التنظيم القانوني لضمان الاستحقاق في القسمة العينية للمال الشائع

م.د. مهدي نعيم حسن الحلفي
الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

Legal regulation to ensure entitlement to the in-kind division of common money

Lecturer. Dr. Mahdi Naeem Hassan Al - Halafi
Mustansiriya University / College of Law

المقـــدمـــة

أولاً: موضوع البحث

تمثل سلطة التصرف من أهم سلطات حق الملكية لأنها تخول المالك استنفاد السيادة الكاملة في رقبة الشيء ومنافعه استنفاداً كلياً أو جزئياً يصل إلى حد أتلافه، حيث أن سلطة التصرف ذات طابع شمولي تمتد فتستوعب الشيء كله فهي تتناول الحق ومحله، لذلك تتميز سلطة المالك في التصرف عن سلطة أصحاب الحقوق الأخرى المتفرعة عن الملكية، والتي لا تصل الى حد الإتلاف المادي للشيء محل الحق، ونتيجة لذلك تبرز ضرورة وجود نظام ضمان الاستحقاق الذي يعمل على كفالة حقوق المتقاسم الذي يؤول إليه جزء مفرز من المال الشائع كان قد ترتب عليه تصرف قانوني أجراه أحد الشركاء قبل القسمة.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع من ناحية كون ضمان الاستحقاق يمثل في الوقت الحاضر أحد المسلمات في أطار التعاملات المدنية بين الأفراد؛ لكون أن الشيوع

أضحى في الوقت الحاضر أحد أسباب التملك الناتج عن اشتراك أكثر من شخص في ملكية مال معين.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في أنّ الضمان في القسمة العينية للمال الشائع له طبيعة خاصة يُغاير بها الضمان في عقود البيع والعقود الواردة على المنفعة ومع ذلك أحال المشرع تنظيم هذا الموضوع إلى النظرية العامة في الضمان التي أقرها المشرع العراقي في نظرية العقد، حيث أن الضمان في المال الشائع محل بحثنا قد يُقرر لأكثر من شخص الأمر الذي يُسبب تغييراً في المراكز القانونية للأطراف التي تكون بحاجة إلى تنظيم تشريعي.

رابعاً: منهجية البحث

تفرض ضرورة دراسة هذا الموضوع اتباع منهجية البحث القانوني المقارن بين القانون العراقي والقانون المقارن الذي سنذكر منه موقف القوانين الفرنسي والمصري واللبناني.

خامساً: هيكلية البحث

سنتبع في دراستنا لهذا الموضوع خطة بحثية مكونة من مطلبين: نتناول في المطلب الاول أساس ضمان الاستحقاق وشروطه في فرعين، ونتكلم في المطلب الثاني احكام الضمان في القسمة الشائعة وضمن فرعين أيضاً.

تمهيد:

يُمثل الضمان في العقد نظرية عامة، فهو لا يقتصر على عقد معين دون آخر، بل يوجد في كل العقود التي تنطوي على معاوضة والتي من شأنها نقل الحق العيني، وكذلك يوجد في العقود الكاشفة كالقسمة والعقود التي يُقصد منها تمكين الفرد من

الانتفاع بالشيء كالإيجار، ففي كلُ هذه العقود يوجد التزام بالضمان لكن مضمونه يختلف من عقد إلى آخر[١] .

وتعبير الضمان يقابلُ المسؤولية المدنية في القانون المدني، والتي تكون أما مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية إلا أن مصطلح الضمان ينصرف إلى الجانب المالي، في حين أن تعبير المسؤولية ينصرف إلى مقاضاة الشخص جزائياً وليس مالياً[٢] .

كما انتقدَ جانب من الفقه[٣]مقابلة تعبير الضمان للمسؤولية؛ لأنَّ هذه الفكرة غير حقيقية لأن الغاية هي تحديد موجبات الضامن لإمكانية تنفيذ التزامه على نحوٍ صحيح لأن الضمان كفكرة يُقصد بها توفير الطمأنينة لتنفيذ العقد، وأن الضامن على ثقة بأن محل العقد سوفَ يؤدي إلى المنفعة المقصودة من العقد، وهذا ما يدعو إلى القول أن الضمان يُضاف إلى موجبات (التزامات) العقد الأساسية حتى يُعزز بذلك بنيانه.

وللوقوف على الضمان المنشود في القسمة العينية للمال الشائع سنقسم هذا البحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول أساس الضمان وشروطه في فرعين، أما المطلب الثاني سنتكلمُ فيه عن أحكام الضمان وفي فرعين أيضاً.

المطلب الأول

أساس ضمان الاستحقاق وشروطه

أضحى ضمان الاستحقاق في القسمة بغض النظر عن الطبيعة القانونية لها من

(١) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ـ العقود المسماة، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٦٥.

(٢) أمريكة أحمد محمد العبيدي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد الإيجار، رسالة ماجستير، جامعة الموصل ـ كلية الحقوق، ٢٠٠٠، ص١٢. نقلاً عن: مهدي نعيم حسن الحلفي، ضمان التعرض والاستحقاق الصادر عن الغير في عقود المنفعة، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية ـ كلية القانون، ٢٠٠٦، ص١١.

(3)B Gross La nation obligation de garantie dans le droit des contracts 4edition p101

نقلاً عن: مهدي نعيم حسن الحلفي، ضمان التعرض والاستحقاق الصادر عن الغير في عقود المنفعة، مصدر سابق، ص١١.

المسلمات في هذا الموضوع كغيره من التصرفات الناقلة للملكية كعقود البيع والعقود التي تنصبُ على الانتفاع بالشيء كعقد الإيجار، وللوقوف بشكل أكبر على الأساس الذي أَقرَّ على أساسه المشرعون ضمان الاستحقاق في قسمة المال المشاع سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول أساس ضمان الاستحقاق ونطاقه، ونتكلم في الفرع الثاني عن شروط قيام ضمان الاستحقاق.

الفرع الأول: أساس الضمان ونطاقه

قبلَ الولوج في بيان الأساس الذي يَستندُ إليه ضمان الاستحقاق في القسمة لابَّد من بيان معنى هذا الضمان، أن الضمان بمفهومه العام له معنيان[١]: المعنى الأول وهو الكفالة، والأخيرة عرفها المشرع على أنها: (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام)[٢]، في حين يرى المشرع المصري أنّ الكفالة هي: (عقد بمقتضاه يكفلُ شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه)[٣]، في حين يُشير المعنى الأخر للضمان إلى المسؤولية المدنية سواءً كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، حيث تتمثل المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال العقدي[٤]، في حين ينصرف تعبير المسؤولية التقصيرية إلى التعويض عن الإخلال بالتزام قانوني ناشئ عن عمل غير مشروع [٥]، أما مصطلح (الاستحقاق) فلم نعثر على معنى مُحدد له في ثنايا القانون المدني العراقي[٦]، كما جاء المشرع المصري[٧] هو الأخر عازفاً عن إيراد تعريف لهذا المصطلح، وقد وافقَ المشرع

(١) محمد على صاحب، ضمان الاستحقاق، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين ــ كلية الحقوق، ٢٠٠٥، ص٩.
(٢) ينظر نص المادة (١٠٠٨) من القانون المني العراقي النافذ.
(٣) ينظر نص المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري النافذ.
(٤) د. عبد المجيد الحكيم ــ د. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٠، ص٩٨.
(٥) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ــ الضرر، ج١، مطبعة التأسيس، بغداد، ١٩٩٨، ص١٢.
(٦) . نظم المشرع العراقي أحكام الاستحقاق في عقد البيع في المواد (٥٤٩ ــ ٥٧٧) وفي عقد الإيجار في المواد (٧٥٣ ــ ٧٥٩).
(٧) نظم المشرع المصري أحكام الاستحقاق في عقد البيع في المواد (٤٣٩ ــ ٤٤٨)، وفي عقد الإيجار في المواد (٥٧١ ــ ٥٧٨).

اللبناني[١] موقف المشرعين العراقي والمصري بعدم وضعه تعريفاً لمصطلح الاستحقاق، ويرى الباحث أن هذا الموقف من التشريعات المدنية هو موقف محمود لكون أن إيضاح مفردات النص القانوني هو عمل فقهي، ولم يتوانَ الأخير عن إيضاح مفهوم الاستحقاق، إذ يرى جانبٌ من الفقه أن الاستحقاق هو ظهور كون المبيع مملوكاً لغير البائع أو فقدان المشتري حقاً من الحقوق التي له على المبيع بحكم قضائي[٢] .

كما يذهب اتجاه فقهي أخر إلى تعريف الاستحقاق بأنه: (نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي بسبب سابق على المبيع، لم يكن له يدُ فيه وليس بمقدوره دفعه)[٣]، في حين يُعرف الاستحقاق في نطاق عقد الإيجار على أنه: (ظهور كون المأجور مملوكاً لغير المؤجر أو فقدان المستأجر حقاً من الحقوق التي له على المأجور بحكم قضائي وذلك بأن يقضي عليه بأن يترك للمعترض كل المأجور أو جزءً منه)[٤] .

وقد تناولت التشريعات المدنية موضوع ضمان الاستحقاق في القسمة حيث نصت المادة (٨٨٤) من القانون المدني الفرنسي على: (يبقى الشركاء في الإرث ضامنين تجاه بعضهم البعض حالات التعرض ونزع اليد فقط التي تنشأ عن سبب سابق القسمة، ويكونون أيضاً ضامنين عدم ملاءة المدين بدين وضع في حصة أحد الشركاء المتقاسمين إذا تبينَ عدم الملاءة هذا قبلَ القسمة.

لا تتوجب الضمانة إذا كان نوع نزع اليد الحاصل قد استثنى ببند خاص وصريح في عقد القسمة وهي تتوقف إذا كانَ الشريك في الإرث قد نُزِعت يده بخطأ منه).

(١) نظم المشرع اللبناني أحكام الاستحقاق في عقد البيع في المواد (٤٢٨ ـ ٤٤١) وفي عقد الإيجار في المواد (٥٥٢ ـ ٥٥٨).
(٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني ــ البيع، ج٣، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص٩٢. نقلاً عن: محمد علي صاحب، ضمان الاستحقاق، مصدر سابق، ص١٠.
(٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية ـ عقد البيع والإيجار والمقاولة، بلا ط، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩، ص١١.
(٤) د. غازي عبد الرحمن ناجي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد١٢، السنة التاسعة، جمعية القانون المقارن، العراق، ١٩٨١، ص١٠٤.

كما نظمَ القانون المدني العراقي موضوع ضمان الاستحقاق في القسمة اذ جاء ذلك في المادة (١٠٧٦) والتي نصت على: (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان، على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان احد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين)، في حين جاءت المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري لتنصُ على: (١ـ يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرضٍ أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كلُ منهم مُلزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين مُعسراً وِزِعَ القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، ٢ـ غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناكَ اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه)، كما جاءت المادة (٩٤٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لتنصُ على: (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعضٍ ما قد يقع من تعرضٍ أو استحقاق لسبب سابق للقسمة، ويكون كلُ منهم ملزماً بنسبة حصته بالتعويض على مستحقي الضمان على أساس قيمة الشيء وقت القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين مُعسراً يوزع ما يترتب عليه لمستحق الضمان على جميع المتقاسمين الآخرين بنسبة مقدار نصيب كل منهم)، فمن النصوص السابقة يمكن القول ان التشريعات المدنية والقانون العراقي لم توضح الأساس الذي يقوم عليه الضمان للاستحقاق في القسمة على غرار الأمر بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية كالبيع، إذ يرى الفقه القانوني أن أساس الضمان للاستحقاق يصعبُ تفسيره في حالة القسمة لا سيما في ضوء الطبيعة الكاشفة للقسمة [١] .

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص١٩١.

في حين يذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول بأنَّ أساس الضمان في القسمة يختلف نظراً لتكييف طبيعتها، ففي الحال الذي تُعد فيه القسمة ذات طبيعة ناقلة للملكية إن أساس الضمان في نطاقها يكمنُ في تأمين ما ينقله السلف إلى خلفه من حقوق متمثلاً ذلك في النصيب الذي آلَ إلى الخلف نتيجة القسمة(١)، أما في حالة النظر إلى القسمة على أنها كاشفة للملكية فإن أساس الضمان للاستحقاق يقومُ على مبدأ المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقعَ لأحدهم تعرضٍ أو استحقاق فقد اختلت المساواة ووجبَّ على باقي المتقاسمين ضمان هذا التعرض أو ذلك الاستحقاق، إذ ليسَ من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملةً في حين أن أحدهم يُحرم من كلُ حقه أو من بعضه(٢)، ويرجح الباحث اعتبار أساس الضمان في القسمة هو مبدأ المساواة بين المتقاسمين بداعي أن العدالة التعاقدية تقتضي ذلك(٣) .

أما عن نطاق الضمان في الاستحقاق، فيمكن القول أن ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض يقتصر على ضمان التعرض أو الاستحقاق ويستبعدُ من ذلك ضمان العيوب الخفية(٤)، والسبب في ذلك أن المتقاسم لا ينقلُ لشريكه نصيبه حتى يضمن له

(١) د. حسن كيرة، أصول القانون المدني ــ الحقوق العينية الأصلية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥، ص٥٦٤.

(٢) د. محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، بلا ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٣١. وينظر في الرأي ذاته: د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص١٩٢. وكذلك: د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢١١.

(٣) والعدالة التعاقدية هي حالة عدم التكافؤ بين المتعاقدين سواء أكان الاختلال فنيا أم اقتصاديا أم مهنياً، أو في حالة المبالغة في كيفية تنفيذ التزامات والشروط المقترنة بالعقد، وكذلك التغيير في الظروف الاقتصادية المصاحبة لتنفيذ العقد ... وللمزيد حول ذلك ينظر: د. إيمان طارق مكي ــ د. منصور حاتم محسن، العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، بلا عدد، المجلد الأول، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٣، ص٩٩.

(٤) يختلف ضمان العيوب الخفية عن ضمان الاستحقاق في سبب ضمان العيب الخفي هو العيب الذي يصيب ذات المعقود عليه بينما في ضمان الاستحقاق المعقود عليه في ذاته سليماً خالياً من العيب ولكنه غير مملوك للمتعاقد أو ترتب حق قانوني للغير عليه، كما يختلف ضمان الاستحقاق عن ضمان العيوب الخفية يختلف تقادم دعوى ضمان الاستحقاق عن ضمان العيوب الخفية من حيث مدة التقادم وتاريخ سريانها، ففي ضمان الاستحقاق لا تسمع دعوى الضمان بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ الاستحقاق، بينما لا تسمع دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت مدة ستة اشهر=

العيوب الخفية، إلا أنه في حالة كشف المتقاسم أن هناك عيباً لحق النصيب الذي آلَ إليه فإن ذلك يدلُ على أن هناكَ غبناً قد لحقه، ويكون له بناءً على هذا الغبن أن يطعن بالقسمة العينية إذا توافرت شروطه [١] .

ويؤيد الباحث هذا الرأي بداعي أن بعضاً من الفقه يرى أن الهدف من إقرار الضمان في نطاق القسمة يختلف عن أساسه في عقد البيع، ففي نطاق عقد البيع فإن البائع ينقلُ ملكية المبيع إلى المشتري فيضمن له ما نقلَ، أما القسمة فهي ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها [٢] .

في حين يذهبُ جانب أخر من الفقه القانوني[٣] إلى أن وجود العيب الخفي في أطار القسمة الاتفاقية معناه أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد قُوِمَ بأكثر من قيمته وبذلك يكون للمتقاسم الذي ظهرَ في نصيبه عيب خفي ينقصُ من قيمته أن يطلب نقض القسمة بناءً على نص المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: (١- يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة، بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل نقداً او عيناً، ما نقص من حصته).

ويشمل الضمان الاستحقاق والتعرض الذي يدعيه أجنبي على ملكية العين أو المال الذي آلَ إلى المتقاسم كله أو بعضه، أو الادعاء بحق عيني على المال الذي وقعَ في نصيب المتقاسم، أما الاستحقاق فيتحقق في الحالة التي يُحكم للأجنبي بما

=من تاريخ تسليم المبيع... وللمزيد ينظر: محمد علي صاحب، ضمان الاستحقاق، مصدر سابق، ص٢١ ـ ٢٣.

(١) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية ـ حق الملكية، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٧٢.

(٢) د. محمد أحمد محمود، الشامل في قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، ط١، دار علام للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٣، ص١٨٥.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦١، ص٢٥٢.

يدعيه [١] . إلا أن التعرض الذي يضمنه المتقاسم هو التعرض القانوني الذي لم يعرفه القانون المدني إلا أننا لم نجد تعريفاً للتعرض بالمعنى الدقيق في نصوص القوانين المدنية، مما جعل فقهاء القانون يدلون بدلوهم فأوردوا عدة تعريفات لضمان التعرض من ذلك تعريفه بأنه (ضمان المدين أي فعل صادر منه سواء كان فعلاً مادياً أو قانونياً وأي ادعاء من الغير يكون من شأنه أن يحرم الدائن من كل أو بعض الحق الذي انتقل إليه)[٢]، وعرفه آخرون بأنه (ضمان المؤجر للمستأجر التعرض له في الانتفاع بالمأجور وهذا الضمان متفرع عن التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور انتفاعاً هادئاً كاملاً) [٣] .

ويتحقق الاستحقاق في الأموال الشائعة عند رفع دعوى الاستحقاق الفرعية والتي تُعرف على أنها: (هي الدعوى التي يرفعها شخص من الغير يدعي فيها ملكية العقار محل التنفيذ ويطلب الحكم بتقرير ملكيته وبطلان إجراءات التنفيذ)، ويُشترط شرطان لأقامة هذه الدعوى:

١- أن تُرفع هذه الدعوى خلال إجراءات التنفيذ العقاري، فيجب أن تُرفع بعد إعلان تنبيه نزع الملكية ولو قبلَ التسجيل، وكذلك يجب أن تُرفع قبلَ صدور الحكم بإيقاع البيع، ولو بعد انتهاء الميعاد المُقرر للاعتراض على قائمة شروط البيع، أما الدعوى التي تُرفع قبلَ التنبيه أو بعد البيع فتعد دعوى استحقاق أصلية ولا تخضع للقواعد الخاصة بدعوى الاستحقاق الفرعية.

٢- أن يكون موضوعها هو ملكية العقار وبطلان إجراءات التنفيذ معاً، فإذا كان موضوع الدعوى هو حق انتفاع أو ارتفاق فإنها لا تُعد دعوى استحقاق؛ لأن وجود

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص٢٤١.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٧، ص٤٣٥

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، المجلد الأول، بلا ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٢٩٧.

حق الانتفاع أو الارتفاق لا يحولان دون صحة التنفيذ على العقار، وإنما يكون على مُدعي هذه الحقوق التمسك بحقه عن طريق إبداء ملاحظة على قائمة شروط البيع أو رفع دعوى تقريرية أصلية بحقه [١] .

الفرع الثاني: شروط قيام الضمان

لا مناصَ من القول كما يذهب إلى ذلك جانبُ من الفقه أن التزام المتقاسمين بالضمان يُعد استثناءً من الأثر الرجعي في ظل أحكام القانون المصري، في حين أنه يُعد تطبيقاً للاحتفاظ بصفة المبادلة في القسمة بموجب أحكام القانون المدني العراقي مع ترجيح صفة الإفراز [٢]، لذا فقد حددت التشريعات المدنية كالقانون المدني العراقي والقانون المقارن عدة شروط لضمان الاستحقاق في القسمة، إذ أتت هذه الشروط مختلفةً بعض الشيء عن الضمان المعروف في ظل عقدي البيع والإيجار، ولابّد من الذكر أن هذه الشروط تُطبق في ضمان العقارات المشاعة، كما أنها تُطبق على الأموال المنقولة التي تكون شائعة بين عدد من المُلاك، فالضمان كما هو واجبُ في العقار هو واجبُ في المنقولات، إذ يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض وجود الحق الذي وقعَ في نصيب بعضهم سواءً كانت القسمة رضائية أم قضائية [٣] .

وهذا الواجب (الضمان) هو مقررُ للمتقاسم سواءً كان اشترطَ في عقد القسمة أم لا، ويتحقق الاستحقاق في المنقول في حالة ادعاء الغير بملكية الحصة التي وقعت في نصيب المتقاسم المُدعى عليه [٤] إلا أن الاستحقاق محل بحثنا هو ذلك الادعاء القائم

(١) د. وجدي شفيق، شرح دعوى الاسترداد ودعوى الاستحقاق الفرعية، ط١، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٣١ ـ ١٣٢.

(٢). ذهبَ إلى هذا الرأي الدكتور صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٧١. وكذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، ج٨، مصدر ساق، ص٩٧٢.

(٣) د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بلا ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٨٤١.

(٤) د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص٥٦٢.

على بينة قانونية [١] والذي يضمنه المتقاسمين، وهذا يعني أن إقرار الشريك بمجرد ادعاء الغير بالاستحقاق لا يخوله الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان [١] فشروط الضمان للاستحقاق في القسمة هي:

(١) والجدير بالذكر أنَّ دور القاضي في مسألة الاثبات يختلف باختلاف المذاهب التي يعتمدها المشرع، حيث توجد ثلاثة أنظمة في الاثبات وهي: نظام الاثبات الحر، ونظام الاثبات المُقيد ونظام الاثبات المختلط، ففي النظام الأول (نظام الاثبات الحرّ) لا يرسم القانون طرقاً مُحددة للإثبات يُقيد بها القاضي، بل يُخول طرفي الدعوى الحرية في تقديم الأدلة التي يمكن بها إقناع القاضي، ومن جهة أخرى يكون القاضي حراً في تكوين قناعته في أي دليل يطرحه الخصوم، وهذا ما أخذ به جانباً من الفقه الإسلامي، ففي هذا النظام تكون سلطة القاضي واسعة سواءً من ناحية تقييم وسائل الاثبات، أو في استكمال النقص من الأدلة أو توضيح ما أبهم، وهذا الأمر يُمكن القاضي من أن يتخذ موقف ايجابي في الدعوى وتقييم الأدلة حسب قناعته إلى أن يصل إلى حقيقة النزاع.

أما المذهب الأخر فهو مذهب الاثبات القانوني أو المقيد، ويستند هذا النوع أو المذهب إلى فكرة تقييد الاثبات عن طريق تحديد القانون طرقاً مُعينة على وجه الدقة، وهذا التحديد لا يسمح للقاضي أو يقيده بهذه الطرق، ولا يسمح للقاضي الاعتماد على أدلة أخرى، وهذا الأمر ينعكس كذلك على الخصوم الذين لا يستطيعوا أن يثبتوا حقوقهم إلا عن طريق هذه الطرق حيث لا يقبل القاضي منهم غير الأدلة التي حددها القانون، أي أن القاضي يقف موقفاً سلبياً ولا يكون من واجبه البحث عن أدلة لم يتمسك بها الخصوم.

و يُعاب هذا المذهب من جهة كونه يُحدد سلفاً الوسائل التي يعتمدها القاضي في تكوين قناعته، وهذا بدوره يجعل سلطته مُقيدة فالأدلة تكون محددة في النص القانوني، وأن دور القاضي يكون سلبياً في الدعوى.

أما ثالث هذه المذاهب فهو مذهب الاثبات المختلط أو المذهب التوفيقي الذي أعطى المشرع فيه للقاضي دوراً ايجابياً في إدارة الدعوى بالرغم من إلزامه بالطرق المُحددة قانوناً للإثبات، حيث لا يعتمد هذا المذهب على ما يأخذ به المذهب الحرّ ولا بما يأخذ به نظام الاثبات المقيد؛ لأنّ الأخذ بكلا هذين النظامين يؤدي إلى مفارقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، على خلاف هذا المذهب الذي يأخذ من نظام الاثبات الحر قدراً من السلطة يخول بها القاضي شيئاً من الحرية في توجيه الدعوى دون أن يتعارض ذلك مع تقيد القاضي بأدلة قانونية مُحددة وبيان قيمة كل دليل منها، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في قانون الاثبات حسب ما جاء في المادة (٣) من قانون الاثبات والتي نصت على: (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)، وهذا ما نؤيده لكون أن القاضي يجب أن يكون له دور ايجابي في الدعوى لا سيما في مسألة الاثبات. وللمزيد حول هذا الموضوع ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، بلا ط، دار احياء التراث، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٢٨. وكذلك: د. حسن عبد الباسط جميعي، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٠

وقد عملت الكثير من التشريعات في قوانين الاثبات على تحديد البينات (الأدلة) التي يعترف فيها القانون لإثبات الحقوق ومن هذه التشريعات قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافذ، حيث نصت المادة (١٨) منه على: (يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في الحالتين: =

أولاً: أن يكون سبب الاستحقاق سابقُ على القسمة

أنَّ أول وأهم شروط قيام الضمان للاستحقاق هو أن يكون الأخير قائمُ على سبب سابق على القسمة، وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المال الشائع الذي آلَ إلى المتقاسم قد بدأ قبلَ وقوع القسمة وبخلاف ذلك أي في حالة كون الحق المُدعى به من قِبل الغير قد نشأ جراء سبب لاحق على القسمة فلا يُلزم به المتقاسمون؛ والسبب في ذلك هو أن الغير لو كسبَ بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم ولم تكتمل مدة هذا التقادم إلا بعدَ إجراء القسمة فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان؛ لأنَّ سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، فالمتقاسم كان في وسعه أن يقطع التقادم بعد القسمة [٢] .

ومثال هذا الشرط لو قامَ دائن للمورث بالتنفيذ على العين التي اختصَ بها أحد الورثة فاستوفى من قيمتها أكثر من حصة هذا الوارث في الدين، إلا أن ضمان الاستحقاق لا يُشترط فيه أن يقع دائماً ففي بعض الأحيان بالرغم من تحقق هذا الشرط أي أن يكون سبب الاستحقاق سابقُ على القسمة فلا يلتزم به المتقاسمون كما هو الحال في انتزاع العين للمصلحة العامة[٣]، من يد المتقاسم، ففي هذه الحالة لا يلتزم المتقاسمون تجاهه بشيءٍ من الضمان[٤] .

= اولا – اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه.
ثانيا – اذا وجد مانع مادي او ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي) وكذلك المادة (٥٩) والتي نصت على: (اولا – الاقرار القضائي هو اخبار الخصم امام المحكمة يحق عليه لأخر.
ثانيا – الاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة او امام المحكمة في غير الدعوى التي اقيمت بالواقعة المقر بها).

(١) د. حامد مصطفى، القانون المدني ـ الملكية وأسبابها، ج١، بلا ط، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣، ص١٣٠.

(٢) ينظر في ذلك: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٤٢. وفي الصدد ذاته: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٧٣. وأيضاً: د. حامد مصطفى، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٣) وتُعرف المصلحة العامة بأنها: (كل انتفاع مادي أو معنوي لجميع الناس أو على الأقل لعدد غير محدد بالذات).. عامر زغير محسن الكعبي، سلطة الإدارة في مجال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ٢٠٠٥، ص١٥٩.

(٤) د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص٥٦٧.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الشرط بقرارٍ لها جاء فيه: (لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرضٍ أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابقٌ على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة)[١] .

ثانياً: وقوع التعرض أو الاستحقاق الفعلي

الشرط الأخر لضمان الاستحقاق أو التعرض هو حصول التعرض أو الاستحقاق حقيقةً، فيجب أن يقع التعرض أو الاستحقاق من الغير فعلاً وإن مجرد الخشية من وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفي لتحريك الضمان، كما لا يكفي ظهور عيوب خفية للمال المفرز الذي وقعَ في نصيب المتقاسم؛ لأنَّ القانون لم يوجب في القسمة ضمان العيوب الخفية كما هو الحال في البيع وأن ذلك يرجعُ إلى وجود فوارق جوهرية بين القسمة والبيع [٢] .

ويُشترط أن يكون المتقاسم في ظل هذا الشرط قادراً على حماية حقه بإحدى الوسائل المتاحة له وبذلك إذا عَلِمَ بوجود حقُ للغير، كأن يمتنع عن الوفاء بما التزمَ به بموجب القسمة، فيحبس ما التزمَ به من عمل أو الثمن الذي رسا به المزاد عليه حتى يزول الخطر[٣] . إلا أنَّ هذا الأمر يُشترط توافره في قسمة التصفية التي يتم فيها بيع المال الشائع لتعذر قسمته بين الشركاء، وتتحدد طبيعة التعرض الذي يكون المتقاسمون ملزمين بضمانه بالتعرض القانوني الحاصل من الغير، أي الادعاء بحق سواءً كان هذا الحق هو من قبيل الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية أو من قبيل الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي أو من الحقوق الشخصية كحق الإيجار، لكن يُشترط في هذا

(١) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٢٥٦، السنة السادسة والعشرون، ١٩٦٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج٢، ص٥٠٦. نقلاً عن: د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص٥٦٧.

(٢) ينظر في هذا الصدد: د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا تاريخ نشر، ص٥٦٤د. محمد أحمد محمود، الشامل في قسمة المال الشائع، مصدر سابق، ص١٨٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، مصدر سابق، ص٩٧٤.

الادعاء أن يكون نافذاً في مواجهة المتقاسم الذي وقعَ عليه التعرض ويكون من شأنه أن ينتقص من قيمة الحصة المفرزة التي اختصَ بها الشريك بموجب القسمة [١] . وهذا الأمر يخول المتقاسم الرجوع على المتقاسمين الآخرين لتعويضه عن النقص الذي طرأ على حصته بقدر حصة كلاً منهم [٢] .

والجدير بالذكر أن التعرض أو الاستحقاق في القسمة يجبُ أن ينصرف إلى التعرض أو الاستحقاق الصادر من الغير وليس من أحد المتقاسمين، لأنه في حالة حدوث التعرض أو الاستحقاق من أحد المتقاسمون يتم تطبيق القواعد العامة، كما أنه لا يسري ضمان الاستحقاق في الحالة التي يكون فيها تعرض أحد المتقاسمين هو تعرض قانوني كما هو الحال في وقوع عين من الأعيان المملوكة على الشيوع كانت مملوكةً لأحد المتقاسمين في نصيب متقاسم أخر، حيث يكون للمتقاسم الأول أن يسترد العين منه ولا يمنعه من ذلك وجود التزام بالضمان؛ لأن أساس القسمة هو كاشفُ للحق وليس ناقلُ له، لذا يجوز لمالك العين إبطال القسمة على أساس الغلط كما يجوز لمن استردت منه تلك العين طلب نقض القسمة على أساس وقوع الغبن [٣] .

والتعرض المنصوص عليه في القوانين المدنية يشمل الضمان عن التعرض القانوني وليس التعرض المادي؛ لأن التعرض القانوني يكون مرتكزاً على ادعاء حق ما للغير قانوناُ، أما التعرض المادي فهو يتجسدُ في أعمال مادية كالغصب والإتلاف والتعدي دون ادعاء حق ما على الشيء [٤] .

(١) د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص٥٦٣.
(٢) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٧٠.
(٣) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص١٩٤. ويؤيد الباحث هذا الرأي بداعي أن الغلط هو أحد الأسباب التي يمكن معها نقض القسمة كما جاء ذلك بموجب نص المادة (٩٤٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي نصت على: (لا يجوز ابطال القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية الا بسبب الغلط او الاكراه او الخداع او الغبن).
(٤) د. مروان كركبي – د. سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية، بلا ط، بلا دار نشر، ٢٠٠٩، ص٣٠٨.

ويقع التعرض القانوني الذي يحصل من الغير عن طريق الادعاء بحق عن طريق رفع دعوى للمطالبة بحق المدعى به، وهذا هو الغالب في المجال العملي ـ إلا أنه قد يقع التعرض بصورة أخرى غير رفع دعوى المطالبة كما هو الحال عند اعتقاد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه فيقوم بشراء العين من المدعي بالحق عليها من مالكها الذي يتعرض للمتقاسم، أو يُسلم المتقاسم للمعترض فيما يدعيه أو يصالحه عليه، ولكن للمتقاسمين المدينون بالضمان في هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير المتعرض لم يكن له حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقدَ المتقاسم، وهنا يفقد المتقاسم حقه في الرجوع بالضمان [١] .

ومع أن القوانين المدنية لم تتعرض إلى التعرض الشخصي إلا أنه يثور التساؤل عن حالة التعرض الشخصي التي تكون مُستندةً إلى سبب قانوني، فهل يلتزم المتقاسم بعدم التعرض الشخصي أم أن الأمر خلاف ذلك؟ وللإجابةِ عن هذا التصور يمكن القول أن الفقه القانوني أنقسمَ إلى اتجاهين، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى أن المتقاسم لا يلتزم بعدم التعرض القانوني، فلو تبينَ أن مال معين شملته القسمة كان ملكاً خاصاً لأحد المتقاسمين فإنه يكون لهذا المتقاسم أن يسترده من المتقاسم الأخر الذي آلَ إليه المال، ولا يجوز أن تُدفع دعوى الاسترداد هذه بالقول أن من التزمَ بالضمان امتنعَ عليه التعرض، فالمتقاسم لم يلتزم بعدم التعرض القانوني، ويدعمُ أصحاب هذا الاتجاه قولهم بحجة وهي أن طبيعة القسمة هي كاشفة وأن أثرها يقتصرُ على الكشف عن الحقوق الشائعة عن طريق الإفراز، وأن المتقاسم لم يلتزم بنقل ملكية ما كان يـــملكه ملكية مُفرزة [٢] .

بينما يذهب أنصار الاتجاه الأخر إلى القول بأن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانوني وأن القول بخلاف ذلك يتعارض مع القسمة التي وافقَ عليها وتكون وسيلة

(١) د. محمد أحمد محمود، الشامل في قسمة المال الشائع، مصدر سابق، ص١٨٧.
(٢) د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية ــ حق الملكية، ج١، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص١٩٦. وينظر كذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، مصدر سابق، ص٩٧٣.

المتقاسم الذي ينوي استرداد ماله هي الطعن في القسمة للغلط، ويترتب على إبطالها أن يعود إليه ماله ويؤسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على حجة مفادها أن التزام المتقاسم هو ذات الالتزام في عقد البيع حيث يلتزم البائع بعدم التعرض الشخصي والقانوني [١] . ويدعمُ هذا الرأي بعضٍ من القوانين المدنية العربية كالقانون المدني الأردني والذي نصت المادة (١٠٥٢) منه على: (تبطل القسمة إذا استحقَ المقسوم كله أو جزءُ شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقى منه)، ومن جهة أخرى رسم القضاء العراقي في العديد من قراراته أبعاد التعرض القانوني، ففي قرارٍ لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق جاء التأكيد على: (بعد التدقيق والمداولة لوحظ ان عريضة الطعن التمييزي قدمت في المدة القانونية وتضمنت اسباب الطعن فيكون الطعن مقبول شكلا وتبين ان الحكم المميز صحيح وموافق لأحكام القانون اذ ان المميز وبصفته مستأجراً وحائزاً للجزء من العقار قطعة ٧/٤ مقاطعة ٤٨ زنجيلي الشرقية وله الحق القانوني في حماية حيازته ودفع التعرض القانوني المنسوب صدوره من المميز عليه / اضافة لوظيفته لاستملاكه الجزء من العقار المذكور لدائرته دائرة صحة نينوى الا ان رفعه الدعوى بمنع التعرض المذكور يشترط ان يتم بعد حيازته للماجور سنة كاملة حسب المادة (١١٥٤) من القانون المدني وان ذلك لم يحصل حيث لم تنقضي على حيازة المميز للماجور سنة كاملة عند اقامة الدعوى في ٢٠١٢/٩/٢٣ اذ ان تاريخ ابتداء مدة عقد الايجار وحسب سند عقد الايجار المربوط في اضبارة الدعوى هو ٢٠١٢/١/١ وان كان للمميز حق قانوني في هذه الحالة فانه اتجاه المؤجر وحسب المادة (٧٥٤) من القانون المدني لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد عريضة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز مع التنويه على المحكمة انه كان من الضروري جلب اضبارة الدعوى الاستملاكية وتثبيت محتوياتها وربطها بإضبارة الدعوى المميز حكمها بغية

(١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، بلا ط، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٥، ص٢٢٩. وكذلك: د. أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٤٢٣. نقلاً عن: د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص٥٦.

الاطلاع عليها عند اجراء التدقيقات التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في ١٤/جمادي الثاني/١٤٣٤هـ الموافق ٢٤/نيسان/٢٠١٣ م) [١] .

ثالثاً: أن لا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم ذاته

بموجب هذا الشرط فإنه لا يحق للمتقاسم أن يطلب إجبار المتقاسمون على مشاركته فيما يصيبه من استحقاق نتيجةً لخطئه [٢] . كما لو أهملَ دعوة المتقاسمين إلى التدخل في الدعوى المقامة عليه من الشخص الذي أدعى الاستحقاق فقد يكون باستطاعة المتقاسمين ردَّ الدعوى [٣] . ومن صور الحالات التي يكون فيها الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم حالة كون العين التي وقعت في نصيبه في حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم وأهملَ المتقاسم في قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكةً للحائز [٤] .

كما يُعد من قبيل خطأ المتقاسم الذي يمنع الضمان إقراره للغير الذي يدعي حقاً على المال رغم عدم صحة دعواه، أو أن يتولى هو وحده الدفاع في الدعوى دون أن يدعو المتقاسمين للتدخل فيها فيما لو كانت لديهم وسيلةً لدفع هذه الدعوى[٥] .

رابعاً: عدم وجود اتفاق بشأن الإعفاء من الضمان

يُشترط بالإضافة إلى ما تقدمَ ذكره من شروط استحقاق الضمان عن التعرض والاستحقاق في القسمة عدم وجود اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان؛ لأنَّ

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم ٢٢٧/ ت. ب. /٢٠١٣ غير منشور.
(٢) ويُعرف الخطأ في القانون المدني على أنه: مفهوم مجرد مُطلق جادَ الاجتهاد ليُحدد مضمونه بأنه كلُ تصرف يُلحق الضرر بالغير بصورة غير مشروعة سواءً صدرَ بصورة قصدية أم نتجَ عن إهمال أو قلة احتراز أو عدم تبصر ... وللمزيد حول الموضوع ينظر: د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بلا ط، منشورات عويدات، لبنان، ١٩٨٣، ص٧٥. نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، بلا ط، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان، بلا تاريخ نشر، ص٨٧.
(٣) د. غزوان محمود غناوي، إزالة شيوع العقارات، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٣، ص١٢٠.
(٤) د. محمد أحمد محمود، الشامل في قسمة المال الشائع، مصدر سابق، ص١٨٩.
(٥) د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٥٦٥.

وجود هذا الشرط يؤدي إلى الإعفاء من الضمان مما ينبغي أن يُذكر صراحةً هذا الشرط بين المتقاسمين فيما لو أرادوا الاتفاق عليه [١] .

والإعفاء من الضمان هو صحيح ويرتبُ أثره سواءً تم الاتفاق عليه في عقد القسمة أو في ورقة أخرى كما جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة (٨٨٤) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على: (لا تتوجب الضمانة إذا كان نوع نزع اليد الحاصل قد استثنى ببند خاص وصريح في عقد القسمة وهي تتوقف إذا كانَ الشريك في الإرث قد نُزِعت يده بخطأ منه).

وهذا ما يتضحُ جلياً في الفقرة (٢) من المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري والتي تنصُ على: (لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها)، غير أنه يُلاحظ أن سقوط الضمان لا يحول دون طلب نقض القسمة للغبن إذا كانت شروطه متوافرة [٢]، وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الأمر في قرارٍ لها جاء فيه: (مفاد نص المادة ٨٤٤ من القانون المدني أنه لا محل للضمان في القسمة إذا وِجِدَ شرط صريح في العقد يقضي بالإعفاء من الضمان وذُكِرَ في هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه)[٣] .

في حين لم ينص المشرع العراقي على هذا الشرط وكان الأجدر به أن يتبع ما سارَ عليه المشرع المصري بإقراره بأثر وقوع الشرط الاتفاقي الذي يمنع الضمان، فمن مراجعة المادة (١٠٧٦) والتي نصت علـــــى: (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان، على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان احد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٤٢.
(٢) د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية ــ حق الملكية، ج١، مصدر سابق، ص١٩٦.
(٣) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٥١، السنة ٤٠، ١٩٧٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج١، ص٧٢٨.

يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين) لم يأخذ المشرع بهذا الشرط، كما لم ينص المشرع اللبناني على هذا الشرط في المادة (٩٤٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

المطلب الثاني

أحكام الضمان في القسمة

تُشكل العدالة التعاقدية الأساس الذي تقوم عليه أحكام الضمان في القسمة، فالمساواة تفرضُ أن يكون كل المتقاسمين في المال الشائع قد حصلوا على ما يعادل حصصهم قبلَ الإفراز، وسوفَ نحاول في هذا المطلب أن نسلطُ الضوء على أحكام ضمان الاستحقاق للمال الشائع من خلال فرعين: نتناول في الفرع الأول بيان أثر ضمان الاستحقاق، ونتكلم في الفرع الثاني عن تعديل أحكام الضمان في القسمة.

الفرع الأول: أثر ضمان الاستحقاق

إن الحكم الذي أقرته التشريعات المدنية في نطاق ضمان الاستحقاق في القسمة هو التعويض، ففي حالة الحكم للغير بالاستحقاق يلتزم المتقاسمون كلُ بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي أصابه الضرر وذلك عن طريق توزيع التعويض على جميع المتقاسمين ويتحمل مُستحق الضمان جزءً من هذا القدر [١] والتعويض كما هو معروف هو جزاء للمسؤولية المدنية أو هو وسيلة القضاء لمحو الضرر أو التخفيف من وطأته[٢] .

وقد أقرت التشريعات المدنية للمدعي سواءً كان المضرور شخصاً أصلياً أم تابعاً له حق التعويض، وقد أوجبت من جهة أخرى الحماية القضائية للتعويض التي تتمثلُ في إمكانية المطالبة بحقه عن طريق رفع دعوى التعويض، حيث يلجأ المضرور إلى

(١) د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٥٦٥ ــ ٥٦٦.
(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بلا ط، دار العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا تاريخ نشر، ص٢٥٥ ـ ٢٥٦.

هذا الطريق بعد فشل جميع الطرق الودية بينه وبين مُحدث الضرر، وفي حالة تراضي الأطراف على التعويض فلا مجال لرفع الدعوى [١] .

ويُعرف التعويض على أنه: (مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تُعادل ما لحقَ المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار)[٢]، ويشترط للحكم بالتعويض قيام المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية، وهذا الأمر يقتضي توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية على أساس أن التعويض هو أثر يترتب على قيام المسؤولية التي تُعد السبب المباشر للتعويض[٣] .

وبناءً على ما تقدمَ فإن المتقاسم يستحق التعويض في حالة قيام التعرض القانوني بعد استيفاء شروط الضمان وذلك عن طريق إخطاره لباقي المتقاسمين بحدوث دعوى الاستحقاق حتى يتسنى لهم الدخول فيها، فإذا تدخلوا التزمَ كلُ منهم بتعويض المتقاسم الذي يُستحق نصيبه [٤] .

ويثور التساؤل عن الوقت الذي يُقدر فيه التعويض الذي يستحقه المتقاسم الذي استحقت حصته؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أن وقت تقدير التعويض بموجب

(١) د. ابراهيم صالح الصرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية التي تصدر عن جامعة السلطان قابوس، بلا عدد، سلطنة عمان، ٢٠١٤، ص٣٠٧.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ـ د. عبد الباقي البكري ــ د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ــ مصادر الالتزام، ج١، دار الكتب للطباعة، الموصل، ١٩٨٠، ص٢٤٤.

(٣) د. بيرك فارس حسين ــ منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦، السنة الثانية، المجلد الثاني، العراق، ٢٠١٥، ص٨٢.

(٤) وقد ذهب البعض من الفقه إلى تحديد الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بضمان الاستحقاق على المتقاسمين في الأحوال الآتية:-

أ ــ إذا أخطرَ المتقاسم بقية المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فتدخلوا بناءً على هذا الإخطار لكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى الاستحقاق .

ب ــ حالة إخطار المتقاسمون من قِبل المتقاسم الذي تعرضَ للاستحقاق وعدم تدخلهم وحُكِمَ على هذا المتقاسم بالاستحقاق ... وللمزيد حول ذلك ينظر: د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص٥٦٩.

القواعد العامة في القوانين المدنية[١] هو وقت وقوعه، فإذا أتلفَ شخص مال تعود ملكيته إلى شخص أخر فإن وقت تقدير التعويض يكون وقت وقوع الضرر (الإتلاف)، لكن الراجح في الفقه القانوني أن العبرة في تقدير التعويض تكون بيوم الحكم لا بيوم وقوع الفعل الضار كما هو الحال فيما لو صدمت سيارة شخص فانكسرت ساقه ثم تطورَ الكسر إلى عاهة مُستديمة فإنه يجب على المحكمة أن تُراعي في تقديرها للتعويض التغير الذي حدثَ بين وقت وقوع الضرر ووقت تقدير الحكم [٢] .

إلا أن ما تقدم ذكره لا تنطبقُ أحكامه على ضمان الاستحقاق في القسمة؛ لكون أن المشرعين لم يركنوا إلى القواعد العامة في تحديد وقت تقدير التعويض، بل أننا نجد أن المشرع المصري بمقتضى المادة (٨٤٤) من القانون المدني قد حددَ وقت تقدير التعويض وقت قسمة المال الشائع، اي أن العبرة في تقدير قيمة الشيء المُستحق تكون قيمته وقت القسمة لا وقت الاستحقاق، والسبب في ذلك هو أن المشرع قد قصدَ من وراء هذا التقدير إعادة المساواة بين المتقاسمين التي اختلت بفعل استحقاق الغير، وتحقيق المساواة يقتضي إعادة الوضع إلى ما كانَ عليه قبلَ القسمة وكأن الشيء الذي استحق لم يدخلُ في القسمة أصلاً [٣]، إلا أن المشرع الفرنسي خالف هذا الأمر، حيث أعتد المشرع الفرنسي بوقت الاستحقاق لتقدير التعويض وهذا ما نلتمسه من نص المادة (٨٨٥) والتي جاء فيها: (كلُ شريك في الإرث مُلزمُ شخصياً بنسبة حصته الإرثية بأن

(١) ينظر نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: (١ – اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره.
٢ – ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية او منفعة او أي حق عيني آخر او التزاماً بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به.
٣ – فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت)، في حين لم تحدد المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري وقت تقدير التعويض، أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فيهم من نص المادة (١٣٤) أن المشرع اللبناني كذلك لم يحدد وقت تقدير التعويض.
(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص٢٥٧.
(٣) ينظر في ذلك: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٦٤.
وكذلك: د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص١٧٦. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٩٥.

يعوض شريكه في الإرث عن الخسارة التي تسببَ بها نزع اليد، ويُقدر هذا التعويض بتاريخ نزع اليد، وإذا تبينَ أن أحد الشركاء في الإرث غير مليء يجب عندئذ أن تُوزع الحصة التي هو مُلزم بها على المستفيد من الضمان وكلُ الشركاء في الإرث المليئين).

أما بالنسبة إلى المشرع العراقي فهو الأخر اعتدَ بوقت القسمة لتقدير التعويض وهذا ما يبدو جلياً لنّا من مراجعة المادة (١٠٧٦) من القانون المدني والتي نصت على: (... على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة ...)، ويُبرر موقف المشرع العراقي من الاعتداد بوقت القسمة لتقدير ضمان الاستحقاق دون أي وقت أخر لأن هناك مدةً من الزمن تفصلُ بين تاريخ القسمة وتاريخ المطالبة بالضمان وإجراءاتها قد تطول لمدة كبيرة وخلال هذه المدة قد تكون أسعار المال الشائع قد ارتفعت فيكون الفرق بين سعر المال أثناء القسمة وسعره أثناء الاستحقاق كبيراً مما يؤدي ذلك إلى الضرر بالشركاء الآخرين[١] وفي القانون اللبناني، يتم تقدير التعويض من تحديد قيمة الشيء المستحق للغير بتاريخ القسمة وليس بتاريخ الاستحقاق على خلاف الحال في البيع حيث تكون العبرة في تقدير الشيء المبيع لمعرفة التعويض المترتب عن الاستحقاق بقيمته وقت الاستحقاق لا وقت حصول البيع والسبب في ذلك أن أساس الضمان في القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين وهذا يتحقق عند القسمة، أما في حالة البيع فإن أساس الضمان في هذا العقد هو حصول المشتري على ما يقابل ما فقده عند استحقاق الشيء من الغير الأمر الذي يتحقق وقت الاستحقاق[٢]، وبعد استعراض المواقف التشريعية من هذا الموضوع يرى الباحث أن الاتجاه الذي أتخذه في الاعتداد بوقت الاستحقاق لتقدير التعويض الذي يستحقه المتقاسم الذي

(١) ينظر: د. غزوان محمود غناوي، إزالة شيوع العقارات، مصدر سابق، ص١٢١. وكذلك: د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني ـ الحقوق العينية العقارية، ج١، مصدر سابق، ص٤٧٣.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا تاريخ نشر، ص١٦٣. نقلاً عن: د. مروان كركبي ـ د. سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، مصدر سابق، ص٣٠٩.

استحقت حصته لا يمكن الأخذ به في نطاق القانون العراقي وكذلك المصري واللبناني؛ لأن التشريعات العربية تأثرت إلى حدٍ ما بالفقه الإسلامي في موضوع القسمة العينية للأموال الشائعة.

والجدير بالذكر أن مدة تقدير التعويض كغيرها من المُدد القانونية تخضع لنظام التقادم[١]، إلا أنَّ القوانين المدنية لم تنص على مدة معينة للتقادم في ضمان الاستحقاق في القسمة ما خلا المشرع الفرنسي الذي نصت المادة (٨٨٦) من قانونه المدني على: (تتقادم دعوى الضمان بمرور سنتين اعتباراً من نزع اليد أو اكتشاف التعرض)؛ لذا فإن هذا الحق يتقادم طبقاً للقواعد العامة أي بانقضاء مدة (١٥) سنة في القانون المصري وفقاً للمادة (٣٧٤) والتي نصت على: (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي وردَّ عنها نص خاص في القانون ...)، ومدة (١٠) سنوات في القانون اللبناني حسب المادة (٣٤٩) من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على: (إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات)، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا التقادم يبدأ سريانه من وقت الاستحقاق؛ لأن هذا الوقت هو الوقت الذي يصبحُ فيه الالتزام مستحق الأداء كما جاء ذلك في الفقرة الأولى من المادة (٣٨١) من القانون المدني المصري والتي نصت على: (١ـ لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبحُ الدين مستحق الأداء)، والمادة (٣٤٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي نصت على: (لا يبتدئ حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء)[٢] .

كما لم يُبين المشرع العراقي مدة التقادم الخاصة بحق تقدير التعويض في ضمان استحقاق المال الشائع الأمر الذي يدعو إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في التقادم حسب ما جاء في المادة (٤٢٩) والتي نصت على: (الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا

(١) التقادم هو (وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً اخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينة) ينظر: مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج١ ، مطبعة الارشاد ، بغداد: ١٩٧٣ ، ص٣ . نقلاً عن: سفانة سمير حميد العيثاوي، التقادم المكسب للملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين ـ كلية الحقوق، ٢٠٠٦، ص٢٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٤٤.

تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة)،، ويثار التساؤل عن مدى انطباق ما تقدم ذكره من أحكام حالة الاستحقاق، فهل تشمل كلاً من الاستحقاق الكلي والجزئي؟.

الحالة الاولى: في حالة الاستحقاق الكلي

يتحقق الاستحقاق الكلي في حال استطاع الاجنبي (المتعرض) من ان يثبت ملكيته لذلك المال وبالتالي ان يسترده من تحت يد المتقاسم، وفي هذه الحالة يحق للمتقاسم ان يرجع على باقي المتقاسمين بالتعويض وليس بنقض القسمة كما هو عليه الحال في حالة الغبن كما لا يرجع عليهم بالفسخ، ويتكون التعويض الذي يؤديه الشركاء الى المتقاسم من عنصرين:

اولاً: قيمة المستحقة وقت القسمة

وهنا نجد بعض الاختلاف بين رجوع المتقاسم على باقي شركائه في حالة القسمة وبين رجوع المشتري على البائع في حالة البيع، ففي حالة القسمة حيث يحق للمتقاسم ان يرجع بمقدار قيمة العين المستحقة وقت القسمة بينما نجد ان رجوع المشتري على البائع في حالة البيع بقيمة العين المستحقة مقدرة وقت الاستحقاق، والسبب في ذلك يعود الى ان البيع هو عقد مضاربة من الممكن ان يتعرض فيه المشتري للربح او الخسارة، بينما نرى القسمة ليست بعقد مضاربة وانما هي تقوم على اساس المساواة بين الشركاء المتقاسمين وبالتالي فلا يعرض المتقاسم نفسه للربح او الخسارة فيها[١] .

ثانياً: ملحقات العين

أما ملحقات العين والتي تتمثل بالفوائد القانونية لهذه القيمة وذلك من وقت القسمة فتشمل الثمار التي الزِمَ المتقاسم الذي استحق نصيبه بردها الى المتعرض وكذلك المصروفات النافعة التي لم يستطع المتقاسم ان يلزم بها المتعرض، كما تشمل

(١) د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧ ، ص١٤٤.

المصروفات الكمالية وذلك في حال كون المتقاسمين سيئي النية [١] . وكذلك مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وكل ما اصاب المتقاسم من خسارة، وبهذا أيضاً تختلف القسمة عن البيع وذلك من ناحيتين: فمن ناحية نجد ان المشتري في البيع يتقاضى من البائع إضافة لما لحقه من خساره وما فاته من كسب، في حين ان المتقاسم لا يتقاضى سوى ما أصابه من خسارة؛ وذلك لان القسمة لا يبتغى منها المضاربة مثل البيع، ومن ناحية اخرى نجد ان المتقاسم يطرح من قيمة الملحقات التي يرجع بها على باقي المتقاسمين مقدار نصيبه هو في حين لا يستنزل المشتري مثل ذلك في حال رجوعه على البائع بالضمان[٢] .

الحالة الثانية: في حالة الاستحقاق الجزئي

ويكون استحقاق المال جزئياً بأن ينزع المال جزئياً من يد المتقاسم او ان يحكم للأجنبي (المتعرض) بملكية البعض من ذلك المال او بأن يترتب للغير على المال حقاً عينياً كحق انتفاع او حق ارتفاق، فاذا ما تحقق الاستحقاق الجزئي على الامور المبينة في اعلاه فتختلف القسمة عن البيع في هذه الحالة ايضاً حيث لا يحق للمتقاسم فيها ما يحق للمشتري في البيع من ان يختار بين ان يرد للبائع المتبقي من المال بعد الاستحقاق وبين ان يبقى ما تبقى من المال لديه ويرجع بالتعويض على البائع [٣] .الا ان الحال مختلف في القسمة فلا يحق للمتقاسم فيها الا الرجوع بالتعويض على المتقاسمين فقط ؛ ذلك ان المتقاسمين لم يكونوا بالقسمة قد نقلوا ملكية العين المستحقة اليه حتى يضمنوها في حالة الاستحقاق الجزئي هذا من جهة، ومن جهة اخرى فإنّ ردَّ ما تبقى من المال الى المتقاسمين يعني فسخ القسمة وبالتالي إعادة إجرائها من جديد وهذا الامر لا يمكن العمل به إلا في حالات الضرورة، مع تطبيق القواعد ذاتها التي

(١) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، بلا ط، جامعة الموصل، بلا تاريخ نشر، ص١١٦-١١٧.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٦١ .

(٣) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي العقود المسماة ـــ عقد البيع، مصدر سابق،ص٢٢٥ .

ذكرناها سابقاً في الاستحقاق الكلي من ان المتقاسم لا يمكنه ان يرجع على باقي المتقاسمين الا بالخسارة اللاحقة فقط كما ان وقت تقدير التعويض هو وقت قيمة المال وقت إجراء القسمة[١] .

الفرع الثاني: تعديل أحكام الضمان في القسمة

رأينا فيما تقدم ذِكره أن المشرعين في القوانين المدنية قد أقروا باستحقاق الضمان للمتقاسم الذي تُستحق حصته لسبب قانوني سابق على القسمة، إلا أن التساؤل الذي يمكن إثارته حول هذا الموضوع يتمحور حول إمكانية تعديل أحكام هذا الضمان القانوني؟ وهل أن الأحكام التي تمَ بموجبها تنظيم أحكام الضمان هي من النظام العام؟

إن مراجعة المواد التي نظمت ضمان الاستحقاق كالمادة (٩٤٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري، والمادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي يتضح أن المشرع قد نظمَ أحكام ضمان الاستحقاق بموجب قواعد مُكملة وليست قواعد آمرة، والقواعد الآمرة هي تلك القاعدة التي لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم بحيث تنعدم حرية الأفراد في استبعاد حكمها لاتصالها بمقوم أساس من مقومات المجتمع وهو ما يُعرف بالنظام العام والآداب [٢]، ويرى البعض أن مضمون هذه القواعد يتحدد في تلك القواعد التي تضع القيود اللازمة على حرية الأفراد لغرض تحقيق مصالح المجتمع العامة أو بعض فئاته [٣] .

وعلى خلاف ذلك تُعرف القاعدة المُكملة على أنها: هي التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها ومثالها القاعدة التي تقضي مثلاً بأن يكون

(١) د. احمد عبد العال ابو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط١، بلا دار نشر، مصر، ١٩٩٩، ص٢٥٠.

(٢) د. رمضان ابو السعود ـ د. همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٣١.

(٣) د. طه زاكي صافي، منهجية العلوم القانونية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ـ لبنان، ١٩٩٨، ص٨٨.

الثمن مُستحق الوفاء في مكان وزمان تسـليم المبيع[١] .

بناءً على ما تقدمَ يمكن للمتقاسمين تعديل أحكام ضمان الاستحقاق تشديداً أو إنقاصاً لكون قواعد الضمان في القسمة هي ليست من قواعد النظام العام لذا يمكن لكل من المتقاسمين الاتفاق على خلافها، وبما أن عقد القسمة هو الذي يؤسس على وجوده المشرع المسؤولية عن الضمان للاستحقاق، لذا تُطبق القواعد العامة في تشديد الضمان أو تخفيفه، حيث يعد الأخير من التطبيقات العامة للشرط الذي يقترن بالعقد في النظرية العامة للالتزامات بشرط أن يكون هذا الشرط مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب وإلا كان باطلاً، حيث يمكن أن يقترن العقد بشرط لمصلحة أحد المتعاقدين، وفي حالة الاتفاق على تشديد الضمان لابَّد أن يُذكر الشرط في العقد بعبارات مُحددة وصريحة ودقيقة، ويجب أن لا تكون عبارات عامة تنصرف إلى كلُ تعرضٍ وجميع أنواع الاستحقاق[٢] .

وقد أشارَ المشرع العراقي بموجب المادة (٢٥٩) من القانون المدني إلى جواز تشديد مسؤولية المدين والتي نصت على: (١ – يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة)، كما جاءت الفقرة (١) من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري لتنص على: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة)، فمن هذه التطبيقات التي أوردها المشرعان المدنيان العراقي والمصري يمكن القول أن المتقاسم يمكنه الاتفاق مُسبقاً مع بقية المتقاسمين على استحقاقه للضمان مهما كان السبب الذي أدى إلى استحقاق حصته من المال الشائع.

وبخلاف الحالة المتقدم ذِكرها يمكن تخفيف الضمان للاستحقاق في القسمة العينية للمال الشائع، وعلى الرغم من عدم إشارة القانون العراقي والمقارن إلى حكم هذه

(١) د. محمد فهيم درويش، فن القضاء ـ النظرية والتطبيق، ط١، مطابع الزهراء للإعلام العربي، مدينة النصر ـ مصر، ٢٠٠٧، ص٦٠٠

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص٦٩٤. وفي الصدد ذاته: د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٢٠٦.

الحالة لكن بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة نجد أنه بغية تحقيق التوازن بين مصلحة أطراف العقد يجوز اقتران العقد بشرط مُقرر لمصلحة البائع بتخفيف ضمان الاستحقاق ويُعد هذا الاتفاق كثير الوقوع في الحياة العملية [١]، ولكي يكون شرط تخفيف الضمان للاستحقاق صحيحاً لابَّد أن يُذكر بعبارات محددة ودقيقة، إلا أن شرط تخفيف الضمان لا يكون صحيحاً في كل الأحوال، فلا يؤدي أثره في الحالة التي يتعمد فيها إخفاء العيوب الخفية عن المشتري؛ لأنَّ البائع سوفَ يعتبر مرتكباً غشاً وهو غير جائز طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية [٢] . وقد أجملَ المشرع العراقي هذه الأحكام بموجب المادة (٣/٥٥٦) من القانون المدني والتي نصت على: (ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان او ينقصه، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق)، كما نصت المادة (١،٣/٤٤٥) من القانون المدني المصري على: (١ ـ يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يُسقطا هذا الضمان، ٣ ـ ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمدَ إخفاء حق الأجنبي)، كما أشارت المادة (١٣٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: (لا أحد يستطيع أن يُبرئ نفسه إبراءً كلياً أو جزئياً من نتائج احتياله أو خطأه الفادح بوضعه قيداً يُعفي عنه التبعة أو يخفف من وطأتها، وكلُ قيد يُدرج لهذا الغرض في أي عقد كان هو باطل أصلاً)، إلا أن ما يمكن ملاحظته هو موقف المشرع الذي جاء متميزاً عن موقف المشرعين العراقي والمصري وذلك بإقراره في المادة (١٣٦) من قانون الملكية العقارية بمنح المتقاسم الذي استحقت حصته تأميناً جبرياً يقتضي منه التعويض ليضمن بذلك حصول المتقاسم الذي أضر نتيجة هذا الاستحقاق بحصوله على التعويض الذي يستحقه[٣] .

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٢٠٨.
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص٦٩٩.
(٣) د. مروان كركبي ـ د. سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، مصدر سابق، ص٣٠٩. وينظر كذلك: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٤٤.

وقد نصّت القوانين المدنية على هذا الامتياز، فقد جاء في المادة(٢٣٧٥) من القانون المدني الفرنسي قولها (يحافظ الوارث الشريك أو المتقاسم على امتيازه على اموال كل حصة أو على المال المباع لتعذر القسمة سواء بالنسبة إلى معدل الأنصبة و رواجح الحصص أو بالنسبة إلى ثمن البيع بالمزاد من خلال قيد يدون بعنايته)، وجاء في المادة(١١٤٩) من القانون المدني المصري أن (للشركاء الذين اقتسموا عقاراً، حق الامتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد)، غير أن المُتمعن في نص هذه المادة، والمادة(١/١٠٣٩) من القانون نفسه يلاحظ أن هناك تعارضاً فيما بينها، إذ نصّت المادة الأخيرة على صحة رهن أحد الشركاء لحصته، وانتقاله إلى المال الذي يقع في نصيب الشريك الراهن بعد القسمة، بشرط أن لا يضر هذا الرهن بالرهن الصادر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين، فقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة "ولا يضر انتقال الرهن على هذه الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين". فالملاحظ على هذه المادة أنها تعطي للمتقاسم الافضلية على حق الدائن المرتهن، دون أن تشترط قيد امتياز المتقاسم، في حين أن المادة(١١٤٩) اشترطت ذلك.

كذلك نصّت المادة(١٣٨٠) من القانون المدني العراقي على أنه:

١- إذا اقتسم الشركاء عقاراً شائعاً بينهم، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل، يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء.

٢- ويجب تسجيل حق الامتياز هذا في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل"، يتضح من هذه المواد أن على المتقاسم أن يسجل امتيازه على العقار الذي وقعت عليه القسمة، إذ لا يُقرر له هذا الامتياز إلّا من وقت تسجيله).

وقد حدد القضاء العراقي في العديد من القرارات الصادرة عنه أسس تشديد مسؤولية المدين التعاقدية، ففي قرارٍ لمحكمة التميز جاء ما مفاده: (لدى التدقيق

والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان الثابت من وقائع الدعوى انها انصبت على مطالبة المدعى عليه/ المستأنف/ المميز عليه بتأديته للمدعي المدير العام للمصرف العراقي للتجارة اضافة لوظيفته/ المستأنف عليه/ المميز بمبلغ قدره مائة وسبعة واربعون مليون دولار امريكي وثمانية مليارات دينار عراقي ناشئة عن قيامه بمنح قروض وتسهيلات مصرفية دون ضمانات كافية وان هذه المطالبة استندت على قرار الحكم الصادر من محكمة جنايات الرصافة الهيئة الثالثة المرقم ٧٨٨/ج٣/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/١٠ الذي ادين بموجبه المدعى عليه/ المستأنف/ المميز عليه وفقاً لأحكام المادة ٣١٦ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقد ورد في الفقرة (٥) من القرار المذكور اعطاء الحق للجهة المتضررة بالمطالبة بالتعويض بعد اكتساب قرار الحكم الدرجة القطعية وان محكمة الاستئناف المميز حكمها قضت بفسخ الحكم البدائي المستأنف الصادر من محكمة بداءة الكرخ بعدد ١٤٧/ب/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/٣٠ والحكم برد دعوى المدعي اضافة لوظيفته المستأنف عليه/ المميز وعللت حكمها المطعون فيه بان قرار محكمة الجنايات انف الذكر الذي تضمن اعطاء الحق للجهة المتضررة بالمطالبة بالتعويض بعد اكتساب القرار المذكور الدرجة القطعية وليس قبل اكتسابه الدرجة القطعية ولكون المتهم (المدعى عليه) لا يزال هارباً قضت برد الدعوى وان هذا التوجه من المحكمة غير وارد قانوناً ذلك ان الحكم الجزائي قضى بالسجن على المدان (ح. ع. ع.ا) (المدعى عليه) في الدعوى المنظورة مع المتهمة الاخرى (هـ. م. إ. ز) لمدة خمس عشرة سنة وفق احكام المادة ٣١٦/الشق الاول من قانون العقوبات وبدلالة مواد الاشتراك ٤٧ و٤٨ و٤٩ منه... الخ. وان هذا الحكم لا يكتسب درجة البتات الا بعد اجراء محاكمة المتهم (المدعى عليه) في هذه الدعوى مجدداً عند تسليم المحكوم عليه نفسه الى السلطة او القبض عليه عملاً بأحكام المادتين ٢٤٧ و٣/٢٥٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وحيث ان المرافعة في الدعوى بداءة واستئنافاً جرت حضورية بحق المحكوم

عليه (المدعى عليه)/ (ح. ع.ع. ا) عن طريق وكيله المحامي (ح. م. ح) وهذا يعني ان حسم هذه الدعوى في حالة استئخارها للسبب المشار اليه اعلاه يكون متوقفاً على ارادة المدعى عليه المذكور خلافاً للمفهوم المخالف لأحكام المادة ٢/٨٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل لان الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً او بعضاً.. الخ (م ٨) مرافعات مدنية هذا من جهة وفقاً لما استقر عليه قضاء الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١٣٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/١٨ ومن جهة ثانية ان المتهمة (هـ. م. إ) كانت قد صدر حكم ضدها من محكمة بداءة الكرخ بعدد ٢٤٧٨/ب/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١١/٢٣ قضى بإلزامها بتأديتها للمدعى المدير العام للمصرف العراقي للتجارة اضافة لوظيفته مبلغاً قدره مائة وسبعة واربعون مليون دولار امريكي وثمانية مليارات دينار عراقي والتي تمت ادانتها مع المدعى عليه في هذه الدعوى وعن ذات الجريمة التي ادين عنها المدعى عليه والتي تسببا فيها بالحاق الضرر بالمال العام وبذلك كان يتعين على المحكمة ان تبت في المسؤولية المدنية وفي مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية او بالحكم الصادر من محكمة الجنايات كون الفصل في هذا الموضوع لا يرتبط بالضرورة باكتساب الحكم الجزائي درجة البتات (م ٢٢٧/ج من قانون اصول المحاكمات الجزائية).. وحيث ان الحكم المميز قد خالف وجهة النظر القانونية المشار اليها اعلاه مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق النهج المتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابع للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٥/ذو الحجة/١٤٣٧هـ الموافق ٢٠١٦/٩/٢٠م) [١]

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم **٢٣٦**/ت/ ٢٠١٦ غير منشور.

الخاتمــة

في خاتمة بحثنا توصلنّا إلى بعضٍ من النتائج والمقترحات، نذكرها تباعاً:-

أولاً: النتائــج

١- الضمان يقابلُ المسؤولية المدنية في القانون المدني، والتي تكون أما مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية إلا أن مصطلح الضمان ينصرف إلى الجانب المالي، في حين أن تعبير المسؤولية ينصرف إلى مقاضاة الشخص جزائياً وليس مالياً.

٢- أساس الضمان في القسمة هو مبدأ المساواة بين المتقاسمين بداعي أن العدالة التعاقدية تقتضي ذلك.

٣- إنَّ أول وأهم شروط قيام الضمان للاستحقاق هو أن يكون الأخير قائمُ على سبب سابق على القسمة، وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المال الشائع الذي آلَ إلى المتقاسم قد بدأ قبلَ وقوع القسمة.

٤- إن التعرض أو الاستحقاق في القسمة يجبُ أن ينصرف إلى التعرض أو الاستحقاق الصادر من الغير وليس من أحد المتقاسمين، لأنه في حالة حدوث التعرض أو الاستحقاق من أحد المتقاسمين يتم تطبيق القواعد العامة، كما أنه لا يسري ضمان الاستحقاق في الحالة التي يكون فيها تعرض أحد المتقاسمين هو تعرض قانوني كما هو الحال في وقوع عين من الأعيان المملوكة على الشيوع كانت مملوكةً لأحد المتقاسمين في نصيب متقاسم أخر.

٥- إن الحكم الذي أقرته التشريعات المدنية في نطاق ضمان الاستحقاق في القسمة هو التعويض، ففي حالة الحكم للغير بالاستحقاق يلتزم المتقاسمون كلُ بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي أصابه الضرر وذلك عن طريق توزيع التعويض على جميع المتقاسمين ويتحمل مُستحق الضمان جزءً من هذا القدر .

ثانياً: المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي تنظيم أحكام ضمان الاستحقاق في القسمة العينية للأموال الشائعة عوضاً عن الإحالة إلى القواعد العامة بهذا الخصوص.

٢- نقترح على المشرع العراقي وضع نص قانوني لتحديد مدة تقادم دعوى ضمان الاستحقاق لكون أن المشرع العراقي والمقارن لم ينظم هذا الأمر.

٣- نقترح على المشرع العراقي النص على أثر وقوع الشرط الاتفاقي الذي يمنع ضمان الاستحقاق في القسمة والأخذ بما جاء به المشرع المصري بإقراره بأثر وقوع الشرط الاتفاقي الذي يمنع الضمان، كما هو الحال في المادة (١٠٧٦) من القانون المدني المصري النافذ.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١- د. أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.

٢- د. احمد عبد العال ابو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط١، بلا دار نشر، مصر، ١٩٩٩ .

٣- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية ـ عقد البيع والإيجار والمقاولة، بلا ط، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.

٤- د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية ـ حق الملكية، ج١، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

٥- د. حامد مصطفى، القانون المدني ـ الملكية وأسبابها، ج١، بلا ط، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.

٦- د. حسن عبد الباسط جميعي، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ .

٧- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ـ الضرر، ج١، مطبعة التأسيس، بغداد، ١٩٩٨.

٨- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بلا ط، دار العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا تاريخ نشر.

٩- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني ـ البيع، ج٣، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣.

١٠-١٠.د. حسن كيرة، أصول القانون المدني ـ الحقوق العينية الأصلية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥.

١١-د. رمضان ابو السعود ـ د. همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.

١٢-د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا تاريخ نشر.

١٣-د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.

١٤-د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد،١٩٦١.

١٥-د. طه زاكي صافي، منهجية العلوم القانونية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ـ لبنان، ١٩٩٨.

١٦-د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بلا ط، منشورات عويدات، لبنان، ١٩٨٣.

١٧-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، المجلد الأول، بلا ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ نشر.

١٨-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، بلا ط، دار احياء التراث، بيروت، بلا تاريخ نشر.

١٩-د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧ .

٢٠-د. عبد المجيد الحكيم .د. عبد الباقي البكري ـ د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ـ مصادر الالتزام، ج١، دار الكتب للطباعة، الموصل، ١٩٨٠.

٢١-د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٧ .

٢٢-د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.

٢٣-د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، بلا ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧

٢٤-د. غزوان محمود غناوي، إزالة شيوع العقارات، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٣.

٢٥-د. محمد أحمد محمود، الشامل في قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب، ط١، دار علام للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٣.

٢٦-د. محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، بلا ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.

٢٧-د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية ـ حق الملكية، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٢٨-د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بلا ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣.

٢٩-د. محمد فهيم درويش، فن القضاء ـ النظرية والتطبيق، ط١، مطابع الزهراء للإعلام العربي، مدينة النصر ـ مصر، ٢٠٠٧.

٣٠-د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ـ العقود المسماة، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٣١-د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨.

٣٢-د. مروان كركبي ـ د. سامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية، بلا ط، بلا دار نشر، ٢٠٠٩.

٣٣-د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، بلا ط، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان، بلا تاريخ نشر.

٣٤-د. مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج١ ، مطبعة الارشاد ، بغداد، ١٩٧٣

٣٥-د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، بلا ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا تاريخ نشر.

٣٦-د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، بلا ط، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٥.

٣٧-د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٣٨-د. وجدي شفيق، شرح دعوى الاسترداد ودعوى الاستحقاق الفرعية، ط١، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢.

ثانياً: الأطاريح الجامعية

- محمد على صاحب، ضمان الاستحقاق، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين ـ كلية الحقوق، ٢٠٠٥.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

١- أمريكة أحمد محمد العبيدي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد الإيجار، رسالة ماجستير، جامعة الموصل ـ كلية الحقوق، ٢٠٠٠.

٢- سفانة سمير حميد العيثاوي، التقادم المكسب للملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين ـ كلية الحقوق، ٢٠٠٦.

٣- عامر زغير محسن الكعبي، سلطة الإدارة في مجال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ٢٠٠٥.

٤- مهدي نعيم حسن الحلفي، ضمان التعرض والاستحقاق الصادر عن الغير في عقود المنفعة، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية ـ كلية القانون، ٢٠٠٦.

رابعاً: الكتب الأجنبية

- B Gross, La nation obligation de garantie dans le droit des contracts , 4edition .

خامساً: البحوث

١- د. ابراهيم صالح الصرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية التي تصدر عن جامعة السلطان قابوس، بلا عدد، سلطنة عمان، ٢٠١٤.

٢- د. إيمان طارق مكي ـ د. منصور حاتم محسن، العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، بلا عدد، المجلد الأول، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٣.

٣- د. بيرك فارس حسين ـ منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦، السنة الثانية، المجلد الثاني، العراق، ٢٠١٥.

٤- د. غازي عبد الرحمن ناجي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد١٢، السنة التاسعة، جمعية القانون المقارن، العراق، ١٩٨١.

سادساً: القوانين

١- القانون المدني العراقي النافذ.

٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني النافذ.

٣- القانون المدني الفرنسي النافذ.

٤- القانون المدني المصري النافذ.

سابعاً: القرارات القضائية

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣٦/ت/ ٢٠١٦ غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم ٢٢٧/ ت. ب. /٢٠١٣ غير منشور.

٣- قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٢٥٦، السنة السادسة والعشرون، ١٩٦٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج٢.

٤- قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٥١، السنة ٤٠، ١٩٧٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج١.

المـلخـص:

الأصل في الملكية أن تثبت لشخص واحد على الشيء، وهذه هي الملكية المفرزة، ولكن قد تثبت الملكية لأكثر من شخص على الشيء نفسه، فيقال لها ملكية شائعة، والأخيرة تعد من المواضيع المهمة التي اشغلت ذهن الفقهاء وعنى بها رجال القانون أَهم اعتناء، فقد نظمت جميع التشريعات الوضعية أحكامها، وان كان البعض منها لم يف بجميع هذه الأحكام كما هو الحال في التشريع العراقي، مما يتعين الرجوع الى الأَحكام والقواعد العامة في القانون لسد هذا النقص التشريعي الحاصل، كذلك فإن الملكية الشائعة قد أخذت حيزاً واسعاً في مجال القضاء وأصبحت الشغل الشاغل له، وعني بها كثيراً فصدرت بها أَحكاماً قضائية دللت على مكانتها وصعوبة إحكامها، لأنها في الغالب تؤدي إلى المشاكل والمنازعات بين الشركاء المشتاعين، ومن بين موضوعات الملكية الشائعة مسألة اقتسام المال عيناً التي أفرزت بدورها موضوعات تدخل المشرعون في تنظيم أحكامها، إلا أن المتتبع لأحكام التشريعات المدنية تترسم في ذهنه الصورة التي لم تكتمل تشريعياً بخصوص بعض الأمور التي تصاحب إجراء القسمة العينية ومنها ضمان الاستحقاق وهذا ما يراه الباحث جلياً بطرحه على المناقشة البحثية.

ABSTRACT:

The legal organization to ensure the merit in the rights in rem of the common money:

The origin in the ownership is to be proved for somebody , and this is the sorted ownership, but the ownership may be proved for more than one person regarding the same property then it is said that it is common property, and the latter is considered an important subject that was addressed by the Jurists and the law men, it was organized in all the legislations and its provisions, even though some of them didn't meet all these provisions as in the Iraqi legislation, that requires reviewing the provisions and general rules in the law to address this legislative shortage , and also the common ownership has taken wide attention in the judicial field , and many addressed it and judicial provisions were issued for it that indicated its status and the difficulty of its provisions because it often leads to problems between the common owners (partners) , and one aspect of the common ownership subjects is dividing the money as a right in rem that created other issues that the legislators intervened to organize its provisions , but the researcher of the provisions of civil legislations has in mind aspects that was not completed in legislation regarding some issues that accompanies conducting the rights in rem division such as the merit and this is a topic the researchers deem important to address in the research .

To specify the required assurance in the rights in rem division of the common money we shall divide this research into two topics: in the first topic we address the assurance and its conditions in two ranches, in the second topic we shall address the assurance provisions in two branches also.