دور القسمة القضائية في إزالة الشيوع في الملكية

(دراسة مقارنة)

م.م. فايز عيدان رحيم

مديرية تربية كركوك

The role of judicial division in the removal of common property

(A comparative study)

Assist. Lecturer. Fayez Idan Rahim

Kirkuk Education Directorate

المقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبة أجمعين، أما بعد...

سنتناول في هذا البحث موضوع القسمة القضائية كأحد أسباب إزالة الشيوع في الملكية، فمن المعروف أن الشيوع في الملكية ينتهي بعدة أسباب منها القسمة القضائية التي يتم اللجوء إليها عن طريق تقديم طلب من أحد الشركاء إلى المحكمة المختصة في حالة عدم الاتفاق بين الشركاء على إجراء القسمة رضاءً، أو وجد بين الشركاء قاصر، وهنا يتدخل القضاء ويعمل على إزالة الشيوع في الملكية عن طريق تقسيم المال الشائع، من خلال الاستعانة بالخبراء الذين يتولون مهمة تقسيم هذا المال واستخراج الحصص للشركاء كلاً بقدر مساهمته بالمال الشائع.

والقسمة القضائية إما أن تكون عينية بأن يتم تقسيم المال الشائع عيناً عن طريق تقسيم المال إلى حصص مفروزة كلاً بقدر مساهمته في المال الشائع، فبقدر ما

يملكه الشريك من حصص تكون أجزاء ملكيته المفروزة، والأصل أن تتم قسمة المال الشائع عيناً وهي لا تجري إلا في الأشياء التي تقبل القسمة عيناً.

وقد تكون القسمة القضائية قسمة تصفية والتي يتم اللجوء إليها في حالة تعذر إجراء القسمة عيناً، أو إذا كان من شأن إجراء القسمة عيناً إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع في هذه الحالة تتم تصفية الحصص وبيعها ومن ثم تقسيمها على الشركاء وكل شريك يستأثر بحصة مفروزة بعيداً عن الشركاء.

ولا يخفى ما للقسمة القضائية من آثار تتمثل في تحويل الملكية الشائعة إلى ملكية مفروزة، حيث يستأثر كل شخص بحصته منفرداً عن باقي الشركاء.

فقد يكون للقسمة أثر كاشف يتمثل بنقل ملكية المال الشائع للمالك منذُ تملكه في الشيوع وليس من تاريخ إجراء القسمة القضائية، ذلك لأن الأثر الكاشف لا يقرر حق جديد للمالك على حصته المفروزة، وإنما يكشف عن وجود الحق للشريك في حصته المفروزة، فإذا تملك الشخص في الشيوع عن طريق الإرث فيعتبر مالك للجزء المفروز الذي آل إليه من وقت إجراءات التركة.

أما بالنسبة للأثر الناقل للقسمة القضائية فبموجبة يكون الشريك مالك للجزء المفروز الذي آل إليه من وقت القسمة، وذلك لأن الشركاء قبل القسمة يملكون بمقدار حصصهم في كل ذرة من ذرات المال الشائع، والقسمة هي عملية مبادلة بين الشركاء للأجزاء التي يملكونها في كل ذرة من ذرات هذا المال الشائع، فكل متقاسم ينزل عن حصته في أنصبة الآخرين بمقابل نزولهم عما لهم من حصص في نصيبه، فهي عملية تنازل متبادل بين الشركاء، وقد يكون للقسمة القضائية أثر مزدوج ناقل وكاشف، ويمكن توضيحه من خلال المثال التالي:

"فلو تملك شخصان أرضاً على الشيوع مناصفتاً، وعندما تمت القسمة حصل كل شريك نصف الأرض"، فالتكييف القانوني الدقيق لهذه الواقعة هو انه قد ثبت للشريك في هذا النصيب المفروز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، وانتقلت إلية ملكية

شريكة الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، وبذلك حصلت له الملكية في جميع النصيب المفروز، ولما كان هذان الأثران متعارضين لذا ينبغي تغليب أحدهما على الآخر، وحيث أن المقتضيان العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل، لذا اعتبرت القسمة في أغلب الأحوال ذات أثر كاشف.

إشكالية البحث: تتمثل بالبحث في دور القضاء في إنهاء حالة الشيوع، وحل الإشكاليات التي قد تنشئ بين الشركاء في حاله عد اتفاقهم على إجراء القسمة رضاءً.

وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم البحث كالتالي:

المبحث الأول: أنواع القسمة القضائية.

المطلب الأول: القسمة العينية.

المطلب الثاني: قسمة التصفية.

المبحث الثاني: الأثر القانوني المترتب على القسمة القضائية.

المطلب الأول: الأثر الكاشف للقسمة القضائية.

المطلب الثاني: الأثر الناقل للقسمة القضائية.

المطلب الثالث: الأثر المزدوج(الأثر الناقل والكاشف للقسمة القضائية).

المبحث الأول

أنواع القسمة القضائية

يتم إجراء القسمة القضائية عن طريق القضاء، عندما لا يكون هناك إجماع من قبل الشركاء على إجراء القسمة رضاءً[١]، أو عندما يتغيب أحد الشركاء عن موعد إجراء القسمة الرضائية، أو يكون قاصراً، ويشترط لصحة القسمة القضائية أن يتقدم احد الشركاء بطلب إجراء القسمة إلى المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة تصدر المحكمة

(١) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص١٤٥.

أمراً بإجراء القسمة حتى في حالة امتناع أحد الشركاء، أو تغيبه عن موعد إجراء القسمة[١].

وبناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول

القسمة العينية

في هذا النوع من القسمة تتم قسمة المال الشائع إلى أجزاء مفروزة تتناسب مع حصص الشركاء، أي تكون تلك الأجزاء متناسبة مع عدد حصص كل شريك، فبقدر ما يملكه الشريك من حصص تكون أجزاء ملكيته المفروزة، والأصل أن تتم القسمة القضائية بطريقة عينية، وهي لا تجري إلا في الأشياء التي تقبل التجزئة، ويجوز أن يتم الفرز في حصص الأشخاص الذين طلبوا القسمة، أما باقي الشركاء ممن لم يطلبوا القسمة فيجوز أن يبقوا على الشيوع فيما بينهم، ويقوم القاضي المختص بإجراء القسمة بنفسه، إلا إذا تعذر عليه من الناحية الفنية والعملية بحكم مسؤولياته الجسام، والأعباء الملقاة على عاتقة، ففي هذه الحالة يأمر القاضي بانتداب خبير، أو أكثر، ليقوم بعملية القسمة، حيث يقوم الخبير بتولي مهمة تقويم المال الشائع وتقسيمه إلى حصص، إن كان المال قابل للقسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته، أو أن يكون من شأن التقسيم تفويت المنفعة المقصودة من المال بهذه القسمة[٢].

وهذا ما أكده المشرع العراقي بالنص على ما يلي:

١- إذا لم يتفق الشركاء على القسمة، أو كان بينهم محجور، فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة البداءة لإزالته (حلت تسمية "محكمة البداءة" محل تسمية محكمة الصلح بموجب المادة ٦٥ من قانون التنظيم القضائي رقم

(١) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني(الحقوق العينية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص٧٢.

(٢) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٧٣، ١٧٤.

١٦٠ لسنة ١٩٧٩).

٢- إذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة قررت إجراءها، ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصود منه قبل القسمة(١).

وكذلك تبنى المشرع الأردني الموقف نفسه الذي تبناه المشرع العراقي، من ناحية اشتراط كون المال قابل للقسمة، لكي يتم تقسيمه، ووضع ضابط لكون المال قابل للقسمة وهو كون القسمة لا تفوت المنفعة المقصودة من المال المراد تقسيمه.وذلك بالنص على ما يلي: "يجب أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه بالقسمة"(٢).

وكذلك نص على ما يلي: "إذا تعذرت القسمة عينيا 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 بالطريق المبينة في القانون"(٣).

وذلك نابع من حرص المشرعان العراقي والأردني على المنفعة المقصودة من القسمة وهي أن يستأثر كل من الشركاء في المال الشائع بحصته المفروزة والقضاء على الإشكاليات والخلافات التي يسببها الشيوع في الملكية، وفي ذلك دلالة واضحة على أن المشرعان لا يشجعان على الشيوع في الملكية، لأنهما تنبها إلى الإشكاليات التي يسببها الشيوع في الملكية، بالإضافة إلى تعارض مصالح الشركاء لذلك سهلا السبيل للخروج من حالة الشيوع عن طريق القسمة الرضائية ومن ثم القسمة القضائية، ويقوم الخبير بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصة، أما في حالة عدم تعيين الحصص بالتجنيب فيتم إجراء القسمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز وفي حالة تعذر أن يختص كل شريك بكامل حصته عيناً

(١) الفقرتان (١) و(٢) من المادة (١٠٧٢) من القانون المدني العراقي.
(٢) المادة (١٠٤٣) من القانون المدني الأردني.
(٣) المادة (١٠٤٤) من القانون المدني الأردني.

فيتم تعويضه بمعدل أي مبلغ نقدي عما نقص من نصيبه[١].

أما في حالة غياب أحد الشركاء، أو عدم أهليته وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن أصبح نهائي مكتسب للدرجة القطعية وذلك وفقاً لما يقرره القانون[٢].

وبالنسبة لمصاريف القسمة من أجور وغيرها فإنها تقسم على المتقاسمين بنسبة حصصهم بالمال المقسوم لا بحسب عدد الشركاء، وذلك تحقيقاً للعدالة بينهم، أما بالنسبة لتقدير المختلف كالقيميات فيتم تحديد قيمتها بالنقود، وتقدير المستوى بالكيل، أو الوزن دون تفاوت[٣].

أما بالنسبة للعقارات فيجب استيفاء المرافق من طرق ومجاري وماء وغيرها على وجه لا يضر بأي من الشركاء ولا يقسم الفرع دون أصله لكي لا يتلف، ولا يقسم النبات دون المنبت إلا إذا اتفق على قطع النبات، حيث أن بعض النباتات لا يتم الاستفادة منها مقطوعة قبل إتمام نضجها، وعلى الخبير أن يحدد ما يلزم تقويمه ثم يقومه ويعدله على حسب سهام القسمة، ويفرز النصيب مع مرافقة، ثم يرفع الأنصباء الأول، ثم الثاني، وهكذا ويتم تحديد السهام على أساس أقل الأنصبة بحيث تكون قابلة للقسمة دون باقي وقد يكون نصيب أحد الشركاء عدد من الأسهم لذا يجب أن يتبع السهم ما يسبقه خشية تفرق الحصة، ويلزم حضور المتقاسمون أو من يقوم مقامهم عند إجراء القرعة على السهام، وإلا بطلت القرعة ولا يعمل بها، فيتعين على القسام والقاضي مراعاة ذلك، وبعد كل ذلك يسلم النصيب إلى صاحبة، أو من يقوم مقامة، وتكفي الخلية في العقارات مع حضور مالك النصيب، أو من ينوب عنه[٤].

(١) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٧٤.
(٢) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٧٣.
(٣) محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون المدني، بلا ناشر أو سنة النشر، ص١٣٤، ١٣٥.
(٤) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٧٤.

المطلب الثاني

قسمة التصفية

يتم اللجوء إلى هذا النوع من القسمة في حالة تعذر إجراء القسمة عيناً، أو كان من شان هذه القسمة إحداث نقص كبير في المال المراد تقسيمه ففي هذه الحالة أمرت المحكمة ببيعة، بالمزاد العلني لكي يقسم ثمنه بين الشركاء فتكون القسمة قسمة تصفية(١).

وفي هذا الخصوص نص المشرع العراقي على ما يلي:

١- إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة أصدرت المحكمة حكماً ببيعه.

٢- وفي هذه الحالة تقدر المحكمة بناء على مراجعة المدعى أو احد الشركاء بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة، فان قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدر عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء، لإبداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك، فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقدر، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوي فيما بينهم، أما إذا رغب احد الشركاء في شرائها ببدل أعلى، فتجري المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايدة.

٣- وإذا لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر أو لمن يرغب احد الشركاء في الشراء، وبقي المدعي مصراً على طلبه، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانوناً وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه (قرار مجلس الثورة(المنحل) رقم ٦٠٩ بتاريخ ٨-٥-١٩٧٨ الذي نص على: لا يحق للورثة الراشدين إزالة شيوع دار السكن التي آلت إليهم إذا كانت مشغولة من أولاد المتوفى القاصرين إلا إذا ارتأت

(١) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، ط٣، دار العاتك لصناعة الكتب، ط٣، ص١٢١.

المحكمة المختصة أن مصالحهم تقضي بخلاف ذلك بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين[١].

يتضح لنا من خلال ما تقدم أن المشرع العراقي قد حرص على إزالة الشيوع في الملكية وانه حرص على عدم إدخال غريب بين الشركاء، فإذا رغب أحدهم ببيع حصته فمن الأولى أن يتم بيعها لأحد الشركاء وكل ذلك نابع من حرص المشرع العراقي على تجب الإشكالات التي يسببها الشيوع.

وقد يتم بيع المال بالطرق المتبعة والمبينة في قانون المرافعات وعلى ذلك نص قانون المرافعات الأردني على ما يلي: " 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" [٢].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يلي: " إن القسمة قضاءً لا تجري في العين إذا كان تبعيضها يضر بالعين، أو يهدر المنفعة المقصودة منها، لأن الإجبار على القسمة شرع لتحقيق المنفعة، فإذا تعذر تحقيق المنفعة وتعذر بالتالي على الشركاء الاستمرار في الانتفاع بالعين جاز لأي منهم بيع نصيبه لأحد الشركاء أو أن يطلب من المحكمة بيعه على أن يقتصر إجراء البيع (المزايدة) على الشركاء فقط، إذا هم طلبوا ذلك"[٣].

أما إذا رسا المزاد على أجنبي عن الشركاء فيعتبر ذلك بيعاً ناقلاً لملكية الشيء الشائع الراسي عليه المزاد، غير أن ذلك لا يمنع من اعتبار توزيع الثمن بين الشركاء، أو اختصاص احدهم به قسمة بحيث تترتب عليه كل آثار القسمة[٤].

(١) المادة (١٠٧٣) من القانون المدني العراقي.
(٢) المادة (١٠٤٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية (المرافعات) الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١، والقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢، والقانون رقم١٦ لسنة ٢٠٠٦.
(٣) نبيل طارق وآخرون، القانون المدني الأردني، ط٤، بلا ناشر، ١٩٧٦، ص٦٥٧.
(٤) حسن كيره، أحكام القانون المدني، ط٤، بلا ناشر، ١٩٩٥، ص٢١٠.

وفي حالة ما إذا كان المال الشائع منقولاً وأريد بيعة لعدم إمكانية تقسيمه فيجب في هذه الحالة إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع عليها الحجز لدى المدين، والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة سواءً أكان شريكاً، أم كان من الغير، غير أن المشرع أجاز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إن هم طلبوا ذلك بالإجماع، ففي حالة خروج واحد منهم على هذا الإجماع وجب فتح باب المزايدة أمام الجميع(١).

وفي حالة بيع حصة أحد الشركاء، فقد تم تنظيم هذا البيع في قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة الأردني، عندما نص على ما يلي: "إن أدعى أحد الشركاء في الأراضي والمسقفات والمستغلات وغيرها من العقارات المشتركة أنه غير قابل للقسمة وطلب بيع حصته لشركائه، أو لغيرهم، يترتب على قاضي الصلح إذا ظهر له بنتيجة الكشف أن المحل المطلوب تقسيمه غير قابل للقسمة أن ينتدب خبيراً، أو أكثر لتقدير قيمة حصة طالب البيع بالنسبة لجميع الحصص ثم يدعو الشركاء أن يبدوا رأيهم خلال خمسة عشر يوماً، فيما إذا كانوا يرغبون شراء هذه الحصة بالبدل المقرر أم لا، فإذا أظهر فريقاً منهم رغبته في الشراء تفوض إلية بالتساوي بنسبة عددهم، وإذا رفض أحد الشركاء أن تباع هذه الحصة منهم ودفع ثمناً أكبر من القيمة التي قدرها الخبراء توضع في المزاد بين الشركاء دون غيرهم وتفوض لمن يدفع ثمناً أكثر من غيره، أما في حالة بيع كامل المال الشائع إذا لم يتقدم أحد الشركاء في الحالة السابقة خلال المدة المذكورة لشراء الحصة المعروضة للبيع وأصر المدعي على طلبه ولم يرضى ببدل المثل المقرر يعرض جميع المحل للبيع في المزاد بمعرفة دائرة الإجراء وبعد إتمام معاملة البيع على الصورة المذكورة يوزع الثمن على الشركاء بنسبة حصصهم"(٢).

(١) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص١٥٤.
(٢) المادة (٨) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة الأردني رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣، المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (١١٣٥) بتاريخ، ١٩٥٣/٣/١ على الصفحة ٥٧٤ المعمول بة بتاريخ ١٩٥٣/٤/١ المعدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥.

وكذلك نص القانون نفسه على ما يلي: " إذا لم يتقدم أحد الشركاء لشراء المحل المعروض للبيع في المزاد بمجموعة، أو لم يبلغ البدل الذي تقدم به المتزايدون الحد الذي يمكن أن يعد عادلاً أو مناسباً، يعرض بمجموعة للمتزايدين بين الشركاء دون غيرهم"(١).

من خلال أستعرض نصوص هذه المواد نجد أن المشرع قد أعطى أولوية للشركاء في شراء الحصة المعروضة للبيع قبل عرضها للبيع بالمزاد، إلا إذا لم يبدوا رغبتهم بالشراء، فعندئذٍ تعرض الحصة للبيع في المزاد، وقد حسناً فعل المشرع في ذلك لكي لا يشتري الحصة شخص غريب عن الشركاء مما يزيد في الإشكاليات ويعمق الخلافات بين الشركاء والتي حرص المشرع على حلها بكل الطرق ومنها القسمة القضائية.

المبحث الثاني

الآثار القانونية التي تترتب على القسمة القضائية

أن الأثر القانوني الذي يترتب على القسمة هو استقلال كل شريك بحصته مفروزة عن باقي الشركاء، بحيث يصبح مالكاً لها عوضاً عن الحصة الشائعة التي يملكها على الشيوع مع بقية الشركاء(٢).

والغرض من القسمة تعيين الحصص وإفرازها بحيث يستأثر كل شريك بحصته المفروزة التي تصبح ملكاً له ويكون بذلك قد تخلص من الشيوع وما يثيره من إشكاليات وخلافات بين الشركاء ترهق كاهلهم وكاهل القضاء(٣).

(١) المادة (١٠٥) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة الأردني رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣المعدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥.

(٢) جورج رشداوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦، ص٨٦.

(٣) سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني الحقوق العينية، ط١، بلا ناشر، ١٩٩٦، ص٥٨.

ويختص كل شريك بجزء مفروز من المال الشائع يعادل حصته في هذا المال، وبذلك يتحدد حق الشريك بجزء من المال الشائع لا يشاركه فيه احد، بعد أن تحول هذا المال من مال شائع إلى مال مفروز، ويعتبر مالكاً لحصته المفروزة منذُ أن تملك في الشيوع حتى وان لم يملك غيرها في بقية الحصص، وذلك لأن القسمة تكشف حق مقرر للمالك من قبل ولا تنقل له حق جديد فالقسمة مقررة وليست منشئة.

هذا وقد اختلفت الآراء الفقهية حول الأثر المترتب على القسمة القضائية، وانقسمت إزاء ذلك إلى ثلاثة آراء، رأي يرى أن للقسمة **أثر ناقل** بحيث تنقل ملكية المال المفروز من تاريخ إجراء القسمة القضائية، ورأي يرى أن للقسمة القضائية أثر كاشف فهي مجرد أن تكشف عن حق مقرر سابقاً، بحيث يرجع تاريخ تملك الحصة المفروزة إلى تاريخ التملك بالشيوع، وهناك رأي يرى أن للقسمة القضائية أثر مزدوج ناقل وكاشف.

وبناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وكالآتي:

المطلب الأول

الأثر الكاشف للقسمة القضائية

إذا تمت القسمة القضائية بشكل نهائي، فكل شريك يستأثر بجزء من الحصة المفروزة ويعتبر مالكاً لحصته من تاريخ تملكه في الشيوع، أي تتحول الحصة الشائعة التي كان يملكها على سبيل الشيوع إلى ملكية مفروزة ويتحدد حق الشريك المادي والمعنوي في المال الشائع في جزء معين من المال لا يشاركه فيه أحد، ويكون تملك الشريك المتقاسم لحصته التي آلت إليه بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ بدء الشيوع، وليس لتاريخ إجراء القسمة القضائية، ويترتب على ذلك اعتبار الشريك مالك للعين كلها من تاريخ بدء الشيوع، ويعتبر الشركاء الآخرون كأنهم لم يملكوا شيئاً، وإن الحكمة من تقرير الأثر الكاشف للقسمة القضائية هو حماية الشريك من تصرفات شركائه في حصصهم قبل القسمة، فإذا أبرم شركائه تصرفات قبل القسمة فأن الشريك يحصل على

الجزء المفروز خالصاً من تلك الآثار لأن كل تصرف صادر من الشركاء أثناء الشيوع في الجزء المفروز يعتبر نافذاً في حق الشريك الذي اختص به لأنه صادر من غير مالك، لذلك لا ينبغي التوسع في الأثر الرجعي للقسمة القضائية، بل يجب حصر ذلك الأثر في حدود الحكمة منه والغرض الذي أُعد من اجله، فلا يجوز للشريك المتقاسم أن يطالب بثمار حصته منذُ بدء الشيوع أو أن يطلب استرداد ما أنفقه من مصروفات على الأجزاء الأخرى بحجة انه لم يملك غير هذه الحصة منذُ بدء الشيوع، أما إذا وردت القسمة على عقارات فتكون حجة على المتقاسمين باعتبارها تصرف كاشف دون حاجة إلى تسجيل أما بالنسبة للغير فلا تكون حجة عليهم إلا بالتسجيل ويسري هذا الحكم على أنواع القسمة سواءً تمت بالاتفاق أو بحكم القانون أو عن طريق القضاء[1].

يترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق، لا ناقلة لها، عدة نتائج، نذكر منها ما يلي:

١- تعد الحصة التي آلت إلى المتقاسم أنها كانت خالص ملكه منذ بدء الشيوع. وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشيوع، وتسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة.

وإن كان يمكن التخفيف من هذا الأثر الكاشف للقسمة في حالة ما (إذا كان التصرف منصباً على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب المتصرف)، إذ قرر انتقال (حق المتصرف إليه، من وقت التصرف، إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة). وعلى أن يبقى له (إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة الحق في إبطال التصرف .

٢- يعد الشريك الباني أو الغارس في الأرض المشاعة بمثابة الباني أو الغارس على ملك الغير، إذا بنى دون إذن شركائه، ووقع القسم المحدث عليه البناء أو الغراس في نصيب شريك آخر عند القسمة.

(١) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٨٤.

وإن كان يمكن التخفيف من هذا الأثر الكاشف، فاعتبار الشريك الباني أو الغارس، في هذه الحالة، بمثابة الباني أو الغارس حسن النية في أرض الغير.

٣- لا تصلح القسمة سبباً صحيحاً للتمسك بالتقادم الخمسي، ذلك أن السبب الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملك، لولا صدوره من غير مالك، والقسمة ليس من شأنها ذلك، باعتبارها كاشفة لحق الملكية، لا ناقلة له، فإذا تبين أن العقار، الذي دخل في نصيب أحد المتقاسمين، غير مملوك للشركاء، فلا يجوز لهذا المتقاسم، إذا حاز هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات، أن يستند إلى القسمة، باعتبارها سبباً صحيحاً لاكتساب ملكية العقار بالتقادم، لأن من شرائط كسب الملكية بالتقادم الخمسي أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح و القسمة ليست كذلك.

٤- يجوز نقض القسمة الرضائية، إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس ذلك لأنه ما دامت القسمة كاشفة للحق، يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصته الشائعة.

ولو كانت القسمة ناقلة للحق، لما تطلب المشرع تحقيق المساواة بين أنصباء المتقاسمين؛ لأن القسمة تكون آنذاك بمثابة البيع، و البيع يقوم على المغالبة، لا على المساواة[١].

المطلب الثاني

الأثر الناقل للقسمة القضائية

يترتب على الأثر الناقل للقسمة القضائية أن يكون الشريك مالكاً لحصته من وقت بدء القسمة، ويترتب كذلك التزام متبادل بين المتقاسمين بالضمان حيث يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض واستحقاق ويكون لكل متقاسم الحق في الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق على إجراء القسمة القضائية، والأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يقع في عقد البيع باعتباره

(1) https://www.facebook.com/permalink.php?id=145097215673619&story_fbid .

ناقلاً لملكية الشيء المباع، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله إليه، إلا أن المشرع قد رتب هذا الضمان على القسمة القضائية بالرغم من أن أثرها كاشف، وتسري أحكام التعرض والاستحقاق الواردة بشأن البيع على القسمة القضائية على أساس ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ففي حالة حدوث تعرض واستحقاق لأحد الشركاء فإذا ذلك يؤدي إلى اختلال المساواة بينهم، لذا وجب الضمان فإذا تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين بعد إجراء القسمة أو استحق جزء أو كل المال الذي وقع في نصيب هذا المتقاسم حيث تبين أن هذا المال لم يكن ملكاً للشركاء ففي هذه الحالة ليس من العدالة تحميل هذا الشريك بمفردة هذا الخطأ وحرمانه من كل أو جزء من حقه في حين يأخذ باقي الشركاء حقوقهم كاملة، ففي هذه الحالة يسمح للشريك ومن باب تحقيق العدالة والمساواة بين الشركاء المتقاسمين بالرجوع بالضمان والاستحقاق على باقي الشركاء لتعويضه عما أصابه من خسارة، أي يكون الشركاء متضامنون في حالة التعرض والاستحقاق لكي لا يحرم أحد الشركاء من كل أو بعض ماله وتعرضه للخسارة فكما كانوا مستفيدين من المال الشائع والتصرف فيه فيكونون متضامنين في الخسارة في حالة التعرض والاستحقاق التي قد تترتب على أحدهم من قبل الغير[١].

وهو ما أكده المشرع العراقي بالنص على ما يلي: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان احد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين"[٢].

وكذلك نص المشرع الأردني على ما يلي: "يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضا

(١) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٩٠، ١٩١.
(٢) المادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي.

وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب، أما المثليات فيجرى فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط"[١].

ويشترط في التعرض والاستحقاق عدة شروط منها وجوب أن يقع التعرض والاستحقاق من قبل الغير والمقصود بالتعرض هنا هو التعرض القانوني وليس التعرض المادي، لأن التعرض يكون قانوني وليس مادي، والمقصود بالتعرض القانوني هو أن يدعي شخص الحق على الحصة التي آلت إلى المتقاسم نتيجة القسمة كأن يدعي حق عيني كحق الانتفاع أو الارتفاق أو يكون الحق شخصي كالإيجار، أو يدعي ملكيته لكل النصيب أو بعضه، ويجب أن يكون التعرض من قبل الغير لا من أحد المتقاسمين[٢].

ويجب أن يكون التعرض والاستحقاق راجعين إلى سبب سابق على القسمة أي يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل إجراء القسمة، أي لا يضمن المتقاسمون بعضهم البعض في مجال التعرض والاستحقاق إلا إذا كان لأحدهم سبب سابق على القسمة، أما إذا كان التعرض والاستحقاق لسبب لاحق على القسمة فلا ضمان في هذه الحالة كما هو الحال في حالة نزع ملكية المال من تحت يد المتقاسمين للمنفعة العامة بعد القسمة، وكذلك لا يجوز للمتقاسم الرجوع بالضمان على المتقاسمين الآخرين بالتعرض الذي وقع عليه من الغير ويمضي في الدعوى إلا أن يخسرها، ثم يتبين عدم صحة الدعوى، وان باقي الشركاء كانت لديهم الوسيلة الأكيدة لدفع هذه الدعوى، ففي هذه الحالة يتحمل كافة مصاريف الدعوى دون الرجوع على باقي المتقاسمين، وذلك لأن خسارته كانت بسببه هو وليس بسبب الشركاء المتقاسمين، أما في حالة تضمين عقد القسمة اتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان والاستحقاق ففي هذه الحالة لا يجوز للمتقاسم الرجوع على باقي الشركاء[٣].

(١) المادة (١٠٤٩) من القانون المدني الأردني.
(٢) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٥٠، ١٥١.
(٣) المصدر نفسه، ص١٩٣، ١٩٤.

المطلب الثالث

الأثر المزدوج للقسمة القضائية(الأثر الناقل والكاشف)

هناك جانب من الفقه يرى أن للقسمة القضائية أثر مزدوج (ناقل وكاشف)، ووفق هذا الرأي الفقهي يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري:" لو اقتصرنا على صورة مبسطة للمال الشائع، وقلنا أن أرضاً يملكها اثنان على سبيل الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً لشريكين تتزاحم عليها ملكية كل مهما، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وفرزنا نصيب كل منهما، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر، فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أم أثر ناقل؟

إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض صار هذا النصيب المفروز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف فالإفراز إذا ثبت للشريك في هذا النصيب المفروز ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب المفروز، وأثر ناقل في النصف الآخر، ويكون للقسمة إذاً أثر مزدوج كاشف وناقل ولما كان هذان الأثران يتعارضان لم يبق إلا أن نغلب أثر على آخر في المواضع التي يحسن فيها من الناحية العملية تغليب الأثر الكاشف حيث يحسن تغلبيه وتارة تغليب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك، ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل فقد سار التقنين المدني على النهج التقليدي وعمم أثر القسمة فجعله في جميع الأحوال أثر كاشف"

وهكذا يبرهن لنا الأستاذ السنهوري أن للقسمة أثر كاشف وناقل في الوقت نفسه أي كاشف لحصة الشريك بان تكون له حصة مفروزة يملكها هذا الشريك وحدهن وتكون ذا أثر ناقل ينقل الملكية من الشيوع إلى ملكية فردية للشخص وحده، ويضيف الأستاذ السنهوري إلى أنه في حال تعارض الأثران الكاشف والناقل فلا بد من تغليب أحدهما على الأخر إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك ويذكر الأستاذ السنهوري أن

المقتضيات العملية تقتضي تغليب الأثر الكاشف لذلك سار التقنين المدني على النهج التقليدي وعمم أثر القسمة فجعلها في جميع الأحوال ذات أثر كاشف(١).

وقد أخذ المشرعان الأردني والعراقي بالأثر المزدوج للقسمة القضائية فهي ذات أثر كاشف وناقل فمن ناحية الأثر الكاشف فقد نص المشرع العراقي على ما يلي: "وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم"(٢)، وكذلك نص القانون المدني الأردني على ما يلي:"يعد المتقاسم مالكاً على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل إليه" (٣).

أما بالنسبة للأثر الناقل للقسمة فقد نص المشرع العراقي على ما يلي: يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان احد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين(٤).

وكذلك نص المشرع الأردني على ما يلي: " يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة الفضولي كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب"(٥).

وكذلك نص في هذا الخصوص على ما يلي: "لجميع الشركاء فسخ القسمة وإقالتها برضائهم وإعادة المقسوم مشتركاً بينهم كما كان"(٦).

(١) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق، ص١٦١.
(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٠٦٢).
(٣) المادة (١٠٤٧) من القانون المدني الأردني.
(٤) المادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي.
(٥) المادة (١٠٤٩) من القانون المدني الأردني.
(٦) المادة (١٠٤٨) من القانون نفسه .

وقد ورد في المذكر الإيضاحية في تعليل هذا الجواز معنى المبادلة في القسمة إذ تقول: "ولأنه يوجد في القسمة معنى المبادلة لذا أجاز الفسخ والإقالة"[١].

من خلال هذه النصوص يتبين لنا أن المشرعان العراقي والأردني غلبا الأثر الكاشف للقسمة على الأثر الناقل بالرغم من أنهما أخذا بالأثرين، إلا أنهما سايرا الاتجاهات الفقهية الحديثة التي أعطت للقسمة أثر كاشف في كل الأحوال [٢].

يؤيد الباحث الاتجاه الفقهي الذي يرى أن للقسمة أثر مزدوج ناقل وكاشف؛ وذلك لأنها من ناحية تنقل الملكية للشخص وتحولها من ملكية شائعة إلى ملكية مفروزة، ومن ناحية ذات أثر كاشف أي كاشفة لحصة كل شخص على سيبل الإفراز فمن ناحية يكون للشخص حصة مفروزة ويعرف ماله من حقوق وما عليه من واجبات تجاه باقي الشركاء ومن ناحية أخرى تنقل هذه الحصة إلى ملكيته الفردية فيحق له ممارسة كافة الصلاحيات التي يعطيها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف.

(١) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق، ص١٦٢، ١٦٣.
(٢) المصدر نفسه، ص١٦٢، ١٦٣.

الخاتمة

من خلال استعرضنا للقسمة القضائية وأنواعها وأثرها على المال الشائع ودروها في إنهاء الشيوع في الملكية توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات نذكر أهمها:

أولاً: النتائج

١- إن القسمة القضائية خير ضمان لإنهاء حالة الشيوع في الملكية بصورة عادلة وذلك لأنها تتم تحت رقابة وإشراف القضاء حامي حقوق الأفراد وحرياتهم.

٢- تتسم القسمة القضائية بسهولة الإجراءات إذا ما قارناها مع القسمة الرضائية؛ وذلك لأنها تسمح للوصي أو الولي بالحضور نيابة عن الشريك في حالة إذا كان الشريك غائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها بعكس القسمة الرضائية التي تستوجب حضور الشريك نفسه ولا تجيز للولي أو الوصي الحضور نيابتاً عن من ينوب عنهم.

٣- ترك المشرعان العراقي والأردني في حالة القسمة القضائية ضمانات لمن لحقه ضرر من جراء القسمة كأن يكون لحقه غبن فاحش أو ظهور دين على تركة المتوفى ففي هذه الحالة يحق لمن لحقه ضرر من القسمة أن يطلب فسخ القسمة لحين الحصول على حقه.

٤- ترك المشرعان العراقي والأردني ضمانه للدائنين تتمثل في الاعتراض على القسمة القضائية لدى المحكمة في حالة لم يدخلهم الشركاء في جميع إجراءات القسمة.

ثانياً: التوصيات

١- قبل المباشرة بإجراءات القسمة القضائية ضرورة التأكد من براءة ذمة المتوفى من حقوق الغير وبعدها المباشرة بإجراءات القسمة القضائية وذلك لتجنب الإشكاليات التي تثار في حالة ظهور دين على تركة المتوفى أو أي حق آخر كان يكون المتوفى قد أوصى بكل تركته أو جزء منها للغير.

٢- ضرورة استمرار ورثة المتوفى في حالة فسخ القسمة لمن لحقه غبن فاحش وذلك لأن القانون لا يجيز لورثة المتوفى في حالة فسخ القسمة لمن لحقه غبن فاحش والباحث يرى أن ذلك يوفر الضمانة الكافية للورثة للحصول على حقوقهم.

٣- ضرورة تعيين خبراء متخصصين بالقسمة القضائية لدى محاكم الصلح(البداءه) تنحصر مهمتهم في كل ما يتعلق بالقسمة القضائية، وذلك لأهمية الدور الذي يلعبونه في المساهمة في إزالة الشيوع في الملكية.

قائمة المراجع

١- جورج رشداوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٦.

٢- حسن كيره، أحكام القانون المدني، ط٤، بلا ناشر، ١٩٩٥.

٣- سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني الحقوق العينية، ط١، بلا ناشر ١٩٩٦.

٤- طارق نبيل وآخرون، القانون المدني الأردني، بلا ناشر، ١٩٧٦.

٥- علي هادي ألعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني(الحقوق العينية)، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١٤.

٦- محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون المدني، بلا ناشر، أو سنة النشر.

٧- محمد سعيد منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٨- محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١٠.

٩- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٣.

١٠- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.

ثانياً: المواقع الإلكترونية

- https://www.facebook.com/permalink.php?id=145097215673619&story_fbid

ثالثاً: القوانين

١١- القانون المدني العراقي٤٠ رقم لسنة ١٩٥١ المعدل.

١٢- القانون المدني الأردني ٤٣ رقم لسنة١٩٧٦ المعدل.

المـلخـص:

جاءت الدراسة في مبحثين تناولت في المبحث الأول أنواع القسمة القضائية وذلك في مطلبين تناولت في المطلب الأول القسمة العينية، وفي المطلب الثاني قسمة التصفية.

ثم تناولت المبحث الثاني الأثر القانوني المترتب على القسمة القضائية، وذلك في ثلاث مطالب تناولت في المطلب الأول الأثر الكاشف للقسمة القضائية، وفي المطلب الثاني الأثر الناقل للقسمة القضائية، ثم تناولت في المطلب الثالث: الأثر المزدوج(الأثر الناقل والكاشف للقسمة القضائية).

وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج نذكر من أهمها

١- إن القسمة القضائية خير ضمان لإنهاء حالة الشيوع في الملكية بصورة عادلة وذلك لأنها تتم تحت رقابة وإشراف القضاء حامي حقوق الأفراد وحرياتهم.
٢- تتسم القسمة القضائية بسهولة الإجراءات إذا ما قارناها مع القسمة الرضائية وذلك لأنها تسمح للوصي أو الولي بالحضور نيابة عن الشريك في حالة إذا كان الشريك غائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها بعكس القسمة الرضائية التي تستوجب حضور الشريك نفسه ولا تجيز للولي أو الوصي الحضور نيابتاً عن من ينوب عنهم.

أما بالنسبة للتوصيات فنذكر من أهمها:

١- ضرورة استمرار ورثة المتوفى في حالة فسخ القسمة لمن لحقه غبن فاحش وذلك لأن القانون لا يجيز لورثة المتوفى في حالة فسخ القسمة لمن لحقه غبن فاحش والباحث يرى أن ذلك يوفر الضمانة الكافية للورثة للحصول على حقوقهم.
٢- ضرورة تعيين خبراء متخصصين بالقسمة القضائية لدى محاكم الصلح(البداءه) تنحصر مهمتهم في كل ما يتعلق بالقسمة القضائية، وذلك لأهمية الدور الذي يلعبونه في المساهمة في إزالة الشيوع في الملكية.

ABSTRACT :

The study came in two studies dealt with in the first section the types of judicial division in two cases dealt with in the first requirement division in kind, and in the second demand the division of liquidation.

The second topic dealt with the legal effect of the judicial division in three demands that dealt with the first requirement, the revealing effect of the judicial division, and the second demand the carrier effect of the judicial division, and then dealt with the third requirement: - the dual effect (the moving effect and the disclosure of judicial division(

The study concluded with a number of important results

1. Judicial division is the best guarantee to end the state of common ownership in a fair manner, because it is under the supervision and supervision of the judiciary protects the rights and freedoms of individuals
2. Judicial division is easy if we compare it with the consensual division because it allows the curqtor or guardian to appear on behalf of the partner in the event that the partner is absent or incompetent or deficient contrary to the consensual division that requires the presence of the same partner and does not allow the guardian or guardian to attend the duty Who is acting on their behalf

As for the recommendations, we mention:

1- The necessity of continuing the heirs of the deceased in the case of the annulment of the division of those who are unjustly unjustified, because the law does not permit the heirs of the deceased in the case of the dissolution of the division of those who have a gross injustice and the researcher believes that this provides sufficient security for the heirs to obtain their rights

2- The necessity of appointing specialized experts in the judicial division in the Magistrate's Courts. Their task is confined to all matters related to the judicial division, because of the importance of the role they play in contributing to the elimination of common property.