القسمة الاتفاقية وطبيعة أثرها : دراسة مقارنة

د/ خليل أحمد حسن قدادة *

تمهيد

1- التعريف بقسمة المال الشائع :

ترد القسمة على المال الشائع المملوك لأكثر من شخص على وجه الشيوع، وذلك لتحديد نصيب كل شريك فيه تحديداً مادياً، بعد أن كان محدداً تحديداً معنوياً بقدر نصيبه الشرعي الثلث أو الربع أو النصف ... الخ [1].

وفي الأصل، لا يجوز إجبار الشركاء على البقاء والاستمرار في الشيوع إلى ما لا نهاية، ما لم يكن الشريك مجبراً على البقاء بنص قانوني أو اتفاق، وبهذا تنص المادة 834 من القانون المدني المصري على ما يأتي " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ...الخ"[أ] .

ويكون الشريك ملزماً بنص القانون بالبقاء في الشيوع في حالة الشيوع الإجباري كما هو الحال في ملكية الطبقات والشقق حيث لا تجوز قسمة الأجزاء المشتركة في هذا النوع من الملكية، وذلك بسبب ارتباط استعمال الأجزاء المفرزة بهذه الأجزاء المشتركة ، حيث لا

---

* أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الحقوق – جامعة الأزهر.

(أ) ومصدر الشيوع في المال، قد تكون الوفاة (الميراث) والشفعة والتقادم والوصية وقد يكون الاتفاق (العقد)، عندما يتفق أكثر من شخص على تملك المال ملكية شائعة في حدود نصيب كل شريك يتفق عليه. وإن كانت الصورة الغالبة للشيوع هي التي ترجع أساسها إلى الوفاة (الميراث) – أنظر خليل قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية طبعة أولى 1997م – 1418 هـ فقرة 90 ص 210 – وبهذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "ومصدر الشيوع قد يكون العقد وقد يكون الوصية كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع، وقد يكون في أي سبب آخر من أسباب الملكية انتشارا هو الميراث " مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ص 79 .

[1] لا مقابل لها في القانون المدني الأردني، كما لا مقابل لها في مجلة الأحكام العدلية (وهي القانون المطبق أمام القضاء الفلسطيني فيما تناولته من مواضيع، وهي مأخوذة عن الفقه الحنفي) .

يمكن تصور استعمال الأجزاء المفرزة دونها، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 856 من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يأتي: "وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة" ويقابلها المادة 1067 من القانون المدني الأردني والتي تقرر بأن "الأجزاء المشتركة من المبنى والمنصوص عليها في المادة السابقة لا تقبل القسمة" لا مقابل لها في المجلة العدلية، بينما يقابلها المادة الخامسة من القانون رقم 1 لسنة 1996 الفلسطيني والصادر بشأن تمليك الطبقات والشقق والمحلات"[2] .

كما يلتزم الشركاء بعدم قسمة المال الشائع في الحالة التي يتفق فيها الشركاء على إبقاء الشيوع مدة معينة لأسباب معينة[3] لكن لا يجوز أن تزيد المدة على استمرار الشيوع أكثر من خمس سنوات . وبهذا تقول العبارة الثانية من المادة 834 مدني مصري "ويجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين" وعلى هذا إذا اتفق الشركاء على مدة أطول لاستمرار الشيوع من خمس سنوات، اعتبرت المدة خمس سنوات وفقا لأحكام المادة 834 مدني مصري[4] ومع ذلك يجوز للشركاء الاتفاق على تجديد المدة خمس سنوات أخرى وهكذا .

---

[2] حيث تقول "الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، والتصرف في الجزء المفرز بأي شكل يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة .

[3] فقد يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية، فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوع حتى يكمل ناقص الأهلية أهليته، وقد يكون بين الشركاء من هو غائب، فيتفق على الشيوع حتى يعود، وقد يكون الشركاء قد دخلوا في مشروع لاستغلال المال الشائع الأمر الذي يجعلهم يتفقون على استمرار الشيوع حتى نهاية المشروع، ومع ذلك يلاحظ أنه قد يرى الاتفاق على بعض الأموال الشائعة دون الأخرى – انظر في هذا المعنى السنهوري الوسيط الجزء الثامن حق الملكية فقرة 537 ص884 وانظر كذلك هامش رقم 2 ص884 – وانظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 118 ص272 .

[4] وتقول المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي بأنه :"وقد يتفق الشركاء

وقد يرجع استمرار الشيوع إلى مدة تزيد على خمس سنوات إلى الاتفاق بين الشركاء وسلفهم، كأن يشترط الواهب بعدم قسمة المال من الموهوب له مدة خمس سنوات تحقيقاً لمصلحة مشروعة له أو للموهوب له . وهذا قياساً لما يجوز للواهب أو الموصى بأن يشترط عدم التصرف في المال (وفقاً لأحكام المادة 823 من القانون المصري) والتي أجازت الشرط المانع من التصرف وفقاً لشروط معينة وفي نطاق معين رغم مخالفته مع مقتضيات العقد . وبهذا تقرر مجلة الأحكام العدلية في المادة 189 بأن "البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغواً فبيع الحيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر أو على أن يرسله إلى المراعي صحيح والشرط لغواً"[1] .

على ضوء ما سبق ذكره يكون لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع طالما الشيوع قائماً .

2- أنواع القسمة :

أولاً : في القانون المدني المصري :

في الشيوع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا تزيد على خمس سنين فإن زاد أنقصت إلى المدة المنصوص عليها في هذه المادة مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص101 – ويطابق ذلك المادة 1070 مدني عراقي والتي تقرر بما يأتي : "فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين .

[1] انظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 24 ص59 – ويعتبر الشرط المانع من التصرف أنه جاء خلافاً للأصل وهي حرية المالك في التصرف بملكه ويرجع ذال إلى سببين . الأول قانوني حيث يؤدي هذا الشرط إلى حرمان المالك من التصرف في ملكه، وبالتالي يفقد حق الملكية عنصراً من أهم عناصره وهو التصرف فيتحول حق الملكية إلى حق عيني غير الملكية أشبه بملكية الأموال الموقوفة – انظر خليل قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة الكتاب الأول عقد البيع طبعة أولى 1997م – 1418هـ فقرة 21 ص67 .

تتنوع القسمة بصفة عامة إلى قسمة مؤقتة "Partage Provisonnel " وقسمة نهائية "Partage Provisonnel"، والقسمة المؤقتة هي قسمة منفعة لا قسمة ملك كقسمة المهايأة الزمانية والمكانية، وهي قسمة لا تبقى مدة طويلة[2]، والقسمة النهائية هي قسمة ملك لا قسمة منفعة وهي دائمة لا تزول إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو تكون معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط حينئذ تزول القسمة بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن، وتسمى القسمة عندئذ القسمة غير الباته "Paratage Provisoire" والفرق بين القسمة المؤقتة والقسمة غير الباته يكمن في أن القسمة المؤقتة لا تدوم طويلا حيث أنها تقوم لمدة معينة وتزول بانتهاء مدتها، ولكن دون أثر رجعي، بينما القسمة غير الباته فهي قسمة دائمة مستمرة، وإذا زالت فهي تزول بأثر رجعي على أثر تحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف وتعتبرها كأن لم تكن كما ذكرنا .

والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية "Paratage Tatal" وإما أن تكون قسمة جزئية "Paratage Partiel" وإما أن تكون قسمة عينية "Paratage en nature" أو قسمة تصفية وإما أن تكون قسمة اتفاقية "Paratage conventionnel amiable" أو قسمة قضائية "Paratage judiciaire"[3] .

والقسمة الكلية هي التي تشمل كل الأموال الشائعة . بين الشركاء، بحيث تنتهي إلى تحديد نصيب كل شريك من كل المال الشائع، والقسمة الجزئية هي التي لا

---

[2] انظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 84 .

[3] انظر في هذا التقسيم للقسمة السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 538 ص888 و 889 – توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية طبعة 1980 فقرة 128 ص248 – محمد محمود عبد الله رسالة دكتوراه – قسمة المال الشائع – دراسة فقهية تحليلية مقارنة من القاهرة 1967 (على الآلة الناسخة) .

تشمل كل الأموال الشائعة وإنما تشمل جزءا من هذه الأموال بحيث تنتهي إلى تحديد نصيب كل شريك منها ويبقى الجزء الآخر من الأموال شائعا على حالة بين الشركاء، وقد تقع القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء دون الآخرين الذين يبقون في الشيوع[1]، وتعتبر بناء على ذلك القسمة الكلية هي الأصل في القسمة النهائية لا القسمة الجزئية .

والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عينا حيث يتم فرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية، ويقع ذلك إما بالإفراز أو بطريقة التجنيب أو بطريقة القرعة "Partage au sort" وقسمة التصفية تقع ببيع المال الشائع في المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة[2] .

وتتم القسمة في جميع أنواعها عن طريق الاتفاق، حينئذ تسمى قسمة اتفاقية وأما عن طريق القضاء فتسمى حينئذ قسمة قضائية .

ثانيا : في مجلة الأحكام العدلية :

بادئ ذي بدء نقول أن قانون الأراضي الفلسطيني لا يجيز القسمة في الأراضي الأميرية إلا بعد الحصول على إذن المأمور[3] بينما يجيز القسمة في أراضي الملك دون حاجة لذلك .

---

[1] وقد تكون القسمة بتقسيم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق، وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات : أو قسمة الفئات – انظر في ذلك منصور منصور حق الملكية طبعة 1965م فقرة 71 .

[2] انظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 538 ص880 .

[3] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر، شرح قوانين الأراضي، قانون الأراضي المعدل لعام 1981 ص40 – وانظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 119 ص257 .

والأراضي الأميرية هي الأراضي التي تعود رقبتها لبيت المال ويعود التصرف بها إلى رئيس الحكومة حسبما يراه محققا لمقتضيات المصلحة العامة[1] بينما أراضي الملك هي الأراضي التي يكون لصاحبها التصرف فيها كيف شاء كما يتصرف بالمنقولات، ويجمع فيها المالك بين الرقبة والمنفعة وله كافة سلطات حق الملكية[2] .

والقسمة وفقا لأحكام المجلة العدلية نوعان، قسمة جمع وقسمة تفريق، قسمة الجمع هي التي تتم بتجميع حصص الشريك فيها في قطعة أرض واحدة وبهذا تقول المادة 1115 من المجلة العدلية بأن "القسمة تكون على وجهين إما بإفراز الأعيان المشتركة أي الأشياء المتعددة المشتركة إلى أجزاء تجمع في كل جزء منها الحصص الشائعة من كل فرد من أفرادها، كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشرا، ويقال لها قسمة الجمع ..." أما قسمة التفريق فهي التي تتم بتقسيم قطعة أرض بين اثنين، وبهذا تقرر العبارة الثانية من المادة 1115 من المجلة العدلية "وأما بتقسيم العين الواحدة وتعيين كل حصة شائعة بكل جزء من أجزائها في قسم منها كقسمة العرصة الواحدة بين إثنين، ويقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد..." .

ويضاف إلى النوعين السابقين للقسمة نوعان آخران، قسمة رضا وهي التي تتم باتفاق كافة الشركاء في الملك الشائع، وقسمة قضاء وتتم بحكم القاضي، وتتم قسمة الرضا سواء كان الملك قابلا للقسمة أم لا . أما قسمة القضاء فلا تتم إلا إذا كان الملك قابلا للقسمة . وقد نصت على قسمة الرضا المادة 1121 من المجلة العدلية حيث تقول "قسمة الرضا

---

[1] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر السابق ص40 المادة الثالثة – وانظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 39 ص98 .

[2] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء السادس عشر السابق ص40 المادة الثانية – وانظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 38 ص96 و 97 .

القسمة التي تجري برضا المتعاقدين أي أصحاب الملك المشترك إما بالتراضي بينهم أو برضى الكل عن القاضي" ونصت المادة 1122 على قسمة القضا بقولها " قسمة القضا تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا أو حكما بطلب المقسوم لهم وهم أصحاب الملك المشترك" ويقابلها المادة 1038 من القانون المدني الأردني حيث تقول "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي" .

وبهذا تتفق المجلة العدلية مع أحكام القانون المدني المصري الحالي والقانون المدني الأردني. في أن جميع أنواع القسمة تنتهي إما إلى قسمة رضائية وإما إلى قسمة قضائية حيث تنص المادة 1120 من المجلة العدلية على ما يأتي "تقسيم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق إلى نوعين قسمة الرضا وقسمة القضاء" .

وبحثنا لن يتناول إلا القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية وذلك لأن هذه الأخيرة قسمة إجرائية أكثر من أن تكون قسمة موضوعية كالقسمة الاتفاقية التي تلعب الإرادة دورا كبيرا فيها .

أهمية موضوع البحث :

يشكل موضوع قسمة الأموال الشائعة بصفة عامة في فلسطين موضوع الساعة، فالأراضي غالبيتها موروثة عن الأسلاف، وقد اختلفت مصالح وأهداف الورثة منذ تلقيهم الميراث حتى يومنا هذا، وذلك للتطور النوعي في شتى النواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والعمرانية، الأمر الذي تطلع كل وارث أن يحصل على نصيبه الشرعي ليحقق ما يتطلع إليه سواء أكان ذلك في البناء بنصيبه، أو بيعه واستبداله بشي آخر يحقق من خلاله مصلحته ومصلحة أبناءه . هذا من جانب .

ومن جانب آخر، تحقق القسمة الاتفاقية التي تتم برضى الشركاء في المال الشائع بصفة خاصة، ما يصعب على القسمة القضائية تحقيقه من حيث :

أ. من المعروف أن القسمة القضائية تحتاج إلى وقت طويل وذلك لإجراءاتها المطولة والمعقدة في نفس الوقت، على عكس القسمة الاتفاقية التي يمكن أن تنتهي في وقت قصير الأمر الذي يؤدي إلى أن يحقق كل شريك من الشركاء مصلحته وما يتطلع إليه في وقت قصير دون حاجة للانتظار الطويل .

ب. كما أنه من المعروف أن القسمة الاتفاقية تقوم على أساس مبدأ حرية التراضي، الأمر الذي يحافظ ويدعم أواصر العلاقة بين الشركاء والذين غالباً ما يكونون أقارب تجمعهم صلة القرابة وبما تفرضه من وجوب المحافظة على عناصرها من التوادد والمحبة والتعاون، وهذا ما لا يتحقق في الغالب عند اللجوء إلى القسمة القضائية .

4- منهجية البحث :

لا شك أن الدراسة المقارنة بين عدة قوانين تحقق الأهداف التي نصبوا إلى تحقيقها في تشريعاتنا الفلسطينية ضمن دولتنا الفلسطينية الوليدة من رحم المعاناة، والتي تتمثل في :

أولاً : إيجاد قانون فلسطيني الروح والشكل يحمل آمال الشعب الفلسطيني وتطلعاته إلى أرض الواقع والتحقيق بعد أن كانت مجرد أحلام .

ثانياً : أن مجلة الأحكام العدلية تحتاج الكثير من التعديل وسد النقص مع اعترافنا بأن المجلة قد تناولت القسمة الاتفاقية على نحو يقارع ما هو منصوص عليه في القانون المدني المصري .

والقوانين التي وضعناها موضوع مقارنتنا هذه، هي على التوالي، مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المطبق أمام القضاء الفلسطيني، القانون المدني الأردني على أساس أنه جمع بين مجلة الأحكام العدلية في كثير من أحكامه وأحكام القوانين المعاصرة، وأخيرا القانون المدني المصري باعتباره الأساس لكثير من قوانين الدول العربية في الوقت الحاضر.

5- تقسيم البحث :

سنقسم البحث إلى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : إجراءات القسمة الاتفاقية .

المبحث الثاني : طبيعة أثر القسمة .

المبحث الثالث : القسمة والتسجيل .

المبحث الأول

إجراءات القسمة الاتفاقية

6- النصوص القانونية :

تنص المادة 835 مدني مصري على ما يأتي :

"للشركة إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"[1] .

وتنص المادة 1128 من المجلة العدلية على ما يأتي :

"يشترط في قسمة التراضي رضى كل من المتقاسمين ...الخ" .

من هاتين المادتين يتبين لنا أن القسمة الاتفاقية هي عبارة عن عقد من العقود الأمر الذي يقضي بتوافر جميع الأركان الأساسية للعقد بصفة عامة، وهي التراضي وأن يكون صحيحا وذلك بتوافر الأهلية لدى كل الأطراف، وبخلو إرادة كل طرف من الأطراف من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه، والتدليس (التغرير) والاستغلال – وكذلك المحل وهو المال المملوك على الشيوع وأن تتوافر فيه جميع شروط صحته[2] ومن شروط محل القسمة (المال الشائع) وفقا لأحكام المجلة العدلية أن يكون المقسوم عينا (منقولا كان أم عقارا) حيث لا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض (المادة 1123) والتي تقضي بهذا الصدد أنه "يشترط أن يكون المقسوم عينا فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض..الخ" ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة 1039 حيث تقول "يجب أن يكون

---

[1] ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة 1038 حيث جاءت على النحو التالي "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي" .

[2] والتي تتمثل في شرط وجود المحل أو قابليته للوجود، وشرط التعيين أو قابلية المحل لذلك وشرط التعيين أو قابلية المحل لذلك وشرط المشروعية، بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة .

المقسوم عينا قابلة للقسمة" ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري . وأن يكون المقسوم (المال الشائع) ملكا للشركاء في المال الشائع وإذا ظهر مستحق للمقسوم بطلت القسمة وكذلك إذا استحق نصف المال أو ثلث المال للغير أو لمجموع حصة من الحصص (المادة 1125 من المجلة العدلية) حيث تقرر بأن "شرط المقسوم أن يكون ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة أيضا ويلزم أن تعاد كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وعاد الباقي مشتركا بين أصحاب الحصص، وأن ظهر مستحق لمقدار معين من حصة أو لجزء شائع منها فصاحبها مخير إن شاء فسخ القسمة وإن شاء لم يفسخ ورجع بمقدار ما نقصت حصته على صاحب الحصة الأخرى" ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة 1039 حيث تقول العبارة الأخيرة منها "مملوكة للشركاء عند إجرائها" ولا مقابل لها في القانون المدني المصري، مع أن القواعد العامة تكفل مثل هذا الشرط وذلك باعتبار التصرف قد وقع في ملك الغير الأمر الذي يجعل مثل هذا التصرف قابلا للإبطال – كما تشترط المجلة العدلية بأن يترتب على تقسيم المال الشائع ضرر أو تفويت المنفعة (المادة 1131) حيث تقرر "قابل القسمة وهو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا يفوت بالقسمة المنفعة المقصودة منه" . كما يقتضي توافر سبب مشروع للقسمة باعتبارها كما ذكرنا عقدا من العقود وأن يكون السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

وكما تقع القسمة بالاتفاق الصريح بين الشركاء، يمكن أن تقع القسمة بالاتفاق الضمني بينهم وتسمى حينئذ القسمة الفعلية "Paratage de fait" كما تقع بتصرف أحد الشركاء بحصة مفرزة تعادل حصته الشائعة، ثم يتبعه باقي الشركاء وذلك بقيام كل منهم بالتصرف بجزء يعادل حصته الشائعة، ثم يتبعه باقي الشركاء وذلك بقيام كل

منهم بالتصرف بجزء يعادل حصته الشائعة حيث يستخلص من ذلك أن كل واحد من الشركاء قد ارتضى بالجزء الذي تصرف فيه، وأنهم بذلك قد ارتضوا قسمة المال بينهم على الصورة التي تصرفوا فيها[1] وللشركاء أن يختاروا الطريقة التي سيتم قسمة المال الشائع بناء عليها[2] وذلك وفقا لأحكام المادة 835 من القانون المدني المصري الحالي

---

[1] وتستخلص الإرادة الضمنية من قبل المحكمة المختصة من الظروف التي تمت فيها القسمة، بناء على ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الحكم قد استظهر ما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة في أوقات متباينة، ومما ذكره بعضهم في عقد صادر منه ببيع ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضي المدة الطويلة = ستظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم، وأن كل واحد منهم وضع يديه على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية، ثم رتب على القسمة التي قام بها، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل. نتائجها القانونية في حق الغير، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها سيئا بمقتضى القسمة فإنه لا يكون قد خالف القانون في شيء – انظر نقض مدني مصري 24 ديسمبر سنة 1942 مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما 2 ص886 وقضت أيضا بتاريخ 4 إبريل سنة 1946 بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة وثبت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يديه على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضي المدة، مستعملة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التغرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعي عليه أنه قد خالف القانون إذا هو لم يستند إلى دليل كتابي "مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما 2 ص886 كما قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1950/10/26 بأنه إذا كان الحكم، إذ قضى بأحقية المدعى إلى الأرض الزراعية المحجوز عليها ما عدا القدار الخاص بشريكته الحاجزة وبإلغاء الحجز المتوقع على حصة شائعة في محصولات جميع الأعيان وبإلزامها بالتعويض، قد استخلص استخلاصا سائغا أن القسمة بين الشريكين حصلت فعلا وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر الذي قضى بالتعويض من أجله، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شابه القصور "مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما 2 ص1149 – وانظر في هذا المعنى نقض مدني مصري 31 مايو سنة 1950 مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما 2 ص905 .

[2] إنما يلاحظ أنه في حالة تحول المهايأة المكانية وفقا لأحكام القانون المدني المصري إلى قسمة نهائية إذا ظلت مستمرة أكثر من خمسة عشرة عاما لا تعتبر قسمة اتفاقية كما ليست هي قسمة قضائية، وإنما هي قسمة تمت بحكم القانون، رغم أنها قد بدأت اتفاقية للانتفاع بالعين المملوكة على الشيوع انظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 84 وما بعدها .

سابقة الذكر، وتشترط المجلة العدلية إفراز الحصص وتمييزها لصحة القسمة على أساس أن القسمة عبارة عن تعيين لنصيب كل من الشركاء على حدة وبهذا تقضي المادة 1124 من المجلة العدلية بأنه "لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص وتمييزها فلو قال أحد أصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر خذ أنت ذلك الجانب من الصبرة ولكن من هذا الجانب لي لا يكون ذلك قسمة". ونعتقد أن هذا الشرط قد تضمنته المادة 835 من القانون المدني المصري الحالي وذلك لاتفاقه مع الهدف والغرض من القسمة في الأصل ومن ثم لا حاجة للنص عليه.

7- حكم وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء وقت الاتفاق على القسمة:

أولا : في القانون المدني المصري :

أوجبت المادة 835 من القانون المدني المصري بمراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون في الحالة التي يكون بين الشركاء قاصرا أو محجورا عليه أو كان أحدهم غائبا. والقانون المقصود تطبيق أحكامه في هذا الصدد هو قانون الولاية على المال المصري قد نصت المادة 40 من هذا القانون على ما يأتي " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية" بينما نصت المادة 79 من نفس القانون المشار إليه على أن تسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام".

من هذين النصين السابقين يكون الحكم في القانون المدني المصري على النحو الآتي :

1- يحل محل ناقص الأهلية أو المحجور عليه أو الغائب من يقوم مقامهم، كالوالي أو الوصي أو القيم أو الوكيل في الاتفاق على القسمة .

2- يجب أن يبتع ذلك، الحصول على إذن من المحكمة المختصة مسبقا قبل الاتفاق على قسمة المال الشائع بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه أو حتى الغائب وذلك لتقدر المحكمة ما إذا كانت القسمة في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أم لا ؟؟ وقد استثنى من ذلك الولي بحيث يستطيع الاتفاق على قسمة المال الشائع للقاصر دون حاجة إلى إذن من المحكمة [1].

([1]) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يخصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستغل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وأجازت القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات – نقض مدني مصري 24 يناير 1946 مجموعة أحكام النقض 15 رقم 24 ص 130، ويلاحظ أن استثناء الولي من وجوب = =الحصول على إذن من المحكمة وبوجه خاص في القسمة. وهذا الحكم مقصور فقط على الأب دون الجد حيث نصت المادة 15 من قانون الولاية على المال المصري على أنه " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة، التصرف في مال القاصر ولا التصالح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها" ولما كانت القسمة من أعمال التصرف فإن القسمة تأخذ حكم الصلح أو التنازل المنصوص عليها بالمادة 15 من قانون الولاية على المال بالنسبة للجد.

3- ويرجع سبب طلب الحصول على إذن من المحكمة إلى أن قانون الولاية على المال المصري اعتبر قسمة المال، بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه أو الغائب أمرا خطيرا فأخرج القسمة من نطاق أعمال الإدارة المعتادة إلى نطاق التصرفات [1].

4- إذا قدرت المحكمة بأن القسمة في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، وحددت الأسس التي بناء عليها تتم القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها. وتأمر بنفاذها إذا وجدت المحكمة أن تستوثق من اتباع تلك الإجراءات، وتأمر بنفاذها إذا وجدت المحكمة أنه قد روعي ما حددته من إجراءات وإلا كان للمحكمة أن تقرر العدول من القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية كما يكون لها ذلك إذا تأكدت أن القسمة ليست في صالح القاصر أو المحجور عليه أو الغائب .

ثانيا في المجلة العدلية والقانون المدني الأردني :

تنص المادة 1128 من المجلة العدلية بما يأتي " يشترط في قسمة التراضي رضا كل واحد من المتقاسمين فإذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضا، وإذا كان في جملتهم صغير فوليه أو وصية يقوم مقامه وإن لم يكن للصغير ولي ولا وصي توقفت القسمة على أمر الحاكم فينصب وصيا يقاسم الشركاء ".

---

(1) وقد كان القانون المدني المصري السابق 549/452 لا يكتفي بإذن المحكمة بل يوجب على غرار القانون المدني الفرنسي، أن تكون القسمة قضائية في الحالة التي يكون بين الشركاء ناقص الأهلية أو محجور عليه أو غائب أنظر الأعمال التحضيرية ج6 ص 105 للقانون المدني المصري الحالي التي أخطأت في نسب هذا الحكم إلى القانون المدني المصري الحالي بدلا من أن تنسيبة إلى القانون المدني المصري القديم – أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن هامش رقم 1 ص 897 – أنظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 121 ص 282 – وأنظر عبد المنعم البدراوي حق الملكية طبعة 1956 فقرة 153 ص 184 – إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية طبعة 1959 ج1 في حق الملكية فقرة 89 ص 208 هامش 1.

وتنص المادة 1/1041 من القانون المدني الأردني بما يأتي " إذا كان أحد الشركاء غائبا أو فاقد الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ ".

يتبين من النصين السابقين ما يأتي :

1- إن المجلة العدلية لا تجيز القسمة الرضائية في حالة وجود صغير بين الشركاء أو مجنون وذلك بحلول الوصي أو الولي مقام الصغير أو المجنون، وبهذا تتفق المجلة العدلية مع حكم القانون المدني المصري [1] وتختلف من القانون المدني الأردني حيث لا يجيز القسمة بوجود الصغير أو المجنون حتى ولو عن طريق الولي أو الوصي (المادة 1/1041).

2- إن المجلة العدلية تجيز القسمة الرضائية في حالة وجود صغير بين الشركاء أو مجنون وذلك بحلول الوصي أو الولي مقام الصغير أو المجنون، وبهذا تتفق المجلة العدلية مع حكم القانون المدني المصري وتختلف مع القانون المدني الأردني حيث لا يجيز القسمة بوجود الصغير أو المجنون حتى ولو عن طريق الولي أو الوصي (المادة 1/1041).

3- إن المجلة العدلية أجازت في حالة عدم وجود الولي أو الوصي أن يقوم الحاكم مقام الصغير أو المجنون في القسمة الرضائية وبهذا يختلف حكم المجلة العدلية عن الحكم في القانون المدني المصري حيث لم يواجه مثل هذا الفرض، وتختلف عن القانون المدني الأردني حيث لم يجز القسمة الرضائية في الأصل عند وجود الصغير أو المجنون بين الشركاء. وبهذا تكون المجلة العدلية قد غطت جميع الفروض التي قد تثور عند إجراء القسمة الاتفاقية وتكون قد أكملت النقص التي جاءت عليه المادة 835 من القانون

---

(1) مع ملاحظة ما تشترطه المادة 40 من قانون الولاية على المال في القانون المصري من وجوب الحصول على إذن من المحكمة بالنسبة للوصي أو القيم أو الوكيل .

المدني المصري ونعتقد أن الحكم في المجلة العدلية يكون هو الأول في الترجيح وذلك لعموميته ولشموليته والتي تجعله متميزا عن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني كذلك .

4- ومع ذلك فإننا نرى أن ما انفردت به المادة 835 من القانون المدني المصري بإجازة وقوع القسمة الاتفاقية حتى ولو كان بغياب أحد الشركاء وذلك عن طريق حلول وكيل الغائب محله في إجراء القسمة أنه جدير في الاعتبار حتى لا يتوقف إجراء القسمة كما في حالة القاصر والمحجور عليه ، حيث أن اشتراط الأذن المسبق من المحكمة المختصة يكفل سلامة إجراء القسمة ولو عن طريق الوكيل كما رأينا ذلك بالنسبة للصغير والمحجور عليه. ولذا يمكن تصحيح صياغة المادة 835 من القانون المدني المصري على النحو التالي " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها وإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو كان أحدهم غائبا ، فوليه أو وصيه يقوم مقامه وكذلك الوكيل بالنسبة للغائب بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة ، وإن لم يكن للصغير ولي أو وصي ولم يكن للغائب وكيل توقفت القسمة على أمر الحاكم فينصب وصيا يقاسم الشركاء " وتتوقف قسمة الفضولي على إجازة الشركاء قولا وفعلا ، وبهذا تقول امادة 1126 من المجلة العدلية " قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولا أو فعلا " ويقابلها المادة 1053 من القانون المدني الأردني والتي تقرر بأن " قسمة الفضولي موقوفة على إجازة الشركاء في المال المقسوم قولا أو فعلا " .

8- وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية :

ذكرنا أن القسمة الاتفاقية هي عبارة عن عقد من العقود ، من ثم فإنها تتساوى من ناحية وجوه الطعن فيها مع أي عقد من العقود ، فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان

المطلق، كما إذا وقعت القسمة قبل موت المورث لأنه تكون حينئذ تعاملا بتركة مستقبلة ويجوز لكل من له مصلحة أن يطعن فيها بالبطلان المطلق .

كما يجوز للقاصر أن يطلب إبطال القسمة الاتفاقية إذا لم تتخذ الإجراءات التي نصت عليها المادة 40 من قانون الولاية على المال في القانون المصري، أو إذا تصرف الصغير دون الولي أو الوصي بناء على أحكام المجلة العدلية، وإن كانت القسمة حينئذ تعتبر في نظر المجلة العدلية موقوفة على إجازة الولي أو الوصي (المادة 967 من المجلة العدلية) [1] .

وقد يرجع الطعن في القسمة الاتفاقية لعيب من عيوب الإرادة لحق إرادة أحد الشركاء، كالغلط أو التدليس أو الإكراه [2].د

9- نقض القسمة الاتفاقية للغبن :

تنص المادة 845 من القانون المدني المصري على ما يأتي :

---

(1) حيث تقول الثانية منها "وأما العقود الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة وليه ووليه مخير في الإجازة وعدمها ...الخ"

(2) أنظر نقض مدني مصري أول ديسمبر 1949 مجموعة أحكام النقض 1 رقم 18 ص 64 حيث قضت بأنه " إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين، لما شاب رضاء أحد طرفي القسمة من تدليس بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من الأرض في ملكيته وما يخرج عنها وأنه أخفى هذا عن قسيمة، بل الهمة غي ما علم كما يختص هو في عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمة بما سيكون ماله الاستحقاق ففي هذا الذي أثبته الحكم ما يكفي لاعتباره حيلة تفسد رضي من خدع بها"– كما يجوز نقض القسمة وذلك عن طريق إبطالها للغلط كأحد عيوب الإرادة – وعلى وجه الخصوص إذا وقع الغلط في صفة جوهرية في القسمة، ومع ذلك يجوز للمتقاسمين الذين أبدوا استعدادهم لتلافي نتائجه بإجراء قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض، الأمر الذي يجعل من وقع بالغلط ألا يصر على إبطال القسمة – انظر فقرة 90 ص210 هامش 2 .

يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة" .

"ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

وتنص المادة 1127 من المجلة العدلية على ما يأتي :

"يجب أن تكون القسمة عادلة بمعنى أنه يلزم تعديل الحصص بحسب استحقاقها بحيث لا يكون فيها نقصان فاحش، فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع "وقد حددت المادة 165 من المجلة متى يكون الغبن فاحشا، حيث نصت على ما يأتي "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس نفي العقار أو زيادة"[3] ويجيز القانون

المدني الأردني نقض القسمة الرضائية للغبن في المادة 1050 منه لكنه لم يحدد مدى هذا الغبن الذي يعتبر فاحشا كما فعل المشرع المصري والمجلة العدلية[1] وإنما ترك تقديره للخبراء .

---

[3] وقد حدد المشرع العراقي مقدار الغبن الفاحش في العقارات بالخمس، وهذا خلافا للقانون المدني المصري الذي حدده بأكثر من خمس قيمة العقار في المادة 845 منه، انظر المادة 1077 من القانون المدني العراقي فقرة ثانية أما المجلة فمن الملاحظ أنها أجازت نقض القسمة إذا وصل الغبن إلى خمس القيمة أو أكثر وبهذا تكون قد جمعت بين الحكم في القانون المدني المصري الذي يحدد الغبن الفاحش بأكثر من الخمس، وبين الحكم في القانون المدني العراقي الذي حدده بالخمس كما ذكرنا سابقا .

[1] فقد نصت المادة 1050 من القانون المدني الأردني على ما يأتي "1- يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة . 2- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة" .

يتضح من النصوص السابقة أنه إذا وقع بأحد المتقاسمين غبنا فاحشا يجوز له أن ينقض القسمة وقد حدد القانون المدني المصري وكذلك الأردني مجال نقض القسمة للغبن في القسمة الرضائية دون القسمة القضائية ويرجع ذلك إلى أن القسمة القضائية نادرا ما يقع فيها غبنا حيث أن من المفروض أن هذا النوع من القسمة لا يتم إلا وقد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم[2]، ويبدو أن المجلة العدلية لا تفرق بين قسمة تمت بالتراضي أو بالقضاء حيث يجوز نقض القسمة للغبن الفاحش في كلا النوعين من القسمة فقد جاءت المادة 1127 ذات صياغة عامة ولم ترد بالصياغة التي وردت عليها صياغة المادة 1050 من القانون المدني الأردني. وحكم المجلة العدلية يتفق مع ما أخذ به المشرع الفرنسي حيث لم يفرق في المادة 887 و 888 بين القسمة الرضائية والقضائية[3] .

فالغبن إذن يعتبر عيبا في القسمة يوجب نقضها، أي تكون قابلة للإبطال بالنسبة للقانون المدني المصري وكذلك المجلة العدلية[4] بينما في القانون المدني الأردني يعتبر الغبن سببا من أسباب فسخ القسمة الرضائية (الفقرة الأولى من المادة 1050) .

لكن متى يعتبر الغبن فاحشا ؟؟ :

اعتبرت المادة 845 من القانون المدني المصري الغبن فاحشا، متى بلغ أكثر من خمس قيمة العقار، بينما في المجلة العدلية، فقد اعتبرت الغبن فاحشا متى بلغ خمس قيمة

---

[2] انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد "أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن" – مجموعة الأعمال التحضيرية 6 ص128 .

[3] انظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق 454 ص901 – وانظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 122 ص286 .

[4] انظر شرح المادة 1127 من المجلة العدلية ص624 و 625 .

العقار أو كان أكثر من الخمس، بهذا جمعت المجلة العدلية بين حدين الحد الأول . الخمس، والحد الثاني أكثر من الخمس، ومن ثم، لا يعتبر حكمها مختلفا عن القانون المدني المصري، وإنما يعتبر أوسع نطاقا منه، وأوسع نطاقا من القانون المدني العراقي الذي حدد مقدار الغبن بخمس قيمة العقار فقط (المادة 2/1077 من القانون المدني العراقي حيث قالت "ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم، ونصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات والخمس في العقارات" ولم يرد في المادة 1050 من القانون المدني الأردني متى يعتبر الغبن فاحشا، وبالرجوع إلى المادة 146 منه وهي التي تتكلم عن الغبن، نجد أنها وضعت معيارا عاما لتحديد متى يعتبر الغبن فاحشا حيث تقول "الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين" ومن ثم فإن المشرع الأردني يترك أمر تحديد الغبن الفاحش إلى الخبراء، مع أن ذلك يترك مجالا للتناقض والتعارض والتحكم في تحديد متى يعتبر الغبن فاحشا ولذا نرى أن ما ذهبت إليه المجلة العدلية أولى في الإتباع والترجيح فالخمس لا يعتبر غبنا يسيرا كما يرى المشرع المصري، وإنما غبنا يستحق نقض القسمة عند توافره وعلى وجه الخصوص في العقارات .

ولا يشترط القانون المدني المصري أو المجلة العدلية لكي يعتبر الغبن الفاحش سببا لإبطال عقد القسمة الرضائية أن يكون ناتجا عن طيش بين أو هوى جامح كما في نظرية الاستغلال إنما يكفي أن يكون الشريك قد وقع بغبن مادي يصل إلى خمس قيمة العقار أو أكثر من ذلك[1] .

---

[1] ويتفق ذلك مع حكم القانون المدني العراقي (المادة 1/1077 منه) مع الملاحظة أن القانون المدني الأردني يعتبر الغبن الفاحش سببا لفسخ عقد القسمة الرضائية وليس سببا لإبطالها .

ولما كان الغبن الفاحش سببا لاعتبار عقد القسمة الرضائية قابلا للإبطال، فهذا يعني أنه يجوز للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة مع ذلك فالإبطال هنا مقرر لمصلحته هو فقط، والإجازة قد تقع صراحة وقد تقع ضمنا، فإذا تصرف الشريط المغبون بحصته رغم علمه بالغبن الفاحش، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط حقه في إبطال (نقض) عقد القسمة للغبن الفاحش[2] كذلك تسقط دعوى الغبن إذا أقر الشركاء الذين جرت بينهم القسمة باستيفاء كل منهم حقه ثم ادعوا الغبن بعد ذلك انظر المادة 1127 من المجلة العدلية الفقرة الثانية منها حيث تقول "أما إذا أقر المقسوم لهم باستيفاء الحق ثم ادعوا الغبن فلا تسمع دعواهم" .

والعبرة في تحديد متى يعتبر الغبن فاحشا، وقت القسمة كما هو الحال في القانون المدني المصري (المادة 1/845) وهو نفس الحكم في القانون المدني الأردني (المادة 2/1050 منها) . ولم تتعرض المجلة العدلية لذلك في المادة 1127، ومن ثم نعتقد أن حكم القانون المدني المصري وكذلك الأردني هو الذي يجب أن يرجح في تحديد الوقت الذي يقدر فيه، فيما إذا كان الغبن فاحشا أم لا[1] .

10- أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض بالغبن :

ذكرنا فيما سبق أن المجلة العدلية لم تفرق بين قسمة اتفاقية أو قضائية من ناحية جواز نقض القسمة بالغبن، بينما ذهب القانون المدني المصري ومن أخذ في حكمه[2] بحصر نطاق جواز نقض القسمة بالغبن في الاتفاقية دون القضائية، وإن كنا نعتقد أن ما ذهب

---

[2] انظر المادة 359 من المجلة العدلية حيث تؤكد ذلك بقولها "المشتري الذي حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في البيع تصرف الملاك سقط حق قسمته" .

[1] وهذا ما لم تتعرض له المادة 1077 من القانون المدني العراقي .

[2] كالقانون المدني الأردني (المادة 1/1050) والقانون المدني العراقي (1/1077) .

إليه القانون المدني المصري هو ما يجب تفسير المادة 1127 من المجلة العدلية عليه، فالقسمة القضائية تتولاها المحكمة، مما يجعل وقع الغبن في القسمة من الفروض النادرة، لذا نرى حصر جواز نقض القسمة للغبن الفاحش في نطاق القسمة الاتفاقية والتي تتم عن طريق الاتفاق بين الشركاء، مما يكون هنالك مجالا للغبن الفاحش أو اليسير .

وطالما حصرنا نطاق جواز نقض القسمة للغبن في القسمة الاتفاقية، فإنه يجوز نقض القسمة الاتفاقية في جميع أنواعها، سواء كانت كلية أم جزئية، أو تمت بطريقة التصفية، وفي هذه الحالة الأخيرة ينحصر نقض القسمة في توزيع الثمن على الشركاء والغبن الذي يقع فيه، لا بالنسبة للغبن الذي وقع في بيع المال الشائع للأجنبي إلا إذا كان المشتري أحد الشركاء عندئذ يعتد بالغبن الفاحش كسبب لإبطال القسمة، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر في حقيقته قسمة[3] .

ومع ذلك لا يجوز نقض القسمة الاتفاقية التي يغلب عليها صفة الاحتمال، ويقع ذلك في حالة ما يتفق اثنان على تقسيم أرض أو دار بينهما على أن تؤول حصة أحدهما للآخر مقابل مرتب لمدى حياته، أو مقابل أن يرتب له على الأرض كلها أو الدار كلها حق انتفاع لمدى حياته، في هذه الحالة لا يجوز نقض القسمة بالغبن الفاحش، لأن طبيعة العقود الاحتمالية تتعارض مع نقضها بالغبن، فقد يموت من سيحصل على المرتب مدى حياته بعد الحصول على المرتب الأول أو حتى قبل الحصول عليه وقد يستمر إلى مدة طويلة ربما تفوق قيمة الشيء أو الحصة التي أفرزتها الاتفاقية له[1]. بعبارة أخرى أن الغبن في العقود الاحتمالية أمر وارد ومن ثم لا يجوز نقضها بالغبن

---

(3) في هذا المعنى انظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 548 ص904 ص905 – وانظر خليل قدادة السابق فقرة 123 ص291 – توفيق حسن فرج السابق فقرة 132 ص255 .

(1) أنظر ثمن الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الأول السابق فقرة 12 ص 25 – وأنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 548 ص 905.

الفاحش[1]. كما لا يجوز نقض القسمة للغبن في حالة ثبوت علم الشريك وقت القسمة بالغبن حيث يحمل الأمر على تنازله عن حقه بنقض القسمة .

ونقض القسمة بالغبن الفاحش يكون عن طريق دعوى يرفعها الشريك المغبون على الشركاء الآخرين والغرض في هذه الحالة كما ذكرنا، أن القسمة تقع برضا الشركاء واتفاقهم، ولا يهم إن كان المال المقسوم على هذه المسألة منقولا أم عقارا هذا خلافا للغبن الفاحش في عقد البيع حيث ينحصر نطاقه في العقارات دون المنقولات [2].

والحق في رفع دعوى نقض القسمة للغبن الفاحش، ينتقل إلى الورثة، كما يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع دعوى نقض القسمة باسم مدينه (الدعوى غير المباشرة).

وإثبات الغبن الفاحش يكون بكافة طرق الإثبات فهو من الوقائع المادية، ومن ثم يجوز إقامة الدليل عليه بالبينة والقرائن، ومن الناحية العملية، فإن المحكمة كثيرا ما تستعين بالخبراء بهدف التحقق من وجود الغبن الفاحش في نصيب الشريك الذي يدعى الغبن، ويكون التقرير في العادة بين قيمة المال الشائع بصفة كلية ونصيب قيمة الشريك المفرز ومقارنة القيمتين فإذا وقع الغبن بحدود الخمس أو ما يزيد عن الخمس كان هناك غبنا فاحشا وإلا فإن دعوى الشريك لا تقبل، ولا يملك القاضي في حالة توافر الغبن الفاحش إلا أن يحكم ببطلان عقد القسمة، وهذا خلاف ما يملكه القاضي من سلطة تقديرية في الفسخ وفقا للقواعد العامة[3].

---

(1) أنظر خليل قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة 46 ص 99. أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 519 ص 905 .

(2) أنظر خليل قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة 46 ص 99 – أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 519 ص 905.

(3) أنظر خليل قداددة الوجيو في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع فقرة 71 ص 140 و 141 – وأنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن فقرة 549 ص 906 – توفيق حسن فرج

11- الآثار التي ترتبت على نقض القسمة

أولا : في حالة توصل القاضي لوجود الغبن الفاحش الذي يصل إلى خمس قيمة العقار أو قيمة الشيء المقسوم أو أكثر من ذلك حكم بإبطال القسمة، وبالتالي اعتبارها كأن لم تكن وذلك وفقا لأحكام القانون المدني المصري وأحكام المجلة العدلية، بينما يحكم القاضي بفسخها وفقا لأحكام القانون المدني الأردني .

ثانيا : عودة الشيوع للملك والتي زالت على أثر القسمة الاتفاقية، وذلك بأثر رجعي يرجع إلى ما قبل الاتفاق على القسمة، واعتبار المال الشائع وكأنه لم يقسم في أي وقت . وإن حالة الشيوع مستمرة ولم تنقطع منذ قيامها .

ثالثا : سقوط جميع أعمال التصرف من بيع ورهن والتي قام بها الشركاء بعد قسمة المال الشائع واعتبارها كأن لم تكن وبأثر رجعي، وترجع حصص المال الشائع كما لو لم يكن الشركاء قد تصرفوا فيها كل ذلك وفقا لأحكام القواعد العامة في البطلان [1] أو الفسخ وفقا لأحكام القانون المدني الأردني.

رابعا : جواز إعادة قسمة المال الشائع سواء عن طريق القسمة الاتفاقية من جديد أو عن طريق القسمة القضائية، وإذا وجد غبن فاحش يصل إلى خمس قيمة الشيء المقسوم أو يزيد عن ذلك، فيجوز نقض القسمة من جديد وعلى وجه الخصوص في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية كما رجحنا ذلك [2].

12- هل يجوز تفادي دعوى نقض القسمة ؟:

السابق فقرة 132 ص 255 و 256 .

(1) أنظر خليل قدادة شرح الوجيز القانون المدني الجزائري الجزء الثاني أحكام الالتزام فقرة 61 ص 91 وما بعدها .

(2) أنظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 111 وما بعدها .

لم تتعرض المجلة العدلية للمدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى نقض القسمة (أي إبطالها) على خلاف القانون المدني المصري الذي حدد سنة تبدأ من تاريخ وقوع القسمة (المادة 2/854 منه) وكذلك القانون المدني الأردني (المادة 1051 والتي تقول بأنه " لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة " وهذا هو الوضع الغالب في المجلة العدلية مع أن ذلك أمر تقتضيه السياسة التشريعية في كل دولة حيث لا يجوز تعليق الأوضاع القانونية أو المراكز القانونية مدة طويلة دون وضع حد لاستقرارها أو عدم استقرارها، ومدة السنة التي حددته المادة 2/845 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 1051 من القانون المدني الأردني ليست بالمدة الطويلة وفي نفس الوقت ليست بالمدة القصيرة التي يعول عليها في وضع أسس استقرار المراكز القانونية التي نشأت للشركاء كنتيجة مباشرة للقسمة، وإنما نرى أن ما حددته المادة 1/1077 من القانون المدني العراقي، وهي ستة شهور كافية لتحقيق مثل هذا الغرض، ودافعا قويا للشركاء بأن يسعوا جادين غير متهاونين لاستقرار وضعهم وحقوقهم في الحصص التي آلت إليهم. حيث تقرر هذه الفقرة ما يأتي "يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ... الخ ".

فإذا رفعت الدعوى خلال المدة المطلوبة فهل يجوز تفادي نقض القسمة وذلك عن طريق إكمال نصيب الشريك الذي وقع فيه الغبن الفاحش ؟؟

لم تتناول المجلة العدلية هذا الوضع بينما تناولته الفقرة الثانية من المادة 845 من القانون المدني المصري بقولها " للمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته " كما تناولته الفقرة الأولى من

المادة 1077 من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى منها [1] ونعتقد أنه يجب النص على ذلك في قانوننا الفلسطيني المنتظر، حيث تهدف إلى تحقيق التعادل في حصص الشركاء، وذلك عن طريق رفع الغبن الفاحش الذي وقع في نصيب أحد الشركاء من جراء القسمة الأمر الذي ينتهي إلى استقرار ما تم قسمته مما يحقق الطمأنينة لكل شريك بما يحصل عليه وتحقيق الاستقرار .

يتبين من هذه النصوص أنه يجوز للشركاء الآخرين تفاديا لدعوى نقض القسمة وما يترتب عليها من آثار [2] أن يكملوا النقص الذي أصاب حصة الشريك المغبون بهدف أن يتساوى مع حصص الآخرين ويتم ذلك عن طريق :

1- إما دفع مبلغ من النقود يساوي الجزء الناقص من حصة الشريك .

2- وإما دفع جزء من المال المقسوم إلى الشريك المغبون بهدف تساوي حصته مع حصص الشركاء الآخرين .

والغبن الفاحش في حالة القسمة لا يزول إلا بإكمال حصة الشريك المغبون سواء نقديا أم عينيا كما ذكرنا بصفة كاملة بهدف تحقيق التساوي بين الحصص التي آلت إلى الشركاء أو تحقيق التساوي بين ما آل إلى الشريك المغبون وحصته الشائعة بالكامل. يرجع ذلك إلى أن عقد القسمة الرضائية يقوم على أساس المساواة بين المتقاسمين[3] وهذا

---

(1) ولم ينص القانون المدني الأردني بما يفيد على أنه يجوز تفادي دعوى نقض القسمة كما هو الحال في المجلة العدلية، مما يعتبر قصورا في القانون المدني الأردني هذا إذا علمنا أنه حدد المادة التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى (المادة 105) .

(2) أنظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 111 .

(3) في هذا المعنى أنظر السنهوري الجزء الثامن فقرة 551 ص 909 .

عكس الحال بالنسبة للغبن الفاحش الذي يقع في عقد البيع، حيث يزول الغبن بإكمال الثمن حتى يصل إلى أربع أخماس الثمن الحقيقي للمبيع[1]

وإمكان تفادي دعوى نقض القسمة، يجوز في أي مرحلة تكون عليها الدعوى سواء أكان ذلك أمام المحكمة الابتدائية أم الاستئنافية كما يجوز إكمال النقص بعد صدور الحكم النهائي في الدعوى إنما في هذه الحالة يضاف إلى ما سيقوم بدفعه الشركاء الآخرين للشريك المغبون، مصاريف الدعوى القضائية [2].

وفي حالة تعدد المدعى عليهم بدعوى نقض القسمة. وهو الواقع الغالب من الناحية العملية، فيجب أن يتفقوا على مبدأ إكمال النقض الذي أصاب أحد الشركاء المتقاسمين، سواء نقدا أم عينا، فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على مقدار ما سيدفعوه للشريك لإكمال النقص تولت المحكمة تقدير ذلك. أما إذا اتفق جزء منهم وعارض الجزء الآخر، فيجوز للجزء الذي وافق على إكمال النقص أن يقوم بذلك دون الآخرين، ودون أن يكون لهم الحق في الرجوع على الآخرين المعارضين بشيء [3].

ويجوز لدائن المدعي عليهم التدخل في الدعوى، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم [4].

---

(1) أنظر خليل قدادة شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع السابق فقرة 84 .

(2) أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 551 ص 909 .

(3) أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 551 ص 910 – وأنظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 125 ص 297 – توفيق حسن فرج حق الملكية السابق فقرة 132 ص 355 وما بعدها .

(4) أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 551 ص 910 وأنظر خليل قدادة حق الملكية السابق فقرة 125 ص 297.

المبحث الثاني

تحديد طبيعة أثر القسمة

13- النصوص القانونية :

تنص المادة 834 من القانون المدني المصري على ما يأتي " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص " ويقابلها في القانون المدني الأردني المادة 1038 حيث تقول " القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة ... الخ " بينما تقابل المادة 1116 من المجلة العدلية والتي تنص على ما يأتي " القسمة من جهة إفراز، ومن جهة مبادلة ".

يتضح من النصوص السابقة ما يأتي :

14- أولا : في القانون المدني المصري والقانون الأردني :

يعتبر كلا منهما أثر القسمة كاشفا لنصيب الشريك في المال الشائع منذ أن نشا الشيوع. حيث أن وظيفة القسمة كما يقول غالبية الفقهاء في مصر هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحقوق المادية لحق الشريك وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع ، تخلص ملكيته للشريك منذ بدئ الشيوع ، فهي لا تخول الشريك سندا جديدا وإنما يبقى سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة [1].

([1]) أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصده حق الملكية طبعة 1964 فقرة 156 و 247 – عبد المنعم البدراوي الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة 166 ص 205 و 206– إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة 113 ص 261 و262و263– حسن كيره الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة 137 ص 267– وأنظر السنهوري حيث يرى أن أثر القسمة أثر مزدوج كاشف وناقل فيقول "ولما كان هذا الأثر أن يتعارضان لم يبق إلا أن تغلب أثر على أثر في المواضيع التي يحسن فيها من الناحية العملية تغليب هذا الأثر فتارة نغلب الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي الأثر الناقل

15- ثانيا : في المجلة العدلية :

تعتبر المجلة العدلية أثر القسمة ناقلا لا كاشفا، فالقسمة تقوم وفقا لأحكام المجلة العدلية على أساس الإفراز والمبادلة، فهي إفراز لنصف حصة الشريك من مجموع المال الشائع، وفي نفس الوقت هي مبادلة، حيث يبادل كل شريك بنصف نصيبه الآخر بنصف نصيب الشريك الآخر، والذي كان سيشاركه في كل ذرة من ذرات المال الشائع وبهذا تقرر الفقرة الثانية من المادة 1116 " مثلا إذا كان كيل حنطة مشتركا بين أثنين مناصفة فكل حبة منه لكل واحد نصفها، فإذا قسم قسمة جمع إلى قسمين وأعطى أحدهما القسم الواحد والثاني القسم الآخر يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر نصف حصته. ومثل ذلك عرصة مشتركة مناصفة بين إثنين فكل جزء منها لكل واحد نصفه فإذا قسمت إلى قسمة تفريق، وأعطى كل واحد منها قسما، يكون كل واحد قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته " وبهذا تكون المجلة العدلية قد رجحت ما أخذت به الشريعة الإسلامية، من أن أثر القسمة ناقل للملكية وليس كاشفا لها [1] ورجحت ما أخذ به القانون الروماني [1].

فقد سار التقنين المدني دعم أثر القسمة، فجعله في جميع الأحوال أثر كاشفا " الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 573 ص 948 وما بعدها – وبهذا يكون القانون المدني المصري الأردني معا قد رجحا حكم القانون الفرنسي (المادة 883)- أنظر خليل قدادة رسالة دكتوراه أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص من القاهرة 1983 فقرة 36 ص 127 وما بعدها .

(1) أنظر بدائع الصنائع في ترتيب لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الجزء السابع ص 17 حيث يقول " أن القسمة عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض، لأن ما من جزئين من العين المشتركة لا يتجزأ قبل القسمة وإلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكأن نصف العين مملوكا لهذا النصف الآخر مملوكا على الشيوع فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة، فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون صاحبه فلا بد أن يجتمعا في نصيب كل منهما أجزاء بعضها مملوكه له وبعضها مملوكه لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض

16- رأينا في طبيعة أثر القسمة :

ونحن بدورنا نقول أن تحديد طبيعة أثر القسمة يرتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة حق الشريك في المال الشائع ، هل حقه حق ملكية تامة يستطيع من خلاله القيام بجميع السلطات التي يمنحها حق الملكية من تصرف واستغلال واستعمال دون أن يشاركه في هذه السلطات أحد من الشركاء الآخرين؟ أم أن حق الشريك لا يصل إلى هذه الدرجة من حق الملكية التام؟؟.

لقد أجابت الفقرة الأولى من المادة 826 من القانون المدني المصري بالقول " 1- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ". واضح من هذه الفقرة من المادة 826 من القانون المدني المصري بأنها تنسجم مع أحكام المادة 843 من القانون المدني المصري والتي تعتبر أثر القسمة ذات طبيعة كاشفة لا ناقلة. ولكن إلى أي مدى

أجزاء المقسوم، لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه، بل يكون ببعضه ملك صاحبه، فكانت القسمة منها بالتراضي أو يطلبها من القاضي. رضي كل واحد منهما بزوال ملكه من نصف نصيبه يعوض وهو نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة، فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة إفرازا وتميزا أو تعينا لها في الملك وفي حق الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه، فكانت إفراز بعض الأنصباء ومعاوضة البعض ضرورة أو هذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الأملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازمة في كل قسمة شرعية " – ويذهب جانب من الفقه المصري إلى أن القسمة ليست بطبيعتها كاشفة عن الحقوق وإنما القانون جعل لها أثرا رجعيا يعود إلى وقت تحقيق سبب الشيوع في الملكية، وبهذا يقول جميل الشرقاوي " لأن الاقنون يجعله لها أثرا رجعيا أي بحكم القانون لا لأنها بطبيعتها غير ناقلة للحقوق " وهذا يعني أن هذا الجانب من الفقه المصري في نظرنا يجعل القسمة في الأصل أثرا ناقلا للملكية وإنما لكون أن= =القانون قد جعل للقسمة أثر رجعيا فإنه يرجح نص القانون دون ترجيح أصل القسمة في حقيقته – أنظر جميل الشرقاوي الحقوق العينية الأصلية فقرة 53 ص 189 – وأنظر الشيخ على الخفيف أحكام المعاملات الطبعة الثالثة 1947 ص 528 .

(1) خليل قدادة رسالة دكتوراه السابقة فقرة 26.

يعتبر حق الشريك المشاع كما وصفته الفقرة الأولى من المادة 826 السابقة الذكر، حق ملكية تام؟؟.

1-إن الشيوع في الملكية مهما طال يعتبر وضعا قانونيا مؤقتا ينتهي بمجرد زوال الشيوع وتصبح بعد ذلك حصص الشركاء حصصا مفرزة ومحددة بقدر نصيب كل شريك كالثلث أو الربع أو النصف [1].الأمر الذي يجعلنا نقول أن حق الشريك المشاع قبل قسمة المال الشائع هو حق موصوف (مؤقت) ينقضي ويزول ويحل محله حق مفرز ومحدود [2].

2- للشخص بصفة عامة أن يكون له جميع السلطات التي يخولها عادة الحق العيني على ما يملكه، من تصرف أو استغلال أو استعمال، دون أن يشاركه في هذا السلطات شخص آخر ودون أن يقيده أي قيد، ما لم يرجع هذا القيد إلى القانون أو الاتفاق (الشرط المانع من التصرف) . هذا هو مضمون حق الملكية كما سبق أن رأينا ضمن هذه الدراسة، إذا ورد على شيء محدد ومفرز، إلا أن هذا المضمون يختل نطاقه في حق الشريك المشاع في المال الشائع، حيث أن حق الشريك لا ينصب على شيء مفرز ومحدد وإنما يقع على كل ذرة من ذرات المال الشائع وعلى كل جزء من أجزائه، فما يكون لهذا الشريك، يكون للشركاء الآخرين في أي جزء من أجزائه، وطالما الأمر كذلك، فإن سلطات الشريك الشائع تكون مقيدة ومحدودة وقد أكدت ذلك المادة 1/826 من القانون المدني المصري في نهايتها حيث تقول "بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"

---

(1) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور مقال له في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة السادسة العدد الأول تحت عنوان "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره" فقرة 21 ص 108-109- خليل قداده رسالة دكتوارة السابقة فقرة 36 ص132.

(2) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور المقال السابق فقرة 36 ص 132.

ننتهي إلى القول بأن حق الشريك قبل القسمة، وقد عادت إليه جميع السلطات التي يخولها حق الملكية له دون قيد ما لم يكن هذا القيد راجعا إلى القانون أو الاتفاق [1].

3- بعد إتمام عملية القسمة، تتم عملية مبادلة أجزاء المال الشائع بعضها مع بعض، وفقا لما انتهت إليه فما كان للشريك (أ) في نصيب الشريك الآخر (ب) يحصل عليها عن طريق مبادلة الشريك (ب) الأخير بما كان لهذا في نصيب الشريك الأول (أ) وهكذا. ويتم في نفس الوقت أن يسقط كل شريك حقه في نصيب الآخر، ولما كانت المبادلة طريقا من طرق نقل الحقوق من شخص إلى آخر، فإنه يترتب على ذلك، اعتبار سند القسمة السند الجديد لملكية كل شريك من الشركاء في المال الشائع بعد قسمته وهي ملكية جديدة كما سبق أن ذكرنا تختلف من حيث المضمون عما كانت عليه قبل القسمة[2].

على ضوء ما سبق نقول أن أثر القسمة يعتبر في نظرنا أثرا من طبيعة ناقلة وليست كاشفة ومن ثم، يعتبر كل شريك خلفا خاصا للشريك الآخر[3].

إلا أن اعتبار أثر القسمة من طبيعة ناقلة وليست كاشفة يثير مشكلة قانونية في غاية الأهمية والخطورة، فالطبيعة الناقلة لأثر القسمة تؤدي إلى بقاء جميع التصرفات التي سبق لكل شريك أن قام بها قبل القسمة على كل جزء من الأجزاء المفرزة كلا بقدر

---

(1) أنظر خليل قداده رسالة دكتوراه السابق فقرة 36 ص 133.

(2) ويؤكد ذلك المادة 1/828 من القانون المدني المصري والتي تلزم الأقلية برأي الأغلبية في أعمال الإدارة المعتادة – أنظر خليل قداده حق الملكية فقرة 93. وتلزم الفقرة الثانية من نفس المادة الأقلية بالمدى الذي اختارته الأغلبية وتلزمهم بما اتفقوا عليه بالنسبة لإدارة الشيء الشائع – أنظر خليل قداده حق الملكية فقرة 94 . وتؤكد ذلك أيضا المادة 1/829 من القانون المدني المصري والتي تلزم الأقلية بناء على رغبة من يملك ثلاثة أرباع المال الشائع بالتغيرات الأساسية في المال الشائع والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة العادية" أنظر خليل قداده حق الملكية السابق فقرة 93 .

(3) أنظر خليل قداده رسالة دكتواره السابقة فقرة 36 ص 134.

حصته[1] والخطورة في ذلك، أن هذا الوضع سيؤدي إلى التزام كل شريك بما لم يقم فيه الأصل، الأمر الذي يتعارض مع أبسط قواعد العدالة والتي تقضي، بأنه لا يجوز إلزام الشخص بالتزامات لم يشارك بإبرام الاتفاقات التي ترتب عنها[2] فكيف يمكن أن نتلافى هذا الأثر ؟؟؟. بعبارة أخرى، كيف يمكن حماية الشركاء الآخرين في الشيوع من تصرف الشريك في حصته قبل القسمة في حالة ما يكون قد رتب رهنا رسميا أو حيازيا أو حق اختصاص؟؟؟[3].

في نظرنا، أن قواعد انتقال الحق من شخص إلى آخر " الاستخلاف الخاص" والتي تقضي بأن الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، تستطيع وضع الحلول المناسبة لهذه المشكلة. ويؤدي في نفس الوقت إلى حماية الشركاء من تصرفات أحد الشركاء قبل إجراء القسمة، فالسلف (المتصرف في حصته الشائعة) لا يستطيع وفقا لقواعد الاستخلاف الخاص أن ينقل إلى خلفه الخاص إلا ما كان له قبل انتقال الحق من السلف إلى الخلف بالصفة والكيفية التي كان عليه الحق في حيازة السلف. ولقد سبق أن قلنا أن حق الشريك في المال الشائع حق موصوف (مؤقت) وإنه سيتحول من حق شائع ينبسط على كل ذرة من ذرات الشيء الشائع إلى حق ملكية

---

(1) وهذا ما قرره القانون الروماني، وذلك بإبقاء كل التكاليف والحقوق التي رتبها الشريك على حصته الشائعة على كل الأجزاء المفرزة كل بقدر نصيبه الذي آل إليه بعد القسمة – أنظر خليل فداده رسالة دكتواره السابقة 36 ص 134 – عبد المنعم البدراوي الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة 166 ص 205 – منصور مصطفى منصور حق الملكية السابق فقرة 82 ص 303 ومقالته السابق فقرة 29 ص 182.

(2) أنظر خليل فداده رسالة دكتواره السابقة 36 ص 134 .

(3) لكن لو قلنا بأن أثر القسمة من طبيعة كاشفة، فإن ذلك لا يكون له وجود، حيث تؤدي القسمة إلى سقوط هذه التكاليف عن الأجزاء التي آلت للشركاء وقوعها على النصيب الذي آل الشريك المتصرف – أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 138 ص 267.

مفرزة ينحصر في حدود مادية معينة من مجموع المال الشائع، ومن ثم، فإن جميع الحقوق والتكاليف التي قررها الشريك في حصته الشائعة، تعتبر كذلك حقوقا وتكاليفا موصوفة بالوصف الذي كان لحق الشريك المتصرف، وحيث أن حق الشريك كما هو معروف، سيصبح بعد القسمة، حقا مفرزا ومحددا وهو الحق الذي وردت عليه التكاليف التي سبق للشريك أن قررها قبل القسمة، فإن ذلك سيؤدي إلى انتقال هذه التكاليف إلى الحق الذي آل إليه بعد إجراء القسمة، وبهذا نكون أمام تطبيق من تطبيقات الحلول العيني [1].

---

(1) أنظر خليل قداده رسالة الدكتوراه السابقة فقرة 36 ص 135 – وأنظر كذلك منصور مصطفى منصور المقالة السابقة فقرة 39 ص 182 – وقد أخذ القانون المدني المصري الحالي بهذه الفكرة في المادة 2/1039 وفي المادة 2/826. والمادة الأولى تتناول الرهن الرسمي فيما إذا أبرمه أحد الشركاء على حصته الشائعة، فإن الرهن ينتقل إلى حصته .

المبحث الثالث

القسمة والتسجيل

17- أولا : في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني :

لقد ميزت المادة 11 من قانون الشهر العقاري[1] بين التصرفات الكاشفة والتصرفات الناقلة، فأوجبت اتخاذ إجراءات التسجيل بالنسبة للتصرفات الناقلة لإتمام عملية نقل الملكية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير[2] بينما لم توجب ذلك بالنسبة للتصرفات الكاشفة كعقد القسمة، حيث أن التصرف الكاشف يثبت الملكية بذاته دون حاجة لاتخاذ إجراءات التسجيل، ولو لم يكون مسجلا [3] لأنه لا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها[4] هذا فيما بين المتعاقدين أما بالنسبة

---

(1) وعلى عكس من ذلك يقضي مشروع قانون السجل العيني في مصر حيث لا يفرق بين التصرفات الكاشفة والتصرفات الناقلة من حيث وجوب التسجيل، سواء أكان ذلك بين أطرافها أم بالنسبة إلى الغير وذلك وفقا لأحكام المادة 27 من مشروع قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964. والمادة 24 من القرار 189 لسنة 1926 اللبناني وكذلك المادة 26 منه – أنظر في هذا التوثيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية (على الآلة الناسخة – بيروت 1973 ص 195 – 196 .

(2) أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 584 ص 967. توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية السابقة فقرة 138 ص 269.

(3) لذا يعتبر المتقاسم وفقا لأحكام قانون الشهر العقاري المصري، في علاقته مع المتقاسمين الآخرين، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه الذي آل إليه بالقسمة غير مسجلة – أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 584 ص 966 – وقد أكدت هذا محكمة النقض المصرية في حكمها رقم 81 ص 503 من مجموعة أحكام النقض المصرية 15 في 2 أبريل سنة 1964 حيث تقول بأنه " بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ".

(4) أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن فقرة 584 ص 966 .

للاحتجاج بعقد القسمة في مواجهة الغير، فإن قضاء محكمة النقض المصرية جرى على وجوب تسجيل عقد القسمة [1].

ولا يختلف الحال في الأردن عنه في مصر، فالمشرع الأردني وفقا لأحكام 1038 من القانون المدني الأردني يعتبر القسمة من التصرفات الكاشفة وليست من التصرفات الناقلة .

18- ثانيا : في المجلة العدلية :

لقد انتهينا إلى أن المجلة العدلية تعتبر أثر القسمة وفقا لأحكام المادة 1116 منها أثرا ناقلا لا كاشفا، حيث تقوم القسمة على أساس الإفراز والمبادلة، ومن ثم، فالقسمة تعتبر وفقا لأحكام المجلة العدلية من قبيل التصرفات الناقلة للملكية، الأمر الذي يوجب تسجيل عقد القسمة لانتقال الملكية فيما تناوله بين المتقاسمين- ويعتبر رأي المجلة العدلية متطابقا مع ما اتجهنا في ترجيحه بالنسبة لطبيعة أثر القسمة بصفة عامة .

19- رأينا في التسجيل بصفة عامة :

وإذا كانت لنا كلمة أخيرة، فإننا لسنا مع وقف الأثر الناقل للتصرفات الناقلة على اتخاذ إجراءات التسجيل، وإنما نحن مع إعطاء هذه التصرفات (كالبيع على سبيل المثال) دورها الكامل ينقل الملكية، وذلك وفقا لما جرى عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانون المدني الفرنسي بالنسبة للمتعاقدين [2] حيث يقول صاحب البدائع من الفقه

---

(1) أنظر نقض مدني مصري 30 مايو سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 276 ص 821- وحكم 30 أكتوبر سنة 1955 مجموعة أحكام النقض المصرية 6 رقم 185 ص 1375 – ومع ذلك إذا كان المتقاسم لا يحتج بالقسمة في مواجهة الغير إلا بالتسجيل، إلا أن الغير يستطيع ذلك- أنظر في هذا السنهوري الوسيط الجزء الثامن السابق فقرة 584 ص 967.

(2) أنظر عبد المنعم البدراوي أصول القانون المدني المقارن طبعة ثانية 1970، السنهوري، الوسيط الجزء المرجع السابق فقرة 233 ص 411 وما بعدها – أنظر مازو في القانون المدني الفرنسي فقرة

الحنفي في هذا الخصوص" وأما بيان صفة الحكم فله صفتان ... الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال. لأنه تمليك بتمليك ... الخ" [1] وقد كان من آثار هذا الاتجاه أن المشتري يستطيع التصرف في المبيع بمجرد البيع حتى قبل القبض، ويستوي أن يكون المبيع منقولا أم عقارا في ظل الفقه المالكي[2] بينما يفرق الأحناف بالنسبة لحق المشتري في التصرف بالمبيع بعد إبرام العقد مباشرة، بين المنقول والعقار، ففي المنقول لا يجوز التصرف فيه بمجرد إبرام العقد وإنما يشترط لصحة ذلك أن يتم المشتري قبضه للمنقول خشية وقوع المشتري الثاني بالغرر، وذلك لأن المنقول قد يهلك قبل قضبه، بينما ينعدم احتمال ذلك في العقار، لذا فإنهم يجيزون التصرف فيه بمجرد انعقاد العقد وقبل القبض[3] وهذا ما جرى عليه الحال وفقا لأحكام المجلة العدلية حيث تقرر المادة

1615 – سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء الثالث العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع طبعة رابعة 1980 فقرة 157 ص 272 وما بعدهما – سمير عبد السيد تناغو عقد البيع طبعة 1973 فقرة 32 ص 114 وما بعدهما.

(1) أنظر البدائع الجزء الخامس ص 243.

(2) أنظر بداية المجتهد لابن رشيد الجزء الثاني ص 125.

(3) أنظر البدائع الجزء الخامس ص 243 وما بعدها. بينما يذهب والحنابلة إلى عدم جواز التصرف في العقار المنقول على السواء بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بعد اتمام عملية القبض في كل منهما. وأنظر في الفقه الشافعي الأم للإمام الشافعي جزء 3 ص 60. وفي الفقه الحنبلي ابن تيمية الفتاوي جزء 4 ص 74 وص 53.

المفرزة، أما المادة الثانية فقد أقرت بأنه إذا تصرف أحد الشركاء في حصة مفرزة من الشيء، تم ظهر بعد إجراء القسمة بأن الجزء الذي تصرف فيه ليس هو الجزء الذي له بعد إجراء القسمة فإن حق المتصرف إليه ينتقل إلى حق الشريك المفرز بعد إجراء القسمة، وهكذا يمكن إجراء حكم هذه التصرفات بالنسبة للتصرفات الأخرى التي يجريها قبل القسمة، وليس هناك من ضرر يقع على الشركاء الآخرين من جراء هذا أما بالنسبة للتصرفات التي أبرمت باتفاق الشركاء. فال مناص من الإبقاء عليها على جميع الحصص وذلك لأن كل منهم يعرف بأن الحق سيؤول إليه في النهاية (بعد القسمة) مفرزا ومحددا – أنظر في هذا هامش رقم 2 ص 135 و 136 من رسالة الدكتوراه خليل قداده .

253 منها بأن "للمشتري أن يبيع المبيع من آخر قبل قبضه إن كان عقارا، وإن كان منقولا فلا ... الخ" ولا عجب من اتباع المجلة العدلية بما أخذ به المذهب الحنفي، فالمجلة مأخوذة عنه بالكامل كما سبق التنويه عن ذلك ضمن هذا البحث .

وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد تجاوز الحدود التي وصل إليها المشرع الفرنسي من حيث الدور الذي يعطيه كل منهما للتصرفات الناقلة للملكية، فبينما ينحصر دور عقد البيع على سبيل المثال بنقل الملكية بمجرد إبرام العقد بالنسبة للمنقولات والعقارات بين المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي، دون الغير الذي يوجب المشرع الفرنسي تسجيل التصرفات الناقلة للملكية وذلك للاحتجاج بها في مواجهته، فإن الفقه الإسلامي في غالبيته يعطي عقد البيع الدور الكامل بنقل الملكية بمجرد انعقاد العقد سواء بالنسبة للعقار والمنقول، سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، أما شرط القبض الذي يتطلبه الأحناف بالنسبة للمنقول فلا يعيق هذا الدور الذي يلعبه عقد البيع حيث أنه من الواضح أن شرط القبض ليس شرطا أو ركنا في عقد البيع، وإنما هو شرط لصحة التصرف في المنقول .

لذا نقول : طالما الأمر كذلك، ونحن مقبلون على وضع المجموعة المدنية الفلسطينية الجديدة بإذن الله تعالى، علينا أن نستلهم الكثير الكثير من فقهنا الإسلامي العتيد ومن المجلة العدلية، وعلى وجه الخصوص دور التسجيل حينئذ يختلف عما هو قائم بالفعل، سواء في مصر أو فرنسا بالنسبة للغير. وفي فلسطين والأردن كما هو الحال في مصر. حيث يكون دوره إشهار التصرفات الواردة على العقارات والحقوق العينية لا نقل الملكية .

الخاتمة

تقوم القسمة الاتفاقية للمال الشائع على أساس رضا جميع الشركاء الذي تعود ملكية المال الشائع لهم. وتتم القسمة حتى بغياب أحد الشركاء وفي حالة وجود قاصر بين الشركاء وفقا للرأي الذي رجحناه وكذلك في حالة عدم وجود من ينوب عن القاصر حيث تتولى المحكمة (القاضي) ذلك .

والقسمة الاتفاقية كعقد من العقود، يجعلها تتعرض للطعن من وجوه عديدة وعلى وجه الخصوص إذا لحق إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن، ويعتبر عيب الغبن أهم سبب من أسباب وجوه الطعن في القسمة على أساس كثرة وقوع الشركاء المتقاسمين في أن يحصل أحدهم أو أكثر على أقل من قيمة نصيبه الشرعي في مجموع المال الشائع. والطعن بالقسمة بالغبن ينحصر فقط وفقا لما انتهينا إليه بالقسمة الاتفاقية، حيث من المفروض أن القسمة القضائية لا تقع إلا حيث تكون كل الاحتياطات قد اتخذت من جانب المحكمة لكي يحصل كل شريك على نصيبه الشرعي بالكامل .

فإذا ما انتهت عملية القسمة وحصل كل شريك على نصيبه يثور السؤال حول طبيعة أثر قسمة المال الشائع، وقد رأينا أن هناك ثلاثة آراء، رأي يذهب إلى اعتبار القسمة كاشفة وليست ناقلة، وهذا هو رأي القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، بينما يذهب رأي آخر إلى اعتبار القسمة ناقلة وليست كاشفة وهذا هو رأي المجلة العدلية والفقه الإسلامي ورأي جانب من الفقه المصري. ويذهب رأي آخر إلى أن الأصل في أثر القسمة بأنه ناقلا، ولكن لأن القانون اعتبره كاشفا فهو كذلك .

وقد رجحنا من هذه الآراء الرأي القائل بأن أثر القسمة ناقل للملكية وليس كاشف على أساس أن القسمة تقوم على مبدأ الإفراز والمبادلة كما رجحت ذلك المجلة العدلية، ولطبيعة حق الشريك الشائع على حصته الشائعة قبل الإفراز بأنه حق ملكية موصوف ينقضي

هذا الحق بالقسمة ويحل محله حق مفرز ومؤبد، ولأن حق كل شريك لا ينصب على جزء معين من المال الشائع قبل القسمة، لذا فإنه إذا وقعت القسمة تجري مبادلة حق كل شريك بما له من حق الشريك الآخر وهكذا، ولما كانت المبادلة طريقا من طرق نقل الحقوق فإن ذلك يؤدي إلى إيجاد سند جديد للكية كل شريك من الشركاء وهي ملكية جديدة تختلف عن ملكية الشريك قبل القسمة من حيث المضمون .

إلا أن اعتبار أثر القسمة ناقلا يؤدي إلى وضع قانوني في غاية الخطورة ويتمثل في مصير التصرفات القانونية التي يكون كل شريك قد قام بها على حصته الشائعة قبل القسمة، إلا أن ذلك يمكن انهاءه عن طريق قواعد انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، أي قواعد الاستخلاف الخاص، والتي تقضي بأن الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك لأن فاقد الشيء لا يعطيه، ومن ثم، إذا كان أحد الشركاء قد رهن أو باع حصته أو قرر عليها حق ارتفاق ثم آلت إلى الشريك حصة أخرى، فإن ما قام به هذا الشريك يتحول إلى حصته التي آلت إليه عن طريق الحلول العينين .

وحيث انتهينا إلى أن القسمة من العقود الناقلة للملكية، فإنه يوجب تسجيل عقد القسمة لاتمام الأثر الناقل لها فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير . على أننا نؤكد ما اتجهنا إليه في نهاية البحث إلى وجوب إعطاء عقد البيع باعتباره من التصرفات الناقلة للملكية على سبيل المثال الدور الكامل بنقل الملكية دون وقف هذا الأثر على اتخاذ إجراءات التسجيل وذلك اقتداء بما أخذ به الفقه الإسلامي والمجلة العدلية، ليصبح دور التسجيل ليس نقل الملكية وإنما إشهار وإعلان التصرفات التي ترد على العقارات والحقوق العينية سواء بالنسبة للمتعاقدين والغير على السواء فقط .

" تم بحمد الله "

المراجع

1- إسماعيل غانم — الحقوق العينية الأصلية 1959 ج1 في حق الملكية .

2- توفيق حسن فرج — الحقوق العينية الأصلية طبعة 1980 .

3- جميل الشرقاوي — الحقوق العينية الأصلية طبعة 1980 .

4- خليل أحمد حسن قداده — أ- الوجيز في شرح القانوني المدني الفلسطيني الجزء الأول – حق الملكية ط1997م – 1418 هـ.مكتبة القدس غزة .

ب- الوجيز في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام سنة 1985- ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.

ج- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري – الجزء الثاني أحكام الالتزام – سنة 1985- ديوان المطبوعات الجزائر .

د- رسالة الدكتوراه من القاهرة 1983. " أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص ".

هـ- الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة الكتاب الأول عقد البيع 1997م مكتبة القدس غزة.

5- عبد الرازق السنهوري — أ- الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجزء الثامن " حق الملكية" سنة 1967.

ب- الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجزء الرابع عقد البيع

6- عبد المنعم البدراوي — أصول القانون المدني المقارن طبعة ثانية 1970.

7- عبد المنعم فرج الصده — الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية الطبعة الثانية سنة 1964م.

8- على الخفيف — أحكام المعاملات الطبعة الثالثة 1947م.

9- سمير تناغو — عقد البيع طبعة 1973.

10- سليمان مرقس — شرح القانون المدني الجزء الثالث العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع طبعة رابعة 1980م.

11- محمد محمود عبد الله — قسمة المال الشائع – دراسة فقهية تحليلية مقارنة رسالة دكتوراه من القاهرة 1976 .

12- منصور مصطفى منصور — أ- حق الملكية طبعة 1965م .
ب-مقال في مجال العلوم القانونية والاقتصادية السنة السادسة العدد الأول تحت عنوان "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره

13- ابن تيمية الفتاوي — جزء 4 (فقه حنبلي)

14- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الجزء السابع .

15- بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني (فقه مالكي).

16- الأم الجزء الثالث للإمام الشافعي (فقه شافعي).