Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (8), Issue (3) September(2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

النظام القانوني للقسمة (دراسة مقارنة)

م. م. حسين علي ارحيم ١ م. م. علي لفته عبدالله٢
جامعة واسط / كلية القانون جامعة واسط / كلية القانون

"The Legal Framework of Partition: A Comparative Study"

Asst. Lecturer Hussein Ali Arraheem[1] Asst. Lecturer Ali Abdullah[2]
Asst. Lecturer Ali Lafta Abdullah[3]
[1]University of Wasit / College of Law [2]University of Wasit / College of Law [3]University of Wasit / College of Law

الملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى بيان حق القسمة في الأراضي الشائعة، من خلال تعريف هذا الحق وبيان طبيعته القانونية، وتوضيح النتائج المترتبة عليه. كما تناولت الدراسة في مبحثها الثاني الآثار القانونية لحق القسمة، متضمناً الإفراز القانوني لهذا الحق، وبيان الوظيفة الكاشفة للقسمة في المطالبة به، وتحديد طبيعة التعرض وطرق الاستحقاق. وركزت الدراسة أيضاً على بيان الشروط الواجب توافرها في الشركاء المشتاعين، وكذلك الشروط المتعلقة بالمال محل القسمة، وأنعكاس ذلك على حق الملكية الشائعة. وتوصلت إلى أهمية تنظيم القسمة بما يضمن حماية حقوق الشركاء وتحقيق العدالة في توزيع المال الشائع.**الكلمات المفتاحية:** حق القسمة، الملكية الشائعة، القسمة القضائية، القسمة الرضائية، الإفراز القانوني.

Abstract:

This study aims to clarify the right of partition in jointly owned land by defining this right, explaining its legal nature, and outlining the resulting legal implications. The second chapter of the study addresses the legal effects of the right of partition, including the legal separation (ifraz) associated with this right, the declaratory function of partition in claiming it, and the determination of types of disturbance and methods of entitlement. The study also focuses on the conditions required of co-owners in undivided ownership, as well as the conditions related to the property subject to partition and its impact on the right of joint ownership. The study concludes by emphasizing the importance of regulating partition in a manner that ensures the protection of co-owners' rights and achieves fairness in the distribution of jointly owned property.Keywords: Right of partition, joint ownership, judicial partition, voluntary partition, legal separation (ifraz)

مقدمة

أولاً :- موضوع البحث

في أطار القوانين المنظمة للملكية العقارية الخاصة ، تعد هذه الملكية بالمفهوم الشامل حقاً عينياً وسلطة مباشرة على هذا الشي تخول له حيازتها ، والتصرف فيها ، والانتفاع بها، بيد أن هناك أستثناء يجيزه القانون يرد على حق الملكية ، لا ينقص من بعض هذه الحقوق الواردة على الملكية ، ولعل أهمها : حق القسمة للأرض الشائعة .ونظراً لعدم وجود قواعد تنظم هذا الحق ، فقد غلبت عليه الفوضى في الاستعمال والاستغلال ، ومع مرور الزمن تفاقمت المنازعات ، وبدراسة هذا الحق في التشريعات المختلفة الخاصة بالملكية تطورت أهدافه ، ومن ثم أصبح لهذا الحق وظائف أكثر أهمية ، ووضعت له ضوابط وأحكام ، ليكون حق القسمة استثناء على حق الملكية ، الذي عرف بانه : عملية أنهاء حالة الشيوع في ملكية شي ما ، وذلك من خلال قسمة هذا الشي بين الشركاء أو بيعه وأجراء القسمة للأرباح فيها في حدود القانون ، هذه الملكية يتم تقييدها بالنسبة للشركاء المشتاعين لصالح طرف آخر ، هو الشريك صاحب الارض الشائعة عن طريق الشيوع .وحق القسمة بوصفه مالاً شائعاً على الملكية ، حيث يثبت للشركاء (العقار، والمنقول) لاستعمال واستغلال الارض في ملك غيره ، ليصل الى ملكه الخاص باعتباره طريقاً عاما" أو خاصاً يملكه شخص أو مجموعة أشخاص . ونظراً لخطورة حق القسمة على الملكية ، وعلى صاحب العقار الشريك به ، فقد تم تنظيمه استناداً للتشريعات

المقارنة كل على حدة ، ومن ثم تطور مفهوم حق الملكية من خلال الاستثناءات التي ترد عليه ، لارتباطه بتطور حياة الانسان والارتقاء به حضارياً ، كي يعيش حياة بلا منازعات

ثانياً:- أهمية موضوع البحث

تتجلى أهمية البحث في مدى مشروعية (القسمة) صاحب الحق الشريك للملكية الشائعة وللشركاء الذي تفرضه المصلحة الخاصة على الملكية العقارية المصونة بنصوص القانون والدستور ، كما أن دراسة هذا الموضوع تمثل أهمية اخرى ، لأن معالجة الفقه والقضاء (سواء في العراق ، أو مصر ، أو فرنسا) جاءت في أطار فكرة أعم ، وهي فكرة تحديد الحقوق الواردة في طلب حق القسمة ، مجرد مبادلة وأرادة على حق الاستغلال ، ومن الطبيعي أن يهمل الفقه التناول الخاص لخصائص هذه المبادلة مكتفياً بالإجابة في هذا الصدد الى الشروح المتعلقة بالحقوق الواردة على حق استغلال الملكية ، أذ إن الفقه والقضاء لم يستقر حتى الآن على التكييف القانوني لهذه المبادلة ، لأن هذه المبادلة يثبت للشركاء الملكية الشائعة أذا تحققت شروطه بخلاف أرتفاق القسمة الذي لا يشترط الحصر ، ويخضع في تنظيمه للنصوص القانونية الخاصة بحق القسمة ، وأنه اذا ترتب على هذه المبادلة ضرر ، تقرر للمضرور الحق في التعويض من قبل صاحب حق القسمة فالواقع أن القانون المدني العراقي والمصري – قرر لهذا الحق وظيفة اجتماعية ، ولم يجعله ذا صفة فردية خالصة، الا أن تحقيق هذه الوظيفة لم يكن بالأمر الهين ، وغير ذلك من الفروض العملية التي تعرضت لها أحكام القضاء والتي تعكس مدى أهمية هذا الحق وأهمية موضوع البحث

ثالثا :- مشكلة البحث

تتلخص مشكلة الدراسة حول طبيعة وتكييف حق القسمة للأرض الشائعة ؟ ويتفرع عن هذا التساؤل عدة تساؤلات لا تقل اهمية عنه تتمثل في : ما مدى أعتبار حق القسمة نوعا من الحقوق الناقلة للملكية / أم هو مبادلة مستقل على حق الملكية العقارية / وما دواعي تقرير حق القسمة / وشروط ثبوتها ؟

رابعاً :- منهج البحث

نظراً لطبيعة المشكلة المطروحة ، وتحقيقاً للأهداف المرجوة ، تعتمد هذه الدراسة على المنهج العقلي التحليلي المقارن ، وذلك بعرض وتحليل النصوص القانونية والاحكام القضائية (العراق ، مصر ، فرنسا) المتعلقة بحق القسمة .

خامساً :- خطة البحث

تمت معالجة هذه الدراسة – بتوفيق الله عز وجل في مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول – المفهوم القانوني لحق القسمة ويشتمل هذا المبحث على :مقصود حق القسمة للأرض الشائعة عن طريق تعريف هذا الحق ، وبيان الطبيعة القانونية المترتبة عليه ، بالإضافة الى توضيح النتائج التي يقوم عليها هذا الحق المبحث الثاني :– الآثار القانونية لحق القسمة : ويشتمل هذا المبحث على :الإفراز القانوني لحق القسمة، من حيث توضيح الوظيفة الكاشفة في المطالبة بهذا الحق ، وتعيين التعرض ، وطريقة الاستحقاق، والآثار المترتبة عليه عن طريق تحديد شروط الشركاء المشتاعين، والشروط المتعلقة بالمال المراد قسمته وعلى حق الملكية الشائعة .

المبحث الأول المفهوم القانوني للقسمة

لقد راعت التشريعات المقارنة(العراق – مصر – فرنسا) أن الارض المقسومة عن طريق الشيوع لا تتحقق فيها الظروف المناسبة لحسن استغلالها، فقرر لمالكها أو أي(صاحب حق عيني اخر) القسمة على الارض لتقوده الى طريق الشيوع، وقد فضل (في هذا الصدد) مصلحة الارض الذي تم فيها القسمة في حسن الاستفادة بها على الضرر الذي يلحق بصاحب أرض الشيوع المقرر عليها حق القسمة، أعلاء لروح التعاون والتضامن اللازمين لحسن الجوار، فضلا عن أن حسن استغلال الارض يعود بالخير الاقتصادية للمجتمع باسره[١] فالأصل أن الشريك وحده أن يستأثر بالشيء الذي يملكه، ومن ثم له أن يمنع غيره من قسمة في ارضه، ولكن قد تكون هناك أرضاً مقسومة عن طريق الشيوع، مما يؤدي الى تعطيل استغلالها اذا لم يتمكن مالكها من الحصول على حق القسمة من الارض المشاعة للوصول الى طريق شيوع، ومن هنا يبدو وهذا الحق تقيداً قانونيا على الشركاء لأرض الشيوع[٢] ويمكن القول: أن تقرير القسمة للأرض المشاعة مصدره القانون، بحيث يمكن تقييد المفروض على الارض المحملة بهذا الحق الإطار العادي، فيكون تقييداً قانونياً على الملكية، وشرطاً وليس اتفاقاً، كما سنرى عند الحديث عن طبيعة القسمة، ولا يتصور أن ينشأ أتفاق القسمة الا في غير حالة الشيوع القانونية، أي: في غير حالة المال الشائع أذ تكون القسمة حين اذاً من قبيل العب الاستثنائي الزائد غير المفروض في الأصل، ويترتب على اعتبار القسمة هنا تقيداً قانونياً لا ارتفاقاً [٣]ولذلك لابد من بيان مفهوم القسمة من خلال بيان تعريفه وتحديد

طبيعته القانونية، وذلك في مطلبين على النحو التالي: المطلب الأول: المقصود بالقسمة المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق القسمة للأرض الشائعة.

المطلب الأول المقصود بالقسمة

أن الاصل بالملكية الشائعة تعدد الملاك لشيء واحد دون أن يختص أي منهم بجزء مفرز منه، فيكون نصيب كل منهم حصة غير مفرزة في حدود نسبة معينة، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، وعليه فقد رجح المشرع مصلحة الارض المشاعة على الضرر الذي يعود على الملاك الشائعين لما في هذا من تحقيق مصلحة خاصة وعامة [٤] ، وبيان تحديد الحق في طلب القسمة على النحو التالي:

الفرع الأول تعريف القسمة لقد اهتم المشرعان العراقي والمصري بتنظيم النظام القانوني للقسمة من خلال تخصيص نص المادة (١٠٦٢، ف٢) من التقنين المدني العراقي المقابلة للمادة (٨٢٦) مدني مصري ومن خلال استقراء عملية القسمة يمكن أستخلاص تعريف مناسب للقسمة بأنه: تصرف له حق قانوني في الاجزاء من المال الشائع الذي وقع في نصيب الشريك عند القسمة، وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

أولا: التعريف التشريعي للقسمة: تناول المشرع العراقي قسمة الاشياء الشائعة حيث خصص المادة (١٠٦٢،ف٢) من القانون المدني وهذا نصها (اذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون التصرف أثراً الا أذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك[٥]وكذلك تناول المشرع المصري القسمة من خلال المادة (٨٢٦) وهذا نصها فقد قضت بانتقال حق المتصرف اليه في هذه الحالة من الجزء محل التصرف الى الجزء الذي ال الى المتصرف نتيجة القسمة[٦]وبالنظر الى نص المادة (١٠٦٢،ف٢) مدني عراقي وما يقابلها من التقنين المدني المصري (٨٢٦) أن مسلك المشرعان العراقي والمصري كانا متطابقان من عدة نواحي على النحو الاتي :

١-الشريك في الارض المقرر فيها حالة الشيوع اجازه منح الجزء المتصرف اليه من نصيبه نتيجة القسمة تاماً قرر له الحق في أستغلالها وأستعملها والتصرف فيها.

٢-أن التقنين العراقي القسمة بالقدر المحدد واستعمالها على الوجه يقرر عملية المألوف وفقاً لطبيعة هذا الاستغلال.

ثانيا: - التعريف الفقهي للقسمة لقد عرفه جانب من الفقه العراقي بأنه: وجود عملية تهدف الى أنهاء حالة الشيوع واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته فيها قبل القسمة[٧] وعرفه جانب أخر من الفقهاء بأنه: عملية يراد بها أخراج شريك من الملك الشائع الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء[٨]وعرفه جانب ثالث بأنه: عملية تجري باتفاق الشركاء أو أمام القضاء في حالة عدم أجماع الشركاء على أجرائها واختصاص كل شريك بمقدار المال في حصته الشائعة ولكن هذا الجانب يشير في حالة اذا كان المقدار الذي يعادل حصة الشريك مبلغاً من النقود اختص به وحده فأن عملية القسمة العينية تكون عن طريق البيع[٩]وبهذه التعريفات يتبين أن القسمة تؤدي الى أنهاء حالة الشيء الشائع بصورة نهائية وحيث أن هذه التعريفات يظهر التمييز بين القسمة على المهايأة لأن الأخيرة قسمة مؤقته تهدف الى الانتفاع بالمال على وجه الشيوع دون أن تؤدي الى أنهاء حالته . أما بالنسبة للفقه المصري، فقد عرف جانب منه القسمة بأنها: في أحد اسباب انقضاء الشيوع التي تنقل الحصص الرمزية للشركاء الى أنصبة مادية، مفرزة وتعطي كل شريك الجزء المفرز المقابل والمعادل لحصته الرمزية لتكون محلاً لملكيته الاستثارية في أنصبته العينية[١٠] ويرى جانب أخر من الفقه أن المقصود بعملية القسمة تحديد نطاق حق الملكية الشريك المشاع بغية أيجاد التطابق بين نطاقه المادي والمعنوي أو الحسابي بإفراز جزء معين لكل شريك بما يعادل من حصته شائعة[١١] وعرفه البعض بأنه: القسمة التي ينقضي بها الشيوع هي التي اختص فيها الشريك بجزء مفرز من المال الشائع، من حصته وهذه هي القسمة التي ترد على حق الملكية[١٢] وعرفه البعض بأنه: حالة مؤقتة تنتهي باستقلال أحد الشركاء أو الغير بالمال الشائع، ينتقل حق كل شريك الى ملكية مفرزة[١٣]. وبالنسبة للفقه الفرنسي يعرف القسمة بأنها: تصرف محدد للشيء الشائع في الجزء المفرز في حصته ويتحول الى الورثة بأثر رجعي فيما يتعلق بالأشياء التي وقعت في نصيبه دون أن يكون الى اخرين من الورثة حق في القسمة[١٤].

الفرع الثاني تحديد الحق في طلب القسمةتنص المادة (١٠٧٠) مدني عراقي على أنه لكل شريك يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع ومقتضى نص أو شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمسة سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول ومدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمسة سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه[١٥] وقد تضمنت المادة (٨٥٠) للتقنين المدني المصري تنص على أنه ليس للشركاء في المال الشائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع[١٦]. وقد تضمن المشروع للتقنين المدني المصري حالتين للقسمة القانونية ينص على التقنين الحالي، المادة (٨٥٠) من التقنين تنص على أن (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي اعد له هذا المال،

أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع[١٧] وكذلك المادة (٤١) تنص على أن (القاصر أو الغائب شريك الارض الواقعة على الطريق الشيوع رفع دعوى من وارث الى أخر فاذا نشا ذلك الضرر، وجب على المحكمة القائمة على شؤون النيابة العامة أن توقف القسمة لمدة لا تقل عن خمس سنوات إذا ثبت لها ضررا جسيما)[١٨]وتأسيساً على ذلك، بأن حق طلب القسمة تكون للشريك على الاراضي المعدة بقسمة المال الشائع اي أن كانت طريقة استعمالها أو استغلالها يستوي في ذلك أن تكون الارض المشاع أو الاراضي المجاورة ارضاً عقاراً أو منقول أو من اراضي المعدة للاستغلال الصناعي[١٩] وثبوت حق القسمة في الاراضي الشائعة مناط بصفة شريك الارض عن طريق الشيوع، غير أنه يشترط في الصفة، بقاء اتصال الارض بالطريق الشائع، بل يكفي الصفة، قد تحققت إذا كان الاتصال بالطريق الشائع منذ بدئه أو انتهائه[٢٠] وكي يتقرر الحق في القسمة لابد أن تكون هذه الارض (عقارية) معدة للاستعمال الزراعي مقسومة عن طريق الشيوع، بسبب أجراء القسمة وقت طلبها، ويستوي أن تكون هذه القسمة العينية تأخذ أحدى الصورتين ونوضح الحالتين على النحو التالي:

أولاً:- التفريق الكلي للأرض عن طريق الشيوع: يقصد بالتفريق الكلي: ذلك الوضع الذي يتقرر في حصص الشركاء وسيلة اتصال الارض بالشيوع الاجباري، حيث يكون هناك شيء شائعا يطلب إزالة الارض الى الطريق الشيوع ولفهم الفكرة لابد من تحديد معنى المال الشائع، فالمال الشائع قاصراً على الحصص بالطريق الشيوع، وأنماء يشمل ايضا شخصين أو أكثر متى كان من الممكن تساوي أنصبة الشركاء عند تعدادهم ما لم يثبت غير ذلك. مثال ذلك: قد يكون هناك الميراث، ومع ذلك تكون مشاع إذا كان توفي المورث وله عدة ورثة حيث تصبح أموالهم مملوكة لهم بطريق الشيوع حتى يتم قسمتها بينهم[٢١] وتحقق القسمة العينية عندما يستند الحق الى أعتبارات تتعلق بالنظام العام اي لا عبرة بتنازل الشريك عن حقه في طلب أنهاء الشيوع ولا يتقيد الحق هذا الا إذا كان الشريك مجبراً على البقاء في الشيوع[٢٢]بناء على ما سبق فقد أسست محكمة النقض الفرنسية حكمها:(أن حق القسمة وغير قابل للتقادم) حيث لم يتعين لها قيام قضاة الموضوع مما إذا كان حق القسمة موضوع الدعوة مفتوحة على الطريق الشيوع ويستأثر الوصول اليها[٢٣] حيث اقرت محكمة التمييز العراقية أن ازالة شيوع العقار المورثة من قبل الزوجة المتوفي عنها زوجها على قيد الحياة، لا تتم الا بموافقة الزوجة أمام القضاء المختص في دعوى ازالة الشيوع وأمام دائرة تسجيل العقاري في حالة البيع[٢٤] وفي جميع الأحوال: تتحقق القسمة عندما يكون المال الشائع هو الوسيلة الوحيدة لتمكين الارض المشاع من التخلص بالطريق الشيوع، ومن ثم فأن سبب تقرير الحق هي حالة القسمة عن الطريق الشيوع واما المشرع العراقي المدني يحصر معناه في مجرد القسمة النهائية أي لا يدع للأرض اي اتصال بالشيوع وقد وسع التقنين المدني الحالي معنى القسمة، بحيث يشمل ذلك قسمة المهيات التي لا يجعل للأرض اتصالاً كافيا للطريق الشيوع يتم الوفاء بحاجتها.

ثانيا: - الجمع الجزئي للأرض عن طريق الشيوع:يعد الجمع جزئياً عند ارتباطه بالحق الى طريق الشيوع باعتبارات تتعلق بالنظام العام الا أن المقرر أو التكلفة المادية وعلى العكس من ذلك يعد تنازل الشريك كافياً حين يكون الحق في طلب أنهاء الشيوع بالنسبة لجزء من الشيء الشائع أو بالنسبة لبعض الشركاء، في الجزء الذي لم ترد عليه القسمة، كما لو كان الشيء عبارة عن مائة فدان فأتفق شركاء على قسمة ٥٠ فدان منها وأبقوا خمسون فدانا شائعا[٢٥]وعليه فلا تثبت القسمة لشريك المال الشائع اذا كان طلب القسمة في المدة الذي حددها القانون، فاذا اتفقوا على مدة اطول أعتبر أتفاقهم صحيحاً وبطل فيما زاد على ذلك ما لم يتبين أنهم ما كانوا يرتضوا على البقاء في الشيوع الا لمدة أطول من ذلك[٢٦] فأن الاساس في تقدير كفاية بقاء شيوع صحيحا اثناء المطالبة بحق الشريك قد يختلف بحسب حاجة حق خلفه سواء كان هذا الخلف عاما أو خاصا الذي خصصت له الارض فأن هذه القسمة بالجمع يسري في حق الخلف الخاص سواء كان يعلم أو لا يعلم بوجود هذا الجمع وقت تلقيه الحق من سلفه[٢٧]ورغم أن المشرع العراقي قد أكتفى بالنص في المادة (١٠٧٠) على أن الشرط مناط للحق في القسمة دون أن يشترط أي شرط فيما يتعلق بسبب هذا الشيوع فإجماع الفقه المصري في حالة الوصية على أنه لا محل لتطبيق المادة (٨٣٤) أذا كانت قسمة الارض قد نشأت عن فعل مالكها أو شرط عن الشيوع بالوصية حيث يشترط الموصي على الورثة أو الموصي لهم ذلك لمدة معينة ولا شك أن مثل هذا الشرط يقع صحيحاً طالما لمدة معقولة ولباعث مشروع[٢٨]ويؤيد الباحث ما أنتهى اليه الفقه المصري في هذا الإطار لأنه متى تثبت أن حالة القسمة نتيجة الوصية، فلا يوجد مبرر لمنحه القسمة وإلحاق الضرر بالأراضي الشائعة المملوكة للغير، لأن الحق بالقسمة قد يرد عليه قيد على الملكية يجب ألا يتم التوسع في أضرارها أعمالا لنص قانوني، فطالما سعى الشريك بنفسه أو ارتكب اعمال من شأنها احداث القسمة، فمن المنطق أن يتحمل بمفرده تبعت تصرفاته وخطئه.

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للقسمة

يتميز حق القسمة للملكية الشائعة بعدة خصائص تجعله يختلف عن غيره من الحقوق، وهذه الخصائص ترجع للطبيعة القانونية لهذا الحق، حيث أن حق القسمة قد يكون ناقلة على حق الملكية التي تحدد حصص الشركاء من منفعة العقار لفائدة الشيء الشائع، والتي تشبه حقوق الشيوع، وتكاد تختلط بها، ولهذا فأن طبيعة هذا الحق تتحدد من خلال دراسة الاتجاهات الفقهية التي قيلت حول طبيعة حق القسمة للأرض المشاع والنتائج المترتبة عليها وذلك على النحو التالي:الفرع الأول: التكييف الفقهي لحق القسمة في الارض المشاعة.الفرع الثاني: النتائج المترتبة على كون حق القسمة له إثر كاشفا ورجعيا على حق الملكية.

الفرع الأول التكييف الفقهي لحق القسمة في الارض الشائعة

تعددت اراء الفقه القانوني حول طبيعة حق القسمة للأرض الشائعة، فمنهم من قال إنه حق الناقل للقسمة، في حين قال بعضهم: أنه حق كاشف للقسمة، وأتجاه ثالث عده المبادلة يرد على حق الملكية، وهذا ما سنوضحه على النحو التالي:

الاتجاه الأول: حق القسمة هو حق الناقل للملكية يرى مؤيدوا هذا الاتجاه أن حق القسمة يعد حق ناقل للملكية، باعتبار أن القسمة هو حق يكون لجميع الشركاء الشائع مقدار حصصهم، فاذا تقررت القسمة أصبح كل شريك منهم مالك وحده لما وقع في نصيبه ولا يكون لغيره من المتقاسمين اي حق في نصيبه بالقسمة في مقابل تنازلهم من حصتهم في نصيبه[٢٩] ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حق القسمة هو حق ناقل للملكية حيث يعد من الحقوق العينية، وهي التي تخول للشركاء في المال الشائع بيع أو مقايضة القسمة كلاً في نصيبه للجزء المفرز، ولا يعتبر الشريك خلفاً لمن تلقى شركاء عنه الذي ال إليهم المال الشائع حيث يكون خلفاً خاصاً لبقية شركائه كل بنسبة حصته في الشيوع[٣٠]ومن ثم تسري أحكام الضمان التعرض الخاصة بشأن البيع على عقد القسمة، على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين. فاذا حدث تعرض أو استحقاق لأحد الشركاء فأن ذلك يؤدي الى اختلال المساواة بينهم ولذا وجب الضمان عليهم[٣١] كذلك يعد حق القسمة من الحقوق التي تتقرر من قبل أحد الشركاء أثناء الشيوع على أحدهم للشيء الشائع، تكون نافذة في حدود حصته في مواجهة الشركاء الاخرين وإذا تمت القسمة فوقع الشيء الذي تقرر عليه الحق في نصيب شريك اخر حيث أن الشيء الشاع الذي أنتقل الى سلفه الشريك الاخر، فاذا كان عقاره محملا بالرهن يؤول اليه القسمة محملاً بالرهن في حدود حصة الشريك الراهن[٣٢] وقد ذهبت بعض الآراء الى أن حق القسمة باعتباره تصرفاً ناقلاً للحق وليس كاشفاً وارداً على حق الملكية، لأنها تتضمن الحد من الضمان التعرض والاستحقاق من منفعة بعضهم لفائدة البعض الاخر بملكه المتقاسم غير باقي المتقاسمون، وهذا مضمون الطبيعة الناقلة للقسمة، لكن هذه الطبيعة غير مقبولة عند الفقه الحديث بأعتبار أن مال الشريك المتقاسم مفرز أو ثابت له كحصة شائعة حال الشيوع ولا شك أن تطبيق هذا المعيار على حق القسمة يجعله داخلاً في إطار الكشف عن هذه الحصة الشائعة في صورة مفرزة[٣٣].

الاتجاه الثاني حق القسمة هو حق كاشف للملكيةيرى أنصار هذا الاتجار أن الاصل في نشوء حق القسمة (كحق من الحقوق الكاشفة) باعتباره أثراً رجعياً لا من تاريخ القسمة، بل من وقت بدء الشيوع، وهو ما يترتب عليه اعتبار المتقاسم مالكاً للنصيب المفرز الذي ال اليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غير شيئا في بقية الأنصباء[٣٤] فالفقه التقليدي يقر القسمة باعتبارها الكاشفة هو التصرف الذي يستند الى وضع قانوني أو حق سابق غامض أو غير فعال فيسجل وجوده السابق لكن مع التغير التي كان يعرقلها أو يحد منها وصفه السابق[٣٥] وكما أن الاثر الرجعي للقسمة يعتبر حكماً مجازياً مخالفاً للحقيقة، فالقسمة التي حققت الافراز منذ بدء الشيوع يعتبر حكما افتراضياً مخالفاً اصطنعه القانون لغاية انتهائه[٣٦] فكانت فكرة الاثر الكاشف ترتبط بالأثر الرجعي لدى الفقه التقليدي بحيث يمكن القول أنه لولا النص على الاثر الرجعي لما كان للقسمة اثر كاشف[٣٧] ولكن راياً حديثاً في الفقه رأى أن هناك اتجاها جديداً يأخذ بالأثر الكاشف على سبيل الحقيقة والمجاز وكذلك يميز بين الاثر الكاشف والاثر الرجعي والتمييز الحاصل بينهم افتراض يخالف الحقيقة، ولا يتفق مع قيام الشيوع مده زمنية كان يرد الشريك حقه خلاله الشيء الشائع كله[٣٨] فالفقه والقضاء في فرنسا يشترط أن يكون التصرف القانوني للقسمة معاوضة حتى يعتبر معادلاً في أثرها الكاشف على أن اقلية منهم تشترط التصرف معاوضة وتبرعاً طالما أنها في نتيجتها في اختصاص الشريك بمال مفرز[٣٩].ويبدو مما تقدم أن الخلاف أنما يدور حول مدى ارتباط فكرة الأثر الكاشف للقسمة بأثرها الرجعي أما الصفة الكاشفة للقسمة فلا خلاف في شأنها فالرأي مستقر على أن القسمة كاشفة للحق لا منشأة أو ناقلة له[٤٠].

الاتجاه الثالث حق القسمة مبادلة يرد على حق الملكية يرى اصحاب هذا الاتجاه أن حق القسمة يعد مبادلة على حق الملكية، حيث أن حق الملكية ليس حقا مطلقاَ، بمعنى أنه لا تحده حدود، ومن ثم فأن الحدود التي يمارس الشريك في نطاقها سلطاته هي المراد بها (شيوع الملكية) فالأخيرة هي ترسم النطاق الذي يسمح فيه الشريك أن يمارس سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف على الشيء محل الملكية، وغالبية

مبادلة الملكية خاصة بالملكية العقارية، لأنها تعد عماد الاقتصاد الوطني، ومن ثم يجب أن توجه طبقا لمقتضياته، فأن اثبات العقارات يتطلب تنظيم حقوق الشركاء المتجاوزين على وجه يضمن التقليل من المنازعات بينهم، وذلك بتمكين كل منهم من استعمال حقه دون تعطيل حق الاخر[٤١] وفي الجزء الذي ال الى هذا الشريك[٤٢] وقد ذهب رأي الغالب في الفقه الإسلامي: الى أن حق القسمة جهة الافراز على حق الملكية وليس صفة ناقلة، ويستند هذا الراي الى أن مجلة الاحكام العدلية التي تنص على أن حق القسمة كاشفة ترد على حق الملكية، وأيد ذلك نص المادة (١٠٧٥) التي تنص على أنه: ترجع جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكاً للحصة المفرزة التي الت اليه وأنه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص). ولا شك أن حق القسمة باتفاق الفقهاء هو حق احتفظ بصفة المبادلة ولو لم يتمسك بصفة الافراز الراجحة[٤٣]. ويمكن القول: أن الاتجاه الثاني الذي يرى أن حق القسمة هو حق كاشف على الملكية هو الاتجاه الراجح الذي نؤيده، كون حق الملكية لم يعد حقا مطلقاً كاشفاً، بل بات كل يسعى لتوجيه حق الملكية بما يحقق المصلحة العامة ككل، وليس مصلحة الشريك فحسب، وهذا المفهوم الاجتماعي لحق الملكية هو الدافع للمشرع لوضع قيود منصوص عليها حصراً، توجه نحو الغاية المنشودة.

الفرع الثاني النتائج المترتبة على كون القسمة لها إثراً كاشفاً ورجعياً على حق الملكية يترتب على كون حق القسمة القانوني الاطار العادي لحق الملكية بوصفه كاشفاً على هذا الحق نتائج يمكن أبرزها من خلال ما يلي:أولاً: كونه أثراً كاشفا يتقرر بقوة القانون، ومن نتائجه: لا تصلح القسمة سببا صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية، واستمراره طالما لم تتغير الحيازة الفورية التي يناط بها فرض الحقوق للمنقولات، ومنها حق القسمة فضلا أنه يشترط في التصرف الذي يصلح سببا صحيحاً ناقلاً للحق باستمراره، مما يجعل في الإمكان المطالبة بالإفادة منها في أي حق دون أن يمنع من ذلك نقله الى المتقاسم عن هذه المطالبة مهما طالت[٤٤]فحق القسمة لا يفرق في الحقوق التي تسقط وبين الحق العيني الاصلي أو حق عيني تبعي ولا يمنع من هذا السقوط كون الحق سجل أو قيد [٤٥]وعلى ذلك لا يسقط حق القسمة مهما طالت مدة عدم الاستعمال، فهي سبباً صحيحاً دائما ترد على حق الملكية، وتدوم بدوام هذا الحق وعلى ذلك يمكن المطالبة سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير، ولو كان اذ وجد تصرف ناقل للحق كالبيع من الشيوع وصح وصفه بسبب الصحيح فلا مانع أنه تدخل القسمة في الاعتبار كعنصر مكمل للسبب الصحيح لتكون بداية الحيازة النزيهة عن عيب الغموض تحتسب من تاريخها من تقادم القصير[٤٦]ثانياً :- اذا كان حق القسمة (كحق كاشف) يمثل استثناء عاديا لحق الملكية فمعنى هذا: أنه يجب تسجيل القسمة العقارية للدليل بها على الغير، ولا تحمل معنى التعدي على الملك الوارد عليه ،حيث أنه القسمة الكاشفة الواقع على العقارات لا تنتج اثرها الا بتسجيل التصرفات المنشاة أو الناقلة لها سواء فيما بين ذوي الشأن أو بالنسبة الى الغير مهما طال الأمد[٤٧] ولذلك أن القسمة لا تكون حجة على الغير الا بالتسجيل ومقتضى هذا يكون لكل ذوي التمسك بالقسمة والاحتجاج بها على المتقاسمين دون أن يملكوا الدفع في مواجهته بعدم تسجيلها، ولذلك لا يستطيع المتقاسم طلب الشفعة في العقار الشائع الأصلي، واذا كانت القسمة قد افرزت له من العقار الشائع نصيباً غير ملاصق للعقار المشفوع فيه، اذ يملك المشفوع منه رفع دعوى بالاحتجاج عليه بالقسمة رغم عدم تسجيلها والتي كان من شأنها نفي شرط الجوار بين نصيبه المفرز المقسوم وبين العقار المشفوع فيه[٤٨]ثالثا :- كونه حقا قانونياً يرد على حالة واقعية هي القسمة الاتفاقية عن الطريق الشيوع، وجعله ثابتاً بمجرد قيام حالة الضمان ، ويظل باقيا ما دام الشيء الشائع قائماً، ومقتضى هذا أن حق القسمة اذا زاد فيه الغبن على الخمس أو أربعة أخماس يعتبر ثمن المثل بطبيعته كاشفة فلا يعني ذلك أنه رجعيا[٤٩] فاذا أنفك عقد القسمة لم يعد الحق ناقلاً وانما كاشفاً عن حق قائم يراد به ايجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي ولذلك أن يحصل كل متقاسم في القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة كما هو الحال في البيع حيث أن البيع يقوم على فكرة المضاربة وهي لا تقضي تعادلاً كاملاً بين الثمن الذي يحصل عليه البائع وقيمة الشيء المبيع[٥٠]رابعاً: عدم خضوع الملكية الشائعة ومنها حق القسمة لقواعد امتياز المتقاسم حيث أن مصدرها القانون وتمثل القسمة الكاشفة فامتياز المتقاسم ليس مبناه أن المتقاسم قد اضاف الى ذمة المتقاسم الاخر مالاً جديداً في ظروف يعينها خلافاً للأساس امتياز المتقاسم التي تخضع للشهر عن طريق التسجيل أو القيد في السجل العقاري[٥١]خامسا: الضمان خلو التعرض والاستحقاق في القسمة ومنها تعرض الغير حيث أن مصدر الضمان المتقاسمين يمثل الضمان العيوب الخفية على عكس الحال في البيع بالمعنى الدقيق[٥٢] فمن المعلوم اذا وقع تعرض للمتقاسم وتحققت شروط الضمان وحكم للغير بالاستحقاق يتحمل مستحق الضمان التعويض ولا ينشا الالتزام بالتعويض الا وقت الاستحقاق وعلى عكس ذلك تحتسب مدة الضمان التقادم المسقط من ذلك الوقت[٥٣]فاذا باع المتقاسم عقاراً مملوكاً له وضمن خلو المبيع من حقوق القسمة ثم تبين بعد ذلك وجود حق القسمة وارداً على هذا العقار فأن هذا الحق لا يضمن البائع اذ أن هذا ليس بحق القسمة بل هو حق الناقل على الملكية وإنما يضمن المتقاسم خلو المبيع من حق الكاشف مثلا فرضه القانون أو الكسب بالتقادم[٥٤]

المبحث الثاني الاثار القانونية على أجراء القسمة

أن تقرير حق القسمة للأرض الشائعة عن طريق الشيوع قائم على اسس وأثار استند اليها المشرع حيث راعى المشرع العراقي حالة الشيوع وما يترتب على القسمة من اثار في ترتيب الحق في القسمة اعتبارين الأول: الافراز في استعمال الحق والثاني: الضمان التعرض والاستحقاق للملكية ولذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالي المطلب الأول: الإفراز في حق القسمة والمطلب الثاني: الضمان لحق الملكية

المطلب الأول الافراز في حق القسمة

لقد اعطى المشرع عناية خاصة لحالة تعترض كثيراً في الحياة العملية وهي حالة القسمة وافراز بعض العقارات من نصيبها المادي في الشيء الشائع بحيث يكون لكل متقاسم يستأثر وحده بملكيته الخالصة فتنتهي بذلك حالة الشيوع[٥٥] ويبدو لأول وهله أن هذا الاثر لا يقتضي دراسة ما أذ من البديهي أن يترتب على القسمة افراز نصيب كل شريك بل أن لفظ القسمة نفسه يتضمن هذا المعنى ولكن الحقيقة أن دراسة هذا الاثر الجوهري للقسمة تأثير جهود الفقه الحديث وفقاً لما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها لكونها مجازاً أو افتراضا قانونيا قصد به تحقيق اهداف عملية من التيسير تحقيقا على افضل دون الالتجاء اليه[٥٦] وهذا الحق قائم على اساس استند اليها المشرع وتتمثل هذه الاثار فيه الفرع الأول: الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصة الفرع الثاني: عدم الضمان في استعمال حق القسمة الخاصة

الفرع الأول الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصةيتمتع حق القسمة الخاصة بحماية قانونية واسعة ذلك أنها ليست سند تسجيل المتقاسم لمن أنتقل اليه وانما يستند في اثباته على السند الاصلي للملكية الشائعة حيث أن القسمة تعبر عن الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تقرر فيها الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق وكل ذلك أمور تقتضي فيها الاشياء وليس فيها اية مخالفة قانونية[٥٧]كما أنها لم تنقل حقا ثابتا بل القسمة تكشف طبيعة حق الملكية حيث أن الحق الذي كشفت فيها القسمة لم تغير وصفها الكاشف لكن أنه كلما ترتب على اجراء القسمة هو تبيأن الحصة الحسابية التي تكون موزعة في كل اجزاء الشيء الشائع في الجزء المفرز في حق الملكية[٥٨] فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد للثلث وكان بذلك بعض حقوق الشركاء الاخرين التي تكون مثل حقه على الشيء الشائع كله اصبح هذا الحق بمقتضى القسمة محدداً ماديا في جزء معين يعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله وبذلك تزول العقبات التي كانت تؤدي الى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي تنقل بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة بملكيته[٥٩] ولذلك يتحدد نطاق مجال تطبيق هذه الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصة وعلى ذلك سنجاوب عنه على النحو التالي :

أولا:- مفهوم الوظيفة الكاشفة لحق القسمة : تعد الوظيفة الكاشفة مصطلحاً حديث النشأة، جاء نتيجة النصوص المدنية ومتطلبات الحياة الاجتماعية، وقد اقترن هذا المصطلح ببعض الحقوق على غرار حق القسمة العقارية الخاصة، والإحاطة بمفهوم الوظيفة الكاشفة الا عن طريق تعريفها، وذكر الأنطاق التي تقوم عليها عند ذلك سنعرض تعريف الوظيفة الكاشفة أو نطاق قيامها على النحو التالي:

١- تعريف الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصة من الناحية اللغوية: فأن عبارة (وظيفة كاشفة) تمثل مصطلحاً مركباً من لفظين، هما: وظيفة وكاشفة ونقصد بالوظيفة في اللغة الخدمة المعينة[٦٠]اما لفظ كاشفة فهو اسم مذكور منسوب لا مفرد، وهو مصطلح يشير الى سمة من سمات صحة العقد الفضولي والتفاعل بين الشركاء[٦١] ، وعند اقترأن لفظة وظيفة مع كلمة كاشفة نتوصل الى أنها الحكم أو تغيير الحكم يهدف الى تطور وتقدم الظروف الاجتماعية للمجتمع [٦٢]

٢- اسس قيام نطاق الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصة أن فكرة الوظيفة الكاشفة لحق القسمة الخاصة لم تكن مجرد فكرة منعزلة غير مؤسسة أو مجرد نظرية جاءت اعتباطا، بل تقوم على اسس هما مبدا الاثر الكاشف وأن الحكمة للأثر الرجعي في القسمة هذان الاساسأن نعرضهما على التوالي:

أ- مبدا الاثر الكاشف: لحق القسمة جانبان:(حق عيني، وحق التصفية) في أن ليس واحد، والجانب الكاشف يتبلور في القسمة الخاصة الذي تقضي أن الشريك يعتبر مالك للعين المشاعة كلها منذ وقت بدء الشيوع، والشركاء الاخرون لم يعد لهم وجود فيها شيئا[٦٣]ولذلك تعتبر القسمة العينية سواء كانت رضائية ام القضائية الاختصاص الطبيعي للأثر الكاشف سواء كانت قسمة بسيطة اختص فيها كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته الشائعة أو قسمة معدل لا تتعادل فيها الاجزاء المفرزة التي انتقلت الى الشركاء في قيمة حصصهم الشائعة وبعض الفقه اشترط في هذا التعادل مبلغا نقديا[٦٤] اما قسمة التصفية كذلك اثر كاشف اذ أنتقل المال الشائع الى الشريك وفقاً لطريقة البيع الرضائي أو المزايدة[٦٥] ،ويكون الشركاء كل منهم نصيب في الجزء المفرز الذي سبق لهم أن تصرفوا فيها. ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضي به المادة (٨٤٣) مدني مصري مالكاً وحده لحصته المفرزة وقد تملكه له في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص للشركاء[٦٦]

ب- الحكمة للأثر الرجعي لحق القسمة

يقصد بذلك أن الاثر الرجعي الذي اكسبه حق القسمة، تقرر لحماية الشريك من التصرفات شركائه في حصصهم قبل القسمة ، حيث يكون الى كل شريك متقاسم على جزء مفرز له وتعتبر بقية التصرفات الذين ابرمها بقية الشركاء اثناء بدء الشيوع غير نافذ في حق الشريك الذي اختص به لأنها صادرة من غير المالك[٦٧] فلا شك أن تحقيق الحكمة المقصودة من هذه الحماية للشركاء فيه مجازاً مخالفاً للحقيقة القانونية، فهذه الأخيرة تجعل من حق القسمة وفقاً للفقه الروماني أن الملكية الشائعة تقوم على افراز أنصبت الشركاء مستقلة بعضها عن البعض الاخر اثناء الشيوع ذاته على اعتبار الشيء الشائع مقسوم انقساماً مادياً بين الشركاء بنسبة حصتهم[٦٨] ، وذلك من باب القيام بدوره جعل تصرفات الشركاء الباقيين في فتره الشيوع والتي وردت على الحصة المفرزة التي قامت لاحدهم غير نافذة في حق الشريك الأخير[٦٩] كوفاء منه على مساهمات الشركاء في كسب القسمة لما فيه من أثر رجعي كاشف[٧٠]

ثانيا: نطاق تطبيق الاثر الكاشف لحق القسمة :يتحقق تطبيق الاثر الكاشف في أستعمال القسمة العينية الخاصة، كالقسمة في استعمال اي حق نهائي في صور ثلاث، نص عليها مدني فرنسي والقضاء في ذلك: يكون استعمال الحق أي القسمة في الاحوال الأتية: اذا لم يقصد بها سواء على مجرد تنظيم الانتفاع بالعين الشاعة والاثر لها في الملكية ، واذا كان الاثر الكاشف الذي يرمي الى تحقيقه يتضمن مضمون الحصص في كافة الاموال الشاغرة أو يتضمن قدراً من بعض الاموال دون بعض الاخر، اذا كان الشيوع شاملاً لقسمة العقارات والمنقولات ترتب عليها اثرها الكاشف حتى ولو تكونت حصة احد المتقاسمين فيها المنقولات والعقارات[٧١]

١- مجال تطبيق الاثر الكاشف للشركاء :تعد صورة استعمال التصرف الكاشف في حق القسمة أول صورة من صور الافراز بالنسبة لكل الشركاء في الحصه الشائعة[٧٢] ، ويستوي هذا أن ترتب أثرها الكاشف بالنسبة الى جميع الأشخاص، ولا فرق في ذلك بين المتقاسم والغير[٧٣] ولذلك يقال عن القسمة أنها كاشفة للحق وليست منشئة له، ويترتب على ذلك أنها تقوم بالنسبة للمتقاسمين حتى يحتج بها، فاذا تبين أن العقار المقسوم لم يكون لاحد الشركاء، فلا يجوز للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار وتبين لم يكن مملوكاً للشركاء خمسة سنوات أن يستند الى القسمة باعتبارها سبباً صحيحاً. وإذا ترتب رهنا على أحد الشركاء في كل المال الشائع أو جزء منه، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك اخر وقع في نصيبه عند القسمة حيث أنه بالقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خالياً من اي حق رتبه غيره من الشركاء[٧٤] اما غير اذا تبين أن عقاره الذي اقسمه الشركاء لم يكن فيه حصة لهم، فلا يحق للمتقاسم الذي ال اليه نصيبه من العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند الى القسمة باعتبارها سبباً صحيحاً يحق له تملكه بالتقادم، لأن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لمن أنتقلت اليه من الحصة الشائعة[٧٥]

٢- **مجال تطبيق الاثر الكاشف لتصرفات:** في هذه الصورة (من صور التصرف الكاشف في استعمال حق القسمة الخاصة) - لا يقصد بالشريك الاضرار بالشركاء كما في الصورة الأولى، وليس للشركاء مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحة الشريك[٧٦] ولكن الشريك في استعمال حق القسمة أنما يقصد اختصاصه بمال شائع مفرز مخصص له من قبل سواء كان ذلك المال كله أو بعضه أو بالنسبة الى كل الشركاء أو بعضهم[٧٧] وبالقسمة التي يختص فيها بكامل التصرفات العينية الشريك هي التي يثبت فيها أول تصرف كاشف أيا كان طريقة التصرف فيها سواء كانت اتفاقية أو قضائية[٧٨] ، وعلى العكس لا يترتب الاثر الكاشف على التصرفات التي تقتصر على أنقاص عدد الشركاء فيها دون أن يترتب عليها افراز الملكية ، أنما هو قصد الشركاء التصرف بالتقادم المكسب وهذا الاثر الكاشف للقسمة لا تلجا اليها المحكمة الا اذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة وتمت بطريقة التصفية في المزاد من احد الشركاء وأن يكون المال المبيع قد رسا في حصة الشريك حتى يتم خصم الثمن والفقه الفرنسي يشترط في التصرف معاوضة حتى يعتبر معادلة للقسمة في اثرها الكاشف[٧٩] والاصل أنه الاثر الكاشف للتصرفات أنما هو مستمد من وظيفة التصرف ذاته ذلك ليس للإرادة دور في تقرير أو استبعاد اي يتصرف كاشف بطبيعته كما قسمت بيع العقار الشائع الى احد الشركاء لكن قد يكون للإرادة اثراً غير مباشر في تقرير الاثر الكاشف لتصرفات التي تتم بالاتفاق على اي حكم من احكام التصرفات الناقلة بطبيعته بشرط أن لا يتعارض مع قاعدة أمرة وأن لا يكون من شأن تطبيق هذا الحكم مساس بحقوق الغير[٨٠]

٣- مجال تطبيق الاثر الكاشف للأموال: ينطبق الاثر الكاشف على كافة الاموال التي افرزتها القسمة أو التصرفات المعادلة للقسمة سواء تلك الاموال عقارات ومنقولات أو حقوقا تنصب على الاشياء المادية[٨١] واذا كان الاثر الكاشف ينطبق على كل الاموال الشائعة فأنه لا ينطبق على غيرها مثل (معدل القسمة) فاذا كان هذا المعدل ليس مالاً وانما عقار معيناً تكون قسمة ناقلة لا كاشفة ويعتبر المتقاسم الذي انتقلت اليه خلفاً خاصاً للمتقاسم ويصبح فيها مالكاً له ولكن القسمة في هذه الحالة تصبح سبباً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، ويترتب على القسمة اثرها الكاشف التصرف في اموال الجزء المفرز الذي يكون فيه الشريك الخارج في الشيوع، أو بالنسبة لما بقي بعد خروجه شائعا بين الشركاء الاخرين

خلفاء لبعضهم البعض بحيث تصبح اي تصرف يبرمها احد الشركاء في حصة الغير التي ينتفع بها اثناء مدة المهايات ويعتبر أن تاريخ التصرف في الاموال الشائعة ليس هو تاريخ الاتفاق على قسمة المهايات وانما هو التاريخ الذي تستكمل فيه مدة خمسة عشرة سنة[٨٢]

الفرع الثاني عدم التعرض والاستحقاق في استعمال حق القسمة الخاصة الهدف العام في القسمة ترتيب التزاماً بين المتقاسمين بالضمان هو أن لا يؤدي استخدام الشريك لحقه وتسلطه على الشيء الشائع الى التعرض أو الاستحقاق بحق الشركاء الاخرين، لذلك يكون الحق للمتقاسم الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان حق سابق له في القسمة ، اي في كل الاحوال استحقاق الحصص المفرزة التي انتقلت اليهم نتيجة القسمة ، فأن عقد قسمة المال الشائع يخضع لذات الضمان التعرض المقررة لعقد لبيع وبالقدر الذي لا يتعارض مع مال القسمة من اثراً كاشف هو محور هذا العنوان وهذا الحق، وبيان الصور الذي يقوم عليه هذا التعرض والاستحقاق وذلك على النحو التالي:

أولا : مفهوم التعرض والاستحقاق في استعمال حق القسمة الخاصة :

١- التعرض لغة (أظهر الشي أو أراه أياه) عبارات تتقارب تدل على العرض، أنما هي كالتصدي وقلة المعروف، في القضاء: فعل مادي أو اجراء قانوني يقصد به منازعة الحائز في حيازته[٨٣] وقيل أن التعرض هو تبيأن الشيء بغير كتابة، والاخذ على غير الطريق، وكذلك التعرض والاعتراض، والتعرض: مقصودا أو غير مقصود ولا توخ صوب ولا طريق مسلوك، يقال: أعترض الطريق اعتراضاً اذ قطعه دون صوب توخاه خاصا به[٨٤]

اما الاستحقاق من الناحية اللغوية له ثلاث معأن :

أ- يعد الاستحقاق الثبوت للحق ووجوبه، لكونه يستعمل السلطة التي يتضمنها العقوبة بغية تحقيق هدف يتوافر فيه طلب الحق[٨٥]

ب- يعد الاستحقاق نوعاً من الظهور أول شيء المستحق للغير ومالكا لذلك الشيء بملكية سابقة لا جديدة[٨٦]

ج- يعد الاستحقاق المصلحة عن غاية الحق، أو بتعبير اخر عرفه البعض: هو استعمال الحق للمصلحة أو الهدف الذي شرع من اجله مما لا يضر بالغير[٨٧]

٢- التعرض والاستحقاق قانونياً:

أ- التعرض القانوني: هو أدعاء الغير بملكية حق عيني أو شخصي صادر من الغير فعلا على نصيب أحد الشركاء المتقاسمين أو بأنها ادعاء الغير مبنياً على سبب قانوني اي تعرض على ملكية خاصة نتيجة القسمة [٨٨]

ب- الاستحقاق القانوني: يقصد به الحكم للغير بثبوت هذا الحق كلا أو بعضاً أو انتزاع الحق من قبل مستحق له من الغير بأن يكون المتقاسم مالكاً للحصة المفرزة في القسمة [٨٩]

ثانيا: صور التعرض والاستحقاق في استعمال حق القسمة الخاصة:

يمكن القول: أن هناك أربع صور يتحدد بموجبها القواعد التي تحكم التعرض والاستحقاق في استعمال حق القسمة الخاصة على النحو التالي:

الصورة الأولى- قصد التعرض أو الاستحقاق بالغير: حينما نقول التعرض أو الاستحقاق في القسمة نقصد بذلك التعرض أو الاستحقاق الصادر عن الغير، وليس من أحد المتقاسمين لأنه اذا حدث في الحالة الأخيرة فيتم عندها تطبيق القواعد العامة، كما لا يشمل هذه الصورة التعرض القانوني الصادر من احد المتقاسمين والمبني على سبب قانوني ومثالها القسمة التي تؤدي الى تمليك عين مملوكة لاحد المتقاسمين في نصيب متقاسم اخر، ذلك أن العين الذي يملكه المالك أن يستردها ولا يمنعه من ذلك وجود التزام بالضمان[٩٠]ويرجع في تحديد مشروعية التعرض من عدمه الى معيار قانوني، ذلك حتى يتم الاعتداد به وأن لا يكون صادر من الغير، اما التعرض المادي المجرد الواقع من هذا الغير للمتقاسم الذي في حيازته النصيب الذي اختص به، والذي لا يستند فيه الى ادعاء حق من الحقوق ولا يكون محلا لضمان متقاسمين الاخرين، وعلى المتقاسم الذي وقع له التعرض أن يلجا الى القضاء لدفعه عنه[٩١]

الصورة الثانية- أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق في القسمة:في هذه الصورة يعد التعرض أو الاستحقاق متحققاً حتى لو كانت له مصلحة في استعمال حقه في القسمة على وجه يعنيه، وذلك بالنظر أن هذا الحق الذي يدعيه المعترض قد تحقق بسبب السابق على اجراء القسمة[٩٢] اي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل القسمة فيمتنع الضمان في حالة أنتزاع الملكية بالمال من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ، واذا تبين ذلك الضمان من قبل شخصاً من الغير يكون مالكا ببعض اموال المقتسمة أو كان له عليها حق موجب للضمان[٩٣]

مثال ذلك: ما نصت عليه المادة(٨٤٤) مدني مصري: (اشارت صراحة وتطبيقاً له لا يتقرر الضمان اذا أنتزعت ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة، أو اذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف، اما الضمان يتقرر لو كان هذا التقادم قد

اكتمل قبل القسمة[٩٤] وكذلك المادة (١٠٧٦) مدني عراقي التي تنص على أنه: للشركاء العقار الضمان الجزء المفرز بعضهم للبعض الاخر ما قد يقع من تعرض أو الاستحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة[٩٥]ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن ترتيب الضمان المتقاسمون للشركاء ما قد يقع لاحدهم من تعرض أو استحقاق، في شأن أنصبتهم لسبب سابق على القسمة . ويقوم اساس الضمان هذا على المساواة الكاملة بين المقتسمين، فاذا الحق لاحدهم تعرض أو استحقاق اختلت المسأواة ووجب الضمان [٩٦]

الصورة الثالثة- عدم رجوع الاستحقاق الى المتقاسم: في هذه الصورة-(من صور الاستحقاق في استعمال حق القسمة الخاصة)يقصد الضمان يمتنع اذا كان الاستحقاق راجعا الى المتقاسم نفسه كما في الصورة الأولى، وليس لاحد المتقاسمين حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم لأجل تم، على مصلحة اهمل المتقاسم الاخر في قطع المدة كما في الصورة الثانية، ولكن المتقاسم في استعمال حق ملكيته أنما يقصد استرداد العين حتى اذا كملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز. ويكون سبب الاستحقاق راجعاً الى خطا الشريك المتقاسم، اذ رفع الغير في هذه الصورة دعوى الاستحقاق في استعمال حق ملكيته، وتحقق مسؤوليته قبل الشركاء المتقاسمين الذي أضر به أو اهمل التمسك باي دفع يؤدي الى رفض الاستحقاق بفقد حقه في الضمان[٩٧]

رابعاً : -عدم وجود شرط يعفي من الضمان في القسمة : في هذه الصورة يشترط لوجود الضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين أن لا يكون ثمة اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان (التعرض والاستحقاق) فاذا وجده مثل هذا الاتفاق فلا وجود للضمان في القسمة[٩٨]

وقد تقضي المادة (٨٤٤ /٢) مدني مصري (يشترط للإعفاء الاتفاقي في الضمان أن يتم بتعبير صريح وأن يقتصر على سبب محدد في الاتفاق وحالة القسمة هذه تختلف في ذلك عن عقد البيع الذي يجوز فيه الاتفاق على اسقاط الضمان كليا ويمكن أن يتم ذلك بتعبير ضمني) فهنا يكون العلم لحق الاستحقاق في وقت الاتفاق، أو منه يستنبط منه قرينة قضائية على الاتفاق بالإعفاء من الضمان في عقد البيع، ولا يتقرر ذلك في عقد القسمة الذي لا يكتفي فيه التعبير الضمني للإعفاء من الضمان[٩٩]وفي جانب القانون المدني العراقي: فقد نصت المادة(١٠٧٧ /١) على أنه: (يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين أنه لحقه منها ضرر فاحش)[١٠٠]فيتضح من هذه النصوص القانونية الخاصة بالضمان القانوني سواء في البيع أو في القسمة الرضائية ليست من النظام العام، لذلك يجوز للمتقاسمين الاتفاق على ما يخالفها سواء بالزيادة أو النقص أو الاسقاط عملا بأحكام المادة(١٠٧٧) مدني عراقي والفقرة الثانية من المادة(٨٤٤) مدني مصري، ويسمى ذلك بالضمان الاتفاقي [١٠١]

المطلب الثاني شروط ثبوت حق القسمة للملكية الشائعة

لعل من اهم المشاكل التي تثيرها الملكية الشائعة في الحياة العملية مشكلة انتفاع الشركاء في المال الشائع، وبذلك ما يكون المال الشائع صالحا للاستعمال المشترك، الامر الذي يتطلب الانتفاع به ان يتفق الشركاء على طريقة الإدارة للمال الشائع، لكن هذا الاتفاق قد لا يتحقق للاختلاف النظر بين الشركاء في ادارة واستغلال المال الشائع، مما يضطر معه بعض الشركاء في الاستئثار بالجزء من المال الشائع وطريقة الانتفاع بهذا الجزء من المال الشائع، ورغم ان القانون المدني العراقي والمصري وضعا نصوصاً خاصة عالج فيها ادارة المال الشائع، الا ان هذه النصوص اثارت في تفسيرها خلافا واسعا حول شروط التصرف فيها او المطالبة بالاشتراك مع هؤلاء الشركاء في الملكية الشائعة والاستفادة من ربحها.

وهذا ما يجعل البحث في شروط تقرير حق القسمة للملكية الشائعة أهمية بالغة لعدها حقا في الملكية، ولذلك وجب تحديد شروطه، بحيث يمكن معرفة تقريره على وجه المشروط قانونا، فهل أثبات قرينة الشيوع للأرض دليل على ثبوت الحق في الملكية الشائعة وللإجابة على هذا التساؤل سنقسم المطلب الى فرعين على النحو التالي: الفرع الاول:- شروط المتعلقة بالشركاء المشتاعين الفرع الثاني:- شروط المتعلقة بالمال المراد قسمته

الفرع الأول الشروط المتعلقة بالشركاء المشتاعينلقد قرر المشرع شروطا لعد القسمة شائعة قانوناً، مرتبطة بأثبات ان حق القسمة عن طريق الشيوع، مع بيان حكم هذا الملك في حالة وجود قسمة متصل بملك عام، مع مراعاة عدم تسبب المالك المشترك في بنائه بحيث لا يتحقق لها حق القسمة الا اذا وجده حق القسمة من وجه اخر، وهذا ما سوف نتناوله في هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً: حضور الشركاء المشتاعين في القسمة: طبقا للمادة (١٠٧١) مدني عراقي المقابلة للمادة (٨٤٠) مدني مصري، فان المشرع قد ربط الحق في القسمة بتحقيق حضور الشركاء او الوكلاء عنهم فيها، وقد فرقت المادتان بين الشركاء في القسمة الذي لم يكن بينهم محجور، وقسمة المال الشائع رضائية بالطريقة التي يرونها[١٠٢]، الا أنه تفريق غير كافٍ وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

١- شركاء القسمة التي ليس بينهم محجور: شركاء القسمة التي ليس بينهم محجور حددتها المادة (١٠٧١) مدني عراقي المقابلة للمادة(٨٤٠)مدني مصري بقولها: ... (الشركاء في القسمة التي فيها محجور كالغائب وذلك وفقا لما يقرره القانون....) وفي هذه الحالة تكون القسمة بدون حضور احد الشركاء او قسم منهم كلياً الى طريق الشيوع من جميع الجوانب، بحيث تكون موقوفة على اجازة من لم يحضر فيها من الشركاء، سواء كان التصرف الصادر من الفضولي[١٠٣]أما في الفقه العراقي يوجب الضرورة التفرقة بين حضور الشركاء في قسمة الاعيان وبين قسمة الاملاك فيقولون أن حضور الشركاء لابد منه في قسمة الاعيان حيث لا تكون القسمة صحيحة الا بحضورهم اي ان كان نوع القسمة والالتزام الذي ينشا به ذلك الشيوع[١٠٤] وهذا المعنى للشركاء في القسمة الذي ليس بينهم محجور في الاراضي الشيوع وهو ما قررته المادة (٨٨٤) من المجموعة المدنية الفرنسية قبل تعديلها بقانون اغسطس ١٩٨١ وعلى ذلك ان القسمة تتضمن المبادلة وعليه فلا بد من الحضور في القسمة هم أو وكلائهم[١٠٥].

٢- قسمة المال الشائع بالطريقة الرضائية قسمة المال الشائع التي تكون بالطريقة الرضائية حددتها المادة (١٠٧١) مدني عراقي المقابل المادة(٨٣٥) مدني مصري بقولها ... (... حول القسمة الرضائية أن تتم باتفاق الشركاء جميعا....) وتتحقق هذه القسمة اذا كان هذا الشيء قابلا للقسمة أو لم يكن لها اتصال بالطريق الشيوع اي : ان (للشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، ، فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجب مراعاة الاجراءات التي نص عليها القانون)[١٠٦] ويفهم من المادة (٨٣٥) مدني مصري المقابلة للمادة (١٠٧١) مدني عراقي اننا بصدد القسمة الرضائية (لا تتم القسمة الرضائية في عقار المال الشائع الا بالتسجيل في دائرة الطابو)الحالة الاولى : حماية دائني الشركاء المتقاسمين على الاضرار بحقوق دائنيهم ، وهو ما يمثل من المشرع استعانة بمعيار الاتفاق بين الشركاء لتلبية احدى المصالح المتعارضة لترجيح احدهم فيها ، بحيث يثبت حق القسمة لاحد الشركاء اذا كان مدينا، مع شركائه الاخرين على ان يختص بمال الشائع في جزء مفرز غير نصيبه الذي تصرف فيه اثناء الشيوع حتى يحرم الغير من حصوله على جزء المتصرف فيه، كما لو تمت القسمة الى درجة التواطؤ بين الشركاء بقصد الاضرار بالدائنين[١٠٧] فقد اكدت محكمة التمييز العراقية ذلك عندما قضت في حكمها الصادر(١٩٧٧م) المعدل بان حالة القواعد العامة اذا كانت عدم الاعتداد باي اتفاق يرد على عقار لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، بحيث لا يمكن للشريك التعدي على الجزء المفرز في العقار الشائع دون موافقة الشريك الاخر رغم الفروق الواضحة بين عقد البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، والقسمة باعتبارها كاشفا للملكية ، لأنه يفترض مثلا انطباق القرار على القسمة الرضائية اذ اقامة الشريك في الجزء المخصص له وموجب الجزء المفرز الذي اوقعته القسمة الرضائية في نصيبه[١٠٨]الحالة الثانية: ان يكون الاتفاق على تقسيم كل المال الشائع او على تقسيم جزء منه يعدل نصيب من كان طرفاً في الاتفاق، ويقدر مدى لمن ارتضاه ولا بالنسبة لمن لم يكن طرفا فيه للشركاء في المال الشائع، وهما يحق لهم ان يرفضوا هذا الاتفاق. ومن حقهم هذا لا يتقرر بزمن محدد، على انه يراعى نقله الى ورثتهم من يتوفى منهم[١٠٩] ، وهنا ايضا لا يكون الاتفاق معتبرا في حق اطرافه او زملائهم اذا لم يقبله هؤلاء الزملاء ويعتبر هذا الاتفاق بمثابة ايجاب موجه اليهم، فاذا قبلوه قامت القسمة الجزئية في هذا المال الشائع التي تؤدي الى افراز نصيب من كان طرفاً في الاتفاق وبقاء حالة الشيوع بالنسبة لمن كان طرفاً فيه ويكون لكل متقاسم ان يتمسك في مواجهة شريكه المتقاسم معه في هذا العقد، اما اذا رفض هذا الايجاب فانه يسقط ويعتبر كأن لم يكن ويعتبر رفضه له انتهاء الفترة المعقولة على قيامه دون ان يتلقى القبول مع استمرار الشيوع بالنسبة لباقي الشركاء[١١٠]

ثانيا: ان يكون المال المشاع مملوكاً للشركاء وقت القسمة : يشترط ان يكون هذا المال المقسوم عن طريق الشيوع مملوكا للشركاء وحدهم ، سواء كان هذا الفعل ماديا، كأن يكن المال تحت تصرف اي شريك وقت اجراء القسمة او كان تصرفا قانونيا، كان يكون المال ملكا للشركاء عن حق القسمة الشائعة، (كانت مقرراً لأرضا اميرية) تسببت في القسمة ، فلا يكون له حق المطالبة في ارض الجار، وسواء كانت تنازل صريحا ام ضمنيا، او ان يترك هذه القسمة الرضائية يسقط بعدم الاستعمال[١١١] ولقد قضت المادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي على انه (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة)فيتضح ان هذا النص يقرر حق الشركاء في عدم تملك ملكية المال او النصيب مفرز منه وبالتالي استحقاق القسمة للغير كليا او جزئياً مما ترتبه القسمة من اثار[١١٢]

وارى ان هذا الراي القانوني اولى بالقبول، لان منطق العدالة يستوجب، اذ ان كثيرا من الاعيان الموقوفة يمنع فيها التصرف بأراضيهم، خاصة في ظل التقدم العلمي، فيرصد منفعتها على جهة من جهات الخير ابتداء او انتهاء[١١٣] وسواء بعد ان أصبح الوقف على نفسه او ذريته ام وقفاً خيرياً، اذ ان الظروف الاقتصادية والاجتماعية قد تتبع الشركاء الى اعاده القسمة للمال الشائع[١١٤])وقد انقسم الفقه في التعليق على هذه المسالة الى رأيين:الراي الاول: لا تتحقق القسمة متى كان المال الشائع قابلاً للاستعمال بان ينتفع منه الشركاء للوصول الى طريق للشيوع، حتى لو كان يستند في استعماله الى حق انتفاع متنازع فيه، او حق القسمة محمول على التسامح، طالما لم يعترضه أحد او يمنعه الشركاء.الراي الثاني : ذهب

الى القول : ان لا تلحق القسمة ضررا بعين من الاعيان الوقف في حالة اذا كان للشركاء حق القسمة متنازع عليه او متسامح فيه ومن ثم يجوز لهم المطالبة بحق القسمة القانوني في هذه الحالة[١١٥].ويرى الباحث : ان الراي الاخير هو الاولى بالقبول ، لكون حق القسمة المتنازع عليه لا يمكن ان يطمئن له الشركاء ، فقد يتضح انه لا يملك هذا الحق في الوقف ، فيبقى مركزهم قلقا ومطلقاً على نتيجة البت في النزاع ، فضلا عن ان حق القسمة المحمول على التسامح مكرمة قد يرجع فيه الشريك المتسامح ، وقد لا يريد الشريك حمل هذه المكرمة في عنقه مدة طويلة ، ومن ثم يجب عدم الاعتداد بحق القسمة المتنازع فيه ، او المحمول على التسامح ، بالإضافة الى ان قواعد المنطق والعدالة تقتضي القول : ان حق القسمة المتنازع فيه او المحمول على التسامح لا يعطي الامان والضمان لصاحب هذا الحق ، اذ يستطيع الشريك صاحب الارض الذي يخترقها القسمة ان يمنع صاحب الارض المقسومة في ارضه لعدم وجود السند القانوني المقرر لهذا الحق ، ومن الافضل حتى تستقر المعاملات بين الناس ان يحصل الشركاء عن طريق الشيوع على مرور ويستند الى القانون ، لا الى مجرد تسامح الشريك .

الفرع الثاني شروط تقرير حق القسمة المتعلقة بالمال يشترط في المال ان يكون ضروريا للاستغلال المألوف للملكية الشائعة وان يكون مقسوماً عن طريق الشيوع كما يجب ان يكون عينا او دينا كما ينبغي عند تحديد القسمة على الارض الواقعة مراعاة مصلحة صاحب الحق عند استعمال هذا المال المراد قسمته القابلة للقسمة وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع على نحو التالي :

اولاً: ان يكون المال ضروريا للقسمة عينا او دينا: يتحدد حق القسمة في مداه بحاجة المال المشترك عينا أو ديناً الذي تعد له شراكه العين فاذا كانت الارض ارضا زراعية فالعين اللازم هو اشتراك شخصين او اكثر في مال موجود ومعين للاستغلال هذه الارض استغلالا زراعيا على الوجه الذي يشتغل فيه مثل هذه الارض فان أقتضى الامر لاستغلال الارض اجراء قسمة عينية عليها لمرور المواشي والدواب والعربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والعربات التي تحمل المحصول من الارض الى جهة التسويق[١١٦] واما قسمة الدين فهي اشتراك شخصين بالدين في ذمة شريك اخر[١١٧] فقد نصت المادة (١٢٦) مدني عراقي صراحة على انه (ويصح ان يكون المحل مالا عينا كان او دينا) ولذلك فرضت على التعامل التزاما قانونياً بالديون قانوناً وتعاملاً ويترتب على ذلك وجوب الديون اموالا وليست اوصافاً متعلقة بالذمة وبالتالي فهي تقبل القسمة من جراء استعمال الشركاء لحق الملكية لضرر غير مألوف[١١٨] وقد اوضح جانب من الفقه العراقي ان التزام الشريك بالدين لا لأنه من غير الارث بل لأنه يجب على الشركاء القسمة فهو الذي يفيد في استعماله القسمة فيها يتعلق بحق المطالبة والقبض فمن العدل ان يتحملوا تبعت هذا الاستعمال[١١٩] بينما ذهب جانب اخر من الفقه المصري: الى أن مسؤولية الشركاء عن الضرر غير المألوف للديون تطبيقا لفكرة الحصص في استعمال الحق[١٢٠]وذهب جانب اخر الى ان حق القسمة قيدته المادة (١١٢٣) من مجلة الاحكام العدلية بحدود فيما يتعلق بقسمة الديون فقسم من التشريعات قد اجازت للشركاء قسمة الديون كالقانون المدني العراقي في حين نجد قسما اخر من تلك التشريعات القانون المدني الاردني لم تجز قسمه الديون [١٢١].**ويؤيد الباحث** الجانب الاول، لان الشريك في هذه الحالة يستغل حقه في الدين ولم يرتكب خطا بالمعنى الدقيق لأنه لم ينحرف في استعمال حقه في القسمة ومع ذلك فقد الحق ضررا بشركائه نتيجة استعماله لحقه وهو ما يلزمه بتحمل تصرفه ويلزمه بالتعويض.

ثانيا: ان يكون المال قابلا للقسمة عن طريق الشيوع :يعد هذا الحق الشرط اساسياً لتقرير الحق في المال على الاراضي المقسومة سواء كانت من العقارات ام من المنقولات هي اشياء قابلة للقسمة الا ان هذا الشيء مختلف من الناحية القانونية حيث يتحدد الشيء لكي يكون ممكنا للقسمة بمعيار مزدوج بطبيعة اقتصادية واجتماعية فمن الفقهاء يشترط كون شيء قابلة للقسمة ان يحافظ على جوهره ووظيفته وكذلك على قيمته[١٢٢] كما يصنف هؤلاء الفقهاء الاشياء من حيث قابلية القسمة الى مجموعتان: المجموعة الاولى: وهي تشمل الاشياء القابلة للقسمة وهي الاشياء التي يمكن أن تجزأ أو تتقسم الى اجزاء واقسام مع الاحتفاظ كل جزء او قسم منها بخصائص وبجوهر الشيء المجزا او المقسم بقيم تتناسب مع قيمة ذلك الشيء الاصلي **المجموعة الثانية** تشمل الاشياء المركبة وهي الاشياء التي يتكون الواحد منها من عدة اجزاء يختلف كل منها في قيمته وفي جوهره عن قيمة وجوهر الشيء الكل وبين قيمة الشيء قبل القسمة وبين قيام كل من اقسامه وبغض النظر عن الاسلوب الذي تحصل به عملية القسمة حيث يختلف ذلك تبع الاختلاف طبيعة ذلك الشيء فمن الاشياء ما تكون طريقة قسمته معنوية حيث يتحقق ذلك بوضع خط حسابي في حين يكون بعضها الاخر بطريقة مادية ويكون ذلك عن طريق الانفصال المادي بين اجزاء الشيء المقسوم واما في قسمة المنقولات فيمكن ان تقسم تقسيما ماديا فيستقل كل جزء من اجزائها عن الاخر وعليه في حق الملكية الذي كان يضم عدة ملاك تكون بعد القسمة عده حقوق من الملكية ويكون لكل مالك فيه حق المستقل فيها ويذهب جانب اخر من الفقهاء لا اعتبار قابلية المال للقسمة امر نسبي الى جانب المعيار الاقتصادي والاجتماعي[١٢٣].

الخاتمة

النتائج والتوصيات

بعد دراستنا لموضوع (النظام القانوني لحق القسمة للأرض الشائعة) ، تبين لنا أن القسمة القانونية لم تعد تلك الأداة التي تهدف إلى تحقيق الاستقرار بتفادي النزاعات العقارية وتسويتها ، ولكن أصبح أداة فعالة في تمكين الشركاء في القسمة من الحصول على الحقوق كاملة غير منقوصة من خلال ما احاط به المشرعان العراقي والمصري والمستمد احكامه من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول وقت اصدار حق القسمة تحت عنوان (القسمة التي تلحق في حق الملكية).

أولاً: النتائج:

١ – أن حق القسمة يمكن تكييفه كمبادلة قانونية على حق الملكية وليس حق ناقل . أو كاشف . ويترتب على ذلك عدم سقوط الحق في المطالبة به طالما لم تتغير الظروف التي يناط بها فرض الشروط القانونية ، وكذلك يترتب على كون حق القسمة مبادلة على الملكية عدم ضمان خلو العين المتصرف فيها من حق القسمة ، بخلاف حق القسمة الناقلة أو الكاشفة الذي يترتب عليها ضمان خلو العين سواء فرضها الاتفاق أم كسبت بالتقادم

٢ – أن الوظيفة الكاشفة لحق القسمة ترتب بعد قيامها أنتفاء صفة الاطلاق ، حيث أن ممارسة هذا الحق لا تتم بصورة مطلقة دون أن يتم تنظيم ممارستها على النحو يحقق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة ، بحيث يبقى للشركاء الحق في التمتع والتصرف في ارضه ، ولكن في الحدود المسموح بها قانوناً .

٣– قد أصاب المشرعان العراقي والمصري عندما أعطيا للقاضي سلطة تقديرية لتقييم استعمال شريك الارض الشائعة وشركاء الآخرين لحقهما في القسمة الذي قرره القانون وفقاً للغاية التي استهدفها المشرع ، بغية تجنب التعرض في استعمال الحق من جانب أي طرف .

٤–حسناً فعل المشرعان العراقي والمصري بوضع شروط ومعيار محدد النصوص القانونية المنظمة لحق القسمة لبيان تحديد كفاية الشروط المتعلقة بالشركاء المشتاعين من عدمه ، باعتباره من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع .

ثانياً ـ التوصيات :

١– نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٠٧٠) من القانون المدني وإضافة فقرة جديدة يكون نصها : (ان حق القسمة الأرض الشائعة يمثل الحق الذي يثبت لأي أرض يكون ، هناك حائل بينها وبين الطريق الشائع واحد المرافق العامة.

٢ – يوصي الباحث كلاً من المشرعين العراقي والمصري بإضافة فقرة جديدة إلى المادة) ٨٢٦) مدني مصري ، والمادة (١٠٧٠) مدني عراقي ، التي تنص على تقرير حق القسمة ولو كان نطاق تطبيق الاثر الكاشف راجعاً الى فعل الشريك مع مراعاة عدم زيادة التعرض في تلك الحالة . ولاسيما أن حالة الشيوع كمبرر لتقرير حق القسمة تكون ثابتة وبالتالي يتعين تقرير حق القسمة لصاحب الأرض المقسومة ولكن من جهة اخرى يتم مضاعفة التعرض الممنوح لصاحب الأرض التي بها حق القسمة وبذلك يتم التوفيق فيها بين المصالح المتعارضة لكلا منهما

٣– نهيب بالمشرعين العراقي والمصري بأن يحذوا حذو المشرع الفرنسي بالنص على أن يؤخذ حق القسمة على أساس الديون تكون أوصافاً بين العقار المقسوم وأقرب الطرق مسافة لان المسافة الاقل لا شك تحقق أقل ضرراً كما سبق وأوضحنا.

٤–يقترح الباحث على المشرع المصري بشأن الديون المقررة عن طريق حق القسمة تعديل النص القانوني واجازة للشركاء قسمتها . لأن تعديل النص على هذا النحو أنما ييسر على القاضي أتباع معياراً واضحاً يتم على ضوئه تحديد معيار الديون الاجمالي ويسهم في تجنب أساءت استخدام القاضي لسلطته من جهة اخرى بما يتفق مع مقتضيات العدالة .

المصادر

اولا : المصادر العربية

١. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهب ١٩٦٢ م

٢. بن منظور، لسان العرب، حرف الحاء ، الجزء الثالث ، دار الصادر ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر

٣. د . عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، القاهرة

٤. د . احمد زكي بدوي، معجم المصطلحات الاعلامية، الطبعة الاولى ، دار الكتاب اللبناني، بيروت ، ١٩٨٥ م ،

٥. د . سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية ، دار الولاء الحديثة، دون سنه نشر،

٦. د . محمد حسين منصور، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،

٧. د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٤

٨. د . توفيق حسن فرج ،الحقوق العينية الاصلية ، المكتب العربي للطباعة، الإسكندرية، ١٩٨٧ م
٩. د . حسن علي ذنون ، العقود المسماة عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد، ١٩٥٣م ،
١٠. .د. فريد فتيان ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني ، معهد الدراسات والبحوث العربية ، بغداد ،١٩٨٥
١١.د . حسن كيره ، الموجز في احكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثانية، ١٩٩٣
١٢.د . رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الاصلية ،(احكامها ومصادرها) ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١،
١٣.د . صلاح الدين ناهي الوجيز في النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني مطبعه العاني بغداد ١٩٥٠م
١٤.د . طارق كاظم عجيل حق الملكية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩
١٥.د . محمد حسين منصور، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق
١٦.د . محمد شفيق العاني ، احكام الأوقاف ، الطبعة الرابعة ، مطبعة النصر ، القاهرة ، ١٩٥١،
١٧.د . محمد عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطباعة ، بغداد ، ١٩٥٤ ،
١٨.د . مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧،
١٩.د شوقي محمد صلاح، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، اكاديمي الشرطة، كلية الشرطة، القاهرة ، ٢٠٠٨
٢٠.د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، شركة السعدون ، للطباعة والنشر ، بغداد ، الجزء الأول ،٢٠٠٠ م ،
٢١.د. محمد حسين منصور الوجيز في الحقوق العينية الأصلية دون سنه نشر
٢٢.د. هلال عبد الاله احمد ، فكرة المصلحة في استعمال الحق، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢،
٢٣.د. إبراهيم ناجي ، حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي الزراعية ،الطبعة الثانية ، مطابع الفلاح ، بغداد ،١٩٢٥م
٢٤.د. جيرا ، دروس اولية في القانون الروماني ، الطبعة الثالثة، ١٦ ١٩
٢٥.د. حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥٤
٢٦.د. حسن كيره، الموجز في احكام القانون المدني ،الحقوق العينية الأصلية، منشاة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثانية، ١٩٩٣
٢٧.د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل الى القانون المصري واللبناني ، الجزء الثاني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر
٢٨.د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، طبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢
٢٩.د. شاكر ناصر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية الجزء الاول، ١٩٦٩، .
٣٠.د. صلاح الدين الناهي، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، دار الطباعة والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦١ م
٣١.د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠
٣٢.د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٢،
٣٣.د. عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف ، الطبعة الرابعة ، مطبعة النصر ، القاهرة ، ١٩٥١ ،
٣٤.د. علي حسن الذنون ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية شركة الرابطة ، للطباعة ، بغداد ، ١٩٥٤ ،
٣٥.د. محمد طه البشير، غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٦
٣٦.د. محمد لبيب شنب الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ،١٩٧٢م
٣٧.د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ،
٣٨.د. منير القاضي ، محاضرات في القانون المدني ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٤،
٣٩.د. حامد مصطفى ، شرح القانون المدني الملكية واسبابها ، شركة التجارة والطباعة ، القاهرة ، الجزء الأول ،١٩٥٣،
٤٠.د. نبيل ابراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٥
٤١.د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ،
٤٢.د. عارف العارف مجموعة الاحكام للاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٧ م ،

٤٣. العلامة حسين المرصفي ، الوسيلة الادبية للعلوم العربية ، الطبعة الأولى، مطبعه المدارس ، دون سنه نشر

ثانيا / المعاجم اللغوية

١. قاموس ومعجم المصطلحات الفقهية ، الموقع الالكتروني http.//www.almaany.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١ / ٢٠٢٥ .

٢. معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط ، بالطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٤ ،

ثالثا / القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ ، رقم ٣٠١٥ تاريخ ١٩٥١/٩/٨

٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ صادر بقصر القبة في٩ رمضان، ٣. قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ ١٩٥٢ .

٣. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني ، الجزء الثاني

رابعاً/ المواقع الالكترونية

١. ابو خالد السلمي، الموقع الالكتروني ، hdeeth. Com / vb/showthowthreed تاريخ الزيارة ١٠ /١ /٢٠٢٥.

هوامش البحث

(١)د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ،ص ٣٤ .

(٢) د شوقي محمد صلاح، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، اكاديمي الشرطة، كلية الشرطة، القاهرة ، ٢٠٠٨ ،ص ١٨٤ .

(٣)د . حسن كيره ، الموجز في احكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثانية، ١٩٩٣ ص ١٠٣ .

(٤) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص ٦٨ .

(٥) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، رقم ٣٠١٥ تاريخ ١٩٥١/٩/٨ ،ص١٦٨ .

(٦) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ صادر بقصر القبة في٩ رمضان، ص ٣٥٠.

(٧) د. محمد طه البشير، غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٦ ص ١١٧ .

(٨) د. حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥٤ ،ص ٧٤ .

(٩) د . طارق كاظم عجيل، حق الملكية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩ ،ص٢٢٩.

(١٠) د. حسن كيره، الموجز في احكام القانون المدني ،الحقوق العينية الأصلية، منشاة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثانية، ١٩٩٣ ص ١٩٤

(١١) د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهب ١٩٦٢ م، ص٢٠١.

(١٢) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٥ صاد ١٢٥

(١٣) د. محمد حسين منصور، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية دون سنة نشر، ص ١٠٠.

(١٤) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٢، ص٢٢٤.

(١٥) يقابل هذا النص في التقنين المدني المصري المادة(٨٣٤)وهو نص مطابق كما سبق أن أشرنا سابقا عدا ما يتعلق بالاتفاق عن القسمة فانه قضى الاتفاق على عكس التقنين العراقي لا يقر الاتفاق وانما الشرط .

(١٦)المادة (٨٥٠) من القانون المدني العراقي .

(١٧)المادة(٨٥٠) من القانون المدني المصري .

(١٨)المادة(٤١) من القانون الولاية على المال في القانون المدني المصري.

(١٩) د. محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص ١١٧ .

(٢٠) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ،حق الملكية، مرجع السابق، ص ١٠١ .

(٢١) د. محمد طه البشير، غني حسون طه ،الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق ، ص١١٧ .

(٢٢) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق ص ١١٧ .

(٢٣) نقض مدني مصري ١، ١٢ ، ٢٠٠٧ ، رقم الطعن (٣٨٧) الأسبوع القانوني، ٢٠٠٨، ١٢٧ ، رقم ٥

(٢٤) نقض مدني عراقي ٣/٢٠/ ١٩٨٤ رقم الطعن (٩٨٤) مجموعة الأحكام العدلية ١ / ٢/ ٣/ ٤ لسنة، ١٩٨٤، ص ٩٥٧.

(٢٥) د. شاكر ناصر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الاول، ١٩٦٩، ص ٥٦٠.

(٢٦) المادة ١٣٩ مدني عراقي.

(٢٧) المادة ١٤٢ مدني عراقي.

(٢٨) د . محمد حسين منصور، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص ١٠٢.

(٢٩) د. جيرا ، دروس اولية في القانون الروماني ، الطبعة الثالثة، ١٦ ١٩، ص ٣١٠ .

(٣٠) د . سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية ، دار الولاء الحديثة، دون سنه نشر، ص ٢٠٢ .

(٣١) د . محمد حسين منصور، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ص ١٢٧ .

(٣٢) د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ .

(٣٣) د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٤٧٢ .

(٣٤) د. محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ،١٩٧٢القاهرة، م ص ٣١٤ .

(٣٥) د . حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص ٢١٧ .

(٣٦) د. محمد لبيب شنب ،الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص ٣١٥ .

(٣٧) د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية ،مرجع سابق ،ص ٢١٧ .

(٣٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد ، حق الملكية، مرجع سابق ،ص ٥٧٢ .

(٣٩) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٤٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، حق الملكية، مرجع سابق، ص، 155 .

(٤١) د. طارق كاظم عجيل، حق الملكية ، مرجع سابق، ص ٦٢ – ٦٣

(٤٢) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص ١٢٨ .

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، حق الملكية، مرجع سابق ،ص٥٧٣– ٥٧٤ .

(٤٤) د . محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ،ص ٣١٦ .

(٤٥) د . احمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق ،ص ٤٠٧ .

(٤٦) د . حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ٢١٨ .

(٤٧) د . حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ٢١٨ .

(٤٨) نقض مدني ٢٢ / يناير ١٩٥٣م ، رقم الطعن(٥٤) لسنه، (٤٠) قضائية

(٤٩) د . حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ .

(٥٠) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ .

(٥١) د . احمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري ، مرجع سابق ، ص٤٢٢ .

(٥٢) د. إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص٢٧١ .

(٥٣) د . إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٣١٢ .

(٥٤) د . رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها
،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص ٩٢ .

(٥٥) د . حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، مرجع سابق ٢٣١

(٥٦) د . اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٤ .

(٥٧) د . نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

(٥٨) د . همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ٤٨٨ .

(٥٩) د . نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ١٥١ .

(٦٠) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢٤٢

(٦١) قاموس ومعجم المصطلحات الفقهية ، الموقع الالكتروني http.//www.almaany.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١ / ٢٠٢٥ .

(٦٢) ابو خالد السلمي، الموقع الالكتروني ، hdeeth. Com / vb/showthowthreed تاريخ الزيارة ١٠ /١ /٢٠٢٥.

(٦٣) د . محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ص ١٢٢ .

(٦٤) د . سعيد سعد عبد السلام ، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

(٦٥) د . جمال زكي، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ١٩٧٢ ، ص ١٨٦ .

(٦٦) د . محمد شريف عبد الرحمن، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص ٥٥٨ .

(٦٧) د . محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

(٦٨) د . اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ .

(٦٩) د . رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ٩١ .

(٧٠) د . محمد لبيب شنب ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٣١٥ .

(٧١) د . اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ .

(٧٢) د . احمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ص ٤٠٢ .

(٧٣) د . نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٧٤) د . رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٩١ .

(٧٥) د . نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

(٧٦) د . احمد سلامة ، الملكية الفردي في القانون المصري، مرجع سابق، ص ٤٠٢ .

(٧٧) د . نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٧٨) د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ،ص ٢٨٣.

(٧٩) د . عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مرجع سابق، ص ٢٢٨ .

(٨٠) د . اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ،ص ٢٨٥ .

(٨١) د . محمد شريف عبد الرحمن ، حق الملكية ، مرجع سابق، ص ٥٦٣ .

(٨٢) د. سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية ، مرجع سابق، ص ٢٠٥ .

(٨٣) مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٤٢ .

(٨٤) د . احمد زكي بدوي، معجم المصطلحات الاعلامية، الطبعة الاولى ، دار الكتاب اللبناني، بيروت ، ١٩٨٥ م ، ص١٥٤ .

(٨٥) ابن منظور، لسان العرب، حرف الحاء ، الجزء الثالث ، دار الصادر ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر ،ص ٢٨٢ .

(٨٦) العلامة حسين المرصفي ، الوسيلة الادبية للعلوم العربية ، الطبعة الأولى، مطبعة المدارس ، دون سنه نشر، ص٣٨٥ .

(٨٧) د. هلال عبد الاله احمد ، فكرة المصلحة في استعمال الحق، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥٢ .

(٨٨) د. محمد لبيب شنب ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص٣٢٠ .

(٨٩) د . توفيق حسن فرج ،الحقوق العينية الاصلية ، المكتب العربي للطباعة، الإسكندرية، ١٩٨٧ م ، ص ٢٧٠ – ٢٧١ .

(٩٠) د . صلاح الدين ناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٠م ، ص ١٩٤ .

(٩١) د . محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص١٩٣ .

٩٢ د . عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، القاهرة، ص ١٩٥ .

(٩٣) د . محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٣٠ .

(٩٤) د . احمد سلامة ، الملكية االفردية في القانون المصري ، مرجع سابق، ص٤٢٣ .

(٩٥) د . محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٢٩ .

(٩٦) د. رمضان ابو السعود ،عن الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .

(٩٧) محمد شريف عبد الرحمن، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص ٥٧٥ .

(٩٨) د. صلاح الدين الناهي، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، دار الطباعة والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦١ م، ص ١٧٤ .

(٩٩) د. احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق، ص١٢٣ .

(١٠٠) كذلك الحكم في القانون المدني المصري المادة (٨٤٥) اما في مجلة الاحكام العدلية فالمتقاسم طلب فسخ القسمة الرضائية أو القضائية ففي القسمة الرضائية كان الرضا مبنيا على اعتقاد المعادلة خلاف ذلك في القسمة القضائية ايضا جائز لان اعتبار تصرف القاضي مشروط بالعدالة

(١٠١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، مرجع سابق ،ص ٩٧٨ .

(١٠٢) د . حسن علي ذنون ، العقود المسماة عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد، ١٩٥٣م ، ص٣١٤ .

(١٠٣) د. فريد فتيان ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني ، معهد الدراسات والبحوث العربية ، بغداد ،١٩٨٥ ، ص٧٧ .

(١٠٤) د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، طبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢، ص٢٠٧ .

(١٠٥) د. إبراهيم ناجي ، حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي الزراعية ،الطبعة الثانية ، مطابع الفلاح ، بغداد ،١٩٢٥م ، ص ٣٠٤.

(١٠٦) د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص١٢٩ .

(١٠٧) د . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

(١٠٨) القرار (رقم ٩٧٩ / الهيئة المدنية الصلحية / ٩٦٤ / ٧ / ٧ ٩٦١) ، قضاء محكمة التمييز العراقية ، السنة الثانية ، ص ١٨.

(١٠٩) د. احمد سلامة ، الملكية الفردية ، في القانون المصري ، مرجع السابق ، ص٣٧٦ .

(١١٠) د. إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ .

(١١١) د . محمد عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطباعة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص٨٤ .

(١١٢) د. علي حسن الذنون ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة ، للطباعة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص٨٤ .

(١١٣) د . مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧، ص٥١٤ .

(١١٤) د . محمد شفيق العاني ، احكام الأوقاف ، الطبعة الرابعة ، مطبعة النصر ، القاهرة ، ١٩٥١، ص ٢٠٩ .

(١١٥) د. عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف ، الطبعة الرابعة ، مطبعة النصر ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٢٠٩ .

(١١٦) د. عارف العارف، مجموعة الاحكام للاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٧ م ، ص ٢٣٥.

(١١٧) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، شركة السعدون ، للطباعة والنشر ، بغداد ، الجزء الأول ،٢٠٠٠ م ، ص٢١٥.

(١١٨) د. منير القاضي ، محاضرات في القانون المدني ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٤، ص٨٢ .

(١١٩) د. حامد مصطفى ، شرح القانون المدني الملكية واسبابها ، شركة التجارة والطباعة ، القاهرة ، الجزء الأول ،١٩٥٣،،ص ١٢٧.

(١٢٠) د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ، ص ١٧٦.

(١٢١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، ص ٦٥٥ .

(١٢٢) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠ ، ص٦٣٩.

(١٢٣) د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل الى القانون المصري واللبناني ، الجزء الثاني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ص ٤٩٠.