

صورة



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

اسم الطالب: رقية عباس عبد عون جمعة
عنوان البحث: القسمة الرضائية في العقار
اسم المشرف: م.د سيف هادي عبدالله الزويني

ملخص البحث: تتلخص هذه الدراسة في أحد أهم حالات إنهاء الملكية الشائعة في العقار ويكون ذلك عن طريق القسمة الرضائية، فقد اعتبر العقار وما زال يعتبر في الوقت الحاضر من الأموال القيمة

وتعتبر الملكية الشائعة في العقار عقبة أمام المالكين تحد من حرية تصرف كل مالك بالحصصة الشائعة في هذا العقار بشكل مستقل ومنفرد عن بقية المالكين، وعلى فرض إنهاء الملكية الشائعة عن طريق القسمة الرضائية فإنه يشترط عدم تقويت منفعة القسم الذي اختص فيه ذلك الشريك من هذا العقار بعد واقعة القسمة.

البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه، ولا يجبر الشركاء عليه، فهو مصدر متاعب وخلافات بين الشركاء في الشيوع وغالبا ما يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذه الخلافات، لذلك نص القانون على حق كل شريك في أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفها .

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على ماهية القسمة الرضائية وإجراءاتها على العقارات وطبيعتها وآثارها وأحكامها وأنواعها والعمل على مناقشة الآثار القانونية الناتجة عن القسمة الرضائية، وهذا كله في ظل القانون الوضعي وموقف الفقه إضافة لذلك النظر إلى بعض ما جاء به الفقه الإسلامي في مواضيع معينة، والخروج بالسبل الكفيلة لحل المشاكل القانونية من جهة والواقعية من جهة أخرى .

رئيس القسم



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

القسمة الرضائية في العقار

بحث مُقدم إلى مجلس كلية الحقوق - جامعة النهرين
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

إعداد الطالبة

رقية عباس عبد عون جمعة

بإشراف

م.د سيف هادي عبدالله الزويني

الآية القرآنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ دَعُوهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحْيِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ }

سورة يونس الآية (10)

(صدق الله العظيم)

الإهداء

إلى جبلي الشامخ أعظم من في الوجود، أبي العزيز،
إليك يا قنديل ظلامي ونور أيامي إلى من يؤمنون بك حين
يخذلك الجميع، إلى أمي وأبي أهدي هذا البحث
وأشكرهم على ثقتهم دومًا بقدراتي
إلى أزھاري أخواتي حفظهم الله تعالى..

إلى كل من ساندني في هذه المسيرة

أهدي لكم ثمرة جهدي هذا

الباحثة:

الشكر والتقدير

أشكر الله عز وجل على عظيم لطفه ورحمته
واتقدم بجزيل الشكر والإمتنان إلى كل اساتذتي في مسيرتي العلمية
وبالأخص دكتور م. د سيف هادي عبدالله الزويني المحترم
وإلى كل من ساندني وشجعني
أقدم لكم جميعاً شكري وتقديري ومحبتى وإحترامى

المقدمة

تتميز مواضيع العقار بالكثرة و التنوع، لا يمكن حصرها أو الإحاطة بها، لكن لما كان مالا يدرك كله لا يترك جله، فالقسمة تعتبر من أهم العقود وأكثرها شيوعا في ساحة القضاء، فهي على خلاف الأصل و القياس، على اعتبارات القسمة استثناءا عارضا، إذ الأصل هو الشيعاء و هو أصل من الأصول المقررة في مختلف المذاهب إذ شرعت القسمة لدفع ضرر الشركة والشيعاء و ليستقل كل شريك بنصيبه المفرز به كيف يشاء.

البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه، ولا يجبر الشركاء عليه، فهو مصدر متاعب وخلافات بين الشركاء في الشيوع وغالبا ما يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكرر صفو الأسرة من جراء هذه الخلافات، لذلك نص القانون على حق كل شريك في أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.

والقسمة إما أن تكون قسمة مؤقتة نهائية، والقسمة المؤقتة هي قسمة منفعة وليست قسمة ملك، وهي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية، فالأولى هي التي إذا دامت خمسة عشرة سنة أصبحت نهائية وبذلك تنهي حالة الشيوع، أما الثانية فمهما طال وقتها فلا تنهي حالة الشيوع، فالمهايأة بدورها هي وسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع وهي تتم بالاتفاق الصريح أو الضمني بين الشركاء .

أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب، والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية ، وإما أن تكون قسمة قضائية أو قسمة اتفاقية، وهذه الأخيرة التي سنحاول تبين ماهيتها من حيث مفهومها وأهم الاستثناءات الواردة عليها.

اهمية البحث:

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على ماهية القسمة الرضائية وإجراءاتها على العقارات وطبيعتها وآثارها وأحكامها وأنواعها والعمل على مناقشة الآثار القانونية الناتجة عن القسمة الرضائية، وهذا كله في ظل القانون الوضعي وموقف الفقه إضافة لذلك النظر إلى بعض ما جاء به الفقه الإسلامي في مواضيع معينة، والخروج بالسبل الكفيلة لحل المشاكل القانونية من جهة والواقعية من جهة أخرى.

اهداف البحث:

لقد عالجت القوانين موضوع الدراسة موضوع القسمة الرضائية للعقار في نصوص مختلفة ومنه فان الدراسة تهدف إلى إلقاء الضوء على ماهية القسمة الرضائية وإجراءاتها على العقارات وطبيعتها وآثارها وأحكامها وأنواعها والعمل على مناقشة الآثار القانونية الناتجة عن القسمة الرضائية، وهذا كله في ظل القانون الوضعي والنظر إلى أقوال الفقهاء القانونيين وفي مجلة الأحكام العدلية والنظر إلى بعض ما جاء به الفقه الإسلامي في مواضيع معينة، والخروج بالسبل الكفيلة لحل المشاكل القانونية من جهة والواقعية من جهة أخرى والتوصية على توحيد القانون الخاص المطبق في فلسطين والمتعلق بالأموال غير المنقولة وخاصة في ظل مشاريع القوانين الخاصة ومنها القانون المدني العراقي قانون والقانون المدني المصري.

منهجية البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن من خلال حيث يتناول الباحث موضوع الدراسة من الجوانب القانونية في القانون العراقي والقوانين المقارنة كما يتبع الباحث المنهج القانوني المقارن لانسجامه مع طبيعة واغراض البحث ، والمنهج الوصفي لتسليط الضوء على النصوص القانونية وكل ذلك يتم عن طريق تحليلها ، إضافة لذلك حاولت تحليل الأحكام القضائية قصد التوصل إلى مدى تقيد الهيئات والاشخاص التي حولها القانون صلاحية قسمة المال الشائع.

إشكالية البحث:

تتجلى إشكالية الدراسة في ماهية القسمة الرضائية؟ وهل هي وسيلة من وسائل الخروج النهائي من حالة الشيوخ والتي تتبع فيها الإجراءات القانونية لنقل الملكية العقارية؟ وماهي الآثار المترتبة عنها ؟

خطة البحث:

ان دراسة موضوع القسمة الرضائية في العار سيتم تقسيمه الى مبحثين وكل مبحث سيتم تقسيمه الى مطلبين ، وسنتناول في المبحث الاول ماهية القسمة الرضائية للعقار المملوك على الشيوخ حيث قسمنا الى مطلبين في المطلب الاول تناولنا مفهوم القسمة الرضائية وفي المطلب الثاني شروط القسمة الرضائية ، وفي المبحث الثاني تناولنا اجراءات القسمة الرضائية وايضاً قسمناه الى مطلبين في المطلب الاول تناولنا قسمة الشيء الشائع عيناً وفي المطلب الثاني اثار القسمة الرضائية.

المبحث الاول: ماهية القسمة الرضائية للعقار المملوك على الشيوع

حظي ولا زال يحظى العقار في الوقت الحاضر بأهمية كبيرة لدى الناس من حيث اعتباره استثماراً ناجحاً للكثيرين وضماناً لهم في المستقبل للحفاظ على أموالهم عن طريق شراء العقارات لغايات التجارة، وإن أكبر معوق لهم في هذا الاتجاه هو ملكيتهم لهذا العقار مع شركاء آخرين بحيث تكون الملكية على الشيوع، ومعنى الشيوع في القانون المدني الأردني حسب ما جاءت به نص المادة 1030 على مايلي : مع مراعاة أحكام الحصص الإرثية لكل وارث إذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كل منهم متساوية إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك " ونصت المادة 825 من القانون المدني المصري على أن : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك " أما الفقه فقد نصت المادة (138) من مجلة الأحكام العدلية على أن : "المشاع ما يحتوي على حصص شائعة"⁽¹⁾.

وسنقسم بحثنا هذا الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول مفهوم القسمة الرضائية وفي المطلب الثاني شروط القسمة الرضائية.

المطلب الاول: مفهوم القسمة الرضائية

إن المشرع لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة لما تؤدي إليه من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف به هذا إلا أن الغالب أن يكون استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزاً قوياً على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع، ولذا فإنّ المشرع يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت لإنهاء حالة الشيوع وذلك عن طريق المطالبة بالقسمة قضاءً أو رضاءً⁽¹⁾.

1- مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية للعقار، دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه، فلسطين، 2008، ص6.
2- د. محمد وحيد سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، جامعة عمان الأهلية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1998، ص68-69.

الفرع الاول:تعريف القسمة الرضائية

لقد نصت الفقرة (1) من المادة (1071) 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 (8) من المادة 43 من قانون رعاية القاصرين .

واما في الفقرة (2) من المادة 1071 من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه : (لاتتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة الطابو) فيتبين من ذلك بان بإمكان الشركاء ان يجروا القسمة الرضائية حتى لو كان ذلك خارج دائرة التسجيل العقاري الا انها لا تكون ملزمة للشركاء الا بعد تسجيلها ⁽¹⁾ ، وتوافق المادة 1071 مدني عراقي المادة 835 من القانون المدني المصري حيث نصت: (للشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسموا 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⁽²⁾ .

كما ان المادة 835 مدني مصري وبقولها :- (الاجراءات التي يفرضها القانون..) فهي بذلك تحيل الى قانون الولاية على المال المصري المرقم 119 لسنة 1952 الخاص باحكام الولاية على المال وقد نصت المادة 40 من هذا القانون على انه : (على الوصي ان 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 المعتادة واشترط الحصول على موافقة المحكمة المختصة في ذلك⁽³⁾ .

1- د. صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1 ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1961 ، ص150.

2- المادة (1071) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

3- د. رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1986 ، ص260 .

ولقد نصت المادة 1040 من القانون المدني الاردني على انه: (.. يجوز لمن يريد الخروج من الشيوخ ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك ان يطلب القسمة القضائية) فيما نصت الفقرة (1) من المادة 1041 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 (1) .

الفرع اثنائي: خصائص القسمة الرضائية

تعتبر القسمة عقداً كباقي العقود ، لذا يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة بكل عقد من رضا ومحل وسبب ، فالأصل في عقد القسمة الرضائية مع مراعاة ما يشترطه القانون كإفراغه في شكل رسمي إذا كان المحل هو عقار.

اولاً: القسمة عقد رضائي:

يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمناً حتى يقوم العقد ويضاف لهذه الشروط شرط رابع وهو التسجيل لهذا العقد.

إذن فهي تعتبر قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء يتفق فيها الشركاء جميعاً على أن يأخذ كل منهما نصيبه من المال طبقاً لما تراضوا عليها وهي بمثابة عقد ومن ثمة فهي تكون ملزمة لجميع الشركاء وخلفائهم (2) .

ويتضح من ذلك أن القسمة الرضائية لا تتم إلا بإجماع الشركاء ورضاهم ولا تكفي الأغلبية أيا كانت قيمتها، فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم للقسمة، فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء (القسمة القضائية).

1- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج2 ، عمان ، المكتب الفني لنقابة المحامين الاردنيين ، ص656 .
2- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2010، ص168-169.

أما إذا تراضوا جميعاً فإنها يمكن أن تتم بأي طريقة تروق لهم فقد يجرها بطريقة عينية أو بطريقة التصفية في حال تعذر القسمة عينا...

ثانياً: القسمة عقد شكلي:

إن الاتفاق الوارد على الرضائية يجب أن يخضع أولاً للشكلية المطلوبة لأن القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على العقود وهذا ما نصت عليه المادة (324) ⁽¹⁾ من القانون المدني الجزائري زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ... في شكل رسمي وفي هذه الحالة يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة حيث يقوم بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة فيها العقار، فلا بد من تعيين مساحة وحدود العقار المشاع بصفة كلية وتحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين ⁽²⁾ :

الطريقة الأولى: إذا كانت الأرض عارية موضوعة للفلاحة وليس بها بناء فهنا يعبر منة الحصص بالكسور كالربع والنصف أو المساحة بالمتر المربع.

الطريقة الثانية: تمثل في التعيين الدقيق إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية.

المطلب الثاني: شروط القسمة الرضائية

يقع الشيوع إما عن طريق الواقعة القانونية كحالة الميراث وذلك بأن تنتقل الملكية للورثة فيصبح المال شائعاً بينهم أي أنها تنتقل شائعة بينهم، إذ يترتب على وفاة المورث تملك الورثة لأعيان التركة ملكية شائعة كل بنسبة حصته وتوزع هذه الحصص حسب حجة حصر الإرث للمورث، كذلك الأمر قد تكون ملكية هذا العقار المملوك على الشيوع جاءت بطريقة غير الإرث فقد تكون عن طريق تصرف قانوني كالشراء لعقار معين على الشيوع وبنسب متساوية أو متفاوتة، أو عن طريق الشفعة، أو عن طريق الوصية، فإذا أراد هؤلاء المشتاعون إزالة هذا الشيوع بالرضاء فيما بينهم.

1- المادة (324) من القانون المدني الجزائري رقم رقم (75-58) لسنة 1975.

2- عويسي نادية وغياطو صليحة، (القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)، مصدر سابق ص10.

فالقسمة الرضائية هي التي تتم برضاء الشركاء واختيارهم ويشترط فيها إجماع الشركاء وتمتع كل منهم بالأهلية الكاملة ومن ثم يتم التسجيل لدى المرجع المختص. وللقسمة الرضائية شروط معينة والتي دونها لا تكون نافذة بحق المتقاسمين ولا ترتب آثارها القانونية وهذه الشروط هي :

الفرع الاول: رغبة الشركاء بالقسمة الرضائية

بما أن القسمة الرضائية اتفاق بين الشركاء المالكين على الشيوع، فلا بد أن ينعقد إجماع الشركاء على انجاز القسمة بمعنى أن تتجه إرادتهم إلى أحداثها على أرض الواقع، فإذا انعقد إجماع الشركاء تمت القسمة بالكيفية التي حصل عليها الاتفاق، وبذلك تكون عقدا يخضع للقواعد العامة في العقود والى هذا أشارت المادة (4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1955 حيث تنص على أن : تقسيم الأموال المشتركة القابلة للقسمة برضى الطرفين أو بحكم القاضي. ويشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من الشركاء وأما في القسمة قضاء فيكفي أن يطلبها واحد منهم وأكدت المجلة على الإجماع ما بين المتقاسمين حيث تنص المادة 1121 منها على أن : " قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضاءهم جميعا " وبين المشرع الفلسطيني في المادة 971 من المشروع المدني تطابق المادة 835 من القانون المدني المصري، إن الشريك يستطيع أن يخرج بالقسمة من الشيوع وبالطريقة التي يريد، ويفهم من نص المادة أن باقي الشركاء إذا انعقد إجماعهم على القسمة فانه يتحقق معنى الإجماع وورد نص المادة 1040 من القانون المدني الاردني على أنه مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه أن يطلب القسمة القضائية⁽¹⁾. وتطبيقا للمادة (1070) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 حيث نصت على ((لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز 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 يخالفه.1- للشركاء اذا لم يكن بينهم محجورا ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها.))

1- مازن زايد جميل عمران، مصدر سابق، ص14.

اي ان المشرع العراقي اشار في هذه المادة الى رغبة الشركاء في ان يتقاسموا المال الشائع برضاهم بالطريقة التي يرونها هم.

من خلال هذه النصوص نجد أن إجماع الشركاء ورضاهم شرط من شروط نفاذ القسمة الرضائية بحق الشركاء بحيث إذا كان احدهم معارضا في إجراء القسمة أو كان غائبا ولم يكن له ممثلا قانونيا وجب اللجوء إلى القسمة القضائية. وهذا الإجماع ما بين الشركاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، والإجماع الصريح على القسمة الرضائية يكون بتصريح الشركاء المعنيين بذلك وذلك شفاهة أو بالكتابة⁽¹⁾، بمعنى أن القسمة لا تنفذ لأن معنى المبادلة راجح في تقسيم غير المنقول لأنه من القيميات وتتوقف على رضا الطرفين أو حكم الحاكم⁽²⁾.

فاذا لم يتحقق اجماع كافة الشركاء المشتاعين على إجراء القسمة فلا يمكن اجراؤها فلا يبقى للشركاء الا اللجوء الى طريق اخر الا وهو القسمة القضائية⁽³⁾. والسؤال الذي من الممكن ان يطرح نفسه ما الحكم لو لم تؤخذ موافقة احد الشركاء المشتاعين واجريت القسمة ؟ وللجابة 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⁽⁴⁾.

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⁽⁵⁾.

-
- 1- د. كبيرة حسن، اصول القانون المدني، ج1، بلا مكان طبع، ص464.
 - 2- د. أفندي إبراهيم ناجي كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ، ص 223.
 - 3- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية الاصلية اسباب كسب الملكية، ج2، ط1، عمان، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص139.
 - 4- انظر بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج 1، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، 1967، ص521.
 - 5- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص893.

الفرع الثاني: تمتع الشركاء بالاهلية اللازمة

هذا ولا يكفي اجماع الشركاء لقيام القسمة الرضائية لكي تنتج اثارها، إذ لا بد كذلك من توافر الاهلية الكاملة لدى الشركاء على الشيوع، فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية أو فاقدها فلا تصح القسمة الرضائية وبهذا الخصوص اشارت المادة (1041) من القانون المدني الاردني على أنه " إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية ". ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الأردني لم يجز القسمة الاتفاقية في حالات معينة منها إذا كان احد الشركاء على الشيوع غائبا أو ناقص الاهلية أو فاقدها.

وعند مقارنة هذا النص بما اشار اليه المشرع المصري في المادة (835). قد اجاز القسمة الرضائية في حالة وجود قاصر أو فاقد اهلية من الشركاء، إلا انهما وفي سبيل حماية مثل هذه الفئة اوجبا اتباع اجراءات قانونية معينة مثل الحصول على اذن مسبق من المحكمة المختصة قبل إجرائها التي لها الحق في تحديد الاسس والاجراءات الواجبة الاتباع ولها الحقايقضا باتباع طريقة القسمة القضائية ثم لا بد من تصديق المحكمة المختصة بعد اتمامها ⁽¹⁾ وان ما يحصل على ارض الواقع لدى دوائر التسجيل في فلسطين هو أخذ الاذن من المحكمة الشرعية لاجراء عملية القسمة، وقد تنتشد دائرة تسجيل الأراضي وذلك بتوجيه المتقاسمين ومن بينهم ناقص الاهلية إلى المحكمة المختصة حتى تتم اجراءات القسمة ومن احضار حكم القسمة ان صح التعبير - إلى دائرة التسجيل لافراغه .

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 عن من تحت ولايته او وصايته فذهب جانب من الفقهاء الى ان بإمكان الولي او الوصي اجراء القسمة نيابة عن من تحت الولاية او الوصاية بمقتضى القواعد العامة المتعلقة بإمكان 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 ⁽²⁾.

1- د. كبيرة حسن، مصدر سابق، ص 202.

2- الاستاذ شاكِر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ج 1 ، ط 1 ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1952، ص 211 .

واما الجانب الاخر من الفقهاء فيرون عدم جواز قيام الولي او الوصي باجراء القسمة نيابة عن القاصر وذلك لوجوب التمسك بحرفية نص الفقرة (1) من المادة 1071 من القانون المدني العراقي حيث نص على انه : (للشركاء اذا لم يكن بينهم محجوراً ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية ..) (1).

الا ان نص المادة 43 من قانون رعاية القاصرين المرقم 78 لسنة 1980 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 (2).

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(3).

الفرع الثالث: التسجيل فر دائرة التسجيل العقاري

اضافة إلى الشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية إذا كان محله عقاراً. فإذا كان المال الشائع عقاراً - والعقار كما عرفته المادة 68 من المشروع الفلسطيني والمادة 82 المدني المصري وقد عرفته المادة 58 من القانون المدني الأردني بأنه هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير " - فلا بد من تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي لكي ينتج عقد القسمة الرضائية اثره. إذ أن التسجيل امر شكلي لا بد من مراعاته وبدونه لا ينعقد العقد ولا ينفذ بين الشركاء ولا يكون ملزماً للغير، بمعنى آخر يكون العقد باطل . وفي ذلك تنص المادة 168/1 من القانون المدني الاردني العقد الباطل ما ليس مشروعاً(1).

1- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، 1954 ، ص 77 .

2- انظر في ذلك الاتجاه ايضاً قرار محكمة النقض المصرية والمرقم 190 / نقض مدني / 1964 والصادر بتاريخ 1964/1/23.

3- د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 ، ص 154 : وانظر ايضاً في هذا الاتجاه قراراً صادراً عن محكمة النقض السورية بالرقم 81 / الغرفة المدنية الثانية / 1970 والمؤرخ في 1970/3/5.

4- مازن زايد جميل عمران، مصدر سابق، ص 28.

بإصله ووصفه بان اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة -2- ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها 3 ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد ونصت المادة 3 من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 الاردني على أن "(أ) تجري معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأراضي في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتر وعندما يتم البيع تشطب اسماء البائعين من صحيفة سجل الأموال غير المنقولة ويدون اسم المشتري مع رقم وتاريخ عقد البيع" (1).

وهذا ما اكدته المادة 1070 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (- لا تتم القسم الرضائية في العقار، الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري.) اي ان القسمة الرضائية لاتتم وكأن لم تكن اذا لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري فللأطراف لابد من حفظ حقوقهم من تسجيل عقد القسمة في دائرة التسجيل العقاري الالية التي نص عليها القانون المدني.

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(2) .

1- مازن زايد جميل عمران، مصدر سابق، ص29.
2- القرار الصادر عن محكمة تمييز العراق والمرقم 216 / هيئة عامة اولى / 1976/ 1976/12/18 .

المبحث الثاني: إجراءات القسمة الرضائية

تتم اجراءات القسمة الرضائية بطريقتين هي قسمة جميع الشيء عيناً وقسمة التفريق وسنتناولها في مطلبين.

المطلب الاول: قسمة الشيء الشائع عيناً

الفرع الاول: قسمة الجمع

ويقصد بها جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها⁽¹⁾ أو كما حددها بعض المشرعين على أنها تكوين الاسهم على أساس أصغر نصيب من وريث من قبل الخبراء. او هي كما عرفها بعض الفقهاء بانها تكوين الحصص على اساس اصغر نصيب لوارث من قبل الخبراء فإن تعذر ذلك فيتم اللجوء الى عملية التجنيب ومثالها وجود ثلاثة شركاء مشتاعين يملكون ثلاث سيارات فنتم قسمة الجمع بأن يكون لكل واحد منهما سيارة⁽²⁾.

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

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.

وتجري قسمة الجمع بان تفرز الاعيان المشتركة المراد قسمتها عن بعضها البعض ويتم ذلك بكيلاها اذا كانت من المكيلات او بوزنها اذا كانت من الموزونات او بعدها اذا كانت من المعدودات⁽³⁾.

1- الاستاذ شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية، مصدر سابق، ص201.
2- الاستاذ السيد السيد عبد الوهاب عرفه ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب (دعوى القسمة) الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص106 .
3- د. غني حسون طه ، حق الملكية ، ج1 ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1977 ، ص121 ..

إذا لم يكن ذلك ممكناً، يتم اللجوء إلى عملية التقاعد على سبيل المثال، هناك ثلاثة شركاء مجتمعين يمتلكون ثلاث سيارات، فيتم تقسيم التحصيل بحيث يكون لكل واحد منهم سيارة؛ لذلك يجد ذلك قسمة التحصيل في حال حدوثه لا يقع في العقار؛ لأن العقار يجب أن يكون مختلفاً في الجنس، فيقسم التحصيل فيه إذا حصل على أعلى معدلات الإرسال من الجنس الموحد ولا يتم استئصالها.

كما أن اختصاص القضاء بالإكراه لا يعود إلا بالتمييز، بينما يجد أنه في حالة الاختلاط تكون العملية تعويضاً وليس تمييزاً، وبالتالي لا يوجد تفويض للقاضي لإلزامه من الأوزان إذا وزنت.

الفرع الثاني: قسمة التفريق

(الفرز أو الفرد) وهي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في جزء منها وتختلف قسمة التفريق عن قسمة الجمع في أن قسمة التفريق يكون المال المراد قسمته فيها هو عين واحدة في حين أننا نجد في قسمة الجمع يكون المال المراد قسمته فيها هو عدة أعيان مشتركة بين الشركاء وليست عيناً واحدة .

لذا فقسمة المنقول إذا كان مما يقبل القسمة عيناً تتم إما جمعاً أو تفريقاً بحيث يصيب كل شريك من الشركاء المشتاعين نصيباً من المال المقسوم يكون مساوياً لانصبه بقية الشركاء المشتاعين فإذا حدث تفاوت بينهم فيمكن تعديله بالنقود أما إن كان ذلك المال مما لا يقبل القسمة عيناً عندها يصار إلى إجراء النوع الآخر من القسمة ألا وهي التصفية⁽¹⁾.

لذلك، فإن قسمة الممتلكات المنقولة إذا كان يمكن تقسيمها عينياً يتم إما كتحصيل أو فصل بحيث يحصل كل شريك من الشركاء المشتركين على نصيب من المال المقسم يساوي حصص باقي الأموال شركاء مشتركين، إذا حدث فرق بينهم، يمكن تعديله بالمال ولكن إذا لم يكن هذا المال قابلاً للقسمة عينياً، فيجب إجراء النوع الآخر من القسمة، وهو التصفية.

1- د. حامد مصطفى ، شرح القانون المدني العراقي الملكية واسبابها ، ج1 ، القاهرة ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، 1953 ، ص124 .

وتقسيم المفاضلة جزء من القسمة العينية: هو تخصيص كل شريك لحصة جزئية معينة من المال المشترك، على سبيل المثال، تقسيم منزل كبير بين شريكين، حيث أن كل شريك منهم معني بجزء من ذلك المنزل في الضرر في صرفه، فقد جاز تقسيمه على التفريق الإجبار، كالمكاييل والأوزان وتقارب الأعداد، وكان في نصيبه ضرر على جميع الشركاء أو بعض معهم. وأنها القسمة التي تتم في المال الشائع بشرط أن يكون المردود من نفس الجنس مثل السحاقيات من حبوب ودهون وسوائل، وكذلك بعض القيم المتساوية.

وعرّف الفقهاء القسمة بصيغتي الجمع والانفصال، فوجدوا أن الفقهاء التجاريين قد يعرفون قسمة الجمع على أنها مجموع نصيب كل شريك بشكل مفصل على حدة، الاختلاف بين الجنسين يؤدي إلى فقدان المنفعة، وأنها ليست مكملة لها من نفس الجنس، مثل الإبل والأبقار والغنم؛ لأن عدم المساواة في اتحاد الأقسام الجنسية يؤدي إلى النقص في التساوي بين الأطراف، وعدم المساواة الطفيف مرتبط بشيء، أو لا يمكن تعديل قيمته⁽¹⁾.

موقع اي عربي على الانترنت 30/3/2024 <https://e3arabi.com/> 1-

المطلب الثاني: اثار القسمة الرضائية

أن الأثر الأساس الذي يترتب على قسمة المال الشائع هو أن يختص كل متقاسم من الشركاء بجزء مفرز من العقار يعادل حصته فيه بعد كانت حصته شائعة في هذا العقار إلا أن شراح القانون قد اختلفوا في بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكا ملكية مفرزة للجزء المفرز الذي اختص فيه، فلو اعتبر المتقاسم أنه ملك الحصة المفروزة الذي اختص بها من وقت القسمة لكان الأثر المترتب عن القسمة اثرا ناقلا للملكية لا كاشفا له، فمنهم من قال أن الأثر المترتب على عقد القسمة هو أثر ناقل وكاشف ومنهم من قال اثرا كاشفا ومنهم من قال اثرا ناقلا ومنهم من قال اثرا رجعيا وبناء على ذلك فأنني سادرس هذا المبحث في ثلاثة فروع الأول الأثر الكاشف للقسمة، والثاني الأثر الناقل للقسمة، والثالث الأثر الرجعي للقسمة⁽¹⁾.

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

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

1- د. سوار، محمد وحيد الدين الحقوق العينية الأصلية، الاشياء والأموال، مطبعة الروضة دمشق، 1992-1993 ص 400.

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

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

1 - تعد الحصة التي آلت إلى المتقاسم أنها كانت خالص ملكه منذ بدء الشيوع. وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصة أثناء الشيوع، وتسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة. وإن كان يمكن التخفيف من هذا الأثر الكاشف للقسمة في حالة ما إذا كان التصرف منصفاً على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب المتصرف)، إذ قرر انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف، إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة). وعلى أن يبقى له إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة الحق في إبطال التصرف

2- يعد الشريك الباني أو الغارس في الأرض المشاعة بمثابة الباني أو الغارس على ملك الغير، إذا بنى دون إذن شركائه، ووقع القسم المحدث عليه البناء أو الغراس في نصيب شريك آخر عند القسمة، وإن كان يمكن التخفيف من هذا الأثر الكاشف، فاعتبار الشريك الباني أو الغارس، في هذه الحالة، بمثابة الباني أو الغارس حسن النية في أرض الغير.

1- د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 184.
2- م.م. فايز عيدان رحيم، دور القسمة القضائية في إزالة الشيوع في الملكية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، عدد 30، كركوك، 2019، ص 252.

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

4- يجوز نقض القسمة الرضائية، إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس ذلك لأنه ما دامت القسمة كاشفة للحق، يجب أن يحصل التقاسم على ما يعادل حصته الشائعة. ولو كانت القسمة ناقلة للحق، لما تطلب المشرع تحقيق المساواة بين أنصباء المتقاسمين؛ لأن القسمة تكون آنذاك بمثابة البيع و البيع يقوم على المغالبة، لا على المساواة⁽¹⁾.

ثانياً: الأثر الناقل للقسمة: يترتب على الأثر الناقل للقسمة الرضائية أن يكون الشريك مالكاً لحصته من وقت بدء القسمة، ويترتب كذلك التزام متبادل بين المتقاسمين بالضمان حيث يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض واستحقاق ويكون لكل متقاسم الحق في الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق على إجراء القسمة الرضائية، والأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يقع في عقد البيع باعتباره ناقلاً لملكية الشيء المباع، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله إليه، إلا أن المشرع قد رتب هذا الضمان على القسمة القضائية بالرغم من أن أثرها كاشف وتسري أحكام التعرض والاستحقاق الواردة بشأن البيع على القسمة القضائية على أساس ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ففي حالة حدوث تعرض واستحقاق لأحد الشركاء فإذا ذلك يؤدي إلى اختلال المساواة بينهم، لذا وجب الضمان فإذا تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين بعد إجراء القسمة أو استحق جزء أو كل المال الذي وقع في نصيب هذا المتقاسم حيث تبين أن هذا المال لم يكن ملكاً للشركاء ففي هذه الحالة ليس من العدالة تحميل هذا الشريك بمفرده هذا الخطأ وحرمانه من كل أو جزء من حقه في حين يأخذ باقي الشركاء حقوقهم كاملة، ففي هذه الحالة يسمح للشريك ومن باب تحقيق العدالة والمساواة بين الشركاء المتقاسمين بالرجوع بالضمان والاستحقاق على باقي الشركاء لتعويضه عما أصابه من خسارة⁽²⁾.

1- م.م. فايز عيدان رحيم، مصدر سابق، ص253.

2- د. محمد منصور، مصدر سابق، ص190-191.

أي يكون الشركاء متضامنون في حالة التعرض والاستحقاق لكي لا يحرم أحد الشركاء من كل أو بعض ماله وتعرضه للخسارة فكما كانوا مستفيدين من المال الشائع والتصرف فيه فيكونون متضامنين في الخسارة في حالة التعرض والاستحقاق التي قد تترتب على أحدهم من قبل الغير .

وهو ما أكدته المشرع العراقي بالنص على ما يلي : مادة (1076) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951" يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين⁽¹⁾.

وكذلك نص المشرع الأردني على ما يلي: يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب، أما المثليات فيجرى فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط⁽²⁾.

1- المادة(1076) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .

2- المادة (1049) من القانون المدني الاردني .

الخاتمة

بعد ان انهينا بعون الله وتوفيقه بحثنا الموسوم بالقسمة الرضائية في العقار توصلنا الى ان عقد القسمة الذي يقع على عقار مشاع بين الاطراف لا يتم بالسهولة المتعارف عليها لدى العامة من الناس بل يتطلب اجراءات معقدة وشاقة وتحريات وكشف عن نية المتعاقدين للوصول الى ازالة حالة الشبوع والاعراج منها فقد توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات وهي كالآتي:

اولاً: الاستنتاجات

- 1- إن القسمة الرضائية خير ضمان لإنهاء حالة الشبوع في الملكية بصورة عادلة وذلك لأنها تتم تحت رقابة وإشراف القضاء حامى حقوق الأفراد وحررياتهم.
- 2- أن الأثر المترتب على القسمة الرضائية للعقار هو أثر مزدوج كاشف وناقل - وهو ما نصت عليه التشريعات الاردنية والفقهاء الحنفي وان الآثار التي نادى بها الشراح هي نظرية بحتة لا تتطابق مع الواقع العملي عند تطبيق اجراءات القسمة الرضائية لدى المرجع الرسمي وان الأثر الذي أخذ به المشرع المصري هو أثر رجعي وان تطبيقات المحاكم درجت على أن الاثر المترتب عن القسمة هو أثر كاشف مع العلم أن فقهاء القانون المصري يقرون بوجود الاثرين .
- 3- اركان القسمة الرضائية للعقار تلتقي مع اركان عقد البيع من حيث الالتزامات المتقابلة من معاوضة المبيع والمقايضة والمبادلة في الانصب الشائعة بين الشركاء ويتحقق ذلك امام دائرة التسجيل وذلك فيما يخص الأراضي التي تمت تسويتها.
- 4- أن الشكلية المطلوبة في القسمة وجوب التسجيل لهذا العقد والذي يعد ركن انعقاد وبهذا التسجيل ينتج الاثرين للقسمة الكاشف والناقل وان عدم تسجيلها يترتب عليه البطلان وذلك فيما يخص الأراضي التي تمت تسويتها.
- 5-

ثانياً: المقترحات

- 1- اضافة نص صريح يفيد بان القسمة الرضائية للعقار ما هي إلا مبادلة وافراز للحصص الشائعة اسوة بالأنظمة القانونية الأخرى، وخاصة أن بعض اجراءات القسمة امام دائرة التسجيل تاخذ طابع البيع.
- 2- على المشرع أن يسن نظام قانوني واحد يسري على العقار حتى يكون الأثر المترتب على القسمة هو واحد وخاصة إذا علمنا أن هناك عدة قوانين تطبق على العقار.
- 3- تحويل الشريك الذي استحق نصيبه من الاختيار الحق بين فسخ القسمة أو طلب التعويض.
- 4- النص على تصرفات السفیه وما يشابهه وأثرها والتميز بين تصرفاتهما المبرمة قبل تسجيل قرار الحجر والتصرفات المبرمة قبل صدور قرار الحجر.

المصادر

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- 1- أحمد فلاح (الملكية الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، دار الجامعة الجديدة السودان ،ط،2012.
- 2- أفندي إبراهيم ناجي كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ.
- 3- الاستاذ السيد السيد عبد الوهاب عرفه ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد (دعوى القسمة) الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 .
- 4- حامد مصطفى ، شرح القانون المدني العراقي الملكية واسبابها ، ج1 ، القاهرة ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، 1953 .
- 5- حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، 1954 .
- 6- رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1986 ،
- 7- سوار، محمد وحيد الدين الحقوق العينية الأصلية، الاشياء والأموال، مطبعة الروضة دمشق، 1992-1993.
- 8- الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ج1 ، ط1 ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1952.
- 9- صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1 ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1961 .
- 10- انظر بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج 1 ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1967 ،
- 11- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2010.
- 12- غني حسون طه ، حق الملكية ، ج1 ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1977.
- 13- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية الاصلية اسباب كسب الملكية ، ج2، ط1، عمان، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، 1995 .

- 14- محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 ،
- 15- محمد وحيد سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، جامعة عمان الأهلية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1998.
- 16- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- 17- فايز عيدان رحيم، دور القسمة القضائية في ازالة الشبوع في الملكية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، عدد 30، كركوك، 2019
- 18- كيرة حسن، اصول القانون المدني، ج1، بلا مكان طبع.
- 19- يوسف محمد عبيدات الحقوق العينية الاصلية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط1. 2011.

ثالثاً: البحوث ولاطاريح الجامعية

- عويسي نادية وغياطو صليحة، القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني) دراسة مقارنة رسالة ماجستير، شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدينة الجزائر ، 2012-2013.
- مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية للعقار، دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه، فلسطين، 2008.

رابعاً: القوانين والانظمة

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني الجزائري رقم (75-58) لسنة 1975.
- 3- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

خامساً: الاحكام والقرارات القضائية

- 1- قرار قضائي القرار الصادر عن محكمة تمييز العراق والمرقم 216 / هيئة عامة اولى / 1976 في 1976/12/18 .
- 2- قرار محكمة النقض المصرية والمرقم 190 / نقض مدني / 1964 والصادر بتاريخ 1964/1/23.
- 3- قرار صادر عن محكمة النقض السورية بالرقم 81 / الغرفة المدنية الثانية / 1970 والمؤرخ في 1970/3/5.

سادساً: مصادر من شبكة الانترنت

- 1- موقع اي عربي على الانترنت 30/3/2024 <https://e3arabi.com/>

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
3-1	المقدمة
13-4	المبحث الاول: ماهية القسمة الرضائية للعقار المملوك على الشيوع
8-4	المطلب الاول: مفهوم القسمة الرضائية
12-7	المطلب الثاني: شروط القسمة الرضائية
19-13	المبحث الثاني: إجراءات القسمة الرضائية
15-13	المطلب الاول: قسمة الشيء الشائع عيناً
19-16	المطلب الثاني: اثار القسمة
21-20	الخاتمة
20	الاستنتاجات
21	التوصيات
24-22	المصادر
25	قائمة المحتويات