

الطَّبيعة القانونية للقسمة الرّضائية للعقار دراسة مقارنة

The legal nature of the consensual division of the property A comparative study

الكلمات الافتتاحية:

القسمة الرّضائية، العقار، الإفراز، الأثر الكاشف، الأثر النّاقل.

Keywords:

Consensual division, drug, excretion, reagent effect, vector effect.

Abstract

Common ownership is considered a worrying situation that is not welcomed by legislation, because of the disputes it raises between partners and what it leads to in preventing the partners from disposing of common property, therefore legislation encourages the division of common property, especially real estate, because it constitutes national wealth. However, the consensual division of common property raises many legal problems about the adaptation of the division and the resulting legal effects. This study attempts to determine the legal nature of the consensual division of real estate, and to identify its legal effects in Iraqi, Egyptian, Lebanese and French legislation.

سيف باسم محمد



جامعة بغداد- كلية
القانون.

ا.د عامر غانم علوان

جامعة بغداد- كلية
القانون.

فقد خضعت لتجاذبات وتباين في آراء الفقه والتشريع، كما تطور المنظور لها مع تطور الفكر القانوني، حتى وصلت إلى ما هي عليه.

أهمية البحث: تنطلق أهمية موضوع البحث بالنظر لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار، وخطورة هذه النتائج على حقوق كل من المتقاسمين والغير، الذي اكتسب حقاً على العقار خلال فترة الشّيوغ. إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث في غموض الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية، حيث يتنازعها نظامان قانونيان هما البيع والإفراز، باعتبارها تشترك مع كل منهما في جزء من أحكامها، كما يستتبع ذلك ضرورة تحديد الأثر النّاجم عن القسمة، فهل هي ناقلة للحق ومنشئة لمراكز قانونية جديدة، أم يقتصر دورها على الكشف عن الحق الموجود سبّقاً؟.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى الوصول إلى نظرية عامة للطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار وآثار هذه القسمة، وضبط النتائج المترتبة على ذلك. منهجية البحث: للوصول إلى الأهداف المرجوة من البحث سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية واستقراء القواعد التي تحكم طبيعة القسمة الرضائية العقارية، مع المقارنة بين التشريعات العراقية والمصرية واللبنانية والفرنسية.

خطة البحث: سندرس في هذا البحث الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار من خلال خطة بحث ثنائية، وذلك بتقسيم الدراسة إلى مبحثين، ندرس في المبحث الأول تكييف عقد القسمة الرضائية، فيما ندرس في المبحث الثاني آثار عقد القسمة الرضائية.

المبحث الأول: تكييف عقد القسمة الرضائية : إنّ عدم تنظيم المشرّع للقسمة الرضائية وتخصيصها بأحكام خاصة، وخروجها بالتّالي من دائرة العقود المسماة، فتح الباب للتساؤل عن التّكييف القانوني لعقد القسمة الرضائية، بسبب تشابه أحكامه مع أحكام بعض العقود المسماة، أو الأعمال الإدارية التي تنظم انتقال ملكية الأموال السّائعة. وعند إمعان النّظر في آثار القسمة الرضائية، نجد أنّ أحكامها تتداخل وتتشابه

مع أحكام كل من عقد البيع، وكذلك مع أعمال الإفراز، حيث تشترك القسمة الرضائية مع كل منهما في بعض الخصائص والآثار لجهة نقل ملكية الحصص العقارية وتفتيت الملكية الشائعة، كما تختلف عنهما من بعض النواحي، مما يتعين معه دراسة نقاط التشابه والاختلاف بينهما للوصول إلى التكييف القانوني لعقد القسمة الرضائية. وإذا كان تكييف القسمة الرضائية وتحديد الطبيعة القانونية لها قد يبدو أمراً نظرياً وعملاً فلسفياً، غير أنه أمر ذو نتائج عملية تتحدد بمقتضاها آثار القسمة على كل من أطرافها ومحلها، وكذلك على الغير. سنتناول في هذا المبحث التكييف القانوني للقسمة الرضائية من خلال مطلبين، نبين من خلالهما الاتجاهات التي تتنازع تكييف القسمة، محاولين الوصول إلى التكييف السليم لها، حيث ندرس في المطلب الأول القسمة الرضائية بمثابة عقد بيع، فيما ندرس في المطلب الثاني القسمة الرضائية بمثابة إفراز.

المطلب الأول: القسمة الرضائية بمثابة عقد بيع: عرّف المشرع العراقي البيع بأنه: "مبادلة مال بمال" ١، فيما عرّفه المشرع المصري بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي" ٢. وجاء تعريف المشرع اللبناني قريباً من ذلك، عندما قرر أن: "البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه" ٣، كما جاء المشرع الفرنسي بمفهوم مشابه عندما عرّف عقد البيع بأنه: "البيع عقد يلتزم بموجبه أحد طرفيه بتسليم شيء، ويلتزم الآخر بأدائه الثمن" ٤.

يتضح من تعريف عقد البيع أنه يشترك مع القسمة الرضائية من جهة، ويتميز عنها من جهة أخرى، ولبيان انطباق حكم البيع على القسمة الرضائية لا بد من تحديد أوجه التشابه بين عقدي القسمة الرضائية والبيع (الفرع الأول)، ثم الوقوف على أوجه الاختلاف بين العقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التشابه بين عقد البيع وعقد القسمة
إنّ كلّ من عقد القسمة الرضائية وعقد البيع يُعدّان من أعمال التصرف التي تقع على الملكية، وبذلك فإنهما يتقاربان ويتشابهان من نواحٍ متعددة، أبرزها:

والمشتري، فإذا وقع التزام أحد الطرفين باطلاً لأي سبب من أسباب البطلان، فإن ذلك يستتبع بطلان التزام الطرف الآخر، وإذا انقضى التزام أحدهما باستحالة الوفاء مثلاً، انفسخ العقد وانقضى التزام الطرف الآخر، وإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر بالمقابل أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته، أو أن يطلب فسخ العقد ليتحلل منها^{١٣}.

فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشيء مقابل التزام المشتري بدفع الثمن، فقد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية، إيجابية أو سلبية، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري، كما يقع على البائع التزامات إيجابية، كتصديقه على إمضائه في بيع العقار حتى يتمكن المشتري من تسجيل البيع، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، كمستندات ملكية البائع وبيان حدود العقار، أما الالتزامات السلبية فتدخل في ضمان التعرض، كتصرف البائع مرة أخرى في العقار، وتمكينه المشتري الثاني من سبق التسجيل^{١٤}.

بالمقابل يلتزم المشتري بالوفاء للبائع بالثمن وبتحمل مصروفات عقد البيع، كنفقات العقد العرفي أو الرسمي وأتعاب المحامي الذي قام بتنظيم العقد وتسجيله ومصروفات الكشف على العقار في دائرة التسجيل العقاري، كما يلتزم المشتري بتسلم المبيع بحيازته في الوقت الذي حدده العقد^{١٥}.

وهذا الحكم يسري على القسمة الرضائية العقارية، حيث لا يمكن اعتمادها أو الاحتجاج بها إذا لم تكن قد سجلت في دائرة التسجيل العقاري المختصة، لكي تأخذ شكلها المنصوص عليه في القانون^{١٦}.

ثالثاً: كلاهما من العقود الواردة على الملكية: يرد عقد البيع على الملكية، فهو يؤدي إلى نقل الملكية، أو يرتب التزاماً بنقلها، لذا يعدّ من أعمال التصرف التي يلتزم فيها المشتري بأداء ثمن نقدي.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين عقد البيع وعقد القسمة



إنَّ عقد القسمة الرضائية - كأحد العقود غير المسمّاة - يختص بأحكام تميزه عن غيره من العقود، ومن هذه الأحكام التي تميزه عن عقد البيع بشكل خاص ما يلي:
أولاً: من حيث نصاب التصرف: تستلزم القسمة الرضائية إجماع الشركاء كافة، وموافقتهم على إجراء القسمة والخروج من الشيوع حتى تنعقد صحيحة وتنتج آثارها تجاه الشركاء والغير، ولا تصح القسمة ولا تنتج آثارها بغير هذا الإجماع^{١٧}، أما في مجال عقد البيع فينبغي التمييز حسب نطاق العقد بين تصرف الشريك في حصته الشائعة وبين تصرف الشريك في كل المال الشائع.

فإذا باع الشريك حصته الشائعة قبل القسمة فإنَّ عقد البيع يكون صحيحاً^{١٨}، فمقتضى القواعد العامة في الشيوع أنَّ حق الشريك المشتاع، وإن كان نطاقه المادي هو الشيء الشائع كله، غير أنَّ نطاقه المعنوي أو الحسابي هو الحصة الشائعة التي تخلص ملكيتها تامة له، مما يمكنه من ممارسة كل السلطات التي يمنحها حق الملكية لصاحبه عليها، وفي مقدمتها سلطة التصرف، فيكون له أن يتصرف فيها بحرية، كلها أو بعضها، طالما لم يتجاوز النطاق المعنوي لها^{١٩}.

أما إذا باع الشريك جزءاً مفزراً من العقار الشائع قبل القسمة، فوفقاً للقانون المدني العراقي يكون تصرفه موقوفاً على نتيجة القسمة^{٢٠}، فإذا وقع الجزء الذي تصرف به الشريك في نصيبه يكون تصرفه صحيحاً نافذاً من تاريخ التصرف وليس من تاريخ القسمة، أما إذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف، فلا يكون للتصرف أي أثر ويكون باطلاً، لأن الشريك المتصرف يعد كأنه لم يكن مالكاً ابداً لهذا الجزء الذي تصرف فيه ولم يقع في نصيبه، ويكون بحكم بيع ملك الغير^{٢١}.

أما المشرع المصري^{٢٢}، فقد اعتبر تصرف الشريك في جزء مفزراً من العقار الشائع صحيحاً متى وقع ذلك الجزء في نصيب الشريك المتصرف^{٢٣}، حيث يستقر حق المشتري نتيجة للأثر الكاشف للقسمة الذي يعتبر البائع بمقتضاه مالكاً لهذا الجزء المفزراً ملكية خالصة منذ بداية الشيوع^{٢٤}، ويتفق المشرع المصري في هذا الحكم مع المشرع العراقي.



أما إذا وقع نصيب الشريك البائع جزء مفروز آخر، غير الجزء الذي وقع عليه البيع، فقد قضى المشرع المصري بانتقال حق المشتري إلى الجزء المفروز الذي وقع فيه نصيب الشريك البائع، وذلك في حدود القدر الذي حصل فيه البيع. ثانياً: من حيث أثر العقد: يتميز عقد البيع بالأثر الناقل للملكية، حيث تنتقل ملكية العقار المبيع من البائع إلى المشتري بعد استيفاء العقد لأركانه وتسجيله لدى دوائر التسجيل العقاري، فيما تتميز القسمة الرضائية فضلاً عن ذلك بالأثر الكاشف للقسمة، والتي تستند آثار ملكية الشريك لحصته بموجبها إلى تاريخ الدخول في الشيوع.

المطلب الثاني

القسمة الرضائية بمثابة إفراز

الإفراز بشكل عام هو تمييز الحقوق عن بعضها البعض، وتعيينها بشكل منفصل، بحيث تعين كل حصة مستقلة عن الحصة الأخرى، ويكون ذلك بإخراج حصة من كل العقار الشائع، أو عدة عقارات، بشكل يستطيع صاحب كل حصة أن ينفرد في التصرف فيها دون باقي المالكين الشركاء سابقاً^{٢٠}.

ويُراد بالإفراز حسب قانون التسجيل العقاري العراقي: تجزئة الوحدة العقارية المسجلة في السجلات العقارية إلى جزئين أو أكثر، بدون تغيير في حقوق الملكية العقارية، وبالشروط التي حددها القانون^{٢١}.

وقد نصّ المشرع العراقي على الإفراز في المادة (٢٨٣) من قانون التسجيل العقاري التي جاء نصها على أنّ: "يسجل إفراز الوحدة العقارية المسجلة إلى جزئين أو أكثر بدون أي تغيير في حقوق الملكية العقارية، بشرط توفر ما يلي:

- ١- أن يكون الإفراز حاصلًا فعليًا في الوحدة العقارية.
 - ٢- أن يكون لكل جزء مفروز أوصاف وميزات الوحدة العقارية بموجب أحكام هذا القانون".
- وستتناول هذا المطلب في فرعين، ندرس في الفرع الأول الخلط بين القسمة والإفراز، ونخصص الفرع الثاني لنقد هذا الرأي.
- الفرع الأول: التشابه بين القسمة والإفراز



يتجه بعض الفقه القانوني إلى القول بأن الفقه الإسلامي يعدّ القسمة بمثابة إفراز لحصص الشّركاء في العقار الشّائع، وسندهم في ذلك تقنين مجلة الأحكام العدلية، حيث نصّت المادة (١١١٤) من مجلة الأحكام العدلية على أنّ: القسمة هي تعيين الحصة الشّائعة، يعني إفراز وتخصيص الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما، كالكيل والوزن والذّراع".

وركن القسمة وفقاً لأصحاب هذا الرّأي هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتّمييز بين الأنصاء، وشرطها عدم فوات المنفعة، وحكمها تعيين نصيب كل من الشّركاء على حدة^{٢٧}.

وقد قال بهذا الرّأي المالكية والشافعية، فعند جماهير المالكية هي تمييز حقوق فيما تماثل -أي كان من نوع واحد مع تساوي الرغبات والقيمة، كالذّور والفدادين المتقاربة في المسافة عرفاً، المتساوية في القيمة عند أهل الخبرة، وفي الرغبة عند الشّركاء-، أو تقارب -كل ما يلبس من الثياب، لأن الغرض الأهم هو اللبس-، أما فيما عدا ذلك فبيع، وعند جماهير الشّافعية هي تمييز حقوق في قسمة المتشابهات، وذلك حيث تتساوى الأنصاء صورةً وقيمةً، سواء في ذلك المثلي كالحبوب والنقود، بيع فيما عدا ذلك، وعند جماهير الحنابلة وبعض الشافعية هي تمييز حقوق فيما عدا قسمة الرّد فبيع -وقسمة الرد هي ما لا يمكن قسمته عيناً كبئر ماء في أرض-^{٢٨}.

الفرع الثّاني: أوجه الاختلاف بين القسمة والإفراز

إنّ المادة (١١١٤) من المجلة التي استند إليها أصحاب هذا الرّأي قد عرفت القسمة ببيان أثرها، وهو الإفراز كعمل مادي يتم به تخاصص الشّركاء بحصصهم المفردة، وليس تحديد الطبيعة القانونية للقسمة، وتظهر نقاط الاختلاف والتمايز بين القسمة والإفراز فيما يلي:

أولاً: يُشترط للإفراز حسب الفقرة الأولى من المادة (٢٨٣) من قانون التّسجيل العقاري أن يكون الإفراز حاصلًا فعلاً في الوحدة العقارية، ولأجل التّأكد من توفر هذا الشّروط في معاملة الإفراز المقدمة، يجب مراعاة ما يلي:



١- إذا كان العقار المطلوب إفرازه مشيداً، كالدور والمحلات التجارية وغيرها، فيجب لإفرازه إلى أكثر من وحدة عقارية أن يفصل بين الأجزاء المفترزة حاجز ما حسب العرف المحلي، كجدار أو سياج أو غيرها.

٢- إذا كان العقار المطلوب إفرازه عبارة عن أرض، وأريد إفرازها إلى قطع سكنية، يجب تأشير الطرق والشوارع والمساحات على الأرض حسب تصميم الإفرار المصدق من البلدية بحفر في الأرض (كرض)، بعمق وعرض يؤديان إلى إظهار معالم الإفرار للعيان، مع وضع الأوتاد أو صبات كونكريتية في أركان البلوكات، أو الأجزاء المفترزة بشكل يمكن بواسطتها تفريق كل من الوحدات العقارية المفترزة عن الأخرى.

٣- إذا كان الإفرار للأغراض الزراعية والبساتين، فيجب تثبيت علامات الإفرار بواسطة حديد الزاوية وبشكل بارز، أو بواسطة الجدران إن كان ذلك ممكناً، حسب سعة الأرض أو البستان، أو بأي شكل يمكن تفريق وحدة عقارية عن أخرى^{٢٩}.

أما في القسمة العقارية الرضائية فلا يشترط أن يكون الإفرار قد تم فعلاً للعقار، بل قد يتم هذا الإفرار بعد انعقاد العقد مستوفياً لأركانه.

ثانياً: يشترط للإفرار توافر ميزات الوحدة العقارية في كل جزء مفرز، وهذا الشرط بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (٢٨٣) من قانون التسجيل العقاري.

ويقصد بالوحدة العقارية: كل عقار قائم بحدود وموقع ومساحات معينة، وتكون ملكيته أو حقوقه العينية الأصلية الأخرى لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع، دون أن يكون لجزء منه أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها^{٣٠}.

ومؤدى هذا الشرط عدم جواز إفرار العقار إلى أجزاء لا تتوافر فيها هذه الصفات ولا يمكن استغلالها أو استعمالها بحسب العرف المحلي، فعلى سبيل المثال، يُعدّ الدرج عقاراً بالمعنى القانوني، ولكن لعدم إمكان استغلاله حسب العرف المحلي كوحدة عقارية مستقلة، لا يجوز إفرازه عن أصل العقار واعتباره وحدة عقارية مستقلة، لأنه وجد لخدمة العقار ككل، ولا يمكن فصله عنه، باعتباره من توابعه المتصلة به، وعلى هذا الأساس لا يجوز إفرازه وتخصيص تسلسل مستقل له باعتباره وحدة عقارية، لعدم

توافر مميزات الوحدة العقارية فيه من ناحية الاستغلال، وإن كانت تتوافر فيه أوصاف الوحدة العقارية^{٣١}.

أما القسمة الرضائية فإنها وإن كانت مقيدة بقابلية العقار للقسمة، وعدم جواز قسمة العقارات الشائعة شيوعاً جبرياً، مثل الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك في الأبنية الطابقية^{٣٢}، غير أن القسمة الرضائية تستد بشكل أساسي على إرادة الشركاء وتوافقهم، وبالتالي فإن هذا الشرط يتلشى أمام توافق إراداتهم.

أما تأصيل القسمة وتكييفها القانوني فقد ورد في المادة (١١١٦) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: "القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة"؛ أي أن القسمة سواء كانت من المثليات أو من القيميات، تشتمل على معنى الإفراز، وهو أخذ عوض حقه، وذلك ما من جزء معين إلا واشتمل على نصيبين، فكان ما أخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما في يد صاحبه فكان مبادلة^{٣٣}.

ووفقاً للمذهب الحنفي الذي استمدت منه مجلة الأحكام العدلية أحكامها فالقسمة لا تخلو من معنيي البيع والإفراز، إلا أنه في قسمة المثلي يغلب معنى تمييز الحقوق (الإفراز)، وفي قسمة القيمية يغلب معنى البيع^{٣٤}.

ويرى الباحث أن التكييف الذي قرره مجلة الأحكام العدلية يتفق مع الطبيعة القانونية للقسمة من حيث آثارها، فالقسمة لا تعد بيعاً تاماً، كما لا تقتصر على جانب الإفراز، بل تتفق مع كل منهما من جهة وتختلف من جهة أخرى.

المبحث الثاني: آثار عقد القسمة الرضائية: من المقرر في النظرية العامة للعقد أن العقود ترتب آثاراً قبل أطرافها وقد لا تقتصر هذه الآثار على الغاية التي يتوخاها الأطراف من العقد، بل ينص القانون على آثار تترتب بمجرد استجماع العقد لأركانه.

وترتب القسمة الرضائية -كتصرف قانوني يقع على العقار- بمجرد انعقادها صحيحة ومستوفية أركانها وشكلها القانوني آثاراً ونتائج ترتبط بها ارتباط التابع بالمتبوع، سواء نص اتفاق المتقاسمين على هذه الآثار أم سهواً عن ذكرها.

ويتنازع القسمة الرضائية من حيث الأثر اتجاهين، يقضي الأول بالأثر الناقل للقسمة، وهو الاتجاه التقليدي، وقد بات شبه مهجور، أما الاتجاه الثاني فيقول بالأثر الكاشف للقسمة.

وسندرس في هذا المبحث آثار عقد القسمة الرضائية من خلال مطلبين، ندرس في المطلب الأول الأثر الناقل للقسمة الرضائية، فيما ندرس في المطلب الثاني الأثر الكاشف للقسمة الرضائية.

المطلب الأول: الأثر الناقل للقسمة الرضائية: ترتب القسمة الرضائية أثراً مباشراً على العقار، فحواله تجزئة العقار وتقسيمه إلى حصص مفرزة بعد أن كان يشكل كتلة واحدة، وهذا الأثر ينعكس على الذمة المالية لأطراف القسمة، فبعد أن كانوا شركاء في ملكية العقار، فقد استأثر كل منهم بمقتضى القسمة بجزء مفرز من العقار الشائع.

هذا الأثر دفع بعض الفقه القانوني وكذلك بعض التشريعات إلى القول بأن الملكية تنتقل إلى ذمة المتقاسمين بموجب القسمة الرضائية.

ولتوضيح المفهوم القانوني للأثر الناقل للقسمة سنتناول دراسة هذا المطلب في ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول ماهية الأثر الناقل للقسمة، وندرس في الفرع الثاني نتائج الأثر الناقل للقسمة، فيما نتعرض في الفرع الثالث لهجران الأثر الناقل للقسمة في القانون الفرنسي القديم.

الفرع الأول: ماهية الأثر الناقل للقسمة

ظهرت فكرة الأثر الناقل للقسمة في القانون الروماني، ومرجع هذا التوجه عندهم هو تكييفهم لحق الشريك المشتاع، فهم يعتبرون أن لكل شريك في المال الشائع حصة في كل ذرة من ذرات المال الشائع، حيث يملك المالك على الشيوع في كل ذرة من ذرات المال الشائع، وبقدر حصته في ذلك المال، فإذا حصلت القسمة أصبح كل منهم هو المالك الوحيد لما وقع في نصيبه، واستأثر بملكية حصته المفرزة^٣.

ومؤدى الأثر الناقل للقسمة أنه تتم عملية مقايضة بين الحصص الشائعة في المال الذي تمت قسمته، عن طريق نزول كل شريك من الشركاء إلى الآخرين عن حصته في

أنصبتهم، ولما كانت المقايضة ناقلة للملكية فإنَّ القسمة التي أدَّت إلى هذه المقايضة كذلك ناقلة للملكية^{٣٦}، وبناءً على ذلك إذا حدث الشُّيوع عن طريق الإرث فلا يكون الوارث خلفاً مباشراً للمتوفى إلا في حصته الشَّائعة التي كانت له منذ حدوث الشُّيوع، ويعتبر خلفاً لغيره من المتقاسمين بالنسبة لباقي الأجزاء^{٣٧}.

وتأسيساً على الأثر النَّاقِل للقسمة يعدُّ سند تملُّك المتقاسم للجزء المفز الذي آل إليه عن طريق القسمة هو السَّند الأصلي للملكية المشتركة كالميراث مثلاً، بالنسبة لما كان له من حصَّة شائعة في ذلك الجزء المفز، وهو القسمة بالنسبة لما كان لشركائه من حصص شائعة في ذلك الجزء^{٣٨}.

ولم يتبنَّ فقهاء القانون الروماني مبدأ الأثر النَّاقِل للقسمة على إطلاقه، بل كان منظورهم لأثر القسمة يقوم على الازدواج بين الأثر النَّاقِل والأثر الكاشف، مع تغليب الأول على الثاني، واعتبار القسمة ناقلة للملكية.

ويظهر الأثر النَّاقِل للقسمة حسب منظور فقه القانون الروماني نتيجة المبادلة التي تمت بين الشُّركاء، بمعنى أنَّ كلَّ شريك ينقل إلى شركائه ملكيته في الجزء الذي اختصَّ به كلُّ منهم، وذلك في مقابل أن ينقل له الشُّركاء الآخرون ملكية الجزء الذي اختصَّ به.

أما الأثر الكاشف فيتحدد في الحصَّة الشَّائعة التي كانت للشُّريك قبل القسمة في الجزء المفز، حيث تكون هذه الحصَّة الشَّائعة قد اندمجت في الجزء الذي آل إليه نتيجة القسمة، وبقي في ملكيته بعد القسمة، حيث يكون أثر القسمة كاشفاً في هذا الجزء.

الفرع الثاني: نتائج الأثر النَّاقِل للقسمة

ترتب على الأخذ بالأثر النَّاقِل للقسمة نتائج قانونية واقتصادية غير منطقية في مجملها، وكان أبرزها:

أولاً: التزام كل متقاسم بدفع الرسوم المفروضة على انتقال الملكية العقارية، وإعطائه الحق في الرجوع بالضمان على الشُّركاء ودعوى الاستحقاق^{٣٩}.

ثانياً: انتقال الحصص المفترزة لكل شريك مثقلة بالحقوق والتكاليف التي أجراها غيره من الشركاء على العقار الشائع أثناء مدة الشيوخ، والإبقاء عليها أياً كانت نتيجة القسمة، نتيجة الاعتراف بالتصرفات القانونية المقررة على الأشياء الشائعة من قبل أي من الشركاء أثناء قيام الشيوخ^{٤١}، وبالتالي فإن الرهن الذي ينشئه أحد الشركاء على عقار من العقارات الشائعة يظل قائماً حتى ولو وقعت القسمة واختص بهذا العقار شريك آخر خلاف الرّاهن، حيث يؤول هذا العقار نتيجة القسمة مثقلاً بالرّهن في حدود حصة الشريك الرّاهن^{٤٢}، ونتيجة لذلك فإن هذا المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا أوفى الدين كله، باعتبار أن الرّهن لا يقبل التجزئة.

ثالثاً: اعتبار القسمة سبباً صحيحاً للتقادم الخمسي، عند توافر حسن النية والسبب الصحيح، باعتبار المتقاسم خلفاً في حصته، ذلك أن السند الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية فيما لو كان صادراً من مالك^{٤٣}، والقسمة ترتب هذا الأثر إذا ما اعتبرت ناقلة للملكية.

هذه الاعتبارات وغيرها أفرزت إشكاليات واقعية واقتصادية وقانونية دفعت الفقه القانوني إلى هجران الأثر الناقل للقسمة والبحث عن تأصيل قانوني من شأنه تلافي هذه الإشكاليات، فاتجه الفقه إلى تبني الأثر الكاشف لها.

الفرع الثالث: هجران الأثر الناقل للقسمة في القانون الفرنسي القديم
يُعد القانون الروماني أحد المصادر التاريخية الرئيسة للقانون الفرنسي القديم، وقد تأثر به في نظرية الأثر الناقل للقسمة، وبقي على هذا الموقف حتى أواخر القرن الرابع عشر، حيث بدأ تطبيق الأثر الناقل يصطدم بعقبات، لا سيما في مجال القانون المالي والقانون المدني.

ففي مجال القانون المالي، كان النظام الاقتصادي في تلك الفترة إقطاعياً، وكان يفرض على من يحوز أرضاً أن يحصل على موافقة الإقطاعي إذا أراد التصرف في أموال الإقطاع، ولكي يحصل على هذه الموافقة فإن عليه أن يدفع إلى سيد الإقطاع ضريبة عند نقلها إلى الغير، فإذا توفي المنتفع واقتسم ورثته المال الشائع، فإن على كل

وارث أن يدفع ضريبة على نصيبه، لأنَّ القسمة ناقلة للملكية^{٤٢}، بالإضافة إلى الضريبة السابقة التي دفعت إلى الإقطاعي. ولتفادي هذا الازدواج والتكرار في دفع الضريبة، والتخفيف على حائز الأرض، فقد اتجه الفقه القانوني إلى القول بأنَّ القسمة لا تعد منشئة لحق جديد ولا ناقلة لحق من شخص إلى آخر، بل تعتبر مقررّة أو كاشفة للحق، فضلاً عن أنَّ انتقال الملكية كان ضرورياً لا اختيارياً، حيث يكفي طلب أحد الشُّركاء ليتم إجراؤها بمعزل عن إرادة البقية، كما أنَّ القسمة لا تتضمن تغييراً في الأشخاص، فالتغيير الحقيقي حصل عند وفاة المورث وانتقال الملكية إلى الورثة، وقد سبق لهم أن دفعوا الضرائب المستحقة على هذا الانتقال، أما القسمة فهي تكشف عن حق سابق لكل شريك ولا تأتي بمالك جديد^{٤٣}.

أما في مجال القانون المدني، فقد ترتب على مبدأ الأثر الناقل للقسمة الذي أخذ به القانون الفرنسي القديم عن القانون الروماني أنَّ جميع الحقوق التي يقررها أحد الشُّركاء أثناء فترة الشيوخ على المال الشائع تكون نافذة في حدود حصة ذلك الشريك في مواجهة الشركاء، وبما أنَّ كل شريك يعتبر خلفاً خاصاً للشريك الآخر في حصته، فإن هذه التصرفات تكون نافذة بحق الشُّركاء الآخرين بعد القسمة، وينتقل العقار محملاً بالحقوق العينية، كحق الرهن، التي رتبها أحد المتقاسمين أثناء الشيوخ، حتى لو تمت قسمة العقار بين الشُّركاء ووقع الجزء المرهون في حصة شريك غير الراهن^{٤٤}.

وظهرت نتائج هذا التكييف لأثر القسمة لدى القانون الفرنسي بشكل خاص مع انتشار نظام الرهن العقاري، باعتباره رهناً خفياً تزايد اللجوء إليه، ولما يشكله من خطورة على الشُّركاء، بالنظر لنفاذ هذا الرهن في حق الشُّركاء حسب مبدأ الأثر الناقل للقسمة، حيث تنتقل ملكية الحصة المفروزة إلى المتقاسم مثقلة بالرهن. وتتبدى خطورة هذا الرهن في أنه ينشأ تلقائياً نتيجة أي تصرف، حيث كان يكفي أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمي لكي ينشأ رهن عام على جميع أمواله، دون الحاجة إلى اتفاق على إنشائه، ونظراً لعدم وجود نظام للشهر العقاري، فقد كان هذا

الرهن خفياً، ويعرض الشركاء للمخاطر، وآية ذلك أنَّ اعتبار القسمة ناقلة للملكية، فإنَّ التزام أحد الشركاء للغير أثناء الشيووع من شأنه أن ينشئ رهناً خفياً على أمواله كافة، بما في ذلك حصته في الشيووع، وعند قسمة المال الشائع فإنَّ كل شريك يحصل على حصته المفترزة من المال مثقلة بذلك الرهن الذي وقع أثناء الشيووع وفي حدود حصة شريكه الراهن، مما يعقد عملية القسمة وقد يمنعها نظراً لسلسلة الرجوع بين الدائنين والمتقاسمين وبين المتقاسمين أنفسهم^{٤٦}.

ووفقاً لهذا الوضع إذا ما باشر الدائن المرتهن حقه في الرهن على أنصبة الشركاء، كان لهم الرجوع على شريكهم، غير أنَّ ذلك قد لا يوفر فائدة عملية، لا سيما إذا كان الشريك معسراً، كما أنه في حالة يسار الشريك فإنَّ رجوع الشركاء عليه يفرز صعوبات عملية، نظراً إلى أنَّ ما تلقوه من أنصبة بالقسمة لم يستقر لهم، كما أنَّ ما تلقاه الشريك الراهن لم يستقر له أيضاً، حيث سيطلب شركاؤه إعادة قسمته عليهم.

المطلب الثاني

الأثر الكاشف للقسمة الرضائية

أمام الوضع والنتائج السّادة التي أدّى إليها الأثر الناقل للقسمة، وبالنظر لانتشار نظام الرهن العقاري في فرنسا على نطاق واسع، وما يترتب عليه من آثار سيئة على المتقاسمين، فقد اتجه الفقه والقضاء إلى وضع مفهوم آخر للقسمة بديلاً عن الأثر الناقل للقسمة، فقليل بأنَّ القسمة ليست من عقود المضاربة (Contrats de commerce)، بل تعد وسيلة لحصول الشريك على حقيقة الجزء الشائع الذي كان له^{٤٧}. ونتيجة ضغط الحاجات العملية والقضايا التي عرضت على الفقه^{٤٨}، فقد انتهت الأمر إلى اعتبار الحصة المفترزة التي يختص بها كل شريك خالصة من كل رهن قد يكون قد رتبته غيره، وبذلك استقرَّ مبدأ الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسي.

وقد أصل الفقه الفرنسي القديم القسمة باعتبارها كاشفة لا ناقلة للحق، أي أنها لا تنقل حقوقاً جديدة فيما بين المتقاسمين، وإنما تكشف لهم عن حقوق سابقة وتحديدها تحديداً مطابقاً لحصة كل متقاسم، وعند وضع المجموعة المدنية الفرنسية

كان المصدر الرئيس لواضعي المجموعة هو الآراء الفقهية، ولا سيما "بوتيه"، الذي يعد من أوائل القائلين بالأثر الكاشف للقسمة^٩.

وقد لقي الأثر الكاشف للقسمة إقبالاً من غالبية التشريعات والفقه القانوني، مما يقتضي الوقوف على ماهية الأثر الكاشف للقسمة (الفرع الأول)، والتنظيم التشريعي للأثر الكاشف للقسمة.

الفرع الأول: ماهية الأثر الكاشف للقسمة

تقوم فكرة الأثر الكاشف للقسمة على افتراض قانوني يقضي بأن القسمة كاشفة للحق وليست منشئة له، وبوقوع القسمة بأثر رجعي، وأن المتقاسم تملك حصته المفترزة من تاريخ دخوله في الشيوع، ولم يملك غيرها^{١٠}.

وهذا الافتراض على خلاف الحقيقة، حيث يقوم على حيلة قانونية مضمونها اعتبار كل متقاسم أنه تملك وحده النصيب الذي آل إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيره شيئاً في باقي الحصص، والغاية من هذه الحيلة هي حماية المتقاسم من تصرفات غيره من الشركاء التي تمت أثناء فترة الشيوع بالنسبة للنصيب الذي اختص به، وذلك للوصول إلى اعتبار التصرفات التي تمت من غيره صادرة من غير مالك، وبالتالي لا أثر لها على المتقاسم، ويحصل المتقاسم على حصته خالية من كل أثر لتصرفات شركائه، مما يؤدي لاستقرار المعاملات، ولتفادي رجوع الشريك الذي اختص بنصيب محمل بحقوق للغير على غيره من الشركاء لطلب التعويض أو نقض القسمة^{١١}.

ولا شك أن هذه الحيلة تخالف الحقيقة، فالواقع أن المتقاسم لم يختص بحصته المفترزة إلا بعد تمام القسمة، أما قبل القسمة فلم يكن للمالك على الشيوع إلا حصة شائعة في كل ذرة من ذرات العقار، كما أن الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة على إطلاقها يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وتتجاوز الغرض المقصود منها، ومن هذه النتائج:

١- أن كل شريك يستحق ثمار النصيب الذي اختص به في القسمة ويتحمل تكاليفه، أثناء حالة الشيوع.

٢- يعتد في تقييم الأنصاء عند القسمة بقيمة الأموال وقت بدء الشّيع وقت
القسمة.

٣- وأنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشّيع يغير من القواعد النّاطمة للقسمة فإن
هذا القانون لا ينطبق، بحسبان أنّ القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء
الشّيع، أي من قـت سابق على صدور القانون الجديد^{٥٢}.

ويتجسد معنى الأثر الكاشف للقسمة في أن يستقل كل شريك بملكية الجزء الذي
يختص به في القسمة، أي يصبح مالكا لهذا الجزء المفـرز من ملكية المال الشائع، لذلك
فإن ملكية المتقاسم للنصيب المفـرز الذي اختص به تكون خالصة من كل حق سابق
رتبه غيره من الشركاء، ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء بأغليبتهم وفقاً
للـقانون^{٥٣}.

الفرع الثّاني: التّـنظيم التّشريعـي للأثر الكاشف للقسمة
تبني القانون المدني الفرنسي الاتجاه القائل بالأثر الكاشف للقسمة، وعززه بالأثر
الرّجعي، حيث نصّت المادة (٨٨٣) من القانون المدني على أنّ: "يعتبر كل واحد من
الورثة أنه ورث وحده في الحال كل الأشياء الواقعة في نصيبه، والتي آلت إليه بالبيع
لعدم إمكان القسمة عيناً، وأنه لم يكن له في أي وقت ملكية الأشياء الأخرى التي
في التّركة"^{٥٤}.

حيث نصّت المادة (٨٤٣) من القانون المدني المصري على أنّ: "يعتبر المتقاسم مالكا
للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشّيع، وأنّه لم يملك غيرها شيئاً في باقي
الحصص".

أما المشرّع العراقي فقد جمع بين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أنّ
للقسمة صفة مزدوجة كاشفة ومنشئة وبين الأخذ بالأثر الرجعي للقسمة، مسائراً
في ذلك المشرعين الفرنسي والمصري واللبناني، عندما اعتبر القسمة إفراراً
ومبادلة، ورجح جهة الإفرار على المبادلة، وهو في ذلك يتوافق مع رأي مجلة الأحكام
العدلية والفقه الإسلامي الذي يمثل المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي^{٥٥}،
حيث نصت المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي على أنّ: "ترجح جهة الإفرار

على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالِكاً للحصة المفترزة التي آلت إليه، وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص".
ويعني ذلك أنَّ للقسمة أثراً رجعياً، فتعتبر الحصة التي آلت إلى الشريك ملكاً له، لا من وقت القسمة، وإنما منذ بدء الشُّيوع، ولهذا تنفذ تصرفاته التي أوقعها على حصته أثناء الشُّيوع، وتسقط الحقوق والتصرفات التي رتبها غيره من الشركاء أثناء الشُّيوع^{٥٦}، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٢/٢) من القانون المدني العراقي، حيث جاء فيها أن: "إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك".

كما انفرد المشرع العراقي بوضع استثناء على الأثر الرجعي للقسمة، وهو حالة الرهن التأميني، وذلك بموجب المادة (١٢٩١) من القانون المدني التي نصت على أن: "ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع أو المتصرف فيه، أيّاً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار أو على بيعه أو إفراغه لعدم إمكانية قسمته".

وتأسيساً على ذلك إذا تمَّ إنشاء رهن تأميني على الحصة الشائعة توثيقاً لدين ما على أحد الشركاء، وحلَّ أجل الوفاء بهذا الدين قبل أن تتم قسمة العقار الشائع، فإنَّ للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه الحصة الشائعة المرهونة.

غير أنَّ جانباً من الفقه أثار تساؤلاً حول الحالة التي تتم فيها قسمة العقار قبل حلول أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن ونتج عن القسمة ألا يقع العقار المرهون أو أي جزء منه في نصيب الرّاهن، وإنما وقع في نصيبه عقار آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الرّاهن، حيث لم يجب القانون المدني العراقي على هذا التساؤل ولم ينظم هذه الحالة.

ويرى هذا الجانب من الفقه أنَّ القول بانتقال الرهن من الحصة الشائعة المرهونة إلى العقار الآخر الذي آل بالقسمة إلى الرّاهن أمر لا ينسجم مع القواعد والمبادئ العامة التي تقضي بأنَّ تصرفات الشريك في الشُّيوع يتوقف مصيرها على نتيجة القسمة، ذلك لأنَّ القانون المدني يرجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة؛ أي أنَّ كل

شريك يُعد بعد القسمة أنه كان مالكا لما وقع في نصيبه من وقت بدء الشروع، وأنه لم يملك قط شيئا مما وقع في نصيب غيره، كما يشترط لصحة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع أن يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك، وإلا كان التصرف عديم الأثر، وبذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن^{٥٧}، ولحماية المتقاسم الذي وقع الجزء المرهون في حصته، نرى أنَّ بإمكانه الرجوع على الشريك الراهن بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق^{٥٨}.

ونعتقد أنَّ الحكم الذي قرره المشرع العراقي في هذا السياق له ما يبرره وذلك لحماية المرتهن حسن النية من تصرفات الشريك المشتاع الذي قد يوقع رهنا تأمينياً على العقار الشائع أو حصة شائعة منه قبل القسمة معتمداً على الأثر الكاشف للقسمة وأنَّ حق الدائن المرتهن سيسقط تبعاً لهذا الأثر الكاشف، فأتى المشرع العراقي بهذا الحكم ليرد على الشريك سيء النية قصده السيء وليحمي حقوق الدائن المرتهن، بحيث ينتقل حق التبعية المقرر للدائن المرتهن إلى الحصة التي آلت للمتقاسم الراهن^{٥٩}.

وقد ظهر اتجاه في الفقه القانوني الحديث يرفض الأخذ بالأثر الكاشف على سبيل المجاز، كما دخل إلى القانون الفرنسي القديم وكما انتقل إلى القانون الفرنسي الحالي، وينادي بأخذه على سبيل الحقيقة^{٦٠}.

فالقسمة لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم، ويقتصر دور القسمة في تركيز الحق الذي كان للمتقاسم أثناء الشروع في محله المادي، بعد أن كان هذا الحق شائعاً في حصة معنوية في كل ذرات المال الشائع، وبموجب هذا الأثر الكاشف يتحقق التطابق بين النطاق المعنوي والنطاق المادي للحق، بعد أن كان تباين بينهما، وتأسيساً على ذلك فلا مبرر للقول بأنَّ الأثر الكاشف للقسمة يتضمن افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو مقتضى القسمة ووظيفتها^{٦١}.

ويميز أصحاب هذا الاتجاه القائل بالأثر الكاشف الحقيقي للقسمة بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، فيقولون بالأول وينفون الثاني، فالأثر الكاشف يستند إلى الحقيقة، إذ هو مستمد من طبيعة القسمة، حيث يبين أن القسمة ليست سند تملك

المتقاسم لما آل إليه، وإنما هي تكشف عن جق ثابت له منذ بدء الشيوخ، ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التي يؤدي إليها الأثر الكاشف يؤخذ بها دو تضيق، أما الأثر الرجعي للقسمة فهو محض افتراض، إذ أنَّ معناه اعتبار المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وهذا يخالف الحقيقة، لأنه لا يتفق مع قيام الشيوخ مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشيء كله، ويترتب على ذلك أنَّ هذا الأثر لا يؤخذ به إلا في حدود الغرض الذي دعا إلى تقريره، وهو حماية الشريك من التصرفات التي قرررها غيره من الشركاء على العين الشائعة خلال مدة الشيوخ^{٦٢}.

فالأثر الكاشف يكفي للوصول إلى أهم ما يراد من نتائج من القول بالأثر الرجعي، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفروز مطهراً من تصرفا شركائه الصادرة خلال فترة الشيوع، فما دامت القسمة ذات أثر كاشف فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفروز، وعن أن هذا الحق كان موجوداً قبل القسمة وخلال فترة الشيوع، وقد آل هذا الحق ذاته إلى المتقاسم بالقسمة، فيحصل عليه المتقاسم مطهراً من تصرفات شركائه، ومثقلاً بتصرفاته هو، وفي ذلك ما يغنى عن الأثر المستند^{٦٣}.

ولا يخفى ما يترتب على الأثر الرجعي للقسمة من مخاطر، إذ تؤدي إلى محو مرحلة الشيوخ السابقة لها، وهي مرحلة وجدت فعلاً بحكم الأمر الواقع، ففي قسمة التركة يترتب على فكرة الأثر الرجعي للقسمة محو مرحلة الشيوخ التي أعقبت موت المورث وبقيت حتى تمام القسمة، وهي مرحلة قد تطول، رغم أن هذه المرحلة تركت آثاراً لا يجوز تجاهلها، منها أن ما قبضه الورثة من ثمار خلال الشيوخ لا يمكن ردّه^{٦٤}، وإذا ما أعملنا الأثر الرجعي للقسمة لوجب ردّ الثمار^{٦٥}، ولوجب أن يستولي كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه، كما يترتب على الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للقسمة أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث^{٦٦}.

ويعتقد الباحث أن المشرّع العراقي قد أحسن صنعاً في تكييفه للقسمة واعتبارها إفراراً من جهة ومبادلة من جهة أخرى، بحيث يكو لها أثر مزدوج كاشف وناقل، والابتعاد عن القول بالأثر الرجعي، وذلك للتخلص من التناقضات التي يحملها هذا الأثر، وقد

تفوق في ذلك على التشريعات المقارنة التي أخذت بالأثر الكاشف للقسمة على إطلاقه.

وأمام هذه التناقضات والإشكاليات التي أفرزها القول بالأثر الكاشف للقسمة فقد رأى الفقه أن للقسمة أثراً مزدوجاً كاشفاً وناقلاً، وبالنظر لتعارض هذين الأثرين فلا بد أن نرجح أحدهما على الآخر في المواضع التي يحسن فيها من الناحية العملية ترجيح هذا الأثر، فتارة نرجح الأثر الكاشف حين يحسن ترجيحه، وتارة نرجح الأثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك^{٦٧}.

وهذا الأثر المزدوج أخذ به المشرع العراقي في تكييفه لآثار القسمة عندما استقى أحكامه من الفقه الإسلامي، وبذلك نجد أن التشريع العراقي -وأصله الفقه الإسلامي- قد سبق التشريع الفرنسي والتشريعين المصري واللبناني اللذين سارا في ركبه، وتجنب الاضطراب في تحديد آثار القسمة.

الفرع الثالث: نتائج الأثر المزدوج للقسمة

أمام النتائج غير المقبولة التي أدى إليها القول بالأثر الناقل أو الأثر الكاشف على إطلاقه، فقد انتهينا إلى أن للقسمة أثراً مزدوجاً، كاشف ومحدد، وهو ما قال به أغلب الفقه القانوني والإسلامي، وما تبناه القانون المدني العراقي، وما نؤيده.

فالأثر الكاشف هو أثر سلبي مؤداه أن القسمة تقتصر على الكشف عن حق كان موجوداً أصلاً، فلا تخلق حقاً جديداً ولا تُعَدّ سنداً للحق الثابت قبل إجرائها، غير أن هذا الدور وحده لا يكفي لتفسير جميع آثار القسمة بل تحتفظ بدور إيجابي ينتج من كونها تصرفاً بالشئ، يقوم على توافق إرادة الشركاء.

وعلى ذلك فإن نتائج الأثر المزدوج للقسمة تنبثق من تمتع نتائج أثر القسمة بصفة الكاشفة عن الحق والمحددة له، ولكل من هاتين الصفتين نتائج على حدة، غير أنه عند توحيدهما نصل إلى منظور شامل للنتائج المنطقية للقسمة.

أولاً: نتائج الأثر الكاشف لقسمة

١- يترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحق أنها لا تخلق لأي متقاسم حقاً جديداً لم يكن له، وإنما هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلاً منذ بدء الملكية المشتركة

والممتد بعد القسمة^{٦٨}، فالقسمة تعلن ما كان قائماً للمتقاسم من ملكية سابقة^{٦٩}، وتأسيساً على ذلك فإنَّ سند تملك المتقاسم للجزء المفز الذي يؤول إليه بنتيجة القسمة إنما هو السند الأصلي للملكية الشائعة، فالوارث الذي ينتقل إليه بوفاة مورثه حصّة شائعة في التركة إنما يستند في تملكه للجزء المفز الذي آل إليه عند القسمة إلى واقعة الميراث ذاتها.

٢- إنّ القسمة لا تصلح سنداً صحيحاً للتمكك بالتقادم الخمسي^{٧٠}، فالسند الصحيح هو التصرف الذي يكون من شأنه نقل الملكية إلى الحائر لولا صدوره من غير مالك، وذلك في العقارات غير الخاضعة للتسجيل العقاري^{٧١}، والقسمة ليس من شأنها نقل الملكية باعتبارها كاشفة للحق لا ناقلة له^{٧٢}.

وبناءً على ذلك إذا تبين أنَّ العقار الذي اختص به أحد المتقاسمين لم يكن مملوكاً للشركاء، فلا يستطيع هذا الشريك إذا حاز العقار بحسن نية لمدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سنداً صحيحاً تكسبه ملكية هذا العقار بمرور الزمن، وإنما تكون العبرة في هذا الشأن للسند الأصلي للملكية الشائعة، بحسبان أنَّ من شروط كسب الملكية بالتقادم المكسب أن تتوافر للحيازة حسن النية والسبب الصحيح، والقسمة ليست سبباً صحيحاً.

٣- جواز فسخ القسمة الرضائية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن فاحش وإعادة القسمة بشكل عادل، لأنه ما دامت القسمة كاشفة للحق فيجب أن يحصل كل متقاسم على ما يعادل حصته الشائعة، بينما لو كانت القسمة ناقلة للحق لما تم مح المتقاسم حق فسخ القسمة للغبن، ولما تطلب المشرع المساواة بين المتقاسمين، لأنَّ القسمة ستعتبر بمثابة بيع، والبيع يقوم على المضاربة لا المساواة^{٧٣}.

٤- اعتبار الشريك الذي يحدث تغييراً في العقار المشترك دون موافقة شركائه، بمثابة المحدث سيء النية، إذا وقع القسم الذي حدث فيه التغيير في نصيب شريك آخر، وبالتالي يكلف الشريك الذي أحدث التغيير بإعادة العقار إلى حالته التي كانت عليها، فإذا كانت المحدثات بناء يكلف بهدمه، وإذا كانت غراساً يكلف بقلعها، ما لم يفضل الشريك الذي وقعت في حصته إبقاءها ودفع قيمة تلك المواد^{٧٤}.

ثانياً: نتائج الأثر المحدد للقسمة

يترتب على اعتبار القسمة محددة للحق نتائج وظيفية لإحداث تحديد أو تخصيص لحصة كل متقاسم ، حيث يترتب على هذا الأثر النتائج التالية:

١- يراعى عند تطبيق قواعد القسمة وتحديد مقدار الغبن اللاحق بأحد المتقاسمين بقيمة العقار والحصص عند إجراء القسمة، فإذا لحق أحد المتقاسمين غبن فاحش من جراء القسمة جاز له نقضها شريطة أن يتحقق التفاوت وقت القسمة، بصرف النظر عن قيمة الحصص قبل القسمة^{٧٥}، وهذا المبدأ يظهر بجلء الأثر المحدد للقسمة، فلو تم الأخذ بالأثر الكاشف للقسمة في هذه الحال لوجب مراعاة قيمة الحصص عند بدء التملك في الشيوع، لا عند القسمة.

٢- تحميل كل شريك من الشركاء في العقار الشائع، بنسبة حصته في العقار، النفقات الضرورية التي تلزم لحفظ ذلك العقار وإصلاحه، وذلك لأنَّ الشريك لا يختص بحصته إلا عند القسمة، ويتم تقدير قيمة الحصص في هذا التاريخ.

٣- احتفاظ كل شريك بالثمار والمنتجات التي غلَّها العقار الشائع أو أي جزء من أجزائه، إذا تقرر له عليه سلطة استغلال أو استغلال بموجب اتفاق الشركاء^{٧٦}، وذلك عند الانتفاع بالعقار بطريق المهايأة، سواء كانت مكانية أو زمانية^{٧٧}.

٤- عند صدور قانون جديد أثناء الشيوع ينظم القسمة بطريقة تختلف عن القانون الساري عند بدء الشيوع، فإنَّ هذا القانون يسري على كل قسمة تتم بعد صدوره، ويجب على الشركاء تطبيق ما يقرره القانون الجديد، ولا يستطيع أي منهم أن يحتج بالأثر الكاشف للقسمة للمطالبة بتطبيق القانون القديم بحجة أنه تملك حصته منذ بدء الشيوع، لأنَّ للأثر الكاشف دور سلبي ينحصر في حدود الكشف عن حق سابق قبل القسمة، وبما أنَّ القسمة تمت في ظل القانون الجديد فيجب إخضاعها لأحكامه^{٧٨}.

يتبين لنا من خلال هذا العرض أنَّ القول بالأثر المزدوج للقسمة من شأنه الوصول إلى نتائج وآثار متوازنة للقسمة تتوافق مع طبيعتها، وتتجنب الآثار السلبية للاتجاه المتطرف الذي يعتمد الأثر الكاشف أو الناقل على حدة.



الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار دراسة مقارنة
The legal nature of the consensual division of the property A comparative study
إ. د. عامر غانم علوان
سيف باسم محمد



الخاتمة

إنَّ القسمة الرضائية تشكل طريقاً ودياً يسلكه الشركاء لإزالة شيوخ العقار وحصول كل منهم على حصته مفرزة، غير أنَّ هذا التصرف الإرادي من الشركاء يترتب نتائج قانونية وي طرح إشكاليات حول طبيعة هذا التصرف والآثار الناجمة عنه، وهو ما تعرضنا لدراسته في هذا البحث، حيث خلصنا إلى مجموعة من النتائج.

النتائج

أولاً: إنَّ القسمة الرضائية هي عقد رضائي يقع على الملكية، وعدم تخصيص المشرع لها بأحكام خاصة لا ينتقص من طبيعتها، فهي عقد غير مسمى تخضع للقواعد العامة للعقود.

ثانياً: تشترك القسمة الرضائية مع كل من عقد البيع والإفراز في بعض الأحكام وتختلف عنهما في أحكام أخرى، مما لا يمكن معه القول بخضوعها لأي من النظامين، بل هي نظام قانوني قائم بذاته.

ثالثاً: إنَّ تنظيم القانون الفرنسي والتشريعات التي سارت في فلكه لحصول كل من المتقاسمين على حصة مفرزة من العقار بأثر مستند قد جاءت مضطربة، على خلاف التشريع العراقي الذي نص صراحة على الأثر المزدوج للقسمة.

رابعاً: إنَّ القول بأي من الأثر الناقل أو الكاشف للقسمة على حدة لا يمكن أن يؤدي إلى نتائج مقبولة، بل لا بد من الاعتراف بأن القسمة تنطوي على كل من الأثر الناقل والكاشف للحق.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

١ - الكتب

- أحمد أبو قرين، حق الملكية، منشورات كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٢١.



الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار دراسة مقارنة
The legal nature of the consensual division of the property A comparative study
إ.د. عامر غانم علوان
سيف باسم محمد



- إدريس الفاخوري، الحقوق العينية، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ٢٠١٣.
- آلن بينابنت، القانون المدني: العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، ج ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.
- أنور طلبه، نفاذ وإنحلال البيع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٨.
- خليل إبراهيم الملا حويش، أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي: دراسة مقارنة، المعهد القضائي، العراق، ١٩٩٠.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٩.
- رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني: العقود المسماة (البيع والمقايضة والإيجار والتأمين)، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
- سليم رستم، شرح المجلة، مج ٢، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، ١٨٨٨.
- سليمان مرقس، العقود المسماة: عقد البيع، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٨٠.
- عبد الحميد الشواربي، الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بلا تاريخ نشر.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
- عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، ١٩٦٧.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢.



الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية للعقار دراسة مقارنة
The legal nature of the consensual division of the property A comparative study
إ.د عامر غانم علوان
سيف باسم محمد



- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، ج ٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٢٢.
- علي جبار صكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع: دراسة مقارنة، ط ١، الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٦.
- قصي سلمان، الحقوق العينية: دراسة مقارنة، ط ١، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، العراق، ٢٠١٢.
- مأمون الكزبري، الحقوق العينية: تقسيم الأشياء والأموال- الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ١٩٦٢.
- محمد بن عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، دار التوني، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٢.
- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة، ط ٢، مطوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٨.
- محمد طه البشر وغني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨.
- محمد علي إمام، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٥٢.

- ١ - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط ١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٢ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، ط ٩، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ٢٠٠٦.
- ٣ - مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، ط ٤، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ١٩٥٩.
- ٤ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ج ٤، عقد البيع، ط ٢، دار القلم، دمشق، سوريا، ٢٠١٢.
- ٥ - مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٧١، ج ٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر.
- ٦ - يوسف سعدون محمد المعموري، سلسلة أبحاث في القانون المدني: دراسة مقارنة، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، ٢٠٢٢.
- ٧ - الرسائل الجامعية
- ٨ - خليل ابراهيم الملا حويش، أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي: دراسة مقارنة، رسالة في الدراسات القانونية المتخصصة العليا، المعهد القضائي، العراق، ١٩٩٠.
- ٩ - علي الطيب مصطفى أحمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة: دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، المغرب، ٢٠١٥.
- ١٠ - فايضة مازني، تصرف الشريك في المال الشائع: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٤.
- ١١ - ٢٠٠٥.

- قاسم تركي عواد جنابي، قسمة العقار المملوك على الشيوع: دراسة تطبيقية، مجلة كلية الرشيد الجامعة، العدد ١٣، ٢٠٢٠.
 - مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.
 - مأمون أحمد الشامي، قسمة الملك الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٣.
 - محمد درويش درويش، الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن سلامة البناء، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ٢٠١٩.
 - مهند عبد الواحد عداي، الخروج من الشيوع بالقسمة العينية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٨-٢٠١٩.
 - موسى محمد سعد العمري، أحكام الشيوع في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٧.
 - يمينه عقبي، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، ٢٠٢٠-٢٠٢١.
- ٣- الأبحاث
- ابراهيم عبد الحميد ابراهيم سلامة، القسمة، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، العدد ٢٤، ٢٠١١.

<https://feqhup.com/uploads/1369803028091.pdf>

- أشرف محمد حسين، إجارة المال الشائع في ظل التشريعات الفلسطينية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مج ٣٨، العدد ١، ٢٠٢٣.

<https://doi.org/10.35246/jols.v38i1.613>

- إيمان يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مسجل، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مج ٢، العدد ٣، ج ١، ٢٠١٨.

<https://www.iasj.net/iasj/pdf/bbcb832424af04540>

- بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، مجلة الراافدين للحقوق، مج ١٦، العدد ٥٦، ٢٠١٣.

https://scholar.google.com/citations?view_op=view_citation&hl=ar&user=JO4EE3MAAAAJ&citation_for_view=JO4EE3MAAAAJ:kz9GbA2Ns4gC

- روزان صباح نوري، أحكام العقار الشائع بعد إزالة الشيوع، مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، مج ٢، العدد ٣، ٢٠٢٢.

<https://mejournals.com/ara/index.php/mejljs/article/download/256/258>

- سفانة سمير حميد، رهن الملكية الشائعة رهناً تأمينياً: دراسة مقارنة، مجلة مداد الآداب، العدد ١٣.

<https://www.iasj.net/iasj/pdf/16cd2d45b5aa7fa1>

- ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع: دراسة مقارنة، مجلة الراافدين للحقوق، مج ١٢، العدد ٤٧، ٢٠١١.

<https://ddl.mbrf.ae/book/read/5177253>

- عامر غانم علوان، استثمار المال المرهون في الرهن الحيازي، مجلة العلوم القانونية، مج ٣٨، العدد ١، ٢٠٢٣.

<https://doi.org/10.35246/jols.v38i10610>

- عامر غانم علوان، مواجهة حائز العقار المرهون لسلطة المرتهن في التتبع، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، العدد ٦، ٢٠٢٣.

<https://www.iasj.net/iasj/pdf/b22d8edf6ee906d2>

- عزت عبد المحسن سلامة، الشككية ضمانة للحقوق العينية العقارية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مج ٦٠، العدد ٢، ٢٠١٨.

https://journals.ekb.eg/article_174090_6de32eed7367dc41e7f51fc50809e88c.pdf

- علي السيد حسين أبو دياب، نقل ملكية العقار في النظام السعودي: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والنظام السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الزهر، مصر، مج ٣، العدد ٣٤، ٢٠١٩.

https://mksq.journals.ekb.eg/article_65988_d06a721f8a62b771c4ba3ddf24037b21.pdf

- علي مطشر عبد الصاحب، المسؤولية التعاقدية عن إساءة استعمال الحق، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد ١٨، ٢٠٢٢.

<https://doi.org/10.61279/fjbw234>

- قتيبة مهدي صالح وحسين عبد الله الكلابي، مسؤولية حائز العقار في الرهن التأميني، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، ج ٣، مج ٣٦، ٢٠٢١.

<https://doi.org/10.35246/jols.v36i3.472>

- محمد ربيع أنور فتح الباب، التنظيم القانوني لعقد قسمة المهايأة: دراسة في ضوء نص المادة ٨٤٨ من القانون المدني المصري مع القياس على أحكام عقد الإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد ٢، مج ٥٩، ٢٠١٧.

https://jelc.journals.ekb.eg/article_173444.html

- نادية عبد العالي كاظم، أثر قسمة المال الشائع: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩.

<https://www.sharjah.ac.ae/en/Research/spu/Journalsharia/Documents/V16/Issue%202/11.pdf>

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Marcel Planiol et George Ripert, Traité pratique de droit civil française, 2 ed, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952.

١ المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ أن المشرع العراقي أخذ تعريف عقد البيع عن الفقه الإسلامي، حيث يطابق المادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية، ويقول بعض الفقهاء أن البيع "مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب"، ليخرج به تبادل الهبات؛ أي مقابلة الهبة بالهبة، فإن في ذلك مبادلة مالية لكنها على سبيل التبرع لا بقصد الاكتساب، ويخرج أيضاً بقصد المالية مبادلة المال بالمنفعة، فهي إجارة لا بيع.

انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ج ٤، عقد البيع، ط ٢، دار القلم، دمشق، سوريا، ٢٠١٢، ص ٢١. وقد جعل المشرع العراقي نقل الملكية بمثابة حكم لعقد البيع، وبذلك تجنب المشرع العراقي النقد الذي تعرض له المشرع الفرنسي والتشريعين المصري واللبناني عندما جعلوا نقل الملكية بمثابة التزام على البائع، فالحكم الأصلي للعقد هو الأثر المقصود به الذي يثبت كنتيجة مباشرة بمجرد انعقاده بين الطرفين، وهو الغاية النوعية التي يتميز بحسبها عقد عن آخر في الموضوع، كنقل الملكية بعوض في البيع، أما الالتزام الناشئ بالعقد فهو تكليف ينشئه العقد على أحد العاقدين لمصلحة الآخر.

انظر: مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، ط ٤، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ١٩٥٩، ص ٣٣ وما بعدها.

٢ المادة (١٨) من القانون المدني المصري.

٣ المادة (٣٧٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

٤ Article (1582) du code civil française: "La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer".

٥ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ١١.

٦ يقصد بالالتزام بالتسليم المترتب على عقد البيع، وكذلك على عقد القسمة، التزام البائع بتسليم المبيع ذاته للمشتري، وهذا التسليم قد يكون تسليماً حقيقياً، كأن يتخلّى عنه البائع ليتمكن المشتري من قبضه وحيازته، أو بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، وقد يكون تسليماً حكماً، ويقتضي هذا الالتزام وجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان ليها وقت إبرام العقد، وهذا يستلزم من البائع المحافظة على المبيع، وأن يمتنع عن القيام بأي تغيير في الشيء المبيع، وهذا التسليم لا يترتب عليه نقل الملكية للمشتري، إذ تبقى الملكية على مالكها الأول، وهو البائع، إلى أن يتم التسجيل في دوائر التسجيل العقاري.

سليمان مرقس، العقود المسماة: عقد البيع، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٨٠، ص ٣٤٣، محمد ربيع أنور فتح الباب، التنظيم القانوني لعقد قسمة المهايأة: دراسة في ضوء نص المادة ٨٤٨ من القانون المدني المصري مع القياس على أحكام عقد الإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد ٢، مج ٥٩، ٢٠١٧، ص ١١٨٠.

٧ يختلف التسليم باختلاف طبيعة الشيء المبيع، حيث قد يكون التسليم فعلياً أو قانونياً أو رمزياً أو حكماً، حسب طبيعة الشيء واتفاق الأطراف.

للمزيد انظر: عامر غانم علوان، استثمار المال المرهون في الرهن الحيازي، مجلة العلوم القانونية، مج ٣٨، العدد ١، ٢٠٢٣، ص ٤١٨.

٨ رغم ورود ضمان التعرض والاستحقاق في الغالب بمناسبة عقد البيع، غير أنه يعد من الالتزامات الملزمة في العقود الناقلة للملكية، كعقد القسمة، حيث يلتزم المتقاسم بضمن التعرض الطادر منه ذاته أو من قبل الغير، فيلتزم بضمن التعرض القانوني الطادر من الغير، حتى ولو كان لهذا الغير حقاً إل إليه من المتقاسمين بعد القسمة.

محمد علي إمام، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٥٢، ص ٢٣. وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا السياق أن: "أحكام ضمان التعرض الواردة في التقنين المدني ضمن النصوص المنظمة لعقد البيع ليست قاصرة عليه، بل هي تسري على كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع، وإذا كانت قسمة المال الشائع -وعلى ما جرى به نص المادة ٨٤٢ من القانون المدني- من شأنها زوال حالة الشيوع وانفراد كل متقاسم بملكية الجزء الذي انتجته له القسمة دون باقي الأجزاء التي آلت إلى باقي المتقاسمين، والتي كان يملك قبل القسمة حصته شائعة فيها مقابل زوال ما كان يملكه باقي المتقاسمين من قدر شائع في الجزء الذي آلت إليه، فإن عقد قسمة المال الشائع يخضع لذات أحكام ضمان التعرض المقررة لعقد البيع، وبالقدر الذي لا يتعارض مع ما للقسمة من أثر كاشف، فيمتنع على كل متقاسم أبداً التعرض لأي من المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آلت إليه بموجب عقد القسمة أو منازعته فيه".

نقض مدني مصري، الطعن رقم ١١٣٠، س ٥٠ ق، جلسة ١٩٨٤/٣/٨.

محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٩٠.

٩ ويختلف العيب الخفي عن الغلط في طفة جوهريّة في الشيء، ففي العيب الخفي يقع التصرف على الشيء الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، غير أن هذا الشيء يكون معيباً بعيب يقلص من قيمته أو من نفعه، على حين أنه في حالة الغلط لا يحصل المتعاقد على الشيء الذي يريده.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب الخفي بأنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

نقض مدني مصري بتاريخ ١٩٤٨/٤/٨.

رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني: العقود المسماة (البيع والمقايضة والإيجار والتأمين)، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٣٤٧.

١٠ مع مراعاة أن التسجيل هو بمثابة التزام ينشأ عن عقد البيع، ويقع على عاتق البائع، حيث يترتب العقد التزاماً في ذمة البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام التسجيل في دوائر التسجيل العقاري لنقل الملكية للمشتري، بحيث يمكن القول بأن التسجيل هو السبب الناقل لملكية العقار، وأن هذا السبب متولد عن عقد البيع وملزم للبائع، فإذا امتنع البائع عن تنفيذ هذا الالتزام، أو ماطل في الذهاب مع الدائن لمصلحة التسجيل العقاري، كان من حق المشتري اللجوء للقضاء للمطالبة بالتنفيذ العيني.

علي السيد حسين أبو دياب، نقل ملكية العقار في النظام السعودي: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والنظام السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، مج ٣، العدد ٣٤، ٢٠١٩، ص ١٦٤؛ بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، مجلة الرافدين للحقوق، مج ١٦، العدد ٥٦، ٢٠١٣، ص ٨٣.

١١ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ١٩.

١٢ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، ١٩٦٧، ص ٩٦.

١٣ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

١٤ أنور طلبه، نفاذ وإنحلال البيع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٨، ص ٩٣.

١٥ ويتكون التسلم من عنصرين هما: الاستيلاء والتقبل، فلا يكفي مجرد الاستيلاء العادي على العقار لتحقيق التسلم، بل لا بد من تقبل المشتري للعقار بعد فحصه، وعادة يتعاصر ركني التسلم، ولكن ليس هناك ما يمنع من انفكاك عنصري التسلم حيث قد يتراخى تقبل المشتري للمبيع بعد الاستيلاء عليه، وذلك لعرضه على شخص خبير، فإذا انفصل التقبل عن الاستيلاء فإن العبرة بالتقبل دون الاستيلاء.

انظر: محمد درويش درويش، الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن سلامة البناء، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ٢٠١٩، ص ٩٧.

١٦ قاسم تركي عواد جنابي، قسمة العقار المملوك على الشيوع: دراسة تطبيقية، مجلة كلية الرشيد الجامعة، العدد ١٣، ٢٠٢٠، ص ٢٣. وقد قضت محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية أن: "المدعي يستند في دعواه على القسمة الرضائية والتي لم يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختصة، لذا فإن تلك القسمة لا يمكن الاعتداد بها". القرار رقم ٢٥٦، هيئة استئنافية عقار، تاريخ ٢٠٠٨/٢/١٠، النشرة القضائية، العدد ١٩، غرفة محاميي الكرخ، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٦.

١٧ علي جبار طكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع: دراسة مقارنة، ط ١، الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٦، ص ٢٨٣ - قضي سلمان، الحقوق العينية: دراسة مقارنة، ط ١، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، العراق، ٢٠١٢، ص ٥٥.

١٨ تنص المادة (٢/١٠٦) من القانون المدني العراقي على أن: "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".

وتنص المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري على أن: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

كما تنص المادة (٨٣٧) م تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن: "كل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها، أو يرهنها، وان ينيب غيره في التمتع بها، وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر، سواء ببدل أو بغير بدل"

١٩ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط ١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ١٣٣؛
فايزة مخازني، تصرف الشريك في المال الشائع: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم التجارية،
جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ص ٩ - اللان بينابنت، القانون المدني: العقود الخاصة المدنية والتجارية،
ترجمة منصور القاضي، ج ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا تاريخ، ص ٣٧.

٢٠ تنص المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي على أن: "إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك".

٢١ ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مج ١٢، العدد ٤٧،
٢٠١١، ص ٢١؛ روزان صباح نوري، أحكام العقار الشائع بعد إزالة الشيوع، مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية،
مج ٢، العدد ٣، ٢٠٢٢، ص ٨٤.

٢٢ نصت المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني المصري على أن: "وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف اليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف".

٢٣ أشرف محمد حسين، إجارة المال الشائع في ظل التشريعات الفلسطينية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مج ٣٨، العدد ١، ٢٠٢٣، ص ٥٢٦.

٢٤ قضت محكمة النقض المصرية أن: "بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلاً".
نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨٢/١١/٤.

عبد الحميد الشواربي، الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بلا تاريخ نشر، ص ٢٠٤.
٢٥ مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية،
كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٥٣.

٢٦ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٧١، ج ٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ص ٢٨٠.
٢٧ سليم رستم، شرح المجلة، مج ٢، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، ١٨٨٨، ص ٣٣.

٢٨ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، القسمة، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، العدد ٢٤،
٢٠١١، ص ٢٠.

٢٩ المادة (رابعاً) من تعليمات التسجيل العقاري رقم ١١ لسنة ١٩٧٢.

٣٠ المادة (١/٧٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

ويشترط حتى يعتبر العقار وحدة عقارية أن يقع العقار في قسم مساحي واحد، وأن يكون مملوكاً لشخص واحد أو أكثر من شخص على الشيوع، ويشترط أن تشكل كل وحدة كياناً مستقلاً؛ بمعنى ألا يفصل جزء منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص، ويشترط ألا يكون لجزء منه أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها، لأن ذلك من شأنه أن يجزئ الوحدة العقارية، وتعتبر المناجم والمحاجر والمنافع العامة وحدات عقارية.

انظر: عزت عبد المحسن سلامة، الشكليات ضماناً للحقوق العينية العقارية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مج ٦٠، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ١١٥.

٣١ مصطفى مجيد، مرجع سابق، ص ٢٨١.

٣٢ نصت المادة (٤) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقية على أن: "لا تقبل قسمة الأجزاء المشتركة المنصوص عليها في المادة ٣ من هذا القانون..."

ونصت المادة (٣) من القانون المذكور على أن: "إذا تعدد ملاك الطوابق أو الشقق في بناء، وكان كل منهم يملك طابقه أو شقته ملكية مفردة، فإنهم يعذون شركاء في ملكية الأرض وملكية الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص في ملكية الأسس والجدران الرئيسية والمداخل والفناءات والسقوف والأسطح والمصاعد والسلام والعمرات والذهابيز والأنابيب، إلا ما كان منها داخل الطابق أو الشقة ذاتها، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك".

٣٣ مثلاً إذا كان كيل حنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة، فكل حبة منه لكل واحد نصفها، فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع، وبإعطاء القسم الواحد إلى واحد والثاني إلى الآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته كذلك، عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل واحد منهما نصفه، فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق وبإعطاء كل واحد منهما قسماً يكون كل واحد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته.

سليم رستم، مرجع سابق، ص ٣٣.

٣٤ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها.

٣٥ محمد بن عبد الرحمن الظويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص ٥٠٦؛ مأمون أحمد الشامي، قسمة الملك الشائع في القانون المدني اليمني مع المقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٣، ص ٢٠٢.

٣٦ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ص ٩٥.

٣٧ مهدي عبد الواحد عداي، الخروج من الشيوع بالقسمة العينية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٤.

٣٨ مأمون أحمد الشامي، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

٣٩ نادية عبد العالي كاظم، أثر قسمة المال الشائع: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٣٠١.

٤٠ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، ط ٩، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ٢٠٠٦، ص ٤٠١.

٤١ مأمون أحمد الشامي، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

٤٢ مأمون الكزبري، الحقوق العينية: تقسيم الأشياء والأموال- الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، ١٩٦٢، ص ٣٩٧.

٤٣ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص ١٥٧؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٥.

٤٤ مأمون أحمد الشامي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

٤٥ نادية عبد العالي كاظم، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

٤٦ محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ٤٠١.

٤٧ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٥١.

٤٨ ومن أشهر القضايا التي عرضت على الفقه القضية التي عرفت باسم قضية الإخوة الأربعة (l'affaire des quatre frères)، والتي كان لها أثر كبير لدى الفقه، وتمسك فيه الفقه بحصول كل متقاسم على نصيبه خالياً من كل رهن.

وتتلخص وقائع القضية في أن ملاً إقطاعياً كان مملوكاً لأربعة إخوة، حيث كان لأكبر النصف، ولكل واحد من الإخوة الباقيين السدس، وكان قد وقع حجز من قبل الإقطاعي على السدس، فلما تمت القسمة اختص الأخ الأكبر بالمال كله، إلا أنه ثار الخلاف حول مصير الزهن، فتم عرض هذه المسألة على مجلس المحامين، فقرروا زوال الحجز باعتبار أن القسمة ليست كغيرها

من التصرفات الناقلة، وأن القسمة لها أثر رجعي لأنها تحقق نوعاً من الحلول العيني، غير أن الفقيه "ديمولان"، وهو أحد أعضاء المجلس، كان له رأي مخالف لذلك، وهو وجوب بقاء الحجز قائماً، غير أن القضاء في نهاية المطاف ذهب إلى خلاف ما قال به "ديمولان".

منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ٦، يناير ١٩٦٤، ص ١٢١. نقلاً عن مأمون أحمد الشامي، مرجع سابق، ص ٢٠٧.
٤٩ أشار "بوتييه" إلى أن القسمة ليست ناقلة للحق كما كانت في القانون الروماني، بل أنها محددة تعمل على تحديد سند التملك الأصلي، وتكشف عما اكتسب بمقتضى السند الأصلي، حيث يقول: "لا تعتبر القسمة سند تملك، وإنما هي فحسب تصرف محدد للأشياء التي يتلقاها الوارث، فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزء، وهذا الجزء يتعين بالقسمة... وبمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر الوارث خلفاً للمورث فيما يتعلق بالأشياء التي وقعت في نصيبه، ويعتبر أنه لم يتلق شيئاً من الورثة الآخرين بطريق القسمة".

عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بلا ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢، ص ٢٤٥.

٥٠ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٨١.

٥١ محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة، ط ٢، مطوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٨، ص ٣٣٢.

٥٢ محمد شكري سرور، مرجع سابق ص ٣٣٣.

٥٣ مهدي عبد الواحد عداي، مرجع سابق، ص ٢٩.

54 Article (883) du code civil française: " Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

Il en est de même des biens qui lui sont advenus par tout autre acte ayant pour effet de faire cesser l'indivision. Il n'est pas distingué selon que l'acte fait cesser l'indivision en tout ou partie, à l'égard de certains biens ou de certains héritiers seulement.

Toutefois, les actes valablement accomplis soit en vertu d'un mandat des coindivisaires, soit en vertu d'une autorisation judiciaire, conservent leurs effets quelle que soit, lors du partage, l'attribution des biens qui en ont fait l'objet".

٥٥ يرتب الفقه الإسلامي أثراً مزدوجاً للقسمة، كاشف وناقِل، وفي ذلك قال الكاساني: "وأما بيان معنى القسمة، فهي عبارة عن إفراز بعض الأنبياء عن بعض ومبادلتها ببعض، لأن ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين، فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف مملوكاً لذاك على الشيوع، فإذا قسمت العين بينهما نصفين، فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم، لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه، بل يكون بعضه ملك صاحبه، فكانت القسمة منها بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه، وهو تفسير المبادلة، فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازاً وتمييزاً أو تعييناً لها في الملك، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجمعة في نصيبه بعض الأجزاء المجمعة في نصيب صاحبه، والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه..."

علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، ج ٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٢٢، ص ١٧.

٥٦ خليل إبراهيم الملا حويش، أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي: دراسة مقارنة، رسالة في الدراسات القانونية المتخصصة العليا، المعهد القضائي، العراق، ١٩٩٠، ص ١٣٨.

^{٥٧} سفانة سمير حميد، رهن الملكية الشائعة رهناً تأمينياً: دراسة مقارنة، مجلة مداد الآداب، العدد ١٣، ص ٤٨٥-٤٨٦.
^{٥٨} يرى جانب من الفقه بأنه لا يشترط أن تكون المسؤولية الناجمة عن إساءة استعمال حق ما مسؤولية تقصيرية، فقد تكون المسؤولية في بعض صور هذه الإساءة عقدية.

للمزيد انظر: علي مطشر عبد الصاحب، المسؤولية التعاقدية عن إساءة استعمال الحق، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد ١٨، ٢٠٢٢، ص ٦٨.

^{٥٩} يثبت حق التبعية للدائن المرتهن للعقار معهما كانت مرتبته بالدين متأخرة، بل حتى لو كانت مرتبته في درجة بحيث ليس من المؤمل أن يصله شيء من ثمن العقار، غير أنه لا يستطيع مباشرة حق التبعية إلا بشرط أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون نافذاً بحق المدين.

انظر: عامر غانم علوان، مواجهة حائز العقار المرهون لسلطة المرتهن في التبعية، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، العدد ٦، ٢٠٢٣، ص ٩٨.

⁶⁰ Marcel Planiol et George Ripert, Traité pratique de droit civil française, 2 ed, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, p. 639.

^{٦١} عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٥٣؛ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

^{٦٢} محمد بن عبد الرحمن الخوييني، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

^{٦٣} محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^{٦٤} نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٣٦ س 31 ق جلسة 1965 / 11 / 25 س 16 ص 1145 حيث قضي بأن: "الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستثناء بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة ولا يقدر في ذلك ما قضت به المادة 843 من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق

التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع... ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرف شركائه الصادر قبل القسمة".

أحمد أبو قرين، حق الملكية، منشورات كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٢١، ص ٢٧٤.

^{٦٥} إيمان يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مسجل، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مج ٢، العدد ٣، ج ١، ٢٠١٨، ٢٧٥.

^{٦٦} محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^{٦٧} عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٤٨-٩٤٩.

ويوضح رأيه بالقول: "لو اقتصرنا على صورة مبسطة للمال الشائع، وقلنا أن أرضاً يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما، فإذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، وفرضنا نصيب كل منهما فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر، فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل؟".

إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض صار هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلعت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، وأثر ناقل في النصف الآخر، ويكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل".

^{٦٨} يوسف سعدون محمد المعموري، سلسلة أبحاث في القانون المدني: دراسة مقارنة، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، ٢٠٢٢، ص ٢٧.

- ٦٩ محمد طه البشر وغني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٥١؛ عبد المنعم فرج الطدة، مرجع سابق، ص ٢٣٧؛ علي الطيب مصطفى أحمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة: دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، المغرب، ٢٠١٥، ص ٩٩.
- ٧٠ يمينة عقي، قسمة العقار الشائع بين أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، ٢٠٢٠-٢٠٢١، ص ٢٠٣.
- ٧١ نصت المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي على أن: "١- من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة دون انقطاع فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي ٢- وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري واقتترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإنّ المدة تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق. ٣- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية أ- الاستيلاء- على الأراضي الموات. ب- انتقال الملك بالإرث والوصية. ج الهبة. د البيع أو الفراغ".
- ٧٢ رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٩، ص ١١٤.
- ٧٣ موسى محمد سعد العمري، أحكام الشيوع في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٧، ص ٢٩٣؛ نادية عبد العالي كاظم، مرجع سابق، ص ٣٢٢-٣٢٣.
- ٧٤ إدريس الفاخوري، الحقوق العينية، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ٢٠١٣، ص ١٠٣؛ نادية عبد العالي كاظم، مرجع سابق، ص ٣٢٣.
- ٧٥ المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي، المادة (٨٤٥) من القانون المدني المصري، المادة (٩٤٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- ٧٦ قتيبة مهدي صالح وحسين عبد الله الكلابي، مسؤولية حائز العقار في الرهن التأميني، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، ج ٣، مج ٣٦، ٢٠٢١، ص ١٤٨.
- ٧٧ محمد عبد الرحمن الضويبي، مرجع سابق، ص ٥١٣.
- ٧٨ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٥٨.