرّع لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة، لذا فهو يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت وعلى هذا نصت المادة /788/ مدني سوري بقولها: ((لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع))⁽¹⁾.

ويثبت لكل شريك الحق في طلب القسمة الرضائية لإنهاء حالة الشيوع بصرف النظر عن مقدار حصته في المال الشائع، سواء أكان شريكاً أصلياً موجوداً منذ بدء الشيوع أم كان شريكاً طارئاً دخل بعد الشيوع بأن كان خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد الشركاء الأصليين⁽²⁾.

والحق في طلب القسمة لا يسقط بمرور الزمن ويبقى للشريك مهما مضى من المدة على بدء الشيوع.

وهو حق لا يتأثر بتنظيم العقار أو بوجود حق انتفاع كما لا يتأثر بوجود حصة شائعة للوقف⁽³⁾ كما لا يجوز للمالك على الشيوع أن يتنازل عن الحق في طلب القسمة لأن النص القانوني الذي يجبر المطالبة بالقسمة متعلق بالنظام

(1) تقابلها المادة /834/ مدني مصري وتتص على أن: (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق....)

(2) د. جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، 2008، المرجع السابق، ص139

(3) راجع محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص 136، محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية،

العام، ويترتب على ذلك أن تنازل أي شريك عن حقه في طلب القسمة يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام⁽¹⁾.

ومن خصائص عقد القسمة الرضائية جواز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة لو تحول المال الشائع من أرض زراعية، إلى أرض للبناء خلال مدة معينة، وإذا أبرم عقد القسمة بموافقة بعض الشركاء دون بعض، فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها، حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع، ويعتبر عقد القسمة بالنسبة إلى من لم يقره من الشركاء إيجاباً موجهاً إليهم، فيكون لهم أو لورثتهم إقرار القسمة بقبولهم إياها ولكن هذا الإيجاب يبقى قائماً المدة المحددة له أو المدة المعقولة، وقد يجعل إقرار الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً في القسمة، وذلك فيما إذا لم يعتبر عقد القسمة إيجاباً موجهاً لمن لم يقره من الشركاء.⁽²⁾

وتخضع القسمة الرضائية للقواعد العامة في الإثبات، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم عن 500 ل.س.⁽³⁾

(1) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، منشأة المعارف، القاهرة، سنة 2005، ص162

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص805، وانظر أيضاً مصطفى الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص167، د جورج الش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص73 وجاء في اجتهاد محكمة النقض المصرية: عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك لعدم توقيعه عليه يقبل التمسك به من الشريك الذي لم يوقع عليه او من خلفه (طعن 53\771 ق جلسة 1987/6/25).

(3) قانون البيئات السوري مادة 54 و يقابله في القانون المصري مادة 60/ بينات مصري.

وعليه فإن القسمة الرضائية تنعقد طبقاً للأصل العام في انعقاد العقود في التراضي إذا لم يتطلب القانون شروطاً أخرى لانعقاد العقد.⁽¹⁾

ويجب أن يكون اتفاق الشركاء على إجراء القسمة الرضائية نهائياً، أما الاتفاق التمهيدي على أسس القسمة فيسقط إذا اعترض أحد الشركاء على تنفيذه.⁽²⁾

والقسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود فإن وجوه الطعن فيه هي نفس وجوه الطعن في العقد.⁽³⁾

ويتبين من نص المادة 789 مدني سوري⁽⁴⁾، أن القانون أعطى للشركاء في عقد القسمة الحرية في اختيار طريقة القسمة التي تلائمهم على أن الوضع الغالب أن تكون القسمة عينية، بأن يفرز لكل شريك جزءاً من المال الشائع يعادل حصته. وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق والالتزامات وهي كذلك من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لذلك لا تكفي الوكالة العامة في إبرامها نيابة عن الأصيل، وإنما يجب توافر وكالة خاصة.⁽⁵⁾

(1) عكس القوانين الأردني والمغربي والتونسي والعراقي فعقد القسمة من العقود الشكلية.

(2) أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص208، وما بعدها.

(3) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص83.

(4) يقابلها في القانون المدني المصري المادة 835/.

(5) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص47.

وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل، كما لهم الاختيار أن تكون القسمة عينية كلية شاملة لجميع المال الشائع أو أن تكون جزئية فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنيب، وقد يتفق الشركاء على أن تتم القسمة الرضائية بطريق التصفية، خاصة إذا تعذر قسمة المال الشائع عيناً، فيباع المال الشائع في المزاد ويقسمون ثمن البيع كل حسب نصيبه المقابل لحصته.

وقد يسمح لغير الشركاء بدخول المزاد وقد يتفق على قصر المزاد على الشركاء في المال الشائع، فإذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعاً صادراً من جميع الشركاء لا قسمة⁽¹⁾، أما إذا رسا المزاد على أحد الشركاء فإن التصرف يعتبر قسمة تصفية.⁽²⁾

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية أيضاً.⁽³⁾

(1) انظر عكس ذلك، محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 161.

(2) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 208، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999، ص 350، محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الاردني، الجزء الخامس، الحقوق العينية، الكتاب الاول، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الأولى، 1998، ص 70.

(3) ينص الحكم على أن: المادة الثانية من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة (48/1953) وقد نصت على: اذا كانت بعض الحصص في المال غير المنقول قابلة للقسمة وبعضها الاخر غير قابلة للقسمة، يزال الشيوع بتقسيم الحصص القابلة للقسمة في قطع مستقلة ويخصص كل منها لصاحبها من الشركاء اما الحصص غير القابلة للقسمة، وكما نصت الفقرة هـ من المادة المذكورة على أنه اذا كان مجموع الحصص غير القابلة للقسمة في حال توحيدها قابلاً للقسمة وتخصص لأصحابها من الشركاء اذا رغبوا البقاء على الشيوع...)حكم تمييز حقوق رقم (2001/1192) تاريخ 2001/7/31، منشورات مركز عدالة.

الفرع الثاني: شروط القسمة الرضائية

إن عقد القسمة الرضائية لا يتم إلا برضا الشركاء واختيارهم، ويشترط فيها إجماع الشركاء وتمتع كل منهم بالأهلية الكاملة، ومن ثم التسجيل بالسجل العقاري بالإضافة الى عدم وجود أي مانع من موانع القسمة.

وعلى ذلك تكون شروط القسمة الرضائية كالآتي:

البند الأول: ضرورة الإجماع لتمام القسمة الرضائية:

ذكرنا أن القسمة الرضائية تتم بالاتفاق أو التراضي بين الشركاء، يتضح من نصوص المواد /789/ مدني سوري و/835/ مدني مصري و/1040/ مدني أردني أنه لكي تتم هذه القسمة فلا بد من اتفاق الشركاء جميعاً اتفاقاً صريحاً أو ضمناً.⁽¹⁾

والإجماع الصريح قد يكون بتصريح من الشركاء بذلك سواء كان شفاهة أو بالكتابة.⁽²⁾

أما القسمة الضمنية فتكون حيث لا يصرح الشركاء بإرادتهم بل يستخلص من ظروف الواقع، كأن يتصرف أحد الشركاء على الشيوع في جزء مفرز من

(1) سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص471، وانظر أيضاً د جابر محجوب، المرجع السابق،

ص135

(2) حسن كيرة، أصول القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص464

المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج سائر الشركاء على الشيوخ نهجه فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته فيكون ذلك بمثابة رضا ضمني.⁽¹⁾
وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية.⁽²⁾

فالقسمة الرضائية تتوجب إجماع الشركاء جميعاً واتجاه إرادتهم إلى إنهاء الشيوخ، فإذا تعذر إجماعهم كأن يكون أحدهم معارضاً في إجراء القسمة ولم يتوافر هذا الإجماع كانت القسمة غير نافذة في حق بقية الشركاء فلهم إقرارها أو رفضها، إذ أنها تعتبر بمثابة إيجاب بالتعاقد وقد قضي في هذا الشأن بأن عقد القسمة الرضائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء، بل يعتبر ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائماً وللشريك الذي يوقعه أن يقره متى شاء، وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقرار هذا العقد يظل قائماً ما بقيت حالة الشيوخ، وينتقل إلى ورثته من بعده.⁽³⁾

(1) محمد سامح الشيخ، قسمة المال الشائع في القانون الأردني، الجامعة الأردنية، 1994، ص37، منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965، ص184، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص139، حسن كيرة، المرجع السابق، ص204

(2) بقولها: (إن القسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء من المال الشائع يعادل حصته وينهج نهجه سائر الشركاء بما يفيد رضاهم ضمناً قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه....) طعن 249 ق 57، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

(3) احمد عبدالعال ابو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، المرجع السابق، ص209، نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص152

ويلاحظ من نص المادة/800/ مدني سوري و/846/ مدني مصري، انه إذا دامت قسمة المهايأة⁽¹⁾، خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك⁽²⁾. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، فإن افتراض حيازته لهذا الجزء يستند إلى قسمة مهايأة⁽³⁾. أما القانون الأردني فإنه لم يقرر شيئاً بشأن المهايأة المكانية التي تدوم مدة طويلة بين الشركاء وبالتالي يمكن القول بأن المهايأة مهما طاللت تبقى مهايأة في القانون الأردني، وخاصة أنه لم يحدد حداً أقصى للمهايأة الزمانية أو المكانية. كما أن موافقة أغلبية الشركاء لا تكفي لتنفيذ القسمة، وحتى لو كانت هذه الأغلبية تملك ثلاثة أرباع المال الشائع، فلا تتم القسمة إذا اعترض عليها أحد الشركاء حتى ولو كان نصيبه في المال الشائع ضئيلاً⁽⁴⁾. وبناء على ما سبق يتبين لنا بأن القانون السوري ومثله المصري والأردني اشترطوا إجماع الشركاء حتى تتم القسمة الرضائية الرضائية بين الشركاء.

(1) القانون السوري حدد مجال تطبيق هذه المادة في العقارات التي لم يجر تحديدها وتحريها فقط.

(2) وهذه ليست قسمة اتفاقية وإن كانت ترجع في أصلها إلى اتفاق على قسمة مهايأة، ذلك ان تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية انما يتم بقوة القانون، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص183

(3) عبد المنعم البدرواي، الحقوق العينية الاصلية، الملكية والحقوق المنفردة عنها و اسباب كسبها، الطبعة الثالثة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1986، ص199

(4)، القسمة غير المجمع عليها لا ترتب إنهاء حالة الشيوع، وعدم توقيع بعض الشركاء على عقد القسمة اثره اعتباره ملزماً لمن وقعه ويظل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه إقراره لينصرف أثره إليه طعن (55/1244 ق) جلسة 1989/5/31، سجلات محكمة النقض.

ومن جانبنا نرى أن هذا التنظيم لم يعد يلبي حاجات الشركاء، فإذا حصل الاتفاق بين الشركاء فلا وجود للمشاكل ولكن المشكلة تظهر عند اختلافهم. والواقع أنه ليس في كل الأحوال يوجد شركاء متراضون وإن الاختلاف بين الشركاء هو المتصور في الغالب وهذه حقيقة لا يمكن الهروب منها، والحقيقة الأخرى هي صعوبة القسمة القضائية، فإن الشركاء لا يميلون على الأغلب للجوء إليها، إلا عندما توصل جميع الأبواب أمام الشركاء، ومن هنا تصبح الحاجة ملحة إلى قاعدة قانونية تعطي الحق للأغلبية من الشركاء والذين يملكون أغلبية الحصص أن يقوموا بالقسمة الرضائية، ومن دون أن يمنعهم صاحب الحصة الصغيرة لأن مصلحة الأكثرية تغلب مصلحة الأقلية، ولأنه يجب الوقوف بوجه الغنت الذي يمارسه بعض الشركاء من أصحاب الحصص الضئيلة الذين قد يحاولون العناد بآرائهم بقصد الضغط على أصحاب الحصص الكبيرة لتحقيق بعض الأغراض المشروعة أو غير المشروعة أحياناً⁶ وكذلك تدارك السلبات والصعوبات العملية التي تنجم عن اشتراط الاتفاق الجماعي للشركاء وتحد من حكم الأقلية وتعسفها في حقوق الأغلبية.

وعليه فإننا نتمنى على كل من المشرّع السوري أن يقرر أحكاماً يتم بموجبها تمكين الأغلبية من الشركاء في مال باللجوء إلى القسمة الرضائية وذلك بهدف التقليل من الملكيات الشائعة، وعلى غرار ما قرره المشرعون في منح الأغلبية حقاً بنفس القيود المقررة لأعمال الإدارة غير العادية للمال الشائع وللتصرف في المال الشائع الصادر عن الأغلبية. والأغلبية التي نقصدها هي الأغلبية بالمعيار الموضوعي وهي أغلبية أصحاب أكبر الحصص للشركاء.

البند الثاني: تمتع الشركاء بالأهلية اللازمة:

الأهلية المقصودة هي أهلية الأداء الكاملة، إذ لا بد من توافر الأهلية لدى الشركاء على الشروع، فإذا كان بينهم من هو ناقص أهلية أو فاقدها فلا تصح القسمة الرضائية، وحتى لا يستمر الوضع طويلاً ويتضرر الشركاء الآخرون يمكن للممثل القانوني لناقص الأهلية أو الغائب أخذ إذن قضائي لهذا التصرف⁽¹⁾، ولا يتعين في هذه الحالة الالتجاء إلى القسمة القضائية إلا إذا رفضت المحكمة الإذن للوصي أو القيم أو وكيل الغائب بالاشتراك في قسمة التراضي.

وسنخصص فرع مستقل للحديث عن الشركاء ناقصي الأهلية والغائبين، فما أوجز هنا يفصل هناك.

البند الثالث: تسجيل عقد القسمة الرضائية:

إضافة للشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية عندما يكون محله عقار، وشرط التسجيل كما ذكرنا سابقاً يتراوح في القوانين العربية بين كونه أمر شكلي لا بد من مراعاته وبدونه لا ينعقد العقد ولا ينفذ بين الشركاء ولا يكون ملزماً للغير بمعنى آخر تكون الشكالية فيه ركن من أركان العقد وبدونه يصبح العقد باطلاً⁽²⁾.

وبين كون التسجيل شرطاً لنفاذ العقد في مواجهة الغير وبالتالي فإنه يمكن الاحتجاج بعقد القسمة فيما بين أطراف العقد حتى لو يتم تسجيله.

(1) م/ 182/، 206 قانون الأحوال الشخصية السوري ومادة /789/ مدني سوري، م/ 40 - 79/ قانون

الولاية على المال المصري، انظر مع ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية ج6 ص105

(2) كالقانون المدني الأردني والعراقي والمغربي

فالعقد غير المسجل يبقى ملزماً لأطرافه لتنفيذ الالتزامات التي توافقت إرادتهم على ترتيبها بنقل الحق العيني الأصلي من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة لشهرة⁽¹⁾ وهو موقف القانون المصري

أما بالنسبة للقانون السوري فإن عقد القسمة الرضائية إذا كان محله عقاراً محدداً أو محرراً وجب تسجيله في السجل العقاري و هو لا يصبح نافذاً بين الشركاء ولا ملزماً للغير إلا اعتباراً من تاريخ التسجيل⁽²⁾.

ونشير إلى أن القانون السوري متأثر بأصله المصري لأن عقد القسمة غير المسجل، لئن كان لا يترتب عليه إزالة الشيوع فإنه ملزم لا طرافه بتسجيله، أما إذا كان العقار واقعاً في منطقة لم يجر فيها التحديد والتحرير فإن تسجيل القسمة ليس بشرط لنفاذها فيما بين المتعاقدين والغير⁽³⁾.

البند الرابع: عدم وجود مانع من موانع القسمة:

إذا كان حق كل شريك في طلب القسمة كما سبقت الإشارة إليه يتعلق بالنظام العام ولا يمكن التنازل عنه وكل شرط يخالف ذلك يقع عديم الأثر إلا أن هذا الحق في طلب القسمة ليس مطلقاً وإنما يرد عليه بعض القيود التي تمنع على الشركاء طلب القسمة، ويلزمون على البقاء في الشيوع ومن هذه القيود ما هي باتفاق الشركاء الذي أقره القانون ومنها ما يكون بموجب القانون وهو الشيوع

(1) حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 147

(2) القرار رقم 188/ لعام 1926، م 10 - 11

(3) عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول، المرجع

الإجباري⁽¹⁾، وأحياناً قد يكون هناك قيود يفرضها القضاء على حق الشريك في طلب القسمة.

وسنبحث فيما يلي هذه القيود تبعاً:

أولاً: القيود الاتفاقية:

تنص المادة /877/ من القانون المدني السوري على ما يلي:

((لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه)).⁽²⁾

ويتبين من هذا النص أن الأصل المقرر في هذه القاعدة القانونية يقوم على منح كل شريك الحق في أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت يشاء ما لم يكن في شيوع إجباري بموجب نص القانون، وما لم⁽³⁾ يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء على الشيوع لمدة محددة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، ص 881

(2) مطابقة لنص المادة /834/ مدني مصري، م/843/ مدني ليبي، م /1070/ مدني عراقي

(3) اشرف فايز اللساوي، قسمة المال الشائع، الطبعة الثالثة، 2004، المركز القومي للاصدارات القانونية، ص 346، عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 377، عبد الرزاق

السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 883

فإذا كان الشيوخ قد زال بالقسمة لا يجوز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أنها بها عيباً يجيز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأي وجه.

كذلك إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة معينة، امتنع على من ارتضى هذا الاتفاق أن يطالب بالقسمة خلال تلك المدة⁽¹⁾، ويسري هذا الاتفاق على خلف الشريك سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً ويلاحظ هنا أن الخلف الخاص يتقيد باتفاق سلفه ولو لم يكن عالماً به.

والذي يدعو الشركاء إلى الاتفاق على البقاء على الشيوخ دواعٍ متنوعة⁽²⁾، فيعتمدوا إلى الاتفاق فيما بينهم على البقاء في الشيوخ طوال هذه المدة.

ويلاحظ أن الاتفاق على البقاء في الشيوخ إنما يقتصر على الشركاء الذين اتفقوا على ذلك. فيتصور أن يتفق بعض الشركاء دون البعض الآخر فيكون لمن لم يتفق أن يطلب القسمة، وليس له أن يحتج بالاتفاق الحاصل بين الشركاء الآخرين إذا ما طلب أحدهم القسمة رغم هذا الاتفاق بل يقتصر هذا الاتفاق إيجاباً وسلباً على أطرافه، وذلك طبقاً للقواعد العامة في نسبية أثر العقد.⁽³⁾

(1) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص171

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص883 وما بعدها، سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص469، احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية

الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، المرجع السابق، ص120

(3) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص173

ولما كان البقاء في الشيوع عملاً من أعمال الإدارة، فالاتفاق عليه لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون متوافراً على أهلية الإدارة، فلا تلزم أهلية التصرف.⁽¹⁾

كما لا يجوز أن يتفق الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات كحد أقصى⁽²⁾، حتى لا يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع إلا مدة معقولة، فإذا جاوزت المدة المتفق عليها هذا الحد الأقصى أو جعلوا الاتفاق مؤبداً أو حددوا مدة غير معينة كأن يتفق الشركاء على البقاء في الشيوع حتى موت أحدهم مثلاً نفذ الاتفاق في حدود الخمس سنوات وكان باطلاً فيما زاد عليها فيجوز لأي من الشركاء بعد انقضاء خمس سنوات أن يطالب بالقسمة⁽³⁾، فلا يعتبر الاتفاق باطلاً بل يبقى صحيحاً ولكن مع إنقاص المدة إلى خمس سنوات.

بينما يرى الدكتور إسماعيل غانم أن جزاء الاتفاق مدة أكثر من خمس سنوات هو البطلان وليس الإنقاص إذا في الإنقاص مخالفة لقصد المتعاقدين وقد تبين أنهم ما كانوا ليتفقوا على البقاء في الشيوع أقل من المدة التي ارتضوها. ويجوز إذا اتفق الشركاء⁽⁴⁾ على البقاء في الشيوع مدة خمس سنوات وانقضت هذه المدة أن يجددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ثم لخمس سنوات ثالثة، وهكذا.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 884

(2) عكس ذلك القانون المغربي الذي لم يساير التشريعات الأخرى مادة 27/ مدونة حقوق عينية مغربية

(3) انظر إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 172

(4) البقاء على الشيوع في فرنسا يتم بإجماع الشركاء، وهذا الاجماع يتم بعقد شكلي وتختلف الشكل المطلوب يؤدي الى بطلان هذا الاتفاق انظر د جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري،

ولكن لا يصح الاتفاق مقدماً على أن يتجدد الاتفاق بعد انقضاء مدته لمدد متتالية، وإذا حصل أن اتفق على مدة خمس سنوات جديدة قبل انقضاء المدة السارية، فإن المدة الجديدة تحسب من وقت الاتفاق عليها وليس من وقت انقضاء المدة السارية، فتجديد المدة معناه هنا اذن استبدال المدة الجديدة بالباقي من المدة القديمة، ونحسب المدة الجديدة من وقت الاتفاق عليها وليس من وقت انقضاء المدة السارية⁽¹⁾، ولو قلنا بغير ذلك لأمكن الشركاء بطريق غير مباشر أن يتعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات وهذا لا يجوز.⁽²⁾

وليس من الضروري أن يكون ما يلزم الشركاء بالبقاء على الشيوع اتفاقاً فيما بينهم وحدهم فيصح أن يكون اتفاقاً بينهم وبين السلف الذي تلقوا منه المال الشائع، كما إذا وهب شخص مالا لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع.

كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلاً كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع، اشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث

(1) عبد المنعم فرح الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص202، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص173، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص885 ومابعد، محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص163، عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماميني، القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص380

(2) يمكن للشركاء أن يتقادوا التقيد بالمدة القانونية للبقاء في الشيوع إذا حولوا الاموال الشائعة الى شركة تقوم باستثمار هذه الاموال وتخضع لأحكام العقد وليس لأحكام الشيوع انظر عبد المنعم فرح الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص380، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع

مشروع. وتستخلص هذه الأحكام من المادة /823/ مدني مصري المقابلة للمادة /778/ مدني سوري التي تجيز كما رأينا في عقد هبة أو وصية أن يشترط الواهب أو الموصي عدم جواز التصرف في المال الموهوب أو الموصى به، فأولى أن يصح للواهب أو الموصي أن يشترط البقاء في الشيوخ، وهو شرط أخذ من شرط المنع من التصرف⁽¹⁾.

ونحن من جانبنا نرى بأن المشرع كان موفقاً بإتاحة الفرصة للشركاء للاتفاق على البقاء في الشيوخ رغم موقفه السلبي من حالة الشيوخ وذلك احتراماً منه لحرية الشركاء في اختيار أصلح الأوقات لإجراء القسمة بينهم لتقادي التصفية أثناء الأزمات الاقتصادية أو لضرورة قد يتعرضون لها كل ذلك بشرط أن لا تتجاوز المدة خمس سنوات

بالمقابل نجد أن هناك بعض التشريعات العربية⁽²⁾ خلت من أي نص يعطي الحق في الاتفاق على الإبقاء على الشيوخ، الأمر الذي يعزیه البعض⁽³⁾ الى عدة

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 887، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 203، جابر محجوب، ص 131، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 174، وانظر عكس ذلك رأي يقول ببطلان هذا الشرط وحجتهم ان المشرع منح حق الاتفاق على البقاء في الشيوخ للشركاء انفسهم وهذا الحكم هو استثناء من المبدأ العام فلا يجوز التوسع فيه انظر عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 379، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 203 ويؤخذ على هذا الرأي انه يتجاهل الباعث المشروع الذي يدفع الموصي الى ايراد مثل هذا الشرط

(2) انظر المادة 539 سوداني، وانظر المادة /1184/ القانون الإماراتي

(3) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 138

أسباب منها إيمان المشرع بأن الشيوع أمر غير مرغوب به، ولذلك سهل القانون سبل طلب القسمة، ومن جهة أخرى فإن الفقه الإسلامي الذي يجب إعماله عند سكوت القانون المدني ليس في أحكامه ما يسمح بتقرير القيد الاتفاقي.

كما يلاحظ أن القانون المدني الأردني يخلو من أي نص يعطي الشركاء الحق في الاتفاق على البقاء في الشيوع، إلا أنه في الوقت نفسه أجاز المشرع في القانون الخاص وهو ق.ت.رقم (1935/48)⁽¹⁾ وتعديلاته، برضى الطرفين تأخير التقسيم لمدة خمس سنوات.

ونلاحظ أن المشرع الأردني أتى بنفس حكم المشرع السوري والمصري ولكنه لم يوفق في صياغة النص حيث جاء حكم المشرع المصري والسوري بمادة واحدة صريحة أما المشرع الأردني فقد جاء من خلال مادتين واسترسل وأعطى الفكرة نفسها.

ثانياً: القيود القانونية:

إلى جانب القيود الاتفاقية بين الشركاء على الشيوع المانعة للقسمة يوجد أيضاً قيود قانونية تجبر الشركاء على البقاء في الشيوع بمقتضى نص قانوني وهو ما يعرف بالشيوع الاجباري ويقصد به الحالة التي يبقى فيها المال مشاعاً بين

(1) تنص المادة 2 من ق.ت.رقم (1953/48) على انه: "يحق لكل من الشركاء ان يطلب تقسيم الاراضي الأميرية والموقوفة ولا يحق لاي منهم ان يرفض هذا الطلب ولو كان هناك اتفاق سابق بينهم باستمرار الشيوع لوقت غير معين" والمادة 3 منه يجوز تأخير التقسيم لمدة لا تتجاوز خمس سنوات برضى الطرفين "

الشركاء بصورة دائمة إما بموجب الغرض الذي أعد له هذا المال أو بسبب طبيعته التي تنفر من القسمة.⁽¹⁾

وقد نظم القانون السوري أغلب القوانين العربية المقارنة هذه المسألة حيث جاءت المادة /850/ مدني مصري⁽²⁾ وتقابلها المادة/1060/ مدني أردني⁽³⁾ والمادة /842/ موجبات وعقود لبناني والمادة /805/ مدني سوري بهذا القيد. ويرر الشيوخ الدائم أن الغرض الذي أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائماً على الشيوخ ومثال ذلك الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات.⁽⁴⁾

وقد فضت محكمة النقض بأن⁽⁵⁾: "يفضي الاشتراك في الملكية الشائعة للأجزاء المشتركة في العقار، وتحمل نفقات حفظها، مناطقها، أن تكون تلك الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع ملاك طبقات البناء أو وحداته.

(1) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 181

(2) تنص على أن (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال انه يجب ان يبقى دائماً على الشيوخ) وهي مطابقة للمادة 805 مدني سوري وتنص المادة 853 مدني مصري "ليس الشركاء ان يطلبوا القسمة مادامت ملكية الاسرة قائمة" وتقابلها المادة 808 مدني سوري

(3) والتي تنص على انه: "مع مراعاة ما جاء في المادتين (1043، 1044) من هذا القانون ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذي خصص له انه يجب ان يبقى دائماً على الشيوخ"

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، ص 141 وانظر نص المادة 856 مدني مصري وتنص عل انه "اذا تعدد ملاك طبقات الدار او شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الارض وملكية اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك

(5) نقض مدني 2006/3/13 طعن (8071) سنة 2006، المستحدث من المبادئ الصادرة من الدوائر

المدنية بمحكمة النقض، المستشار محمد منصور، إشراف المستشار احمد عبد الكريم، ص 98

ثالثاً: القيد القضائي:

هو سلطة المحكمة في الإجبار على البقاء في الشروع أو الأمر بالقسمة وبالتالي وجوده يعتبر مانعاً من موانع القسمة.

فقد يخول القانون للمحكمة سلطة منع القسمة مؤقتاً إذا أثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً⁽¹⁾.

وهناك بعض التشريعات التي نصت على سلطة المحكمة بإلزام الشريك البقاء في الشروع على غرار القانون المدني الفرنسي والكويتي واللبناني⁽²⁾، فالمحكمة تستطيع بناء على طلب أحد الشركاء إذا كانت القسمة عاجلة ضارة بمصالحهم، أن تأمر بالبقاء في الشروع مدة من الزمن إذا لم يكن هناك اتفاق يجبرهم على البقاء في الشروع.

وإذا وجد مثل هذا الاتفاق فإنه يجوز للمحكمة أن تمدد هذا الاتفاق ويجوز للمحكمة أن تأمر بالقسمة في الحال، وعلى الرغم من وجود اتفاق بين الشركاء

(1) محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، المرجع السابق، ص198

(2) ينص القانون رقم (627/78) الفرنسي الصادر في 20 يونيو سنة 1978 على أنه "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء في الشروع إيقاف القسمة لعامين على الأكثر إذا ما كان التنفيذ العاجل لهذه القسمة يؤدي إلى الإضرار بقيمة الأموال الشائعة"، وتنص المادة (2/830) مدني كويتي على أنه "ومع ذلك فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء في الشروع مدة تحددها أو بالاستمرار فيه إلى أجل لاحق للأجل المشروط، وذلك متى كانت القسمة عاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما أن لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك. انظر ايضا المادة 840/ و 841/ قانون موجبات لبناني

على عدم جواز طلب القسمة، وذلك إذا وجد سبب قوي يبرر الخروج على الاتفاق، وقد أريد بهذا الحكم مواجهة الظروف التي تطرأ أثناء قيوم الشيوخ ولم يكن يتوقعها الشركاء، وذلك نظراً لما يترتب على حسن أو سوء استغلال الأموال من انعكاس على المصلحة الاقتصادية للشركاء⁽¹⁾.

ولقد خلا كل من القانونين السوري والمصري⁽²⁾، من النص على القيد القضائي على عكس المشرع الكويتي واللبناني الذين قرروه كما رأينا، وكان تقريره من متطلبات الاقتصاد العالمي الحديث والمرونة في التعامل مع قضايا المال الشائع.

وعلى الرغم من الجمود الذي اعتري التشريعين السوري والمصري في هذا الصدد فإن قواعد التعسف في استعمال الحق تلطف منه، حيث أنه لا يجوز التعسف في استعمال حق طلب القسمة من قبل الشريك فإذا طلبها في وقت غير

(1) انظر تفصيلاً جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، 2004، المرجع السابق، ص 133، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999، ص 315.

(2) لقد كان مشروع المادة 834/ مدني مصري يتضمن فقرة ثانية تجري على الوجه التالي: "ومع هذا فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر باستمرار الشيوخ حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه، حتى ولو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوخ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال، وحتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك"، وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء في الشيوخ اتفاقاً بالغ المرونة فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك. ولكن هذه الفقرة حذفت في مجلس الشيوخ بناء على اقتراح لجنة القانون المدني بحجة أن الاتفاق قانون المتعاقدين فلا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام، ولم تر اللجنة الأخذ بالإضافة التي أقرها مجلس النواب توخياً لاستقرار التعامل في المعاملات. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 801، وانظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء السادس، ص 100 وما بعدها.

مناسب وكانت القسمة فوراً وتضر بمصالح الشركاء فإن للقاضي رفض طلبه وإبقاء الشئوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء، وقد يستعيض القاضي عن القسمة النهائية في الحال بقسمة مهايأة تبقى إلى أن يحين الوقت المناسب للقسمة النهائية⁽¹⁾.

ولكن مع احترامنا لهذا الرأي بأن القاضي يمكن له إعمال قاعدة التعسف في استعمال الحق إذا ما تحققت شروطها ووجد القاضي ضرورة، ولكن ذلك باعتقادنا لا يكفي وعليه فإننا نتمنى على المشرع السوري أن يحذو حذو المشرع الكويتي وأن يضيف هذه المادة لما لها من أهمية إعطاء هذا الهامش الكبير للمحكمة ودراسة كل واقعة وحدها وقناعة القاضي بها والحكم عليها سيعطي حتماً نتائج أفضل من وضعها الحالي.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 801، وانظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، المرجع السابق، ص 198.

الفرع الثالث: حماية الشركاء ناقصي الأهلية والغائبين:

سبق وذكرنا أن من شروط القسمة الرضائية إجماع الشركاء وتمتع كل منهم بأهلية الأداء الكاملة لإجراء القسمة، وأن مجرد وجود أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب لا يحول دون إجراء القسمة الرضائية، وكل ما في الأمر أن هناك إجراءات معينة يتطلبها القانون لحماية حقوق ناقصي الأهلية والغائبين من الشركاء، ولا بد من اتباعها كشرط لصحة القسمة الرضائية.

وبناء على ما تقدم سنعرض لهذه الإجراءات في القانون السوري مقارنة مع بعض القوانين العربية من خلال ثلاثة بنود:

البند الأول: سلطات الولي والوصي والوكيل عن الغائب في إبرام القسمة الرضائية:

تنص المادة /789/ مدني سوري على أن: ((لشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو نقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون))⁽¹⁾ والقانون الذي تقصده المادة سابقة الذكر هو قانون الأحوال الشخصية⁽²⁾، والإجراءات التي يجب مراعاتها هي الحصول على إذن من القاضي الشرعي، وبذلك تنص المادة/181/من قانون الأحوال الشخصية السوري:

(1) مطابقة للمادة 835 مدني مصري، 1071 عراقي، وانظر المادة /941/ موجبات لبناني التي تنص على أن: "لشركاء أن يتفقوا على القسمة بالطريقة التي يرونها وإذا كان بينهم من هو أهلية أو غائب غيبة منقطعة، فلا تكفي موافقة ممثله الشرعي بل يجب أن يحكم القاضي المدني المختص بالتصديق على القسمة لتصبح نافذة"

(2) يقابله قانون الولاية على المال في القانون المصري مادة 40 و 79 منه.

(إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي، بإذن المحكمة، إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي)⁽¹⁾.

ولا يسري هذا الحكم على وصي القاصر وحده، وإنما يشمل القيم والوكيل القضائي، وبذلك نصت المادة /206/ من قانون الأحوال الشخصية: (يسري على القيم والوكيل القضائي ما يسري على الوصي من الأحكام إلا ما يستثنى منها بنص صريح).

ومن ذلك يتبين أن المشرع اعتبر القسمة لخطورتها من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة المعتادة التي يستقل بها الوصي.

ومن ثم اشترط حماية لحقوق ناقص الأهلية والغائب خوفاً من أن تكون القسمة ضارة أو مجحفة به ألا يستقل بها الوصي أو المقيم أو الوكيل عن الغائب، بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من القاضي الشرعي كما هو الأمر في شأن أعمال التصرف.⁽²⁾

(1) انظر مادة /40/ قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لعام 1952 التي تنص على: "على الوصي ان يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي اذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا اذنت المحكمة عينت الاسس التي تجري عليها القسمة والاجراءات واجبة الاتباع على الوصي ان يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها وللمحكمة بجميع الاحوال ان تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية....".

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص896، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص53 وما بعدها، عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماميني، القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق،

فاذا تبين للوصي ان للقاصر مصلحة في القسمة فانه يتعين عليه استئذان المحكمة المختصة فإذا أجاز القاضي الوصي في اجراء القسمة ابتداء فلا يكفي ذلك لنفاذها بل لابد من تصديقها من القاضي الشرعي الذي يبسط رقابته عليها للثبوت من عدالتها فله تصديقها أو رفضها دون أن يلزم ببيان الأسباب.⁽¹⁾

وقد لا يرى الوصي مصلحة للقاصر في القسمة، أو أنها ضارة به فيرفض من تلقاء نفسه إجراء القسمة، فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصي إلى المحكمة.⁽²⁾ وما يسري على الوصي يسري على القيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه وعلى وكيل الغائب.⁽³⁾

وعلى ذلك فلا يتعين اللجوء إلى القسمة القضائية إلا إذا رفضت المحكمة الاذن بإجراء القسمة الاتفاقية، أو رفضت التصديق على هذه القسمة عند عرض عقد القسمة للثبوت من عدالتها طبقاً لما تقضي به نصوص القانون.⁽⁴⁾

وإذا رفضت المحكمة هذا التصديق فان الشركاء كاملو الأهلية الذين ارتضوا القسمة يظلون مقيدين بها، فلا يكون لهم أن يتحللوا منها استناداً إلى عدم تصديق المحكمة عليها، لأن التصديق انما شرع لمصلحة غير كامل الأهلية أو الغائب

(1) محمد صياح النشواني، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، المرجع السابق، ص390.

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص55.

(3) رمضان أبو السعود، الموجز في الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001، ص105.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص897.

فهو وحده الذي يستطيع أن يتمسك به⁽¹⁾. ويستفاد من نصوص القانون السوري والمصري

أنه بالنسبة للولي فلأنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعماله التصرف لا يستأذن فيها المحكمة فقد أعفي في القسمة من الحصول على هذا الاذن وجاز له أن يستقل بها.⁽²⁾

وهذا الحكم مما لا شك فيه إذا كان الولي هو الأب وقد أطلقت يده في التصرف في مال ابنه فيما عدا قيوداً ليست القسمة من بينها.⁽³⁾

أما اذا كان الولي هو الجد فانه يلزم باستئذان المحكمة شأنه شأن الوصي لأن المادة 15 من قانون الولاية على المال في مصر⁽⁴⁾ قد منعت الجد من التصرف إلا بإذن المحكمة⁽⁵⁾ على أساس أن القسمة من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة.

(1) عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص207، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص177.

(2) نعمان محمد الخليل، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، ص202، محمد محمود عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص177

(3) المادة 172 قانون أحوال شخصية سورية حددت القيود على تصرفات الولي على أموال القاصر بالرهن والبيع والتبرع.

(4) تنص على أن (لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها)

(5) أحمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، المرجع السابق، ص106، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، ص897 وما بعدها، وانظر ايضا محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص178.

ويخلو قانون الأحوال الشخصية السوري من هكذا قيد مماثل على تصرفات الجد بأموال القاصر .

فقد أطلقت يد الأب والجد العصبي من التصرف في أموال القاصر عدا بعض القيود التي أوردتها المادة 172 على سبيل الحصر وليس من بينها قسمة مال القاصر وبالتالي فالمطلق يجري على إطلاقه ويكون للجد في القانون السوري بخلاف القانون المصري الحق بإجراء القسمة لأموال القاصر دون حاجة لاستئذان المحكمة المختصة أو الحصول على موافقتها.⁽¹⁾

ويلاحظ فيما يتعلق بهذه الحماية التي كفلها القانون لغير كامل الأهلية والغائب أن القانون السوري والمصري يتطلب رقابة سابقة من جانب المحكمة بأن تأذن بإجراء القسمة، كما يتطلب رقابة لاحقة من جانبها بأن تصدق على القسمة بعد التثبت من عدالتها.

أما القانون اللبناني⁽²⁾ فيكتفي بالرقابة اللاحقة، بأن تصدق المحكمة المدنية المختصة على القسمة لتصبح نافذة، كما يلاحظ أن القانون السوري والمصري لا يفرض هذه القيود إلا إذا كان من يتولى أعمال القاصر أو المحجور عليه هو الوصي، فإذا كان من يتولى هذه الأعمال هو الولي، فلا رقابة عليه في هذا الشأن، حيث يستطيع أن يجري القسمة دون اذن المحكمة ودون حاجة إلى أن يعرض عليها القسمة للتثبت من عدالتها.

(1) ونلاحظ ان القانون المصري كان موقفا أكثر في هذا المجال وحقق ضمان اكبر لحقوق القاصر حيث منع الجد من التصرف دون اذن المحكمة مخافة التواطؤ اضرارا بالقاصر .

(2) راجع المادة /941/ قانون موجبات وعقود لبناني

بينما لا يفرق القانون اللبناني في هذا الشأن بين الولي والوصي، حيث لا يكتفي بموافقة "الممثل الشرعي" وهو تعبير يشمل الولي والوصي.⁽¹⁾

أما بما يتعلق بالمشرع الأردني⁽²⁾، فإنه لم يجرز القسمة الرضائية اذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقداً للأهلية أو ناقصها واعتبر البديل هو القسمة القضائية.⁽³⁾

ومن جانبنا نجد أن هذا الموقف للمشرع الاردني لا يتوافق ولا ينسجم مع القواعد العامة التي تجيز للنائب القانوني في حالة وجود قاصر أن ينوب عنه في اجراء القسمة وغيرها من التصرفات الأخرى وهذا ما أشارت الي المادة /126/ من القانون المدني الأردني بقولها: "التصرفات الصادرة في مال الصغير والتي لا تدخل في أعمال الإدارة كالبيع والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود لا تصح إلا بإذن المحكمة المختصة وبالطريقة التي تحددها " ومن هنا نرى التناقض ما بين نصي المادتين السابقتين من القانون المدني الأردني.

ونتمنى على المشرع الأردني أن يعيد النظر في نص المادة /1040/ مقتدي بالمشرع المصري والسوري في هذا المجال.

(1) عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، المرجع السابق، ص 208، مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص 264.

(2) المادة /1041/ مدني أردني تنص على أن: (إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقداً للأهلية أو ناقصها، فلا تصح القسمة الرضائية).

(3) انظر أيضاً مادة /275/ مدونة الأسرة المغربية نفس اتجاه المشرع الأردني، والمادة /1084/ التزامات وعقود مغربي

البند الثاني: حق ناقص الأهلية أو الغائب في الطعن على القسمة بالإبطال:

إذا تمت القسمة دون مراعاة القواعد المنصوص عليها في المواد /181/ و /206/ من قانون الأحوال الشخصية السوري⁽¹⁾ بعدم حصول الوصي أو القيم أو وكيل الغائب بداية على إذن المحكمة بالقسمة أو بعدم عرضه نتيجة القسمة عليها لتأمر باعتمادها فإن القسمة تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية.⁽²⁾

وقد يحدث أن يبرم للقاصر عقد القسمة بنفسه والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو ما مدى صحة هذا العقد؟

القاعدة في حكم التصرفات التي يجريها القاصر هي أنه إذا كان القاصر ميّزاً كانت تصرفاته المالية النافعة نفعاً محضاً صحيحة والضارة ضرراً محضاً باطلة، والدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته بحسب المادة /112/ مدني سوري ويقابلها المادة /111/ مدني مصري.⁽³⁾

(1) تقابلها بنفس المعنى المادة /40/ من قانون الولاية على المال في مصر

(2) انظر محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، هامش ص 59، (في رأينا أن عقد القسمة في الحالة محل البحث لا يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية وإنما هو صحيح غير نافذ في حقه لأن البطلان لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد أما النائب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير، كما أن العقد في حالتنا هذه لا ينتج أثره من وقت حدوثه على خلاف البطلان النسبي إذ ينتج العقد جميع اثاره من وقت حصوله على ان تزول هذه الاثار اذا تقرر بطلانه) بالتالي يكون تصرف الوصي او عقده بوجه عام غير نافذ في حق الصغير لانتهاء الولاية وذلك في حال عدم الحصول على اذن المحكمة في الحالات التي يشترط القانون ذلك.

(3) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 177، محمد المنجي، دعوى القسمة،

وبما أن القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر والتي يلزمها أهلية التصرف، فإن إبرام القاصر بنفسه عقد القسمة يجعل هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحته، ولكن يزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو وصيه أو من المحكمة بحسب الأحوال، وفقاً للمادة /112/ مدني سوري.⁽¹⁾

ولقد كانت محكمة النقض المصرية أكثر تحوطاً بقبول دعوى الإبطال من القاصر حتى لو خلا التصرف من أي غبن.⁽²⁾

ولا بد من الإشارة إلى أن البطلان الذي يلحق بالقسمة التي لا تتبعه فيها الإجراءات المنصوص عليها في القانون هو بطلان نسبي شرع لمصلحة ناقص الأهلية، حتى لا يتقاعد الوصي ومن في حكمه على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان إلا ناقص الأهلية⁽³⁾، عملاً بالمادة /139/ مدني سوري مطابقة للمادة /138/ مدني مصري التي تنص على: (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك

(1) البطلان المترتب على عدم اتباع الإجراءات.. هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته التمسك به نقض مدني 1969/11/6. مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، قرار 384 تا 20 - 3-1971، وانظر أيضاً محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص 60.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 60، جاء في اجتهاد لها "ان ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أي غبن " نقض مدني قرار 671 تا 1980/12/13.

(3) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 61، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 812،

بهذا الحق). وتطبيق لذلك لا يجوز لغير ناقص الأهلية من الشركاء المشتاعين الذين انعقد إجماعهم على إجراء القسمة الاتفاقية التمسك بإبطال عقد القسمة لعدم مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون، وكذلك لا يستطيع دائن القاصر أو خلفه الخاص أن يطلب إبطال عقد القسمة الاتفاقية بمقتضى حق مباشر لهما.

ولكنهما يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين له أن يستعملا حقه في إبطال القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة المادة /236/ مدني سوري - /235/ مدني مصري، أما إذا توفي القاصر انتقل حقه في ابطال عقد القسمة إلى ورثته⁽¹⁾ (وعليه فإن الوصي أو المقيم لا يستطيع التمسك بالإبطال قبل بلوغ القاصر سن الرشد أو قبل رفع الحجر عن المحجور عليه)⁽²⁾.

والعقد القابل للإبطال له وجود قانوني وينتج جميع آثاره القانونية⁽³⁾، ولا يبطل إلا إذا تقرر البطلان بالتراضي أو بالتقاضي أي باتفاق أو بحكم قضائي. والتراضي يكون بين المتقاسمين، بعد أن يزول سبب نقص الأهلية، كبلوغ القاصر سن الرشد القانوني وهو 21 سنة ميلادية كاملة بحسب المادة /44/ مدني

(1) انظر حكم محكمة النقض المصرية الذي يفضي بأن: "العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعب شاب الإرادة له وجود قانوني إلى ان يتقرر بطلانه، ولا يستطيع ان يطلب ابطاله سوى من تقرر الإبطال لمصلحته...." (نقض مدني قرار 492 تا 1981/2/21 مجموعة احكام محكمة النقض)

(2) انظر حكم محكمة النقض المصرية الذي يقضي بأن: ".....إن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتاج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا او عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن هذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة، نقض مدني 1964/1/23، مجموعة المكتب الفني لاحكام محكمة النقض، ص 131

(3) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، 1978، ص 177

مصري و 18 سنة ميلادية حسب المادة /46/ مدني سوري أو رفع الحجر على المجنون أو المعتوه أو السفیه أو عودة الغائب.

وإذا لم يتم التراضي على إبطال العقد- وهذه الحالة الغالبة في الحياة العملية- فيكون إبطال العقد عن طريق رفع دعوى الإبطال من ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته، وصدور حكم بذلك.

حيث يجب على القاضي أن يقضي به طالما لم ينص القانون على خلاف ذلك.⁽¹⁾

وكما يجوز إبطال العقد عن طريق الدعوى، ويجوز التمسك به عن طريق الدفع في دعوى مرفوعة ضد القاصر.

ولكن التساؤل هنا إلى متى تبقى الفرصة مهياً لناقص الأهلية لرفع دعوى البطلان لعقد القسمة الاتفاقية؟

هل تبقى دائماً سيفاً مسلطاً على الشركاء أم أن القانون حدد لها مدة معينة بالرجوع إلى الأحكام العامة نجد أن المادة/141/ من القانون المدني السوري⁽²⁾، تقتضي بأن دعوى البطلان النسبي للقسمة الرضائية المقررة لمصلحة ناقص الأهلية أو من في حكمه يسقط الحق فيها بمضي سنة واحدة⁽³⁾ من تاريخ استكمال

(1) محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص185 وما بعدها، وانظر ايضاً محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص63.

(2) تنص المادة 141/ مدني سوري على أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة، ويبدأ سريان المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، انظر الدكتور محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص185

(3) انظر المادة /140/ قانون مدني مصري حيث حدد المشرع المدة بثلاث سنوات بخلاف القانون السوري، والمادة /949/ موجبات وعقود لبناني

نقص الأهلية اذا كانت الدعوى مرفوعة من القاصر، أو من تاريخ زوال سبب الحجر، اذا كانت الدعوى مرفوعة من المحجور عليه⁽¹⁾، وهذه المدة مدة سقوط وليست مهلة تقادم.

البند الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تقرير إبطال عقد القسمة الرضائية:

إذا تقرر إبطال عقد القسمة الرضائية رضاء أو قضاء، اعتبر العقد كأن لم يكن، وزوال الوجود القانوني للعقد منذ إبرامه⁽²⁾، فيقود المتقاسمين إلى حالة الشيعو التي كانوا عليها من قبل القسمة.⁽³⁾ وان آثار البطلان فيما بين المتعاقدين⁽⁴⁾ تختلف عنها بالنسبة للغير.⁽⁵⁾

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 64، مروان كركبي وسامي نصور، الاموال والحقوق العينية العقارية الاصلية، الطبعة الثانية، 1999، ص 265.

(2) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 178.

(3) المادة /143/ مدني سوري و /142/ مدني مصري (في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدون إلى الحالة التي كانوا عليها)، انظر ايضا اجتهاد محكمة النقض المصرية: "بطلان العقد اثره اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مؤداه محو البطلان لكل اثر للعقد..." "طعن رقم 1482 ق 50 جلسة 1987/6/28.

(4) إن الاثر الاول من الآثار القانونية المترتبة على إبطال عقد القسمة الاتفاقية فيما بين المتعاقدين هو إعادة المتقاسمين الى الحالة التي كانوا عليها قبل القسمة الاتفاقية ويعني ذلك زوال الوجود القانوني للعقد وعودة المتقاسمين الى حالة الشيعو التي كانوا عليها واذا استحال عليه الرد فيؤدي له ما

يعوضه عنه. اما الاثر الثاني فهو التزام ناقص الاهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب نقص اهلية الشريك المتقاسم، إما لان القاصر نفسه هو الذي تولى إبرامه، وإما لان الوصي او من في حكمه قد أبرمه دون استئذان محكمة الاحوال الشخصية للولاية على المال المختصة عندئذ يجب اعمال حكم المادة 143 مدني سوري. انظر محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص 188، مروان كركبي

وسامي نصور، الاموال والحقوق العينية العقارية الاصلية، المرجع السابق، ص 267

(5) يقصد بالغير من رتب له أحد الشركاء المتقاسمين حقا عينيا على الحصة التي آلت إليه بموجب عقد القسمة الاتفاقية الذي أبطل. يقتضي في هذا المجال ان نميز بين حالتين:

ويترتب على الحكم بالبطلان التزام كل متقاسم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو أن يؤدي له ما يعوضه عنه إذا استحال عليه الرد.⁽¹⁾

ولكن القانون استثنى من هذه القاعدة ناقص الأهلية، فهو لا يلتزم إلا برد ما عاد عليه من نفع حقيقي بسبب تنفيذ العقد، ويقع عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية على عاتق باقي الشركاء المتقاسمين.

فيجب على الخصم إثبات ما يدعيه، ولخصمه نفيه سواء أكان هذا الخصم هو المدعي أو المدعى عليه، أو خصم متدخل في الدعوى أو مختصم فيها، وبتطبيق هذا المبدأ نجد أن عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية ومدى هذا الإثراء أو حصوله على منفعة، ومدى هذه المنفعة، يقع على عاتق باقي الشركاء

الحالة الأولى: إذا كان الغير حسن النية عند اكتسابه حقوقاً على الحصة المفرزة فيقر فيما اكتسبه ويبقى على الشريك المتصرف إعادة البذل الذي يقابل الحقوق التي أنشأها على تلك الحصة كأن يعيد قيمة العقار إذا كان التصرف بيعاً وقد سجل القيد على الصحيفة العقارية بعد تسجيل القسمة وقبل أي مطالبة مقترنة بوضع إشارة

الحالة الثانية: إذا كان الغير سيئ النية أي اكتسب حقوقاً على الحصة المفرزة عن سوء نية وقت إبرام التصرف فقد نصت المادة 13 من قانون السجل العقاري السوري رقم 188 على ما يلي "غير أنه لا يمكن أن يتذرع بمفعول القيود الأشخاص الآخرين الذين عرفوا قبل اكتسابهم للحق وجود عيوب أو أسباب داعية لإلغاء الحق أو لنزعه من مكتسبه "

فالقاعدة إذا ان من يكتسب حقاً استناداً لقيود السجلات العقارية لا يمكن إبطال ما اكتسبه ولكن سوء النية هو الاستثناء من هذه القاعدة ويجعل الإبطال ممكن ويكفي لسوء النية مجرد العلم بالأسباب التي تدعو إلى إلغاء الحق أو نزعه ويبقى القول أن حسن النية هو الأساس وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك راجع مروان كركبي وسامي نصور، المرجع السابق، ص 268، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص 65-66، محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص 188

⁽¹⁾ محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 65

المتقاسمين، ويجوز لهم إثبات هذا الإثراء بطرق الإثبات القانونية كافة، بما في ذلك البيئة الشخصية والقرائن القانونية وغير القانونية، المادة /99/ إثبات مصري، ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول الإثراء أو المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات الممضاة منه، لأنها هي أيضاً باطلة.⁽¹⁾

ولناقص الأهلية الحق في إجازة عقد القسمة الاتفاقية⁽²⁾، وبموجب المادة /140/ مدني سوري يكون لناقص الأهلية عند زوال سبب نقص الأهلية كبلوغ القاصر سن الرشد القانوني أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفهيه أو ذي الفعلة، أن يجيز القسمة التي تمت بغير استئذان المحكمة المختصة بحسب المادة /789/ مدني سوري.

وتتحدد الطبيعة القانونية للإجازة بأنها عمل قانوني صادر من جانب واحد أي بالإرادة المنفردة لناقص الأهلية الذي زال سبب نقص أهليته مادة /163/ مدني سوري، ولذا لا حاجة لاقتران قبول بها ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.

والإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية وتعرف الإجازة الصريحة بأنها التي تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب إبطال عقد القسمة الاتفاقية الذي لحقه عيب الإبطال، ولا يشترط في هذه الإجازة أن تتضمن بيانات معينة بل تصح كل عبارة يفهم منها إجازة بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة واضحة.

(1) احمد عبد العال ابو قرين، الجامع في احكام الاثبات، الطبعة الثانية، ص29، محمد المنجي، دعوى

القسمة، المرجع السابق، ص194، محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص70

(2) تنص المادة /140/ مدني سوري على ان: "1 يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة او الضمنية."

أما الاجازة الضمنية فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً في إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال، إذ أن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي اليه.⁽¹⁾

وإن استخلاص حصول الاجازة الضمنية لعقد القسمة الرضائية من عدم حصولها هو مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها، دون أن تخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض.⁽²⁾

(1) محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص202، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص74
(2) ومن الأمثلة لما يعتبر من قبل الإجازة الضمنية قيام ناقص الاهلية الذي زال سبب نقص أهليته بإتيان الأفعال الآتية:

أ- تنفيذ عقد القسمة الاتفاقية الذي لحقه عيب الإبطال او مطالبة باقي الشركاء الآخرين بتنفيذه.
ب- البناء على الحصة التي الت الى ناقص الاهلية الذي زال سبب نقص أهليته بموجب عقد القسمة الاتفاقية الذي لحقه عيب الإبطال.
ج- الاستيلاء على ريع الجزء المفروز الذي آل الى ناقص الاهلية الذي زال سبب نقص أهليته - بموجب عقد القسمة الاتفاقية الذي لحقه عيب الإبطال ثم الاستمرار على هذه الحالة مدة طويلة.
د- التوقيع كشاهد على عقود البيع الصادرة عن بعض الشركاء المتقاسمين القدامى المشار فيها الى ان اصل ملكيتهم هو عقد القسمة الاتفاقية السابق الذي لحقه عيب الإبطال.
ومن الامثلة لما لا يعتبر من قبيل الاجازة الضمنية:

أ- ان يدفع ناقص الاهلية بوجه من وجوه بطلان عقد القسمة الاتفاقية بعد زوال سبب نقص أهليته وتركه للوجوه الاخرى

ب- ان يطعن ناقص الاهلية بالتزوير على عقد القسمة الاتفاقية -بعد زوال سبب نقص أهليته - حيث يجوز له بعد احقاقه في هذا الطعن ان يطلب ابطال العقد

ج- دخول ناقص الاهلية في مفاوضات للصالح مع باقي الشركاء -بعد زوال سبب نقص أهليته - دون ان تتكلل بالنجاح.انظر تفصيلا المستشار محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص74، محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص202

المطلب الثاني

حالات خاصة بعقد القسمة الرضائية كعقد مختلف عن غيره

ذكرنا سابقاً أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم يجوز الطعن فيه، فقد يطعن في القسمة الرضائية بالبطلان المطلق كما اذا تمت القسمة بين الشركاء على أموال مورثهم حال حياته فهذا العقد يكون تعاملاً في تركه، وقد يطعن بالقسمة الرضائية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة وتنقص الأهلية كالغلط أو التدليس أو الإكراه.

ولكن القسمة تتميز عن غيرها من العقود بأحكام خاصة بشأن وذلك لما من أهمية خاصة في القسمة الرضائية⁽¹⁾، ولما كانت نتيجة القسمة تحدد وتفرز للشريك شيئاً من المال الشائع، ولأن ذلك يؤثر على دائن الشريك، فقد أعطت القوانين المختلفة للدائنين الحق في التدخل بإجراءات القسمة، وذلك منعاً من تواطؤ الشركاء مع المدين للإضرار بدائنه، فقد قدر المشرع أن للدائنين مصلحة جدية في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطؤ يحتتم وقوعه بين الشركاء، لذلك نظم القانون تدخل الدائنين في إجراءات القسمة بأحكام خاصة تختلف عن غيرها من العقود.

وعليه سنتحدث في الفرع الأول عن الغبن كسبب لنقص القسمة الرضائية ونخصص الفرع الثاني للحديث عن موقف الدائنين من القسمة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص811، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص83،

الفرع الأول: الغبن كسبب لنقص القسمة الرضائية

ذكرنا سابقاً أن القسمة الرضائية قد يطعن فيها نتيجة تعيب إرادة أحد الشركاء بعيب من عيوب الإرادة مثل الغلط الجوهري في العين الشائعة أو وقوع تدليس أو إكراه على الشريك، أما الغبن فقد خصه القانون بأحكام خاصة مختلفة عن حكم في العقود بصورة عامة، وذلك لأهميته البالغة في عقد القسمة وعليه سوف نبحث الغبن كسبب لنقص في القسمة، سنتكلم في الأول عن إمكان إبطال عقد القسمة الرضائية للغبن في البند الأول، ثم عن شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن في البند الثاني، وأخيراً نتكلم عن الآثار المترتبة على نقص القسمة الاتفاقية للغبن في البند الثالث.

البند الأول: إمكانية إبطال القسمة الرضائية للغبن:

تنص المادة /799/ ⁽¹⁾ من القانون المدني السوري على ما يلي:

"1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي، إذا ثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ⁽²⁾، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء

2- يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ⁽³⁾

⁽¹⁾ مطابقة للمادة /845/ مدني مصري، و/849/ مدني ليبي

⁽²⁾ في القانون اللبناني يشترط في الغبن أن يكون استغلالي ولا يكفي الغبن المجرد انظر المادة /214/ قانون موجبات وعقود لبناني

⁽³⁾ بخلاف القانون العراقي فلا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة

وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى أو عيناً ما نقص من حصته "

ومن هذا النص يتبين أن المشرع قد أفرد القسمة الرضائية بحكم خاص فأجاز للشريك أن يطلب نقض القسمة إذا وقع فيها غبن بالمقدار الذي حدده القانون.

ويتحدد نطاق هذا الحكم بالقسمة الرضائية دون القسمة القضائية⁽¹⁾، لأن القسمة القضائية أحيطت بضمانات تكفل رفع الغبن عن المتقاسمين، كما أنه على القسمة النهائية دون قسمة المهايأة باعتبار أن قسمة المهايأة عقد يخضع للقواعد العامة.⁽²⁾

والحكمة من تقرير هذا الحكم هي أن المساواة روح القسمة الاتفاقية، لذلك عنى المشرع بأن يكفل المساواة بين المتقاسمين عن طريق تحقيق المساواة بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة.⁽³⁾

(1) بخلاف ما فعل القانون الفرنسي حيث أباح نقض القسمة القضائية للغبن، انظر محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 85

(2) عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، هامش ص 389، نبيل سعد، المرجع السابق، ص 177، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 901، 902

(3) نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 177

وهذا الحكم هو استثناء من الأصل العام⁽¹⁾ الذي لا يعتد بالغبن المجرد ولا يعتبره سبباً عاماً للبطلان إلا عندما يقع على القصر في البيوع العقارية وفق المادة 393/ مدني مصري ويقابلها المادة 425/ مدني سوري، فالمشرع إذن لم يعتبره سبباً لإبطال العقد وذلك لأنه قدر أنه لا ينبغي منع الأطراف في العقود من الحصول على ربح أو جديرة بالاعتبار.

وإذا كان هذا هو الموقف المبدئي فإن الحكم الوارد في المادة 799/ يعتبر حكماً استثنائياً وضع في الأساس من أجل تحقيق المساواة بين المتقاسمين ولأن القسمة في حقيقتها ليست من عقود المضاربة.⁽²⁾

وقد أجاز القانون نقض القسمة الاتفاقية سواء أكانت قسمة عينية بمعدل أو بغير معدل، وسواء أكانت قسمة كلية أو قسمة جزئية.

(1) ويبرر تطبيق أحكام الغبن المجرد على القسمة الاتفاقية وحدها بأن التكليف القانوني لأثر القسمة أنها مقررة أو كاشفة للحق، وليست منشئة له ويقتضي الأثر الكاشف للقسمة تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي فلا تنتقل للمتقاسم حقاً لم يكن له من قبل، وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الذي كان ثابتاً له فهي عكس المعاوضات الناقلة كالبيع، لاتقوم على أساس من المضاربة ولذلك عنى المشرع بأن يكفل المساواة في هذا النطاق بين انصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة. وكذلك لاتسري أحكام الغبن على قسمة المهاية أنظر محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص 306، محمد محمود عبدالله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 184 ومابعداها، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 181

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 908، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 181، رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص 136

كذلك يجوز النقص للغبن حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية والذي يعتبر به هنا ليس الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع إذا كان 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.⁽¹⁾

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حده، ومثال لو غبن أحد الشركاء في بعض هذه العقود، ولكن في العقود الأخرى نال نصيباً أكثر مما يستحق بحيث أن الغبن الذي لحقه في مجموع العقود لا 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 ومالم 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 الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصوريته، فيكون عقد قسمة رضائية يجوز فيها نقض القسمة للغبن، ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة وهو عقد احتمالي لم يجز نقضه، إذ أن العقود الاحتمالية تأبى بطبيعتها أن تنقض للغبن.

(1) محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص156، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المرجع السابق، ص905،

فلو أن داراً شائعاً بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيرادات مرتبة طول الحياة في مقابل حصته في الدار أو يربط له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع، فإن عقد ترتيب الإيراد للمرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي، ومن ثم لا يجوز الطعن بالغبن لهذه القسمة⁽¹⁾

وتخضع القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بشروط صحة العقد، ويدخل في ذلك لزوم سلامة إرادة المتعاقدين من العيوب، ويجوز بالتالي للمتقاسم المطالبة بإبطال العقد استناداً إلى عيب شاب إرادته كالغلط أو التدليس أو الإكراه، أما الاستغلال فقد استغنى عنه المشرع حيث لم يتطلب أن يكون الغبن ناشئاً عن طيش أو هوى جامح في نفس المتعاقد واكتفى بالغبن كسبب لإبطال العقد إذا زاد عن الخمس، وهو في ذلك يخرج عن القواعد العامة بالنسبة للاستغلال الذي يستلزم العيب الإرادي المتمثل في الطيش أو الهوى الجامح إلى جانب الغبن العام الذي أصابه ضحية الاستغلال، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرع في تحقيق المساواة بين الجزء المفز الذي اختص به بمقتضى القسمة والحصة الشائعة التي قدمها مقابل ذلك، ولكنه لم يتطلب المساواة المطلقة، حيث اشترط أن يكون زائداً على الخمس، حرصاً منه على استقرار التعامل.⁽²⁾

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 908، محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 90،

محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص 313

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المنفردة عنه، المرجع السابق، ص 107، وانظر بنفس المعنى محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في

القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 345

وفي المقابل نجد بعض التشريعات العربية قد نظمت أحكام الغبن في القسمة بشكل مختلف عن القانون السوري والمصري.

فالقانون اللبناني⁽¹⁾ لا يجيز نقض القسمة للغبن إلا إذا كان الشريك قاصراً، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشاً وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون طيش أو عدم خبرة وترفع دعوى الغبن في القسمة بعد سنة من تمامها.

أما القانون الأردني⁽²⁾ فقد أجاز في أحكامه للشريك المغبون في القسمة الاتفاقية فسخ العقد⁽³⁾ وقد اقتصر المشرع الأردني في الفسخ على القسمة الرضائية دون القضائية على نحو المشرع السوري والمصري وأعطى الحق للشريك المغبون أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة الرضائية ولكنه اشترط أن يكون الغبن فاحشاً، والغبن الفاحش.

بحسب تعريف المادة /146/ مدني أردني، هو ما لا يدخل في تقويم المقومين، وعادة يرجع في تحديدها إلى أهل الخبرة، وتوضح مجلة الأحكام

(1) انظر مادة /947/ و /949/ و /214/ قانون موجبات وعقود لبناني،

(2) أذ تنص المادة /1050/ مدني أردني على أنه "يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة....."

(3) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق،

العدلية⁽¹⁾ أن الغبن الفاحش هو ما زاد على الخمس في العقارات وهو ما أخذ به المشرع السوري والمصري.

ونتمنى لو أن المشرع الأردني أخذ بذات المعيار الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية والقانون المصري والسوري لأنه أسهل في تقديره فضلاً على أن مجلة الأحكام تعتبر مرجعاً للقانون المدني الأردني.

البند الثاني: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن:

لقد شجع المشرع وسهل للشريك المغبون الحصول على حقه بشكل عادل ويظهر ذلك جلياً في عدم اشتراطه سوى شرط واحد لنقض القسمة الاتفاقية للغبن، وذلك وفقاً لنص المادة /799/⁽²⁾ مدني سوري وسوف نبين هذا الشرط ثم نوضح مقدار الغبن الذي يتيح للشريك بموجبه نقض القسمة وكيفية رفع دعوى الغبن.

أولاً: الغبن في ذاته في عقد القسمة يجيز نقضها:⁽³⁾

إن الغبن إذا وقع في القسمة بالمقدار الذي حدده القانون فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض، أي قابلاً للإبطال⁽⁴⁾، وليس من الضروري أن

(1) تنص المادة /165/ من مجله الأحكام العدلية بأن "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار او زيادة "

(2) يقابلها المادة /845/ مدني مصري .

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 901، وانظر خلاف ذلك القانون اللبناني فهو لا يجيز نقض القسمة للغبن إلا إذا كان الشريك قاصراً، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشاً وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة، المواد /947 - 949 - 214/ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) العقد القابل للإبطال الذي أخذ به القانون المدني المصري والسوري هو عقد صحيح نافذ حتى يقضى بطلانه، فإن قضى بطلانه اعتبر كأن لم يكن، د. فواز صالح ود. أيمن أبو العيال، القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، 2013، ص 141.

يصحب الغبن تدليس أو غلط، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح في الشريك المغبون، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال، بناء على طلب الشريك المغبون⁽¹⁾، ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن فيصبح العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض وتكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة، تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحق به، مثل دفع المعدل الذي التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به، أو تسلم المال المفرز الذي وقع في نصيبه راضياً، ولو لم تنتقض السنة التي يجب أن يرفع خلالها دعوى الغبن، أو تصرف في هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضا بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن⁽²⁾.

ولكن ليس للشركاء الاتفاق مسبقاً على نفاذ القسمة المنطوية على غبن زائد على الخمس لأن مثل هذه الاتفاقات تمنع طلب نقض القسمة للغبن الأمر الذي يؤدي إلى هدم النصوص القانونية المتعلقة بهذا الخصوص سيما وإن هذه النصوص من النظام العام.

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال بسبب الغلط إذا توافرت شروطه، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن، أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً

(1) محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص345.

(2) نقض مصري قرار 216 1989/11/9 مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض س19، ص1480.

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، كما إذا استحق جزء من المال الذي وقع في نصيب أحد الشركاء، فيصبح الجزء الباقي أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك، فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان، ويجوز نقض القسمة للغبن، ولو نشأ الغبن من أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر، فتبين أنه معسر وقت القسمة وترتب على إعساره أن يلحق الشريك الدائن بهذا المعدل غبن بالمقدار الذي حدده القانون، كذلك يجوز للوارث الذي وقع في نصيبه دين التركة، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن يلحق بالوارث غبن بالمقدار الذي حدده القانون ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن، وقد رضي به وفاء للالتزام طبعياً في ذمته لشريك آخر، أو هبة منه لهذا الشريك.

ومما تقدم نجد أن المشرع يقيم الغبن على أساس مادي بحت، مؤداه أن مجرد حصول غبن في عقد القسمة الاتفاقية يزيد مقداره على الخمس، يكون كافياً بذاته لنقض تلك القسمة، ولجعل العقد قابلاً للإبطال ويترتب على إقامة الغبن على أساس مادي نتيجة هامة وهي اختلاف عقد القسمة عن العقود الأخرى التي يتطلب القانون أن يترافق الغبن فيها مع استغلال طيش بين أو هوى جامع كشرط لإبطاله⁽¹⁾.

(1) انظر المادة /129/ مدني مصري والمادة /130/ مدني سوري

وان اختلاف أحكام الغبن في عقد القسمة الرضائية عنه في عقد البيع يرجع إلى الاختلاف فكرة الغبن في العقدين: ففي عقد القسمة الاتفاقية نجد أن نقض القسمة للغبن يقوم على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين⁽¹⁾ فإذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس وجب على المتقاسم الآخر تكملة ما نقص في حصة الشريك المغبون، حتى تتحقق المعادلة التامة بين حصة كل منهما.

أما في عقد البيع فإننا نجد أن نقض البيع للغبن يقوم على فكرة الحد من الغبن الفاحش بسبب نقص أهلية البائع، فإذا بيع عقار مملوك لشخص لا يتوافر فيه الأهلية، وكان البيع غبن يزيد على الخمس للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، المادة /425/ مدني مصري و/ 393 /مدني سوري.

ثانياً: مقدار الغبن ورفع دعوى نقض القسمة:

لا بد أن يتوافر في الغبن المعتقد به لنقض القسمة مقدار معين، ولا بد من توفر شروط معينة أيضاً في الدعوى التي ترفع من الشريك لنقض القسمة للغبن وهو ما سنوضحه تالياً:

(1) جابر محجوب، المرجع السابق، ص140

أ- مقدار الغبن⁽¹⁾:

تقتضي الفقرة الأولى من المادة /799/ من القانون المدني السوري وتقابلها المادة /845/ مدني مصري بأن الغبن الذي يتم التمسك به للطعن بالقسمة يجب أن يزيد على الخمس، وأنه يعتمد في تقديره بقيمة الشيء وقت القسمة، ومن أجل معرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة، يجب تقدير المال، بواسطة خبير عند الاقتضاء، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك في هذا المال الشائع، فإذا فرضنا أن قيمة المال الشائع قدرت بـ (5000) جنيه، وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية، كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك (1000) جنيه، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه القسمة أن تنزل قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيبه عن أربع أخماس حتى يكون مغبوناً في أكثر من الخمس، أي يجب أن تكون قيمة المال الذي وقع في نصيبه أقل من (800) جنيه، أما إذا كانت هذه القيمة (800) جنيه أو أكثر، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن، فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة شركاء كانت قيمة نصيب كل منهم (800) جنيه، فيكون مجموع أنصبة الأربعة (3200) جنيه وأخذ الشريك الخامس الباقي، أي أخذ (1800) جنيه، فعلى الرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأي من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض نصيب الكل للغبن، لأن الغبن الذي أصاب كل من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص903، محمد عزمي البكري، المرجع السابق ص91، وانظر محمد المنجي، المرجع السابق، ص212، وما بعدها، وانظر د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق ص186، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص347، أما القانون الفرنسي فاشتراط على من يريد الطعن للغبن فيجب أن يزيد على الربع، مع ملاحظة أن المعيار الذي يؤخذ به في القانون الفرنسي في تعيين الغبن يتوقف بشكل أساسي على وجود وقائع مادية تستند إلى أرقام، د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص186

ويعتد بوقت القسمة في تقدير قيمة المال الشائع وفي تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء⁽¹⁾، فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هي مبلغ معين، فلا يعتد بأي أمر يحدث بعد القسمة، ويزيد من هذه القيمة، أو ينقص منها كانهخفاض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك في ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة الأولى، ويعتبر الشريك مغبوناً إذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيد على الخمس ولا يعتد بما لحقه من الغبن في كل عين من الأعيان التي وقعت في نصيبه على حده⁽²⁾.

كذلك الأمر إذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل منها على جزء من المال الشائع فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدى.

ب- دعوى نقض القسمة للغبن: (3)

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية على النحو السابق ذكره، جاز رفع دعوى نقض القسمة أمام المحكمة المختصة، وهي محكمة الصلح المدني صاحبة الاختصاص النوعي بدعوى القسمة⁽⁴⁾، سواء أكان المال المقسوم عقاراً أو منقولاً،

(1) نعمان خليل، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص201

(2) انظر بالتفصيل عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، ص904، وما بعدها

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص905 وما بعدها، وانظر محمد المنجي، المرجع السابق، ص216، وانظر المستشار محمد عزمي البكري، المرجع السابق ص93 وما بعدها، د.محمد شكري سرور، المرجع السابق ص347، د. جابر محبوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص141، د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص187 وما بعدها، د. محمد قاسم، المرجع السابق، ص157، عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص390 وما بعدها.

(4) انظر المادة 64 من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري

وذلك بخلاف البيع الذي يشترط لجوار الطعن فيه للغبن المجرد أن يكون البائع ناقص الأهلية، وأن يكون المبيع عقاراً دون أن يشمل المنقول.

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 موروثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها، ويجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة، والمدعى عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء، لأن دعوى الغبن ترمي إلى ابطال القسمة الرضائية ولأن القسمة قد تمت بتراضي جميع الشركاء يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة حسب الفقرة الثانية من المادة /799/ مدني سوري⁽¹⁾، ونظير ذلك في دعوى الغبن للاستغلال من أنها هي أيضاً يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة حسب المادة /130/ مدني سوري، فالسنة في الحالتين ميعاد سقوط لا مدة تقادم وذلك بخلاف المدة التي يجب أن ترفع من خلالها دعوى الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية، فالنص صريح في أن المدة هي مدة تقادم⁽²⁾.

(1) تنص على انه "يجب ان ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة "ومطابقة للمادة 845 مدني مصري

(2) إذ تنص المادة /394/ مدني سوري على أن "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن 'إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار"

ومن ثم تكون السنة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى لا مدة تقادم، تبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية وتحسب بالتقويم الميلادي، فإذا نقصت السنة سواء علم الشريك المغبون بالغبن أم لم يعلم، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة، ورفعها بعد ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة، والفرق بين ميعاد السقوط الذي نحن بصدده ومدة التقادم، وأن ميعاد السقوط لا ينقطع بخلاف مدة التقادم، فيرد عليها الانقطاع والوقف.

ويقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس على عاتق المدعي، أما الشريك المغبون، له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، لأنه إنما يثبت واقعة مادية، والغالب في العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، ولتقدير قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس، بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

ومتى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعي يزيد على الخمس على النحو السابق ذكره فإنه يتعين عليه أن يقضي بنقض القسمة أي بإبطالها، ففي دعاوي الإبطال وعلى خلاف دعاوي الفسخ، لا يملك القاضي سلطة تقديرية، ويتحتم عليه أن يقضي بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال.

ويرى البعض⁽¹⁾ أن نقض عقد القسمة يكون فسخاً، وليس إبطالاً لها لأن القول بالإبطال يتناقض مع الفقرة الثانية من المادة /845/ مدني مصري، والتي تعكس رغبة المشرع في استقرار القسمة، وهي تجيز للمدعى عليه أن يقف سير الدعوى حتى اللحظة التي تكون جاهزة للنطق بالحكم فيها، ويمنع القسمة من جديد، وذلك بأن يكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته، هذا من جهة، ثم أن القول أن نقض القسمة للغبن يعني إبطالها ولهذا الإبطال وفق هذا الرأي بأثر رجعي.

والحقيقة أن هذا القول محل نظر، إذ من الصعب منطقياً أن يقال بالأثر الرجعي للإبطال، لأن الإبطال إنما يؤدي إلى اعتبار التصرف كأنه لم يكن، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يصح أن يرتب أثراً على تصرف هو في الحقيقة معدوم بالحكم بإبطاله، ومع العلم أن الحكم بإبطاله يظهر بطلانه ولا ينشئ هذا البطلان، ولهذه الاعتبارات يرى صاحب هذا الرأي - ونحن معه - أنه من الأصح القول إن نقض القسمة للغبن يعني فسخها وليس إبطالها، وذلك ليصح أن ترتب أثراً رجعياً على الحكم بنقضها.

وهو النهج الذي سار عليه المشرع الأردني⁽²⁾ حيث مكن كل المتقاسمين من طلب فسخ التصرف المشوب بالغبن الفاحش، الأمر الذي يتمخض عنه حصول

(1) محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص189، وما بعدها.

(2) انظر المادة /1050/ مدني أردني وتنص على أنه "يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة"

المغبون على حقه كاملاً، وذلك لأن القسمة تختلف عن البيع، فالأولى تقوم على المساواة، أما الثانية تقوم على المغالبة⁽¹⁾.

مما تقدم يلاحظ أن القانون السوري والمصري⁽²⁾ يجيزان إيقاف سير الدعوى بتكملة حصة الشريك المغبون المدعي إلى الحد الذي يرفع الغبن عنه نقداً أو عيناً، فإذا لم يكمل النقص حكمت المحكمة بنقض القسمة.

أما القانون الأردني فلا يوجد به حكم مماثل وقد خلا من أي نص يتضمن ما يجيز للشركاء المدعى عليهم تكملة حصة الشريك المدعي نقداً أو عيناً لتجنب الحكم بفسخ القسمة فهو يقتصر فقط على ما تقرر في المادة/1050/ بأن للشريك المغبون طلب فسخ القسمة وإعادتها لتكون عادلة.

لذلك نتمنى على المشرع الأردني إضافة هذا النص الذي يجيز تكملة حصة الشريك المغبون وإيقاف سير الدعوى.

البند الثالث: أثر نقض القسمة الرضائية:

إذا تحقق شرط الغبن على الشريك المغبون فيوجد أمامه إحدى طريقتين إما المطالبة بفسخ القسمة وإعادة المال إلى ما كان في السابق، ملكية مشتركة بين الشركاء، كما هو الوضع قبل القسمة، أو يختار الشركاء ذلك بأقل التكاليف، ومن

(1) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص175، وانظر د. محمود جلال حمزه، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الخامس، الحقوق العينية، الكتاب الأول، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص841، د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، 1996، ص59.

(2) والقانون العراقي أيضاً نفس الموقف مادة /1077/ مدني عراقي .

خلال إنصاف المغبون وزيادته عيناً أو نقداً وبذلك يتفادون إبطال العقد، وعليه سنبحث أولاً نقض القسمة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه من حالة شيوع، ونتكلم ثانياً عن تقاضي نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون.

أولاً: نقض القسمة الرضائية وإعادة الحال إلى ما كانت عليه:

يرى الفقه⁽¹⁾ أنه إذا انقضت القسمة الاتفاقية للغبن، بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشيوع التي كانت قد والت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم، فقد بدأ الشيوع وكأنه لم يكن، 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 بالغبن على الوجه الذي ذكرناه آنفاً، كما يجوز أن تكون القسمة قضائية وعندها لا يجوز نقضها للغبن. ونقض القسمة للغبن له أثر رجعي، فنسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيبه نتيجة القسمة، ثم تعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير، أما في أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعض نقض القسمة، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن فيما يتعلق بالقانون السوري والمصري.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 819، محمد المنجي،

المرجع السابق، ص 225، سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص 477، مأمون الشامي، المرجع

السابق، ص 116

وهنا يتبادر إلى الذهن السؤال التالي:

ماذا لو تم تسجيل عقد القسمة الرضائية في السجل العقاري واختص كل شريك بجزء مفرز ثم قام ببيعه للغير؟

فهل يشمل الأثر الرجعي لنقض القسمة للغبن الغير حسن النية الي اكتسب حقه بموجب قيود السجل العقاري وليس بموجب عقد القسمة المقضي بإبطاله وإلغاء آثاره.

وقد أجابت عليه المادة /13/ من قانون السجل العقاري في سورية⁽¹⁾ رقم /188/ لعام 1926 بأن كل من يكتسب حقاً استناداً لقيود السجل العقاري لا يمكن إبطال ما اكتسبه إلا بحالة واحدة وهي أن يكون الغير سيء النية يعلم عند اكتسابه لحق بالأسباب التي تدعو إلى إلغائه أو نزع.

والأصل هو حسن النية وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات.

ويعتبر شراء قبل أي مطالبة مقترنة بوضع إشارة دليل على حسن النية لدى المشتري وفي مثل هذه الحالة إذا لم يتمكن الشركاء من إبطال البيع بسبب تحصينه في السجل العقاري يكون لهم الحق بالرجوع على الشريك البائع بمقدار حصتهم الباعة للغير.

(1) تنص على أن "كل من يكتسب حقاً في مال غير منقول مستنداً على قيود وبيانات السجل العقاري يبقى له هذا الحق المكتسب وإن أسباب نزع هذا الحق منه الناشئة عن الدعاوى المقاومة وفقاً لأحكام المادة /31/ من القرار /186/ لا يمكن أن يعترض بها اتجاهه ولا يمكن أن تقرر هذه الأحكام المتعلقة بهذه الدعاوى إلغاء الحق المكتسب والمقيد بالطريقة القانونية

ثانياً: تفادي نقض القسمة الاتفاقية بإكمال نصيب الشريك المغبون:

تقضي المادة /799/ مدني سوري⁽¹⁾ ويقابلها /845/ مدني مصري في شأن دعوى الغبن⁽²⁾ في حالة تفادي نقض القسمة للغبن فلا يكفي ذلك بل يجب الاكمال للشريك المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته، فيجب لتفادي دعوى نقض القسمة رفع الغبن بتاتاً عن الشريك المغبون، وإعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه

(1) المادة 799 مدني سوري في شأن دعوى الغبن تنص على ان: "..... للمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من حصته "

(2) وهناك حالتان احيان ينظران تفادي نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون. الحالة الاولى: حالة الغبن عن طريق الاستغلال ففيها يجوز للمتعاقد المغبون ان يطلب إبطال العقد أو انقاص التزاماته، وانقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا ان يكون بحيث يرفع الغبن أي غبن عن المتعاقد المغبون بل يكفي ان يرفع عنه الغبن الفاحش وكذلك يجوز للمدعى عليه في عقود المعاوضة ان يتوقى دعوى الابطال... اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " المادة (130) مدني سوري ولا يشترط ان تكون الزيادة التي يعرضها المدعى عليه لتوقي الابطال بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفي ان تجعل الغبن الذي يتحملة البائع لا يصل الى حد الغبن الفاحش

الحالة الثانية: حالة الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر في الأهلية فقد نصت المادة (393) مدني سوري على انه: اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل

ففي الحالتين المتقدمتي الذكر من حالات الغبن لا يعوض الطرف المغبون إلا بما يرجع عنه الغبن الفاحش وهو عادة ما يزيد عن الخمس، فيكفي ان يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد عن الخمس، وليس من الضروري ان يرتفع الغبن بتاتا

انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص908 وما بعدها، محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص233، رمضان ابو السعود، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص30، توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص254، سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص478، احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص108، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، المرجع السابق، ص97 وما بعدها، محمد شكري سرور، المرجع السابق،

في القسمة يعادل تماماً حصته الشائعة دون نقض، والسبب في ذلك أن القسمة ليست من عقود المضاربة، بل هي عقد يقوم في أساسه على المساواة بين المتقاسمين، فإذا اختلفت هذه المساواة اختلف العقد، وإذا كان القانون قد تسامح في غبن لا يزيد على الخمس في بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات لأقل غبن يصيب الشريك، فإنه تشدد متى زاد الغبن على الخمس، فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوي حصته تماماً، ولم يكتف بإبلاغ نصيب الشريك إلى أربعة أخماس كما اكتفى في الاستغلال وفي بيع عقار غير كامل الأهلية، وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون بعقد فيه بوقت القسمة لا بوقت الدفع، ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمار هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملاً، وكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عيناً، فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوي ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذي سبق بيانه، وقد يكون الإكمال عيناً، بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزءاً من المال المقسوم حتى يكمل حصته، والخيار بين الدفع نقداً أو عيناً يكون للمدين، أي للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن، فإذا عرض المدين الدفع نقداً إلى الدفع عيناً والعكس صحيح، وإذا عرض عليه المدين عيناً وقبله الشريك المغبون، لم يجز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقداً.

ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة للغبن، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة، فيمنع المدعى عليه إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعي مضاف إلى

ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير بسبب البدء في إجراء القسمة الجديدة، ويظهر ذلك من عبارة النص، منع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعي، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة، وإذا تعدد المدعى عليهم، وهذا ما يقع كثيراً فلا بد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ إكمال حصة المدعي نقداً أو عيناً فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا في مقدار ما يرد إلى المدعي تولت المحكمة الفصل في ذلك.

أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه فمن لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به، وإذا دفع الشركاء الذين وانفقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء، ويجوز لدائني المدعى عليه التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم.⁽¹⁾

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، ص 908 وما

بعدها، محمد المنجي، دعوى القسمة، المرجع السابق، ص 224

الفرع الثاني: موقف الدائنين من القسمة الرضائية:

لما كانت أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه⁽¹⁾، لذلك كما لدائني الشركاء مصلحة واضحة في التدخل في إجراءات القسمة حتى يحولوا دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم.

وصور التواطؤ متعددة، كاتفاق شريك مدين مع باقي الشركاء على أن يختص بأموال لا يجوز الحجز عليها أو يسهل إخفاؤها كالنقود والمستندات أو أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطى له دون علم الدائنين.⁽²⁾

وقد هيا القانون لدائن الشركاء عدة وسائل تمكنهم من منع هذا التواطؤ قبل وقوعه، أو تفادي نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الإضرار بالدائن.

وبناء عليه سنبحث موقف الدائنين قبل تمام القسمة في البند الأول، وبعد تمام القسمة في البند الثاني. وذلك في القانون السوري مقارنة مع بعض القوانين العربية.

(1) الفقرة الأولى من المادة 235 من القانون المدني السوري

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص219، نبيل سعد، المرجع السابق، ص194، اسماعيل

غانم، المرجع السابق، ص194

البند الأول: موقف الدائنين قبل تمام القسمة:

لقد نظم القانون المدني السوري⁽¹⁾ وغيره من القوانين العربية⁽²⁾ تدخل الدائنين في إجراءات القسمة وفي البداية لابد لنا أولاً من تحديد نوع القسمة التي تم التدخل فيها ومن ثم نحدد الدائنين الواجب ادخالهم في القسمة ثانياً.

أولاً: نوع القسمة الذي يمكن للدائن التدخل فيها:

يتبين من نص المادة /796/ من القانون المدني السوري أن المشرع قد ساوى بشكل صريح بين القسمة الرضائية والقسمة القضائية فيما يتعلق بحق الدائنين في الاعتراض على إتمامها بغير تدخلهم.

إلا أنه ميز بين إجراءات تدخل الدائنين في القسمة الرضائية وبين إجراءات تدخله في القسمة القضائية، فقد استلزم القانون السوري شكلاً خاصاً للاعتراض على القسمة الرضائية فأوجب تقديم الاعتراض بإنذار رسمي إلى جميع الشركاء،

(1) تنص المادة /796/ من القانون المدني السوري على ما يلي "لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عيناً أو في بيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم وتكون المعارضة في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو امام دائرة التنفيذ وفي حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمي يبلغ الى جميع الشركاء..."

(2) المادة /842/ مدني مصري على أنه " لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عيناً أو في بيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة "، وانظر ايضا المادة /1045/ مدني أردني وتنص على أن " لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة _رضائية كانت او قضائية_ وذلك بإنذار يبلغ الى جميع الشركاء اذا كانت رضائية او بالتدخل امام المحكمة اذا كانت قضائية "، وانظر ايضا المادة /943/ قانون موجبات وعقود لبناني

فإذا اتفق الشركاء على قسمة المال الشائع رضائياً، وكانت القسمة لم تتم، فللدائنين أن يعارضوا في هذه القسمة بإنذار رسمي يبلغونه إلى جميع الشركاء وعلى الشركاء أن يدعوا عندئذ من عارض من الدائنين ليراقبوا جميع إجراءات القسمة، وإذا لم يفعلوا ذلك كانت القسمة غير نافذة في حق الدائنين وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش المدين، ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة عادت عليه بالضرر⁽¹⁾ أما إذا لم يعارض الدائنون في إجراءات القسمة، فليس لهم، بعد أن تكون قد أبرمت أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش.

ويأخذ حكم القانون المدني السوري في هذا الصدد القانوني المدني الأردني فقد أجاز في المادة 1045⁽²⁾ تدخل الدائنين في القسمة الرضائية والقضائية.

ويحسب للقانون الأردني أنه استثنى من إرسال الإنذار العدلي الدائنين المقيدة حقوقهم كالمرتهن تأميناً أو حيازياً ويتم ادخالهم في إجراءات القسمة (رضائية أو قضائية) لأن حقوقهم قيدت قبل إجراء القسمة، وبذلك فهم معروفون

(1) وليد القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، المرجع السابق، ص152، محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص144

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة 1045 مدني اردني " ولا تنفذ القسمة في حق الدائنين اذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الاجراءات" وذلك بخلاف القانون السوري فأدخل الدائنين المقيدة حقوقهم قاصر على القسمة القضائية فقط دون الرضائية وبالتالي يتوجب على الدائن لشركاء سواء كان دائن عادي ام صاحب قيد ان يعارض بإجراء القسمة دون تدخله والا كانت نافذه في حقه. ونتمنى من المشرع السوري ان يتوسع في تفسير النص ويجعل دعوة الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة واجبة شاملة للقسمة بنوعها

من الشركاء ولا داعي لتوجيه إنذارات عدلية للشركاء دون تمييز بين القسمة الرضائية والقضائية، أما في القانون المصري فقد اختلف عن القانون السوري في هذا الصدد حيث أن تدخل الدائنين في القسمة حمايةً لمصالحهم قصره المشرع على القسمة القضائية دون القسمة الرضائية وهو ما يجمع عليه الفقه المصري⁽¹⁾ مستندين في ذلك إلى عبارة النص في المادة /842/ فيما يتعلق بالدائنين المقيدة حقوقهم فهو يتطلب أن يكون القيد (قبل رفع دعوى القسمة) والى المذكرة الايضاحية التي ورد فيها أنه إذا كانت القسمة عقدًا، فليس للدائنين أن يطعنوا بالقسمة، إلا بطريق الدعوى البوليصة⁽²⁾، واستناداً لهذا الرأي السائد، إذا اتبع الشركاء طريق القسمة الاتفاقية فلا يلزم الشركاء بإدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم في إجراءاتها.

وبالرغم من ذلك فإن الغالبية العظمى من هذا الفقه⁽³⁾ مجمعه بحق على وجوب التوسع في تفسير نص المادة /842/ مدني بما يجعله شاملاً للقسمة

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص159، محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الاول، المرجع السابق، 440، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص233، جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، الكتاب الاول، القاهرة، المرجع السابق، ص158

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء السادس، ص 120، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص197.

(3) جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص206، توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص187، منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه، المرجع السابق، ص196، محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص354، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص963.

القضائية والقسمة الاتفاقية على السواء ويدعى من الدائنين المقيدين في القسمة الاتفاقية، الدائنون المقيدون قبل ابرام هذه القسمة قياساً على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية، وتبرير ذلك انه ليس هناك مبرر معقول للترقية في هذا الخصوص بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية بل ان الحاجة لتحويل الدائنين حق التدخل أظهر في القسمة الاتفاقية لأنها خالية من ضمانات القسمة القضائية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن /882/ من القانون المدني الفرنسي قد ساوت في هذا الشأن بين القسمة الاتفاقية والقضائية ويخول الدائنون حق المعارضة في الحالتين⁽¹⁾.

وبالتالي فإن التوسع في تفسير النص يجعل المادة /842/ مدني مصري أكثر انسجاماً مع مواد القانون الفرنسي الذي استقى القانون أحكامه منه. أما القانون اللبناني فأحكامه متفقة في مجموعها في أحكام القانون المصري.

ثانياً: تحديد أنواع الدائنين وكيفية تدخلهم في القسمة:

يختلف شكل التدخل في القسمة باختلاف أنواع الدائنين وعليه لابد من التمييز ما بين الدائنين العاديين فهؤلاء يكون تدخلهم عن طريق توجيه معارضه إلى الشركاء في إجراء القسمة بغير تدخلهم، وبين الدائنين المقيدة حقوقهم فهؤلاء يكون ادخالهم اجبارياً على الشركاء.

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص160، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص936،

اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص197.

أ - معارضة الدائنين العاديين في اجراء القسمة بغير تدخلهم:

توجب المادة /799/ مدني سوري أن توجه المعارضة إلى كل الشركاء في المال وليس فقط للشريك المدين، وبالتالي فإن توجيه المعارضة للبعض يكون عديم الأثر بالنسبة لجميع الشركاء، سواء من وجهة اليهم المعارضة أو لم توجه إليهم. وقد حدد القانون السوري شكلاً معيناً للاعتراض فأوجب أن يتم بإنذار على خلاف القانون المصري والأردني⁽¹⁾، اللذان لم يلتزما شكلاً خاصاً لإبداء الاعتراض على القسمة، ويمكن أن تتم بإعلان على يد محضر، وهو الأفضل، أو بكتاب مسجل مضمون بعلم الوصول، أو بكتاب عادي كما يجوز أن يكون الاعتراض شفويًا ولكن الدائن يلتزم بإثبات معارضته.⁽²⁾

وميعاد توجيه المعارضة لم يحدده القانون وبالتالي فإن للدائنين الحق في توجيه المعارضة حتى تمام القسمة ويترتب على توجيه المعارضة آثار وهي أن يلتزم الشركاء بإدخال كل من عارض من الدائنين في إجراءات القسمة⁽³⁾ من وقت المعارضة، وإلا فإن القسمة التي تتم تصبح غير نافذة في حقهم دون أن يلتزموا بإثبات أي تواطؤ على الأضرار أو الغش⁽⁴⁾، أما الأثر الثاني من المعارضة تعتبر

(1) انظر مادة /1045/ مدني أردني، مادة /842/ مدني مصري

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص938، محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص161، نبيل سعد، المرجع السابق، ص195

(3) مأمون الشامي، المرجع السابق، ص180، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص939، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص195

(4) يرى البعض أن مكنة الاعتراض المخولة للدائنين العاديين ناقصة لأن القانون لا يفرض على الشركاء اعلامهم بالقسمة ويقع على الدائنين عبء الترقب وإذا تهاونوا كلفو بعبء اثبات الغش اذا ما أرادوا الطعن بالقسمة ولذلك كان من الغريب تعليق ممارسة المعارضة بمن توجه ضده هذه الممارسة، محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص211

بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير، وبالتالي فإذا نتج عن اختصاص المدين بدين مستحق في ذمة الغير أو معدل نقدي مستحق على أحد الشركاء، فإن الوفاء بالمدين أو المعدل النقدي لا يكون للشريك المدين بل يتم به إلى الدائنين المعارضين.

ب - وجوب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم: المقصود بالدائنين المقيدة حقوقهم الذين تقرر لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على ما لمدينهم من حصة شائعة في العقار، وتم قيد حقوقهم طبقاً لقانون السجل العقاري قبل رفع دعوى القسمة⁽¹⁾ أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية⁽²⁾، فضلاً عن الدائن الذي ارتهن من الشريك جزءاً من العقار الشائع، وتوصل إلى الحصول على قيده. ويعد تدخل هذه الفئة من الدائنين في إجراءات القسمة أمراً حتمياً، ويجب على الشركاء استدعائهم دون أن تكون هناك حاجة لأن يقدم الدائنون معارضة إلى كل الشركاء⁽³⁾، تحت طائلة عدم نفاذها في حقهم ودون حاجة إلى إثبات الغش.

(1) حسب نص القانون المدني السوري والمصري

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص 939 وهو من أنصار الرأي القائل "وجوب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في القسمة ذلك لأنهم معروفين من قبل الشركاء، فليسوا بحاجة إلى أن يوجهوا معارضة"، وانظر أيضاً محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 162

(3) حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 366

وكما سبق وذكرنا⁽¹⁾ أن الرأي السائد في الفقه المصري والسوري أن حكم ادخال الدائنين المقيّد حقوقهم دون معارضة قاصر على القسمة القضائية فقط استناداً لحرفية النص، إلا أن الغالبية العظمى من الفقه تنتقد هذا الحكم الذي أخذ به، وتوجب التوسع في تفسير النص ليشمل القسمة القضائية والاتفاقية، وبالتالي⁽²⁾ استناداً إلى هذا الاتجاه الفقهي يتعين على الشركاء دون معارضة أن يدخلوا الدائنين في إجراءات القسمة إذا كانت حقوقهم مقيّدة قبل المباشرة بإجراءات القسمة سواء كانت قضائية أو اتفاقية.

والمشرع يهدف بهذا إلى حماية هذه القسمة من الدائنين من أن يحاول الشركاء المتقاسمون التواطؤ فيما بينهم بقصد الإضرار بهم، كأن يعمل الشركاء على أن لا يحصل الشريك الراهن على حصته في المال الشائع، كأن يحصل على منقولات يسهل عليه تهريبها.

وإن حاجة الدائنين للحماية أظهر وألزم في القسمة الاتفاقية منها في القسمة القضائية.

وبجميع الأحوال وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذي بسطناه أم لم يصدر، وسواء كان للدائن حقاً مقيّداً أم لم يكن فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن، إذا علم بذلك، أن يتدخل من تلقاء نفسه

(1) راجع الصفحة السابقة

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص159، عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، المرجع السابق، ص233.

دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة، فإذا كانت القسمة اتفاقية، جاز للدائن أن يقدم إلى الشركاء متدخلاً في القسمة.

مثلاً أن يراقب أعمال، أو أن يتابع مراحل المفاوضات بين الشركاء إلى أن يبرموا القسمة، أو أن يثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل اعلان كاف عن البيع ومن أن إجراءات البيع سليمة.⁽¹⁾

البند الثاني: موقف الدائنين بعد تمام القسمة:

سندرس موقف الدائنين بعد تمام القسمة من حيث مدى نفاذها في حقهم أو عدم النفاذ وفق الفروض الآتية:

الفرض الأول: حالة إدخال الدائنين المعارضين والمقيدة حقوقهم في القسمة أو تدخل هؤلاء فيها من تلقاء أنفسهم.

في هذه الحالة يكون الدائنون قد أخذوا الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة لمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصالحهم فإذا تمت القسمة فليس لهؤلاء الدائنين الاعتراض عليها ولا يجوز لهم بوجه خاص أن يستعملوا الدعوى البوليصة للطعن بها، ذلك لأن تدخلهم في القسمة يؤدي إلى اعتبارهم قد استنفذوا مكنة الطعن بها⁽²⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص939، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص353.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص941، محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص212.

الفرض الثاني: حالة امتناع الشركاء عن دعوة الدائنين العاديين المعارضين على القسمة للدخول في إجراءاتها، وعن دعوة الدائنين المقيدة حقوقهم، وإذا لم يتدخل هؤلاء من تلقاء أنفسهم.

في هذه الحالة يكون الشركاء قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائنين إلى التدخل في القسمة بعد أن يكون الدائنون قد تفذوا ما أوجبه عليهم القانون من معارضة إذا كانوا من فئة المقيدة حقوقهم.

وجزاء هذه المخالفة وفق نص الفقرة الأولى من المادة /796/ مدني سوري⁽¹⁾ والمادة /842/ مدني مصري هو أن تكون القسمة غير نافذة في حقهم ودون الحاجة إلى إثبات تواطؤ الشركاء، ودون الحاجة إلى أن يثبت الغش من قبلهم، فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل كان لجعل القسمة غير نافذة في حقهم، ما داموا لم يتدخلوا فعلاً في القسمة.

ولكن يجب مع ذلك، وفي هذه الحالة، على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر، ويكفي لإثبات الضرر أن يثبت مثلاً أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالاً منقولة أو نقوداً يسهل تهريبها، ومتى أثبت ذلك أصبحت القسمة غير نافذة فعلاً بحقه وبالتالي يعود الشيوخ بالنسبة إلى هذا الدائن، ومن ثم يجوز طلب القسمة من جديد، ويجوز أن يطلبها أي شريك ويجوز ذلك للدائن نفسه، ولكن باسم مدينه وعن طريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾.

(1) نفس الجزاء في القانون المدني المصري المادة /842/ والقانون المدني الأردني المادة /1045/

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص942، محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب، المرجع السابق، ص167، محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص212، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص198

ويجوز للدائن أن يقتصر بدلاً من إعادة طلب القسمة، على مطالبة الشركاء جميعاً متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقه من القسمة على أساس الخطأ الذي ارتكبه الشركاء في عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل، كما يجوز للشركاء أن يوفوا الدائن حقه، فلا يصبح له مصلحة في الطعن في القسمة، ويرجع الشركاء الذين دفعوا على شريكهم المدين⁽¹⁾.

الفرض الثالث: حالة عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل فيها إذا كان حقه مقيداً. وفي هذه الحالة يكون الدائن إما غير مقصر إذ هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض، أو يكون مقصراً إذ هو دعي إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد.

ومع ذلك لم يتدخل، وفي جميع الأحوال، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر فإذا تمت القسمة دون أن يتدخل في إجراءاتها، فإن الشركاء لا ذنب لهم في ذلك، فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً، ولذلك لا ذنب للشركاء إذ لم يدعوه للتدخل، أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً، فلا ذنب لهم أيضاً إذا كان هو لم يتدخل.

ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة في حق الدائن، إلا إذا طعن بها بالدعوى البوليسية فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه، وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص 943

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 943، سعيد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، مطابع الولاء الحديثة، سنة 2008، ص 200

وهنا لابد من الإشارة إلى أن القانون لم يلزم الشركاء بإعلام الدائنين بموعد حصول القسمة لیتاح لهم ممارسة حق الاعتراض، واعتبر القسمة التي تتم بدون اعتراض منهم على الرغم من عدم علمهم بها نافذة بحقهم، ولا يكفي إثبات الضرر للطعن بها، ولابد من إثبات تواطؤ الشركاء على الغش مما يجعل مركزهم ضعيفاً وقدرتهم على الاعتراض مقيدة برغبة الشركاء بإعلامهم بإجراء القسمة.

ونتمنى من المشرع أن ينص صراحة على تحميل الشركاء خاصة المدينين منهم عبء إعلام الدائنين العاديين بموعد حصول القسمة لیتاح لهم ممارسة حقهم في الاعتراض وفق القانون وذلك حماية لمصالح اعتبرها مشروعة تحت طائلة عدم نفاذها بحق الدائنين.

وبجميع الأحوال فإن القسمة الحاصلة لا تكن بمنجاة من الدعوى الصورية، حيث يمكن للدائنين أن يتمسكوا بصورية القسمة التي تتم في غيبتهم، ويقع على عاتقهم إثبات الصورية بجميع وسائل الإثبات.

الفصل الثاني

آثار القسمة الرضائية

تمهيد وتقسيم:

إن أهم أثر يترتب على القسمة الرضائية هو إنهاء الشروع بين الشركاء، وذلك بإفراز وتحديد نصيب كل شريك مستقل في ملكه، ويبدو لأول وهلة أن هذا الأثر لا يقتضي دراسة ما إذ من البديهي أن يترتب على القسمة إفراز نصيب كل شريك، بل إن لفظ القسمة نفسه يتضمن هذا المعنى، ولكن الحقيقة أن دراسة هذا الأثر الجوهرى للقسمة يثير البحث في مسألتين تعدّان على حد تعبير البعض، ومن أكثر موضوعات القانون المدني تعقيداً، وهما: الأثر الكاشف، أو المقرر، والأثر الرجعي⁽¹⁾.

وأن النظريات التي وضعها الفقه في القديم والحديث لهذا الموضوع الاشكالي زادت هبة وبقيت دراسته تستوعب الأفكار المتعارضة في فقهننا المعاصر الذي لم يحسم موقفه حتى اليوم من المسألة الهامة:

تحديد الوقت الذي يكون فيه الشريك مالكا للجزء الذي آل إليه، هل هو من وقت القسمة أم من وقت بدء الشروع؟

(1) - د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 202

الأمر الذي انعكس على التشريعات الوضعية فذهب بعضها إلى الأخذ بفكرة الأثر الكاشف وبعضها إلى الأخذ بفكرة الأثر الناقل في حين تأرجحت نصوص البعض الآخر بين الاتجاهين الكاشف والناقل للقسمة.

كذلك ترتب القسمة أثر آخر لا يقل في أهميته عن الإفراز ويتمثل في نشوء التزام بين المتقاسمين يهدف إلى تحقيق المساواة فيما بينهم.

لذا أوجب المشرع إعادة القسمة أو التعويض إذا استحق جزء شائع من المقسوم وهذا ما يسمى أو اصطلاح على تسميته ضمان التعرض والاستحقاق وبغية الإحاطة بكافة الموضوعات التي تثيرها آثار القسمة وإجراءاتها فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في أثر القسمة.

المبحث الثاني: ضمانات القسمة وإجراءاتها.

المبحث الأول

الاتجاهات الفقهية في أثر القسمة

ينطوي السجل التاريخي والفقهي لأثر قسمة المال الشائع على نظريتين الأولى: نظرية الأثر الناقل للقسمة، والثانية نظرية الأثر الكاشف للقسمة والذي يرتبط به الأثر الرجعي لها ارتباط لزوم، وينطوي هذا السجل على مقولة ثالثة افتراضية متوسطة هي مقولة الطابع أو الأثر المزدوج الكاشف والناقل للقسمة في آن معاً.

فالتصرف الناقل يعني التصرف الذي يؤدي الى خلق أو انشاء وضع جديد أو حق جديد ويؤدي إلى تغيير في الأشخاص أصحاب الحق على محله او موضعه دون ان يؤدي إلى التغيير في الوضع القانوني لهذا المحل، والمثال النموذجي للتصرف الناقل هو عقد البيع.

أما التصرف الكاشف فهو التصرف الإقراري أو الإعترافي المعلن الذي لا يؤدي إلى تغيير في الأشخاص أصحاب الحق، ولا يتضمن معنى الاستخلاف ولا يؤدي إلى إنشاء أو خلق حق جديد، وإنما يقوم فقط بالتغيير في بعض عناصره تغييراً يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات. وبمعنى آخر هو التصرف الذي يقتصر على التعديل في بعض عناصر حق ثابت للمتصرف إليه قبل

التصرف⁽¹⁾، ومثاله معظم الأحكام القضائية والقسمة والصلح على الحقوق المتنازع فيها.

وبتطبيق ذلك على القسمة يمكن القول أن الأثر الكاشف يقصد به أن الشريك في المال الشائع يعد مالكا للحصة التي آلت إليه لا من وقت القسمة ولكن منذ أن تملك بالشيوع.

أما الأثر الناقل للقسمة يعني أن الشريك في المال الشائع يعد مالكا للحصة التي آلت إليه من وقت القسمة لا من وقت بدء الملكية الشائعة بين الشركاء. ولمعرفة ماهية وحقيقة أثر القسمة:

فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نسلط فيه الضوء على التطور التاريخي لأثر القسمة وتأصيله

أما المطلب الثاني: سنخصصه للحديث عن الأثر الكاشف للقسمة في الفقه الحديث.

(1) مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، المرجع السابق، ف156، ص287.

المطلب الأول

التطور التاريخي لأثر القسمة وتأصيله

إن التعرض لدراسة أثر القسمة دراسة تاريخية لأمر طبيعي، وذلك لأن أثر القسمة مر بمراحل عديدة منذ القانون الروماني ومروراً بالفقه الإسلامي والقانون الفرنسي وانتهاء بتشريعاتنا الحالية.

وسوف نتعرض بالتفصيل لهذا التطور من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أثر القسمة الناقل في القانون الروماني والفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف (الرجعي) للقسمة في القانون الفرنسي.

الفرع الثالث: الخلط بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة وضرورة التمييز بينهما.

الفرع الأول: الأثر الناقل للقسمة في القانون الروماني والفقهاء الإسلامي

أولاً في القانون الروماني:

بعد نزوح النظام القبلي، نزع المجتمع الروماني، في ظل النظام العائلي نحو الملكية الفردية، وتشبع بأفكارها وخواصها واتجه إلى حمايتها كما يحمي مقدساته وبذلك تكون مفهوم سيادة الشخص المطلقة على الشيء الذي يملكه وأصبحت تصرفاته الإرادية الواقعة على هذا الشيء تعبيراً عن هذه السيادة أو هي مظهر من مظاهره.

أن هذا التطور في النظرة إلى الملكية أدى إلى الاحساس العميق لدى الرومان أن الشخص المالك على الشيوع إنما يملك ملكيته الفردية بمفهومها التقليدي المطلق وهو الذي يبرر إطلاق الطابع الناقل على القسمة لديهم⁽¹⁾.

فالقسمة عند الرومان ناقلة للملكية لأن الملكية الشائعة هي نوع من الملكية الفردية وعندما يتصرف المالك على الشيوع فإن تصرفه يجب أن يكون نافذاً لأنه يصدر عن سيادته أو مظهراً لهذه السيادة، ولكي ينفذ هذا التصرف لا بد أن يكون ناقلاً لأن في تحقق الطابع الناقل في التصرف ما يهيئ المناخ الأمثل لنفاذه وعلى

(1) محمد عبد الله، بحث بعنوان تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع واثراً الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، دراسة تاريخية معمقة، مجلة جامعة دمشق، المجلد 7، عددان 25-26 لسنة 1991، المرجع السابق، ص 25، 26.

ما تقدم حلل الرومان القسمة على أنها عملية مبادلة وتسري عليها أحكام البيع أو هي تماماً كالبيع.

ويعزي الفقه الأثر الناقل للقسمة عند الرومان إلى تحليلهم لحق المالك على الشيوخ⁽¹⁾، فقد كانوا وبدافع من النزعة الفردية المتطرفة، يعتبرون حق المالك على الشيوخ على الأموال الشائعة كحق من يملك وحده، فهذا الحق يقع على كل جزء أو على كل ذرة من الأموال المكونة للكتلة الشائعة بنسبة حق الشريك الثابتة بسند إنشاء الشيوخ.

وعلى ذلك فإنه إذا حصلت القسمة فلا بد أن تحصل وفق آلية معينة تفيد معنى التنازل والتبادل، أي تؤدي إلى إبدال الحقوق الشائعة على الأموال الجزئية المكونة للكتلة الشائعة بحق ملكية وحيد يقع على مال أو أموال محددة ومتميزة، وتحصل هذه المبادلة بأن يتنازل كل من الملاك على الشيوخ عن الحقوق التي كانت له على الأموال التي دخلت في أنصبة غيره من الشركاء مقابل تنازل هؤلاء أو كل منهم عن الحقوق التي كانت لهم على الأموال التي دخل في نصيبه هو بموجب القسمة وينتج عن ذلك أن كل واحد من الشركاء يصبح مالكا للأموال التي دخلت في نصيبه من يوم القسمة وليس من وقت إنشاء الشيوخ وكل شريك يعتبر خلفاً خاصاً لشريك آخر وليس خلفاً عاماً للمورث لأنه يتلقى أمواله من شركائه بعملية مبادلة وهذا هو الأثر الناقل للقسمة.

(1) محمد عبد الله، المرجع السابق، ص26، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص232، زهدي يكن، المرجع السابق، ص375، حسن كيرة، المرجع السابق، 370، ادوارد عيد، المرجع السابق،

وأهم ما يترتب على الأثر الناقل للقسمة أنه إذا كان أحد الشركاء قد تصرف أثناء الشيوخ بمال شائع كأن يكون قد رهنه ثم حصلت القسمة.

وَدَخَلَ المال المرهون في نصيب غيره من الشركاء بموجبها فإنه يدخل في نصيبه محملاً أو مثقلاً بالرهن.

وهذا يعني، وفق سياق الأثر الناقل للقسمة، أنه على الشريك الذي يدخل في نصيبه المال المرهون من قبل غيره أن يتحمل نتائج تصرف لم يكن له أي دور في إنشائه، وهذا هو أهم مخاطر الأثر الروماني الناقل للقسمة وهو من أهم الأسباب التي أدت إلى ضمور فكرة الأثر الناقل للقسمة وظهور فكرة أو نظرية الأثر الكاشف لها.

ثانياً: في الفقه الإسلامي:

إن هذا التحليل الروماني لأثر القسمة، نجده أيضاً في الشريعة الإسلامية حيث أن القسمة تتضمن معنى المبادلة والإفراز حسبما نصت عليه المادة /1116/ من مجلة الأحكام العدلية التي كانت نافذة في سوريا قبل صدور القانون المدني.

وإن أغلب النصوص التي تتعلق بالقسمة عند الشرعيين توحى بأنهم نظروا إلى القسمة نظرة مزدوجة على أساس أنها تمتاز بطابع مزدوج كاشف ناقل في آن معاً⁽¹⁾ فقد جاء بأن القسمة إفراز من وجه ومعارضة من وجه⁽²⁾ وقد جاء في

(1) غنى حسن طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 128

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الثانية، الجزء

الهداية وشرح العناية على الهداية⁽¹⁾ ان: ((القسمة لا تختلف عن معنى المبادلة لأن ما يجمع لاحد الشريكين بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفراز، والإفراز هو الظاهر في المكيولات والموزونات لعدم التفاوت..... ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض للتفاوت)).

وجاء في بدائع الصنائع عن معنى القسمة في اللغة إنها ((عبارة عن إفراز النصيب)) أما بالنسبة لآلية تحقق الإفراز يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف ((المال المشترك إما أن يكون من جنس واحد أو من جنسين فأكثر وعلى كل فإما أن يكون مثلياً أو قيمياً وقسمته في جميع هذه الأموال تتضمن المبادلة والإفراز على الوجه الآتي بيانه: فالمبادلة أن يأخذ كل شريك بعض ما كان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير ما أخذوه من ملكه في هذا المال والإفراز أن يأخذ كل شريك حقه عينا⁽²⁾)).

ويقول صاحب البدائع إن القسمة في الشريعة⁵: ((عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لأن ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة وإلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف الآخر مملوكاً لذاك على الشيوع فإذا

(1) فتح القدير، الجزء الثامن، ص 2 - 3

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر علاء الدين ابن مسعود الكاساني، ط2، ج 7، المرجع

السابق، ص 17.

5 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 28.

قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوخ)).

فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله منهما بالتراضي، أو بطلبهما من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة.

فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة إفراداً أو تمييزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه وبذلك كان معنى المعاوضة لازماً في كل قسمة شرعية⁽¹⁾.

ومن هذا يتضح أن القسمة تعتبر، كما رأينا عند الرومان، ناقلة فيما يتعلق بما يزيد عن حصة الشريك في الجزء الذي اختص به فكل شريك ينقل إلى غيره ما كان له في الجزء الذي اختص به هذا الغير وذلك في مقابل أن ينقل له غيره ما كان لهذا الغير في الجزء الذي اختص به هو نفسه، وهذا هو معنى المبادلة

أما بالنسبة لما كان للشريك من حق في الجزء الذي اختص به، فيبقى في ملكه فقد عبر فقهاء الشريعة عن أثر القسمة بالنسبة لهذا الحق بالإفراز أي أن القسمة أفرزته عن حقوق الآخرين والإفراز لديهم هو نتيجة لازمة للمبادلة إذ يتحقق بمجرد ما تحدثه المبادلة من نقل الانصببة الشائعة وذلك استناداً إلى تصور فقهاء

(1) بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص 17.

المسلمين لحق الشريك على الشيوع أنه يقع على جزئيات الشيء الشائع ويصادف على كل جزئية حقوق الشركاء الآخرين⁽¹⁾.

مما تقدم فإن الفقهاء المسلمين لا يقولون بالأثر الكاشف إطلاقاً والطابع الناقل هو الأثر الوحيد للقسمة في هذا الفقه والاختلاف بين الفقهاء الخلف حصل في تكييفهم للإفراز أثناء تفسير شروحات السلف بين كونه مجرد وسيلة وأداة لحصول المبادلة أو بإعطائه الأثر الكاشف ليكون للقسمة بالتالي أثر مزدوج كاشف وناقل في آن معاً وهو التحليل الذي اعتبره بعض الفقه السند التاريخي الذي يدعم نظريته عن الأثر الكاشف والناقل⁽²⁾.

(1) منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة السادسة، جامعة عين شمس، 1964، المرجع السابق، ص 39 وانظر عكس ذلك د. محمد عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 252 والذي يرى ان الفقهاء المسلمين لم يقصدوا بالإفراز تلك التجزئة العضوية للأشياء الشائعة، وإنما قصدوا من الإفراز معناه القانوني أو الشرعي الذي ينطوي على معنى التقييم وبالتالي تصبح القسمة عندهم على انها عملية أو أكثر تهدف إلى تحديد متكافئ أو متعادل لقيم الأشياء الشائعة والإفراز بالنسبة لهم مجرد أداة لتقييم الاموال الشائعة بهدف تحقيق التعادل القيمي للأموال المقسومة ليكون من الممكن بعد ذلك إجراء المبادلة وقد استعملوا كلمة افراز لأنها اكثر دقة في الدلالة على حصول المعادلة وأخذ قيمة الحق على التمام والكمال ودليل على ذلك قولهم: ((معنى المبادلة هو الظاهر في العروض للتفاوت)) إذ أن ذكر لفظة التفاوت فيه دلالة على عدم رسوخ أو التصاق الحق بالجزئية بالمعنى العضوي، بل على وقوعه على قيمة نفعية أو مادية. بالنتيجة فإن الطابع الناقل هو الاساسي فالمسلمين لم يقولوا بالأثر الكاشف ولكن الاختلاف حصل في تكييف نظرهم الى الإفراز.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، ص 857، سيد محمود عمر، الملكية في القانون المصري، أحكامها بوجه عام، قيودها، صورها، المرجع السابق، ص 334 وانظر مأمون الشامي، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 247، وعكس ذلك هناك من يرى ان الأثر المزدوج للقسمة في الفقه الاسلامي لا يستوعب الا حالة القسمة العينية البسيطة ويكون قاصراً =

وفي تقديرنا أن نظرية أن نظرية الأثر المزدوج تحمل الفقه الإسلامي مالم يقله حيث أنه من الثابت من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية أن حقيقة القسمة هي معاوضة ذات أثر ناقل وهذه المعاوضة تتحقق بالمبادلة والإفراز بمعناه القيمي لا العضوي وإن الإفراز هو وسيلة للوصول إلى هذه المعاوضة لجؤوا إليها تحت تأثير الحاجات العملية عندما تكون الأموال المقسومة من جنس واحد فيرجح معنى الإفراز على المبادلة لتساوي البديلين من كل وجه فكان كل شريك قد اخذ عين حقه.

واستناداً لما تقدم فإن اصطلاح الإفراز في الفقه الإسلامي أضيق في دلالاته عن معنى الإفراز الذي يترجم عن أثر القسمة بوجه عام. بالتالي لا محل للقول بالأثر الكاشف للقسمة بالفقه الإسلامي لأن ما قصده الشرعيون بالإفراز يختلف تماماً عن الأغراض التي أدت إلى ظهور الأثر الكاشف في القانون الفرنسي وإن الأحكام التي تترتب على اعتبار القسمة حكماً عملية الإفراز هي أنه: ((يجوز لكل من الشركاء أن يقسم في غيبة الآخرين وبدون علمهم، وأن يستلم نصيبه كذلك في غيبتهم ولكن لا تتم القسمة إلا بتسلم الغائب حصته))⁽¹⁾.

مما يؤكد نظرهم إلى القسمة كعملية معاوضة أدواتها المبادلة والإفراز.

= على تفسير أثر القسمة غير العينية أو تلك التي تقوم على المعدل والرد فلا يكون الأثر مزدوجاً وعلى ذلك فإنه يفسر أثر القسمة في الطابع الناقل الوحيد للقسمة لأن الفقهاء المسلمين اعتبروا الإفراز مجرد أداة لتقييم الأموال الشائعة بهدف تحقيق التعادل القيمي للأموال المقسمة ليكون من الممكن بعد ذلك إجراء المبادلة د. محمد محمود عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 247.

(1) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة، 1947، ص 529

الفرع الثاني: التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف (الرجعي)

للقسمة في القانوني الفرنسي

بقيت النظرية الرومانية للقسمة الناقلة سائدة فترة طويلة من الزمن، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، وكانت تفسر حتى أواخر القرن الرابع عشر على أنها الترجمة الحقيقية لأثر القسمة إلا أن عجز النظرية الناقلة عن استيعاب حلول المشاكل الجديدة أدى إلى التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف تحت تأثير اعتبارات عملية أدت، في نطاق كل من القانون المالي والقانوني المدني إلى استبعاد بعض نتائج الأثر الناقل وكانت الخطوة الأولى التي مهدت فيما بعد لظهور الأثر الكاشف.

ففي مجال القانون المالي، كان من مظاهر النظام الإقطاعي، عندما كان طابعه السياسي غالباً، أنه لم يكن من الجائز التصرف في أموال الإقطاع كما كانت قسمة هذه الأموال بين ورثة التابع غير جائزة في أول الأمر ثم ما لبث التطور أن أدى إلى إجازة القسمة.

وعندما زالت مظاهر النظام الإقطاعي السياسية، واكتسب طابعاً اقتصادياً مالياً، أصبح التصرف في الأموال الإقطاعية جائزاً بموافقة سيد الإقطاعية وذلك في مقابل تحصيل رسوم وتختلف باختلاف هذه الأموال⁽¹⁾.

(1) محمود خيال، الحقوق العينية الأصلية، جامعة القاهرة، 1992 ص 121، وكذلك مأمون الشامي، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري،

وحيث اعتبرت القسمة ناقلة في ذلك الوقت فقد كان على ورثة التابع إذا ما أرادوا قسمة أموال الاقطاع فيما بينهم، أن يدفع كل وارث رسوماً على نصيبه باعتبار أن المال قد انتقل اليه بموجب القسمة، إضافة إلى الرسوم السابقة التي دفعها الورثة لسيد الإقطاع عند وفاة مورثهم وانتقال التركة إليهم⁽¹⁾.

وأياً كان الأمر، فقد انتهى التطور العملي إلى إعفاء القسمة من الرسوم⁽²⁾ تقادياً لتكرار دفع الرسوم، وذلك بأنه اتجه رأي في الفقه الى وجوب الحد من سلطات سيد الاقطاع والتخفيف على حائز الأرض مستثنين في ذلك إلى الأسس الآتية⁽³⁾:

أ- إن القسمة يجب أن تعفى من الرسوم بالرغم من أنها ناقلة، لأنها نقل ضروري لا اختياري، ذلك إن كل شريك لا يلتزم بالبقاء في الشيوخ والقسمة هي المصير الحتمي للشيوخ فهي تصرف حتمي أو غير اختياري، ولما كان الرسم الذي يحصله سيد الاقطاع على التصرفات

(1) منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبه عبد الله وهبة، مصر، 1965، ص 204

(2) لم يتم إعفاء القسمة من الرسوم جملة واحدة وإنما تم ذلك بصورة متدرجة، ففي البداية كانت القسمة العينية معفاة الرسوم إذا كانت تشبه المقايضة وكانت المقايضة معفاة من الرسوم في حين كانت الرسوم تحصل على القسمة بطريق التصفية إذا كانت تشبه البيع، وهو يخضع للرسوم وذلك في حالة إذا مارس المزاد على أجنبي، أما إذا مارس المزاد على أحد الشركاء فكانت تعفى من الرسوم لمزيد من التفاصيل راجع منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 43 - 44

(3) مأمون الشامي، قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 205.

الناقلة يعتبر ثمناً لموافقته على التصرف، فإن هذا يجب أن لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات الاختيارية.

ب-القسمة يجب أن تعفى من الرسوم لأنها لا تؤدي إلى تغيير في الأشخاص، فالتغيير الحقيقي كان عند وفاة المورث، وانتقال الملكية إلى ورثته وقد سبق للورثة أن دفعوا على هذا الانتقال، أما القسمة فإنها لا تأتي بمالك جديد، بل يقتصر دورها على الكشف عن حق سابق لكل شريك في هذا المال.

والذي يبدو أن الفقه القديم حاول تبرير إعفاء القسمة من الرسوم الاقطاعية مع الاحتفاظ بطابعها الروماني الناقل للحقوق.

غير أن هذا الوفاق لم يتمكن من إعادة الروح إلى التقليد الروماني القاضي بأن القسمة ناقلة للحقوق.

ففي نطاق القانوني المدني ظهر في القرن الرابع عشر نظام الرهن العام الخفي الذي كان ينتج آثاره أو ينشأ تلقائياً على إثر التصرفات الرسمية أو على أثر الأحكام التي تصدر بالمديونية: فالتصرفات الرسمية التي يجري الشخص أو الأحكام التي تصدر بمديونية المحكوم عليه ترتب تلقائياً رهناً عاماً خفياً على جميع أمواله الحالية والمستقبلية ومنها حصته الشائعة على مال مملوك له ولغيره على الشيوع، فإذا حصلت القسمة فإن أياً من المتقاسمين لا يكون بمأمن من آثار هذا الرهن العام الخفي المترتب على أحدهم في ظل فكرة الأثر الناقل للقسمة والتي ستؤدي إلى نفاذ الرهن في حق المتقاسمين بعد القسمة حيث أن كل شريك

سيحصل على الجزء المفرز الذي اختص به محملاً بما عليه من حقوق نشأت أثناء فترة الشيوع ومنها الرهن العام الذي نشأ لضمان دين غيره من الشركاء⁽¹⁾.

الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار القسمة⁽²⁾، حيث أن الدائن المرتهن إذا نفذ بحقه كان لكل من تم التنفيذ على نصيبه من المتقاسمين الرجوع على المتقاسم المدين وقد يكون هذا الرجوع غير مجد إذا كان المدين معسراً مما يعرضه للخسارة.

وحتى إذا كان موسراً فإن الرجوع يثير صعوبات عملية إذ أنه يؤدي إلى هدم القسمة واجرائها من جديد، ذلك أن المتقاسم الذي نقص ما حصل عليه بسبب رجوع دائني غيره بما يساوي القدر الذي يسمح بنقص القسمة بسبب الغبن سيسعى إلى نقض القسمة.

وبذلك فإن ما تلقاه المتقاسمون من أنصبة بالقسمة لم يستقر لهم، وما تلقاه الشريك الراهن لن يستقر له أيضاً.

وإزاء هذه النتائج الضارة وغير العادلة وما تعود به من آثار سيئة على المتقاسمين أصبح من المستحيل على نظرية القسمة الناقلة الرومانية أن تصمد في

(1) منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 46، محمد عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المرجع السابق، ص 28، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 952 وما بعدها

(2) محمد شكري سرور، موجر تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، ط3 مطبوعات جامعة الكويت، 1988، ص 332 محمود خيال، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق

مواجهتها الأمر الذي دفع الفقه والقضاء في عهد القانون الفرنسي القديم⁽¹⁾ إلى تبني تصور آخر للقسمة يؤدي إلى عكس النتائج السلبية سالفة الذكر، وبالقول أن القسمة ليست من عقود المضاربة، بل هي وسيلة حصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذي كان له، فتقرر بذلك أن المتقاسم يحصل على الجزء المفزر الذي يقع في نصيبه خالياً من الرهن الذي رتبه غيره. وتغلب في ميدان القانون المدني مبدأ الأثر الكاشف للقسمة بعد أن ساد مبدأ الأثر الناقل لها.

وبهذا أصل الفقه الفرنسي القديم هذه النتائج يردّها إلى مبدأ الأثر الكاشف.

بمعنى أن القسمة لا تنقل حقوق جديدة فيما بين المتقاسمين، وإنما تكشف لهم عن حقوق سابقة من قبل وكوسيلة لحماية كل شريك من تصرفات غيره جعل

(1) كان من أشهر القضايا التي عرضت على الفقه والقضاء في ذلك الوقت القضية المعروفة بقضية الاخوة الاربعة وتتخلص وقائعها في أن مالا إقطاعياً في إقليم باريس كان مملوكاً على الشيوع لاربعة أخوة للاح الأكبر النصف ولكل من الباقيين السدس، وكان سيد الإقطاعية قد وقع حجزاً على السدس الشائع الخاص بأحد الإخوة الصغار ولما تمت القسمة اختص الأخ الأكبر بالمال كله واختص الاخوة الباقيين بأرض أخرى لإقطاعيين آخرين اقتسموها بينهم وأثير الاختلاف حول مصير الحجز هل يبقى أم ييطل. وعرضت هذه القضية على مؤتمر المحامين والفقهاء وطالب أحد المؤتمرين بإهدار الحجز مويداً طلبه بالقول أن القسمة ليست كالتصرفات الأخرى الناقلة بل هي من طبيعة كاشقة، وقد قرر المؤتمر أن الحقوق والتكاليف التي يرتبها أحد الملاك على الشيوع على مال شائع يكون مصيرها الزوال مالم يقع المال المنقل بها في نصيب من أنشأ هذه الحقوق والتكاليف بمقتضى القسمة وبذلك استقر مبدأ الأثر الكاشف وكرس فيما بعد في المادة 883 من قانون نابليون الذي صدر عام 1804 والذي يشكل في مجمله القانون المدني الفرنسي.

انظر لمزيد من التفصيل د. محمد عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المرجع السابق، ص 29، وانظر ايضاً منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 119

هذا الفقه للقسمة أثراً رجعيّاً قرنه بالأثر الكاشف⁽¹⁾ ويظهر هذا التأصيل بصورة واضحة في كتابات الفقيه الفرنسي (بوتيه) الذي يشير إلى أن القسمة ليست ناقلة كما كانت في القانون الروماني، بل هي محددة أو كاشفة لحق الشريك بمقتضى السند الأصلي، بقوله: (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)⁽²⁾.

ومن أجل تبرير حصول كل شريك على نصيبه (الجزء المفرز) خالياً من أي حقوق أو تكاليف عينية رتبها أحد أو بعض الشركاء قبل القسمة على هذا الجزء لجأ إلى المجاز القانوني والافتراض برجعية القسمة بقوله: (وبمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر الوارث خلفاً للمورث فيما يتعلق بالأشياء التي وقعت في نصيبه، ويعتبر أنه لم يتلق شيئاً من الورثة الآخرين بطريق القسمة)⁽³⁾.

(1) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، احكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 214

(2) نقلاً عن عبد المنعم فرح الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 224.

(3) تنص المادة (883) مدني فرنسي على أنه: ((يعتبر كل واحد من الورثة انه ورث وحده في الحال كل الاشياء الواقعة في نصيبه والتي آلت اليه بالبيع لعدم امكان القسمة العينية وانه لم يكن في اي وقت ملكية الاشياء الاخرى التي في التركة)) وتنص المادة (843) مدني مصري بأنه ((يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص)) مطابقة للمادة 797 مدني سوري وللمادة 847 مدني لبيي ويقابله المادة 946 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن: ((يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت من نصيبه أو التي اشتراها بالمزاد عند بيع المالك المشترك وكأنه لم يكن مالكا لسائر الاشياء))

وقد نقل التقنين المدني الفرنسي قول بوتيه فيما يتعلق بالأثر الرجعي للقسمة في المادة (883) وكذلك فعل التقنين المدني المصري الأهلي في المادة (457) ثم انتقل هذا القول إلى المادة (843) من التقنين المدني المصري الحالي ومنه إلى التقنين المدني السوري وغيره من القوانين العربية التي تأثرت بالقانون الفرنسي.

والجدير بالذكر أن اقتصار هذه النصوص على الأثر الرجعي دون الأثر الكاشف للقسمة يرجع إلى ما شاع من خلط بينهما حتى اعتبر مدلولهما واحداً، فأصبح يذكر أحدهما للدلالة على الآخر، على الرغم من أنه لا ترادف بينهما، إذ هما يختلفان عن بعضهما، وهكذا استقر في القوانين الوضعية هذا المفهوم التقليدي للأثر الكاشف(الرجعي) لقسمة المال الشائع.

الفرع الثالث الخط بين الأثر الكاشف والاثـر الرجـعي للقـسمة وضرورة

الفصل بينهما

إن المفهوم التقليدي لأثر القسمة والذي أدى إلى صياغة المادة 883 مدني فرنسي⁽¹⁾ يقوم كما سبق ذكره على ربط بين الاثر الكاشف والأثر الرجعي فالتصرف الكاشف لديهم باعتباره محض تصرف اقراراي هو تصرف رجعي بالضرورة.

مما يؤدي إلى الإلغاء الرجعي لحالة الشيوع كحالة لا يتطرق الشك في أنها موجودة ومستمرة طوال فترة منذ بدء الشيوع إلى وقت إتمام عمليات القسمة وبالتالي فإن هذا المفهوم يكرس افتراضاً مخالفاً للحقيقة والواقع من خلال الربط بين المفهوم الكاشف والرجعية.

على الرغم من الاختلاف الجوهرى بين الأثر الكاشف كأثر حقيقي للقسمة وتقتضيه طبيعة القسمة ذاتها وبين الأثر الرجعي كمجرد افتراض مخالف للحقيقة تم تكريسه لتحقيق غاية تتمثل في تحرير ما يدخل في نصيب أي شريك بموجب القسمة من آثار تصرف غيره من الشركاء الواقعة خلال فترة الشيوع.

وسنعرض أولاً: للفرقة بين المفهومين والتي يظهر فيها مساوئ الأثر

الرجعي.

ثم نبين ثانياً: تناقض الاثر الرجعي مع حلول القانون الوضعي.

(1) وأيضاً المادة 843 مدني مصري، والمادة 797 مدني سوري

أولاً: أهمية التفرقة بين المفهوم الكاشف والرجعية:

إن ما استقر عليه الفقهاء التقليديون من خلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعي لها وصل إلى درجة جعل فيها من الأثر الرجعي للقسمة نتيجة محتومة لأثرها الكاشف، إنما يعود إلى التصور التقليدي للتصرف الكاشف.

قد عرف الفقهاء التقليديون التصرف الكاشف بأنه: كل تصرف يقرر وضعاً قانونياً قائماً من قبل دون أن يعدل فيه⁽¹⁾، بمعنى أن التصرف الكاشف يقتصر على مجرد الإعلان عن الوضع القانوني أو الحق السابق وتسجيل وجوده والاعتراف بقيامه دون أدنى تغيير في عناصره.

وعندما طبق الفقهاء التقليديون هذا المعنى للتصرف الكاشف على القسمة مع تأثرهم بظروف نشأة هذه الفكرة، وقفوا عاجزين عن تبرير التغيير الذي تحدثه القسمة بحق كل شريك بتحويله من حق شائع وغير واضح إلى حق واضح ومحدد في ظل المفهوم التقليدي للتصرف الكاشف كمجرد تصرف إقراري واعترافي لا يدخل في الحق أي عنصر جديد فلجؤوا إلى الافتراض المخالف للواقع وأعطوا للقسمة أثراً رجعياً يلغي مرحلة الشيوخ ويعتبر بموجبها حق كل شريك في نصيبه المفرز ثابت له منذ بدء الشيوخ لا من وقت القسمة ويضمن لكل متقاسم حصته المفرزة خالية من تصرفات غيره من الشركاء.

وبالمقابل فإن الحقوق التي رتبها الشريك تتأكد رجعياً على نصيبه بالقسمة، فبالقسمة وفقاً لهذا المفهوم التقليدي للتصرف الكاشف لم تفعل سوى أن قررت أو

(1) منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره،

كشفت عن الوضع الذي كان قائماً قبلها، فيكون من الطبيعي أن تعتبر آثار الحق أو الوضع القانوني متحققة من تاريخ نشوئه ووجوده، وليس فقط من تاريخ التصرف الكاشف الذي لم يفعل إلا أن سجل وأعلن عن هذا الوجود السابق بحيث أصبح بذلك التصرف الكاشف رجعياً وكانت له هذه الصفة نتيجة محتومة⁽¹⁾.

وبذلك كانت فكرة الأثر الكاشف للقسمة مرتبطة بفكرة الأثر الرجعي لدى الفقه التقليدي بحيث يمكن القول أنه لولا النص على فكرة الأثر الرجعي لما كان للقسمة أثر كاشف عندهم⁽²⁾.

وحيث استقر الفقه التقليدي على هذا المعنى للتصرف الكاشف والمقترن بالأثر الرجعي فلا يخفى على أحد أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة لا تعدو أن تكون حكماً مجازياً ذو طابع.

خيالي فهي مبنية على افتراض مخالف للحقيقة، وما الحيلة القانونية اصطنعها هذا الفقه - ومن تأثر به بعد ذلك من قوانين - إلا وسيلة لضمان حصول كل متقاسم على حقه في النصيب المقسوم له خالياً من آثار تصرفات غيره من الشركاء⁽³⁾.

(1) زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 378

(2) محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، المرجع السابق، ص 315

(3) عبد الناصر العطار، شرح أحكام حق الملكية، د. ت، د. ن، ص 155، وانظر كذلك احمد سلامة، التأمينات المدنية الرهن الرسمي، دار التعاون، 1966، ص 133 وانظر أيضاً منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العينية و تطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956،

وبيان ذلك أن هذا الفقه التقليدي حيث يجعل أثر القسمة وهو استقلال كل شريك بجزء مفرز من الأموال الشائعة، يملكه وحده دون غيره من الشركاء والذي يعبر عنه عادة بالإفراز، متحققاً من وقت بدء الشروع أي من وقت سابقاً على القسمة، فهو يخالف بذلك حقيقة تاريخية لما يتضمنه من انكار لوجود وضع كان قائماً فعلاً من قبل وهو حالة الشروع والتي امتدت طوال الفترة ما بين بدء التملك في الشروع والقسمة⁽¹⁾.

كذلك فإن إسناد ملكية الشريك للنصيب المفرز بالقسمة، إلى تاريخ بدء الشروع، ما هو إلا إرجاعاً لأثر القسمة في إفراز الملكية الى تاريخ سابق على حدوثها وهذا افتراض مخالف لما يقضي به المنطق من ضرورة ربط النتيجة (وهي الإفراز) بالسبب (وهو القسمة) منذ تحققه.

فالحقيقة أن القسمة لم تكشف عن ملكيات مفرزة بل هي التي حققت الافراز⁽²⁾.

فالأثر الرجعي اذن يتعارض مع الطابع المحدد للقسمة والذي يجب ان يكون بالضرورة حالياً.

(1) محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت ص 358 - 359، منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة وحماية

كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 74

(2) محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 315

يضاف إلى ذلك أنه يترتب على القول بالأثر الرجعي للقسمة⁽¹⁾، قيام نتائج غير مقبولة بل أن بعضها ينطوي على درجة من الخطورة، ومن هذه النتائج على سبيل المثال:

أ- بمقتضى تطبيق الأثر الرجعي للقسمة تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء المقسوم بقيمته وقت بدء الشروع لا وقت القسمة بينما الأخذ بذلك يتنافى مع ما يجب في القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين وذلك لا يكون إلا بتقدير قيمة الأموال الشائعة وقت القسمة لا وقت بدء الشروع.

ب- بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة أن تكون ثمار الجزء الذي اختص به أحد المتقاسمين له، ليس فقط من وقت القسمة وإنما من وقت قيام الشروع، بينما المنطق وطبيعة الشروع يقضيان بأن تكون ثمار الشيء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشروع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم في الشروع⁽²⁾.

ت- كذلك فإن مقتضى تطبيق الأثر الرجعي للقسمة أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التي أنفقت على الأجزاء التي لم تقع في

4 محمد المنجي، دعوى القسمة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، المرجع السابق، ص 377، وكذلك ابراهيم الدسوقي ابو الليل الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص 184

(2) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 243، حسن كيهر، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 49، جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الكتاب الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 164 - 165

نصيبه وذلك خلافاً لما تقتضي به قواعد الشيوخ أنه لم يكن مالكاً فيه منذ بدء الشيوخ⁽¹⁾.

ث- يقتضي الأخذ بفكرة الأثر الرجعي كذلك، أنه إذا صدر قانون جديد أثناء فترة الشيوخ يغير من القواعد المنظمة للقسمة ويضع لها قواعد جديدة أن لا يطبق هذا القانون، بل يكون من الواجب تطبيق القانون الساري المفعول وقت بدء الشيوخ استناداً إلى أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوخ، أي من وقت سابق على صدور القانون جديد⁽²⁾.

ج- أيضاً تبدو مساوئ الأثر الرجعي للقسمة التي لا يمكن التسليم بها في مجالات أخرى كوقف التقادم وانقطاعه.

من خلال ما تقدم يبدو من الواضح أن نقطة الضعف في النظرية التقليدية للقسمة الكاشفة هي تلك التي تتمثل بالأثر الرجعي⁽³⁾ المنسوب للقسمة والذي يجب أن ينفصل عن الأثر الكاشف الذي يعبر عن الحقائق العميقة.

(1) منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق، ص 77 و 78

(2) منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 209، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، المرجع السابق، 958، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 297

(3) كما ظهرت العديد من الآراء الفقهية التي حاولت تبرير الأثر الرجعي على الرغم من النتائج الشاذة والغير مقبولة الناتجة عنه ولكنها لم تقلح في تبريره، على اساس استبعاده فيما يجاوز الهدف المقصود من تقريره للمزيد راجع منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، المرجع السابق ص 138 وما بعدها، نبيل زهر الدين، اثر القسمة في الملكية الشائعة، المرجع السابق، ص 88

وكون القسمة كاشفة لا يعني بالضرورة أنها رجعية، لأنه لا يوجد أي ترابط أو علاقة بين هذين المفهومين، والفقهاء التقليدي الذي يربط بين هذين المفهومين يغفل الآلية الحقيقية للقسمة وسير حركتها أو كيفية تحققها.

فالمفهوم الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها أما الرجعية فهي ليست إلا افتراضاً مخالفاً للحقيقة فالرجعية ليست أثراً للقسمة بل أنها تتعارض مع الطابع المحدد للقسمة والذي يجب بالضرورة إن يكون ذا أثر حالي.

لذلك كان لابد من إنهاء العلاقة السببية المزعومة بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي⁽¹⁾ للقسمة وهو ما اتجه اليه معظم الفقهاء الحديث كما سنرى لاحقاً.

(1) باعتبارنا ان فكرة الرجعية في الفقه التقليدي قد جاءت على مبدأ الغاية تبرر الوسيلة حيث انه في سبيل حماية حقوق كل شريك على حصته المفترضة مطهرة من تصرفات باقي الشركاء خلال الشروع تم اللجوء الى الحيلة والافتراض باعتبار القسمة ذات أثر رجعي مرتبط بالضرورة بأثرها الكاشف بما في ذلك من انكار لمرحلة الشروع، وبذلك فإنهم لجؤوا الى الافتراض لمواجهة الافتراض الموجود في النظرية الرومانية الامر الذي اسهم في تعقيد المشكلة و زاد من الحيرة والارباك في طبيعة القسمة. أي أن الرجعية ليست إثراً للقسمة وإنما هي، كانت حيلة قانونية لتبرير نتائج جديدة ولكنها استخدمت نفس قوانين الافتراض في النظرية الرومانية التي اعتبرت ان للقسمة اثرا ناقل استناداً إلى افتراض ملكية كل شريك في كل ذرة من ذرات المال الشائع وبالتالي فالقسمة هي عملية مبادلة بأثر ناقل. وبالمقابل فإن الرجعية افترضت أن كل متقاسم مالك لجزئه المفترز منذ لحظة الشروع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص فأثرت على حقيقة الاثر الكاشف من خلال ارتباطها فيه و أوقعته في شبهة الافتراض بالنتيجة فإن التصور الروماني والمفهوم الرجعي قد ألغيا مرحلة الشروع و اعتمدوا على الحيل الافتراضية هرباً من مواجهة المشكلة الامر الذي أدى إلى إفراغ القسمة من مضمونها وبالتالي لم يكن هناك حل حقيقي للمشكلة بل عادت بها الرجعية إلى المربع الاول لان مواجهة الافتراض لا تكون بالانزلاق إلى افتراض آخر.

ثانياً: تناقص الأثر الرجعي مع حلول القانون الوضعي:

إن اللجوء إلى الرجعية في المفهوم التقليدي إلى جانب كونه غير ضروري ولا يخلو من المخاطر من الناحية النظرية حيث يؤدي إلى الخروج على مقتضيات الحقيقة والواقع بإهدار الشيوخ كحقيقة كانت قائمة وإهدار مدة استمراره التي غالباً ما تكون طويلة، ومن الناحية العلمية أيضاً فإن تطبيق الرجعية يصطدم بحلول القانون الوضعي المناقضة والمعارضة له مما يؤدي إلى الخروج عن قصد المشرع من وضع المادة 797 مدني سوري⁽¹⁾.

ويظهر ذلك بشكل واضح في مجال التصرف في جزء مفرز من مال شائع المنصوص عليه في المادة 2/781 من القانون المدني السوري المطابقة للمادة 2/826 مدني مصري.

فالتطبيق الحرفي لنص المادة 797 مدني سوري والتي تنص على أن: ((يعتبر المتقاسم مالاً للحصة التي آلت اليهم منذ أن تملك بالشيوخ وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص)).

يؤدي بمرحلة الشيوخ بأثر رجعي وكأنه لم يكن موجوداً قط، هذا يؤدي كذلك إلى اعتبار المتقاسم من الغير بالنسبة لكل مال دخل في نصيب غيره بمقتضى القسمة باعتباره مالاً لما دخل في نصيبه بالقسمة منذ بدء الشيوخ وأنه لم يكن له أي حق في يوم من الأيام على ما دخل في نصيب غيره من الشركاء

(1) يقابها المادة 843 مدني مصري، والمادة 883 مدني فرنسي.

وإذا كان التطبيق الحرفي لهذا النص يؤدي إلى هدر الشئوع رجعيّاً وإلى اعتبار المتقاسم أنه من الغير بالنسبة لما دخل في نصيب غيره من الشركاء بمقتضى القسمة فهذا يعني أنه يجب أن يطبق على تصرفه بجزء مفرز يقع بمقتضى القسمة في نصيب غيره من الشركاء، قواعد التصرف بملك الغير المنصوص عنها في المادة 434 التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: ((إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع))⁽¹⁾.

غير أن المشرع لم يشأ أن يطبق قواعد التصرف بملك الغير في هذه الحالة بل وضع لها حكماً مختلفاً كلياً في المادة 2/871 مدني سوري⁽²⁾.

فلو كان المشرع يريد أن يعدم التصرفات السابقة تطبيقاً للرجعية لما كان منطقياً أن ينص في المادة 2/871 أن هذه التصرفات هي صحيحة في ذاتها

(1) موافقة للشطر الاول من المادة 466 من القانون المدني المصري

(2) مطابقة للمادة 2/826 مدني مصري والتي تنص على ما يلي: ((إذا كان التصرف منصّباً 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 بطريقة القسمة. وللمتصرف إليه إذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في ابطال التصرف)) وبالتالي فالحق بالإبطال وفق المادة 2/781 مقيد بأن يكون المتصرف إليه جاهلاً ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة وهذا الحق في الابطال لم يتقرر إلا لعيب في الارادة ولا يخرج عن القاعدة العامة بإبطال اي تصرف ينطوي على عيب جوهري في ارادة المتصرف أو المتصرف إليه وهو تطبيق أكيد لهذه القاعدة العامة أما الحق في الابطال وفق المادة 434 المتضمنة حكم التصرف في ملك الغير هو حق مطلق للمتصرف إليه.

وبأصل نشأتها وعلى ذلك فإنه تجاه هذا التعارض بين المادة 797 والمادة 871 يجب الترجيح والموازنة.

وأن الترجيح يجب ان يكون لصالح المادة 2/871 لأنها لا تتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة بل تتضمن قاعدة قانونية ذات تطبيق مباشر لا مجرد تصوير نظري وهذا الترجيح هو الذي يواكب إرادة المشرع في كافة حلول القانون، تلك الارادة التي يجب أن يفهم أنها تنصرف إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة⁽¹⁾ ومن مجمل ما تقدم تبين أن المشرع لم يشأ أن يكرس الأثر الرجعي للقسمة كمبدأ وإنما لجأ إلى الافتراض أو الحيلة القانونية لتحقيق غاية عملية هي حماية كل شريك من آثار تصرفات غيره الواقعة أثناء الشروع على المال الداخل في نصيبه بالقسمة، ولكن من المؤسف أن يتم السعي إلى تحقيق هذا الهدف تارة في ظل الأثر الناقل للقسمة وتارة أخرى بتكريس الأثر الرجعي للقسمة المخالف للحقيقة والواقع.

فنصوص القانون، في هذا الخصوص، يجب أن تفسر على وجه يوضح أنها لم توضع إلا من أجل تنظيم مبدأ عدم نفاذ التصرفات الفردية التي تعقد خلال الشروع على الأموال التي لم تدخل بموجب القسمة في نصيب من أنشأها⁽²⁾.

(1) انظر في المعنى حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الاول، احكام حق الملكية، ط2، سنة، 1965، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، سنة 1959، رقم 112، المرجع السابق، ص 254 وانظر أيضاً محمد عبد الله تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(2) محمد عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها الرجعي في ضوء القوانين

الوضعية، المرجع السابق، ص 61

والواقع أن قاعدة عدم النفاذ مقررة في نص المادة 871 مدني سوري وهي الحقيقة التي تترجم آلية القسمة وأثرها المحدد، لذلك كان لا بد من استبعاد الأثر الرجعي في حدود الهدف من تقريره وخارج هذه الحدود بعد أن تأكد أنه تصور عقيم لا تترتب عليه أية نتائج واستبداله بقاعدة عدم النفاذ⁽¹⁾، وهذا ما لا يتم إلا بتعديل النصوص القانونية وتقرير نصوص تتفق مع الحقيقة والواقع بعيداً عن الافتراض وعلى ذلك فإنه كان من المنطقي أن توجه جهود الفقه إلى تخليص المفهوم الكاشف من الزيغ الذي لحق به بسبب الرجعية.

(1) حسن كيره، المرجع السابق، رقم 157، ص 31 وما بعدها، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 252 ويرى اصحاب هذا الاتجاه في الفقه المصري ان فكرة عدم النفاذ هي أداة الاثر الكاشف وعملية الافراز في تأمين حماية الشركاء المتقاسمين من اثار التصرفات المنشأة خلال الشيوع بدون مساهمة منهم في الاموال الداخلة في انصبتهم بالقسمة.

المطلب الثاني

الأثر الكاشف للقسمة في الفقه الحديث

كان من الطبيعي أن تقوم أفكار المحدثين من الفقهاء على إنكار أي أثر ناقل للقسمة⁽¹⁾، وإن تتركز هذه الأفكار على الاعتقاد بأن القسمة هي كاشفة بطبيعتها غير أن المسألة الشائكة التي واجهت هؤلاء المحدثين تتلخص في أنه كيف يكون من الممكن أن تكون القسمة كاشفة أو ذات أثر كاشف بدون أن يؤدي القول بذلك إلى الإلغاء الرجعي لفترة الشيوخ الذي كان موجوداً كحقيقة لا تقبل الجدل خلال هذه الفترة وقبل حصول القسمة.

ثم أن مسألة أخرى كان يجب أن يقدم لها الحل من أصحاب هذا الاتجاه تتمثل في أنه كيف يمكن في ظل فكرة الأثر الكاشف، تبرير ما قال به أنصار الأثر الناقل من أن القسمة تحدث تعديلاً أو تغييراً في حق الشريك.

وسوف نعترض لأفكار المحدثين من الفقهاء تمهيداً للوصول إلى حقيقة أثر القسمة والنتائج المترتبة عليه في ضوء القوانين المقارنة من خلال أربعة فروع:

❖ **الفرع الأول:** مفهوم أثر القسمة الكاشف في الفقه الحديث.

❖ **الفرع الثاني:** الأثر الكاشف للقسمة في القوانين العربية.

❖ **الفرع الثالث:** نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة.

❖ **الفرع الرابع:** النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة.

(1) ذلك لأنه من الغرابة بل ومن المستحيل أن يقال أن القسمة هي التي تعطي الشخص الحق في الوقت الذي يكون قد وجد هذا الحق بواقعة الشيوخ التي سبقت واقعة القسمة.

الفرع الأول: مفهوم أثر القسمة الكاشف في الفقه الحديث

سنتعرض أولاً للمفهوم الحديث للأثر الكاشف للقسمة ثم نحاول إظهار حقيقة أثر القسمة من خلال كل ما سبق.

أولاً: المفهوم الحديث للأثر الكاشف للقسمة:

حيث لم تنجح أي من محاولات تبرير الأثر الرجعي للقسمة، نظراً للنتائج غير المقبولة التي تترتب على الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، برز بعض الفقهاء المحدثين الذي قالوا أن القسمة تعد كاشفة بطبيعتها ولكن بمفهوم يختلف عما ذهب إليه التقليديون، استناداً لما تبناه من تصور جديد لمعنى الأثر الكاشف نفسه لقد بدأ هؤلاء الفقهاء من التعريف الواسع الذي أعطوه للتصرف الكاشف بصورة عامة، والذي عرف بأنه كل تصرف يستند إلى وضع قانوني أو حق سابق غامض غير فعال، فيسجل وجوده السابق ولكن مع التغيير في بعض عناصره بما يمكنه من إنتاج كل آثاره القانونية التي كان يعرقلها أو يحد منها وضعه السابق⁽¹⁾.

كما ذهبوا إلى أن القول بأن سند تملك الأموال المفردة للمتقاسم هو السند الأصلي للملكية الشائعة، هو قول تقتضيه طبائع الأشياء ولا يتضمن أي مخالفة للحقيقة.

(1) مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني و المقارن، حق الملكية، المرجع السابق، ص

ومن هذا المبدأ وفي ضوء المفهوم الجديد للتصرف الكاشف انطلق أصحاب هذا الاتجاه في تحليل حق المالك على الشيوع ليصلون للقول أن القسمة في حقيقتها كاشفة للحقوق.

ويوضحون ذلك بالقول إن التحليل الصحيح لحق المالك على الشيوع هو التحليل الذي يقوم على اعتباره حق ملكية محله الشيء الشائع كله ولو كان محدداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك على الشيوع. ويترتب على هذا التحليل أن القسمة بإفرازها للشريك جزءاً ماديّاً يختص به وحده، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل وإنما تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي.

فحق الشريك، بعد أن كان مشتبكاً بحقوق الآخرين أو خاضعاً لتزاحم هذه الحقوق، أصبح بمقتضى القسمة محدداً تحديداً مادياً بجزء معين يعادل الحصة التي كانت في الشيء الشائع كله.

وبناءً على ذلك فإن وظيفة القسمة تنحصر في الخروج من الوضع الغامض الغير محدد لحق الشريك إلى الوضع المادي الذي يتكون بعد أن تفرز القسمة لكل متقاسم جزءاً مادياً من الشيء الشائع يطابق حدود حصته المعنوية المجردة ويخضع لسلطات ملكيته الاستثنائية، وبناءً على هذا التحليل فإن وصف القسمة بأنها كاشفة هو الوصف الوحيد الذي يعبر عن حقائق الأشياء.⁽¹⁾

(1) انظر اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، عام 1959، المرجع السابق رقم 52، ص209، وحسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، ج1، أحكام حق الملكية، ط2، سنة 65، رقم 152، ص505 وما بعدها وص509 وما بعدها، وعبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط3، سنة 1967، ص258، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص258.

أما بالنسبة للتبرير الذي يقدمه أصحاب هذا الاتجاه لفكرة التغيير الذي يضمن على حق الشريك من جراء القسمة فإنه ينحصر في المفهوم الجديد التصرف الكاشف فالتصرف الكاشف كما يرون ليس هو التصرف الذي لا يأتي بجديد والذي يقتصر على مجرد تقرير وضع قانوني سابق دون أن يحدث فيه أي تغيير بل هو التصرف الذي تؤدي تسميته كذلك إلى عدم اقتصره على مجرد تقرير وجود الحق وإلى امتداده ليشمل التغيير في بعض عناصر هذا الحق كأن يزيل العقوبات والتي كانت تعترض مباشرته بالقدر الذي يوفر له مفاعليه كاملة.

وهذا برأيهم ما ينطبق على القسمة تمام الانطباق. وبناء على ذلك يقترح أصحاب هذا الاتجاه أنه من المستحسن تجنب إصطلاح التصرفات المفردة أو التصرفات الإقرارية للتعبير عن التصرفات الكاشفة.⁽¹⁾

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن تحديد مفهوم التصرف الكاشف على هذا الوجه يغني عن محاولة صياغة أثر القسمة على نحو جديد بالقول تارة أنها مخصصة أو محددة وبالقول أنها مصفية تارة أخرى. وذلك وكما يقولون، لأن هذه الأوصاف ليست إلا صوراً متعددة لوصف الأثر الكاشف للقسمة نفسه.⁽²⁾

(1) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 92 - 209 - 210 حسن تيره المرجع السابق ص 528 وما بعدها و ص 505 ما بعدها عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 258 وما يليها.

(2) اسماعيل غانم، المرجع السابق ص 211، حسن كيره، المرجع السابق، ص 509 - 510.

وبناء على ما تقدم فإن هذا الجانب من الفقه الحديث⁽¹⁾ يرى أن المفهوم الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة وإنما هو ما تقتضيه طبيعة القسمة ووظيفتها. وقد اتفقوا جميعاً في هذا التصور الجديد على أن الأثر الكاشف للقسمة يعني أنكار الأثر الناقل لها، وأن الأثر الكاشف للقسمة لا يختلط بالأثر

(1) ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء، ويذهب على النقيض منهم إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة حيث يقول لا يمكن مجازة هذا الرأي فيما يذهب إليه من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي فالقسمة في الواقع تعطي لكل شريك حقاً له كل مضمون الملكية المفترزة على جزء من المال الشائع بعد أن كان له حصة من مضمون الملكية على المال الشائع كله فحق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها في محله ومضمونه، مما لا يمكن معه التسليم بأن القسمة مجرد أثر كاشف يقتصر على تحديد حق الشريك المشتاع دون المساس في ذاته وبالتالي فإنه يرى أن التكيف السليم للقسمة لا بد أن يستند على أساس التسليم باختلاف حق الشريك على الشيوع بعد القسمة عنه قبلها، وأن يبين مصير الحق الذي كان لهذا الشريك على بقية أجزاء الشيء الشائع الذي اختص به شركاؤه وليس من سبيل إلى تفسير هذا الوضع سوى الاعتراف بأن القسمة أثراً ناقلاً. انظر منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص 132 وص 171. بينما ذهب الأستاذ السنهاوري إلى حل توفيق بين الافكار المتعارضة والمتناقضة لنظريتي اثر القسمة الناقلة والكاشفة وخلص الى نتيجة مفادها أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل في آن معاً فإذا حصلت القسمة فإنها تظهر للشريك في النصيب المفترز ملكيته الثابتة قبل القسمة على النصف، وتنقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة على النصف الآخر وبالتالي فما كان لكل شريك قبل القسمة على أي جزئية من العقار يعتبر اساساً للقول بالأثر الكاشف والرجعي للقسمة وما كان لغيره وبإدخاله به يعتبر اساساً وتفسيراً لأثرها الناقل، وبما أن هذين الاثرين متعارضين فيجب تغليب احدهما على الآخر وفق المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الاثر الكاشف والرجعي في أغلب الاحيان والتي تستدعي تغليب الاثر الناقل في بعضها انظر السنهاوري، الوسيط، ج 8، ص 948-949 ونعتقد أن ما وجه من نقد على عملية المبادلة التي يقول بها أنصار الاثر الناقل للقسمة، كأساس لهذا الاثر يصح أن يوجه على هذه المقولة بنفس القدر مشار اليه في الصفحة 46 وما بعدها من هذه الرسالة.

الرجعي ولا يوجد بينهما تلازم مطلق، فكل منهما فكرة مستقلة عن الأخرى كل ذلك اضافة لما ذهبوا إليه من أن الأثر الكاشف للقسمة يغني عن الأثر الرجعي في تحقيق خلوص حق كل متقاسم بالقسمة له وحده خالياً من آثار تصرفات غيره.

ثانياً: حقيقة أثر القسمة:

على ضوء الدراسة السابقة تبين أن القسمة لا يمكن أن تكون ناقلة وأنها لا تتضمن أي معنى للنقل، وأن الأثر الرجعي للقسمة يقوم على محض الافتراض المخالف للحقيقة والواقع ويؤدي إلى الإنهاء الرجعي للشيوع ويصطدم بحلول القانون الوضعي المناقضة والمعارضة له.

وإن أثر الكاشف للقسمة هو الذي يترجم الحقائق العميقة فالقسمة لا تخلق حقاً جديداً ولا تعتبر سنداً جديداً للحق الثابت قبل إجرائها ولما كانت طبيعة الحق الشائع أنه غير محدد على الكتلة الشائعة فكان الهدف من القسمة يتركز في تحديد النطاق المادي للحق الثابت والموجود قبلاً بواقعة الشيوع نفسها فيكون للقسمة أثر محدد لا يتعارض ابداً مع أثرها الكاشف وبالتالي يكون للقسمة أثر مزدوج كاشف بمعنى أنها لا تخلق حقاً جديداً، ومحدد بمعنى أنها تصرف في الكتلة أثره الحالي هو التحديد أو التخصيص ومن هذا الأثر المحدد الذي يجب بالضرورة أن يكون حالياً يستخلص تبرير فكرة عدم النفاذ وتحقق حماية الشركاء من تصرفات غيرهم وبه تنتهي الرجعية ويتفكك الربط التقليدي بينها وبين الأثر الكاشف ويبقى الشيوع كحقيقة قائمة قبل القسمة⁽¹⁾.

(1) من أصحاب هذا الاتجاه انظر محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 62 - 63

لقد كان الفقيه الفرنسي بواتيه أول من أشار إلى الأثر المحدد للقسمة بقوله: ((لا تعتبر القسمة سند تمليك، وإنما هي فحسب تصرف محدد للأشياء التي يتلقاها الوارث، فكل واحد من واحد من الورثة لا يرث سوى جزء وهذا الجزء يتعين بالقسمة)).

ونتيجة لعجزهم عن تبرير هذا التغير الكمي في حق كل شريك جزاء القسمة من خلال الأثر المحدد الحالي للقسمة في ضوء النظرة التقليدية السائدة للأثر الكاشف وقتها على أنه مجرد تصرف إقراري لا يضيف ولا يغير شيئاً في الحق الذي يكشف عنه فلجؤوا إلى الافتراض ربطوا الأثر الكاشف بالرجعية كوسيلة افتراضية لتطهير الحصة المفروزة من تصرفات الشركاء خلال الشيوخ باعتبار كل شريك مالكاً وقت الشيوخ وليس من وقت القسمة ثم جاء بعدها المفهوم الجديد للتصرف الكاشف من أجل إيجاد التبرير المنطقي للفصل بين الأثر الكاشف والرجعي على اعتبار أن فكرة الأثر الكاشف كافية لحماية الشريك من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم تبين أن أصحاب المفهوم التقليدي للتصرف الكاشف نزعوا عنه مادته وجوهره عندما ربطوه بالرجعية.

وأصحاب المفهوم الحديث للتصرف الكاشف أعطوا للأثر الكاشف قوة غير عادية من خلال دمج الأثر الكاشف بالأثر المحدد بغية الحفاظ على وحدانية القسمة.

(1) عبد المنعم فرح الصده، المرجع السابق، ص 236

لذلك لابد من الاعتراف بالكيان الذاتي والاصيل للأثر المحدد للقسمة لأن الفاعلية الحالية للأثر المحدد للقسمة هي الأساس في تخلص القسمة من بقايا الرجعية.

فالقول بالأثر المحدد يعني بالضرورة انتفاء الأثر الرجعي وبالتالي انتفاء الافتراض المخالف للحقيقة. فالتحديد هو أثر حالي للقسمة ولذلك لا يمكن من الناحية المنطقية القول أن هذا التحديد قد حصل قبل أن تحصل القسمة.

ومن الناحية العلمية تؤدي الفاعلية الحالية للأثر المحدد إلى دخول الجزء المحدد في نصيب الشريك خالياً من التكاليف التي أثقلتته خلال الشروع وهذه الظاهرة هي الناتج الحتمي لفاعلية التحديد أو هي الطرف الثاني لمعادلة يقينية، إذ أن القول بخلافها يعني أن التحديد أو التخصيص لم يقع أو لم يحصل وهو بالفعل قد حصل مما يؤدي إلى استحالة القول بخلافها ومن هنا وجب القول أن تصرفات الشريك تكون صحيحة ولكنها غير نافذة أو لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الشركاء الآخرين وذلك لأن ممارسة الشريك لمظاهر حقه بالتصرف بالشئ الشائع أو بجزء منه يجب أن لا تؤدي إلا إلى تكليفه هو بآثار هذه التصرفات.

وبذلك نصل إلى القول أن فكرة عدم النفاذ هو النتيجة اللازمة لأثر المزدوج الكاشف والمحدد للقسمة.

فالإفراز كأثر للقسمة لا يقتصر فقط على إفراز وتحديد حصة كل شريك في نطاق مادي بل يشمل أيضاً إفراز التصرفات التي قام بها الشركاء خلال الشروع فيلحق كل تصرف بالجزء الذي آل للشريك نتيجة القسمة.

فالقسمة لا تهدف إلى المساس بالحقوق ولا إلى إهدارها ولا إلى إنشاءها من جديد وإنما هي أداة أصحاب هذه الحقوق في تحديد المضمون الكمي لكل حق

وهذا المضمون الكمي للحق لا يمكن أن يكون مقياس في تكييف هذا الحق. فحق الشريك قبل القسمة هو مماثل في ماهيته لحقه بعدها فالقسمة تحدد الشيء الذي عليه الحق والحق هو نفسه لم يتغير.

وإن الرأي القائم على الخلاف بين حق الشريك قبل القسمة وحقه بعدها لا يمكن الدفاع عنه إلا من خلال القول بدمج حق الشريك في المحل الذي يقع عليه وبعدم تصور هذا الحق مجرداً عن محله. الأمر الذي يؤدي إلى الاصطدام مع الحقيقة القائلة أن الحق بمفهومه الشامل هو مصلحة مشروعة يحميها القانون أو أنه مركز قانوني للشخص في المجتمع المنظم⁽¹⁾.

وبالاستناد إلى ما تقدم فإن في هذا التحليل لأثر القسمة ما يغني عن ضرورة اللجوء إلى الرجعية وبذلك تصبح هذه الرجعية فكرة عقيمة جداً لا تحقق أي فائدة بل تقف حائلاً ضد تبرير حلول القانون الوضعي.

ولهذا السبب فإنه لا بد أن نؤيد اقتراحات تعديل الحادة (797) مدني سوري مع ضرورة الإشارة في هذا التعديل إلى الطابع الكاشف، والمحدد للقسمة ولعلنا نوقف إذا نقترح التعديل البديل الآتي:

((لا تعتبر القسمة سند تملك إنما هي تصرف محدد ويملك المتقاسم بموجبها النصيب المحدد له بناء على السند الذي تملك به في الشيوع وكأثر لعملية التحديد والإفراز تكون ملكيته لهذا النصيب مطهرة من كل حق رتبته غير من الشركاء أثناء الشيوع)).

1 راجع محمد عبدالله، قسمة المال الشائع، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من الاثر الكاشف للقسمة

اولاً: موقف القانون المدني الاردني.

قرر الشرع الأردني، في المادة (1038) مدني، أن القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة، كما قضى في المادة (1047) مدني أن المتقاسم يعتبر مالكاً على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل اليه بعد القسمة هذا وقد استقر اجتهاد القضاء الاردني⁽¹⁾ على أن القسمة معلنة للحقوق لا منشئة، حيث ذهبت محكمة التمييز الأردنية الى القول "إن دعوى القسمة لا يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق وإنما هي تهدف الى تحديد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبنية للحقوق لا منشئة لها" ويتضح مما سبق أن المشرع الأردني قد اتجه نحو اعتبار القسمة كاشفة لحق الشريك في التملك وهو بذلك يشابه الاتجاهات الحديثة التي تعطي للقسمة أثراً كاشفاً ومحدداً.⁽²⁾

(1) - تميز حقوق رقم 63/630 المنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ص 497 لسنة 1983.

(2) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني، المرجع السابق ص 162،

محمود حمزة، المرجع السابق، ص 86

وقد تفادى الانزلاق إلى الأثر الرجعي وما يترتب على ذلك من سلبيات كثيرة حيث أن نص المادة (1047) مدني أردني، يوضح الأثر الفوري والمباشر للقسمة دون أن يسنده لوقت بدء الشروع.⁽¹⁾

والى جانب هذا الاثر الكاشف للقسمة الذي يدل عليه تعريفها، هناك اثر ناقل لها، تفصح عنه المادتان (1048/1049) مدني⁽²⁾ اردني، فقد أخضعت الأولى القسمة للخيارات التي تخضع إليها المعاولات، خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة الفضولي كما أجازت المادة الثانية فسخ القسمة واقلتها برضاء الشركاء، وتعلل المذكرة الإيضاحية هذا الجواز بوجود معنى المبادلة في القسمة⁽³⁾، ولما كانت قسمة الإفراز هي الغالبة في المثليات، لذلك يكون كل شريك قد اخذ عين حصته، فلا يجري عليها الخيارات المذكورة.⁽⁴⁾

(1) -علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 83، وليد القسوس، ادارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 97.

(2) تنص المادة 1049 مدني أردني على ان: "لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها الا انه يجوز لجميع الشركاء فسخ القسمة واقلتها برضائهم وإعادة المقسوم مشتركاً بينهم كما كان" وتنص المادة 1048 مدني اردني على ما يلي: ((يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الاجناس المختلفة ايضاً و في القيميات المتحدة الجنس خيار الشرط وخيار العيب

(3) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج2، ص 658

(4) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج2، ص 659

مما تقدم تبين لنا وبحق أن للقسمة في القانون الأردني أثراً مزدوجاً فهي لا تتمخض عن أثر كاشف فحسب، بل وأثر ناقل، حيث أن المذكرة الإيضاحية تغلب الأثر الكاشف في المثليات، الأمر الذي يستفاد منه تغليب الأثر الناقل في غيرها.

ثانياً: موقف القانون المغربي:

أخذ القانون المغربي بالنظرية القائلة أن القسمة معلنة للحقوق وكاشفة لها.⁽¹⁾

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 1088 من القانون المدني المغربي: ((على أن كلا من المتقاسمين يعتبر أنه يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه سواء تمت القسمة عيناً أو بطريق التصفية كما يعتبر أنه لم يملك غيرها في بقية الأشياء)).

ويلاحظ هذا النص أن المشرع المغربي أخذ بمبدأ الأثر الرجعي للقسمة وما الأثر الكاشف المشار إليه آنفاً إلا من باب المجاز أو الافتراض (الحيلة القانونية).

ثالثاً: موقف القانون المدني المصري والسوري:

بالرجوع إلى نص المادة 797 من القانون المدني السوري والمطابقة للمادة 843 مدني مصري والتي تنص على أن: ((يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص.))

يتضح من هذه المادة أن التشريع المصري والسوري أخذ بمفهوم أن للقسمة أثراً رجعياً، على غرار ما جاء به القانون المدني الفرنسي القديم في المادة

(1) مأمون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، المرجع السابق، ص 116

883⁽¹⁾، وقد اعتمد المشرع فكرة الأثر الرجعي كحيلة فنية لضمان حصول كل شريك على حصته خالية من تصرفات الشركاء قبل إجراء القسمة.⁽²⁾

بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى الشريك بمقتضى القسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع بما يترتب عليه من إهدار لمرحلة الشيوع كحقيقه قائمة لا يمكن إنكارها.

إلا أنه وعلى الرغم من هذا المفهوم المكرس بالتشريع- إن للقسمة أثراً رجعياً - فإن الفقهاء يجمعون على أن للقسمة أثراً كاشفاً وما الأثر الرجعي إلا افتراض مخالف للحقيقة يمكن وتضمن حماية الشركاء المتقاسمين من آثار تصرفات بعضهم خلال الشيوع على أساس جديد لا يفترض الرجعية، وبذلك يمكن إرساء القسمة على أساس واقعي يتنزه عن شبهة الرجعية المصطنعة في مفهومها القديم، ويخلص الأثر الكاشف من الزيف الذي لحق به بسبب الرجعية⁽³⁾.

فالافتراض لا يعود إلى الأثر الكاشف وإنما إلى الرجعية المقررة في هذه النصوص.

(1) نقل التقين المدني الفرنسي قول بوتيه فيما يتعلق بالأثر الرجعي للقسمة في المادة 883 انظر عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 235.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء السادس، ص 128

(3) جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 152، توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 267، سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق ص 492، مأمون الشامي، المرجع السابق، ص 236 مصطفى الجمال، نظام الملكية، ص 190، حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 370-391

ولذلك يجب تفسير النص المقرر للرجعية تفسيراً ضيقاً في حدود الغرض من افتراضه بحيث لا يطلق هذا الأثر فيما وراء هذا الغرض.

وبالمقابل فإن هناك بعض التشريعات العربية التي آثر فيها المشرع على حد تعبير البعض⁽¹⁾ أن يواجه مسألة حماية المتقاسم مواجهة مباشرة بدلاً من الانزلاق الى الافتراض واللجوء إلى التحاليل وقرر الحكم المناسب لها، وهذا ما فعله المشرع الكويتي الذي خفف من غلواء فكرة الأثر الرجعي للقسمة في بعض الفروض كما في المادة (838)⁽²⁾ حيث نص بشكل صريح على الأثر الفوري للقسمة وما يترتب عليه من إفراز لحق كل شريك وتحديد بجزء يعادل حصته يملكه وحده من وقت القسمة مطهراً من تصرفات الشركاء أثناء الشيوخ. وأيضاً في المادة (839)⁽³⁾ حيث سمح بانتقال حق المتصرف إليه الذي تلقى ملكية جزء مفرز أو حق عيني عليه من أحد الشركاء أثناء قيام الشيوخ إلى الجزء المفرز الذي وقع بمقتضى القسمة في نصيب هذا الشريك، وطبق نفس الحكم في حالة رهن الشريك جزء مفرز من الحال الشائع وابقى أيضاً الرهن الصادر من جميع الشركاء في العقار الشائع أياً كانت النتيجة التي تترتب على القسمة (1/ 1039).

(1) جابر محجوب، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 209

(2) والتي تنص على أن ((يعتبر المتقاسم مالاً وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة وتكون ملكيته له خالصة من كل حق، رتبه غيره من الشركاء مالم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقاً للقانون))

(3) التي تنص على أنه ((إذا كانت حصة الشريك قبل القسمة مثقلة بحق عيني تترتب على القسمة ان يتقل هذا الحق نصيب الشريك المفرز أو جزءاً مما وقع في هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق، وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق أصحاب ذوي الشأن))

وبالتالي نجد أن المشرع الكويتي كان موقفاً بالوصول إلى الأثر الكاشف للقسمة وابتعد عن الانزلاق نحو الأثر الرجعي أكثر من المشرع السوري والمصري ونتمنى على المشرع السوري أن يحذو حذوه للوصول إلى فصل الترادف غير اللازم بين الأثر الكاشف والرجعي بعد أن اتضح عدم مواكبة الأثر الرجعي للقسمة المنصوص عليه في المادة 797 مدني لحلول القانون الوضعي.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة يجب أن نبين الأشخاص الذين يقوم بالنسبة اليهم هذا الاثر والتصرفات التي يترتب عليها، والأموال التي ينطبق عليها من خلال ما يلي:

أولاً: نطاق تطبيق الاثر الكاشف من حيث الأشخاص.

بما أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها الكاشف يقوم بالنسبة إلى جميع الأشخاص، لا فرق في ذلك بين المتقاسم والغير، فيحتج بالأثر الكاشف للقسمة على المتقاسم، فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكاً لهم، فلا يحق للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سبباً صحيحاً يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، كما يحتج بهذا الأثر على الغير، فلا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع.⁽¹⁾

ويسري الأثر الكاشف بالنسبة لجميع الملاك على الشيوع وقت القسمة، يستوي في ذلك مما كان يملك في الشيوع منذ بداية الشيوع، ومن ثم يسري على جميع الورثة وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة⁽²⁾.

(1) انظر د مأمون الشامي المرجع السابق ص 211 د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية،

المرجع السابق، ص 232

(2) د أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، المرجع السابق ص 405-406 عبد الرزاق

السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 8، المرجع السابق، ص 963.

ثانياً: التصرفات التي يترتب عليها الاثر الكاشف للقسمة:

إن الأثر الكاشف أمر مستمد من طبيعة القسمة، ولهذا يجب تحديد طبيعة التصرفات التي تعتبر من قبيل القسمة ويترتب عليها ذلك الاثر، بمعنى أنه يتعين إجراء عملية تكييف نتبين من خلالها طبيعة التصرف لكي يعتبر من قبيل القسمة، يكون التصرف مؤدياً إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه وسواء تم ذلك بالنسبة لكل الشركاء في الشيوع أو إلى بعضهم.⁽¹⁾

وعليه فإننا سوف نتناول الصور المختلفة للتصرفات التي يمكن أن تعرض في هذا المجال.

أ- القسمة العينية البسيطة:

وهي القسمة التي يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عيناً وهي بذلك تعتبر أول تصرف يترتب عليه الاثر الكاشف للقسمة، وليس هناك فارق في هذا الشأن بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، ولا بين القسمة الصريحة والقسمة الفعلية، ولا بين القسمة التي يتفق عليها بين الشركاء والقسمة النهائية التي تنجم بقوة القانون عن قسمة مهاياة مكانية دامت خمس عشرة سنة حسب المادة (800) مدني سوري ومطابقة للمادة (2/846) مدني مصري، ففي جميع هذه الصور يترتب الأثر الكاشف على القسمة ولا يشترط لكي يترتب الأثر الكاشف، أن تكون القسمة كاملة بحيث يفرز فيها لكل شريك نصيبه كله، فيصح كذلك أن تكون قسمة

(1) د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 238، د. مأمون الشامي، المرجع السابق، ص

جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوع، فيختص كل منهم بنصيبه مفرزاً، بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوع، كما يصح أن تكون قسمة 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 فيما بينهم⁽¹⁾.

ب- القسمة العينية بمعدل:

هذه القسمة يتعذر فيها أن يختص كل شريك بكامل نصيبه عيناً، فيعوض الشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عيناً بمعدل نقدي عما 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، فيكون مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبتهم، ومن ثم يترتب الأثر الكاشف على هذه القسمة⁽²⁾.

ت- القسمة بطريق التصفية:

وهي قسمة يباع فيها المال الشائع بالمزاد لكي يوزع ثمنه على المتقاسمين، وهي تعادل القسمة العينية، فيتربط عليها الأثر الكاشف، سواء تمت باتفاق الشركاء أو بقرار من المحكمة، والحكم يختلف في هذا الشأن بحسب ما إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء، أم شخصاً أجنبياً، ففي الحالة الأولى يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية، ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع في نصيب

(1) عبد المنصوح فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص239، د. مأمون الشامي، المرجع السابق، ص217.

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص240.

الشريك الذي رسا عليه، ومن ثم 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 عن طريق معدل للقسمة يلتزم به باقي الشركاء وإذا كان العكس دفع هذا الشريك لباقي الشركاء معدلاً للقسمة، وتزول التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون على العين المبيعة، أما التصرفات التي صدرت من هذا الشريك فتبقى.

أما الحالة الثانية، وهي حالة رسو المزاد على أجنبي فيكون رسو المزاد بيعاً صادراً من الشركاء الى هذا الأجنبي، ويقتصر ذلك على العلاقة بين الشركاء والراسي عليه المزاد، أما فيما بين الشركاء أنفسهم فيعتبر هذا البيع قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيداً للقسمة، ولذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسا به المزاد، ويترتب على ذلك أن حق كل شريك في هذا الثمن لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته من المال الشائع وإنما يتوقف هذا التحديد على ما قد يؤول الى الشريك من هذا الثمن عند إجراء القسمة بين الشركاء، فإذا آل الثمن كله إلى شريك واحد اعتبر هذا الشريك أنه هو الذي اختص عند القسمة بالمال المبيع، فيصبح هو البائع وحده، ومن ثم لا تنفذ في حقه التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوخ في خصوص المبيع، ولكن تبقى التصرفات التي أبرمها هو، وإذا قسم الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعاً بائعين وبقيت التصرفات التي أبرموها أثناء الشيوخ في خصوص المبيع.⁽¹⁾

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص240، د. مأمون الشامي، المرجع السابق، ص219، د.

عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص960 عبد المنعم البدرائي، الحقوق العينية الاصلية، المرجع

السابق، ف165، ص204

د- الاتفاق الذي يكسب به الشريك ملكية حصص باقي الشركاء: هو تصرف ودي يصبح المال الشائع بموجبه مملوكاً ملكية مفرزة لأحد الشركاء، وهو بهذا يؤدي إلى نفس النتيجة التي تنجم عن القسمة بطريق التصفية، فيعتبر معادلاً لها، وبالتالي يترتب عليه الأثر الكاشف، كأن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلى واحد منهم ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصه كل منهم، أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقيين الشائعة فتخلص له ملكي' المال الشائع كله، أو يهب الشركاء حصصهم الشائعة لأحدهم فتخلص له ملكية المال الشائع كله.⁽¹⁾

وعلى خلاف ما ذكرناه من صور مختلفة للتصرفات التي تعتبر من قبيل القسمة، هناك تصرفات لا تؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز، وإنه يقتصر أمرها على التعديل في توزيع الحصص الشائعة، فلا تعتبر من قبيل القسمة ولا يترتب عليها الأثر الكاشف، كأن يكون الورثة ثلاثة أو أكثر، فيبيع أحدهم حصته

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق 241 وهناك رأي آخر يرى بأن لا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961 وهناك رأي ثالث يشترط لتطبيق اثر القسمة على التصرف ان يكون هذا التصرف ذا طابع تعاقدى يقوم على المبادلة بين أصحاب الشأن ولذلك يرى أن تلقي أحد الورثة نصيب الآخر بطريق الارث لا يعتبر قسمة ولا تطبق بشأنه المادة (883) مدني فرنسي، وهي ليست قابلة للتطبيق على التصرفات المعقودة بغير عوض وكذلك يقرر القضاء الفرنسي أن هبة احد الشركاء حصة الاخر لا يعتبر قسمة ولا تخضع لتطبيق الاثر الكاشف انظر د. محمد محمود عبد الله، قسمة المال الشائع، المرجع السابق، ص 327 ومن جانبنا نرى أن هبة الحصة الشائعة أو التنازل عنها مجاناً تخرج من التصرفات المعادلة للقسمة لأن القسمة تهدف إلى تحديد حق كل شريك بشكل تقابلي وليس له معنى المبادلة وهذا التحديد يجب أن يشمل الشركاء جميعاً وهو ما لا يحصل في الهبة حيث لا يوجد تحديد متقابل بين الواهب والموهوب له.

الشائعة في التركة لوراث آخر أو لباقي الورثة، إذا أنه في هذه الحالة لم يختص أحد من الشركاء بمال مفرز، وإنما اقتصر أثر البيع على زيادة حصة الوراث المشتري وزيادة حصص الورثة المشتريين بقدر الحصة المباعة، مع بقاء الشيوع قائماً بينهم⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه لا سلطان للإدارة في تقرير الأثر الكاشف للتصرف أو استبعاده ذلك أن الأثر الكاشف إنما يستمد من طبيعة التصرف ذاته، كما أنه لا يتصل فحسب، بمصلحة المتقاسمين، بل يتصل كذلك بمصلحة الغير⁽²⁾.

ثالثاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الاموال.

إن الذي يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء، ولهذا كان طبيعياً أن ترد القسمة على كل مال شائع، وان ينطبق بالتالي الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المال، سواء كان المال عقاراً أم منقولاً، وما عدا ذلك من أموال يجري التصرف في شأنها بمناسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف، لأنها لم تكن شائعة وأفرزت بالقسمة، فإذا أثبتت القسمة حقاً لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخلاً من قبل في نطاق الشيوع، فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق، مثال ذلك أن يلتزم أحد المتقاسمين بأن يقدم عقاراً كمعدل لتكملة

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص242 وهناك من يعتبر هذا البيع من قبيل التخارج المعروف في الفقه الإسلامي، حيث يعد التخارج بيعاً إذا باع الوراث حصته في التركة لوراث آخر أو للورثة الآخرين بثمان دفعه هؤلاء من مالهم الخالص، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، فقرة 139، وما بعدها

(2) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 211

نصيب متقاسم آخر، إذاً في هذه الحالة لا تكون القسمة كاشفه بالنسبة إلى هذا المعدل، بل تكون ناقلة لملكيته إلى المتقاسم الآخر، وحينئذ يصبح هذا الأخير خلفاً للمتقاسم الأول وتبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم الأول في خصوص العقار⁽¹⁾.

وبما أن الشيوع لا يرد على الحقوق الشخصية لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم، وذلك مالم يكن غير قابل للانقسام، إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع ومادام أن هذه الحقوق الشخصية تكون منقسمة من أول الأمر فلا يكون هناك محل لقسمتها ولا لانطباق الأثر الكاشف عليها.⁽²⁾

(1) د. مأمون الشامي، المرجع السابق، ص213، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 212

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 962 - 963 عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 231 - 232.

الفرع الرابع: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة

إذا كانت القسمة كاشفة على هذا النحو، فمعنى ذلك أنه يترتب عليها بالنظر إلى هذا الوصف آثار مختلفة في الأصل عن آثار التصرفات الناقلة، ومن هذه الآثار سقوط التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على جزء آل إلى شريك آخر بعد القسمة، وعدم صلاحية القسمة سبباً صحيحة لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير، واعتبار القسمة من عقود المساواة لا من عقود المضاربة، وسوف نعرض بالدراسة لهذه الآثار على التوالي.

أولاً: سقوط التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على جزء آل إلى شريك آخر بعد القسمة:

يترتب على كون القسمة كاشفة لحق الشريك المتقاسم، أن التصرفات التي ينفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع على المال الشائع، لا تنفذ في حق شريك آخر وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة وهذا الأمر قد لعب دوراً فاعلاً في تطور أثر القسمة، واعتبر النتيجة الأساسية الأولى التي كان الهدف الوصول إليها من اعتبار القسمة كاشفة.

ذلك أن مقتضى هذا الاعتبار ألا تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذي آل إليه، ومن ثم فلا يكون هذا المتقاسم خلفاً خاصاً للمتقاسمين الآخرين فإذا أبرم أحد الشركاء رهناً أثناء الشيوع فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء مفرز منه أو على حصة شائعة فيه⁽¹⁾

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 383، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 245، مأمون

الشامي، المرجع السابق، ص 223، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 164

وكما تسقط الحقوق التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية، فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع، ووقع هذا المال بالقسمة في نصيب شريك آخر، فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خالياً من حق الانتفاع الذي رتبه شريكه، كذلك إذا باع شريك مالاً شائعاً أو وهبه ووقع هذا المال الشائع بالقسمة في نصيب شريك آخر فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط، ويخلص المال للشريك الآخر خالياً من هذه التصرفات، ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع في نصيبه هذا المال عند القسمة بل آل إلى شريك آخر⁽¹⁾.

ثانياً: عدم صلاحية القسمة سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير:

إذا اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار فإنه لا يعتبر مالاً له بموجب عقد القسمة، إذ القسمة كاشفة لا ناقلية، ولكنه يعتبر مالاً له منذ بدء الشروع⁽²⁾ وبما أنها أي القسمة كاشفة للعقار فإنها لا تصلح سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسي، ذلك أن السبب الصحيح تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز، باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف لو أنه كان صادراً من المالك أو صاحب الحق، فإذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكاً لهم، فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز بحسن نية الجزء المفروز الذي وقع في نصيبه مدة

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 965

(2) حمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 64

خمس سنوات، ان يستند الى القسمة باعتبارها سبباً صحيحاً يخوله تملك هذا الجزء بالتقادم⁽¹⁾، انما تكون العبرة في هذا الشأن بالسند الأصلي للملكية الشائعة فإذا كان هذا السند من شأنه ان ينقل الملكية ولكنه صدر من غير مالك، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار الشائع من غير مالكة، فإن هذا السند هو الذي يصح اعتباره سبباً صحيحاً.⁽²⁾

ثالثاً: اعتبار القسمة من عقود المساواة لا من عقود المضاربة:

يترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحق غير ناقله له، إنها تعد من عقود المساواة لا من عقود المضاربة، الأمر الذي يستنتج جواز نقض القسمة الرضائية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن فاحش، وإعادتها عادلة إذ ما دامت القسمة كاشفة للحق فيجب أن يحصل كل متقاسم على ما يعادل حصته الشائعة.

في حين أن القسمة لو كانت ناقله للحق، لما تطلب المشرع تحقيق المساواة بين أنصبة المتقاسمين لان القسمة عندئذ تكون بمنزلة البيع والبيع لا يقوم على المساواة⁽³⁾ ويلاحظ في هذا الصدد أن فسخ القسمة للغبن لا يكون إلا بالنسبة للقسمة الرضائية دون القسمة القضائية، اذ في قيام هذه الأخيرة أمام القضاء ما يكفي من ضمانات واحتياطات تتخذ لمنع الغبن.

(1) نعمان خليل، المرجع السابق، ص 218

(2) مأمون الشامي، المرجع السابق، ص 225، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 245

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، المرجع السابق، ص 969

المبحث الثاني

ضمانات القسمة الرضائية وإجراءاتها

تحدثنا في المبحث السابق عن أهم أثر يترتب على القسمة الرضائية وهو الإفراز ولما كانت القسمة تقوم على أساس المساواة والتعادل بين الشركاء وليس المضاربة فإنه يجب أن يحصل الشريك على نصيبه المفزر خالياً من التزامات قد يكون أحد الشركاء الآخرين رتبها عليه.

وإذا ما تعرض أحد الشركاء بسبب سابق على القسمة لاستحقاق نصيبه كله أو بعضه للغير فإنه يجب على المتقاسمين أن يضمنوا لبعضهم البعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض، أو استحقاق فيما حصل عليه، كذلك يجب حماية الشريك من التصرفات التي تصدر من شركائه قبل القسمة إضافة إلى ذلك فإنه من الأهمية بمكان التطرق إلى الإجراءات المتعلقة بالقسمة الرضائية، وكيف تتم هذه القسمة باعتبارها من الآثار الشكلية التي تترتب على عقد القسمة

وسوف نبحث عن ذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة الرضائية.

أما المطلب الثاني: فسوف نسلط الضوء فيه على إجراءات القسمة

الرضائية

المطلب الأول

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة الرضائية

القسمة يجب أن تكون عادلة بين الشركاء على الشيوع وبمعنى آخر يجب أن تسود اجراءاتها المساواة بهدف أن ينال كل واحد من المتقاسمين قدر استحقاقه فلا يكون لأحدهم ميزة على الآخر ولا يرجح شريك على حساب شريك آخر.

فالقسمة العادلة تقوم على مبدأ المساواة بين الشركاء على الشيوع وهذا المبدأ ضروري وهام جداً.

فإذا تمت القسمة واختلت المساواة بين الشركاء نتيجة تعرض الغير لأحد الشركاء أو استحقاقه لنصيبه المفرز أو لجزء منه وجب على باقي الشركاء الضمان.

لذلك عمد المشرع السوري وغيره من التشريعات العربية الى معالجة هذا الوضع من خلال ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لحصصهم بسبب سابق على القسمة وفقاً لأحكام وشرائط تختلف من قانون لآخر.

وسوف ندرس هذا الضمان في القانون السوري والمقارن من خلال مايلي:

في الفرع الأول: أساس الضمان وشروطه في القانون السوري.

وفي الفرع الثاني: آثار الضمان وامتنياز المتقاسم.

اما الفرع الثالث: فسوف نسلط الضوء فيه على موقف التشريع المقارن من

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة.

الفرع الأول: أساس ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة وشروطه

أولاً: أساس الضمان:

التعرض بعد القسمة هو ادعاء شخص من غير المتقاسمين حقاً على المال قد نشأ له لسبب قانوني سابق على القسمة، وأما الاستحقاق فيتحقق عندما يحكم للغير بما يدعيه، كأن يثبت له ملكية المال أو جزء منه⁽¹⁾

وللضمان في القسمة معنيان أحدهما واسع والثاني ضيق فمعنى الأول هو قاعدة يقوم عليها حق المتقاسم في الرجوع على شركائه المتقاسمين الآخرين بهدف تأمين القيمة الحقيقية المطابقة لحقه الثابت بواقعه إنشاء الشيوع، وتجد هذه القاعدة أساسها في مبدأ المساواة بين المتقاسمين التي هي في الحقيقة غاية القسمة أو روحها، تشمل هذه الفكرة حماية كل شريك من أضرار يقرن وجودها بحصول القسمة بسبب سابق عليها لا ينفرد وحده في تحمل تبعته، وتشمل حق الشريك في الرجوع في حالة ما إذا وقع من الديون التي تلتزم بها التركة أكثر مما يترتب عليه، وتشمل كذلك الغبن الذي يقع على المتقاسم وتشمل ضمان الاستحقاق، فإذا ما نزعت يد المتقاسم عن مال مخصص له بالقسمة، فلهذا المتقاسم حق الرجوع على الشركاء المتقاسمين بدعوى الضمان، أما الضمان بالمعنى الواسع فهو امتياز المتقاسم على دين المعدل وامتيازاه على ثمن المزاد في حالة رسو المزاد على أحد الشركاء، وهذا هو المعنى الواسع للضمان في القسمة⁽²⁾.

(1) جابر محبوب، المرجع السابق، ص 212، سمير كامل، ضمان العيوب الخفية، دار النهضة العربية، 1971، ص 14، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 266.

(2) حسن كيره، المرجع السابق، ص 369، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 251.

أما ما يهنا هنا هو الضمان بالمعنى الضيق، وهو قاعدة تؤمن للشريك المتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بضمان استحقاق كل ما دخل في نصيبه بالقسمة أو بعضه، وهو لذلك يسمى بضمان الحصص أو ضمان المتقاسمين، فلو ان المتقاسم اختص بعين معينة، وثم حكم لأجنبي بملكية هذه العين كلها أو بعضها أو بحق عيني عليها، كان معنى ذلك أن المتقاسم لم يحصل على نصيبه أو أنه قد حصل على جزء منه فحسب، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من انصابهم التي يستحقونها، ويشمل الضمان التعرض والاستحقاق، ويتحقق التعرض إذا ادعى أجنبي ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها أو ادعى حقاً عينياً آخر عليها، أما الاستحقاق فيتم إذا كان حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه، ولا يشمل الضمان العيوب الخفية، ذلك أن وجود عيب خفي معناه أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته وهذا يكفي في شأنه ما هو مقرر في جواز نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن 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 حينئذٍ باطلة بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

(1) انظر د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 251، محمد لبيب شبيب، موجز في الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ف310، ص 319، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 980

وبالرجوع إلى المادة 798 مدني سوري⁽¹⁾، والمطابقة للمادة 844 مدني مصري تبين أنه لا ضمان للتعرض والاستحقاق إلا إذا حصل لسبب سابق على القسمة أما إذا حصل التعرض أو الاستحقاق بسبب لاحق على القسمة ويرجع إلى فعل المتقاسم فلم ينص التشريع السوري، وأصله المصري على ضمان المتقاسم له، وربما كان خلو هذه التشريعات من مثل هذا الحكم كما يرى البعض بأن تصور واضعي التشريعات لحالة الاستحقاق بسبب لاحق للقسمة غير ممكن، في حين أنها ممكنة، في حين أنها ممكنة، فلو فرضنا أن أحد المتقاسمين بعد القسمة التي لم تسجل قد باع إلى الغير حصته الشائعة في عقار اختص به غيره من الشركاء تساوي ما كان للبائع في هذا العقار قبل القسمة وتم تسجيل المشتري لعقد البيع، فتنقل إليه ملكية تلك الحصة الشائعة، فإذا ما طالب بحقه فيعتبر هذا تعرضاً للمتقاسم الذي اختص بالعقار في القسمة، فإذا تحقق هذا الضمان رجع مستحقه بالتعويض عما نقص في نصيبه، وهو يرجع به على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله سبب الاستحقاق دون غيره من المتقاسمين⁽²⁾.

(1) تنص المادة 798 مدني سوري على ان: ((يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كلاً منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن يكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، 2- غير انه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقتضي إعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه)).

(2) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 361

وهنا لابد من الإشارة إلى أن المشرع الكويتي انفرد عن التشريعات العربية المقارنة بالنص على ضمان المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق بسبب لاحق للقسمة ويرجع إلى فعله⁽¹⁾.

وباستقراء آراء الفقهاء في أساس الضمان، نجد أن البعض يرى أن مبدأ الضمان في أساسه يرجع إلى التصرف الناقل، وهو قرين طبيعي لهذا التصرف ونتيجة لازمة له، لأن القاعدة: ((إن من ينقل يضمن ما نقل)) ولذلك فإن تقرير الضمان في القسمة، باعتبارها كاشفة للحقوق وذات أثر رجعي، ما هو إلا استثناء على المبدأ⁽²⁾.

ويرى آخرون أن مبدأ الضمان يمكن أن يكون له أساس يختلف عن الأساس الذي يقوم عليه في التصرفات الناقلة، فهو في القسمة يستند على مبدأ المساواة بين المتقاسمين⁽³⁾ وانطلاقاً من هذا المبدأ حرص المشرعان السوري والمصري بالنص على الضمان في القسمة.

(1) تنص المادة 841 مدني كويتي على أن: ((يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدراً وقت الاستحقاق، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

(2) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، المرجع السابق، ص 257، محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ف310، ص 319

(3) انظر الآراء التي تم الإشارة إليها وخاصة د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 251 ويضيف أحدهم بأنه لا يتأتى اعتبار القسمة ناقلة ما دامت لا تنقل إلى المتقاسم أي حق جديد لم يكن ثابتاً له من قبل، وإنما يجب اعتبارها كاشفة، في منطق المدلول الحديث للتصرف الكاشف ما دامت تقتصر على تقرير نفس حقه الأصل السابق مع تحريره مما كان يتقل مباشرة من قيود في محله مثل هذا التغيير الذي يزيل عن هذا الحق وصف الشيوع فيوفر للمتقاسم كامل سلطاته دون مشاركة أو مزاحمة د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، موجز في احكام القانون المدني، المرجع السابق، ص

ثانياً: شروط الضمان:

يتبين من نص المادة (798) مدني سوري والمطابقة للمادة (844) مدني مصري أنه لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان يجب أن يتوفر شروطاً ثلاثة:

الشرط الاول: يجب أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجعاً إلى سبب سابق على القسمة ومعنى ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت للمتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، فإذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق للقسمة، فلا يلتزم المتقاسمون الآخرون بشيء، فلو أن الغير كسب بالتقادم ملكية العين التي آلت الى المتقاسم، وكان هذا التقادم لم تكتمل مدته إلا بعد القسمة، فلا يجوز الرجوع إلى المتقاسمين الآخرين بالضمان، لأن سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة إذا كان هناك وقت كافٍ لقطع التقادم.⁽¹⁾

والمقصود بالتعرض هو التعرض القانوني لا مجرد التعرض المادي بأعمال الغصب والتعدي، أي التهديد بالاستحقاق تهديداً له صفة قانونية، بحيث يحمل معنى ادعاء الغير حقاً على النصيب المقسوم لأحد الشركاء المتقاسمين، مثل رفع دعوى استحقاق أو مطالبة بارتفاق غير ظاهر أو الالتجاء إلى إجراءات الحجز. وأما الاستحقاق فيقصد به تحقق تجرد المتقاسم كلياً أو جزئياً من النصيب المفروز المقسوم له لصالح الغير أو بوجه عام إهدار حقوقه أو الانتقاص منها على هذا

(1) د سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص، 497 د. جابر محجوب، المرجع السابق، ص 155

النصيب نتيجة ثبوت حق الغير مثل الحكم للغير بتملك هذا النصيب، أو تملك جزء منه أو بثبوت حق انتفاع له أو ارتفاق غير ظاهر عليه.⁽¹⁾

الشرط الثاني: أن لا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه: مثل ذلك أن يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه في البيع المادة (409) مدني سوري⁽²⁾، أو يتولى الدفاع وحده في الدعوى دون أن يدعو المتقاسمين الآخرين إلى التدخل فيها، ويغفل عن التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها المادة (3/408) مدني سوري، في البيع فلا يحق له الرجوع بالضمان⁽³⁾، ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعاً إلى خطأ كأن أهمل في قطع التقادم.⁽⁴⁾

الشرط الثالث: عدم وجود شرط يعفي من الضمان: أن احكام الضمان، سواء في البيع المادة (413) مدني سوري أو في القسمة المادة (2/798) من ذات القانون، ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الاسقاط، ومثل هذا الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة وبعد البيع، واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء، ومثل هذا الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق في القسمة أو في البيع،

(1) حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ف 122، ص 233، أحمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، المرجع السابق، ص 122 جابر محجوب، المرجع السابق، ص 156

(2) مطابقة المادة (441) مدني مصري

(3) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، المرجع السابق، ص 162.

(4) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ف، 228 ص 229، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، ص 128.

ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق، ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشاً واشتروا عدم مسؤوليتهم عنه، وتشدد المشرع واشتراط للإعفاء من الضمان في القسمة أن يكون شرط الاعفاء صريحاً فلا يكفي الشرط الضمني، واشتراط أن يذكر في شرط الاعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه، وذلك كله تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، وليس ضرورياً أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته، بل يصح أن يكون ورقة مستقلة، أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين.⁽¹⁾

⁽¹⁾ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 385، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 978 وما بعدها.

الفرع الثاني: آثار الضمان وامتنياز المتقاسم

أولاً: آثار الضمان:

إذا توافرت شروط الضمان ورفعت دعوى الاستحقاق على المتقاسم، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين كي يتدخلوا في الدعوى، فإذا حكم للغير بالاستحقاق التزم المتقاسمون الآخرون كل بنسبة حصته، بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه، وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين بنسبة حصة كل منهم، فيتحمل مستحق الضمان نفسه جزءاً من هذا التعويض، إذ أن نصيب كل من الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق، فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم جميعاً.⁽¹⁾

وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ورع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، والعبرة في تقدير الشيء الذي استحق بقيمته وقت القسمة لا وقت الاستحقاق وذلك على خلاف الحكم في البيع، المادة (2/414) مدني سوري، وهذا الحل ملحوظ فيه أيضاً تحقيق المساواة بين المتقاسمين إذ أن هذه المساواة تقتضي النظر إلى قيمة الشيء وقت القسمة حتى لا يتأثر المتقاسمون الآخرون بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة⁽²⁾.

(1) د. جابر محجوب، المرجع السابق، ص 159، حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، سنة 1998 ص 235.

(2) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 263 وما بعدها د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 270 وقيل أيضاً ان المشتري إذ يتعين أن يحصل بمقتضى الضمان على قيمة الشيء الذي استحق منه مقدرة وقت الاستحقاق (سواء زادت أو نقصت عنها وقت البيع) لان البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري لاحتمال الريح او الخسارة، بينما ان القسمة ليست كذلك، وإنما تراعى فيها المساوات بين المتقاسمين د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 366.

ويكون حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على الآخرين مضموناً بامتياز المتقاسم (1125-1126)⁽¹⁾ مدني سوري، وما دام أن القانون لم ينص على مدة خاصة لتقادم هذا الحق فإنه يتقادم طبقاً للقواعد العامة بانقضاء خمس عشرة سنة سناً للمادة (372) مدني سوري ويبدأ سريان هذا التقادم من وقت الاستحقاق. ومن خلال ما تقدم يبدو واضحاً أن المشرعين السوري والمصري لا يريدان أن يجعلاً من الاستحقاق سبباً لنقض القسمة وإعادتها من جديد لأنه ليس مما يعيب القسمة في ذاتها. وفي حال وقوع الاستحقاق للنصيب المفرز لأحد المتقاسمين فيكفي إعادة ما اختل من المساواة بعد القسمة عن طريق تعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدي دون حاجة إلى بدء قسمة جديدة واضطراب ما استقر من أوضاع أو ترتب من حقوق على الأنصبة المفرزة.

فالضمان يعني أن يلتزم كل شريك أمام شريكه الآخر بما قد يتعرض له هذا المال، وقد تكفل القانون المدني السوري والمصري ونصاً على ذلك في العديد من المواد على سبيل الحصر عند الحديث عن القسمة والاستحقاق وترك الأمر إلى الأحكام العامة في القانون المدني التي تعتبر بحد ذاتها ضماناً جيداً للتعرض والاستحقاق، حيث أراد المشرع تجنب التكرار⁽²⁾.

(1) القانون السوري نص على امتياز المتقاسمين في المنقول فقط دون العقار على عكس أصله المصري الذي نص على امتياز المتقاسمين في العقار أيضاً 1149 مدني مصري.

(2) على عكس المشرع الأردني الذي افرد للقسمة قانوناً خاصاً وهو قانون تقسيم الاموال غير المنقولة المشتركة، ولم يضمن هذه الاحكام في القانون المدني كما فعل المشرع السوري ونعتقد أنه المشرع الأردني كان موفقاً في ذلك.

ثانياً: امتياز المتقاسم:

الامتياز قانوناً هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، وحقوق الامتياز هي من الحقوق العينية التبعية، ونوع من أنواع التأمينات العينية التي يتم بموجبها تخصيص مال معين للوفاء بالتزام معين، وليظل هذا المال مخصصاً للوفاء بالتزام ومتقلاً بالتأمين، حتى لو تصرف فيه المدين. وتمنح هذه التأمينات الدائن حق تتبع المال في أي يد كان والتنفيذ عليه، كما تمنحه حق التقدم في استيفاء دينه من المال المؤمن قبل غيره من الدائنين العاديين⁽¹⁾.

ووفقاً لنص المادة 1/1125⁽²⁾ مدني سوري والمادتين 1146 و 1149⁽³⁾ من القانون المدني المصري فإن امتياز المتقاسمين يعني أن لهذا المتقاسم حق التقدم أو الأولوية على كافة الدائنين من أجل الحصول على مال حددته له القسمة كالمعدل ويقع هذا الحق على المال المقسوم.

(1) د. جابر محجوب، التأمينات العينية في القانون الكويتي، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، المرجع السابق، ص 350 وما بعدها.

(2) تنص المادة (1/1125) على أن: ((للشركاء الذين اقتسموا منقولاً حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم من معدل)) ومطابقة للمادة (1/1146) مدني مصري.

(3) تنص المادة 1149 مدني مصري على أن: ((للشركاء الذين اقتسموا عقاراً، حق الامتياز عليه تأميناً لما تخوله من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت قيده)) ونلاحظ عدم وجود مادة مطابقة لها في القانون المدني السوري تعطي للمتقاسم في العقار حق امتياز عليه.

أما امتياز البائع وفقاً لنص المادتين 1124، 1126 مدني سوري⁽¹⁾ والمادتين 1145 و1147 من القانون المدني المصري فإنه يعني أن ما يستحق لبائع المنقول أو العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز لصالح البائع على المنقول أو العقار المبيع.

وإذا كان من المؤكد أن امتياز البائع يبنى على أساس أنه أضاف المبيع إلى ذمة المشتري، وبالتالي فإنه يكون من العدل أن يستوفي منه حقه قبل غيره من الدائنين، فما هو إذا أساس امتياز المتقاسم مع ملاحظة أن القسمة في حقيقتها هي ذات أثر كاشف بمعنى أن أيّاً من المتقاسمين لا يضيف شيئاً إلى ذمة الآخرين ولا يتلقى منهم شيئاً، وهل تؤدي قاعدة القسمة الكاشفة إلى اعتبار امتياز المتقاسم أنه استثناء من هذه القاعدة؟

الحقيقة أن امتياز المتقاسم⁽²⁾، وبحق، ليس استثناء على قاعدة الأثر الكاشف وكون القسمة الكاشفة لا يعني أنها رجعية وكونها كذلك لا يمنع من الوصول إلى هذه القيمة الحقيقية لحق الشريك بل يوجب تأمين الشريك من الوصول إلى هذه القيمة، فالقسمة كاشفة، بمعنى أنها ليست سنداً جديداً لإعطاء الشريك الحق على ما يقع في نصيبه، وإنما هي تجري بناءً على الحقوق الثابتة بواقعة

(1) تنص المادة 1/1124 مدني سورية على أن ((ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع....)) ومطابقة للمادة 1/1145 مدني مصري وتنص المادة 1/1126 مدني سوري على أن ((ما يستحق لبائع العقاري من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع)) ومطابقة للمادة 1/1147 مدني مصري.

(2) محمد محمود عبد الله، تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المرجع السابق، ص 52

الشيوع، وهي ذات أثر محدد ينتج من اعتبارها تصرفاً في الشيء أو في الكتلة الشائعة ينحصر الهدف منه في تحديد القيم المادية للحقوق وتخصيصها لأصحابها، وبهذا الأثر المزدوج الكاشف، والمحدد للقسمة تتحقق المساواة بين الشركاء المتقاسمين وعلى ذلك فإن امتياز المتقاسم لا يفسر بفكرة أن المتقاسم أضاف إلى ذمة المتقاسم الآخر مالاً جديداً، وإنما يفسر بضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين الآخرين وبالتالي إلى عدم استيفاء حقه كاملاً⁽¹⁾.

ومن ثم فلا يصح القول بأن المشرع إنما قرر في الفقرة الثانية من المادة 1125 مدني سوري أن لامتياز المتقاسم نفس مرتبة امتياز البائع، إذ أن الوحدة في المرتبة للامتياز لا تعني بالضرورة وحدة أساس هذين الامتيازين بل إن قولاً كهذا يتطلب إثبات أن المشرع يعتبر القسمة ناقلة، وهذا ما لا يمكن لأحد أن يدعيه، لأن المشرع يعتبر القسمة وبطريقة لا تقبل الجدل، إنها ذات أثر كاشف.

وعلى ذلك فإن ما يفسر الوحدة في المرتبة بين الامتيازين ليس وحدة أساس هذين الامتيازين، وإنما ارتباط كل منهما في فكرة الأولوية في اقتضاء الحق، الأمر الذي يؤدي إلى القول أن لكل امتيازين أساس مختلف، لكنهما يتفقان في فكرة أن كلا منهما يعتبر قاعدة تعطى الأولوية في استيفاء حق له طابع خاص.

(1) محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، المرجع السابق،

الفرع الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة في التشريع المقارن

أولاً: في التشريع المغربي:

إن المشرع المغربي في تنظيمه لموضوع الضمان في القسمة أخطى نهجاً مغايراً ومختلفاً نوعاً ما عن النهج الذي اختصه كل من المشرعين المصري والسوري عند تنظيمهم لهذا الموضوع كما سبق وأوضحناه.

وأيضاً اختلف عن نهج المشرع المدني الأردني عند تنظيم هذا الأخير لموضوع الاستحقاق وترتيب احكامه -كما سنرى لاحقاً-.

وهذا ولعلّ الإشارة الى الضمان في التشريع المغربي كان بهدف الوقوف على حقيقة هذا الموضوع في الشريعة الإسلامية كون أحكام الضمان في التشريع المغربي مستمدة من الشريعة الإسلامية مع اختلاف بسيط جداً.

فالمشرع المغربي اعتبر الضمان القائم بين المتقاسمين كالضمان القائم بين البائع والمشتري وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 1090 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: ((يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض حصصهم من أجل الأسباب السابقة على القسمة وفقاً لأحكام البيع)).

ووفقاً لهذا النص فإذا عدنا إلى أحكام الضمان في البيع وطبقناها على القسمة لوصلنا بصورة عامة إلى الحلول التي كان يقضي بها الشرع الإسلامي⁽¹⁾.

(1) د مأمون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، المرجع السابق، ص 118

ومن هذا المنطلق ميز الشرع المدني المغربي بين أمرين اثنين هما:

• **الامر الاول:** حالة الاستحقاق الكلي للحصة التي آلت للمتقاسم بموجب القسمة.

• **الامر الثاني:** حالة الاستحقاق الجزئي لقسم من الحصة التي آلت للمتقاسم بموجب القسمة.

فبالنسبة للأمر الأول وبالرجوع إلى أحكام البيع في القانون المغربي ففي حالة استحقاق المبيع كله يفسخ البيع ويثبت للمشتري حق استرداد الثمن ومصروفات العقد والمصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان بالإضافة إلى أحكام أخرى لا داعٍ هنا لتفصيلها.

وبتطبيق هذه الاحكام على القسمة، يترتب في حالة استحقاق حصة أحد المتقاسمين بمجموعها، فسخ القسمة وإعادتها على أسس جديدة مع حق المتقاسم الذي استحققت حصته بمطالبة شركائه بالتعويض أن كان له مقتضى⁽¹⁾.

وبالنسبة للأمر الثاني، في حالة الاستحقاق الجزئي، فيفرق القانون المغربي بين أن يبلغ الاستحقاق من الأهمية ما يجعل المبيع معيباً، وبين أن يكون الاستحقاق قليل الأهمية، ففي الحالة الأولى التي يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع وبحيث أن المشتري كان يمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة للباقي أو فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

(1) انظر في هذا المعنى علي حيدر، مجلة الاحكام العدلية، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 118

أما في الحالة التي لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير الفسخ فإن لا يثبت للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق.

وذاث الشيء يتبع ويطبق في القسمة إذ في حالة الاستحقاق الجزئي البالغ الأهمية فإنه يعطي الخيار للمتناسم بين فسخ القسمة وبين الاحتفاظ بما تبقى له من حصته مع تضمين شركائه قيمة الجزء المستحق والعطل والضرر عند الاقتضاء.

وفي حالة الاستحقاق الجزئي الذي ليس له أهمية تذكر لا يكون للمتناسم حق الفسخ بل يبقى حقه محصوراً في مطالبة شركائه بالتعويض عما نقص من حصته مع العطل والضرر عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ونلاحظ أن المشرع المغربي خالف الشريعة الإسلامية التي ساوت في الحكم بين الاستحقاق الجزئي الذي يصل إلى درجة معينة من الأهمية وسواه من حيث منح المتناسم حق الخيار، بينما فرق المشرع المغربي بين الحالتين كما أسلفنا.

ونقطة أخيرة تجدر الإشارة إليها هي أن الضمان في القسمة في التشريع المدني المغربي لا يكون إلا من أجل الأسباب السابقة على القسمة، وهذا مستخلص من منطوق المادة 1090 من قانون الالتزامات والعقود المشار إليها سابقاً.

(1) د. مأمون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، المرجع السابق، ص 118، وما بعدها.

ثانياً: في التشريع المدني الاردني:

عن المشرّع الأردني نهجاً مغايراً عن نهج المشرعين السوري والمصري والمغربي وبعض التشريعات العربية الأخرى⁽¹⁾، والفقهاء الإسلامي بشأن موضوع التعرض أو الاستحقاق لحصة المتقاسم التي آلت إليه بنتيجة القسمة فهو لم يرتب الضمان بل رتب البطلان في حالة الاستحقاق.

وهذا ما تنص عليه المادة 1052 من القانون المدني الاردني حيث جاء

فيها:

((تبطل القسمة إذا استحق المقسوم كله أو جزء شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقي منه))

يستنتج من هذا النص أن المشرع المدني الأردني يرتب البطلان إذا ظهر مستحق لكل المقسوم أو لجزء شائع منه، إلا أنه أجاز للشركاء في الجزء الباقي أن يعيدوا القسمة فيما بقي من المال المقسوم وذلك حتى لا يضار مستحق الحصة الشائعة أو الشركاء بعد الاستحقاق⁽²⁾.

ولتقرير البطلان يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك به ويثبته أمام المحكمة المختصة والتي لا يحق لها إثارته من تلقاء نفسها كون هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام.

(1) كالتشريع العراقي أيضاً في المادة (1076)

(2) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ص 660

فقد ذهب المشرّع الأردني إلى بطلان القسمة في حال الاستحقاق، مبتغياً من ذلك استقرار القسمة، بحيث يستقل المتقاسم بالجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ولا يكون هذا الاستقرار مهدداً لمجرد التعرض لنصيبه من قبل الغير وأراد المشرّع الأردني من وراء البطلان ضمان المساواة بين المتقاسمين، حيث لا يجوز أن يحاسب المتقاسم على أمر ليس له يد فيه، ولذلك قرر إعادة القسمة فيما بقي من المال حسب المادة 1052 مدني أردني⁽¹⁾.

ويلاحظ أن نص المادة 1052 من القانون المدني الأردني مأخوذ من نص المادة 1125 من مجلة الأحكام العدلية التي تشترط في المال المقسوم أن يكون ملكاً للشركاء، أما إذا لم يكن كذلك فإن التقسيم يعتبر غير صحيح وغير نافذ.

فالمشرّع رتب على استحقاق العين المقسومة أو أي جزء منها بطلان القسمة وذلك أن حقهم لم يكن قد ترتب بشكل صحيح، إذ لو كان صحيحاً لما استحق لأحد، كما ان إعادة القسمة تحمل في طياتها هدف عدم الأضرار لمستحق الحصة الشائعة من جهة، وباقي الشركاء من جهة أخرى، فإعادة إجراء القسمة مرة أخرى يضمن للمستحق قسمة عادلة بينه وبين شركائه الآخرين، وقد نصت المادة

(1) د وليد القسوس، ادارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 190، د. محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الاردني، الجزء الخامس، الحقوق العينية، الكتاب الاول، المرجع السابق، ص 88، سعيد مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الاولى، 1996، المرجع السابق، ص 60، د. علي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية، دار الثقافة، عمان،

(1049)⁽¹⁾ مدني أردني على ضمان التعرض والاستحقاق، وأحالت المتقاسمين والمستحقين إلى الأحكام العامة في العقود، حيث أخضعها لأحكام الخيارات ومن بينها خيار الغبن والاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي، وخيار الشرط والرؤية والعيب مما يقوم مقام حق التصرف بل هو في حد ذاته ضمان بين الشركاء.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن نص المادة 1052 من القانون المدني الأردني يهدف إلى حماية المتقاسمين أو تحقيق المساواة فيما بينهم، ورغم ذلك يؤخذ على هذا النص ما يلي:

أ- هذا النص يعتريه النقص في جوانب عديدة، فالمشرع الأردني لم يتطرق لوضع التعرض في هذا النطاق خلافاً للتشريعات العربية الآخرة كما أسلفنا.

إذ ما هو الموقف القانوني إذا ما تعرض الغير للحصة التي آلت إلى المتقاسم بموجب القسمة بالنسبة لباقي المتقاسمين الآخرين خاصة إذا كانوا يملكون من الدفوع ما تؤدي إلى دفع تعرض الغير.

ب- إن المشرع الأردني حمل البائع مسؤولية ضمان سلامة المبيع من قبل الغير وهو ما ذكرته المادة 305 من القانون المدني الأردني والتي تنص:

(1- يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض للمشتري إذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع

(1) تنص على أن: ((يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي وخيار الشرط وخيار الرؤية...))

2- ويضمن البائع أيضاً إذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع
ناشئ عن فعله)

وإذا كان المشرّع الأردني قد أخذ بعين الاعتبار هذا الأمر في عقد البيع
لماذا لم يفعل نفس الشيء في باب القسمة؟ حيث أن الأخيرة قد تكون أشد
حاجة لبعض أحكام الضمان مثل ضمان التعرض منه في البيع لاسيما
وأن القسمة تقوم على أساس مبدأ العدالة والمساواة.

ت- كما أن البطلان في حالة الاستحقاق الجزئي التي نصت عليه 1052 من
القانون المدني الأردني قد جاء مطلقاً بمعنى أنه لا فرق بين استحقاق
يصل إلى درجة معينة من الجسامة وبين استحقاق لا يصل إلى درجة
معينة من الجسامة وقد يكون تافهاً وهذا الأمر يحتاج إلى معالجه وتعديل،
يتمثل في ضرورة النص على ضمان الاستحقاق الجزئي الذي لا يكون
جسيماً أو تافهاً وأن يكون جزاؤه التعويض فقط وليس البطلان.

المطلب الثاني

إجراءات القسمة الرضائية

بعد أن تحدثنا عن الآثار الموضوعية للقسمة، فإن من الأهمية بمكان التطرق إلى الآثار الشكلية للقسمة المتمثلة بالإجراءات الواجبة الاتباع في قسمة العقار رضائياً بين الشركاء، فقد حدّد القانون إجراءات معينة ينبغي مراعاتها لإجراء القسمة الرضائية كون هذه القسمة كما سبق وأشرنا هي إفراز وتعيين حصة كل من المشتاعين من المال غير المنقول وهذه الإجراءات قد تكون مادية أو قانونية فالإجراءات المادية التي تقع على أرض الواقع أي على العقار نفسه من تحديد لهذه الحصة بأوتاد حديدية أو سلاسل حجرية أو اسمنتية ومن الإجراءات القانونية إقامة دعوى لتثبيت القسمة أو مسحها وبيانها على أوراق رسمية يعتد بها أمام الدوائر الرسمية، وسنخصص الفرع الأول لبيان إجراءات القسمة الرضائية في القانون الأردني ثم نتحدث في الفرع الثاني عن إجراءات القسمة الرضائية في القانون المصري أما الفرع الثالث فنخصصه لإجراءات القسمة الرضائية في القانون السوري.

الفرع الأول: إجراءات القسمة الرضائية في القانون الأردني

ذكرنا سابقاً أن عقد القسمة في ظل القانون الأردني يعد من العقود الشكلية ويعد تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي ركناً من أركانه، يضاف إلى الأركان الرئيسية للعقد وهي (التراضي والمحل والسبب)⁽¹⁾، فالشكلية تعتبر الركن الرابع، وبدون تسجيله اعتبر القانون أنه لا يرتب أثراً.

ولقد حدد قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني رقم 48 لسنة 1953 إجراءات معينة ينبغي مراعاتها لإجراء القسمة الرضائية، بالإضافة إلى تنظيم طريقتين يتم سلوك أحدهما لإجراء القسمة الرضائية⁽²⁾. لذلك سنبين طرق القسمة الرضائية في القانون الأردني ثم إجراءات هذه القسمة.

أولاً: طرق القسمة المقررة قانوناً للشركاء:

حدّد القانون طريقتين لإجراء القسمة الرضائية⁽³⁾ في الطريقة الاولى يتصدى الشركاء أنفسهم لإجراء التقسيم على النحو الذي يحلو لهم، وأما الطريقة الثانية

(1) ويتحقق سلامة الارادة من العيوب إذا لم يكن هنالك إكراه أو غلط أو تغيير مع الغبن وذلك حسب حكم المواد (35 - 156) مدني أردني انظر د. ادم وهيب الندوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 31

(2) مما هو جدير بالذكر ان القانون المدني السوري لم ينظم طرق واجراءات القسمة الرضائية في الاراضي كما سنرى لاحقاً.

(3) تنص المادة (5) من قانون تقسيم الاموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 على ما يأتي(إذا اتفق الشركاء على قسمة مال غير منقول فيحق لهم: 1- ان يجروا التقسيم فيما بينهم على الوجه الذي يرونه ويتفقون عليه ثم يحضرون إلى دائرة التسجيل مصطحبين خارطة تبين حصة كل منهم مفرزة عن غيرها، ويقرون امام الموظف المختص في دائرة التسجيل صحة المعاملة وموافقتهم على القسمة وفق الخارطة التي ابرزوها، وعندئذ يعطي لكل منهم سنداً بتصرفه مستقلاً. 2- أن يراجعوا دائرة التسجيل طالبين، =

فيفوضون دائرة التسجيل بإجراء القسمة، ويختلف الأسلوب الثاني حسب طبيعة العقارات التي يتعين تقسيمها (أرض أو عرصة أو مسققات) وعددها وذلك بحسب المادة 6 من (ق. ت) سالف الذكر، وعليه فلا بد من توضيح الأسلوبين⁽¹⁾ على النحو التالي:

أ- إجراء الإفراز بإرادة الشركاء بواسطة مساح مرخص:

يستفاد من تعليمات تسجيل الأراضي لسنة 1952، وتعديلاتها⁽²⁾، بأن

= إليها أن تتولى معاملة التقسيم عندئذٍ يذهب الموظف المختص مصطحباً معه أحد المهندسين أو المساهمين وبعد الكشف بحضور الشركاء على المحل المطلوب تقسيمه تجري معاملة التقسيم على الوجه المبين في المادة الآتية إذا ظهر أن ذلك المحل قابل للقسمة)). وانظر كذلك. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 143 وانظر د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الحقوق، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 69 د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 52.

⁽¹⁾ ويذهب رأي آخر الى أنه قد تتحقق حالة أخرى ثالثة من الرضا، وهي اذا اتفق جميع الشركاء على قسمة الارض المشاع فيما بينهم، بعد ان يقوموا بتحضير المخططات اللازمة ويقوموا برفع دعوى صورية أمام المحكمة المختصة، ومن ثم يتم الاتفاق فيما بينهم على القسمة بموجب اتفاقية قسمة مبنية الحصص المفردة التي اختص بها كل واحد من المتقاسمين، وعادة يتم اللجوء الى هذه الطريقة لإعطاء القسمة صيغة قانونية في الاراضي التي لم تنته فيها أعمال التسوية انظر مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار الشائع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2008، ص 100. ومن جهتنا نرى ان هذه الحالة تتمثل الصعوبة فيها في حال تسجيلها لدى دائرة تسجيل الاراضي، فلكي يتمكن كل شريك من الشركاء أن يأخذ سنداً مستقلاً في حصته المفردة يجب أن يقوم بإجراء اعمال التسجيل مجدداً أمام تسجيل الاراضي وهو ما يستغرق وقتاً طويلاً وتكاليفاً باهظة.

⁽²⁾ انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الجزء الاول، الطبعة الرابعة، 2007، الباب العاشر الفصل الحادي عشر، تحت عنوان معاملات التغيير، ص 202 وما بعدها.

معاملات التغيير⁽¹⁾، هي الإفراز الذي يجري بالاستناد إلى الفقرة الأولى من المادة الخامسة في القانون (ق.ت) وهو ذلك الإفراز الذي يتولى الشركاء بناء على اتفاق بينهم اختيار مساح من المساحين المرخصين والاتفاق معه على أجرته للقيام بعملية الإفراز، وكذلك على شكل الإفراز الذي يطلبونه، يقوم المساح المرخص بإجراء عملية القسمة، ويدرج جميع الشركاء مبيناً فيه اتفاق الشركاء على التخصيص، بالإضافة إلى عقد الإفراز الذي يجب أن يوقع من جميع الشركاء وإعداد مخططات الإفراز⁽²⁾.

وعندما تكون حصص بعض الشركاء موضوعة تأميناً للدين، فيجب على الشركاء إحضار الدائن إلى دائرة التسجيل من أجل أن يكون على معرفة بالتقسيم الجاري وإقراره بها، أما إذا امتنع عن إعطاء مثل هذا الإقرار فإن الموظف المختص يقوم بالإيعاز لإقامة دعوى أمام محكمة الصلح، ويجب حضور الدائن خلال مدة أسبوع واحد من تبليغه، فإذا انقضت هذه المدة يعتبر ضمناً أنه أسقط حقه في الاعتراض على القسمة⁽³⁾، وكذا الحال إذا كانت إحدى الحصص محجوزة من قبل دائرة رسمية، فعلى الشركاء أن يقدموا طلباً إلى الدائرة المختصة، وأن يحصلوا على موافقة من هذه الدائرة وإرفاقها بأوراق القسمة وتقديمها لدائرة التسجيل⁽⁴⁾، بعد ذلك يقوم المساح المرخص بتنظيم معاملة الإفراز ويرفقهها بكتاب

(1) يقصد بمعاملات التغيير معاملات القسمة، ويطلق عليها أيضاً معاملات الافراز فكلها اسماء تفيد

نفس المعنى

(2) انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الفصل الحادي عشر بند (أ/6).

(3) انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الفصل الحادي عشر بند (ب/6)

(4) انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي و المساحة، الفصل الحادي عشر بند (ج/6)

منه إلى مدير التسجيل الذي يتعين عليه ان يدقق النواحي القانونية التي تتطلبها معاملة الإفراز⁽¹⁾.

وعليه فإنه، وفقاً لهذا الأسلوب يتم تفويض المساح المرخص من قبل الشركاء بالقيام بقسمة قطعة الأرض بين الشركاء، وحساب مساحة القطعة وما نتج عنها من القطع المفترزة، وتوزيعها بشكل عادل بين الشركاء بحسب حصصهم المسجلة في سند الملكية، وكل ذلك يكون بحسب حصصهم المسجلة في سند الملكية، وكل ذلك يكون بحسب اتفاق ورضاء الشركاء، فهم الذين يملون على المساح المرخص شكل القسمة التي اتفقوا عليها، ويقوم هو بتنفيذ اتفاقهم على المخططات والنماذج المعدة لذلك بعد مراعاة أحكام التنظيم ويقوم بتقديمها إلى دائرة التسجيل لإكمالها بتدقيق هذه المساحات وتدقيق أسماء الشركاء وحصصهم مع سجلات وخرائط دائرة الأراضي، وتوقيع الشركاء بالموافقة على هذا الإفراز ودفع الرسوم المترتبة عليهم، وإذا ما أخطأ المساح المرخص في عمله ترتب عليه عقوبة⁽²⁾.

ب-تولي دائرة التسجيل إجراء عملية الإفراز (القسمة):

عندما يجري الإفراز بالاستناد إلى الفقرة (2) من المادة الخامسة من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة سالفة الذكر، وهو تولي دائرة الأراضي عملية

(1) انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي و المساحة، الفصل الحادي عشر بند (6/د، هـ)

(2) تنص المادة(23) من نظام مهمة المساحة رقم (52) لسنة 2001 على ان: ((إذا ارتكب المساح المرخص أو المندوب أي مخالفة للقوانين و الانظمة التي تتعلق بالمهنة فتفرض عليه اي من العقوبات التالية: 1- الانذار 2- وقف ممارسة المهنة لمدة لا تزيد عن سنة 3- وقف المساح المتدرب عن التدريب لمدة لا تزيد على سنة.....))

القسمة⁽¹⁾، فإنه يجب على مدير التسجيل، قبل اتخاذ أية إجراءات تتعلق بالمحل المطلوب إفرازه، أن ينظم ضبطاً يوقعه جميع الشركاء بحضور شاهدين على أن تتولى دائرة التسجيل إجراء الإفراز⁽²⁾ فيما بينهم على الصورة التي تقرها تلك الدائرة، ولا يحق لهم الرجوع عنه بعد الحصول على الصك المبحوث عنه أو الاعتراض عليه، وبعد الحصول على الصك يقوم بإجراء الكشف على الأرض المطلوب إفرازها، ويذهب مدير التسجيل أو الموظف المنتدب من قبله مصطحباً معه أحد المهندسين أو المساحين الى موقع العقار المراد افرازه فإذا ظهر له نتيجة الكشف أن المحل المطلوب إفرازه قابل القسمة، عليه أن يتبع الترتيب المنصوص عنه في الفقرات من (أ- د) من البند (1) من المادة (6) من ق. ت رقم (48) / 53) أما إذا كان المحل المطلوب إفرازه غير قابل للقسمة فعندئذٍ على المدير المختص أن ينظم تقريراً بالواقع يوقعه من جميع الشركاء، ويتولى قاضي الصلح المختص من أجل بيع ذلك المحل في المزاد العلني لإزالة الشيوع.

وإذا تعددت المحلات المطلوب إفرازها واتفق الشركاء على الإفراز يمكن إجراء الإفراز بطريق قسمة الجمع وهو نوع من الإفراز، ويطلق عليه أيضاً افراز المناقلة، يتم في حال تعدد المحلات (القطع) ولو كانت في عدة أحواض أو عدة قرى يملكها نفس المالكين الراغبين في الإفراز⁽³⁾.

(1) انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الفصل الحادي عشر بند (أ/7)

(2) تشير بهذا الصدد بأن هذا الأسلوب عملياً على الواقع لا يطبق، حيث أن جميع معاملات الإفراز تجري بواسطة مساح مرخص.

(3) للمزيد انظر مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الفصل الحادي عشر بند (د/7)

ويجب التنويه أنه في حالتي الإفراز الرضائي والقضائي وعندما يكون أحد الشركاء متوفياً، يجب قبل المباشرة في عملية الإفراز إجراء معاملة انتقال لأسماء ورثته لكي يكون سند التسجيل باسم الورثة الحاليين بعد شطب اسم المتوفى⁽¹⁾.

ثانياً: إجراءات القسمة الرضائية:

تشمل معاملة القسمة الرضائية في القانوني الأردني على عدة إجراءات متتالية للوصول الى أن يأخذ كل شريك سنداً مستقلاً في حصته المفزة وقد تناول قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني رقم 48 لسنة 1953م هذه الإجراءات⁽²⁾ وهو ما سنوضحه على النحو الآتي:

أ- مسح الأرض:

ويقصد بمسح الارض تحديدها عن طريق وضع علامات على حدودها، ومعرفة مساحات القسائم وأبعادها وتعيين الملاك لها، تمهيداً لإجراء القسمة بين

(1) انظر مجموعة قوانين وانظمة الاراضي والمساحة، الفصل الحادي عشر، بند (8/11)

(2) راجع المادة 6 من ق. ت رقم (53/48) التي تنص على ما يأتي: إذا كان المطلوب تقسيمه أرضاً أو عرصه يتبع الترتيب التالي: أ- يمسح المحل المطلوب تقسيمه بالمترو الدونم ثم يصار إلى إفراز الحصص بعد تأمين المعادلة بينها من حيث مقدار مساحة كل منها، وجودة أو رداءة ترتيبها وشرف موقعها، مع مراعاة أية اعتبارات أخرى تزيد أو تنقص في قيمتها كما يجب أن يفرز حق الشرب والمسيل والطريق، بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن، ثم يدعى الشركاء لتقدير قيمة الحصص بالاتفاق فيما بينهم، فإن لم يتفقوا على ذلك يعين مأمور التسجيل خبيراً أو أكثر لتقدير القيمة. ب إذا ظهر في نتيجة تقدير القيمة، أن حصة واحدة أو أكثر غير متعادلة من حيث القيمة مع الحصص الأخرى وجب تأمين التعادل بضم شيء من النقد إليها))

المالكين على الشيوخ، ويقوم بهذه المهمة دائرة المساحة بواسطه جهازها المختص والمكون من مساحين مرخصين ومدربين على القيام بهذه المهمة⁽¹⁾.

فالخرائط المساحية المرسومة من قبل مساح غير مرخص لا تقبل لدى دائرة تسجيل الأراضي، ولا تقبل أيضاً في معرض البينة أمام أية محكمة ذات اختصاص إلا إذا كان هناك أسباب كافية تدعو لذلك، وتشمل لفظه ((الأرض)) وفقاً لقانون المساحة المنازل والمباني وكل شيء قائم على الأرض⁽²⁾.

ب- الإفراز:

ويقصد بذلك أن يفرز لكل شخص من الشركاء على الشيوخ حصة مستقلة، كما يجب أن يفرز حق الشرب والمسيل والطريق، بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالحصص الأخرى⁽³⁾.

ففي حال تساوي حصص الشركاء في العقار المراد قسمته يتم استخراج قيمة حصة كل شريك عن طريق تقسيم مساحة القطعة أو القطع على مجموع حصص الشركاء ويضرب الناتج في عدد حصص كل شريك فيكون الناتج هو قيمة حصص كل شريك.

(1) درويش مدحت الوحيد، الأحكام العامة في قانون الأراضي، الجزء الأول والجزء الثاني، دار الأمل للطباعة والنشر، 2001، المرجع السابق، ص 436.

(2) هذا تنص عليه المادة الثانية من قانون المساحة الاردني رقم (48) لسنة 1929

(3) انظر المادة (1/6) من قانون تقسيم الاموال غير المنقولة الاردني رقم(48) لسنة 1953م.

ت-المعادلة:

تنص المادة (1/6/أ) من ق. ت (53/48) على ما يأتي)... بعد تأمين المعادلة بينهما من حيث مقدار مساحة كل منها وجودة او رداءة تربتها وشرف موقعها مع مراعاة اية اعتبارات اخرى تزيد أو تنقص في قيمتها..))

يتضح مما سبق أنه يشترط لتعديل القسمة مراعاة الاعتبارات التي تؤثر في قيمة الأرض مثل موقع الأرض وأوصافها ومدى صلاحيتها للزراعة ومدى قوة البنيان، وجيرانها ومساحة الشارع الذي تطل عليه، وأية مزايا أخرى تؤثر في قيمتها وتقدر هذه القيمة من قبل الشركاء باتفاقهم، فإن لم يتفقوا أو لم يقدروا، يعين مأمور التسجيل خبيراً أو أكثر لتقدير القيمة.

فإذا كانت حصة أحد الشركاء أفضل من حصة الآخرين بأن كانت قيمتها أعلى نظراً لموقعها أو لأوصافها أو غير ذلك مما يؤثر في قيمتها أو كانت مساحتها أكبر من الأخرى لعدم إمكانية القسمة إلا بذلك وجب تأمين التعادل بين الحصص وذلك إما بدفع مبلغ من النقود مقابل ذلك، أو بالتنازل عن حصص في عقارات أخرى مقابل الفرق الذي اختص به.

ث-القرعة او الاتفاق لاختيار النصيب المفرز:

تنص المادة (1/6/د) من ق. ت رقم (53/48) الاردني على ما يلي:
"تخصص الحصص المفروزة للشركاء كل بمفرده بالاتفاق أو بالقرعة، ثم يدرج ذلك في محضر، يوقع عليه ويختمه جميع الشركاء"

ويتضح من ذلك أن قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني جعل تخصيص الحصص المفروزة باتفاق الشركاء، فإن لم يتفقوا فالقرعة هي الحل.

ومن جانبنا نعتقد بأن المشرّع الأردني بهذه الفقرة قد خلط بين الإفراز الرضائي والقضائي، وذلك لأن القرعة مكانها الحقيقي في القسمة القضائية أمام القاضي، أما القسمة الرضائية فالأصل فيها ان الشركاء قد اتفقوا على القسمة، ولا داعٍ لإجراء القرعة، وعليه فإننا نتمنى على المشرع الأردني إزالة هذه الفقرة.

ج- تحرير محضر بالواقع، وتربط به خارطة لجميع الحصص:

تنص المادة (6/1/ج) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني رقم 48 لعام 1953م على ما يأتي: "بعد اتمام المعاملة وفق ما مر في البندين السابقين، يحرر محضر بالواقع، وتربط به خارطة لجميع الحصص". يتضح مما سبق أنه بعد الانتهاء من الخطوات السابقة، يجب أن يحرر محضر بالإجراءات التي تمت وأسماء الشركاء والحصة المفزة لكل شريك و الطريقة التي تم بها تخصيص الحصص المفزة بالاتفاق أم بالقرعة، ثم يتم التوقيع عليها من قبل الشركاء ويجب أن ترفق مع المحضر خارطة موضح فيها جميع حصص الشركاء⁽¹⁾.

ث- إصدار سند تسجيل بالحصة المفزة:

بعد إتمام المعاملة أمام الدائرة المختصة وفق الإجراءات السابقة فإنه يصدر سند تسجيل من دائرة تسجيل الأراضي لكل شريك بحصته المفزة من العقار، بحيث يستطيع المتقاسم بناء على هذا السند التصرف بحصته بشكل مستقل، كأن يبيعها بمعاملة مستقلة عن بقية المالكين.

(1) تنص المادة (5) من نظام المساحة الاردني لسنة 1973م على ما يأتي: الخارطة: خارطة لغرض

التسجيل في دائرة تسجيل العقارات"

الفرع الثاني: إجراءات القسمة الرضائية في القانون المصري

ذكرنا سابقاً أن القسمة الرضائية في القانون المصري تخضع للأصل العام في انعقاد العقود بالتراضي، ولم يشترط القانون المصري تسجيل عقد القسمة كركن من أركان العقد فهو نافذ وملزم لأطرافه بدون تسجيل وإنما كوسيلة لإثبات العقد في مواجهة الغير فقط.

حيث يقتضي قانون تنظيم الشهر العقاري بوجوب تسجيل القسمة العقارية أسوة بالتصرفات والأحكام المقررة، وعقد القسمة أو الحكم الصادر، إذا لم يكن مسجلاً، يسري على المتقاسمين فيما بينهم، ولكنه لا يسري على الغير، وإذا كان التصرف منصّباً 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 إذا كان يجهل أن حصة المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف، والتصرفات المقررة تسري على المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة، ما لم يحصل اتفاق تدليسي بين المتعاقدين إضراراً بالغير، فلهذا الغير أن يطلب الحكم بإبطاله عملاً بالقاعدة المشهورة وهي أن الغش يبطل سائر التصرفات، وعلى طالب البطلان أن يثبت التواطؤ⁽¹⁾.

(1) عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية،

وعليه فمن الأفضل للشركاء شهر تصرف القسمة الرضائية، ويتم ذلك من خلال المرور بمرحلتين⁽¹⁾، تبدأ المرحلة الأولى بتقديم الطلب إلى المأمورية المختصة، وينتهي بتأشير هذه المأمورية على مشروع المحرر لصلاحيته للشهر، فعندما يقدم الشركاء أو أحدهم طلباً ويراعى تقديم الأوراق والمستندات داخل حافظة يثبت عليها بيانها تفصيلاً ويوقع عليها من مقدمها بتاريخ تقديمها ويسري ذلك أيضاً على المستندات المقدمة لطلبات الشهر⁽²⁾.

بحيث يشتمل على البيانات التي بينها القانون الى المأمورية الواقع في دائرتيها العقار أو العقارات موضوع القسمة، فإذا كانت العقارات واقعة في دائرة اختصاص أكثر من مأمورية، فيجب تقديم طلب مستقل إلى كل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة في دائرة اختصاصها⁽³⁾، ويؤدي الرسم المقرر عليه،

(1) محمد عبد الكريم وآخرون، الموسوعة القانونية في الشهر العقاري، مكتبة الانجلو مصرية، 1960، ص 36

(2) انظر المادة 20 من القانون رقم (114) لسنة 1946 وتنص على أن " تتم اجراءات الشهر في جميع الاحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم"

(3) ويعتبر الطلب كان لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الاولى بأسبوعين طلباً بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب، ويبدأ حساب السنة المقررة للطلب من يوم قيده بدفتر اسبقية الطلبات بالمأمورية، وتنتهي هذه السنة بانتهاء اليوم السابق لليوم المماثل ليوم القيد من العام الثاني، على انه إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة رسمية فإنه يمتد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة، هذا ولا يجوز طلب الامتداد بعد انتهاء مدة السنتين إذا لم يشهر المحرر خلالهما بل يتعين تقديم طلب جديد بأسبقية جديدة د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 38.

وتقوم الأمورية ببحث الطلب من الناحية القانونية⁽¹⁾ والهندسية⁽²⁾، وذلك للتأكد من صحة حدود ومساحات العقار ومن أنه يدخل في ملكية المتقاسمين سواء بالشركة او بالميراث، فإذا كان الطلب مستوفياً الشروط القانونية أشرت الأمورية بالقبول بالشهر، وإعادته إلى مقدمه ليحرر مشروع عقد القسمة على الورق الأزرق الخاص توطئة للتأشير عليها للصلاحيات للشهر، ويقدم صاحب الشأن مشروع المحرر إلى الموظف أو المصدق على التوقيعات منه، وإن كان من المحررات العرفية إلى مكتب الشهر لإجراء شهره بطريقة التسجيل.

⁽¹⁾ فيجب على رئيس الأمورية فحص الطلبات عند تقديمها فحصاً مبدئياً لتحقيق من اختصاص الأمورية بها واشتمالها على البيانات المطلوبة، ويطلب إلى صاحب الشأن بكتاب موصى عليه استيفاء ما بها من أوجه نقص إذا كانت قد وردت بالبريد، أو الحصول على تعهد بذلك بدفتر اسبقية الطلبات إذا قدمت شخصياً للأمورية. وإذا كانت بيان العقار غير موضح الايضاح الكافي فيضمن الافراز تحميل صاحب الشأن مسؤولية فقد اسبقية طلبه في حاله عدم المبادرة باستيفاء هذا البيان، وعلى رئيس الأمورية التأشير بإحالة الطلب تلقائياً فور فحصه إلى الموظف المختص بتحصيل الرسوم وقيده عقب ذلك بدفتر اسبقية الطلبات. د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 40

⁽²⁾ يجب على الأمورية إحالة نسخة من طلب الشهر في ذات يوم تقديمه مرفق معها مستندات الملكية المقدمة مع الطلب إلى المكتب الهندسي بموجب سركي خاص أو حافظة من صورتين، وذلك بعد قيده بدفتر أسبقية الطلبات لتنفيذه على الخرائط واستمارات التغيير وحتى لتسيير تحديد الحالات التي قدم فيها أكثر من طلب على عقار واحد كما يجب على الأمورية مراقبة حصول التنفيذ على الخرائط المساحية واستمارات التغيير بمعرفة المكتب الهندسي بكل دقة د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 40 وما بعدها. مدحت محمد الحسني، اجراءات الشهر العقاري وفقاً للتعديلات الأخيرة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1995، ص 121 وما بعدها.

الفرع الثالث: إجراءات القسمة الرضائية في القانون السوري

ذكرنا سابقاً أن القانون السوري اعتبر القسمة التي تتم باتفاق الشركاء عقد رضائي ولم يشترط شكلية معينة لانعقاده⁽¹⁾ تحت طائلة البطلان المطلق كأن يكون محرراً بشكل رسمي ومن قبل جهات مختصة متأثراً بذلك بالقانون المصري دون أن يراعي الاختلاف في أنظمة الشهر العقاري بين البلدين.

وعقد القسمة الرضائية أو الحكم الصادر فيها، إذا لم يكن مسجلاً يسري على المتقاسمين فيما بينهم، ولكنه لا يسري على الغير إلا من تاريخ تسجيله لذلك فمن الأفضل للشركاء أن يقوم بشهر عقد القسمة وتسجيله في السجل العقاري عن طريق ما يعرف بالتسجيل بالإفراز⁽²⁾ التخاصص الرضائي⁽³⁾.

(1) وما يترتب على ذلك من إرهاب للمحاكم بدعاوى تثبيت القسمة الرضائية وإضاعة وقت وجهد يمكن اختصارها باشتراط صيغة رسمية لعقد القسمة امام مكتب السجل العقاري وذلك أسوة بالقوانين العربية التي أخذت بنظام السجل العيني المطبق في سوريا أيضاً راجع الصفحة 58 وما بعدها من الفصل الاول من هذه الرسالة

(2) الافراز في سوريا يخضع لإجراءات معقدة، وله بنية تشريعية تتمثل في مجموعة من القوانين و الانظمة التي تضبط موضوعه ويبدأ من قانون تنظيم السجل العقاري وقانون التجميل و إزالة الشيوخ للأرض الزراعية بالإضافة لقانون (33) لعام 2008 حيث يوجد عقارات مشاعة، كما في حال وجود منطقة مكونة من مجموعة الاراضي ذات الملكية الشائعة، ولكن أكثر من خمسين بالمائة مبني من هذه العقارات فالقانون (33) اتاح للمحافظة رفع مشروع باعتبار هذه المنطقة خاضعة لأحكام القانون (33) وتشكل له لجنة لإزالة الشيوخ. أما بالنسبة للمناطق العمرانية وتحديد داخل المخطط التنظيمي فهناك قانون الادارة المحلية رقم (107) لعام 2011 الذي يشترط موافقة البلدية على الافراز في الاراضي داخل المخطط التنظيمي بالإضافة إلى القانون رقم (9) لعام (1974) وهو قانون تنظيم وتقسيم عمران المدن وينص على أن يكون الافراز بموافقة المالكين الذين يشغلون هذه العقارات ثم يتم الافراز بما يتوافق مع المخطط التنظيمي بعد اقتطاع ثلث مساحة العقار للطرق والساحات و الحدائق والمشيدات العامة حسب ما جاء في المادة الثالثة منه. الامر الذي جعل من معاملة الافراز العقاري عقدة تثقل كاهل الحكومة والمواطن في نفس الوقت ولذلك لا بد من دراسة واقع واجراءات معاملة الإفراز واعادة النظر في اجراءات تطبيقها والعمل على تبسيطها.

(3) انظر قانون السجل العقاري قرار رقم 188 للعام 1926 ص 129 - 130

ويكون هذا التسجيل في حال وجود عقار أو أكثر من حصة في عقار واحد ويتقاسم الشركاء هذا العقار فيما بينهم حسب الاتفاق الرضائي.

فإذا كانت الملكية لعدة أشخاص تقاسمه الأطراف بالاتفاق الرضائي حسب مخطط مرسوم وتقرير خبرة وعقد تخصص موقع من الجميع، ثم يتقدم الفرقاء إلى رئيس المكتب العقاري بطلب تخصص، وتقدم دعوى إلى محكمة الصلح المدني بعد وضع الإشارة، وبعد المناقشة والكشف يصدر القاضي قراره مؤيداً بتقرير الخبرة والمخطط الإفرزي العقاري ويحول هذا القرار إلى رئيس المكتب العقاري بعد إبرامه ثم يطلب صاحب الحق أو وكيله تنفيذ هذا القرار بالإفراز بعد استكمال الأوراق المطلوبة وهي:

1- براءة ذمة مالية.

2- قيد مالي.

3- قيد عقاري.

4- صك العقد (على عدة نسخ).

5- قرار الحكم مكتسب الدرجة القطعية.

6- مخطط للعقار.

7- موافقة البلدية.

8- محضر تخوم.

أما إذا كان الاختصاص لعدة دور للسكن مالكيها متساوون فيما بينهم فيحق لهم التقدم بطلب إلى رئيس المكتب العقاري⁽¹⁾ يشرحون فيه أنهم يملكون على الشيوع هذه العقارات وينسب متساوية فيما بينهم وأنهم راغبون بإجراء تخصص رضائي بحيث يختص الأول بتمام العقار الأول والثاني بتمام العقار الثاني.. الخ وبعد أن اختص كل واحد منهم وأسقط حقه مما اختص به الآخر، من الحق المتعلق بهذا التخصص⁽²⁾، يطلب تسجيل جميع ما ذكر في السجل العقاري، ويتوجب التسجيل وفق الأوراق التالية:

1- طلب إلى رئيس المكتب العقاري.

2- عقد تخصص رضائي.

3- سند تملك.

4- قيد مالي للعقارات.

5- براءة ذمة لكل مقسم على حدة.

6- صور عن الهويات لجميع المالكين.

7- إرسالية بالرسوم وإيصال بالدفع.

(1) دون الحاجة لإقامة دعوى قضائية والحصول على حكم بتصاديق القسمة.

(2) وهذه الطريقة قائمة على اعتبار القسمة نتيجة لازمة لعملية مبادلة بين الانصية الشائعة للشركاء وهو تصور خاطئ يفرغ القسمة من مضمونها و لا يتفق مع الأثر الكاشف راجع الصفحة 50 وما بعدها من هذه الرسالة.

وإن دعوى تثبيت القسمة الرضائية في القانوني السوري تنظر أمام محكمة الصلح المدني تبعاً لاختصاصها النوعي بغض النظر عن قيمة المال المطلوب قسمته وذلك استناداً للفقرة هـ من المادة (64) من قانون أصول المحاكمات المدنية السورية لعام 2016⁽¹⁾.

والتي تنص على: "تختص محكمة الصلح مهما تكن قيمة المدعى به في الدعاوى الآتية:

هـ - قسمة الأموال المنقولة والعقارية والرضائية والقضائية، وصحة العقد وفسخه، ويشترط في دعوى القسمة الرضائية ما يشترط في اي دعوى فمنها ما يتعلق باستحضار الدعوى ومنها ما يتعلق بقيدها ومنها ما يتعلق بأطرافها.

وبالنسبة لاستحضار الدعوى فقد اشترط القانون أن يتضمن استدعاء الدعوى بعض البيانات الالزامية (اسم المحكمة، اسم المدعي والمدعى عليه، وموطنه، بيان موضوع الدعوى فإذا كان من العقارات وجب تعيين موقعه ورقم محضره - عرض الأوجه القانونية التي تؤسس عليها الدعوى ومستند القسمة - توقيع المدعى أو وكيله - تاريخ الدعوى)⁽²⁾.

(1) وقد كانت دعوى تثبيت القسمة الرضائية حسب قانون الاصول المحاكمات القديم تخضع لقواعد الاختصاص القيمي حيث جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية (الاجتهاد مستقر على دعوى تثبيت القسمة الرضائية تخضع لقواعد الاختصاص الكمي وهي بذلك تختلف عن القسمة القضائية المشمولة باختصاص قاضي الصلح النوعي. اساس 175 لعام 1981 قرار 682 تاريخ 1981/4/9 مجلة المحامون عدد 7 لعام 1981.

(2) محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الاول، منشورات جامعة دمشق، 2010، ص 376 وما بعدها.

ويجب أن ترفق معها كافة المستندات المؤيدة لها بالإضافة لبيان القيد العقاري و المخطط المساحي.

أما بالنسبة لقيد الدعوى فهي كسائر الدعاوي الأخرى تقدم الى المحكمة المختصة وترتبط بها الوثائق المؤيدة للدعوى، وتدفع الرسوم المتوجبة قانوناً، إضافة إلى شرط وضع إشارة الدعوى باعتبار هذه الدعوى من الدعاوي العينية العقارية التي يتوقف نظر الدعوى على وضع إشارتها وفقاً لما قصت به المادة /47/ من قانون السجل العقاري رقم /188/ لعام 1926⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأطرافها فلا بد من تحديد المدعى و المدعى عليه في الدعوى، ويشترط في المدعي والمدعى عليه أو المتدخلين في الدعوى أن يكونوا متمتعين بالأهلية اللازمة للتقاضي فالقاصر والمحجور عليه والساقط من الحقوق المدنية لا يحق له المثل بنفسه في الدعوى لا بصفة مدعٍ ولا مدعى عليه ولا بد من شخص يمثله وهو الولي أو الوصي أو القيم.

ولا بد من اختصاص كافة الشركاء في المال الشائع وأصحاب الإشارات على صحيفة العقار⁽²⁾، ويجب أن تكون القسمة قابلة للتنفيذ من الناحية التنظيمية

(1) وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية: ((إن وضع إشارة الدعوى يعتبر من القيود الاجبارية وتعتبر من النظام العام وعلى المحكمة من تلقاء نفسها أن تتأكد من قيد إشارة الدعوى في كل دعوى تنص على حق عيني أصلي فإذا لم توضع إشارة الدعوى على العقار فإنه يمتنع على المحكمة سماع الدعوى وقبل تقرير ذلك عليها أن تتلافى هذا النقص فإذا لم يتحقق فلها أن ترفض سماع الدعوى)) قاعدة 558 ص 468 مجلة المحامون لعام 1975.

(2) المحامي محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، المجلد الاول، المرجع السابق، ص 393.

والادارية، فإن كانت مخالفة لأنظمة البناء أو التعليمات البلدية جاز للمحكمة رفضها⁽¹⁾.

فإذا كان المال المقسوم أرضاً معدة للبناء تعين عرض مخطط الإفراز على البلدية لأخذ موافقتها عليه وذلك وفقاً لما قضى به قانون الادارة المحلية رقم 107 لعام 2011 في المادة 64 منه التي نصت على أن: "1- مع الاحتفاظ بأحكام القانون رقم 9 تاريخ 1974/1/27 وتعديلاته لا يجوز تقسيم أو إفراز أو تنظيم الأراضي ضمن حدود الوحدة الإرادية أو أي افراز طابقي أو أي إفراز يشمل جزءاً مبنياً بدون مصور تصدق عليه مسبقاً الجهة الإدارية التي يحددها المكتب التنفيذي المختص".

فإذا كانت القسمة الرضائية مخالفة لأنظمة البلدية ونظام ضابطة البناء فلا تثريب على المحكمة في رد الدعوى لهذه العلة.

وهو ما أكدته الاجتهاد القائي حيث جاء فيه:

((إن إغفال محكمة الاستئناف مناقشة الدفع المثار حول عدم أخذ موافقة البلدية على القسمة الرضائية موجب للنقض))⁽²⁾.

أما إذا كان العقار المراد قسمته أرضاً زراعية خارج التنظيم فلا يجوز أن تنقص مساحة الارض عن 4000/م² وذلك تطبيقاً لما نص عليه قرار وزير الشؤون البلدية والقروية رقم 179 - 6028 تاريخ 1970/5/30 وبالتالي يمنع

(1) قرار محكمة النقض رقم 1989/448، مجلة المحامون، عام 1989، ص 657.

(2) قاعدة 507 قرار محكمة النقض رقم 1990/188، مجلة المحامون 1991، ص 363.

الإفراز في الأراضي الزراعية التي تقل مساحتها عن 4 دونمات وتبقى على الشيوع بين الشركاء وهو ما أثار انتقاد الفلاحين لأنه حال دون تمكين الأسر من إفراز أراضيها وما ترتب عليه من ترك مئات الدونمات مشتركة دون استصلاح بالإضافة لما يخلق من المشاكل بين الشركاء وهم بحالة ماسة للإفراز من أجل استثمار الأراضي وزراعتها علماً أن أغلبهم لا يملكون الا تلك القطع التي يمنعهم القانون من فرزها.

ونتمنى من المشرع أن يخفض الحد الأدنى لمساحة الأرض القابلة للإفراز من 4 دونمات الى 2 دونم بما يسهل فرز الأراضي ويحقق الفائدة المرجوة لان عدم افرازها يحد من استصلاحها والاستفادة منها مما يسهم في ازدياد مشكلتي الفقر والبطالة بين افراد المجتمع.

ويبقى أن نذكر ان قرار محكمة الصلح المدني بتثبيت القسمة قرار قابل للطعن بطريق الاستئناف وقرار محكمة الاستئناف مبرم.

الخاتمة والتوصيات

قدمت فيما سبق دراسة تحليل مقارنة تناولت فيها موضوع النظام القانوني للقسمة الرضائية للعقار وقد حرصت من خلال ذلك أن أحلل مقومات هذا العقد وطبيعته القانونية والأحكام المترتبة عليه وآثاره في ضوء أحكام القانون والفقه والقضاء وقد خرجت بدراستي هذه باستخلاصات ونتائج هامة منها ما هو مفصلي ويحتاج من المشرع الوقوف ملياً أمام نصوص القانون المتعلقة بعقد القسمة الرضائية، ونتائج أخرى وجدت أنه لا بأس في أن أعرض لها لعل هذا الأمر يلقي مزيداً من الضوء عليها ويجعلها أكثر تلبية لاحتياجات المجتمع القانوني.

سأعرض جملة النتائج والتوصيات على أمل أن تكمل صورة الدراسة

كالآتي:

النتائج:

1- إن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق للملكية تجتمع فيه عناصر الملكية الثلاث: الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولكن محل هذا الحق غير محدد إذ يقع على مجموع المال الشائع فالملكية على الشيوع تظهر كمزيج من حقوق ملكية كاملة ولكنها معرقة ومقيدة في ممارستها بواسطة الحقوق المماثلة العائدة للملاك على الشيوع الآخرين وذلك لأن حدود كل منها غير محددة داخل الكتلة الشائعة، الأمر الذي يجعل من القسمة الرضائية طوق النجاة بالنسبة للشركاء المشتاعين للتخلص من الشيوع وتخصيص النطاق المادي لحق كل شريك وتحديدده ليمارس عليه

سلطاته دون أي قيد. فيكون للقسمة أثر محدد وهذا ما تقتضيه طبيعة الحق الشائع الغير المحدد على الكتلة الشائعة.

2- تم التوصل إلى تعريف جامع ومانع بالحد الممكن للقسمة الرضائية بأنها عملية إفراز تتم برضى الشركاء وإجماعهم عبر عقد رضائي فيما بينهم ويؤدي إلى فض الشيوخ واستقلال كل شريك بجزء محدد من المال الشائع ينفرد بملكته أو بجزء من ثمن هذا المال يعادل حصته فيه ويستأثر بكامل سلطات الملكية الخاصة عليها.

3- عقد القسمة الرضائية يتمتع بصفات وخصائص وآثار تجعل من طبيعته القانونية مختلفة عن غيره من العقود الشبيهة به، فهو ليس من عقود المعاوضة وإنما من عقود المساواة ولا يتضمن أي معنى للمبادلة لأنها تؤدي إلى اعتبار المتقاسمين أخلاقاً لبعضهم البعض وهو ما لا يمكن عقلاً قبوله فكل متقاسم هو خلف للمتوفي حيث يستمر بعد القسمة في ممارسة حق كان يملكه قبلها والاثـر الجوهري للقسمة الرضائية هو الإفراز (التحديد) بوصفه عقد كاشف عن الملكية ومحدد لها.

4- إن الآلية التي تتم بها القسمة الرضائية للعقار الشائع هي عبارة عن عملية إفراز للأنصبة الشائعة المشتبكة على نفس المحل المادي وهو الشيء الشائع بجملته ليتحدد على أساسها النطاق المادي أو المضمون الكمي لحق كل شريك فتصبح ملكيته مفرزة واستثنائية بعد أن كانت شائعة فتكشف عن الحق الثابت لكل شريك، فالقسمة تحدد الشيء الذي يقع عليه

الحق، والحق هو نفسه لم يتغير فحق الشريك المشتاع قبل القسمة هو نفس حقه بعدها.

وهذه الآلية هي الأكثر انسجاماً وتوافقاً مع طبيعة حق الشريك على الشيوع وهو حق ملكية كامل ولكنه يقع مادياً على الشيء الشائع كله ومعرقل في ممارسته بحقوق باقي الشركاء المشتبكة معه على الشيء الشائع.

5- استناداً الى الآلية التي تتم بها القسمة الرضائية فقد توصلنا الى أن الرأي القائل بأن القسمة هي نتيجة لازمة لعملية مبادلة وما يستتبع ذلك من ترتيب اثر ناقل للقسمة هو رأي خاطئ ويقوم على افتراض مخالف للواقع وهو افتراض ملكية كل شريك في كل ذرة من ذرات المال الشائع بمقدار حصته وإن القسمة تتم نتيجة عملية مبادلة او مقايضة.

وهذا التصور الخاطئ يعود بجذوره الى القانون الروماني حيث أن الرومان وتحت تأثير نزعتهم للملكية الفردية استخدموا قوانين الافتراض واعتبروا حق المالك على الشيوع كمن يملك وحده وذلك بافتراضهم انقسام فكرة الشيء الشائع وانقسام حق الملكية عليه مما يجعل الحصص محددة ومنفصلة مادياً وبطريقة محسوسة اثناء قيام الشيوع وقبل القسمة بما في ذلك من إنكار لواقعة الشيوع نفسها.

كل ذلك للهروب من حقيقة وجود ملكية شائعة يجتمع فيها أكثر من شخص بملكية شيء واحد دون القدرة على تحديد نطاق مادي لحق كل منهم. لذلك لا بد من العدول عن هذا التصور الخاطئ والتخلص من هذا

الارث الروماني الثقيل والتسليم باستقلالية القسمة في ذاتها وقدرتها على
انهاء حالة الشيوخ عن طريق الافراز.

6- أخطأ الاجتهاد القضائي السوري في اعتبار عقد القسمة الرضائية من
عقود المقايضة وذلك يعود برأينا الى اختلاف عقد القسمة الرضائية عن
عقود المعاوضة سواء من حيث الطبيعة القانونية باعتباره عقد محدد
للملكية أو من حيث الآثار بوصفه عقد كاشف عن الملكية لا ناقلاً لها.

7- عقد القسمة الرضائية يعد في القانون السوري من العقود الرضائية، وقد
تبين لنا أن السبب في ذلك هو تأثر المشرع السوري بأصله المصري دون
أن يراعي الاختلاف في أنظمة الشهر العقاري بين البلدين وما يترتب
عليها من نتائج مهمة.

وقد وجدنا أنه كان من الأولى على المشرع السوري أن ينص وبشكل
صريح على شكلية عقد القسمة الرضائية كركن أساسي من أركان انعقاده
أسوةً بأغلب القوانين العربية التي أخذت بنظام السجل العيني (المأخوذ به
في سوريا أيضاً) واشترطت الشكلية في عقد القسمة و السبب في ذلك
حسب رأينا هو أن نظام السجل العيني يعطي الحق للقوانين الآخذة به في
التشدد واشتراط الشكلية في تحرير العقد بشكل رسمي كركن أساسي
لانعقاده بحسب أهمية هذا العقد لا فرق في ذلك سواء كان من العقود
الناقلة للحق والملكية أما الكاشفة عنها. وذلك لأن نظام الشهر العيني لا
يفرق في الجزاء المترتب على عدم القيد بين التصرفات المنشئة أو

الكاشفة فالحقوق غير المقيدة لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم.

وذلك على عكس نظام الشهر الشخصي الذي يعتبر التصرفات الكاشفة نافذة بين الشركاء ولو لم يتم تسجيلها ويمكن الاحتجاج بها فيما بينهم، الأمر الذي يحد من قدرة القوانين الآخذة بهذا النظام من اشتراط الشكلية في عقد القسمة باعتباره نافذاً بين الشركاء بغير تسجيل.

8- الحق في طلب القسمة لا يعتبر حقاً مطلقاً، وإنما يرد عليه بعض القيود منها ما يجري باتفاق الشركاء، وهي ما تعرف بالقيود الاتفاقية، ومن القيود أيضاً القيد القانوني بموجب نص القانون، وأخيراً القيد القضائي يتمثل بسلطة المحكمة على إبقاء الشركاء على الشيوع، إذا كان ذلك يصب في مصلحتهم وإذا كانت القسمة العاجلة تضر بمصالحهم وقد أخذ القانون السوري والمصري بالقيد الأولين ولم يأخذ بالقيد القضائي على عكس المشرع اللبناني، والكويتي الذين أخذوا بالقيد القضائي وهو ما نتمنى من المشرع السوري أن يتداركه.

9- بموجب المادة (789) مدني سوري قد أعطى المشرع للشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة التي تلائمهم ولكن اشترط أن يكون هذا الاختيار بإجماع جميع الشركاء، وعليه فإن هناك حاجة إلى تعديل التشريع السوري والمصري من أجل إعطاء أغلبية الشركاء الحق بإجراء القسمة الرضائية ونفاذها على جميع الشركاء.

10- في حال وجود قاصر بين الشركاء على الشيوع فإن القانون السوري والمصري يتطلب رقابة سابقة من جانب المحكمة بأن تأذن للوصي بإجراء القسمة كما يتطلب رقابة لاحقه من جانب المحكمة بأن تصدق على القسمة بعد التثبيت من عدالتها. وهذه الحماية مقررة للقاصر إذا كان من يتولى أعماله هو الوصي أما الولي فلا رقابة عليه في القانون السوري ويعفى من الحصول على إذن المحكمة لإجراء القسمة الرضائية سواء كان الولي هو الأب أو الجد. في حين كان المشرع المصري أكثر حذراً ودقة حيث أعفى الولي من رقابة المحكمة إذا كان الأب أما إذا كان غير الأب كالجد مثلاً فهو ملزم باستئذان المحكمة لإجراء القسمة الرضائية شأنه شأن الوصي وهذا الحكم يقدر للمشرع المصري ونتمنى من المشرع السوري أن يحذو حذوه.

أما المشرع الأردني فقد منع القسمة الرضائية في حال وجود ناقص الأهلية ولا مجال أمام الشركاء وممثل القاصر إلا القسمة القضائية وهذا الحكم منتقد ونتمنى على المشرع الأردني التراجع عنه.

11- للغبن في عقد القسمة الرضائية أحكام خاصة وذلك لأهميته البالغة، حيث وجدنا أن المشرع السوري يقيم الغبن على أساس مادي بحت فمجرد حصول غبن في عقد القسمة الرضائية يزيد مقداره على الخمس، يكون كافياً بذاته لنقض تلك القسمة فالغبن في عقد القسمة يقوم على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين بخلاف عقود المعاوضة التي تحتمل الربح والخسارة وبذلك يختلف عقد القسمة الرضائية عن العقود الأخرى التي

يتطلب القانون أن يترافق الغبن فيها مع استغلال طيش بين أو هوى جامع كشرط لإبطاله.

والطعن بنقض القسمة للغبن محصور بالقسمة الرضائية فقط دون القضائية إذ يفترض أنها أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها منع الغبن عن المتقاسمين.

12- أجاز القانون السوري للدائنين التدخل في إجراءات القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية، وقد حدد المشرع بدقة طريقة التدخل بالقسمة الرضائية فأوجب على الدائنين تقديم الاعتراض بإنذار رسمي الى جميع الشركاء بعدم إجراء القسمة دون تدخلهم، دون تمييز بين الدائن العادي أو الدائن المقيد حقه قبل إبرام القسمة فكلاهما ملزم بتوجيه الاعتراض وإلا كانت القسمة الرضائية نافذة في حقه.

أما القانون الأردني فيحسب له أنه استثنى من إرسال الإنذار العدلي الدائنون المقيدة حقوقهم وأوجب إدخالهم في إجراءات القسمة الرضائية لأن حقوقهم قيدت قبل إجراء القسمة وهم معروفون من قبل الشركاء ونتمنى من المشرع السوري أن ينص عليه الاستثناء أيضاً. في حين أن القانون المصري قصر التدخل على القسمة القضائية فقط دون الرضائية وبالرغم من ذلك يذهب غالبية الفقهاء الى وجوب التوسع في تفسير النص القانوني بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والرضائية على السواء.

13- اختلفت القوانين محل البحث في الأثر المترتب على قسمة المال الشائع هل هو أثر كاشف أم أثر ناقل، ومن خلال دراستنا لأثر القسمة تبين أنه

قد مر بمراحل عديدة منذ القانون الروماني، ومروراً بالإسلامي، وانتهاء بالتشريعات الحديثة وإزاء النتائج الضارة وغير العادلة التي ترتبت في ظل الأثر الناقل للقسمة، اتجه الفقه والقضاء في عهد القانون الفرنسي القديم إلى تصور آخر للقسمة والذي رجح الأثر الكاشف للقسمة في المادة (883) وكذلك فعل القانون المدني المصري في المادة (843) ثم انتقل إلى المادة (797) من القانون المدني السوري ومن أجل حصول كل شريك على حصته المفردة خالية من تصرفات باقي الشركاء خلال الشروع تم الربط بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي والذي تكون لدى الفقه في صياغة هذه المواد.

وقد بحثنا في الأثر الرجعي للقسمة وتبين لنا أنه قد تم اللجوء إليه بسبب عجز الفقهاء التقليديين عن تبرير ما تحدثه القسمة من تغيير كمي في حق كل شريك بتحويله من حق شائع وغير محدد إلى حق واضح ومحدد على ضوء نظرهم التقليدية للتصرف الكاشف كمحض تصرف إقراري لا يضيف ولا يغير شيئاً في الحق الذي يكشف عنه فلجؤوا إلى الافتراض وأعطوا للقسمة أثراً رجعياً يلغي مرحلة الشروع على الرغم من أن وجودها واستمرارها طوال فترة ما قبل القسمة كان حقيقة ماثلة.

ونظراً للنتائج غير المقبولة التي تترتب على الأخذ بالأثر الرجعي للقسمة توجهت جهود الفقه الحديث إلى تخليص المفهوم الكاشف من الزيف الذي لحق به بسبب الرجعية وقد ذهبوا في تبريرهم لما تحدثه القسمة من تغيير في حق الشريك إلى مفهومهم الجديد للتصرف الكاشف فهو بنظرهم لا

يقتصر على تقرير وضع قانوني سابق بل يمتد ليشمل التغيير في بعض عناصره بما يزيل العقوبات التي تمنع من مباشرته.

14- تبين أن أصحاب المفهوم التقليدي للتصرف الكاشف نزعوا عنه مادته وجوهره عنما ربطوه بالرجعية

وأصحاب المفهوم الحديث للتصرف الكاشف أعطوا للأثر الكاشف قوة غير عادية من خلال دمج الأثر الكاشف بالأثر المحدد للقسمة بغية الحفاظ على وحدانية القسمة.

وإن هذا التخطي والجدل الفقهي بسبب فكرة التغيير المزعوم الذي قيل أن القسمة تحدثه في حق كل شريك فهي في نظرنا فكرة غير صحيحة لأنها تقوم على أساس وجود اختلاف بين حق المالك على الشيوع وحق المالك ملكية فردية بينما الواقع أن الحق هو نفسه لم يتغير والتغيير حصل في الشيء الذي يقع عليه الحق فالخلاف هو مجرد فرق في المضمون الكمي لكل من الحقين لا يمكن أن ينهض فيصلاً للفرقة بينهما.

فمشكلة أصحاب فكرة التغيير أنهم نظروا إلى الحق من خلال الشيء الذي يقع عليه.

15- إن نظرية الأثر المزدوج للقسمة (الكاشف والناقل) والتي تعتبر الفقه الإسلامي مصدر تاريخي لها تحمل الفقه الإسلامي ما لم يقوله حيث وجدنا أن حقيقة القسمة في الفقه الإسلامي هي معاوضة ذات أثر ناقل، وهذه المعاوضة تتحقق بالمبادلة أما الإفراز فقد لجؤوا إليه تحت ضغط الحاجات العملية كوسيلة للوصول إلى هذه المعاوضة عندما تكون الأموال المقسومة

من جنس واحد فيرجح الإفراز على المبادلة لتساوي البديلين من كل وجه فالقسمة لديهم هي عملية معاوضة ادواتها المبادلة والإفراز.

وبالتالي لا محل برأينا للقول بالأثر الكاشف للقسمة بالفقه الإسلامي لأن ما قصده الشرعيون بالإفراز يختلف تماماً عن الأغراض التي أدت الى ظهور الأثر الكاشف في القانون الفرنسي وإن ما قدمناه من نقد لألية المبادلة التي يقول بها أنصار الأثر الناقل للقسمة يصبح أن يوجه لمقوله الأثر المزدوج للقسمة بنفس القدر فلا يمكن الاعتراف للقسمة بأقل أثر ناقل فكل متقاسم هو خلف لنفسه لأنه انما يستمر بعد القسمة في ممارسة حق كان يملكه قبلها وهذا الطابق السلبي المتمثل بانعدام الأثر الناقل.

16- للقسمة الرضائية اثر محدد لا يتعارض أبداً مع اثرها الكاشف، وبالتالي يكون للقسمة أثر مزدوج كاشف بمعنى انها لا تخلق جديداً، ومحدد بمعنى أنها تصرف في الكتلة الشائعة اثره الحالي هو التحديد والتخصيص ومن هذا الأثر المحدد الذي يجب بالضرورة أن يكون حالياً نستخلص تبرير فكرة عدم النفاذ وتتحقق حماية الشركاء من تصرفات غيرهم خلال الشروع وبه تنتهي الرجعية ويتفكك الربط التقليدي بينها وبين الأثر الكاشف ويبقى الشروع كحقيقه قائمة قبل القسمة.

17- يترتب على تطبيق الأثر الكاشف عدة آثار تختلف عن آثار التصرفات الناقلة منها سقوط التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على جزء آل إلى شريك آخر بعد القسمة، وعدم صلاحية القسمة سبباً صحيحاً لاكتساب

الحقوق العينية بالتقادم القصير واعتبار القسمة من عقود المساواة لا من عقود المضاربة.

18- مبدأ الضمان في القسمة الرضائية له أساس يختلف عن الأساس الذي يقوم عليه في التصرفات الناقلة، فهي في القسمة يستند على مبدأ المساواة، وانطلاقاً من هذا المبدأ حرص المشرع السوري والمصري على النص عليه، واشترطاً لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان أن تتوفر شروط محددة فإذا توافرت ورفعت دعوى الاستحقاق وحكم للغير بالاستحقاق التزم المتقاسمون الآخرون كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه.

أما المشرع الأردني فقد نهج نهجاً مغايراً فهو لم يرتب الضمان بل رتب البطلان في حالة الاستحقاق ويؤخذ على المشرع الأردني أنه لم يتطرق لموضوع التعرض خلافاً للتشريعات العربية المقارنة، إذ ما هو الموقف القانوني إذا ما تعرض الغير للحصة التي آلت إلى المتقاسم بموجب القسمة بالنسبة لباقي المتقاسمين الآخرين خاصة إذا كانوا يملكون من الدفع ما تؤدي إلى دفع تعرض الغير؟

19- أما فما يتعلق بإجراءات القسمة الرضائية في القانون السوري ونتيجة اعتبار القسمة الرضائية عقد رضائي دون أن يشترط فيه شكلية معينة لانعقاده مما أدى إلى تخطيط في طريقة تسجيل عقد القسمة تقوم على التمييز بين القسمة في حال وجود عقار أو أكثر من حصة في عقار واحد فقد اشترط القانون لتسجيلها حصول الشركاء المتقاسمين على حكم

قضائي مكتسب الدرجة القطعية بتثبيت عقد القسمة وما يترتب على ذلك من إرهاب للمحاكم بدعاوى تثبيت القسمة وإضاعة وقت وجهد يمكن اختصارها باشتراط الشكلية في عقد القسمة والحالة الثانية هي حالة القسمة في عدة عقارات وملكية الشركاء متساوية فيختص كل شريك بعقار ويسقط حقه بما اختص به باقي الشركاء فلم يشترط قانون السجل العقاري في هذه الحالة الحصول على حكم قضائي لتسجيل القسمة مكتفياً بحضور الأطراف والسبب في ذلك هو الاجتهاد القضائي الخاطئ القائم على اعتباره القسمة في هذه الحالة عقد مقايضة ناتجة عن عملية مبادلة بين الأنصبة الشائعة للشركاء وهو كما سبق وذكرنا تصور خاطئ ينكر واقعة الشيوع ويفرغ القسمة من مضمونها ولا يتفق مع الأثر الكاشف لها.

التوصيات:

1- دعوة المشرع السوري إلى ضرورة التدخل لإعادة النظر في التنظيم القانوني لعقد القسمة الرضائية، حيث أن أهمية هذا العقد وكثرة تداوله بين الناس، وما يتمتع به من خصائص تميزه عن غيره من العقود كما تبين من خلال هذه الدراسة، تفرض إسباغ الحماية التشريعية له، والخطوة الأولى لتحقيق هذه الغاية تكون بالتسليم بالطبيعة الخاصة لعقد القسمة الرضائية، وإخراجه من عباءة عقد المقايضة وإيجاد تنظيم تشريعي خاص به كعقد مسمى له تنظيم قانوني مستقل يتناسب مع طبيعته وأهميته بدلاً من إبقاء أحكامه متناثرة بين أحكام الشيوع في القانون المدني ونصوص

القوانين الخاصة إضافة إلى الإحالة إلى أحكام عقد البيع والمقايضة رغبة في الهروب من المشكلة الأمر الذي أدى إلى زيادة تعقيدها.

2- دعوة المشرع السوري إلى إضافة نص واضح يزيل الفجوة بين طبيعة عقد القسمة الرضائية والأثر المترتب عليه، يفيد بأن القسمة الرضائية في العقار ماهي إلا إفراز للحصص الشائعة بما ينسجم مع ما توصلنا إليه من أثر كاشف ومحدد لعقد القسمة الرضائية وذلك حتى يزول أي شك أو تردد يمكن أن يوقع رجال القانون ورجال القضاء في حيرة، بالإضافة إلى وجوب اشتراط الشكلية كركن من أركان هذا العقد أسوى بأغلب القوانين العربية المقارنة.

ونقترح أن يكون نص المادة كالتالي: ((القسمة الرضائية هي إفراز وتحديد للحصص الشائعة، ولا يتم عقد القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في السجل العقاري)).

3- دعوة المشرع السوري إلى تعديل نص المادة (789) مدني سوري، بحيث يمكن لأغلبية مالكي العقار اللجوء إلى القسمة الرضائية وعدم اشتراط إجماعهم وذلك بهدف التقليل من الملكية الشائعة.

4- نوصي المشرع السوري أن ينص صراحة على القيد القضائي الذي يعطي السلطة للمحكمة بناءً على طلب أحد الشركاء أن تمنع القسمة الرضائية مؤقتاً إذا ثبت لها أن التعجيل فيها يسبب ضرراً جسيماً وهذا القيد له أهمية في إعطاء هامش كبير للمحكمة ودراسة كل واقعة على حدى بما يتفق مع قناعة القاضي بها والحكم فيها سيعطي حتماً نتائج أفضل.

5- دعوة المشرع السوري إلى إعادة صياغة المادة (796) مدني سوري، بحيث ينص صراحة على وجوب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة في إجراءات عقد القسمة الرضائية دون حاجة للمعارضة من قبل هؤلاء الدائنين وعدم الاقتصار على إدخالهم في القسمة القضائية فقط، وذلك لأن حاجة الدائنين للحماية أظهر وألزم في القسمة الرضائية منها في القسمة القضائية.

6- نتمنى من المشرع السوري تعديل المادة (797) مدني سوري مع ضرورة الإشارة في هذا التعديل إلى الطابق الكاشف والمحدد للقسمة، ونقترح أن يكون التعديل كالآتي: ((لا تعتبر القسمة سند تمليك وإنما هي تصرف محدد ويملك المتقاسم بموجبها النصيب المحدد له بناء على السند الذي تملك به في الشيوع وكأثر لعملية التحديد والإفراز تكون ملكيته لهذا النصيب مطهرة من كل حق رتبته غيره من الشركاء اثناء الشيوع)).

7- نوصي المشرع السوري بإعادة النظر في تنظيم الإجراءات العملية للقسمة الرضائية من خلال النص الصريح على شكلية عقد القسمة الرضائية كركن أساسي لانعقاده الأمر الذي يسهم في تبسيط وتسهيل إجراءات التسجيل لحصة كل شريك بدلاً من إضاعة الوقت والجهد في دعاوي تثبيت القسمة الرضائية وما يترتب عليها من إرهاق للمحاكم.

8- أخيراً نتمنى من المشرع السوري إلغاء التفرقة بين القسمة في عقار واحد وبين القسمة في عدة عقارات المنصوص عليها في قانون السجل العقاري السوري لأنها تقوم على تصور خاطئ يفرغ القسمة من مضمونها، فنتائج

القسمة الكاشفة والمحددة لحصة كل شريك في الحالتين واحدة فالعبرة للمضمون وليس للشكل الخارجي للمال المقسوم. فالنطاق المادي لحق كل شريك قد تغير حيث كان قبل القسمة يقع على كل المال الشائع، ومشتبكاً بحقوق باقي الشركاء ومقيداً بها أما بعد القسمة فقد أصبح حق كل شريك محددًا بحدود معروفة تميز ملكيته عن أي ملكية أخرى وهذا الدور الأساسي للقسمة في تحويل الملكية من شائعة الى مفرزة لا يمكن إنكاره بالاستناد الى الشكل الخارجي للمال المقسوم.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

أ. كتب الفقه الإسلامي:

1. سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، ط3، المطبعة الأدبية، بيروت، 1923.
2. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الاولى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
3. علاء الدين محمد بن علي: حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء التاسع، دار المعرفة، الطبعة الأولى، 2000م.
4. علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة، 1947.
5. علي حيدر: درر الحكام في شرح الأحكام، دار الجيل، 1991، الجزء الثالث.
6. فتح القدير، الجزء الثامن.
7. محمد بن احمد بن عرفة المالكي الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، 1417-1996.
8. مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1967.

9. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية والإدارة العامة للمعجمات أحياء التراث، الجزء الأول، دار الدعوة.

ب. كتب القانون:

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1990م.
- 2- احمد سلامة: التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون، 1966م.
- 3- احمد شوقي عبد الرحمن: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، 2004م.
- 4- احمد عبد العال أبو قرين: حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م.
- 5- ادم وهيب النداوي: شرح القانون المدني، العقود المسماة في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999م.
- 6- ادوارد عيد: الحقوق العينية العقارية الأصلية، الجزء الأول، مجلد 1، ط1، 1993م.
- 7- اسماعيل غانم: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، 1959م.
- 8- أشرف فايز اللساوي: قسمة المال الشائع، الطبعة الثالثة، 2004م، المركز القومي للإصدارات القانونية.

- 9- أمين بركات مسعود: شرح التشريعات العقارية السورية أعمال التحديد والتحرير والسجل العقاري التخمين العقاري و إزالة الشيوخ، التشريعات العقارية العربية، دراسة المقارنة، دن، 1994م.
- 10- أنور سلطان: العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1976م.
- 11- أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة العربية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005م.
- 12- أنور طلبة: المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر، 2004م، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة.
- 13- توفيق حسن فرج: الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983م.
- 14- توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة، د.ت، 1985م.
- 15- جابر محجوب علي: حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، 2004م.
- 16- جابر محجوب: حق الملكية في القانون المدني المصري، 2008م.
- 17- جابر محجوب: حق الملكية في القانون المدني المصري، 2009م.
- 18- جاك الحكيم: العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، منشورات جامعة دمشق، 2005م.

- 19- جميل الشرقاوي: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973م.
- 20- جورج الش دراوي: حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006م.
- 21- حسن جميعي: الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، دار التعاون للطباعة والتصوير، 2005م.
- 22- حسن كيره: أصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965.
- 23- حسن كيره: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، أحكام حق الملكية، ط2، سنة 1965م.
- 24- درويش مدحت الوحيد: الأحكام العامة في قانون الأراضي، الجزء الأول والجزء الثاني، دار الأمل للطباعة والنشر، 2001م.
- 25- رضا عبد الحليم عبد المجيد: الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، طبعة ثانية، د.ت.
- 26- رمضان أبو السعود: الموجز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001م.
- 27- رمضان أبو السعود: شرح العقود المسماة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000م.

- 28- رمضان جمال كامل: المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، الطبعة الثالثة، 1998م.
- 29- زهدي يكن: شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، د. ن، د. ت.
- 30- زهير جرح وعلي الجاسم: العقود المسماة، منشورات جامعة دمشق، 2010، 2011م.
- 31- سعيد جبر: حق الملكية، د. ن، 2001م.
- 32- سعيد عبد الكريم مبارك: موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، 1996م.
- 33- سعيد مبارك: موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى.
- 34- سمير كامل: ضمان العيوب الخفية، دار النهضة العربية، 1971م.
- 35- صوفي حسن أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1972م.
- 36- عبد التواب معوض: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف.
- 37- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني: القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، 1990م.

- 38- عبد الحميد الشواربي: إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986م.
- 39- عبد الحميد الشواربي: أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعية، 1995م.
- 40- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1967.
- 41- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 42- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 43- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1967م.
- 44- عبد المنعم البدرابي: الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، الطبعة الثالثة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1986م.
- 45- عبد المنعم فرج الصده: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
- 46- عبد المنعم فرج الصده: حق الملكية، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، الطبعة الثالثة، مصر.

- 47- علي حسين بحيرة: الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 48- علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة.
- 49- غنى حسون طه: الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، حق الملكية، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1977م.
- 50- فواز صالح وأيمن أبو العيال: القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، 2013م.
- 51- قدري الشهاوي: عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ت.
- 52- محمد العالم أبو زيد: الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى، الخرطوم، 2009م.
- 53- محمد الكشبور: القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء.
- 54- محمد المنجي: دعوى القسمة، طبعة مستحدثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008م.
- 55- محمد حسن قاسم: موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م.

- 56- محمد سعد خليفة: السجل العيني دراسة في القانون المصري والليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966م.
- 57- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، مطبوعات جامعة الكويت، 1988م.
- 58- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999م.
- 59- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 60- محمد صياح النشواتي: القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 1993م.
- 61- محمد عبد الكريم وآخرون: الموسوعة القانونية في الشهر العقاري، مكتبة الأنجلو مصرية، 1960م.
- 62- محمد عزمي البكري: قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1993م.
- 63- محمد علي عرفة: شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1952م.
- 64- محمد كامل مرسي: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995م.

- 65- محمد لبيب شنب: موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م.
- 66- محمد واصل: أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، 2010م.
- 67- محمد وحيد الدين سوار: حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997م.
- 68- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1996م.
- 69- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دمشق، المزركة، 1976.
- 70- محمود جلال حمزة: التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الخامس، الحقوق العينية، الكتاب الأول، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، 1998م.
- 71- محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، 1978م.
- 72- محمود خيال: الحقوق العينية الأصلية، جامعة القاهرة، 1992م.

73- مدحت محمد الحسين: إجراءات الشهر العقاري وفقاً للتعديلات الأخيرة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1995م.

74- مروان كركبي وسامي نصور: الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، الطبعة الثانية، 1999م.

75- مصطفى الجمال: نظام الملكية الخاصة والعامة والتعاونية، الجزء الأول، د.ت.

76- مصطفى الجمال: نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، 1985م.

77- مصطفى الجمال: نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، بيروت، 1985م.

78- منذر بالفضل: النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992م.

79- منصور مصطفى منصور: حق الملكية في القانون المدني، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965م.

80- منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م.

81- موريس نخلة: الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، بيروت، طبعة 1989.

- 82- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995م.
- 83- نعمان محمد خليل جمعة: الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 84- هبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، 2002م.
- 85- وليد نجيب القسوس: إدارة وإزالة المال الشائع، عمان، مطبعة الجامعة النموذجية، 1993م.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

1. علا محمد عبد العزيز المومني: أقر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2002م.
2. مازن زايد جميل عمران: القسمة الرضائية في العقار الشائع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008م.
3. مأمون الشامي: قسمة المال الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993م.
4. محمد سامح الشيخ سالم الدويك: قسمة المال الشائع في القانون المدني الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1994م.

5. محمد محمود عبد الله: قسمة المال الشائع، دراسة فقهية تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976م.

ثالثاً: الأبحاث القانونية:

1. محمد محمود عبد الله: تحليل مفهوم الملكية الشائعة وقسمة المال الشائع وأثرها الرجعي في ضوء القوانين الوضعية، دراسة تاريخية معمقة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع، العددان 25-26، الجزء الأول، 1991م.
2. منصور مصطفى منصور: تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة السادسة، 1964م.
3. مي عيسى: القسمة العقارية، مجلة المحامون، دمشق، العدد الأول، سنة 1985م.
4. نبيل زهر الدين: أثر القسمة في الملكية الشائعة، مجلة المحامون السورية، الأعداد 1 و2 و3، السنة 54، عام 1989م.

رابعاً: القوانين:

- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 1 لعام 2016م.
- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لعام 1953 .
- قانون البينات السوري رقم 359 لعام 1947م.

- قانون السجل العقاري السوري قرار رقم 188 لعام 1926م، طبعة 2010.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1979م.
- القانون المدني التونسي رقم 67 لعام 1980 .
- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949م.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950م.
- القانون المدني اللبني لعام 1976.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.
- القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء السادس، الحقوق العينية، من المادة/802- 1029/.
- قانون المسطرة المدنية المغربي رقم 35.10 لعام 2014 .
- القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992م.
- قانون المساحة الأردني رقم 48 لسنة 1929م.
- قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1995 لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية للدولة.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932م.
- قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لعام 1952 .
- قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني رقم 48 لسنة 1953م.
- مجلة الأحكام العدلية : فقه المعاملات في المذهب الحنفي ، دار ابن حزم.

- مجموعة قوانين وأنظمة الأراضي والمساحة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2007م، الباب العاشر، الفصل الحادي عشر، تحت عنوان معاملات التغيير.
- مدونة الحقوق العينية المغربية.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، الجزء الأول والجزء الثاني.

خامساً: الاجتهادات القضائية:

1. شفيق طعمة وأديب استانبولي: التقنين المدني السوري، ج6، المكتبة القانونية، دمشق، 1997م.
2. مجلة نقابة المحامون السورية.
3. مجلة نقابة المحامين الأردنية.
4. مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.
5. محمد أديب الحسيني: موسوعة القضاء المدني، ج1، ط1، مكتبة دار اليقظة العربية، دمشق، 2002م.
6. مدونة حمورابي.
7. المستشار محمد منصور، المستحدث من المبادئ الصادرة من الدوائر المدنية بمحكمة النقض.

سادساً: المواقع الإلكترونية:

- منشورات مركز عدالة: www.adaleh.com
- موقع وزارة الأراضي والمساحة الأردنية الإلكتروني: www.dls.jo
- www.courts.qov.ps/atemlate.asp

فهرس المحتويات

1	مقدمة
4	أهمية الدراسة:
5	أهداف الدراسة:
5	إشكالية الدراسة:
7	منهجية الدراسة:
11	الفصل الأول ماهية القسمة الرضائية للعقار
11	تمهيد وتقسيم:
13	المبحث الأول مفهوم القسمة الرضائية والطبيعة القانونية لها
15	المطلب الأول القسمة كأداة رئيسية لإزالة الشبوع
17	الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة وطبيعتها القانونية
17	البند الأول: التعريف بالملكية الشائعة:
21	البند الثاني: الطبيعة القانونية لحق المالك على الشبوع:
25	الفرع الثاني: معنى القسمة وأنواعها
25	البند الأول: التعريف بالقسمة الرضائية:
28	البند الثاني: أنواع القسمة:
35	المطلب الثاني طبيعة القسمة الرضائية في القانون المدني المقارن

الفرع الأول: عقد القسمة الرضائية ما بين البيع والإفراز في القوانين العربية.....	37
البند الأول: القسمة كعقد بيع:.....	41
البند الثاني: القسمة إفراز.....	65
الفرع الثاني: عقد القسمة يختلف عن غيره من النظم القانونية الشبيهة به.....	69
المبحث الثاني أحكام القسمة الرضائية.....	75
المطلب الأول أركان عقد القسمة الرضائية وأوصافه.....	77
الفرع الأول: خصائص عقد القسمة الرضائية:.....	79
الفرع الثاني: شروط القسمة الرضائية.....	83
البند الأول: ضرورة الإجماع لتمام القسمة الرضائية:.....	83
البند الثاني: تمتع الشركاء بالأهلية اللازمة:.....	87
البند الثالث: تسجيل عقد القسمة الرضائية:.....	87
البند الرابع: عدم وجود مانع من موانع القسمة:.....	88
الفرع الثالث: حماية الشركاء ناقصي الأهلية والغائبين:.....	99
البند الأول: سلطات الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب في إبرام القسمة الرضائية:.....	99

البند الثاني: حق ناقص الأهلية أو الغائب في الطعن على القسمة	
بالإبطال:.....	105
البند الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تقرير إبطال عقد القسمة	
الرضائية:.....	109
المطلب الثاني حالات خاصة بعقد القسمة الرضائية كعقد مختلف عن غيره	
.....	113
الفرع الأول: الغبن كسبب لنقص القسمة الرضائية.....	115
البند الأول: إمكانية إبطال القسمة الرضائية للغبن:.....	115
البند الثاني: شروط نقض القسمة الاتفاقية للغبن:.....	121
البند الثالث: أثر نقض القسمة الرضائية:.....	130
الفرع الثاني: موقف الدائنين من القسمة الرضائية:.....	136
البند الأول: موقف الدائنين قبل تمام القسمة:.....	137
البند الثاني: موقف الدائنين بعد تمام القسمة:.....	144
الفصل الثاني آثار القسمة الرضائية.....	149
تمهيد وتقسيم:.....	149
المبحث الأول الاتجاهات الفقهية في أثر القسمة.....	151
المطلب الأول التطور التاريخي لأثر القسمة وتأصيله.....	153

الفرع الأول: الأثر الناقل للقسمة في القانون الروماني والفقه الإسلامي	155
أولاً في القانون الروماني:	155
ثانياً: في الفقه الإسلامي:	157
الفرع الثاني: التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف (الرجعي)	162
للقسمة في القانوني الفرنسي	162
الفرع الثالث الخلط بين الأثر الكاشف والاثـر الرجعي للقسمة وضرورة	169
الفصل بينهما	169
أولاً: أهمية التفرقة بين المفهوم الكاشف والرجعية:	170
ثانياً: تناقص الأثر الرجعي مع حلول القانون الوضعي:	176
المطلب الثاني الأثر الكاشف للقسمة في الفقه الحديث	181
الفرع الأول: مفهوم أثر القسمة الكاشف في الفقه الحديث	183
أولاً: المفهوم الحديث للأثر الكاشف للقسمة:	183
ثانياً: حقيقة أثر القسمة:	187
الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من الاثر الكاشف للقسمة.....	191
أولاً: موقف القانون المدني الاردني.	191
ثانياً: موقف القانون المغربي:	193
ثالثاً: موقف القانون المدني المصري والسوري:	193

- الفرع الثالث: نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة 197
- أولاً: نطاق تطبيق الاثر الكاشف من حيث الاشخاص 197
- ثانياً: التصرفات التي يترتب عليها الاثر الكاشف للقسمة: 198
- ثالثاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الاموال 202
- الفرع الرابع: النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة 204
- أولاً: سقوط التصرفات التي رتبها أحد الشركاء على جزء آل إلى
شريك آخر بعد القسمة: 204
- ثانياً: عدم صلاحية القسمة سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية
بالتقادم القصير: 205
- ثالثاً: اعتبار القسمة من عقود المساواة لا من عقود المضاربة: . 206
- المبحث الثاني ضمانات القسمة الرضائية واجراءاتها 207
- المطلب الأول ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة الرضائية 209
- الفرع الأول: أساس ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة وشروطه
..... 211
- أولاً: أساس الضمان: 211
- ثانياً: شروط الضمان: 215
- الفرع الثاني: آثار الضمان وامتنياز المتقاسم 218
- أولاً: آثار الضمان: 218

220	ثانياً: امتياز المتقاسم:.....
	الفرع الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة في التشريع
223	المقارن.....
223	أولاً: في التشريع المغربي:.....
226	ثانياً: في التشريع المدني الاردني:.....
231	المطلب الثاني إجراءات القسمة الرضائية.....
233	الفرع الأول: إجراءات القسمة الرضائية في القانون الأردني
233	أولاً: طرق القسمة المقررة قانوناً للشركاء:
238	ثانياً: إجراءات القسمة الرضائية:
242	الفرع الثاني: إجراءات القسمة الرضائية في القانون المصري
245	الفرع الثالث: إجراءات القسمة الرضائية في القانون السوري
253	الخاتمة والتوصيات
253	النتائج:
264	التوصيات:.....
269	قائمة المراجع
269	أولاً: الكتب.....
279	ثانياً: الرسائل الجامعية:.....
280	ثالثاً: الأبحاث القانونية:.....

280	رابعاً: القوانين:.....
282	خامساً: الاجتهادات القضائية:.....
283	سادساً: المواقع الإلكترونية:.....
285	فهرس المحتويات