جـامعة بــابل
كليــة القانــون

قسمة المال المشاع

دراسة مقارنة

رسالة تقدم بها الطالب

محمد احمد عيسى الجبوري

الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الخاص

بإشراف
الأستاذ المساعد
الدكتور ميري كاظم عبيد

١٤٢٥هـ ٢٠٠٥م

قال تعالى في محكم كتابه الكريم :

بسم الله الرحمن الرحيم

(وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا)

صدق الله العظيم
سورة النساء اية(٨)

اقـــرار المشـــرف

اشهد ان اعداد هذه الرسالة تمَّ تحت اشرافي وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص.

اسم المشرف: الاستاذ المساعد د.ميري كاظم عبيد الخيكاني
التوقيع :
التاريخ:

بسم الله الرحمن الرحيم

نشهد نحن اعضاء لجنة المناقشة ،اننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة (**قسمة المال المشاع دراسة مقارنة**) وقد ناقشنا الطالب (**محمد احمد عيسى**) في محتوياتها وفيما له علاقة بها ونعتقد أنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

عضو **عضو** **رئيس اللجنة**

المشرف
الاستاذ المساعد
د. ميري كاظم عبيد الخيكاني

صدقت الرسالة من قبل مجلس الكلية

عميد الكلية
التاريخ

الإهداء ..

الى من غرس فيَ حب الوطن والعلم والصدق . . . ابي

الى التي اشعلت اصابعها شموعاً لتضيء لي دربي وسهرت

معي الليالي لإعداد هذه الرسالة . . . امي

الى الشموع التي تلألأت في مسيرة حياتي . . . أخواتي

نادية ومنى وانتصار . . .

الى كل الذين احبوني وساندوني في مسيرة دربي الطويل

. . .

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

(لئن شكرتم لأزيدنكم)

شكر وتقدير

حري بي وقد انهيت كتابة هذه الدراسة المتواضعة ان اجازي من نصحني بالاحسان احساناً واول هذه النخبة الطيبة استاذي الفاضل د. ميري كاظم عبيد الذي اغرقني بفيض نصائحه وارشاداته فكانت بمثابة سراج وهاج انار لي دربي طوال مدة كتابة هذه الرسالة ومن باب العرفان بالجميل يسرني ان اتقدم بخالص الشكر والتقدير والثناء الى اساتذتي الافاضل الذين لم يبخلوا علي بعلمهم ومساعدتهم بالارشاد والتوجيه واخص بالذكر الاستاذ الدكتور جعفر عبد الامير الياسين والاستاذ الدكتور عباس علي محمد الحسيني والدكتور هادي الخفاجي والدكتور حكمت عبد الرزاق الدباغ والدكتورة ايمان طارق الشكري والدكتور حسن حنتوش رشيد والاستاذ المساعد منصور حاتم محسن ولكافة الاساتذة الكرام في جامعة بابل /كلية القانون وموظفيها واتمنى من الله العلي القدير ان يجزيهم عني الخير والموفقية ...

وللامانة العلمية فلقد وجدت لزاماً علي وقد انهيت هذه الدراسة المتواضعة ان أتقدم بالشكر الجزيل لنخبة من اساتذتي الأعلام وادعو لهم بالصحة ودوام العافية وأول هذه النخبة الطيبة الاستاذ د. عصمت عبد المجيد والاستاذ د. اياد ملوكي والأستاذ د. جاسم العبودي لما أبدوه اتجاهي من سعة الصدر والجود على بتوجيهاتهم العلمية السديدة .

وأخص بالشكر الاستاذ الفاضل القاضي مدحت المحمود رئيس مجلس القضاة الاعلى والاستاذ الفاضل سليم علي حسين الجبوري (مستشار مجلس شورى الدولة) لرعايتهم وعطفهم الابوي ولا اظنني قادرا ما حييت على ايفاء بعض دينهم ، واقدم شكري وامتناني للاساتذة الأفاضل قضاة محكمة التمييز الاتحادية الاستاذ القاضي نعمان فتحي الراوي (نائب رئيس محكمة التمييز) والأستاذ القاضي د. رياض خليل جاسم والأستاذ القاضي خليل ابراهيم الملا حويش والأستاذ القاضي حسن الحميري والاستاذ القاضي عواد محسن والاستاذ القاضي سامي المعموري الذين لم

يبخلوا علي بعلمهم وخبرتهم القضائية الطويلة وتشجيعهم المستمر لي منذ بداية كتابتي هذه الرسالة .

كما أود ان اقدم امتناني وشكري الجزيلين الى موظفي مكتبة كلية القانون في جامعتي بابل وبغداد ومكتبة ابن خلدون التابعة لكلية القانون في جامعة الموصل وموظفي مكتبة وزارة العدل والمعهد القضائي والمكتبة المركزية ، ذلك لما ابدوه لي من مساعدة ذللت امامي الكثير من المصاعب في سبيل انجاز هذا البحث وعلى الرغم مما مر به بلدنا العزيز من الظروف الصعبة والدمار الذي حل بالمكتبات القانونية خصوصاً اثناء كتابة هذه الرسالة وبعون الله تمكنا من انجازها ..

الباحث

المحتويات

ت	العنوان	رقم الصفحة
١	**المقدمة**:	١
٢	**المبحث التمهيدي: ماهية المال المشاع وتكييف حق الشريك فيه**	٦
	المطلب الاول: ماهية المال المشاع الفرع الاول: تعريف المال المشاع الفرع الثاني: مصادر الشيوع والتمييز بينه وبين ما يشتبه به من اوضاع قانونية	٦ ٧ ١٥
	المطلب الثاني: التكييف القانوني لحق الشريك المشتاع	١٩
٣	**الفصل الاول: ما هية القسمة**	٢٣
	المبحث الاول: تعريف القسمة وموانع طلبها	**٢٤**
	المطلب الاول: تعريف القسمة والتمييز بينها وبين ما يشتبه بها من اوضاع. الفرع الاول: تعريف القسمة لغة واصطلاحا الفرع الثاني: التمييز بين القسمة وبين ما يشتبه بها من اوضاع ينتهي بها الشيوع	٢٤ ٢٥ ٣١
	المطلب الثاني: موانع طلب القسمة الفرع الاول: الموانع القانونية لطلب القسمة الفرع الثاني: الموانع الاتفاقية لطلب القسمة الفرع الثالث: الموانع المتعلقة بطبيعة المال المشاع	٣٦ ٣٧ ٣٩ ٤٥
	المبحث الثاني: الشروط العامة للقسمة	**٤٩**
	المطلب الاول: الشروط المتعلقة بالشركاء المشتاعين الفرع الاول: حضور الشركاء المشتاعين في القسمة الفرع الثاني: ان يكون المال المشاع مملوكا للشركاء وقت القسمة	٤٩ ٤٩ ٥٤

ت	العنوان	رقم الصفحة
	المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالمال المراد قسمته الفرع الاول: ان يكون المقسوم عينا اودينا الفرع الثاني: ان يكون المال قابلا للقسمة	٥٨ ٥٩ ٦٣
	المبحث الثالث: انواع القسمة	٧٢
	المطلب الاول: انواع القسمة باعتبار مصدرها الفرع الاول: القسمة الرضائية الفرع الثاني: القسمة القضائية الفرع الثالث: القسمة بنص القانون (القسمة القانونية)	٧٢ ٧٢ ٨١ ٨٦
	المطلب الثاني: انواع القسمة باعتبار المقسوم الفرع الاول: القسمة العينية الفرع الثاني: قسمة التصفية	٩٢ ٩٣ ١٠١
٤	**الفصل الثاني: دعوى القسمة وموقف الدائنين منها**	١٠٦
	المبحث الاول: دعوى القسمة	**١٠٧**
	المطلب الاول: مفهوم دعوى القسمة والمحكمة المختصة بنظرها وطرائق الطعن في الحكم الصادر فيها الفرع الاول: مفهوم دعوى القسمة الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة وطرائق الطعن في الحكم الصادر فيها	١٠٨ ١٠٨ ١١٥
	المطلب الثاني: الاجراءات التنفيذية اللازمة لدعوى القسمة ومصاريفها. الفرع الاول: الاجراءات التنفيذية اللازمة للقسمة في العقار والمنقول الفرع الثاني: مصاريف دعوى القسمة واتعاب المحاماة فيها	١٢٣ ١٢٤ ١٣٤
	ملحق دعوى القسمة	**١٣٩**
	المبحث الثاني: موقف الدائنين من القسمة	**١٥٢**
	المطلب الاول: موقف الدائنين قبل إتمام القسمة الفرع الاول: في الفقه القانوني الفرع الثاني: في الفقه الاسلامي الفرع الثالث: في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة	١٥٣ ١٥٣ ١٥٧ ١٥٨

ت	العنوان	رقم الصفحة
	المطلب الثاني: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة	١٦٣
	الفرع الاول: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة في القانون	١٦٤
	الفرع الثاني: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة في الفقه الاسلامي	١٧١
٥	**الفصل الثالث: اثار القسمة**	١٧٥
	المبحث الاول: الطبيعة القانونية للقسمة	١٧٦
	المطلب الاول: الطبيعة الناقلة للقسمة	١٧٦
	الفرع الاول: نشأة الطبيعة الناقلة للقسمة وتحديد معناها والنتائج المترتبة عليها	١٧٧
	الفرع الثاني: تقدير الطبيعة الناقلة للقسمة	١٧٩
	الفرع الثالث: الصفة الناقلة للقسمة في الفقه الاسلامي	١٨١
	المطلب الثاني: الطبيعة الكاشفة للقسمة	١٨٣
	الفرع الاول: نشأة الطبيعة الكاشفة للقسمة وتحديد معناها وتمييزها عن الاثر الرجعي للقسمة	١٨٣
	الفرع الثاني: نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة والنتائج لمترتبة عليها	١٩٠
	الفرع الثالث: الصفة الكاشفة (الافراز) للقسمة في الفقه الاسلامي	١٩٧
	الفرع الرابع: الطبيعة الكاشفة للقسمة في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة	١٩٨
	المطلب الثالث: الطبيعة المزدوجة للقسمة	٢٠٠
	الفرع الاول: تحديد معنى الطبيعة المزدوجة للقسمة	٢٠٠
	الفرع الثاني: موقف الفقه الاسلامي من الصفة المزدوجة للقسمة	٢٠٢
	الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة للقسمة في القانون المدني العراقي	٢٠٥
	المبحث الثاني: ضمان المتقاسمين واثر الغبن في القسمة	٢٠٨
	المطلب الاول: ضمان المتقاسمين في القسمة	٢٠٨
	الفرع الاول: تحديد معنى الضمان في القسمة واساسه	٢٠٩
	الفرع الثاني: شروط الضمان في القسمة	٢١٢
	الفرع الثالث: ضمان المتقاسمين في الفقه الاسلامي	٢١٥
	الفرع الرابع: ضمان المتقاسمين في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة	٢١٧
	الفرع الخامس: اثار الضمان في القسمة	٢١٩

ت	العنوان	رقم الصفحة
	المطلب الثاني: اثر الغبن في القسمة الفرع الاول: تحديد معنى الغبن في القسمة وموقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة منه الفرع الثاني: مقدار الغبن وطريقة حسابه الفرع الثالث: الغبن الموجب لنقض القسمة في الفقه الاسلامي الفرع الرابع: دعوى ابطال القسمة للغبن الفاحش واثرها	٢٢٤ ٢٢٥ ٢٢٩ ٢٣٢ ٢٣٥
٦	**الخاتمة**	٢٤٠
٧	**قائمة المصادر والمراجع**	٢٥١

المقدمة

ما من عمل الا احتاج فيه المرء الى ثلاث خصائص ... توفيق من الله وناصح أمين وواعظ من نفسه .

فالحمد لله حمداً يدوم بدوامه والحمد لله حمدا يعجز من احصائه الحفظة والحمد لله حمدا لا منتهى لحده ولا حساب لعدده ولا مبلغ لنهايته ولا انقطاع لأمده وشكراً يقصر عنه شكر كل شاكر ، وكما يقول نبينا الأكرم سيدنا محمد (ص) (كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بذكر الله فهو أبتر)

.. وبعد فمنذ ان قامت اولى الحضارات الانسانية صار فيها المال من اهم السمات الاساسية التي تميز حياة المجتمعات البشرية باعتباره الوسيلة التي لاغنى عنها لأشباع حاجات الانسان ولتحقيق أهدافه الاقتصادية والاجتماعية وكما يمكن ان يكون المال مملوكاً لشخص واحد بمفرده وهذه هي الصورة المثلى فيه فقد يكون المال ايضاً مملوكاً لاكثر من شخص مشتركين فيه على سبيل ما يعرف بالشيوع ..

وكما يرد الشيوع على حق الملكية يرد ايضا على كافة الحقوق العينية الأخر ، وعلى الرغم من كل ما قيل من مشروعية الاشتراك في الاموال واسبابها مع الاخذ بنظر الاعتبار الطبيعة الخاصة لبعض الاموال حيث يصعب على شخص واحد بمفرده ان يتملكها فقد يقول البعض بان المشرع قد نظم احكام الشيوع وادارتها وحفظ للشركاء حقوقهم اضافة لما للشيوع من تعزيز اواصر العلاقات الاجتماعية بين الافراد فاذا وجد ملكا مشاعاً بين عدد من الأخوة وكان بعضهم موسراً والبعض الاخر معسراً وقام الموسرون منهم بعمارة ذلك الملك بنّية حسنه فسيكون ذلك سبباً في تقوية اواصر الأخوّة بينهم في الملك المشاع كما سيؤدي ذلك الى تشغيل المال المشاع (وهو المشروع التجاري او الصناعي) وبالتالي استفادة الشركاء جميعهم ، الا انه ونتيجة لواقع الحياة اليومية بالتجربة العملية فقد ثبت ان المال المشاع لازال مصدراً للمتاعب وليس له أي دخل في تقوية اواصر العلاقات الاجتماعية فحينما يكون الشركاء المشتاعين من اسرة واحدة (وهو غالباً ما يحدث) يتكدر صفو الأسرة لأي اختلاف قد يحدث بشأن ادارة المال الشائع كذلك فان قيام بعض الشركاء الموسرين بالانفاق على المال المشاع قد لايكون بحسن نّية منهم أو أنه قد يفسر كذلك من بقية الشركاء لاستغلال ضعف الشركاء الآخرين مادياً أو استغلال ضعف شخصيتهم اضافة للاعتبارات النفسية المتمثلة بشعور الشريك بعدم امتلاكه للمال على وجه مستقل وان هناك من يشاركه فيه ذلك لتساوي الشركاء في الحقوق والالتزامات وكذلك في المركز القانوني مما يدفع الى اثارة الكثير من المشاكل والخلافات بينهم ، كما وانه ومن جانب اخر قد يكون الشيوع عاملاً لنفور الشركاء منه وذلك لأهمال المشروع وتركه متوقفاً وبالتالي تترتب الكثير من الاثار الاقتصادية السلبية على ذلك وبالتالي انعكاسه سلبا على مجمل حركة الاقتصاد الوطني لذا فان استقلال الفرد باستغلال ملكه المفرز لاشك

في رجحانه على الاستغلال الجماعي للشركاء في ظل حالة الشيوع لما في الملكية المفرزة من حافز قوي علىالعمل والابداع .

وعليه تظل دوما الملكية المفرزة هي الصورة المثلى للملكية ذلك لما يخوله هذا النوع من الملكية في حرية المالك للتصرف في ملكه كيفما شاء وفي حدود القانون ، حتى قيل في بيان اضرار مساوئ الشيوع (.. اذا رأيت بواراً أو خراباً فهو وقف أو شيوع) ومع ان انقضاء الشيوع يمكن ان يقع بطرائق مختلفة الا ان القسمة تتميز عن جميع الاحوال السابقة بانها الصورة الغالبة لانقضاء الشيوع والتي يطلق عليها اسم (ازالة الشيوع) بمعنى القسمة النهائية التي تفض الشيوع وهو ما سنتناوله في بحثنا اعلاه ... ولقد خصها المشرع باحكام خاصة تستند الى اعتبارات من النظام العام وذلك لوضع حد لمساوئ الشيوع الاجتماعية وكذلك الاقتصادية .

وعلى الرغم من الاهمية الكبيرة للموضوع حيث نجده قد اخذ حيزاً في الفقه والقانون والقضاء ، ومع كل ما قيل عن الموضوع من مقالات وبحوث فرعية هنا وهناك الا اننا لم نجد دراسة شاملة شافية عن المشاكل والمعوقات التي تكتنف الموضوع حيث وجدنا عزوف العديد من الباحثين والدارسين عن الخوض في هذا الموضوع اضافة الى عدم وجود دراسة اكادمية مستقلة خاصة به؛ لذا فقد هداني الله العلي القدير الى ان يكون هذا الموضوع الموسوم << قسمة المال المشاع- دراسة مقارنة >> عنواناً رسالتي ..

وتقوم منهجية البحث على ثلاثة محاور محور فقهي ومحور قانوني ومحور قضائي ، فأما في المحور الفقهي فقد بادرنا الى عرض الاراء الفقهية التي قيلت في الفقه القانوني والفقه الاسلامي ثم تحليل تلك الاراء فايدنا رأي وخالفنا اخر واما في المحور القانوني فقد عرضنا لاتجاه مختلف التشريعات المدنية الوضعية كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والقانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني وكذلك في القانون المدني الفرنسي مع التركيز على معالجة القصور الذي تعانيه بعض النصوص العراقية فكان لابد للدراسة من ان تدلو بدلوها في معالجة ذلك ، واما في المحور القضائي فقد عززنا المواقف الفقهية باحكام قضائية ذات صلة وثيقة بالموضوع ..

وقد ابتغيت تسليط الضوء على العديد من المشكلات القانونية والمعوقات التي بدت لنا من خلال هذه الرسالة وتقديم الحلول والمقترحات اللازمة بشأنها فلا يكاد يخلو مفصل من مفاصلها إلا يعالج مشكلة قانونية نشأت اما عن وجود نص قانوني لم تجر صياغته بالشكل الذي يواكب متغيرات الظروف في بلدنا العزيز ومن ابرز ما نلاحظه في ذلك ان المشرع العراقي يحدد قابلية المال للقسمة على معيار استمرار المنافع المتوخاة من المال إلا انه بالتطبيق العملي يتبين بان هذا المعيار هو معيار جامد غالباً ما يؤدي الى تقييد الشركاء والحد من قدراتهم على اجراء القسمة مما له من اثر سلبي على مجمل النشاط الاقتصادي للأفراد ، ومن ذلك ايضاً ضرورة تعديل النصوص القانونية المتعلقة بوقت تقدير التعويض الناشيء عن ضمان التعرض والاستحقاق والغبن او ان تلك المشكلات تنشأ عن اغفال المشرع العراقي النص لما كان ينبغي ان ينص عليه كعدم اصدار المشرع للعديد من التشريعات التي تخفف من الرسوم العالية لازالة الشيوع والتبسيط من الاجراءات المقتضاة لذلك بما يشجع الملاك على الشيوع على إزالة شيوعهم والحد من الاثار السلبية الناشئة عن ذلك .. ومن جهة اخرى نجد ان موضوع قسمة المال المشاع وعلى الرغم من اهميته النظرية والتطبيقية لم يعط نصيبه الكافي من الدراسة ..

وقد قسمت بحثي هذا الى مبحث تمهيدي مبيناً فيه ماهية المال المشاع وذلك من حيث تعريف المال والشيوع وكذلك لمصادره والتمييز بين الشيوع وبين ما يشتبه به من الاوضاع القانونية اضافة الى بيان التكييف القانوني لحق الشريك في المشاع فلقد وجدت أنه من الضروري بمكان وقبل الدخول في تفصيلات موضوع القسمة ان نتعرض لتلك الموضوعات ولو بايجاز ذلك انه من الطبيعي ان القسمة لا ترد إلا بعد وجود المال وصيرورته مالاً مشاعاً ... واما الفصل الاول من هذا البحث فقد خصص لبيان ماهية القسمة من حيث التعريف بها والحق في طلبها وكذلك لشروطها ولانواعها واما في الفصل الثاني من هذا البحث فقد خصص لدعوى القسمة (دعوى إزالة الشيوع) وكذلك موقف الدائنين منها سواء اكان ذلك قبل إتمام القسمة ام بعدها فيما خصص الفصل الثالث لبيان اثار القسمة وذلك من حيث تحديد الطبيعة القانونية للقسمة ومناقشة ما قيل فيها من اراء وكذلك لبيان ضمان المتقاسمين لما قد يحدث لاحدهم من تعرض او استحقاق او من الغبن الفاحش في القسمة .. ولقد اختتمت البحث بخاتمة ثّبت فيها ابرزما توصلت اليه من نتائج مع تقديم المقترحات والحلول التي نراها جديرة بالمناقشة لمشاكل هذا البحث...

وختاماً اتقدم بخالص الشكر والتقدير لاستاذي الفاضل د. ميري كاظم عبيد الذي تفضل بقبول مهمة الاشراف على هذا البحث كما اشكر السادة رئيس واعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين سيغنون البحث بملاحظاتهم القيمة .

وفي النهاية اسال الله عز وجل ان يحوز هذا البحث رضا الجميع عنا ، والله ولي التوفيق ..

ولقد وجدت ان من اللطيف وقبل الدخول في هذا البحث ان اورد بعض الابيات الشعرية للسيد عبد الرزاق الهاشمي والتي يهنئ فيها من كان يقاسي الآم غمط حقوقه من باقي شركائه ويبشرهم بقرب إزالة شيوعهم لاحقاق الحق وذلك بقوله :

يامن يقاسي الجهد من شركائه ويـــرى الاذى والبغـــي مـــن خلطائـــه

في شركة (المنقول) او في غيره كـــم احـــدثت للمـــرء جلـــب عنائـــه

ان العقار اذا تنازع اهله فعليـــــك بالتقســـــيم او بشـــــرائه

فابشر بقانون (يزيل شيوعه) ويقـــيم قســـط العـــدل فـــي اجرائـــه

واسعد به فلقد يسرك وضعه ويـــرد عنـــك الحيـــف فـــي امضـــائه

لما رأى الشركاء طال نزاعهم ابـــد الســـديد عليـــك مـــن آرائـــه

وراى بذاك عليه فرضاً لازماً اذ انصـــف المظلـــوم مـــن خصـــمائه

ومن اضطهادك قد اراحك فالتزم شـــكر الآلـــه يزيـــد فـــي نعمائـــه

المبحث التمهيدي
ماهية المال المشاع وتكييف حق الشريك فيه

لما كان المال هو الاساس الذي ترد عليه القسمة في موضوع رسالتنا وان هذا المال هو مال مشاع ، فلابد من الوقوف على ما هية المال المشاع وهو ما سيكون موضوع دراستنا للمطلب الاول من هذا المبحث ، فيما سنعقد المطلب الثاني منه لبحث التكييف القانوني لحصة كل شريك من الشركاء المشتاعين ...

المطلب الاول
ماهية المال المشاع

للوقوف على ماهية المال المشاع لابد لنا من تعريفه لغة واصطلاحاً وهو ما سنتعرض له في الفرع الاول من هذا المطلب فيما سنتعرض في الفرع الثاني منه لمصادر المال المشاع ذلك ان الدخول في حالة الشيوع في الأموال باعتبارها نوعاً خاصاً من انواع الملكية لا بد ان يتأتي ذلك من احدى مصادر كسب الملكية وباعتبار ان الملكية الشائعة نوعٌخاصٌ من انواع الملكية فلا بد ان نعرض للتمييز بينها وبين باقي انواع الملكية ..

الفرع الاول
تعريف المال المشاع

اولاً : تعريف المال المشاع لغة:-

أ- تعريف المال لغة :

يقصد بالمال في اللغة ما ملكته من كل شيء [١] ومال مَوَلاً ومُؤلاً الرجل أي صار ذا مال وكثر مالُه، ومال مولاً وامال فلاناً : اعطاه المال ومول الرجل صاحبه أي صيره ذا مال [٢]وخرج الرجل الى ماله أي الى ضياعه او جماله[٣]والعامة تقول مويّلبتشديد الياء وهو رجلٌ مالٌ ، وتمّولَ مثله ومولهَ غيره ، وانشد حسان بن ثابت قائلاً :

المال تزري باقوام ذوي حسبٍ
وقد تسوّدغير السيّدالمال

وفي ذلك البيت نهي عن إضاعة المال وقيل اراد به الحيوان أي يحسن اليه ولا يهمل وقيل اراد به التبذير والاسراف وان كان في حلال مباح كما قيل أضاعته بانفاقه في الحرام والمعاصي وما لا يحبه الله . [٤]

ويذكر المال فيقال هو المال ويؤنث المال فيقال هي المال [٥]ويطلق المال عند العرب على الابل كونها كانت اكثر اموالهم وقال البعض بان المعروف من كلام العرب بان المال هو ما تحول وتملك استناداً لقول الرسول الكريم (ص) (يقول ابن ادم مالي مالي وهل لك يا ابن ادم من مالك الا ما أكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت)[٦] .

ب- تعريف المشاع لغة :-

والمَشّاع والمُشاع لغة هو الشائع ، ونصيب مشاع أي نصيب غير مقسوم ولا معزول ، وسهم شائعٌ وشاعٌ[٧] ومنه مشاع القرى لما اشترك فيه أهاليها من الارض والغابات[١]

---

(١) طاهر الطرابلسي ، ترتيب القاموس المحيط ، ج٤ ، القاهرة ، مطبعة الاستقامة ، ١٩٥٩ ، ص٢٩٨ .

(٢) الاستاذ ابو عبد الرحمن محمد عبد الله قاسم ، المعتمد قاموس عربي عربي ، ط١ ، بيروت ، دار صادر ، ٢٠٠١ ، ص٦٦٨ .

(٣) الاستاذ احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير، ج٢، بيروت، المكتبة العلمية، د.ت، ص٥٨٦ .

(٤) الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ،المجلد ١٤ ، ط١ ، بيروت ، دار صادر ، ٢٠٠١ ، ص١٥٢ .

(٥) احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصدر السابق ، ص٥٨٦ .

(٦) رواه الامام محمد بن عيسى ابو عيسى (الترمذي) ، سنن الترمذي ، تحقيق احمد محمد واخرون ، ج٢ ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ص٢٧٤ .

(٧) الاستاذ كرم البستاني والاب موترد والاستاذ عادل انبوبا والاستاذ انطوان نعمة ، المنجد في اللغة والاعلام ، ط٢٢ ، بيروت ، المطبعة الكاثوليكية ، دار المشرق ، ١٩٧٣ ، ص٤١١ .

وكما يكون الشيوع بالسهم غير المقسوم فهو سهم مشاع [٢] وفي ذلك قول الشاعر ابن بري شاهده قول ربيعة بن مقروم :-

له وهج من التقريب شاعٍ أي بمعنى شائع ومثله
خفضوا اسنتهم فكل ناعٍ أي بمعنى نائع [٣]

ثانياً : تعريف المال المشاع اصطلاحاً :

١- تعريف المال اصطلاحاً :-

أ- في القانون :-

لقد عرف جانب من الفقهاء المال بانه الحق ذو القيمة المالية ايا كان ذلك الحق سواء أكان حقاً عينياً ام حقاً شخصياً ام حقاً من الحقوق الادبية ام الفنية ام الصناعية.[٤] في حين عرفها جانب اخر من الفقهاء بانه كل ماله قيمة مادية بين الناس واجاز الشارع الانتفاع به من حالة السعة والاختيار[٥] كما عرفه آخرون بانه الحق المالي الذي يرد على الشيء والشيء هو محل ذلك الحق[٦] .

ولقد جاء في المادة ٦٥ من القانون المدني العراقي بان المال هو : (كل حق له قيمة مادية) فيفهم من ذلك بان المشرع العراقي قد ميز بين الشيء وبين المال[٧]ذلك لان الشيء قد تكون له قيمة مادية وقد لا تكون وعلى خلاف هذا الاتجاه نجد نص المادة ٥٣٥ من القانون المدني الاردني حيث نصت : (المال هو كل عين او حق له قيمة مادية في التعامل) فنجد ان القانون المدني الاردني كان ادق في تعريفه للمال من القانون المدني العراقي ؛ ذلك ان الاخير قد شمل الحقوق فقط في حين نجد ان القانون المدني الاردني كان قد شمل الاعيان والحقوق فكان احسن دلالة وشمولاً الى جانب الاختصار [٨] في حين نصت الفقرة (١) من المادة ٨١ من القانون المدني المصري

---

(١) الاستاذ ابو عبد الرحمن محمد عبد الله قاسم ، المصدر السابق ص٣٢٨ .
(٢) الرازي ، قاموس مختار الصحاح ، ط١ ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٩٧٩ ،ص٣٥٣ .
(٣) الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور،المصدر السابق،المجلد ٨، ص١٨٨ .
(٤) انظر في ذلك د. محمد كامل مرسي باشا ، الحقوق العينية الاصلية ،ج١ ، ط٢ ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، احمد حسن غزي وشركاه ، ١٩٥١ ص١٧ وانظر كذلك بذات الاتجاه ايضاً د. سعيد عبد الكريم مبارك ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، شركة الرابطة للطباعة والنشر ،١٩٧٣ ص٧ .
(٥) د. مصطفى الزلمي والاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ،١٩٨٩ ،ص١٧٥ .
(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية ، ج٨ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٧ ص٩ .
(٧) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بغداد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،١٩٨٢ ،ص١٠ .
(٨) الاستاذ ناصر جميل الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، ط١ ، عمان ، مطابع الارز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨ ص٥٨ .

على انه : (كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية) وعليه نستنتج بان قسماً من التشريعات المدنية قد ميزت بين المال وبين الشيء (مع انها عادت وخلطت بينهما) وهو ما نجده في التشريع العراقي والمصري في حين نجد ان قسماً اخر من التشريعات المدنية كالتشريع الاردني قد وسعت من مفهوم المال فيها فشملت اضافة الى الحقوق الاعيان ايضاً باعتبار ان للاعيان ماليتها ومن هذا الجانب فهي تدخل ضمن الحقوق.

ب- في الفقه الاسلامي :-

لقد عرف فقهاء المسلمين من الحنفية المال بانه عين يجري فيه التنافس والابتذال [١]او بان المال هو اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وامكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار [٢] او بانه ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية تثبت بتمويل الناس كافة او بعضهم والتقوّم يثبت بها وباباحة الانتفاع بها شرعاً فيما يباح بلا تمول الناس فيه لا يكون مالاً ومثاله حبة حنطة واما ما يتمول منه بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر فان عدم الامر ان لم يثبت واحد منهما كالدم مثلاً [٣]

ولقد جاءت المادة ١٢٦ من مجلة الاحكام العدلية بذات الاتجاه الذي كان الفقهاء المسلمون من الحنفية قد قالوا به في تعريف المال حيث نصت المادة ١٢٦ على انه : (المال هو ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولاً كان او غير منقول) فقول التعريف (وهو ما يميل اليه طبع الانسان) يخرج ما لا يميل اليه طبع الانسان كلحم الميتة والانسان الحر وغيره اما قوله (يمكن ادخاره لوقت الحاجة) فيخرج بذلك كل ما لا يقع بيعه وشراؤه كحبة قمح وغيرها من الجزئيات .[٤]

الا ان هذا التعريف تعريف منتقد ؛ ذلك لكونه تعريفاً ناقصاً فهو غير شامل فاذا اخذنا مثلاً الخضراوات او الفواكه وغيرها فهي تعتبر مالاً وان لم تدخر وذلك لسرعة فسادها ، كذلك نجد في هذا التعريف انه تعريف يحكم طبع الانسان بمعيار قلق وغير مستقر كما انه يختلف من شخص الى اخر ؛ ذلك ان بعض الاموال كالسموم والادوية المرة تنفر منها الطباع البشرية على الرغم من انها مال حسب مفهوم التعريف اضافة

---

(١) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج٤ ، ط٢ ، القاهرة – مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٦٦ ، ص٥٠١ .

(٢) انظر في ذلك الامام العلامة الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، ط١ ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، د. ت ، ص٢٧٧ .

(٣) خاتمة المحققين محمد امين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، ج٧ ، ط٢ ، بيروت ، دار الكتب العلمية منشورات محمد علي بيضون ، ٢٠٠٣ ، ص١٠ .

(٤) انظر في ذلك الاستاذ علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام العدلية ، الكتاب الاول ، بغداد ، منشورات مكتبة النهضة ، د- ت ص١٠٠ .

الى المباحات الطبيعية قبل احرازها كالطيور في الهواء او الاسماك في المياه او الوحوش والاشجار في الغابات[١] .

واما تعريف المال عند جمهور فقهاء المسلمين من غير الحنفية كفقهاء الشافعية فيعرفون المال بانه لا يقع اسم مال الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما اشبه ذلك [٢]

٢- تعريف الشيوع اصطلاحاً :

أ-في القانون :-

كما يكون المال مملوكاً لشخص واحد بمفرده وهذه هي الصور المثلى للملكية يمكن ايضاً ان يكون مملوكاً لاكثر من شخص واحد ومن هنا تنشأ حالة الشيوع ، ولقد عرف جانب من الفقهاء حالة الشيوع في الاموال بانها ملكية شخصين او اكثر مالا لم تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع في ذلك المال ومثاله ملكية الورثة للتركة قبل توزيعها[٣] فيما عرفها جانب اخر من الفقهاء بكونها حالة قانونية يكون فيها الحق مملوكاً لعدة اشخاص دون تحديد نصيب كل منهم مادياً في الشيء ولكنه يتعين معنوياً في الحق نفسه. [٤]

كما عرفها آخرون منهم بانها حالة من احوال الملكية يكون فيها الشيء محلا لملكيات فردية مختلفة تتحدد فيها انصبة الشركاء في الشيء دون تمييز وتفرقة فكل شريك يكون مالكا لكل جزء من الشيء المملوك بدون تعيين وبغض النظر عن قابلية المال للقسمة من عدمه[٥].

الا اننا نميل الى تعريف حالة الشيوع بانه مال مملوك لاكثر من شخص واحد دون ان يتعين لاي من الملاك نصيب مادي معين فيه حيث تتحدد حصة كل شريك من الشركاء في ذلك المال بحصة شائعة يرمز اليها بنسبة حسابية كالنصف او الثلث او الربع [٦].

ولقد عرفت الفقرة (١) من المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي حالة الشيوع بقولها : (اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع...) وتوافق هذه المادة في القانون المدني المصري المادة ٨٥٢ منه بقولها: (اذا ملك اثنان او اكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص

---

(١) د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج٤ ، دمشق ، دار الفكر المعاصر ، ٢٠٠٤ ، ص٢٨٧٦ .

(٢) الامام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، الاشباه والنظائر ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، المجلد الاول ، بيروت ، منشورات محمد علي بيضون ، ٢٠٠١ ، ص٢٧٦ .

(٣) د. مصطفى الزلمي ود. عبد الباقي البكري، المصدر السابق ،ص ١٧٨ .

(٤) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٥ ،ص١٥ .

(٥) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م ، ١٩٦١، ص١١١.

(٦) انظر بهذا الاتجاه د.سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ص٦٤.

متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك) وتوافق هذه المواد في القانون المدني الاردني المادة ١٠٣٠ منه بقولها : (.. اذا تملك اثنان او اكثر شيئا بسبب من اسباب التملك دون ان تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع..).

وعليه يظهر ان التشريعات المدنية قد اجمعت على ان الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات [١].

ب- في الفقه الاسلامي:-

لقد عرف الفقهاء المسلمون[٢] من الحنفية حالة الاشتراك في الاموال (وهو

---

(١) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج٢،عمان، نقابة المحاميين الاردنين، ص٦٥١.

(٢) ولقد استدل الفقهاء المسلمون على مشروعية الاشتراك في الاموال (الشيوع) لما جاء في القران الكريم والسنة النبوية والاجماع:-

اولا: في القرآن الكريم: وذلك في قوله تعالى:(فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) سورة النساء اية ١٢، وانظر تفسير الاية بهذا المعنى في تفسير الجلالين للامامان الجليلان جلال الدين محمد بن احمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، ط٢، بغداد، مطبعة بابل،عبد الرحمن الحياوي، ١٩٨٤ ص١٠٠، وكذلك في قوله تعالى: (ام لهم شركاء شرعوا لهم) سورة الشورى اية ٢١، وفي قوله تعالى: (وان كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض الا الذين امنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم)سورة ص اية ٢٤.

ثانيا: في السنة النبوية: لقد ثبتت مشروعية الاشتراك في الاموال وذلك بالحديث القدسي بقوله (ص) ان الله تعالى يقول: (انا ثالث الشريكين مالم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما) رواه سليمان بن الاشعث ابو داود السجستاني الازدي، سنن ابي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج٣، دار الفكر ، د.ت ص ٢٥٦ وكذلك ما جاء في قوله (ص) (يد الله على الشريكين مالم يتخاونا) رواه علي بن عمر الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني ، ج٣، دار المعرفة، ١٩٦٦، ص٣٥، كما روى ان السائب بن ابي السائب كان شريكا للنبي (ص) قبل المبعث وقد افتخر بشركته بعد المبعث فلم ينكر عليه وان البراء بن عازب وزيد بن ارقم كانا شريكين وان السائب قال للنبي (ص) كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني: رواه محمد بن يزيد ابو عبد الله القزويني ، سنن ابن ماجة، ج٢، بيروت، دار الفكر، للمحقق محمد فؤاد عبد الباقي، د.ت ص ٧٦٨.

ثالثا: الاجماع:- وذلك لان الشركة في الاموال هي وسيلة لابتغاء الفضل فقد يوجد لبعض الناس اموال كثيرة لكنهم يجهلون اصول التجارة وتنظيمها في حين يوجد من الناس من له معرفة في اصول التجارة الا انه لا مال له فاذا عقد كل منهم شركة فيستفيد احدهما من رأس ماله والاخر من علمه وحسن ادارته وتنظيمه: انظر في ذلك الاستاذ علي حيدر، المصدر السابق ، الكتاب العاشر، ص١ .

الشيوع عندهم) بانها عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح [١] في حين نجد ان فقهاء المالكية يعرفونها بانها الاذن بالتصرف لهما مع انفسهما أي ان ياذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في ان يتصرف في مال لهما مع ابقاء حق التصرف لكل منهما [٢] فيما نجد ان فقهاء الشافعية يعرفونها بانها ثبوت الحق في شيء لاثنين فاكثر على جهة الشيوع [٣] وقد عرفها فقهاء الحنابلة بانها الاجتماع بين عدة اشخاص في استحقاق او تصرف[٤] واما فقهاء الجعفرية فقد عرفوها بانها كون الشيء واحداً لاثنين او اكثر او ان الشركة العقدية هي عقد يقع بين اثنين او اكثر على الاشتراك فيما يحصل لهم من ربح وفائدة من الاتجار او الاكتساب وغيرهما[٥].

وعليه نستنتج بان جميع الفقهاء المسلمين قد تناولوا موضوعها مع بعض التباين في تعريفها حيث ورد بعضها على ذاتية الشيوع وحقيقته ومفهومة في حين جاء تعريف الاخرين منهم واردا على اثر الشيوع والنتائج المترتبة عليه...

---

(١) الشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج٣،ط٢،دمشق ، دار الفكر،١٩٧٩ص٣٦٤.

(٢) العالم شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٣،دار احياء الكتب العربية،عيسى البابي الحلبي ص٣٤٨.

(٣) الامام ابو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج٥، بيروت دار الكتب العلمية، ص ١٨٥.

(٤) الشيخ ابو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج٥، القاهرة، مكتبة القاهرة، علي يوسف سليمان،د.ت، ص١.

(٥) السيد علي الحسيني السيستاني،منهاج الصالحين، ج٢، ط٤، بيروت،دار المؤرخ العربي،١٩٩٨،ص١٦١.

الفرع الثاني
مصادر الشيوع والتمييز بينه وبين ما يشتبه به من اوضاع قانونية

اولا: مصادر الشيوع:-

من الممكن القول ان مصادر كسب الملكية ذاتها في الملك التام هي التي تؤدي الى نشوء حالة الشيوع وابرزها:-

١- التصرف القانوني: كعقد شراء من شخصين فاكثر لمال معين فهم شركاء فيه على الشيوع[١] او على العكس كما لو باع شريكان مشتاعان مالهما لمشترٍ واحد فهما شركاء في ثمن ذلك المبيع فنجد ان الشيوع مثلما يمكن ان يكون في الاعيان فانه يكون ايضا في الديون[٢] وقد يكون ذلك التصرف على شكل وصية او هبة باعتبارهما صادرين عن ارادة منفردة.

٢- الواقعة المادية: واهم صورها هي واقعة الوفاة حيث يموت المالك فتنتقل تركته شائعة بين ورثته او ان تلك الواقعة تتمثل في قيام احد الشركاء المشتاعين بوضع يده على حصص باقي الشركاء المشتاعين حتى يكسبها بالتقادم الطويل[٣] كما انها يمكن ان تتمثل في المسؤولية التقصيرية وبالتالي نشوء الشيوع في التعويض النقدي الناشئ عنه[٤]

٣- نص القانون: ان نصوص بعض القوانين يمكن ان تكون مصدرا لنشوء حالة الشيوع كما هو الحال في القرارات او القوانين التي تكرم ذوي العلماء والمخترعين والمفكرين وكذا الاوسمة والانواط الممنوحة لذوي الشهداء وغيرها [٥].

ثانيا: التمييز بين الملكية الشائعة وبين ما يشتبه بها من اوضاع قانونية :-

تتميز الملكية الشائعة باعتبارها نوعا خاصا من انواع الملكية التامة عن بعض الاوضاع والانظمة القانونية كالملكية الفردية والملكية المشتركة(الجماعية) وملكية الطبقات ونظام اشتراك الاموال بين الزوجين:-

١- التمييز بين الملكية الشائعة وبين الملكية الفردية:-

ان الملكية الشائعة هي مرحلة وسط بين الملكية الفردية وبين الملكية المشتركة إلا انها اقرب الى الملكية الفردية فهي تتفق مع الملكية الفردية باعتبار ان كلا منهما من

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص٨٠١.
(٢) د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية، ج١، ط٣، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥٢، ص١٧٢.
(٣) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفة، المصدر السابق ص١٧.
(٤) د. مصطفى الزرقا، المصدر السابق ص١٧٢.
(٥) الاستاذ محمد طه البشيرود غني حسون طه، المصدر السابق ص ١٣٢.

انواع الملكية التامة [١] فالملكية الفردية اما ان تكون مفرزة او شائعة ، الا ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة في صاحب الحق وفي محل الحق ففي الملكية الشائعة حيث يكون في المالك اكثر من شخص واحد يملكون مالا معينا في حين ان المالك في الملكية المفرزة هو شخص واحد يملك مالا معينا، اما في محل الحق حيث تتعين حصة المالك في الملكية المفرزة تعيينا ماديا[٢] في حين نجد ان حصة الشريك في الملكية الشائعة تتعين تعينا معنويا، كما أنه ليس من حق المالك في الشيوع ان يستهلك المال او ان يستعمله بشكل يضر معه باقي شركائه وهذا على خلاف الملكية المفرزة [٣].

(١) الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي، اصول الدعوى المدنية، بغداد، مطبعة الزمان، ١٩٩٩ ، ص١١٣.

(٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية، بغداد، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، ١٩٥٤، ص٦٤.

(٣) د. سليمان مرقس ود. محمد علي امام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، القاهرة، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٥، ص٤٦٥.

٢-التمييز بين الملكية الشائعة وبين الملكية المشتركة (الجماعية) :

تختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية والتي تعرفها القوانين الجرمانية كالقانون الالماني والسويسري فالملكية المشتركة هي ملكية اثنين فاكثر لشيء واحد مجتمعين كأن يضع كل منهم عينا من المال فيؤلف المجموع مالا مشتركا او رأس مال شركة او كان يكون منزلا مشتركا لعدد من الناس كل منهم له طبقة فيه[١] ويتمثل الاختلاف بين الملكية الشائعة وبين الملكية المشتركة في حق كل شريك من الشركاء ففي الملكية المشتركة يكون حق كل شريك من الشركاء غير منصب على جزء مفرز من المال المشترك حيث يكون كل المال مملوكا لكل الشركاء الذين يتألف منهم المال المشترك [٢]كما ان حق كل شريك في الملكية المشتركة يكون متحولا من حق عيني الى حق شخصي واردا على حصة من الارباح او المنتوجات في المشروعات الانتاجية فاما اذا جرت القسمة فبعد اجرائها يعود حق الشريك في الملكية المشتركة الى الحق العيني[٣] .

٣- التمييز بين الملكية الشائعة وبين ملكية الطبقات:

تختلف الملكية الشائعة عن ملكية الطبقات فبينما نجد ان ملكية الطبقات ملكية مفرزة يملك فيها كل فرد طبقة من العقار لا يشاركه فيها احد من باقي ملاك العقار في حين نجد من جهة اخرى ان ملكية الطبقات ملكية مشاعة وذلك فيما يتعلق بالمنافع المشتركة والارض التي يقام عليها العقار[٤].

---

(١) د. حامد مصطفى، الملكية واسبابها، ج١، بغداد، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، ١٩٥٣ ص١٠٥.

(٢) د. جعفر محمد جواد الفضلي، ايجار العقار الشائع في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة ، بغداد، وزارة العدل، العدد الاول، كانون الثاني، ٢٠٠١، ص٧٨.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق ص ١١٣.

(٤) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه، المصدر السابق ص١٦.

٤- التمييز بين الملكية الشائعة وبين نظام اشتراك الاموال بين الزوجين:

يقصد بنظام اشتراك الاموال بين الزوجين وهو كنظام معروف في القانون الفرنسي ينشا عن مشاركة احد الزوجين بكل او بجزء من ماله مع زوجه استنادا على عقد الزواج لغرض تحقيق اهداف قانونية معينة كاتفاق الزوجين على تسديد جميع ديونهما الشخصية او بعضاً منها من هذا المال المشترك وقبل مالهما الخاص، وهو نظام اختياري وليس اجبارياً وليس لهذا النظام شخصية معنوية ويبرز الاختلاف بين الملكية الشائعة وبين هذا النظام في ان الاخير ينشا بمقتضى عقد الزواج وينتهي بانتهائه وحتى قبل تحقيق الغرض الذي ينشأ من اجله[١] في حين اننا نجد ان الملكية الشائعة تنشأ باي سبب يصلح لنشوء الملكية بوجه عام وتنتهي بانتهائها[٢]

(١) د. ايمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٢٦.
(٢) انظر في ذلك د.احمد عبد العال ابو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن، ط١، القاهرة ١٩٩٩، ص١٣٤.

المطلب الثاني
التكييف القانوني لحق الشريك المشتاع

لقد اختلفت اراء الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع[١] فظهرت عدة اتجاهات لتحليل تلك الطبيعة القانونية وهي:-

الاتجاه الاول: من الفقهاء من ينكر فكرة الحق العيني للشريك فيقولون إنَّ حق الشريك ليس حقا عينيا وقد انقسم انصار هذا الاتجاه الى قسمين :-

القسم الاول: منهم من يرى أنَّ حق الشريك المشتاع حق شخصي وحجتهم في ذلك ان حق الشريك المشتاع لو انه كان حقا عينيا لاستلزم ذلك ان تكون حصة الشريك مفرزة ومحددة تحديدا ماديا في حين نجد ان حصة الشريك غير محددة او انها محددة تحديدا معنويا او حسابيا في احسن الاحوال [٢].

ولقد وجهت سهام النقد الى هذا الاتجاه وذلك لان نفي فكرة الحق العيني للشريك المشتاع يتعارض مع ما يقرره القانون ذاته للشريك في المال المشاع حيث ان القانون قد منح الشريك سلطات من حيث الاستعمال والاستغلال والتصرف بجميع انواع التصرفات شريطة عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء.

واما القسم الثاني: من هذا الاتجاه فهم يقيمون فكرة الحق الشخصي على اساس ان ملكية الشركاء المشتاعين هي ملكية مشتركة او جماعية الا انها تختلف عن نظام الملكية المشتركة حيث ان الملكية الشائعة تكون لاغراض فردية في حين نجد ان ملكية الشركة تكون لاغراض جماعية ربحية [٣] كما انهم ينكرون ما يسمى بالسلطة التي يمنحها القانون لكل شريك مشتاع على حدة بل ان السلطة تكون بيد المجموع الذين يملكون المال الشائع وذلك لان هذا المجموع هو الذي يعبر عن إرادة كل الشركاء فليس لكل شريك سلطة مستقلة بذاته وكل شريك من الشركاء المشتاعين هو بمثابة دائن بحق شخصي في امكانية انتفاعه مع المجموع بذلك المال وعليه نجد ان لا سلطة قانونية مباشرة لكل شريك على حدة وانما تكون السلطة المباشرة للمجموع فهي التي تجري الوفاء بالالتزامات وتقوم باستيفاء الحقوق. ولما كانت طبيعة حق الشريك طبيعة شخصية صار من حق الشركاء اقتسام منافع الشيء الشائع الى ان تتم القسمة.

ولقد تعرض هذا الراي الى الانتقاد ايضا بدعوى ان الملكية الشائعة وعلى فرض كونها جماعية الا ان الملكية الجماعية تفترض ان يكون هناك هدف او غرض لذلك المجموع في حين نجد ان الملاك في الشيوع تكون اهدافهم متعددة حتى انها قد تكون متعارضة في بعض الاحيان وهذا ما لا ينسجم مع مفهوم الملكية، اضافة الى ان هذا الراي قد يصلح لتفسير بعض النظم كملكية اليد المشتركة والتي تعرفها بعض القوانين كالقوانين الجرمانية إلا انه لا يمكن الاخذ بها في ظل التشريعات المدنية

---

(١) انظر السيد رعد ادهم عبد الحميد السامرائي، مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٧.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ، ص٨٢.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط٣، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٦٧ ص٢١٨.

كالتشريع العراقي والمصري، وذلك لانه يمنح المجموع حقوقا دون ان يضفي عليها صفة الشخصية في حين ان الحقوق لا تثبت الا للاشخاص الطبيعية او المعنوية[١] .

الاتجاه الثاني: ومع كون الحق المشتاع حقاً عينياً الا ان من الفقهاء من يقولون انه حق عيني من نوع خاص فهو يختلف عن سائر الحقوق العينية المعروفة [٢] بمعنى ان الشيء لا يكون مملوكا لمجموع الشركاء ولا مملوكا لاحدهم [٣] وحجتهم في ذلك أن حق الشركاء لو كان حقا عينيا تقليديا لكان قد استطاع كل واحد من الشركاء ان يستاثر بذلك الحق ويحوزه دونما استطاعة أي شخص اخر ان يمنعه في حين ان هذا ما لا يحدث في الملكية الشائعة، ولقد وجهت الانتقادات الى هذا الرأي على اساس ان كل شريك عندما لا يستطيع ان يستاثر بالمال الشائع فان ذلك يكون في وجه الشركاء الاخرين ولكن الشريك بامكانه ان يستاثر بذلك المال في وجه الاغيار من غير الشركاء[٤] الا ان هذا الراي تعرض للانتقاد على اساس ان المال المشاع ان لم يكن مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل واحد منهم فمن الذي يكون مالكا اذا للمال الشائع؟ [٥]

الاتجاه الثالث: وهو الغالب الراجح الذي يقول بان طبيعة حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق فليس هو بالحق العيني ذي الطبيعة الخاصة ولا هو بالحق الشخصي وانما هو حق ملكية بمعناها الدقيق تثبت للشركاء فيه كافة الحقوق التي يخولها حق الملكية من حيث الاستعمال والاستغلال والتصرف بحصته بكافة انواع التصرفات الجائزة شريطة عدم الاضرار بباقي شركائه[٦] وكل ما في الامر ان مالك الحق في الشيوع ليس شخصا واحدا كما هو عليه الحال في الملكية الفردية المفرزة وانما هم شركاء متعددون وعليه فالشيء واحد الا ان الملاك هم متعددون ويرمز لحصة كل منهم بنسبة حسابية كالنصف او الثلث او الربع.

ولقد قطع المشرع العراقي كل خلاف حول تحديد طبيعة الشريك في الملكية الشائعة وذلك باخذه صراحة كون حق الشريك في الشيوع حق ملكية تامة [٧] هذا ما صرحت به الفقرة (٢) من المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي بقولها: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم).

كما يظهر ان المشرع العراقي وقد تعرض للتكييف القانوني لحق الشريك المشتاع قد عالجه ضمن الباب الخاص بحق الملكية [٨] وهذا الاتجاه نجده موافقا لمعظم

---

(١) د. حسن كيرة، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية احكام حق الملكية، ج١، الاسكندرية، منشاة المعارف، ١٩٦٣، ص٣٣٨.

(٢) د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٧، ص١٠٠.

(٣) د. ايمن سعد عبد المجيد سليم، المصدر السابق، ص٢٨.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق ص٧٩٨.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص١٩٣.

(٦) د. احمد عبد العال ابو قرين ، المصدر السابق ص١٢٩.

(٧) انظر بهذا المعنى د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ص١٠٥

(٨) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ص٨٥.

لمعظم التشريعات المدنية التي اخذت بهذا التكييف ومنها الفقرة (١) من المادة ٨٢٦ من القانون المدني المصري التي تنص: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..) وبنفس هذا الاتجاه نجد ايضا نص المادة ٨٢٤من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث تنص على انه : (عندما يكون شيء او حق ملكا شائعا ومشتركا بين عدة اشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك او شبه شركة وهي تكون اختيارية او اضطرارية) .

الفصل الأول

ماهية القسمة

تمهيد وتقسيم :

يتحقق انقضاء الشيوع باسباب كثيرة الا ان اهم الاسباب التي ينقضي بها واكثرها وقوعا في الحياة العملية هي القسمة لذا نجد انها قد احيطت بقواعد خاصة تميزها عن غيرها من تلك الاسباب .

فالقسمة تختلف عن تلك الاسباب بمعناها وبالضوابط التي تمنع من اجرائها ، كما ان للقسمة شروطا عامة اذا اريد للقسمة ان تنهض سليمة معافاة منتجة لكافة اثارها القانونية فلابد لها من ان تستوفيها ولما كانت الاعتبارات التي تنشا منها القسمة اعتبارات مختلفة لذا فللقسمة انواع مختلفة...

ولغرض الوقوف على حيثيات ما هية القسمة فسنخصص لها الفصل الاول ويقسم الى مباحث ثلاثة نتناول في المبحث الاول منها: تعريف القسمة وموانع اجرائها، واما في المبحث الثاني فسنتطرق فيه الى الشروط العامة للقسمة واما المبحث الثالث فسنتطرق فيه الى البحث في انواع القسمة...

المبحث الاول
تعريف القسمة وموانع طلبها

يقتضي البحث في القسمة التعريف بها لغة واصطلاحا ولما كانت القسمة سببا من الاسباب التي تنهي الشيوع فلا بد من التمييز بينها وبين غيرها من الاسباب وهذا ما سيكون موضوع بحثنا للمطلب الاول من هذا المبحث، اما في المطلب الثاني منه فسنتعرض فيه الى حق الشركاء في طلب اجراء القسمة فقد يستهدف المشرع من ابقاء الشركاء على الشيوع اما بنص القانون وذلك بدافع مراعاة المشرع للجوانب الانسانية والاجتماعية او لمراعاة اهداف وخطط التنمية الاقتصادية لذا يمنع المشرع الشركاء من اجراء القسمة فيها لحماية تلك الدوافع ومصالح الشركاء او بعضهم.. كما قد تكون تلك الموانع باتفاق الشركاء بمعنى ان يكون البقاء في الشيوع مصدره اتفاق الشركاء المشتاعين على ذلك المنع، كما قد يكون ذلك المانع منبثقا عن طبيعة المال المشاع التي تابى القسمة..

المطلب الاول
تعريف القسمة والتمييز بينها وبين ما يشتبه بها من اوضاع

سوف يقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتعرض في الفرع الاول منهما لتعريف القسمة لغة واصطلاحا فيما سنتعرض في الفرع الثاني منه للتمييز بين القسمة وبين ما يشتبه بها من اوضاع قانونية..

الفرع الاول
تعريف القسمة لغة واصطلاحا

اولا: تعريف القسمة لغة:

جاء في لسان العرب ان القسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسما فانقسم، والموضع مقسم مثاله مجلس وقسمه أي جزاه وهي القسمة، وقال الجوهري القسم بالكسر أي بمعنى النصيب والحض من الخير مثل طحنت طحنا والطحن الدقيق [١].

والقسمةُ اسم من الاقتسام[٢] وقاسمه الشيء أي اخذ كل قسيمه[٣] وقسم قسم قسما الشيء أي جزأه وفرقه، ويقال قسم الدهر القوم أي فرقهم [٤] .

وكتب عن ابي الهيثم انه انشد قائلا:

فمالك الا مقسم ليس فائتا
به احد فاستأخرن او تقدما

والقسمةُ وقسم ايضا وهي ان يأخذ كل من الشركاء او الورثة قسمه من المال او الميراث او نحو ذلك او هي النصيب[٥]

ويقال قسمت الشيء بين الشركاء واعطيت كل شريك مقسمه وقسيمه وسمي مقسم بهذا وهو اسم رجل ومنها حصاة القسم[٦]

وقسمت الشيء بينهم قسما وقسمه: والقسمة مصدر للاقتسام وفي حديث قراءة الفاتحة قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين اراد بالصلاة ههنا القراءة تسمية للشيء ببعضه وقد جاءت مفسرة في الحديث القدسي حيث قال الرسول الكريم (ص) قال الله تعالى: (قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل فاذا قال العبد الحمد لله رب العالمين قال الله تعالى حمدني عبدي...) [٧].

ثانيا: تعريف القسمة اصطلاحا:-

١- في القانون:

---

(١) انظر الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، المصدر السابق، المجلد الثاني عشر، ص٤٧٨.

(٢) الاستاذ ابو عبد الرحمن محمد عبد الله قاسم، المصدر السابق ص٦٦٨.

(٣) العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي ، القاموس المحيط، اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، بيروت، مطابع دار احياء التراث العربي، ٢٠٠٣، ص١٠٥٩

(٤) الاستاذ كرم البستاني والاب موترد والاستاذ عادل انبوبا والاستاذ انطوان نعمة، المصدر السابق، ص٦٢٨.

(٥) الاستاذ جبران مسعود، المصدر السابق، ص ١١٧٥.

(٦) وهي حصاة تلقى في اناء ثم يصب فيها من الماء قدر ما يغمر الحصاة ثم يتعاطونها وذلك اذا كانوا في سفر ولا ماء معهم الا شيء يسير فيقسمونه هكذا.. انظر في ذلك الامام محب الدين ابو فيضي السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، شرح القاموس المسمى تاج العروس، ج٩، بيروت، دار الفكر للطباعة ، د.ت ص٢٦.

(٧)رواه مسلم بن حجاج ابو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، للمحقق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار احياء التراث العربي، د.ت، ص٢٩٦.

لقد عرف الفقهاء القسمة بتعاريف عديده، فنجد ان منهم من عرفها بكونها عملية يراد فيها استبدال الملكية الشائعة بملكية مفرزة. [١]

كما عرفها آخرون بانها اخراج الملك من حالة الاشتراك الى حالة ينفرد فيها كل شريك بجزء معين منه يختص به دون غيره عينا كان او دينا أي سواء اكانت الحصة التي ينالها الشريك جزءا من المال الشائع او مالا اخر سواه [٢]

او بانها وسيلة الهدف منها انقضاء الشيوع بتقسيم المال الشائع بين الشركاء واعطاء كل منهم جزءا مفرزا يتناسب مع حصته[٣]

(١) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٧٦ .

(٢) د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع المقارنة بالقانون المدني المصري، ج١، بغداد، ١٩٦٤ ص١٢١.

(٣) د. محمود جلال حمزة، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني ج٥، ط١، عمان ، دار الحامد للطباعة، ١٩٩٨، ص٦٨.

او هي العملية التي تتحول فيها الملكية الشائعة للشيء الشائع الى ملكية مفرزة لصالح كل من الشركاء او لصالح احدهم [١] او بانها وبمعناها الواسع وسيلة يراد منها اخراج المالك من الملك المشاع الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء [٢].

الا اننا نلاحظ على التعريف الاول انه لا يعرف القسمة وانما يعرف وسائل انهاء الشيوع وما القسمة الا قسيم من اقسامها ومن ثم كان التعريف شاملا لها ولغيرها وهذا ما يتعارض بصورة منطقية عما يطلب من التعريف فالاخير يطلب منه تحديد معنى الشيء المطلوب تعريفه وبصورة تحدد حقيقته من جهة وتمنع اغياره من الدخول تحته من جهة اخرى وهو مالم يتحقق في التعريف المتقدم.

واما في التعريف الثاني فأهم ما نلاحظه عليه هو انه يقول.. عينا كان او دينا .. وعليه فهو يشمل الديون ايضا بالقسمة وهو ما يتعارض مع موقف الفقهاء المسلمين في عدم جواز قسمة الديون وكما سنفصله لاحقا.

واما في التعريف الثالث فنجد انه لم يكن تعريفا جامعا شاملا لجميع ما يندرج تحت المعرف كونه يصرف الذهن الى نوع معين من الانواع التي تدخل ضمن مفهوم القسمة الا وهي القسمة العينية وذلك لانه يقول... اعطاء كل منهم جزءاً مفرزا.. في حين ان القسمة لا تنحصر في القسمة العينية وانما قد تكون قسمة تصفية والاخيرة تحصل اذا كان المال الشائع تأبى طبيعته القسمة العينية ومن ثم فلا وجود لعملية الافراز...

وفي التعريف الرابع للقسمة نلاحظ انه يقول... لصالح كل من الشركاء او لصالح احدهم ... ومن غير المقبول ان ترد نتيجة القسمة لصالح احد الشركاء فقط دون الباقين.

اما في التعريف الخامس للقسمه فإنَّ مما يؤخذ عليه ايضا انه يقول ... اخراج المالك ... مما يعني ان الشريك المشتاع سيتم اخراجه من حالة الشيوع بدون رضا وذلك عن طريق اللجوء الى القسمة القضائية في حين ان القسمة لا تقتصر على القسمة القضائية فقط بل يمكن ان تكون قسمة رضائية وهو ما لا يشمله التعريف.

كما انه يقول.. من الملك المشاع الى ملك خاص.. فنجد ان مما يؤخذ عليه انه تعريف سلبي فهو لم يضع بالتحديد ما يتعلق بحصة كل شريك من الشركاء فضلا عن كونه لم يوضح ذاتية القسمة وذلك لمعرفة حقيقتها وماهيتها لتمييزها عن غيرها..

ومن خلال عرض جميع التعريفات السابقة للقسمة يمكننا الخروج بتعريف نجمع فيه بين مزايا بعض تعريفات الفقهاء السابقة ويلائم التصوير الفقهي الاسلامي للقسمة فنعرفها بانها:-

عملية حل المقسوم بتعيين الحصة الشائعة وتحول الملكية الشائعة لكل من الشركاء الى ملكية مفرزة في نصيب كل شريك يستقل بها دون باقي الشركاء فحينما نقول.. حل المقسوم .. نخرج بذلك من تعريف القسمة حالة المهاياة (او القسمة المؤقتة)، وحينما نقول.. بتعيين الحصة الشائعة ... فنحن نحدد بذلك ما هية عملية القسمة وحقيقتها ذلك لان حصة كل شريك في المال المشاع وقبل اجراء القسمة كانت سارية في كل جزء من اجزاء المقسوم وبعد اجراء القسمة تصبح هذه الحصة معينة لكل شريك دون غيره من الشركاء.

---

(١) د. حسن كيرة، المصدر السابق ص٤٤١.

(٢) الاستاذ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني، ج١٤، بيروت ، دار الثقافة ، ١٩٦٩ ، ص٣٢٢ .

اما القول.. تحول الملكية الشائعة لكل من الشركاء الى ملكية مفرزة .. وذلك كي نجعل منه تعريفا جامعا شاملا لكل اشكال القسمة بحيث تندرج ضمنها القسمة العينية او قسمة التصفية وسواء تمت رضاء ام قضاء وسواء اكانت قسمه كلية شاملة لجميع المال ام جزئية ترد على بعض اجزاء المال فتنهي الشيوع فيها دون البعض الاخر منها.

ولم يورد القانون المدني العراقي تعريفا محددا للقسمة وكذلك الحال في القانون المدني المصري، الا اننا نجد ان المادة ١٠٣٨ من القانون المدني الاردني قد عرفتها بانها (افراز وتعيين الحصة الشائعة..) [١]

٢- في الفقه الإسلامي:

لقد برع الفقهاء المسلمون[٢] وعلى مختلف مشاربهم واتجاهاتهم الفقهية في تعريف القسمة وصوغ احكامها، فنرى ان فقهاء المسلمين من الحنفية يعرفونها بانها جمع النصيب الشائع في مال معين على وجه لا يفوت المنفعة المقصودة منه [٣] في حين عرفها البعض

---

(١) ومصدر نص المادة ١٠٣٨ مدني اردني هي المادة ١١١٤ من المجلة، وانظر في ذلك المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني، المصدر السابق، ص٦٥٥.

(٢) لقد استدل الفقهاء المسلمون في جواز مشروعية القسمة على ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية وفي المعقول:-

اولا: في القرآن الكريم: لما جاء في قوله تعالى: (ونبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر) سورة القمر اية ٢٨ومعنى ذلك ان الماء مقسوم بينهم وبين الناقة فلهم يوم هو نصيبهم من الماء وكذلك للناقة يومها وانظر ايضا في تفسير هذه الاية بهذا المعنى في تفسير الجلالين للامامين الجليلين جلال الدين محمد بن احمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، المصدر السابق،ص٧٠٧،وكذلك ما جاء في قوله تعالى:(واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة وللرسول)سورة الانفال اية٤١،وفي قوله تعالى:(تلك اذا قسمة ضيزى) سورة النجم اية٢٢

ثانيا: السنة النبوية: لقد وردت العديد من الاحاديث النبوية الدالة على جواز القسمة ومنها قوله (ص):(الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه الشيخ محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، ج٢، ط٣، بيروت، دار ابن كثير اليمامة، ١٩٨٧، ص٧٧٠، كما يروى انه (ص) كان قد قسم غنائم خيبر بين الصحابة الفاتحين كما انه (ص) قسم غنائم بدر بشعب يقال لها الصفراء (والصفراء واد في ناحية الجنوب من المدينة المنورة كثير النخل والزرع وكما جاء ذلك في خبر الصحيحين للشيخ ابي الحسن بن علي بن موسى ابي بكر البيهقي ،سنن البيهقي الكبرى، للمحقق محمد عبد القادر، ج٩، مكة المكرمة، مكتبة دار الباز، ١٩٩٤ ص٥٦. كما يروي انه (ص) قال (ان الله قد اعطىكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم علىالله) رواه الشيخ محمد بن عيسى ابو عيسى، سنن الترمذي، تحقيق احمد محمد واخرون، ج٤، بيروت، دار احياء التراث العربي، د.ت ص٤٣٣.

ثالثا: في المعقول:- ان للقسمة اهميتها في دفع الضرر والمشاحنات التي تحدث نتيجة للاشتراك في المال بين عدة شركاء وهو غالبا ما يحدث: انظر السيد علي فكري، المعاملات المادية والادبية، ج١، ط١، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص٢٥٣، كذلك استدل الفقهاء في دليل المعقول على قوله تعالى: (وان كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض الا الذين امنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) سورة ص اية ٢٤.

(٣) الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٦، بيروت، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون ص٤٠١.

الاخر منهم بانها معرفة نصيب الواحد من المقسوم عليه[١] او انها تميز الانصباء وافرازها عن بعضها البعض [٢] وبهذا الاتجاه ايضا اخذت مجلة الاحكام العدلية وذلك في المادة ١١١٤ منها حيث عرفت القسمة بقولها: (هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض..) الا ان هذا التعريف لم يسلم من النقد من جانب بعض الفقهاء؛ ذلك ان النص يقول.. افراز الحصص عن بعضها البعض.. وبالتالي سينصرف الذهن الى القسمة العينية ولاسيما عندما ترد القسمة على اشياء مثليه في حين نجد ان القسمة قد تكون عينيه او قد تكون قسمة تصفيه وغيرها... [٣]

واما عند فقهاء المسلمين من المالكية فقد عرفوها بانها تمييز الانصباء واما عرفا فهي عندهم تعيين نصيب كل شريك مشتاع في مال مشاع ولو كان ذلك باختصاص تصرف، وقال فيها ابن عرفه (.. انها تعني اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متعدد او متحد ويجوز في نفس منفعته وليس في غلته) [٤]

واما عند فقهاء الشافعية فقد عرفوها بانها حل المقسوم الى اجزاء متساوية بقدر احاد المقسوم عليه او انها تعني تمييز الحصص عن بعضها البعض[٥] وذات الاتجاه نجده ايضا عند فقهاء الحنابلة[٦] .

واما عند فقهاء الجعفرية فهي تبديل الملكية الضعيفة لكل واحد من الشركاء في العين بملكية قوية لكل واحد في بعضها[٧] في حين عرفها البعض الاخر من فقهائهم بالقول [... ان ان القسمة هي تمييز حصص الشركاء بعضها عن البعض وليست ببيع ولا معاوضة ولا يجرى فيها خيار المجلس ولا خيار الحيوان المختصان بالبيع ولا يدخل فيها الربا...] [٨] كما كما عرفها جانب اخر منهم بكونها تعيين الحصة المشاعة من المال المشترك في جزء معين منه سواء ادى ذلك الى انقضاء الشيوع عن المال بشكل كلي او جزئي ومثاله ان يقسم المال المشترك بين اربعة اشخاص الى قسمين حيث يشترك كل اثنين منهم في جزء من المال[٩] .

الفرع الثاني

---

(١) الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج٤، دمشق، منشورات المكتب الاسلامي، ص٦٠٢.

(٢) الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المصدر السابق ص٤٠١.

(٣) انظر في ذلك د. حسن علي الذنون، المصدر السابق ص٧٦.

(٤) الشيخ ابو بكر حسن الكشناوي، اسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه امام الائمة مالك، ج٣، ط٢، القاهرة، ص٤٥.

(٥) الشيخ عبد الله حجازي بن ابراهيم الشافعي، حاشية الشيخ عبد الله بن حجازي بن ابراهيم، ج٢، بيروت، دار المعرفة هامش ص٤٩٧.

(٦) انظر في ذلك الشيخ ابو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج١٠، قطر، المكتب الاسلامي ص١١٩.

(٧) الامام ابو الحسين ال كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٣، النجف الاشرف، المطبعة الحيدرية، المكتبة المرتضوية، ١٣٦١ هـ ص٢٢٣.

(٨) الشيخ محمد ابراهيم الكرباسي، منهاج المتقين ، ج٢، ط٢، النجف الاشرف، مطبعة الاداب، ١٩٧٣ ص١٥٢: وانظر كذلك بذات المعنى السيد محمد علي الموسوي الحمامي، هداية المسترشدين ، ج٢، القسم الاول ،بيروت، دار الزهراء ، ١٩٩٥م ١٤١٦ هـ ص٩٤.

(٩) السيد علي الحسيني السيستاني، المصدر السابق ، ص١٦٧.

التمييز بين القسمة وبين ما يشتبه بها من اوضاع ينتهي بها الشيوع

تتعدد الاحوال التي ينقضي بها الشيوع فمن تلك الاحوال ما يخضع منها الى قواعد عامة كالعقد والوصية واتحاد الملاك في شخصية معنوية واحدة وهلاك المال الشائع وانقضائهِ بالتقادم وغيرها ...

كما ان من تلك الاحوال ما يخضع لقواعد خاصة كالقسمة[١] وعليه سنتناول التمييز بين اهم الاحوال التي ينقضي بها الشيوع وفقا للقواعد العامة وبين انقضائه بالقسمة وكالاتي:-

اولا: التمييز بين انقضاء الشيوع بالعقد وبين انقضائه بالقسمة:-

من الممكن ان ينقضي الشيوع بالعقد ويتحقق ذلك عندما يبيع بعض الشركاء حصصهم الى احد الشركاء او الى شخص اجنبي عنهم وبالتالي يصبح هذا الشريك او الشخص الاجنبي عن الشركاء هو المالك الوحيد لجميع الحصص وبذا فقد انتهت حالة الشيوع[٢] الا ان مثل هذه الحالة تختلف عن القسمة من حيث مفهوم كل منهما وكيفية حدوثهما والنتائج المترتبة على كل منهما، ففي حالة القسمة العينية ياخذ كل شريك حصته المقررة له من ذلك المال بمعنى ان القسمة ادت الى ابدال الحصة الشائعة بحصة مفرزة لكل شريك من الشركاء في ذلك المال، كما ان القسمة القضائية قد لا تتم برضا جميع الشركاء في حين نجد ان حالة بيع الحصص لابد ان تتم برضا جميع الشركاء...

ثانيا: التمييز بين انقضاء الشيوع بالوصية وبين انقضائه بالقسمة:

ان الوصية هي تصرف مضاف الى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه ان ينقل كل ماله او بعضهُالى الموصى له او يخوله حقا يتعلق بهذا المال[٣] ويتحقق انقضاء الشيوع بالوصية في حالة قيام الموصى بالايصاء الى احد الشركاء او غيرهم فاذا ما تم ذلك انقضى الشيوع بين الورثة المشتاعين في ذلك المال عن طريق ايلولة المال الى شخص الموصى له[٤] الا ان انقضاء الشيوع بالوصية يختلف عن انقضائه بالقسمة[٥] ذلك لان حكم الوصية لم ينفذ الا بعد وفاة الموصي في حين نجد ان القسمة تنفذ وبشكل مباشر كما ان الموصي لم يأخذ مقابلا لما اوصى به الى الموصى له في حين ان القسمة لابد فيها من مقابل لكل من الشركاء المشتاعين عينا كان او نقدا اضافة الى اختلافهما من حيث النتائج فالوصية لم تؤد الى ابدال الحصص الشائعة للشركاء بحصة مفرزة لكل منهم في حين ان القسمة ادت الى مثل تلك النتيجة.

---

(١) د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، القاهرة، المطبعة العالمية، دار النهضة العربية، ١٩٦٧، ص١٢٨.

(٢) د. حسن كيرة، المصدر السابق ص٤٣٩.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني الملكية في قوانين البلاد العربية القاهرة، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٦ ص٨٣

(٤) د. حامد مصطفى، المصدر السابق، ص١١٨

(٥) د. حسن كيره ، المصدر السابق ص٤٣٩.

ثالثا: التمييز بين انقضاء الشيوع بتحوله الى شخصية معنوية واحدة وبين انقضائه بالقسمة:-

من الممكن ان تتجمع حصص جميع الشركاء المشتاعين في شخصية معنوية واحدة (كالشركة) حيث تتحول ملكية المال المشاع الى ملكية الشخص المعنوي الواحد وبالتالي يزول الشيوع الا ان انقضاء الشيوع بهذه الحالة يختلف عن انقضائه بالقسمة ذلك لان اياً من الشركاء لم يحصل على حصته المفرزة من ذلك المال وهذا خلاف ما موجود في القسمة [١].

رابعا: التمييز بين انقضاء الشيوع بهلاك المال المشاع وبين انقضائه بالقسمة:-

من الحالات التي ينقضي فيها الشيوع والتي تخضع الى القواعد العامة هو هلاك المال الشائع كله[٢] ويكون ذلك الهلاك بقوة قاهرة (كحادث فجائي او آفة سماوية او فعل الغير) [٣] فان ادى ذلك الى هلاك المال فيكون بذلك قد انقضى الشيوع بين الشركاء بدون ان تحدث القسمة الا ان هذه الحالة تختلف عن حالة انقضاء الشيوع بالقسمة ففي حالة هلاك المال لا يحصل أي شريك من الشركاء المشتاعين على أي مقابل لحصته كما انها لم تتم استنادا الى ارادة صادرة من احد الشركاء فالقوة القاهرة امر لم يكن لاحد الشركاء ان يتوقعه او ان يدفعه في حين نجد ان الامر مختلف في القسمة فهي تتم استنادا الى ارادة احد الشركاء او جميعهم كما انها تتضمن مقابلا لكل شريك من الشركاء يعادل مقدار حصته من ذلك المال.

خامسا: التمييز بين انقضاء الشيوع بالتقادم وبين انقضائه بالقسمة:-

ان التقادم وهو مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعد انقضائها من سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق[٤] فيمكن ان يكون التقادم سببا من اسباب انقضاء الشيوع اذا ما توفرت شروطه[٥] ولما كان التقادم من اسباب كسب الملكية فمن الممكن ان تؤول ملكية المال الى شخص واحد اذا توافرت شروط التقادم المكسب وبالتالي انقضى الشيوع بين باقي الشركاء الا ان انقضاء الشيوع بمثل هذه الحالة يختلف عن انقضائه بالقسمة؛ ذلك لان انقضاءه بالتقادم لم يؤد الى حصول أي من الشركاء على حصة مفرزة او مايعادلها في ذلك المال...

سادسا: التمييز بين انقضاء الشيوع بالتخارج وبين انقضائه بالقسمة:-

---

(١)د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق ص٨٨١.
(٢) د. عبد العزيز عامر، المصدر السابق ص١٢٨.
(٣) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، بغداد، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص٢٤١.
(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٧ ص٢٤٨.
(٥) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، الاسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٦ ، ص٢٤٨.

يقصد بالتخارج ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث نظير شيء معين من التركة او من غيرها [١] ولا يؤدي اجراء التخارج بين بعض الشركاء دون البعض الاخر منهم الى انقضاء الشيوع ذلك لانه لن يؤدي الا الى زيادة حصص بعض الشركاء منهم مع بقاء حالة الشيوع قائمة بين البعض الاخر من الورثة، ولابد لنا من ان نفرق بين صور التخارج فان كان المقابل الذي يحصل عليه الشريك الخارج هو من المال الخاص للشريك الاخر او للشركاء الاخرين كانت هذه الصورة بيعا يترتب عليها ما يترتب على أي بيع من اثار وبالتالي فهي ليست بقسمة وتكون في صورة الصلح ان كان هناك نزاع على استحقاق حصة احد الشركاء فاتفق معه باقي الشركاء على ان ياخذ مالا معينا من التركة وينزل عن ادعائه في باقي الميراث [٢] اما ان كان التخارج في صورة ان يكون المقابل المدفوع للشريك الخارج هو من ذات المال المشاع (مال التركة) وليس من مال غيره كان ذلك قسمة يترتب عليها ما يترتب على القسمة (إزالة الشيوع) من اثار[٣].

فيظهر ان الشيوع مثلما يمكن ان ينقضي بالقسمة يمكن ايضا ان ينقضي بدون القسمة وانما باحوال اخر كالتي ذكرناها.. الا اننا نجد ان اهم الاحوال التي ينقضي بها الشيوع هو القسمة[٤]

كما نستنتج بان هناك اختلافات جوهرية بين انقضاء الشيوع بالقسمة وبين انقضائه بغيرها من الاحوال ذلك لاختلاف كل منهم من حيث الاجراءات والمفهوم والنتائج المترتبة على كل منهم وكما بيناه، الا اننا نجد من جهة اخرى ايضا ان للقسمة اركانا خاصة بها لا تتوفر في غيرها من احوال انقضاء الشيوع وتتمثل تلك الاركان في:

الركن الاول: القاسم وهو الركن الاول للقسمه، فللشركاء ان يتفقوا عليه او ان يقدموا طلبهم الى القاضي (الامام) ليعين لهم من يقسم عليهم[٥] ولابد للقاسم من اجرة تكون من سهم المصالح كونها من قضايا المصالح العامة[٦] ولابد في القاسم من ان يكون مسلما فلا يجوز ان يتولى اعمال القسمة كافر لقوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) [٧] وكذلك لابد للقاسم من

---

(١) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ج٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩١ ص١٦٣.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة ، ١٩٨٢ هامش (٢) ص ٢٣٠.

(٣) الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، بغداد، دار الحرية للطباعة، ١٩٨٩ ص ١٧٩.

(٤) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص٢٤٨.

(٥) الامام النووي (الامام يحيى بن شرف الدين)، المجموع شرح المهذب، ج١٠، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ص١٧٢.

(٦) ويجوز للامام ان يدفع للقاسم الذي نصبه الرزق من بيت المال؛ وذلك استنادا لما روى انه كان للامام للامام علي بن ابي طالب (كرم الله وجهه) قاسم يقال له عبد الله بن لحي يعطيه رزقه من بيت المال كونه من قضايا المصالح فان لم يكن في بيت المال شيء او كان فيه ولكنه يحتاج الى صرفه فيما هو اهم من ذلك فان اجرة القاسم على الشركاء لان القسمة حق لهم فان استاجره كل واحد منهم بعقد منفرد ليقسم له نصيبه جاز ولزم كل واحد منهم ما استاجره به سواء اكان قليلا ام كثيرا وان استاجروه بعقدٍواحد ليقسم بينهم سواء اكان قليلا ام كثيرا وان استاجروه بعقد واحد ليقسم بينهم باجرة وجبت عليهم الاجرة على قدر املاكهم: انظر الشيخ ابو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، المجلد ١٣ بيروت، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ، ص١٢٩

(٧) سورة النساء، اية ١٤١.

ان يكون بالغا عاقلا حرا وذكرا لقوله(ص): (ما افلح قوم ولو امرهم امرأة)[١] كما لابد فيه من ان يكون عادلا وعالما بالة القسمة، وان يكون عفيفا لضمان نزاهته وعدم خيانته [٢].

الركن الثاني:المقسوم:وهو كل ما تقع عليه القسمة من شيء او مال وتختلف احكامه باختلاف طبيعته فمنه ما لا يجوز قسمته وذلك لما في تفريقه من الفساد ومثله الفص او الياقوتة او اللؤلؤة او الخاتم او الجذع وغيرها فهي لا تقسم وان احتمل وانتفع به لانه سيتحول عن حالته الاصلية [٣]

الركن الثالث: في القسمة وهو صفة القسمة فهي اما ان تقع على رقبة المال او على منافعه[٤]

المطلب الثاني
موانع طلب القسمة

على الرغم من ان القانون كان قد كفل حق طلب القسمة وانهاء حالة الشيوع من قبل الشركاء المشتاعين لاعتبارات تتعلق بالدرجة الاساس بالنظام العام وذلك لمضار الشيوع الاقتصادية والاجتماعية[٥] فالشيوع حالة استثنائية ضد طبيعة الملكية[٦]

الا ان نص القانون او الاتفاق او طبيعة المال المشاع قد تنهض مانعة من اجراء القسمة ولو الى حين وعليه فسنتناول في هذا المطلب الموانع التي تحد من حق الشركاء في طلب القسمة حيث سيقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتطرق في الفرع الاول منه الى وجود مانع قانوني للقسمة واما في الفرع الثاني منه فسنتطرق فيه الى وجود المانع الاتفاقي لها.

واما في الفرع الثالث منه فسنتطرق فيه الى الموانع المتعلقة بطبيعة المال المشاع...

الفرع الاول
الموانع القانونية لطلب القسمة

قد يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع بموجب نص القانون لمدة معينة او غير معينة[٧] ويكون ذلك المنع اما مراعاة من المشرع لوجود قاصر او غائب بين الشركاء او لوجود الزوجة المتوفى عنها زوجها او لوجود المحجور عليه وغيرهم، ويكون تقدير تلك

---

(١)الشيخ احمد بن حنبل ابو عبد الله الشيباني،مسند الامام احمد،ج٥،القاهرة،مؤسسة قرطبة ص٥٠.

(٢) الامام شمس الدين محمد بن احمد الشربيني القاهري الخطيب الشافعي، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع، ج٣، القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح واولاده ص١٠٢.

(٣)الشيخ شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي،الذخيرة،ج٧، دبي،دار الغرب الاسلامي، ص ١٨٣.

(٤) الشيخ محمد بن احمد بن جزي المالكي، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، بيروت، دار العلم للملايين، ص٣١١.

(٥) د. غني حسون طه، المصدر السابق ، ص١١٧.

(٦) انظر الاستاذ عبد النبي ميكو، المدخل لدراسة القانون، ط١، الرباط، المطبعة العالمية، ١٩٧٣، ص٢٦٩.

(٧) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية دراسة مقارنة، ط١، ط١، عمان، مطبعة الارز، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص٦٦.

الاعتبارات من قبل القانون ان كانت اعتبارات موضوعية في حين يكون تقديرها من قبل القاضي ان كانت اعتبارات شخصية [١]

ولقد تضمن التشريع العراقي[٢] مثل تلك الموانع ومن ذلك ما نجده في نص المادة ١٠٧٠ من القانون المدني العراقي التي نصت: (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص..)

فيظهر ان المشرع العراقي ومع انه كان قد كفل للشركاء حق طلب انهاء حالة الشيوع في الاموال واعتبر ذلك حقا لكل شريك الا انه عاد ومنع انهاء الشيوع في حال وجود نص في القانون يمنع اجراء ذلك [٣] كما نجد ان المشرع العراقي يمنع من اجراء القسمة وان كانت قسمة رضائية وذلك بنص الفقرة (٢) من المادة ١١٨٢ التي نصت: (غير انه لا تجوز القسمة ولو كانت قسمة رضائية في الاراضي الاميرية الا اذا كانت هذه الاراضي قابله

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الاسكندرية، منشاة المعارف، د.ت، ص١٦٤

(٢) لقد صدرت العديد من القرارات عن مجلس قيادة الثورة المنحل (صدر امر سلطة الائتلاف المؤقتة والمرقم (٢) والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٣٩٧٧ في ٢٠٠٣/٦/١٧ والمتضمن حل عدد من الكيانات ضمن النظام السابق ومنها حل مجلس قيادة الثورة ..) والتي منعت إزالة الشيوع سواء بالقسمة ام بغيرها والتي باتت تشكل جزءاً من التشريع العراقي في تغطية احكام هذا الموضوع ومن هذه القرارات، التي سنتعرض لها بايجاز، القرار الصادر عن مجلس قيادة الثورة المنحل والمرقم ١٠٤١ والمؤرخ في ١٩٨٢/٨/١٧ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٢٨٩٩ في ١٩٨٢/٨/٣٠ الذي منع ازالة شيوع دار السكن الموروثه اذا كانت مشغولة باحد من ورثة المتوفي القاصرين او الزوجة او كليهما الا بموافقة الزوجة ودائرة رعاية القاصرين.. وكذلك القرار المرقم ١٤٩٧ في ١٩٨٢/١١/٢٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٢٩١٦ في ١٩٨٢/١٢/٢٠ الذي عدل القرار الذي سبقه حيث منع ازالة شيوع العقار حتى بلوغ القاصرين او اكمالهم الدراسة فان كانت الزوجة مستقلة بسكناها في الدار ولم يكن معها احد من اولاد المتوفي القاصرين فلا يجوز ازالة شيوع الدار الا بموافقة الزوجة ولا تستفيد الزوجة من هذا الحكم اذا تزوجت او كانت تملك دارا اخرى على وجه الاستقلال، وكذلك القرار المرقم ١٦١١ في ١٩٨٢/١٢/٢٣ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٢٩١٩ في ١٩٨٣/١/١٠ الذي منع ازالة شيوع الدار الموروثة اذا كانت مشغولة من قبل زوجة المتوفي الا اذا وافقت الزوجة على بيع الدار وازالة شيوعها.. والقرار المرقم ٢٨٦ والمؤرخ في ١٩٨٧/٥/٢ الذي منع ازالة شيوع الاراضي الزراعية مالم تتوفر فيها الشروط المطلوبة لذلك باستيفاء المساحات المقررة في ذلك القانون وكذلك قرار تعديله المرقم ٢٤٥ والمعدل للقرار ٢٨٦ الذي منع افراز الاراضي الزراعية لمدينة بغداد الى مساحات تقل عن عشرين دونما مهما كان صنفها او نوع المحصول الذي يزرع فيها او طريقة اروائها، وكذلك القرار المرقم ٩٤٠ في ١٩٨٧/١٢/٢١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٣١٨٣ في ١٩٨٧/١/٤ والذي قضى بان افراز الاراضي لغرض السكن لا تقل عن ٢٠٠ م٢ لكل قطعة في مركز المحافظة فان كانت مساحة القطعة تقل عن الحد المذكور فلا يسمح بافرازها: واذا ما تتبعنا مسار القضاء العراقي فيما يخص تلك الموانع المقررة بنصوص تشريعية خاصة نجد ان القضاء قد اخذ بها ومن ذلك ما قررته محكمة استئناف بغداد بصفتها= =التمييزية بالقرار المرقم ١٢٠٩/ حقوقية/ ١٩٩١ في ١٩٩١/٧/٢ الذي نقضت فيه المحكمة القرار المميز لديها حيث قضت.. تتعلق بتطبيق قرارات مجلس قيادةالثورة (المنحل) المرقمة ١٠٤١ والقرار١٤٩٧ والقرار١٦١١ وذلك لكون القيود الواردة فيها التي لا تجيز ازالة شيوع دار السكن اذا كانت مشغولة من قبل زوجة المورث أي زوجة مالك الدار الموروثة لان الدار بالاصل مملوكة الى ف المتوفاة وان والد ف قد توفي بعدها وشغلت الدار زوجته لذا فهي غير مشمولة بالقيد الوارد في القرار: القرار غير منشور.

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ص١٠٣.

للقسمة وكان في امكان الشريك ان ينتفع بحصته المفرزة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة) وعليه فالمشرع العراقي يمنع اجراء القسمة اذا كانت واقعة على ارض اميرية وكانت غير قابلة للقسمة[١] وتوافق المادة ١٠٧٠ من القانون المدني العراقي المادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري وذلك بقولها: (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص ...) فيظهر ان القانون المدني المصري هو الاخر يلزم الشركاء على البقاء في الشيوع وعدم السماح لهم بحق طلب انهاء الشيوع [٢].

الفرع الثاني
الموانع الاتفاقية لطلب القسمة

اولا: في القانون:

كما ان نصوص بعض التشريعات قد تكون مانعة من اجراء القسمة فكذا الحال نجده من وجود شرط بين الشركاء على منع القسمة [٣]ولابد من ان يكون الباعث على شرط المنع من القسمة باعثا مشروعا وان تكون المدة التي يحددها الشركاء للمنع من التصرف مدة معقولة[٤] ولقد نصت المادة ١٠٧٠ من القانون المدني العراقي على المانع الاتفاقي لطلب القسمة حيث نصت على انه: (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يتجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه) فيتبين من النص ان المدة القصوى لمنع القسمة هي خمس سنوات فاذا اتفق الشركاء على تحديد مدة تزيد على الحد الاقصى لها

ولاكثر من خمس سنوات كأن تكون تلك المدة قد حددت بسبع سنين او عشر سنين فسيكون لنظرية انتقاص العقد مجال للتطبيق، فان زادت المدة على السنوات الخمس فهي باطلة مالم يتبين ان الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق اصلا لو انهم علموا ان الاتفاق سيصح للسنوات الخمس الاول فقط فيبطل الاتفاق كله[٥].

الا ان ذلك لا يمنع الشركاء من الاتفاق على تجديد الاتفاق ولكن تبدأ المدة الجديدة من تاريخ الاتفاق الجديد على التجديد وليس من تاريخ انتهاء الاتفاق السابق، وكذلك لتجنب

---

(١) د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية، بغداد، ١٩٥٣، ض٥٠: وفي ذلك الاتجاه نجد الحكم القضائي الصادر عن رئاسة محكمة التمييز في العراق والمرقم ١٠٢٢ /م٣/ ١٩٧٥ والمؤرخ في ١٩٧٦/٩/١٨ والذي جاء في حيثياته: (.. ان الارض التي صنفها اميرية ممنوحة باللزمة والتي لا يمكن ازالة شيوعها قسمة وبالتالي تتوقف عملية القسمة على ذلك التصحيح): انظر مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم المدني ، بغداد، مطبعة العمال المركزية ، مركز البحوث القانونية، ١٩٨٨، ص٤٤٨

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق ج٢، ص٢٠١.

(٣) د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص١١٧.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق ، ص ٢٠٣ .

(٥) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ص١٠١.

الاحتيال على الحظر القانوني للتجديد بمدد متعاقبة [١].اما لو اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع الى الابد ففي هذه الحالة يحق لاي شريك انهاءه بعد ايام من تاريخ الاتفاق وذلك لعدم صرفها الى اقصى المدة القانونية البالغة خمس سنوات وكذلك وجود الصراحة بالاتفاق على الاستمرار لذا فلا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح .

وقد يطرح التساؤل الاتي نفسه ، هل يحق للشركاء فسخ الاتفاق المتعلق بمنع القسمة اثناء مدة تنفيذه ؟

وللاجابة على ذلك فان جميع الشركاء الذين وقّعوا على ذلك الاتفاق يحق لهم ان يفسخوه وذلك عن طريق اتفاقهم بالاجماع على الفسخ ، والسبب في وجوب اتفاقهم جميعاً على الفسخ لكونهم وقعوا مجتمعين على ذلك الاتفاق فلا بد اذا ان يجمعوا على فسخه ولعدم حرمان باقي الشركاء من الانتفاع بفوائد الشيوع [٢] .

ويسري الاتفاق بحق الشركاء كما يسري في حق خلفهم العام والخاص سواء علموا بذلك الاتفاق ام لم يعلموا به [٣] وتكون هيئة ذلك الاتفاق تحريرية او شفوية ، ولكن الاولى فيها ان تكون تحريرية على اعتبار انها من الوثائق المتعلقة بعقد تتقيد فيه حرية الشركاء فاذا كان الاتفاق شفوياً فهو لا يثبت بالبينة الشخصية وانما لابد لاثباته من الاقرار اوالنكول عن اليمين [٤] كما ان من مستلزمات ذلك الاتفاق هو ان يبين فيه وصف العقار [٥]

وتوافق المادة ١٠٧٠ مدني عراقي المادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري وذلك بنصها : (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او اتفاق و لا يجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فإذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه) فيظهر من كلا النصين العراقي ١٠٧٠ والمصري في المادة ٨٣٤ انهما عامان فمن الممكن ان يردا على الاموال العقارية والمنقولة ايضاً [٦] الا انهما يختلفان حيث ان المادة ١٠٧٠ مدني عراقي قد جعلت من البقاء على الشيوع بمقتضى (الشرط) وكما هو معروف فإن الشرط يمكن ان يرد في صورة تصرف قانوني صادر من جانب واحد كما هو الحال في الوصية ، او انه في صورة اتفاق بين جميع الشركاء [٧]

---

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٥٩، ص٤١٠

(٢) انظر في ذلك الاستاذ علي حيدر ، شرح قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة ، بغداد ، مطبعة دار السلام ، ١٩٢٧ ، ص١٠ .

(٣) وفي هذا الاتجاه سار القضاء العراقي ممثلاً بقرار المحكمة التمييز في العراق والمرقم ٢٢/هيئة عامة /١٩٧٦في١٩٧٦/٤/١٠ والذي جاء فيه: (.. ان وكيل المدعي وفي جلسة المرافعة الجارية بتاريخ ١٩٧٥/٥/١٧ لم يوافق على بقاء هذه الاجزاء مشتركة ولا يجبر الشريك في البقاء على الشيوع بموجب المادة ١٠٧٠ مدني وللاسباب السالفة الذكر يكون طلب التصحيح غير وارد قرر رده..)القرار منشور في مجلة العدالة ،بغداد، وزارة العدل، مطابع واوفسيت الزمان،العدد ٢،السنة١٩٨٦، ص٤١٥.

(٤) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ،شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينة العقارية ، ج ١ ، ط١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٢ ، ص١٩٨ .

(٥) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ، ص١٠ .

(٦) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص١٤٤ .

(٧) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ص١١٨ .

كما نجد ان المادة ٨٣٤ من القانون المدني المصري قد جعلت البقاء على الشيوع بمقتضى (الاتفاق) قد احدثت خلافاً في الفقه ، ذلك ان الاتفاق لا يكون في شكل وصية (شرط) فان ورد في شكل وصية فإنَّهُلن يكون ملزماً للشركاء [١] فقد لا يكون البقاء في حالة الشيوع صادراً من احد الشركاء المشتاعين انفسهم بل يمكن ان نجده صادراً من الغير كما هو الحال في الموصي او الواهب لمال معين حينما يتفق مع الموهوب لهم على البقاء في شيوعهم لمدة معينة كأن تكون خمس سنوات مثلاً [٢] كما يلاحظ على النصين المصري والعراقي انهما يشترطان ان يكون ذلك الاتفاق (المقاولة) صادراً من جميع الشركاء فإذا لم يوقع عليه احد الشركاء فيعتبر الاتفاق حينئذ لغواً بالنسبة لباقي المتفقين [٣] ولا نجد مقابلاً لتلك النصوص في القانون المدني الاردني الا في نص المادة ١٠٦٢ منه الخاصة بما يعرف بملكية الاسرة اما الشيوع العادي فلا يوجد نص يسمح للشركاء بالاتفاق على البقاء في الشيوع فيه ويبرر جانب من الفقه موقف القانون المدني الاردني في ذلك بان الشيوع امر غير مرغوب في استمراره ، كذلك فان حق الشركاء في طلب القسمة لانهاء الشيوع كقاعدة آمره ومتعلقة بالنظام العام وبالتالي فلا يمكن الاتفاق على خلافها [٤] واما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد نصت المادة ٨٤١ منه على : (ومع ذلك يجوز الاتفاق على ان الشريك لا يمكنه ان يطلب القسمة الا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الاكثر على ان المحكمة يجوز لها حتى في هذه الحالة ان تامر بحل الشركة والقسمة في اثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع) وتقابل هذه المواد في المجموعة المدنية الفرنسية المادة ٨١٥ منه والتي جاء فيها : (.. ويجوز مع ذلك الاتفاق على وقف القسمة مدةً معينة وهذا الاتفاق لا يكون ملزماً فيما زاد على خمس سنوات ولكن يمكن تجديده.) وعليه نجد ان القانون المدني الفرنسي هو الاخر قد حدد مدة البقاء على الشيوع اتفاقاً بمدة خمس سنوات فقط وعليه اذا زادت المدة عن الخمس سنوات انقصت المدة الى السنوات الخمس [٥] .

ثانياً موقف القضاء من الموانع الاتفاقية لطلب القسمة :

ان السؤال الذي يطرح نفسه ، هل ان للقضاء ان يأمر بانهاء حالة الشيوع (واجراء القسمة) اثناء مدة سريان الاتفاق وذلك بناء على طلب مقدم من احد الشركاء المشتاعين ؟

لقد اعطت بعض التشريعات المدنية ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني مثل ذلك الحق ، حيث اعطت للمحكمة حق انهاء الشيوع قبل انقضاء المدة اذا ظهرت لها ظروف

---

(١) انظر في هذا الاتجاه د . محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص٢٠٢ وانظر على عكس هذا الاتجاه د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني الملكية في قوانين البلاد العربية ، ص٥١ : وذلك لانهم يرون ان الوصية يمكن ان تكون ملزمة للشركاء في البقاء على الشيوع ما دامت مدتها لا تتجاوز الخمس سنوات وكانت مبنية على بواعث مشروعه ..

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٨٨٧.

(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ، ص١٩٨ .

(٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط٢ ، عمان ، مكتبة دار الثقافة وللنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ص١٣٧.

(٥) موقع شبكة المعلومات الدولية الانترنيت :

WWW. Dalloz. org . pl

واسباب جدية تبرر ذلك وهذا ما قررته المادة ٨٤١ من قانون الموجبات والعقود سابقه الذكر ، وبذا فالمشرع اللبناني يمنح القضاء سلطة التدخل في ارادة الشركاء في حال ظهور اسباب طارئة وحتمية تبرر الحكم بانقضاء الشيوع حتى لو طلب باقي الشركاء الاستمرار فيه [١] الا اننا نجد ان القضاء العراقي ، وكذلك القضاء المصري على خلاف ذلك ، ففي القضاء العراقي نجد العديد من القرارات التي جاءت موافقة لما قضت به المادة ١٠٧٠ مدني عراقي فيما يتعلق بالموانع الاتفاقية للقسمة ، ومنها القرار الصادر عن محكمة التمييز في العراق والمرقم ٦٣ / هيئة عامة اولى /١٩٧٧ والمؤرخ في ١٩٧٧/٣/٢٦ الذي جاء فيه : (.. للشريك طلب ازالة شيوع العقار ولو صدر حكم بصحة الوصية المتعلقة بالعقار الا اذا وجد اتفاق او نص على البقاء في الشيوع) [٢] وكذلك القرار المرقم ٦٦٧/صلحية /١٩٥٨ والمؤرخ في ١٩٥٨/٥/٢٤ الذي جاء فيه : (.. ان المحكمة قد اصدرت حكمها المميز القاضي بازالة شيوع الملك موضوع الدعوى لعدم قابليته للقسمة دون ان تكلف المدعى عليه بإثبات دفعه المتضمن سبق موافقته المدعي على البقاء في الشيوع فان اثبته وكان شرط البقاء موافقاً لاحكام المادة ١٠٧٠ مدني نفذت المحكمة هذا الشرط بحق المدعي وردت دعواه ما دامت مدة الشرط باقية .. فاصدارها الحكم بإزالة الشيوع قبل البت في الدفع على الوجه المذكور خطأ يستوجب النقض ..) [٣]

اما بالنسبة للقضاء المصري فمع انه قد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وذلك في المادة ١٢٠٢ منه : (.. للمحكمة ان تأمر بالقسمة في الحال حتى قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد سبب قانوني يبرر ذلك ..) الا ان هذه الفقرة قد رفضت من قبل البرلمان المصري لذا لم يتضمنها المشروع النهائي فنستنتج ان المادة ٨٣٤ مدني مصري قد صدرت من دون ان تمنح للقضاء مثل تلك السلطة وذلك لاستقرار التعامل وعدم المساس بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين [٤] .

(١) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٥١ .
(٢) مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق ص٤٤٩ .
(٣) المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢ ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م ، ١٩٦٢ ص٤٨٥ .
(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٦ ، القاهرة ، مطبعة دار الكتاب العربي ، وزارة العدل المصرية ، ص١٠٣ .

الفرع الثالث
الموانع المتعلقة بطبيعة المال المشاع

يقصد بالموانع المتعلقة بطبيعة الشيوع بالموانع التي يبقى فيها الشيوع على الدوام او يمنع طلب القسمة وذلك مراعاة للغرض الذي من اجله اعد المال الشائع[١] ومعنى ذلك ان طلب اجراء القسمة لانهاء هذا النوع من الشيوع ليس ممنوعا ولمدة زمنية معينة كما في الحالات السابقة وانما هو ممتنع وبشكل دائمي[٢].

ولقد نصت المادة ١٠٨١ من القانون المدني العراقي على الموانع الدائمية للقسمة وذلك بقولها: (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوعه اذا تبين ان الغرض الذي اعد له هذا المال يجب ان يكون دائما على الشيوع) فيظهر من ذلك النص ان القصد من انشاء ذلك المال هو لكي يكون دوما على الشيوع فعندئذ يمنع على جميع الشركاء طلب انهاء شيوعه [٣] والفصل في كون المال مشتركا بالمفهوم السابق او غير مشترك فهو مسألة موضوعية يترك تقديرها الى قاضي الموضوع[٤]

ويختلف الشيوع العادي عن الشيوع الدائمي بالمفهوم اعلاه في عدة جوانب اهمها:-

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية، ط٢، القاهرة، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦، ص٢٠٠.

(٢) ان من ابرز تطبيقات الشيوع الدائمي هي:

١- الشيوع الجبري: ويقصد به الحالة التي يبقى فيها المال مشاعا بين الشركاء اما بسبب الغرض الذي اعد له هذا المال او بسبب طبيعته التي تابى القسمة: انظر في ذلك د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق ص١٨١، ويكون الشيوع الجبري على نوعين هما الشيوع الجبري الاصلي والشيوع الجبري التبعي ويقصد بالشيوع الجبري الاصلي وهو حالة الشيوع في الاشياء التي تخصص مستقلة لخدمة او استعمال جماعة من الافراد بصورة دائمة ومنها مدافن الاسرة او صور الاسرة او وثائقها: انظر في ذلك د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق ص١٨٥، واما الشيوع الجبري التبعي ويتحقق في الاشياء التي تخصص لخدمة عقارات او اجزاء من عقار واحد مملوكا للشركاء وتفوق اهميته الشيوع الجبري الاصلي ومن تطبيقاته الحائط الفاصل المشترك والطريق الخاص المشترك والاجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق والابار المشتركة والقناطر والكباري والمساقي والمماشي والابواب المشتركة والبالوعات والمجاري والخنادق المعدة لصرف المياه والسلالم والمصاعد والحاصدات والدرّاسات والمحاريث التابعة للاراضي الزراعية وغيرها: انظر في ذلك الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفة، المصدر السابق ص١٥٣.

٢- ملكية الاسرة: وهي ملكية شائعة بين اعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل او المصلحة : انظر في ذلك د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق ص٨٦.

٣- المشاريع الصناعية والتجارية: فان كان المشروع الصناعي او التجاري خاضعا الى احكام قانون الشركات العراقي المرقم ٣٦ والصادر في ١٩٨٣ فلا يحق للشركاء فيه ان يطلبوا ازالة شيوعه وانما يكون ذلك خاضعا الى الاحكام الخاصة بتصفية الشركات المنصوص عليها في المواد من ١٥٠ الى ١٧٣ من قانون الشركات: انظر في ذلك المحامي جمعة سعدون الربيعي، احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية، بغداد، مطبعة الفنون، ١٩٨٩، ص١٨٩.

(٣) انظر: د سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق ص١٠٣.

(٤) الاستاذ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ص٤٨٨.

١- في الشيوع العادي: فإن طلب اجراء القسمة وانهاء الشيوع ممكن دائما، اما في حالة الشيوع الدائم فليس للشركاء فيه طلب اجراء القسمة[١]
٢- في الشيوع العادي فإن بامكان الشريك ان يتصرف بحصته وان يتنازل عنها سواء بعوض او بدونه، وكذلك تقدير الحقوق العينية عليها اما في حالة الشيوع الاجباري فليس للشركاء فيها حق التصرف في الحصة او ترتيب حقوق عينية عليها او حجزها الا مع العقار الذي هي من ملحقاته[٢]
٣- في الشيوع الدائمي تكون حقوق الشركاء فيه اوسع من حقوق الشركاء في الشيوع العادي، ففي الشيوع الدائمي يكون من حق الشركاء الحق في استعمال الشيء بحسب طبيعته او بمقتضى الاتفاق كما ان له الحق في ان يحدث فيه تعديلات وعلى نفقته الخاصة بشرط ان لا يؤدي ذلك الى تغيير في تخصيص الشيء وكذلك الا يلحق ذلك ضررا في حق الملاك الاخرين[٣].
٤- في الشيوع الدائم يكون لكل شريك من الشركاء المشتاعين حفظ الشيء وتجديده واصلاحه بدون حاجة الى اخذ موافقة باقي الشركاء بخلاف الحال في الشيوع العادي.. [٤]
٥- في الشيوع العادي تكون نفقات الشيء الشائع مقدرة على كل شريك بقدر حصته من المال الشائع اما في الشيوع الدائم فان نفقات الشيء الشائع تقدر اما على اساس حصة كل شريك، واما ان تقدر على اساس قيمة ما يملكه كل شريك من الشركاء المشتاعين من ملكيات مفرزة التي اعد الشيء الشائع لخدمتها[٥]

وتوافق المادة ١٠٨١ من القانون المدني العراقي المادة ٨٥٠ من القانون المدني المصري وذلك بقولها: (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب ان يبقى دائما على الشيوع) وعليه فنص القانون قد ينهض مانعا من انهاء شيوع المال اذا كانت الغاية التي من اجلها وجد ذلك المال هي ان يبقى دائما على الشيوع[٦]

وتوافق تلك النصوص في القانون المدني الاردني المادة ١٠٦٠ منه وذلك بقولها: (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذي خصص له هذا المال انه يجب ان يبقى دائما على الشيوع) فالقانون المدني الاردني قد اخذ هو الاخر بفكرة الشيوع الدائم وذلك للمحافظة على الغرض من انشاء ذلك المال[٧] واهم ما يمكن ان نستنتجه على نص المادتين ١٠٨١ مدني عراقي و ٨٥٠ مدني مصري والتي تعتبر المصدر التاريخي للمادة ١٠٨١ مدني عراقي حيث نجد ان النص المصري كان اكثر دقة في الصياغة من

(١)الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق ص١٣٣.
(٢) د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص١٨٨.
(٣) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق ، ص٢٠٢.
(٤) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه، المصدر السابق ص١٥٤.
(٥) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق ص١٣٤.
(٦) د. عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص١٤٦.
(٧) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني، المصدر السابق ص٦٦٣.

النص العراقي؛ ذلك ان النص المصري يقول.. ان يطلبوا قسمته.. لذا فنحن نميل الى النص المصري وذلك لكونه الاكثر دقة في الصياغة من النص العراقي الذي يقول... يطلبوا قسمته.. وبذا فهو حدد حالات انقضاء الشيوع بالقسمة فقط دون غيرها من حالات انقضاء الشيوع في حين نجد ان النص العراقي يقول.. إزالة شيوعه.. وهي عبارة غير دقيقة لان من الممكن ان يندرج ضمنها العديد من الطرق التي ينقضي بها الشيوع[١] .

ويقول الفقيه الفرنسي جوسران في الشيوع الدائمي: (.. هناك اموال تابى بحسب طبيعتها او بحسب ما اعدت له ان تقبل الانقسام فهي اذا ما قسمت لا تغدو صالحة لايفاء الحاجة التي وضعت لها؛ ذلك لانها اعدت لان تبقى مطلقا على الشيوع فهي لهذا شائعة شيوعا حتميا او شيوعا دائميا) [٢] .

والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ، هل يرد الشيوع الجبري (الدائمي) على العقارات والمنقولات على السواء؟

لقد ذهب جانب من الفقهاء الى ان الشيوع الجبري غالبا ما يرد على العقارات وليس على المنقولات والسبب في ذلك ان الاموال المنقولة لاتقتضي الاشتراك على الدوام والعلة في ذلك ان طبيعة الاموال المنقولة لا تتصف بالديمومة على عكس ما هو عليه الحال في العقارات [٣] .

---

(١) انظر في هذا المعنى د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق ص١٤٧.

(٢) Louis JOSSERAND , Cours DE Droit civil positif Francais. II,DEUXIEME EDITION , PARIS,LIBRAIRIE DU RECUEIL, SIREY SOCIETE ANONYME, ١٩٣٣ p ٣٧٣

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق ص١٨١: وانظر في هذا الاتجاه قرارا صادرا عن محكمة محكمة النقض السورية والمرقم ٣٥٥/ نقض مدني/ ١٩٥٠ والمؤرخ في ١٩٥١/٢/٢٦ والذي جاء فيه: (ينحصر في العقارات التي تحتم حالتها الواقعية ذلك الشيوع دون ان يسيء الى استثمارها استثمارا حسنا ولا يؤثر استمراره على المصلحة المتوخاة من حرية تداول الاموال من ذلك المدافن العائلية والممرات والاقنية والابار...)، القرار منشور في مجلة القانون السورية، دمشق، نقابة المحامين السورية، العدد ٣، ١٩٥١، ص١٩٠.

المبحث الثاني
الشروط العامة للقسمة

سوف نتعرض في هذا المبحث للشروط العامة اللازمة لاجراء القسمة فاي كان نوع القسمة فلا بد لاجرائها من توافر جملة من الشروط، وعليه يقسم هذا المبحث الى مطلبين حيث نتناول في المطلب الاول منهما الشروط المتعلقة بالشركاء المشتاعين وفي المطلب الثاني نتناول فيه الشروط المتعلقة بالمال المراد قسمته..

المطلب الاول
الشروط المتعلقة بالشركاء المشتاعين

ان من الشروط المتصلة بالشركاء ما يتصل منها بحضورهم او وكلاء عنهم الى القسمة وكذلك منها كون الشركاء المشتاعين مالكين للمال المراد قسمته وعليه فسوف يقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتناول في الفرع الاول منهما حضور الشركاء المشتاعين او وكلائهم الى القسمة واما في الفرع الثاني منهما فسنتناول كون المال المشاع مملوكا للشركاء عند القسمة..

الفرع الاول
حضور الشركاء المشتاعين في القسمة:

اولا: في القانون

ان من اهم شروط القسمة هو حضور الشركاء في اثناء القيام باجراء القسمة او حضور وكلاء عنهم فيها[١] فاذا جرت القسمة بدون حضور احد الشركاء او قسم منهم فتكون القسمة موقوفة على اجازة من لم يحضر فيها من الشركاء لان ذلك التصرف سيكون عندئذ تصرفا صادرا من فضولي[٢] ولم ينص القانون المدني العراقي صراحة على شرط وجوب حضور جميع الشركاء في القسمة الا اننا وبالرجوع الى نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧١ مدني عراقي التي جاء فيها: (للشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) فيظهر ان القانون المدني العراقي وان لم يرد فيه نص يشترط حضور جميع الشركاء الى القسمة الا اننا يمكن ان نستنتج من نص الفقرة (١) اعلاه بانه اذا كان بين الشركاء محجور كالغائب فلا يجوز للشركاء اجراء القسمة الا

---

(١) ويشمل الوكلاء في القسمة الوكلاء بوكالات قانونية او كل من يعينه الشريك نائبا عنه وكذلك ولي الشريك الصغير او وصية او القيم على الشريك الغائب: انظر في ذلك د. حسن علي الذنون، العقود المسماة عقد البيع، بغداد، مطبعة الرابطة، ١٩٥٣،ص، ص٣١٤ ، ٣٢٠.

(٢) الاستاذ فريد فتيان، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني، بغداد، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٨٥، ص٧٧.

بعد اجازته[١] ولقد ظهر اتجاه في الفقه يرى ضرورة التفرقة بين حضور الشركاء في قسمة الاعيان وبين حضورهم في قسمة الاملاك فيقولون ان حضور الشركاء لابد منه في قسمة الاعيان حيث لا تكون القسمة صحيحة الا بحضورهم ايا كان نوع القسمة والمصدر الذي ينشئ به ذلك الشيوع وسواء اكان ذلك المال موجودا بيد الشركاء الحاضرين ام الشركاء الغائبين حيث لابد من توجيه الدعوة لهم لحضور القسمة هم او وكلاؤهم[٢] وعلى ذلك ان القسمة تتضمن معنى المبادلة وعليه فلابد من حضورهم لكي يتحقق رضاهم بالقسمة[٣] فان لم يحضر من بلغ منهم تجرى القسمة بغيابه اما في حالة عدم تبليغهم فلا تجرى القسمة وان جرت فانها تكون موقوفة على اجازة من لهم الحق في اجازتها وتتم تلك الاجازة بشكل قولي او فعلي وفي حالة عدم اجازتها فانها تكون باطلة[٤] .

واما في حالة ورود القسمة على الاملاك (وهو المال الذي يكون مصدره الارث) حيث يكفي فيه حضور اثنين او اكثر من الشركاء وتقديمهم طلبا للقسمة واثبات كونهم واضعي اليد على المال وكذلك اثبات وفاة مورثهم وعدد الورثة المشتاعين وكذلك جهة الوراثة. وفي حال ظهور من هو قاصر او محجور او غائب بين الشركاء فتكلف المحكمة وليه او وصية او القيم عليه باستحصال الاذن من مديرية رعاية القاصرين كي يتسنى لها الدخول في القسمة[٥] .

وتوافق المادة ١٠٧١ مدني عراقي المادة ٨٤٠ من القانون المدني المصري وذلك بنصها: (اذا كان بين الشركاء غائب.. وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد ان يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون) .

فيظهر ان المشرع المصري قد احاط القسمة التي فيها غائب (كما هو الحال في القاصر والمجور عليه) بضمانات تجعل من اجراء القسمة بدونه قسمة قابلة للابطال؛ وذلك لان القسمة قد خرجت من اعمال الادارة المعتادة للمال الشائع حيث دخلت في اعمال التصرف فيكون على نائب الشريك الغائب ان يستاذن المحكمة كما هو الحال في اعمال التصرف فإن وجدت المحكمة مصلحة للغائب فيها فتُجرى القسمة وتُعّين الاسس التي تُجرى عليها القسمة والاجراءات التي تكون واجبة الاتباع لحفظ حقوق الشريك الغائب، وبعد القيام بتلك الاجراءات يكون على وكيل الغائب ان يعرض تلك الاجراءات على المحكمة لتطمئن الى ما وضعته من اسس واتباع ما حددته من اجراءات للتثبت من عدالة القسمة، اما اذا لم تجد المحكمة ان القسمة فيها مصلحة للغائب ترفض حينها اجراء القسمة رضاء[٦] الا اننا نجد ان نص الفقرة (١) من المادة ١٠٤١ من القانون المدني الاردني تنص على : (اذا كان احد الشركاء غائبا او فاقدا الاهلية او ناقصها فلا تصح القسمة...) وعليه نستنتج بان التشريعات المدنية التي عالجت حضور الشركاء في القسمة كانت على ثلاثة اقسام فقسم منها

---

(١) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق، ص١٢٢.
(٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ص٢٠٧.
(٣) المحامي ابراهيم ناجي، حقوق التصرف وشرح قانون الاراضي، ط٢، بغداد مطابع الفلاح، ١٩٢٥، ص٣٠٤.
(٤) الاستاذ شاكر الحنبلي، موجز في احكام الاراضي، دمشق، مطبعة التوفيق، ١٩٢٨ ، ص١١٠.
(٥) الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي، المصدر السابق ، ص١١٩.
(٦) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٥٤.

اشار الى وجوب حضور الشركاء في القسمة كالقانون المدني العراقي ومنها صرح بوجوب حضورهم كالقانون المدني المصري الا اننا نجد ان قسما اخر منها كان اكثر تشددا في وجوب حضور الشركاء لصحة القسمة كالقانون المدني الاردني [١].

ثانيا: في الفقه الاسلامي:

لقد اشترط فقهاء المسلمين ايضا وجوب حضور كافة الشركاء المشتاعين او من يمثلهم في القسمة، وقد ميز فقهاء الحنفية بين قسمة المال اذا كان مصدره ارثا وبين قسمتهِ ان كان مصدره اخر غير الارث مع الاخذ بنظر الاعتبار نوع المال عقارا كان ام منقولا فنجد ان الامام ابا حنيفة (ر ح) كان لا يقسم المال الذي مصدره الارث اذا كان عقارا الا بحضور كافة الشركاء المشتاعين انفسهم او وكيل عن الغائب منهم او ولي عن الصغير، وان يكون العقار في ايديهم وبعد اثباتهم للبينة التي تثبت كونهم وارثين لذلك العقار في حين نجد ان صاحبيه ابا يوسف ومحمد يقضيان بقسمته بمجرد اعتراف الورثة الحاضرين منهم، واما ان كان المال ليس عقارا فينقسم بمجرد ادعاء الشركاء الوارثين له[٢]

والسبب الذي دعا فقهاء الحنفية الى التمييز في احكام قسمة العقار المشاع المورث عن قسمة المال المنقول هو كون المنقول مالا غير محصن بنفسه فهو بحاجة الى الحفظ بخلاف العقار فهو محصن بنفسه كذلك فان المال المنقول تقع المسؤولية في ضمانه على من وضع يده عليه واما في الحالة الاخرى التي يكون فيها مصدر المال غير الارث كالشراء مثلا فهنا لا يقسم القاضي المال في حالة غياب احد الشركاء المشتاعين والسبب في ذلك ان المالك المشتاع في حالة ملك الارث يكون ملكه ملك خلافه الى ان يرد بالعيب او يرد عليه بالعيب فيما اشتراه مورثه او باعه وعليه يصبح احد الشركاء خصما عن الميت فيما يكون الشريك الاخر خصما عن نفسه فتكون القسمة قضاء يحضره المتخاصمون[٣] واما ملك المشتري فهو ملك مبتدأ و عليه فلا يجوز ان يكون الحاضر فيها خصما عن الغائب وبالتالي فلا فرق بين اقامة الحاضرين للبينة على ملكهم او عدم اقامتها وكذا قضى الحنفية بعدم القسمة في حال حضور احد الشركاء دون الشركاء الباقين فلابد من حضور شريكين على الاقل لاجراء القسمة والسبب في ذلك ان الشريك الواحد لا يصلح ان يكون مخاصِماً ومَخصماً وكذلك مُقاسِماً ومقاسَماً فلابد من ان يكونا اثنين على الاقل [٤].

وبنفس الاتجاه الذي جاء به فقهاء الحنفية اخذت المادة ١١٢٨ من مجلة الاحكام العدلية حيث نصت: (.. اذا غاب احد الشركاء لا تصح قسمه الرضا واذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه او وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على امر

---

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص١٤٠.
(٢) الشيخ برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج٣، ط اخيرة، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص٤٢.
(٣)انظر في هذا المعنى الشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين، المصدر السابق ج٦، ص٢٥٩.
(٤) الشيخ برهان الدين ابو الحسن بن علي بن ابي بكر عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المصدر السابق، ص٤٣.

القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته) وعليه فالمادة ١١٢٨ من المجلة قد اشترطت حضور الشركاء المشتاعين بانفسهم او نواب عنهم الى القسمة[١] .

واما عند فقهاء المسلمين من الحنابلة فقد وافقوا اتجاه الحنفية ايضا فيما يتعلق بحضور الشركاء، حيث قال فقهاؤهم بجواز قسمة القاضي لحصة الغائب بناء على طلب الشريك الحاضر وان لم يثبت ملك الشريك الغائب منهم [٢].

فيتضح لنا ان حكم القسمة في حال عدم حضور جميع الشركاء قسمة عرضة للنقض من قبل من لم يدع الى الحضور فيها الا ان هذا الحكم لا يشمل حالة من وجهت له الدعوى للحضور ولكنه امتنع عن الحضور فيها حيث تكون القسمة عندها صحيحة في حقه[٣] .

---

(١) انظر الاستاذ سليم رستم باز اللبناني، شرح مجلة الاحكام العدلية، ط٣، بيروت، دار احياء التراث العربي، ص٦٢٥.

(٢) ابو العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم بن تيميه، الفتاوى الكبرى، المجلد الخامس، بغداد، مكتبة محمد صاحب الرجب، ص٢٠٩.

(٣) انظر بهذا المعنى من فقهاء المسلمين المحدثين الاستاذ د. وهبه الزحيلي، المصدر السابق، ص٢٢٢٢.

الفرع الثاني
ان يكون المال المشاع مملوكا للشركاء وقت القسمة

اولا: في القانون :

لقد اشترط الفقهاء ايضا ان يكون المقسوم مملوكا للشركاء وحدهم وكذلك ان يكون المال تحت تصرفهم وقت اجراء القسمة فاذا لم يكن المال ملكا للشركاء او انه كان ارضا اميرية مفوضة او ممنوحة باللزمة فالقسمة في مثل هذه الحالات غير جائزة حتى لو كانت تلك القسمة رضائية [١].

ولقد نصت 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...) فيتبين ان القانون المدني العراقي قد بنى على عدم ملكية الشركاء للمال او لنصيب مفرز منه وبالتالي استحقاقه للغير كليا او جزئيا بطلان القسمة وذلك حسبما سنفصله لاحقا عند البحث في اثار القسمة [٢].

وكذلك الحال ايضا اذا كان المال موقوفا والوقف هو حبس عين من الاعيان عن التصرف او التمليك لاحد من العباد ورصد منفعتها على جهة من جهات الخير ابتداء او انتهاء [٣].

وسواء اكان ذلك الوقف وقفا ذريا حيث يقفه الواقف على نفسه او ذريته او كليهما معا ام على شخص معين وذريته او كليهما معا ام على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته ام وقفا خيريا وهو كل ما وقف على جهة خيرية حين انشائه او ال اليها نهائيا واما الوقف المشترك وهو كل ما وقفه الواقف على جهة خير وعلى الافراد او الذراري[٤].

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يصح وقف المال اذا كان مشاعا؟ والجواب على ذلك ان من الممكن وقف المشاع وذلك في حالة ما اذا كان المشاع غير قابل للقسمة (وهو ما كان يضره التبعيض بمعنى انه يتعذر الانتفاع فيه بعد القسمة بذات الانتفاع المعهود منه قبل القسمة) ومثاله ان يوقف شخص حصته الشائعة في الدار الصغيرة واما الحالة الاخرى وهي ان يوقف شخص حصته الشائعة في مال لا يضره التبعيض حيث يكون قابلا للقسمة ومثاله لو ان شريكا وقف حصته في دار كبيرة او اراضي زراعية بحيث انها تتحمل القسمة[٥] .

وعليه فما يهمنا في امر الوقف بما يتعلق وموضوع القسمة هي ان المال الموقوف تجوز قسمته بشرطين:

---

(١) انظر في ذلك د. عبد الرحمن خضر، المصدر السابق ، ص٥٠

(٢) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، ص٨٤.

(٣) انظر: د. مصطفى محمد الجمال ود. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون ، بيروت، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص٥١٤، او كما عرفه البعض الاخر بانه : حبس العين المملوكة على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة خير تهدف الى البر والنفع العام او على جهة ذرية او كليهما: انظر الاستاذ زياد خالد المفرجي، التنظيم القانوني لادارة الاوقاف في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد،٢٠٠٣، ص٩

(٤) الاستاذ القاضي محمد شفيق العاني، احكام الاوقاف، بغداد، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة، ١٩٥٥، ص٢٨.

(٥) الاستاذ حسين علي الاعظمي، احكام الاوقاف ، ط٣، بغداد، مطبعة المعارف، ص١١٣.

الشرط الاول: ان يكون المال المشاع قابلا للقسمة بان ينتفع منه انتفاعا مفيدا تماما كما كان ينتفع منه قبل القسمة.

الشرط الثاني: هوألا تلحق القسمة ضررا بعين من اعيان الوقف كحرمان جزء منه من النور او الهواء او اشعة الشمس [١].

فيتبين ان المال الموقوف لا تجوز قسمته الا باستيفاء تلك الشروط[٢] وتوافق نص المادة ١٠٧٦ مدني عراقي المادة ٨٤٤ من القانون المدني المصري حيث نصت: (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة) فيظهر ان الحكم في القانون المدني المصري هو بطلان القسمة ايضا في حال عدم ملكية الشركاء للمال وقت القسمة ويكون رجوع كل شريك على الاخر بالضمان وحسب قواعد الاستحقاق [٣] وبذات الاتجاه ايضا نجد المادة ٨٨٤ من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على ان : (يبقى الشركاء في التركة ضامنين كل على حده بعضهم تجاه البعض الاخر امام التعرض والاستحقاق فقط التي تنشأ عن سبب داخلي متعلق بالقسمة..) وعليه نجد ان القانون المدني الفرنسي هو الاخر قد اشترط كون الشركاء مالكين للمال الذي يقتسمونه كشرط لصحة القسمة[٤] .

ثانيا: في الفقه الاسلامي:

لقد اشترط الفقهاء المسلمون ملكية الشركاء للمال المراد قسمته، فنجد ان فقهاء الحنفية يعللون ذلك الشرط على اساس ان طبيعة القسمة بكونها من جهة افراز ومن جهة

---

(١) الاستاذ عبد الوهاب خلاف، احكام الوقف، ط٣، القاهرة، مطبعة النصر، ١٩٥١، ص٢٠٩.

(٢) ولم يشذ القضاء العراقي عما كان قد سار عليه الفقه والتشريعات الوضعية في اشتراط ملكية الشركاء للمقسوم او انه تحت تصرفهم وقت القسمة ومن القرارات القضائية التي جاءت موافقة لهذا الاتجاه ومنها القرار الصادر عن محكمة التمييز في العراق والمرقم ٢١٥٢/م١٩٩٧/١ في ١٩٩٧/٣/١٣ الذي جاء فيه: (... ازالة شيوع المال المنقول حسب سهام الورثة الشركاء في القسام الشرعي حالة مشروعة وقانونية..): القرار منشور في مجلة القضاء، بغداد ، مطبعة الشعب، نقابة المحامين العراقيين، الاعداد ، ٢، ٣، ٤، السنة ٥٢ ، ١٩٩٧ ص٧٨ وكذلك الحال في المبدأ القضائي في القرار المرقم ١٩٩/ حقوقية/ ٥٦ والمؤرخ في ٥٦/٢/٢٣ والصادر عن محكمة التمييز في العراق الذي جاء فيه: (اذا صدر قرار ازالة الشيوع قسمة بين خصوم غير مالكين خلافا لما هو مدون في سجلات الطابو فان هذا القرار مستحيل التنفيذ ومن حق دائرة الطابو الامتناع عن تنفيذه) : القرار منشور في مجموعة الاستاذ القاضي عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية القسم المدني لاحكام محكمة التمييز، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥٧ ص٢٩٤ وذات الاتجاه نجده ايضا في القرار التمييزي المرقم ٢٨٤٩/م٧٦/٤ والمؤرخ في ٧٦/١٢/٢٧ والذي جاء فيه: (... اذا لم يكن العقار المراد ازالة شيوعه مسجلا في سجلات التسجيل العقاري باسم المدعي فعلى المحكمة امهاله مدة مناسبة لاقامة دعواثبات ملكيته للعقار واعتبار الدعوى مستاخرة لنتيجة دعوى الملكية ..) : مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص٤٤٨، فيتبين من ذلك القرار ايضا ان المحكمة قد اشترطت ان يكون المدعي (طالب انهاء الشيوع) مالكا للعقار المراد قسمته وقد استلزمت المحكمة لاثبات ذلك الملك بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة...

(١) د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق ، ص٢٥٠.

(٤) planiol Et Ripert, droit civil Francais, V, Paris, lbrairie Generale de droit etde jurisprudence ١٩٥٧ , No . ٨٢٦ , p ١٠٢٣ .

مبادلة ففي كلتا الحالتين لابد لصحة القسمة فيهما من كون المقسوم مملوكا للمتقاسمين [١] ولقد ذهب جانب اخر من فقهاء الحنفية الى القول بانه لا يكفي ان يكون المال تحت تصرف الشركاء المشتاعين وانما عن طريق البينة اثبات بان ذلك المال ملكهم وذلك لانه قد يكون مملوكا للغير [٢] .

وبذات الاتجاه جاءت المادة ١١٢٥ من مجلة الاحكام العدلية وذلك بقولها: (يشترط ان يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة فلذلك لو ظهر مستحق لكل المقسوم بعد القسمة بطلت القسمة...) [٣] .

فيتضح انهم قد قدموا الدين او الوصية على حق الشركاء في المال المشاع فيكون حق الشركاء واردا على صورة التركة فقط وبالتالي لابد من تخليص التركة (اذا كان مصدر المال ارثا) من دين الغرماء قبل القيام بالقسمة ولكن للشركاء ان يسددوا ما على التركة من ديون قبل القسمة من خالص ما لهم وذلك لكي يستخلصوا التركة في هذه الحالة صورة ومعنى ومع ذلك فمن الممكن ان يبريء الغرماء الشركاء في التركة عن دين مورثهم وبالتالي تصح القسمة ايضا [٤].

ولقد وافق اتجاه فقهاء الحنفية اتجاه فقهاء المالكية في ملكية الشركاء للمال فاذا ظهر صاحب حق على ذلك المال كوارث اخر او صاحب دين على ذمة المال المقسوم كان له الحق في نقض القسمة او ان يشاركهم في الرجوع على كل متقاسم بمقدار قسطه[٥] وقد استندوا في ذلك على قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها او دين) [٦] .

واما عند فقهاء الشافعية فقد قالوا بجواز قسمة المال المشاع ان كان موقوفا وذلك اذا كانت القسمة افرازا اما لو كانت بيعا فلا تصح قسمة المال الموقوف[٧]

ولقد وافقهم في ذلك اتجاه فقهاء المسلمين من الجعفرية حيث قالوا بجواز افراز الوقف عن الملك المطلق قسمة بان كان هناك مال معين مشترك بين شريكين نصف المال وقف ونصفه الاخر ملك تام وكذلك الحال في مال مشترك نصفه وقفه احد الشركاء وقفا ذريا على ذريته ونصفه الاخر كذلك حيث جاءت القسمة فيه بفرز القسمين ويكون المستفيد من ذلك الموجود بين الموقوف عليهم واولياء البطون اللاحقة[٨] وكذلك من فقهاء الجعفرية من قال بجواز قسمة المال الموقوف بين الموقوف عليهم في حال تم اشتراط ذلك من قبل الواقف او مع وقوع تشاح بين الشركاء او مطلقا، الا ان فقهاء الجعفرية قد اشترطوا اضافة الى ملكية

---

(١) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، المجلد ٦ ، ديار بكر، المكتبة الاسلامية، ص٣٤١.
(٢) الشيخ محمد امين، المصدر السابق، هامش ص٢٥٨.
(٣) انظر في ذلك الاستاذ علي حيدر، المصدر السابق ، ص١١٦.
(٤) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، المصدر السابق ص٣٠.
(٥) الشيخ ابو بكر حسن الكشناوي، المصدر السابق ،ص٥٠.
(٦) سورة النساء اية ١١.
(٧) الامام احمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين بن حجر الهيتي الشافعي المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج٤، بيروت، دار صادر، هامش ص١٣٨.
(٨) انظر السيد علي الحسيني السيستاني، المصدر السابق ص١٧٥.

الشركاء لذلك المال هو ان يكون المال المراد قسمته تحت تصرف الشركاء وبعدم جواز قسمة المال المشترك قبل قبضه [١].

المطلب الثاني
الشروط المتعلقة بالمال المراد قسمته

سنقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتعرض في الفرع الاول منهما الى كون المال المقسوم عينا او دينا واما في الفرع الثاني منه فسنتعرض فيه كون المال المراد قسمته قابلا للقسمة...

(١) انظر بهذا المعنى الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ،ج١٩، ط٢، بيروت، مؤسسة ال البيت (ع) لاحياء التراث، ٢٠٠٣، ص ١٢.

الفرع الاول
ان يكون المقسوم عينا او دينا

اولا: في القانون:

ان من الشروط العامة للقسمة ان يكون المال المشترك عينا او دينا ويقصد بشركة العين هي اشتراك شخصين او اكثر في مال موجود ومعين واما شركة الدين فهي اشتراك شخصين بدين في ذمة اخر[١] وفيما يتعلق بامكانية قسمة الديون فقد ذهب فقهاء القانون الى القول بامكانية قسمتها؛ ويفسرون ذلك بان القانون المدني العراقي وعند وضعه وجد التعامل قائما بين الناس حتى بالديون فتباع وتشتري وترهن[٢] فقد اخذت المادة ١٢٦ مدني عراقي بشمول الاموال للديون ايضا حيث نصت على انه: (.. ويصح ان يكون المحل مالا عينا كان او دينا...) وعليه فالتعامل صار جائزا بالديون قانونا وتعاملا؛ ذلك ان القانون المدني العراقي قد اعتبر الديون اموالا وليست اوصافا متعلقة بالذمة وبالتالي فهي تقبل القسمة [٣] ولقد عرفت الفقرة (١) من المادة ٣٠٣ من القانون المدني العراقي الدين المشترك بقولها: (يكون الدين مشتركا بين عدة دائنين اذا نشأ من سبب واحد وكان غير متجزىء اما لوحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ...) ومن امثلة الدين المشترك ان يموت الشخص وله دين في ذمة شخص اخر فيكون الدين مشتركا بين ورثة المتوفي حيث يؤول لهم بالارث او كما في اجرة المال المشترك. وقد نصت المادة ٣١٤ من القانون المدني العراقي على احكام الدين المشترك وذلك بقولها: (١- في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على ان يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين من غير ان يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى ولو توت حصصهم. ٢- وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير ان يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه) ويتم تقسيم الدين المشترك على الشركاء المشتاعين كل بحسب حصته وان كان احدهم وارثا ايضا للمدين[٤].

في حين ذهب جانب اخر من فقهاء القانون الى ضرورة التمييز بين حالتين:

الحالة الاولى: وهي التي يكون فيها مصدر الدين من غير الارث حيث تجوز القسمة فيما يتعلق بحق المطالبة والقبض.

واما الحالة الثانية: وهي التي يكون فيها مصدر ذلك المال (الدين) هو الارث ففي هذه الحالة لابد من تحرير التركة واجراء عملية التصفية بحيث لا تُجرى القسمة الا بعد القبض[٥]

الا اننا نجد ان المادة ١٠٣٩ من القانون المدني الاردني قد جاءت على خلاف اتجاه القانون المدني العراقي في جواز قسمة الديون، حيث نصت على انه: (يجب ان يكون المقسوم عينا قابلة للقسمة مملوكة للشركاء عند اجرائها...) فنجد ان القانون المدني الاردني

---

(١) الاستاذ عارف العارف، مجموعة الاحكام للاموال غير المنقولة، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٥٧، ص٢٣٥.

(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج١، بغداد ، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة، ٢٠٠٠، ص٢١٥.

(٣) الاستاذ منير القاضي، محاضرات في القانون المدني، بغداد، مطبعة دار المعرفة منشورات المجموعة الدائمة، ١٩٥٤ ص٨٢.

(٤) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام او الالتزام في ذاته، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٤٨، ص١١٩.

(٥) انظر د. حامد مصطفى، الملكية واسبابها، ص١٢٧.

قد اشترط ان يكون المال المراد قسمته عينا وليس دينا اخذاً من المادة ١٠٣٩ مدني اردني بالمادة ١١٢٣ من مجلة الاحكام العدلية والتي كانت المصدر التاريخي للمادة ١٠٣٩ مدني اردني[١] وعليه نستنتج بان التشريعات المدنية قد انقسمت الى قسمين فيما يتعلق بقسمة الديون فقسم من هذه التشريعات قد جوزت للشركاء قسمة الديون كالقانون المدني العراقي، في حين نجد قسما اخر من تلك التشريعات كالقانون المدني الاردني لم تجِز قسمة الديون تاثرا منها بمجلة الاحكام العدلية والتي اخذت باتجاه الفقهاء المسلمين وحسبما سياتي تفصيل ذلك...

ثانيا: في الفقه الاسلامي:-

لقد اشترط الفقهاء المسلمون من الحنفية في ان يكون المقسوم عينا؛ ذلك لانها غير متحققة قبل القبض لقولهم ان القسمة افراز ولما كان الدين مجتمعا في مكان واحد فلايمكن ان يتحقق ذلك الافراز[٢] فاذا كان المقسوم عينا ودينا وقام الورثة بقسمة الدين والعين جملة بان قالوا أنَّ الدين الذي على فلان يكون من حصة فلان الوارث مع العين وان الدين الذي على فلان الاخر يكون لفلان مع العين فإنَّ القسمة هنا باطلة في العين وفي الدين ، واما في الصورة الاخرى حيث يقتسم الشركاء الاعيان ثم الديون فقسمة الاعيان صحيحة لأمكانية افرازها واما قسمة الديون فباطلة مع ان الدين قد اعطى له حكم الموجود في حق الشراء واشباه ذلك لحاجة الناس ولا حاجة في القسمة لان الدين معدوم حقيقة فبقى على العدم في حق القسمة وقسمة المعدوم باطلة وذلك لان القسمة شرعت لتكميل المنفعة ولا مجال للمنفعة في الدين[٣] وبذات الاتجاه جاء نص المادة ١١٢٣ من المجلة حيث نصت : (يشترط ان يكون المقسوم عينا فلذلك لا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض مثلا اذا كان للمتوفي ديون في ذمم اشخاص متعددين واقتسمها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح...) فيتبين ان قسمة الديون المشتركة حسب مفهوم المجلة تعتبر غير صحيحة والسبب في ذلك يعود الى اننا لو قلنا ان القسمة افراز باعتبار الدين هو امر ثابت في ذمة المدين ومجتمع فيه فلا يمكن والحالة هذه ان تتحقق القسمة اما لو اننا قلنا ان القسمة مبادلة فان تقسيم الدين سيؤدي الى تمليكه لغير المدين [٤] كما ان الدين وهو معدوم حقيقة ولكن حكمه حكم الموجود وذلك تسهيلا لمعاملات الناس لكي يتمكنوا من شراء الاموال في مقابلهِ ولا حاجة لذلك في القسمة ولما كانت القسمة قد شرعت لتكميل المنفعة وهي غير موجودة وبالتالي بطلت القسمة قبل القبض اما لو اقتسم الشركاء الاعيان ثم انتقلوا الى قسمة الديون فقسمة الاعيان صحيحة في هذه الحالة[٥].

---

(١) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني، المصدر السابق ص٦٥٥
(٢) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧ ،ط٢، بيروت ،دار الكتب العلمية، ١٩٨٦، ص٢٤ .
(٣) الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، المصدر السابق ص٤٢٢.
(٤) انظر الاستاذ علي حيدر، المصدر السابق، ص١١٢.
(٥) الاستاذ سليم رستم باز اللبناني، المصدر السابق ص٦٢٧.

واما عند فقهاء الشافعية فقد اشترطوا كون المقسوم عينا ايضا ويفسرون ذلك بان قسمة الديون المشتركة في الذمم لا تصح سواء قلنا انها بيع دين بدين ام قلنا انها افراز وفي كلتا الحالتين فالقسمة ممتنعة وذلك لعدم امكانية القبض في الديون[١] .

وعليه نجد ان اتجاه فقهاء الشافعية قد وافق اتجاه فقهاء الحنفية في ذلك. وكذلك الحال نجده ايضا عند فقهاء الجعفرية فقد افتى فقهاؤهم بعدم جواز ازالة الشيوع قسمة في حال ورودها على الدين المشترك لشريكين وذلك لسبب من اسباب الاشتراك في الاموال كالارث مثلا فاذا اراد القسمة قبل استيفاء الدين من المدين فاذا كان لزيد وعمرو دينا واراد قسمته قبل قبضة وجعلا ما على الحاضر لاحدهما وما على البادي لاحدهما فانه لا يفرز ويبقى الاشتراك قائما بينهما وكل ما يمكن ان يحصل لكل منهما يكون مشتركا لهما وكل ما بقي على مدينهما يكون لهما اما لو انهما اشتركا في دين واستوفى احدهما حصته بان قصد كل من الشريك الدائن والمدين ان يكون ما يأخذه وفاء لحصة ذلك الشريك من الدين المشترك فان الظاهر تعيينه له وبقاء حصة الشريك الاخر في ذمة المدين[٢] .

ومن فقهاء الجعفرية من جعل تقسيم الديون المشتركة تبدو في احدى صورتين الاولى: ان يتفق الورثة المشتاعين على جعل ديون مورثهم على المدينين المتعددين موزعا عليهم كل واحد لواحد منهم. واما الصورة الثانية: فهي ان يقتسموا الدين الواحد فيكون القسط الاول لواحد واما الثاني فيكون للاخر وحكم القسمة التي تتم باحدى هاتين الصورتين انها قسمة باطلة [٣].

نستنتج بان الفقهاء المسلمين قد اجمعوا على وجوب ان يكون المقسوم عينا وليس دينا من الديون وبذلك يكون القانون المدني العراقي وذلك في المادة ٣١٤ منه (سابقة الذكر) قد خالف اتجاه الفقهاء المسلمين (لاسيما فقهاء الحنفية) وكذلك اتجاه المادة ١٠٣٩ مدني اردني في جواز قسمة الديون المشتركة وذلك اخذا من القانون المدني العراقي بالتعامل المستقر بين الناس[٤]

الفرع الثاني
ان يكون المال قابلاً للقسمة

اولاً : في الفقه القانوني :-

ان جميع الاشياء التي تحيط بنا سواء أكانت من العقارات ام من المنقولات هي اشياء قابلة للقسمة فمن الناحية الفيزيائية حتى الذرة يمكن تقسيمها الى اجزاء غاية في الصغر ، الا ان الامر مختلف من الناحية القانونية حيث يتحدد الشيء لكي يكون ممكناً للقسمة بمعيار مزدوج ذي طبيعة اقتصادية واجتماعية فمن الفقهاء من يشترط كون الشيء قابلاً للقسمة أن

(١) الشيخ عبد الحميد الشرواني، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج١٠، القاهرة، د.ت، ص٢١١ : وانظر كذلك الشيخ شهاب الدين ابي العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٤، بيروت، دار الكتب العلمية ، منشورات محمد علي بيضون، د.ت ، ص ص ٣٩٣-٣٩٦.
(٢) الشيخ محمد ابراهيم الكرباسي، المصدر السابق، المسالة ٨ ص١٥٧ .
(٣) الامام محمد الحسين ال كاشف الغطاء، المصدر السابق ص٢٢٦.
(٤) انظر د. حامد مصطفى، المصدر السابق ، ص١٢٧.

يحافظ على جوهره ووظيفته وكذلك على قيمته [١] كما يصنف هؤلاء الفقهاء الاشياء من حيث قابلية القسمة الى ثلاث مجموعات:

المجموعة الاولى : وهي تشمل الاشياء القابلة للقسمة وهي الاشياء التي يمكن ان تجزأ او تقسم الى اجزاء او اقسام مع احتفاظ كل جزء او قسم منها بخصائص وبجوهر الشيء المجزأ او المقسم وكذلك بقيم تتناسب مع قيمة ذلك الشيء .

المجموعة الثانية : وهي تشمل الاشياء غير القابلة للقسمة وهي الاشياء التي لا يكون لكل جزء او قسم منها اذا جزئَ خصائص وجوهر الشيء الاصلي ولا يكون لها قيمة تتناسب مع قيمة الشيء الاصلي .

واما المجموعة الثالثة : تشمل الاشياء المركبة وهي الاشياء التي يتكون الواحد منها من عدة اجزاء يختلف كل منها في قيمته وفي جوهره عن قيمة وجوهر الشي الكل ومثاله البيت فهو مكون من عدة اجزاء كالابواب والشبابيك والجدران الا ان كلاً من هذه الاشياء يختلف في قيمته وجوهره عن قيمة ذلك البيت وجوهره [٢] ولا يشترط الفقهاء المساواة التامة بين قيمة الشيء قبل القسمة وبين اقيام كل من أقسامه وبغض النظر عن الاسلوب الذي تحصل به عملية القسمة حيث يختلف ذلك تبعاً لاختلاف 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 بحيث يتخللها الهواء فالعقارات كالمباني مثلا حيث يمكن ان تقسم افقياً بوضع الحواجز الفاصلة فيما بينها واما التقسيم العمودي فيكون بالطوابق وبذا فالقسمة لا تكون قسمة مادية فحسب وذلك ان الاتصال الفيزياوي لا زال قائماً ًبين اجزائها فتعتبر القسمة فيها معنوية [٣]

واما في قسمة المنقولات كالحبوب والحيوانات او قطع المعادن فيمكن ان تقسم تقسيماً مادياً فيستقل كل جزء من اجزائها عن الاخر وعليه فحق الملكية الذي كان يضم عدة ملاك يصير بعد القسمة عدة حقوق من الملكية ويكون لكل مالك فيه حقه المستقل فيها ويذهب جانب اخر من الفقهاء الى اعتبار قابلية المال للقسمة امر نسبي الى جانب المعيار الاقتصادي والاجتماعي ومثال على ذلك اذا جزَّئَ شريط من الحديد الى عدة اجزاء كان لكل جزء منها ذات الجوهر الذي كان للشيء الاصلي وبقيمة تتناسب في كمه مع قيمة الشيء الاصلي وعلى خلاف ذلك اذا جزئَ حيوان حي الى عدة اجزاء فكل جزء من اجزائه لن يكون له ذات جوهر الحيوان الحي حيث انه قد قسم فتحولت اجزاؤه الى اجزاء حيوان ميت فجوهر الموت هو غير جوهر الحياة [٤]

الا اننا نجد ان اتجاه الغالبية من الفقهاء يذهبون الى ان قابلية المال للقسمة تتحقق في حال بقاء جنس المنافع المتوخاه من المال بعد القسمة كما كانت عليه الحال قبل القسمة لكل

---

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

(٢) د. رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني النظرية العامة للحق ، ج٢ ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٣ ،ص٤٨٩.

(٣) د. محمد حسين منصور و د. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون القاعدة القانونية ونظرية الحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،٢٠٠٠ ، ص٢٠٦ .

(٤) د.رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ،ص٤٩٠ .

شريك من الشركاء المشتاعين بمعنى ان يكون كل شريك من الشركاء قادراً على الانتفاع بحصته بعد القسمة بذات الانتفاع الذي كان يستوفيه من حصته قبل القسمة ، ومثال ذلك اذا كان المال قبل القسمة ارضاً زراعية فلا بد ان تصلح بعد القسمة كذلك ولكل جزء من الاجزاء المقسومة فيها ارضاً زراعية ايضاً [١] اما اذا كانت قبل القسمة ارضاً زراعية وبعد القسمة صار جزء منها يصلح ان يكون ارضاً زراعية وجزء اخر لا يصلح لذلك وانما يصلح ان يكون داراً او مقهى وبالتالي فلا يعتبر المال والحالة هذه قابلاً للقسمة [٢]

كما يؤخذ بنظر الاعتبار نوع المال المقسوم فان كان ملكاً صرفاً جازت قسمته حتى لو فاتت بالقسمة المنافع التي كانت متوخاة من المال بعد القسمة بالنسبة الى بعض الشركاء او جميعهم ما دام ذلك يتم استناداً الى رضائهم بالقسمة واما في حالة كون المقسوم ارضاً اميرية او موقوفة ففي هذه الحالة لا تجوز قسمتها اذا اخلت القسمة بالمنافع المتوخاة من المقسوم بعد القسمة بالنسبة لبعض الشركاء حتى لو كان ذلك برضا الشركاء .. ونحن نتفق مع الاتجاه القائل بان قابلية المال للقسمة من الناحية الفنية التي نعنيها انما هي تتمثل في بقاء منافع المال بعد القسمة بغض النظر عن نقصان قيمة المال ككل فامر طبيعي عدم التعادل بين قيمة المال كله وبين قيمة كل قسم من الاقسام الا ان الذي يهمنا هو استمرار كل قسم من الاقسام باداء نفس الوظيفة وذات المنافع التي كان يقدمها المال ككل قبل القيام بالقسمة ..

ثانياً : في الفقه الاسلامي :-

لقد اشترط فقهاء المسلمين من الحنفية على وجوب كون المقسوم مالاً قابلاً للقسمة ، وقد فرقوا بين حالتين هما :-

الحالة الاولى :وهي ان يكون المال المراد قسمته مما لا ضرر في تبعيضه ويقصد بذلك ان لا يتضرر الشركاء من تجزئته بل فيه منفعة لهما ومثاله الاموال المثلية كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وحكمها انها تقبل القسمة سواء برضا الشركاء ام جبراً[٣]

الحالة الثانية : وهي ان يكون المشاع مما في تبعيضه ضرر فهنا نجدهم يميزون بين صورتين :-

الصورة الاولى : وهي التي يتحقق فيها الضرر لكل الشركاء المشتاعين فلا يمكن الاجبار على القسمة فيه ؛ ذلك لان القسمة ستؤدي حتما الى الاضرار بكل الشركاء وهنا لا يملك القاضي الاضرار بالشركاء[٤]

ومثاله قسمة اللؤلؤة الواحدة او الياقوتة او القوس او الفرس او الرحى ..

واما الصورة الثانية : وهي التي تؤدي القسمة فيها الى الاضرار باحد الشركاء دون الاخرين ، فهنا يميزون بين ما اذا كان صاحب الحصة الكبيرة من المال طلب القسمة دون صاحب الحصة الصغيرة فاذا طلبها صاحب الحصة الكبيرة يجاب طلبه ولو جبرا على صاحب الحصة الصغيرة ومثالها شريكان في دار لاحدهما القسم الاكبر من الدار والاخر شقٌ صغير فيها فنجد ان قسماً من الفقهاء قد اجازوا اجبار صاحب الحصة الكبيرة على

---

(١) الاستاذ شاكر الحنبلي ، المصدر السابق ، ص١٠٩ .
(٢) د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص٧١ .
(٣) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ص١٩ .
(٤) السرخسي ، كتاب المبسوط ،ج١٥ ، ط١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، د. ت ، ص٥٢ .

القسمة ومنهم الحاكم الجليل؛ والسبب ان لا ضرر يقع من هذه القسمة بل فيها منفعة ايضاً لصاحب الكثير وعليه فاذا رفضها فهو متعسف في ذلك ، واما القسم الاخر من فقهاء الحنفية فيقولون بان لا يقسم المال جبراً بطلب من صاحب الحصة القليلة والسبب ان صاحب القليل بطلبه لا يحقق فائدة من القسمة له وعلية فهو متعنت فيها فلا يجاب الى طلبه [١] وبنفس الاتجاه الذي اخذ به فقهاء الحنفية جاءت المادة ١١٣٠ من مجلة الاحكام العدلية حيث نصت : (اذا طلب احد الشركاء القسمة وامتنع الاخر .. ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسمه الحاكم جبراً والا فلا يقسمه) يتبين ان اتجاه المجلة في حال عدم قابلية المال للقسمة هو الحكم بالمهاياة [٢]

اما معيار قابلية المال للقسمة وبحسب مفهوم المجلة هو ما نصت عليه المادة ١١٣١ منها على انه : (قابل للقسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت بالقسمة المنفعة المقصود منه) واما عند فقهاء المالكية فمع انهم قد اتفقوا مع فقهاء الحنفية من حيث امكانية قسمة المال بين الشركاء اذ كان مما يقبل القسمة بلا ضرر وبما يترتب عليه استمرار المنافع المتوخاة من ذلك المال وعدم نقصان قيمة المال [٣] ويكون ذلك بعد اجراء القسمة في الارض والحبوب وغيرها الا انهم اختلفوا مع الفقهاء الاحناف من حيث اجبارهم للشركاء على القسمة في حال كون المال قابلاً للقسمة في حين نجد ان فقهاء الاحناف لا يجبرون الشريك على القسمة بل يجيزون قسمة المهايأة[٤] فنجد ان فقهاء المالكية قد اجازوا قسمة ثمن المال وذلك بعد بيعه جبراً اذا كان مما لا يحتمل القسمة كل على حده ومثاله الدابة الواحدة او الثوب او الطست الواحد وغيرها .. [٥] ولقد اشترط فقهاء المالكية لقسمة ثمن المال المباع في حال عدم امكانية قسمته عيناً شروطاً هي :

اولاً : عدم امكانية قسمة المال مفرداً بحيث انه اذا قسم مفرداً بيعت تلك الحصة بثمن اقل مما لو بيعت تلك الحصة مع باقي المال سوية .

ثانياً : ان يكون الشركاء قد اشتروا ذلك المال جملة .

ثالثاً: ان لا يلتزم الشريك المشتاع الرافض للبيع بتعويض البائع عن الفرق بنقصان الثمن.

رابعاً: الا يكون الراغب بالبيع مالكاً لحصته منفرداً .

---

(١) الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ج٣ ، ط٤ ، القاهرة ، مطبعة محمد علي ، ١٩٦١ ، ص٩٥ .

(٢) انظر الاستاذ سليم رستم باز اللبناني ، المصدر السابق ص ٦٢٧ .

(٣) الامام الخرشي ، على مختصر سيدي خليل ، ج٥ ،بيروت ، دار صادر ،ص١٩٧ .

(٤) الشيخ محمد امين ، المصدر السابق ص٢٦١ : ويقصد بالمهايأة لغه انها من الهيئة والتهايؤ وهو ان يتواضع الشركاء على امر ويتراضوا عليه ، كما يمكن ان تكون بالمهانأه بالنون بان كل واحد من الشركاء قد هنأ صاحبه بما اراده كما تكون بالمهايأة بالباء بمعنى ان كل واحد من الشركاء قد وهب صاحبه حق الاستمتاع بحصته: انظر الاستاذ سعيد الزهاوي ، المهايأة بين الشريعة والقانون بحث منشور في مجلة القضاء ، نقابة المحامين ، العدد الاول ، السنة السادسة والعشرون كانون الثاني وشباط وآذار ، ١٩٧١ ص١٢٤.

(٥) الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي من الامام مالك بن انس (رض) ، المدونة الكبرى ، ج١٢ ، المجلد ٥ ، ط١ القاهرة ، مطبعة السعادة ، للناشر محمد افندي ، ١٣٢٣ هـ ص٤٨٩ .

خامساً : الا يكون الشركاء قد اشتروه بقصد الاستغلال او السكن [١] ونحن نميل الى الرأي الذي سلكه فقهاء المالكية على الرأي الذي سلكه فقهاء الاحناف ؛ ذلك لاننا لو اخذنا برأي فقهاء الاحناف بالمهايأة ولم نحكم بالقسمة على اساس عدم امكانية قسمة المال لعدم امكانية انتفاع جميع الشركاء منه بعد القسمة نكون بذلك قد حكمنا على الشركاء بالبقاء على الشيوع بشكل ابدي وهذا ما لا يمكن ان يحدث وذلك لما يصاحب البقاء على الشيوع من اضرار ومساوئ .. ولقد كان اتجاه فقهاء الشافعية يوافق اتجاه فقهاء الاحناف في ذلك[٢] واما عند فقهاء الحنابلة فقد فرقوا بين حالتين:-

الحالة الاولى : وهي التي يجبر الممتنع عن القسمة فيها بعد توافر شروط هي:

١- ان يثبت ملك الشركاء ببينة لان الحكم على الشركاء جبراً بالقسمة على الممتنع لا يثبت الا بما يثبت به الملك [٣]

٢- ان لا يكون في القسمة ضرر ، ومعيار الضرر الذي اعتمده الحنابلة هو نقصان قيمة ثمن المبيع عما كان عليه قبل القسمة فهي ستؤدي الى ضرر والضرر منفي شرعاً وعليه فحكم القسمة في مثل هذه الحالة ممنوعة وذلك لوجود الضرر المانع من القسمة [٤] وقد استند فقهاء الحنابلة في ذلك الى قوله (ص) (لا ضرر ولا ضرار) [٥]

٣- إمكانية قسمة المال بدون الحاجة الى اجراء تعديل السهام والسبب في ذلك ان اجراء القسمة مع تعديل السهام تصير بيعاً والبيع لا يجوز ان يجبر عليه احد المتبايعين وقد استند فقهاء الحنابلة في ذلك على قوله تعالى : (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) [٦]

اما الحالة الثانية : وهي التي تفتقد فيها القسمة الى شرط من الشروط السابقة وعليه فلا يتم اجبار من يأبى القسمة عليها لذا لا بد من ان يكون مبناها على التراضي لانها ستكون بمثابة البيع والمناقلة [٧] .

واما عند فقهاء الجعفرية فقد وافقوا باقي فقهاء المسلمين في لزوم ان يكون المشاع قابلاً للقسمة دون ضرر ومعيار قابلية المال للقسمة عندهم هو عدم نقصان العين وقيمتها بعد القسمة عما كانت عليه العين قبل القسمة فاذا كانت العين ممكنة القسمة بلا ضرر فهنا يجبر الشريك الابي عليها وهذا كله مقترن بعدم وجود شرط من احد الشركاء على الاخر يقضي بعدم اجراء القسمة والى اجل معين [٨]

---

(١) الامام الخرشي ، المصدر السابق، ص١٩٧ .
(٢) الشيخ سليمان البجيرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، ج٤ ، ط الاخيرة ،القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ،١٩٥١ ص٣٤٠ .
(٣) الامام ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المصدر السابق ص١٠٢ .
(٤) الامام موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني (رض) ج٣ ، المطبعة السلفية ، د. ت ص ٦٣١ .
(٥) رواه علي بن عمر الدار قطني البغدادي ، المصدر السابق ص٢١ .
(٦) سورة النساء الاية ٢٩ .
(٧) الامام ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المصدر السابق ، ج١٠ ، الفصل ٨٣١٨ ، ص١٠٥ ص١٠٥ .
(٨) السيد محمد علي الموسوي الحمامي ، المصدر السابق ، المسألة ٢٨١ ص٩٥ .

ثالثاً : في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة:-

لقد ميز القانون المدني العراقي فيما يتعلق بقابلية المال للقسمة بين ما اذا كانت القسمة تتم رضاءً بين الشركاء او انها كانت تتم قضاءً ، فان كانت القسمة تتم رضاءً بين الشركاء وكانت تلك الاملاك هي من الاملاك الصرفة فقد اجازت الفقرة (١) من المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي للشركاء اقتسامها بالطريقة التي يرونها (مع مراعاة التشريعات الخاصة بشأن ذلك وكما سبق وفصلناه في موانع القسمة) حيث نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧١ على انه : (للشركاء ان لم يكن بينهم محجورٌ ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) فاذا كانت تلك الاملاك هي من الاراضي الاميرية فلا بد فيها من انتفاع كل من الشركاء بعد القسمة كما كان عليه الحال قبل القسمة وحسبما نصت عليه المادة ١١٨٢ من القانون المدني العراقي (سابقة الذكر) [١] .

اما ان كانت تلك القسمة تتم قضاءً فقد نصت الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ من القانون المدني العراقي على انه : (فاذا تبين للمحكمة ان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة) فيظهر لنا بان القانون المدني العراقي قد اعتبر قابلية المال للقسمة اذا كانت القسمة تتم قضاءً هو باستمرار المنافع المتوخاة من ذلك المال بعد القسمة بالنسبة لجميع الشركاء كما كان عليه الحال قبل القسمة [٢].

وعلى عكس اتجاه المادة ١٠٧٢ مدني عراقي نجد نص الفقرة (٢) من المادة ٨٣٦ مدني مصري حيث نصت على : (.. وقسمته حصصاً ان كان المال يقبل القسمة عيناً دون ان يلحقه نقص كبير في قيمته) فنجد ان القانون المدني المصري قد جعل قابلية المال للقسمة على اساس عدم نقصان قيمة المال بعد القسمة [٣] . الا اننا نجد ان المادة ١٠٤٣ من القانون المدني الاردني تنص على ان: (يجب ان يكون المال المشترك قابلاً للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه بالقسمة..) فيتبين ان معيار قابلية المال للقسمة في القانون المدني الاردني تكون باستمرار المنافع المعهودة من المال بعد القسمة كما كانت عليه قبل القسمة حتى نكون بصدد مال قابل للقسمة [٤] الا اننا نجد ان المشرع الاردني عاد في المادة ١٠٤٤ منه بالقول على ان : (اذا تعذرت القسمة عيناً او كان من شأنها احداث ضرر او نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها جاز لاي من الشريكين بيع حصته للاخر او ان يطلب من المحكمة بيعها ..) فنجد ان القانون المدني الاردني قد تميز عن القوانين السابقة من حيث اعتماده اكثر من معيار في تحديد الاساس لقابلية المال للقسمة من عدمها لان النص الاردني يشير الى اعتماده على امكانية استمرار المنافع المعهودة من المال بعد القسمة [٥]فان لم تستمر تلك المنافع بعد القسمة عندها يتم اللجوء الى معيار اخر هو عدم نقصان قيمة المال بعد القسمة [٦]

---

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص٤٢٥ .
(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص١٠٩ .
(٣) د. حسن كيره ، المصدر السابق ، ص٤٨٥ .
(٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٤٨ .
(٥) د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص٧١ .
(٦) د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٤٨ .

وعليه نستنتج بان قسماً من التشريعات المدنية المعاصرة قد جعلت من معيار قابلية المال للقسمة اما على اساس استمرار منافع المال بعد القسمة كالقانون المدني العراقي ، في حين وجدنا ان البعض الاخر من تلك التشريعات قد جعلت قابلية المال للقسمة على اساس عدم نقصان قيمة المال بعد القسمة كالقانون المدني المصري ، في حين نجد ان القسم الاخر من تلك التشريعات تعتمد معياراً مزدوجاً في قابلية المال للقسمة فهو اما على اساس استمرار منافع المال فان لم يكن ذلك ممكناً فيكون على اساس عدم نقصان قيمة المال وهو الاتجاه الذي نؤيده وندعو المشرع العراقي الى انتهاجه وذلك بتعديل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ منه ؛ وذلك لان مثل هذا الاتجاه يمنح الشركاء والمحكمة مرونة كبيرة في اجراء القسمة بين الشركاء ففي حال تعذر اجراء القسمة باستمرار منافع المال فيمكن عندها اللجوء الى اجراء القسمة على اساس معيار عدم نقصان قيمة المال بعد القسمة .

المبحث الثالث

انواع القسمة

ان للقسمة انواعاً مختلفة وذلك لاعتبارات مختلفة ، لذا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنتعرض في المطلب الأول منه انواع القسمة باعتبار مصدرها ، وفي المطلب الثاني منه انواع القسمة باعتبار المقسوم ..

المطلب الأول
انواع القسمة باعتبار مصدرها

تنقسم القسمة باعتبار الاساس الذي تقوم عليه إلى ثلاثة انواع فان كان رضا الشركاء بها كانت القسمة رضائية ، واما ان كان ذلك حكم القضاء كانت القسمة قضائية ، واما ان كانت مبنية على اساس نص القانون كانت القسمة بنص القانون (القسمة القانونية) وعليه فسيقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث سنتناول في الفرع الأول منهما القسمة الرضائية واما في الفرع الثاني فالقسمة القضائية وفي الفرع الثالث منه القسمة القانونية ..

الفرع الأول
القسمة الرضائية

اولاً: تعريف القسمة الرضائية وشروطها :-

١- تعريف القسمة الرضائية :-

لقد عرف بعض الفقهاء القسمة الرضائية (الاتفاقية) بانها القسمة التي تؤدي إلى ازالة الشيوع بين الشركاء وبالطريقة التي يختارونها ومن تلقاء انفسهم [١] فيما عرفها جانب اخر منهم بانها القسمة التي تتم باتفاق من كافة الشركاء فلا يكفي اتفاق البعض من الشركاء عليها فلا بد من اجماع جميع الشركاء عليها [٢] كما عرفها جانب اخر منهم بانها عقد كسائر العقود يكون اطرافه من الشركاء المشتاعين ويكون محله المال المشاع وتسري عليها الاحكام التي تسري على سائر العقود وعليه فلابد من وجود تراضي كافة الشركاء وتوافر الاهلية فيهم وخلو ارادتهم من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود السبب المشروع [٣] وتقع القسمة الرضائية باحد شكلين فهي اما ان تقع بشكل صريح وهو الاصل فيها ، او انها تقع بشكل ضمني وهنا يكون على القضاء استخلاص ذلك من تصرفات الشركاء في انهم قد ارتضوا جميعاً قسمة المال الشائع فتسري عندها احكام القسمة الرضائية [٤] وتتحقق القسمة الضمنية عندما يقوم احد الشركاء بالتصرف في جزء مفرز من المال الشائع يكون بقدر

---

(١) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ص١٢٢.
(٢) د. علي هادي االعبيدي ، المصدر السابق ص٦٦ .
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٨٩٢ .
(٤) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٥٥ .

حصته ثم تبعه الشركاء الاخرون في ذلك حيث يتصرف كل منهم في حدود حصته وهذا التصرف يدل على رضا الشركاء ضمنياً وقبولهم بهذه القسمة التي جرت بفعل جميع الشركاء على السواء وبالتالي فلا يجوز لاحدهم ان يأتي بعد ذلك ويطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً في الملك كله [١] وتخضع القسمة الرضائية من حيث الاثبات للقواعد القانونية العامة فاذا زادت قيمة المال عن الخمسة الاف دينار فلا يمكن اثبات ذلك الا بالكتابة ، اما ان قلت قيمة المال عن ذلك المقدار فيمكن اثبات ذلك بالبينة والقرائن وذلك حسبما نصت عليه المادة ٧٧ من قانون الاثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والتي جاء فيها : (اولاً : يجوز اثبات التصرف القانوني او انقضاءه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسة الاف دينار. ثانيا: اذا كان التصرف القانوني يزيد على خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضاءه بالشهادة مالم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك) ويكون بامكان الشركاء في القسمة الرضائية اختيار الطريقة التي يبتغونها لاجراء القسمة فبامكانهم ان يختاروها عينيه بمعدل او بدون معدل كما ان بامكانهم ان يجروها قسمة كلية وهو الغالب فيها حيث ينقضي بها الشيوع تماماً او قسمة جزئية ترد على جزء من المال الشائع حيث ينقضي شيوعهم في جزء منه فيما يبقى الشيوع قائماً بينهم في الجزء الباقي او قد يتفقون على تجنيب نصيب احدهم حيث يخرج من المال الشائع فيما يبقون هم في الجزء الباقي منه او قد يختارون اجراء قسمة التصفية لاسيما إذا كان المال مما لا يقبل القسمة العينية [٢]

ولما كانت القسمة الرضائية عقداً فهي تخضع لما تخضع له كافة العقود من حيث البطلان فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق وذلك في حال اجرائها في تركة انسان على قيد الحياة فهو تعامل في تركة مستقبله او قد تبطل لنقص في الاهلية كما لو كان احد الشركاء ناقص الاهلية كما قد يطعن فيها لعيب من عيوب الاراده كالغلط او التدليس او الاكراه او الغبن .. [٣]

٢- شروط اجراء القسمة الرضائية :-

ان للقسمة الرضائية شروطاً خاصة لا تقوم إلا بتوافرها اضافة الى الشروط العامة السابقة الذكر ، وهذه الشروط الخاصة هي :-

اولاً:- وجوب رضا جميع الشركاء المشتاعين وطلبهم لهذه القسمة فاذا لم يتحقق اجماع كافة الشركاء المشتاعين على اجراء القسمة فلا يمكن اجراؤها فلا يبقى للشركاء الا اللجوء الى طريق اخر الا وهو القسمة القضائية [٤] والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ما الحكم لو لم تؤخذ موافقة احد الشركاء المشتاعين واجريت القسمة ؟

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص٢٠٩ .
(٢) د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ،ص١٧٠ .
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٨٩٨ .
(٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٣٩ .

وللاجابة عن ذلك يكون بالرجوع الى القواعد العامة والتي تقرر بان اجراء التصرف القانوني من دون موافقة من له الحق فيه فيكون التصرف موقوفاً على اجازته فان اجاز القسمة نفذت وان نقضها بطلت القسمة [١]

ولما كانت القسمة عقداً كسائر العقود فهي من الممكن ان تعلق على شرط واقف كأن يتفق الشركاء على عدم اجراء القسمة حتى تثبت ملكيتهم للمال او كأن يتفق الشركاء على تعليق القسمة على شرط فاسخ ومثاله ان تفسخ القسمة في حال اذا تحولت المنافع المتوخاة من المال بعد القسمة من اغراض كالزراعة الى اغراض اخر كالسكن [٢]

ثانياً : توافر الاهلية القانونية :- فلا بد من ان يكون جميع الشركاء كاملي الاهلية فاذا وجد بين الشركاء من لم تتوافر فيه تلك الاهلية او كان محجوراً عليه فقد حدث خلاف في الفقه بشأن امكانية قيام وليه او وصيه في ان يقوم باجراء القسمة الرضائية نيابة عمن هو تحت ولايته او وصايته فذهب جانب من الفقهاء الى ان بامكان الولي او الوصي اجراء القسمة نيابة عمن هو تحت الولاية او الوصاية بمقتضى القواعد العامة المتعلقة بامكان قيام الولي او الوصي بالتصرف باموال من هم تحت ولايتهم او وصايتهم ؛ وذلك لان لهم سلطة في بيع عقار القاصر فيكون لهم من باب اولى اجراء القسمة الرضائية مع باقي الشركاء لكونها اقل من البيع ومن يملك الاكثر يملك الاقل [٣]

واما الجانب الاخر من الفقهاء فيرون عدم جواز قيام الولي او الوصي باجراء القسمة نيابة عن القاصر وذلك لوجوب التمسك بحرفية نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي حيث نص على انه : (للشركاء اذا لم يكن بينهم محجوراً ان يقتسموا المال االشائع قسمة رضائية ..) [٤]

الا ان نص المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين المرقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ قد حسمت كل خلاف بين الفقهاء في قيام الولي او الوصي او القيم باجراء القسمة الرضائية نيابة عن القاصر حيث نصت على انه: (لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك ... ثامناً : القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيها) وعليه فلا يعني وجود القاصر بين الشركاء بان القسمة الرضائية لا يمكن اجراؤها الا ان على الشركاء وولي الصغير او وصيه مراعات الاجراءات التي يفرضها القانون في ذلك [٥]

---

(١) انظر بهذا المعنى د., عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٥٢١ .
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٨٩٣ .
(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ص٢١١ .
(٤) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية، ص٧٧ .
(٥) انظر في ذلك الاتجاه ايضاً قرار محكمة النقض المصرية والمرقم ١٩٠ / نقض مدني /١٩٦٤ والصادر بتاريخ ١٩٦٤/١/٢٣ الذي جاء فيه : (اجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الاهلية وضرورة حصول الوصي او القيم على اذن بذلك من الجهة القضائية المختصة وتصديقها على عقد القسمة بعد تمامه حتى ينفذ في حق ناقص الاهلية ، اغفال ذلك يستتبع البطلان بطلاناً نسبياً شرع لمصلحة ناقص الاهلية وله عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصراً او رفع الحجر عنه ان كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان و اجازة القسمة) : انظر مجموعة الاحكام الصادرة عن

والسبب في ذلك ان القسمة وهي من التصرفات الدائرة بين النفع وبين الضرر فلا بد من الاستيثاق الى ان نتائج تلك القسمة سوف تنطوي على منافع للقاصر ولا يتم ذلك الا عن طريق الاشراف على عملية القسمة من خلال مراعاة النصوص القانونية الخاصة في هذا الشأن[١]

ثالثاً : قابلية المال للقسمة : ان من اهم ما يميز القسمة الرضائية عن غيرها ان بامكان الشركاء فيها ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها حتى لو ادى ذلك الى فقدان منافع المال المقسوم الا ان على الشركاء مراعاة حدود التقسيم التي تفرضها بعض القوانين الخاصة كقانون البلديات مثلاً ًاو قانون الطرق والابنية وكذلك بعض القرارات كقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) والمرقم ٩٤٠ الذي حدد الحدود الدنيا لفرز الاراضي لغرض بناء القطع السكنية في مدينة بغداد بما لا يقل عن ٢٠٠م٢ ، وكذلك ما يتعلق بقسمة الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو او الممنوحة باللزمة في حال تبين عدم قابليتها للقسمة لاغراض الزراعة وذلك حسبما نصت عليه المادة ١١٨٢ مدني عراقي وذلك لمنع تقسيم الاراضي الزراعية الى ملكيات صغيرة فتات لا نفع منها لاغراض الاستثمار الزراعي [٢]

رابعاً : تسجيل عقد القسمة الرضائية :- لما كانت القسمة الرضائية الوارده على العقار من العقود الشكلية فلا بد من تسجيلها لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة ؛ ذلك ان عقد القسمة الرضائية لا ينعقد ولا يكون حجة بين المتعاقدين وتجاه الغير الا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فقبل تسجيل القسمة الرضائية يكون لكل شريك من الشركاء الرجوع عنها ؛ ذلك لان القسمة عندها تكون غير معتبرة اما اذا سجلت القسمة فلا يمكن لاحد من الشركاء الرجوع عنها[٣]

محكمة النقض المصرية ،القاهرة، مطبعة دار القضاء العالي، المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة الخامسة عشرة ، العدد الثالث ، من اكتوبر الى ديسمبر لسنة ١٩٦٤ ، ص١٣١ .

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ص١٥٤ : وانظر ايضاً في هذا الاتجاه قراراً صادراً عن محكمة النقض السورية بالرقم ٨١ / الغرفة المدنية الثانية /١٩٧٠ والمؤرخ في ١٩٧٠/٣/٥ حيث جاء فيها : (لا تستقيم دعوى ازالة الشيوع بالنسبة للقيم على مال الغائب قبل استئذان القاضي الشرعي ..) فيتبين ان القضاء قد استلزم ايضاً وجوب ان يكون كافة الشركاء كاملي الاهلية في حالة القسمة الرضائية فاذا لم يكن الشركاء كذلك وجب اتباع الاجراءات القانونية حيث استلزم استحصال الشركاء لموافقة الجهات القضائية المختصة : القرار منشور في مجلة المحامين ، نقابة المحامين السوريين ، دمشق ، المكتب الفني للنقابة ، العدد ٤ ،١٩٧٠ ، ص٢٠٥ .

(٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص٤٢٥ .

(٣) لقد صدرت عن القضاء العراقي في العديد من القرارات التي تؤكد ان تسجيل عقد القسمة الرضائية في دائرة التسجيل العقاري حتى تكون ملزمة بحق الشركاء واتجاه غيرهم ، ومن هذه القرارات القضائية القرار الصادر عن محكمة تمييز العراق والمرقم ٢١٦ / هيئة عامة اولى /١٩٧٦ في ١٩٧٦/١٢/١٨ الذي جاء فيه : (ان دائرة التسجيل العقاري قد ايدت بكتابها المربوط بالاوراق عدم مراجعة طالب التصحيح لتسجيل هذه الحقوق وعدم تسجيل القسمة الرضائية التي يدعيها ، وان القسمة الرضائية على فرض صحة وقوعها غير ملزمة وغير معتبرة مالم تسجل في دائرة التسجيل العقاري وان المصحح عليه المدعي باقامته لدعوى ازالة الشيوع هذه يؤيد عدم رضائه بالقسمة التي يزعمها طالب التصحيح لذا يصبح التصحيح غير جدير بالقبول استناداً الى المادة ٢/٢٢٣ من قانون المرافعات المدنية قرر رد الطلب

خامساً : اتباع الاجراءات القانونية الخاصة بقسمة العقار او المنقول :-

تختلف اجراءات القسمة الرضائية في حال ورودها على العقار عنها في حال ورودها على المنقول ، ففي حالة ورود القسمة على العقار حيث يقدم الشركاء طلباً في ذلك الى مديرية التسجيل العقاري المختصة وهي التي يقع العقار ضمن منطقة اختصاصها الجغرافي كما يقدم بياناً يتضمن اسماء الشركاء ومساحة الحصة التي اصابت كلا منهم ويرفق ذلك بسند ملكية العقار مع خارطة تبين القسمة التي اتفق الشركاء عليها ، وتقوم مديرية التسجيل العقاري المختصة بتدقيق تلك الاضبارة ثم اجراء الكشف على العقار واستحصال اقرار الشركاء بذلك ثم تقوم المديرية باجراء التسجيل ثم استصدار سندات تسجيل الملكية باسم كل شريك وحسب حصته مع الاخذ بنظر الاعتبار الحدود الدنيا للقسمة .

واما في حالة ورود القسمة على مال منقول فتكون اجراءاته بتعيين حصة كل شريك من الشركاء عن طريق الاقتراع الكامل او بتراضي الشركاء على قبول الحصص المفرزة فان تم ذلك صارت القسمة لازمة ولا يمكن الرجوع عنها [١]

ثانياً :قسمة التراضي في الفقه الاسلامي :-

لقد عرف الفقهاء المسلمون من الحنفية قسمة التراضي فقالوا بانها القسمة التي يقوم بها الشركاء بالتراضي بينهم ولكل واحد منهم كما قالو بانها عقد كسائر العقود وعليه فلا بد لها من وقوع الايجاب والقبول واما المحل فيها فهي العين المشاعة ، ولقد اشترط الحنفية فيمن يجريها ان يكون من اهل الرضا وإلا فالقسمة عندهم باطلة وذلك لان القسمة فيها معنى البيع اذا كانت قسمه رضائية فهي عقد كسائر العقود واشبه ما تكون عندهم بالبيع لذا فالبيع لا يتم الا بالتراضي فان اوقعها من لم يكن كذلك قسمُهعنه وليه او وصيُه
ان وجد فيه مصلحة للقاصر وان لم يكن له ولي اووصي نصب القاضي عنه ولياً او وصياً [٢]

واما عند فقهاء المالكية فلقد وافق فريق منهم فقهاء الاحناف فيما يخص بقسمة المراضاة وقالو انها كالبيع تشبيها للشيء بنفسه وعندهم ان قسمة المراضاة مثلما يمكن ان تكون في الاموال المتماثلة يمكن ايضاً ان تكون في الاموال غير المتماثلة لذا فهي تمييز حق لان كلا منهم قد تميز حقه فيها وتبرع احدهما لشريكه الاخر بشيء من نصيبه[٣] في حين ذهب جانب اخر من فقهاء المالكية الى القول بمخالفة فقهاء الحنفية فيما يتعلق بكون قسمة المراضاة بيعاً وذلك لامكانية ان يرجع فيها بالغبن في حين نجد ان البيع لا يرجع فيه بالغبن ،

..) ، القرار منشور في مجلة العدالة ، العدد ٤ ، السنة ٢ ،١٩٧٧ ص٩٦٧ وكذلك القرار الصادر عن محكمة التمييز الاردنية والمرقم ١٩٧١/٢٤ في ١٩٧١/٤/٦ وقد جاء فيه: (.. اذا تمت قسمة الارض بين الشركاء بموافقتهم ورضاهم واقترن ذلك بتسجيل حصة كل شريك لدى دائرة – التسجيل فلا تقبل بعد ذلك الادعاء بان احدى الحصص تزيد او تنقص عن الاخرى..) : القرار منشور في المبادئ القضائية لمحكمة التميز الاردنية في القضايا الحقوقية ، ج٣ ، عمان ، نقابة المحامين الاردنيين ، د. ت ص٨٤١ وذات الاتجاه نجده ايضاً في القرار التمييزي المرقم ١٤١٨ / حقوقية /٥٧ في ٥٧/٧/١٨ الذي جاء فيه : (ان القسمة الرضائية التي تقع خارج دائرة الطابو لا عبرة لها ولا يجوز تثبيتها حكماً ..) : القرار منشور في مجموعة الاستاذ سلمان بيان ، المصدر السابق ص٤٨٦ .

(١) الاستاذ القاضي خليل ابراهيم الملا حويش ، احكام الملكية الشائعة ، مجلس العدل بغداد ، ١٩٩٠ ص٩٥

(٢) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ، ص٩٥ .

(٣) العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، المصدر السابق ص٥٠٠ .

كما ويجبر عليها من أباها اذا لم يترتب عليها ضرر بخلاف البيع فلا يجبر عليه من اباه كما انها لاتكون الا في الاموال المتماثلة الجنس ومنها البقر والجاموس او المتحد الجنس كعبدين او دارين على عكس قسمة المراضاة فيجوز فيها المتماثل و المختلف في الجنس [١]

واما عند فقهاء المسلمين من الجعفرية فقد قالوا ان قسمة التراضي وهي التي تقع برضا جميع الشركاء ومن دون ان يجبر عليها احدهم لو انه اراد الامتناع عنها[٢] في حين نجد ان جانباً اخر من فقهاء الجعفرية ذهبوا الى القول بان قسمة التراضي هي عقد كسائر العقود فهي لا تصح الا بوجود اتفاق الشركاء فلا يكفي لاثبات حجيتها مجرد رضا الشركاء بها [٣]

ثالثاً : في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة :-

لقد نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي بقولها : (للشركاء اذا لم يكن بينهم محجورٌ ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) فيظهر من هذا النص ان المشرع العراقي لم يورد تعريفاً محدداً للقسمة الرضائية ولم يصرح بوجوب اجماع الشركاء على ذلك ، الا اننا يمكن ان نتبين اجماع الشركاء وذلك لعدم تحديد النص لأغلبية خاصة منهم مما يدعو الى القول بوجوب اجماعهم ، كما ان النص يشير الى انه في حال وجود محجور فانه لا يجوز اجراء القسمة الا بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين وذلك بنص الفقرة (٨) من المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين . واما في الفقرة (٢) من المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه : (لاتتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة الطابو) فيتبين من ذلك بان بامكان الشركاء ان يجروا القسمة الرضائية حتى لو كان ذلك خارج دائرة التسجيل العقاري الا انها لا تكون ملزمة للشركاء الا بعد تسجيلها [٤] وتوافق المادة ١٠٧١ مدني عراقي المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري حيث نصت : (للشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسمو المال الشائع بالطريقة التي يرونها فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) فيظهر بان القانون المدني المصري قد صرح بوجوب اجماع كافة الشركاء على اجراء القسمة الرضائية فكان ادق صياغة من القانون المدني العراقي كما يتضح منها انها لم تلزم بان يكون اتفاق الشركاء على القسمة ثابتاً ًفي محرر بل يمكن فيها ان تستنتج من ظروف تكفي لاثبات اتفاق الشركاء على وقوعها [٥]

كما ان المادة ٨٣٥ مدني مصري وبقولها :- (الاجراءات التي يفرضها القانون..) فهي بذلك تحيل الى قانون الولاية على المال المصري المرقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص باحكام الولاية على المال وقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على انه : (على الوصي ان

---

(١) الامام الخرشي ، المصدر السابق ، ص١٨٥ .
(٢) السيد علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، المسألة ٥٩٧، ص١٦٩.
(٣) السيد محمد الصدر ،ما وراء الفقه ، ج٥ ، النجف الاشرف ، المكتبة الوطنية ، مطبعة الاداب ،١٩٩٤ ،ص٩٩ .
(٤) د. صلاح الدين الناهي ،المصدر السابق ،ص١٥٠ .
(٥) الاستاذ القاضي محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، القاهرة، مطابع مدكور واولاده ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٣ ص٧٣٥ .

يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي اذا كانت له مصلحة في ذلك..) وعليه فالقانون المدني المصري قد اعتبر القسمة الرضائية فيما يتعلق بقسمة اموال القاصر من التصرفات القانونية فاخرجها من اعمال الادارة المعتاده واشترط الحصول على موافقة المحكمة المختصة في ذلك [١] ولقد نصت المادة ١٠٤٠ من القانون المدني الاردني على انه: (.. يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك ان يطلب القسمة القضائية) فيما نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٤١ منه على ان : (اذا كان احد الشركاء غائباً او فاقداً الاهلية او ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ) وعليه فقد اشترط القانون المدني الاردني رضا جميع الشركاء فان كان احد المتقاسمين غائباً او قاصراً او مجنوناً او معتوها قام مقامه وليه او وصيه فتجرى القسمة بحضور الولي او الوصي ولا تلزم بغير حضوره. [٢]

الفرع الثاني
القسمة القضائية

اولاً : تعريف القسمة القضائية وحالات اللجوء اليها :-

١- تعريف القسمة القضائية :-

تعرف القسمة القضائية بأنها القسمة التي تجريها المحكمة المختصة دون موافقة الشركاء وذلك في حالة اختلاف الشركاء على اقتسام المال الشائع رضاءً ويستند تسجيلها الى حكم قضائي حائز درجة البتات [٣] وعلى خلاف الحال في القسمة الرضائية نجد ان القسمة القضائية لا يمكن سماع الغبن فيها ؛ ذلك لافتراض ان الجهة القضائية قد اتخذت كل الاحتياطات اضافة الى الوسائل الفنية التي تملكها المحكمة بحيث انها تمنع من وقوع الغبن فيها [٤]

٢- حالات اللجوء الى القسمة القضائية :-

مع ان عدم اتفاق الشركاء على القسمة هو من اهم حالات اللجوء الى القسمة القضائية الا ان هناك حالات اخر تدعو الشركاء الى اللجوء الى القسمة القضائية حتى مع اتفاقهم على القسمة ومن اهم هذه الحالات هي :-

اولاً :- رغبة الشركاء في الاستعانة بحكم قضائي يوثق عقد القسمة الرضائية .

ثانياً :- وجود شريك صغير او محجور بين الشركاء ولم يكن له ولي او وصي او كان له ولي او وصي او قيم الا انه لم يتفق مع باقي الشركاء على اجراء القسمة رضاءً او انه اتفق مع باقي الشركاء الا ان دائرة رعاية القاصرين لم تاذن له بذلك حسب نص الفقرة (٨) من

---

(١) د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٢٦٠ .

(٢) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، المصدر السابق ،ص٦٥٦ .

(٣) الاستاذ مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ط١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٩ ، ص٦٤ .

(٤) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص٢٤٤ .

المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين او انها اذنت له الا انها لم تقر عقد القسمة للتثبت من عدالته[١] .

ثالثاً :- يحق للوارث اقامة الدعوى لاجراء القسمة القضائية لاموال مورثه بمجرد وفاة مورثه وحتى قبل تسجيل معاملة الانتقال لدى دائرة التسجيل العقاري وذلك اذا كان المال الموروث عقاراً ًعملاً ًبنص المادة ١١٠٦ من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه : (١- يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة ٢- وتعيين الورثة وتحديد انصبائهم في الارث وانتقال اموال التركة تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة)[٢]

رابعاً :- إنَّ بامكان دائني الشركاء اللجوء اليها عن طريق اقامة الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها [٣] الا ان جانباً اخر من الفقهاء يرون بان هذا الحق لا يعدو الا ان يكون حقاً نظرياً لا اكثر ؛ ذلك لان من شروط اقامة الدعوى غير المباشرة ان يثبت الدائن فيها ان المدين لم يستعمل حقه وان اهماله في ذلك من شانه ان يسبب اعساره او ان يزيد في اعساره في حين اننا نجد ان عدم استعمال المدين لهذا الحق لم يسبب اعساره ولم يزد فيه كما ان من مصلحة الدائن اللجوء الى استعمال حقه في التنفيذ على حصة الشريك المدين بدلاً من طلب انهاء الشيوع عن طريق الدعوى غير المباشرة [٤]

خامساً :- ان تكون ملكية المال المشاع ناشئة عن عقد الا ان هذا العقد لم ينص على آلية لتقسيمه بين الشركاء[٥]

فيتبين ان بامكان الشركاء اللجوء الى القسمة القضائية بجميع الاحوال السابقة وعليه فالقضاء لا يتدخل من تلقاء نفسه مالم يتقدم الشركاء انفسهم عن طريق دعوى (طلب) لانهاء الشيوع[٦]

ثانياً : في الفقه الاسلامي :-

لقد تعرض الفقهاء المسلمون للقسمة القضائية وهي ما تعرف عندهم بقسمة الجبر مع بعض التباين في مفهومها عندهم فنجد ان فقهاء الحنفية يعرفونها بانها القسمة التي تتم عن طريق القاضي ولا يكون ذلك الا بطلب من احد الشركاء المشتاعين فلا يتدخل القضاء من تلقاء نفسه فيها كما ان من اهم مايميز قسمة الرضا عن قسمة الجبر ان قسمة الجبر لا يرجع فيها بخيار الرؤية والشرط على خلاف الحال في قسمة الرضا والسبب في ذلك انهم يقولون ان قسمة الجبر قد لاتتضمن رضا جميع الشركاء عليها وكذا فقد لا يوجد فيها معنى المبادلة وكذا فتمتاز قسمة الجبر باللزوم وعدم الرجوع بعد اجرائها اذا تمت من قبل القضاء وحكم باعادتها من قبل القضاء فمن الممكن ذلك ثانية وثالثة .. في حين يجوز الرجوع في قسمة

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي ،المصدر السابق ، ص١٦١ .
(٢) انظر في ذلك الاستاذ القاضي خليل ابراهيم الملا حويش ، المصدر السابق ص٩٩ .
(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص٢١٢ .
(٤) انظر في هذا الاتجاه د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص١٠٨
(٥) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ،ص٢٠٦ .
(٦) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ،ص١٢٠ .

الرضا لتضمنها معنى عقد البيع قبل تمامه[١] ولقد ميز فقهاء الحنفية بين القسمة اذا كانت وارده على المثليات غير المتفاوتة القيمة كالمكيلات والموزونات وبين ما تتفاوت في القيمة كالثياب والحيوانات المتفاوتة القيمة وعندهم ان القاضي يستطيع ان يجبر على القسمة حتى الشركاء غير الطالبين للقسمة اذا كانت وارده على تلك المثليات وذلك لان القسمة في تلك الحالة تكون تمييزاً محضاً لنصيب كل شريك عن نصيب الشريك الاخر كما يستطيع كل شريك من الشركاء الانفراد في اجراء القسمة حتى بدون حضور الشريك الاخر .

واما في الحالة الثانية وهي التي يكون فيها المقسوم من القيميات فمع انها تمييز نصيب كل شريك عن نصيب الاخر الا ان فيها معنى المبادلة فهي تقع على الاموال التي تتفاوت آحدها وعليه فلا يستطيع احد الشركاء الانفراد في قسمته الا بحضور الاخر والطلب من القضاء لاجراء القسمة [٢]

ولقد جاءت المادة ١١٢٢ من مجلة الاحكام العدلية بذات الاتجاه الذي قال به فقهاء الحنفية فقد عرفت قسمة القضاء بقولها : (قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم أي بطلب بعض اصحاب الملك المشترك) فاذا راجع القاضي من بين خمسة شركاء مثلاً في مال مشاع واحد او اثنان منهم وطلبوا القسمة فيقسم القاضي بينهم [٣]

واما عند فقهاء المسلمين من الجعفرية فعندهم ان قسمة الجبر تكون اذا طلبها احد الشركاء من القضاء لاجرائها ويجبر القضاء الشركاء الاخرين عليها اذا لم يترتب عليها احداث ضرر وعليه فاذا كان المقسوم مما لا يمكن تقسيمه الا عن طريق الافراز او التعديل فيقسم بهما واما اذا امكنت قسمته بكلتا الطريقتين فيجبر الشريك الممتنع عن القسمة بالافراز اذا طلبها احد الشركاء اما اذا طلب احد الشركاء قسمة التعديل لا يجبر الشركاء الاخرون عليها ومثال ذلك قسمة مال مشترك متساوي القيمة كالحنطة والشعير او التمر او الزبيب حيث يجبر الشركاء الاخرون عليها اذا طلبها احدهم في حين لا يجبر باقي الشركاء عليها اذا كانت قسمة بالتعديل[٤]

ثالثاً : في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة :-

لقد نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧٢ من القانون المدني العراقي على انه : (اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجورٌ فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لازالته) وعليه فقد اشترطت الفقرة (١) من المادة ١٠٧٢ من القانون المدني العراقي لاجراء القسمة القضائية عدم اتفاق جميع الشركاء على القسمة[٥] او

---

(١) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ص٢٨ .
(٢) السرخسي (الامام ابو بكر محمد بن ابي سهيل) ، المصدر السابق ، ص٢ .
(٣) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ، ص١١٢.
(٤) السيد علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ص١٦٩ .
(٥) وفي هذا الاتجاه نجد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز في العراق ومنها القرار المرقم ١٢١٤ / / صلحية ١٩٥٨ في ١٩٥٨/٨/٩ الذي جاء فيه: (.. كان على المحكمة بعد ان اختلف الشركاء على طريقة القسمة ان تجريها وفق المادة ١٠٧٢ مدني بافراز نصيب كل شريك على حده فاصدارها الحكم بالقسمة باعتبار ان الشركاء متفقون عليها كان غير مطابق لواقع الدعوى قرر نقضه..) القرار منشور في مجموعة المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق ص٤٩١ .

اتفاقهم عليها ولكن وجد بينهم شريك محجورٌ او غائب فعلى من يريد الخروج من الشيوع مراجعة المحكمة لاقامة الدعوى [١]

وتوافق هذه المادة في القانون المدني الاردني المادة ١٠٤٢ منه حيث نصت على انه : (اولاً : اذا تعذر اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع .. ثانياً: اذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الاهلية او غائب ..) وعليه فقد جاء القانون المدني الاردني بذات الاتجاه الذي جاء به القانون المدني العراقي فيما يتعلق بشروط القسمة القضائية ولكن القانون المدني الاردني قد صرح بغياب احد الشركاء [٢] وتوافق تلك النصوص في القانون المدني المصري المادة ٨٣٦ منه بقولها: (.. اذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع ان يكلف باقي الشركاء الحضور امام المحكمة الجزئية ..) فتقوم المحكمة بتقسيم المال عينا ان كان ذلك ممكناً فإنْ كان ذلك غير ممكن او يؤدي الى احداث نقص كبير في قيمة المال فيصار الى بيع المال بالمزاد العلني بطريق قسمة التصفية[٣]

وعليه نستنتج بان التشريعات المدنية العربية تنقسم الى قسمين فيما يتعلق باللجوء الى القسمة القضائية لوجود شريك ناقص الاهلية او غائب فالقسم الاول من تلك التشريعات توجب اجراء القسمة القضائية كالقانون المدني العراقي والاردني ، في حين نجد ان القسم الثاني من تلك التشريعات كالقانون المدني المصري تجيز اجراء القسمة الاتفاقية فيها ايضاً مع مراعاة الاجراءات الخاصة بناقص الاهلية او الغائب[٤]

وتوافق هذه النصوص في المجموعة المدنية الفرنسية المادة ٨٣٨ منه بقولها: (إن لم يكن جميع المشتركين في الارث حاضرين او كان بينهم ممنوعون او قاصرون حتى وان كان الحجر مرفوعاً عنهم توجب اقامة القسمة امام القضاء طبقاً للاجراءات المسجلة في المادة ٨١٩ وما يليها وكذلك المادة السابقة لها ..) الا ان اهم ما يميز القانون المدني الفرنسي انه اعطى للشركاء الحق في العدول عن القسمة القضائية الى القسمة الرضائية وذلك في حال استجماع شروطها كأن يتفق عليها الشركاء او زوال المانع عنها [٥] في حين نجد ان الحكم مختلف في القانون المدني العراقي فلا يحق للمدعي فيه التنازل عنها الا بشرط موافقة جميع شركائه الاخرين[٦]

الفرع الثالث
القسمة بنص القانون (القسمة القانونية)

---

(١) وفي هذا الاتجاه نجد القرار الصادر عن محكمة التميز والمرقم ٨٠/م٣ /١٩٧١ في ١٩٧١/٧/٦ الذي جاء فيه : (اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجورٌ فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لازالته) القرار منشور في مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ص٤٤٠ .

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٤٥ .

(٣) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ص١٨٥ .

(٤) د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر ص١٧٠ .

(٥) MARCEL PLANIOL , TRAITE ELEMENTAIRE DROIT Civil , Tome TROISIEME , dixieme EDITION, PARIS , LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT DE JURISPRUDENCE ١٩٢٧ , P ٩٦١.

(٦) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص١٧ .

اولاً : في الفقه القانوني :-

كما كان رضا الشركاء او حكم القضاء مصدراً للقسمة فقد وجدنا ان هناك مصدراً آخر للقسمة وهو نص القانون ، حيث يوصف هذا النوع من القسمة بالقسمة القانونية لانه يتم استناداً الى قوة القانون ويتم ذلك عن طريق تحول نوع من المهايأة وهي المهايأة المكانية[١]

واستناداً لنص القانون بعد مرور مدة زمنية معينة وصيرورتها قسمة نهائية [٢] .

ولقد فسر الفقه بان استحداث هذا النوع الجديد من القسمة والذي يتحقق بتحول المهايأة المكانية الى قسمة نهائية وذلك بتقادم المهايأة المكانية بمرور خمسة عشر عاماً دون ان يعلن احد الشركاء للاخر على رغبته في انهائها تمثل خير دليل على اتفاق الشركاء ورغبتهم في جعلها قسمة نهائية [٣] وانهاء حالة الشيوع بكل ما تتضمنه من مساوئ واضرار ..

الا اننا نجد ان هذا النوع من القسمة بالتقادم يختلف عن التقادم العادي من عدة وجوه ، فمن حيث اساسه نجد انه مركبٌ حيث انه يجمع بين التصرف القانوني على اعتبار ان الاتفاق المبرم بين الشركاء المشتاعين هو الذي انشأ قسمة المهايأة المكانية .

كما انه يتضمن الواقعة القانونية والمتمثلة في واقعة استمرار الحال على قسمة المهايأة المكانية ولمدة خمس عشرة سنة وذلك بتجديدها مرة تلو الاخرى بشكل صريح او ضمني [٤]

كما وتختلف القسمة بالتقادم عن التقادم الاعتيادي من ناحية احتساب مدة التقادم ففي حالة القسمة بالتقادم يكون تاريخ القسمة النهائية هو من اليوم التالي لانقضاء الخمس عشرة سنة وليس تاريخ بدء الاتفاق على المهايأة المكانية [٥] وهذه الحالة تختلف عن التقادم الاعتيادي الذي تبدأ فيه مدة حساب التقادم منذ البدء بالحيازه ، وعندما نقول ان وقت انقلاب قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية يتم حسابه منذ تمام مدة الخمس عشرة سنة وبدون اثر رجعي لا نعني بذلك ان ذات القسمة ليس لها اثر رجعي (كاشف) بل نقصد بذلك ان بدء

---

(١) وتعتبر المهايأة المكانية نوعاً من انواع المهايأة وتتم قسمة المهايأة المكانية باتفاق جميع الشركاء وبالتالي فهي عقد تحتاج ايجاب وقبول الشركاء او انها تتم عن طريق الجهة القضائية المختصة اذا لم يتفق عليها جميع الشركاء : انظر الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ص١٠٧ ، ولقسمة المهايأة المكانية مدة محدده لا يجوز تجاوزها ويفسر ذلك التحديد بان قسمة المهايأة المكانية لما كانت تخضع الى احكام عقد الايجار واذا عرفنا ان عقد الايجار يرتب التزامات متقابلة وحقوق والتزامات على المستأجر لذا كان الاجدر ان تحدد بتوقيتات معينة لملائمة ذلك الحق لذا فقد وضع حداً اقصى لقسمة المهايأة وهي خمس سنوات لا يمكن تجاوزها : د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ص١١٥ ، فاذا زادت المدة عن ذلك طبقت نظرية انتقاص العقود وانزلت المدة الى خمس سنوات فان لم يكن الشركاء ليتفقوا عليها لو انهم علموا بانقاص المدة الى دون الخمس سنوات كان الاتفاق عليها باطلاً : انظر د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ص٤٨٢ ، اما اذا لم تحدد لها مدة معينة فان مدتها تكون سنة واحدة قابلة للتجديد مرة اخرى اذا لم يعلن احد الشركاء للاخر انه غير راغب في تجديدها قبل انتهاء المدة المحددة بثلاثة اشهر : انظر د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٧٣.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ص٢٦٩ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٨١٧ .

(٤) د. حسن كيره ، المصدر السابق ص٤٩٣ .

(٥) انظر بهذا المعنى الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه ، المصدر السابق ص٢٦ .

حساب المدة لا يكون عند بدء المهايأة المكانية وانما عند انتهاء مدتها[١] وعليه نجد ان المشرع ومع انه قد وضع قرينة الحيازة لمدة خمس عشرة سنة لجزء مفرز من المال الشائع استناداً على قسمة المهايأة الا ان هذه القرينة قابلة للنقض باحد طريقين :

الطريق الاول : هو نفي القرينة وذلك باثبات ان حيازة الشريك للجزء المفرز لم تكن على اساس قسمة مهايأة مكانية وذلك عن طريق اقامة الدليل العكسي وذلك باثبات ان حيازة الشريك لا تستند الى قسمة مهايأة [٢]

واما الطريق الثاني فهو باثبات وجود اتفاق سابق يقضي بعدم تحول تلك المهايأة مهما طالت مدتها الى قسمة نهائية[٣] والسبب في ذلك ان تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية هو شيء غير متعلق بالنظام العام وبالتالي فلا مانع من اتفاق الشركاء ابتداء على منع هذا الانقلاب مهما طالت المدة [٤]

وبعد اجراء قسمة المهايأة المكانية ومضي المدة المطلوبة لتحولها الى قسمة نهائية عندها لا داعي لتسجيلها في الدائرة المختصة ؛ وذلك لان لزوم تسجيل عقد قسمة المهايأة المكانية كونه قائماً على اتفاق (تصرف قانوني) فكان لا بد من تسجيله لدى الدوائر المختصة لاثباته ..

فاذا كانت قسمة قضائية فلابد لها بعد صدور الحكم القضائي من تسجيله كذلك.

والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه هو هل يمكن ان تسري حالة تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية على قسمة المهايأة الزمانية ايضاً ؟

وللاجابة عن ذلك فأنه لا يمكن ان تسري على قسمة المهايأة الزمانية حالة تحولها الى قسمة نهائية ؛ ذلك اننا في المهايأة المكانية قد قسمنا ذات المال المشترك الى عدة اجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز من المال يعادل حصته منه وعليه فيمكن بعد مرور مدة زمنية معينة ان تتحول الى قسمة نهائية ذلك لان الشركاء قد جربوا تلك القسمة على حصصهم المفرزة واطمأنوا اليها ، الا ان الامر مختلف في حالة قسمة المهاياة الزمانية وذلك لانها لاتتضمن قسمة المال الشائع الى اجزاء مفرزة وانما يختص فيها كل شريك بالمال الشائع برمته ولمدة زمنية معينة يتفق عليها الشركاء فهي ترد على تقسيم زمن الانتفاع ولم تقسم المال وعليه فلا يمكن والحالة هذه تحول هذه القسمة الى قسمة نهائية وذلك لانها لا تهيء المال للقسمة النهائية وبالتالي فلا يمكن تحولها اليها[٥] الا اننا لا نتفق مع هذا الاتجاه وذلك لاننا نرى انه من الممكن ايضاً ان تسري قواعد تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية على قسمة المهايأة الزمانية ايضاً وذلك لعدم وجود اية مبررات معقولة لعدم شمولها حيث ان كل شريك سوف يكون رقيباً على الاخر طيلة مدة الانتفاع بالمال لذا فلا خشية من انقلاب يده من يد منتفع الى يد مالك وبشكل نهائي وباتفاق الشركاء[٦]

---

(١) انظر د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق هامش (٢) ص٢٥٥

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ص٢٧٠.

(٣) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٧٥ .

(٤) د. حسن كيره ، المصدر السابق ص٤٩٤ .

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٨٢٠ .

(٦) انظر بهذا المعنى د.حامد مصطفى ، الملكية واسبابها ، المصدر السابق ،ص١٣٤ .

ثانياً : في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة :-

لم ينص القانون المدني العراقي على القسمة بنص القانون وذلك بتحول المهايأة المكانية الى قسمة نهائية[١] ونجد ان القانون المدني العراقي قد تعرض الى قسمة المهايأة في المواد من ١٠٧٨ ولغاية ١٠٨٠ منه من دون التطرق الى ما يعرف بالقسمة بنص القانون ، الا اننا نجد ان المادة ١٠٨٠ منه قد نصت على انه : (اذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ، ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع ، فللشريك الذي يطلب المهاياة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها) فيظهر من ذلك أنَّ المشرع العراقي قد قلص من نطاق المهايأة القضائية اذ جعلها قاصرة على المنقول فقط دون العقار وذلك لان المشرع العراقي لما كان لا ينظر الى حالة الاستمرار في الشيوع في العقار نظرة ترحيب واطمئنان أراد ان يدفع بالشركاء في العقار الى انهاء شيوعهم رضاءً بينهم وبشكل نهائي دون الاستمرار على حالة المهايأة [٢]

واما الاتجاه الثاني من التشريعات فلقد اخذت بالقسمة القانونية ومنها الفقرة (٢) من المادة ٨٤٦ من القانون المدني المصري فقد نصت على انه : (.. واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك) فيتبين ان القانون المدني المصري قد اخذ بالقسمة القانونية باعتبارها نوعاً ًمستحدثاً ًمن القسمة النهائية حيث لم نجد ما يقابله في القانون المدني المصري السابق[٣] ولقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري النافذ أن استحداث هذا النوع الجديد من القسمة له ما يبرره وذلك لان استمرار قسمة المهايأة المكانية لمدة خمس عشرة سنة دون ان يرغب احد الشركاء في انهائها تمثل خير دليل على رغبة الشركاء في تحويلها الى قسمة نهائية وذلك لان كل شريك قد أطمأن لحصته المفرزة اثناء المهايأة وانتفع بها وعليه اذا لم يرد الشركاء الوصول الى هذه النتيجة فما عليهم الا ان يتفقوا ابتداء على عدم تحول تلك القسمة الى قسمة نهائية [٤] .

ولقد وضع القانون المدني المصري قرينةً على ان حيازة الشريك لحصة من المال تفترض وجود قسمة مهايأة بين الشركاء حيث نص الشطر الثاني من الفقرة (٢) من المادة ٨٤٦ بالقول (.. واذا حاز الشريك على الشيوع جزأً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشره سنه افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة) و عليه فحيازة الشريك لذلك الجزء المفرز يفترض انه مستند الى قسمة مهاياة مالم يقم الدليل على غير ذلك فاذا اثبت الشريك انه قد حاز تلك الحصة مدة خمس عشرة سنه انقلبت الى قسمة نهائية كما اذا اثبت الشريك ان حيازته تتوافر بها الشروط اللازمة للحيازة التي يتطلبها التقادم [٥] وعليه نستنتج بان التشريعات الوضعية قد انقسمت الى فريقين بشأن القسمة القانونية ، ففريق منها كالقانون المدني العراقي والاردني لم تاخذ بها في حين وجدنا أنَّ بعض التشريعات المدنية كالتشريع المصري قد نص عليها ..

---

(١) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ص١٠٧ .
(٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية في حق الملكية ج١ ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٦٩ ، ص٥٧٣ .
(٣)انظر في ذلك الاستاذ جمال الدين العطيفي التقنين المدني الصادر به القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ج١٤ ، القاهرة ،مطبعة جرينبرج ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٠ ص٣٥٦.
(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ، ص١٣٩ .
(٥) د . محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص٢٥٦ .

الا اننا نميل الى الاتجاه الذي كان قد انتهجه القانون المدني العراقي والاردني في عدم اخذهما بانقلاب المهايأة المكانية الى قسمه نهائية ، ذلك لان بعض المجتمعات كالمجتمع العراقي وما تسوده من قيم اجتماعية واعتبارات ادبية تلقي بظلالها على عملية توزيع الحصص في قسمة المهايأة المكانية حيث يجري التسامح من قبل بعض الشركاء للبعض الآخر او الشريك بينهم استناداً الى تلك الاعتبارات الادبية مما قد يؤدي الى الحاق الغبن في حصص البعض من الشركاء وبالتالي عدم تحقق العدالة في القسمة ككل حيث ان تلك الحصص قد وزعت وفرضت على الشركاء ليس استناداً الى حكم القضاء او رضا الشركاء فيها وانما قد تكون نتيجة لضغط الاعراف الاجتماعية السائدة في بعض المجتمعات وتسامح بعضهم تجاه البعض الاخر ومثال ذلك ان يمنح الشركاء الحصة الكبيرة من حصص الارض الى الاخ الاكبر دون الاخرين فاذا انقلبت تلك المهايأة المكانية الى قسمة نهائية سيضار بذلك باقي الشركاء وحدوث ما لا يحمد عقباه من الندم والتلوم [١] .

هذا من جانب ومن جانب آخر فانه في حال وجود وارث لمالك مشتاع فانه لا يعلم بان يد مورثه قائمة على اساس قسمة مهايأة وانما ستصير قسمة نهائية وخصوصاً اذا كانت تلك القسمة ليست في صالحهِ [٢] .

ولما كانت التشريعات الوضعية قد انقسمت الى اتجاهين بشأن الاخذ او عدم الاخذ بالقسمة القانونية لذا فلا توجد فيها تطبيقات قضائية بالنسبة لقضاء الدول التي لم تأخذ بهذا الاتجاه كالقضاء العراقي او الاردني .. اما بالنسبة للدول التي اخذت تشريعاتها بهذا النوع من القسمة فقد جاء المبدأ القضائي في الفصل ١٨٠٩ والصادر عن القضاء المغربي : (..القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية لا يجوز إبطالها الا للغلط او الاكراه او التدليس او الغبن) [٣] وعليه نجد ان قضاء الدول التي اخذت تشريعاتها بالقسمة القانونية قد سوت في احكامها مع القسمة الاتفاقية او القضائية وذلك فيما يتعلق بعدم نقض القسمة الا بوجود عيب من عيوب الرضا ..

المطلب الثاني
انواع القسمة باعتبار المقسوم

تنقسم القسمة باعتبار قابلية المال للتقسيم الى نوعين هما القسمة العينية والى قسمة التصفية ، وعليه فسوف يقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتناول في الفرع الاول منهما القسمة العينية واما في الفرع الثاني فسنتناول فيه قسمة التصفية ..

---

(١)انظر في ذلك الاتجاه ايضاً د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ص١٢١ .
(٢)انظر د.حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص١٣٤ .
(٣) مجلة القضاء والقانون ، وزارة العدل المغربية ، الرباط د. ت ، ص٣٣٣ .

الفرع الاول
القسمة العينية

اولاً : تعريف القسمة العينية وطرائق اجرائها :-

ان الاصل في القسمة التي تجري امام القضاء قسمة عينية وذلك بتقسيم ذات المال الى عدة اجزاء وحسب نصيب كل شريك ولابد ان يكون ذلك بناء على طلب احد الشركاء المشتاعين فالمحكمة لا تكون ملزمة بذلك مالم يتبين لها ان المشاع قابلاً للقسمة [١] وتثبت قابلية المال للقسمه عن طريق تقارير الخبير اوالخبراء الذين تنتدبهم المحكمة لهذا الغرض[٢] ..

ويعتبر المال قابلاً للقسمه اما لعدم فوات المنافع المتوخاة منه بعد القسمة بالنسبة لجميع الشركاء المشتاعين ، او لعدم نقصان قيمة المال نقصاناً كبيراً بعد القسمة فان ادت القسمة الى فوات منافع المال او انقصت من قيمته عد ذلك المال غير قابل للقسمة العينية[٣] .

وهناك طريقتان لاجراء القسمة العينية :-

الطريقة الاولى :- وهي تقسيم المال الى حصص على اساس اصغر نصيب من انصبة الشركاء ويتم ذلك عن طريق الاستعانة بخبير او خبراء لبيان قابلية المال للقسمة فان بينوا ان المال غير قابل للقسمة فيتم عندها اللجوء الى قسمة التصفية [٤]

فان كانت القسمة العينية ممكنة فيقوم الخبير بتقسيم المال الى حصص سواء اكانت القسمة كليه تشمل جميع المال ام جزيئة ترد على بعض المال فتزيل شيوعه فيما يبقى الشيوع قائماً في البعض الاخر منه . وقد تكون القسمة جزئية حيث تشمل بعض الشركاء دون بعضهم الاخر ففي جميع الاحوال السابقة يقسم فيها الخبير المال الحصص متساوية ان امكن ذلك على اساس اصغر نصيب من انصبة الشركاء فان كانت انصبة الشركاء في ذلك المال لشريك الثلثين وللشريك الاخر الربع و للشريك الاخر جزء من اثني عشر جزءاً عندها يقوم الخبير بتقسيم المال الى اثني عشر جزءاً [٥] ويتم تقدير قيمة الحصص اما باتفاق الشركاء او باتفاق خبرائهم والا فيجرى التقدير من قبل الخبراء الذين تنتخبهم المحكمة .. فاذا وجد ان الحصص غير متساوية القيمة يتم عندها الاخذ من الحصة الاكبر واضافتها الى الحصة الاقل قيمة وهو ما يسمى بتعديل الحصص عيناً ثم يتم ترقيم تلك الحصص وحسب التسلسل حيث يصار الى اتفاق الشركاء على توزيع الحصص بينهم فان اختلفوا عندها يصار الى القرعة وتكون بكتابة اسم كل شريك منهم على ورقة وتطوى تلك الورقة ثم يجري سحب الاوراق فالشريك الذي ظهرت له الورقة الاولى يعطى القطعة (I) فإن كان له اكثر من حصة واحدة فيصار الى اعطائه القطعة المجاورة للاولى وهكذا دواليك [٦] ونحن نؤيد اللجوء الى القرعة عند عدم اتفاق الشركاء كونها تطهر النفوس وتدفع الشبهات كما نجد انها ليست الزامية الا عندما لا يتفق الشركاء . وبعد اجراء تلك المراحل لا يستطيع الشركاء طلب

---

(١) د . سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص١٠٩ .
(٢) د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ، ص١٣٥ .
(٣) د . توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٢٥٨ .
(٤) د. مصطفى احمد الجمال ، المصدر السابق ، ص١٧٦ .
(٥) د . محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص١٦٤ .
(٦) الاستاذ منير القاضي،شرح المجلة،ج٣ ، ط١ ،بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٨٤ ، ص٥٥٣ .

ابطال القسمة حتى لو لم تسجل وذلك لتعلق حق الشركاء الاخرين وكذا الاغيار واقترانها ايضاً بحكم القاضي .

واما الطريقة الثانية للقسمه العينية : فهي القيام بعملية التجنيب ويكون ذلك عند تعذر تقسيم المال الى حصص على اساس اصغر نصيب عندها يتم اللجوء الى التجنيب وذلك بتعيين نصيب الشريك المشتاع من المال بقدر حصته من ذلك المال[١].

كما يرى بعض الفقهاء انه بالامكان اللجوء الى القسمة بالتجنيب حتى مع امكانية اجراء تقسيم المال على اساس اصغر نصيب وذلك عندما يتفق الشركاء عليها [٢].

وسواء اجريت القسمة بطريقة تقسيم المال الى حصص على اساس اصغر نصيب او بالتجنيب فلا بد من ان يحصل كل شريك فيها على كامل نصيبه عيناً فإن تعذر ذلك يتم عندها تعويضه بمعدل عما نقص من نصيبه يلزم به من حصل من الشركاء على حصة عينية اكثر من نصيبه ويسمى ذلك بمعدل القسمة ويتم ذلك عن طريق قيام الخبير او الخبراء بتكملة الحصة الناقصة في حالة القسمة الى اصغر حصة او بتكملة النصيب الناقص في حالة قسمه التجنيب بمبلغ من النقود ويسمى بالمعدل يدفعه صاحب الحصة الكبرى الى صاحب الحصة الصغيرة ويكون مديناً له بها فقد يتعذر على الخبير قسمة المال الى حصص متساوية او قد تؤدي عملية القرعة الى ان تقع حصة كبيرة في نصيب شريك واخرى اصغر منها في حصة الشريك الاخر[٣] ويتحدد وقت تقدير ذلك المبلغ بوقت اجراء القسمة وليس بوقت بدء الشيوع ولا بوقت رفع دعوى القسمة[٤] واذا نشب نزاع اثناء القيام باجراء القسمة العينية وكان ذلك امام القضاء عندها تقوم محاكم البداءة (في العراق) باستئخار الدعوى لحين الفصل في ذلك النزاع كما لو حصل نزاع بشأن ملكية احد الشركاء او قسم منهم فمثل هذا النزاع لا يدخل بذات موضوع القسمة [٥] او تقوم المحكمة الجزئية (في مصر) باستئخار الدعوى ان كانت تخرج عن نصابها واحالة موضوع ذلك النزاع الى المحكمة الابتدائية للبت فيه مع تحديد موعد للمرافعة امام تلك المحكمة ، فإن تم الفصل في ذلك النزاع يتم عندها الرجوع الى تحريك دعوى القسمة للسير فيها وذلك بطلب من احد الشركاء [٦] .

ثانياً : صور القسمة العينية :-

تتميز القسمة العينية بصورتين فيها تردان على العقار وعلى المنقول ولكل منهما احكامها وهي :-

الصورة الاولى :- وهي قسمه الجمع :- ويقصد بها جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها [٧] او هي كما عرفها بعض الفقهاء بانها تكوين الحصص على اساس اساس اصغر نصيب لوارث من قبل الخبراء فإن تعذر ذلك فيتم اللجوء الى عملية التجنيب

---

(١) الاستاذ عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٩٢٢ .
(٢) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ص٥٩ .
(٣) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ص٢٢٣ .
(٤) د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ص١٧٧ .
(٥) انظر بهذا المعنى الاستاذ مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، ج١ ، بغداد ، ١٩٩٤ ص١٠٤ .
(٦) د . عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٩٢٨ .
(٧) الاستاذ شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينيه العقارية، ص٢٠١.

[١] ومثالها وجود ثلاثة شركاء مشتاعين يملكون ثلاث سيارات فتتم قسمة الجمع بأن يكون لكل واحد منهما سيارة .. كما نجد ان قسمة الجمع اذا تمت قضاءً فهي لا تقع في العقارات ، ذلك ان العقارات لا بد ان تكون مختلفة في الجنس فقسمة الجمع فيها اذا تمت قضاءً فلا ترد الاعلى المنقولات المتحدة الجنس[٢] .

كما ان ولاية القضاء في الاجبار لا ترد الا تمييزاً في حين نجد ان في حالة اختلاط الجنسين تكون العملية معاوضة وليس تمييزاً وبالتالي فلا ولاية للقاضي على الاجبار فيها[٣] وتجري قسمة الجمع بان تفرز الاعيان المشتركة المراد قسمتها عن بعضها البعض ويتم ذلك بكيلها اذا كانت من المكيلات او بوزنها اذا كانت من الموزونات او بعدها اذا كانت من المعدودات [٤] .

واما الصورة الثانية للقسمة العينية فهي قسمة التفريق (الفرز او الفرد) وهي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في جزء منها [٥] وتختلف قسمة التفريق عن قسمة الجمع في ان قسمة التفريق يكون المال المراد قسمته فيها هو عين واحدة في حين اننا نجد في قسمة الجمع يكون المال المراد قسمته فيها هو عدة اعيان مشتركة بين الشركاء وليست عيناً واحدة ، لذا فقسمة المنقول اذا كان مما يقبل القسمة عيناً تتم اما جمعاً او تفريقاً بحيث يصيب كل شريك من الشركاء المشتاعين نصيباً من المال المقسوم يكون مساوياً لانصبة بقية الشركاء المشتاعين فاذا حدث تفاوت بينهم فيمكن تعديله بالنقود [٦] اما ان كان ذلك المال مما لا يقبل القسمة عيناً عندها يصار الى اجراء النوع الاخر من القسمة الا وهي التصفية .

ثالثاً القسمة العينية في الفقه الاسلامي :-

لقد عرف الفقهاء المسلمون القسمة العينيه بصورتيها الجمع والتفريق فنجد ان فقهاء الحنفية يعرفون قسمة الجمع بانها جمع نصيب كل واحد من الشركاء في الاعيان المشتركة على حدة وقد اشترطوا فيها اتحاد الجنس وعليه فلا يجوز اجراؤها عندهم عند اختلاف الجنس ، ذلك لانهم يرون ان القسمة في صورة الجمع عند اتحاد جنس المقسوم تقع وسيلة الى تحقيق الغاية التي شرعت لها وهي تكميل منافع الملك في حين نجد انها عند اختلاف الجنس تؤدي الى تفويت المنفعة لا تكميلاً لها وعليه فهي تقع في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة المتحدة الجنس وكذلك في تبر الذهب او النحاس او الحديد وكذلك في الثياب ذات الجنس الواحد والابل والبقر والغنم لان التفاوت عند اتحاد الجنس لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او انه من الممكن ان يعدل بالقيمة[٧] .

واما الصورة الثانية عندهم فهي قسمة التفريق وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ومثاله قسمة دار كبيرة بين شريكين حيث يختص كل شريك

---

(١) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .
(٢) انظر بهذا المعنى الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق، ص٢٠١ .
(٣) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص١٢١ .
(٤) انظر بهذا المعنى ، د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص٧٢ .
(٥) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص١٢٢ .
(٦) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص١٢٤ .
(٧) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ص٢١ .

منهم بجزء من تلك الدار ولقد فرق فقهاء الحنفية فيها بين ما اذا كان المقسوم مما يضره التبعيض وبين مالم يكن يضره التبعيض فاذا كان المقسوم مما لا ضرر في تبعيضه جازت قسمته بالتفريق جبراً كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ولم يجزها فقهاء الحنفية فيما كان في تبعيضه ضرر بكل الشركاء المشتاعين او بالبعض منهم ، كما اشترطوا فيها استمرار المنافع المتوخاة من المال بعد القسمة حتى يمكن للقضاء الجبر فيها [١] واما عند الجعفرية فقد عرف فقهاؤهم قسمة التفريق (الافراز) بانها القسمة التي تجرى في المال المشترك شريطة ان يكون المقسوم من جنس واحد كالمثليات ومنها الحبوب والادهان والمائعات وكذا بعض القيميات المتساوية الاجزاء[٢] وعليه نجد ان فقهاء الجعفرية قد خالفوا فقهاء الحنفية فيما يتعلق بوحدة الجنس في المقسوم فكما سبق ان رأينا ان فقهاء الحنفية قد اشترطوا وحدة الجنس في المقسوم في صورة قسمة الجمع ولم يقولوا بذلك في قسمة الفرز في حين وجدنا ان فقهاء الجعفرية قد اشترطوا وحدة الجنس في المقسوم قسمة الفرز ..

رابعاً :- القسمة العينية في القانونين المدني العراقي والمصري :-

لقد نصت الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ من القانون المدني العراقي على :

(... فاذا تبين للمحكمة بان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة ..) فيظهر من هذا النص أنَّ المحكمة لا يمكنها اجراء القسمة اذا ادى ذلك الى عدم استمرار المنافع المتوخاة من المال بعد القسمة حتى لو كان ذلك بالنسبة الى شريك واحد من بين مجموعة من الشركاء [٣] ونحن نميل الى هذا الاتجاه وذلك لكونه ينظر الى مقدار المنفعة التي يمكن ان يحققها الشركاء من القسمة ذلك ان النقص في قيمة المال معيار اقتصادي لا ينظر فيه الى بقاء تلك المنافع او زوالها[١] .

---

(١) الشيخ محمد العباسي المهدي ، الفتاوي المهدية ، ج٥ ، ط١ ، القاهرة ، المطبعة الازهرية المصرية ، ١٢٦٤ هـ ، ص٢٥٣ .

(٢) انظر بهذا المعنى السيد محمد علي الموسوي الحمامي ،المصدر السابق، المسالة ٢٨٠ص٩٤.

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك ،المصدر السابق ، ص١٠٩ :

كما نجد ان القضاء العراقي قد سار في قابلية المال للقسمه قياساً على استمرار المنافع المتوخاة من المال بعد القسمة تطبيقاً لنص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ مدني عراقي وذلك بقرار محكمة التمييز المرقم ١٢٧٢ / مدنية ثالثة / ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٢/٥ وقد جاء فيه : (.. ينبغي ان ينتفع كل شريك بحصته بعد القسمة بنفس المنفعة التي كان يتمتع فيها قبل القسمة وإلا وجب بيع العقار لعدم قابليته للقسمة ..) : انظر النشره القضائية، بغداد، منشورات وزارة العدل ، مطبعة الادارة المحلية ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، ١٩٧٥ ص١١٠ ، وكذلك القرار الصادر عن محكمة تمييز العراق والمرقم ٣٨٦/صلحية/١٩٣٠ في ١٩٣٠/٩/٢٣ الذي جاء فيه : (.. ان الدار موضوعة الدعوى كانت في الاصل مشتركه بين المميزه والمميز عليها مناصفة وبعد ان قرر انها قابلة للقسمة باعت المميز عليها نصف حصتها (أي ربع الدار) لاخيها .. وذلك بقصد ان تجعلها غير قابلة للقسمة وعلى هذا فان الحاكم المنفرد قد رجع عن قراره ووضع الدار في المزايدة لكونها اصبحت بعد ان بيع قسم منها غير قابلة للقسمة ثم انه قرر احالتها بمبلغ ستة الاف دينار الى اخ المميز عليها الذي اشترى ربعها في اثناء سير الدعوى ولما كانت هذه المعاملة لاتخلو من المواضعة بين المميز عليها واخيها بجعل الدار غير قابلة للقسمة فقد قرر فسخ الحكم المميز واعادة الاوراق الى المحكمة لاجراء قسمة الدار مناصفة بين الطرفين على ان تكون حصة المشتري الجديد داخلة في ضمن حصة المميز عليها (البائعة) : القرار منشور في مجموعة الاستاذ القاضي حسين جميل ، قضاء محكمة التمييز الدائرة الحقوقية ، بغداد ، مطبعة الاهالي ، ١٩٣٨ ، ص٣٠٥ .

في حين نصت الفقرة (٣) من المادة ١٠٧٢ على كيفية اجراء القسمة في حالة العقار وذلك بقولها : (فان كان المشاع عقاراً تمسح الارض وتفرز الحصص على اساس اصغر نصيب على ان يراعى فيها الموقع والجودة وجميع المميزات الاخر ويراعى كذلك بقدر الامكان ان تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق وتعيين قيمة الحصص باتفاق الشركاء انفسهم فان لم يتفقوا عينها الحاكم بمعرفة خبير واذا تعذر ان يختص كل واحد من الشركاء بكامل نصيبه عيناً عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود وتوزع الحصص بالقرعة وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكماً بتأييدها) فيتبين أنَّ الفقرة اعلاه قد ميزت بين قسمة العقار وبين قسمه المنقول ، فتطرقت الفقرة (٣) اعلاه الى قسمة العقار فحددت خطوات لا بد من اتباعها لغرض القسمة تبدأ تلك الخطوات بمسح الارض ثم افرازها الى حصص على اساس اصغر نصيب للشركاء ويراعى في ذلك قيمة كل حصة من حيث موقعها وجودتها قياسا الى الحصص الاخر وما يتعلق بذلك ايضاً من وقوع بعض الحصص على نهر او على حديقة او شارع عام او زقاق او كونها محصورة ليس لها مرور او أي مرتفق من حصة اخرى او من عقار اخر او كون بعضها ذا اشجار او مياه وما الى ذلك من المميزات ، كما يراعى عند القسمة ان تستقل كل حصة بحق شربها ومجراها ومسيلها ومرورها فان تعذر ذلك رتب لكل حصة من الحصص حق على الاخرى بحيث لا تكون أي واحدة منها محرومة من مرفق يكمل الانتفاع بها ثم يتم وضع خريطة بمرتسم مفصل بذلك من قبل الخبراء القضائيين [٢] كما يتبين من نص الفقرة (٣) من المادة ١٠٧٢ مدني عراقي انها لم تشترط في معدل القسمة ان يكون من النقود حيث اجازت فيه ان يكون عيناً من غير النقود ما دام من شأن ذلك ان يعوض النقص الواقع في مقدار بعض الحصص وذلك لتمكين الشركاء او هيئة المحكمة من التغلب على بعض الصعوبات العملية الناشئة عن عدم قابلية العين المشاعة للتجزئة الى اصغر نصيب [٣] .

فيما نصت الفقرة (٤) من المادة ١٠٧٢ مدني عراقي على انه : (واذا كان المشاع منقولاً يفرز الى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد في استعماله في قياس نوعه وتوزع على الشركاء بالقرعة) فاذا تبين أنَّ ذلك المال المنقول مما يقبل القسمة يتم عندها افرازه الى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في مقياس نوعه وذلك لما يستلزمه من وزن او كيل او ذراع او عدد ثم يتم توزيع تلك الحصص على الشركاء اما بالتراضي او بالقرعة [٤] واما في القانون المدني المصري فقد نصت الفقرة (٢) من المادة ٨٣٦ منه على : (... وتندب المحكمة ان رأت وجهاً لذلك خبيراً او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً ان كان المال يقبل القسمة عيناً دون ان يلحق نقص كبير في قيمته) وعليه نجد ان الاتجاه الثاني من التشريعات كالتشريع المصري قد اسست قابلية المال للقسمة العينية ليس على اساس استمرار منافعه وانما على اساس عدم نقصان قيمته[٥] كما نجد ان التقنين المدني المصري

---

(١) انظر بهذا الاتجاه ايضاً د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص١٥٣ .
(٢) د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق مع المقارنة بقوانين الملكية في القانون المدني المصري ، ص١٢٨ .
(٣) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ص٨٠ .
(٤) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينيه الاصليه ،ص ٥٣٠ .
(٥) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٨٥ .

الحالي قد جاء في الفقرة (٢) من المادة ٨٣٦ منه بحكم مختلف عما كان عليه الحال في القانون المدني المصري السابق وذلك في المادة ٤٥٢ منه فقد كان القانون الملغى لا يجوز القسمة بطريق التجنيب الا بعد اتفاق جميع الشركاء عليها فان لم يتفقوا فلا يجوز اجراء القسمة بطريق تقسيم المال الى حصص فيتم عندها بيع المال لعدم امكان قسمته عينا [١] وذلك جريا منه على الحكم الموجود في القانون المدني الفرنسي[٢] .

الفرع الثاني
قسمة التصفية

اولا: تعريف قسمة التصفية واثرها:

اذا لم يكن المال المشاع ممكن القسمة عينا وذلك لكون القسمة ضارة بالمال او باحد الشركاء المشتاعين وذلك اما لكون القسمة ستؤدي الى ذهاب المنافع او نقصان قيمة المال نقصانا كبيرا فيصار الى تقرير بيع الاموال المشتركة وتقسيم ثمنها وهو ما يعرف بقسمة التصفية[٣] .

لذا نجد ان المحكمة لا تتجه الى سلوك قسمة التصفية وهو الطريق الاحتياطي للقسمه الا بعد تعذر سلوك الطريق الاصلي وهو القسمة العينية [٤] .

وهنا لابد من التفرقة بين حالة رسو المزاد بنتيجة قسمة التصفية على احد الشركاء وبين رسوه على اجنبي عنهم حيث يختلف اثر قسمة التصفية في كل منهما وكالاتي:

الحالة الاولى: وتتحقق في حال رسا المزاد على احد الشركاء المشتاعين فهي عملية قسمة وليست بيعا وذلك لانها تعتبر قسمة خالصة كاشفة للحقوق لا منشئة لها ويكون ذلك باثر رجعي حيث ياخذ الشريك الراسي عليه المزاد العين خالية من جميع الحقوق التي كان قد رتبها غيره من الشركاء المشتاعين[٥] .

اما الحالة الثانية: وهي حالة بيع المال الى اجنبي فتعتبر العملية بيعا وليست قسمه؛ ذلك ان العين المباعة تنتقل الى المشتري الاجنبي وهي محملة بجميع الحقوق التي كان قد رتبها الشركاء قبل عملية البيع فهي والبيع عقد ناقل للملكية فلا تنتقل الملكية الى المشتري الا من يوم رسو المزاد وعليه فهي منشئة لحق المشتري لا مقررة له[٦] الا انها ومع ذلك ترتب ترتب كافة اثار القسمة فيما يخص العلاقة بين الشركاء المتقاسمين لاقتسام الثمن الذي رسا به المزاد [٧]

---

(١)ولقد ادى ذلك الى احداث خلاف في الفقه فقسم من الفقهاء يرى انه بالامكان اجراء القسمة بالتجنيب حتى مع عدم اتفاق جميع الشركاء على ذلك: انظر د.عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية،ص٢٣٧،في حين نجد ان الاتجاه الاخر من الفقهاء يرون وجوب اتفاق جميع الشركاء على اجراء القسمة بطريق التجنيب:انظر في ذلك د.محمد كامل مرسي،المصدر السابق،ص٢٢٢

(٢) Planiol Et Ripert, I bidem , p ٨٢١

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٢٣٩.

(٤) د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص٤٨٩.

(٥) د. عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص١٣٨.

(٦) د. احمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي، شرح القانون المدني، ط٣، القاهرة، مطبعة الفجالة الجديدة ، ١٩٥٤، ص١٢٥.

(٧) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٦٩

ثانيا: اجراءات قسمة التصفية:

ان لقسمة التصفية اجراءات قانونية خاصة لابد من مراعاتها، ومنها تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري او مراعاة وجود الشريك ناقص الاهلية وغيرها حتى تتم بذلك عملية القسمة[١] وكذلك مراعاة ان كان المال المراد إزالة شيوعه هو حق تصرف على عقار مملوك للدولة ،حيث لم نجد ان القانون المدني العراقي قد تعرض لذلك، الا ان قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) والمرقم ٧٨١ والصادر بتاريخ ١٩٨٣/٧/١٨[٢] قد بين النسب التي يستحقها الشركاء في حق التصرف المطفأ وقد نص ذلك القانون في المادة خامسا منه على انه: (تعتبر حصة كل من الدولة وصاحب حق التصرف في العقار المشمول باحكام هذا القرار كما ياتي:

صنف الارض	مساحة الارض	حصة الحكومة	حصة صاحب حق التصرف
ممنوحة باللزمة	تزيد على خمسة دونمات	٤/٣	٤/١
ممنوحة باللزمة	لا تزيد على خمسة دونمات	٣/٢	٣/١
مفوضة بالطابو	تزيد على خمسة دونمات	٢/١	٢/١
مفوضة بالطابو	لا تزيد على خمسة دونمات	٣/١	٣/٢

وعليه نجد أنَّ الاحتساب في قسمة التصفية في مثل هذه الحالة يتم بتقدير اقيام المنشات والمغروسات باعتبارها قائمة وتعود لاصحاب حق التصرف كما تقدر رقبة الارض باعتبارها ملكا صرفا وتحسب حصة الحكومة وحصة اصحاب حق التصرف من القيمة المقدرة حسب النسب اعلاه وتنقل بعين الوصف الذي هي عليه في السجل العقاري الى المشتري الجديد.

ولقد نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧٣ من القانون المدني العراقي على انه: (اذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة اصدرت حكما ببيعه...) وعليه فالمحكمة وحسب نص الفقرة اعلاه لا تصدر قرارها باللجوء الى قسمة التصفية الا بعد اجراء التحقيقات اللازمة والاستعانة بتقارير الخبراء التي يتبين لها من خلالها ان المشاع غير قابل للقسمة عينا[٣] ويكون قرار المحكمة هذا قابلا للاعتراض والتمييز للشركاء الغائبين ويكون قابلا للتمييز للشركاء الحاضرين منهم فاذا طعن بهذا القرار احد الشركاء فانه ينبغي على محكمة الموضوع ان لا تشرع باجراءات قسمة التصفية حتى تتبين نتيجة الطعن، فان رفض الطعن بدأت عندها اجراءات قسمة التصفية [٤].

فيما نصت الفقرة (٢) من المادة ذاتها على انه: (... تقدر المحكمة بناء على مراجعة المدعي او احد الشركاء بدل المثل بمعرفة اهل الخبرة فاذا قبل المدعي ببيع حصته بالبدل المقدر عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء لابداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك فاذا وافق الشركاء كلهم او بعضهم على الشراء بالبدل المقدر بيعت الحصة الى الراغبين بالتساوي فيما بينهم اما اذا رغب احد الشركاء في شرائها ببدل

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص١١٠.
(٢) القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية ضمن العدد ٢٩٥٠في تاريخ ١٩٨٣/٨/١.
(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق ، ص٥٣١.
(٤) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٨١.

اعلى فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لا على مزايد ...) واما في الفقرة (٣) فقد نصت على : (... واذا لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر ولم يرغب احد الشركاء في الشراء وبقي المدعي مصرا على طلبة بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه) فيظهر من الفقرة (٢) والفقرة (٣) اعلاه بيان الاجراءات اللازمة لقسمة التصفيه[١] حيث تقدر قيمة العين الشائعة عن طريق اهل الخبرة ولا يقتصر هذا التقدير على حصة الشريك الذي طلب القسمة فقط بل يرد التقدير على العين المشاعة كلها ثم تحسب قيمة حصة الشريك طالب القسمة على اساس القيمة التي قدرت بها العين ثم تعرض تلك القيمة على طالب القسمة فان رضي بها عرضت على باقي الشركاء بما قدرت به ويكون عليهم ابداء رغبتهم بالشراء خلال ١٥ يوما من تاريخ تبليغهم فإن وافق الشركاء كلهم على ذلك بيعت لهم الحصة بالتساوي بغض النظر عن مقدار انصبائهم في العين المشاعة فان وافق بعضهم دون البعض الاخر اعطيت للراغبين فان رغب احد الشركاء في شرائها ببدل اعلى مما قدرت به يصار عندئذ للمزايدة الداخلية فيما بين الشركاء وتباع لا على مزايد منهم، اما اذا لم يرضَ طالب القسمة البيع بالثمن الذي قدر به الخبير او لم يتقدم احد الشركاء للمزايدة عندها يصار الى المزاد العلني وبيع المال وتقسيم ثمنه بين الشركاء كل بنسبة نصيبه منه [٢].

كما يظهر من نص المادة ١٠٧٣ مدني عراقي انها لم تقصر المزايدة على الشركاء وحدهم وانما جعلتها للشركاء ولاي شخص اخر اجنبي عنهم، وبذات الاتجاه نجد ايضا قانون تقسيم الاموال غير المنقولة المشتركة الاردني المرقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣ وكذلك قانون تعديله المرقم ٧ لسنة ١٩٩٥ حيث نصت الفقرة (٣) من المادة (٢) منه بقولها: (... واذا كانت جميعها غير قابلة للقسمة يزال الشيوع منه ببيعه بمجملة بالمزاد ويوزع الثمن بين الشركاء كل بنسبة حصته) في حين نجد ان المادة ٨٤١ من القانون المدني المصري جاءت على خلاف هذا الاتجاه وذلك بقولها: (اذا لم تمكن القسمة عينا او كان من شأنها احداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات وتقتصر

---

(١) وفي ذلك نجد قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٢٩/ صلحية/ ١٩٦٠ في ١٩٦٠/٩/٢٩ الذي نقضت فيه المحكمة القرار البدائي وذلك لعدم التزام المحكمة باجراءات سير قسمة التصفيه حيث كان على المحكمة ان تبدأ بتقرير بدل حصة المدعي طالب القسمة قبل الشروع باجرائها فقد جاء في ذلك القرار: (.. ان المحكمة قررت إزالة شيوع القطعة موضوعة بحث الدعوى دون ان تلاحظ احكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٠٧٣ المتضمنة لزوم تقدير بدل المثل للقطعة المطلوب ازالة شيوعها بناء على مراجعة المدعي او احد الشركاء بمعرفة اهل الخبرة فاذا قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدر عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء..الى اخر ما جاء باحكام الفقرتين المذكورتين واصدارها الحكم بازالة الشيوع قبل القيام بالمراسيم القانونية المذكورة نقص يخل بصحة الحكم لذا قرر نقض الحكم المميز ..) : انظر الاستاذ سلمان بيات، المصدرالسابق ص٤٩٦ وكذلك ما جاء بقرار محكمة التمييز والمرقم ٣٤٥/ تنفيذ/ ١٩٦٤ في ١٩٦٤/١١/٩ الذي جاء فيه: (.. لدى التدقيق والمداولة تبين ان القرار المميز غير صحيح إذ ان الاعلام الصادر من محكمة الصلح لم يبلغ لكافة الشركاء مما لا يجوز تنفيذه قبل اكمال ذلك وعليه تصبح كافة الاجراءات في القضية من وضع اليد الى الاعلان عن البيع فقطع الاحالة ثم تمديدها غير قانونية وعليه قرر نقض القرار المميز لمخالفته للقانون...): انظر الاستاذ عامر خطاب عمر، بيع العقار عن طريق المزايدة، بغداد، مطبعة الزهراء، ١٩٧٣، ص١٧٢.

(٢) د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق مع المقارنة بقوانين الملكية في القانون المدني المصري ص١٢٩.

المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع) فنجد ان القانون المدني المصري اجاز ان تقتصر المزايدة على الشركاء فقط دون السماح بدخول أي مزايد اجنبي عنهم وعلى خلاف الحال في القانون المدني العراقي ولكنها اشترطت ان يكون ذلك بطلب مقدم من قبل جميع الشركاء المشتاعين فاذا لم يجمع الشركاء على طلب قصر المزايدة عليهم فقط جاز لاي شخص اجنبي ان يدخل المزايدة [1] وتوافق هذه المواد في القانون المدني الفرنسي المادة ٨٢٧ منه بقولها: (اذا تعذر قسمة المباني بشكل ملائم يتوجب عرضها للبيع امام المحكمة ..).

(١) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق ص١٨٨، وبذلك فقد اتى القانون المدني المصري بحكم خالف فيه ما كان موجودا في القانون المدني المصري السابق وذلك في المادة ٤٥٨ منه حيث انه كان لا يقصر المزايدة على الشركاء فقط، الا ان مجلس الشيوخ في البرلمان المصري قرر اضافة عبارة (.. وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع) وذلك بطلب من الاستاذ عبد الرزاق السنهوري وذلك لان في ذلك الاتجاه ابقاء المال في العائلة الواحدة اما الدائنون فحقوقهم مكفولة في القانون كذلك فان اجماع الشركاء على ابقاء المال الشائع بينهم فهم وشانهم ما دام ذلك لا يضر بالمصلحة العامة، انظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المصدر السابق، ص١١٧.

الفصل الثاني

دعوى القسمة وموقف الدائنين منها

تمهيد وتقسيم:

في حال عدم استجماع الشركاء المشتاعين للشروط الواجب توافرها لاجراء القسمة الرضائية فيما بينهم او لأي سبب اخر ، فلا بد لمن يريد الخروج من الشيوع من الشركاء المشتاعين ان يرفع دعوى القسمة (دعوى إزالة الشيوع) على باقي الشركاء المشتاعين فيكون هو المدعي وباقي شركائه خصوما له كمُ ّدعى عليهم فيها وهذا ما سيكون موضوع بحثنا في المبحث الاول من هذا الفصل .. واما في المبحث الثاني من هذا الفصل فسنبحث فيه موقف الدائنين من القسمة فلقد وجد المشرع ان ثمة مصلحة لدائني الشركاء للتدخل باجراءات القسمة ودعواها وذلك لتوفير الحماية القانونية لهم مما قد يقوم به بعض الشركاء فيما بينهم من تواطؤ يضر بمصالح البعض منهم ، لذا فقد اجاز لهم المشرع التدخل في اجراءات القسمة اودعواها سواء قبل إتمامها ام بعده وسواء أكانت تلك القسمة قد اجريت رضاءاً ام قضاءً عند البعض من التشريعات .

المبحث الاول
دعوى القسمة

ان دعوى القسمة (او كما تسمى بدعوى ازالة الشيوع) دعوى تقام بطلب يتقدم به كل صاحب حصة في ذلك المال سواء اكان وارثا ام مالكا ام غيره فلا تجرى دعوى القسمة الا بطلب من احد اصحاب الحصص[١] وتمر دعوى ازالة الشيوع بمرحلتين فيتبين ان لدعوى ازالة الشيوع خصوصية تختلف عن باقي الدعاوى الاخر، كما ان المحكمة المختصة التي تنظر الدعوى هي ذاتها التي تستكمل الاجراءات التنفيذية وليس مديرية التنفيذ.

وتبدأ المرحلة الاولى منها باقامة الدعوى وحتى صدور القرار البدائي فيها واكتسابه الدرجة القطعية بتصديقه تمييزا او تمضي مدة الطعن عليه دون وقوع الطعن او بتنازل المدعى عليهم عن اوجه الطعن .

واما المرحلة الثانية فيها فتبدأ بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية حيث يباشر بالاجراءات التنفيذية بوضع اليد على المال و الاعلان عن بيعه وحتى الاحالة النهائية ثم احتساب مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة فيها .. ولغرض الاحاطة علما بهذا الموضوع فسنقسمه الى مطلبين حيث سنتعرض في المطلب الاول منها الى مفهوم الدعوى والمحكمة المختصة بنظرها وطرائق الطعن في الحكم القضائي الصادر فيها فيما سنتعرض في المطلب الثاني منه للاجراءات التنفيذية اللازمة للقسمة في حالتي العقار وكذلك المنقول لمصاريف دعوى القسمة واتعاب المحاماة فيها ..

---

(١) د. محمد كامل مرسى ، المصدر السابق ، ص ٢٠٨ .

المطلب الاول
مفهوم دعوى القسمة والمحكمة المختصة بنظرها وطرائق الطعن في الحكم الصادر فيها

يقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتناول في الفرع الاول منها لمفهوم دعوى القسمة فيما سنتناول في الفرع الثاني منه للمحكمة المختصة بنظر الدعوى ولطرائق الطعن في الحكم الصادر فيها .

الفرع الاول
مفهوم دعوى القسمة

اولا : تعريف دعوى القسمة :

ان الدعوى هي وسيلة قانونية يتوجه بها الخصم الى القضاء للحصول على تقرير حق له او مصلحة او لحمايته[١] . كما عرفها البعض الاخر بانها حق يلتجئ به صاحبها الى القضاء لحماية مصلحة له[٢] او بانها حق الشخص في الالتجاء الى المحاكم للاستعانة بها على تقرير حق له او لتمكينه من الانتفاع به[٣] فيما عرفتها المادة ٢ من قانون المرافعات المدينة المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بقولها: (الدعوى طلب شخص حقه من الاخر امام القضاء) ولقد عرفتها محكمة التمييز الاردنية بقولها : (هي طلب احد حقه من اخر في حضور الحاكم المنصب من قبل السلطات لفصل المخاصمة بين الناس) [٤] .

وفي نطاق القسمة فان دعوى القسمة هي الدعوى التي يطلب بموجبها احد الشركاء الذي يريد الخروج من الشراكة في المال انهاء حالة الشيوع بالقسمة ان كان المال يقبل القسمة عينا ويصار الى بيعه ان كان لا يقبل القسمة[٥] .

ولقد رأى بعض الفقهاء بان دعوى القسمة هي ليست مجرد دعوى شكلية واجراءات روتينية في المحاكم[٦] . كما يرى البعض الاخر منهم بانها دعوى حقيقية يترتب عليها حقوق الاشخاص وان الحكم في هذه الدعوى هو حكم يؤثر في الملكية بما يترتب عليه حقوقا[٧] ونحن نميل الى اعتبار دعوى القسمة ليست بمجرد دعوى شكلية واجراءات ؛ ذلك ان هذا الرأي هو الاقرب الى الحقيقة والواقع لكون دعوى القسمة والحكم القضائي الصادر بنتيجتها لا يمكن ان يمس حقوق الشركاء الثابتة ولا يمكن ان

---

(١) الاستاذ د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠، ص١٩٨ .
(٢) انظر د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، ج١ ، ط١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٢ ، ص٩٢.
(٣) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٦٧ ، ص٢٥ .
(٤) د. عوض احمد الزعبي ، اصول المحاكمات المدنية ، ج٢ ، ط١ ، عمان ، دار وائل للطباعة والنشر ، ٢٠٠٣ ص٣٨١.
(٥) الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي ، المصدر السابق ص١١٧.
(٦) انظر د. حامد مصطفى ، الملكية واسبابها، ص١٢١ .
(٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق هامش ص٩١٢.

يرتب حقا لشريك على حساب الشريك الاخر عليه فالحكم الصادر في دعوى القسمة سيكون كذلك ايضا لان تلك الاجراءات تجري تحت اشراف المحكمة و رقابتها مما يؤكد ضمان صحتها وعدالتها وتعتبر دعوى القسمة من الدعاوى الروتينية حيث لا تحتاج من القاضي الذي ينظر فيها خبرة قانونية عميقة، ذلك لانها تتمخض عن مجموعة من الاجراءات التي يقتصر دور القاضي فيها على المراقبة والتحريك مما يستطيع القاضي معه ان يقوم بها من دون عناء ، وترد دعوى القسمة على اموال مشاعة قد يكون مصدرها الارث او مصدراً اخر غيره كما يستوي في هذه الاموال ان تكون من المنقولات او العقارات او خليطا منهما[١].

(١) د. عبد الباسط جميعي ، شرح قانون الاجراءات المدنية المصري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٦ ص٣٢ .

ثانيا : شروط اقامة الدعوى :

لما كانت دعوى القسمة هي دعوى اعتيادية من النواحي الشكلية والمضمون والاطر العامة للدعوى ، لذا فهي تستلزم شروطا لاقامتها ، وسنتناول بايجاز الشروط الاساسية لدعوى القسمة وهي كالاتي :

١- ان تقام بطلب (عريضة) من المدعي او المدعين (وهم من الشركاء في ذلك المال) على المدعي عليهم وهم في هذه الدعوى من باقي الشركاء ، ويكون هذا الطلب بعريضة وهي ما تسمى في قانون المرافعات المدنية بعريضة الدعوى (او كما يسمونها بعريضة استدعاء) يطلبون فيها من المحكمة الحكم بما جاء فيها من طلبات[١] . وتشكل عريضة الدعوى المخطط الهندسي الاول الذي تقوم عليه دعوى القسمة فلا بد من صياغتها على اسس قانونية متينة فإنَّ كانت غير منظمة وفق اصول فن المحاماة فإنَّ الدعوى قد تتعرض عندها الى الانهيار المفاجئ وهي في اول طريقها[٢] ولابد ان تشتمل تلك العريضة على جملة من البيانات الضرورية كأسم المحكمة التي تقام فيها دعوى القسمة ، وكذلك اسم الشريك المدعي فيها واسم المدعى عليه او عليهم فيها[٣] وتكون هذه العريضة وكافة المستندات القانونية بقدر عدد المدعي عليهم فيها ، ولابد من تقديم ذلك الطلب الى المحكمة المختصة من احد الشركاء فهي لا تتدخل من تلقاء نفسها[٤] .

٢- ان تذكر المصلحة التي يبتغي المدعي الحصول عليها من دعواه ، والمصلحة هي الفائدة التي يرمي صاحب الحق في الدعوى من الحصول عليها من وراء ممارسته لهذا الحق [٥] وان تستجمع تلك المصلحة لشروطها وان تذكر تلك المصلحة المدعى بها في دعوى القسمة بشكل واضح ومعلوم ، فان كانت دعوى القسمة متعلقة بعقار فلابد من ان يدرج في عريضة الدعوى موقع ذلك العقار وحدوده ورقمه وتسلسله وجنسه ، اما في حالة ورود القسمة على مال منقول فلا بد من ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه[٦]

٣- بيان الادلة التي يستند اليها المدعي في تاييده دعوى القسمة ومنها السندالذي يثبت ملكية المال ويكون ذلك في حالة كون اطراف الدعوى من الاحياء اما لو كان المال

---

(١) انظر في هذا الاتجاه ايضا المبدأ القضائي الصادر عن المحكمة العليا في جمهورية السودان بالقرار المرقم م ع /ط م /١٩٨٨/٢٤٢ في ١٩٩١/٩/٢٥.الذي جاء فيه : (..دعوى قسمة الافراز تقوم مثل سائر الدعاوى على طلبات واضحة ينبغي ان تؤخذ على ظاهر حالها وهي لا تتعدى في ذلك طلب انهاء حالة الشيوع التي يتولى القانون امر تنظيم الوسيلة اليها ..) ، القرار منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، الامانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد ١٩، اكتوبر ١٩٩٧ ، ص ٣٠٩ .

(٢) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ٤٤ .

(٣) الاستاذ منير القاضي ، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، بغداد ، مطبعة العاني ،١٩٥٧ ، ص ٨٢ .

(٤) د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ص١٣٤ .

(٥) د. احمد خليل ، اصول المحاكمات المدنية ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠ ، ص١٧٢.

(٦) الاستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .

قد انتقل عن طريق الميراث فاضافة الى سند الملكية لابد من ابراز القسام الشرعي في حال كون المال ارضاً ملكاً صرفاً فاذا كانت ارضاً اميرية فيقدم القسام النظامي فيها ايضاً . فان كان المال المراد قسمته مالاً منقولاً كمكائن معمل او اية منشآت اخر فيبرز شهادة التسجيل او عقد المشاركة اضافة الى قائمة بالموجودات الخاصة بها[١] اما ان كان المال المنقول كسيارة مثلاً فيبرز سنوية السيارة او أي كتاب رسمي من دائرة المرور المختصة يؤيد تسجيل تلك السيارة باسم المدعي ، كما تبرز شهادة الملكية بالنسبة لبعض المنقولات كالمكائن والمضخات الاخر اضافة الى القسام الشرعي اذا كان مصدرها ارثاً .

٤- أهلية التقاضي: فلابد ان يكون الشريك المدعي ذا اهلية للادعاء وان يكون المدعى عليهم في دعوى القسمة ذوي أهلية لرفع الدعوى عليهم [٢] فاذا ما تبين ان احد الشركاء كان محجوراً او غائباً فتكلف المحكمة الولي او الوصي او القيم لاستحصال الاذن من مديرية رعاية القاصرين او ادخالها شخصاً ثالثاً في الدعوى [٣] .

ثالثاً : التمييز بين دعوى القسمة وبين سائر الدعاوى الاخر :-

على الرغم من بعض التشابه الموجود بين دعوى القسمة وبين باقي الدعاوى الاخر وذلك من النواحي الشكلية للدعوى واقامتها والتبليغات القضائية المقتضاة للدعوى وكذا من حيث الخصوم فيها كمدعي ومدعى عليه والمرافعات الا اننا وجدنا ان لدعوى القسمة ما يميزها عن سائر الدعاوى وسنبحث ذلك من خلال الفقرات الاتية:-

١- **من حيث امكانية الاستمرار او التنازل عن الدعوى** :- ففي دعوى القسمة فانه حتى لو اراد المدعي او المدعين التنازل عن الدعوى فانها لا تنتهي الا بموافقة باقي الشركاء (المدعى عليهم) على ذلك التنازل. كما يحق للمدعى عليهم في دعوى القسمة فقط دون سائر الدعاوى الاخر حق الاستمرار في السير بالاجراءات التنفيذية وذلك بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية بحيث يصبح القرار غير قابل للطعن فيه بطرائق الطعن المختلفة ، عندها يحق للمدعى او المدعى عليهم الاستمرار في الاجراءات التنفيذية كوضع اليد على المال او الاعتراض على القيمة التقديرية او اعادة الكشف مرة اخرى ؛ وذلك لان لجميع الشركاء نفس الحقوق والمزايا كما ان الدعوى باتت تخص جميع الشركاء في الدعوى[٤] واما في الدعاوى الاخر فيحق فيها للمدعى (المدعين) التنازل عن الدعوى وانهاؤها [٥]

---

(١) الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي ، المصدر السابق ص١١٧ .
(٢) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المصدر السابق ص٣٢ .
(٣) وفي هذا الاتجاه نجد حكماً لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية وذلك بالقرار المرقم ٧٣ / حقوقية /١٩٩٩/ في ١٤ /١/ ١٩٩٩ الذي جاء فيه : (.. ان الاعتراضات التمييزية غير واردة لان المميز لا يمثل القاصرين وانما تمثلهم الوصية عليهم ومديرية رعاية القاصرين ..) ، القرار غير منشور .
(٤) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص١٧ .
(٥) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق، ج٢ ، ص ١٥٧ .

وذلك لان من اقام الدعوى يكون هو الدائن وهو المدعي بالحق ومن اقيمت الدعوى عليه هو المدين وهو المدعى عليه .

٢- **من حيث الشروط اللازمة لاقامة الدعوى** :- ان من الشروط الاساسية الواجب توافرها لاقامة الدعوى الاعتيادية هو شرط وجود الخصومة وذلك بهدف تحقيق مصلحة لاحد اطرافها[١] اما في دعوى القسمة فالامر مختلف فلا يمكن رد الدعوى على اساس عدم توجه الخصومة وذلك لان انهاء الشيوع بحد ذاته هو لمصلحة جميع الشركاء مدعين او مدعى عليهم[٢]

٣- **من حيث مدة التقادم** :- ففي سائر الدعاوى الاعتيادية نجد ان التقادم المسقط مانع من سماعها بالحق امام المحاكم[٣] اما في حالة دعوى القسمة فهي على خلاف ذلك فلا يمنع من سماعها مرور الزمان بالتقادم المسقط وذلك لانها غير قابلة للتجزئة فهي ترد على ملك وحق الملكية لا يسقط بالتقادم [٤]

٤- **من حيث طبيعة الاثر القانوني :-** ففي سائر الدعاوى والتي يكون موضوعها مثلاً المطالبة بدين في ذمة المتوفى فتقام الدعوى اضافة للتركة اما في دعاوى القسمة وتاثراً بطبيعتها القانونية ولما يترتب عليها من اثر كاشف فيعتبر فيها الشركاء مالكين منذ تاريخ وفاة المورث وعليه لا تقام الدعوى اضافة للتركة حيث يمكن ان يكتفى فيها بالقسام الشرعي الخاص بالورثة[٥]

٥- **من حيث تنفيذ الاحكام القضائية :-**ففي دعوى القسمة حيث ان الاحكام القضائية الصادرة بشأن ازالة الشيوع بالقسمة والمكتسبة الدرجة القطعية تنفذ من قبل قاضي محكمة البداءة ذاتها الذي قرر إزالة الشيوع حيث ياخذ قاضي المحكمة صفة المنفذ العدل ويقوم باجراء وضع اليد والاعلان عن المزايدة ثم الاحالة النهائية والى اخر الاجراءات التنفيذية المقتضاة لانهاء الشيوع[٦]اما في الدعاوى الاخر فيتم فيها تنفيذ تنفيذ الاحكام القضائية المكتسبة الدرجة القطعية لدى مديرية التنفيذ سواء اكانت الدائرة التي تقع ضمن سكن المدين ام لا تقع ضمن منطقة سكناه وذلك لان للدائن الذي بيده سند تنفيذي ان ينفذه لدى أي مديرية تنفيذ[٧] وقد نصت على ذلك المادة ٢٤ من قانون التنفيذ المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ بقولها : (لطالب التنفيذ ان يراجع اية مديرية تنفيذ واذا اقتضى الامر اتخاذ اجراءات خارج منطقة المديرية التي اودع فيها الحكم او المحرر التنفيذي فتنيب مديرية التنفيذ مديرية تلك المنطقة لاتخاذ تلك الاجراءات..)

---

(١) انظر بهذا المعنى الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المصدر السابق ص٣٣ .
(٢) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص١٨ .
(٣) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، هامش(١) ص١٥٤ .
(٤) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ص١٢١ .
(٥) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص١٨ .
(٦) الاستاذ القاضي سلمان محمد علي الطائي ، دعوى ازالة الشيوع بين التشريع والتطبيق ، بحث مقدم الى مجلس العدل في وزارة العدل ، بغداد ،١٩٩٢ ص٣٣ .
(٧) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام قانون التنفيذ ،ط١ ، مطبعة جامعة الموصل ،١٩٨٩ ،ص٩ ،ص٩ .

٦- **من حيث انقضاء الدعوى :-** في دعاوى القسمة لا تعتبر الدعوى منقضية الا بعد الاحالة النهائية وتسجيل المال باسم المشتري لدى الدوائر المختصة ، اما في سائر الدعاوى الاخر فتعتبر الدعوى منتهية بمجرد صدور القرار فيها وصيرورته حكماً نهائياً وذلك باكتسابه الدرجة القطعية وذلك اما باستنفاذ طرائق الطعن فيه او يمضي مدة الطعن عليه دون اجراء أي طعن او بتنازل من لهم الحق في الطعن بذلك الحكم [١]

٧- **من حيث مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة فيها :-** فمن حيث مصاريف الدعوى في سائر الدعاوى عدا دعوى القسمة فلا بد فيها من ان يقوم المدعي بدفع الرسم كاملاً عن الدعوى او ان يدفع نصف الرسم ويدفع النصف الباقي منه قبل النظر بالجلسة الاولى من جلسات مرافعاتها ، اما في دعوى القسمة فلابد فيها من دفع الرسم كاملاً كما يستوفى رسمٌ اضافي عند اجراء القسمة بيعاً وذلك بنسبة ٢ % من قيمة المبيع وذلك حسبما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة ٢٠ من قانون الرسوم العدلية المرقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ حيث نصت : (.. يستوفى بقية الرسم عند ازالة الشيوع بيعاً بنسبة ٢% من بدل البيع ويحسب ذلك على الشركاء كل بنسبة سهامه ..)

اما بالنسبة لاتعاب المحاماة ففي سائر الدعاوى عدا دعوى القسمة فتكون الاتعاب على المدعى عليه (اذا كان الطرف الخاسر للدعوى) ، اما في دعاوى القسمة فاتعاب المحاماة تكون فيها على جميع الشركاء مدعين ومدعى عليهم ذلك لان دعاوى القسمة لا يوجد فيها كاسب للدعوى او خاسر لها وانما نجد ان جميع الشركاء قد حققوا مصلحة لهم من انهاء ذلك الشيوع[٢]

الفرع الثاني
المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة وطرائق الطعن في الحكم الصادر فيها

اولاً : المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة والمرافعة فيها :-

أ- المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة :

لقد كانت محاكم الصلح في العراق هي المختصة بالنظر في دعاوى القسمة (دعاوى إزالة الشيوع) في العقار والمنقول ومهما بلغت قيمة كل منهما[٣] الا انه بعد ان ان الغيت محاكم الصلح وذلك بالفقرة (١) من المادة ٦٥ من قانون التنظيم القضائي المرقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ وبموجبه حلت محلها محاكم البداءة التي صارت تختص بالنظر في دعاوى القسمة فقد جاء في الفقرة (٢) من المادة ٣١ من قانون المرافعات

---

(١) انظر بهذا المعنى د. عوض احمد الزعبي ، المصدر السابق ، ص٨٠٦ .
(٢) الاستاذ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج٣ ،ط١ ، بغداد ، مطبعة بابل ، ١٩٧٧ ص٢٣١ .
(٣) الاستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ، ص٦٤ .

المدنية المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه : (تختص محكمة البداءة بدرجة اخيرة قابلة للتمييز بالنظر في دعوى ازالة الشيوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منها ..) وبحسب قواعد الاختصاص الوظيفي الذي يتصل بنوع الدعوى وقيمتها صارت محاكم البداءة هي المختصة بالنظر في دعاوى القسمة وذلك حسب قواعد الاختصاص التي تعتبر من النظام العام [١] ويقصد بقواعد الاختصاص تحديد الجهة القضائية التي خولها القانون سلطة الفصل في المنازعات وهي التي تحدد المنازعات التي تختص بنظرها محكمة من المحاكم[٢] واما في التشريع المصري فإنَّ اختصاص الفصل في دعاوى القسمة أيا كانت قيمة الدعوى هو من اختصاص المحاكم الجزئية[٣] . وعلى ذلك نصت المادة ٨٣٦ من القانون المدني المصري بقولها : (.. فعلى من يريد الخروج من الشيوع ان يكلف باقي الشركاء الحضور امام المحكمة الجزئية ..) الا ان ذلك يكون مقيدا بان ترد القسمة على انصبة الشركاء وتعيين خبيرا عند الاقتضاء لتكوين الحصص واجراء القسمة العينية بمعدل او بغير معدل وتقدير ذلك المعدل ان وجد وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب او بطريق الاقتراع واعطاء كل شريك نصيبه المفرز او باجراء قسمة التصفية ان لم تكن القسمة العينية ممكنة اما عدا ذلك من المنازعات التي تخرج عن نطاق اجراءات القسمة ومثالها تعيين حصة كل شريك في المال الشائع واصل ملكيته لهذه الحصة وكذلك ما يتعلق منها بتصرف الشريك في حصته وحلول المتصرف له في مكانه في دعوى القسمة وغيرها مما يدور حول القسمة ولا يدخل في صلب اجراءاتها[٤] ففي جميع تلك المنازعات يفرق بين ما إذا كانت قيمة تلك الدعاوى عشرة الاف جنيها او اقل وبين ما اذا كانت اكثر من عشرة الاف جنيها فان كانت عشرة الاف جنيها او اقل كانت من اختصاص المحكمة الجزئية اما ان كانت اكثر من ذلك فتكون من اختصاص المحكمة الابتدائية[٥] اما في التشريع اللبناني فتكون دعاوى قسمة العقار مهما كانت قيمته من اختصاص حاكم محكمة الصلح ايا كانت قيمة العقارحيث يقسمه القاضي قسمة عينية بالقرعة ان كان قابلا لها

---

(١) وبهذا الاتجاه سار القضاء العراقي وهو ما نجده ماثلاً في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية حيث جاء فيها : (ان مهمة محكمة البداءة تنحصرفي بيع الموجودات التي قررت إزالة شيوعها بيعاً دون التعرض الى محلات حفظ تلك الموجودات وحيث ان محكمة الاحوال الشخصية كانت قد قررت رفع المواد من تلك المحلات وطلبت من محكمة البداءة ذلك وتسليم المحلات الى الورثة وان محكمة البداءة التزمت هذا التوجيه رغم انها غير مختصة بتنفيذ قرارات محكمة الاحوال الشخصية .. وبذلك كان المقتضى على محكمة البداءة التقيد باختصاصها وصلاحياتها فقط دون الحلول محل محكمة اخرى تختلف عنها من حيث الاختصاص الوظيفي ..) ، القرار بالرقم ١٥٢ / حقوقية / ١٩٩٥ والصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/١١ ، غير منشور .

(٢) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص٤٤. او انها اهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون: انظر في ذلك الاستاذ منير القاضي، المصدر السابق؛ ص٦١.

(٣) المستشار احمد هبة ، موسوعة مبادئ النقض في المرافعات ، ط١،القاهرة ، دار غريب للطباعة ، عالم الكتب ، ١٩٨٦،ص١٥٤.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٩١٥.

(٥) الاستاذ عبد الوهاب عرفه ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .

والا فيبيعه ويقسم ثمنه بين الشركاء[١] واذا كانت الدعوى واردة على عقار حيث تقام الدعوى في محكمة البداءة التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها المكاني المحدد بحسب التقسيمات الادارية ومهما بلغت قيمة العقار[٢] .

فان كان العقار يقع مثلا في قضاء الاعظمية فان المحكمة المختصة بنظر دعواه ستكون محكمة بداءة الاعظمية كما تحدد المحكمة المختصة بمكان تسجيل ذلك العقار في دائرة التسجيل العقاري المختصة فان كان العقار يقع مثلا في جانب الكرخ ولكنه مسجل في مديرية التسجيل العقاري في البياع فان المحكمة المختصة بنظره ستكون عندئذ محكمة البداءة في البياع وليس في الكرخ[٣] فان تعددت تلك العقارات وتفرقت مناطق وجودها جاز عندئذ اقامة الدعوى امام محكمة محل احد العقارات اذا اتحد السبب والادعاء[٤] وفي ذلك نجد نص المادة ٣٦ من قانون المرافعات المدنية بقولها : (تقام الدعوى في محكمة محل العقار اذا تعلقت بحق عيني واذا تعددت العقارات جاز اقامة الدعوى في محل احداها) ، اما اذا تعلقت دعوى قسمه مال منقول فالمحكمة المختصة بنظر دعواه هي محكمة محل اقامة المدعى عليها او مركز معاملاته او في محل نشوء الالتزام او المحل المراد فيه تنفيذ الالتزام او المحل الذي اختاره الطرفان لاقامة الدعوى ، وفي حال تعدد المدعى عليهم جاز عندها اقامتة دعوى القسمة في محكمة محل اقامة احد المدعى عليهم وذلك اذا اتحد الادعاء[٥] وعلى ذلك نصت الفقرة الفقرة (١) من المادة ٣٧ من قانون المرافعات المدنية بالقول : (تقام دعوى الدين او المنقول في محكمة موطن المدعى عليه او مركز معاملاته او المحل الذي نشأ فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره الطرفان لاقامة الدعوى) كما نصت الفقرة (٢) منها على انه: (اذا تعدد المدعى عليهم او اتحد الادعاء او كان مترابطا تقام الدعوى في محل اقامة احدهم).

ب – المرافعة في دعوى القسمة :

بعد تقديم عريضة الدعوى الى القاضي الاول في المحكمة المختصة يتم تأشيرها واستيفاء الرسم عنها وتحديد موعد للمرافعة فيها ، ثم يتم اجراء التبليغات القضائية ومخاطبة الجهات ذات العلاقة كمديرية التسجيل العقاري وذلك في حال كون المال عقارا اما في حالة الاموال المنقولة فبالنسبة للسيارات تفاتح دوائر المرور المختصة لوضع اشارة عدم التصرف على قيدها اما بالنسبة للمكائن والمعدات الخاصة بالمعامل وغيرها فتفاتح المؤسسة العامة للتنمية الصناعية لغرض وضع اشارة عدم التصرف على قيدها اما بالنسبة للزوارق النهرية والجنائب فتفاتح دوائر وزارة النقل والمواصلات والموانئ لوضع اشارة عدم التصرف على قيد هذه الاموال والغرض من هذه الاجراءات هو لمنع التصرف في هذه الاموال باي تصرف قانوني

---

(١) الاستاذ فارس الخوري ، اصول المحاكمات الحقوقية دروس نظرية وعملية ، ط٢، عمان، الدار العربية للنشر والتوزيع ، ١٩٨٧،ص١٥٤ .
(٢) الاستاذ د. عباس العبودي ، المصدر السابق ص ١٠٦ .
(٣) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ٥٣ .
(٤) الاستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ص ٧٥ .
(٥) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ص ٦٢.

كـالبيع او الـرهن الا بعـد ورود اشـعار اخـر مـن المحكمـة التـي تنظـر الـدعوى وتحفظ صورة منه مع اوراق الدعوى ويشار الى ذلك في محضر ضبط الدعوى[١] .

وتثار مسألة وهي تبليغ باقي الورثة (المدعى عليهم) لاسيما حينما يكونون عدة شركاء وفي مناطق متباعدة فيتم تبليغهم بالطرائق الاعتيادية وحسب احكام التبليغات القضائية الواردة في قانون المرافعات المدنية وذلك للوقوف على دفوعهم وارائهم فقد يستغرق ذلك وقتا طويلا وبالتالي يؤدي الى تاخير حسم الدعوى مما يخل بالمبدأ القضائي في سرعة حسم الدعاوى لا سيما الواردة على انهاء الشيوع لذا فقد ظهر اتجاه يرى تبليغهم عن طريق الصحف المحلية على موعد المرافعة وعلى موعد الكشف الذي تقوم به المحكمة استثناء من احكام التبليغات القضائية كأن يقال في التبليغ (.. الى كافة الشركاء في القطعة المرقمة اوورثتهم الواردة اسماؤهم في صورة قيد العقار المذكور ..) [٢] .

وفي اليوم المحدد لنظر الدعوى تقوم المحكمة بالتحقق من صفات الخصوم كونهم حضروا بانفسهم او انهم قد وكلوا عنهم احد اقاربهم حتى الدرجة الرابعة والتحقق كذلك من وكالة المحامين ان وجدوا ثم التحقق من إتمام التبليغات القضائية ، بعدها تقوم المحكمة بملاحظة ورود صورة قيد الملك والخارطة من مديرية التسجيل العقاري المختصة وكذا ورود اشعار يؤيد عدم التصرف بعدها تقرر المحكمة اجراء الكشف الموقعي على العقار بواسطة الخبراء القضائيين لمعرفة كون الملك قابلا للقسمة ام غير قابلٍ لها فان تأيد للمحكمة بعد الاطلاع على سند العقار ان مساحته تقل عن ٢٠٠م٢ ففي هذه الحالة لا توجد ضرورة لاجراء الكشف الموقعي حيث ثبت للمحكمة من سند الملك أنه غير قابل للقسمة عندها تستمر المحكمة النظر بالدعوى وتصدر حكمها بازالة شيوع المال موضوع الدعوى[٣] .

ولغرض اتمام الفائدة فقد ارتأينا ان نورد نموذجا لمحضر الكشف الذي تجريه المحكمة لبيان كون العقار قابلا للقسمة ام انه غير قابل لها[٤] ولقد جرى العمل في المحاكم وبعد اجراء المرافعات تقرر اجراء الكشف الاول على العقار للتثبت من كونه قابلا للقسمة ام لا وحسب احكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٩٤٠ لسنة ١٩٨٧ لذا تستوفى اجور الكشف من المدعي او وكيله كما تكلفهما بتهيئة واسطة النقل لنقل هيئة المحكمة ووكيل المدعي والخبير القضائي فضلا عما في ذلك من تاخير لعمل هيئة المحكمة .. لذا فقد ظهر اتجاه يرى أنَّ يصار الى قيام المحكمة بمخاطبة مديرية التسجيل العقاري لاناطة المهمة بالخبراء من ذوي الاختصاص في تلك المديرية للقيام بهذه المهمة كونهم الافضل والاقدر من مهندسين ومساحين وهم من اصحاب الخبرة العملية في ذلك المجال ، ونحن نؤيد هذا الاتجاه كونه يقلل من التكاليف التي تتحملها المحكمة فضلا عن انه يختصر الوقت ويقلل من الروتين ويخفف الزخم عن هيئة

---

(١) الاستاذ المحامي هادي عزيز علي ، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية ، ج١، بغداد ،مطبعة الزمان ، ٢٠٠٠ ، ص٩٦ .
(٢) انظر بهذا الاتجاه الاستاذ القاضي سلمان محمد علي الطائي المصدر السابق ، ص٣٣.
(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ص٥٢٧.
(٤) انظر في ذلك الملحق الشكل رقم (١).

المحكمة للتفرغ لانجاز حسم الدعاوى باسرع وقت ممكن وايصال الحقوق الى اصحابها بايسر السبل واسرعها[١] وبعد ان تستمع المحكمة الى اقوال الطرفين ودفوعهم من خلال جلسات المرافعات ثم تدقق المحكمة الدعوى فان وجدتها صارت مهيأة لاصدار الحكم تقرر عندها ختام المرافعات ثم تصدر قرارها في ذات اليوم او في يوم اخر تحدده .

ولغرض اتمام الفائدة فلقد ارتأينا ان نعرض نموذج للقرار البدائي الذي قضى بازالة الشيوع[٢] .

ثانيا : طرائق الطعن في الحكم القضائي الصادر بدعوى القسمة :

لقد منح القانون للخصوم وسيلة للطعن في القرارات القضائية الصادرة نتيجة دعوى القسمة وذلك بهدف بعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين في حال شعورهم بعدم صحة القرار او بعدم صحة قسم منه ولقد استهدف القانون من تلك الوسيلة التوفيق بين مبدأين : اما المبدأ الاول فهو حجية الاحكام التي تثبت بمجرد صدور القرار ويستند ذلك الى قاعدة المصلحة العامة في ان يكون الحكم القضائي مستقرا واجب الاحترام ينفذ جبرا لتحقيق الا من في المجتمع وذلك عن طريق سيادة القانون لتوجيه وضبط اوجه النشاط الانساني المختلفة ..

واما المبدأ الثاني فهو ان الحكم القضائي هو نتاج فكري لانسان وهذا الانسان غير معصوم عن الهوى او الخطأ وبالتالي صارت الحقيقة القضائية قد لا تطابق الحقيقة الواقعية لذا نجد ان المشرع قد حدد انواع الطعن وصورها والحالات التي يمكن الطعن فيها ومن لهم الحق في ذلك[٣] .

ولقد حددت المادة ١٦٨ من قانون المرافعات المدنية لطرائق الطعن في الاحكام وذلك بقولها : (الطرائق القانونية للطعن في الاحكام هي :

١- الاعتراض على الحكم الغيابي .
٢- الاستئناف .
٣- اعادة المحاكمة .
٤- التمييز .
٥- تصحيح القرار التمييزي .
٦- اعتراض الغير .

الا ان القانون قد حدد للطاعن في دعوى القسمة طرائق لا يستطيع الطاعن ان يسلك غيرها[٤] وذلك بحسب صراحة نص المادة ٣١ مرافعات مدنية فقد نصت : (

---

(١) انظر بهذا الاتجاه المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ، ص٥٨ .
(٢) انظر في ذلك الملحق ، الشكل رقم (٢) .
(٣) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ص٤٦.
(٤) انظر في ذلك قرار لمحكمة التمييز في العراق والمرقم ٥٥/م/٢٠٠٣/٢ والمؤرخ في ٢٠٠٤/١/١٨ والذي جاء فيه ان الدعوى المقامة من دعاوي (ازالة الشيوع) لذا تكون محكمة الاستئناف التابعة لها محكمة البداءة التي اصدرت الحكم المميز هي المختصة بالنظر في الطعن التمييزي الواقع عليه عملا باحكام المواد ٢/٣١ و٢/٣٤ من قانون المرافعات المدنية لذا قرر احالة

تختص محكمة البداءة بدرجة اخيرة قابلة للتمييز بالنظر في .. الفقره (٢) دعوى إزالة الشيوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما) وكذلك ما جاء بنص المادة ٣٤ مرافعات مدنية فقد نصت (تختص محكمة الاستئناف بالنظر فيما ياتي : الفقرة (٢) في الطعن تمييزاً في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة اخيرة كافة) وعليه فللطاعن في دعوى القسمة ان يسلك فضلا عن الطعن بطريق اعتراض الغير واعادة المحاكمة ، فله ان يطعن بالحكم الصادر في دعوى القسمة بطرائق الطعن العادية فيها وهي اما ان تكون :

اولا : تمييز القرار لدى محكمة الاستئناف التابعة لها محكمة البداءة بصفتها التمييزية اذا كانت قيمة الدعوى تزيد عن الاف دينار ويكون ذلك بلائحة تقدم الى رئيس محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بواسطة قاضي محكمة البداءة وتكون مدة الطعن فيها عشرة ايام تبدا من اليوم التالي لصدور القرار البدائي اذا كان حضوريا[١] .

ثانيا : فاما اذا كان القرار غيابيا فللخصم المحكوم عليه ان يطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي وذلك لاعادة النظر بالنزاع المحكوم غيابيا امام نفس المحكمة التي اصدرت القرار وذلك لتعديله او ابطاله او تاييده علما ان للخصم المحكوم غيابيا ان يلجأ الى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية مباشرة وبذا يكون قد تنازل عن حقه في الاعتراض على القرار الغيابي . وتكون مدة الاعتراض على القرار الغيابي عشرة ايام ايضا ولكنها تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الغيابي[٢] .

ثالثا : اما بشأن القرارات التنفيذية التي يتخذها قاضي محكمة البداءة بصفته منفذ عدل فمن المعلوم ان تلك القرارات ذات الطبيعة التنفيذية هي لا تهدف في حقيقة الامر الى حسم الدعوى ولاترتب حقاً لاحد الشركاء وانما الهدف منها هو اتمام المعاملة للوصول بالحكم القاضي بازالة الشيوع الى القسمة او البيع[٣] .

وبحسب نص المادة ١١٨ من قانون التنفيذ المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ التي تنص على : (يكون قرار المنفذ العدل قابلا للطعن فيه عن طريق اولا : التظلم من القرار. ثانيا : التمييز) .

ففي حالة التظلم من قرار المنفذ العدل (قاضي محكمة البداءة) يكون ذلك بعريضة يقدمها المتظلم ويبين فيها اسباب تظلمه من القرار المتظلم منه واسانيده القانونية في ذلك ويكون ذلك خلال ٣ ايام من اليوم التالي للتبليغ لاحتمال رجوعه عن

عريضة الطعن مع اضبارة الدعوى الى محكمة استئناف منطقة (النجف) بصفتها التمييزية للنظر فيه من قبلها حسب الاختصاص : القرار غير منشور.

(١) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المصدر السابق ص ٣٨١ .

(٢) الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ص ٢٣٩ .

(٣) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ٧٢ .

قراره ويكون على المنفذ العدل ان يبت في ذلك التظلم خلال ٣ ايام من تاريخ تقديم الطلب اليه ، وللمنفذ العدل في ذلك اما تاييد قراره المتظلم منه او تعديله او ابطاله[١] واما في حالة التمييز فلقد اجاز القانون للمتقاسمين ان يطعنوا تمييزا مباشرة دون المرور بطريق التظلم كما ان لهم ان يميزوا القرار بعد نتيجة التظلم ويكون الطعن تمييزا بعريضة يقدمها الطاعن الى محكمة استئناف المنطقة التي يقع ضمن دائرة اختصاصها المحكمة المميز قرارها ويكون ذلك خلال مدة سبعة ايام اعتبارا من اليوم التالي لتبليغ القرار[٢].

المطلب الثاني
الاجراءات التنفيذية اللازمة لدعوى القسمة ومصاريفها

سنقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتناول في الفرع الاول منهما الاجراءات التنفيذية اللازمة للقسمة ، ولما كانت تلك الاجراءات التنفيذية اللازمة للقسمة في حالة العقار تختلف عن الاجراءات التنفيذية اللازمة لقسمة المال المنقول لذا فسنقسم هذا الفرع الى ثلاث فقرات حيث سنتناول في الفقرة الاولى منه الاجراءات التنفيذية اللازمة لقسمة العقار وفي الفقرة الثانية منه نتناول فيه الاجراءات التنفيذية اللازمة لقسمة المنقول واما في الفقرة الثالثة منه فسنتناول فيه الممنوعين من الاشتراك في المزايدات في العقار او المنقول .

واما في الفرع الثاني من هذا المطلب فسنتناول فيه المصاريف اللازمة لدعوى القسمة .

الفرع الاول
الاجراءات التنفيذية اللازمة للقسمة في العقار والمنقول

تمر دعوى ازالة الشيوع بالقسمة سواء أكانت قسمة عينية ام قسمة تصفية بمرحلتين، اما الاولى : فتبدأ من تاريخ رفع الدعوى امام القضاء وحتى صدور الحكم فيها وفي هذه المرحلة نجد ان الدعوى لا تختلف عن سائر الدعاوى الاخر.

واما المرحلة الثانية فتبدأ من تاريخ اكتساب الحكم الصادر بدعوى القسمة درجة البتات وذلك بمضي مدة الطعن القانونية عليه دون وقوع الطعن او بوقوع الطعن وتصديقه من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية او بتنازل الخصوم امام المحكمة عن الطعن عندها تبدأ الاجراءات التنفيذية حيث يأخذ قاضي محكمة البداءة صفة المنفذ العدل وتكون كافة الاجراءات التي يتخذها القاضي اجراءات تنفيذية بحتة الا ان ذلك

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص ١٤ .
(٢) الاستاذ مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية ، بغداد ، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل ، ١٩٩٢ ص ٣٢ .

كله منوط بتقديم المدعي طلبا الى المحكمة يطلب منها فيه المباشرة بتلك الاجراءات التنفيذية[١]

ولوجود بعض الاختلاف في الاجراءات التنفيذية الخاصة بقسمة العقار عن الاجراءات التنفيذية الخاصة بقسمة المنقول كما ان هناك طوائف ممنوعين من الاشتراك في المزايدات الجارية لقسمة العقار او المنقول لذا فقد وجدنا ان من المناسب ان نتطرق لكل منهما مستقلا عن الاخر ....

اولا : الاجراءات التنفيذية الخاصة بقسمة العقار :

تبدأ تلك الاجراءات بعد قيام المدعي (او المدعين) بتقديم طلب الى القاضي الاول في المحكمة المختصة يطلبون فيه المباشرة باتخاذ الاجراءات التنفيذية ووضع اليد على العقار الموصوف وذلك لاكتساب الحكم الدرجة القطعية .. وبناء على ذلك تتم المباشرة باتخاذ تلك الاجراءات وكالاتي :

١-وضع اليد ويكون باتخاذ المحكمة قراراً بوضع اليد على ذلك العقار ويقصد بمصطلح وضع اليد هو الكشف الثاني الذي تقوم به المحكمة وذلك للوقوف على حالة العقار وتقدير قيمته[٢] ويكون ذلك بصحبة كل من القاضي والمعاون القضائي والمهندس المختص والخبير القضائي والشركاء والمدعي ووكلائهم[٣] . والحكمة من تقرير وضع اليد هي ليكون اساس لحل كافة الاشكالات والاعتراضات التي قد تظهر لاحقا بشأن زوائد العقار وتوابعه بعد البيع هذا من جهة ومن جهة اخرى فإنَّ الاعلان عن المزايدة الذي ينشر في الصحيفة ينظم على ضوء ذلك المحضر وذلك كي يكون الراغبون بالشراء على علم كاف بحالة العقار وقيمته ويقوم الخبير القضائي بتنظيم تقرير يبين فيه نوع العقار ورقمه واوصافة الكاملة وحدوده ودرجة عمرانه وبيان مشتملاته ومساحته وتقدير قيمته[٤] ارضا وبناء كما يبين ايجاره وواردااته السنوية وعدد الاشجار فيه

---

(١) الاستاذ القاضي سلمان محمد علي الطائي ، المصدر السابق ص ٣٧ وانظر بذات الاتجاه ايضا في التشريعين المصري واللبناني : د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون اصول المحاكمات اللبناني ، ط٣ ، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٤،ص، ٥٢٤.

(٢) انظر في هذا المعنى الاستاذ عبود صالح مهدي التميمي ، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، ط١، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

(٣) انظر في ذلك الملحق الشكل رقم (٣)

(٤) وفي هذا الاتجاه نجد المبدأ القانوني الذي قررته محكمة التمييز في العراق والمرقم ٩٦٩/م٧٦/٤ في ٧٦/١١/٢٣ الذي جاء فيه : (ان بيع العقار المزال شيوعه يتم على ضوء القيمة التي تقدرها المحكمة عند وضعها اليد على العقار لاعلى اساس القيمة التي قدرتها لغرض استيفاء رسم الدعوى) : مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ص٤٤٩

وانواعها ان كان فيه كما تقف المحكمة من خلال ذلك الكشف على رغبة الشاغلين في العقار ان كانوا يريدون البقاء فيه حيث نصت الفقرة (١) من المادة ١٥ من قانون ايجار العقار المرقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على انه : (لايجبر المالك او الشريك الذي يشغل العقار اذا بيع قضاء او بواسطة أي جهة مختصة اخرى على تخليته اذا رغب الاستمرار على شغله بصفة مستاجر وفق احكام هذا القانون[١] .

٢- تنظيم قائمة المزايدة : بعد ان تتم عملية وضع اليد على ذلك المال المراد ازالة شيوعه ، يقوم المنفذ العدل (قاضي المحكمة) بتنظيم قائمة المزايدة للعقار حيث يثبت فيها اسم الدائن واسم مدينة ووصف العقار وموقعه وحالته وقيمته التي سبق ان دونت في محضر وضع اليد ، ويتم املاء جميع تلك المعلومات في نموذج خاص بتلك القائمة الصادرة عن وزارة العدل رئاسة دائرة التنفيذ[٢]. ولغرض اتمام الفائدة فقد وجدنا ان من الضروري ان نعرض نموذجاً لقائمة مزايدة الذي اعدته رئاسة دائرة التنفيذ[٣] .

٣- الاعلان عن المزايدة : وبعد ان يتم املاء ذلك النموذج وحفظة في اضبارة الدعوى يتم الاعلان عن المزايدة وذلك في صحيفة يومية واحدة اواكثر وحسب اهمية العقار ، فاذا نشر في اكثر من صحيفة فلا بد من ان يكون يوم النشر واحداً وذلك لان تاريخ اجراء المزايدة يكون بعد مرور ثلاثين يوما من اليوم التالي لنشر الاعلان كما ان بامكان المحكمة ان تعلن عن بيع العقار في واجهة المحكمة او في لوحة الاعلانات الخاصة في المحكمة ، شريطة ان يكون ذلك الاعلان موقعا من قبل القاضي ومختوما بختم المحكمة فضلا عن امكانية الاعلان عن ذلك العقار بوضع لافته في واجهته ولابد من ان يتضمن ذلك الاعلان جملة من البيانات الضرورية كاوصاف العقار ومساحته ودرجة عمرانه ومشتملاته وقيمته واسماء الشاغلين فيه مع استصحاب الراغب للشراء التأمينات القانونية البالغة ١٠% من القيمة التقديرية للعقار بقيمته اثناء وضع اليد عليه فان كان الراغب للشراء احد الشركاء فيعفى من التأمينات ان كانت حصته تعادل ١٠% فان كانت حصته تقل عن ذلك فعليه دفع مبلغ التامينات كاملاً[٤] ويكون ذلك المبلغ مسحوبا بصك مصدق من احد المصارف باسم المحكمة ، وقد يحدث ان يقع خطأ في احد تلك البيانات وهنا لابد من ان نفرق بين حالتين :

---

(١) ونجد في هذا الاتجاه المبدأ الذي قررته محكمة التمييز في العراق وذلك في القرار المرقم ٤٤٧/ مدنية اولى /١٩٨٩ في ١٩٩٠/٢/١١ الذي جاء فيه : (اذا كانت الدار قد ازيل شيوعها قضاءا وتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختصة باسم المشتري فان الشريكة التي وافقت على تخلية الدار في محضر وضع اليد عند البيع لا يحق لها الاستمرار في الاشغال وتلزم بتسليم الدار الى المشتري): مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج٤، بغداد ، مطبعة الزمان ، ٢٠٠٠ ص ٩١ .

(٢) الاستاذ القاضي سلمان محمد علي الطائي ، المصدر السابق ص٤٠ .

(٣) انظر في ذلك الملحق ، الشكل رقم (٤) .

(٤) الاستاذ عبود صالح مهدي التميمي ، المصدر السابق ص١٨٣ .

الحالة الاولى : ان يكون الخطأ بسيطا وليس جوهريا بمعنى انه لا يؤثر على سير الاجراءات الخاصة ببيع العقار بالمزايدة ففي مثل هذه الحالة لا تكون هناك حاجة لاعادة النشر .

واما الحالة الثانية : وهي التي يكون فيها الخطأ جوهريا بمعنى انه سيؤثر على الاجراءات الخاصة بالمزايدة ، فاذا اكتشف امره قبل انقضاء مدة المزايدة يمكن ان يجرى تصحيح ذلك الاعلان حيث يتم تلافي ذلك الخطأ عن طريق نشر اعلان التصحيح في الصحيفة نفسها وعندها يتم حساب مدة الاعلان من تاريخ نشر اعلان التصحيح وفي حالة عدم اكتشاف ذلك الخطأ الجوهري الا بعد انقضاء مدة الاعلان عندها يتم اجراء اعلان جديد لذلك العقار ويتم حساب مدة اعلان من تاريخ نشر الاعلان الجديد[١] .

ولغرض اتمام الفائدة فقد ارتأينا ان من المناسب ان نورد نموذجا لذلك الاعلان الذي ينشر في الصحف[٢] وبعد ان يتم نشر الاعلان في الصحيفة عندها تعتبر المزايدة مفتوحة وذلك من اليوم التالي لتاريخ نشر الاعلان في تلك الصحيفة ولمدة ثلاثين يوما ويحق للراغب بالشراء مراجعة المحكمة لابداء رغبته بالشراء مشفوعة بايداع مبلغ ١٠% من القيمة التقديرية للعقار وذلك كتامينات والحكمة من هذه التامينات هي تجنب الاصرار المحتمل وقوعها جراء النكول عن الشراء وكذلك لبيان جدية المزايد وعلى ان يسجل اسمه الثلاثي ولقبه وعنوانه في قائمة المزايدة ولابد من تتثبت المحكمة من اهلية المزايد كونه غير ممنوع من الاشتراك في المزايدة او انه غير ممنوع من تملك العقارات في العراق كما هو الحال بالنسبة للاجانب ، كما يلزم المزايد بذكر صفته في المزايدة كونه اصيلا يريد شراء العقار لنفسه او وكيلا عن الراغب في الشراء او قيما وكذلك التثبت من كون المزايد كامل الاهلية[٣] وفي الساعة الثانية عشر ظهرا من اليوم الثلاثين للاعلان حيث ينادي المنادي في المحكمة ثلاث مرات وتباشر المحكمة باجراء المزايدة وبعد ان تتم المناداة عن الملك واوصافه وحسبما جاء في ذلك الاعلان ويتم فتح المزايدة بما يعادل ٧٠% من القيمة التقديرية للعقار وتقبل طلبات الشراء علنا ويثبت في قائمة المزايدة اسم كل من يرغب بالشراء وبالسعر الذي قدمه وبعد المباشرة باجراء المزايدة وتقديم العطاءات تقرر المحكمة الاحالة القطعية [٤] على المزايد الاخير ويعتبر العرض الذي لا يزاد عليه خلال خمس دقائق هو نهاية المزايدة .

وفي قسمة العقار حيث تقبل المحكمة اجراء عملية الضم (كسر القرار) فاذا توفي المشتري خلال مدة الضم وحصل ضم على البدل الذي كان قد قدمه فيعتبر المتوفى كانه منسحب من المزايدة ، اما اذا لم يحدث الضم وتوفي المشتري بعد الاحالة

---

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ١٠٤ .
(٢) انظر في ذلك الملحق ، الشكل رقم (٥) .
(٣) انظر الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ص ٢٥٦ .
(٤) انظر في ذلك الملحق، الشكل رقم (٦) .

القطعية وقبل الاحالة النهائية فيسجل العقار باسم المتوفى ويكون من ضمن التركة ، اما اذا توفي بعد الاحالة النهائية فيسجل عندها العقار باسم الشركاء وحسب القسام الشرعي[١] وتجري عملية الضم بان يقدم الراغب بالشراء ما يعادل ٥% من بدل المزايدة الاخيرة وخلال مدة ثلاثة ايام هي مدة الضم تبدأ من اليوم التالي للاحالة القطعية فعند وقوع الضم خلال تلك المدة يتم نشر الاعلان من جديد ولمدة ثلاثة ايام وعند اجراء المزايدة تحال لاعلى مزايد وعندها تصبح احالة نهائية[٢] ويعتبر المشتري مالكا للعقار من تأريخ تسجيله باسمه[٣] .

والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ، هل يستطيع المشتري اجراء التصرفات القانونية على العقار كالبيع او التنازل بعد رسو المزاد عليه وقبل تسجيله باسمه عن طريق اشعار المحكمة لدائرة التسجيل العقاري بذلك ؟

ان من المتفق عليه فقها وقانونا وقضاء ان المشتري يستطيع ان يتصرف بالعقار وذلك برسو العقار عليه نتيجة المزايدة بالاحالة النهائية ودفعه بدل المزايدة قبل تسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري المختصة[٤] . وبذلك نصت المادة ٨٩ من القانون المدني العراقي بقولها : (لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة) ومعنى ذلك ان العقد يتم والملكية تنتقل الى المشتري من تاريخ رسو المزايدة وبهذا الاتجاه نجد حكما لمحكمة تمييز العراق والمرقم ١٨١٨/هيئة عامة اولى/ ١٩٧١ الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٤/٨ الذي جاء فيه (اذا بيع العقار بالمزايدة الجارية من قبل القضاء او التنفيذ او الادارة يعتبر باتا ومستوفيا شروطه وملزما للطرفين وتنتقل ملكية المبيع برسو المزايدة بغض النظر عن تأريخ دفع البدل اما وجوب التسجيل العقاري فيخص البيوع الرضائية ولا يشمل البيع بالمزايدة الرسمية) [٥] .

وعليه فالمشتري يستطيع ان يتصرف في العقار بكافة التصرفات الجائزة قانونا كالبيع او التنازل وغيره .

الا اننا نجد ان الجاري عليه العمل لدى البعض من المحاكم انها تمنع من اجراء التصرفات القانونية على ذلك العقار الا بعد تسجيله لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة ونحن لا نتفق مع هذا الاتجاه ، ذلك لانه يمثل مخالفة صريحة لنصوص القوانين فضلا عن مخالفته لقرارات القضاء سابقة الذكر .. كما يؤدي الى مضاعفة

---

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ١١٣ .
(٢) انظر في ذلك الملحق الشكل رقم (٧) .
(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ص ٥٤١ .
(٤) الا اننا نجد بعكس هذا الاتجاه قرارا لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية الذي تمنع فيه الشركاء من التصرف في العقار المزال شيوعه حتى تستكمل كافة الاجراءات التنفيذية وصولا الى تسجيل الحكم بازالة الشيوع في الدوائر المختصة وفي هذا السياق جاء المبدأ القضائي في قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية والمرقم ٣٨٦/تنفيذ عدلية/١٩٨٣ في ١٩٨٣/٦/٣٠ ولقد تقرر فيه المبدأ القضائي الاتي: (لا يجوز التصرف في العقار من قبل الشركاء او احدهم في العقار الذي صدر الحكم بازالة شيوعه من قبل المحكمة المختصة) : القرار منشور في مجلة الحقوقي، بغداد، اتحاد الحقوقيين العراقيين ، الاعداد ١و٢و٣و٤ لسنة ١٥، ١٩٨٣ ، ص ٢٧١ .
(٥) النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ ص ٨٣ .

الروتين الذي يواجه المشتري واضاعة جهوده لاسيما اذا كانت مرتبطة بتحقيق فرص الارباح للمشتري ..

كما ان على المزايد ان يسدد بدل العقار خلال ١٥ يوما من تاريخ الاحالة النهائية والا يعتبر ناكلا مالم يقدم معذرة مشروعة ، فاذا لم يقدم معذرة مشروعة واعتبر ناكلا فانه يضمن الفرق بين البدلين ويستحصل من تاميناته فان لم تكفِ فمن امواله الاخرى ، فان قام بتسديد بدل المزايدة خلال ١٥ يوما من تاريخ الاحالة النهائية وكذلك رسوم التسجيل العقاري ومصاريفه يكون على المحكمة عندها تسجيل العقار باسمه خلال ٣٠ يوما من تاريخ التسديد عملا بصراحة نص المادة ١٠٤ من قانون التنفيذ حيث نصت: (للمشتري طلب فسخ المزايدة بطلب يتقدم به الى المنفذ العدل اذا لم يسجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري خلال ثلاثين يوما من تاريخ دفعه رسوم التسجيل ومصاريفه) كما تلزم المحكمة بتسليم العقار الى المشتري خاليا من الشواغل خلال ٣٠ يوما من تاريخ التسجيل فان اظهر احد الشاغلين رغبته في البقاء في العقار وثبت ذلك في محضر وضع اليد حق له البقاء في شغل العقار حتى وان كان هو الشريك الذي طلب ازالة شيوع العقار بيعا[١] .

واذا لم يتقدم احد للمزايدة او لم يبلغ بدل العقار اكثر من ٨٠% من القيمة المقدرة للعقار ففي مثل هذه الحالة لا يتم احالة العقار وانما يصار الى تمديد المزايدة لمدة خمسة عشر يوما فاذا بلغ البدل بنتيجة المزايدة ٧٠ % تتم عندها الاحالة اما اذا لم يبلغ بدل العقار ٧٠% من قيمته التقديرية عندها يصار الى اعادة تقدير العقار مجددا مع ملاحظة ان جميع تلك الاجراءات اذا استمرت لفترة لا تزيد على ستة اشهر فيتم عندها اعادة المزايدة باعلان جديد لمدة خمسة عشر يوما اما اذا تأخرت جميع تلك الاجراءات لفترة اكثر من ستة اشهر فعندها تعتبر جميع تلك الاجراءات ملغاة ويجرى عندها وضع اليد مجددا على العقار ثم يعلن عن بيعه مجددا ولمدة ثلاثين يوما تبدا من اليوم التالي لنشر الاعلان[٢]

ثانيا : الاجراءات التنفيذية الخاصة بقسمة المنقول :

تبدأ تلك الاجراءات بعد اكتساب الحكم القاضي بازالة الشيوع بيعا درجة البتات حيث يأخذ القاضي عندها صفة المنفذ العدل ثم تقوم المحكمة بالاعلان عن بيع المال المنقول في صحيفتين محليتين يوميتين (على الوجه المذكور في بيع العقار) كما تعلق نسخة من ذلك الاعلان في محل وجوده وكذلك في محل بيعه وفي المحكمة ..

فان كانت قيمة المنقول زهيدة بحيث لا تتحمل نفقات الاعلان فيكتفى بتعليق نسخة من الاعلان بدون نشر في لوحة الاعلانات في بناية المحكمة[٣] او في محل وجود المال ويجب ان لا تقل المدة بين نشر الاعلان وبين المزايدة على ثلاثة ايام ولا تزيد على ثلاثين يوماً. ثم يقوم المنفذ العدل (قاضي محكمة البداءة) اخذاً بنظر الاعتبار

---

(١) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ص ٢٧٦ .
(٢) الاستاذ عبود صالح مهدي التميمي ، المصدر السابق ص١٨٥ .
(٣) الاستاذ عبد القادر القيسي ، كيف تقيم الدعوى بنفسك ، بغداد، مطبعة التمدن ، وزارة المعارف ، ص١٣٦.

طبيعة المال المنقول وذلك لان من مصلحة الشركاء اشتراك اكبر عدد ممكن من المزايدين على امل ان يباع المال باعلى سعر ممكن ، على ان يودع كل مزايد مبلغ قدره ١٠% من قيمة بيع المنقول لتجنب حالات النكول عن الشراء[١] وفي اليوم والساعة المحددة للمزايدة حيث تبدأ بواسطة احد الدلالين بالمناداة لقبول الضم ، وتفتح المزايدة بما يعادل ٦٠% من القيمة التقديرية للمنقول فاذا بلغ بدل المزايدة ٧٠% من القيمة التقديرية للمال المنقول ومضت على ذلك العرض خمس دقائق ولم يُزَد عليه عندها يعتبر ذلك العرض باتا الا اننا نجد ان بيع المنقول وعلى خلاف الحال في بيع العقار حيث انه لا يتضمن امكانية كسر القرار الموجود في حالة بيع العقار فاذا لم يبلغ بدل المزايدة ٧٠% من القيمة التقديرية للمال عندها يتم اعادة تقديره من جديد مع الاعلان فاذا بلغ ٦٠% من القيمة التقديرية فيتم بيعه فان كانت طبيعة المنقول من الاموال السريعة التلف التي لا تتحمل الخزن والحفظ كالفواكه والخضراوات او الاسماك فيتم عندها بيعه الى الحاضرين بالسعر الذي يصل اليه ، وبعد تسديد المشتري بدل المزايدة مع المصاريف المقتضاة فيسلم اليه المنقول مع اشعار الدوائر ذات العلاقة بذلك[٢] . ومن ذلك تسجيل المنقول بأسم المشتري فان كان المشتري هو احد الشركاء فيجرى طرح ما يعادل سهامه من بدل المزايدة ويكلف بتسديد الباقي الى المتقاسمين ثم يتم تقسيم صافي ثمن بدل المزايدة على الشركاء لكل شريك بنسبة استحقاقه وذلك بعد طرح مصاريف الدعوى والمزايدة واتعاب المحاماة ثم تسلم تلك المبالغ الى المتقاسمين ويوقعون على استلامهم امام القاضي حيث يتم التصديق على الاستلام فان كان بين الشركاء من هو قاصر وجب عندها ارسال حصته الى مديرية رعاية القاصرين المختصة وبهذا الاتجاه سار القضاء العراقي ممثلا في حكم لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٧٥/ حقوقية / ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٢٣ الذي قضت فيه : (ان القرار المميز الصادر من محكمة بداءة المقدادية القاضي بازالة شيوع المغروسات على القطعة ٢٤/١٥٧ منصورية الجبل بيعا وتوزيع الثمن على الشركاء كل حسب سهامه على ان يودع ما يصيب القاصر لدى مديرية رعاية القاصرين)[٣] .

ثالثا : الممنوعون من الاشتراك في المزايدات :

ان من متممات دعوى القسمة وذلك لازالة شيوع المال عقارا كان ام منقولا ان تجرى المزايدة وذلك للسماح لاكبر عدد ممكن من الجمهور لابداء رغبتهم في المزايدة والشراء لتحقيق اكبر قدر ممكن من المنافع للمتقاسمين ومن جانب اخر نجد ان هناك اصنافاً يتم منعها من الاشتراك في تلك المزايدات وذلك اما لدفع الشبهات عن موظفي الدولة او لاعتبارات معينة تتعلق بالمصلحة العامة والخشية من الاستغلال او من اساءة استعمال السلطة ومن هذه الاصناف :

١- القاضي (المنفذ العدل) وازواجه واقاربه حتى الدرجة الرابعة فقد منعوا من الاشتراك في المزايدة سواء بشكل مباشر او غير مباشر كما يشمل المنع

---

(١) الاستاذ علي مظفر حافظ ، شرح قانون التنفيذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ ، بغداد ، مطبعة العاني ،١٩٧٤ ، ص٢٤٤ .

(٢) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ٤٠ .

(٣) القرار غير منشور .

موظفي تلك المحكمة ايضا فاشتراك أي من هؤلاء في المزايدة يعتبر باطلا من الناحية القانونية.

٢- الوكلاء (وكذلك الاوصياء والقوام ومديرو الشركات ومن في حكمهم السماسرة والخبراء) فليس لهم ان يشتركوا في المزايدة سواء اكان اشتراكهم اصالة عن انفسهم ام وكالةً عن غيرهم حتى لو كان ذلك باسم مستعار الا اذا اجازه له المالك ذلك[١] .

٣- الناكلون هم المشترون الذين احيل اليهم المال إلا انهم نكلوا عن الشراء ولم يسددوا بدل المزايدة رغم امهالهم اسبوعين وعدم تقديمهم معذرة مشروعة للتسديد حيث يحرمون من الاشتراك في المزايدة كعقوبة لهم جراء نكولهم فاذا بيع المال بثمن اعلى مما كان قد عرضه المشتري الناكل فهو لا يستفيد من الزيادة الحاصلة في البيع الثاني والسبب في منعهم من الاشتراك في المزايدة بعد النكول هو خشية من رفعة الثمن مع عدم جديته في الشراء وخصوصا انه كان قد نكل عن الشراء في المزايدة السابقة[٢] .

٤- عديمو الاهلية في الشراء ومنهم القاصرون حيث لا يحق لهم الاشتراك في مثل تلك المزايدات الا اذا كانوا مأذونين بممارسة التجارة او انهم قد اكملوا الخامسة عشر وتزوجوا باذن من المحكمة (الاهلية القضائية) .

٥- الاجانب (بالنسبة لتملك العقار في العراق) الا من اجازله القانون العراقي تملك العقارات في العراق .

٦- صاحب العقار المحجوز والمراد بيعه[٣] .

الفرع الثاني
مصاريف دعوى القسمة واتعاب المحاماة فيها

اولا: مصاريف دعوى القسمة :-

ان كل دعوى تقام امام القضاء لابد لها من مصاريف ، ومصاريف الدعوى هي كل المصاريف التي يلزم القانون دفعها من اجل اقامة الدعوى والسير بإجراءاتها لذا فهي تحسب من تاريخ اقامة الدعوى وذلك عند تاشير القاضي على عريضة الدعوى ورسوم التبليغات والانذارات واثمان الطوابع واجور الخبراء القضائيين والمترجمين ونفقات الشهود واجور الكشف والمعاينة وكذلك رسم التمييز ومصاريف الدعوى المستعجلة ومصاريف الحجز الاحتياطي واي مبلغ اخر يدفع لاغراض السير في الدعوى[٤] .

---

(١) د. احمد ابو الوفا ، المصدر السابق ص ٥٢١ .
(٢) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ١١٦ .
(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص٢٢٢ .
(٤) الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠ .

ويتم الاشارة الى تلك المصاريف في صلب القرار الصادر عن المحكمة ويثبت تفصيل تلك المصاريف من قبل المعاون القضائي في المحكمة وذلك في ظهر القرار (الاعلام) ويتم دفع المصاريف من قبل المدعي او المدعين وتقسم بعد انتهاء الدعوى بين جميع الشركاء كل حسب حصته من بدل المبيع في الاحالة النهائية ، ويكون بامكان الخصم التشكي لدى القاضي في حالة عدم ذكر احد تلك المصاريف حيث تخضع لطرائق الطعن كبقية فقرات الحكم[١] .

وفيما يخص بعض المصاريف كالرسم فقد نصت عليه الفقرة (١) من المادة ٢٠ من قانون الرسوم العدلية المرقم ١١٤ لسنة ١٩٨١:

أ- يستوفى ابتداء رسم مقداره الف دينار عند اقامه دعوى ازالة الشيوع للعقار او المنقول .

ب-يستوفى بقية الرسم عند ازالة الشيوع بيعا بنسبة اثنين من المائة من بدل البيع ويحسب ذلك على الشركاء كل بنسبة سهامه .

ج- يستوفي بقية الرسم عند ازالة الشيوع قسمه بنسبة اثنين من المائة من الشركاء كل بنسبة سهامه على اساس القيمه المقدرة لها عند القسمة.

فيما حددت الفقرة (٢) من ذات المادة للرسم المدفوع عن حالة ابطال دعوى القسمة قبل صدور الحكم وذلك بقولها :

(اذا ابطلت دعوى ازالة الشيوع قبل صدور الحكم او جرت المصالحة بين الشركاء اثناء المرافعة او عند اجراء المعاملات التنفيذية او صرف الشركاء النظر عن إتمام هذه المعاملات فيكتفى بالرسم المدفوع ابتداء)

ويحسب للمدعي ما دفعه من الرسم منذ إقامة الدعوى[٢] ويكون على كل شريك من الشركاء (المدعين) ان يدفع من المصاريف بقدر نسبة حصته من المال الشائع سواء اكانت تلك القسمة عينية ام قسمه تصفية وسواء اجريت القسمة رضاء ام قضاء ، الا انها في قسمة القضاء تكون على الشريك الطالب للقسمة فان انجزت تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فان لم تتم القسمة تكون على الشريك الطالب للقسمة[٣] .

وتكون المحكمة التي قضت بدعوى القسمة هي المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عن المطالبة بمصاريف دعوى القسمة[٤] . وذلك عملا باحكام المادة ٤٠ من قانون المرافعات المدنية حيث نص : (تقام الدعوى بمصاريف الدعوى واتعاب المحاماة امام المحكمة التي قضت في اساس الدعوى ولو لم تدخل اصلا في اختصاصها او صلاحيتها وذلك باستثناء محاكم الجزاء والاستئناف والتمييز)

ولغرض اتمام الفائدة وجدنا انه لابد من بيان قائمة المصاريف وتفصيلاتها التي تثبت غالباً على ظهر القرار (الاعلام) [٥]

---

(١) الاستاذ د. سعدون ناجي القشطيني ، المصدر السابق ص ٣٠٥ .
(٢) الاستاذ ضياء شيت خطاب ، المصدر السابق ص ١٥٧ .
(٣)الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ص ٤٦٥ .
(٤) الاستاذ مدحت المحمود ، المصدر السابق ص ٦٥ .
(٥) انظر في ذلك الملحق ، الشكل رقم (٨) .

ثانيا : اتعاب المحاماة في دعوى القسمة

اما بالنسبة لاتعاب المحاماة فيحكم بها بنسبة ١٠% من قيمة المحكوم به من حصة موكله عند البيع على ان لا تزيد على خمسين الف دينار[١] ومع ان هذه الاتعاب تحسب على اساس نسبة سهام الموكل الا ان جميع الشركاء يتحملونها في النهاية كل منهم بنسبة حصته من المال الشائع حيث تستقطع من بدل البيع الذي رست به الاحالة القطعية في المزايدة ، اما بالنسبة لوكيل المدعى عليه او عليهم فلا تحكم له المحكمة باي اتعاب وذلك لانه وكيل الطرف الذي خسر الدعوى لذا يتقاضى اتعابه من موكله وحسب الاتفاق المبرم بينهما ذلك ان هذه الاتعاب لا يتحملها معه باقي الشركاء[٢] .

كما ان للمحامي ان يتقاضى اتعابا اخر من موكله اضافة الى اتعابه التي نص عليها القانون والبالغة ١٠% من قيمة المحكوم به لمولكه . ويحق للمحامي وبموجب الاتفاق المبرم بين الطرفين وبما لا يتجاوز عن ٢٠% من قيمة المحكوم به وحسبما جاءت به احكام الفقرة (١) من المادة ٥٦ من قانون المحاماة المرقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل والتي جاء فيها : (يستحق المحامي اتعاب المحاماة وفقا للعقد المبرم بينه وبين موكله على ان لا تزيد في غير الدعاوى الجنائية على ما يعادل عشرين في المئة من قيمة العمل موضوع التوكيل الا اذا كان الغرض من الدعوى الانتفاع من الحكم الذي يصدر بشانها باكثر مما تتضمنه الدعوى فيستحق اتعابه بالنسبة لمجموع المبلغ) .

والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ما الحكم لو تصالح او تنازل الورثة بعد اصدار الحكم وقبل بيع المال وذلك فيما يتعلق بحساب اتعاب المحاماة ؟

والاجابة عن ذلك يكون بالرجوع الى الاتفاق المبرم بين الطرفين سواء كان ذلك الاتفاق تحريريا ام شفويا هذا ان وجد الاتفاق بين الطرفين فان لم يوجد أي اتفاق خارجي بينهم ففي مثل تلك الحالات والبيع فيها لم يتم ولم تجر فيها المزايدة حتى يمكن دفع المبلغ من قبل المشتري وحتى يتم تحديد وحساب اتعاب المحاماة ذلك لان دوائر التنفيذ لا يمكنها ان تنفذ اعلاما فيه جهالة فاحشة فيما يتعلق بالمبلغ وذلك لان الفقرة الحكمية المتعلقة بالاتعاب ستكون بالشكل الاتي : وتحميلهم كلٌ بنسبة سهامه المصاريف واتعاب المحاماة لوكيل المدعين بنسبة ١٠% من قيمة حصة المدعين عند البيع ..

---

(١) وفي هذا الاتجاه نجد قرارا لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٨٧٣/حقوقية/١٩٨٥/٨٤ في ١٩٨٥/١/٣١ حيث تقرر فيه المبدا القضائي الاتي: (ان اجور المحاماة في دعوى ازالة شيوع عقار المقامة من قبل اكثر من مدعي والموحدة من قبل محكمة الموضوع في دعوى واحدة يحكم باجور المحاماة فيها لكل من وكلاء المدعين بنسبة ١٠% من حصة موكله على ان لا تتجاوز مبلغ ٥٠٠ دينار يتحملها كافة الشركاء من بينهم المدعي نفسه) : مجلة القضاء ، بغداد ،نقابة المحامين العراقيين ، الاعداد ١و٢و٣و٤ السنة ٤٠، ١٩٨٥ ، ص٢٨٢ .

(٢) الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ص٢٢٨ .

ولكون البيع لم يتم لذا فالجهالة الفاحشة متحققة في تحديد مقدار الاتعاب مما يتعذر معه لمديرية التنفيذ ان تستحصل الاتعاب في هذه الحالة وعليه يصار الى اقامة دعوى اجر المثل وتقام امام المحكمة التي نظرت باصل الدعوى ، كما يحق فيها للمحامي ان يطالب بكافة المصروفات التي انفقها في اثناء السير باجراء الدعوى ويقوم الخبراء بالتقدير على اساس نسبة ١٠ % من القيمة التقديرية لحصة الموكل او الموكلين عند وضع اليد عليه اما لو افترض ان الشركاء قد تنازلوا او انهم قد تصالحوا قبل اصدار القرار او بعد اصداره ولكن قبل وضع اليد عليه ، ففي مثل هذه الحالة يستحق المحامي ايضا اجر المثل وحسب جهوده المبذولة في تلك الدعوى[١] .

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ص ٨١ .

ملحق دعوى القسمة

(دعوى إزالة الشيوع)

الشكل رقم (١)

لغرض اتمام الفائدة نورد نموذجا لمحضر الكشف الاول الذي تجريه المحكمة لبيان كون العقار المراد قسمته (ازالة الشيوع) قابلا للقسمة ام انه غير قابلٍ لها وكالاتي :

بناء على القرار المتخذ من قبل هذه المحكمة بتاريخ ..... المتضمن اجراء الكشف على العقار المرقم ..... مقاطعة ..... لبيان فيما اذا كان قابلا للقسمة من عدمه بالنسبة لاصغر حصة فيه ، عليه فقد انتقلت وبصحبتي المعاون القضائي والخبير المساح ووكيل المدعي الى موقع العقار فوجدته عبارة عن بستان مشيد عليها دار مساحته ..... م٢ نوعه ملك صرف وبعد ان افهم الخبير بمضمون خبرته وبعد ان اطلع على العقار ومشتملاته افاد بان العقار غير قابل للقسمه بالنسبة الى اصغر حصة فيه وعليه لم يبق ما يستحق الذكر فقد تم ختم المحضر وقدرت اجرة الخبير القضائي (او الخبراء القضائيين) مبلغ قدره ..... تصرف له من التامينات المودعة في صندوق المحكمة او ان اجور الخبرة دفعت من المدعي او وكيله الى الخبير ووقع المحضر من قبل الحاضرين بتاريخ .....

المعاون القضائي الخبير المساح و. المدعي القاضي

الشكل رقم (٢)

لغرض اتمام الفائدة فقد ارتأينا ان نعرض للقرار البدائي الذي قضى بازالة الشيوع الصادر من محكمة البداءة في الكاظمية لعقار غير قابل للقسمة واما في القرار التالي فسيكون بخصوص عقار قابل للقسمه وكالاتي

جمهورية العراق **رقم القرار ١٠٧/ب/١٩٩١**
وزارة العدل **التاريخ ١٩٩١/٨/١٤**

تشكلت محكمة البداءة في الكاظمية بتاريخ ١٩٩١/٨/١٤ من قاضيها السيد .... الماذون بالقضاء باسم الشعب واصدرت قرارها الاتي :

المدعون / ف وجماعته وكيلهم المحامي ع
المدعى عليهم / خ

القرار

ادعى المدعون لدى هذه المحكمة انهم شركاء مع المدعى عليه في العقار المرقم ٥٨٩/١٤٧ والواقع في الكاظمية دور الضباط على الشيوع ولعدم الاستفادة من بقاء حالة الشيوع فيطلبون ازالة شيوع هذا العقار بيعا وتوزيع بدله عليهم وللمرافعة الحضورية العلنية واطلاع المحكمة على الاذن الصادر من مديرية رعاية القاصرين في الكرخ المرقم ٢٥٦٤ في ١٩٨٤/٥/١٦ والقسام الشرعي الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية بعدد ٣٤٦/ع/١٩٨٣ في ١٩٨٣/٩/٣ وملاحظة كتاب مديرية التسجيل العقاري في الكاظمية المرقم ٩٣٦ في ١٩٩١/٥/١٤ وسند التسجيل العقاري تسلسل ٥٨٩/١٤٧ الهبنه في الكاظمية وحيث ان الدار خالية لا يسكنها احد من القاصرين ونظرا لكثرة الورثة ولصغر مساحة الدار فانه غير قابل للقسمة استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩٤٠ لسنة ١٩٨٧ واستنادا للمادتين ١٠٧٢ و ١٠٧٣ من القانون المدني وعليه قررت المحكمة ازالة شيوع الدار تسلسل ٥٨٩/١٤٧ الهبنه في الكاظمية بيعا وتوزيع بدله على الشركاء كلا حسب سهامه كما وردت في سند التسجيل العقاري والقسام الشرعي وتحميل الشركاء كافة مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة لوكيل المدعين المحامي ع مبلغ ١٠% من حصة المدعين على ان لا يتجاوز المبلغ ٥٠٠٠٠ دينار خمسون الف دينار يتحملها الشركاء كافة كلا حسب نسبة سهامه وصدر القرار استنادا للمواد المذكورة اعلاه والمادتين ١٦١و١٦٦ مرافعات مدنية والمادة ٦٣ من قانون المحاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا .

القاضي

جمهورية العراق
وزارة العدل
محكمة بداءة الكرخ **رقم القرار ٨٠/ب/١٩٩٠**
تاريخ القرار ١٩٩١/٥/٥

تشكلت محكمة بداءة الكرخ بتاريخ ١٩٩١/٥/٥ برئاسة القاضي السيد ..... الماذون بالقضاء باسم الشعب واصدرت قرارها الاتي :

المدعون / ش وجماعتها / وكيلهم المحامي م
المدعى عليهم / ١- ي وجماعته / وكيلهم المحامي ج
٢- امين بغداد اضافة لوظيفته / وكيله المحامي ن

القرار :

ادعى المدعون بانهم والمدعى عليهم شركاء على وجه الشيوع في قطعة الارض المرقمة ٣/٤مقاطعة ١٨ العامرية البالغة مساحتها ٩ دونم و ٨ اولكات و ١٧سم ر٧٩ مترا مربعة ولعدم الاتفاق فيما بينهم على التصرف بالقطعة وطريقة استغلالها بشكل يوافق عليه كافة المالكين ولكون القطعة قابلة للقسمة بالنسبة لاصغر حصة فقد طلبوا دعوة المدعى عليهم للمرافعة والحكم بازالة شيوع العقار قسمة فيما بينهم وتحميل المدعى عليهم المصاريف واتعاب المحاماة فدعت المحكمة الطرفين للمرافعة وباشرت المحكمة بنظر الدعوى حضوريا وعلنا وقدم وكيل المدعين مخططا لكيفية تقسيم العقار بين الطرفين وقد دفع وكيل المدعى عليه امين بغداد اضافة لوظيفته بعدم توجه الخصومة لموكله لان امانة بغداد ليست شريكة حتى تقام الدعوى عليها وقد اوضح وكيل المدعي بان امانة بغداد اصبحت مالكة للعقار بحكم قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٥٨١ في ١٩٨١/٥/٥ وباعتبار ان العقار تزيد مساحته على الدونمين وقد وجدت المحكمة بان الفقرة الثانية من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٥٨١ في ١٩٨١/٥/٥ قد بين بان (لامانة العاصمة طلب اطفاء حق التصرف في الاراضي المذكورة في الفقرة (اولا) وفق احكام القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ واستملاك الارض والبساتين المملوكة ملكا صرفا والموقوفة وقفا صحيحا وفق قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وحتى يتم اطفاء حق التصرف والاستملاك لا يجوز اجراء اية تصرفات قانونية او تشييد الابنية عليها او استغلالها باي شكل من الاشكال الا بموافقة امانة العاصمة) وهذا يعني ان القرار المشار اليه لم يملك امانة بغداد هذه الاراضي والا لذكر في الفقرة الثانية بان تقدر قيمة الارض المطفأ من التصرف فيها او المستملكة وليس تستملك او تطفأ أي بعبارة اخرى لو كانت الفقرة الاولى قد ملكت امانة بغداد هذه الاراضي لما احتاج المشرع بان يذكر في الفقرة الثانية من القراربأن لامانة العاصمة طلب اطفاء حق التصرف او طلب استملاك الاراضي المملوكه ملكا صرفا وحيث تبين من السجل العقاري للعقار موضوع الدعوى بانه مسجل باسم المدعى والمدعى عليهم فتكون اقامة الدعوى على امانة بغداد لا موجب لها لهذا قررت المحكمة في الجلسة المورخة ١٩٩١/٤/٣٠ اخراجها من الدعوى وقد تبين من تقرير الخبير الذي اجرت المحكمة الكشف بمعرفته على العقار لبيان ما اذا كان المخطط المقدم من قبل المدعين الذي وافق عليه وكيل بقية المدعى عليهم يطابق حدود العقار موقعيا بان المخطط يطابق حدود العقار ولما كان من حق الشركاء ان يطالبوا بقسمة المال الشائع فمن حق

المدعين اقامة الدعوى للمطالبة بازالة شيوع العقار بطريق القسمة اما القيد الذي ورد بكتاب امانة بغداد المرقم ٧١٢ في ١٩٩١/١/١٢ بعدم الموافقة على الافراز فان هذا القيد انما ورد بسبب كون العقار مشمولاً بالقرار رقم ٥٨١ في ١٩٨١/٥/٥ وليس لسبب اخر أي لو لم يكن القرار المشار اليه صادرا لكانت امانة بغداد قد وافقت على ازالة الشيوع قسمة بموجب المخطط المقدم من قبل المدعين والذي وافق عليه المدعى عليهم وترى المحكمة بان الفقرة (ب) من المادة السادسة عشرة من الدستور قد نصت على ان : الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادي العام وان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٥٨١في ١٩٨١/٥/٥ قد جاء مقيدا لهذه الرخصة ولما ورد بالفقرة ج من المادة المشار اليها من الدستور حيث ان القرار المنوه عنه منع اصحاب العقار من التصرف بملكهم طيلة الفترة من ١٩٨١/٥/٥ ولحد هذا التاريخ ولم تبادر الجهة التي صدر القرار لمصلحتها وهي امانة بغداد او باي اجراء لطلب استملاكه وتعويض اصحابه عادلا وفق الاسس المنصوص عليها في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وحيث ان احكام قرار مجلس قيادة الثورة المذكور يتعارض واحكام الدستور الذي هو القانون الاساسي للدولة واذا تعارض نص قانوني مع نص دستوري فان النص الدستوري هو الذي يعمل به ويهمل النص القانوني ولمخالفة القرار المرقم ٥٨١ في ١٩٨١/٥/٥ للنص الدستوري المشار اليه فلا يمكن الاخذ باحكام القرار هذا وبالتالي فان ما ورد بكتاب امانة بغداد المشار اليه انفا لا يمكن الاخذ به لان عدم موافقتها على ازالة الشيوع قسمة كان بسبب كون العقار موضوع الدعوى مشمول بقرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه وكما جاء بالكتاب عليه وحيث ان كافة الشركاء وافقوا على ازالة شيوع العقار قسمة وفق المرتسم المقدم قرر الحكم بازالة شيوع العقار المرقم ٣/٤ مقاطعة ١٨ العامرية قسمة بين الشركاء وحسب المخطط المقدم من قبل الخبير واعتباره جزءا من القرار وبان يختـــص كل من (ش) وجماعتها بالجزء المعلم برقم (١) وان يختص كل من الشركاء (ي) وجماعته بالجزء المعلم برقم (٢) وان يختص كل من (ف) وجماعته بالجزء المعلم برقم (٣) والزام كافة الشركاء بالمصاريف واتعاب المحاماة لوكيل المدعى مبلغا مقداره الف وخمسمائة دينار وابطال الدعوى بالنسبة للمدعى عليه العاشر وصدر الحكم حضوريا استنادا لاحكام المواد ١٠٧٠ مدني و١٤٠ اثبات و ١٦١ مرافعات مدنية و ٦٣ محاماة قابلا للتمييز وافهم علنا في ١٩٩/٥/٥.

القاضي

الشكل رقم (٣)

لغرض اتمام الفائدة نعرض نموذجا لمحضر وضع اليد الذي تجرية المحكمة على العقار المراد ازالة شيوعه وكذلك لاستمارة وضع اليد المعدة من قبل وزارة العدل وكالاتي :

صيغة محضر وضع اليد :

بناءا على القرار المتخذ من قبل هذه المحكمة بتاريخ ..... فقد ذهبت عصر هذا اليوم مستصحبا معي المعاون القضائي لهذه المحكمة ..... والمدعي ..... او وكيله المحامي ..... والخبير القضائي المهندس ..... الى موقع الدار المطلوب وضع اليد عليها وقمت باجراء الكشف عليها بعد تطبيق حدودها بموجب صورة السجل العقاري والخارطة ووجدت ان الدار تحتوي على ثلاث غرف نوم وغرفة للاستقبال وغرفة طعام مع مطبخ وحمام ومرافق صحية في الطابق الاول وثلاث غرف نوم في الطابق الثاني والدار مشيدة بالطابوق والشيلمان (او مسلح) ودرجه عمرانه متوسط وكانت الدار مشغولة من قبل الشريك فلان بن فلان لا يرغب البقاء في الدار بعد بيعه وقد قدر الخبير القضائي قيمة الدار بمبلغ ..... دينار حيث قدر قيمة الارض البالغة مساحتها ..... متر بسعر ..... دينار سعر المتر المربع الواحد ..... وقيمة البناء بمبلغ ..... دينار بالوقت الحاضر وقدرت للخبير اجرة مقدارها ..... وافهمت الشريك بان المحكمة قد وضعت اليد على العقار وانه مسؤول عن أي هدم او تخريب يحصل حتى الاحالة القطيعة واستلام الدار من قبل المشتري وتسجيلها باسمه في دائرة التسجيل العقاري وعليه ختم المحضر ووقع من قبل الحاضرين ..

وكيل المدعي الشريك الخبير المهندس المعاون القضائي القاضي

نموذج لاستمارة وضع اليد :

محكمة بداءة .....

العدد : .....
التاريخ : / /٢٠٠٥

المدعي :
المدعى عليه :
نوع الملك ومحلُه:
درجة العمران :
المساحة :
رقم الابواب :
القيمة المقدرة بالمحكمة :
الشاغل :
بدل الايجار :
المشتملات :

المدعي المساح الخبير الشاغل المعاون القضائي القاضي

الشكل رقم (٤)

لغرض اتمام الفائدة نعرض نموذجا لقائمة مزايدة والذي اعدته رئاسة دائرة التنفيذ :

جمهورية العراق
وزارة العدل
محكمة البداءة في .... **نموذج تنفيذ**

قائمة المزايدة

رقم الاضبارة :
رقم العقار وموقعه :
اوصاف المبيع :
الشاغل :
القيمة المقدرة :

بناء على الطلب الواقع من قبل الشريك لبيع العقار المثبته اوصافه اعلاه المزال شيوعه البالغ (.....)وللاعـلان المنشور في صحيفة ..... بعدد .....وفي تاريخ ..... / / ٢٠٠٤ ولانتهاء المدة المنصوص عليها في المادة ٩٣- اولا من قانون التنفيذ بتاريخ اليوم المصادف ..../...../٢٠٠٤ عليه فقد بوشر باجراء البيع ونودي على الراغبين وكما يلي :

المعاون القضائي **القاضي الاول**

العدد	**الراغب**	**السعر المدفوع**	**التوقيع**	**الملاحظات**

الشكل رقم (٥)

لغرض اتمام الفائدة فقد ارتأينا ان من المناسب ان نورد نموذجا لذلك الاعلان الذي ينشر في الصحف وكالاتي :

الاعلان

تنفيذا على الحكم الصادر من محكمة بداءة ..... بعدد ..... تاريخ ..... المتضمن ازالة شيوع الملك الرقم ..... جلد .....تسلسل .....والواقعة في محلة ..... تقرر الاعلان عن بيعه بالمزايدة العلنية لمدة ثلاثين يوما اعتبارا من اليوم التالي للنشر فعلى الراغبين بالشراء الحضور الى محكمة البداءة في ..... وذلك في تمام الساعة ..... مستصحبين معهم التامينات القانونية البالغة ١٠ % من القيمة المقدرة والبالغة (..... ، ....) دينار فقط وكتابة ان لم يكونوا من الشركاء وعند انتهاء المدة المذكورة ستجرى الاحالة القطعية وفقا للاصوال مع العلم الدفع نقدا (والدلالية على المشتري) واذا صادف يوم المزايدة عطلة رسمية فيكون اليوم الذي يليه موعدا للمزايدة ....

القاضي الاول

الاوصاف

المساحة / .....م٢ / درجة العمران/متوسط الشاغل / خ ع خ ببدل ايجار شهري قدره (.....) دينار ويرغب بالاشغال بعد البيع .

المشتملات

الطابق الارضي / يحتوي على غرفتين مع طارمه شرقيه والمرافق الصحية والمطبخ

الطابق العلوي / يحتوي على اربعة غرف ومسقف بالطابوق والشيلمان(او مسلح)

الشكل رقم (٦)

لغرض اتمام الفائدة فقد وجدنا انه لا بد من عرض نموذج لقرار الا حالة القطعية الذي يصدر القاضي الاول بعد صدور العطاء الاخير وهو كالاتي :

القرار :

في الساعة ..... من هذا اليوم اجريت المزايدة على العقار المرقم محلة ..... زقاق ..... تسلسل ..... والمنشور في جريدة ..... بالعدد المرقم ..... وبتاريخ / / ٢٠٠٥ ونظرا لحصول راغبين للشراء ببدل قدره .....دينار ونظرا لكون البدل يساوي ٨٠% من القيمة المقدرة بموجب المحضر المؤرخ ....عليه قررت احالة الملك بعهدة المشتري بالبدل المذكور احالة قطيعة على ان تبقى قائمة المزايدة مفتوحة لمدة ثلاثة ايام اعتبارا من اليوم التالي لتعيين الضمائم بنسبة ٥ % من القيمة المقدرة فاذا لم يحصل راغب للشراء ففي اليوم الثالث بعد الاحالة القطعية ينادى على العطاء في الساعة الثانية عشرة ظهرا ثلاث مرات واذا لم يحصل راغب بحال العطاء بعهدة المشتري احالة نهائية .

القاضي

الشكل رقم (٧)

لغرض اتمام الفائدة نعرض نموذجا لقرار الاحالة النهائية الذي يصدره القاضي الاول في محكمة البداءة وكالاتي :

القرار :

نظرا لمضي المدة القانونية ولعدم حصول راغب للشراء عدا السيد (خ) بمبلغ ..... عليه قررت احالة العطاء بعهدة المشتري (خ) احالة نهائية على ان يسدد البدل خلال مدة خمسة عشر يوما اعتبارا من هذا اليوم وتشعر دائرة التسجيل العقاري بعد تسديد كامل البدل بتاريخ / /٢٠٠٥ .

القاضي

الشكل رقم (٨)

ولغرض اتمام الفائدة وجدنا انه لا بد من بيان قائمة المصاريف وتفصيلاته التي تثبت غالبا على ظهر القرار (الاعلام) كالاتي :

		دينار
١	.....	رسم الدعوى الابتدائية
٢	.....	المصاريف اللازمة لدائرة التسجيل العقاري لغرض الكشف والحصول على صورة القيد والخارطة
٣	.....	اجور اضافة لهيئة المحكمة لقيامها بالكشف الاول لمعرفة كون الملك قابلا للقسمة من عدمها
٤	.....	اجور واسطة النقل لنقل هيئة المحكمة والخبراء الى موقع العقار والعودة بهم الى المحكمة
٥	.....	اجور الخبير او الخبراء الذين تنتدبهم المحكمة لمعرفة كون الملك قابلاً للقسمة او لا وتكون اجور الخبير او الخبراء بموجب تقدير المحكمة وحسب الجهود المبذولة من قبلهم
٦	.....	اجور اضافية لهيئة المحكمة عند قيامها بالكشف الثاني (لوضع اليد) على العقار
٧	.....	اجور خبير او اكثر لتقدير قيمة الملك عند وضع اليد عليه وتقدر من قبل القاضي وتدفع من قبل المدعي ابتداء
٨	.....	اجور الاعلان في الصحف المحلية وهذه تختلف من صحيفة الى اخرى وحسب حجم الاعلان
٩	.....	اجور المنادي في المحكمة للمناداة على العقار في يوم المزايدة وتدفع من قبل المشتري
١٠	.....	اجور المنادي في المحكمة للمناداة على العقار في يوم المزايدة وتدفع من قبل المشتري
١١	.....	الديون المترتبة على العقار للدائرة ذات العلاقة كضريبة العقار ورسوم التبليط والمجاري ان وجدت
١٢	.....	طوابع الحكم ونشر الاعلان
١٣	.....	اجور الخبير الذي يقوم بحساب المصاريف وتوزيع البدل على الشركاء

المبحث الثاني

موقف الدائنين من القسمة

ان القسمة باعتبارها تصرفاً قانونياً قد تمس بحقوق الاغيار كدائني الشركاء باعتبار ان للدائنين ضمانا على اموال مدينهم استنادا الى قاعدة ان اموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه وهي القاعدة التي يطلق عليها قاعدة الضمان العام للدائنين [١] .

---

(١) د. رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٦ ، ص ٢٤٤ .

لذا نجد ان لدائني الشركاء مصلحة في مراقبة اجراء القسمة للحيلولة دون تواطُؤ الشركاء المشتاعين للاضرار بهم ، فقد تقرر للدائنين هذا الحق ايا كان نوع القسمة [١] فهي لاتنفذ في حق الدائنين الا بعد موافقتهم بها [٢] .

فصار من حق الدائنين التدخل في سير اجراءات القسمة ، كما انه قد يكون بعد اتمام القسمة ..

وعليه يقسم هذا المبحث الى مطلبين حيث سنتطرق في المطلب الاول منهما الى موقف الدائنين قبل اتمام القسمة فيما سنتناول في المطلب الثاني منهما موقف الدائنين بعد اتمام القسمة ..

(١) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٦٣ .

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينة الاصلية اسباب كسب الملكية، جـ ٢ ، ط١،عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،١٩٩٥، ص ٦٧ .

المطلب الأول
موقف الدائنين قبل اتمام القسمة

لما كان لفقهاء القانون دورٌ في صياغة احكام هذا الموضوع وكذلك للفقهاء المسلمين دور في ذلك اضافة لما نصت عليه التشريعات المدنية المقارنة وعليه يقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الاول موقف فقهاء القانون من ذلك ، وفي الثاني موقف الفقهاء المسلمين واما في الفرع الثالث فسنتناول فيه موقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة ..

الفرع الاول
في الفقة القانوني

١. **تحديد معنى الدائنين :-** يقصد بالدائنين هم دائنو كل شريك من الشركاء المشتاعين وسواء أكانوا دائنين عاديين (شخصيين) أم دائنين ذوي حقوق مقيدة ولأختلاف معنى كل منهما عن الآخر فسنتناول كلا منهما مستقلا عن الآخر وكالآتي :-

أ- **الدائنون العاديون:-** ويقصد بهم الدائنون الذين يكون باستطاعتهم مطالبة الطرف الاخر (الشريك المدين) للقيام بعمل او الامتناع عنه [١] ولابد لتمثيل الدائنين العاديين في القسمة من ان يبادروا بأنفسهم الى اجراء المعارضة اذا ما علموا بمباشرة الشركاء بالقسمة[٢] .

ب- **الدائنون المقيدة حقوقهم :-** وهم الدائنون الذين تم تقييد حقهم العيني كدائن مرتهن رهناً تامينياً او حيازياً او صاحب حق امتياز وقد سجل حقه قبل رفع دعوى القسمة وذلك في دائرة التسجيل العقاري في العراق او في دائرة الشهر العقاري في مصر أو في السجل العقاري أو كشف المختار بالنسبة للعقارات

غير المحررة أو المحددة في لبنان[٣] او قبل ابرام عقد القسمة في حال القسمة الاتفاقية او قبل رفع دعوى القسمة [٤] وسواء اكان ذلك الحق وارداً على ذات المال الشائع ام كان الحق المقيد وارداً على غيرها من اموال الشريك الاخر ، ويكون لزاما على الشركاء توجيه الدعوة لهؤلاء الدائنين للتدخل في اجراءات القسمة وذلك لأن الدائنين المقيدة حقوقهم معروفون للشركاء من قبل وبالتالي فلا داعي لتوجيه الانذارات اليهم [٥] . فان لم يقم الشركاء بتوجيه الدعوة الى هؤلاء الدائنين فان نتيجة القسمة لن تكون نافذة في حقهم وبدون حاجة الى قيام الدائنين باثبات تواطؤ الشركاء للاضرار

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ص١٨ .
(٢) د. حسن كيرة ، المصدر السابق ص٤٨٣ .
(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ص٢٢٠ .
(٤) الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ص٣٦٠ .
(٥) د. وليد نجيب القسوس ، ادارة وإزالة المال الشائع دراسة مقارنة، عمان، مطبعة الجامعة النموذجية، ١٩٩٣، ص١٥٢ .

بهم[١] فأن كان الدائنون قد قيدت حقوقهم بعد رفع الدعوى وليس قبلهااو انها قيدت بعد ابرام عقد القسمة ففي هذه الحالة نجد ان القانون لم يلزم الشركاء بتوجيه الدعوة لهم الا ان لهم ان يقوموا بالمعارضة في اجراء القسمة وعندها يتوجب على الشركاء ادخالهم في القسمة [٢] .

٢. **معارضة الدائنين في اجراءات القسمة وتدخلهم فيها :-** اذا علم الدائنون باجراء القسمة التي يكون مدينهم طرفا فيها وسواء وردت تلك القسمة على ذات حق الدائن الذي نشأ عنه الدين ام كانت القسمة واردة على غيره من الاموال التي للمدين حصة فيها وسواء اكان حق الدائن معلقا على شرط ام كان مقترنا باجل [٣]حيث يكون عندها واجب على الدائن توجيه معارضة الى كل الشركاء وليس الى مدينهِ فقط وتعتبر المعارضة عملا من الاعمال التحفظية فهي تهدف الى المحافظة على الضمان العام لحق مدينه وذلك لتوفير الحماية لحق الدائن[٤] فاذا قام الدائن بتوجيه المعارضة الى بعض الشركاء دون البعض الاخر فلا تعتبر المعارضة قد تمت حتى بالنسبة الى الشركاء الذين تمت معارضتهم والسبب في ذلك ان القسمة غير قابلة للتجزئة ، ولا يوجد شكل محدد لهذه المعارضة فهي كما يمكن ان تكون صريحة فمن الممكن ايضا ان تكون ضمنية ومثال ذلك ان يصدر وعُدمن الشريك (المدين) يتوجه به الى الدائن بالا تجرى القسمة بدون تدخل ذلك الدائن ثم يقوم الدائن بالاعلان عن ذلك الوعد الى جميع الشركاء الاخرين[٥] . ولابد في تلك المعارضة من ان توجه الى جميع الشركاء المتقاسمين وليس الى الشريك المدين فقط فيلزم عندها الشركاء بادخالهم في تلك القسمة فاذا ما ادخلوا فيها كان لهم حق المراقبة والمتابعة والتثبيت ، فيحق لهم مراقبة اعمال الخبراء القضائيين الذين انتخبهم الشركاء او الذين عينتهم المحكمة لاجراء القسمة كالمهندسين او المساحين او الفنيين وغيرهم . واما حق المتابعة فللدائنين متابعة مراحل المفاوضات واما في التثبت حيث يحق للدائنين فيها التثبت من قيام الشركاء بالاجراءات القانونية اللازمة لبيع المال الشائع بالمزايدة من حيث اجراء الاعلان عن ذلك المال ولفترة كافية وان جميع الاجراءات القانونية قد تمت سليمة وهذا فيما يتعلق بالقسمة التي تجرى رضاءً بين الشركاء[٦] . اما فيما يتعلق بالقسمة التي تجرى قضاءً بين الشركاء ففي ففي مثل هذه الحالة يكون على الدائنين ان يتقدموا بطلب الى المحكمة التي تنظر بدعوى القسمةقبل موعد الجلسة بوقت مناسب او عن طريق طلب شفهي يتقدم به الدائن في اثناء المرافعة ويثبت ذلك في محضر الجلسة الا انه اذا قدم ذلك الطلب

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي ،المصدر السابق ، ص١٨٩ .
(٢) انظر.د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ص٢٣٣ .
(٣) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق هامش(١) ص٩٣٧ .
(٤) د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، المصدر السابق ص٨٩ .
(٥) انظر بهذا المعنى د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ص١٨٩ .
(٦) انظر د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ص١٥٢ .

بعد اقفال باب المرافعة فلا يمكن قبوله ، فاذا تدخل الدائن في سير دعوى القسمة كان له حق المراقبة وحق الاعتراض ففي حالة المراقبة فللدائن ان يراقب جميع الاجراءات التي يقوم بها الشركاء تجنبا للاضرار به . واما في حالة المعارضة فللدائن معارضة الشركاء في جعل المزايدة قاصرة عليهم مخافة ان يباع المال بثمن بخس واما في حالة الطلب فللدائن بعد ان يتدخل في سير القسمة القضائية ان يطلب من المحكمة ادخال بعض المزايدين الاجانب وذلك بهدف الوصول الى اعلى بدل ترسو به المزايدة[١] . واما في حال رفض الشركاء ادخال الدائنين في اجراءات القسمة ففي هذه الحالة نجد ان نتيجة تلك القسمة لن تكون نافذة في حق الدائنين وبدون حاجة الى قيام الدائنين باثبات تواطؤ الشركاء اما لو لم يقم الدائنين بمعارضة الشركاء للدخول في اجراءات القسمة ففي مثل هذه الحالة لايبقى لهم الا سلوك طريق اخر هو اثبات تواطؤ الشركاء للاضرار بهم بسوء نية [٢] .

٣. **اثر تدخل الدائنين في اجراءات القسمة :-** سواء اكان الدائنون دائنين عاديين ام مقيدة حقوقهم وجه لهم الشركاء دعوى للقسمة فعارضوا فيها ، فيترتب على دخولهم ان يصبحوا اطرافاًفيها منذ تاريخ معارضتهم وبالتالي فلا يمكن المباشرة في القسمة الافي حضورهم وعليه فلا يجوز للشركاء بيع المال بالمزاد ولا تعيين خبير لتكوين الحصص او الفصل في المنازعات او القيام بعملية التجنيب او التصديق على حكم القسمة الا في مواجهة الدائنين[٣] . والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ، هل يستطيع الدائن بعد اجراء المعارضة وتدخله في القسمة ان يطلب اجراءها قضاءً اذا كان جميع الشركاء متفقين على جعلها رضائية ؟ وللجواب عن ذلك نجد ان الدائن لايستطيع اجبار الشركاء على جعل القسمة قضائية اذا كان جميع الشركاء متفقين على جعلها قسمة رضائية كما لايستطيع الدائن جعلها قسمة تصفية اذا كان المال ممكنا قسمته عينا ، وذلك لان معارضة الدائن وتدخله فيها لاتحول دون منع المدين من اجراء التصرفات القانونية على حصته كما لايستطيع الدائن ان يمنع مدينه من اجراء التصرفات عليها ومثاله ان يرتب الشريك عليها حقوقا عينيه[٤] .

الفرع الثاني
في الفقه الاسلامي

---

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص ٩٤٠ .
(٢) د . حامد مصطفى ، المصدر السابق ص١٢٣ .
(٣) د . عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، ص٢٢١ .
(٤) انظر بهذا المعنى د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ص١٧٢ .

لقد انقسم فقهاء المسلمين من الحنفية الى فريقين بالنسبة لتصرفات المدين المالية سواء اكانت بالقسمة ام بغيرها ففريق منهم لايجيز الحجر على المدين مهما كان تصرفه المعسر كالامام ابي حنيفة لانه يرى ان مال الله غاد ورائح وان في الحجر اهدارا لحرية المدين وانسانيته واهليته بل ان تصرف المدين ينفذ في حق دائنه وللدائن الحق في ان يامره بسداد دينه فان وفّى فلا يتعرض له بشي وان امتنع عن الوفاء حبس حتى يسدد دينه او يبيع ماله بنفسه وليس للقاضي ان يبيع ماله جبرا عنه بل ويحبسه حتى يسدد دينه فان امتنع حبس حتى يموت في السجن [١] .

واما الفريق الثاني من فقهاء الحنفية ويمثله الصاحبان ابو يوسف ومحمد (وهو قول جمهور الفقهاء ايضا) وهو جواز حجر الدائن على تصرفات مدينه المالية بالقسمة كانت ام بغيرها حفاظا على حقوق دائنيه من الضياع نتيجة اقدام مدينهم على تصرف يضر بحقوقهم ودليلهم في ذلك ماروى الدارقطني والخلال وصححه الحاكم بان النبي (ص) قد حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه ... كما استند الصاحبان بانه كان في زمن النبي (ص) رجل يسمى منقذ بن عمرو وكان يغبن في البيع فرفع اهله امره الى النبي (ص) طالبين الحجر عليه فامرهم (ص) على ذلك ولم ينكره عليهم ولو لم يكن الحجر على تصرفاته مشروعا لما امرهم النبي (ص) على ذلك الطلب [٢] .

واما عند فقهاء المسلمين من الجعفرية فقد اشترطوا لحجر المدين المفلس ومنعه من التصرف اضرارا بدائنيه شروطا اربعة وهي :-

١- ان تكون ديون المدين ثابتة .
٢- ان تكون اموال المدين قاصرة عن ديونه ويحتسب من جملة امواله معوضات تلك الديون .
٣- ان تكون الديون حالةً .
٤- ان يطلب الدائنون او البعض منهم الحجر على مدينهم [٣]

الفرع الثالث
في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة

لقد ادرك المشرع العراقي اهمية تدخل الدائنين في القسمة لذا فقد نص على تدخل الدائنين في القسمة التي يكون مدينه طرفا فيها حيث جاء في الفقرة (٣) من المادة(١٠٧١)منه على انـــه : (لدائني كل شريك ان يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم) اذاً فالقانون المدني العراقي قد هيأ للدائنين فرصة التصدي

---

(١) انظر في ذلك د. وهبه الزحيلي ، المصدر السابق ، جـ٦ ، ص ٤٥٠٩ .
(٢) انظر السيد محمد زيد الابياني بك ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية جـ٢،ط٢، مطبعة النهضة ، ١٩٢٠ ، ص٢٢٢ .
(٣) الشيخ المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع، ط٢، القاهرة ، مطبعة وزارة الاوقاف ، ١٩٥٨ ، هامش ص١٦٤ .

للقسمة التي تجري بتواطؤ الشركاء للاضرار بهم ، ويظهر من حكم المادة (١٠٧١) مدني عراقي انها لا تسمح للدائنين بالتدخل اثناء سير اجراءات القسمة فحكمها ينطبق على تدخل الدائنين بعد تمامها وذلك عن طريق اقامة الدعوى البوليصية وكما سنراه لاحقا[١] وعليه فالدائنون وحسب مفهوم المادة (١٠٧١) مدني عراقي وعلى قول جانب من الفقهاء لا يستطيعون التدخل في سير اجراءات القسمة لمراقبة الشركاء منعا لغشٍ أو غبنٍ يتوقعه الدائن قد يقوم به الشركاء فيما بينهم للاضرار به[٢] الا اننا نجد ان جانبا اخر من الفقهاء يردون على ذلك بانه من الممكن الرجوع الى نص الفقرة (١) من المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ التي جاء فيها : (لكل ذي مصلحة ان يطلب
دخوله في الدعوى شخصا ثالثا منظما لأحد طرفيها أو طالبا الحكم لنفسه فيها اذا كانت له علاقة بالدعوى او تربطه باحد الخصوم رابطة تضامن او التزام لايقبل التجزئة او كان يضار بالحكم فيها ..) وعليه فالدائن يستطيع ان يطلب التدخل في دعوى القسمة وذلك بدعوى حادثة يقيمها الدائن اثناء سير اجراءات الدعوى[٣] ويوافق هذا النص في القانون المدني الاردني الفقرة (١) من المادة (١٠٤٥) منه بقولها : (لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة رضائية كانت او قضائية وذلك بانذار يبلغ الى جميع الشركاء اذا كانت رضائية او بالتدخل امام القضاء اذا كانت قضائية ..) فيظهر من هذا النص ان حكم القانون المدني الاردني يتفق مع حكم القانون المدني العراقي في تمكين الدائنين من التدخل في القسمة رضائية كانت ام قضائية[٤] .

كما يظهر من ذلك النص انه يجعل من اعتراض الدائنين على الشركاء يأخذ شكلا محدداً دون غيره وذلك عن طريق الانذار العدلي حيث ان على الدائن ان يبين طبيعة حقه المدعى به عندها يكون واجبا على الشركاء ادخاله في تلك القسمة في حين اننا وجدنا في القانون المدني العراقي ان الاعتراض الذي يوجهه الدائن الى مدينه ليس له شكل محدد[٥] .

يتبين مما تقدم ان القانون المدني الاردني كان ادق تعبيراً من القانون المدني العراقي وذلك فيما يتعلق بشكل الاعتراض الذي يصدر من الدائنين في حال علمهم بالمباشرة في القسمة ، وذلك لان الانذار العدلي له اهمية كبيرة فيما يتعلق بالاثبات ، وهذا الاتجاه هو ما نؤيده وندعو المشرع العراقي الى انتهاجه مع اننا نجد ان كلا من القانون المدني العراقي وكذلك الاردني لم يفرق بين الدائنين العاديين وبين الدائنين المقيدة حقوقهم .

وتقابل هذه المواد في القانون المدني المصري الفقرة (١) من المادة (٨٤٢) منه حيث نـــص : (لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم ان

---

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ص٤٦٤ .
(٢) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص١٣٣ .
(٣) الاستاذ مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩المعدل ص١١٠
(٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ص١٤٤ .
(٥) د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ص١٥٢ .

يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ..)

فيظهر لنا ان حكم القانون المدني المصري مختلف عما سبق ووجدناه في القانون المدني العراقي وكذلك الاردني لاسيما ما يتعلق بقصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية فقط وهذا هو الظاهر من معنى النص[١] .

لقد اثار نص الفقرة (١) من المادة (٨٤٢) مدني مصري جدلاً لدى الفقه في مصر فمن جهة يرى جانب من الفقهاء في مصر ان النص لاينطبق الا على حالة القسمة القضائية فقط وحجتهم في ذلك ان عبارة النص اعلاه تشير الى ادخال الدائنين في سير اجراءات القسمة قاصرة على دعوى القسمة بمعنى القسمة التي تجري امام القضاء [٢] كما انهم يستندون في ذلك الى ما جاء من تعليقات على ذلك في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من كون القسمة اذا لم تكن قسمة قضائية فلا يبقى للدائنين من طريق سوى الطعن فيها بطريق الدعوى البوليصية [٣] .

الا اننا نجد ان جانبا اخر من الفقهاء يرون ان تدخل الدائنين في اجراءات القسمة يجب ان لايكون قاصرا على القسمة القضائية فقط على الرغم من النص على ذلك ، ويقول في ذلك الاستاذ السنهوري (يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والاتفاقية .....

..... كما يضيف قائلاً , وليس في مبادئ النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع مادامت حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماما بل هي اكثر توافراً في القسمة الاتفاقية) [٤] .

كما استند بعض الفقهاء في ذلك الى القول بجواز شمول تدخل الدائنين في اجراءات القسمة الاتفاقية ايضاً الا ان ما جاء في المذكرة الايضاحية ليس ملزماً هذا

---

(١) لقد حذفت عبارة (.. في الاجراءات ..) من قبل لجنة مجلس الشيوخ في البرلمان المصري الواردة في المشروع التمهيدي للقانون المصري واحلت محلها عبارة (.. قبل رفع دعوى القسمة ..) وذلك كي يكون تكليف الشركاء المشتاعين قاصرا على ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ميسور التنفيذ اما لو بقيت عبارة (.. في الاجراءات ..) فسيكون هذا التكليف صعب التنفيذ من الناحية العملية : انظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ص١٢٢ ، الا انه ومن جهة اخرى سيكون نص العبارة على ان دخول الدائنين سيكون قاصرا على دعوى القسمة دون القسمة الرضائية ..

(٢) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ص٢٣٣ .

(٣) لقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي توضيحا للمادة (١٢١٠) منه التي تقابل المادة (٨٤٢) من القانون المدني المصري التي جاء فيها : (.. ولما كان دائنو الشركاء يعنيهم امر القسمة اذ قد يغبن فيها احد الشركاء المدينين فقد خول لهم حق التدخل في اجراءات القسمة سواء تمت عينا ام بطريق التصفية وتوجه المعارضة الى كل الشركاء فيلتزم هؤلاء ان يدخلوا الدائنين المعارضين في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم اما اذا تمت القسمة: دون تدخل الدائنين او كانت القسمة عقداً فليس للدائنين ان يطعنوا في القسمة الا بطريق الغش في الحالة الاولى او بطريق الدعوى البوليصية في الحالة الثانية : انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ص١٢٠ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٩٣٦ .

من جهة ومن جهة اخرى يرون انه لايوجد هناك اي مبرر للتفرقة بين نوعي القسمة كليهما بل ان حاجة الدائنين لتوفير الحماية القانونية لهم في القسمة الاتفاقية احوج من توفير الحماية لهم في القسمة القضائية وذلك لخلو الاولى من الضمانات المتوافرة للدائنين في القسمة القضائية [١] .

ونستنتج من نص الفقرة (١) من المادة (٨٤٢) من القانون المدني المصري انه يمنح الدائنين حقا للتدخل في اجراءات القسمة واثناء اجرائها وقبل تمامها وهو ما لانجد له نصاً مقابلاً في المادة (١٠٧١) من القانون المدني العراقي لذا ندعو المشرع العراقي الى نص مماثل يمكن الدائنين من التدخل في اجراءات القسمة وقبل تمامها ..

واما في القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (٨٨٢) منه على (... يمكن لدائني الشريك في القسمة لتجنب (الغش) التواطؤ على حقوقهم ، ويمكن لهم الاعتراض على الاجراءات التي تمت دون حضورهم ولهم حق التدخل في ذلك على اموالهم لكن لايحق لهم الطعن في القسمة التي اجراها ان لم يكن قد تمت دون اشتراكهم في اجرائها) فيظهر لنا من هذا النص انه جاز للدائنين التدخل في اجراءات القسمة رضاءً تمت أم قضاءً [٢] .

وبالتالي فإنَّ المادة (٨٤٢) مدني مصري التي قصرت تدخل الدائنين على القسمة الفضائية فقط قد خالفت بذلك حكم المادة (٨٨٢) من القانون المدني الفرنسي التي اجازت تدخل الدائنين في نوعي القسمة كليهما مع ان المادة (٨٨٢) مدني فرنسي كانت المصدر التشريعي للمادة (٨٤٢) من القانون المدني المصري [٣] .

---

(١) انظر في هذا الاتجاه ايضاً د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ص٢٢١ .
(٢) Louis Joss ERAND , Ibdem ,P٣٧٥
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٩٣٦ .

المطلب الثاني
موقف الدائنين بعد اتمام القسمة

سنتطرق في هذا المطلب لحالة تدخل الدائنين وذلك بعد ان تكون القسمة قد تمت ، فنجد ان موقف الدائنين يكون في احدى الاحتمالات الاتية : فأما ان يكون الدائنون قد تدخلوا فعلاً في تلك القسمةِ ، او انهم لم يتدخلوا فيها على الرغم من تعرضهم او على الرغم من ان لهم حقوقا مقيدة لان الشركاء لم يوجهوا الدعوة لهم، او ان الدائنين لم يتدخلوا في القسمة لعدم معارضتهم على الرغم من توجيه الدعوة لهم من الشركاء لأن لهم حقوقا مقيدة ... لذا سنتناول في هذا المطلب الى موقف الدائنين في كل حالة من الحالات سابقة الذكر ، كما سنتناول موقف الدائنين بعد اتمام القسمة عند الفقهاء فكما كان للفقهاء المسلمين رأي في موقف الدائنين قبل اتمام القسمة نجد ان لهم رأياً ايضاً فيما يتعلق بموقف الدائنين بعد اتمام القسمة وعليه يقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتطرق في الفرع الاول منهما لموقف الدائنين بعد اتمام القسمة في القانون فيما سنتطرق في الفرع الثاني الى موقف الدائنين بعد اتمام القسمة في الفقه الاسلامي ..

الفرع الأول
موقف الدائنين بعد اتمام القسمة في القانون

الحالة الأولى :- تدخل الدائنين فعلاً في اجراءات القسمة :-

فاذا تدخل الدائنون فعلاً في اجراءات القسمة وذلك اما لكونهم دائنين ذوي حقوق ٍ مقيدة وجه لهم الشركاء الدعوة للدخول في القسمة او انهم كانو ا دائنين عاديين عارضوا و تدخلوا فيها فتمت القسمة ففي هذه الحالة لايحق للدائنين بعد دخولهم في القسمة فعلاً ان يعترضوا على هذه القسمة ، والسبب في ذلك انهم قد منحوا الفرصة الكافية للدخول فيها ومراقبة سير اجراءاتها وبالتالي فلا يحق لهم بعد ذلك الاعتراض عليها [١] .

الحالة الثانية :-عدم دخول الدائنين في القسمة على الرغم من ان لهم حقوقا مقيدة او على الرغم من معارضتهم لها :-

فاذا كان للدائن حق مقيد كان واجبا عندئذ على الشركاء ان يوجهوا الدعوة له فان لم يوجهوا له الدعوة او كان الدائن من الدائنين العاديين وعارض عند اجراء القسمة الا ان الشركاء المتقاسمين رفضوا ادخاله في اجراءات القسمة ، فعند ذلك يكون الشركاء قد خالفوا نص القانون في وجوب توجيه الدعوة للدخول في القسمة بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم [٢] .

ولقد نص على ذلك الفقرة (١) من المادة (٨٤٢) من القانون المدني المصري بقولها : (لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليهم الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين في جمع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ..) [٣] وعليه يكون حكم القسمة انها غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين وبدون حاجة الى اثبات غش الشريك المدين او تواطئه مع باقي الشركاء ، فما دام عدم قيام الشركاء بما يفرضه عليهم القانون من دعوة الشركاء المقيدة حقوقهم او لم يدخلوا الدائنين المعارضين في القسمة مما يؤدي الى عدم اشتراك الدائنين في القسمة فهذا غير كاف لجعل القسمة غير نافذة في حق الدائنين .

الا ان عدم دعوة الشركاء للدائنين للدخول في اجراءات القسمة غير كاف لجعل القسمة غير نافذة في حق الدائنين بل لابد ان يؤدي ذلك الى ضرر قد اصاب الدائنين

---

(١) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص٢٦٥ .
(٢) انظر د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ص١٨٩ .
(٣) ولا نجد مقابلاً لهذا النص في القانون المدني العراقي ذلك ان نص الفقرة (٣) من المادة (١٠٧١) منه انما ينطبق على حالة عدم دخول الدائنين في القسمة بعد تمامها (اما لانهم يعارضون او كانت لهم حقوقٌ مقيدة ودعوا للتدخل الا انهم لم يتدخلوا وحسبما سنفصله لاحقاً ..) ، انظر في ذلك د. صلاح الدين الناهي ، المصر السابق ص١٦٦ .

من جراء ذلك ومن صور ذلك الضرر ان يثبت الدائن ان القسمة وضعت في نصيب مدينه الشريك اموالاً منقولة بحيث يسهل عليه اخفاؤها وتهريبها او يثبت ان القسمة ادت لجعل مدينه (الشريك) دائنا بمعدل لشريك اخر معسر او ان القسمة جعلت نصيب مدينه اقل من مقداره الحقيقي او انها لم توقع في نصيبه المال الذي ارتهنه الدائن بل اوقعته في نصيب شريك اخر كما يمكن ان يكون ذلك الضرر في قيام الشركاء بالادعاء بان المدين المعسر كان مدينا لمورثهم وهم سيقطعون منه ما يفي بدين المورث ثم يعيدون له حقه ما يكمل به نصيبه الحقيقي [١]

كما يمكن ان يكون اضرار الشركاء بالدائنين في قيام الشركاء بتصرفات يستهدفون منها التقليل من ضمان حق الدائنين ومثاله ان يجعل الشركاء اجراء المزايدة في حال عدم قابلية المال للقسمة قاصرة عليهم دون دخول اجنبي فيما بينهم حيث ان دخول الاجنبي في قسمة التصفية من الممكن ان يؤدي الى زيادة الثمن الذي يرسو به المزاد [٢] فان تمكن الدائن من اثبات احدى صور الضرر السابقة تكون عندها القسمة غير نافذة في حقه مما يعني عودة المال الى الشيوع مرة اخرى في حقه وعليه فله ان يطلب اجراء القسمة من جديد ، وتوافق نص الفقرة (١) من المادة (٨٤٢) مدني مصري المادة (٩٤٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نص : (يحق لدائني الشركة او لدائني احد الشركاء المتقاسمين المصاب باعسار ان يعارضوا في اجراء القسمة او بيع المال المشترك بالمزاد العلني في غيابهم ويمكنهم التدخل على نفقتهم ويحق لهم ايضا طلب ابطال القسمة اذا كانت قد اجريت بالرغم من اعتراضهم) فيظهر من هذا النص انه قد اوجب على الدائنين لكي يظهروا انهم من اصحاب الحقوق بان يعارضوا في اجراء القسمة او بيع المال في غيابهم الا ان عليهم ان يثبتوا إن كانوا دائنين عاديين فعليهم ابراز السند الذي يثبت ديونهم العادية وان كانوا من الدائنين المقيدة حقوقهم فعليهم ابراز السند الرسمي الذي يثبت ذلك [٣] .

الا ان للدائنين ان يطلبوا من الشركاء متضامنين تعويضهم عن الضرر الذي اصابه ويكون مبنى هذا التعويض على اساس الخطأ الذي ارتكبه الشركاء في عدم دعوة الدائنين في القسمة فان وفى الشركاء بحق الدائنين فلا يكون للدائن بعدها فائدة من الطعن في تلك القسمة ويرجع الشركاء الذين دفعوا المبلغ على شريكهم المدين بما دفعوه للدائن ، كما ان للدائن ايضا ان يطعن بالقسمة بكافة اوجه الطعن التي يمكن ان

---

(١) د . محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٤٤ .
(٢) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص١٧٠ .
(٣) الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ص٣٥١ ومابعدها وفي ذات الاتجاه نجد الفصل ١٠٨٥ المبدأ القضائي الصادر عن القضاء المغربي الذي جاء فيه (لدائني الشركة ولدائني كل من المتقاسمين ان كان معسراً ان يتعرضوا لاجراء القسمة عيناً او بطريق التصفية بدون حضورهم ، ولهم ان يتدخلوا فيها على نفقتهم كما ان لهم ان يطلبوا ابطال القسمة التي اجريت برغم تعرضهم) : انظر مجلة القضاء والقانون المغربية ، مجلة شهرية صادرة عن وزارة العدل المغربية ، الربـــاط ، د.ت ، ص٣٣٢،٣٣٣ .

يطعن بها المدين في حال تعرض ارادته للغلط [١] والاكراه او الغبن او التدليس حيث يحق عندها للدائن ان يستعمل حق مدينه للطعن فيها عن طريق الدعوى غير المباشرة بعد توافر شروطها [٢] .

الحالة الثالثة :- عدم تدخل الدائنين في القسمة لانهم لم يعارضوا فيها او على الرغم من دعوتهم للتدخل فيها :-

وتشمل هذه الحالة عدم دخول الدائنين في القسمة اما لكونهم دائنين عاديين الانهم لم يعارضوا ولم يتدخلوا في القسمة او انهم كانوا دائنين ذوي حقوق مقيدة ووجه لهم الشركاء دعوة للتدخل في القسمة الانهم لم يتدخلوا فيها ، وعليه فالدائنون اما ان يكونوا مقصرين اذا هم علموا بالقسمة ولم يتدخلوا فيها او انهم غير مقصرين اذ ان لهم حقوقا مقيدة ولم يوجه لهم الشركاء الدعوة للدخول في القسمة وبالتالي فالشركاء غير مذنبين في ذلك فتكون القسمة عندها نافذة في حق الشركاء[٣]

الا ان القانون قد منح الدائنين حق الطعن في هذه القسمة وذلك اذا اثبتوا غش الشركاء وتواطؤهم على الاضرار بالدائنين وفي ذلك نـص الفقرة (٣) من المـادة (١٠٧١) من القانون المدني العراقي : (لدائني كل شريك ان يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم) ويعتبر الفقه هذا النص ماهو الا تطبيق من تطبيقات

---

(١) وفي هذا الاتجاه نجد المبدأ القضائي بقرار محكمة تمييز العراق والمرقم (٥٧٦/ب/٤٧ في ٤٨/١/٥) الذي جاء فيـــــه : (.. اذا وقع غلط في القسمة يجوز اقامة الدعوى لنقض القسمة ..) انظر مجموعة الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ص٢٩٦ .

(٢) ان الدعوى غير المباشرة (او كما تسمى بدعوى استعمال حقوق المدين) هي الدعوى التي يقوم بها الدائن لمواجهة اهمال ذلك الشريك فيه وسيلة اجازها القانون للدائن في ان ينوب عن مدينه نيابة قانونية في مباشرة حقوقه المالية التي امتنع او اهمل المدين عن مباشرتها وكان من شأن هذا الامتناع او الاهمال اعسار المدين او الزيادة في اعساره : انظر في ذلك د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٦٠ ص٢١٦ .

وفي نطاق القسمة يشترط لاقامة هذه الدعوى من جانب حق الدائن ان يكون حق دائن الشريك حقا محققا موكداً وان لم يكن مستحق الاداء ذلك لأن الاستحقاق شرط لاجراء التنفيذ في حين ان كسب الدائن للدعوى غير المباشرة لايؤدي الى التنفيذ على حصة شريكه ، كما يشترط في الشريك (المدين) ان يكون تقصيره في استعمال حقه منطويا على عمد او اهمال او ان يقيم الدائنون الدليل علىاهمال مدينهم الشريك : انظر في ذلك د. عبد الرحمن السيد قرمان ، الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة وفصل الشريك منها، ط٢ مطبعة حماده بقوسنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ص٥٩ .

وان يتسبب ذلك في اعساره او في زيادة اعساره كما يشترط في الحق الذي يستعمله الدائن ان يكون ما يستعمله الدائن حقاً مالياً بمعنى انه يمكن ان يتحول الى مبالغ مالية تضاف الى ذمة المدين : انظر في ذلك د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي ، جـ٣ ، احكام الالتزام ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، جامعة بغداد ، ١٩٧١ ، ص٢٨٨

(٣) انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٩٤٣ .

دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن (الدعوى البوليصية) بعد توافر شروطها [١] .

كما يعتبر جانب اخر من الفقه أن حكم الفقرة (٣) من المادة (١٠٧١) مدني عراقي ماهو الا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة وقد اقتصر فيها على القسمة التي تجري رضاءً وذلك لأن المفروض في القسمة التي تجرى امام القضاء انها قد استوفت كافة الضمانات التي تؤدي الى اجرائها بصورة خالية من الغش[٢] .

وتوافق الفقرة (٣) من المادة (١٠٧١) مدني عراقي المادة (_١٠٤٥) من القانون المدني الاردني وذلك بنصه :(.. ولا تنفذ القسمة في حق الدائنين اذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الاجراءات)

---

(١) يعتبر الطعن في القسمة على اساس وجود الغش اهم تطبيق من تطبيقات دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن ويقصد بهذه الدعوى انها الدعوى التي يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به الصادرة من مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق دائنيه عن طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات حتى لا تكون نافذة في حقه : انظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، المصدر السابق ص٩٩ . ويشترط لاقامة هذه الدعوى وضمن نطاق القسمة شروطاً اربعة

اولها : مايتعلق بالدائن وهو ان يكون حق الدائن مستحق الاداء و يكون حقه كذلك اذا كان ثابتا في سند تنفيذ قابلاً للتنفيذ به ، وان لايكون حقه معلقا على شرط واقف او مضافا الاجل واقف وكذلك ان يكون للطاعن حق الدائن سواء اكان دائناً بحق شخصي او بحق عيني وسواء أكان دائناً عادياً ام دائناً ذا حق مقيد فجميع الدائنين سواء في استعمال هذه الدعوى.

وثاني: هذه الشروط هو مايتعلق بالتصرف القانوني المراد الطعن فيه فهو لابد فيه من ان يكون تصرفا قانونيا فلا طعن في التصرفات المادية والقسمة ايا كان نوعها هي من التصرفات القانونية وكذلك ان يؤدي هذا التصرف القانوني الى اعسار المدين او الى الزيادة في اعساره وكذلك يكون هذا التصرف تالياً في نشوه لوجود حق الدائن : انظر في ذلك د.منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، جـ٢ ، عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٨ ص١٠٥ .

وثالثها: ان يهدف الشريك (المدين) من تصرفه (بالقسمة) الى التسبب باضرار الدائن بمعنى ان ينطوي تصرفه على الغش فاذا تصرف المدين وهو عالم بان تصرفه ذلك سيؤدي الى افقهاره او الزيادة الى افقهاره فان ذلك التصرف يعتبر قرينه قابلة لاثبات العكس على توافر الغش فيكون على الدائن ان يثبت ان المدين قد قصد من تصرفه ذلك هو التخلص من الوفاء بالتزامه تجاه الدائنين بانقاص الضمان العام لامواله وهذا الشرط هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البوليصة كون الباعث هنا هو الذي له الدور الكبير في نفاذ التصرف في حق الدائن او عدم نفاذه : انظر في ذلك د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام واثار الحق في القانون المدني ، ط١، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤،ص١٠٧.

رابعها: ان يقيم المدعي (الدائن) الدعوى ليس على مدينه (الشريك) وانما على باقي الشركاء (وهم من صدر لهم التصرف في القسمة) انظر في ذلك د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، جـ٢، بغداد ، مطبعة العانـــي ، ١٩٥٠ ص٣١٢ .

(٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ص٥١٨ .

فيظهر بان القانون المدني الاردني هو الاخر قد اعتبر ان اجراء القسمة رضاء ام قضاء وعدم دخول الدائنين فيها رغم دعوتهم الى الدخول فيها فانه ليس للدائنين بعدها حق التدخل او الاعتراض او الطعن بها الا في حالة الغش[١] .

وتوافق تلك النصوص الفقرة (٢) من المادة ٨٤٢ من القانون المدني المصري وذلك بقولها : (اذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها ان يطعنوا عليها الا في حالة الغش) الا انه من جهة اخرى اذا كانت القسمة قد اجريت قضاء وصدر الحكم فيها بالقسمة حيث يكون للدائنين ان يطعنوا فيها بدعوى اعتراض الغير (اعتراض الخارج عن الخصومة) وذلك بعد توافر شروطها[٢].

---

(١) د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ص١٧٤ .

(٢) لقد منح قانون المرافعات المدنية للدائنين طريقا خاصا للطعن بالحكم الصادر في حالة القسمة القضائية سواء اكتسب ذلك الحكم الدرجة القطعية ام لم يكتسبها وهو طريق اعتراض الغير باعتباره طريقا خاصاً من طرق الطعن في الاحكام القانونية يكون فيه للدائن الذي لم يكن طرفا وممثلا في دعوى القسمة وقد تعدى اليه الحكم الصادر بدعوى القسمة او مسه في ان يطعن بذلك الحكم بقصد ابطاله او تعديله بالقدر الذي يمس حقوقه : انظر د. سعدون ناجي القشطيني ، المصدر السابق ص ٤٤٦فاذا ما اجريت القسمة القضائية ولم يدخل الشركاء الدائنون فيها او لم يبلغوا الدائنين المقيدة حقوقهم عليها وتمت القسمة وصدر الحكم فيها فاذا علم الدائن بحكمها ورضى به وقبل تنفيذه رغم ما يتضمنه من اضرار بضمانه العام عندئذ سقط حقه في الاعتراض ذلك ان الرضا ينافي الضمان والساقط لا يعود : انظر في ذلك الاستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ص١٠٨ ولا يؤدي قيام الدائن بالطعن بالقسمة القضائية التي اجراها مدينه وذلك عن طريق دعوى اعتراض الغير الى ايقاف تنفيذ حكم ازالة الشيوع حيث ان هذا الطريق من طرق الطعن غير الاعتيادية لا يتضمن المساس بتنفيذ مضمون الحكم المعترض عليه الا اذا تبين للمحكمة المقدم اليها الطعن ان استمرار تنفيذ الحكم سيسبب ضررا بالمعترض وقد قدم المعترض الى المحكمة من الاسباب الجدية ما يجعلها تقتنع بطلبه عندها تقرر وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه : انظر الاستاذ فارس الخوري ، المصدر السابق ص٥٣٥ ولقد جاء في الفقرة (١) من المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ما نصه :(كل حكم صادر عن محكمة بداءة او استئناف او احوال شخصية يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير الذي لم يكن خصما ولا ممثلا ولا شخصا ثالثا في الدعوى اذا كان الحكم متعديا اليه او ماسا بحقوقه ولم يكن قد اكتسب درجة البتات) وعليه فان كان الدائن ممثلا بولي او وصي او قيم او غيره لم يجزله الاعتراض على القسمة القضائية فيما بعد على اساس انه من الغير : انظر في ذلك د. سعدون ناجي القشطيني ، المصدر السابق ص ٤٥١ ، فان كان الدائن قاصرا كالصغير مثلا الا ان وليه او وصيه لم يعترض على القرار القاضي بالقسمة القضائية اعتراض الغير ، فليس للدائن (القاصر) بعد ان ينتهي قصره ان يعترض على ذلك الحكم عن طريق اعتراض الغير ، ذلك لانه كان مخاصما في الدعوى بواسطة وليه او وصيه فكان على الولي او الوصي ان يتخذ الطرق القانونية للطعن في الاحكام الصادرة بشان القاصر فان لم يكن قد سلك تلك الطرق ونشأ عن ذلك ضرر اصاب مصلحة الدائن ففي هذه الحالة يتحمل الولي او الوصي الضرر الذي اصاب القاصر جراء عدم قيام الولي او الوصي بالطعون القانونية التي كان ينبغي عليه ان يقوم بها حتى فاتت مدتها : انظر في ذلك الاستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ص ١٠٧ وفي ذلك نجد ان الحكم الصادر عن محكمة تمييز العراق المرقم ١١١/صلحية/٦٤ في ٦٤/٤/٧ التي جاء فيها (..لا يحول الحكم الصادر بازالة شيوع التعبة او اكتسابه الدرجة القطعية من اقامة دعوى اعتراض الغير اذا مس ذلك الحكم حقوق الشركاء الاخرين الذين لم يخاصموا في الدعوى لا اصالة ولا بواسطة من ينوب عنهم والذين لم يدخلوا شخصا ثالثا في الدعوى ولا ينفذ عليهم هذا الحكم السابق ..) انظر الاستاذ القاضي ابراهيم

الفرع الثاني
موقف الدائنين بعد اتمام القسمة في الفقه الاسلامي

واما عند الفقهاء المسلمين فان تصرف المدين تصرفا ماليا (بالقسمة ام بغيرها) وكان هذا التصرف منطويا على غش منه يهدف به الى الاضرار بحقوق دائنيه كما لو وقف المدين ماله قاصدا بذلك الاضرار بدائنيه فيعتبرتصرفه هذا موقوفا ولايسري بحق دائنيه[١] .

وعلى ذلك فاذا تمت القسمة فعند الفقهاء المسلمين من الحنفيه ان للدائنين ان ينقضوها بعد تمامها وذلك في احدى الاحوال الاتية :

الحالة الاولى : باستطاعة الدائنين نقضها في حال كون مورث الشركاء المشتاعين مدينا لهم وكان ذلك الدين محيطا بالتركة الا اذا كان للشركاء مال غيره للوفاء بذلك الدين او ابرأهم الدائنون من الدين او بقى من التركه مال يكفي لتسديد الدين عندها يمكن ان تمضي القسمة ولا تنقض ولقد استدل فقهاء الحنفية في ذلك على قوله تعالى: **(مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ)** [٢]

واما الحالة الثانية : ويمكن فيها ان تنقض القسمة اذا تمت ثم ظهر وارث اخر او موصى له بنسبة معينة من المال كالثلث او الربع فان ذلك سيؤدي الى نقض القسمة وذلك ان ظهور الوارث او الموصى له كشريك لم يدع الى القسمة[٣]

وفي مجلة الاحكام العدلية مع انها لم تصرح بان وجود الغش يسمح للدائنين في التدخل لفسخ القسمة بعد تمامها الا ان نص المادة ١١٦١ منها نصت : (اذا ظهر دين على الميت بعد قسمة التركه تفسخ القسمة الا اذا ادعى الورثه الدين او ابراهم الدائنون منه او ترك الميت مالا سوى المقسوم يفي بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة) فيظهر ان المجلة حددت حالات تدخل الدائنين في القسمة بعد تمامها الا اذا قام الشركاء بايفاء

المشاهدي ، المصدر السابق ص ٤٣٣ ويقابل نص الفقرة (١) من المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي نص الفقرة (١) من المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات المدنية المصري التي تنص على انه : (يجوز لمن يعتبر الحكم صادراً في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد ادخل او تدخل فيه ان يعترض على هذا الحكم بشرط اثبات غش من كان يمثله او تواطئهِ او اهماله الجسيم..) فيظهر من ذلك ان القانون المصري قد اشترط على الدائن اثبات غش المدين او اهماله الجسيم لا مكان الطعن بالقسمة القضائية عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة : انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص ٩٤٤ ، في حين وعلى خلاف الحال في القانون العراقي الذي كان قد اشترط تعدي الحكم الى المعترض او مساسه به : الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ج٢ص ٣٥٧.

(١) د. صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٣٠٧ .

(٢) سورة النساء ايه (١١) ، وانظر في ذلك الشيخ برهان الدين ابا الحسن على بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، المصدر السابق، ص ٥١ .

(٣) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ص ٣٠ .

الدين او ان الدائنين قد ابرأهم او ان يظهر مال اخر للميت ممكن ان يفي بمقدار ذلك الدين[١] .

فيظهر ان هذا الحكم المستقى من الفقه الاسلامي (وكما سبق وبيناه عند الفقهاء الحنفية) قد فرق بين الدين المستغرق للتركة وبين الدين غير المستغرق للتركه فقضى بنقض القسمة في الحالة الاولى وبعدم جوازها في حق الدائنين في الحالة الثانية[٢] .

واما عند فقهاء المسلمين من الشافعية فقد انقسموا الى اتجاهين فمنهم من يقول بانّ طبيعة القسمة كونها تمّيز الحقين فان القسمة عندهم لاتنتقض وذلك لان كل طرف قد اخذ عين حقه واما الاتجاه الاخر وهم من قالوا بانها بيع ففي ذلك وجهان فمنهم من يقول انها تنقضي في حال تعلق حق الغير بالمال المقسوم ومنهم من يقول انها تنقضي اذا لم يفِ الورثة بالدين[٣] الا اننا نجد ايضا من فقهاء الشافعية من يقول بامكانية نقض القسمة على اساس اكتشاف الغلط فيها فاذا تمت القسمة وادعى بعض الشركاء انه كان قد وقع في غلط فقد فرقوا بين حالتين، اما الحالة الاولى: فاذا لم يتمكن مدعي الغلط من اقامة البينة الدامغة على وجود الغلط وعلى بيان مقداره ذرعا ان كانت قسمة اجبار او تعديل او وزن ان كانت قسمة رد والا لم تسمع دعواه؛ وذلك لان الدعوى المجهولة عندهم مردودة فاذا استطاع مدعي الغلط ان يحدد قدر الغلط سمعت دعواه، فان وافق شركاؤه على ذلك الغلط نقضت القسمة اما اذا كذب شركاؤه ذلك الغلط فلمدعي الغلط ان يحلفهم على ذلك فان حلفوا جميعهم امضيت القسمة وإن نكلوا عن الحلفان ردت اليمين على مدعي الغلط فان حلف اليمين نقضت القسمة، وفي حال حلف بعض شركائه اليمين ونكل بعضهم الاخر عنها ردت يمين من نكل منهم على مدعي الغلط فان حلف ففي هذه الحالة تبطل القسمة في حقه وكذا في حق من حلف من شركائه. واما في الحالة الثانية: فاذا احضر مدعي الغلط بينته فان كانت القسمة رضائية واتفق عليها جميع الشركاء لم تسمع دعواه لانه قد يكون رضي باقل من حقه، واما ان كانت القسمة قضائية ففي هذه الحالة تسمع دعواه بالغلط و تبطل القسمة [٤].

واما عند فقهاء المسلمين من المالكية فإن القسمة ترد ان اقتسم الورثة التركه رضاء وجهلوا ان على التركه دين وان عليهم الوفاء بقيمة الدين من اموالهم الخاصة وبمال يغطي مقدار الدين وكذا الحكم فيما لو كانت القسمة قد اجريت قضاء حيث تنقضي القسمة فيها ايضا وذلك ان القاضي قسم بين الورثة بمكان مالو قسم الورثة المال بانفسهم بغير امر من القاضي [٥].

---

(١) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ص ص ١٧٣ ، ١٧٥.

(٢) المرحوم د. محمد يوسف موسى ، التركة والميراث في الاسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود والرومان بحث مقارن ،القاهرة ،دار المعرفة ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، ص ١٢٢ .

(٣) الامام النووي، المصدر السابق ، ص١٨٠ .

(٤) الامام ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، ادب القاضي،ج٢تحقيق محيي هلال السرحان، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٧٢، ص ص ٢١١، ٢١٣.

(٥) الامام مالك بن انس الاصبحي، المصدر السابق ، ص ص ٤٨٢، ٤٨٤ .

واما عند فقهاء المسلمين من الحنابلة فالحكم مختلف عندهم، ذلك ان القسمة لا تبطل في حال ظهور دين على التركة ذلك ان تعلق الدين بالتركه كان قد تم بغير رضاهم [١].

(١) الامام ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، المصدر السابق، فقرة ٨٣٣٢ ، ص١١٤.

الفصل الثالث

اثار القسمة

تمهيد وتقسيم:

تترتب على اجراء القسمة جملة من الاثار الاساسية كما تترتب عليها اثار ثانوية، ومن الاثار الاساسية لما كانت وظيفة القسمة هي انقضاء الشيوع. بما يتضمنه من مساوئ وذلك باختصاص كل متقاسم بجزء مفرز من المال المشاع على سبيل الاستئثار والانفراد به، ولكن من اي وقت يعتبر ذلك المتقاسم مالكا للنصيب الذي ال اليه بالقسمة هل يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع ام انه يعتبر مالكا له منذ وقت القسمة وهذا يتعلق بطبيعة القسمة وهل انها ناقلة لحق المتقاسم ام كاشفة له ام انها ذات طبيعة خاصة...

واما الاثر الاساسي الاخر فلما كانت القسمة قائمة على وجوب المساواة بين انصبة الشركاء فمن هنا نشا ضمان المتقاسمين لما يتعرض له كل منهم من تعرض او استحقاق للغير وكذا ما قد يحدث في القسمة الرضائية من غبن فاحش تلك هي الاثار الاساسية للقسمة.

واما بالنسبة للاثار الثانوية التي تترتب على القسمة فمنها التزام المتقاسم بدفع المعدل والتزام الراسي عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذي رسا به المزاد وحق امتياز المتقاسم على المقسوم عقارا ام منقولا تأميناً لحق كل متقاسم في الرجوع على الاخرين بسبب القسمة واستيفاء ما تقرر لهم من معدل و مثل تلك الاثار يمكن ان تحكمه القواعد العامة...

وعليه فسنتعرض في هذا الفصل للاثار الاساسية التي تترتب على القسمة لذا فسوف نقسمه الى مبحثين نتعرض في المبحث الاول منه للطبيعة القانونية للقسمة. واما في المبحث الثاني منه فسنتعرض فيه لضمان المتقاسمين واثر الغبن في القسمة..

المبحث الاول
الطبيعة القانونية للقسمة

لقد انقسم الفقهاء الى عدة اتجاهات في تحليل طبيعة القسمة فمنهم من يرى أنها ذات طبيعة ناقلة لحق المتقاسم، ومنهم من يرى أنها ذات طبيعة كاشفة للحق، في حين نجد ان اتجاها ثالثا منهم قد ذهب الى القول بانها ذات طبيعة مزدوجة، وعليه يقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب حيث سنتعرض في المطلب الاول منها الى الطبيعة الناقلة للقسمة واما في المطلب الثاني منه فسنتعرض الى الطبيعة الكاشفة للقسمة فيما سنتعرض في المطلب الثالث الى الطبيعة المزدوجة للقسمة..

المطلب الاول
الطبيعة الناقلة للقسمة

يقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع حيث سنتطرق في الفرع الاول منها الى نشأة الطبيعة الناقلة للقسمة وتحديد معناها والنتائج المترتبة على الطبيعة الناقلة للقسمة واما في الفرع الثاني فسنتطرق فيه الى تقدير الطبيعة الناقلة للقسمة، وفي الفرع الثالث منه فسنتطرق الى الصفة الناقلة للقسمة في الفقه الاسلامي...

الفرع الاول
نشأة الطبيعة الناقلة للقسمة وتحديد معناها والنتائج المترتبة عليها:-

اولا: نشاة الطبيعة الناقلة للقسمة: -

ان اول من نظر الى اعتبار طبيعة حق المتقاسم وكونه ناقلا للملكية هم الفقهاء الرومان [١] واساس هذا التوجه عندهم هو لتكييفهم طبيعة حق الشريك المشتاع اثناء فترة الشيوع وكونه مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع وعلى قدر حصته الرمزية في ذلك المال، وما دفع الفقهاء الرومان الى ذلك هو لانهم ارادوا ان يوجدوا تكييفا يوازن ما بين عدم امكانية قسمة المال ماديا وبين حالة تعدد الشركاء في ذلك المال [٢].

ثانيا: تحديد معنى الطبيعة الناقلة للقسمة:-

ان القسمة وبحسب مفهوم الطبيعة الناقلة لها انما تقوم على اساس المبادلة بين الشركاء المشتاعين[٣] وتقوم هذه المبادلة بان يتنازل كل شريك من الشركاء المشتاعين للاخر عن ماله من حصة واقعه في انصبائهم في مقابل ان يتنازل له باقي الشركاء المشتاعين عما لهم من حصص واقعة في نصيب الشريك الاول بمعنى ان القسمة قد نقلت لكل متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل وكيفية ذلك اذا كان شيوعا بين شريكين لاحدهما فيه الثلث وللشريك الاخر الثلثان فانه باجراء القسمة وبحسب الطبيعة الناقله لها فانه ينزل الشريك الاول عما كان له من الثلث ووقع هذا في النصيب المقسوم للشريك الثاني وعوضا عن ذلك ينزل الشريك الثاني للاول عن الثلثين الواقعين في النصيب المقسوم للاول، وعليه نجد ان هناك عملية مقايضة قد تمت بين الشركاء المشتاعين على الحصص المعنوية لكل منهم قادت الى ملكية انفرادية لكل شريك منهم على نصيب مفرز محدد له بدلا عن الملكية الشائعة فملكية الشريك المفرزة تولدت عن اجتماع ما ال اليه من شركائه من حصص بالقسمة (مع ما يوازي من حصص الشركاء وقعت في نصيب الشريك المتقاسم) اضافة الى حصته الاصلية الناشئة له عن ملكيته الخالصة[٤].

---

(١) د. احمد عبد العال ابو قرين، المصدر السابق، ص٢٣٤.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة الجامعة اصدار جامعة عين شمس، العدد ١ ، السنة ٦، ١٩٦٤ ص١٩٠.

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق ص١٥٧.

(٤) د. حسن كيره، المصدر السابق ، ص٥٠٠:
ومن التشريعات التي اخذت بالطبيعة الناقلة للقسمة نجد المادة ٥٥٥ من المجموعة المدنية المختلطة المصرية (الملغاة) التي نصت: (قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع). ونستنتج من هذا النص ان المشرع المصري (في هذا القانون) قد اعتبر القسمة ذات طبيعة منشئة (ناقلة) الا اننا نجد ان القضاء في مصر لم يأخذ بذلك حيث فسر النص على انه كان زلة قلم من المشرع المصري ولم يقصد بها مخالفة التشريع الفرنسي في ذلك: انظر في ذلك د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق ص٢٣٦.

ثالثا: النتائج المترتبة على الطبيعة الناقلة للقسمة: -

يترتب على الاخذ بالطبيعة الناقلة للقسمة جملة من النتائج ومن اهمها:

اولا: ان كل شريك يعتبر مالكا لنصيبه منذ وقت القسمة وليس منذ بدء الشيوع بمعنى انه لا اثر رجعيا لكل متقاسم على نصيبه لذا فان كافة التصرفات القانونية التي اجراها ايا من الشركاء على حصته قبل القسمة تبقى سارية بمعنى ان تنتقل تلك الحصة لكل شريك بعد القسمة مثقلة بالتصرفات القانونية التي اجراها غيره عليها اثناء مدة الشيوع [١].

ثانيا: اعتبار كل شريك خلفا لباقي الشركاء،فحسب الطبيعة الناقلة للقسمة حيث تعترف بكافة التصرفات والاوضاع القانونية التي حدثت اثناء مدة الشيوع من أي شريك مشتاع مهما كانت نتيجة القسمة فاذا اجرى احد الشركاء رهنا على المال انتقل الى المتقاسم محملا بالرهن وبحدود حصة الشريك الراهن ولا يستطيع المتقاسم التحلل منه الا بوفائه للرهن[٢] .

ثالثا: ان القسمة يمكن ان تكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي على اساس اعتبار السبب الصحيح هو البيع وحسب الطبيعة الناقلة للقسمة[٣] .

الفرع الثاني
تقدير الطبيعة الناقلة للقسمة

الاتجاه الاول:

لقد ذهب جانب كبير من الفقهاء الى ان اثارا سلبية عديدة من الممكن ان تترتب على الاخذ بالطبيعة الناقلة للقسمة ابرز تلك الاثار السلبية هي:-

١- لما كانت الطبيعة الناقلة للقسمة تعني ان الشريك المشتاع يعتبر مالكا منذ وقت القسمة وليس منذ تاريخ بدء الشيوع مما سيؤدي الى انتقال كافة التصرفات والاوضاع القانونية التي يكون قدر رتبها غيره من الشركاء اثناء فترة الشيوع على نصيبه بعد القسمة [٤] .

٢- نظرا لما شهده بداية القرن الخامس عشر وتطور الحياة بدأ الافراد بالالتجاء الى الرهن العقاري (الرهن التاميني) الذي انتشر في فرنسا باعتباره اهم ضمانة للوفاء بديون الشركاء[٥] فكان الرهن ينتقل حتى بعد القسمة لنصيب المتقاسم لذا فانهم وجدوا ان الاثر الناقل لا يوفر الحماية القانونية لنصيب المتقاسم بعد القسمة فضلا عن انتقال النصيب الى المتقاسم وهو مثقل بما يكون غيره من الشركاء قد رتبوه

---

(١) د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق ، ص٨١.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني الملكية في قوانين البلاد العربية، ص٦٧.

(٣) انظر بهذا المعنى د. محمد جمال الدين زكي، المصدر السابق ص١٨٤.

(٤) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، اصول القانون المدني الحقوق العينية الاصلية والتبعية، القاهرة، مطبعة دار الجيل، ١٩٩٨ ص١٢٧.

(٥) د. حسن كيره، المصدر السابق، ص٥٠١.

على حصته من رهون مما يضطر معه المتقاسم ولكي يتخلص من عبء تلك الرهون في ان يرجع على غيره ممن قرر اجراءها وحسب احكام الضمان لكي يبرئ ذمته منها ولا يخفى ما في ذلك من صعوبات عديدة. ومما يزيد في صعوبة الامر كون الرهن خفيا لعدم اجراء عملية الشهر عليه[١] .

٣- كما ان في اعتبار القسمة ناقلة ما يؤدي الى تعدد سندات الملكية وما ينجم عن ذلك من صعوبات كثيرة حيث يكون لكل متقاسم سندان فاضافة الى سند القسمة هناك سند الوصية او الارث في حين لو لم تكن القسمة ناقلة لكان سند ملكية كل متقاسم هو سند الملكية الاصلي في حالة الشيوع كالوصية او الهبة او الارث[٢] ذلك ان تعدد تلك السندات يؤدي الى العديد من الاشكالات القانونية وبحسب نظام الاقطاع الذي كان موجودا في فرنسا حيث كان يفرض ضريبة على كل من انتقلت اليه حيازة الارض الزراعية فكان ورثة مالك الارض يدفعون ضريبة وحسب مفهوم الطبيعة الناقلة على اساس ان حقا جديدا قد انتقل اليهم وذلك بوفاة صاحب الارض السابق وانتقال حيازة الارض منه اليهم [٣].

٤- كذلك نجد ان الطبيعة الناقلة للقسمة ستؤدي الى ان القسمة لا يمكن ان ترتب اثارها او الاحتجاج بها الا بعد تسجيلها سواء ارادوا الاحتجاج بها فيما بين المتقاسمين او اتجاه الغير والسبب في ذلك ان القسمة قد اضافت الى المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل [٤].

الاتجاه الثاني:

على الرغم من العديد من المساوئ التي تترتب على الاخذ بالطبيعة الناقلة للقسمة، الا ان بعض الفقهاء ما زالوا يقولون بطبيعتها الناقلة لاسيما من الفقهاء التقليديين وفسروا ذلك بأنَّ القسمة لديهم انما هي تقتصر على تحديد محل حق الشريك وهي الثابتة اصلا في سند ملكية الشيوع فما يؤول الى هذا الشريك بالقسمة هو ثابت اصلا منذ بدء الشيوع والمشرع انما استخدم حيله قانونية ومجازا بقوله ان القسمة ذات اثر رجعي وذلك لحماية الشركاء من تصرفات غيرهم قبل القسمة واثناء فترة الشيوع وايلولة حصة كل شريك خالية من تصرفات غيره من الشركاء لذا فقد قُرِر للقسمة اثر كاشف [٥].

الفرع الثالث
الصفة الناقلة للقسمة في الفقه الاسلامي

(١) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص١٩١.
(٢) د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص٨١.
(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص١٥٧.
(٤) د. مصطفى محمد الجمال، المصدر السابق، ص١٨٧.
(٥) د. منصور مصطفى منصور، المصدر السابق، ص٣٠٢.

واما عند الفقهاء المسلمين فقد تعددت اراؤهم في تحديد وصف القسمة، فمنهم من اعتبرها ذات صفة ناقلة (كالبيع) ومنهم من لم يعتبرها كذلك فالذين اعتبروها ناقلة كفقهاء المسلمين من الشافعية ولكن بشروط ومنها ان يكون فيها رد وقد استندوا في ذلك ان صاحب الرد حينما يبذل المال انما يقوم بمبادلة مع شريكه الاخر لما حصل للباذل من حق شريكه عوضا، اما اذا انتفى شرط الرد ولم يتحقق فيها فذهب جانب من فقهاء الشافعية الى القول بانها بيع ايضا وذلك لان كل جزء من اجزاء المال الشائع مشترك بين الشركاء وعليه اذا اخذ نصف الجميع فهو قد باع حقه مقابلا لما حصل عليه من حق صاحبه[١] واما الجانب الاخر من فقهاء الشافعية فقالوا لو لم يتحقق شرط الرد فلا تعتبر بيعا وانما هي افراز وتمييز الحقين وذلك لانها لو كانت بيعا لم يجز تعليقها على ما تخرجه القرعة وكذلك لافتقدت الى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة كذلك قالوا انها لو كانت بيعا لم يجر فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل المنعقد الاجزاء بالنار في حين انها جازت في حال كونها ليست بيعا وانما افرازٌ كما انهم رتبوا على ذلك من نتائج انه لو اراد اهل الوقف في نصف الارض ان يتقاسموا مع اهل النصف الاخر من الارض وهو الطلق فاذا كانت بيعا لم يجز لهم ذلك في حين لو انها كانت تمييزاً فانها تصح[٢] ولم يكن فيها رد واما اذا كان فيها رد فاذا كان المتقاسم من اهل الوقف جاز وان كان من اصحاب الطلق لم يجز له ذلك لانهم يتنازعون الوقف ولقد رتبوا على ذلك ايضاً انها لو كانت بيعاً لم تجز قسمه الحبوب والادهان اذا لم يتفرقا من غير قبض ولم تجز قسمتها الا بالكيل واذا كان المقسوم ثمرة على شجرة فان قلنا ان القسمة بيعٌ لم تجز قسمة الشجرة خرصاً ولا بيعاً بعضها ببعض خرصاً [٣] .

واما عند فقهاء المسلمين من الحنابلة فقد قال فقهاؤهم إن طبيعة القسمة لا تكون بيعاً الا اذا كان فيها رد وذلك لان صاحب الرد عندهم يبذل المال عوضاً عما يحصل عليه من مال شريكه وهنا يتحقق البيع ، كما رتبوا على ذلك انها لو كانت بيعاً لم تجز فيها التفرق قبل قبض المقسوم فيما يعتد فيه بالقبض عند البيع واذا كان العقار او نصفه وقفاً لم تجز القسمة [٤] وعليه نجد ان فقهاء المسلمين من الحنابلة قد وافقوا اتجاه فقهاء الشافعية فيما يتعلق بالصفة الناقلة للقسمة .

الا إننا نجد ان قسماً اخر من الفقهاء المسلمين قد رفضوا الطبيعة الناقلة (كالبيع) للقسمة ومنهم فقهاء الجعفرية حيث اعتبروا ان القسمة لا تتضمن البيع والسبب في ذلك وكما يورده بعض فقهائهم بما يوافق ما اختاره المحقق الحلي ، وهو ان النسبه المشتركة بين الشركاء في المال المشاع يكون لها شكلان من الوجود فهي اما ان تكون

---

(١) انظر في ذلك فقهاء الشافعية الامام النووي ، المصدر السابق ، ج٢٠، ص١٧٢.
(٢) الشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي ، حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد، ج٤، ط اخيرة، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٠ ص٣٧٠.
(٣) الامام النووي ، المصدر السابق ، ص١٧٣ .
(٤) الامام ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه ، المصدر السابق ، ج١٠ ، ص١٠١.

موجوده بشكل مشاع او بشكل الكسر العشري او الكلي وغيره واما الشكل الاخر لتلك النسبه فهو ان تظهر بشكل مقسم مفروز حتى يمكن معه القول إنَّ هذا الجزء لهذا وان الجزء الاخر لذاك فاذا ما حدثت القسمةُ فيمكن حينها ان يحصل الشكل الثاني للوجود وعندها تطبق هذا الشكل على الشكل الاول حيث يمكن عندها لكل شريك ان يستأثر بالنصف الموجود لديه وبذا نكون قد طبقنا المصداق على المفهوم دون حاجة للقول إنَّ القسمة بيعاً [١]

المطلب الثاني
الطبيعة الكاشفة للقسمة

يقسم هذا المطلب الى اربعة فروع نتطرق في الفرع الاول منه الى نشأة الطبيعة الكاشفة للقسمة وتحديد معناها وتمييزها عن الاثر الرجعي للقسمة ، واما في الفرع الثاني فنتطرق الى نطاق تطبيق الطبيعة الكاشفة للقسمة والنتائج المترتبة عليها وفي الفرع الثالث نتطرق الى الصفه الكاشفة (الافراز) للقسمة في الفقه الاسلامي واما في الفرع الرابع فنتطرق فيه الى الطبيعة الكاشفة للقسمة في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة .

الفرع الاول
نشأة الطبيعة الكاشفة للقسمة وتحديدمعناها وتمييزها عن الاثر الرجعي للقسمة

اولا: نشأة الطبعية الكاشفة للقسمة وتحديد معناها:-

١- نشأة الطبيعة الكاشفة للقسمة :-

لقد ذهب جانب من الفقه القول إنَّ القسمة ذات طبيعة كاشفة (محددة) مستندين في ذلك الى بعض النتائج السلبية التي تترتب على الطبيعة الناقلة سابقة الذكر. لاسيما حينما استشرى نظام الرهن التأميني (العقاري) وذلك في القرن الرابع عشر في فرنسا التي كانت اول الامر تعتبر القسمة ذات طبيعة ناقلة نقلا عن الفقهاء الرومان [٢] .

مما دفع الفقهاء الفرنسيون الى اعادة النظر في ذلك النظام ومن ثم تركه بشكل كامل وذلك في اواخر القرن السادس عشر حيث رجع القانون الفرنسي القديم[٣] مما

---

(١)السيد محمد الصدر ، المصدر السابق ص٩٧ .

(٢) د. احمد عبد العال ابو قرين، المصدر السابق ص ٢٣٤.

(٣) ويظهر ذلك جليا في كتابات الفقيه الفرنسي بوتييه احد فقهاء القانون الفرنسي القديم الذي كان يرى في القسمة انها لا تعتبر سند تمليك وانما هي تصرف محدد للاشياء التي يتلقاها الوارث حسب فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزء وهذا الجزء يتعين بالقسمة وبمقتضى الاثر الرجعي للقسمة يعتبر الوارث خلفا للمورث فيما يتعلق بالاشياء التي وقعت في نصيبه وانه لم يتلق شيئا من

كان مقررا سابقا في القانون الروماني حيث صار التوجه في ظل ذلك القانون ان يخلص نصيب المتقاسم مطهرا من أي تصرف كان قدر رتبه عليه غيره من الشركاء اثناء سريان فترة الشيوع [١] كما كان للقضاء الفرنسي دور مهم مع حلول القرنين السابع عشر والثامن عشر في تغيير وصف طبيعة القسمة في القانون الفرنسي القديم من الطبيعة الناقلة الى الطبيعة الكاشفة للقسمة وذلك على الرغم من عنايته بالنتائج العملية دون المبادئ النظرية الا انه قد اتاح للفقه تأجيل المسلك القائل إنَّ القسمة كاشفة لحق المتقاسم مقابلة لوصفها في القانون الروماني بانها ناقلة [٢] .

٢- تحديد معنى الطبيعة الكاشفة للقسمة:-

يقصد بالطبيعة الكاشفة للقسمة ان الشريك يعتبر مالكا للحصة التي الت اليه بالقسمة منذ ان تملك في الشيوع وليس منذ تاريخ القسمة وهذا يعني ان القسمة وبحسب طبيعتها الكاشفة انما هي كشفت عن ملكيته لهذه الحصة ولم تنشئ له على هذه الحصة حق ملكية او تنقل اليه ملكيتها، كما ان القسمة وبحسب التصوير اعلاه كشفت عن ان الشريك لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وهذا هو الاثر الكاشف للقسمة [٣].

فان كان مصدر الملكية الشائعة هو الارث صار كل شريك مالكا لنصيبه منذ وقت موت المورث وليس منذ تاريخ القسمة واذا كان مصدر الشيوع هو الوصية فيعتبر المتقاسم مالكا منذ وقت نفاذ الوصية وليس منذ تاريخ القسمة ومن جهة اخرى يعتبر كل شريك لم يملك ابدا أي نصيب مفرز اخر او أي حصة شائعة فيه الت الى شريك غيره[٤] .

ولقد ذهب الفقه التقليدي بادئ الامر الى ان الطبيعة الكاشفة للقسمة مجرد افتراض قانوني فهي مجاز وليست حقيقة وذلك للتخلص من فكرة الطبيعة الناقلة وما يترتب عليها من اثار سلبية ولتأمين وصول نصيب كل متقاسم خالصا من أي تصرف كان قد اجراه غيره من الشركاء اثناء الشيوع، الا انه سرعان ما وجهت سهام النقد الى هذا الاتجاه حيث ان كون القسمة ذات طبيعة كاشفة وذلك لان الطبيعة الكاشفة امر مستمد من طبيعة الشيوع؛ وعليه فهي ليست افتراضاً قانونياً وذلك لان الشيوع يقوم عل اساس تعدد الملاك المشتاعين لمال واحد تعددا تتحدد فيه سلطات كل منهم على ماله من حصص رمزية بحيث تحد من سلطات كل منهم فيه وبحدوث القسمة تنطلق تلك السلطات على انصبتهم المفرزة بحيث لا يحدث تزاحم على نصيبه من الشريك

الورثة الاخرين بطريق القسمة: نقلا عن د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ص٢٢٤.

(١) HENRI ET LEON MAZEAUD JEAN MAZEAUD , LECONS DE DROIT CIVIL , TOME QUATRIEME, PREMIER VOLUME , QUATRIEME EDITION , PARIS , EDITIONS MONTCHRESTIEN , ١٩٦٥ No.٣١١٣,P١٨.

(٢) د. حسن كيره، المصدر السابق، ص٥٠٢.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح احكام حق الملكية، القاهرة، مطبعة دار الفضيلة للطباعة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ ، ص ١٥٠ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق ، ص٩٤٨.

الاخر حيث يستاثر كل شريك بنصيبه وبشكل انفرادي عن الباقين وبذا فالقسمةُ قد ادت الى تغيير محل الحق او انها قد حددت منه مما ادى الى تغيير صاحب الحق فصار واحدا منفردا بنصيبه المفرز بعد ان كانوا عدة شركاء كما ادت الى تغيير وصف الحق فصار استئثاريا بعد ان كان شائعا وعليه فالطبيعة الناقلة لا تستقيم مع هذا المفهوم حيث ان القسمة لم تنقل الى المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل وانما اقتصرت على كشف ما كان له من حق قبل القسمة وكل الذي حدث هي انها قد حددت حقه من التصرفات التي كان قد اتخذها غيره من الشركاء بحيث انها مكنت المتقاسم من التصرف بنصيبه بكامل سلطاته دون مزاحمة باقي الشركاء [١].

ثانيا: التمييز بين الاثر الكاشف والاثر الرجعي للقسمة:-

ان التصرف المترتب على الطبيعة الكاشفة للقسمة على نوعين فهو اما ان يكون تصرفا كاشفا بطبيعته وهو التصرف الاعترافي الخالص او انه تصرفٌ كاشفٌ بحكم القانون وهي التصرفات التي تمنح الوصف الكاشف استنادا الى ارادة المشرع متمثلا بنص القانون وبما يؤدي الى اعطاء الاثر الرجعي للقسمة [٢].

وعليه فعند جانب من الفقهاء ان اعتبار القسمة كاشفةٌ سيستتبع رجعيتها ومن جانب اخر فقد كان مفهوم عند الفقه التقليدي الترادف بين عبارة الاثر الكاشف وبين الاثر الرجعي مما استتبع القول بانها رجعية والقول بانها رجعية يعني ان كل شريك يعتبر مالكا لما افرز له بنتيجة القسمة في نصيب مفرز ليس منذ وقت القسمة، كما وليس منذ وقت ان تملك في الشيوع (كما هو عليه الحال في الطبيعة الكاشفة) وانما منذ بدء الشيوع مما سيقودنا ذلك الى القول إنَّ الاخذ بالاثر الرجعي لطبيعة القسمة يعني عدم الاعتراف بجميع مراحل الشيوع مهما كانت قد طالت مدتها واعتبار جميع فترة الشيوع منذ بدايتها وحتى اذا اجريت القسمة فكأنها لم تكن قط [٣].

ولقد حاول جانب من الفقه الذي تمسك بالاثر الرجعي لطبيعة القسمة ان يفسر ذلك وذهب على عدة اتجاهات:

الاتجاه الاول: ذهب جانب من الفقهاء الى انه افتراض قانوني وتحايل بحت ذلك لانه يمثل الاداة الفنية اللازمة لتحقيق هدف القسمة في انهاء الشيوع واقامة المساواة بين الشركاء المتقاسمين وكذلك حصول كل شريك منهم على نصيبه مطهرا من أي تصرف كان قد اجراه غيره من الشركاء اثناء فترة الشيوع الا ان جانبا اخر من الفقهاء ردوا على انصار هذا الاتجاه بالقول ان ذلك الافتراض القانوني والتحايل سيؤدي الى التضييق في تفسير النص فقط لما يتماشى مع الغرض من ذلك الافتراض كما انه يبقى الشك قائماً حول مدى امكانية اقامة الرجعية على اساس الافتراض القانوني لتحقيق اهداف القسمة .. كما ان ذلك الافتراض القانوني ما هو الا مجرد ادوات احتياطية يتم اللجوء اليها حينما تعجز الوسائل الواقعية في ذلك، كما ان ذلك الافتراض لا يمنح الا فائدة مؤقتة وليست دائمة وذلك لانه لابد ان ينكشف ذلك التحايل والافتراض الذي

---

(١) د. حسن كيره، المصدر السابق، ص٥١٣

(٢) انظر في هذا المعنى د. عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق ص١٥٥.

(٣) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه، المصدر السابق، ص١١٥.

تصطنع به مما يؤدي الى انهيار ما يقوم عليها من بناء وعليه فالأولى هجر هذا التصوير والاتجاه الى تصوير اخر يقوم على اسس واقعية تاخذ بنظر الاعتبار قيام مدة الشيوع وتحقيق اهداف القسمة [١].

الاتجاه الثاني: في حين ذهب جانب اخر من الفقهاء الى اقامة الاثر الرجعي للقسمة على اساس المبادئ العامة في القانون بمعنى ان يكون الاثر الرجعي للقسمة قائما على اساس من رجعية الشرط حيث يكون كل شريك واثناء مدة الشيوع متملكا على شرط واقف الا وهو وقوع ذلك الجزء في نصيبه بالقسمة فيتحقق الشرط بأثر رجعي حيث يعتبر الشريك مالكا لذلك الجزء الذي ال اليه بالقسمة دون بقية الشركاء منذ قيام الشيوع في حين يتخلف ذلك الشرط بالنسبة لباقي الاجزاء التي الت الى غيره من الشركاء بنتيجة القسمة حيث يعد غير مالك على الاطلاق[٢] الا انه سرعان ما وجهت سهام النقد الى هذا التصوير هو الاخر؛ ذلك ان اللجوء الى الشرط الواقف متكئا لتبرير رجعية القسمة ولتفادي ما في الطبيعة من افتراض فلا يكون تفادي الافتراض بالانزلاق الى افتراض اخر هذا من جهة ومن جهة اخرى فافتراض ملكية الشركاء المعلقة على شرط واقف يفترض ان هناك ملكية معلقة على شرط فاسخ وبما ان الشركاء وحسب ذلك الافتراض مالكون على شرط واقف اذا فمثل تلك الملكية المعلقة على شرط فاسخ غير موجودة مما سيؤدي الى القول أنهُلا توجد هناك ملكية خلال مدة الشيوع او ان المال المشاع لم يكن مملوكا لاحد الشركاء ومثل تلك النتيجة ستكون غير معقولة [٣].

واما الاتجاه الثالث: من الفقهاء وهم من انصار رجعية اثر القسمة فيقيمونها على اساس ان ملكية الشريك تعتبر معلقة على شرط واقف بالنسبة لما يقع بنتيجة القسمة في نصيبه ومعلقه على شرط فاسخ بالنسبة لما يقع من اجزاء في انصبة غيره من المتقاسمين الا أنهُسرعان ما وجهت الانتقادات الى هذا الراي كونه يقود الى نتائج غير منطقية وذلك لانه لا يمكن حسب مفهومها تحديد أي من الاجزاء تكون ملكيته معلقة على شرط واقف وايهما تكون معلقة على شرط فاسخ وذلك لان تحديد ذلك سيكون متوقفا على اجراء القسمة مما يدل على قصور فكرة ربط رجعية القسمة برجعية الشرط [٤].

ومن كل ما تقدم نصل الى نتيجة هي ان طبيعة الاثر الكاشف لا تعني الترادف مع الاثر الرجعي للقسمة بل ان القائلين بالاثر الكاشف لطبيعة القسمة ينفون على الاثر الرجعي (الاثر المستند) وذلك لان الاخذ بالاثر الكاشف يحقق لهم كافة النتائج التي

---

(١) انظر في ذلك د. حسن كيره، المصدر السابق ص٥٢٧.
(٢) Planiol Et Ripert , Ibidem, No . ٨٥٠ P. ١٠٨٠
(٣) انظر بذلك المعنى Louis Josserand, Ibidem , P ٣٠٤.
(٤) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٧٥.

تغنيهم عن القول بالاثر الرجعي ومنها انه يخلص نصيب كل متقاسم محررا من اية التزامات او حقوق كان قد رتبها احد الشركاء عليه اثناء مدة الشيوع[١].

كذلك ان الاثر الكاشف يختلف اختلافا جوهريا عن الاثر الرجعي من عدة جوانب هي:

١- من حيث الاساس الذي يقوم عليه ومن حيث نطاق التطبيق: فمن حيث الاساس يقوم الاثر الكاشف على حقيقة كونه مستمدا من طبيعة القسمة فهي لا تمثل سندا قانونيا لملكية المتقاسم وانما تكشف عن الحق الذي كان موجودا للمتقاسم منذ ان تملك في الشيوع وبالتالي فجميع الاثار المترتبة على ذلك الاثر يؤخذ بها من دون تضييق، واما في حالة الاثر الرجعي لطبيعة القسمة فهي مجاز او افتراض قانوني حيث يعتبر فيها الشريك مالكا لنصيبه وذلك منذ بدء الشيوع وكونه لم يملك ابدا غير هذا النصيب وهذا افتراض يخالف الواقع حيث كان يرد حق الشريك فيها على جميع المال الشائع لذا لا يؤخذ بهذا الاثر الا في نطاق الغرض الذي دعا اليه على اساس حماية الشريك من تصرفات غيره من الشركاء ولما كان الاثر الكاشف يحقق هذه الحماية فلم تعد هناك حاجة الى القول بالاثر الرجعي للقسمة [٢].

٢- من حيث تملك الثمار: ففي ظل القول بالاثر الكاشف لطبيعة القسمة حيث يتملك بموجبه الشريك ما حصل عليه من الثمار اثناء سريان مدة الشيوع باعتبارها حقا مكتسبا له وبالتالي فهو لا يلزم برد الثمار التي حصل عليها، اما في ظل القول بالاثر الرجعي للقسمة فيترتب على ذلك التزام الشريك برد الثمار التي تخص باقي شركائه في ذلك النصيب مقابل التزام شركائه باعطائه ثمار الجزء الذي ال اليه نتيجة القسمة [٣].

٣- من حيث مقدار المال الشائع وقيمته فاذا زاد المال الشائع وزعت الزيادة باعتبارها جزءاً منه وان قل بهلاك بعضه وقسم باقيه حيث يتحدد المال بوقت القسمة ولما انتهى اليه هذا في ظل القول بالاثر الكاشف، اما ان كان للقسمة اثر رجعي لكان عندها النظر الى مقدار المال الشائع وقيمته لوقت بدء الشيوع [٤].

٤- اذا كان الشركاء قد تصرفوا (تصرفا كالرهن) في المال الشائع اثناء مدة الشيوع يبقى التصرف صحيحا حتى بعد اجراء القسمة ان كان قد وقع ذلك الجزء في نصيب الشريك ذاته وذلك حسب الاثر الكاشف، اما في حالة الاثر الرجعي فيجب فيها اسقاط تصرف ذلك الشريك وان وقع في نصيبه الجزء المرهون قبل القسمة ذلك ان ملكيته تنسحب الى وقت سابق على اجراء التصرف [٥].

٥- في حالة صدور قانون جديد: ففي حالة الاثر الكاشف للقسمة يتم عندها تطبيق القانون الجديد الذي تحدث القسمة عند نفاذه، اما في حالة القول بالاثر الرجعي

---

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ١٥٩.
(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني. والقانون المصري، ص٢٢٥.
(٣) د. محيي الدين اسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص١٣٠.
(٤) انظر في هذا المعنى د. مصطفى محمد الجمال، المصدر السابق، ص١٨٣.
(٥) د عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص١٥٦.

للقسمة فلا يطبق القانون الجديد وانما يصار الى تطبيق القانون السابق على اجراء القسمة [١].

الفرع الثاني
نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة والنتائج المترتبة عليه

اولا: نطاق تطبيق الاثر الكاشف لطبيعة القسمة:

سنحدد نطاق تطبيق الاثر الكاشف لطبيعة القسمة وذلك من حيث التصرفات التي يشملها ومن حيث الاشخاص وكذلك من حيث الاموال كالاتي:

١- نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة من حيث التصرفات:

أ- القسمة العينية البسيطة: وهي الصورة العادية لقسمة المال الشائع وفيها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال يعادل حصته، ومن قبيل القسمة العينية البسيطة هي ان يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع فيها بينهم الى جزأين حيث يختص بكل جزء منهما عدد من الملاك مع بقاء الجزأين كل على حدة مملوكا على الشيوع فيترتب على ذلك ان الشيوع الاصلي سينتهي وينشأ لكل من الفريقين شيوع جديد فالقسمة هنا لها ايضا اثر كاشف؛ وذلك لانها افرزت المال الى قسمين فشمل كل منهما انصبة بعض الشركاء، ويستوي في ذلك ان تكون القسمة قضائية ام اتفاقية ام قسمة فعلية ام قسمة قانونية [٢].

ب- القسمة العينية بمعدل: وتكون في الحالات التي يصعب فيها تقسيم المال الشائع الى حصص عينية متساوية فيدفع فيها من آلت اليه الحصة الكبرى الى من تؤول اليه الحصة الصغرى مبلغا نقديا لتحقيق التوازن بين الحصص، الا ان الاثر الكاشف في هذه الحالة لا يسري على معدل القسمة (نقدا كان ام عينا) . انما يسري الاثر الكاشف فيه على ذات المال الشائع المفرز بالقسمة عقارا كان ام منقولا [٣].

ج- كما يسري الاثر الكاشف على أي تصرف يكتسب بمقتضاه احد الشركاء ملكية حصص باقي شركائه في المال الشائع وذلك عن طريق العقد مثلا فتصير ملكيته في مثل هذه الحالة ملكية مفرزة وكما يمكن ان يكون التصرف في صيغة العقد فإنّه من الممكن ايضا ان يكون في صيغة الهبة حيث يهب احد الشركاء حصته لاخر باعتباران الهبة كتصرف قانوني ترتب عليها افراز مال كان شائعا من قبل [٤].

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، هامش (٢) ص ٢٣٩.
(٢) د. احمد عبد العال ابو قرين، المصدر السابق، ص٢٣٧.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص٩٦٢.
(٤) د. عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص١٥٢ وانظر بعكس هذا الاتجاه فيما يتعلق بالهبة حيث لا يسري عليها الاثر الكاشف بل الاثر الناقل لاعتبار الهبة من التبرعات فيما القسمة من المعاوضات: انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص٩٦١.

د- قسمة التصفية: وهنا لابد من التمييز بين حالتين ففي حالة اجراء قسمة التصفية وبيع المال المشاع بالمزاد وكان المشتري فيها من احد الشركاء فيكون التصرف قسمه يترتب عليها الاثر الكاشف للقسمة، اما ان كان المشتري في قسمة التصفية من غير الشركاء المشتاعين (اجنبي) ففي مثل هذه الحالة يعتبر التصرف فيها بيعا فيما بين الشركاء والمشتري اما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها اثر كاشف [١].

ه- ولا يعد من قبيل التصرفات التي يسري عليها الاثر الكاشف للقسمة التصرفات التي يقتصر اثرها على تعديل حصص الشركاء في المال الشائع ومثالها ان يبيع احد الشركاء نصف حصته الى شريك اخر معه في المال او الى جميع الشركاء؛ ذلك ان مثل هذا التصرف يكون قاصرا على زيادة حصة الشريك المتصرف اليه بقدر الجزء المتنازل عنه من قبل الشريك المتصرف مع بقاء الشيوع قائما بينهم دون تعديل فلم يؤد ذلك التصرف الى اختصاص الشريك بجزء مفرز من المال الشائع في حين كان لابد من ان يتمخض ذلك التصرف عن افراز جزء من المال الشائع حتى يسري عليه الاثر الكاشف للقسمة، اما في حالة قيام احد الشركاء ببيع كامل حصته الى شريك اخر عندها يعتبر التصرف قسمة يسري عليها الاثر الكاشف للقسمة ويعتبر عندها الثمن الذي يتقاضاه الشريك المتصرف في حكم المعدل [٢] .

و- كما انه وبمقتضى الاثر الكاشف للقسمة فان اكتساب الشريك لملكية باقي حصص الشركاء المشتاعين حيث لا تعتبر من قبيل المعاوضات التي تجيز الشفعة لحائز العقار او لمن له حق انتفاع عليه [٣] .

٢- نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة من حيث الاشخاص:-

يسري الاثر الكاشف للقسمة في مواجهة جميع الشركاء وكذلك يسري في مواجهة الغير، ففيما يتعلق بالشركاء المشتاعين سواء اكانوا شركاء اصليين ام شركاء طارئين بمعنى ان يحتج بالاثر الكاشف للقسمة وان تعددت مصادر ملكيتهم للمال الشائع فمن الشركاء من يكون وارثا في المال كما ان منهم من يكون مشتريا لحصة احد الورثة [٤].

اما بالنسبة للغير حيث يسري عليه الاثر الكاشف سواء اكان هذا الغير دائنا عاديا ام دائنا ذا حق مقيد ومثال ذلك اذا قام احد الشركاء برهن جزء مفرز من المال الشائع او انه رتب عليه حق انتفاع ثم ال هذا الجزء الى شريك اخر فانه يؤول اليه خاليا من أي رهن او انتفاع كان قد رتبه احد الشركاء قبل القسمة وذلك عملا بالاثر الكاشف للقسمة [٥].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق ص١٩٣.
(٢) د. احمد عبد العال ابو قرين، المصدر السابق، ص٢٣٩.
(٣) انظر في هذا المعنى د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، هامش (٢) ص٣٦٨.
(٤) د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق، ص ١٨٣.
(٥) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ، ص١٩٠.

٣- نطاق تطبيق الاثر الكاشف للقسمة من حيث الاموال:-

لا يسري الاثر الكاشف للقسمة الا على الاموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم افرازها سواء اكانت من العقارات ام من المنقولات ام انها كانت من الاشياء المادية او الحقوق المعنوية، وعليه فالاثر الكاشف لا يشمل كل من :-

أ- الحقوق الشخصية :-

التي تتضمنها التركة ذلك ان تلك الحقوق تنقسم على الورثة بمجرد وفاة المورث وبالتالي فهي لا تمر بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، فان كانت تلك الحقوق غير قابلة للتجزئة فتطبق حينها عليها احكام عدم القابلية للتجزئة وليس احكام القسمة فان اختص احد الشركاء بمثل هذه الحقوق وجب عندها على باقي الشركاء تحويل حقوقهم منها اليه وحسب احكام حوالة الحق [١] .

ب- معدل القسمة:-

حيث يسري عليه الاثر الناقل وليس الاثر الكاشف؛ ذلك ان معدل القسمة نقدا كان ام عينا ياخذ حكم ثمن المبيع او بدل المقايضة وبالتالي فهو ذو اثر ناقل[٢] .

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص١٥٢.
(٢) د. وليد نجيب القسوس، المصدر السابق، ص١٨٢.

ثانيا: النتائج المترتبة على الطبيعة الكاشفة للقسمة:-

١- سقوط كافة التصرفات القانونية الصادرة من الشريك غير الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز ؛ فمن النتائج التي تترتب على الطبيعة الكاشفة للقسمة ان كل متقاسم لم يعد خلفا لبقية شركائه فيما افرز له من نصيب بالقسمة حيث لا يسري الرهن العقاري مثلاً الصادر قبل اجراء القسمة واثناء فترة الشيوع على نصيب الشريك المتقاسم [١].

٢- من حيث التسجيل: فلما كان القانون يفرق بين التصرفات الناقلة وبين التصرفات الكاشفة فان ورود التصرف على حق عيني اصلي وعقاري لا ينتج اثره لا بين المتعاقدين ولا تجاه الغير الا بتسجيله فإن التصرفات الكاشفة يمكن ان تنتج اثارها فيما بين المتعاقدين دون التسجيل ذلك ان القسمة كشفت عن حق سابق للمتقاسم وافرزت محله وغيرت وصف الحق فيه من حق شائع الى حق انفرادي ورتبت هذه الاثار منذ تمام القسمة وقبل تسجيلها ومثال ذلك ان ارضاً شائعة بين عدة ملاك واقتسموها دون التسجيل وبيع عقار مجاور لهم ثم اراد احد المتقاسمين غير المجاورين للعقار المبيع تملكة بالشفعة بحجة ان حالة الشيوع لازالت قائمة بينهم لعدم تسجيل القسمة واستيفاء شروط الشفعة فان المشفوع منه يمكن ان يدفع ذلك باجراء القسمة بين الشركاء وعدم استيفاء شروط الشفعه كون المشفوع منه ليس مجاورا لصيقاً لنصيب الشفيع[٢] اذا فهي لا تعتبر حجة تجاه الغير الا بعد التسجيل وذلك لتوفير الحماية القانونية للغير لكي يعلم تغيير مراكز حق الشركاء ولتمكين الشركاء من الاحتجاج بها في مواجهة الغير فاذا ما سجل القسمةُ استطاع الشركاء الاحتجاج بها على الغير اما اذا سجل الغير عقده وكانت القسمة بين الشركاء مسجلة ايضا فهنا يعتد بمن سجل تصرفه اولا فاذا كان المشتري (الغير) لحصة شائعة هو الذي كان قد سجل عقده قبل تسجيل الشركاء للقسمة استطاع عندها من تجاهل القسمة التي اجريت بين الشركاء، ويستوي في ذلك ان يكون شراء المشتري لتلك الحصة سابقا ام لاحقا لاجراء القسمة ويكون للمشتري دون الشريك (البائع) الحق في الدخول باجراءات القسمة[٣] .

---

(١) انظر بهذا المعنى الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه، المصدر السابق ص١٢٦.

(٢) د. حسن كيره، المصدر السابق، ص٥١٧.

(٣) د. سليمان مرقس، عقد البيع ، ط٥، بيروت، المنشورات الحقوقية، دار صادر، د.ت ، ص٧٣٨: لقد جاءت العديد من القرارات القضائية التي تؤكد اهمية تسجيل القسمة للاحتجاج بها ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية المرقم ٣٦٤/ نقض مدني/ ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٤/٢ الذي جاء فيه: (اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه وعدم الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة). القرار منشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، العدد الثاني، السنة الخامسة عشرة القضائية، من ابريل الى يوليه لسنة ١٩٦٤، ص٥٠٣، وكذلك القرار الصادر عن ذات المحكمة المرقم ٥٤٥/ نقض مدني/ ١٩٥٥ في ١٩٥٥/١٠/٢٠ الذي جاء فيه: (.. بيع حصة شائعة في بعض هذه العقارات وتجاهل الشركاء لهذا المشتري وقسمتهم العقارات قضاء او اتفاقا وثبوت تسجيل عقد البيع (للمشتري) قبل تسجيل عقد القسمة... عدم جواز الاحتجاج عليه بهذه القسمة...) القرار منشور في مجلة المحاماة المصرية، القاهرة، مطبعة حجازي، نقابة المحامين المصريين، العدد الرابع،

٣- كما ان القسمة وحسب هذا التصوير لم تعد سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي لان التقادم الخمسي يتطلب حسن النية والسبب الصحيح هو تصرف قانوني من شإنه ان ينقل الملكية او الحق العيني الى الحائز باعتباره خلفا له والمتقاسم لم يعد هنا خلفا لمن قام بذلك التصرف استنادا على التصوير الكاشف حيث كشفت القسمة عن حق سابق للمتقاسم على ذلك المال فاذا اقتسم ورثة مشتاعون مالا ضانين انه ملك لمورثهم ثم ظهر انه لم يكن كذلك فلا تنتقل الى الوارث ملكية النصيب الذي ال اليه ولو استمرت حيازته له مدة خمس سنوات وذلك لان القسمة حتى لو كانت مسجلة فحسب التصوير الكاشف ليست سببا صحيحا لتملك العقار بالتقادم القصير كما لا يستطيع الورثة تملك العقار على اساس واقعة الارث لكونها واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا [١] .

٤- كما يترتب على القسمة ان يكون سند ملكية المتقاسم سنداً واحداً هو السند القانوني الذي تملك فيه الشريك بالشيوع فاذا كان مصدر الشيوع هو الارث مثلاً فان سند ملكية الشريك المتقاسم هو سند واحد يتمثل بالسند الذي تملك به في الميراث وليس سند القسمة[٢] .

٥- كذلك فانه يترتب على القسمة وحسب الطبيعة الكاشفة لها امكانية نقض القسمة (الرضائية) في حال وقوع غبن بين انصبة المتقاسمين ، ذلك ان طبيعة الاثر الكاشف هو التعادل بين انصبة المتقاسمين بما يوازي نصيب كل متقاسم اثناء مدة الشيوع[٣]

السنة السادسة والثلاثون ، ديسمبر، ١٩٥٦، ص١٥٣، وكذلك القرار المرقم ٣٥٦/ نقض مدني/ ١٩٥٥ في ١٩٥٥/٥/١٧ الذي جاء فيه (.. حق الغير في التمسك بحصول البيع وخروج احد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع ...) القرار منشور في مجلة المحاماة، المصدر نفسه، ص٧١٨.

(١) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٨٤.

(٢) د.عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني الملكية في قوانين البلاد العربية ، ص ٧٠ .

(٣) انظر بهذا المعنى د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .

الفرع الثالث
الصفة الكاشفة (الافراز) للقسمة في الفقه الاسلامي

ان من الفقهاء المسلمين من اعتبر ان صفة القسمة تتمثل في افراز النصيبين وتتمييزاً للحقين اذا لم يكن فيها رد عوض او لم يكن بين الانصبة تعديل بسهامها ومثاله تساوي الارض المشاعة بجميع اجزائها من حيث قوة انباتها او قربها من مصدر الماء وكما سبق ان فصلناه سابقا[١] هذا عند الفقهاء الشافعية ، واما عند الفقهاء الحنابلة فقد ذهبوا الى اعتبار ان صفة القسمة افرازا (كاشفة) لحق المتقاسم شريطة كونها تقع ضمن قسمة الاجبار حيث تنفرد عن البيع بأسمها واحكامها فلا تقع فيها الشفعة ولا تفتقر الى لفظ التمليك ويلزم فيها اخراج القرعة ويتحدد نصيب كل من الشريكين بنصيب الاخر[٢] واما الفقهاء الحنفية فلم ياخذوا بكون صفة القسمة افرازا فقط[٣] .

واما عند الفقهاء المالكية فقد قالوا إنَّ قسمة القرعة اذا كانت تجري بالمراضاة تكون تمييز (افراز) حق الشريك في المال المشاع بين الشركاء[٤] واما عند فقهاء الجعفرية فقد قالوا إنّ القسمة ممكن ان تكون افرازا (كاشفة) اذا كانت تجري في الاموال المشاعة التي هي من جنس واحد ومثلها المثليات كالحبوب والادهان والمائعات وفي بعض القيميات المتساوية الاجزاء[٥].

---

(١) الامام النووي ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .
(٢) الامام ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه، المصدر السابق ، ص ١٠١ .
(٣) انظر في ذلك من الفقهاء الحنفية الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، المصدر السابق ص ٩١ .
(٤) انظر بهذا المعنى من الفقهاء المالكية الشيخ ابو بكر حسن الكشناوي ، المصدر السابق ص ٤٦ .
(٥) السيد محمد علي الموسوي الحمامي ، المصدر السابق ، المسالة ٢٨٠ ص ٩٤ .

الفرع الرابع
الطبيعة الكاشفة للقسمة في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة

ان التشريع العراقي لم يأخذ بكون طبيعة القسمة ذات اثر رجعي على الاطلاق فقد كان مترددا بين الاثر الرجعي وبين الاثر الناقل[١] الا اننا نجد ان المادة ٨٤٣ من القانون المدني المصري قد تبنت الاثر الرجعي لطبيعة القسمة وهو ما نجده ماثلا في نص المادة المذكورة اذ نصت على : (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ ان تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص) فيلاحظ ان نتيجة القسمة وبحسب نص المادة ٨٤٣ مدني مصري ستؤدي الى نتيجتين هما :

الاولى: ان كل متقاسم يعتبر مالكا منذ وقت أن تملك في الشيوع لنصيبه المفرز وليس منذ وقت القسمة.

واما النتيجة الثانية : ان كل متقاسم يعتبر مالكا فقط لما آل اليه نتيجة القسمة من الحصة وكأنه لم يعد مالكا قط لاي حصة غيرها اذ نجد أنَّ المشرع المصري يعد القسمة ذات اثر رجعي كونه اعتبرها كاشفة للحق وليست ناقلة له وبذا فالمشرع المصري قد خالف اتجاه القانون الروماني وكذلك اتجاه جانب من الفقهاء المسلمين فيما يتعلق بطبيعة القسمة[٢] . وبذات الاتجاه نجد المادة ٨٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت : (يعد كل متقاسم كأنه مالكا في الاصل للاشياء التي خرجت في نصيبه او التي اشتراها بالمزاد وعند بيع المال المشترك وكأنه لم يكن مالكا قط لسائر الاشياء) فيظهر ان القانون اللبناني هو الاخر قد تبنى الاثر المعلن (الكاشف) لطبيعة القسمة[٣] وتوافق تلك النصوص في القانون المدني الفرنسي المادة ٨٨٣ منه بقولها : (يعتبر كل واحد من الورثة انه ورث وحده في الحال كل الاشياء الواقعة في نصيبه والتي آلت اليه بالبيع لعدم امكان القسمة عينا وانه لم يكن له في أي وقت ملكية الاشياء الاخرى التي في التركة) فيتبين ان القانون المدني الفرنسي كان قد اخذ ايضا بالاثر الكاشف (المعلن) للقسمة وليس بالطبيعة الناقلة لها [٤]وعليه نستنتج بانه كل من النصوص ٨٤٣ مدني مصري و ٨٤٦ موجبات وعقود لبناني التي كانت قد اخذت عن نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي باعتبار الاثر الرجعي لطبيعة القسمة حيث ان القانون الاخير كان قد نقل قول الفقيه بوتييه فيما يتعلق بطبيعة القسمة حيث يدعو فيه الى ترك الاثر الناقل والاعتداد بالاثر الكاشف مع منحه اثرا رجعيا فيما يتعلق باعتبار الشريك مالكا لحصته منذ وقت بدء الشيوع[٥] .

الا اننا نجد ومن جهة اخرى ان القانون المدني الفرنسي الذي يعتبر مصدرا تشريعيا مهما بالنسبة للتشريعين المصري واللبناني قد اقتصر فيها على ذكر الاثر الرجعي للقسمة دون الاثر الكاشف لها ويعود تفسير ذلك الى ما ذكرناه سابقا من كون

---

(١) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٦٨
(٢) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٩٠
(٣) الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥ .
(٤) Henri Et Leon Mazeaud jean mazeaud ,Ibdem, No. ٤٦٩ P. ٢٥
(٥) انظر في ذلك د . سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص ١١١ .

الخلط بين التعبيرين الذي كان معروفا مع انه في حقيقة الامر لا يوجد أي ترادف بين التعبيرين ، الامر الذي كان قد حدا بالقانونين المصري واللبناني الى القول بالاثر الرجعي للقسمة[١] .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، ص ٢٢٤ .

المطلب الثالث
الطبيعة المزدوجة للقسمة

يقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع حيث سنتناول في الفرع الاول منه تحديد معنى الطبيعة المزدوجة للقسمة ، واما في الفرع الثاني منه فسنتناول فيه لموقف الفقه الاسلامي من الصفة المزدوجة للقسمة ، وفي الفرع الثالث فسنتناول فيه الطبيعة المزدوجة للقسمة في القانون المدني العراقي ..

الفرع الاول
تحديد معنى الطبيعة المزدوجة للقسمة

لقد ذهب جانب من الفقهاء الى القول إنَّ القسمة ذات طبيعة مزدوجة فإضافة الى طبيعتها الكاشفة فهي ذات طبيعة ناقلة [١] ويستند انصار هذا الرأي في دعم رأيهم هذا الى ان هذا القول له اساس تاريخي فحتى الرومان الذين يقال عنهم انهم يتبنون الطبيعة الناقلة للقسمة [٢] على اساس ان كل شريك قد اختص بما آل اليه من نصيب مفرز بالقسمة فيكون ذلك الشريك قد بادل باقي شركائه على الحصص التي آلت اليه عوضاً عما له من حصص وقعت في نصيبهم فالفقهاء الرومان قد اعتبروا ان طبيعة القسمة التي اجرت المبادلة ناقلة للملكية على اساس اعتبار المبادلة ذاتها ناقلة للملكية ، الا ان سرعان ما وجهت الانتقادات لهذا التحليل وذلك لكونه نسي مصير الحصة الشائعة التي كانت بحوزة الشريك قبل القسمة وبقيت عنده حيث ان بالقسمة قد انكشف حقه الوارد على هذه الحصة وانصهرت في نصيبه المفرز [٣]

وعليه نجد ان حتى من قال بالطبيعة الناقلة للقسمة كالفقهاء الرومان نجدهم بنوا ذلك في تحليل طبيعة القسمة على اساس حاجات المجتمع العملية في تلك المدة الزمنية ومما يدل على ذلك ان القانون الفرنسي وبعد ان اخذ بالطبيعة الناقلة للقسمة بادئ الامر وعلى بساطة الحياة نجد انه قد تراجع عن موقفه ذلك واخذ الفقه والقضاء فيه وتحت ضغط حاجات المجتمع العملية ولما انتشر فيه من تصرفات قانونية تثقل من كاهل المتعاملين فيها فيما لو اخذ بالاثر الناقل .. لذا فتحليل طبيعة القسمة قد تحول من الطبيعة الناقلة الى القول بطبيعتها الكاشفة حيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي

---

(١) د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص٨٢ .
(٢) ولعل اهم ما دعا الفقهاء الرومان الى القول بالاثر الناقل للقسمة دون الاثر الكاشف هو عدم حاجتهم العملية الى الرهن العقاري لذا كان ينتقل الرهن من الشريك الراهن الى الشريك غير الراهن كما ينتقل معه ما يكون قد رتبه من الحقوق العينية الاخر كحق الارتفاق او المنفعة وغيرها : انظر في ذلك المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ص٢٢٣ .
(٣) انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٩٥٠ .

خصص له في القسمة مطهراً من ايه حقوق كان قدرتبها غيره من الشركاء اثناء مدة قيام الشيوع [١]

اذا فطبيعة القسمة مزدوجة فهي ناقلة وكذلك كاشفة في آن واحد ؛ ومثال ذلك اننا لو قلنا ان هناك قطعة من الارض مملوكة لشريكين اثنين فقط وكان نصيب كل منهم النصف فحق كل واحد من الشريكين كان يرد قبل القسمة على كل ذرة من ذرات الارض وعند اجراء القسمة حيث يختص كل شريك منهما بجزء محدد من الارض فعملية القسمة قد ثبتت حق الشريك على ما كان له قبل القسمة اصلاً من نصف اذا فطبيعة القسمة كاشفة بالنسبة للنصف الاول الذي تعود ملكيته الى هذا الشريك وقبل القسمة فالقسمة انما هي كشفت عن حق هذا الشريك المتقاسم الذي بدأ منذ ان تملك في الشيوع وليس منذ تاريخ القسمة ، كما انها نقلت اليه ملكية النصف الاخر من نصيبه الذي كان يعود لشريكه الاخر قبل القسمة اذا فطبيعتها بالنسبة للنصف الثاني من نصيبه انها ناقله ؛ ذلك لانها نقلت ملكية النصف الثاني للشريك الاول بدلاً عما كان للشريك الاول من نصف المال عند الشريك الثاني وآل الى الاخير بنتيجة القسمة .. وهذا ما يفسر حقيقة القول إنَّ القسمة ذات طبيعة مزدوجة فهي كاشفة في النصف الاول من نصيب المتقاسم وهي ذات طبيعة ناقلة في النصف الثاني من نصيب المتقاسم[٢]

ولما كانت النتائج المترتبة على كل من الاثرين نتائج مختلفة وذلك لاختلاف احكام كل من الاثرين لذا فيمكن تطبيق احدهما دون الاخر كلما دعت مقتضيات الحاجة العملية الى ذلك فاذا دعت الحاجة الى اتباع الاثر الناقل فيتم العمل به اما اذا كانت مقتضيات حاجة المجتمع في وقت معين تستدعي تغليب الاثر الكاشف فيتم الاخذ به[٣]

الفرع الثاني
موقف الفقه الاسلامي من الصفة المزدوجة للقسمة

لقد كان للصفة المزدوجة للقسمة اساسٌ ايضاً عند جانب من الفقهاء المسلمين[٤] فنجد ان الفقهاء المسلمين من الحنفية قد نظروا الى تحليل طبيعة القسمة وكونها ذات صفة مزدوجة فقالوا انها من جهة افرازاً وهي تتحقق حينما يأخذ المتقاسم عين حقه ، اما جهة المبادلة فيها فتتحقق حينما يأخذ المتقاسم عوض حقه والدليل الذي قال به

---

(١) الاستاذ السيد عبد الوهاب عرفه ، المصدر السابق ، ص١١٥ .
(٢) انظر بهذا الاتجاه الاستاذ سليم رستم باز اللبناني ، المصدر السابق ص٦١٨ .
(٣) ويؤكد على هذا الاتجاه جانب من الفقهاء في فرنسا حيث يقول كل من الفقهاء كولان وكابيتان : { .. يبدو ان القسمة .. لها طبيعة مزدوجة ، فهي في وقت واحد كاشفة وناقلة .. فهي كاشفة فيما يتعلق بما كان للمتقاسم من حق شائع في الجزء الذي استقل به في القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التي كانت لهم في هذا الجزء .. } : نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري ،المصدر السابق ، هامش (١) ص٩٤٩ .
(٤) ولم يأخذ بالطبيعة المزدوجة للقسمة فقهاء المسلمين من الشافعية : انظر في ذلك الشيخ سليمان البجيرمي ، المصدر السابق ، ص٣٤٤ ومن فقهاء الحنابلة ابو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، المصدر السابق ، الفصل ٨٣٠٧ ص٤٩٢ : ومن فقهاء الجعفرية السيد محمد الصدر ، المصدر السابق ، ص٩٦ .

فقهاؤهم هو ان ما يأخذ كل واحد من الشركاء يشتمل في كل جزء من اجزائهِ على المعنيين حيث ان ما ياخذ الشريك في نصفه الاول هو ملكه فهو افرازٌ اما النصف الاخر الذي كان لصاحبه حيث يأخذ عوضاً عما كان له من نصف في يد صاحبه قبل القسمة وبه تتحقق المبادلة ، ويكون الافراز هو الصفة الغالبة في المثليات ويكون الظاهر في التمييز (الافراز) في ذوات الامثال ومما يترتب على ذلك انه يمكن فيها لاي من الشريكين ان ياخذ نصيبه في غيبة الاخر ، والافراز ارجح في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة وذلك لعدم التفاوت فيما بينهاحيث ان ما يأخذه كل شريك من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فكان يمكن ان يتحول الى غير حقه ومثاله ان يقع على القرض ولو انه كان مبادلة لما امكن ذلك وذلك لما فيه من افتراء قبل القيض لاحد العوضين وكذلك في بيع السلم وذلك لحرمة الاستبدال فيه [١]

كما يترتب على ذلك انها اذا كانت من جنس واحد كان بامكان القاضي ان يجبر الابي عليها وذلك لتقارب المقاصد،اما لو انها كانت من اجناس مختلفة لما كان بامكان القاضي ان يجبر عليها وذلك لتعذر المعادلة بينهما ووجود الفحش في المقاصد [٢]

واما في المبادلة فتكون هي الصفة الغالبة في غير المثليات (من القيميات) كالعقارات والاراضي والحيوانات والمعدودات المتفاوتة القيمة وكذلك في كل مثلين من جنسين مختلفين اختلطا اختلاطاً لا يمكن بعده فصلهما وكذلك الاواني وغيرها ومما يترتب على ذلك انه لا يمكن لاحد الشركاء ان يأخذ نصيبه في غيبة الاخر وذلك لكونه لا يأخذ هنا عين حقه ، كما يمكن فيها الجبر ايضاً اذا كانت من اجناس واحدة لامكانية المبادلة فيها لقلة التفاوت [٣]

واما في مجلة الاحكام العدلية فقد جاء نص المادة ١١١٦ منها موافقاً لما قال به الفقهاء المسلمون للصفة المزدوجة للقسمة فقد نصت : (القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة ..) وبحسب المجلة فان جميع الاموال المشاعة قيمية كانت ام مثلية تتضمن معنى الافراز حينما يأخذ المتقاسم عين حقه كما تتضمن معنى المبادلة وذلك حينما يأخذ المتقاسم عوض حقه وذلك ان كل جزء من اجزاء المال مشتمل على النصيبين ،

---

(١) الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، المصدر السابق ، ص٤٠١ .
(٢) الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، المصدر السابق ص٩١ .
(٣) انظر في ذلك الشيخ برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، المصدر السابق ص٤١ : ومن فقهاء الحنفية من اكد على هذا التوجه ومنهم الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني وذلك في كتابه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع حيث يقول فيه ما نصه : { .. هي عبارة عن افراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض .. فاذا قسمت العين بينهما نصفين .. فلا بد ان يجتمع في نصيب كل واحد منهما اجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع .. فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض اجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي او 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 الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضةً وهي مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه ..والقسمة ليست بمعاوضةً مطلقة بل هي افراز من وجه ومعاوضةً من وجه ..} : انظر الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ، ص١٧ .

و لذلك فان كل مايأخذهُ المتقاسمون يكون نصفه هو ملكه وفي ذلك يتحقق الافراز .. واما في النصف الاخر فهو كان في الاصل لصاحبه وتملكه منه بالقسمة عوضاً عما كان للمتقاسم الاول في يد صاحبه وتملكه المتقاسم الثاني منه وفي ذلك تتحقق المبادلة [١]

الا ان المجلة واخذاً منها باراء الفقهاء المسلمين ولمواكبة حاجات المجتمع المختلفة فقد عادت في المادة ١١١٧ منها ورجحت جهة الافراز في الاموال المثلية على جهة المبادلة [٢] فلقد نصت المادة ١١١٧ منها : (جهة الافراز في المثليات راجحة) ولقد عللت المجلة ذلك بوجود المماثلة بين نصيبي الشركاء المتقاسمين على خلاف الحال في الاموال القيمية[٣] فيما رجحت المادة ١١١٨ من المجلة جهة المبادلة في الاموال القيمية على جهة الافراز فقد نصت:(جهة المبادلة في القيميات راجحة ..) ويعلل ذلك بوجود التفاوت بين اجزائها وبالتالي فان كل شريك لا يعد اخذاً لعين حقه فيها وذلك لعدم وجود المعادلة بين ابعاض القيميات [٤]

(١) الاستاذ سليم رستم بازاللبناني ، المصدر السابق ،ص٦١٨ .
(٢) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ص١٢٨ .
(٣) الاستاذ سليم رستم باز اللبناني ، المصدر السابق ، ص٦١٩ .
(٤) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .

الفرع الثالث
الطبيعة المزدوجة للقسمة في القانون المدني العراقي

لقد اخذ التشريع العراقي بالطبيعة المزدوجة للقسمة وهو ما نلمسه من نص المادة ١٠٧٥ منه حيث نصت : (ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائماً مالكاً للحصة المفرزة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص) اذاً فالقانون المدني العراقي قد اخذ من جهة بالاثر الكاشف للقسمة الا انه لم يشمل بذلك الا القسمة النهائية فيعتبر المتقاسم انه كان مالكاً لنصيبه المفرز ومنذ وقت التملك في الشيوع وليس منذ وقت القسمة. (١)

ومن جهة اخرى نجد ان ظاهر هذه المادة قد اخذت ايضاً بالاثر الناقل (المبادلة) في القسمة ، ولقد ذهب جانب من الفقه ان القانون المدني العراقي كان متردداً بين الاثر الرجعي وبين الاثر الناقل وهو ما نجده عند الفقهاء المسلمين.(٢) الذين كانوا قد نظروا نظرة عميقة وصادقة في تحليل طبيعة القسمة (وكما سبق وبيناه) لاسيما في نص المادة ١١١٦ من المجلة التي شكلت مصدراً تشريعياً مهماً بالنسبة للمادة ١٠٧٥ مدني عراقي ..

الا ان الراجح هو ان المشرع العراقي قد غلب جهة الافراز (مطلقاً) على جهة المبادلة في القسمة سواء اكانت القسمة واردة على اموالٍ مثلية او قيمية وذلك من باب مسايرة مقتضيات الحاجات العملية للمجتمع(٣) الا اننا نجد ان المشرع العراقي عاد في المادة ١٢٩١ مدني عراقي فاستثنى فيها حالة الرهن التأميني الذي يرد على عقار من الخضوع لقاعدة الاثر الرجعي للقسمة (٤) فقد نصت المادة ١٢٩١ منه على : (يبقى نافذ الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه أياً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته) ، كما يلاحظ على المشرع العراقي ومع انه كان قد رجح الاثر الكاشف على الاثر الناقل للقسمة الا انه من جهة اخرى قد اخذ بالاثر الناقل للقسمة ورتب عليه العديد من الاحكام

---

(١) الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه ،المصدر السابق ،ص١٢٩

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص١٦٨ .

(٣) ولقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز في العراق حيث تجلى فيه تغليب جهة الافراز على جهة المبادلة التي تكون في المثليات كالعدديات المتقاربة والموزونات والمكيلات فعندما يأخذ الشريك نصف حصته فانه يأخذ حقه عيناً اما النصف الاخر فبدل مع الشريك الاخر وقد جاء في ذلك القرار المرقم ٤١٣ / حقوقية /١٩٦٤ في ١٩٦٤/٥/٥ : (.. الجاموس من القيميات فلا يجوز الحكم بملكية عدد منه يناسب الحصة المدعى بها في المجموع بل الحكم بمنع المعارضة في هذه الحصة في جميع الجاموس) : القرار منشور في قضاء محكمة التمييز، يصدرها المكتب الفني في محكمة التمييز ، المجلد الثالث ،بغداد ، مطبعة الارشاد،١٩٦٩، ص٣٢ . كما جاء في قرار اخر بالرقم ١٢٥٦ / صلحية/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٦/١٥ (يجب الحكم بتسليم المقدار المدعى به من المثليات عيناً لا ان تحكم بقيمته ..)، القرار منشور في قضاء محكمة التمييز،المصدر نفسه ، ص٣١.

(٤) انظر في ذلك د . سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ص١١١ .

ومن ذلك نجد تقدير ضمان التعرض او الاستحقاق في القسمة(وذلك حسبما تقضي به المادة ١٠٧٦ مدني عراقي وكما سيأتي تفصيل ذلك)[١]

ونحن نتفق مع اتجاه القانون المدني العراقي في اعتبار القسمة ذات طبيعة مزدوجة كاشفة وناقلة ؛ ذلك ان القول بالطبيعة المزدوجة يوفر لنا أمكانية ترجيح الاثر الكاشف للقسمة بما يحققه من فوائد للمتقاسمين وذلك في الحالات التي تستلزم ذلك كوجود التعارض بينهما على مسألة واحدة ...

كما يمكّننا ذلك في ان نرجح الاثر الناقل في الاحوال التي تستلزم ذلك .

اضافة الى اننا لو نظرنا الى التشريعات التي اخذت بالاثر الكاشف فقط دون الاثر الناقل فانها لم تستطع السير في ذلك حتى النهاية [٢]

وعليه فالمشرع العراقي كان موفقاً بحق عندما اخذ بالاثرين معاً مع ترجيحه للاثر الكاشف للقسمة ذلك ان المشرع العراقي قد جمع في ذلك بين ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون من ان للقسمة صفة مزدوجة كاشفة ومنشئة وبين الاخذ بفكرة الاثر الرجعي للقسمة مسايراً في ذلك اتجاه المشرع الوضعي المصري والفرنسي وغيرها ذلك ان المقتضيات العملية تستدعي تغليب الاثر الكاشف على الاثر الناقل للقسمة وهو واضح من نص المادة ١٠٧٥ مدني عراقي ، كذلك نجد ان المشرع العراقي بذلك الاتجاه كان اكثر صواباً من التشريعات الوضعية الاخر التي اخذت بالاثر الرجعي لطبيعة القسمة فقط ...

---

(١) انظر الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ص٤٧٠

(٢) انظر في هذا الاتجاه د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ص٨٣ .

المبحث الثاني
ضمان المتقاسمين واثر الغبن في القسمة

ان الغرض الاساس من القسمة هو حصول كل شريك من الشركاء المشتاعين على حصة مفرزة تعادل حصته الشائعة وكما ذكرنا سابقاً .. الا ان ذلك قد يعترضه ان يحصل عدم التعادل و المساواة بين الشركاء اما لانتزاع حصة احد المتقاسمين من الغير واستحقاقها كلياً او جزئياً مما يترتب عليه حرمان المتقاسم من حقوقه على ذلك الجزء المفرز الذي كان قد تقرر له نتيجة القسمة دون سائر شركائه الاخرين .

او ان يرجع عدم التعادل والمساواة بين انصبة الشركاء الى غبن قد اصاب حصة احد المتقاسمين بحيث حصل احدهم على نصيب من المال نتيجة القسمة لا يساوي نصيبه الحقيقي الذي كان يفترض ان يحصل عليه بالقسمة .. وعليه فيقسم هذا المبحث الى مطلبين حيث سنتطرق في المطلب الاول منهما لضمان المتقاسمين فيما سنتطرق في المطلب الثاني منهما لاثر الغبن الفاحش فيها ..

المطلب الاول
ضمان المتقاسمين في القسمة

يقسم هذا المطلب الى خمسة فروع حيث سنتعرض في الفرع الاول منهما لتحديد معنى الضمان في القسمة اما في الفرع الثاني من هذا المطلب فسنتعرض فيه لشروط الضمان في القسمة واما في الفرع الثالث من هذا المطلب فسنتطرق فيه لضمان المتقاسمين في الفقه الاسلامي وفي الفرع الرابع فسنتطرق فيه لضمان المتقاسمين في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة واما في الفرع الخامس فسنتطرق فيه لاثار الضمان في القسمة .

الفرع الاول
تحديد معنى الضمان في القسمة واساسه

اولاً: تحديد معنى الضمان في القسمة:-

ان من اهم الاثار المترتبة على القسمة ايضاً هو ضمان المتقاسمين فاذا ما ذكر تعبير الضمان في القسمة دل على ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين لكل ما يحدث لاحدهم من تعرض او استحقاق بعد القسمة لذا كان من العدل ان يشترك باقي المتقاسمين مع الشريك الذي استحقت حصته في تحمل مثل ذلك الخسران ؛ ذلك ان الشريك يعتبر وكانه لم يحصل على حصته من القسمة او انه قد حصل على نصيبه ناقصاً من دون سائر شركائه الاخرين فكان من العدل ان يعوض عن ذلك [١]

ويقصد بالضمان أنه الاداء او اعطاء تعويض معين عما لحق المُعطَى من اضرار تسبب بها المعطِي [٢] واما التعرض بعد القسمة فيعرف بانه ادعاء الغير ملكية الحصة التي وقعت في نصيب احد الشركاء او بادعائه حقاً عينياً عليها [٣] او بانه ادعاء الغير حقاً في المال الذي آل الى المتقاسم بسبب القسمة ومثال ذلك ان يتبين ان المال المقسوم لم يكن مملوكاً للشركاء فالتعرض في مثل تلك الحالة سينذر بوجود استحقاق محتمل لنصيب المتقاسم [٤] .

واما الاستحقاق فهو الحكم للغير بملكية الحصة المدعى بها كلا او بعضاً[٥]او بانه نزع المال المقسوم كله او بعضه من يد المتقاسم بحكم قضائي ويشمل الاحوال التي يحرم فيها المتقاسم من تملك الحصة التي آلت اليه نتيجة القسمة او ملكية جزء شائع منها لاسباب سابقة على القسمة لا يد للمتقاسم فيها [٦]

كذلك فان ضمان التعرض في القسمة يشتمل على التعرض القانوني فقط دون التعرض المادي كما يشتمل على الاستحقاق الا انه لا يشتمل على ضمان العيوب الخفية [٧]وهذا على عكس البيع ويعلل الفقه ذلك بان هناك فرقاً بين البيع وبين حالة القسمة فالمشتري في البيع غير مجبر على قبول المبيع اذا كان معيباً على خلاف الحال في القسمة حيث لابد لها من ان يقع الشيء المعيب في نصيب احد المتقاسمين لا محالة ، الا انه اذا اكتشف امر ذلك العيب الخفي امكن الالتجاء الى قواعد الغبن لنقض القسمة

---

(١) د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ، ص١٤٢ .
(٢) د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية العراقي واليمني والمصري والسوري والكويتي ،ط١ ، الاصدار الاول ، عمان ، مطبعة الارز ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ ص٣٤ .
(٣) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينة الاصلية حق الملكية ، ص٥٦٢ .
(٤) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق ، ص١٦٧ .
(٥) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص٤٧١ .
(٦) د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ، ص١٨٤ .
(٧) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٢٧٠ .

اذا استوفى الغبن شروطه على اعتبار ان النصيب الذي آل الى المتقاسم قد قوّم باكثر من قيمته [١]

الا اننا لا نقتنع بهذا التبرير لاسيما اذا كانت القسمة قد اجريت قضاء حيث لا يستطيع عندها المتقاسم ان يرجع بضمان العيب الخفي على اساس الغبن مما يترتب عليه الاخلال بمبدأ المساواة ولذا نرى انه بالامكان شمول الضمان للعيب الخفي [٢]

واذا حدث ان انفرد البعض من الشركاء باجراء القسمة واغفلوا دعوة احدهم ونصيبه فان القسمة في مثل هذه الحالة تكون باطلة ايضاً [٣] ويقدر النصيب المستحق بقيمته وقت القسمة وليس وقت الاستحقاق [٤] ويعلل ذلك لكون هذه القسمة هي التي عول عليها وقت تكوين الحصص لاجراء القسمة [٥]

ثانياً : اساس الضمان في القسمة والحكمة من تقريره :-

ان كان اساس الضمان في البيوع الاعتيادية مفهوماً باعتبارها من العقود الناقلة للملكية ، فان اساسه يصعب تفسيره في حالة القسمة لا سيما في ظل القول بالطبيعة الكاشفة لها [٦] .

ومع ذلك فقد اعتبرها الفقه من عقود الضمان [٧]ويختلف الاساس القانوني الذي الذي تقوم عليه فكرة الضمان تبعاً لاختلاف القول بالطبيعة الناقلة للقسمة عن القول بان طبيعتها كاشفة ، ففي حال القول إنَّ القسمة ذات طبيعة ناقلة فان اساس الضمان في نطاقها يتمثل في تامين الخلف ماينقله الى سلفه من حقوق متمثلاً في النصيب الذي آل الى السلف نتيجة القسمة [٨] .

وهذا القول بالطبيعة الناقلة مفهومٌ عند الرومان الذين اعتبروا القسمة ناقلة للحقوق شأنها شأن البيع [٩]

الا اننا لو اخذنا بالطبيعة الكاشفة للقسمة سيكون اساس فكرة الضمان هو تحقيق المساواة والعدالة بين الشركاء في وجوب توزيع ذلك الضرر الذي اصاب الشريك الذي استحقت حصته منه لسبب سابق على القسمة عن باقي المتقاسمين هذا من جهة ومن جهة اخرى اذا كنا نجيز نقض القسمة للغبن تحقيقاً لفكرة المساواة ذاتها فإنُه يتوجب من باب اولى ان ننقض القسمة التي يستحق فيها نصيب احد المتقاسمين تحقيقاً

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ص٢٤١ .
(٢) انظر بهذا الاتجاه ايضاً د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ، ص١٩٣ .
(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص٢٤١ .
(٤) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٣٧٠ .
(٥) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ،ص٢٤٠ .
(٦) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص١٩١ .
(٧) د. مصطفى احمد الزرقا ، المصدر السابق ، ص٣٢٢ .
(٨) د. حسن كيره ، المصدر السابق ، ص٥٦٤ .
(٩) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ص١٩٤ .

لنفس تلك الفكرة ؛ ذلك ان المتقاسم ما كان باستطاعته وقت القسمة ان يعرف بذلك الاستحقاق او ان يتجنبه[١]

الفرع الثاني
شروط الضمان في القسمة

يشترط في قيام الضمان نتيجة للاستحقاق توافر عدة شروط وهي :-

اولاً:- وقوع التعرض او الاستحقاق :-

فلا بد من وقوع التعرض او الاستحقاق فعلاً على النصيب المفرز لاحد الشركاء المتقاسمين وهو التعرض القانوني وليس التعرض المادي مثل اعمال الغصب او التعدي بمعنى ان يكون لذلك التعرض الصفة القانونية [٢] بادعاء الغير حقاً على النصيب المقسوم لاحد المتقاسمين ومثاله رفع دعوى الاستحقاق او القيام باجراء الحجز ، واما الاستحقاق فيتحقق بتجرد الشريك المتقاسم كلياً او جزئياً من النصيب المفرز المقسوم له لصالح الغير او اهدار حقوقه او الانتقاص منها على هذا النصيب نتيجة ثبوت حق للغير ومثاله الحكم للغير بتمليك النصيب او تملك جزء منه او ثبوت حق انتفاع له او ارتفاق غير ظاهر عليه [٣]

وحينما نقول التعرض او الاستحقاق في القسمة نقصد بذلك التعرض او الاستحقاق الصادر عن الغير وليس من احد المتقاسمين لانه لو حدث كما في الحالة الاخيرة فيتم عندها تطبيق القواعد العامة كما لا يشمل ذلك التعرض القانوني الصادر من احد المتقاسمين والمبني على سبب قانوني ومثاله ان القسمة قد ادت الى وقوع عين مملوكه لاحد المتقاسمين في نصيب متقاسم اخر كان للمتقاسم مالك تلك العين ان يستردها منه ولا يمنعه ذلك وجود التزام بالضمان ؛ وذلك على اساس القول إنَالقسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له فيجوز لمالك العين ابطال القسمة على اساس الغلط كما يجوز لمن استردت منه تلك العين طلب نقض القسمة على اساس وقوع الغبن ، ومع ان رفع الدعوى امام القضاء تمثل الصورة الغالبة لقيام التعرض القانوني الا ان التعرض القانوني من الممكن ان يحدث ويسلم المتقاسم بما يدعيه المتعرض ويصالح عليه ثم يثبت باقي المتقاسمين ان المتعرض لم يكن على حق في دعواه عندها لا يلومن المتقاسم الا نفسه ولا تثريب عل سائر شركائه الاخرين [٤]

ثانياً:- ان يكون التعرض او الاستحقاق لسبب سابق على القسمة :-

يجب ان يكون ذلك التعرض او الاستحقاق راجعاً الى سبب يسبق اجراء القسمة ،بمعنى ان يكون الحق الذي يدعيه المتعرض او الحصة التي آلت الى المتقاسم قد

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ١٩٢ .
(٢) د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، ص١٣٢ .
(٣) د. حسن كيره ، المصدر السابق ، ص٥٦٧ .
(٤) انظرفي هذا المعنى د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص١٩٤ .

نشأت بسبب سابق على اجراء القسمة وهو ما صرحت به المادة ١٠٧٦ مدني عراقي وكذلك الفقرة (١) من المادة ٨٤٤ مدني مصري سابقتا الذكر .. فاذا كان سبب الاستحقاق تالياً لنشوء القسمة فلا ضمان في هذه الحالة ومثال ذلك ان تنزع ملكية العين من يد المتقاسم بعد القسمة للمنفعة العامة او ان تكون العين التي وقعت في نصيب احد المتقاسمين في حيازة اجنبي مدة غير كافية لكي يكسبها الاجنبي بالتقادم فهنا يتوجب على المتقاسم ان يقطع التقادم فاذا لم يفعل وكسبها الاجنبي بمضي مدة التقادم عليها فلا رجوع للمتقاسم على باقي المتقاسمين ؛ ذلك ان سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة والضمان إنما يقوم عن سبب سابق على القسمة [١] الا ان هذا الفرض يختلف عن حالة كون الحائز لذلك النصيب قد اقترب من استكمال مدة التقادم ولم يبق الا الوقت القليل منها بحيث لا يستطيع فيها المتقاسم ان يكتشف هذا الوضع ويقوم بما ينبغي عليه لقطع مدة التقادم وبالتالي فحق الحائز يثبت قبل القسمة وهنا يتحقق ضمان الاستحقاق [٢]

ثالثاً : عدم رجوع الاستحقاق الى خطأ المتقاسم :-

ويكون ذلك بالايكون المتقاسم نفسه قد تسبب بخطئه في حدوث ذلك الاستحقاق [٣] وعلى ذلك جاء نص الفقرة (٢) من المادة ٨٤٤ مدني مصري بقولها: (.. ويمتنع الضمان اذا كان الاستحقاق راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه ..) ومثال ذلك ان يسلك المتقاسم سبيلاً في اسلوب الدفاع ضد المتعرض ادى الى خسارته في دعوى الاستحقاق ، واثبت باقي المتقاسمين ان المتعرض لم يكن على حق في دعواه[٤] .

رابعاً : عدم وجود شرط يعفي من الضمان في القسمة:-

ولابد لقيام الضمان من عدم وجود اتفاق صريح يقضي بالاعفاء من الضمان فان وجد مثل ذلك الشرط القاضي بالاعفاء من الضمان فلابد فيه من ان يكون صريحاً وكذلك ان يذكر صراحة سبب الاستحقاق الذي يراد بالاعفاء من الضمان فيه ، ولذا فهو يختلف عن الاعفاء من الضمان في عقد البيع الذي يمكن فيه ان يكون شرطاً عاماً وذلك لان المشرع المصري قد ابتغى تحقيق المساواة بين المتقاسمين [٥]

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٩٥ .

(٢) وفي هذا الاتجاه نجد قراراً صادراً عن محكمة النقض المصرية والمرقم ٢٥٦ / نقض مدني /١٩٦٢ في ٢٦ /١٩٦٢/٤ الذي جاء فيه : (.. لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان اذا كان التعرض او الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة) القرار منشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، العدد الثاني ، من ابريل الى يوليه ، السنة ٢٦ القضائية ، ١٩٦٢ ص٥٠٧ .

(٣) د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق مع المقارنة بقوانين الملكية في القانون المدني المصري الحقوق العينيه الاصلية ، ص١٣٦ .

(٤) د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص١٦٠ .

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ،ص٢٤٢ .

الفرع الثالث
ضمان المتقاسمين في الفقه الاسلامي

لقد عرف فقهاء المسلمين من الحنفية الاستحقاق بانه ادعاء شخص ملكية شيء او بعضه ويثبت دعواه ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد اخر كالمشتري او المقسوم له [١] فيظهر ان فقهاء القانون قد توافقوا مع فقهاء المسلمين فيما يخص مفهوم الاستحقاق في القسمة ، وللاستحقاق صور ثلاث عند الحنفية وهي:-

الصوره الاولى : اذا كان مقدار المستحق بعضاً شائعاً من كل المال المقسوم كالثلث او الربع او الخمس فإنَّ القسمة تفسخ في هذه الحالة ؛ ذلك لعدم تحقق معنى الافراز والتميز .

الصورة الثانية : اما اذا كان مقدار المستحق مقداراً معيناً من نصيب احد المتقاسمين فان القسمة لا تفسخ في مثل هذه الحالة ؛ ذلك ان الاستحقاق حينما ورد على نصيب احد الشركاء فقط فيعني ذلك ان الاجنبي (المتعرض) لم يكن شريكاً في المال ، الا ان ذلك لا يمنع المتقاسم المستحق منه ان يرجع على باقي المتقاسمين للتعويض .

واما في الصورة الثالثة : فان كان المستحق من المال هو مقدارا شائعاً من احد الحصص فهنا لا تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ومحمد حيث يصار الى تخيير المستحق منه المال اما ان يرجع على باقي الحصص واما ان يختار فسخ القسمة [٢] وعند ابي يوسف فالقسمة لابد من ان تفسخ لان هناك شريكاً اخر للمتقاسمين لم يتم ادخاله في عملية القسمة كما هو عليه الحال في استحقاق نصيب شائع من المال [٣]

وبذات الاتجاه الذي اخذ به الفقهاء الحنفية جاء نص المادة ١١٢٥ من مجلة الاحكام العدلية حيث نصت : (.. اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وتكون الحصة الباقية مشتركة بين اصحاب الحصص واذا ظهر مستحق لمقدار معين في حصة او لجزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصة مخيراً ان شاء فسخ القسمة وان شاء لا يفسخها ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الاخرى ..) فيتبين ان حكم المجلة مختلفٌ عن حكم القانون المدني العراقي فيما يخص استحقاق حصة او جزء منها فالمجلة تبطل القسمة في حال تبين ان تلك الحصة كانت مملوكة للغير او انها وقف ويكون المتبقي من المال المقسوم ملكاً لجميع الشركاء ويحق لهم طلب اعادة قسمته اذا كان قابلاً لذلك [٤]

واما عند فقهاء الشافعية فعندهم ان استحق نصيب احدهم للغير تبطل القسمة وكذلك اذا استحق بعض المال المقسوم شائعاً بطلت القسمة ايضاً ، اما في حال استحق قسماً معيناً من كل الحصص المقسومة فهنا لا تبطل القسمة ومثال ذلك اقتسام شريكين

---

(١) الشيخ برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، المصدر السابق ،ص٥٠ .

(٢) محمد امين (الشهير بابن عابدين) ، المصدر السابق، ص٢٦٦ .

(٣) الشيخ برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، المصدر السابق ، ص ٥٠ .

(٤) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ، ص١١٨ .

قطعة ارض بينهما ثم استحق قسمان معينان من كلا الحصتين فلا تبطل القسمة ؛ وذلك لان معنى القسمة في الافراز قد تحقق [١]

واما عند فقهاء الحنابلة فالقسمة عندهم باطلة اذا ما وقع أي استحقاق على المال سواء اكانت القسمة قد اجريت بالتراضي بين الشركاء ام انها كانت قسمة اجبار امام القضاء؛ ذلك لان القسمة لما كانت تعني تمييز الحقين فبظهور ذلك المستحق يعتبر شريكاً ثالثاً وقد قام الشركاء باقتسام المال من غير حضوره وبدون اذنه فالقسمة عندهم باطلة [٢] واما عند فقهاء الجعفرية فان تمت القسمة لم يجز بعدها لاحد الشركاء فسخها او ابطالها الا اذا ادعى احد الشركاء وقوع غلط في القسمة او عدم التعديل في السهام فانكر شركاؤه الاخرون ذلك فالقول قول الاول مع يمينه فان تمكن من اثبات وقوع الغلط او عدم التعديل بين سهام الشركاء عندها تنقض القسمة وتجرى من جديد على الوجه الشرعي [٣] كما ذهب جانب اخر من فقهاء الجعفرية فيما يتعلق بضمان الشركاء المشتاعين لاستحقاق جزء من المال المشاع الى التمييز بين حالة كون حصة الشريك المستحق محددة او ان كانت غير محدده ففي حالة كون حصة الشريك المستحق محدده فهنا لا تنقض القسمة ؛ ذلك ان فائدة القسمة باقية بافراد كل حق على حده (ومثال ذلك اذا كانت حصة المستحق الربع وكانت القسمة قد اجريت بين الشريكين الى نصفين فانه يعطى للمستحق الثمن من حصة كل واحد من الشريكين) مالم يكن حقه مختلف بان كان له من حصة احدهما ثلث ومن حصة الاخر ثمن فيختلف تعديل السهام فان كان كذلك نقضت القسمة ؛ ذلك ان ما تبقى لكل واحد من الشركاء لا يكون بقدر حصته بل يتم رجوع كل شريك على الاخر مما يؤدي الى الرجوع الى حالة الشيوع ، اما في الحالة الاخرى وهي التي تكون فيها حصة الشريك المستحق مشاعة (غير مشخصة) فهنا تنقض القسمة ؛ ذلك انها تعتبر قد اجريت بغير رضا جميع الشركاء[٤] .

الفرع الرابع
ضمان المتقاسمين في القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة

لقد نصت المادة ١٠٧٦ من القانون المدني العراقي على ضمان المتقاسمين للتعرض والاستحقاق الذي قد يقع لاحد الشركاء ، وقد جاء فيها : (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان على ان تكون العبره في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فاذا كان احد المتقاسمين معسراً وزع القدر

(١) الامام النووي ، المصدر السابق ، ص١٧٩ .
(٢) الشيخ ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المصدر السابق ، الفصل ٨٣٢٩ ص١١٣ .
(٣) السيد محمد الصدر ، منهج الصالحين ، ج٣ ، النجف الاشرف ، مطبعة الاداب ١٩٩٤ مسألة ٧٠١ ص١٧٥ .
(٤) الشهيد السعيد محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، اللمعة الدمشقية، ج٣ ، ط٣ ،باشراف السيد محمد كلانتر ، بيروت ، ١٣٨٧ هـ ، ص١٢٠ .

الذي يلزمه على مستحق الضمان وجمع المتقاسمين غير المعسرين) فيظهر من ذلك النص ان المشرع العراقي يضمن الشركاء المتقاسمين بعضهم البعض ما يحدث من تعرض او استحقاق لنصيب مفرز لاحد الشركاء لسبب سابق على القسمة [١] فان استحقت بعد القسمة حصة بكاملها او جزء منها ففي هذه الحالة لا يكون للشريك الذي استحقت حصته الا ان يرجع على باقي شركائه بالتعويض ، فان كان احد شركائه معسراً وزع القدر الذي يصيبه على باقي الشركاء [٢]

وتوافق المادة ١٠٧٦ مدني عراقي في نص الفقرة (١) من المادة ٨٤٤ من القانون المدني المصري التي جاء فيها : (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فاذا كان احد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ..)

الا ان المادة ٨٤٤ مدني مصري جاءت بفقرة ثانية نصت على : (غير انه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمان ايضاً اذا كان الاستحقاق راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه) ومثال خطأ المتقاسم ان يكون المتقاسم قد اهمل في قطع تقادم اوانه اهمل في تجديد قيد رهن او امتياز ضامن لحق شخصي وقع في نصيبه نتيجة القسمة [٣]

وتوافق هذه النصوص في القانون المدني الاردني نص المادة ١٠٥٢ منه التي نصت : (تبطل القسمة اذا استحق المقسوم كله او جزء شائع منه ويتعين حينئذ اعادة القسمة فيما بقي منه) ومما يلاحظ على هذا النقص من جانب بعض الفقهاء انه نص مجتزأ وغير كاف فهو لم يتناول حالة استحقاق جزء مفرز من المال الشائع ، كما انه لم يتناول طريقة الرجوع على باقي المتقاسمين في هذه الحالة[٤]

واما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فتقابل تلك النصوص فيه نص المادة ٩٤٨ منه التي نصت على ان : (يضمن كل من الشركاء المتقاسمين انصبة سائر الشركاء للاسباب السابقة للقسمة ، طبقاً للاحكام الموضوعية للبيع) فيظهر من هذا النص ان القانون اللبناني لم يفرق بين احكام ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة وبين احكام البيع [٥] .

الفرع الخامس
آثار الضمان في القسمة

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص١١٢ .
(٢) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٨٤ .
(٣) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص٢٣٨ .
(٤) انظر د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص١٦٩ .
(٥) الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ، ص٣٩١ .

في حال تعرض الغير تعرضاً قانونياً للمتقاسم ، يحق للمتقاسم وبعد استيفاء شروط الضمان ان يرجع على باقي المتقاسمين وذلك باخطارهم بحدوث دعوى الاستحقاق حتى يتسنى لهم الدخول فيها ، فاذا تدخلوا التزم كل منهم بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه [١]

ويكون وقت تقدير التعويض للشيء المستحق بقيمته وقت القسمة وليس وقت الاستحقاق على اساس ان تلك القيمة هي التي تعتبر محل اعتبار عند تكوين الحصص لاجراء القسمة ، الا اننا لا نتفق مع هذا الاتجاه وذلك لاننا نرى ان الاولى والاكثر عدالة ان يصار الى جعل وقت تقدير النصيب هو بوقت الاستحقاق وليس وقت القسمة وعليه فلابد من ان يصار الى تعديل نص المادة ١٠٧٦ مدني عراقي بأن تكون كالاتي : .

.. ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت الاستحقاق ... ذلك ان الاسعار وكما هو معروف متقلبه بشكل كبير لاسيما في العراق فان كانت قيمة المال مليون دينار مشتركاً بين اربعة شركاء فحصة كل شريك منهم (في حال تساوي الحصص) هي ٢٥٠ الف دينار فاذا ما استحق المال بعد خمس سنوات مثلاً صارت قيمة المال مليوني دينار وبالتالي فحصة كل شريك منهم ستكون ٥٠٠ الف دينار فاذا قدرنا قيمة المال وقت القسمة الا وهو مليون دينار فسيعوض الشريك الذي استحقت حصته عن ٢٥٠ الف دينار في حين كان له ان يرجع على شركائه على اساس مبلغ ٥٠٠ الف دينار [٢]

ويكون من حق المتقاسم الذي استحق نصيبه وكما في القانون المدني المصري من الرجوع على باقي شركائه مضموناً بامتياز المتقاسم او انه يكون مضموناً بتأمين اجباري اذا كان المال المقسوم عقاراً كما في قانون الموجبات والعقود اللبناني [٣]

ويخضع الضمان من حيث حساب مدة التقادم فيه الى القواعد العامة من حيث التقادم وبالتالي فهي لا تسقط الا بمضي ١٥ سنة من تاريخ القسمة [٤] فان حكم على الشريك بالاستحقاق وجب على باقي الشركاء ضمان الاستحقاق الكلي او الجزئي للمال كما قد يرد المتقاسمون الى المتقاسم ما كان قد اداه الى المتعرض وحسب الحالات الاتية :-

الحالة الاولى : في حالة الاستحقاق الكلي :-

ويتحقق في حال استطاع الاجنبي (المتعرض) من ان يثبت ملكيته لذلك المال وبالتالي ان يسترده من تحت يد المتقاسم وفي هذه الحالة يحق للمتقاسم ان يرجع على باقي المتقاسمين بالتعويض وليس بنقض القسمة كما هو عليه الحال في حالة الغبن كما

---

(١) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٢٧٠ .
(٢) انظر بهذا الاتجاه ايضاً الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ص٤٧٣ .
(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص٢٤٤ .
(٤) د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ، ص١٩٦ .

لا يرجع عليهم بالفسخ ويتكون التعويض الذي يؤديه الشركاء الى المتقاسم من عنصرين :-

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

ثانياً: ملحقات قيمة العين المستحقة :-

وهي تتمثل بالفوائد القانونية لهذه القيمة وذلك من وقت القسمة فتشمل الثمار التي الزم المتقاسم الذي استحق نصيبه بردها الى المتعرض وكذلك المصروفات النافعة التي لم يستطع المتقاسم ان يلزم بها المتعرض كما تشمل المصروفات الكمالية وذلك في حال كون المتقاسمين سيئي النية [٢] وكذلك مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وكل ما اصاب المتقاسم من خسارة وبهذا ايضاً تختلف القسمة عن البيع وذلك من ناحيتين فمن ناحية نجد ان المشتري في البيع يتقاضى من البائع اضافة لما لحقه من خساره ما فاته من كسب ، في حين ان المتقاسم لا يتقاضى سوى ما اصابه من خسارة وذلك لان القسمة لا يبتغى منها المضاربة مثل البيع ومن ناحية اخرى نجد ان المتقاسم يطرح من قيمة الملحقات التي يرجع بها على باقي المتقاسمين مقدار نصيبه هو في حين لا يستنزل المشتري مثل ذلك في حال رجوعه على البائع بالضمان [٣]

الحالة الثانية :- في حالة الاستحقاق الجزئي :-

ويكون استحقاق المال جزئياً بان ينزع المال جزئياً من يد المتقاسم او ان يحكم للاجنبي (المتعرض) بملكية البعض من ذلك المال او بان يترتب للغير على المال حقاً عينياً كحق انتفاع او حق ارتفاق ، فاذا ما تحقق الاستحقاق الجزئي على الامور المبينة في اعلاه فتختلف القسمة عن البيع في هذه الحالة ايضاً ، حيث لا يحق للمتقاسم فيها ما يحق للمشتري في البيع من ان يختار بين ان يرد للبائع المتبقي من المال بعد الاستحقاق وبين ان يبقى ما تبقى من المال لديه ويرجع بالتعويض على البائع [٤] الا ان الحال مختلف في القسمة فلا يحق للمتقاسم فيها الا الرجوع بالتعويض على المتقاسمين فقط ؛

---

(١) انظر في هذا المعنى د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ،ص ١٤٤ .
(٢) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، جامعة الموصل د. ت ، ص ص٦، ١١٦ ، ١١٧ .
(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص١٦١ .
(٤) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي العقود المسماة عقد البيع، ص٢٢٥ .

ذلك ان المتقاسمين لم يكونوا بالقسمة قد نقلوا ملكية العين المستحقة اليه حتى يضمنوها في حالة الاستحقاق الجزئي هذا من جهة ومن جهة اخرى فإنّ رد ما تبقى من المال الى المتقاسمين يعني فسخ القسمة وبالتالي اعادة اجرائها من جديد وهذا الامر لا يمكن العمل به الا في حالات الضرورة ، مع تطبيق ذات القواعد التي ذكرناها سابقاً في الاستحقاق الكلي من ان المتقاسم لا يمكنه ان يرجع على باقي المتقاسمين الا بالخسارة اللاحقة فقط كما ان وقت تقدير التعويض هو لوقت قيمة المال وقت اجراء القسمة [١]

الحالة الثالثة :- رد ما أداه المتقاسم الى المتعرض :-

اذا تمكن المتقاسم من دفع التعرض الكلي او الجزئي وذلك عن طريق الاتفاق مع المتعرض على مبلغ معين من النقود او في مقابل أي شيء اخر يؤديه المتقاسم الى المتعرض ويتم الاتفاق عليه بينهما عندها جاز للمتقاسم الرجوع على باقي المتقاسمين بالمبالغ التي اداها للمتعرض او أي شيء اخر مع الفوائد وكذلك المصاريف التي كان قد اداها المتقاسم في سبيل دفع التعرض وتشمل المبالغ التي يستطيع المتقاسم الرجوع بها على باقي المتقاسمين وكذلك أي مبلغ اخر دفعه المتقاسم الى المتعرض زائداً جميع المصاريف اللازمة لغرض الصلح ، الا ان للمتقاسم ان يستنزل بمقدار حصته من مبلغ التعويض [٢] مع ان للمتقاسمين الا يختاروا اللجوء الى سلوك مثل هذا الطريق الا اذا وجدوا ان مبلغ التعويض الذي يدفعونه اقل من التعويض الذي كان ينبغي عليهم دفعه في حال نجح التعرض كما ان من الممكن ان يكون الصلح المعقود بين المتقاسم وبين المتعرض لا يتضمن دفع أي مبلغ من المتقاسم الى المتعرض ومثال ذلك ان ينكر المتعرض حق ارتفاق مقرر للمتقاسم فيتفق المتقاسم معه على ان يرتب للمتعرض حق ارتفاق على مال اخر للمتقاسم في نظر سكوت المتعرض على انكاره لحق المتقاسم في ذلك الارتفاق وحتى في مثل هذا الغرض الاخير فان باقي المتقاسمين لا يتمكنون من التخلص من الضمان الا اذا ادوا للمتقاسم قيمة الارتفاق الذي رتبه للمتعرض مع الفوائد القانونية المترتبة عليه من وقت الارتفاق مع كافة المصاريف المقتضاة للصلح بعد استنزال نصيب المتقاسم على مقدار حصته من الضمان [٣]

---

(١) د. احمد عبد العال ابو قرين ، المصدر السابق ، ص٢٥٠ .
(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ص١٦١.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٩٨٥ .

المطلب الثاني
اثر الغبن في القسمة

ان من الاثار الاساسية الاخر المترتبة على القسمة هو ظهور غبن قد اصاب حصص احد الشركاء المتقاسمين نتيجة القسمة ، فمع ان القسمة تهدف بالدرجة الاولى الى القضاء على الشيوع باختصاص كل شريك من الشركاء المتقاسمين بجزء مفرز من المال المشاع يعادل حصته فيه قبل القسمة [١]

الا انه قد يحدث الا يتساوى الشركاء المتقاسمون في الانصبة المقسومة بينهم لسبب ما ، ومع ان عقد القسمة هو عقد كسائر العقود الاعتيادية الاخر يخضع لذات الاحكام التي تخضع لها سائر العقود من حيث الانعقاد او الصحة او الاثار القانونية المترتبة عليها الا اننا نجد ان المشرع يخصها دوماً باحكام خاصة وذلك ابتغاء منه لتحقيق العدالة والمساواة بين الشركاء ، فكما يقال ان العدالة هي روح القسمة وان القسمة بلا مساواة جسم بلا روح [٢]

ويختلف الغبن في نطاق قسمة المال المشاع عن الغبن في نطاق التصرفات القانونية الاخر ، لذا يقسم هذا المطلب الى اربعة فروع حيث سنتعرض في الفرع الاول منها لتحديد معنى الغبن في القسمة وموقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين منه وفي الفرع الثاني فسنتعرض الى مقدار الغبن في القسمة وطريقة حسابه وفي الفرع الثالث سنتعرض الى الغبن الموجب لنقض القسمة في الفقه الاسلامي ، واما في الفرع الرابع فسنتعرض الى دعوى ابطال الغبن في القسمة ..

الفرع الاول
تحديد معنى الغبن في القسمة وموقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة منه

اولا : تحديد معنى الغبن في القسمة :

يتحقق الغبن في القسمة في حال عدم التعادل بين انصبة الشركاء المتقاسمين مما يجعله عيبا في القسمة يوجب نقضها ، حيث تعد القسمة حينها تصرفا قابلا للابطال سواء اقترن ذلك الغبن بتدليس ام لم يقترن كما لا يشترط ان يكون الغبن ناشئا من استغلال طيش بين او هوى جامح في نفس المتقاسم المغبون، فاذا كانت القاعدة العامة اقتران الغبن بالتغرير كي يعتبر عيبا من عيوب الرضا الا ان من بين الحالات الاستثنائية حالة الغبن في القسمة الرضائية فالغبن المجرد وحده دون اشتراط اقترانه بالتغرير يعتبر عيبا من عيوب العقد[٣] .

---

(١) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص١٣٠ .
(٢) انظر مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، نقله الى اللغة العربية الاستاذ عبد العزيز فهمي ، ط١ ، القاهرة ، مطبعة الكاتب المصري ، ١٩٤٦ ، قاعدة ٤٨ ص٣٨٢ .
(٣) الاستاذ زهير الزبيدي ، الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة ، بغداد ، مطبعة دار السلام ، جامعة بغداد ، ١٩٧٣ ، ص١٦٤.

وبالتالي فوجود الغبن وحده يكون كافيا في ان يصار الى جعل القسمة قابلةً للابطال . وعليه صار مفهوم الغبن في نطاق القسمة يختلف عن مفهوم الغبن وفقا للقواعد العامة حيث لا يعتد بالغبن وفقا للقواعد العامة في القانون الا اذا كان واقعا نتيجة استغلال طيشه البين او هواه الجامح، والعلة في جعل هذا الحكم قاصرا على القسمة هو الرغبة في تحقيق العدالة والمساواة[١] فالقسمةٌ وان كانت من عقود المعاوضة الا انها يجب ان لا تتضمن شيئا من المضاربة ، فيترتب على اعتبار القسمة مشوبة بعيب الغبن هو امكانية ابطالها وذلك بطلب من الشريك المغبون على اساس اعتبار ذلك عيبا يجيز للشريك فسخ عقد القسمة الرضائية او امضائه[٢] .

ومعنى ذلك ان يكون للشريك المغبون جواز عقد القسمة الذي وقع فيه فيصبح نهائيا غير قابل للابطال ، وتكون تلك الاجازة صريحة وضمنية[٣] وتتحقق الاجازة الضمنية بان يتسلم المتقاسم المال المفرز الذي وقع في نصيبه او ان يبيعه او يرهنه او يجري عليه اي تصرف دال على رضاه بالقسمة بعد علمه بالغبن[٤].

ويقع الغبن في القسمة في اغلب الاحيان نتيجة غلط في تقدير قيمة الحصة المقسومة ، مع انه يمكن ان يقع ايضا دون ان يكون هناك غلط او اكراه وذلك حين تستحق جزء من حصة المتقاسم بما يزيد على الخمس(كما في العقار) بحيث يتبقى عند الشريك المستحقة حصته اقل من اربعة اخماس ما كان يستحقه عندها يستطيع ذلك المتقاسم الرجوع على باقي المتقاسمين بالغبن حتى لو كان المتقاسمون قد استبعدوا الرجوع بالضمان على اساس الاستحقاق[٥] .

كما يمكن ابطال القسمة للغبن ايضا في حالة فرض على احد الشركاء دفع معدل لشريك اخر فتبين ان الشريك الاول كان معسرا جاز عندها للشريك الدائن بالمعدل ان يطلب ابطال القسمة للغبن الذي اصابه ، وكذلك الحال في حالة ظهور دين كان مترتبا على التركة ال نتيجة القسمة في نصيب احد الشركاء فجاز للاخر ان يطلب ابطال القسمة اذ تبين له ان مورثه كان معسرا منذ وقت القسمة[٦] .

كما يختلف الغبن في القسمة عن الغبن في البيع من حيث عدم اشتراط كون المغبون في القسمة غير كامل الاهلية ولا كون المال المقسوم عقارا[٧] .

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ص١٧١ .

(٢) د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١ ، المجلد الاول ، القسم الثاني ، ط١ ، عمان ، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٧١ .

(٣) انظر في ذلك قرار لمحكمة النقض المصرية المرقم ٤٤٩/نقض مدني /١٩٦٢ الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٥/٣ الذي جاء فيه : (اجازة العقد القابل للابطال قد تكون صريحة او ضمنية) : القرار منشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة عشر القضائية ، ١٩٦٢ ، ص٥٩٦ .

(٤) انظر د. بدر جاسم محمد اليعقوب ، الغبن في القانون المدني الكويتي بحث منشور في مجلة الحقوق كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ط ١ ، ملحق العدد ٢ ، السنة ١١ ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٧

(٥) انظر بهذا المعنى الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ، ص ٣٨٨ .

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٩٠٢ .

(٧) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ : ولم يشذ عن هذا الاتجاه الا قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي اشترط حتى في حالة القسمة انه لا بد من ان يكون المتقاسم

ثانيا : موقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية المقارنة من الغبن الموجب لنقض القسمة :

لقد نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ من القانون المـــدني العراقي : (يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش ...) فيبدوا من هذا النص ان المشرع العراقي لا يسمح للمتقاسمين بامكانية طلب نقض القسمة الا اذا كانت قسمةً رضائية وليست قضائية، ذلك ان القسمة التي تجري قضاء في المحكمة تكون قد احيطت بكافة الضمانات والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الغبن[١] .

وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري نص الفقرة (١) من المادة ٨٤٥ مدني مصري التي نصت : (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن) وعليه نجد ان اتجاه القانون المدني المصري متفق مع اتجاه القانون المدني العراقي في اشتراط كون طلب احد الشركاء لنقض القسمة سينحصر في حالة القسمة الرضائية فقط[٢] .

إلا اننا نجد نص المادة ٩٤٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني قد جاءت بخلاف هذا الاتجاه فقد نصت : (لا يجوز ابطال القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية إلا بسبب الغلط او الاكراه او الخداع او الغبن) وعليه فالنص يتكلم عن ابطال القسمة بصفة مطلقة فهي تشمل كل انواع القسمة وبالتالي جاز ابطال القسمة بموجب هذا النص ايا كان نوعها كما لم يبين النص في الشروط التي يتوجب توفرها في الغبن وبالتالي يتم الرجوع في شأن ذلك الى المبادئ العامة في قانون الموجبات والعقود اللبناني[٣] .

وكذلك الحال نجده ايضا في نص المادة ٨٨٧ من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها : (تعتبرالقسمة باطلة في حالة الاكراه او الغش ايضا عند قيام احد الشركاء في التركه باثبات وجود الضرر والغبن في حصته) فيظهر من ذلك ان القانون المدني الفرنسي يوافق اتجاه القانون اللبناني في جعله امكانية طلب ابطال قسمة للغبن فيها شاملة القسمة الرضائية وكذلك القضائية ايضا ذلك ان ظاهر النص يقول القسمة ولم يحدد كونها رضائية ام قضائية[٤] وبالتالي فهما يخالفان موقف القانون المدني العراقي

مدعى الغبن ان يكون قاصرا او ناقص الاهلية والا لم تسمع دعواه لنقض القسمة للغبن : انظر في ذلك د.مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي مصادر الالتزامات ، ج ١ ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٥ .

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص١١٣ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ،ص ٢٥٥ .

(٣) الاستاذ زهدي يكن ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .

(٤) انظر في ذلك الاتجاه قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم ٥٧٨ / ١٩٩١ RTD Civ و٣٠٢ IgN Bull Civ . المؤرخ في١٨/١٢/١٩٩١ الذي جاء فيه (ان الغبن الذي يفسح المجال امام البطلان يمكن ان يرجع الى الغلط في انشاء الاصول القابلة للقسمة كما يرجع الى التقييم السيء لبعض الاموال) : شبكة المعلومات الدولية الانترنيت :-

WWW.Dalloz . Org. p ١

وكذلك القانون المدني المصري اللذين قصرا امكانية طلب ابطال القسمةِ على القسمةِ التي تجري رضاء فقط ، ونحن نميل الى الاتجاه الذي سلكه كل من القانونين اللبناني والفرنسي ذلك ان القسمة القضائية ومهما يمكن ان يتخذ فيها من الوسائل والاجراءات لتجنب وقوع الغبن الا ان كل ذلك يتم بواسطة اناس اعتياديين (كتقدير قيمة المال من قبل الخبراء القضائيين) وبالتالي فالغبن الذي ينشا عنه عدم التعادل الذي يصيب حصة احد الشركاء من الممكن ان يكون متحققاً بشكل متعمد او غير متعمد ، وعليه فحصر إمكانية طلب نقض القسمة الرضائية فقط وحرمان المتقاسمين من حقهم في المطالبة بذلك في القسمة القضائية امر غير مبرر ولا يحقق المساواة بين المتقاسمين ..

الفرع الثاني
مقدار الغبن وطريقة حسابه

اولاً : مقدار الغبن الموجب لنقض القسمة :ـ

ان الغبن الموجب لنقض القسمة هو الغبن الفاحش وليس الغبن اليسير ، ذلك ان الغبن اليسير لا تسمع دعواه ولا تقبل فيها البينة لصعوبة امكانية الاحتراز من الغبن اليسير فهو مغتفر [١] .

ويقوم الغبن الفاحش في القسمة على اساس مادي بحت وذلك استثناء من القواعد العامة التي تستلزم ابطال العقد للغبن ان يكون هناك استغلال لضعف معين في المتعاقد المغبون وليس فقط لعدم التعادل بين حصص الشركاء المتقاسمين[٢] ولقد نصت الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٧ مدني عراقي : (ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار) فيتبين من ذلك النص ان المشرع العراقي قد حدد مقدار الغبن الفاحش تحديداً مادياً حسابياً ومنظبطاً اذ حدده بـ ٠.٠٢٥ % في حالة كون المقسوم من النقود و ٠.٠٥ %في حالة كون المقسوم من العروض و ٠.١ %في حالة الحيوانات و ٠.٢ % في حالة العقار وهذه النسب التي اخذ بها القانون المدني العراقي نسب محددة من قبل فقهاء المسلمين من متاخري الحنفية [٣] .

كما نستنتج ان المشرع العراقي وان لم يكن قد تبنى معياراً عاماً للغبن فيمكن ان تنطبق احكامه على مجمل العلاقات القانونية إلا انه قد تبنى معياراً موضوعياً جامداً وذلك فيما يتعلق بتحديد الغبن الفاحش الناتج عن قسمة المال المشاع ويمكن اعتبار ذلك حالة خاصة بالقسمة حيث ترك المشرع ما عدا ذلك لاجتهاد القضاء [٤] واما في القانون المدني الاردني فتقابل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٧ مدني عراقي نص

---

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ، ص٤٧٦ .
(٢) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ص١٣٠ .
(٣) انظر في ذلك د.وهبه الزحيلي ، المصدر السابق هامش ٣ ص٤٧٧١ .
(٤) السيد فارس حامد عبد الكريم العجرش ، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني دراسه مقارنة ، رساله ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص٢٥٨ .

الفقرة (١) من المادة ١٠٥٠ والتي نصت (يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا ان يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة) فيظهر من النص انه قد اجاز فسخ القسمة في حال وقوع غبن فاحش فيها وقد حدد القانون المدني الاردني مقدار الغبن في القسمة على اساس مادي مرن حيث لم يحدده برقم معين ، الا انه اعتمد في تقدير الغبن على الخبراء القضائيين [١] وتقابل تلك النصوص في القانون المدني المصري نص الفقرة (١) من المادة ٨٤٥ منه حيث نصت : (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ...) [٢] الموجبات والعقود اللبناني نص المادة ٢١٤ منه وذلك بقولها: (ان الغبن لا يفسد في الاساس رضا المغبون ويكون الامر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الاحوال الاتية : ثانياً : اذا كان المغبون راشداً وكان للغبن خاصيتان الاولى :- ان يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المالوفة) وعليه نستنتج أنَّ القوانين لم تتفق على مقدار واحد للغبن المؤثر في القسمة فبينما نجدها في القانون المدني العراقي قد اعتمد معيار الغبن الفاحش الا انه لم يجعل له معياراً ثابتاً حيث جعله يختلف باختلاف ماهية المال المقسوم ، ونجده في القانون المدني الاردني قد اعتمد معياراً مرناً ولم يحدده بنسبة معينة كالقانون المدني العراقي ، وفي القانون المدني المصري نجد انه قد اعتمد معياراً جامدا حيث اعتمد على تحديد الغبن برقم محدد واما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد وجدناه قد اعتمد في تحديده للغبن بما يكون فاحشاً وشاذاً عن المادة المألوفة [٣] .

ثانياً : طريقة حساب الغبن الموجب لنقض القسمة :

ولحساب وجود الغبن من عدم وجوده يتم تقدير قيمة المال المقسوم كله وقت القسمة ثم يتم بعدها تقدير قيمة حصة الشريك مدعي الغبن وقيمة الجزء المخصص لهذا الشريك ثم يصار الى مقارنة قيمة ذلك الجزء بقيمة الحصة التي آلت اليه بالقسمة وعلى اساس هذه المقارنة يتضح وجود الغبن ويتم حسابه ومثال ذلك اذا كان المال المقسوم مملوكا لثلاثة شركاء على الشيوع وكانت حصصهم متساوية في ذلك المال فان قدرت قيمة المال وقت القسمة بمبلغ ٣٠٠٠ دينار فحصة كل شريك منه هي

---

(١) د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ، ص١٥٤ .

(٢) الا ان مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وفي المادة ١٢١٣ منه حيث كانت قد حددت مقدار نسبة الغبن اللازم لنقض القسمة بما يزيد على الربع الا ان لجنة اعداد القانون المدني المصري قد رفضت ذلك وحددت النسبة بالخمس فصدرت المادة ٨٤٥ وهي كما هي عليه الان : انظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ، ص١٢٩ ، ويفسر ذلك رغبة من المشرع المصري في مجاراة المقدار المعروف عند الفقهاء المسلمين ، والسبب الذي دفع المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في جعل مقدار الغبن بما يزيد على الربع هو الرغبة في مجاراة القانون المدني الفرنسي الا ان لجنة المراجعة رفضت ذلك المشروع وجعلت الغبن بما يزيد على الخمس : انظر في ذلك د. حسن كيره ، المصدر السابق ، هامش (٢) ص٤٧١ .

(٣) د. بدر جاسم محمد اليعقوب ، المصدر السابق ، ص١٥٠ .

١٠٠٠ دينار فان قّومت حصة الشريك مدعي الغبن فكانت قيمتها تبلغ ٨٠٠ دينار او اكثر فلا وجود للغبن الفاحش فيها وبالتالي لا يحق له المطالبة بفسخ القسمة على اساس وجود الغبن اما ان قومت حصته فتبين انها تبلغ اقل من ٨٠٠ دينار فتفسخ القسمة على اساس الغبن الفاحش (الذي يجاوز في مقداره الخمس) وكما حدده القانون[١] .

(١) انظر في هذا المعنى د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ص ٢٥٦ .

الفرع الثالث
الغبن الموجب لنقض القسمة في الفقه الاسلامي

لقد اخذ فقهاء المسلمين من الحنفية بامكانية نقض القسمة لوجود الغبن فيها، الا انهم ميزوا في ذلك بين الغبن اذا كان يسيراً وبين الغبن الفاحش ويقصد بالغبن اليسير عندهم هو الغبن الذي يدخل تحت تقويم المقومين فلا يسمح فيه برفع الدعوى لفسخ القسمة للغبن سواء اكانت تلك القسمة قد اجريت رضاء ام قضاء ؛ ذلك ان الاحتراز من الغبن اليسير حيث لا يمكن التحرز منه[١] .

واما ان كان الغبن فاحشا وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كانت القسمة قسمة قضائية جاز اقامة الدعوى فيها لفسخ القسمة وذلك لان حكم القاضي ملزم بتحقيق العدل وهو لم يحققه لوقوع الغبن في حصص بعض الشركاء .

اما ان كانت القسمة قد اجريت رضاء فلا يسمح فيها طلب فسخ القسمة للغبن (عند البعض من الحنفية) لكونها كالبيع ولقد استندوا في ذلك الى حديث رسول الله (ص) (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) [٢] .

كذلك فقد اجاز فقهاء الحنفية دعوى الغبن الفاحش لفسخ القسمة في حال وجود غلط في النصيب المقسوم ، فإن ادعى احد المتقاسمين ان غلطا قد اصاب حصته في حالة ما اذا كان الشريك مدعي الغلط قد اعترف اواشهد على نفسه أنّ ُهقد استوفى حقه كاملا فلا يسمع منه ذلك الا اذا أقر له الخصم بما يدعيه او بنكول خصمه عن حلف اليمين ؛ ذلك ان المدعي في هذه الحالة يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ، فان لم يقر له خصمه بما يدعيه او انه لم ينكل عن حلف اليمين كان على المدعي ان يطلب تحليف باقي المتقاسمين فمن ينكل منهم عن حلف اليمين كان لذلك الشريك ان يجمع بينه وبين حصة الشريك الناكل وتقسم بينهما ، واما في حالة عدم اعتراف الشريك بانه قد استوفى حقه فهنا يكون له حق تحليف الشركاء جميعهم ، وفي قسمة العقار ان قال الشريك (اصابني الى موضع كذا فلم تسلم الي) فان لم يشهد على نفسه بالاستيفاء وطالب شريكه وكذبه تحالفا وفسخت القسمة ، واما في حاله قوله (استوفيت حقي) ثم قال بعد ذلك (اخذت بعضه..) فهنا القول قول الخصم ؛ ذلك لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر[٣] .

ولقد جاء في المادة ١١٢٧ من مجلة الاحكام العدلية ما نصه : (يلزم ان تكون القسمة عادلة أي ان تعدل الحصص بحسب الاستحقاق وان لايكون باحداها نقصان فاحش فلذلك تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة ولكن اذا ادعى المقسوم لهم الغبن الفاحش بعد اقرارها باستيفاء الحق لا تسمع دعواهم) فيفهم من ذلك ان المجلة قد اجازت ابطال القسمة للغبن سواء اكانت تلك القسمة قد اجريت رضاء ام قضاء[٤] لا

---

(١) الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المصدر السابق، ص٤١٩ .
(٢) الشيخ محمد العباسي المهدي ، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية ، ج٥ ، ط ١ ، القاهرة ، المطبعة الازهرية ، ١٣٥١ هـ ، ص ٢٧٦ .
(٣) الشيخ برهان الدين ابوالحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، المصدر السابق ، ص ص ٤٩ ، ٥٠ .
(٤) الاستاذ سليم رستم باز اللبناني ، المصدر السابق ص ٦٢٤ .

بل ان البعض قد اجاز ابطالها اذا كانت قد اجريت قضاء على اساس ان القاضي مقيد بتحقيق العدل بين المتقاسمين وهو قد لا يكون محققا للعدل بينهم فهو غير معصوم من الخطأ واما ان كانت قد اجريت رضاء فقد قال البعض بعدم جواز ابطالها على اساس ان الاطراف كانوا قد اجروها برضاهم ، الا ان الاتجاه الراجح هو جواز طلب ابطالها رضاء كانت قد اجريت ام قضاء وذلك لورود ذكر القسمة مطلقا والمطلق يجري على اطلاقه كما ان من شروط صحة وجود المعادلة بين المتقاسمين كما يفهم من نص المادة ١١٢٧ من المجلة انها قد اجازت طلب فسخ القسمة سواء وقع الغبن في الاموال المثلية ام في الاموال القيمية فان وقع الغبن في القيميات سمي حينها بالغلط في القيمة وهي أن يقدر بدل حصة المتقاسم باكثر من قيمته الحقيقية جاز عندها طلب فسخ القسمة لوقوع المتقاسم بالغبن فيها (وهو ذات الاتجاه الذي كان فقهاء الحنفية قالوا به وكما سبق وفصلناه) [١] .

واما في المادة ١١٦٠ من المجلة التي جاءت مكملة للمادة ١١٢٧ في اعلاه فقد نصت المادة ١١٦٠ على : (اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم ثانية قسمة عادلة) ويظهر من هذا النص ان اثبات وقوع الغبن الفاحش في دعوى فسخ القسمة للغبن يتم اما بالبينة او بالاقرار او بالنكول عن اليمين ، ففي حالة الاقرار اما ان يقر جميع الشركاء وذلك بناء على دعوى مقامة من احد المتقاسمين بالغبن الفاحش فيقر باقي المتقاسمين بذلك ففي هذه الحالة تفسخ القسمة ويقسم المال ثانية اما اذا اقر بعضهم وانكر البعض الاخر منهم ففي هذه الحالة تجمع حصص المقرين مع حصة المدعى وتقسم من جديد قسمة عادلة فيما بينهم اما حصص الشركاء المنكرين فلا يتم التعرض لها لان الاقرار حجة قاصرة على المقر ، اما اذا اثبت الغبن الفاحش بالنكول عن اليمين فينظر ان كان الناكلون هم جميع المتقاسمين فتفسخ القسمة ويعاد تقسيم المال من جديد بين جميع الشركاء واما ان كان الناكلون هم البعض من الشركاء دون البعض الاخر ففي مثل هذه الحالة تجمع حصص الشركاء الناكلين منهم مع حصة المدعى ويتم اجراء القسمة مرة ثانية[٢] .

واما عند الفقهاء المسلمين من الشافعية فيمكن للشريك المغبون فيها (على اساس الحيف الذي اصاب حصته بقسمة اجبار او تراضي او لغلط وقع بحصته) فللشريك المغبون طلب نقض تلك القسمة بعد اقامته للبينة وذلك بشاهدي عدل او رجل وأمرأتين او شاهد ويمين فان جاء بها رد القسم عنه وان لم يأت بحجة فله ان يطلب تحليف شركائه[٣] .

---

(١) الاستاذ علي حيدر ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .
(٢) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ص ٦١ .
(٣)انظر الشيخ ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، المصدر السابق، ص ٢١١ : وانظر كذلك من فقهاء الشافعية الشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد ، ص ٣٧٣ .

ويوافق اتجاه فقهاء الشافعية اتجاه فقهاء المسلمين من فقهاء الجعفرية فعندهم اذا اراد احد المتقاسمين ابطال القسمة وجب عليه ان يقيم البينة فان لم يستطيع فله تحليف خصمه اليمين[١] .

(١)سماحة المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، المسالة رقم ٦١٢ ، ص ١٧٥ .

الفرع الرابع
دعوى ابطال القسمة للغبن الفاحش واثرها

اولا : دعوى ابطال القسمة للغبن الفاحش:-

اذا ما تحقق الغبن الفاحش على النحو الذي سبق وبيناه جاز عندها للشريك المغبون اقامة الدعوى طالبا فيها ابطال القسمة والعودة الى حالة الشيوع من جديد وكما كانت عليه قبل اجراء القسمة[١] .

وعلى خلاف الحال في البيع حيث يمكن رفع هذه الدعوى سواء اكان المال المقسوم عقارا ام منقولا اما في البيع فلا بد فيه من ان يكون المقسوم عقارا او ان المغبون هو شخص ناقص الاهلية ، وترفع هذه الدعوى باسم الشريك المغبون ويكون المدعى عليهم فيها باقي شركائه المتقاسمين جميعا والسبب في ذلك ان دعوى ابطال القسمة للغبن تهدف لابطال القسمة الرضائية التي كانت قد تمت نتيجة رضا جميع الشركاء بها[٢] .

ولقد نصت الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي لدعوى ابطال القسمة للغبن الفاحش على انه : (يجوز طلب نقض القسمة الحاصله بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعى نقدا او عينا ما نقص من حصته) فيظهر من هذا النص ان المشرع العراقي قد حدد المدة التي يمكن خلالها رفع دعوى نقض القسمة بسته اشهر الا ان لذلك المدعي ان يوقف سير الدعوى مستهدفا ابقاء القسمة على حالها وعدم نقضها في حال اتم للمدعي ما نقص من حصته[٣] .

واما في المادة ١٠٥١ من القانون المدني الاردني فقد نصت : (لا تسمع دعوى الفسخ واعادة القسمة اذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة) وبذا فقد جاء القانون

---

(١) ولقد تعددت المصطلحات المستخدمة من قبل التشريعات الوضعية في دعوى الغبن لابطال القسمة فمنها ما يشير بالقول (دعوى ابطال القسمة) في حين اننا نجد البعض الاخر منها يقول (دعوى فسخ القسمة) كما نجد البعض الاخر يقول (دعوى نقض القسمة) والتعبير الراجح أنها دعوى ابطال القسمة ؛ ذلك ان القول بفسخ القسمة قول غير دقيق ؛ لأن الفسخ يفترض ان هناك اخلال من احد الاطراف المتعاقدة في تنفيذ التزامه مما يدفع الطرف الاخر الى طلب فسخ العقد اضافة الى استجماع شروط الفسخ الاخر ، في حين انه في حالة الغبن في القسمة لم يكن هناك اخلال صادر من احد المتعاقدين حتى يستطيع المتعاقد الاخر ان يطلب فسخ ذلك التصرف وانما هناك غبن قد اصاب احد الشركاء فمنحه القانون حق طلب ابطال القسمة .. اما لوقلنا طلب نقض القسمة فهو الاخر قول منقوص المعنى وذلك ان نقض القسمة معناه هدمها وازالتها بغض النظر عن ماهية الوسيلة الفنية المستخدمة للوصول الى ذلك الغرض ولكون سبب اعادة القسمة هو للغبن فهو امر معاصر للاتفاق على القسمة كما انها ومع وجود الغبن فاضافة الى انها تنعقد وتترتب اثارها الا انها سرعان ما تنقضي حيث يخضع الابطال للقواعد العامة في كل ما لم يرد بشأنهِ نص ذلك ان حقيقة النقض هو الابطال : انظر د. بدر جاسم محمد اليعقوب ، المصدر السابق هامش ص ١٥٢ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١٥٩ .

(٣) د. حامد مصطفى ، الملكية واسبابها ، ص ١١٨ .

المدني الاردني على خلاف ما كان القانون المدني العراقي قد جاء به حيث نجد انه حدد المدة التي يمكن فيها اقامة الدعوى لطلب فسخ القسمة خلال مدة سنة من تاريخ القسمة ، وعليه فان هذا النص قد اخذ بقاعدة تخصيص القضاء والمنع من سماع الدعوى وذلك رعاية لتحقيق المصلحة واستقرار المعاملات[١] .

فان كان بعض الشركاء قد لحقه الغبن وبعضهم الاخر لم يلحقه فلا يستطيع من لم يلحقه الغبن من المتقاسمين رفعها ، ويقع على مدعي الغبن عبئ اثبات وجود الغبن الفاحش الذي يزيد على الخمس فله ان يثبت ذلك بجميع طرائق الاثبات كالبينة والقرائن فهو إنما يثبت واقعة مادية[٢] .

وتوافق نص المادة ١٠٥١ مدني اردني نص الفقرة (٢) من المادة ٨٤٥ من القانون المدني المصري التي جاء فيها : (ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من حصته) وعليه فالمدة المحددة لرفع دعوى نقض القسمة للغبن الفاحش قد حددها المشرع المصري بسنة ايضا وتعتبر هذه المدة مدة سقوط وليس مدة تقادم لذا فهي لا تلحقها وقف او انقطاع وبالتالي فلا يجوز رفعها بعد انقضاء مدة السنة من تاريخ تمام عقد القسمة وسواء علم الشريك المغبون بالغبن الحاصل في حصته او لم يعلم بها ، وليس للقاضي الذي ينظر بهذه الدعوى سلطة تقديرية في الحكم بنقض القسمة للغبن الفاحش ام لا ؛ ذلك انه في حالة تمكن مدعى الغبن من اثبات وقوعه وفقا للمبادئ العامة وثبت للمحكمة التي تنظر النزاع وقوع الغبن حكمت عندها بنقض القسمة للغبن الفاحش فيها[٣] .

ثانيا : اثر الحكم بابطال القسمة للغبن الفاحش فيها :

يترتب على الحكم بنقض القسمة للغبن الفاحش اعتبار القسمة كأنها لم تكن وبالتالي العودة الى حالة الشيوع مرة اخرى حيث يرتد انقضاؤها باثر سابق الى حين ابرامها فيعتبر المال شائعا بين الشركاء وكما كان منذ ان بدأ الشيوع وعليه تسقط كافة التصرفات التي كان الشركاء المتقاسمون قد اجروها بعد ان اجروا القسمة التي تم نقضها ويعود المال المشاع خاليا من أي حقوق كانت قد ترتبت عليه قبل نقض القسمة وذلك حسبما تقضي به القواعد الخاصة في اثر ابطال العقد في التصرفات الصادرة للغير الا ان ذلك لا يشمل اعمال الادارة حيث انها تبقى محتفظة بأثرها حتى لو نقضت القسمة[٤] .

الا ان رفع الغبن في حالة القسمة يكون باكمال نصيب المغبون ورفع الغبن عنه بشكل كامل وليس فقط كما هو في حالة البيع حيث يكتفى برفع الغبن الفاحش بجعله غبنا يسيرا وذلك باكمال حصته الى اربعة اخماس القيمة ، بمعنى ان يبقى الحق

---

(١) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، المصدر السابق ص ٦٥٩ .
(٢) انظر د. وليد نجيب القسوس ، المصدر السابق ص ١٥٥ .
(٣) د. احمد عبد العال ابو قرين ، المصدر السابق ، ص ٢١٦.
(٤) د. عبد الرزاق السهنوري ، المصدر السابق ، ص ٩٠٧ .

للمتقاسم المغبون في ان يقيم الدعوى لابطال القسمة ولو اكمل له المتقاسم الاخر (المدعى عليه) نصيبه الى الاربعة اخماس[١] .

الا ان القانون قد منح للشركاء ولتجنب الحكم بابطال القسمة حق اكمال نصيب الشريك المغبون وهو ما نجده في نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ التي جاء فيها (وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من حصته) ويوافق هذا النص في القانون المدني المصري نص الفقرة (٢) من المادة ٨٤٥ منه التي نصت : (للمدعى عليه ان يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعى نقدا او عينا ما نقص من حصته) فيتبين من النصين ان للمدعى عليه في هذه الدعوى ان يتجنب الحكم عليه بابطال القسمة اذا هو اكمل للمدعي ما نقص من حصته سواء اكان ذلك نقدا ام عينا[٢] .

ويكون اكمال نصيب الشريك المغبون عينا بان يدفع المدعى عليه للمدعي جزءاً من المال المقسوم من حصة المدعى عليه يكمل بها ما نقص من حصة المدعي ويكون الخيار للمدعي عليه بين ان يؤدي نقدا او عينا فاذا اختار التسديد نقدا ووافق على ذلك المدعي فلا يحق للمدعي بعد ذلك ان يطلب التسديد عينا والعكس صحيح كما يحق للمدعى عليه ان يعرض اكمال نصيب الشريك المغبون سواء خلال دعوى ابطال القسمة وحتى بعد صدور القرار البدائي فيها وحتى مرحلة الاستئناف لاول مرة لابل حتى بعد اكتساب الحكم الصادر بدعوى القسمة الدرجة القطعية وقبل الشروع باجراء القسمة مرة اخرى والسبب في ذلك هو رغبة المدعى عليه في منع اجراء القسمة من جديد[٣] .

وفي حال تعدد المدعى عليهم (وهو ما يقع غالبا) فلا بد من اتفاقهم على إكمال حصة المدعي المغبون فإنْ اتفقوا على ذلك ولكنهم اختلفوا في مقدار ما يسدد للمدعي عندها يمكن ان تتولى المحكمة ذلك ، اما في حال لم يتفقوا على الاكمال فان من لم يوافق عليه من الشركاء لا يلتزم برد أي مبلغ يسدده الشركاء كانوا قد سددوه للمدعي ، كما يجوز لدائني المدعى عليهم اكمال حصة مدعي الغبن نيابة عن مدينهم ، كما يجوز ايضا لدائني مدعي الغبن اقامة دعوى ابطال القسمة للغبن في حصة مدينهم عن طريق اقامتهم للدعوى غير المباشره[٤] .

---

(١) انظر بهذا المعنى د. جلال علي العدوي ، اصول المعاملات ، القاهرة ، مطابع مؤسسة الاهرام ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع ، د.ت ، ص ٢١٢ .
(٢) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ .
(٣) د. حسن كيره ، المصدر السابق ، ص ٤٧٣ .
(٤) د. بدر جاسم محمد اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .

قائمة المصادر

اولاً : القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير

الامامان الجليلان جلال الدين محمد بن احمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، تفسير الجلالين ، ط٢ ، بغداد ، مطبعة بابل ، عبد الرحمن حياوي ، ١٩٨٤ .

ثالثاً: كتب الحديث

١- احمد بن حنبل ابو عبد الله الشيباني ، مسند الامام احمد ، ج٥ ، القاهرة ، مؤسسة قرطبة ، د. ت .
٢- ابو الحسن بن علي بن موسى ابو بكر البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر ، ج٩ ، مكة المكرمة ، مكتبة دار الباز ، ١٩٩٤ .
٣- سليمان بن الاشعث ابو داود السجستاني الازدي ، سنن ابو داود ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، ج٣ ، بيروت ، دار الفكر .
٤- علي بن عمر الدار قطني البغدادي ، سنن الدار قطني ، ج٣ ، دار المعرفة ، ١٩٦٦ .
٥- محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي ، صحيح البخاري ، تحقيق د. مصطفى ديب البغا ، ج٢ ، ط٣ ، بيروت ، دار ابن كثير اليمامة ، ١٩٨٧ .
٦- مسلم بن حجاج ابو الحسن القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت ، دار احياء التراث العربي .
٧- محمد بن عيسى ابو عيسى ، سنن الترمذي ، تحقيق احمد محمد وآخرين ، ج٤ ، بيروت ، دار احياء التراث العربي .
٨- محمد بن يزيد ابو عبد الله القزويني ، سنن ابن ماجه ، ج٢، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت ، دار الفكر ، د. ت .

رابعاً : كتب الفقه الاسلامي :-

أ-كتب الفقه الحنفي

١- ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط ، ج١٥ ، ط١ ، القاهرة ، مطبعة السعادة ، الحاج افندي المغربي د. ت .
٢- برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٣ ، ط اخيره ، القاهرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي

٣- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ / ط٢ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ .
٤- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح الكتاب ، ج٣، ط٤، القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح، ١٩٦١.
٥- زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، ط١ ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، د. ت .
٦- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٦ ، بيروت ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية .
٧- محمد امين (الشهير بابن عابدين) ، حاشية ابن عابدين ، ج٤ ، ط٢ ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٦٦ .
٨- محمد امين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، ج٧ ، ط٢ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، منشورات محمد علي بيضون ، ٢٠٠٣ .
٩- محمد امين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٣ ، ط٢ ، دمشق ، دار الفكر ، ١٩٧٩ .
١٠- محمد العباسي المهدي ، الفتاوى المهدية ، ج٥ ، ط١ ، القاهرة ، المطبعة الازهرية المصرية ، ١٢٦٤ هـ .
١١- محمد العباسي المهدي، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية، ج٥، ط١، القاهرة، المطبعة الازهرية، ١٣٥١هـ .
١٢- مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهي شرح غاية المنتهى ، ج٤ ، دمشق ، منشورات المكتب الاسلامي .
١٣- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، المجلد ٦ ، ديار بكر ، المكتبة الاسلامية.

ب- كتب الفقه المالكي

١- احمد بن احمد المختار الشنقيطي ، مواهب الجليل من ادلة خليل ، ج٤ ، قطر ، دار احياء التراث الاسلامي ، ١٩٨٧ .
٢- ابو بكر حسن الكشناوي ، اسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه امام الأئمة مالك ، ج٣ ، ط٢ ، القاهرة ، د. ت .
٣- الخرشي ، على مختصر سيدي خليل ، ج٥ ، بيروت ، دار صادر .
٤- سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الامام مالك بن انس (رض) ، المدونةالكبرى ، ج١٢ ، المجلد ٥ ، القاهرة ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٣ هـ .
٥- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة ، ج٧ ، دبي ، دار الغرب الاسلامي .

٦- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي .
٧- محمد بن احمد بن جزي المالكي ، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، بيروت ، دار العلم للملايين .

حـ كتب الفقه الجعفري

١- ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع ، ط٢ ، القاهرة ، مطبعة وزارة الاوقاف ، ١٩٥٨ .
٢- زين الدين الجبعي العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٤ ، ط٢ ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، ١٣٨٧ هـ .
٣- علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط٤ ، بيروت ، دار المؤرخ العربي ، ١٩٩٨ .
٤- محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، اللمعة الدمشقية ،باشراف السيد محمد كلانتر ج٣ ، ط٣ ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، ١٣٨٧ هـ .
٥- محمد علي الكرباسي ، منهاج المتقين ، ج٢ ، ط٢ ، النجف الاشرف ، مطبعة الاداب ، ١٩٧٣ .
٦- محمد علي الموسوي الحمامي ، هداية المسترشدين ، القسم الاول ، الجزء الثاني ، بيروت ، دار الزهراء ، ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م .
٧- محمد الصدر ، ما وراء الفقه ، ج٥ ، النجف الاشرف ، مطبعة الاداب ، ١٩٩٤ .
٨- محمد الصدر ، منهج الصالحين ، ج٣ ، النجف الاشرف ، مطبعة الاداب ، ١٩٩٤ .
٩- محمد بن الحسن الحر العاملي ،تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ج١٩ ، ط٢ ، بيروت ، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث ، ٢٠٠٣ .
١٠- محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج٣ ، النجف الاشرف ، المطبعة الحيدرية ، المكتبة المرتضوية ، ١٣٦١ هـ .

د- كتب الفقه الشافعي

١- احمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي ، الفتاوى الكبرى الفقهية ، ج٤ ، بيروت ، دار صادر ، د. ت .
٢- ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي ، ادب القاضي ، تحقيق محيي هلال السرحان ، ج٢ ، الكتاب الرابع ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٧٢ .
٣- ابو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ج٥ ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

٤- النووي ، التكملة الثانية المجموع شرح المهذب ، ج٢٠ ، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية ، د. ت.
٥- ابو الحسين يحيى بن ابي الخيرين سالم العمراني الشافعي اليمني ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، المجلد الثالث عشر ، بيروت ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع .
٦- سليمان البجيرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، ج٤ ، ط اخيرة ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٥١ .
٧- سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي ، حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد ، ج٤ ، ط أخيرة ، القاهرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٥٠ .
٨- شهاب الدين ابو العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٤ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، منشورات محمد علي بيضون .
٩- شمس الدين محمد بن احمد الشربيني القاهري الخطيب الشافعي ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، ج٣ ، القاهرة ، مطبعة محمد علي صبيح واولاده.
١٠- عبد الله حجازي بن ابراهيم الشافعي ، حاشية الشيخ عبد الله بن حجازي بن ابراهيم ، ج٢ و ج٤، بيروت ، دار المعرفة .
١١- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، الاشباه والنظائر ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، المجلد الاول ، بيروت ، منشورات محمد علي بيضون ، ٢٠٠١ .

هـ- كتب الفقه الحنبلي

١- ابو العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، المجلد الخامس ، بغداد ، مكتبة محمد صاحب الرجب .
٢- ابو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد المؤرخ الحنبلي ، المبدع في شرح المقنع ، ج ١٠ ، قطر ، المكتب الاسلامي ، د. ت .
٣- ابو محمد عبد الله بن قدامة ، المغني ، ج٥ وج١٠ ، القاهرة ، مكتبة القاهرة لعلي يوسف سليمان ، د. ت .
٤- شمس الدين ابو فرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير ، ج١١ ، الكويت ، دار الفكر .
٥- موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني (رض) ، ج٣ ، المدينة المنورة ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، د. ت .

و- ومن الفقهاء المحدثين :

١- د. وهبة الزحيلي ، الفقه السلامي وادلته ، ط٤ المعدله ، دمشق ، دار الفكر المعاصر ، ٢٠٠٤ .
٢- المرحوم د. محمد يوسف موسى ، التركة والميراث في الاسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود والرومان بحث مقارن ، القاهرة، دار المعرفة،معهد الدراسات العربية العالية جامعة الدول العربية.

خامساً : كتب معاجم اللغة :-

١- احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، بيروت ، المكتبة العلمية ، د. ت .
٢- العلامة ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد ٨ والمجلد ١٢ ، ط١ ،بيروت ، دار صادر ، ٢٠٠١ .
٣- الرازي ، قاموس مختار الصحاح ، ط١ ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٩٧٩ .
٤- الاستاذ ابو عبد الرحمن محمد عبد الله قاسم ، المعتمد قاموس عربي عربي ، ط١ ، بيروت ، دار صادر ، ٢٠٠١ .
٥- طاهر الطرابلسي ، ترتيب القاموس المحيط ، ج٤ ، القاهرة ، مطبعة الاستقامة ، ١٩٥٩ .
٦- الاستاذ كرم البستاني والاب موترد والاستاذ عادل انبوبا والاستاذ انطوان نعمه ، المنجد في اللغة والاعلام ، ط٢٢ ، المطبعة الكاثوليكية ، دار المشرق ، ١٩٧٣ .
٧- محب الدين ابو فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، شرح القاموس المسمى تاج العروس ، ج٩ ،بيروت ، دار الفكر للطباعة .
٨- العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي ، بيروت مطابع دار احياء التراث العربي ، ٢٠٠٣ .

سادساً : الكتب القانونية :-

١- د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون اصول المحاكمات اللبناني ، ط٣ ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٤ .
٢- د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، ج٥ ، جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر ،١٩٩١ .
٣- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج٢ ، عمان ، المكتب الفني لنقابة المحامين الاردنيين .
٤- الاستاذ احمد خليل ، اصول المحاكمات المدنية ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠ .
٥- د. ايمن سعد عبد المجيد سليم ، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .
٦- د. احمد عبد العال ابو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربيةالسعودية والقانون المقارن ، القاهرة ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩٩ .
٧- المحامي ابراهيم ناجي ، حقوق التصرف وشرح قانون الاراضي ، ط٢ ، بغداد ، مطابع الفلاح ، ١٩٢٥ .
٨- الاستاذ احمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني ، ط٣ ، القاهرة ، مطبعة الفجالة الجديدة ، ١٩٥٤ .
٩- المستشار احمد هبه ، موسوعة مبادئ النقض في المرافعات ، ط١ ، القاهرة ، دار غريب للطباعة ، عالم الكتب ، ١٩٨٦ .
١٠- د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٦ .
١١- الاستاذ جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري الصادر به القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ج٤ ، القاهرة ، مطبعة جرينبرج ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٠ .
١٢- الاستاذ جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، جامعة الموصل ، د. ت.
١٣- المحامي جمعة سعدون الربيعي ، احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية ، بغداد ، مطبعة الفنون ، ١٩٨٩ .
١٤- د. جلال علي العدوي ، اصول المعاملات ، ج١ ، القاهرة ، مطابع مؤسسة الاهرام ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع .
١٥- مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، نقله الى العربية الاستاذ عبد العزيز فهمي ، ط١، القاهرة ، مطبعة الكاتب المصري ، ١٩٤٦ .
١٦- د. حسن علي الذنون ، العقود المسماة عقد البيع ، بغداد ، مطبعة الرابطة ، ١٩٥٣ .
١٧- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينيه الاصلية ، بغداد ، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، ١٩٥٤ .

١٨- د. حسن علي الذنون ، احكام الالتزام او الالتزام في ذاته ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٨ .
١٩- الاستاذ حسين علي الاعظمي ، احكام الاوقاف ، ط٣ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، د.ت .
٢٠- د. حسن كيرة، اصول القانون المدني الحقوق العينية الاصلية احكام حق الملكية، ج١، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٦٣.
٢١- د. حامد مصطفى ، شرح القانون المدني العراقي الملكية واسبابها ، ج١ ، القاهرة ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ،١٩٥٣ .
٢٢- د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق مع المقارنة بالقانون المدني العربي المصري ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦٤ .

٢٣- د. رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني النظرية العامة للحق ، ج٢ ،بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٣ .
٢٤- د. رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،١٩٨٦ .
٢٥- الاستاذ زهير الزبيدي ، الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة ، بغداد ، مطبعة دار السلام ،١٩٧٣ .
٢٦- الاستاذ زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني ، بيروت ، دار الثقافة ، ١٩٦٩ .
٢٧- الاستاذ سليم رستم باز اللبناني ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ط٣ ، بيروت ، دار احياء التراث العربي .
٢٨- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، الحقوق العينية الاصلية ،ط١ ، بغداد ، مطبعة الحكومة ، دار الحرية للطباعة ،١٩٧٣ .
٢٩- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام قانون التنفيذ ، ط١ ، مطبعة جامعة الموصل ،١٩٨٩ .
٣٠- د.سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات المدنية دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات العراقي ، ج١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٢ .
٣١- د. سليمان مرقس ، عقد البيع ، ط٥ ، بيروت ، المنشورات الحقوقية دار صادر .
٣٢- د. سليمان مرقس و د. محمد علي امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ١٩٥٥ .
٣٣- الاستاذ شاكر الحنبلي ، الموجز في احكام الاراضي ، دمشق ، مطبعة التوفيق ، ١٩٢٨ .
٣٤- د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، الاسكندرية منشأة المعارف ، ١٩٦٠ .
٣٥- شبكة المعلومات الدولية (الانترنيت) WWW.Dalloz.ORg .

٣٦- الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في شرح الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بغداد ، مطبعة العاني ، جامعة بغداد ، ١٩٦٩ .
٣٧- الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ج١ ، ط١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٢ .
٣٨- الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، بغداد ، ١٩٥٩ .
٣٩- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات اثار الالتزام ، ج٢ ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٥٠ .
٤٠- د. صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ذ . م . م ، ١٩٦١ .
٤١- الاستاذ ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٦٧ .
٤٢- الاستاذ عبد القادر القيسي ، كيف تقيم الدعوى بنفسك ، بغداد ، مطبعة التمدن ، وزارة المعارف .
٤٣- د. عبد الرحمن السيد قرمان ، الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة وفصل الشريك منها ، ط٢ ، القاهرة ، مطبعة حماده ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .
٤٤- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ .
٤٥- د. عوض احمد الزعبي ، اصول المحاكمات المدنية ، ج٢ ، ط١ ، عمان ، دار وائل للطباعة والنشر ، ٢٠٠٣ .
٤٦- د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي ج٢ ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، ١٩٧١ .
٤٧- د. عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ ،القاهرة ، مطابع دار الكتاب العربي ، ١٩٥٦ .
٤٨- المحامي د. عبد القادر الفار ، احكام الالتزام واثار الحق في القانون المدني ، ط١ ،عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٤ ،ص١٠٧ .
٤٩- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية ، ج٨ ،القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ .
٥٠- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، بغداد ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
٥١- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٧ .
٥٢- الاستاذ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج٢ و ج٣ ، ط١ ، بغداد ، مطبعة بابل ١٩٧٧ .
٥٣- الاستاذ عارف العارف ، مجموعة الاحكام للاموال غير المنقولة ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٧ .

٥٤- د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح احكام حق الملكية ، القاهرة ، مطبعة دار الفضيلة للطباعة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
٥٥- د. عبد الباسط جميعي ، شرح قانون الاجراءات المدنية المصري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ،١٩٦٦ .
٥٦- الاستاذ علي حيدر ، شرح قانون تقسيم الاموال غير المنقولة ، بغداد ، مطبعة دار السلام ،١٩٢٧ .
٥٧- الاستاذ علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام العدلية ، الكتاب الاول و الكتاب العاشر ، بغداد ، مكتبة النهضة ، د.ت .
٥٨- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ،١٩٧٠ .
٥٩- الاستاذ عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف ، ط٣ ، القاهرة ، مطبعة النصر ، ١٩٥١ .
٦٠- الاستاذ عبد الرحمن خضر ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية ، بغداد ، دون ناشر ، ١٩٥٣ .
٦١- الاستاذ عامر خطاب عمر، بيع العقار عن طريق المزايده ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، ١٩٧٣ .
٦٢- الاستاذ عبود صالح مهدي التميمي ، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ،ط١ ، بغداد ،٢٠٠٠ .
٦٣- د. عبد العزيز عامر ، دروس في حق الملكية ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ .
٦٤- المحامي السيد عبد الوهاب عرفه ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ،٢٠٠٥ .
٦٥- د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني الملكية الشائعة في البلاد العربية ، القاهرة ، معهد الدراسات العربية العالية جامعة الدول العربية ،١٩٦٢ .
٦٦- د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ .
٦٧- د. عبدالمنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ط٢ ،القاهرة ،١٩٦٤ .
٦٨- السيد علي فكري ، المعاملات المادية والادبية ،ج١ ، ط١ ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
٦٩- الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، بغداد ، دار الحرية للطباعة ،١٩٨٩ .
٧٠- الاستاذ علي محمد ابراهيم الكرباسي ، اصول الدعوى المدنية ، بغداد ، مطبعة الزمان ،١٩٩٩ .
٧١- الاستاذ علي مظفر حافظ ، شرح قانون التنفيذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ ، بغداد ، مطبعة العاني ،١٩٧٤ .

٧٢- عبد النبي ميكو ، المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، الرباط ، المطبعة العالمية ، ١٩٧٣ .
٧٣- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية دراسة مقارنة ، ط١ ، عمان ، مطبعة الارز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠ .
٧٤- د.غني حسون طه ، حق الملكية ، ج١ ، مطبوعات جامعة ،الكويت ، ١٩٧٧
٧٥- الاستاذ فارس الخوري ، اصول المحاكمات الحقوقية ، دروس نظرية وعملية ، ط٢ ، عمان ، الدار العربية للنشر والتوزيع ،١٩٨٧ .
٧٦- الاستاذ فريد فتيان ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني ، بغداد ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية
٧٧- د. مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية ن ج١ ، ط٣ ، دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥٢ .
٧٨- د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، اصول القانون المدني الحقوق العينيه (الاصلية والتبعية) القاهرة ، دار الجيل للطباعة ، د. ت .
٧٩- د. مصطفى الزلمي و د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٩ .
٨٠- د. مصطفى الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج١، بغداد ، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة ، ٢٠٠٠ .
٨١- الاستاذ مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج١ ج٢ ، بغداد ، شركة الحسام للطباعة ، ١٩٩٤ .
٨٢- الاستاذ مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية ، بغداد ، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل ، ١٩٩٢ .
٨٣- الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ج٣ ، ط١، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٨٤ .
٨٤- الاستاذ منير القاضي ، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط١، بغداد ، ١٩٥٧ .
٨٥- د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية احكام الالتزام ، ج٢ ، عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨ .
٨٦- الاستاذ منير القاضي ، محاضرات في القانون المدني ، بغداد ، مطبعة دار المعرفة ، منشورات المجموعة الدائمة ، ١٩٥٤ .
٨٧- د. مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي مصادر الالتزامات ، ج١ ، بيروت ، ١٩٦٨ .
٨٨- د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
٨٩- د. محمود جلال حمزة الوسيط في شرح القانون المدني الاردني، ج٥، ط١،عمان ، دار الحامد للطباعة، ١٩٩٨.

٩٠- د. محمد حسين منصور و د. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون القاعدة القانونية نظرية الحق ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠.
٩١- السيد محمد زيد الابياني بك، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، ج٢، ط٣، بغداد، مطبعة النهضة ، ١٩٢٠ .
٩٢- د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية العراقي واليمني والمصري والسوري والكويتي، ط١، الاصدار الاول، عمان، مطبعة الارز، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١.
٩٣- الاستاذ القاضي محمد شفيق العاني، احكام الاوقاف، بغداد، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة، ١٩٥٥.
٩٤- الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، بغداد، وزارة التعليم العالي، ١٩٨٢.
٩٥- د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الاصلية، ج١، ط٢، القاهرة، المطبعة العالمية، احمد حسن غزي وشركاءه، ١٩٥١.
٩٦- الاستاذ القاضي محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، القاهرة، مطابع مدكور واولاده، مكتبة القاهرة الحدثية ، ١٩٦٣.
٩٧- د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الاسكندرية، منشاة المعارف، د.ت
٩٨- د. مصطفى محمد الجمال ود. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، بيروت، الدار الجامعية، ١٩٨٧.
٩٩- الاستاذ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ط١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٧٩.
١٠٠- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية الاصلية اسباب كسب الملكية ،ج٢، ط١، عمان، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٥.
١٠١- د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط٢، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧.
١٠٢- الاستاذ ناصر الشمايله، كسب ملكية المضمونات بالضمان، ط١، عمان، مطابع الارز، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨ .
١٠٣- الاستاذ المحامي هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية ، ج١، بغداد، مطبعة الزمان ، ٢٠٠٠.
١٠٤- د. وليد نجيب القسوس، ادارة وازالة المال الشائع دراسة مقارنة ، عمان ، مطبعة الجامعة النموذجية، ١٩٩٣.
١٠٥- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، المجلد ١، القسم الثاني ، ط١، عمان، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢.

سابعا: الرسائل الجامعية والبحوث :

١- د. بدر جاسم محمد اليعقوب ، الغبن في القانون المدني الكويتي بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، ملحق العدد ٢، السنة ١١، ١٩٨٧.
٢- د. جعفر محمد جواد الفضلي، ايجار العقار الشائع في القانون المدني العراقي بحث منشور في مجلة العدالة، بغداد، العدد الاول، كانون الثاني، ٢٠٠١.
٣- الاستاذ القاضي خليل ابراهيم الملا حويش، احكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي بحث مقدم الى مجلس العدل وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠.
٤- السيد رعد ادهم عبد الحميد السامرائي، مدى سلطان الشريك المشتاع في الملكية الشائعة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠١.
٥- السيد زياد خالد المفرجي، التنظيم القانوني لادارة الاوقاف في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
٦- الاستاذ سعيد الزهاوي، المهايأة بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القضاء، بغداد، نقابة المحامين العراقيين، العدد الاول، كانون الثاني وشباط واذار، السنة ٢٦، ١٩٧١.
٧- الاستاذ القاضي سلمان محمد علي الطائي، دعوى ازالة الشيوع بين التشريع والتطبيق ، بحث مقدم الى مجلس العدل وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٢.
٨- السيد فارس حامد عبد الكريم العجرش، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠١.

ثامنا: الدوريات :

١- المجلة العربية للفقه والقضاء، القاهرة، مطابع جامعة الدول العربية، الامانة العامة لجامعة الدول العربية ، ١٩٩٧.
٢- جريدة الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، بغداد، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة، اصدار دائرة الوقائع العراقية في وزارة العدل.
٣- مجلة القضاء، بغداد، مطبعة واوفسيت الشعب، نقابة المحامين العراقيين.
٤- مجموعة الاحكام العدلية، بغداد، مطبعة وزارة العدل ، يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل.
٥- مجلة العدالة، بغداد، مطابع واوفسيت الزمان ، تصدرها وزارة العدل.
٦- مجلة المحامون، دمشق ، المكتب الفني لنقابة المحامين السورية.
٧- مجلة القضاء والتشريع التونسية، وزارة العدل التونسية ، طبع الشركة التونسية لفنون الرسم، ١٩٦٠.
٨- مجلة القضاء والقانون المغربية، مجلة شهرية صادرة عن وزارة العدل المغربية، الرباط.
٩- مجلة الحقوقي، بغداد، يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، ١٩٨٣.
١٠- مجلة الحقوق، اصدار كلية الحقوق في جامعة الكويت، ١٩٨٧.

تاسعا: المصادر الفرنسية

١- HENRI ET LEON MAZEAUD JEAN MAZEAUD,LECONS,
DE DROIT CIVIL, TOME QUATRIEME, PREMIER VOLUME, QUATRIEME EDITION, PARIS, EDITIONS MONTCHRESTIEN , ١٩٦٥
٢- MARCEL PLANIOL, TRAITE ELEMENTAIRE DROIT CIVIL, TOME TROISIEME, DIXIEME EDITION, PARIS, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT DE JURISPRUDENCE, ١٩٢٧.
٣- LOUIS JOSSERAND, COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANCAIS, II, DEUXIEME EDITION, PARIS, LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY SOCIETE ANONYME, ١٩٣٣.
٤- PLANIOL ET RIPERT, DROIL CIVIL FRANCAIS, V, PRAIS, LBRAIRIE GENERAL DE DROIT, ١٩٥٧.

عاشرا: متون القوانين :

١- القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣- القانون المدني الاردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٤- قانون تقسيم الاموال غير المنقولة الاردني المرقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣ .
٥- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٤ المعدل.
٦- القانون المدني الفرنسي.
٧- قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٨- قانون المحاماة المرقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥.
٩- قانون التنفيذ المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.
١٠- قانون التنظيم القضائي المرقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.
١١- قانون الرسوم العدلية المرقم ١١٤ لسنة ١٩٨١.
١٢- قانون ايجار العقار المرقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩.

حادي عشر: المجموعات القضائية :

١- النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق.
٢- المبادئ القضائية لمحكمة التمييز الاردنية في القضايا الحقوقية، المكتب الفني لنقابة المحاميين الاردنيين، عمان ، مطبعة التوفيق .
٣- مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم المدني، بغداد ، مطبعة العمال المركزية، ١٩٨٨.

٤- مجموعة الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج٤، بغداد، مطبعة الزمان، ٢٠٠٠.
٥- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني مطبعة دار القضاء العالي.
٦- مجلة المحاماة، المكتب الفني لنقابة المحاميين المصريين، القاهرة ، مطبعة حجازي.
٧- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والابرام في المواد المدنية، القاهرة ، المطبعة العالمية، دار النشر للجامعات المصرية .
٨- مجموعة الاستاذ القاضي حسين جميل، قضاء محكمة التمييز الدائرة الحقوقية، بغداد، مطبعة الاهالي، ١٩٨٣.
٩- مجموعة المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ذ.م.م ، ١٩٦٢ .
١٠- المحامي عبد العزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج٢، بغداد، ١٩٦٣
١١- الاستاذ القاضي عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية القسم المدني، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥٧

استمارة مستخلصات اطاريح الدراسات العليا للجامعات العراقية

رقم الاستمارة	

الجامعة : بابل	**الكلية : القانون**

عنـوان الأطروحـة: قسـمة المـال المشاع دراسة مقارنة	**تاريخ تسجيل الاطروحة : ٢٠٠٣/١١/٢٢**	**طبيعة البحث: أكاديمي**	**الجهة المستفيدة: تاريخ العقد**

(١) اسم الطالب : محمد احمد عيسى الجبوري	**العمر :٢٩**	**الجنس: ذكر**
تاريخ القبول :٢٠٠٢/١٠/٦	**(٢) قناة القبول :متميزين**	**(٣) جهة الانتساب: رئاسة مجلس القضاء الاعلى / رئاسة محكمة التمييز .**

اسم المشرف	الدرجة العلمية	الجنس	جهة الانتساب	العمر
د. ميري كاظم عبيد الخيكاني	استاذ مساعد	ذكر	كلية القانون / جامعة بابل	٣٦

١. يذكر الاسم الرباعي واللقب او كما ورد في الاطروحة .
٢. تذكر قناة القبول (متميزين ، قبول مباشر ،وافدين ، حجر) .
٣. جهة الانتساب تذكر الوزارة او الجهة للطالب الموظف.
٤. تحدد طبيعة البحث أكاديمي او تطبيقي وفي حالة البحث التطبيقي تذكر اسم الجهة المستفيدة وتاريخ العقد المبرم.

تاريخ صدور الامر الجامعي:	**الشهادة : ماجستير**	**الاختصاص العام : قانون خاص**	**الاختصاص الدقيق :القانون المدني**
الكلمات المفتاحية:			

قسمة المال المشاع- دراسة مقارنة

لما كان المال هو من اهم السمات الاساسية التي تميز حياة المجتمعات البشرية باعتباره الوسيلة التي لا غنى عنها لتحقيق غايات الفرد واهدافه الاجتماعية والاقتصادية وكما يمكن ان يكون المال مملوكاً لشخص واحد بمفرده وهذه هي الصورة المثلى فيه فقد يكون المال ايضاً مملوكاً لاكثر من شخص واحد مشتركين فيه على سبيل ما يعرف بالشيوع ونتيجة للاضرار الاقتصادية والاجتماعية للشيوع فقد خص المشرع القسمة باحكام خاصة تستند الى اعتبارات من النظام العام وذلك لوضع حد لمساوئ الشيوع الاجتماعية والاقتصادية ..

ونظراً لاهمية القسمة (ونعني بها في هذه الرسالة بالقسمة النهائية التي تفض الشيوع – إزالة الشيوع) فقد اولاها المشرع وعلى مختلف العصور وفي كل التشريعات المدنية اهتماماً كبيراً سعياً منه في تنظيم العملية التي تفض الشيوع بما يعطي لكل شريك من الشركاء المشتاعين حصته المفرزة وما الدعاوى التي تعج بها سوح المحاكم (محاكم البداءة في العراق والمحاكم الجزئية في مصر) والتي تدور حول موضوع القسمة الا خير دليل على ذلك .

ولقد قامت منهجية الرسالة على ثلاثة محاور محور فقهي ومحور تشريعي ومحور ثالث محور قضائي : ففي المحور الفقهي حيث بادرنا الى عرض الاراء الفقهية التي قيلت سواءاً في الفقه الاسلامي ام في الفقه القانوني ثم حللنا تلك الاراء فايدنا رأي وخالفنا اخر ، وفي المحور التشريعي فقد بادرنا الى عرض اتجاه مختلف التشريعات المدنية الوضعية كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والقانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني وكذلك في القانون المدني الفرنسي مع التركيز على معالجة القصور الذي تعانيه بعض النصوص العراقية فكان لا بد للدراسة من ان تدلو بدلوها في ذلك ، واما على صعيد المحور القضائي فقد عززنا المواقف الفقهية باحكام قضائية ذات صلة وثيقة بالموضوع ..

ولقد عالجت الرسالة العديد من المشاكل القانونية التي بدت لنا من خلال الدراسة وتقديم الحلول والمقترحات اللازمة بشأنها تلك المشاكل التي نشأت اما عن قيام حالة الشيوع او انها نشأت عن وجود نصوص قانونية لم تجرِ صياغتها بشكل سليم او لعدم وجود نصوص قانونية تبسط من الاجراءات المقتضاة لازالة الشيوع بما يشجع الملاك على الشيوع من ازالة شيوعهم .

ولقد خلصت الرسالة الى تقديم العديد من النتائج والتوصيات ومن اهمها دعوة المشرع العراقي الى تعديل نصوص بعض المواد كالفقرة (٢) من المادة (١٠٦١) والفقرة (٣) من المادة (١٠٧١) والفقرة (١) والفقرة(٢) من المادة (١٠٧٧) و المادة (١٠٧٦) سائلاً المولى عز وجل ان تكون هذه الدراسة قد اسهمت في اغناء مكتبتنا القانونية في هذا الموضوع ومن الله التوفيق .

الخـــاتمـــــة

بعد ان انتهينا وبتسهيل من الله العلي القدير من تسليط الضوء في هذا البحث على جانب مهم من جوانب المعرفة القانونية حقيقٌ بنا ان نقطف ثمرة هذا الجهد المتواضع الذي لا ندعي الكمال فيه فالكمال لله وحده ... ونختتم بالاستنتاجات التي توصلنا اليها وكذلك بالمقترحات والتوصيات التي وجدناها ضرورية في هذه الدراسة .. وعليه فسنقسم هذه الخاتمة الى قسمين ، الاول ونتطرق فيه الى بيان اهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها من خلال البحث ، واما في القسم الثاني فسنتطرق فيه الى التوصيات والمقترحات :-

اولا : الاستنتاجات :

١- شمولية الموضوع : فموضوع القسمة لم يعتمد في مصادره على اراء فقهاء القانون الوضعي فقط وانما نجده موضوعا واسعا ومتأصلا فكان للفقهاء المسلمين دور مهم في اغناء الموضوع بالعديد من الاحكام الشرعية التي اعتمدت على الايات البينات الواردة في الذكر الحكيم وكذلك على الاحاديث النبوية الشريفة والمعقول لذا فقد ابدع الفقهاء المسلمون وعلى مختلف اتجاهاتهم ومشاربهم الفقهية في اغناء هذا الموضوع وكذلك كان للقضاء ايضا دور مهم فيه ؛ ذلك ان المبادئ القانونية المستخلصة من احكام محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية وكذلك احكام محاكم التمييز (او النقض العليا) التي صارت معينا يهتدى به فضلا عن الفقهاء القضاة في المحاكم البدائية (او المحاكم الجزئية) لنظر الدعاوى المتعلقة بالملكية الشائعة في العقار كانت ام في المنقول واجراء القسمة بشأنها وذلك للقضاء على حالة الشيوع وما يصاحبها من المساوئ والاشكاليات .

٢- ومما يؤكد على اهمية الموضوع هو التطور التاريخي المستمر للتشريعات الوضعية التي عالجته فبصدور اول تشريع الذي اصدرته الدولة العثمانية وقد اسمته بقانون الاراضي عام ١٢٤٧هـ ثم اعقبته بمعالجة موضوع القسمة بشكل اكثر دقة وتفصيلا وذلك في مجلة الاحكام العدلية التي اصدرتها عام ١٢٩٣هـ حيث تلافت فيها جميع الثغرات التي كانت تلف بهذا الموضوع في قانون الاراضي ولم يتم الاكتفاء بتلك التشريعات فلما وجد ان المجلة التي لا تسمح بازالة الشيوع للاموال غير القابلة للقسمة في حال عدم رضا الشركاء بيعا عن طريق القضاء وان ذلك لا يتلائم مع تطور الحياة الحديثة لذا فقد صدر قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة وذلك في عام ١٣٣٢ هـ الذي عدل احكام المجلة كما سمح بقسمة العقارات المشاعة اذا كانت قابلة للقسمة وببيعها ان لم تكن قابلة لذلك واستمر ذلك حتى صدور القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ في عام ١٩٥٣م الذي الغى قانون تقسيم الاموال غير المنقولة وذلك في الفقرة (٤) من المادة ١٣٨١ منه ولم يكتفِ المشرع العراقي بذلك بل

نجده يصدر تشريعات اخر خاصة بموضوع القسمة وحسبما تتطلبه معطيات وظروف كل مرحلة فنجد صدور العديد من القرارات (الصادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل) ومن ابرزها القرار المرقم ١٠٤١ والقرار ١٤٩٧ والقرار ٢٩١٦ والقرار ١٦١١ (سابقة الذكر) التي صارت تشكل جزءاً مهما من احكام التشريع العراقي في تغطية كل ما يتعلق بموضوع القسمة من احكام.

٣- ان الملكية الشائعة (وعلى الرأي الغالب الراجح) هي من اردأ انواع الملكية ؛ ذلك لانها تقود الى اهمال المال المشاع بين الشركاء كما تودي الى قيام بعض الشركاء فيه باستغلال حصص الشركاء الباقين في المال مما ينعكس سلبا وفي كلتا الحالتين على حقوق الشركاء وعلى مجمل حركة الاقتصاد الوطني . ويستثنى من ذلك الشيوع في الاموال التي تكون باهضة الثمن حيث يصعب على شخص واحد بمفرده ان يتملكها ومنها السفن والطائرات وغيرها من الاموال التي تحتاج الى رؤوس اموال طائلة للاشتراك فيها .

٤- على الرغم من تعدد الاحوال التي يمكن ان ينقضي فيها الشيوع فهو قد ينقضي بهلاك المال الشائع او بنزع ملكيته للمنفعة العامة او بهبة المال المشاع او بوصية المال المشاع الى جهة معينة .. ففي جميع الاحوال السابقة ينقضي الشيوع مع ان القسمة لم تحدث بين الشركاء الا ان القسمة لا تزال تشكل اهم حالات انقضاء الشيوع ، فانقضاء الشيوع بغير القسمة لا يقع الا نادرا فتختلف القسمة على جميع الاحوال السابقة بقواعدها التي خصها المشرع باحكام خاصة وكذلك باركانها وباجراءاتها ونتائجها وطبيعتها القانونية ..

٥- ومع ان الاصل ان لكل شريك الحق في طلب القسمة ما دام الشيوع قائما وهو ما يتفق عليه فقهاً وقضاءً ، الا اننا وجدنا ان هذا الحق ليس مطلقا فهو رهن بعدم وجود أي مانع من موانع القسمة بموجب نص قانوني او اتفاقي او لما يتعلق بطبيعة المال المشاع التي تأبى القسمة ويكمن ذلك في رغبة المشرع في عدم اجراء القسمة لاسباب معينة يرى المشرع انها ضرورية في استمرار حالة الشيوع قائمة ..

٦- يحق لولي الشريك المشتاع او لوصية او للقيم عليه اضافة الى ولايته او وصايته او حجة قيمومته وبعد استحصال الاذن من مديرية رعاية القاصرين (في العراق) او بعد موافقة المحكمة الجزئية (في مصر) مباشرة القسمة الرضائية على اعتبار انها من التصرفات الرضائية وذلك بعد التحقق من وجود مصلحة للقاصر في ذلك .

٧- يعتبر المال قابلا للقسمة اذا امكن قسمته مع انتفاع كل شريك من الشركاء بحصته بعد القسمة بذات الانتفاع الذي كان ينتفع فيه قبل القسمة او على اساس عدم نقصان قيمة المال نقصانا كبيرا بعد القسمة وتقدير ذلك يكون من قبل الخبراء القضائيين الذين تنتخبهم المحكمة..

٨- للقسمة انواع مختلفة وذلك من حيثيات مختلفة فمن حيث اجماع الشركاء بالاتفاق على اجرائها ودون اللجوء الى القضاء في ذلك تنقسم الى قسمة رضائية وقسمة قضائية وقسمة بنص القانون (القسمة القانونية) اما من حيث شمولها لكل المال بحيث انها تؤدي الى قسمته بالكامل او ورودها على جزء

منه دون الاخر فتنقسم الى قسمة كلية وقسمة جزئية اما من حيث قابلية المال للقسمة على اساس استمرار المنافع المتوخاة من المال فتنقسم الى قسمة عينية وقسمة تصفية ..

٩- عدم جواز الطعن بالتصرفات الواردة بشان القسمة بعد تمامها وتسجيلها في الدوائر المختصة ...

١٠- ان المشرع العراقي (وحسنا فعل) لم يأخذ بفكرة القسمة بتقادم المهايأة المكانية الى قسمه نهائية بناء على نص القانون كما هو عليه الحال في التشريع المصري الذي اخذ بهذا النوع من القسمة ..

١١- ان دعوى القسمة (دعوى ازالة الشيوع) تتميز عن سائر انواع الدعاوى الاخر باعتبارها دعوى على قدر كبير من الاهمية فمن ناحية نجد ان بامكان المدعى فيها ان يكون مدعى عليه او فيما يتعلق بتقاسم جميع الشركاء فيها لمصاريف الدعوى واتعاب المحاماة لوكيل المدعي كذلك فيما يتعلق بعدم قدرة المدعي فيها من انهاء الدعوى او التنازل عنها فهي لاتنتهي الا بعد موافقة سائر الشركاء (المدعى عليهم) على ذلك التنازل ... الا انه ومن جهة اخرى نجد ان دعوى القسمة (دعوى ازالة الشيوع) تماثل سائر الدعاوى الاخر وذلك فيما يتعلق برفع الدعوى والبيانات المطلوبة فيها والتبليغات القضائية وحتى سير المرافعات...

١٢- في حال تم اجراء القسمة وعدم دعوة الدائنين ذوي الحقوق المقيدة او عدم ادخال الدائنين العاديين فيها ففي مثل هذه الحالة فان بوسع الدائنين اقامة الدعوى (البوليصية او غير المباشرة او اعتراض الغير / اعتراض الخارج عن الخصومة) وذلك لتجنب الدائن اعسار مدينة او زيادة اعساره والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين .

١٣- لقد اختلف الفقهاء وكذلك التشريعات الوضعية فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للقسمة فمنها من يقول بالطبيعة الناقلة للقسمة ومنها من يقول بالطبيعة الكاشفة لها في حين نجد ان منها ما يقول بالطبيعة المزدوجة ، فنجد ان القانون المدني العراقي ومجاراة منه لاراء الفقهاء المسلمين نجده قد جمع بين ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون من القول بالصفة المزدوجة للقسمة وبين ما يذهب اليه اتجاه التشريعات الوضعية في مصر وفرنسا بكون القسمة ذات اثر رجعي حيث ان المقتضيات العملية تستدعي تغليب فكرة الاثر الكاشف للقسمة كلما دعت الحاجة لذلك ، لذا فالمشرع العراقي وفي المادة ١٠٧٥ منه قد اخذ بجهة المبادلة الى جانب جهة الافراز مع ترجيحه للثانية على الاولى ، ونحن نتفق مع ما ذهب اليه المشرع العراقي في ذلك ؛ ذلك انه كان اكثر دقة واصدق تعبيرا من التشريعات الاخر التي اخذت بالصفة الكاشفة للقسمة فقط .

١٤- يتوجب على الشركاء المتقاسمين توجيه الدعوة الى الدائنين المقيدة حقوقهم قبل اتمام اجراءات القسمة وكذلك قبل دخول الدائنين العاديين ولقد اختلفت التشريعات فيما يتعلق بشكل تلك الدعوى فمنها ما لم يشترط لتلك الدعوى شكلا معينا كما في القانون المدني العراقي وكذلك في القانون المدني المصري في حين نجد ان البعض الاخر منها كالقانون المدني الاردني وحسنا فعل فقد اشترط في تلك الدعوى أن تكون في شكل الانذار العدلي وذلك لاهميته فيما يتعلق بعبئ الاثبات .

١٥- يكون وقت تقدير التعويض لصاحب الحصة المستحقة وكذلك للشريك المغبون على اساس قيمة حصته وقت اجراء القسمة وليس وقت الاستحقاق او وقت اكتشاف الغبن ويعلل ذلك بان اعتماد وقت اجراء القسمة اساسا لتقدير التعويض هو الذي عول عليه وقت تكوين الحصص بين الشركاء لاجراء القسمة. .

١٦- لقد اجمعت كافة التشريعات على جواز طلب ابطال القسمة في حال وجود الغبن الفاحش في حصة احد الشركاء المشتاعين الا انها اختلفت من حيث شمول القسمة الرضائية والقضائية لذلك نجد ان قسما من التشريعات كالقانون المدني العراقي والاردني والمصري (مع تأثر الاخير بالقانون المدني الفرنسي) فهي لا تسمح للشريك بطلب ابطال القسمة الا اذا كانت قسمة رضائية ، على اساس ان القسمة القضائية محاطة بالعديد من الضمانات التي لا تسمح بوقوع الغبن (وهو ادعاء محل نظر) في حين نجد ان القسم الاخر من التشريعات (كمجلة الاحكام العدلية) وقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني الفرنسي تسمح للشريك المغبون بجواز طلب ابطال القسمة سواء اكانت قد اجريت رضاءا ام قضاء وهو الاتجاه الذي نؤيده ..

ثانيا : المقترحات والتوصيات :

١- فيما يتعلق بالتكييف القانوني لحق الشريك في الملكية الشائعة فمع ان ظاهر نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي يُعطي للشريك المشتاع حق رهن حصته وذلك بنصها : (وكل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله حق الانتفاع بها استغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك) الا انها لم تحدد أي نوع من الرهون يستطيع المالك المشتاع ان يجريه على حصته وبالتالي سينصرف الذهن الى ان للمالك ان يجري أي نوع من انواع الرهون عليها، الا اننا لو رجعنا الى المادة ١٣٢٢ مدني عراقي التي تنص الفقرة (١) منها على انه: (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) وعليه نجد التعارض واضحا بين كلتا المادتين بمعنى ان المادة ١٣٢٢ مدني عراقي قد اشترطت لتمام الرهن الحيازي ان يقبض الراهن العين المرهونة الا ان هذا ما يصعب تحقيقه من الناحية العملية (لاسيما في الاموال المنقولة) ؛ ذلك ان كل شريك يعتبر اجنبيا فيما يتعلق بحصص غيره من الشركاء وبالتالي فهو لايمكنه ان يتصرف بالرهن الحيازي حتى في حصته استنادا لنص الفقرة (١) من المادة ١٠٦٢ من القانون المدني العراقي وعليه فثمة تعارض بين نص المادة ١٠٦١ التي تخول من الناحية النظرية الشريك المشتاع حق رهن حصته رهنا عاما وبين الصعوبات العملية التي تنشأ عن تطبيق نص المادة ١٣٢٢ الخاصة بالرهن الحيازي وكذلك مع نص الفقرة(١) من المادة ١٠٦٢ التي تنص : (كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا باي وجه كان من غير رضاه) وان هذا الاشكال لا يمكن معالجته الا بتعديل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٦١ مدني عراقي التي تنص : (وكل

شـريك فـي الشـيوع يملـك حصـته الشـائعة ملكـا تامـا ولـه حـق الانتفـاع بهـا واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم) وعليه نوصي بحذف عبارة (ولو بغير اذنهم) بحيث يصبح نص المادة كالاتي : (وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرفات اذا اتفق على ذلك مع باقي الشركاء)

٢- اقترح وجوب تعديل نص الفقرة (٣) من المادة ١٠٧١ مدني عراقي وذلك بالنص فيها على وجوب كون التبليغ الموجه من الشركاء المتقاسمين الى الدائنين يكون في شكل انذار عدلي وذلك لما للانذار العدلي من التيسير في عبء الاثبات على الشركاء .

٣- نوصي بتعديل الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ المتعلقة بقابلية المال للقسمة على اساس استمرار منافع المال التي تنص على انه : (يعتبر المشاع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة) فلقد وجدنا ان استمرار النص بهذا الشكل سيؤدي الى تقييد الشركاء والحد من قدرتهم على اجراء القسمة وذلك لوجود المانع القانوني الا وهو نص الفقرة بشكلها المذكور ، لذا ولغرض منح الشركاء المرونة الكافية ولزيادة قدرتهم في اجراء القسمة نوصي باضافة العبارة الاتية اليها فيصبح النص كالاتي : (ويعتبر المشاع قابلاً للقسمةِ اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة او الا تحدث القسمة نقصا كبيرا في قيمة العين المراد قسمتها) وبذا نكون قد منحنا الشركاء قدرا كبيرا من الحرية يستطيعون فيه من اجراء القسمة اما على اساس استمرار منافع المال فان تعذر ذلك فيصار الى معيار عدم نقصان قيمة المال نقصانا كبيرا بعد اجراء القسمة .

٤- كان من الافضل ان ينص المشرع العراقي على امكانية اجراء القسمة القضائية العينية في حالة وجود عدة شركاء وتكون حصصهم كلهم قابلة للقسمة باستثناء احدهم فكان الافضل عدم اتخاذ قرار ببيع المال كله على اساس قسمة التصفية وانما تجري القسمة العينية بالنسبة لحصص الشركاء القابلة للقسمة العينيه ثم يصار الى بيع حصة الشريك غير القابلة للقسمة العينية وعليه نوصي بتعديل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ مدني عراقي وذلك بابدال عبارة (اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة) وجعلها كالاتي (اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على جميع الشركاء) ذلك لان في بعض الحالات يكون هناك شركاء يمتلكون حصصاً كبيرة قياسا الى احد الشركاء الذي تكون حصته صغيرة فبحسب نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ سابقة الذكر يصار الى بيع جميع المال لعدم قابلية احد الحصص (وان كانت حصته صغيرة) للقسمة العينية ، في حين نجد ان اصحاب الحصص الكبيرة سيضارون بهذا الشكل وعليه ولمراعاة مصلحة معظم الشركاء لاسيما اصحاب الحصص الكبيرة .نقترح جعل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٢ مدني عراقي بالشكل سابق الذكر .

٥- نقترح اصدار العديد من التشريعات التي تخفف من اجراءات ورسوم انقضاء الشيوع في المحاكم بما يشجع الشركاء المشتاعين على ازالة شيوعهم وبالتالي نجد من مدة البقاء على الشيوع ، ذلك لكي يحقق ازالة الشيوع الغرض المقصود منه في انتفاع جميع الشركاء بحصصهم لان استمرار الشركاء على الشيوع ولمدة طويلة سيؤدي الى تفتت الحصص وذلك في حال وفاة البعض منهم مما سيزيد من اعداد الشركاء المشتاعين في المال وبالتالي لن يحقق انقضاء الشيوع المنفعة المقصودة منه .

٦- وفيما يخص دعوى القسمة (دعوى ازالة الشيوع) حيث نجد ان دوائر التنفيذ (دوائر الاجراء) تستوفي من الشريك المزايد تامينات وهذه التامينات شاملة لجميع الحصص (باستثناء حصته) ونرى ان مثل هذا الاجراء لا مبرر له خصوصا اذا كان المزايد هو احد الشركاء وعليه نقترح عدم ارهاق كاهل الشريك المزايد باستيفاء تامينات عن باقي الحصص وانما يصار الى اعفاء الشريك المزايد من أي تامينات عند دخوله للمزايدة ؛ ذلك ان مثل هذا الاجراء سيحفز الشريك على الدخول في المزايدة وانهاء الشيوع لاسيما اذا كان ذلك المال المراد قسمته من الاموال التي تتطلب حرفة او مهارة خاصة بحيث لا تخرج ملكيته عن احد الشركاء المتقاسمين لما له من اثر حتى على صعيد الاقتصاد الوطني .

٧- نوصي بشمول القسمة القضائية ايضاً فيما يتعلق بامكانية طلب ابطال القسمة للغبن الفاحش فيها وعدم قصر طلب ابطال القسمة للغبن الفاحش فيها على القسمة الرضائية فقط . وعليه نوصى بتعديل نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ مدني عراقي وذلك بحذف عبارة (الحاصلة بالتراضي) بحيث تصبح كالاتي (يجوز طلب نقض القسمة اذا اثبت....) .

٨- نوصي بتعديل نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ المتعلقة بامكانية طلب نقض القسمة حيث حددت المدة اللازمة لدعوى نقض القسمة بمدة ستة اشهر من انتهاء القسمة ونرى ان هذه المدة غير كافية لاسيما اذا ما علمنا انها مدة سقوط وعليه نوصي بتعديل نص الفقرة (١) من المادة ١٠٧٧ مدني عراقي وجعل النص كالاتي : (ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور سنة من انتهاء القسمة) وذلك حفاظا على حقوق الشريك المغبون واعطأه الفرصة الكافية لنقض القسمة وتحقيق العدالة فيما بين الشركاء اسوة بالقانون المدني المصري والاردني ..

٩- نوصي بتعديل نص المادة ١٠٧٦ مدني عراقي التي تنص على انه: (على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة) فيتبين من هذا النص ان المادة اعلاه تجعل وقت تقدير التعويض لصاحب الحصة المستحقة هو بوقت القسمة ، وهذا الحكم لا يتماشى مع الاوضاع الاقتصادية لا سيما في بلدنا العزيز التي تشهد اسعار متقلبه ، فقد ترتفع الاسعار بين وقت اجراء القسمة وبين تاريخ التعرض او الاستحقاق لاسيما حينما يقع التعرض او الاستحقاق بعد فترة طويلة من اجراء القسمة فاعتماد وقت اجراء القسمة سوف يؤدي الى نوع من الاجحاف بحق الشريك لذا نوصي بضرورة تعديل نص المادة ١٠٧٦

بحيث تكون كالاتي : (على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت التعرض او الاستحقاق) .

١٠- نوصي تعديل نص الفقرة (٢) من المادة ١٠٧٧ مدني عراقي المتعلقة بتحديد مقدار الغبن الفاحش اللازم لنقض القسمة التي نصت على: (ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار) فيتبين لنا من ذلك أن القانون المدني العراقي قد اعتمد معيارا جامدا ؛ ذلك لانه لم يؤد وفي غالب الاحيان الى رفع الغبن عن المتقاسم المغبون بشكل كامل وعليه نوصي اعتماد معيار آخر غير هذا المعيار المادي ، ويتمثل هذا المعيار بما يدخل تحت تقويم المقومين بحيث يصبح نص الفقرة (٢) كالاتي: (ويعتبر الغبن فاحشا متى ما كان لا يدخل تحت تقويم المقومين) فهو معيار مرن لا يسمح بوقوع الغبن في نصيب احد المتقاسمين فضلا عن كونه يتماشى مع اتجاه الفقهاء المسلمين في ذلك ..

١١- نصت المادة ١٠٧٦ من القانون المدني العراقي على: (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة) فيظهر من ذلك ان الضمان في القسمة سيشمل التعرض والاستحقاق ولم يشمل حالة العيب الخفي ، على اساس ان وجود العيب الخفي يمكن للمتقاسم الرجوع فيه على اساس اقامة دعوى نقض القسمة للغبن لان النصيب الذي آل الى المتقاسم قد قوّم باكثر من قيمته ، الا اننا لا نتفق مع هذا التبرير وذلك من الناحيتين الاولى ان الشريك الذي يكتشف امر العيب الخفي في حصته بعد اكثر من ستة اشهر من تاريخ اجراء القسمة لن يستطيع عندها الرجوع على باقي شركائه لنقض القسمة على اساس الغبن لان الغبن يلزم الشريك المغبون في اقامة الدعوى خلال مدة اقصاها ستة اشهر من تاريخ القسمة ومن ناحية اخرى فإنّ الشريك الذي يكتشف امر العيب الخفي وكانت القسمة قد اجريت قضاء فانه لن يستطيع ان يطلب نقض القسمة على اساس الغبن ، وعليه نوصي بتعديل نص المادة ١٠٧٦ مدني عراقي بما يجعلها شاملة للعيب الخفي صراحة فيكون النص كالاتي : (ما قد يقع من تعرض او استحقاق او اكتشاف العيب الخفي) .

١٢- نصت المادة ١٠٨١ مدني عراقي على انه : (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوعه) وهي صياغة تفتقر الى الدقة ؛ ذلك ان ازالة الشيوع يندرج ضمنها العديد من الحالات التي ينقضي بها الشيوع سواء اكان ذلك بالقسمة ام بغيرها ، وعليه نوصي بتعديل نص المادة ١٠٨١ بحيث تصبح بالشكل الاتي : (ان يطلبوا قسمته) وبذا فنحن نحدد انقضاء الشيوع وفق اغراض المادة ١٠٨١ مدني عراقي بالقسمة دون غيرها من طرق انقضاء الشيوع .