

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

القسمه الرضائية في العقار

- دراسة مقارنة -

إعداد

مازن زايد جميل عمران

إشراف

الدكتور حسين مشاقي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في
جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين.

2008م

القسمۃ الرضائية في العقار

- دراسة مقارنة -

إعداد

مازن زايد جميل عمران

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 4 / 9 / 2008م، وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة:

التوقيع

1. الدكتور حسين مشاقي / مشرفا رئيسا

2. الدكتور جهاد كسواني / ممتحنا خارجيا

3. الدكتور علي السرطاوي / ممتحنا داخليا

الإهداء

إلى الكلمة الصريحة إلى عنواني ... أبي الغالي
إلى الحياة إلى الحنان إلى الصدق ... أمي الحبيبة
إلى البقية الباقية والخالدة في عروقي ... زوجتي الغالية وأولادي
إلى من كانوا معي في صغري وبقوا معي في كبري إلى الذخر والسند ... إخواني
الأعزاء

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم
كل الشكر والامتنان والتقدير والعرفان إلى الدكتور حسين مشاقي على ما قدمه لي من إفادة
وعون، وعلى صبره وتواصله معي.
أتقدم بالشكر والاحترام لأعضاء لجنة المناقشة الدكتور جهاد لكسواني مشرفاً خارجياً، والدكتور
علي السرطاوي ممتحناً داخلياً، والذين تفضلوا بقبولهم مناقشة رسالتي.
كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من دوائر التسجيل في محافظة نابلس، وفي محافظة جنين، وفي
محافظة رام الله، وأتقدم بالشكر لكل من دوائر ضريبة الأملاك في المحافظات الشمالية (المالية)،
وإلى دوائر المساحة (سلطة الأراضي) في المحافظات الشمالية.
وأتقدم بالشكر إلى الزملاء الذين ما بخلوا علي من علم أو معرفة.

الباحث

إقرار

أنا الموقع أدناه، مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

القسمه الرضائية في العقار

- دراسة مقارنة -

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name:

اسم الطالب:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الإهداء	ت
شكر وتقدير	ث
إقرار	ج
الملخص	ذ
المقدمة:	1
نطاق الدراسة:	2
إشكالية الدراسة:	2
أهداف الدراسة:	3
أهمية الدراسة:	3
منهجية الدراسة:	4
الفصل التمهيدي: القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشبوع	5
المبحث الأول: مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها	7
المطلب الأول: التعريف بالقسمة	7
المطلب الثاني: القسمة عقد رضائي وعقد شكلي:	9
الفرع الأول: القسمة عقد رضائي	10
الفرع الثاني: القسمة عقد شكلي	11
المبحث الثاني: شروط القسمة الرضائية:	14
المطلب الأول: إجماع الشركاء ورضاهم	15
المطلب الثاني: حضور الشركاء المتقاسمين	20
المطلب الثالث: تمتع الشركاء بالاهلية اللازمة:	22
المطلب الرابع: وجوب تسجيل عقد القسمة	28
الفصل الأول: القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها	38
المبحث الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي	39
المطلب الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي	39
الفرع الأول: عقد القسمة بمثابة عقد بيع	39
الفرع الثاني: القسمة الرضائية بمعنى الإفراز	53
المطلب الثاني: ماهية عقد القسمة الرضائية في الفقه	55
الفرع الأول - القسمة إفراز ومبادلة في فقه مجلة الأحكام العدلية:	55

59	الفرع الثاني: الآراء الفقهية الأخرى حول ماهية القسمة
61	المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية
61	المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الأهلية أو الغائب
61	المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء
61	المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء
61	المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الأهلية أو الغائب
62	الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم الأهلية أو ناقص الأهلية
70	الفرع الثاني: القسمة الرضائية حال وجود الغائب
73	المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء
75	الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود دائنين من الشركاء
78	الفرع الثاني: القسمة الرضائية مع وجود مستحقين من الشركاء
80	الفرع الثالث: القسمة الرضائية مع وجود دائنين ومستحقين من غير الشركاء
86	المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء
86	الفرع الأول: مدى إلزامية عقد القسمة الرضائية للشركاء
88	الفرع الثاني: جواز فسخ عقد القسمة الرضائية والطعن به وحالاته
97	الفصل الثاني: القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها
98	المبحث الأول: إجراءات القسمة الرضائية
99	المطلب الأول: إجراءات القسمة الرضائية في العقار
101	الفرع الأول: طريقة المسح و الفرز
103	الفرع الثاني: كيفية القرعة لاختيار النصيب المفروز
104	الفرع الثالث: العقار القابل للقسمة
104	الحالة الأولى: في حال تساوي الحصص
109	الحالة الثانية: في حالة عدم تساوي الحصص
111	المطلب الثاني: العقار غير القابل للقسمة وآثار ذلك
113	الفرع الأول: قسمة التصفية هل تتم رضائيا ؟
118	الفرع الثاني: في حالة تعدد العقارات وتنوعها كيف تتم القسمة ؟
125	المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية

المطلب الأول: الآثار القانونية للقسمة الرضائية في القانون الوضعي:	125
الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة	126
الفرع الثاني: الأثر الناقل للقسمة	132
الفرع الثالث: الأثر المستند (الرجعي) للقسمة:	136
المطلب الثاني: آثار القسمة الرضائية في فقه المجلة:	143
الفرع الأول: نظرة فقه المجلة للقسمة الرضائية:	143
الفرع الثاني: المقارنة بين فقه المجلة في تحديد آثار القسمة:	144
الخاتمة	147
التوصيات	149
قائمة المصادر والمراجع	151

القسمة الرضائية في العقار الشائع

-دراسة مقارنة -

إعداد مازن زايد جميل عمران

إشراف

الدكتور حسين مشاقي

الملخص

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 بالحصة الشائعة في هذا العقار بشكل مستقل ومنفرد عن بقية المالكين، وعلى فرض إنهاء الملكية الشائعة عن طريق القسمة الرضائية فإنه يشترط عدم تفويت منفعة القسم الذي اختص فيه ذلك الشريك من هذا العقار بعد واقعة القسمة.

ودراسة هذه الرسالة جاءت في ثلاثة فصول، وعليه فقد تناول الباحث مقدمة هذه الرسالة بين فيها ما هو المقصود بالمال الشائع حسب مفهوم القانون الوضعي المقارن وجاء في الفصل التمهيدي مبحثين بين في الأول مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها، ودرس هذا المبحث في مطلبين الأول: القسمة لغة وقانوناً، والثاني عقد القسمة عقد شكلي ورضائي، وبين في المبحث الثاني الشروط الواجب توافرها في عقد القسمة الرضائية، وهي أربعة شروط تناولتها في أربعة مطالب حيث جاء في الأول الإجماع، وفي الثاني الحضور، وفي الثالث الأهلية وفي الرابع التسجيل.

وتناولت في الفصل الأول دراسة القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها على مبحثين الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، درس في مطلبين الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي، والمطلب الثاني ماهية القسمة الرضائية في الفقه، وفي

المبحث الثاني حالات القسمة الرضائية وجاء في ثلاث مطالب الأول القسمة الرضائية مع وجود عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو الغائب والثاني القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء، والثالث الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء.

وفي الفصل الثاني القسمة الرضائية إجراءاتها وأثارها قمتسه إلى مبحثين الأول إجراءات القسمة الرضائية، وفيه مطلبان الأول إجراءات القسمة الرضائية والثاني العقار غير القابل للقسمة الرضائية، وأثار ذلك وفي المبحث الثاني أثار القسمة الرضائية في مطلبين الأول الآثار القانونية للقسمة الرضائية في القانون الوضعي والثاني أثار القسمة الرضائية في الفقه الحنفي، ومن ثم خلصت إلى الخاتمة تضمنت بعض النتائج ووضعت بعض التوصيات.

تعتبر مسألة الشيوخ في العقار من ابرز المشاكل العملية التي يعاني منها الشركاء عند القسمة، فقد يكون الشيوخ في الأرض وحدها، بحيث يملك كل منهم حصصاً متساوية أو غير متساوية على الشيوخ في عدد من قطع الأراضي، وقد يكون الشيوخ في أرض مقام عليها أبنية، وفي هذه الأحوال نص المشرع في القوانين الخاصة لمعالجة حالة الشيوخ التي قد تنشأ في العقار، ومنها قوانين الأراضي وكذلك نظام الطوابق والشقق أي في العمارات السكنية المؤلفة من عدة طوابق، وعالجتها أيضاً مجلة الأحكام العدلية تحت مسمى العلو والسفل كأن يكون الشخص يملك حصة من الأرض المقامة عليها العمارة ويملك شقة سكنية من هذه العمارة ويشترك على الشيوخ في جدران هذه الشقة التي تفصل بينه وبين شريكه في شقة أخرى وكذلك في السقف الذي تكون أرض شقة فوقه وفي أرض شقته التي تكون بدورها سقف من تحته.

وعند النظر إلى الشيوخ في الأراضي نجد اختلافاً في أنواعها وتصنيفاتها وعليه كانت القسمة وآلياتها تختلف باختلاف هذا النوع أو ذلك التصنيف بحيث يتوجب البحث عن نصوص القوانين الخاصة ذات العلاقة بكل نوع من هذه الأراضي، فنجد الأراضي المسجلة لدى دوائر تسجيل الأراضي (الطابو)* والتي تمت أعمال التسوية فيها يطبق عليها قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953م وهناك من الأراضي التي لم تنته أعمال التسوية فيها في عهد المملكة الأردنية على أراضي الضفة الغربية بسبب الاحتلال الإسرائيلي عام 1967 وإصدار الأوامر العسكرية بإيقاف كافة أعمال التسوية التي كانت قد بدأت بها الأردن وهذه لها قواعد خاصة، وهناك الأراضي التي تعرف باسم أراضي المالية وهي المسجلة لدى دائرة ضريبة الأملاك لغايات دفع الضريبة للشخص المتصرف بها والمسجل اسمه لدى الدائرة وكان ذلك في عهد الدولة العثمانية ومن بعدها في عهد الانتداب البريطاني على فلسطين وهذا النوع من الأراضي لم تجر عليه أية إجراءات تسجيل، وتقسم الأراضي سواء في القانون أم في الفقه إلى الأراضي الملك* والميري*، والموقوف بشقيها، والمتروك أو السائبة، كذلك جاءت تقسيمات

* الطابو: وهي ما عرفت بالدفتري الخاقانية وجاءت تسميتها في عصر الدولة العثمانية وكان يقصد بها دائرة التسجيل.
* الملك: ويقصد بالأرض الملك حسب تقسيم الأراضي المملوكة وفقاً لقانون الأراضي العثماني الصادر في 17 رمضان لعام 1274هـ، في مواده الأولى والثانية (المواد 1، 2) إلى أربعة أقسام، القسم الأول: العرصات والقصبات التي تقع داخل حدود المدن والقرى مهما بلغت مساحتها وكذلك تنمة السكنى التابعة لها والتي لا تتجاوز مساحتها نصف دونم، وهذه

أخرى حسب القوانين الخاصة المتعلقة بالمدن والقرى والتي جاءت نصوص المواد فيها لتحول نوع أراضٍ معينة إلى نوع آخر من الأراضي إذا تحققت الشروط لذلك، ويكون ذلك بدخول الأرض حدود هذه المدينة أو تلك القرية أو البلدة أو ما يعرف بقصبة القرية أو المدينة، ومن هنا فإن الآثار القانونية المترتبة على ما ذكرنا تختلف باختلاف تصنيفها من ناحية تطبيق القوانين عليها والإجراءات الواجب إتباعها ومنها القسمة حتى تحدث آثارها القانونية عليها.

وأيضا فإن تعاقب الحكومات التي سيطرت وحكمت على أرض فلسطين هي كثيرة، إذ كانت كل واحدة من هذه الحكومات تحدث وتعديل وتبديل على القوانين السارية، ومنها القوانين المتعلقة بالأراضي والعقارات.

نطاق الدراسة:

يتفرع البحث إلى أمور تعتبر جوهرية في الدراسة وتكمن في الإجراءات المتباعدة للقسمة الرضائية على أنواع العقارات المختلفة، وفي الأهلية الواجب توافرها في عقد القسمة الرضائية وفي الآثار القانونية للقسمة الرضائية، وهل تعتبر هذه الآثار آثارا كاشفة للملكية أم ناقلة لها أم ذات أثر مستند، وذلك حسب القانون الوضعي وبعض الآراء في الفقه الإسلامي.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في تنوع القوانين المطبقة على العقار في فلسطين، وذلك فيما يتعلق بقسمة هذا العقار الشائع، فقد نجد أن قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 يطبق على الأراضي التي تمت فيها التسوية، وإن مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل القانون المدني في فلسطين ونصوصها مستقاة من الشريعة الإسلامية تطبق على باقي أنواع

التي لا يدفع عنها عشر أو إخراج، والثاني: الأراضي التي كانت بالأصل من الأراضي الأميرية ثم أفرزت وملكت تملكا صحيحا إلى الشخصات والجهات التي لها شخصية معنوية وفقاً لأحكام القوانين المرعية، الثالث: الأراضي العشرية، والرابع: الأراضي الخراجية". نقلا عن الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لأحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والاردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية، 1998، ص48.

* الأرض الميري: ويقصد بالأرض الميري "ميري نسبة إلى ميرة أي غلة السنة، مؤونة المدينة، والجيش السنوية، جزء من الغلة تخص الدولة كضريبة حكومية" ويقصد بالأميري: الأميري نسبة إلى أمير المؤمنين في الدولة العثمانية. انظر إبراهيم الياس عبالملك والمملوك، ملاحظات قانونية في تمييز أراضي الافراد في الأراضي الأميرية في فلسطين، عرضها بالايطالية الأب فيليب تلفاكيا "القانوني" نقلها إلى العربية إبراهيم الياس عباد، مطبعة سيدة فلسطين، 1936، ص14.

الأراضي، وعليه فإن حصلت القسمة في كل نوع من هذه الأراضي فما هي حجية هذه القسمة على الشركاء وما هي آثارها، وما هي الإجراءات المتبعة عند قسمة هذا النوع أو ذاك من الأراضي؟ وما هو النظام القانوني الذي يعالج القسمة الرضائية، وما هو أثر تنوع القوانين وتنوع العقارات وتنوع الإجراءات؟.

أهداف الدراسة:

لقد عالجنا القوانين موضوع الدراسة موضوع القسمة الرضائية للعقار في نصوص مختلفة ومنه فإن 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 مشروع القانون المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

أهمية الدراسة:

نرى في الحياة العملية الكثير من صور المال الشائع في العقار وأن بقاؤه على ذلك يحول دون الاستفادة منه واستغلاله واستعماله بشكل سليم وقد تصل الأمور إلى حد قد تكون القسمة فيه غير مجدية، أي عدم قابليته للقسمة، وخلق المنفعة في ذلك وهذا ما نراه جليا في مجتمعنا الفلسطيني لأسباب تعود إلى طبيعة العائلة، أو بالأحرى تعود إلى طبيعة العقار الشائعة ونوعه أو لأمر مالي أو إداري أو سياسية.

وتكمن أهمية هذه الدراسة أيضا في رفع التوصيات من أجل العمل على توحيد النصوص القانونية والإجراءات المطبقة على العقارات بإعلان تسوية شاملة للأراضي في فلسطين.

منهجية الدراسة:

لقد تم اعتماد المنهج النظري فيما يخص القانون الوضعي وفي الفقه الحنفي حسب نصوص مجلة الأحكام العدلية هذا كله من جهة وتم اعتماد المنهج العملي أيضا.

وتم اعتماد المنهج التطبيقي فيما يخص القرارات القضائية المتعلقة، والصادرة عن محاكم التمييز الأردنية ومحكمتي النقض المصرية والفلسطينية.

وعليه فإن دراسة موضوع القسمة الرضائية للعقار سيتم تقسيمه إلى ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل التمهيدي: القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشبوع.

المبحث الأول: مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها

المبحث الثاني: شروط عقد القسمة الرضائية.

الفصل الأول: القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها

المبحث الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية

الفصل الثاني: القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها

المبحث الأول: إجراءات القسمة الرضائية

المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية .

الفصل التمهيدي

القسمه الرضائية طريقة لإزالة الشيوخ

الفصل التمهيدي

القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشيوع

حظي ولا زال يحظى العقار⁽¹⁾ في الوقت الحاضر بأهمية كبيرة لدى الناس من حيث اعتباره استثمارا ناجحا للكثيرين وضمانا 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 الحصة الارثية لكل وارث إذا تملك اثنان أو أكثر شيئا 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⁽²⁾ على أن: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا 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⁽³⁾ على أن: "المشاع ما يحتوي على حصص شائعة" ونصت المادة 139 أيضا على أن: "الحصة الشائعة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك" وبوجود هذه الحالة من الملكية ما بين الشركاء فيصبح هم كل منهم هو الخروج من هذه الحالة وذلك عن طريق قسمة هذا العقار فيما بين الشركاء، والقسمة "عقد بين شخصين أو أكثر لإحداث أثر قانوني سواء على مال منقول أم غير منقول"، وعليه فإنه

(1) نصت المادة 68 من مشروع قانون المدني الفلسطيني على أن: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". وتطابقها المادة 82 من القانون المدني المصري والمادة 132 من القانون المدني الأردني.

(2) تطابقها المادة 962 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وتطابقها المادة 780 من قانون المدني السوري وتطابق المادة 20 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

(3) مجلة الأحكام العدلية تعتبر بمثابة القانون المدني في الضفة الغربية وتطبق أحكامها لغاية الآن، وتعتبر أحكام المجلة العدلية وموادها مستقاة من المذهب الحنفي ومن هؤلاء العلماء الذين انتقوا الراجح في المذهب الحنفي أحمد جودت باشا ووزير العدلية في تلك الفترة وغيرهم إلا أنهم لم يستطيعوا إكمال هذا العمل فقام بهذا العمل علي حيدر أفندي والذي كان من العلماء الذين نبغوا في الفقه وكان يدرس في كلية الحقوق في الاستانة ورئيس محكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية وكان من العلماء الثقة الورعين.

جاء الفصل في مبحثين يخصص الأول لدراسة مفهوم القسمة باعتبارها عقداً والثاني لشروط عقد القسمة.

المبحث الأول: مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها

هنالك عدة تعريفات للقسمة باعتبارها عقداً كغيرها من العقود إلا أن لها مفهوماً خاصاً، وهنالك تعريفات في القانون وفي الفقه الإسلامي وعليه جاء هذا المبحث في مطلبين الأول: التعريف بالقسمة والثاني: القسمة عقد رضائي وشكلي.

المطلب الأول: التعريف بالقسمة

لا بد لنا من معرفة المقصود بالقسمة سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية حيث جاء التعريف بها كالاتي:

(أ) القسمة لغة

تأتي بمعنى التفريق، وتأتي بمعنى النصيب وجعل الأشياء اجزاء أو ابعاضاً متميزة⁽¹⁾. وتأتي بمعنى: القسم: الجزء من الشيء المقسوم، القسمة: اسم من اقتسام الشيء، جعلوا قسمة الثروة بينهم بالتساوي: -النصيب لا يعرض هذا الشخص على قسمته في الحياة، والقسم: التجزئة⁽²⁾.

وتأتي بمعنى قسم يقسم قسماً فهو قاسم: الشيء: جزأه (قسم التفاحة إلى شطرين) والأرض: جزأها إلى أقسام لتبني⁽³⁾، فالحاصل إذن أن للقسمة معنيين: حقيقياً ومجازياً، فالحقيقي جعل الشيء اجزاءاً و المجازي النصيب والحصة.

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الادارة العامة للمعجمات و احياء التراث، الجزء الأول، من اول الهمزة إلى آخر الضاد، دار الدعوة، استنبول-تركيا ص، 734.

(2) المحيط، مجمع اللغة العربية، تاليف اديب الجمي واخرين، تقديم محيي الدين صابر، مجلد 3، من ف-ي، ص 985.

(3) بن منظور، لسان العرب، المحيط، لسان العرب، مجلد ثان، بيروت، من ق-ي، ص 87-88. المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. المجمع العربي الاساسي، النشر للمنظمة، توزيع لاروس.

ب) القسمة فقهاً عند الحنفية

جاء في رد المحتار وتبيين الحقائق⁽¹⁾: أن القسمة هي جمع نصيب شائع في مال معين أو مخصوص.

وعرفها صاحب البدائع⁽²⁾ بقوله: "وفي الشريعة عبارة عن إفراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض".

كما عرفتها المادة (1114) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: هي تعيين الحصة الشائعة يعني إفراز وتعيين الحصص الشائعة بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع⁽³⁾.

ج) القسمة قانوناً واصطلاحاً

1- في القانون المدني الأردني⁽⁴⁾: ورد تعريف القسمة في المادة 1038 منه كما يلي: (إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي).

2- لا يوجد تعريف للقسمة في القوانين ذات العلاقة مثل قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني⁽⁵⁾ وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري⁽²⁾ وكذلك مشروع قانون المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

(1) الحصفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج9، دار المعرفة، طبعة ثانية سنة 2000، ص421. الزيلي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264.

(2) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142. انظر السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولى سنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ - 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج5 دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة 2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

(3) حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجبل، طبعة أولى، 1991، بيروت، مجلد ثالث، ص99.

(4) رقم 43 لسنة 1976، رقم 48 لسنة 1953

(5) قانون رقم 131 لسنة 1948

د) القسمة عند الفقهاء:

لقد عرف بعض الفقهاء القسمة بأنها: "عملية تحديد نطاق حق ملكية مشتاع بغية إيجاد التوافق بين نطاقه المعنوي أو الحسابي ونطاقه المادي. وعرفها البعض: أن القسمة هي طريقة لانقضاء الشيوخ، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام أو حصص، بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء"⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن القسمة الرضائية "هي إفراز جزء من كل المال الشائع لشريك ومبادلة هذا الشريك لما له من باقي المال الشائع فيما اختص به الشريك الآخر، ويكون ذلك رضاهم واجماعهم".

المطلب الثاني: القسمة عقد رضائي وعقد شكلي:

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود و ينبغي توافر الشروط الموضوعية في العقد من رضا ومحل وسبب⁽²⁾ والأصل فيها الرضائية، وعليه فإن ارتباط الإيجاب بالقبول كافٍ لانعقاد العقد إلا إذا اشترط القانون أو جاء اتفاقا طلب شروطا أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض⁽³⁾.

(1) فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص220 "القسمة هي اعطاء كل شريك في الشيوخ قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع". غانم، اسماعيل، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة، في العام الدراسي، 1953-1954، ص88. الكزبري، مأمون، القانون المدني، الحقوق العينية تقسيم الاشياء والاموال، الحقوق العينية الاصلية الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، عام 1962، ف318، ص364. اما المذكرة الايضاحية في القانون المدني الأردني وفي المادة 1038 جاءت لتقول: أن هذه المادة تناولت تعريف القسمة كاجراء تعيين وإفراز الانصبه الشائعة وشروطها عدم فوات منفعة المال المقسوم بالقسمة أو تبدله فإذا فانت منفعة أو تغير حاله فهو غير قابل للقسمة لأن القسمة إفراز للملك والمنفعة الثابتة لشركاء قبل القسمة.

(2) انظر المواد 89-137 قانون مدني مصري، والمواد 77-132 مدني عراقي. انظر: حيدر، علي، شرح المجلة العدلية، المجلد الثالث ص99 "يتحرى في القسمة ثمانية اشياء1- ركنها: هو الفعل الذي يحصل به إفراز وتمييز الانصباء..2- شرطها عدم فوت منفعة المال المقسوم وعدم تبدله 3- حكمها: هو تعيين حصة كل شريك ملكا وانقاعا على حدة4- سببها: هو طلب احد الشريكين الانتفاع بملكه على وجه الخصوص 5- محاسنها: بما أنه يحصل لاحد الشريكين سوء خلق من الآخر فللخلاص من ذلك يركن إلى الاقتسام 6- صفتها: وجوب التقسيم على القاضي إذا طلب بعض الشركاء 7- تقسيمها: تقسم إلى ستة وجوه 1- أن تكون صحيحة أو باطلة ب- أن تكون في الاعيان أو في المنافع ج- أن تكون قسمة جمع أو تفريق د- اما تكون في المثليات أو القيميات هـ- أن تكون قسمة قضاء أو رضاء ز- اما أن تكون نافذة أو موقوفة والنافذة يقوم بها الشريك أو النائب والموقوفة يقوم بها الفضولي.

(3) انظر السنهوري، الوسيط، جزء اول، ط1964، 2، ص163 و183. يستفاد هذا من نص المادة 89 من القانون المدني المصري (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد) ونص المادة (90) من ذات القانون ومن نص المادة (74) من المشروع المدني الفلسطيني و من القانون المدني الأردني الذي يقرر: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك

الفرع الأول:القسمة عقد رضائي

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده رضا الطرفين دون الحاجة في انعقاده إلى إفراغه في شكل معين⁽¹⁾.

وعلى ذلك يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد ولا يستلزم القانون لقيامه شرطاً آخر، 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⁽²⁾.

ومبدأ الرضائية ليس مبدأ مطلقاً، بل يدخل عليه استثناءات قانونية يهمنها منها في هذا الصدد الاستثناءات الواردة على الرضائية في نقل الملكية العقارية وما يتطلبه القانون من شروط حتى ينفذ هذا البيع وتلحقه القسمة لمطابقتها في هذا الحكم كما سنرى لاحقاً، وقد أخذت بذلك معظم التشريعات الوضعية لما يترتب على هذا من آثار تجاه المتقاسمين أنفسهم وتجاه الغير، فالقاعدة العامة في القانون الانجليزي أن يكون هنا مقابل في العقود سواء شفوية كانت أو رسمية أو في العقود الشكلية حيث لا يعتد بالعقد الشكلي إلا إذا بصم هذا العقد بالختم⁽³⁾.

من اوضاع معينة لانعقاد العقد). وايضا نص م(1/199) من نفس القانون: (يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبطله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر - ما لم ينص القانون على غير ذلك). انظر المادة 1108 مدني فرنسي"ان العقد لا يتحقق إلا بتوافر اربعة امور هي: التراضي والأهلية والمحل والسبب" غير أن الفقه الفرنسي ابعد الاهلية عن كونها ركنا للعقد باعتبارها ركنا للالتزام، نقلا عن القرة داغي، مبدا الرضائية في العقود، جزء اول، ص143، مرجع سابق.

- (1) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، ص188، القرة داغي، مبدا الرضائية في العقود، مرجع سابق، ص180،
- (2) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، ط2، 1964، ص 163. لزعي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الاردني، عمان، 1993، ص19، وكذلك سلطان، انور، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة، بيروت، 1976، ص25.
- (3) انظر: Samuel Williston: the law of contracts baker، n.y، 1920، (maitland). نقلا عن القرة داغي، علي محيي الدين علي، مبدا الرضائية في العقود دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني والروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي)، طبعة ثانية، 2002، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر، جزء أول، بيروت لبنان، ص: 76-77، هامش نفس الصفحة.

إلا أن الفقه الحنفي وجمهور فقهاء المسلمين قد بينوا أن العقد لا يتطلب إلا ركناً واحداً وهو رضا⁽¹⁾ العاقدين⁽²⁾.

الفرع الثاني: القسمة عقد شكلي

العقد الشكلي وهو العقد الذي لا ينعقد بمجرد التراضي بل لا بد أن يتخذ التراضي فيه شكلاً معيناً يحدده القانون⁽³⁾. حيث يعتبر الشكل إضافة إلى الأركان الأخرى للعقد وذلك من أجل التنبيه إلى أن العقد المنوي الإقدام عليه وتسجيله وإعطائه شكلاً معيناً فيه خطر لكلا المتعاقدين، ويتمثل هذا الخطر أنه: عند إتمام معاملة القسمة وانتهائها بالتسجيل لا يمكن لأي من المتعاقدين الرجوع عنها لأي سبب من الأسباب وذلك بعد تحقق الشروط الموضوعية الأخرى. كما اعتبر القانون الروماني أن الشكل في العقود هو كل أركان العقد لما كان للشكل أهمية كبيرة وحتى دون الاعتداد بركن الرضا⁽⁴⁾.

وتعتبر البيوع العقارية الواردة على العقارات التي تمت فيها التسوية - أي العقارات التي تم تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي - عقوداً شكلية⁽⁵⁾ - إضافة إلى أن أركان العقد الأخرى - لا تتعد إلا بالتسجيل لدى دائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة

(1) سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام -1- المصادر الإرادية، العقد والارادة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976، ص 56 -58، وفي تعريف الرضا "امتلاء الاختيار وبلوغ نهايته بحيث يفضي اثره الى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه". انظر هامش نفس الصفحة "يفرق الانحاف في الفقه بين درجتين للارادة هما: الاختيار وهو ترجيح فعل الشيء عن تركه والرضا: وهو الارتياح إلى فعل الشيء وهما قد يتلازمان وهذه هي الحالة الغالبة..".

(2) انظر: القرة داغي، علي محيي الدين علي، المرجع السابق، ص 144.

(3) انظر: زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة 1978، نقلاً عن القرة داغي، علي محيي الدين علي، مرجع سابق، ص 180. انظر سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والارادة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976.

(4) انظر: القرة داغي، علي محيي الدين علي، مرجع سابق، ص 181.

(5) ويمكن تعريف العقد الشكلي بما يلي: "هو العقد الذي يتطلب القانون لقيامه - إلى جانب وجود رضا أطرافه - أن يصب هذا الرضاء في شكل معين. إذا استلزم القانون توافر شكل معين لعقد ما، فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضاء والمحل و السبب و الشكل". انظر أيضاً بحث بعنوان الشكلية في عقد البيع، www.majalisna.com، 2008/9/8، الثانية ليلاً.

اختصاصها، وتعتبر هذا الشرط من المقتضيات التشريعية، ويعتبر الفقه الفرنسي الشكل عموداً فقرياً لتكوين العقد⁽¹⁾.

ويعد التسجيل ركن انعقاد وليس وسيلة إثبات بحيث إذا لم تراعى هذه الشكلية كان العقد باطلاً وليست له أي قيمة قانونية، ويستطيع المشتري المطالبة بالتعويض حال عدم مراعاة الشكلية بخصوص العقد كأثر من آثار بطلانه،

ويتضح من نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه⁽²⁾ حيث جاء فيها: (في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل) وبذلك تعتبر قسمة العقار الشائع الذي تمت تسويته من العقود الشكلية لا الرضائية، حيث جاء نص المادة (3/16) من ذات القانون، صريحاً بعدم اعتبار البيع أو القسمة للعقار صحيحاً إلا إذا روعيت فيه الشكلية التي تطلب القانون توافرها وهي تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها.

وتطبيقاً لما ورد سابقاً أكدت قرارات محكمة التمييز الأردنية على وجوب مراعاة تسجيل القسمة لدى دائرة تسجيل الأراضي، فجاء في قراراتها أنها ما يلي:

1. " (بيع بعض الأجزاء المخصصة لبعض الورثة نتيجة قسمة خارجية لم تسجل في دائرة الطابو لا يعتبر بيعاً صحيحاً طالما لم يجر تسجيله) .
2. (اتفاقية القسمة التي لم يتم تسجيلها في دائرة الطابو غير نافذة المفعول) .
3. (أن البيع والقسمة في الأموال غير المنقولة يجب أن يجري أمام مأمور التسجيل كي تكون له قيمة قانونية) .

(1) انظر P.7، 1933، louis Jossierand: Cours De Droit Civil positif Francais > Recueil sirey. Paris

نقلاً عن القرة داغي، علي محيي الدين علي، مبدأ الرضائية في العقد، جزء أول، ص 143، مرجع سابق.

(2) قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952. انظر الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لأحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حصلت هذه الرسالة على تقدير جيد جداً مع التبادل مع الجامعات الأجنبية، جامعة الأزهر، طبعة ثانية، 1998، ص 268. انظر المواد 65 و 66 و 67 و 68 و 69 من القانون المدني الكويتي.

4. (إذا لم تتم معاملة قسمة ارض المدعى عليه بين أولاده في دائرة التسجيل، فإنها تعتبر معاملة باطلة لا يترتب عليها أي أثر بقطع النظر عما إذا كانت المعاملة هبة أو أي عقد آخر من عقود نقل الملكية، وذلك عملاً بالمادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952. أن دعوى المدعي بطلب إلزام المدعى عليه بنقل ملكية الحصة التي سجلها باسمه في العقد الخارجي أو تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً، وهي دعوى غير مستتدة إلى أساس. أن الفقرة الثانية من المادة (1448) من القانون المدني الأردني قد أوجبت مراعاة أحكام القوانين الخاصة ولا نزاع في أن قانون تسوية الأراضي والمياه هو من القوانين الخاصة التي يتوجب تطبيق أحكامها بقطع النظر عن وجود تعارض بينها وبين أحكام القانون المدني)⁽¹⁾.

وحقيقة أن النظر في القرار التمييزي المذكور والمادة (16) من قانون التسوية نجد أنها قد ذكرت البيع والقسمة أو أي عقد آخر من عقود نقل الملكية وعليه فإن عقد القسمة الرضائية يعتبر عقداً ناقلاً للملكية أي أن من آثار عقد القسمة أنه ناقل للملكية.⁽²⁾

(1) قرار تمييز حقوق رقم 54/138، منشور سنة 1955، ج1، ص9.

- قرار تمييز حقوق رقم 54/138، منشور سنة 1955، ج1، ص9.

- قرار تمييز حقوق رقم 54/152، منشور في سنة 1954، ج1، ص852.

- قرار تمييز حقوق رقم 79/220، منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، ص1694.

انظر أيضاً "انه وان كان الأصل في العقود أنها رضائية أي يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين إلا أنه إذا أوجب القانون لقيامها شكلاً معيناً أو اتفق المتعاقدان على ذلك فإن الشكل يكون ركناً في العقد ويتعين مراعاته عند التعاقد أو عند إبرام الاتفاقات المرتبطة به سواء أكانت سابقة عليه كما هو الشأن في الوعد به أم لاحقه له كما هو الشأن في الاتفاقات على تعديل أحكامه أو آثاره وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون منها وما تسمح باستثنائه طبيعة المعاملة ويترتب على تخلف هذا الشكل بطلان العقد أو الاتفاقات المرتبطة به وان المشرع استلزم خضوع هذه الاتفاقات للشكل المتطلب لقيام العقد ذاته منعا من التحايل على ما أوجبه في هذا الخصوص"، مركز نظم المعلومات، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز في دولة الكويت 1992 - 1996، القسم 3، مجلد 1، قاعدة 148، ص 871 (الكويت: وزارة العدل، 2001)، mashael@law.kuniv.edu

-انظر ابو البصل، عبد الناصر موسى، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999

- انظر السرحان، عدنان ابراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الاردني- مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ص 48، مرجع سابق.

(2) التسجيل لا يشترط كركن شكلي و انما يقتصر أثره على نقل الملكية. إذا العقد الواقع على عقار هو عقد رضائي، و كل ما هنالك هو أنه عقد يترأخى فيه أثر من آثاره و هو انتقال الملكية إلى أن يتم التسجيل .

mashael@law.kuniv.edu

يتضح من كل ما سبق أن عقد القسمة الرضائية يعتبر عقدا رضائيا فيما بين الشركاء المتقاسمين كباقي العقود الرضائية يتطلب توافر أركانه من محل وسبب ورضا لاعتباره كذلك إلا أن له شروطاً أخرى قد تزيد عن أركان العقود الرضائية وهذا ما سنراه عند دراسة الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من العقود إلا أنه بالإضافة إلى ذلك فإن هذا العقد أيضاً يتطلب شكلاً معيناً وهذا ما يتحقق لدى دوائر التسجيل الخاصة بعد إتمام أركانه ولذلك فإن عقد القسمة يعتبر أيضاً عقداً شكلياً ولذلك فإن عقد القسمة الاتفاقية عقد تتوافر فيه أركان وشروط سائر العقود⁽¹⁾.

فإن اتجهت إرادة الشركاء المتقاسمين إلى إجراء قسمة المال الشائع قسمة منجزة وهذا الأصل في القسمة، فإنه يترتب عليها أن يتحول نصيب كل منهم من حصة شائعة إلى جزء مفرز مملوك له بمجرد إجراء القسمة. وطبقاً للقواعد العامة لا ينعقد عقد قسمة الاتفاقية إلا إذا اتفق جميع الشركاء والمشتاعون أطراف العقد على طبيعة هذا العقد كعقد قسمة اتفاقية لمال شائع ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية وتحديد مدى توافر العلم بطبيعة العقد⁽²⁾.

المبحث 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 حصة 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

(1) المادة 89 من القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان العقد التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد ".
- انظر المواد 102، 177، 178 من مجلة الأحكام العدلية.

والمادة 90 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 نصت على: " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد ". كيرة، حسن، أصول القانون المدني، مرجع سابق، ص516.

(2) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، ص468-469. مرجع سابق.

الشيوع بالرضاء فيما بينهم، 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:-

- (1) رضا وإجماع الشركاء (المشتاعين) على القسمة الاتفاقية.
 - (2) تمتع الشركاء المتقاسمين بالأهلية⁽¹⁾.
 - (3) حضور جميع الشركاء عند القسمة وعند غياب احدهم ينبغي حضور من يمثله قانوناً.
 - (4) أن يسجل المتقاسمون عقد القسمة لدى المرجع المختص وهو دائرة تسجيل الأراضي.
- ويكون تفصيل هذه الشروط وفق التقسيم الآتي:-

المطلب الأول: إجماع الشركاء ورضاهم

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 وإلى هذا أشارت المادة(4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 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 برضاهم جميعاً" وبين المشرع الفلسطيني في المادة 971 من المشروع المدني تطابق المادة 835 من القانون المدني

(1) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص465.

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 الأردني على أنه "مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه أن يطلب القسمة القضائية".

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⁾.

أما الإجماع الضمني⁽³⁾ هنا فلا يصرح به الشركاء على الشيوع بل يستلخص هذا الإجماع الضمني على القسمة من ظروف الواقع وما تفيده من قيام قسمة فعلية، كأن يتصرف احد الشركاء على الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته كان يزرعها أو يقيم بناءً عليها ثم يتهج سائر الشركاء على الشيوع نهجه فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته من المال الشائع و إذا زادت عن حصته تتم المعادلة فيما بين المتقاسمين، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا أنهم ارتضوا جميعا قسمة المال الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه⁽⁴⁾، وقد يدعي احد الورثة أن تصرفه صحيح بحكم مدة مرور

(1) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، ص464.

(2) أفندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ، ص223.

(3) سلطان، انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني (دراسة مقارنة الفقه الاسلامي، طبعة أولى، 1987، منشورات الجامعة الاردنية، ص46-47. انظر سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، ص388-389.

(4) في هذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية حيث قضت بقولها (إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى أنه بعد أن تصرف احد الورثة في جزء محدود من الاطيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في انصبتهم محددة كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددا واصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا في هذه الاطيان، ثم رأت أن تصرف الورثة على هذه الصورة فيه اجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث. وان هذا التصرف وقع صحيحا لانه كان في حدود القدر الذي يملكه بالميراث، ولذلك

الزمن وأن القسمة في حصة مفرزة أصبحت من نصيبه وعلى الشركاء أن يأخذوا مقابل حصته التي اختص بها، ولكن القاعدة تقول أن الإرث لا يسقط بالتقادم بمعنى أنه إذا تصرف وريث أو أكثر مدة مرور الزمن فإن هذا لا يعنى أنهم قد تملكوا هذه الحصة المفرزة ولكن يعتبر تصرفهم بموجب وكالة عن بقية الورثة إلا إذا اثبت المتصرف عكس ذلك⁽¹⁾ وهذه المسألة هي مسألة موضوعية متروك أمر تقديرها للمحكمة المختصة، ويستفاد ذلك من نص المواد 2/846 من القانون المدني المصري، والمادة (985) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (39) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني، والقسمة الاتفاقية الضمنية تتحقق كلما اتضح من ظروف واقع الحال اتجاه إرادة جميع الشركاء إلى فض الشيوخ وإفراز نصيب مادي مستقل لكل شريك بدل حصته الشائعة. إلا أنه يرى البعض أن هذا النوع من القسمة لا تعتبر قسمة اتفاقية وان كان يرجع إلى الاتفاق في الأصل وإنما تعتبر قسمة قانونية⁽²⁾. وقد تتحقق مثل هذه القسمة في حالة قسمة المهايأة المكانية كأن يختص كل من الشركاء بنصيب مفرز، فتقلب قسمة المنافع

قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم. ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقاً لتصرفه لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله، بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانوناً. وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا في انصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء " نقض مدني في 21 ديسمبر 1944، مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص502، رقم 177 ". أن القسمة الرضائية ما بين المالكين المشتاعين لا تسري وتصبح نافذة بينهم إذا لم يوافق عليها جميع المالكين. نقلاً عن الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القانون الأردني دراسة تحليلية "مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1994، ص37.

- انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، طبعة 1974، ص209.
(1) المادة 4- من قانون رقم 51 لسنة 1958 قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني، وتنص على ما يلي: "1- إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه أعمال التسوية مستقلاً عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو الوكالة عن باقي الورثة ما لم يقر بنية قوية على أن هذا التصرف لم يكن على ذلك الوجه.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، مصادر الالتزام، طبعة ثانية، 1964، ص183، مرجع سابق. انظر قداد، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، ص44، مرجع سابق. انظر بهذا المعنى في التعبير عن الارادة، سلطان، انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، طبعة أولى، عمان 1987، ص46-47.

إلى قسمة عينية بعد مرور خمسة عشرة سنة من قسمة المهايأة فنتحقق شرط الرضا ضمناً بهذا التصرف. (1)

وعلى ذلك لا تسري قواعد القسمة الاتفاقية في هذه الحالة بالمعنى الدقيق فلا يجوز نقضها للغبن أو أن يكون الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب ولا يجب تسجيله إذا كان الشيء المقسوم عقاراً، لأن التسجيل يرد بمقتضى المادة 10 من قانون الشهر العقاري المصري على التصرفات والأحكام، وهذا ما نراه في قانون تقسيم الأموال غير المنقولة وقانون التسوية الأرضي من ضرورة التسجيل في الدائرة المختصة كما مر سابقاً وأكدته قرارات المحاكم.

إن ذهاب المشرع المصري إلى هذا الاتجاه حسب ما جاء في المادة 2/846 مدني مصري، هو بسبب أن القانون المدني المصري لا يعتبر حق التصرف حقاً متفرعاً عن حق الملكية على الإطلاق بل عنصراً من العناصر الثلاث التي يتألف منها هذا الحق وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف⁽²⁾ وكون مشروع القانون المدني الفلسطيني قد استقى بعض مواده عن القانون المدني المصري فالظاهر أن المشرع الفلسطيني قد ذهب إلى هذا الاتجاه بسبب أن الأراضي في فلسطين تحتوي على عدة أنواع وبذلك تسري على هذا النوع من الأراضي قوانين تختلف عن القوانين التي تطبق على الأراضي التي تمت فيها التسوية، (الأراضي المسجلة لدى دوائر تسجيل الأراضي الطابو)، وإن من أنواع الأراضي الأخرى هي ما يعرف بأراضي المالية

(1) انظر المادة 2/846 من القانون المدني المصري " إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة". انظر المادة 985 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. انظر الدحود، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 184-187. تنص المادة 39 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: " إذا دامت قسمة الأراضي المشار إليها في المادة السابقة خمس عشرة سنة تملك كل من الشركاء الأراضي التي انتفع بها، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك".

(2) حداد، حمزة، وآخرين، دراسات حول مشروع القانون المدني الفلسطيني، تحرير مصطفى عبد الباقي، ص 135 و 108. نصت المواد 3 و 4 من قانون رقم 51 لسنة 1958 قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة على ما يلي: المادة (3) " تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشرة سنة في العقارات المملوكة".

المادة (4) " 1- إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمل غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلاً عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يقم بينة قوية على أن هذا التصرف لم تكون على ذلك الوجه ".

وأراضي التسوية غير المنتهية بحيث يملك الشخص هذه الأراضي بالتصرف أي بمرور مدة الزمن التي جاءت بها المادة (3) من القانون الأردني المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958⁽¹⁾.

وبهذا المعنى فإن الإجماع الضمني⁽²⁾ ما دام يتضمن تعبيراً عن الإرادة فالأصل خضوعه لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة إلا ما يتعارض من هذه الأحكام مع طبيعتها الضمنية أو الواقعية⁽³⁾. وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1128 على: "يشترط في قسمة الرضى رضاء كل واحد من المتقاسمين بناءً عليه إذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضا وإذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وإن لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته".

والملاحظ بهذا الصدد أن القسمة سواء الصريحة منها أو الضمنية، ما هما إلا وسيلتان للتعبير عن الإرادة وهذا ما أشارت إليه المادة 93 مدني أردني "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الآخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي⁽⁴⁾".

(1) المادة (3): نصت على (تعتبر البيوع الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية والتي استئنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة). انظر الجمال، مصطفى: نظام الملكية في القانون اللبناني المقارن، مرجع سابق. انظر الدحدوح، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، هامش صفحة 353.

(2) تنص المادة 2/93 مدني سوري من "التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً". انظر سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ص 63-65.

(3) كيرة، حسن الموجز في أحكام القانون المدني، طبعة 1975، الناشر دار المعارف بالاسكندرية، ف 107، ص 205. إذا قام أحد الشركاء بالبناء في جزء من المال الشائع وحذا بقية الشركاء حذو هذا الشريك فإن إرادة الشركاء اتجهت ضمناً إلى ترتيب مثل هذا الأثر باجماعهم على القسمة الضمنية).

(4) تطابق المادة 90 مدني مصري وتنص على: "1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود 2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً". تطابق المادة 76 من المشروع المدني الفلسطيني. استئناف حلب الثالثة رقم 1937 تاريخ 25 / 9 / 1997. "إن القسمة الرضائية ما بين المالكين المشتاعين لا تسري وتصبح نافذة بينهم إذا لم يوافق عليها جميع المالكين " WWW. ALEPPOBAR.ORG. انظر الصراف، عباس، طرق التعبير عن الإرادة، نقلاً عن الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القانون الأردني دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1994، ص 38.

المطلب الثاني: حضور الشركاء المتقاسمين

الأصل حضور جميع الشركاء المشتاعين وذوو العلاقة بالقسمة إلى دائرة التسجيل شخصياً أو بالإنابة، وإذا كان من ضمن شروط قسمة، التراضي اجماع الشركاء فهنا يفترض حضور جميع الشركاء المشتاعين المعنيين بأمر القسمة، ونصت المادة من قانون تقييم الأموال غير المنقولة على ذلك⁽¹⁾، وبهذا نصت المادة 27/2 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "لا تصح قسمة الأرض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثله قانوناً"، ولكن من الممكن أن يتحقق هذا الاجماع ولو لم يحضر جميع الشركاء في وقت واحد كما لو أبرم بعض الشركاء مع بعضهم، القسمة الاتفاقية، دون البعض الآخر، فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها⁽²⁾، حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون، أصبحت نافذة في حق الجميع. وهذا يعني أن الاتفاق الذي أبرمه بعض الشركاء على القسمة دون بعضهم الآخر فلا يترتب عليه انتهاء الشيوع. لكن ينقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها فيظل العقد قائماً بالنسبة إليهم، فإذا أقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك فإنها تتم بهذا الاقرار وينتهي بها الشيوع مع مراعاة الشروط الأخرى (المشار إليها سابقاً). وبالتالي يتحقق الاجماع في هذه الحالة أيضاً⁽³⁾. أما إعلان هناك غائباً وعند حضوره رفض القسمة فإنها

تنص المادة (1/4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 على: (يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من الشركاء....)

(1) قانون تقسيم الأموال غير المنقولة، رقم 48، لسنة 1953. "يجروا التقسيم فيما بينهم على الوجه الذي يرونه ويتفقون عليه ثم يحضرون إلى دائرة التسجيل مستطحين خارطة تبين حصة كل منهم مفروزة عن غيرها ويقرون أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل صحة المعاملة وموافقتهم على القسمة وفق الخارطة التي أبرزوها، وعندئذ يعطي كل منهم سند تصرفه مستقلاً"

(2) قارن نقض قر 366 تا 1966/10/25 وقد جاء فيه "القسمة الرضائية الجارية بعد التحديد والتحرير والمقترنة بالتنفيذ الفعلي، من شأنها أن تعطي المتقاسمين حق المطالبة بتسجيلها. ولا يجرح ذلك أن مالكا لسهام بسيطة لم يكن مشتركاً فيها ولا تعد القسمة كلها باطلة لعدم نفاذها في حصة من لم يكن ممثلاً فيها (مجلة المحامون لعام 1966، ص 291)، سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، 1992-1993، هامش ص 388، مرجع سابق.

(3) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، طبعة 1974، ص 208. - السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ف 541، ص 893. - القسوس، وليد نجيب، إدارة وإزالة المال الشائع دراسة مقارنة، طبعة 1993 مطبعة الجامعة لنموذجية، عمان - الجبيهة، ص 141. - انظر المادة (1126) وشرحها لعللي حيدر من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على: "قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً وفعلاً. مثلاً إذا قسم أحد المال المشترك من تلقاء نفسه فلا تكون القسمة جائزة ونافذة. لكن لو أجاز أصحابه قولاً بأن قالوا أحسنت أو تصرفوا بحصصهم المفروزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كالبيع والإيجار فتكون القسمة صحيحة ونافذة".

تبطل⁽¹⁾ أي بمعنى أن الإفراز الذي قاموا به الشركاء المتقاسمون لا ينفذ بحقه مع الأخذ بعين الاعتبار أن القسمة لا ترتب أثراً إلا بالتسجيل، وقد تجري القسمة بحضور من ينوب عنه قانوناً كوكيل احد المتقاسمين فان القسمة عند ذلك تنفذ بحق المتقاسم الموكل، عملاً بأحكام وقواعد الوكالة، إذا كانت الوكالة تتضمن اجراء القسمة واجازتها بالقبض والتسليم، حيث يشترط في الوكالة النص الصريح على القسمة كونها تعتبر من اعمال التصرفات⁽²⁾.

الا أن هذه الوكالة - الوارد فيها نصا يجيز للوكيل القسمة - لا تنفذ بحق الموكل في بعض الحالات، وهي حالة الغائب - حسب مفهوم الامر العسكري الاسرائيلي - حيث اعتبر الامر العسكري هؤلاء الغائبين الذين نزحوا بسبب الاحتلال الاسرائيلي لعام 1967 - لا يملكون أو يتصرفون بهذه الأراضي كون الدولة - حسب مفهوم الامر العسكري - هي المخولة بالتصرف بهذه الأراضي - بغض النظر إذا كانت هذه الأراضي قد انتهت فيها اعمال التسوية أم لا - فإذا نظم هذا الغائب الشريك وكالة لشخص آخر ليقوم باعمال القسمة فان هذا الوكيل لا يستطيع أن يقوم بهذا الإفراز دون موافقة الحاكم العسكري المختص بعملية الإفراز وان حصلت هذه القسمة فان الشريك الغائب لا يستطيع أن يتصرف بها كونه لا يحمل هوية (المواطنة الفلسطينية) - حسب مفهوم الامر العسكري، بمعنى أنه يبقى الحاكم العسكري يتصرف بهذا المال الخاص عن الغائب وبقية الشركاء يتصرفون في حصصهم المفردة⁽³⁾.

ان الامر العسكري قد اعطى صلاحيات التصرف باملاك الغائب من قبل الحاكم العسكري تحت مفهوم أن هذه الأراضي تدخل تحت ما يسمى املاك الدولة وهذا كله حسب ما جاء في الاوامر العسكرية رقم 58 و 59 للعام 1967 حيث جاء في التعريف بالغائب حسب مفهوم الامر رقم 58: "هو الشخص الذي ترك المناطق المحتلة قبيل وخلال أو بعد حرب العام 1967)، وان هذه الأراضي التي يمارس عليها تطبيق هذه الاوامر هي الأراضي المصنفة

(1) ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997/11/12 ص 32.

(2) أفندي، إبراهيم، ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص 223.

(3) الأمر العسكري رقم 58 بشأن الأموال المتروكة، الممتلكات الخصوصية، 1969. انظر: القاضي، عواد، نصري إبراهيم، الأوامر العسكرية الإسرائيلية وضعها القانوني وإشكالية تطبيقها، محكمة الاستئناف، رام الله، فلسطين، ص 4.

(C) (1) -حسب الاتفاقيات المعقودة بين السلطة الوطنية الفلسطينية والجانب الاسرائيلي - وهو ما يخالف الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقيات جنيف⁽²⁾ .

على الرغم أن الامر العسكري قد صدر في سنة 1950 المتعلق باملاك الغائبين -حسب مفهوم الامر - بمعنى أنه لا يطبق على الأراضي التي احتلت عام 1967 إلا أن هذا الامر قد تم تفعيله ليطبق على الأراضي التي احتلت في عام 1967.⁽³⁾

المطلب الثالث: تمتع الشركاء بالاهلية اللازمة:

الاهلية المقصودة هي اهلية الاداء الكاملة حيث نصت المادة (1/44) من القانون المدني المصري " كل شخص بلغ سن الرشد⁽⁴⁾ متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية" ونصت المادة 109 منه على ان: "كل شخص اهل للتعاقد ما لم تسلب اهليته أو يحد منها القانون"⁽⁵⁾ .

(1) وهي الأراضي التي لا تدخل تحت سيطرة السلطة الفلسطينية من ناحية سياسية أو ادارية وقد تخرج عن نطاق الأراضي التابعة من ناحية تنظيمية لبلدية مدينة أو بلدة أو قرية معينة. انظر اتفاقية اوسلو. الاتفاقية الإسرائيلية - الفلسطينية المرحلية حول الضفة الغربية وقطاع غزة، واشنطن، 28 أيلول، 1995.

(2) قوانين الحرب

القوانين و الأعراف (لاهاي IV) أكتوبر 18 / 1907

السلطة العسكرية المتاحة على الأراضي المحتلة

بند 23: رفض تدمير أو حيازة أملاك و عقارات بالدولة التي تم احتلالها إلا إذا كان التدمير أو الحيازة ذات ضرورة قصوى تتعلق بالحرب.

بند 46: يمنع بشكل مطلق مصادرة أو حيازة أملاك خاصة.

بند 55: ستكون الدولة المحتلة بمثابة جهة إدارية و منتفعة من المباني العامة و العقارات و الأراضي و الغابات و المناطق الزراعية في الأراضي المحتلة التي تخص الدولة التي تم احتلالها.

يجب على الدولة المحتلة المحافظة على كافة الممتلكات و غيرها للدولة التي احتلتها و إدارتها بما يتناسب و قوانين الانتفاع.

بند 56: ممتلكات البلديات و المؤسسات التي تم تكريسها لجهات دينية أو خيرية أو تعليمية أو فنية أو علمية حتى أراضي الدولة سيتم التعامل معها كأموال خاصة.

(3) قانون أملاك الغائبين للعام 1950فقرة 17، بعد احتلال أراضي 1948: أي تداولات تمت بحسن نية بين حارس أملاك الغائبين وأي فرد أو جهة فيما يتعلق بنقل صلاحيات قانونية لأراضي تبين لاحقاً بأنها لا تتضمني تحت أملاك غائبين تعتبر قائمة و تبقى التداولات سارية المفعول حتى لو تبين لاحقاً أن الأراضي المنقولة لا ينطبق عليها قانون الغائبين.

(4) نصت المادة 2/44 مدني مصري على أن: "وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة". نصت المادة 53من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن سن الرشد ثمانية عشرة سنة.والاهلية في القانون المدني الأردني ثمانية عشرة سنة حسب نص المادة 43.

(5) تقابلها المادة (116) من القانون الأردني والمادة (100) من المشروع المدني الفلسطيني.

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 الأردني على أنه " إذا كان احد الشركاء غائباً أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية ". ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الأردني لججز القسمة الاتفاقية في حالات معينة منها إذا كان احد الشركاء على الشيوع غائباً أو ناقص الاهلية أو فاقدها.

وعند مقارنة هذا النص بما اشار اليه المشرع المصري في المادة 835 (1) قد اجاز القسمة الرضائية في حالة وجود قاصر أو فاقد اهلية من الشركاء، إلا انها 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 الحقايقا باتباع طريقة القسمة القضائية ثم لا بد من تصديق المحكمة المختصة بعد اتمامها (2). وان ما يحصل على ارض الواقع لدى دوائر التسجيل في فلسطين هو أخذ الاذن من المحكمة

(1) (لشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) مطابقة للمادة (789) من القانون المدني السوري. المادة 972 من المشروع المدني الفلسطيني (1-لشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها 2- إذا كان احد الشركاء غائباً أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً) تطابق المادة 1128 من المجلة كيرة، حسن المرجع السابق، ف-106، ص202. انظر الطعن رقم 702 لسنة 51ق-جلسة 1985/11/6، س36، ص970، عبد التواب، معوض ص303 مرجع سابق، " للولي قسمة المال الشائع بالتراضي نيابة عن اولاده القصر. لا حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو موافقتها. علة ذلك المواد 835 مدني و40 مرسوم بق 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على المال. النص في المادة 835 من القانون المدني على أنه (لشركاء إذا انعقد اجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 باحكام الولاية على المال على أن يقوم الولي على رعاية اموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون) وفي المادة 40 منه على أن (على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة". وجاء في قرارات المحاكم السورية، "أن بيع مال القاصر من قبل الولي الجبري بدون إذن صادر عن القاضي الشرعي يقع باطلاً. هيئة عامة رقم 194 / 69 تاريخ 6 / 3 / 2000 .WWW. ALEPPOBAR.ORG

البدراوي، عبد المنعم، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثالثة، عام 1968. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ف-215، ص388 وما بعدها.

الشرعية لأجراء عملية القسمة، وقد تتشدد 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 لأفراغه (1) .

اما مجلة الأحكام العدلية فجاءت بحكمين في المادة (1128) الأول بعدم صحة القسمة في حالة غياب احد المتقاسمين، والثاني في حالة إذا ما كان من بين المتقاسمين من هو صغير فيكون موقوفا على امر القاضي (2) .

والملاحظ أن المشرع الأردني لم يجرز القسمة في مثل هذه الحالة وقد اتبع في ذلك الشق الأول من حكم المادة 1128 من مجلة الأحكام العدلية وذلك في حالة غياب احد الشركاء ، إلا أنه قد خالف الشق الثاني من المادة 1128 وهو حالة وجود الصغير والتي يقوم القاضي مقامه في القسمة في تعيين ممثل لهذا الصغير، حيث اعتبر المشرع الأردني القسمة باطلة أيضا في حالة وجود ناقص الاهلية أو فاقدها، واشترط وجود من يمثله وان لا يتم التصرف إلا بعد الاذن من قبل المحكمة المختصة، وهي المحكمة الشرعية وقد يؤدي مثل هذا الموقف من المشرع الأردني إلى تعقيد في الاجراءات بالنسبة للشركاء المشتاعين من حيث وجوب اللجوء إلى القسمة القضائية التي لا بديل عنها، وسيزداد الامر صعوبة إذا كان احد الشركاء الذي يرغب بالقسمة لا يملك الرسوم القانونية لدعوى القسمة القضائية، والواضح أن هناك اختلافا في هذه المسألة في

(1) انظر نقض مدني فلسطيني، 2005/19، قرار رقم 292 تاريخ 2005/4/20، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، طبعة أولى 2007، ص 542.

(2) افندي، علي حيدر، شرح المجلة العدلية المادة 1128، مجلد (3) ص 122 نصت على: (يشترط في قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين، بناء عليه إذا غاب ادهم لا تصح قسمة الرضاء و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على امر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته). ونصت المادة 56 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "يخضع ناقصو الاهلية وعديموها لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بحسب الاحوال وفقا للقواعد المقررة في القانون".

انظر المادة (2/4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم (48) لسنة 1953 (إذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور يقوم مقامه في طلب التقسيم الولي أو الوصي) . انظر المادة (2/27) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني (لا تصح قسمة الارض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثلهم قانونا) .

أحكام القانون المدني الأردني وما بين القانون المدني المصري والمدني السوري⁽¹⁾، ونجد أن المشرع الفلسطيني في مشروع قانون الأراضي ومشروع القانون المدني قد ترك حق التمثيل القانوني مفتوحاً سواء بالنسبة للغائب والذي يستوي معه فاقد الأهلية في هذا المقام، وبهذا فإنه يطابق الحكم الذي جاء به القانون المدني المصري والسوري، وإيضاً فإن المشروع المدني الفلسطيني قد وضع حكماً حال غياب أحد المتقاسمين فلا تبطل القسمة وتلزم الشركاء الحاضرين الذين أجروها، أما في حالة وجود الصغير فإنه يستفاد من مشروع القانون المدني الفلسطيني القسمة مع وجود من يمثله قانوناً وهو ما نصت عليه المادة 972 منه⁽²⁾، وبالنظر إلى موقف المشرع الأردني فإنني أجده لا يتوافق ولا ينسجم مع القواعد العامة التي تجيز للنائب القانوني في حالة وجود قاصر أن ينوب عنه في إجراء القسمة وغيرها وهذا ما أشارت إليه المادة 126 من القانون المدني الأردني بقولها: "التصرفات الصادرة في مال الصغير والتي لا تدخل في أعمال الإدارة كالبيع والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود لا تصح إلا بأذن المحكمة المختصة وبالطريقة التي تحددها". ومن هنا نرى التناقض ما بين نصي المادتين السابقتين من القانون المدني الأردني.

وفعلاً فإنه في حالة عدم قيام القسمة الرضائية عند الغياب أو فقد الأهلية فإن مسألة إجراء القسمة الرضائية قد لا تتحقق لأن مثل هذه الوضع قد يبقى قائماً إلى ما لا نهاية وبهذا فإن هناك إضراراً يصيب الشركاء كاملي الأهلية وتنقلب إلى قسمة قضائية حسب نص القانون المدني الأردني، بمعنى أن أحد الشركاء يجب يتوجه مباشرة إلى المحكمة ويقدم دعوى على جميع الشركاء لازالة الشبوع، وتطبق عليها أحكام قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية في التبليغات وتجري القسمة وهو ما جاء في المادة (7) من تقسيم الأموال غير المنقولة⁽³⁾.

(1) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر لعام 1974، ف135، ص206 وما بعدها.

- انظر، ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، مرجع سابق، ص31.

(2) (2) - إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقد الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً.

(3) إذا طلب فريق من الشركاء أو أحدهم التقسيم ورفض الآخرون أو كان بينهم غائب أو قاصر أو محجوز يترتب على قاضي الصلح أن يبلغ الشركاء أو الولي أو الوصي (كما هي الحالة) لزوم حضورهم في اليوم الذي يعينه لهذا الغرض

وبهذا الصدد فقد اكد القرار رقم (8) الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين⁽¹⁾ بقوله: "...ومن هذه النصوص يتضح جليا أن واضع القانون قد اوجب إجراء القسمة القضائية عند وجود احدى الحالتين التاليتين: 1- إذا طلب فريق من الشركاء أو اجدهم التقسيم ورفض الآخرون. 2- إذا طلب فريق من الشركاء أو اجدهم التقسيم وكان بينهم غائب أو قاصر أو محجوز وذلك لأن بقية الشركاء لا ولاية لهم على الغائب كما أن موافقة المحجوز عليهم أو من يقوم مقامهم لا حكم لها. ولهذا فلا تجوز القسمة الرضائية في حالة وجود غائب أو قاصر أو محجوز " صدر بتاريخ 1954/4/14.

ومن خلال ما جاء في القرار السابق فهذا يعني أن القسمة الرضائية بوجود ناقص الأهلية أو الغائب أو المحجوز تنقلب قضائية.

وعلى الرغم من ذلك فقد جاء القرار رقم (13) الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين والصادر في 1962/8/19 قد اجازت لاولياء وأوصياء⁽²⁾ الصغار والمجانين والمعتوهين بيع وفراغ أموالهم غير المنقولة بأذن من المحكمة وذلك لغايات⁽³⁾ محددة استثيت من القرار السابق وقد جاء في تقرير هذا القرار ان "... كلمة (البيع) هي مبادلة مال بمال انما تنصرف إلى العقارات المملوكة اما الفراغ فينصرف إلى الأراضي الاميرية. وحيث أن الفراغ هو مقابلة يتنازل بموجبها صاحب التصرف بالأراضي الاميرية لغيره عن حقوقه التصرفية إما

على أن يجري تبليغ الغائبين الذين لم يعرف لهم محل إقامة وفق قانون اصول المحاكمات الحقوقية الخاصة بتبليغ مجهولي محل الإقامة) .

(1) عطا الله، يوسف ابراهيم، مساعد مدير الأراضي في الضفة الغربية، نقلا عن مجموعة قوانين الاراضي، ص555، نشر هذا القرار في العدد 1182 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1954/5/16

(2) انظر " بحق للوصي أن يطلب ازالة شيوخ العقار دون اذن القاضي الشرعي (قر 149، تا 1969/4/22، المحامون لعام 1969، ص165، ف250) " نقلا عن سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، هامش ص 389.

(3) -انظر المادة رقم (10) من قانون رقم (51) لسنة 1958 قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، "على الرغم مما ورد في المادة (52) من قانون الأراضي العثماني يجوز لاولياء وأوصياء الصغار والمجانين والمعتوهين بيع وفراغ أموالهم غير المنقولة بأذن من المحكمة المختصة إذا توافرت المسوغات التالية وبعد التثبت من صحتها وضرورتها: أ- من اجل تسديد دين المورث إذا كانت تلك الأموال قد انتقلت اليهم بالارث عنه ب- إذا كان الدين ناشئا عن ثمنها ج- من اجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية سواء انتقلت تلك الأموال بطريق الارث أو بابة صورة اخرى. المر، دعبس، انظر مجموعة الاراضي، ص579. مرجع سابق.

ببدل أو بدون بدل فان مبادلة ارض اميرية بارض اميرية تدخل في مفهوم الفراغ. ولهذا فان مثل هذه المبادلة ممنوعة اصلاً طالما ولم يكن الغرض منها تسديد دين المورث أو ثمن الارض ذاتها أو تأمين نفقات الدراسة او المعالجة الطبية".

وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية⁽¹⁾ ما يلي: "أن المادة 52 من قانون الأراضي العثماني تتحدث عن الحظر عن أولياء وأوصياء الصغير التنازل عن الأراضي التي تكون قد دخلت في عهدة الصغير للغير بناء على سبب من الأسباب كالدين أو ضرورة النفقة أو لأي سبب آخر ولا يستطيعون أن يدخلوها على عهدهم و إذا أمر غيرها أو أدخلوها للصغير بعد بلوغه واقتداره على التصرف استردها وضبطها خلال عشر سنوات، وأتم المادة 10 من القانون رقم 51 لسنة 1958 إجازة لهم ذلك بإذن من المحكمة المختصة بعد التثبيت من المسوغات الآتية:

1. من أجل تسديد دين المورث إذا كانت الأرض انتقلت لهم بطريق الإرث.

2. إذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها.

3. من أجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية.

إن سن التمييز يبدأ بتمام السابعة من العمر فتصرفات الصغير ما كان نفعاً خالصاً له نصح من غير إذن الولي المادة 977 من المجلة، وما كان ضاراً به ضرراً خالصاً لا تصح منه كهبة للغير وتصدقه ووقفه وما كان محتملاً بين الضرر والنفع فوقف على إجازة وليه فإن إجازها صحت لأن ذلك دليل نفعها له، وأن أبطلها بطلت لأن ذلك دليل ضررها به وعقد البيع هو العقود المترددة بين النفع والضرر.

وطالما شهد على العقد ولي الطاعنين والدمها فإن ذلك يعتبر إذناً منهما بالبيع إذا أن

المادة 973 من المجلة تنص كما يكون الإذن صراحة يكون دلالة على تصرفات الصغير المميز، وسكوت الولي يكون إذن بذلك التصرف طالما تم العقد بحضوره وشهد عليه".

هذا ولطالما أن الغاية هي حماية القاصر، فالامر يتطلب قسمة اتفاقية بمشاركة النائب

القانوني وتصديق المحكمة⁽²⁾ فقط للتأكد من حصول القاصر على حقه وان القسمة كانت

(1) انظر نقض مدني فلسطيني، 19/2005، قرار رقم 292 تاريخ 20/4/2005، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، طبعة أولى 2007، ص542.

(2) جاء في القرار التمييزي رقم 99/904 (صادر عن الهيئة العامة) منشور على الصفحة رقم 2262 من المجلة لسنة 2000، حجاوي، بسام، المبادئ القانونية، مرجع سابق ص118: "المحكمة الشرعية هي صاحبة الاختصاص بموجب القانون بتحديد الوصي على القاصرين... ". انظر أيضاً " لا تستقيم دعوى ازالة الشبوع بالنسبة للقيم على مال الغائب قبل

عادلة. لذا وفي هذا الصدد فإنه يتوجب على المشرع الأردني أن يعيد النظر في نص المادة 1041 من القانون المدني الأردني في ضوء موقف المشرع المصري و السوري و المجلة والمشرع المدني الفلسطيني سيما اننا عرفنا أن الحكمة من نص المادة 1041 هي حماية مثل هذه الفئة من خلال اللجوء إلى القسمة القضائية والتي يمكن توفيرها باتتباع اجراءات مبسطة اقل تعقيدا في ضوء موقف المشرع المصري والسوري والمجلة المشار اليه آنفا.

المطلب الرابع: وجوب تسجيل عقد القسمة

اضافة إلى الشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية إذا كان محله عقارا. فإذا كان المال الشائع عقارا _ 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 ملزما للغير، بمعنى آخر يكون العقد باطل⁽¹⁾. وفي ذلك تنص المادة 1/168 من القانون المدني الأردني (العقد الباطل ما ليس مشروعاً

استئذان القاضي الشرعي (نقض قر 81 تا 1970/3/5 المحامون لعام 1970 ص 205 ف 297) " نقلا عن سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، هامش ص 389.

وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية نقض مدني رقم 2004/22 و 2004/66، و 2004/28 قرار رقم 71 بتاريخ 2004/5/2، مجموعة الأحكام القضائية، ج1، مرجع سابق، ص509. "أن المادة 1/82 من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية لسنة 2001 نصت بأن المحكمة لو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى ما ترى ادخاله لإظهار الحقيقة ولا يجوز للموكل إذا نقلت بالوكالة حق للغير أن يلغي الوكالة أو يقيد بها دون موافقة من صدرت لصالحه وذلك أن المادة 11/ب من القانون رقم 51 لسنة 1958 اعتبرت الوكالة الدورية واجبة النفاذ بحق عاقيدها وملزمة لطرفيها ويلتزم البائع بالنقيد بها ولا يملك أن يجري أي تصرف بالمال غير المنقول موضوع الوكالة، استقر القضاء على أن عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي يرد على العقار يجب أن يسجل في دائرة تسجيل الأراضي كشرط لانعقاده حسب نص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة، أن لائحة الدعوى واللائحة الجوابية هي التي تبين نطاق الدعوى من حيث موضعها وسببها وأطرافها".

(1) استقر اجتهاد محكمة التمييز الاردنية على أن العقود المتعلقة بالعقارات والتي تتم خارج دائرة التسجيل هي عقود باطلة (تميز حقوق 81/31) مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ص1063، عام 1981، وتميز حقوق 104، عام 1981 مجلة نقابة المحامين، ص1454، عام 1981. وتميز حقوق رقم 138، لسنة 1954، سنة النشر 1955، صفحة المجلة 9، جزء 1 جاء فيه: "اتفاقية القسمة التي لم يتم تسجيلها في دائرة الطابو غير نافذة المفعول". الزعبي، خالد و الفضل منذر،

بأصله ووصفه بأن 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 بالبطلان والمحكمة 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 ".

وهذا ما أكدته المادة 1148 من القانون المدني الأردني حيث تنص ما يلي: (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقا لاحكام القوانين الخاصة به) . وهو ما اشارت اليه المادة 89 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد " وبالرجوع إلى قانون تسوية الأراضي والمياه وتعديلاته، باعتباره القانون الخاص المتوجب تطبيقه في الضفة الغربية في هذا المجال نجد أن المادة 3/16 منه تنص على ما يلي (في الاماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة

المدخل إلى علم القانون، طبعة أولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان - الاردن، 1995، ص278. انظر الدحوح، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص254.

-انظر المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة (1953): (ينحصر اجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الاميرية والموقوفة والاملاك والمسقفات والمستغلات الوقفية واعطاء سندات تسجيل بها في دوائر تسجيل الاراضي). الطعن رقم 203 لسنة 61ق - جلسة 1993/11/24، لم ينشر بعد، معوض عبد التواب، ص320، "" القسمة غير المسجلة. اثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة "" . انظر أيضا نقض جلسة 1960/4/21، س11، ص324، معوض، ص305. انظر المادة رقم (5) من قانون رقم 51 لسنة 1958، قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

- نصت المادة 89 من القانون المدني المصري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد " ومعنى ذلك أن التسجيل هو شرط لانعقاد عقد القسمة. -انظر: الدحوح، سالم حماد، مرجع سابق، ص199-202. وايضا هامش ص485.

والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل).

وتنص المادة 218 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "لدى إيداع معاملة إفراز أو تقسيم مال غير منقول فيجب أن ترفق مع المعاملة خارطة مساحة قابلة للتسجيل". يتضح من قراءة نص المواد المشار إليها أنها تشير وبصورة صريحة إلى وجوب تسجيل عقد القسمة الرضائية لدى دائرة تسجيل الأراضي إذا تعلق بمال غير منقول أما في حالة عدم تسجيل عقد القسمة الرضائية لا يترتب عليه إزالة شيوخ، ويكون العقد باطلاً ولا يترتب أثره بين المتقاسمين أنفسهم والغير وبهذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية (1) ما يلي: "حصر المشرع وفق صريح نص المادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمادة (13/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 جميع إجراءات البيع والمبادلة، والإقرار والمقاسمة في الأراضي أو المياه بدائرة تسجيل الأراضي، فيما رتب في (11/ب) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، رقم 51 لسنة 1958 للوكالات المتضمنة بيع وفراغ الأموال غير المنقولة والمتعلقة بها حق الغير وجوب تنفيذه لدى دائرة التسجيل خلال خمسة عشرة سنة من تاريخ تنظيمها أو تصديقها إلا أن المستفيد بموجب تلك الوكالة لا يعتبر مالكا ما لم يتم التسجيل في دائرة الأراضي وبذلك فإن الأخير لا يستطيع التنازل لغيره عن ما لم يملك طالما أن الملكية لا تثبت إلا بالتسجيل بمعنى أنه وكالة تعطى منه للغير يوكل بموجبها وكيلاً عنه لا تترتب أثراً. إن الشارع حصر معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة من أبرزها تسجيل الأراضي فإن تسجيل الأرض باسم الورثة بعد وفاة مورثهم (الواقفة) بموجبة معاملة الانتقال بالإرث وقبل أن يسجل الوقف لدى دائرة الأراضي ليس من شأنه أن يترتب بطلان على معاملة الانتقال ذلك أن الأشهاد على الوقف لدى المحكمة الشرعية لا يجعل الوقف لازماً ما لم يسجل في دائرة الأراضي".

(1) انظر نقض مدني فلسطيني، 2005/162، قرار رقم 292 تاريخ 2006/9/18، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء أول، إصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، طبعة أولى 2007، ص 561. وتنص المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 على "يُنحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسقات والمستغلات الوقفية واعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي".

الا أن هذا الشرط لا ينطبق على الأراضي التي لم تتم تسويتها - وهي الأراضي التي كانت قد شرعت المملكة الاردنية الهاشمية باعمال التسوية فيها - وذلك بسبب الاحتلال الاسرائيلي للأراضي العربية ومنها أراضي الضفة الغربية - حيث صدر امر عسكري بوقف جميع اعمال التسوية تحت مسمى (امر رقم 291 امر بشأن تسوية الأراضي وتنظيم المياه)⁽¹⁾ وكان ذلك بتاريخ 19 كانون اول 1968 وجاء نص المادة 3 فقرة أ " يعطل مفعول أي امر تسوية واي اجراء اتخذ بموجب امر التسوية ويلغى كل مفعول كل تعليمات في القانون تحظر عقد صفقة في الأراضي أثر صدور امر التسوية، تنتقص من مدة صفقة كما ذكرتمنع تشترط أو تعلق أي اجراء كان في شؤون الأراضي أو المياه أثر صدور امر التسوية سواء كان اجراء اتخذ في محكمة أم اجراء لم يتخذ في محكمة) والامر رقم 25 -امر بشأن الصفقات العقارية - منطقة الضفة الغربية) وكان ذلك بتاريخ 18 حزيران 1967، وقد عرف هذا الامر العقارات " العقارات الكائنة في منطقة الضفة الغربية وتشمل كل مبنى أو ملك آخر مرتبط بالعقارات أو كل حق متصرف به أو متوقع في العقارات " ⁽²⁾ والتسجيل كما قلنا هو ركن لانعقاد العقد وبدون هذا الشرط لا تنفذ القسمة الرضائية ولا ترتب اثارها، وهذه الاثار قد تكون ما بين المتقاسمين انفسهم، وقد تكون ما بين المتقاسمين والغير. أن ما درج عليه المتقاسمون في هذا النوع من الأراضي هو أن تتم القسمة الرضائية من قبل المحكمة المختصة بموجب دعوى من احد الاطراف المشتاعين على بقية الشركاء ومن ثم تقدم اتفاقيات معدة مسبقا ومتفق عليها بين المتقاسمين للمصادقة عليها باعتبارها حكما قضائيا غير قابل للطعن، وذلك لاعطاء كل متقاسم وثيقة (حكم) تثبت تصرفه بالجزء المفروز من العقار له وحاز على صفة الملكية المفروزة. ولكن وحسب القوانين المطبقة فان هذا الحكم لا ينفذ لدى دائرة المالية -وهي الدائرة التي يسجل فيها اسماء المتصرفين بالأراضي لغايات دفع ضريبة الاملاك - إذا كانت الأراضي التي تمت فيها القسمة تقع خارج المدن (خارج المخطط الهيكلي للمدينة)، اما إذا كانت هذه الأراضي تقع داخل المدينة فانها تسجل لدى دائرة المالية، كون هذه الأراضي الواقعة داخل المدينة اصبحت ملكا

(1) مراد، عبد الفتاح، النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين، 1995، ص 200-209.

(2) انظر المر.دعيبس، مجموعة أحكام الأراضي. احكام الاراضي، ص 592

حسب نصوص قانون تحويل الأراضي من نوع ميري إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 وتنص على ما يلي:

- 1- تحول الأراضي الاميرية الواقعة ضمن المناطق البلدية من ميري إلى ملك.
 - 2- إذا وسعت حدود اية بلدية، تحول الأراضي الاميرية التي ادخلت ضمن حدود المنطقة البلدية من جراء التوسيع المذكور من ميري إلى ملك اعتبارا من تاريخ التوسيع المذكور.
 - 3- إذا احدثت بلدية ما تحول الأراضي الاميرية الواقعة داخل منطقة البلدية من ميري إلى ملك اعتبارا من تاريخ احداث البلدية المذكورة) وعند هذا التحويل فان القسمة إذا حدثت فانه يسجل كل قسيمة باسم المتصرف المتقاسم وتأخذ هذه القسيمة رقما جديدا بالإفراز من البلدية.
- إلا أن هذا الامر ما زال يثير الكثير من الجدل من عدة مسائل قانونية ومن هذه المسائل ما يلي:
- المسألة الأولى: لا تسجل هذه الاراضي - اراضي المالية أو الأراضي التي لم تتم تسويتها - لدى دائرة تسجيل الأراضي إلا عن طريق اجراءات التسجيل الجديد (لتسجيل المجدد) بموجب القانون رقم 6 لسنة 1964 وهذه الاجراءات تجري في دائرة تسجيل الأراضي وفي نهاية هذه الاجراءات يصدر من دائرة التسجيل صحيفة باسم المالك أو المتقاسمين (سند ملكية) بالمعنى الصحيح⁽¹⁾ -ان جاز التعبير - وتأخذ الارض المسجلة تسجيلا جديدا رقما جديدا ورقم حوض جديد، ويتحقق الشرط الشكلي لانعقاد العقد إذا تمت قسمة هذه الارض بين الشركاء بعد هذا التسجيل الجديد، أو أن يتم الإفراز وتقسيم الارض أو الأراضي إلى قسائم مؤقتة بحيث يعرف كل من المتقاسمين القسيمة التي اختص بها وبعد توقيعها من الجهات المختصة ومنها الحكم المحلي والبلدية لمطابقة الإفراز على المخطط الهيكلي للمدينة أو الهيئة المحلية، وان هذا الاجراء طويل من حيث المدة ومكلف لصاحب معاملة التسجيل، كون هذه المعاملة تقدم بناء على طلب المتقاسمين انفسهم⁽²⁾.

(1) المادة 5 و6 من قانون رقم (6) لسنة 1964. قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها.
(2) انظر المواد: 28، 29 من قانون رقم 79 لسنة 1966. قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية، نشر في عدد 1 بالجريدة الرسمية، رقم 1952 بتاريخ 1966/9/25.

المسألة الثانية: صحيح أن القسمة بموجب الحكم الصادر من المحكمة قد اعطى للمتقاسمين صفة الملكية لحصص مفروزة ومحددة، إلا أن هذا الحكم لا ينفذ لدى دائرة تسجيل الأراضي - إلا بالطريقة التي ذكرناها سابقا - حتى وإن كانت هذه الأراضي تقع ضمن مسطح - حدود - المدينة أو البلدة أو القرية، ولكن ينفذ قرار الإفراز لدى دائرة ضريبة الاملاك (المالية) على الأراضي التي تدخل المخطط الهيكلي للمدينة بعد التصديق عليها من البلدية، وإن القانون الذي يطبق على هذا النوع من الأراضي هو قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958، بمعنى أن البيع بموجب سند أي قد يكون اتفاقية بيع (حجة بيع) وقد يكون بموجب وكالة دورية غير قابلة للعزل وقد يكون بأية ورقة موقعه ما بين الأطراف وهو البائع والمشتري تفيد بوقوع البيع في تاريخ معين موصوفاً فيه المبيع، كما جاء في المادة (3) منه ترتب اثراً للملكية إذا مر على تصرف المشتري مدة عشرة سنوات في الأراضي الاميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة. وهذا ما ينطبق على القسمة فيما بين المتقاسمين إذا ما تمت بموجب اتفاقية قسمة ما بين الشركاء دون اعطائها صبغة قانونية⁽¹⁾ وهذا لا يعني أن القسمة الحاصلة في هذا النوع من الأراضي غير جائزة، ولكن يشترط فيها التصرف مدة عشر سنوات في الأراضي الميري، وخمسة عشرة سنة في الأراضي الملك ومن هنا نرى مدى قدم التشريع الذي يعالج العقار الفلسطيني، وخاصة لوجود عدة أنواع من الأراضي، ولا يوجد قانون موحد يطبق على جميع أنواع هذه الأراضي.⁽²⁾

المسألة الثالثة: صحيح أن قسمة الأراضي غير المشمولة بأعمال التسوية والداخلية ضمن حدود البلدية هي مسجلة لدى دائرة المالية (دائرة ضريبة الاملاك) فانه وبقسمتها وتسجيلها لدى دائرة ضريبة الاملاك لا ينطبق عليها التسجيل بالمعنى الصحيح لانعقاد العقد كما هو في الأراضي

(1) تمييز رقم 106، لسنة 1961، صفحة 265، جزء 2، سنة النشر 1963 "انه وإن كانت القسمة التي تقع خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة الا انها تأخذ حكم البيع العادي وتعتبر صحيحة وملزمة إذا تمت بموجب سند واقتربت بالتصرف مدة مرور الزمن عملاً بالمادة الثالثة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة. اقرار الشريك الخصم بالقسمة يقوم مقام السند على اعتبار أن الاقرار هو سيد البينات".

(2) انظر نقض مدني فلسطيني، 2004/211، قرار رقم 249 تاريخ 2005/3/9، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، طبعة أولى 2007، ص 537. والنقض رقم 2005/239، تاريخ 2006/11/1، مرجع سابق، ص 553

التي تمت تسويتها وذلك بسبب أن (القسم) الإفراز الرضائي يخضع إلى إجراءات إدارية من قبل البلدية كما هو الحال في الأراضي التي تم تسويتها وذلك للتأكد أن هذا الإفراز يطابق المخطط الهيكلي للمدينة، وأن سبب تسجيل هذه القسم - الإفراز - لدى دائرة المالية هو كون هذه الأراضي لم تتم تسويتها، وأن تحويلها من نوع ميري إلى ملك لا يترتب أثراً لإعطائها سند ملكية. (1)

المسألة الرابعة: كون القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم (2) فهذا يعني أن المتقاسم في الأراضي الأميرية أو الأراضي الملك يستطيع نقض القسم الرضائية إذا لم تمر المدة المحددة في القانون المعدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وهي عشرة سنوات في الأراضي الميري وخمسة عشر سنة في الأراضي الملك مما يعني أن القسم الرضائية تبقى مهددة من قبل الشركاء بنقضها حتى تنتهي المدد المذكورة.

المسألة الخامسة: إذا كان التسجيل لدى دائرة التسجيل (الشهر العقاري) يعتبر ركناً لانعقاد العقد فإن هذا الأمر ينطبق على الأراضي التي تمت التسوية فيها ولا ينطبق على الأراضي التي لم تتم تسويتها، ويعتبر هذا التسجيل لدى دائرة غير دائرة تسجيل الأراضي (الطابو) كدائرة ضريبة الاملاك - المالية - وسيلة اثبات فيما بين المتقاسمين انفسهم وفيما بين المتقاسمين والغير بان القسم قد حصلت حسب الشروط المذكورة -دون التسجيل لدى الطابو طبعاً - وأن هذا التسجيل لدى دائرة المالية يعتبر وسيلة لاثبات التصرف مدة مرور الزمن وكون القسم تعتبر من التصرفات فإن اثبات مدة مرور الزمن في القسم تشمل تصرف المتقاسمين (3). علماً أن البلدية أحياناً تأخذ صفة دائرة تسجيل الأراضي ولديها سجلاً بأملكها من العقارات والأراضي

(1) انظر المواد 28، 29، 30 من القانون رقم 79 لسنة 1966 قانون تنظيم المدن والقرى الأردني المنشور في العدد 1952 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1966/9/25، مرجع سابق.

(2) انظر الطعن رقم 120 لسنة 15 ق-جلسة 1949/10/10، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص 296، وينص على " القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم..... لان تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسم يقابل تعيين الثمن في عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع على ما يستفاد من نص المادة 265 من القانون المدني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالي الاستحقاق ". انظر عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، جامعة الدول العربية، ص 39

(3) المادة الثالثة من قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 -قانون رقم 35 لسنة 1960

وأن التصرفات القانونية المتعلقة بهذه الأراضي تسجل في البلدية ويكون لهذه الأرض رقما جديدا -تحمل رقم بلدية - غير الرقم الذي أخذته في دائرة ضريبة الأملاك ولكن بعد تسجيلها باسم المالك لدى البلدية يتم تسجيل هذه الأرض في المالية باسم نفس المالك بمعنى أن البلدية تأخذ صفة دائرة تسجيل الأراضي فيما يخص أملاكها التي استملكها أو اشترتها ولكن هذه الأراضي لم تتم تسويتها وتكون أيضا داخلية ضمن مخططها الهيكلي.

المسألة السادسة: أن الاحتلال الاسرائيلي وبموجب الاوامر العسكرية ومنها المذكورة سابقاً قد اوجد حكما جديدا وهي أن الشروط المذكورة في تلك الأوامر والواجب توافرها في القسمة لا تنطبق على الأراضي التي شملها الامر العسكري رقم 58 (بشان الأموال المتروكة) أو ما يسمى (باملاك الغائبين) وهي اموال النازحين المنقولة وغير المنقولة التي تركها اصحابها بسبب الاحتلال وينص الامر المذكور في تعريف العقارات بانها: "كل ارض من أي نوع كان وبأية صورة من صور التصرف وكل بناء شجرة أو أي شيء آخر متصل بالارض وكل جزء من بحر، من ساحل، أو من نهر وكل حق في منفعة في الارض أو في المياه أو من فوقها" (1). وعرف المال بموجب هذا الامر بانه: "يشمل العقارات والمنقولات، النقود، الأموال المنقولة، الحق في مال سواء، اكان متصرفا به أم متوقعا والشهرة وكل حق في جماعة من الاشخاص أو في ادارتها مما يعتبر ممتلكات خصوصية " وعرف المال المتروك في المادة 1/ (ز) منه بانه: "المال الذي يكون صاحبه القانوني أو المتصرف به حسب الاصول، قد غادر المنطقة قبل التاريخ المحدد في التاريخ المحدد أو بعد التاريخ المذكور وترك المال في المنطقة غير أن المال الذي يتصرف به غير صاحبه والمتصرف به معا متغييبين عن المنطقة ". وكذلك بين أن الممتلكات الخصوصية هو المال الذي لا يقع في ممتلكات الدولة (دولة الاحتلال) قبل التاريخ المحدد (أي قبل تاريخ الاحتلال) وان المسؤول عن هذا المال يعين من قبل قائد المنطقة (الحاكم العسكري للمنطقة الواقع فيها العقار) .

(1) الامر العسكري رقم 58 لسنة 5727 - 1967 15 تموز 5727 (23تموز 1967)، المادة 1/ (هـ) العدد (5) ص159. انظر أيضا الامر العسكري رقم 25 "امر بشأن الصفقات العقارية " لسنة 5727-1967، "18حزيران 1967)، العدد 1، ص53، المادة رقم 1. انظر بهذا المعنى بحث بعنوان "إسرائيل الدولة "الديمقراطية" تركز على القوانين العسكرية في محاولتها تطبيق قانون أملاك الغائبين في القدس الشرقية المحتلة"،

وجاء في تعريف الصفة العقارية " العملية الاقتصادية أو أي عملية غيرها تجري نقداً أو بأي طريقة أخرى بمقابل أو بدون مقابل وتشمل الاتفاق بشأن عقد صفقة " (1) والصفة العقارية حسب المفهوم الدارج في دوائر تسجيل الأراضي تشمل البيع والقسمة وإية معاملة قد تتعلق بنقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو فيما بين الشركاء (2) عند القسمة.

من خلال نصوص الامر رقم 58 السابقة نجد أن هذه الأراضي أصبحت من ضمن مسؤوليات الحاكم العسكري - الادارة المدنية - فهذه أصبحت هي المسؤولة عن التصرف بهذه الأراضي التي لا يوجد لها صاحب -حسب مفهوم الامر العسكري- أو متصرف بها كونها أصبحت اراض متروكة مهما كان نوع هذه الأراضي وتخضع لتصرف المسؤول -الحاكم العسكري- من ايجار أو بيع (3) . أن هذا النوع من الأراضي الذي استجد بموجب الامر السابق تخرج عن مفهوم الأراضي التي يجوز تقسيمها كونها لا تعتبر ملكاً لمن كان يتصرف بها، لأن الادارة (4) والمتصرف (5) أصبحت هي الدولة المحتلة، وان شرط التسجيل المذكور يعتبر ناقصاً كون القسيمة التي سيختص بها الغائب ستكون تحت تصرف وإدارة حارس املاك الغائبين -حسب مفهوم الامر العسكري الاسرائيلي- وقد بقيت كذلك حتى اصدار القرار من قبل الرئيس الراحل الشهيد (ياسر عرفات) لالغاء الاوامر العسكرية في الأراضي الفلسطينية -الأراضي التي تخضع لإدارة السلطة الوطنية الفلسطينية - بشأن الأموال المتروكة وأموال الغائبين، وبهذا الغي معنى الغائب في دوائر تسجيل الأراضي التي تقع ضمن اراضي السلطة الوطنية الفلسطينية، مع العلم أن أول قرار للرئيس الراحل ياسر عرفات كان بتاريخ 20 أيار 1994، ومفاده هو

(1) الامر رقم 25 "امر بشأن الصفقات العقارية" العدد 2 ص 51، وعرفها الامر العسكرية 102 "امر بشأن صلاحية التوقيع بصدد صفقات (منطقة الضفة الغربية) لسنة 1967-5727، 27 اب 1967، العدد 6، ص 231، بانها: "تشمل عقد شراء، بيع، حكر، تاجير، تشغيل، خدمات، نقل، واستبدال".

(2) الشريك: "يشمل كل صاحب حق في الاملاك سواء بصفة صاحب اسهم أم بصورة اخرى"، المادة الرابعة من الامر رقم 59، مرجع سابق، ص 164.

(3) المادة 1/9 من الامر العسكري رقم 58 بشأن الأموال المتروكة -الممتلكات الخصوصية

(4) المادة 1 من الامر العسكري رقم 59 امر بشأن املاك الحكومة (منطقة الضفة الغربية) لسنة 1927-5727، 23 تموز 1967 (31 تموز 1967)

(5) المادة 1 من الامر رقم 59 مرجع سابق، " المتصرف " يشمل من يسيطر بأي شكل من الاشكال بصورة مباشرة أو غير مباشرة على الملك الذي يسري عليه هذا الامر.

المادة 2 "يجوز للمسؤول أن يتقصد التصرف باملاك الحكومة وان يتخذ كل اجراء يراه لازماً لذلك".

استمرار العمل بالتشريعات والقوانين سارية المفعول التي كانت سارية المفعول قبل 1967/6/5 في الضفة الغربية وقطاع غزة، ومنذ صيف 1994⁽¹⁾.

ومنذ أن تولت السلطة الفلسطينية السلطة التنفيذية 1994/7/5، والمجلس التشريعي منذ 1996/3/7 سلطة إصدار التشريعات والقوانين التي تشمل كافة مناحي وجوانب الحياة العامة للمجتمع الفلسطيني وتنظيمها، وكان من نتائج إصدار القوانين المختصة في جميع شؤون المواطن الفلسطيني هو إلغاء الكثير من الأوامر العسكرية الإسرائيلية في الضفة وغزة.

وكانت تصدر هذه القوانين والتشريعات في الجريدة الرسمية الفلسطينية والتي سميت (الوقائع الفلسطينية) وقد كان تاريخ صدور أول عدد لها في 1994/11/20 ومن ضمنها القوانين الخاصة بالأراضي والعقار⁽²⁾.

(1) www.moj.gov.ps/tashreaat/law130.htm انظر قرار رقم 20 لسنة 1998 صدر في مدينة غزة

1998/5/20 . www.courts.gov.ps/atemplate.asp

(2) www.courts.gov.ps/atemplate.asp

الفصل الأول

القسمه الرضائية ماهيتها وحالاتها

الفصل الأول

القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها

جاءت بعض نصوص القانون الوضعي والفقه الإسلامي في تعريف القسمة الرضائية غير متطابقة إذ أن هنالك اختلافاً بينها، وعلى ذلك سيكون البحث في هذا الفصل في مبحثين في المبحث الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وفي الثاني حالات القسمة الرضائية.

المبحث الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المطلب الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي

من خلال دراسة نصوص القانون الوضعي المتعلقة بماهية عقد القسمة الرضائية ودراسة خصائص عقد البيع نجد أن لهأياً طبيعة خاصة نجد أن خصائص عقد البيع وعقد القسمة كلاهما تتشابه وتكاد أن تنطبق على بعضها البعض بحيث تكون من جهة بيعاً، وقد تنطبق عليها خصائص التحديد فتكون إفرازاً، وقد تنطبق عليها الخاصيتين فتكون بيع وإفراز معاً، والقسمة التي نحن بصدد دراستها هي القسمة الرضائية في العقار وليست القسمة القضائية، وادرس في الفرع الأول القسمة بمثابة عقد بيع، وفي الفرع الثاني القسمة بمعنى الإفراز على التوالي.

الفرع الأول: عقد القسمة بمثابة عقد بيع.

البيع في اللغة العربية هو مقابلة شيء بشيء، فمقابلة السلعة بالسلعة تسمى بيعاً لغة كمقابلتها للنقد ويقال لاحد المتقابلين مبيع وللآخر ثمن⁽¹⁾. وعرفت المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه: (مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد) وجاء في المادة 151 من المجلة أيضاً في تعريف المبيع "المبيع ما يباع وهو العين التي يتعين في البيع وهو المقصود الأصلي من البيع إنما يكون بالاعيان والاثمان وسيلة مبادلة" ومن المعروف أن المشرع الأردني

(1) انظر الحريري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، ط6، ص147، نقلاً عن قدامة خليل، أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص19.

قد تآثر بشكل كبير بالفقه الإسلامي وخاصة الفقه الحنفي وكذلك بما ورد في مجلة الأحكام العدلية حينما اعتبرت القسمة بمثابة البيع و/أو مبادلة وإفرازاً،⁽¹⁾ وجاء في شرح المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية: (وقوله في هذه الفقرة "مبادلة" وعدم قوله بيعاً هو لكي يشتمل قسمة المنافع)، حيث تعتبر قسمة المهايأة - وهي قسمة المنافع حسب نصوص المجلة هي من جهة إفراز ومن جهة مبادلة⁽²⁾ وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الاتجاه فاعتبر القسمة بيعاً، في بعض نصوصه وإفرازاً في نصوص أخرى. وعرفت المادة 552 مدني أردني المقايضة بأنها "مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود، وقد أجرى المشرع الأردني أحكام البيع على أحكام المقايضة"⁽³⁾.

ونصت المادة 485 من القانون المدني المصري على أن "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترى للشيء الذي قايض عليه" ويدل هذا النص على أن المشرع المصري اخضع أحكام

(1) انظر المادة (1116) من مجلة الأحكام العدلية، التي نصت: (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة). الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، سورية، 2002، ص19 البيع: "مبادلة مال بمال على وجه مخصوص بالتراضي، تملكا وتمليكا"، . والمادة 465 مدني ارني نصت على أن: "البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض". وحسب نص المادة 53 مدني اردني في تعريف المال: "هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل". انظر تمييز رقم 87/883/المنشور على الصفحة 955 من المجلة سنة 1990، نقلا عن حجاوي، بسام، المبادئ القانونية المتعلقة بالأموال غير المنقولة التي قررتها محكمة التمييز الاردنية خلال عشرين عاما 1979-1999، ط أولى، 2003.

(2) جاء في شرح المادة 1174 من المجلة (..) اما إذا كانت المهايأة عبارة عن قسمة المنافع فتكون من وجه مبادلة ومن وجه إفراز - كما هو الحال في قسمة الاعيان - .. ونصت المادة 1178 من المجلة على ما يلي: (المهايأة زمانا نوع من المبادلة فتكون منفعة احد اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصه الآخر في نوبته وعليه فالمهايأة زمانا في حكم الاجار قبناء على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة زمانا ككذا يوما أو كذا شهرا) .

(3) انظر: هزيم، ربحي محمد احمد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007، ص7.

المقايضة لاحكام البيع⁽¹⁾ . وانه من المعلوم أن معاملات البيع في دوائر تسجيل الاراضي تاخذ نفس الأحكام التي تاخذها معاملة المبادلة⁽²⁾ .

اما المادة (1049) من القانون المدني الأردني فنجد أنها تنصت على ما يلي: (يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة الفضولي كما يجري في تقسيم الاجناس المختلفة وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب. اما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط) . وحيث أن المشرع الأردني قد اعطى للمتقاسم الخيارات التي اجريت على عقد البيع فانه يفهم من ذلك أنه اعتبر عقد القسمة الرضائية بمثابة عقد البيع حيث أجرى على عقد القسمة خيار الغبن والاستحقاق والشرط والرؤية والعيب⁽³⁾، وهي ذات الخيارات التي نص عليها المشرع بانها تجري على عقد البيع أيضا.

(1) انظر كامل، رمضان جمال، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية بالمانيا، الطبعة الثالثة، 1998، ص176. تنص المادة 556 من القانون المدني الأردني على " تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها ". انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص23-26. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 106 مرجع سابق

(2) عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، القانون العثماني، أحكام الاراضي، القانون الاردني، معاملات الاراضي، معاملات الأراضي ص 1 و16. انظر المادة (3) فقرة ج من نظام تسجيل الأراضي لسنة 1953: "على أن الطريقة المتبعة في المبادلة هي نفسها المتبعة في البيوع ". انظر الغرايبة، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، طباعة مديرية الحاسوب الالي، 1991/1/1، ص 16.

(3) وهي الخيارات التي نصت عليها المواد 1153 و1154 من مجلة الحكام العدلية. انظر ابو البصل، عبد الناصر موسى، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999، ص248-265. انظر السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني ج4، مجلد اول، البيع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960 ص117.

- المقصود بهذه الخيارات:

أ - خيار العيب: هو حق العاقد في أن يفسخ العقد أو يفضيه إذا وجد عيبا في المعقود عليه توافرت فيه شروط معينة.

ب - خيار الرؤية: هو حق المتعاقد المتصرف له الذي لم ير المعقود عليه في أن يراه خلال المدة المتفق عليها فيجيز العقد أو يفسخه.

ت - خيار الشرط: هو الخيار الذي يشترطه احد المتعاقدين أو كلاهما ويكون لمن له الخيار الحق في نقض العقد خلال المدة المعينة، فان لم ينقضه رسخ.

انظر المواد من 177 الى 198 من القانون المدني الاردني. انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 26-28.

- السرحان، عدنان ابراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني - مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) - دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى، 2000، ص: 228-240 .

ولتحديد ما إذا كانت القسمة بيعاً أو إفرازاً يقتضي ثبوت أحدهما وانتفاء الآخر. فإذا ثبت أن القسمة بيع وانتهى الإفراز كانت بيعاً والعكس صحيح. إلا أن هذا لا ينفي بالضرورة أن تكون القسمة بيعاً وإفرازاً معاً. وتنص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه حيث جاء فيه: (في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل). بمعنى أن المشرع الأردني اعتبر البيع بمثابة المبادلة والقسمة وباعتبارها من التصرفات الناقلة للملكية، وإن وضع هذه العقود بمادة واحدة يدل على أن ما ينطبق على أحدهما من أحكام ينطبق على الآخر من أحكام⁽¹⁾. والامر العسكري⁽²⁾ نص على التصرفات التي تقع على العقار أمام دائرة التسجيل والرسوم التي تستوفى على كل معاملة ومنها البيع والتفويض والمبادلة والهبة والانتقال بالارث والتخارج والوصية والإفراز بين الشركاء، ويتبين أن من بين هذه التصرفات هي البيع والمبادلة والإفراز.

وحتى نستطيع بيان موقف المشرع الفلسطيني والأردني والمصري من مسألة تكييف عقد القسمة بأنها إفراز أو بيع أو بيع وإفراز معاً، فإن ذلك يقتضي تطبيق بعض من خصائص وأوصاف عقد البيع على عقد القسمة والأحكام التي تنظم هذا العقد من ناحية عملية، فإذا ما انطبقت عليه هذه الأحكام والخصائص فإن أحد خاصيات عقد القسمة تعتبر بمثابة عقد البيع والا لا تكون كذلك. ذلك أن دراسة طبيعة أي نظام قانوني تنحصر في بيان خصائصه التي تسمح بتحديد موضعه من طوائف النظم القانونية المعروفة، وخاصة تلك التي يشترك معها في الخصائص والقواعد العامة.

وبهذا الصدد فإن معرفة الخصائص المميزة لنظام قانوني معين يمكن استخلاصها من الأحكام العملية المنظمة له وخصائص عقد البيع يمكن استخلاصها من التعريف الذي جاء به

- انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، أحكام القسمة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، مرجع سابق ص 62-63

(1) تنص المادة (21) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "تعنى معاملة التسجيل كل معاملة انتقال بالإرث أو معاملة تصرف بالبيع أو الهبة أو الرهن أو المبادلة أو الإفراز أو إنشاء الوقف أو الإيجار لمدة تتجاوز ثلاث سنوات أي تصرف أخر في الأموال غير المنقولة وأية معاملة يقتضي تسجيلها بقوة القانون أو بأمر المحكمة.

(2) الاوامر الخاصة برسوم تسجيل الأراضي والامر رقم 858 امر بشأن تعديل قانون رسوم تسجيل الأراضي (تعديل رقم (9)، العدد 48 سنة 1982، ص705.

المشرع في المادة 418 من القانون المدني المصري والمادة 386 مدني سوري على ما يلي "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وجاء في قرار محكمة النقض المصرية أن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم⁽¹⁾ وجاء في المادة 555 من التقنين المختلط المصري والتي تنص على أن: (القسمة منشئة كالبيع)⁽²⁾ أي بمعنى أن خصائص عقد البيع والتي يمتاز بها قد تنطبق على الخصائص والقواعد التي تحكم عقد القسمة ويمكن استخلاص خصائص أخرى مميزة لعقد البيع من المادة (465) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أن البيع: (مليك مال أو حق مالي لقاء عوض وهي: "عقد رضائي، عقد معاوضة، عقد ناقل للملكية، عقد محدد القيمة، عقد ملزم للجانبين، عقد شكلي".⁽³⁾ وبهذا التعريف يظهر أهم اثر من اثار البيع و هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل التزام المشتري بدفع عوض للبائع. للتأكيد على ما ذكرت سابقا وبتمحيص المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني وتعديلاته فان المادة قد ساوت من حيث أحكام التصرفات في (البيع والمبادلة والافراز والمقاسمة) مما يفيد على أن هذه المعاملات تأخذ حكما واحدا وهو معنى البيع. ومن البعض⁽⁴⁾ يعرف البيع بأنه "عقد ينقل من البائع إلى المشتري حقا ماليا غير ملكية مبلغ من النقود مقابل ثمن نقدي". ومنهم من يقول: "إن

(1) قدامة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دراسة مقارنة، طبعة ثالثة، 1421-2000هـ، ص 24. الحلالشة، عبد الرحمن، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، ط1، 1998، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الاردن، ص: 49-70. حيد، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة 261. انظر الطعن رقم 120 لسنة 15ق-جلسة 10/10/1949، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص 295، وينص على "القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب احيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أي طريق آخر لا يسوغ له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع على ما يستفاد من نص المادة 265 من القانون المدني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالي الاستحقاق". انظر عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، جامعة الدول العربية، ص39.

(2) القانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء السادس، الحقوق العينية، من المادة 802-1029، مطبعة دار الكتب العربي، ص128.

(3) الحكيم جاك، يوسف، العقود الشائعة عقد البيع، مرجع سابق، ص22. انظر: هزيم، ربحي: مرجع سابق، ص11.

(4) الحكيم، جاك يوسف، العقود الشائعة والمسامة، عقد البيع، 1988، ص19.

البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما⁽¹⁾.

وورد في المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية أن حكم البيع المنعقد الملكية، يع ني صيرورة المشتري مالكا للمبيع، البائع مالكا للثمن" وورد في المادة 74 من مرشد الحيران بأنه: "ينتقل ملك العين المباعة للمشتري بمجرد حصول عقد الملووضة ووقوعه صحيحاً باتاً ن افذاً لازماً سواء كان عقاراً أم منقولاً"⁽²⁾.

ولمعرفة مدى انطباق هذه الخصائص⁽³⁾ على القسمة وملاتمتها لها، سابحت بشكل مختصر كل خاصية أتناول البحث بها وفق التقسيم الآتي:

أولاً: القسمة عقد معاوضة

لقد عرفت المادة (418) من القانون المدني المصري عقد البيع بأنه: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ". جاءت المادة لتبين أن الثمن هو النقد. ونجد في كتاب الحاوي للماوردي ضمن (كتاب الزكاة) أن (المبادلة) بانها مباحة الشيء بمثله وعرف (المنافلة) بانها مباحة الارض بارض مثله.⁽⁴⁾

ابتداءً أن الخاصية الأولى التي يمتاز بها عقد البيع أنه يعد من عقود المعاوضة، وفي عقد المعاوضة تسري القاعدة العامة وهي أن مجرد التراضي يكفي لانعقاد العقد⁽⁵⁾ وفي هذا

(1) الكاساني، بدائع الصنائع 2985/6، نقلا عن القره داغي، علي محيي الدين علي، مبدا الرضائية في العقود، مرجع سابق

(2) الدحود، سالم حماد: رسالة دكتوراة، مرجع سابق، ص31.

(3) انظر بحث بعنوان الشكلية في عقد البيع، www.majalisna.com أن من خصائص عقد البيع " — أنه 1- عقد رضائي 2 — أنه عقد معاوضة 3- أنه عقد محدد القيمة 4- أنه عقد ملزم للجانبين 5- أنه عقد ناقل للملكية 5- أنه عقد فوري التنفيذ.

(4) المصري، رفيق يونس، ندوة بعنوان، ندوة حوار الاربعاء، مركزابحث الاقتصاد الاسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، كلية الاقتصاد والادارة، www.islsmicinter.kau.edu.as/Arabic/hewar_arbeaala. الدحود، سالم، رسالة دكتوراة ،ص31، مرجع سابق .

(5) سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ص 48 مرجع سابق . هزيم، ربحي: رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص14.

العقد يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما دفعه فغالبا ما يتم في عقد البيع أن يقدم البائع المبيع ويحصل على مقابل له وهو الثمن، والمشتري يحصل مقابل ما دفعه للبائع وهو الشيء أو الحق المبيع. فيكون كل من الطرفين في عقد البيع قد أخذ مقابل ما أعطى. وعند مقارنة هذه الخاصية لعقد البيع على عقد القسمة سننظر هل تنطبق عليها هذه الخصائص أم لا وعلى أثر ذلك نحدد إذا كانت تعتبر القسمة من عقود المعاوضة أم لا. (1)

بالنظر إلى ما يعطي الشريك المتقاسم الأول إلى الشريك الآخر لقاء ما اعطاه الشريك المتقاسم الاخير والعكس صحيح، فانه والحالة هذه فان الذي يحصل عند قسمة العقار المشاع، هو إفراز حق كل شريك على حدة، ولا يكون هذا الإفراز إلا بمبادلة الانصبة الشائعة بين الشركاء في العقار المشترك، ذلك أن كل شريك في العقار الشائع يكون مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة معينة (2).

وباجراء القسمة ومن خلال هذا الإفراز فان عملية المبادلة تتم بين الاجزاء الشائعة التي يملكها الشركاء جميعا، بحيث ينزل كل متقاسم لغيره عما كان له في الاجزاء التي وقعت في أنصبتهم، في مقابل أن يتنازل له كل منهم عما كان لهم فيما وقع في نصيبه. ونص القضاء المصري على ما يلي: (3) "عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان احد اطرافها قاصرا فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال باجازه التصرف بعد بلوغه

(1) قداد، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دراسة مقارنة، طبعة ثانية منحة، 2000، ص24. انظر السنهاوري، الوسيط، الجزء الأول، طبعة ثانية، 1964، ص174. انظر المادة 261 من المجلة وتنص على (يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله أي العاقل المميز واضافته إلى محل قابل لحكمه) انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، اثر قسمة العقار في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، جامعة ال البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، رسالة ماجستير، 2002-2003، ص17

(2) انظر الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، ص37. انظر المادة (1030) من القانون المدني الأردني ومذكراته الايضاحية، ج2، ص:651، لنقول: (.. ويتضح من عبارة المادة أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات..). قداد، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص20.

(3) الطعن رقم 449 لسنة 26ق - جلسة 1962/5/3 ص13، عبد التواب، معوض. التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، ص300.

سن الرشد " ولمعرفة ماهية المبيع، فانه ومن تعريف البيع، نجد أن محل التزام البائع في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصري والمجلة العدلية وللتشريع المدني الأردني يمكن أن يكون مالا أو حقا ماليا⁽¹⁾.

اما المادة (53) من القانون المدني الأردني فقد عرفت المال بانه (كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل)، وان المشرع المصري بقوله في المادة 418 (..ان ينقل للمشتري شيئاً أو حقا ماليا اخر..) فان هذا العقار يدخل تحت مفهوم هذا الشيء، وعلى ذلك فان العقار المشترك بين الشركاء الذي يكونون ملاكا له على الشيوع هو من قبيل المال الذي يصلح أن يكون محلا لالتزام البائع في عقد البيع. مع العلم أن التقنين المدني المصري القديم جاء في تعريف البيع بانه: (البيع عقد يلتزم به احد المتعاقدين نقل ملكية شيء للأخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما)، ومن هنا نرى أن الفرق ما بين التقنين القديم والقانون المدني الجديد هو أن القانون المدني الجديد قد بين أن المقابل في عقد البيع هو الثمن (النقدي) بعد أن كان المقابل (ثمنا) دون تحديد لهذا الثمن فيما إذا كان الثمن نقدياً أم لا⁽²⁾ مما يؤكد على أن النص القديم كان يحمل مفهوم المبادلة، وعليه فان العقار المملوك بين الشركاء على الشيوع، والذي تضمن قسمته بين الشركاء حصول مبادلة بين الانصببة الشائعة لهم بحيث يكون كل منهم بائعاً لما كان له من نصيب شائع وقع فيما اختص به غيره بعوض هو ما كان لغيره فيما وقع في نصيبه. وان هذا العقار الشائع الذي أصبح بهذه المبادلة محلاً لعقد بيع، تنطبق عليه الشروط التي تطلب المشرع توافرها في محل الالتزام بصورة عامة⁽³⁾. وفي محل عقد البيع بصورة خاصة،

(1) انظر لمادة 64 من المشروع الفلسطيني " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ". انظر المادة (54) من القانون المدني الأردني في تعريفها للحق المالي بانه: (الحق الذي يصح أن يكون محله كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون)

(2) انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، جزء 4، مجلد 1، البيع، مرجع سابق، ص 20.

(3) انظر الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، ص 38. السرحان، عدنان ابراهيم و خاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص: 165-182. انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 17.

وان عقد القسمة معلوم المحل وله شروطه والتي يمكن أن تنطبق على محل عقد القسمة، وهي وجوب أن يكون المبيع:

أ: مالا متقوما⁽¹⁾. وجاء في شرح المادة 261 من المجلة العدلية أن يكون البدلان مالا متقوما ب: ممكنا⁽²⁾.

ج: موجودا ورتب المشرع المصري والاردني والفلسطيني والمجلة البطلان في حالة عدم تحقق هذا الشرط في المبيع⁽³⁾.

د: قابلا لحكم العقد⁽⁴⁾

(1) المادة 130 من المشروع الفلسطيني وتطابقها المادة 133 مدني مصري على: "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا 2- يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره". ونصت المادة (158) مدني اردني على أن: "1- في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالا متقوما. 2- يصبح أن يكون عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملا أو امتناع عن عمل". وكذلك المادة (199) من مجلة الأحكام العدلية. انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، طبعة أولى، 2002، ص 20-23. قداة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، ص 193 وما بعدها، مرجع سابق. انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت صص 20-22. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 106 مرجع سابق.

(2) نصت المادة من المشروع المدني الفلسطيني على: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا ونصت المادة (159) مدني اردني: (إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا). مطابقة للمادة 132 مدني مصري، انظر المادة 198 و 209 من المجلة العدلية. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 96-100 مرجع سابق.

(3) نصت المادة 197 من المجلة على ما يأتي: "يلزم أن يكون المبيع موجودا" ونصت المادة 134 من المشروع المدني الفلسطيني وتطابقها المادة 131 مدني مصري على: "1- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا مؤكدا الوجود". ونصت المادة (1/160) من القانون المدني الاردني: (يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر). وشرط الوجود يختلف عن شرط الامكان، وذلك أن الشيء قد يكون موجودا إلا أنه لا يمكن التعامل به، بل ويستحيل التصرف فيه وبيعه (كالاملاك العامة مثلا أو مخالفته للاداب العامة)، انظر في هذا، عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص: 168-171. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 96-100 مرجع سابق. انظر سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ص 125، مرجع سابق.

(4) انظر المادة (163) من القانون المدني الاردني: (يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد)، والمقصود بحكم العقد هو الآثار التي تترتب على العقد. انظر الطعن السابق رقم 449 لسنة 26 ق - جلسة 1962/5/3 ص 13، 596، عبد التواب، معوض. التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، ص 300.

- الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص: 154-157.

هـ: معلوما⁽¹⁾.

ومن هنا نرى أن الشروط التي يتطلبها المشرع توافرها في محل الالتزام وخاصة في محل عقد البيع تنطبق على العقار الشائع المملوك بين الشركاء والذي يصبح بعملية المبادلة بين الانصببة الشائعة محلا لعقد البيع بمعنى أن عقد القسمة من العقود التبادلية.⁽²⁾

ثانياً: القسمة عقد محدد القيمة.

يكون عقد البيع محدد القيمة وذلك بتحديد الالتزامات التي تقع على عاتق كل من المتعاقدين عند تمام العقد بحيث يستطيع كل من المتبايعين أن يحدد مقدار ما سيبدله من ثمن ومقدار ما سيأخذه من مقابل، بمعنى أن هناك حقوق متقابلة لكل متقاسم إذا ما نظرنا كل على حدة.⁽³⁾

وسواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع. وعند تطبيق هذه الخاصية على قسمة العقار الشائع فإن كلاً من المتقاسمين يستطيع أن يحدد الالتزامات التي تقع على متقاسم وذلك بتحديد مقدار وقيمة ما سيأخذه ومقدار وقيمة ما سيعطيه، حيث أن قسمة العقار هي عملية مبادلة بين حصص الشركاء، بحيث يعد كل منهم بائعاً لما كان له ووقع في نصيب غيره لقاء عوض وهذا العوض هو ما كان لغيره فيما وقع في نصيبه، أي يعتبر كل من المتقاسمين عند قسمة العقار الشائع بائعاً ومشترى في الوقت ذاته، وبذلك فإن القسمة والحالة هذه يصح وصفها بأنها عقد محدد القيمة لتشارك مع عقد البيع في هذه الخاصية من كونه عقداً محدد القيمة أيضاً.⁽⁴⁾

(1) تنص المادة (466) من القانون المدني الأردني على أن: "يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري، علماً نافياً للجهالة الفاحش" 2- ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا ما كان حاضراً تكفي الإشارة إليه". انظر للمادة 201 من المجلة العدلية. انظر المادة 419 من القانون المدني المصري.

(2) انظر الطعن السابق رقم 449 لسنة 26 ق-جلسة 1962/5/3 ص 13، عبد التواب، معوض. التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، ص 300.

(3) السنهاوري، الوسيط، جزء 1، ط 2، 1964، ص 176. الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص: 21.

(4) انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 29

ثالثاً: القسمة عقد ملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ على عاتق عاقيه عند إبرامه التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري بحيث لا يمكن لاحدهما أن يتحل منها بتصرفه بشكل منفرد. والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الاخر⁽¹⁾.

وكما هو معروف فإن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، إذ أنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري، بحيث يصبح كل منهما دائناً في ناحية ومديناً في ناحية اخرى⁽²⁾ فالبايع مدين بنقل ملكية المبيع وتسليمه مع ضمان العيوب الخفية التي في المبيع وضمن التعرض والاستحقاق الذي يقع ضد المشتري، ودائن بالثمن. والمشتري مدين بدفع الثمن ودفع نفقات العقد. ودائن بتسلم المبيع. وهذه الخاصية التي يمتاز بها عقد البيع والتي يتميز بها عن بعض العقود الاخرى التي تنشئ التزامات في ذمة احد المتعاقدين دون الاخر، بحيث يكون احدهما مديناً غير دائن، والاخر دائناً غير مدين⁽³⁾. وهذه الخاصية تمتاز بها قسمة العقار الشائع بين الشركاء أيضاً، وبيان ذلك أن قسمة العقار الشائع بين الشركاء في الملك المشترك بما تتضمنه من عملية مبادلة بين انصبة الشركاء، تستتبع بالضرورة أن يكون كل واحد من الشركاء دائناً ومديناً في ذات الوقت. فكل شريك في العقار الشائع يكون مديناً بتقديم ما يملكه فيما وقع في نصيب غيره إلى هذا الغير من الشركاء، ودائناً بتسلم أو بتلقي ما يملكه غيره من الشركاء فيما

(1) قدامة، خليل لحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ص24، مرجع سابق. انظر السنهاوي، ج1، مرجع سابق ص170. انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص25. السرحان، عدنان وخاطر، نوري، شرح القانون المدني الأردني - مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص:36. معنى لزوم القسمة: "أي اعتبارها ملزمة لكل واحد من الشركاء المقتسمين بحيث لا يستطيع أي منهم الرجوع عنها إلا بالاقالة أو التراضي". انظر، سوار محمد وحيد الدين،، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام 1-، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976، ص43 و141، مرجع سابق. هزيم، ربحي: رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص15.

- انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص66

(2) سلطان، انور، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1976، ص:25. انظر الدحوح، سالم حماد، رسالة ماجستير، ص31، مرجع سابق

(3) ومثال هذا النوع من العقود: عقد الهبة وعقد الوديعة وعقد العارية وعقد الكفالة. انظر عبد المنعم فرج الصدة . محاضرات في القانون المدني، مرجع سابق، ص34.

وقع في نصيبه. وتأسيسا على ذلك، فإن القسمة تشترك مع عقد البيع فيما يمتاز به من كونه عقدا ملزما للجانبين، وبتطابق خصائص عقد البيع على عقد القسمة فإنه يرتب كافة آثاره الشخصية بين المتعاقدين والتي من ضمنها لجوء المتقاسم إلى القضاء في حالة نكوث شريكه المتقاسم عن تنفيذ ما التزم به (1).

رابعاً: القسمة عقد ناقل للملكية

إضافة إلى أن للقسمة أثر كاشف كما سنرى لاحقا من هذه الرسالة عند دراسة الآثار، فإن الآلية التي تتم بها القسمة هي عبارة عن عملية مبادلة بين انصبة الشركاء الشائعة، بحيث ينقل كل متقاسم لغيره من المتقاسمين الآخرين ملكية ما كان له فيما وقع في نصيب غيره، في مقابل أن ينقل له غيره من الشركاء ملكية ما كان لكل واحد منهم فيما وقع في نصيبه، فإن عملية المبادلة هذه تجعل من القسمة عقدا ناقلا للملكية بشرط التسجيل. ذلك أن هذه المبادلة بين انصبة الشركاء الشائعة ليست إلا إحدى صور عقد البيع - وهي من أهم ما يمتاز به بانه من العقود الناقلة للملكية - حيث يكون فيها كل شريك بائعا ومشتريا في أن واحد، وتنص المادة 485 من القانون المدني الأردني على ما يأتي: "1- تنتقل ملكية المبيع بمجرد قيام البيع إلى المشتري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك". ويضيف البعض أن عقد البيع ناقل للملكية بطبيعته دون حاجة إلى اتخاذ إجراء ما كالتسجيل (الاشهار العقاري) ويتفق في هذه الخاصة الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي بالنسبة للمنقولات والعقارات على السواء وإنما يتميز القانون المدني الفرنسي في أن الأثر الناقل لعقد البيع ينحصر في العقارات بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فلا يجوز الاحتجاج بنقل الملكية إلا من وقت اتخاذ إجراءات التسجيل (2).. ويزترتب على ذلك أن الملكية الشائعة والذي اختص كل متقاسم بجزء منها تنتقل لكل شريك بحصته التي آلت

(1) انظر قدامة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة مرجع سابق، ص 27. انظر الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص 542. انظر عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء 4، الطعن رقم 98 لسنة 22 ق- جلسة 1955/3/17، مرجع سابق، صفحة 298، "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وقع ولا يجوز لاحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء". المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 30، مرجع سابق.

(2) انظر قدامة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة مرجع سابق، ص 28.

لكل شريك من حصصهم المشاعية والذي كان لكل منهم حق ملكية شائعة على كل ذرة في ذلك الجزء. مما يجعل من القسمة بما تتضمنه من عملية مبادلة بين الانصببة الشائعة عقدا ناقلا للملكية⁽¹⁾.

خامساً: القسمة عقد شكلي

الاصل في العقود بصورة عامة الرضائية، فبمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ينعقد العقد ما لم يقرر القانون أو الاتفاق شروطا أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض⁽²⁾.

وعقد البيع من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالايجاب حتى ينشأ العقد، ولا يستلزم القانون وفقه الشريعة الاسلامية لقيامه شرطا اخر، إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان

(1) نقض جلسة 1960/4/21، س11، ص324، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ج4، ص305: "أوجب المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 1923 تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني أخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بالعقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدني "قديم" التي تحكم النزاع وكان يبين من الوقائع التي اثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصاصه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية، إذ الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد اخطا في القانون بما يستوجب نقضه". هزيم، ربحي:رسالة ماجستير مرجع سابق، ص16-17.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، جزء1، ص163. نصت المادة 74 من المشروع المدني الفلسطيني على: "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك اوضاعا معينة لانعقاده" وكذلك المادة 90 من المشروع المدني الفلسطيني. انظر ا الصدة، عبد المنعم فرج، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، التراضي، جامعة الدول العربية. انظر: الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص267. يستفاد هذا من نص المادة (90) من القانون المدني الأردني الذي يقرر: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد). كما يستفاد أيضا من نص المادة (1/199) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: (يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبذله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء أخر - ما لم ينص القانون على غير ذلك). انظر المادة 123 من القانون المدني المصري. انظر الطعن رقم 194 لسنة 30 ق - جلسة 1966/2/24 س17 ص 412، عبد التواب، معوض، جزء 4، مرجع سابق، ص 301 "القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تخضع للقواعد العامة فلا يجوز اثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات".

بالتعبير عن ارادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمناً حتى يقوم العقد⁽¹⁾. مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في بعض البيوع ينبغي إضافة شرط شكلي، كذلك فإن مبدأ رضائية عقد البيع ليس مطلقاً في القانون المدني المصري والأردني والمشروع المدني الفلسطيني، بل يدخل عليه استثناءات قانونية يهمنها منها في هذا الصدد الاستثناءات الواردة على الرضائية في نقل الملكية العقارية، فالبيع العقاري الواردة على العقارات التي تمت فيها التسوية، تعد عقوداً شكلية لا تتعقد إلا بتسجيلها في السجل الخاص بدائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها. والشكلية المطلوبة في هذه الحالات وهي التسجيل تعد ركن انعقاد وليست وسيلة إثبات بحيث إذا لم تراعى هذه الشكلية كان العقد باطلاً وليست له أي قيمة قانونية⁽²⁾.

ولكن كما ذكرنا أن التسجيل لدى دائرة المالية (ضريبة الأملاك) تعد قرينة على الملكية في الأموال غير المنقولة بحيث تعتبر سجلات دائرة المالية (إخراجات القيد) المسجل فيها اسم الشريك المتقاسم والذي اختص بقسيمة أرض _ حصة مفرزة _ قرينة على الملكية إذا ثبت أنه قد تصرف بها مدة مرور الزمن⁽³⁾، والمقصود أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، وهو ما لا ينطبق على سندات تسجيل الأراضي التي تمت فيها أعمال التسوية حيث يعفى حامل السند من إثبات ما فيه. بمعنى إذا تمت القسمة أو البيع في عقار وتصرف المشتري أو المتقاسم في الحصة التي آلت إليه فإن هذا التصرف لا يربط أثراً إذا لم يتم تسجيل البيع أو القسمة لدى دائرة التسجيل. وبهذا فإنه قد ينطبق عقد القسمة مع بعض عقود البيع التي تتطلب ركناً شكلياً لانعقادها ويظهر هذا الأمر بوضوح من نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه حيث جاء فيه: (في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في

(1) الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، مرجع سابق، ص: 19. وكذلك: سلطان، أنور، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1976، ص: 25. وكذلك عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، التراضي، ص: 29، مرجع سابق. انظر الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص: 77.

(2) الدحود، سالم حماد: مرجع سابق، ص: 412.

(3) نقد مدني 2003/31، قرار رقم 7، تاريخ 2003/12/10، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية ج 1، ص: 502، مرجع سابق، ".

الأرض أو الماء صحيحاً إلا إن كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل () . وهو ما اكدته أيضاً قرارات محكمة التمييز الأردنية وقرارات محكمة النقض المصرية والفلسطينية⁽¹⁾ .

وان كان الفقهاء المصريون يفرقون ما إذا كانت هذه القسمة حجة ما بين المتقاسمين انفسهم أو ما بين المتقاسمين والغير⁽²⁾ .

الفرع الثاني: القسمة الرضائية بمعنى الإفراز

بعد دراسة مدى انطباق خصائص عقد البيع على عقد القسمة من حيث تحقق الخاصية الأولى لعقد القسمة وهي وجود المبادلة -البيع فيما بين الشركاء في حصص كل واحد منهم تجاه الآخر فأنني اتطرق إلى معنى الإفراز.

الإفراز هو تمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها بشكل منفصل بحيث تعين كل حصة مستقلة عن الحصة الأخرى، ويكون ذلك باخراج حصة من كل العقار الشائع أو عدة عقارات بشكل يستطيع صاحب كل حصة أن ينفرد في التصرف فيها دون باقي المالكين -الشركاء سابقاً⁽³⁾ . وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أن القسمة ما هي إلا إفراز وتمييز الحصص واستناداً إلى الغرض من قسمة أي مال شائع في انهاء حالة الشبوع، وافراز وتمييز انصبه

(1) انظر القرارات السابقة في صفحة (11) من الرسالة. انظر الزعبي، محمد يوسف، قيود سجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، جامعة مؤتة، ص 1419-1425. " لا تسمع دعوى التجاوز المدنية بين الشركاء على الشبوع ولو تقاسموا ما لم تسجل قسمتهم الرضائية في السجل العقاري"، هيئة عامة رقم 476 / 341 لعام 1998. انظر نقض مدني فلسطيني، 2004/186، قرار رقم 204 تاريخ 2005/1/29، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، طبعة أولى 2007.

(2) انظر الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثار تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص 542. انظر غانم، اسماعيل، الحقوق العينية الاصلية (الاموال)، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة في العام الدراسي 1953-1954، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ص 95. انظر النقض رقم 203 لسنة 61 ق جلسة 1993/11/24، عبد التواب، معوض، ج 4، مرجع سابق ص 320. " القسمة غير المسجلة اثارها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة ". انظر كامل، رمضان جمال، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الافني لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، الطبعة الثالثة، 1998، ص 205-206، مرجع سابق.

(3) جاء القرار التمييزي رقم 99/494، صفحة 2398 من المجلة، سنة 2000، نقلا عن حجاوي، بسام، المبادئ القانونية، ص 39، مرجع سابق، ليبين أن القسمة مبينة للحقوق وكاشفة لها.

الشركاء المشتاعين بعضها عن بعض، فقد ذهب بعض الفقهاء⁽¹⁾ إلى القول أنه يترتب على القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، بعد أن كان له اثناء الشيوخ حصة شائعة في كل المال الشائع. وبهذا الصدد ورد نص المادة (1038) من القانون المدني الأردني كما يلي: (القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي). وهذه تفيد بأن القسمة افراز، وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 1114 من المجلة العدلية⁽²⁾. ويرى هؤلاء الفقهاء بناء على ذلك أن القسمة إذا ما وقعت لا تفعل أكثر من تركيز حق كل شريك في جزء مفرز من هذا المال يخلص له دون غيره من الشركاء. فيكون بذلك الأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز⁽³⁾، وتكون القسمة على هذا النحو عندهم كاشفة لحق الشريك أو مقررة له.

ومع ذلك - وحسب رأيي الخاص وخلافا لرأي هذا الفريق من الفقهاء مع التقدير - أن ما يترتب على قسمة العقار الشائع من تمييز لحق كل شريك وتعيينه بافرازه. ما هو إلا نتيجة لازمة لعملية مبادلة الانصبه الشائعة بين الشركاء، إذ يتحقق ذلك بمجرد ما تحدثه من نقل الانصبه الشائعة. وكون الإفراز في قسمة العقار الشائع نتيجة لازمة لمبادلة الانصبه الشائعة بين الشركاء فذلك يعود إلى طبيعة حق الشريك في الشيوخ، الذي يكون مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة معينة، بحيث لا يمكن إفراز نصيب كل شريك على حدة إلا من خلال عملية المبادلة التي تجري بين انصبه الشركاء والتي ينزل فيها كل شريك لغيره عن كل ما له في بعض الأموال في مقابل أن ينزل له غيره عن كل ما لهم في البعض الآخر، وبتحديد الحقوق التي تقع فيها المبادلة على هذا النحو يترتب الإفراز على المبادلة بالضرورة. وهذا يعني أيضا أنه بالافراز قد حدد المشاع المعنوي المملوك للشريك الواحد في كل المال الشائع الذي كان مملوكا

(1) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ ابي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى، 1417-1996، ص 251..
(2) انظر المادة (1114) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، التي نصت: (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع). المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 32، مرجع سابق

(3) الإفراز: هو تمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها

للجميع مشاعاً في جزء مفرز مادياً، وإيضاً فإن الملكية موجودة للشريك في المال الشائع بحصة مادية، إلا أن هذه الملكية تأخذ شكل أخرفي ملكية حصة مفرزة بمعنى أن الملكية الجديدة المفرزة - إن صح التعبير - تختلف عن الملكية القديمة الشائعة - وهذا لا يعني أن المالك على الشيوع لا يستطيع التصرف في ملكه من استعمال واستغلال... - والدليل على ذلك هو أن في السابق كان تصرفه على المشاع دون تحديد للحصة أما بعد الإفراز فإن تصرفه يكون على حصته المفرزة فقط وبذلك تحقق وجود ملكية جديدة بالمبادلة (البيع) وإفراز من بعد شيوع.

المطلب الثاني: ماهية عقد القسمة الرضائية في الفقه.

لكي نستطيع الوقوف على ماهية القسمة بشكل واسع يجب معرفة التعريف الذي جاء به الفقه في مجلة الأحكام العدلية بشكل رئيس كون نصوصها مستقاة من المذهب الحنفي وناخذ بعض ما جاء على لسان فقهاء الشريعة على سبيل الاستئناس.

المقصود بماهية القسمة في الفقه هو التكليف الفقهي للقسمة فهل تعتبر بمثابة البيع أم أنها إفراز أم تعتبر بيعاً وإفرازاً معاً أم تعتبر بيعاً في بعضها وإفرازاً في البعض الآخر؟، وعلى ذلك يكون البحث بهذه المسائل في مطلبين الأول القسمة إفراز ومبادلة والثاني الآراء الفقهية الأخرى حول ماهية عقد القسمة.

الفرع الأول - القسمة إفراز ومبادلة في فقه مجلة الأحكام العدلية:

تنص المادة 1046 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي:

(القسمة بمعنى التقسيم وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص) .

وجاء في المادة (1116) من المجلة - (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة، مثلاً إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكل منهم النصف في كل حبة منها، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع وأعطى أحد أقسامها إلى واحد والثاني إلى الآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته. كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف حصة في كل جزء منها فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأعطى كل واحد منهما قسمة يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته) .

فالقسمة كما قلنا سواء في المثليات أم القيميات فهي من جهة إفران أي تمييز ومن جهة مبادلة أي أخذ عوض⁽¹⁾ وقد جاء في شرح المادة (1116) كلمة "مبادلة" وعدم قولها بيعا وذلك لكي تشمل القسمة قسمة المنافع كما هو في قسمة المهايأة لأن المهايأة من جهة إفران ومن جهة مبادلة أيضا⁽²⁾. وهذه عبارة عن مبادلتها بجنس المنافع أي عبارة عن جمع المنافع الشائعة في الاعيان. وجاء في الفقه الحنفي⁽³⁾ أن القسمة لا تخلو من المعنيين فهي في المثلي كالموزونات والمكيلات والمعدودات يغلب فيها معنا الإفران وفي القيميات كالثياب والعقار يغلب فيها معنى البيع.

وتنص أيضا في المادة (1114) من المجلة على ما يلي: (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفران وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع). يفهم من هذه المادة أن المقصود بالقسمة: تمييز الحصص وإفرانها عن بعضها البعض، ولم تأت هذه المادة على ذكر المبادلة والتي تحوي معنى البيع، إلا أن المفهوم من هذه المادة هو حصول الشريك على عوض نتيجة المبادلة وجاء في الشرح لهذه المادة لعلي حيدر " القسمة هي تعيين الحصة الشائعة بين المتقاسمين في حصة في مكان وجمعها وتمييزها وذلك أن حصة كل شريك في المال المشترك شائعة أي سارية في كل جزء من أجزاء المقسوم وبإجراء القسمة تصبح

(1) في شرح المادة 1116 " القسمة مطلقا سواء في المثليات أو في القيميات من جهة إفران ومن جهة مبادلة أي أخذ عوض، أي أن القسمة سواء في المثليات أو في القيميات مشتملة على معنيين فهي إفران باحد معنيها أي أخذ عين الحق ومبادلة بالمعنى الثاني أي مبادلة حصة شريك بحصة شريك الآخر واخذ عوض حقه، مثلا إذا كان مال مشتركا بين اثنين فيكون جزء معين من ذلك محتويا على حصتين فإذا قسم إلى حصتين فنصف كل حصة هو ملك في الاصل لصاحب الحصة ولم تستفد من الشريك الآخر ونصفها الآخر ملك الشريك الآخر وحصلت بدلا وعوضا عن حصته التي تركت لشريكه في القسم الثاني. والقسمة باعتبار أخذ المالك ل حصته المملوكة هي إفران وباعتبار أخذ حصة شريكه مقابل حصته التي تركها للشريك مبادلة والمبادلة هي عبارة عن الاعطاء من الجانبين "".

-المادة (66) من المشروع الفلسطيني نصت على: " الاشياء المثلية هي ما تماثلت أو تقاربت احادها أو اجزاؤها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا عند الوفاء بلا فرق يعتد به وتقد في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل والوزن. 2- الاشياء القيمية هي ما تتفاوت احادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود امثال لها في التداول ".

(2) انظر في شرح المادة 1116 لعلي حيدر.

(3) نظام، الفتاوى الهندية في فقه الامام ابو حنيفة النعمان، ج5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 2000، ص253-254. الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، البدائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق في ترتيب الشرائع، ج 9، ص142. انظر

انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، القسمة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير،، تاريخ 2000/1/19، جامعة آل البيت. عمان -الاردن.

الحصة المذكورة معينة في مكان"، وبهذا الاعتبار يحصل في القسمة إفراز، وبما أن النصف الآخر من الحصة المذكورة هو ملك شريكه فانه يأخذه من شريكه عوضاً عن حصته التي بقيت عند شريكه وبذلك قد حصلت مبادلة بينهما⁽¹⁾.

ومن ثم لا بد القول أن المادة المذكورة جاءت مطلقة بمعنى أنها تسري على المنقول وعلى العقار⁽²⁾.

البند الأول: متى يتحقق الإفراز؟

لكي يتحقق الإفراز لا بد أن يبقى المفرز على حاله الأصلي مع منفعه التي كان عليها قبل الإفراز⁽³⁾ وذلك إذا قسمت الدار الكبيرة إلى قسمين وكان كل قسم منها صالحاً لأن يتخذ داراً ومسكناً فيكون في هذه القسمة معنى الإفراز، أما إذا تبدلت بالقسمة الأصل والمنافع فلا يبقى فيها معنى الإفراز بل يكون تبديلاً⁽⁴⁾.

واستدل القائلون⁽⁵⁾ بأن القسمة لا تخلو من معنى البيع ومعنى الإفراز أنه ما من جزء مهما قل من المال المشترك إلا ويملكه الشركاء المتقاسمون مناصفة إذا كان عددهم اثنين نصفه لهذا ونصفه لذلك إذا لم يقدّر الدليل على غير ذلك، فإن أخذ أحدهم نصف هذا المال فيكون ما استقل به كان له قبل القسمة وإنما اجتمع وتميز بعد شيوع، وهذا هو معنى تمييز الحقوق ويكون النصف الآخر من المال للشريك الآخر أخذه منه عوضاً عما تركه له، وهذا هو معنى البيع، أي مبادلة بمال، وإنما غلب في قسمة المثلي معنى تمييز الحقوق لأن المأخوذ فيها على سبيل المعاوضة وهو عين المتروك حكماً إذ هو مثله يقيناً، فضعف معنى المبادلة، كذلك قسمة القيمي.

(1) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، طبعة أولى، 1991، دار الجيل، بيروت، شرح المادة 1114. المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة آل البيت ص 114، مرجع سابق

(2) حيدر، علي، المرجع السابق، شرح المادة 1116.

(3) حيدر، علي، المرجع السابق، ص 100 وشرح المادة 1116 ص 103.

(4) انظر شرح المادة 1116 من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

(5) السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، المجلد الثامن 15-16، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1421-2001، ص 3.

فلم يضعف معنى المبادلة والمعاوضة، إذ الماخوذ ليس عين المتروك ولو حكما، ومن ثم يكون معنى المبادلة في قسمة القيمي اقوى منه في قسمة المثلي (1).

وتنص المادة 1117 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: (جهة الإفراز في المثليات راجحة فلذلك لكل واحد من الشريكين في المثليات المشتركة أخذ حصته في غيبة الآخر دون اذن. لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه و إذا تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما) وجاء في شرح المادة السابقة لعلي حيدر: "جهة الإفراز راجحة" لأنه لم يكن خاليا عن جهة المبادلة حيث قد ذكر في المادة 1116 أن نصف الحصة التي تصيب احد الشريكين بالقسمة هي ماله اما النصف الآخر فقد كان مال شريكه فاتخذ عوضا وبدلا عن الحصة التي خرجت من نصيب الشريك، وانه إذا افرزت المثليات فيكون قسم من الحصة المفترزة عين حق الاخذ واما القسم الآخر وان لم يكن عين الحق إلا أنه مثل الحق صورة ومعنى.

وهذا يعني أن نص المادة السابقة لا يلغي وجود المبادلة بل يرجح الإفراز مع وجود المبادلة في قسمة المثليات.

اما المادة 1118 من مجلة الأحكام العدلية فتتنص على ما يلي: (جهة المبادلة في القيميّات راجحة والمبادلة تكون اما بالتراضي أو بحكم القاضي، فلذلك لا يجوز لاحد الشريكين في الاعيان المشتركة من غير المثليات أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه). وهذا يعني أن نص هذه المادة يرجح معنى المبادلة في القيميّات.

البند الثاني: متى تتحقق المبادلة؟

قلنا أن الإفراز يتحقق إذا بقي المفترز على حاله الاصلي مع منافعه التي كان عليها قبل الإفراز،

(1) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المحتار على الدر المختار، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى 2000، مرجع سابق، ص420-422. انظر السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت، ص2-3.

- انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص18، مرجع سابق.
- انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص8 وما بعدها.

اما إذا تبدلت فيخرج التقسيم المذكور عن كونه افرازاً ويصبح تبديلاً. والمراد بالتبديل هو التبديل في جميع المتقاسم فيه وليس التبديل في احده.

مما سبق نرى أن مجلة الأحكام العدلية وهو المذهب الحنفي قد نصت وبشكل صريح على أن القسمة ما هي إلا إفراز الانصباء ما بين الشركاء من جهة ومبادلة كل شريك ما له عند الآخر في نصيبه.

الفرع الثاني: الآراء الفقهية الأخرى حول ماهية القسمة

هناك عدة آراء ساقها الفقه الإسلامي بخصوص ماهية القسمة، فاعتبرها البعض بيعاً في حين أن البعض اعتبرها افرازاً، ويكون البحث بهذه الآراء بشكل موجز كما يلي:

أولاً: عقد القسمة بمثابة عقد البيع

بين بعض الفقهاء أن القسمة "ما هي إلا بيع لأن كل شريك يبذل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذه هي حقيقة البيع"⁽¹⁾

ثانياً: عقد القسمة بمثابة الإفراز

بين فريق من فقهاء المالكية⁽²⁾ "أن القسمة تقع على ثلاثة أنواع (المراضاة والمنافع والقرعة) وقسم المال الشائع إلى مثلي وقيمي وياخذ معنى القسمة في هذه الأنواع تعيين حصة كل شريك في المال الشائع".

(1) انظر ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت - لبنان، 2004، ص 82-83

انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص 10، مرجع سابق. انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 19، مرجع سابق

(2) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، مرجع سابق، ص 251. - انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص 9-10، مرجع سابق. انظر ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت - لبنان، 2004، ص 82-83، مرجع سابق.

واعتبر أن قسمة المهايأة والمراضاة لا تنفذ إلا برضا الشركاء جميعا لانهما تاخذان حكم البيع ولا يجوز أن يجبر عليها المتقاسمون اما في قسمة القرعة فانها لا تعتبر كالبيع لأن القاضي يستطيع أن يجبر المتقاسم الذي رفضها⁽¹⁾.

ودليل هذا الفريق: أن الشريك في المال الشائع قد يتسامح في القسمة ما لا يسامح به في عقد البيع وهذا ما يؤكد أن المراضاة تميز حقوق بحيث تميز حق كل منهما عن الآخر وتبرع كل واحد منهما لشريكه بشيء من نصيبه⁽²⁾. ودليل البعض " أن لوازيم القسمة تخالف لوازيم البيع واختلاف اللوازيم يدل على اختلاف الملزومات"⁽³⁾

ثالثاً: عقد القسمة بيع وافراز (لا يخلو من المعنيين):

القسمة في المثلي (كالموزونات والمكيلات والمعدودات) يغلب فيها معنى الإفراز وفي القيمات كالثياب والعقار يغلب فيها معنى البيع وهذا هو المتفق عليه عند أبي حنيفة وأصحابه كما اشرنا سابقاً.

والدليل على أن القسمة لا تخلو من المعنيين، أنه ما من جزء مهما قل من المال المشترك إلا ونصفه لهذا ونصفه وقد يكون جزء منه لهذا وجزء منه لذاك بالتساوي، لذا فان استقل احدهما بنصف المجموع، فشطر ما استقل به كان له قبل القسمة انما اجتمع وتميز بعد شيوع، وهذا معنى تمييز الحقوق، وشطره الآخر كان لشريكه هذه منه عوضاً عما تركه له ، وهذا هو معنى البيع، وانما غلب في القسمة المثلي معنى تمييز الحقوق لأن الماخوذ فيها على سبيل المعاوضة وهو عين المتروك حكماً إذ هو مثله يقيناً، فضعف معنى المبادلة ولا كذلك

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ص 252. - انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 18، مرجع سابق. انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 20، المرجع السابق. انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص 10، مرجع سابق.

(2) الدسوقي، المرجع السابق، هامش ص 252. انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 18-19، مرجع سابق

(3) نقلاً عن: ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 19، مرجع سابق. ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت - لبنان، 2004، ص 83 وما بعدها، مرجع سابق

قسمة القيمي فلم يضعف معنى المبادلة والمعاوضة إذ المأخوذ ليس عين المتروك ولو حكما ومن ثم يكون معنى المبادلة في قسمة القيمي اقوى منه في قسمة المنثلي⁽¹⁾.

المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية

بما أن القسمة الرضائية عقد كباقي العقود، إلا أن لها أحكاماً خاصة وحالات ترتبط باهلية الشركاء المتقاسمين وقت القسمة وحالات تختلف باختلاف حضور أو غياب هذا الشريك، وحالات تستجد وقت القسمة بوجود الدائنين الشركاء المتقاسمين أو بعضهم، وقد اعطى المشرع خيارات في حال تحقق احدى هذه الحالات، وعلى ذلك يكون البحث في حالات القسمة الرضائية في المطالب التالية:

المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الاهلية أو الغائب

المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء

المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء

المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الأهلية أو الغائب:

إن للقسمة الرضائية في حالة وجود عديم الاهلية أو ناقصها احكاما تختلف عن الأحكام في القسمة التي تتحقق فيها كامل الشروط ومنها الاهلية، حيث لا يثور أي خلاف أو نزاع قانوني في حالة تحقق شروط القسمة وهي الاجماع والحضور والاهلية. الا أنه في حالة وجود احد المتقاسمين غير المؤهل (ناقص أو عديم الأهلية) فان أحكام القسمة الرضائية تختلف تبعاً لذلك، وبهذا الخصوص تنص المادة (2/972) من المشروع المدني الفلسطيني على أنه " إذا

(1) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المواد 1116، 1117 و 1118، 1119. الحنفي، بن علي، محمد بن حسين الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، المجلد الثامن، بيروت، طبعة أولى 1997، ص 267. الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 9، دار المعرفة، طبعة أولى 2000، ص 420-422، مرجع سابق. - انظر ملحم، خالد حسين عبدالله، رسالة ماجستير، ص 18، مرجع سابق. انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص 8، مرجع سابق.

كان احد الشركاء غائبا أو فاقداً للأهلية، أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً".

و تنص المادة (1041) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(1) " إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ.

(2) في القسمة القضائية يمثل الغائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها الولي أو الوصي".

وعلى ذلك يكون البحث في هاتين الحالتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم الاهلية أو ناقص الاهلية:

وفقاً لنص المادة أعلاه فالمبدأ بهذا الخصوص أنفي حالة وجود عديم الاهلية أو ناقصها في القسمة الرضائية ولم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فإن هذه القسمة تكون باطلة، وعلى الرغم أن هذه المادة مقتبسة في بعض منها من المادة (1128) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على: " يشترط في قسمة الرضا رضاء كل واحد من المتقاسمين بناءً عليه إذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضاء و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه و إذا لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على امر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته " إلا أن المشرع الأردني خالف حكم المجلة التي اجازت القسمة بوجود الولي أو الوصي واجازت أيضاً تعيين وصي أو ولي من قبل القاضي في حالة عدم وجودهم، فإذا ما باشر الشركاء في اجراءات القسمة بوجود هذا الولي أو الوصي المعينين من قبل المحكمة الشرعية لاتمام اجراءات هذه القسمة، فإن القاضي أيضاً وحرصاً منه على ملء هذا القاصر يمكن أن يعين خبيراً مختصاً بهذه الامور حتى يتيقن أن حقوق هذا القاصر قد استوفيت حسب الاصول ولم يعط حصة اقل قيمة أو منفعة من بقية الشركاء المتقاسمين، ومن ثم تعرض على القاضي

ليعطي موافقته على هذه القسمة حتى يتم تسجيلها لدى المرجع الرسمي وهي دائرة تسجيل الأراضي⁽¹⁾.

وبناءً على حكم المادة 1041 من القانون المدني الأردني سألقة الذكر ومقارنته مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية في شرح هذه المادة من أنها نصت: "على شرط لزوم ونفاذ قسمة التراضي وهو رضا كل من المتقاسمين فإذا تغيب أحدهم ولم يكن له له نائب وقسم الحاضرون المال المشترك وافرزوا حصة الغائب فلا تصح قسمة الرضا ولا تكون لازمة إلا إذا أجازها الغائب بعد ذلك فإذا كان ما بين المتقاسمين قاصر أو مجنون أو معتوه قام وليه أو وصيه مقامه وتجري القسمة بحضور الولي أو الوصي ولا تلزم بغير حضوره على شرط لزوم ونفاذ قسمة التراضي وهو رضا كل من المتقاسمين ومما سبق يجد الباحث أن هناك تناقضاً ما بين نص المادة المذكورة وما بين النص الإيضاحي⁽²⁾، بمعنى أن نص المادة 1041 من المدني الأردني اعتبر القسمة باطلة في حالة وجود فاقد الأهلية أو ناقصها بينما اعتبرت المذكرة الإيضاحية أن القسمة باطلة إذا لم يمثل الصغير تمثيلاً قانونياً، أما مشروع قانون الأراضي الفلسطيني في المادة (2/27) منه والمادة (972) من المشروع المدني الفلسطيني أيضاً فقد جاءت واضحة من حيث تمثيل الشركاء قانوناً أو من ينوب عنهم⁽³⁾.

(1) تنص المادة 84 من القانون المدني المصري، "إذا كان بين الشركاء غائب أو نائب بينهم من لم تتراضي منه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً وذلك وفقاً لما يقرره القانون. القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء سادس، الحقوق العينية، من المادة 802، إلى المادة 1029. مطبعة دار الكتاب العربي، ص 113-115. انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جزء ثاني، ص 656، مرجع سابق.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني جزء ثاني، ص 656. -انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية "دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000م، مرجع سابق، ص 67

(3) " لا تصح قسمة الأرض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثلهم قانوناً" انظر: المادة 18 من قانون الأراضي العثماني تنص على "إن كان المتصرفون بالأراضي بوجه الاشتراك كلهم أو بعضهم صغيراً أو صغيرة، فالأراضي القابلة للقسمة كما مبين بالمادة الخامسة عشرة تقسم بمعرفة أوصياؤهم وهكذا أيضاً أراضي، المجنون أو المجنونة والمعتوه والمعتوه تقسم بمعرفة أوصياؤهم" انظر: عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الأراضي، ص 10.

وعلى ذلك ورد التأكيد إلى ما سلف ذكره بنص المادة (835) المدني المصري والتي تنص على ما يلي: "للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، والقانون هنا هو قانون الولاية على المال، وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب فإن القسمة لا تبطل ويطبق أحكام القانون المختص بخصوص الولاية على النفس (1).

أولاً: مع وجود ولي أو وصي:

من خلال الإطلاع على النصوص القانونية في القانون المدني المصري، وقانون الولاية على المال، والمشروع المدني الفلسطيني، ومجلة الأحكام العدلية الوارد ذكرها على أن القسمة بوجود الولي والوصي تقع صحيحة وتنفذ وذلك بعد مراعاة ما يتطلبه القانون من شروط، و يقضي القانون بأن يقوم الولي أو الوصي مقام القاصر بإجراء التصرفات بشكل عام، والقسمة احد هذه التصرفات، وتجري القسمة بحضور هذا الولي أو الوصي وبانضمام رأيه، أما إذا جرت القسمة بدون حضورهما فلا تلزم لأنه لا ولاية للشركاء على أولئك القاصرين أما إذا أجاز ولي الصغير أو وصيه أو القاضي أو الصغير بعد البلوغ أو ورثة الصغير بعد وفاته هذه القسمة تكون لازمة، أما بخصوص قسمة الفضولي فهي موقوفة على إجازة المقسوم له قولاً أو فعلاً⁽²⁾، لأن القاعدة أن كل عقد يصح فيه التوكيل يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، والقسمة هي من العقود التي يصح فيها التوكيل فنرى أن شرح المجلة لهذه المادة الخاصة بالقاصر قد ساوت بين الصغير والمجنون والمعتوه إلا أن هناك فرقاً فيما بين الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز بحيث يستطيع مستقبلاً أن يجيز هذه القسمة عند بلوغه⁽³⁾.

(1) مرسوم الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال.

(2) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، شرح قانون الأراضي، مرجع سابق، ص224.

(3) نقض مدني جلسة 1985/11/6 - المجموعة - السنة 36 - الجزء الثاني ص970، ص971، للمساوي ص382، مرجع سابق. انظر المذكرة الإيضاحية لنص المادة 1041، ص656. مرجع سابق.

- انظر المادة رقم (10) من قانون رقم (51) لسنة 1958 قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، "على الرغم مما ورد في المادة (52) من قانون الأراضي العثماني يجوز لأولياء وأوصياء الصغار والمجانين

وبهذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن هناك حالة أخرى تتعلق بالميز المأذون له بالتجارة كون هذا المميز المأذون يكون محدود التصرف فيما اذن له فيه من قبل الولي أو الوصي وبموافقة القاضي على ممارسة أعمال التجارة، وفي الحد المسموح فيه بحيث يستطيع التمييز ما بين إذا ما كانت هذه القسمة في مصلحته أو عكس ذلك إلا أنه وحسب نص المواد السابقة فإنه يشترط موافقة الولي أو الوصي على القسمة أو اجازتها عند بلوغ هذا المميز لسن البلوغ بحيث تنطبق الشروط السابقة عليها أيضاً، كون القسمة تعتبر من التصرفات وليس من أعمال الإدارة كذلك⁽¹⁾.

وبهذا الخصوص فقد ورد نص المادة (40) من قانون الولاية على المال على ما يلي: "على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجب اتباعها، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية..."، وتنص المادة (79) من نفس القانون على ما يلي "يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام⁽²⁾ وهذا يعني أن اجراء القسمة اعتبر أمراً له خطره فخرج عن أن يكون عملاً من أعمال الإدارة المعتادة، والحق بالتصرفات ومن ثم اشترط القانون فيه إلا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر

والمعتوهين بيع وفراغ أموالهم غير المنقولة باذن من المحكمة المختصة إذا توافرت المسوغات التالية وبعد التثبت من صحتها وضرورتها:

- أ- من أجل تسديد دين المورث إذا كانت تلك الأموال قد انتقلت إليهم بالارث عنه.
- ب- إذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها.
- ت- من أجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية سواء انتقلت تلك الأموال بطريق الارث أو بآية صورة أخرى

(1) قلنجي، محمد وقنيبي، حامد معجم المصطلحات الفقهية، دار النفائس، بيروت، طبعة ثانية، 1988، ص 503.
الوصاية: هي الولاية على القاصر والوصي: هو من له وصاية سواء كان ولياً أو غيره
الولاية: هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية.
- انظر المادة 974 من المجلة

-انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، القسمة في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 48.

(2) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 896.
كبره، حسن، اصول القانون المدني، جزء اول، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، هامش ص 467.

في شأن أعمال التصرف، بحث يكون وجود هذا الغائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها سبباً من اسباب عدم اعتبار القسمة اتفاقية واعتبارها قضائية كما هو الحال في عدم إجماع الشركاء على القسمة الرضائية إذ أنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف ولا يستأذن فيها المحكمة فقد أعفى في القسمة من الحصول على هذا الأذن وجاز له أن يستقل بها وهذا ينطبق على الوصي إذا كان الأب ولا ينطبق ذلك على الجد كما بينته المادة (15) من قانون الولاية⁽¹⁾ وإذا طلب الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة في القسمة الاتفاقية فعلى المحكمة أولاً أن تقدر ما إذا كانت هذه القسمة في مصلحة المحجور فعليها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية، فإذا ما قررت أن القسمة الاتفاقية في مصلحة المحجور فعليها أن تعين الأسس التي تجري عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب إتباعها فيها، وإذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وبموجب هذه الإجراءات فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التي تمت فإذا استوثقت المحكمة من أن الأسس التي وضعتها قد التزمت ومن أن الإجراءات التي رسمتها قد روعيت وثبقت بوجه خاص من عدالة القسمة في ذاتها فإنها تأمر بنفاذها وكما في جميع الأحوال حتى في هذه المرحلة أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلى القسمة الاتفاقية التي تمت⁽²⁾. وكون القسمة تعتبر من التصرفات كما ذكرنا فإن ما ينطبق على القسمة بهذا الشأن ينطبق على البيع، فإذا ما رأت المحكمة أن المال المراد أخذ الأذن لبيعه لا يقبل القسمة فإنها تقرر طرحه بالمزاد وإعلام الوصي بذلك على أن يتم الاعلان عن المزاد العلني في جريدة يومية لضمان الحصول على أعلى سعر للقاصر في المزاد.

(1) انظر كبيره، حسن، المرجع السابق، هامش ص 467. انظر الطعن رقم 702 لسنة 51 ق - جلسة 1985/11/6 س 36 ص 970، عبد التواب، معوض، جزء 4، مرجع سابق، ص 303: "للولي قسمة المال الشائع بالتراضي نيابة عن اولاده القصر لا حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو موافقتها. علة ذلك. المواد 835 مدني و 4 و 40 مرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على المال. النص في المادة 835 من القانون المدني على أنه (لشركاء إذا انعقد اجماعهم... فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعات الإجراءات التي يفرضها القانون) وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بإحكام الولاية على المال على أن يقوم الولي على رعاية اموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الاحكام المقررة في هذا القانون) وفي المادة 40 منه على أن (على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة.

(2) سنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط ج 8 مرجع سابق، ص 897 و الهامش من نفس الصفحة.

ويرجح الباحث الرأي القائل أن القسمة الرضائية بوجود هذا التشدد قد يفرغها من مضمونها بحيث تنقلب وتصبح إجراءاتها قريبة من القسمة القضائية أو تصبح قسمة تصفية أن صح التعبير بحيث يتأكد الاستنتاج السابق ذكره وهو في حالة وجود غائب أو قاصر فإن القسمة قد تنقلب إلى قضائية وليست رضائية بالمعنى المألوف⁽¹⁾ و كون مفهوم الرضا لدى هذا الغائب أو فاقد الأهلية، أو ناقصها لا ينطبق عليه، بحيث لا يدري ما إذا كان هذا التصرف (القسمة الرضائية) في مصلحته أم لا، حيث أن قانون الولاية جاء أيضاً متشدداً ومفرقا بين ما إذا كان الولي هو الأب أو الجد أو غير ذلك، فتكون الولاية هنا للمحكمة التي هي أحق بأن تولى على حقه⁽²⁾.

وبهذا الصدد أكد مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه المسألة حيث ورد نص المادة (2/972) كما يلي " إذا كان أحد الشركاء غائبا أو فاقداً للأهلية، أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً "وبهذا يظهر أن هناك حرصاً من المشرع على مصلحة الغائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها ولقد بينت المذكرة الإيضاحية المستنفاة من القانون المدني المصري هذه الحالة فيما إذا كان بين الشركاء من هو غائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها فإن القسمة الاتفاقية حينئذ لا تصح إلا بحضور من ينوب عن هؤلاء الأشخاص فبالنسبة للغائب بحضور الوكيل وفاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه هؤلاء يمثلهم (القيم) وناقص الأهلية القاصي يمثلته (الولي أو الوصي) وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة ما عدا الولي الذي يستطيع الاتفاق على قسمة المال الشائع لناقص الأهلية دون حاجة إلى إذن من المحكمة ويرجع طلب الحصول على إذن من المحكمة اعتبار القسمة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة⁽³⁾، وهذا الحكم نصت عليه المادة السابعة من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة⁽⁴⁾.

(1) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، جزء أول، مرجع سابق، ص 466.

(2) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، جزء أول، مرجع سابق، هامش ص 467. انظر للمساوي، فايز، للمساوي، اشرف، الملكية الشائعة، أحكامها العامة، ومشكلاتها العملية في ضوء أحدث أحكام النقض في العشرين سنة الأخيرة حتى سنة 2002، ط أولى، سنة 2003-2004، المركز القومي للاصدارات القانونية، 49 ش الشيخ ربحان، بجوار وزارة الداخلية، ص 377.

(3) المذكرة الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، المادة 2/672.

(4) انظر: أفندي، إبراهيم ناجي، هامش ص 224، مرجع سابق.

يتبين مما سبق أن القسمة بهذه الطريقة تدخل تحت الطريقة الثانية للقسمة الرضائية وهي بعد الاتفاق على القسمة ما بين الشركاء أو من ينوب عنهم قانوناً أو المحكمة الشرعية و إذا كان هناك قاصر - يتم تقديمها إلى القاضي للمصادقة عليها أو إلى دائرة تسجيل الأراضي لتأخذ شكلها النهائي بهذه المصادقة على إجراءات القسمة، وما يختلف عنها أن القاضي أو الولي يكون هو صاحب الولاية على الشريك ناقص الأهلية أو فاقدها أو الغائب أن لم يكن له وكيل.

والملاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (972) منه والمادة (835) من القانون المدني المصري، والمادة (27) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني جاءت مطابقة مع ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية من بطلان القسمة حال وجود غائب دون تمثيل له، وكذلك الاشتراط في تمثيل ناقص الأهلية حيث نصت المادة: (1128) من المجلة على ما يلي " يشترط في قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين بناء عليه إذا غاب ادهم لا تصح قسمة الرضا و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته " إلا أن المشرع الأردني في نص المادة 1041 مدني قد خالف أحكام المواد السابقة كما أوضحنا في شروط القسمة.

أي أن القسمة الرضائية تنقلب قضائية وقد يكون المال الشائع غير قابل للقسمة ويصر أحد الشركاء على بيع المال الشائع كما ورد في نص المادة (9) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة فعند ذلك: لا يستطيع الشركاء الطعن في هذه القسمة، وهو جاء في نص المادة (11) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة⁽¹⁾.

ثانياً: في حالة عدم وجود ولي أو وصي:

إذا لم يكن للصغير ولي ولا وصي كانت القسمة موقوفة على أمر القاضي حيث لا يكون للشركاء ولاية على الصغير وتصرفهم في حق الصغير غير نافذ وينصب من طرف القاضي

(1) يحظر على المحاكم سماع الدعوى التي يقيمها الشركاء أو أولياؤهم أو أوصياؤهم بطلب فسخ وإلغاء معاملات الإحالة التي تمت بالمزايدة وفق أحكام المادة التاسعة.

وصي ويجري التقسيم بمعرفته⁽¹⁾ ويشترط في ذلك أن يكون هذا الصغير حاضراً، فعليه إذا كان الصغير غائبا فليس للقاضي تنصيب وصي عنه، وهذا يعني أن القسمة تنقلب إلى قسمة قضائية.

وعليه فانه يشترط حضور الصغير القسمة الرضائية فإن لم يكن له ولي أو وصي ينصب القاضي له وصياً أو قيماً إذا كان⁽²⁾ هذا الشريك الصغير ناقص الأهلية أو فاقد الأهلية أو غائبا فإن القاضي يستطيع تنصيب وصي أو قيم إذا كانت البلدة أو المكان الذي يعيش فيه هذا الصغير أو فاقد الأهلية تمتد إليها ولاية القاضي أي تقع تحت اختصاصه وإلا فان هذه القسمة لا تصح وتعتبر غير نافذة في حق هذا الصغير أو فاقد الأهلية لعدم توافر شروطها⁽³⁾.

أما على الواقع فإن على الوصي أن يأخذ الاذن من القاضي الشرعي في حالة القسمة أو البيع ويقوم القاضي بتعيين خبير ومساح ومنتدب منه ليقفوا على رقبة العقار ليتم تقييمه وتخمينه ويتم اعداد تقرير بذلك من قبل اعضاء اللجنة التي تم تعيينها فإذا كان العقار ارضاً مثلاً فانه يتم مسحها وتخمين سعر المتر، من الخبير سواء في حالة البيع أو القسمة فإذا كان الاذن المقدم من الوصي لغايات للبيع فان القاضي الشرعي وبعد دراسة التقرير المقدم يعطي هذا الاذن بالبيع إذا كانت هذه الارض لا ينتفع بها في حالة بقائها على الشيوع مع باقي الشركاء ويتم الاعلان عن طرحها في المزاد عن طريق احدى الصحف المحلية. وإن هذا الامر ينطبق أيضاً فيما إذا كان الاذن المطلوب لغايات القسمة دون الاعلان في الصحيفة، وفي كلا الحالتين ينظر القاضي إلى هذا الاذن أن كان في مصلحته أم لا.

(1) افندي، علي حيدر، شرح مجلة، ص 123 مجلد3، مرجع سابق. القره داغي، علي محيي علي، مبدا الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت -لبنان، 1423هـ-2002 ص387.

(2) انظر كبيرة، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 466 - 467

(3) انظر علي حيدر، شرح المادة (1128) من مجلة الأحكام العدلية، ص 123 - 124.

الفرع الثاني: القسمة الرضائية حال وجود الغائب.

كثيراً ما يقع على أرض الواقع أن يكون من بين الشركاء المتقاسمين غائب، وقد يكون هؤلاء الشركاء مضطرون إلى قسمة المال الشائع إلا أن غياب هذا الشريك يمنعهم من قسمته، ولكن وفي حال أن قرر هؤلاء الشركاء قسمة المال الشائع وبغياب هذا الشريك فما هو حكم هذه القسمة ويكون البحث بالقسمة مع عدم وجود وكيل عن الغائب والقسمة مع وجود الوكيل كما يلي:

أولاً: القسمة مع عدم وجود وكيل عن الغائب:

لقد بينت المادة (79) من قانون الولاية على المال حالة القسمة التي يكون فيها أحد الشركاء غائباً فقد ألحقت الأحكام المتعلقة بقسمة مال الغائب بأحكام قسمة مال القاصرين حيث نصت على: " أن يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام ⁽¹⁾ وهذا القانون المطبق في مصر وقطاع غزة.

وعليه فإذا تمت قسمة مال الشريك الشائع الغائب ودون حضوره، أو أن لا يكون ممثلاً قانوناً، فإن هذه القسمة لا تكون نافذة إلا -حسب نص المادة السابقة- بمعرفة المحكمة المختصة والتي تكون قد عينت وكيلاً عنه ⁽²⁾، وبعد التأكد من هذا الغائب قد حصل على كامل حقوقه من نصيبه الشائع وان القسمة عادلة في حقه وتقوم بالمصادقة على القسمة لتنفيذها لدى المرجع المختص، وهو نفس الحكم الذي جاءت به مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني ووالمشروع المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني المذكورة سابقاً. ⁽³⁾

(1) سنهاوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، مجلد 8، مرجع سابق، ص 896.

كبره، حسن، أصول القانون المدني، جزء أول، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 466-467.

(2) أفندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، شرح قانون الأراضي، ص 250، مرجع سابق.

(3) انظر في المواد 1041 مدني اردني و1128 من المجلة العدلية والمادة 972 من المشروع المدني الفلسطيني والمادة 27 من مشروع الأراضي الفلسطيني. جاء في القرار رقم (8) المنشور في العدد 1182 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1954/5/16 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين: "... ومن هذه النصوص يتضح جلياً أن واضع القانون قد أوجب إجراء القسمة القضائية عند وجود إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا طلب فريق من الشركاء أو أحدهم التقسيم ورفض الآخرون، 2- إذا طلب فريق من الشركاء أو أحدهم التقسيم وكان منهم غائب أو قاصر أو محجور وذلك لأن بقية

اما إذا تمت هذه القسمة دون علم الغائب ودون الرجوع إلى المحكمة فإن القسمة وحسب النصوص السابقة تكون باطلة ولا تلزم الشريك الغائب ويستطيع نقضها متى شاء بعد علمه بها.

ثانياً: في حالة وجود وكيل عن الغائب:

الشرط الواجب تحققه هو الرضا من قبل كافة الشركاء على القسمة وهو من شروط الصحة وال لزوم وهذا ما جاءت به النصوص القانونية المشار إليها، ويستفاد كذلك نصوص مجلة الأحكام العدلية بخصوص لزوم ونفاذ قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين، بناء عليه إذا غاب احد المتقاسمين ولم يكن له نائب وقسم الحاضرون وافرزوا حصة الغائب فلا تصح قسمة الرضا أي لا تكون لازمة⁽¹⁾ كون الرضا من هذا الغائب لم يتحقق منه أو من يمثله وكيله إلا أنه قد تنفذ هذه القسمة الرضائية وتلزمه عند إجازتها لاحقاً عند حضوره أو حضور ورثته من بعده أو حضور وكيله⁽²⁾ اعمالاً لمبدأ الاجازة اللاحقة كالاجازة السابقة إذ الاصل أن الوكيل يقوم مقام الاصيل إذا كان موكلًا توكيلاً صحيحاً في التصرف وان القسمة الاتفاقية تعتبر من اعمال التصرف فهي تحتاج إلى نص خاص يخوله القسمة كون هذه القسمة في معناها الذي مر معنا تعتبر من التصرفات⁽³⁾.

ويتفق هذا مع مضمون المادة (1041) من القانون الأردني والمذكرة الإيضاحية للقانون فإذا كان احد المتقاسمين غائباً لا تصح القسمة، ولكن كون هذا الغائب يمثله الوكيل، فهذا يعني أن القسمة الرضائية تنفذ في حق الغائب الذي يمثله الوكيل وتكون لازمة بحق الغائب.

الشركاء لا ولاية لهم على الغائب كما أن موافقة المحجور عليهم أو من يقوم مقامهم لا حكم لها، ولهذا فلا تجوز القسمة الرضائية في حالة وجود غائب أو قاصر أو محجور، هذا ما تقرره في تفسير النقطة المطلوب تفسيرها، صدر في 1954/4/14.

(1) حيدر، علي: دررالحكام شرح مجلة الأحكام، شرح المادة (1128) ص: 122 - 123، مجلد 3. نصت المادة 789 من القانون المدني السوري على أن: "للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

(2) نصت المادة 794 مدني سوري على: " إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوفر فيه الأهلية وجب على قاضي الصلح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثّلها في دعوى القسمة وذلك وفقاً لما يقرره القانون". انظر كيره، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، هامش ص 465 - 466، مرجع سابق.

(3) انظر بهذا المعنى، افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص 250.

والمادتين (835) (840) من القانون المدني المصري تشير إلى ذلك فقد جاء في المادة 835 ما يلي: (للشركاء إذ انعقد اجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهليه وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) . والمادة (840) تنص على ما يلي: (إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الاهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون) . والمقصود بهذا القانون هو قانون الولاية على المال، حيث جاءت المادة (79) من قانون الولاية على المال لتتص على (يسري في شأن مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من احكام)، بمعنى أن الوكيل وان كان موكلا من قبل المحكمة فعليه مراجعة المحكمة وعرض عقد القسمة النهائية التي توصل اليها الشركاء للموافقة والمصادقة عليها من قبلها أي المحكمة إذا كانت عادلة بحق جميع الشركاء ومنهم الغائب⁽¹⁾.

والمثال على ما أشرنا إليه:

أن يكون احد الشركاء غائبا وتمت القسمة الرضائية بغيبابه فيما بين الشركاء الآخرين سواء أكانوا ورثة أم شركاء عن طريق الشراء دون مراجعة القاضي ودون أن يكون له ممثل قانوني وعلى أثر هذه القسمة تم إفراز حصته من العقار المراد قسمته، واتبعوا قسمة الجمع مثلا أو التفريق فإن هذه القسمة لا تكون صحيحة ولا تكون لازمة للشريك الغائب، إلا أنها وفي نفس الوقت تكون ملزمة للمتقاسمين الباقين بحيث إذا حضر الغائب وأقرها فإنها تلزمه أيضا وتكون صحيحة كون شرط الرضا، قد تحقق من قبل الجميع بما فيهم هذا الشريك الغائب اما إذا لم يجزها فإن هذه القسمة تبطل ويستطيع نقضها.

وجاء في القرار التمييزي " إذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا كونه قد تم دون مراعاة الاجراءات الشكلية فيعتبر من العقود التي تلحقها الاجازة وهذه الاجازة تكون صريحة وتكون

(1) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص 250-251.

ضمنية وقد انعقد الاجماع على أن الاجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان أو باتيانه عملا ماديا يدل على تنازله عن البطلان (1).

ويتضح أن المقصود بهذه المادة هو قسمة الشريك الفضولي فإذا كان هؤلاء المتقاسمون من الورثة أو كانوا شركاء عن طريق الشراء وأجرى بعضهم هذه القسمة في العقار، واختص كل منهم بحصص معينة، وتصرف باقي الشركاء بحصصهم فإن هذا التصرف يكون موافقة ضمنية منهم وتصح القسمة (2). ولكن إذا تصرف احد الورثة بحصة مفرزة مدة مرور الزمن فهل تعتبر أنها أصبحت قسمة نهائية بالنسبة له ؟

هنا نفرق بين امرين الأول إذا كانت هذه الارض قد تمت تسويتها فانه مهما طال تصرفه في هذا الجزء المفرز لا يرتب له اية حقوق من قريب أو بعيد بل العكس قد يرتب عليه حقوقا، والامر الثاني إذا كانت هذه الارض من الأراضي التي لم تنته فيها اعمال التسوية، فهناك قاعدة تقول أن الارث لا يسقط بالتقادم وعليه فانه مهما طال تصرفه بهذه الحصة فانه يعتبر وكيلًا أو متصرفًا بالنيابة عن باقي الشركاء إلا إذا كان هناك ادلة قوية تثبت عكس ذلك. (3)

المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء

تحرص معظم التشريعات على حقوق الغير المتعلقة بمحل القسمة سواء كان الغير من الشركاء المتقاسمين أم من غير المتقاسمين، بصفتهم دائنين أو مستحقين كليًا أو جزئيًا للعقار المراد

(1) قرار تمييز حقوق رقم 235، سنة 1959، سنة النشر، 1959، ص 300، جزء (1).

- انظر حيدر، علي: شرح المجلة العدلية، شرح المادة (1126)، مرجع سابق.

(2) حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، المادة (1116). المادة 1053 من القانون المدني الأردني نصت على أن: "قسمة الفضولي موقوفة على اجازة الشركاء في المال المقسوم قولًا وفعلًا".

(3) المادة 1/4 من قانون رقم 51 لسنة 1958، قانون معدل لاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، " إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلا عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يقم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكن على ذلك الوجه ". افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، ص 212-214. مرجع سابق.

قسمت فقد اوجد المشرع احكاما خاصة لكل طائفة من هؤلاء الدائنين أو المستحقين الذين يعترضون اجراءات القسمة. ويقصد بالاستحقاق " حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضا (1)

ويقصد بالتعرض (2) "أن يدعي الغير حقا في المال الذي آل للمتقاسم بسبب القسمة"، كما لو ظهر أن المال المقسوم ليس ملكا للشركاء فالتعرض يؤذن بوجود استحقاق محتمل، اما الاستحقاق، فيتم إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه. ويترتب ضمان التعرض والاستحقاق في الاصل، في التصرفات الناقلة للملكية. ذلك لأن الملتزم بنقل ملكية شيء يترتب عليه بداهة أن ينقل إلى المتصرف اليه ملكية هادئة مستقرة. لا يعكر صفوها تعرض منه، أو من الغير. اما التصرفات الكاشفة، فلا يترتب عليها، في الاصل، ضمان التعرض، ومع ذلك فقد رتب المشرع جزاء على القسمة، على الرغم من كونها من التصرفات الكاشفة. ويتردد هذا الجزاء بين تقرير بطلان القسمة تارة، وترتيب التزام متبادل بين المتقاسمين بالضمان تارة اخرى، وهو يرمي في الحالتين إلى اقامة العدالة في القسمة، وتحقيق المساواة بين جميع المتقاسمين فإذا حصل لاحدهم تعرض في الحصة المفروزة التي اختص بها نتيجة القسمة، أو إذا استحق الغير كل أو بعض هذه الحصة، صير إلى تطبيق احد الجزائين. اما تقرير بطلان القسمة واعادتها عادلة، واما الزام باقي المتقاسمين بالتعويض على شريكهم بما اصابه من ضرر (3).

وعليه يكون البحث في هذه القسمة في الفروع التالية:

(1) الحلالشة، عبد الرحمن احمد جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، طبعة أولى، الاردن، دار وائل للنشر والتوزيع 2005، نقلا عن هزيم ربحي، رسالة ماجستير، ص 68، مرجع سابق.

(2) ويقصد بالتعرض القانوني: أن يدعي البائع حقا على المبيع، يتعارض مع حق المشتري في ملكية هذا المبيع. سرحان، عدنان: شرح أحكام العقود المسماة. ط1، دار وائل للنشر، الإمارات العربية، 2005، ص 251. نقلاً عن هزيم، ربحي: رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 27.

(3) سوار، محمد وحيد: حق الملكية في ذاته، في القانون المدني الاردني، مرجع سابق ص 167. انظر بهذا المعنى الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ص 297.

الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود دائنين من الشركاء.

تنص المادة 978 من المشروع المدني الفلسطيني على ما يلي: (1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن 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. 2- اما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش)

وتنص المادة (1045) من القانون المدني الأردني نصت على ما يلي:

"1- لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة - رضائية كانت أو قضائية - وذلك بانذار يبلغ إلى جميع الشركاء إذا كانت رضائية. او بالتدخل امام القضاء، إذا كانت قضائية.

2- ولا تنفذ القسمة في حق الدائنين، إذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الاجراءات.

3- فإذا تمت القسمة، فليس للدائن الذي لم يتدخل أن يطعن عليها إلا في حالة الغش".

وتنص المادة (1046) من ذات القانون على ما يلي: " إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو ابرأهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا آخر غير المقسوم وسدد منه الدين"⁽¹⁾.

وباستعراض نص المواد المذكورة يتضح لنا أن المشرع أعطى الحق لكل دائن سواء كان هذا الدين على احد الشركاء أو على التركة في الاعتراض على قسمة المال الشائع من قبل الدائنين وذلك حماية لمصالحهم سواء كانت هذه القسمة رضائية أم قضائية، كذلك فان النصوص القانونية السابقة لم تفرق بين ما إذا كان الدائن من الورثة أو من الشركاء أو كان اجنبياً عن عنهم.

(1) انظر بهذا المعنى: افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص 442-443.

وقد بين المشرع الفلسطيني المقصود بالقسمة في هذه الحالة، حيث ورد نص المادة 978 من المشروع المدني الفلسطيني -في فقرتها الأولى أن المقصود بالقسمة هي القسمة القضائية دون الاتفاقية إلا أنه لم يبين ماهيتها في الفقرة الثانية إذا ما كانت قضائية أو رضائية إلا أنه يفهم منها على أنها قضائية أيضاً، ولكن النص جاء مطلقاً ولا يجوز تقييده بل يبقى على إطلاقه وينطبق على القضائية والرضائية⁽¹⁾.

وهناك من يقول أن القانون المدني المصري يشوبه النقص بهذه المسألة إذ أن نص المادة 842 منه قد قصد فيها أن حق المعارضة (التدخل) يكون في القسمة القضائية دون الرضائية⁽²⁾. ويعارض الباحث بهذا الخصوص، حيث أن من مستلزمات حماية الدائن هو ضمان حقوقه بكافة الوسائل القانونية التي تكفل وصول هذه الحقوق له سواء كانت القسمة قضائية أم رضائية⁽³⁾.

كذلك فإن المشرع الأردني قد فرق ما بين الطريقتين القضائية والرضائية وجاء في فقرتها الثانية والثالثة من المادة 1046 مطلقاً بما يفيد انطباقها على الفقرة الأولى وتقسيمها أي تنطبق على كل من القضائية والرضائية على حد سواء، وهذا يتضح من المادة (1046) من القانون المدني الأردني التي جاءت على إطلاقها مما يفيد انطباقها على القضائية والرضائية وبهذا فقد وافق المشرع الأردني المشرع المصري والمشرع الفلسطيني في المادة 978 من

(1) مطابقة لنص المادة 796 مدني سوري ومطابقة للمادة 842 مدني مصري وقد نصت ما يلي: (1 - لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن 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. 2- اما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش). انظر: هزيم، ربحي:رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص58.

(2) الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القانون المدني الأردني دراسة تحليلية "مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، عمان 1994، ص51. انظر نقض فلسطيني مدني رقم 2004/22، قرار رقم 711، تاريخ، 2005/5/2، ذكر سابقا في ص28 من الرسالة .

(3) انظر هزيم ربحي، رسالة ماجستير ،مرجع سابق، ص58 .

المشروع المدني هذا واكد الدكتور السنهاوري على إطلاق المادة (842) مصري لتشمل القسمة الرضائية والقضائية على حد سواء⁽¹⁾.

وفي هذا المجال -وجود دائنين- على المال الشائع الذي يجري تقسيمه فان على الدائنين التدخل في اجراءات القسمة رضائية كانت أم قضائية وسواء أكانت القسمة كلية أم جزئية، عينية أو قسمة تصفية، والدائنون هنا هم دائنو كل شريك مجتمعين ومنفردين، ويستوي أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا بمبلغ معين من المال أو دائنا ذا حق مقيد، ومسجل لدى دائرة تسجيل الأراضي⁽²⁾ مثل حق الرهن أو حق المغارسة أو حق تأمين⁽³⁾، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من اموال الشريك. فالدائن على هذا النحو يعني أنه تتم القسمة دون إضرار بمصالحة فيعنيه مثلا إلتئعمد الشركاء، حين يقتسمون المال، إلا يقع في نصيب مدينه حصة من العقار المراد قسمته، قيمته اقل من القيمة الحقيقية لحصته، ومن ثم يقوم هذا المدين وبعد القسمة باخذ بقية حصته من الشريك الذي تواطا معه بقصد الاضرار بدائنه، فيقل بذلك ضمان الدائن⁽⁴⁾، وايضا فان الدائن يعنيها أيضا، إذا كان المال الشائغاته لا يقبل القسمة مما يعني بيعه بالمزاد العلني، وان من مصلحة هذا الدائن أن يكون البيع بالمزاد العلني ليس محصورا على الشركاء، فإن دخول أجنبي في المزاد يعني ضمان ارتفاع ثمن العقار المطروح للبيع بحيث يرسو المزاد على المشتري بسعر اعلى فينتفع الدائن بذلك، وايضا فان الدائن بتدخله هذا في اجراءات القسمة يجنبه ايقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون له في نصيب شريك آخر غير الشريك المدين الراهن فيتحول حق الرهن الذي

(1) السنهاوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، جزء 8، مرجع سابق، ص 936. حسن كيرة، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص. سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 144. المذكرة الإيضاحية للمادة 978 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(2) انظر أيضا القسوس، وليد نجيب، ادارة وازالة المال الشائع، ص 150، مرجع سابق.

(2) تنص المادة رقم (6) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953 على ما يلي: (تتولى دوائر تسجيل الأراضي تنظيم سندات الادانة المتعلقة بمعاملات التامين والتصديق عليها واعطاء كل من الدائن والمدين نسخة منها...)

(3) تنص المادة رقم (2) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953 على ما يلي: (يجوز وضع الاملاك والأراضي الاميرية والموقوفة والمسقفات والمستغلات الوقفية تامينا للدين ولا فرق بين أن يكون ما يؤمن به العقار بكامله أو حصة شائعة منه)

(4) انظر: هزيم، ربحي رسالة ماجستير، ص 58، مرجع سابق.

له من عقار كان يقصده وقت ارتهانه إلى عقار آخر ما كان يقبله لو علم بان هذا العقار سيكون من نصيب الراهن وقت الرهن، وعليه فان الدائن يمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته، أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضا تبعا لذلك إلا أنه على الرغم مما ذكر نجد أن قرار محكمة التمييز الاردنية نصت على ما يلي: "ان وجود حجز على بعض حصص العقار المطلوب قسمته لا يمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوخ، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي تختص له بنتيجة القسمة" (1) .

وتجدر الاشارة إلى أن المادة 873 من القانون المدني الفرنسي ساوت في هذا الشأن بين القسمة الاتفاقية والقسمة الرضائية حيث تخول الدائنين حق المعارضة في الحالتين (2) .

الفرع الثاني: القسمة الرضائية مع وجود مستحقين من الشركاء

تنص المادة (844) من القانون المدني المصري تطابقها المادة 980 مشروع مدني فلسطيني على ما يلي:

1- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق (3) 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 احد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. 2- غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه) .

(1) قرار تمييز رقم 40 لسنة 1963، سنة النشر 1963، صفحة المجلة 163، جزء 2. انظر السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط جزء 8، مرجع سابق، ص 937. انظر سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 144. انظر هزيم، ربحي، رسالة ماجستير، ص 58-59، مرجع سابق .

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 211.

(3) الاستحقاق: هو أن يدعي شخص ملكية شيء أو بعضه ويثبت دعواه ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد آخر كالمشتري أو المقسوم له. انظر قلجي محمد، قنبيي، حامد، معجم المصطلحات الفقهية، مرجع سابق، ص 59. الاستحقاق: حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقه على المبيع، نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري، أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضا، هزيم، ربحي محمد احمد، رسالة ماجستير، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، "دراسة مقارنة"، جامعة النجاح الوطنية، نابلس -فلسطين، 2007، ص 68.

وكون القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم فان ذلك يعني أن المتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق بسبب علمه عن طريق من تقاسم معه أو عن طريق آخر، لا يجوز له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع والمقرر في أحكام عقد البيع، وهذا يعني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق، وانه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق، وهذا يتضح من نص المادة (844) المشار إليها أن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض بخصوص ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضي المساواة والعدالة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساواة ووجب الضمان، ويحق للمتقاسم الذي وقع الاستحقاق في نصيبه أن يطلب ابطال القسمة،⁽¹⁾ ومن المقرر أيضاً أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن المتقاسمين لا يضمنون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة⁽³⁾. وحسب الفقرة الثانية من المادة 844 فإن المتقاسمين لا

(1) تمييز رقم 58 لسنة 1957 جزء اول صفحة رقم 485، سنة النشر 1957، " إذا ظهر مستحق لاية قطعة خصصت لاحد الفرقاء في القسمة فيحق له طلب ابطال القسمة لاالمطالبة بالعدل والضرر

(2) الطعن رقم (849) لسنة (51) ق - جلسة 1985/3/12، عبد التواب، معوض، ج4، مرجع سابق، ص 323. المادة (34) من مشروع القانون الأراضي الفلسطيني جاءت لتبين أن " المتقاسمون يضمنون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في الأراضي التي آلت إلى احدهم". السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، ص938، مرجع سابق. العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ص76، مرجع سابق.

(3) تنص المادة 34 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على أن: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من استحقاق أو تعرض في الارض التي الت إلى احدهم بسبب سابق على القسمة ". انظر نقد جلسة 1962/4/26، ص13، ص502، عبد التواب، معوض، التلقيب على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق ص322. انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص238.

يضمنون لبعضهم البعض إذا كان هناك اتفاق سابق على الإعفاء من الضمان في عقد القسمة، ولكن يجب بيان سبب الاستحقاق بالذات الذي يراد الإعفاء من ضمانه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القسمة الرضائية مع وجود دائنين ومستحقين من غير الشركاء.

أوجد المشرع طرقاً لحماية دائن الشريك خوفاً على مصالحه، فللدائن حق التعرض وحق التدخل إذا عرف أن لمدينه حصة في مال شائع وأراد أن يصطنع الحيلة من أمره، فعليه أن يرسل ويعلم مدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشيوخ معارضته في أن تتم قسمة هذا المال الشائع سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية بغير تدخله⁽²⁾. وحقيقة أن الدائن يستطيع التدخل في القسمة بأي شكل كانت عليه هذه القسمة، ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذه المعارضة، إنما قد يكون من الأجدى أن يتم توجيه اخطار من الدائن بواسطة المحكمة المختصة عن طريق كتاب مسجل أو غير مسجل أو أن يكون شفويًا⁽³⁾ وتكون هذه المعارضة في حالة القسمة الرضائية، ولكن يشترط أن تكون المعارضة موجهة إلى جميع الشركاء في المال الشائع بأحدى الطرق السابقة ومن ضمنهم الشريك المدين. ويتدخله كطرف ثالث في الدعوى أن كانت القسمة قضائية.

ويكون البحث في موضوع معارضة القسمة كما يلي:

المسألة الأولى: هل تشترط في المعارضة ميعاد معين؟

بخصوص اشتراط المعارضة في ميعاد معين فبعض التشريعات (المصري) لم يشترط ميعاداً معيناً لمعارضة الدائن لمدينه وباقي شركائه فتكون المعارضة بمجرد علم الدائن - كما اشرنا سابقاً - بأن للمدين حصة في مال شائع ويراد اجراء القسمة، ويبقى حق الدائن في

(1) الطعن رقم 51 لسنة 40 ق - جلسة 1975/4/1، س 26، ص 782، عبد التواب، معوض، جزء 4، مرجع سابق، ص 728.

(2) العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ص 76، مرجع سابق. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8، ف 565، ص 938.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 8، ص 940، المرجع السابق.

المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا المال كون المعارضة تعتبر من الأعمال التحفظية⁽¹⁾ فقد تكون المعارضة من الدائن نفسه إذا كانت تتوافر فيه الأهلية اللازمة لذلك، وقد تكون عن طريق وليّ الدائن أو وصيه إذا لم تتوافر فيه الأهلية القانونية أو قد تكون عن طريق ورثة الدائن وقد تكون من وكيل الدائن بموجب وكالة تخوله بذلك.

وعند قيام الدائن بإعلام كافة الشركاء أو عن طريق ممثله القانوني فيكون على جميع الشركاء إدخال الدائن أو من يمثله في إجراءات القسمة رضائية كانت أم قضائية ويشترط عند إجراء القسمة القضائية في هذه الحالة أن يتم ادخال الدائن كشخص ثالث في الدعوى وهي تتبع في إجراءاتها لقانون أصول المحاكمات المدنية⁽²⁾ ويكون ذلك بناء على طلب المعارض أو المستحق أو بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على قرار المحكمة إذا رأت ضرورة للدخول، وهناك من الحالات في القسمة الرضائية لا يشترط أن يقوم الدائن بأعلام معارضته للمدين ولباقي الشركاء كون هذه المعارضة قد تحققت، فإذا كان المدين قد رهن حصته الشائعة للدائن لدى الدائرة الرسمية وقام بالتسجيل حسب الأصول، فيكون لهذا الدائن حق امتياز على المال الشائع ولا تجري القسمة دون فك هذا الرهن من قبل المدين المرتهن وبذلك يكون لدى الشركاء علم بهذه المعارضة من قبل الدائن، فلا يمكن أن تجري القسمة الرضائية وتسجل لدى

(1) السنهاوري، احمد عبد الرزاق، حق الملكية، الوسيط، ج 8، المرجع السابق ص 938

(2) المادة (82) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001. والتي تنص على ما يلي: "1- للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة. 2- إذا أدخل مدعى عليه في الدعوى فلا تسري عليه الإجراءات المتخذة فيها إلا من تاريخ تبليغه بلائحة الدعوى". انظر: هزيم، ربحي: مرجع سابق، ص 74-78. وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية نقض مدني رقم 2004/22 و 2004/66، و 2004/28 قرار رقم 71 بتاريخ 2004/5/2، مجموعة الأحكام القضائية، ج 1، مرجع سابق، ص 509. "أن المادة 1/82 من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية لسنة 2001 نصت بأن "المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة ولا يجوز للموكل إذا نقلت بالوكالة حق للغير أن يلغي الوكالة أو يقيد بها دون موافقة من صدرت لصالحه وذلك أن المادة 11/ ب من القانون رقم 51 لسنة 1958 اعتبرت الوكالة الدورية واجبة النفاذ بحق عاقيدها وملزمة لطرفيها ويلتزم البائع بالتقيد بها ولا يملك أن يجري أي تصرف بالمال غير المنقول موضوع الوكالة، استقر القضاء على أن عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي يرد على العقار يجب أن يسجل في دائرة تسجيل الأراضي كشرط لانعقاده حسب نص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة، أن لائحة الدعوى واللائحة الجوابية هي التي تبين نطاق الدعوى من حيث موضوعها وسببها وأطرافها".

المرجع الرسمي دون اعلامه من قبل دائرة التسجيل⁽¹⁾، ويستوي مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءا مفزرا من المال الشائع، وسجل عقد البيع فهذا أيضا يصبح دائنا بالضمان ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده، وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء⁽²⁾. وبيئت المادة 10 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 على أنه إذا ظهر مستحق لارض اميرية أو موقوفة يتصرف فيها شخص بموجب سند تسجيل و اقام عليها هذا الشخص ابنية أو غرسها باشجار واثبت هذا المستحق دعواه باستحقاقه لهذه الارض فانه يجب النظر إلى حالتين:

الحالة الاولى: إذا كانت قيمة الابنية والاشجار تزيد عن قيمة الارض فان الباني يؤمر بان يدفع قيمة الارض للمستحق ويستمر بتصرفه بها باعتبارها أنها أصبحت ملكه.

الحالة الثانية: إذا كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الابنية أو الاشجار فان المستحق يؤمر بدفع قيمة هذه الابنية أو الاشجار وتصبح ملكه.

هذا وتبين المادة 17 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة⁽³⁾ أن دعاوى الاستحقاق يشترط اقامتها امام المحكمة المختصة -وذلك في حالة دعوى ازالة الشيوخ بالمزاد العلني - قبل الاحالة القطعية لطرح للعقار للمزايدة (البيع بالمزاد العلني)، وبيئت أيضا أنه "لا يجوز للمحاكم سماع دعوى الاستحقاق من المدعي بالاستحقاق بعد الاحالة القطعية للمزايدة"⁽⁴⁾، إلا إذا كان لديه معذرة مشروعة واثبت ذلك، إلا أنه إذا لم يكن لهذا المدعي بالاستحقاق أي حق من قريب

(1) نقض مدني 2003/15 قرار رقم 37، تاريخ 2003/10/30، صادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، جزء اول، ص 490، مرجع سابق، وينص على ما يلي: "إذا كان اعتراض المدين منصبا على إجراءات دائرة التسجيل المتعلقة بالمزاد العلني، فلا يسوغ تاخير معاملات المزايدة المنصوص عليها في المادة 6/13 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين اما إذا كان الاعتراض منصبا على امور غير إجراءات دائرة التسجيل كإيفاء الدين فان من حق المحكمة اصدار القرار بتاخير معاملة المزاد إذا رات ما يبرر ذلك ورافق بالدعوى الكفالة القانونية".

(2) انظر المادة 5 والمادة 10 والمادة 13 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم 46 لسنة 1953 والقانون المعدل رقم 23 لسنة 1965. انظر السنهاوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8 المرجع السابق ص 939.

(3) المادة 17، فقرة أولى من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953.

(4) المادة 17 فقرة (2) المرجع السابق.

أو بعيد بالعقار المطروح للمزايدة فإنه يلتزم بدفع كافة المصاريف التي تضمن عطل وضرر التأخير عن المزايدة.

ثانياً: أثر تدخل الدائن على معارضة القسمة أو تدخله في إجراءاتها:

يعتبر الدائن منذ معارضته على القسمة الرضائية أو تدخله في إجراءاتها طرفاً في القسمة فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا بحضوره، حيث الغرض من هذا الاجراء هو الاطلاع على سير اجراءات القسمة، بما يحقق مصلحته ويحافظ على حقوقه، فمثلاً قد تنتهي المفاوضات في القسمة إلى بيع المال الشائع في المزاد العلني إذا لم يكن المال الشائع قابلاً للقسمة أو في تعيين خبير، أو تكون القسمة بطريق التجنيب أو التصديق على حكم القسمة فيجب أن تكون هذه الإجراءات جميعها في مواجهة الدائن وحضوره⁽¹⁾. فإذا كان يوجد أية محجوزات أو رهونات على القطعة فيجب أخذ موافقة الجهة الحاجزة أو الرهانة بظهر عقد الإفراز أما إذا كان محجوزة لدين و لم يتم حضور الجهة الحاجزة فإنه لا تتم معاملة الإفراز إلا بعد اعلامه بضرورة اقامة دعوى لدى المحكمة المختصة خلال اسبوع والا يسقط حقه في الاعتراض في المستقبل وتعتبر عدم اقامة الدعوى موافقة على القسمة حسب نص المادة (5) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 وحسب قانون وضع الأموال غير المنقولة تاميناً للدين رقم (46) لسنة 1953. صحيح أن القانون قد كفل للدائن حق التدخل في اجراءات القسمة ولكن لا يجوز أن يمنع مدنيه من التصرف في حصته أو أن يستغلها أو يؤجرها أو أن يرتب حقوقاً عينية عليها فان المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها وهذا ايدته محكمة التمييز الاردنية والمذكور سابقاً "ان وجود حجز على بعض حصص العقار المطلوب قسمته لا يمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوخ، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي

(1) السنهاوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8 مرجع السابق ص940. جاء في القرار التمييزي رقم 40 لسنة 1963، صفحة المجلة 167، ج2 "ان وجود حجز على بعض حصص العقار المطلوب قسمته لا يمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوخ، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي تختص له بنتيجة القسمة " كبيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص482.

تختص له بنتيجة القسمة" (1)، مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البوليصة⁽²⁾، طبعاً إذا لم يتدخل في إجراءات القسمة أما إذا تدخل في إجراءات القسمة فيسقط حقه في هذه الدعوى. أما في حالة إتمام القسمة من قبل الشركاء بالرغم من معارضة الدائن لها أو لعدم دعوته من قبل الشركاء فإنه وبهذا الخصوص تنص المادة (842) من القانون المدني المصري على ما يلي " 1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يبيع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة (3). وعلى ذلك فإنه في القسمة القضائية تكون غير نافذة بحقهم ومن دون أن يثبت هؤلاء الدائنون تواطؤ الشركاء أو غش المدين، ولكن يشترط أن يثبتوا بأن هناك ضرراً لحق بهم، كأن يكون الشريك المدين قد هرب حصته إلى شريك آخر وذلك بالتنازل عنها بموجب عقد بيع وقت القسمة أو عقد تخارج إذا كان المتقاسمون من الورثة ويقصد بالتخارج: هو أن يتصلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم سواء كان هذا الشيء من التركة أم من غيرها، أو أن حصة الشريك المدين أقل من حصته الحقيقية وارتضى بها امام الدائن من عدم المبلغ المستحق، وان المال الشائع بيع بثمان أقل كثيراً من قيمته الحقيقية، وفي حالة تم إثبات هذه الحالات التي تلحق بالدائن ضرراً تعتبر القسمة غير

(1) قرار تمييز رقم 40 لسنة 1963، سنة النشر 1963، صفحة المجلة 163، جزء 2. وانظر السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط جزء 8، مرجع سابق، ص 937. انظر سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، ص 144، مرجع سابق. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص 482. مرجع سابق.

(2) انظر: هزيم، ربحي: رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 59. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص 484، مرجع سابق.

(3) تطابقها المادة (978) من مشروع القانون الفلسطيني، وتطابقها المادة 796 مدني سوري. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص 484، مرجع سابق.

المادة (1045) من القانون المدني الأردني. " 1- لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة رضائية كانت او قضائية وذلك بانذار يبلغ إلى جميع الشركاء إذا كانت رضائية أو بالتدخل امام المحكمة إذا كانت قضائية 2- لا تنفذ القسمة في حق الدائنين إذا لم يدخلهم الشركاء جميعاً في جميع الإجراءات ".

نافذة ويعود المال إلى حالته الأولى الشائعة بالنسبة إلى هذا الدائن⁽¹⁾ وتجري القسمة من جديد بناء على طلب احد الشركاء ومنهم دائن المدين الشريك.
ثالثاً: تعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به.

إذا رضي الدائن بتعويضه عن الضرر الذي لحق به جراء عدم دعوته للقسمة أو جراء بيع المال الشائع بأقل من قيمته الحقيقية بأن دفع لهذا الدائن الفرق ما بين القيمة الحقيقية لحصة المدين الشريك وما بين قيمة حصته المباحة ورضي بها الدائن فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن بهذه القسمة.

اما إذا دعي الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة ولم يتدخل أو لم يقدم اعتراضه مع علمه بالقسمة، فانه وحسب ما بينه المشرع المصري وفي حالة تحقق الغرض السابق بعدم تدخله رغم دعوته لذلك أو لعدم معارضته مع علمه بالقسمة فلا يحق الطعن لاحقاً إلا إذا كان هنالك غش، وبهذا ورد نص المادة (842) مدني مصري كما يلي: "اما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش"⁽²⁾. ومن هنا لا مسؤولية على الشركاء المتقاسمين في حالة تحقق الغرض المذكور وسواء كان الدائن مقصراً أو غير ذلك فإن هذه القسمة تكون نافذة بحقه أي بحق الدائن إلا إذا قام الدائن وطعن بهذه القسمة التي تمت فيما بين الشركاء ومن بينهم الشريك المدين وتكون طريق الطعن فيها بالدعوى البوليسية في حالة الغش.⁽³⁾ ويقع عبء الاثبات على الدائن الذي لم يتدخل في هذه القسمة بعد دعوته حسب الاصول، بغض النظر عن الاسباب التي منعت من التدخل في الاجراءات إذا اثبت تواطؤ مدينه مع الشركاء⁽⁴⁾.

(1) انظر مرسى، محمد كامل، الحقوق العينية الاصلية، ج5، اسباب كسب الملكية، الميراث وتصفية التركة، 1371هـ- 1951. السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8 المرجع السابق ص 942. الصدة، عبد المنعم فروج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة القانون اللبناني والقانون المصري، ص219، مرجع سابق.
(2) مطابقة لنص المادة (978) من المشروع المدني الفلسطيني، ومطابقة للمادة 796 مدني سوري.
(3) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8، فقرة 570، ص943، مرجع سابق. كيرة، حسن، أصول القانون، مرجع سابق، ص484.
(4) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص250-251.

المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء

هناك خيارات ما بين القسمة الرضائية وما بين القسمة القضائية وهذه الخيارات تعطى للشركاء فيها وذلك من خلال شروط كل منها ومن خلال اسمها الذي يدل على الرضاء وهو شرط من شروطها بحيث لا تصح القسمة من دونه، وعليه سندرس هذه الخيارات في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مدى إلزامية عقد القسمة الرضائية للشركاء

ابتداء يشترط في القسمة الرضائية الإجماع من قبل جميع الشركاء على اجراء القسمة (كما سبق ذكره) وعليه فإن حصل هذا الإجماع فإن القسمة تتم ما بين الشركاء أو ما بين من ينوب عنهم بذلك، وبالطريقة التي يرونها مناسبة لهذا الغرض⁽¹⁾ وهذا ما اوضحته المادة (834) مدني مصري والمادة (972) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني)، وتنص المادة 27 فقرة 1 من قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "لشركاء في الأرض المملوكة على الشيوع أن يقتسموا هذه الأرض بالطريقة التي يرونها"⁽²⁾.

أما إذا لم يكن هناك إجماع من قبل جميع الشركاء فلا نكون امام قسمة رضائية وهنا قد يلجأ الشركاء إلى قسمة أخرى وهي القسمة القضائية. وبهذا الخصوص ورد نص المادة (1040) من القانون المدني الأردني على ما يلي: (يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع، ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك أن يطلب القسمة القضائية) وجاءت المادة الخامسة من قانون تقسيم

(1) إذا صدر حكم قطعي بالموافقة على قسمة رضائية بتخصيص قطعة ارض للمميز وقطعة اخرى للمميز ضده فلا يقبل ادعاء المميز بان له حصصاً في القطعة الاخرى لانه ادعاء ضد ما هو ثابت قانوناً وللتناقض مع دعوى ثانية صدر فيها حكم قطعي اقامها المميز بطلب منع معارضة المميز ضده له وادعى فيها أن حصص المميز ضده قد انتقلت إلى القطعة الاخرى. رقم القرار: 391 / 1964، لسنة: 1964: صفحة رقم: 186. نصت المادة 1158 من المجلة على أن: "إذا جرى الاقتراع اثناء القسمة على أكثر الحصص مثلاً وبقيت واحدة واراد احد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فلا رجوع". انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125. كبيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص482-483، مرجع سابق.

(2) مطابقة للمادة 834 مدني مصري والمادة 972 مشروع مدني فلسطيني.

الأموال غير المنقولة المشتركة⁽¹⁾ لتنظيم أسلوبيين لإجراءات القسمة الرضائية " الأول حق الشركاء أنفسهم لإجراء التقسيم على النحو الذي يحلو لهم، ويفوضون في الثانية منهما دائرة التسجيل لإجرائها⁽²⁾ .

وعليه فإن إلزامية عقد القسمة تتحقق بتحقيق شروطه ولا يستطيع احد الشركاء منفرداً الاحتجاج بعدم قبوله لهذه القسمة إذا تم تسجيلها لدى المرجع المختص⁽³⁾، وعليه فإن عقد القسمة لا ينهي حالة الشبوع في حال عدم إجماع الشركاء عليها وتسجيلها.

أما في حالة الاتفاق الجزئي على القسمة فقد اعتبر القضاء المصري أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً وهو وان كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزماً لكل من وقعه، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع، إذ تنصرف آثار العقد إليه وللخلف العام بعده، حيث يظل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه، الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه⁽⁴⁾ وقد درجت المحاكم على اعتبار عقد القسمة الذي لم يوقع من جميع الشركاء ليس باطلاً⁽⁵⁾ ويستطيع هذا الشريك

(1) رقم (48) لسنة (1953)

(2) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 142، للمساوي، مرجع سابق، هامش ص 348. انظر المادة 17 من قانون الأراضي التي تنص على ما يلي: "لا يمكن تقسيم الأراضي بدون إذن وانضمام معرفة مأموراه وبدون حضور المتصرفين بها أو وكلائهم الشرعيين وإذا بالافتراض جرت القسمة بدون ذلك فلا تعتبر تلك القسمة".

(3) المادة 16 من قانون الأراضي العثماني، بعد أن تكون قسمات الأرضون على الوجه المبين بالمادة السابقة وكل من المشتركين عين الحدود وضبط حصته على حدة وتنصرف بها فلا يقدر البعض منهم أن يلغي القسمة السابقة ويندبهم إلى إعادة القسمة".

(4) انظر كبره، حسين، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 465. تمييز رقم 169، سنة 1961، صفحة 540، جزء 1، سنة النشر 1961 "ان القسمة القضائية تعتبر صحيحة وملزمة للشركاء ولو لم يتم تسجيلها لدى المرجع المختص.

(5) طعن رقم (78) لسنة 22 ق - جلسة 1955/5/19 " عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عند التوقيع بيبطل العقد قائماً للشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء ". "القسمة ملزمة لمن اجراها، ولو لم تسجل في السجل العقاري، لأن العقد شريعة المتعاقدين (قر 170 تا 1968/6/19 المحامون عدد 10 و 11 لعام 1968 ص 302 رقم 399)، سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، هامش ص 143. انظر بهذا المعنى، الجمال، مصطفى، نظام الملكية، في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ص 262-263. انظر بهذا المعنى مراد، عبد الفتاح، دعاوى بيع العقارات، شرح تفصيلي للإجراءات العملية لدعاوى بيع العقارات في قانون المرافعات والقانون المدني وقانون الحجز الاداري، يطلب من المكتبات الكبرى، 1995، ص 398. انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص 234. السنهوري، حق الملكية، ج 8، ص 893. مرجع سابق.

الذي لم يحضر القسمة ولم يوقعها عند إجرائها فله بعد ذلك إقرار هذه القسمة والتوقيع عليها لاحقاً، ويكون لورثته من بعده اجازة هذه القسمة والاقرار بها عن مورثهم وتكون عندئذ ملزمة للجميع حيث يعتبر "عقد القسمة من العقود التي لا لشخصية عاقدتها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجرائها قضاء ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه احد الشركاء ممن اختص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة منه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، ومن ثم فإنه لا ينقضي بموت ذلك الشريك"⁽¹⁾، اضافة إلى ذلك فان عقد القسمة يعتبر من العقود التي يجوز التوكيل بها، فإذا اقر الوكيل عن الشريك الغير الذي لم يكن طرفاً في هذه القسمة الجزئية فان القسمة تلزم هذا الشريك باقرار وكيله مما يعني أن عقد القسمة ليس لشخصية عاقدته أي اعتبار إذا كان هناك من يمثلهم.

الفرع الثاني: جواز فسخ عقد القسمة الرضائية والطعن به وحالاته:

اوضحنا أن عقد القسمة ملزم لأطرافه (وهم الشركاء المتقاسمون) وكما سبق ذكره، إذا ما تحققت شروط القسمة من إجماع وحضور وأهلية والتسجيل إلا أنه وفي نفس الوقت وحفاظاً على حقوق بعض الشركاء الذين لحق بهم ضرر جراء قسمة المال الشائع، بطريقة الغش أو غبن أو طريق آخر قد لا يلتفت إليها المتقاسم وقت القسمة، لسبب أو لآخر، وحيث أن القسمة الرضائية عقد كسائر العقود، فانه تسري عليه أحكام سائر العقود من حيث طرق ووسائل واسباب الطعن فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد.

ومن الحالات التي يجوز الطعن بها في القسمة الرضائية ما يلي:

الحالة الأولى: قد يطعن في القسمة الرضائية (الاتفاقية) بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون باطلاً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان⁽²⁾. وقد تبطل القسمة لاستحقاق المال الشائع وبهذا الخصوص جاء نص المادة

(1) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، هامش ص 465.

(2) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص660. مرجع سابق.

(1052) من القانون المدني الأردني على أنه "تبطل القسمة إذا استحق المقسوم كله أو جزء شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقي منه " وهو نفس الحكم الذي جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (1125) منها والتي تنص على ما يلي " يشترط أن يكون المقسوم ملكا للشركاء حين القسمة فلذلك لو ظهر مستحق لكل المقسوم بطلت القسمة وكذلك لو ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كنصفه أو ثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار تقسيم المقسوم، ونستطيع أن نرى أن الحكم الذي جاءت به المادة 1052 مدني اردني مقارنة مع اصلها المادة 1125 من المجلة هو حكم ناقص وذلك لعدم ذكر حالة الاستحقاق لجزء مفرز كما هو في حكم المجلة، على كل حال فإذا ظهر مستحق لحصّة واحدة من اصل حصتين مثلاً بطلت القسمة وتكون الحصّة الباقية مشتركة بين اصحاب الحصص الآخرين و إذا ظهر مستحق لمقدار معين في حصّة أو لجزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصّة مخيراً أن شاء فسخ القسمة أو عدم فسخها⁽¹⁾، ويرجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصّة الأخرى، فعلى سبيل المثال: لو قسمت عرصة⁽²⁾ مساحتها مائة وستون ذراعاً إلى قسمين فظهر بعد التقسيم مستحق لنصف حصته، فلصاحب الحصّة أنشاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بربع حصته يعني يأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً و إذا ظهر مستحق لمقدار معين من كل حصّة فإذا كانت الحصص متساوية فلا تفسخ القسمة، و إذا كانت حصّة احدهما قليلة وحصّة الآخر كثيرة فيعتبر مقدار الزيادة فقط ويكون كأنما ظهر مستحق لمقدار معين في حصّة واحدة ويكون من اصاب حصته اكثرية الاستحقاق مخيراً كما مر سابقاً أن شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان "، وأكدت المادة (35) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على الحكم السابق فنصت على ما يلي " 1- إذا استحققت الارض المملوكة على الشيوخ جميعها تنفسخ القسمة 2- إذا وقع الاستحقاق على جزء شائع من الارض وجب إعادة القسمة فيما بقي منها "

(1) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص658، المادة 1046.

(2) العرصة: الأرض الخالية من البناء.

وهو نفس الحكم الذي جاءت به المجلة العدلية. وقد تبطل أيضاً قسمة الفضولي إذا لم يجزها الشركاء قولاً أو فعلاً وهذا ما نصت عليه المادة (1053) من القانون المدني الاردني⁽¹⁾.

الحالة الثانية: قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالابطال لنقص الأهلية، وعلى هذا فإن قانون تسجيل الأموال غير المنقولة في المادة (8)⁽²⁾ قد بين أن الأراضي التي تمت بها اعمال التسوية لا يجوز الطعن بها باي حال من الاحوال وان من له أيحق على العقار الذي تمت تسويته أن يدعي بالتعويض، وقد بينت المادة (8/ج) من القانون المذكور على جواز اقامة الدعوى على أي شخص من الاصول أو الفروع أو الغير سجلت وسويت هذه الارض باسمه لدى المحكمة المختصة وذلك في حالة كان هناك غائب او مجنون ومعتوه او قاصر. وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالابطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشركاء مثلاً في غلط جوهري في قيمة احد أعيان الأموال الشائعة فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها طلب أبطال القسمة الاتفاقية للغلط⁽³⁾. والبطان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من اركان العقد⁽⁴⁾. وكذلك قد يطعن بإبطال القسمة الاتفاقية بسبب التدليس أو الإكراه وقد نصت المادة (981) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على هذا الحكم⁽⁵⁾.

(1) انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص 77. انظر المادة (983) مشروع مدني فلسطيني وتنص على: "تجوز قسمة الفضولي وتتعقد موقوفة على اجازة الشركاء في المال المقسوم صراحة أو ضمناً.

(2) قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، قانون رقم 6 لسنة 1964

(3) انظر: كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص 469. مرجع سابق. انظر: النقض رقم 11 مايو 1944، مجموعة قواعد النقض المدنية في 25 عاماً، قسمة رقم 22، ص 887، نقلاً عن كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية هامش ص 469. مرجع سابق.

(4) السنهاوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 898-899.

القره داغي، علي محيي علي، مبدا الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان، 1423هـ-2002ص 373.

(5) 1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه قد لحقه منه غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. 2- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته. مطابقة للمادة 845 مدني مصري. كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص 469، مرجع سابق.

الحالة الثالثة: اعطى المشرع الحق للمتقاسمين حق إبطال القسمة إذا اجمعوا على ذلك وان تتم مرة أخرى وبالطريقة التي يرونها مناسبة، فإذا كانت هذه القسمة تتم بالإجماع والرضاء فمن الأولى أن يتم إبطالها أي اقالتها أيضاً بنفس الطريقة التي اجمعوا عليها عند القسمة فان المادة 1048 من القانون المدني الأردني بينت أيضاً طريقة الرضا في فسخ عقد القسمة الاتفاقية وذلك بعد موافقة الشركاء جميعاً على اقالة القسمة وفسخ القسمة واعادة المقسوم مشتركاً بينهما كما كان، وهو نفس الحكم الذي يجري على عقد البيع جواز فسخ العقد بالاقالة⁽¹⁾.

الحالة الرابعة: قابلية القسمة للإبطال ونقدتها بسبب الغبن: فقد يلحق بعض المتقاسمين كما ذكرنا سابقاً عيب من العيوب التي تبطل هذا العقد الرضائي، وجاء القانون المدني المصري في النص السابق أن القسمة تنقض وتعتبر قابلة للإبطال إذا لحقه غبن⁽²⁾ ويلاحظ أن الغبن إذا وقع في القسمة الرضائية تكون قابلة للإبطال وهذا لا يكون في القسمة القضائية ويشترط أن الغبن يزيد على الخمس حسب ما جاء في المادة السابقة، فإن كان قيمة الغبن أقل من خمس قيمة المقسوم فلا تسمع دعوى الغبن⁽³⁾.

وكون الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يجيز نقضها فإذا وقع الغبن وكان يزيد عن الخمس وقت القسمة، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون الذي وقع الغبن بحقه⁽⁴⁾. وان عبء إثبات الغبن يقع على المغبون أمافي حالة أن أجاز الشريك الذي وقع الغبن في حصته القسمة الرضائية صراحة أو وضمنياً و رضى بها بعد علمه بالغبن الذي وقع في حصته فإن هذا العقد يعتبر غير قابل للنقض⁽⁵⁾.

(1) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص658، المادة 1048 والمذكرة الإيضاحية.
(2) تنص المادة 981 من المشروع المدني الفلسطيني على أن: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ما لم يكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته". انظر المادة 128 من المشروع المدني الفلسطيني. - انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية، ص224-226، مرجع سابق. انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص 237.
(3) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص473، مرجع سابق.
(4) سنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج8، مرجع سابق، فقرة (546) ص 901. انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص78.
(5) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص474، مرجع سابق.

والغبن قد يقع نتيجة للغلط في قيمة الشيء ويكون عقد القسمة قابلاً للإبطال بسبب الغلط إذا توافرت شروطه وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن، وقد يقع خطأ في الحساب عند القسمة فلا يكون سبباً لا للإبطال للغلط ولا للنقض للغبن ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذي ترتب عليه الخمس أو أقل، ونصت المادة (36) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ذلك بأنه: "يجوز فسخ القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد الشركاء أنه قد لحقه من جراء القسمة غبن يزيد عن الخمس وتكون العبرة في التقدير بقيمة الأرض وقت القسمة".⁽¹⁾

وقد وضع مقدار الغبن الخمس أسوة بالعيب في بيع عقار القاصر لأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية⁽²⁾. وهذا ما أكدته المادة (845) من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي: (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة).

فمثلاً إذا كان قيمة المال الشائع تقدر بـ (5000) دينار وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية فالواجب أن تكون حصة كل واحد منهم هي (1000) دينار فإذا كانت حصة أحدهم هي (800) دينار وما فوق فلا يعتبر هذا الشريك مغبوناً كون حصته هي (200) دينار فإذا زادت قيمة الغبن عن (200) دينار يستطيع أن ينقض القسمة للغبن الذي لحقه في حصته كان تكون حصته مثلاً (800) دينار أو أقل وقد تكون القسمة في أموال متعددة مثل عمارات أو أراضٍ فإذا كان مجموع ما أصابه من غبن في جميع هذه القسمة يزيد عن الخمس من حصته فإنه يستطيع نقض هذه القسمة بسبب الغبن وإلا فلا تكون النسبة التي إصابته من غبن ضمن النسبة القانونية التي لا تستطيع الاحتجاج بنقض القسمة لأجلها.

(1) انظر بهذا المعنى: السنهاوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، المرجع السابق، ص 902. كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص472، مرجع سابق.

(2) السنهاوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، المرجع السابق، ص 903.

"ويتضح أن نقض القسمة للغبن لا يكون إلا في القسمة الاتفاقية، كون كل الاحتياطات في القسمة القضائية قد اتخذت لمنع الغبن فيها⁽¹⁾ وايضا لا يسري حكم نقض القسمة للغبن على قسمة المهايأة⁽²⁾ .

وعليه إذا وقع الغبن في القسمة يزيد على الخمس، فيكون غبناً جسيماً (فاحشاً)، كان هذا عيباً كافياً بذاته لطلب نقض القسمة فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال، فالمشرع يقيم الغبن على اساس مادي بحت⁽³⁾ .

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمة بالغبن أن يكون الغبن الحاصل في القسمة نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامع من الشريك المغبون كما تتطلب المادة (1/129) مدني مصري في الغبن الذي يقع في العقود الأخرى، أي بمعنى أن الطالب في العمل أن يكون هذا الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين (120) مدني مصري، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن⁽⁴⁾، ويقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو اكراه⁽⁵⁾ أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً للإبطال للغلط، ولا للنقض بالغبن، والخطأ في الحساب يجب تصحيحه ايا كان مقدار الخطأ (م 123 مدني مصري)⁽⁶⁾ ويجوز نقض القسمة للغبن سواء كان الشريك المغبون قاصراً أو رشيداً⁽⁷⁾ حيث أن فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة والعدل بين المتقاسمين، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن في

(1) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع، واحكام دعوى الفرز والتجنيب، فقها وقضاء، ط6، 1998، دار محمود للنشر والتوزيع.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 254

(3) عرفت المادة 146 من القانون المدني الارني: الغبن الفاحش في العقار وغيره " هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين".

(4) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص 254

(5) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء،، مرجع سابق، ص 87.

(6) السنهاوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، مرجع سابق، ص 1195. تطابقها المادة 156 مدني اردني. انظر الطعن رقم 910 لسنة 49 ق - جلسة 1983/3/22، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء اول، ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص399.

(7) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء،، مرجع سابق، ص 88

بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس⁽¹⁾ كما جاء في المادة (425) مدني مصري، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقاراً، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية⁽²⁾ ومن هنا نرى أنه إذا كان الغبن يزيد عن الخمس في القسمة الرضائية فإن القسمة تبطل وهو ما ينطبق على العقد البيع مما يؤكد أنها يجري على عقد القسمة يجري في عقد البيع سواء في الفقه أو في القانون الوضعي ومنه القانون المدني المصري الذي نأدى باحادية الأثر المترتب على القسمة وهو الأثر الكاشف.

ولقد بينت المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية درجات الغبن الفاحش حيث ورد النص كما يلي: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة، اما المادة 356 وما بعدها من المجلة، والمواد 1127، 1160 منها. فهناك رأيان في المذهب الحنفي: الأول - لا تنتقض القسمة ولا يلتفت للإدعاء لأنها في معنى البيع، فلو حصل رغبي بيع شخصين ورضي به المغبون عند البيع فليس له الرجوع في ذلك البيع . والثاني - تنتقض القسمة بالغبن الفاحش لأنه لم يتحقق العدل فيها، فقد رضي بحصته من القسمة الرضائية لأنه يعتقد العدل في القسمة، فإذا تبين عكس ذلك نقضت القسمة"⁽³⁾.

وبهذا الخصوص نص المادة 1050 من القانون المدني الأردني على ما يلي:

- (1) يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة. 2- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة.)

(1) منصور مصطفى منصور، مرجع سابق. ص 185. البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 88

(2) إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "

(3) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج9، ص420-422، مرجع سابق.

- انظر: عبد الناصر شنيور، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص83.

وايضاً فان الغبن الفاحش طبقاً للمادة 146 مدني اردني هو: "ما لا يدخل تحت تقويم المقومين". وقد حدد المشرع المصري كما ذكرنا سابقاً أن قيمة الغبن التي تجيز فسخ القسمة بالخمس واكدت على ذلك في قرارات محكمة النقض المصرية ما يلي: "جعلت المادة 845 من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن اسقاط الطاعة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"⁽¹⁾.

نرى أن المشرع المصري في المادة 845 قد حدد الغبن ما يزيد عن الخمس لنقض القسمة بينما المشرع الأردني قد حدد أن يكون الغبن فاحشاً وهي مسألة تقديرية للقاضي، واعتقد أن الغبن في القانون الأردني لا يقل عن الخمس.

الحالة الخامسة: فسخ القسمة لوجود دين على التركة:

قد تفسخ القسمة لوجود دين على التركة بعد وفاة المورث فقد نصت مجلة الاجكام العدلية في المادة (1161) والتي تنص على: (إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو ابراهم الدائنون منه أو كان لميت مال آخر غير المقسوم واوفى الدين منه فعند ذلك لا تفسخ القسمة)، وهذا ما أكدته المادة 1046 من القانون المدني الأردني على ما يلي: (إنظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو ابراهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا آخر غير المقسوم وسدد منه الدين) .

وقد شرعت هذه المادة لحماية الدائنين الذي لا يعلمون بتقسيم التركة بعد وفاة المورث ، ولا خلاف في أن الدين مقدم على الإرث فإذا كان هذا الدين أكثر من العقار المراد قسمته، فلا تركة

(1) طعن رقم 359 لسنة 34ق، جلسة 1968/12/5س 19ص 1480، والطعن رقم 51 لسنة 40ق -جلسة 1975/4/1س 26ص 728، عبد التواب، معوض، جزء 4، ص 325، مرجع سابق

و إذا لم يكن محيطاً منع الورثة من التصرف في التركة أو قسمتها حتى يؤدي الدين من ثم فإن
القسمة تفسخ إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الدائنون
منه أو كان للميت مال آخر غير المقسوم وسدد منه الدين، وقد تفسخ القسمة لأسباب أخرى وهي
ظهور موصى له أو وارث آخر⁽¹⁾.

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1046، ص 658. انظر المادة 161 من مجلة الأحكام العدلية.
قدادة، خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص 275-280.

الفصل الثاني

القسمه الرضائية إجراءاتها وآثارها

الفصل الثاني

القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها

المبحث الأول: إجراءات القسمة الرضائية

لقد حدد القانون إجراءات معينة ينبغي مراعاتها لإجراء القسمة الرضائية كون هذه القسمة كما أسلفنا هي إفراد وتعيين حصة كل من المشتاعين من المال غير المنقول وهذه الإجراءات قد تكون مادية و/أو قانونية فالإجراءات المادية التي تقع على أرض الواقع أي على العقار نفسه من تحديد لهذه الحصة باوتاد حديدية أو سلاسل حجرية أو اسمنتية ومن الإجراءات القانونية مسحها وبيانها على أوراق رسمية يعتد بها أمام الدوائر الرسمية وهذه الإجراءات تقع على جميع أنواع العقار بلا استثناء إذا كان قابلاً للقسمة وبقسمته لا تفوت منفعته على الشركاء، وهناك طرق بينها القانون وبغيرها فإن هذه القسمة تكون ناقصة يجب إكمالها.

وعند اكتمال متطلبات معاملة التقسيم والإفراد بين الشركاء يتم تقديم المعاملة أمام دائرة التسجيل وفق الشروط التي تم ذكرها ليقوم مأمور التسجيل بإجراءاته التي تضمن لكل متقاسم حصته المتفق عليها ويختص بها دون باقي الشركاء ويحصل على سند تسجيل بتلك الحصة، وقد تكون المقاسمة أمام المحكمة حسب لشروط السابقة، وإن المحكمة المختصة في نظر دعاوى القسمة هي محكمة الصلح حيث نصت المادة 39 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية⁽¹⁾، على ما يلي: "تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي: - 2- الدعاوى الاتية مهما بلغت قيمتها: -

أ- تقسيم الأموال المشتركة المنقولة وغير المنقولة."

وحيث أننا بصدد الحديث عن القسمة الرضائية فإن طريقة القسمة الرضائية التي تتم أمام المحكمة هي القسمة المتفق عليها بين الشركاء مسبقاً وتتم المصادقة عليها من قبل المحكمة وذلك

(1) رقم (2) لسنة 2001، نصت المادة 973 من المشروع المدني الفلسطيني على: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشبوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام قاضي الصلح لإجراء القسمة". انظر المادة 1040 من القانون المدني الأردني.

بعد تقديم كافة المخططات والاتفاقيات المبين فيها اوصاف العقار والحصص المفترزة التي اختص بها كل من الشركاء وتم التوقيع على المصالحة (تفافية القسمة) من قبل جميع المتقاسمين أو من يمثلهم، وبإصدار قرار المحكمة على هذه القسمة تكون قد اخذت الصفة النهائية لتنفيذها لدى دائرة تسجيل الأراضي حسب ما جاء في قرار الحكم أن كانت هذه الاراض قد تمت اعمال التسوية عليها أو تنفذ هذه المصالحة امام دائرة ضريبة الاملاك إذا كانت داخل حدود البلدية-اراضي ملك- وفي كلا الحالتين يجب المصادقة على هذا الإفراز من البلدية أو المجلس البلدية أو القروية ليكون هذا الإفراز حسب مخططات التنظيم في البلدية.⁽¹⁾

وقد يبقى حكم القسمة دون تنفيذ لدى اية جهة إذا كانت هذه الارض خارجة عن منطقة التنظيم -الأراضي الواقعة خارج المدينة والتي لم تحول إلى ملك ولكن تكون هذه القسمة قد اخذت صبغة قانونية لتصرف كل شريك بجزء مفترز بموجب هذا الحكم.

المطلب الأول: اجراءات القسمة الرضائية في العقار:

تنص المادة (5) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 على طريقتين للقسمة الرضائية كما يلي:

اولا: إذا اتفق جميع الشركاء على قسمة مال غير منقول فيحق لهم: ان يجري التقسيم فيما بينهم على الوجه الذي يرونه ويتفقون عليه ثم يحضرون إلى دائرة التسجيل مصطحبين خارطة تبين حصة كل منهم مفترزة من غيرها ويقرون امام الموظف المختص في دائرة

(1) " أن صلاحية المجلس البلدي فيما يتعلق بمعاملات تقسيم الأراضي الواقعة داخل حدود البلدية وافرازها مقصورة على مراقبة مطابقة مخططات التقسيم والافراز لمخططات التنظيم بصفته لجنة تنظيم محلية وليس له صلاحية مراقبة معاملات التقسيم والافراز من حيث الكيفية التي تتم بها لا من حيث المساحة ولا من حيث الشكل الهندسي، ما لم يتعارض ذلك مع مخططات التنظيم لأن هذه الامور من اختصاص قاضي الصلح في القسمة القضائية ومن حقوق الشركاء وصلاحيات دائرة تسجيل الأراضي في القسمة الرضائية وعليه وبما أن المجلس البلدي قد الغى موافقته السابقة على عملية الإفراز والتوحيد بسبب عدم موافقة المستدعي ضده الثالث عليها لا بسبب مخالفتها لاحكام التنظيم فيكون المجلس بذلك قد تعرض إلى امور تخرج عن اختصاصاته التنظيمية المنصوص عليها في المواد (9/2ب) و (28/1) و (29) من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79 لسنة 1966 وبالتالي يكون قراره معيبا بعبع عدم الاختصاص ومخالفا للقانون وحقيقا بالالغاء".
رقم القرار: 16 / 1994 المنشور في المجلة، لسنة 1995: صفحة رقم: 612. انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص 68-70.

التسجيل صحة المعاملة وموافقتهم على القسمة وفق الخارطة التي أبرزوها، وعندئذ يعطى لكل منهم سند بتصرفه مستقلا.

ثانياً:- أن يراجعوا دائرة التسجيل طالبين إليها أن تتولى معاملة التقسيم وعندئذ يذهب الموظف المختص مصطحباً معه احد المهندسين أو المساحين وبعد الكشف بحضور الشركاء على المحل المطلوب تقسيمه تجري معاملة التقسيم على الوجه المبين الآتي إذا ظهر أن ذلك المحل قابل للقسمة.

يتين من المادة السابقة أن هنالك حالتين من الرضا والإجماع فيما بين الشركاء على القسمة الأولى أن يقوموا بها بأنفسهم ومن ثم إحضار الخرائط التي تم الاتفاق عليها فيما بينهم إلى دائرة التسجيل لاتمام معاملة الإفراز والثانية أن يتم تكليف "الطلب" من دائرة التسجيل اجراء القسمة على ما تم الاتفاق عليه، وهناك حالة ثالثة وهي:

ثالثاً:- ويرى الباحث أنه قد تتحقق حالة أخرى من الرضا وهي إذا اتفق جميع الشركاء على قسمة مال غير منقول فيما بينهم، بعد أن يقوموا بتحضير المخططات اللازمة ويقوموا برفع دعوى صورية امام المحكمة المختصة، ومن ثم يتم الاتفاق فيما بينهم على القسمة بموجب اتفاقية قسمة مبينة الحصص المفروزة التي اختص بها كل واحد من المتقاسمين، وعادة يلجأ إلى هذه الطريقة لاعطاء القسمة صبغة قانونية - كما ذكرنا - في الأراضي التي لم تنته اعمال التسوية فيها، وقد يقوم الفرقاء فيما بعد باجراء اعمال التسجيل الجديد امام دائرة الطابو وذلك لتنتم اعمال الطابو منذ البداية بتسجيل كل حصة مفرزة لكل شريك، لياخذ سنداً مستقلاً عن باقي الشركاء في الحصة المفروزة.

وان هذه الحالات الثلاثة للقسمة الرضائية المذكورة تنطبق على المال غير المنقول إذا كان ارضاً خالية أو كان مقاماً عليها بناء مؤلف من طابق أو عدة طوابق وذلك بالنظر الى انواع الأراضي المشار اليها سابقاً.

ويكون البحث باجراءات قسمة العقار في الفروع التالية:-

الفرع الأول: طريقة المسح و الفرز.

بينت المادة (6) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة بشيء من التفصيل الإجراء الواجب إتباعه لإتمام القسمة والإفراز لحصة كل شريك من الشركاء فقد بينت نوع المال المراد تقسيمه وآلية قسمته والإجراء الواجب اتباعه:

" م / 6 - (1) - إذا كان المطلوب تقسيمه أرضاً أو عرصه يتبع الترتيب التالي:

أ- يمسح المحل المطلوب تقسيمه بالمترو والدونم، ثم يصار إلى إفراز الحصص بعد تأمين المعادلة بينها من حيث مقدار مساحة كل منها وجودة أو رداءة تربتها وشرف موقعها مع مراعاة أية اعتبارات أخرى تزيد أو تنقص قيمتها كما يجب أن يفرز حق الشرب والمسيل والطريق بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن ثم يدعى الشركاء لتقدير قيمة الحصص بالاتفاق فيما بينهم فإن لم يتفقوا على ذلك يعين مأمور التسجيل خبيراً أو أكثر لتقدير القيمة.

ب- إذا ظهر في نتيجة تقدير القيمة أن حصة واحدة أو أكثر غير متعادلة من حيث القيمة مع الحصص الأخرى وجب تأمين التعادل بضم شيء من النقد عليها. (1)

ج- بعد إتمام المعاملة وفق ما مر في البندين السابقين، يحرر محضر بالواقع وتربط به خارطة لجميع الحصص.

د- تخصص الحصص المفروزة للشركاء كل بمفرده بالاتفاق أو بالقرعة ثم يدرج ذلك في محضر يوقع عليه ويختمه جميع الشركاء. (2) بحيث يبين حصة كل واحد من المتقاسمين في

(1) تنص المادة 2/974 من المشروع المدني الفلسطيني على: " إذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً عوض بمعدل عما نقص من نصيبه ""

(2) تنص المادة 976 من المشروع المدني الفلسطيني على: " إذا كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيد تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكماً باعطاء كل شريك نصيبه المفروز ". نصت المادة 30 من مشروع الأراضي الفلسطيني " إذا افترزت الحصص بالاتفاق تصدر المحكمة حكماً باعطاء كل شريك نصيبه المفروز والا تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً باعطاء كل شريك نصيبه الذي افترزته القرعة " .

جدول، ويجب الملاحظة أنه إذا جاء في مخطط الإفرار أن هناك مرافق عامة فإن هذه المرافق تأخذ رقما لحصة -كحصة مفرزة - وتسجل هذه الحصة باسم جميع المتقاسمين، أما إذا ذكر في مخطط الإفرار هناك شوارع عامة فإنها لا تسجل باسماء المتقاسمين كما هو الحال في المرافق العامة.

(2) إذا تعددت المحلات المطلوب تقسيمها واتفق الشركاء على التقسيم يمكن اجراء المعاملة بطريقة قسمة الجمع.⁽¹⁾

(3) إذا كان المال غير المنقول المطلوب تقسيمه مسققات واتفق الشركاء على تقسيمه، ففي هذه الحالة يتولي مأمور التسجيل العمل وفق ما مر في البند (أ) بعد تقويم الأبنية والتعديل بين الحصص.

وبعد التقسيم والافراز والتعديل تقسم الارض إلى قسائم تحمل ارقاما مؤقتة لحين التسجيل في الصخائف، والمقصود بارقام القسائم المؤقتة هي الارقام الجديدة التي تأخذها القسائم من القطعة الكلية التي تم تقسيمها وذلك بعد تجزأتها إلى عدة قطع (نمر) تأخذ كل من هذه القطع رقم متعارف عليه لدى المساحة ولدى دوائر التسجيل، ويتم عرضها على البلدية ليتم المصادقة عليها وللتأكد من عدم مخالفتها للمخطط الهيكلي للمدينة واللوائح التنظيمية للمدينة⁽²⁾.

وعلى المساح المقدر أو الخبراء المعنيين عند التقسيم إذا رؤوا أن هناك بناء على الارض التي تم تقسيمها وقد وقعت على احدى القسائم واختص بها احد المتقاسمين أن يسأل أصحاب العلاقة هل أقيم هذا البناء من مال الشركاء مجتمعين أم أقيم من المال الخاص للشريك الذي اختص بهذه القطعة المفرزة وان يدون جوابهم في تقريره وان يوقع أصحاب العلاقة على ذلك بظهر تقرير كشف لأن الرسوم المقدرة على قيمة هذا البناء اما أن تضاف إلى جميع

(1) تتم مثل هذه المعاملة بين الشركاء إذا كانوا مشتركين في عدة قطع بحيث يقبل كل شريك بالانفراد في قطعة معينة لوحده أو في قطعتين فيكون قد جمع كامل حصصه الشائعة في قطعة واحدة. انظر نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. انظر مجموعة تشريعات الأراضي والمساحة، ص417. انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الأراضي، (معاملات الأراضي، ص20،

(2) انظر المادة 9 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952، وتعديلاته. انظر المادة 6 من قانون تقييم الأموال غير المنقولة، مرجع سابق.

الشركاء إذا أقيم البناء من مال جميع الشركاء وان يتحملها فقط الشريك الذي أقام من ماله الخاص وعلى المساح أو المخمن أو الخبراء أن لا يغفل عن هذه النقطة لأهميتها⁽¹⁾ ومن ثم يقوم المساح المقدر بعد ذلك بجمع القيمة المقدرة لكامل القطعة وقيمة البناء إذا أقيم من المال الخاص بأحد الشركاء ثم يستخرج ما يخص كل شريك من هذه القيمة وذلك بجمع قيمة القطع التي خصصت للقسم⁽²⁾.

الفرع الثاني: كيفية القرعة لاختيار النصيب المفرز

تفرز الحصص بالاقتراع بين الشركاء وتدرج هذه الجهة في المحضر ويكون ذلك بان تفرز الحصص بالنسبة للسهم بعد التعديل ويعلم كل قسم برقم واحد اثنين.. الخ، ثم يكتب اسم كل شريك في ورقة وتطوى بصورة لا يمكن تمييز الواحدة عن اخوتها وتخلط ثم تسحب ورقة وتقرأ فيعطي القسم الأول ذو الرقم (1) إلى الشريك الذي ظهر اسمه، وإذا كان له اجزاء من واحد فاكثر فيعطي حينئذ من الاجزاء المجاورة للجزء الأول ثم يقرع مرة ثانية فيعطي من يظهر اسمه من الاجزاء التي بقيت بعد أخذ الشريك الأول، وهكذا حتى تكمل القرعة والشريك الذي يبقى وحده يأخذ الاجزاء الباقية والحاصل إذا كان الشركاء كثيرين فيقرع حتى لا يبقى إلا شريك واحد، فيأخذ هذا الاجزاء الباقية بعد سحب القرعة بين الشركاء الذين اخذوا سهامهم، وقد شرعت القرعة تطيبها لقلوب الشركاء ونفياً للتهمة عن القاسم⁽³⁾. أما إذا كانت القسمة لا تستلزم القرعة كنقسيم جدار مشترك بين جارين فلا بد أن يعطي كل جار ما جاور داره فلا

(1) تنص المادة 963 من المشروع المدني الفلسطيني فقرة (2) إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي ال إلى المتصرف بطريق القسمة،). نصت المادة 22 من مشروع الأراضي الفلسطيني على: "إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من الارض التي يملكها على الشيوع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه انتقل حق المتصرف إلى الارض التي الت اليه بطريق القسمة".

(2) أن المادة 14/ب من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة المشتركة بينت حكم الشريك الذي يبني في الارض المشتركة، ووضحت أن حكم ذلك البناء يتوقف على نتيجة القسمة سواء الرضائية أو القضائية، لأن المال المشترك مشترك في كل جزء منه. * حيث لم يتم اجراء القسمة والاضرار في هذه القطعة حتى تتبين حصة كل من الشركاء، فان اقامة الدعوى من شريك على باقي الشركاء بمنع المعارضة والتعدي تكون سابقة لاوانها. رقم القرار: 1313 / 2000 المنشور في: لسنة: 2000 صفحة رقم: 188/10.

(3) حيدر، علي، شرح المادة (1151)، مرجع سابق. انظر المادة الخامسة فقرة (4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.

حاجة إلى القرعة، و إذا لم تكن مثل هذه الضرورة فلا بد من تخصيص الانصباء بالاقتراع لليلة المذكورة كما أنه لا يوجد في عبارة المجلة ما يفيد لزوم اجراء الاقتراع.⁽¹⁾

الفرع الثالث: العقار القابل للقسمة

تشتط قوانين الأراضي أن تتم معاملة التقسيم لدى دوائر التسجيل المختصة حسب موقع العقار (اختصاص مكاني) وذلك حتى تنتج أثرها فيما بين الشركاء والغير وكذلك حتى يستطيع الشريك المتقاسم أن يتصرف بالحصصة المفروزة مستقلاً بموجب هذا السند الذي يبين حصصة كل شريك منهم أن هذه المبادلة أو البيع أو الإفراز أو القسمة في الأرض أو الماء تكون صحيحة إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل⁽²⁾، وهناك حالات تجري بها القسمة ومنها:

الحالة الأولى: في حال تساوي الحصص:

لا تتور اية مشكلة اجرائية أو قانونية عند تساوي الحصص في العقار المراد قسمته بحيث تكون قسمته بين الشركاء على عدد المتقاسمين وبالتساوي فيما بينهم في مساحة كل حصصة مفروزة مع الحقوق الاخرى مثل حق المرور، وقد يكون العقار المراد قسمته ارضاً مقام عليها عمارة مكونة من عدة طوابق فتكون القسمة لكل واحد من الشركاء بأن يختص كل منهم طابقاً وحصصة من الارض المقامة عليها العمارة إذا ارتضوا بذلك.

وحتى يتم استخراج قيمة حصص كل شريك - في الارض المشاع - قبل الإفراز تقسم القيمة المقدرة لكامل القطع - مساحة القطعة أو القطع - على مجموع حصص الشركاء في سند

(1) تنص المادة 976 من المشروع المدني الفلسطيني على: "إذا كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكماً باعطاء كل شريك نصيبه المفروز". نصت المادة 30 من مشروع الأراضي الفلسطيني "إذا افترزت الحصص بالاتفاق تصدر المحكمة حكماً باعطاء كل شريك نصيبه المفروز والا تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً باعطاء كل شريك نصيبه الذي افترزته القرعة".

الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1 ص 33. انظر مجلة (1151) إذا اريد تقسيم دار فعلى القسام أن يصورها على الورق ويمسح عرضها بالذراع ويقوم ابنيتهما ويسوي ويعدل الحصص بنسبة حصص اصحابها ويفرز حق الطريق والشرب والمسيل بصورة أن يبقى تعلق لكل حصصة في الاخرة إذا امكن ويلقب الحصص بالاولى والثانية والثالثة ثم يقرع فتكون الاولى لمن خرج اسمه ابتداء والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً ويجري على هذا الترتيب إذا وجدت حصص أكثر من ذلك

(2) المادة (2/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم (40) لسنة 1952

التمليك، ويضرب الناتج في عدد حصص كل شريك في سند التمليك فيكون الناتج هو قيمة حصص كل شريك قبل الإفراز (بالأمتار)، ومن ثم يستخرج الفرق في القيمة بين حصص كل شريك قبل الإفراز وبعد الإفراز بطرحها من بعضها وعمل جدول بذلك⁽¹⁾. ومثال على ذلك إذا كانت قطعة الأرض مساحتها (3000متر مربع) وكانت مجموع الحصص للشركاء (المخرج العام) هي 6000 حصة وكان للشريك احمد 2000 حصة ولمحمد 2000 حصة ولفاطمة 2000 حصة فان حصة احمد بالأمتار المربعة هي 3000 متر مربع ÷ 6000 (مجموع الحصص) = 5 × 2000 حصة = 1000 متر مربع. وتحسب كامل الحصص لكل شريك من جميع القطع بهذه الطريقة، وقد تاخذ القسمة عدة اشكال كالآتي:

أولاً: توحيد المال غير المنقول وإفرازه

قد تكون الأرض غير قابلة للقسمة لصغر مساحتها، ومن ثم بعد ذلك تصبح قابلة للقسمة وتتحقق هذه الحالة إذا كان لدى المتقاسمين عدة قطع من الأراضي صغيرة المساحة وتقع جميعها بجانب بعضها البعض فهنا يعمل الشركاء على فتح معاملة توحيد وإفراز، ويكون ذلك باتباع الاجراءات المذكورة في عملية المسح لكامل هذه القطع مع بعضها البعض، وبعد ذلك يتم تقسيمها إلى حصص بعدد الشركاء بحسب نسبة كل شريك وتاخذ هذه الأراضي رقماً جديداً وكانها قطعة أرض واحدة ويبقى رقم الحوض الذي تقع فيه هذه الأراضي نفسه⁽²⁾.

ثانياً: الإفراز بعد المغارسة

قد تكون الأرض قابلة للقسمة ولكن تكون هذه القسمة معلقة على مدة معينة وتتحقق مثل هذه الحالة في حالة عقد المغارسة فيكون صاحب الأرض مالكا لحصة ويكون المغارس مالكا لحصة معلومة لكلا الطرفين بموجب عقد المغارسة الذي ينظم على ثلاثة نسخ نسخة لكل طرف

(1) الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الأراضي، 1991/1/1 ص(34)

(2) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الأراضي، ص583، مرجع سابق. انظر المادة (8) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الأراضي، ص54، مرجع سابق.

ونسخة تبقى لدى دائرة تسجيل الأراضي وبعد مدة معينة -وهي مدة عقد المغارسة - تقسم الارض حسب منطوق عقد المغارسة ويحصل كل منهما على سند تسجيل بالحصّة التي اختص بها(1).

ثالثا: قسمة المال غير المنقول عن طريق التجزئة.

قد يلجا الشركاء إلى تجزئة المال غير المنقول أو إلى توحيدِهِ ومن ثم تجزئته، ذكرنا كيف يتم التوحيد، أم التجزئة فان ما يحصل هو أن يقوم الشركاء بتقديم طلب لتجزئة قطعة من الارض قابلة للقسمة إلى عدة اجزاء تاخذ كل من هذه الاجزاء رقما - ويكون هذا الرقم من اصل هذه القطعة - ولكن تبقى كل قطعة من هذه القطع باسماء الشركاء جميعا طالبين التجزئة بمعنى أنه لا يختص كل منهم بجزء مفرز. (2)

رابعا: القسمة(الافراز) بقصد البيع:

وهي من نوع القسمة التي لا تنهي حالة الشبوع بالكامل بمعنى تكون قسمة جزئية وتتحقق إذا طلب احد الشركاء أو الشركاء جميعا وبعد التجزئة وافراز الحصص في المال الشائع أن يقوموا -أو احد الشركاء - ببيع هذه الجزء وتبقى باقي الاجزاء مملوكة للجميع كما مر سابقا باستثناء البائع. (3)

خامسا: القسمة(الافراز) بعد تجميع الملكيات:

تتحقق هذه الحالة من حالات القسمة ليس ما بين الشركاء ولكن ما بين عدة ملاك لقطع صغيرة متجاورة ومتلاصقة، يعملون على توحيدها ومن ثم تقسيمها كل حسب حصته ونسبته فيما يملك

(1) انظر المادة (8) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952. انظر المادة (6) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. انظر الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، ص22، مرجع سابق.

(2) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، ص580، مرجع سابق. انظر الغرابية، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة، ص54، مرجع سابق.

(3) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، ص580، مرجع سابق

في قطعه الاصلية من مساحة إلى مساحة جميع القطع كمساحة واحدة وياخذ كل متقاسم سنداً بحصته مستقلاً من جديد عن باقي الشركاء.⁽¹⁾

دفع الرسوم المقررة:

تدفع الرسوم المقررة لدى مديرية التسجيل المختصة عن جميع معاملات الأراضي من قسمة وتخراج وهبة ووصية وتسجيل جديد.⁽²⁾ ويؤخذ اقرار الموافقة على معاملة الإفراز قبل ارسال المعاملة للمديرية لتدقيقها واستخراج المساحات النهائية إلا إذا استدعى طالبو الإفراز تأجيل ذلك لما بعد عودة المعاملة من المديرية لاكمالها ورأى مدير التسجيل أن هنالك اسباباً مقنعة لهذا التأجيل، ويعتبر استماع اقرار المتقارزين هو من اهم المراحل التي تمر بها المعاملة وعليه يجب ملاحظة الامور التالية قبل الإفراز.

أ) وجود كافة الاطراف واهليتهم أو وكلائهم بموجب الوكالات المصدقة المعتمدة.

ب) تفهيم أصحاب العلاقة بمقدار حصص كل شريك قبل الإفراز والقطع التي اختصوا بها بعد الإفراز واطلاعهم على المخططات وموقع تلك القطع حسب المخطط وتوقيعهم وافهامهم بأن هذا التوقيع يشكل الموافقة النهائية على الإفراز، فيؤخذ الإقرار منهم على ظهور وتعد بموافقتهم على مخططات الإفراز وعلى الحصص الواردة بعقد الإفراز حسب الحدود المبينة في مخططات الإفراز وحسب الحصص الواردة بعقد الإفراز ويتم التوقيع مع الشهود.

ج) إذا كان يوجد أية محجوزات أو رهونات على القطعة فيجب أخذ موافقة الجهة الحاجزة أو الرهانة بظهر عقد الإفراز أما إذ كانت محجوزة لدين و لم يتم حضور الجهة الحاجزة فانه لا تتم معاملة الإفراز إلا بعد اعلامه بضرورة اقامة دعوى لدى المحكمة المختصة خلال اسبوع والا يسقط حقه في الاعتراض في المستقبل وتعتبر عدم اقامة الدعوى موافقة على القسمة حسب

(1) الغرابية، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة، ص54-55، مرجع سابق.

(2) المادة (2) قانون رقم 26 لسنة 1958، قانون رسوم تسجيل الاراضي. يبين جدول رسوم تسجيل الأراضي أن رسم الإفراز بين الشركاء كالاتي: " يستوفى نصف بالمئة (نصف بالمئة) من قيمة كل قطعة مفرزة من القطع الاصلية عندما لا يحصل أي شريك بعد الإفراز على اية زيادة في حصصه الاصلية. الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، ص31، مرجع سابق.

نص المادة (5) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. وحسب قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (46) لسنة 1953.

(د) بعد ذلك ترفع المعاملة للمديرية لتدقيقها واستخراج المساحات النهائية وتسير بنفس المراحل التي مرت بها جميع معاملات الإفراز كما ذكر سابقاً.

(هـ) توثيق معاملات الإفراز بين الشركاء لا يختلف كثيراً عن بقية أنواع معاملات الإفراز الأخرى من حيث إعطاء الأرقام النهائية، وإصدار الصحائف وسندات التسجيل وكل ما هناك من اختلاف هو إعطاء رقم متسلسل سنوي يعقد الإفراز من دفتر بيانات تغير الإفراز وتسجيل نوع المعاملة على الصحائف (إفراز) ⁽¹⁾ وهذه الإجراءات تطبق في حالة كون الإفراز لقطعة واحدة أي كان الإفراز (القسم) قسمة تفريق أم جمع إلا أن الآلية في إفراز الجمع تكون بإفراز الناقلة ويتم في حالة تعدد المحلات أي القطع كانت في عدة أحواض أو عدة قرى ويملكها نفس المالكين الراغبين في الإفراز ويأتي في صورتين ⁽²⁾:

الصورة الأولى: إجراء الإفراز بين القطع الأصلية ودون الحاجة إلى تقسيمها وإنما تجميع حصص لكل مالك وفي هذه الحالة لا تشتمل المعاملة على مخططات إفراز وإنما عقود إفراز وبقية أوراق معاملات الإفراز بمعنى أن القسمة تكون قسمة جمع ⁽³⁾.

أما الصورة الثانية: تقسيم القطع إلى قسائم ومن ثم إجراء الإفراز بين هذه القسائم بحيث يختص كل شريك بقسائم معينة، وفي هذه الحالة ترفق مخططات الإفراز بالمعاملة بالإضافة إلى عقود الإفراز بمعنى أن القسمة تكون قسمة تفريق ⁽⁴⁾.

(1) الغرابية، علي مفلح، الموجز في أعمال التسوية والمساحة وإجراءات تسجيل معاملات الأراضي ، 1991/1/1، ص34

(2) انظر افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ، ص 239 مرجع سابق. م / 5 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.

(3) انظر المادة، 2/6 من قانون تقسيم الأموال المنقولة، مرجع سابق.

(4) الوحدي، درويش مدحت، ج1، مرجع سابق، ص285.

اما من حيث الرسوم المترتبة على هذا الإفراز فهي نفس رسوم الإفراز بين الشركاء المشار إليها اعلاه، كما يجب أن تقدر كافة القطع الداخلية في الإفراز وتتخذ الرسوم على مجموع قيمتها المقدرة، وأن الرسم الذي تتقاضاه دائرة التسجيل على هذه المعاملات هو 1% من قيمة العقار⁽¹⁾.

الحالة الثانية: في حالة عدم تساوي الحصص

كثيرا ما يحصل عند اجراء قسمة العقار أن تكون حصة احد الشركاء اكبر بقليل من حصة الآخر أو الآخرين، ويحصل هذا الفرق سواء نفق القسمة عن طريق قسمة الجمع أو التفريق، فقد تكون احدى الأراضي اكبر من الأخرى مساحة أو أن إحدى الشقق تكون اكبر مساحة أيضا وعند ذلك فانه يلجأ عادة إلى تقدير وتخمين كل قطعة ارض أو شقة من قبل مخمين ومختصين لتقديم هذا الفرق في القيمة.⁽²⁾ فعندما تكون حصة شريك أكبر من حصة شريك آخر في ارض أو بناء وأمكن المعادلة بين هذه الحصص بحصص اخرى أو معادلة الزيادة بمبلغ في المال وقبل الشريك هذه الزيادة (المعادلة) تنفذ القسمة وهي ما تعرف (القسمة بمعدل)، ولكن قد لا يكون هناك مبلغ من المال فان ذلك لا يمنع من زيادة صاحب الحصة الاقل على حصة الشريك الآخر⁽³⁾. فإذا كانت الانصبا غير متساوية، فيجب تفريقها على أن تلتئم مع بعضها ويتحقق ذلك باجراء القسمة على اقل السهام، مثلا إذا كان لاحد الشركاء سدس ولآخر ثلث والآخر نصف فيقسم المشاع باعتبار اقل السهام، وهو السدس فينقسم إلى ستة اقسام، ويسمى كل جزء بعدد من الواحد إلى الستة و إنظهر اسم صاحب السدس بالقرعة او لا فيعطي الجزء الأول أي ذا الرقم الواحد، ثم يقرع بين صاحب الثلث والنصف فإذا ظهر اسم صاحب الثلث

(1) انظر المادة (12) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953. انظر الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1، ص 35،

(2) " إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشبوع وفق أحكام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصص الشركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقا للقانون". رقم القرار: 540 / 1999 المنشور في: لسنة: 1999 صفحة رقم: 1787. انظر المادة 6 /أ من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة.

(3) (م/1149) مجلة عدلية، علي حيدر " إذا كان في تقسيم الدار أبنية حصة أزيد قيمة عن أبنية الحصة الأخرى فان أمكن الحصة الأخرى من العرصة زيادة معادلة لها مقابلها نقود. انظر المادة (6/ب) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم 48 سنة 1953، السنهوري، حق الملكية، ج8، ص920-932، مرجع سابق.

فيعطي الجزأين الـ (2و3) والباقي صاحب النصف⁽¹⁾ فإذا توفي احد وترك بنتا وزوجة وابنا فتصبح مسألتهم الارثية عن اربعة وعشرين سهما ثلاثة اسهم منها للزوجة، وسبعة اسهم للبنت، واربعة عشر سهما للابن، فإذا أراد الورثة قسمة العرصة الموروثة لهم فتقسم إلى اربعة وعشرين جزءاً ويقسم كل جزء بعدد من الواحد إلى الاربعة والعشرين، ثم يقرع بينهم فإذا ظهر بالقرعة اسم الزوجة اولا مثلاً، واسم البنت ثانياً واسم الابن ثالثاً فتعطي الزوجة ثلاثة اجزاء من الـ (1و2و3) على الترتيب والبنت سبعة اجزاء من الـ (4 و5 و6 و7 و8 و9 و10) الباقي للابن و إذا ظهر اسم البنت اولا والابن ثانياً فتعطي للبنت سبعة اجزاء تبدأ من الواحد والابن اربعة عشرة جزءاً تبدأ من الثامن والباقي للزوجة وهكذا.

ويشترط لتعديل القسمة أي تعديل القيمة بالقسمة إذا لم تكن جهات المقسوم كلها متساوية أي كان تفاوت بين جهة واخرى من حيث شرف الموقع وقوة بنيانه أو مزايا أخرى، وغير ذلك فيجب حينئذ تعيين قيمة كل جهة من جهات المقسوم ويودع امر التقدير إلى خبيرين إذا لم يتفق الشركاء على القيمة ثم إذا اتفق الشركاء على تعيين الخبيرين فيها والا فيعينهم موظف الطابو في قسمة الرضا، والحاكم في قسمة القضاء⁽²⁾.

وعلى أي حال فإن القسمة قد تكون القسمة قسمة جمع أو تفريق أو تكون قسمة فعلية أو كلية (كاملة) أو جزئية وتكون طبعاً رضائية فيما بين الشركاء المشتاعين وقد ذكرنا معنى كل قسمة والطريقة التي تجري بها، فمثلاً في القسمة الفعلية إذا اختص احد الشركاء بقطعة ارض مدة من الزمن ولم يعارضه بقية الشركاء في ذلك وقام هذا الشريك بالبناء على قطعة الأرض وقام بقية الشركاء بحذو هذا الشريك بأن قام كل شريك بالبناء على قطعة من الأراضي واختص كل واحد من الشركاء بجزء من المال الشائع فهذا دليل على موافقتهم على القسمة التي حصلت وتكون قد تحققت شروطها باستثناء التسجيل حتى ترتب اثارها تجاه المتقاسمين

(1) افندي، المحامي ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف و شرح قانون الاراضي، طبع في مطبعة دار السلام، بغداد، 1342، ص241.

(2) المادة 6/ب) من قانون تقسم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم 48 لسنة 1953. انظر حيدر، علي، المادة 1689 وشرحها من المجلة العدلية.

-انظر افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف و شرح قانون الأراضي مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ -ص242 - 243، مرجع سابق.

انفسهم⁽¹⁾. أو كأن يكون العقار مملوكاً على الشيوع فينظر إلى عدد الطوابق وعدد الشقق في كل طابق ومساحة كل واحدة منها وقيمة كل شقة حسب ارتفاعها وشرفها وقد تكون حصة بعض الشركاء افضل من الاخرين بحيث يتوجب على الشركاء الذين اخذوا حصة افضل احد الاحتمالين:

الأول: بان يعادلوا لباقي الشركاء بمبلغ من المال مقابل ذلك وقد تأخذ صوراً كثيرة من عدم تساوي الحصص فيما بين الشركاء وبعد ذلك تجري القرعة والمعادلة.

الثاني: بان يتنازلوا عن حصص في عقارات أخرى مقابل الفرق الذين اختصوا به، وكل ذلك بعد تقدير هذا الفرق عن طريق خبيرين أو أكثر، وقد يضطر الشركاء إذا لم يتفقوا على ذلك إلى حالة ثالثة وهي طرح المال الشائع للمزاد سواء كان فيما بينهم أو بالمزايدة العلنية دون الشركاء ويقتسموا ثمنه حسب حصة كل واحد منهم⁽²⁾.

المطلب الثاني: العقار غير القابل للقسمة واثار ذلك.

قلنا سابقاً أن من غايات القسمة هو عدم تفويت المنفعة من العقار للشركاء بحيث يستطيع كل شريك أن ينتفع ويستغل ويتصرف بحصته المفروزة بعد القسمة بالطريقة التي كان ينتفع بها قبل القسمة وهو شرط في القسمة وبانقضاء هذا الشرط فإن القسمة لا تصح بحيث يكون امام الشركاء طريق آخر للقسمة. ولكن إذا كان هذا المال - العقار - المراد تقسيمه يلحقه نقص كبير في قيمته أو يفوت منفعته على الشركاء المتقاسمين فإذو الحالة هذه يختلف الأمر إذ لا تتحقق المنفعة لا بل ويقع ضرر محقق، وحقيقة أن معظم القوانين قد عالجت مثل هذه الحالة فلقد ورد نص المادة 973 من المشروع المدني الفلسطيني على ما يلي:

(1) جاءت المادة 985 تحت بند قسمة المهايأة في المادة (985) من المشروع المدني الفلسطيني وتطابقها المادة 2/846 مدني مصري ومطابقة لنص المادة 39 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على أن: " 1 - إذا دامت القسمة المشار إليها في المادة السابقة خمس عشرة سنة اقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك 2 - إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً معيناً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة ".
(2) انظر المادة 8 والمادة 9 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953. انظر المواد (1148-1150) من مجلة الأحكام العدلية.

" 1 - إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور امام قاضي الصلح لاجراء القسمة.

2- ويندب القاضي أن رأى وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قسمته "(1).

وكذلك ورد نص المادة 1043 من القانون المدني الأردني على: " يجب أن يكون المال المشترك قابلاً للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه ". وعلى ذلك نصت المادة 2/2 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 بقولها " يزال الشيوع في المال غير المنقول بتقسيمه بين الشركاء إذا كانت المنفعة المقصودة منه لا تفوت بالقسمة و إذا كان غير قابل للقسمة يزال الشيوع فيه ببيعه بالمزاد ". ومثل بهذا ورد نص المواد (8 و 9) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة (2).

وتنص المادتان (1131) و (1139) من مجلة الأحكام العدلية على مثل هذه الحالة إذ بينت هذه الغاية وهي عدم تفويت المنفعة عند قسمة العقار فالمحلات غير قابلة للتقسيم تباع بالمزايدة وقد جاء مشروع قانون الأراضي الفلسطيني في المادة/32 ليؤكد على ضرورة عدم

(1) مطابقة لنص المادة 836 من القانون المدني المصري.

(2) نص م / 8 " إذا ادعى احد الشركاء في الأراضي والمستغلات وغيرها من العقارات المشتركة بانها غير قابلة للقسمة وطلب بيع حصته لشركائه أو لغيرهم يترتب على قاضي الصلح إذا ظهر له بنتيجة الكشف أن المحل المطلوب تقسيمه غير قابل للقسمة أن ينتدب خبيراً أو أكثر لتقدير قيمة حصة طالب البيع بالنسبة لمجموع الحصص. ثم يدعو الشركاء أن يبدوا رأيهم خلال خمسة عشر يوماً فيما إذا كانوا يرغبون في شراء هذه الحصة بالبدل المقرر أم لا. فإذا اظهر فريق منهم رغبته في الشراء تفوض اليهم بالتساوي بنسبة عددهم و إذا رفض احد الشركاء أن تباع هذه الحصة منهم بالتساوي ودفع أكثر من القيمة التي قدرها الخبراء توضع في المزاد بين الشركاء دون غيرهم وتفوض لمن يدفع منهم ثمناً أكثر من غيره.

- تنص م/9 " إذا لم يتقدم احد من الشركاء خلال المدة المعينة لشراء الحصة المعروضة للبيع واصر الشريك المستدعي على طلبه البيع أو لم يرض ببدل المثل المقدّر فيعرض جميع المحل للبيع في المزاد بمعرفة دائرة الاجراء. وبعد اتمام معاملة البيع على الصورة المذكورة يوزع الثمن بين الشركاء بنسبة حصصهم ".

وجاء في القرار التمييزي " إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشيوع وفق أحكام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصص الشركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقاً للقانون". رقم القرار: 540 / 1999 المنشور في: لسنة: 1999 صفحة رقم: 1787.

تفويت هذه المنفعة والا فان القسمة لا يكون لها منفعة بل تجلب الضرر على المتقاسمين وتعمل على تفويت المال الشائع دون فائدة يرجى من ذلك⁽¹⁾.

اما مشروع القانون المدني الفلسطيني فجاء مطابقا في المادة(973) من القانون المدني المصري، وفي هذه الحالة يكون الاتفاق أن تجري المزايدة ما بين المشتاعين أولا بناء على طلبهم والا تكون بالمزايدة العلنية وعليه فإن من آثار عدم قابلية المال للقسمة أن تكون قسمته عن طريق التصفية أو الشيوع الاجباري⁽²⁾، أما بخصوص قسمة التصفية فلا بد من توضيح ما يلي:

الفرع الأول: قسمة التصفية هل تتم رضائيا ؟

الاصل في القسمة أن تكون عينا، وقد ذكرنا بشيء من التفصيل وحسب ما نصت عليه المواد السابقة في المدونات العربية أنه يشترط عدم تفويت المنفعة في العقار المراد تقسيمه فان كانت غير ذلك، بمعنى أن هذه القسمة، وان حصلت فانها تعمل على تفويت حصص الشركاء بحيث لا يستطيعون أو بعضهم استغلال هذه الحصة من العقار منفردا، فعند ذلك يترتب على المتقاسمين العدول عن هذه القسمة واللجوء إلى طرق أخرى تمكنهم من الانتفاع بهذه الحصة أو النسبة من العقار الشائع وذلك يكون كالآتي:

الطريقة الأولى: قسمة المال الشائع بالمزايدة بين الشركاء:

لقد بين المشرع المصري في المادة 841⁽³⁾ منه انه: " إذا لم تكن القسمة عينا أو كان من شأنها احداث نقص كبير في قيمة المال المراد تقسيمه فانه يباع هذا المال بالمزاد العلني، ويمكن أن تكون هذه المزايدة محصورة فيما بين الشركاء المتقاسمين فقط وتكون هذه المزايدة بناء على

(1) م/32 مشروع قانون "الأراضي المملوكة على الشيوع أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير في قيمة الارض أو المنفعة منها جاز للمحكمة بيعها بطريقة المزايدة، على أن تجري المزايدة بين الشركاء اولاً.

(2) افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام 1342،، ص254، مرجع سابق. اجازت المادة 32 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني بيع الارض بالمزاد العلني إذا كانت قسمة الارض المملوكة على الشيوع تؤدي إلى احداث نقص كبير في قيمة الارض واشترطت أن تجري المزايدة بين الشركاء اولاً.

(3) انظر: السنهوري، حق الملكية، ج8، مرجع سابق، ص896. تطابقها المادة 977 من المشروع المدني الفلسطيني . ويفهم ذلك من المادة 1141 من المجلة العدلية أيضاً.

طلبهم جميعا بمعنى أن يجمعوا فيما بينهم أن المزايدين هم فقط الشركاء المشتاعين. ولكن إذا لم يتفق الشركاء على أن تكون المزايدة فيما بينهم فقط كان يكون احدهم غير قادر على دفع ثمن حصة أو حصص الشركاء الاخرين، أو إذا اعترض احدهم على حصر قسمة التصفية فيما بين الشركاء، فانه يترتب على ذلك طرح العقار للمزاد العلني للعامة بحيث يشمل الشركاء وغيرهم، وتكون الأولوية لمن يدفع الثمن الاكثر للعقار وقت المزايدة، وهناك صورة اخرى لقسمة التصفية وهو الاتفاق فيما بين الشركاء المشتاعين على عدم التدخل في المزايدة على العقار المطروح للمزايدة. أما بخصوص الأثر الذي يترتب في حالة رسو المزاد على احد الشركاء في حالة تدخلوا في المزايدة فان رسو هذا المزاد يأخذ حكم القسمة وتترتب عليه جميع الاثار التي تترتب على القسمة، اما إذا رسا المزاد على شخص من غير الشركاء كان هذا بيعا فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد ويعتبر هذا التصرف بيعا⁽¹⁾ وفي كل الحالات وعند بيع هذا العقار سواء بالطريق الأولى أم بغيرها يوزع ثمنه على الشركاء المشتاعين كل بحسب حصته أو نسبته فيه.

وجاء المشرع الإردني ليؤكد على نفس الحكم السابق فنصت المادة 1044 على:

" إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها احداث ضرر أو نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها جاز لاي من الشريكين بيع حصته للأخر أو أن يطلب من المحكمة بيعها بالطريق المبينة في القانون "، وقد يقتسم الشركاء وبالتراضي فيملينهم بقسمة تضر بهم جميعا سواء بطل نفع المقسوم بالكلية أو تغيرت صفته.⁽²⁾

(1) سوار، محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص: 154- 155. انظر بهذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت- ص.ب. 749، 1982 ص: 217 وما بعدها. انظر إلى المذكرة الابضاحية في مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدني المصري ج6، ص119. انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص231. وجاء في القرار التمييزي رقم 428 لسنة 1964، صفحة المجلة 579، جزء 2 "إذا اثبتت المحكمة باجرائها الكشف من أن سندات التسجيل المبرزة تتناول العقار المطلوب قسمته بالذات وان المدعي احد الشركاء فيه وان العقار غير قابل للقسمة بحسب معرفة الخبير ولا بد من بيعه لازالة الشبوع بين الشركاء فتكون اجراءاتها قانونية. إذا رفض المدعي طالب القسمة البذل المقرر لحصته ولم يقبل بمجموع القيمة التي قدرها الخبير وطلب بالنتيجة بيع العقار بالمزاد العلني فيتعين بيعه وفق القانون ".

(2) انظر كيرة، حسن، الحقوق العينية الاصلية، ج اول، 1965، مرجع سابق، ص: 490.

انظر، ملحم، خالد حسين عبد الله، القسمة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، ص61، مرجع سابق.

وأيضاً نجد أن قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 قد عرض لاجراءات بيع التصفية للأموال غير المنقولة والغير القابلة للقسمة في مواد (8-12) . وفرق بين حالتين:
الاولى: بيع حصة أحد الشركاء وهو ما جاء في المادة (8).

الثانية: بيع جميع المال الشائع، وهو ما جاء في المادة (9)، والمادة العاشرة (1).

ولم تتطرق مجلة الأحكام العدلية إلى قسمة التصفية بالمعنى الذي جاءت به القوانين الأخرى، فقد بينت أحكاماً تفيد متى يجوز تقسيم المال الشائع ومتى لا يجوز، وبينت أحكاماً متعددة فرقت فيها ما بين قسمة الجمع وقسمة التفريق وبينت أيضاً متى يجوز قسمة المال الشائع قسمة جمع ومتى يكون قسمة تفريق ومتى تكون هذلقسمة في هذا المال الشائع رضاء أم قضاء وهذا ما أوضحته في موادها (1130 - 1146)، والتي بينهاها سابقاً.

المادة 27فقرة 3من مشروع قانون الأراضي نصت على: لا يشترط في قسمة الرضا أن تكون الارض قابلة للقسمة بالنسبة لاصغر حصة.

(1) نص المادة (8): " إذا ادعى احد الشركاء في الأراضي والمستغلات وغيرها من العقارات المشتركة بانها غير قابلة للقسمة وطلب بيع حصته لشركائه أو لغيرهم يترتب على قاضي الصلح إذا ظهر له بنتيجة الكشف أن المحل المطلوب تقسيمه غير قابل للقسمة أن ينتدب خبيراً أو أكثر لتقدير قيمة حصة طالب البيع بالنسبة لمجموع الحصص. ثم يدعو الشركاء أن يبدوا رأيهم خلال خمسة عشر يوماً فيما إذا كانوا يرغبون في شراء هذه الحصة بالبدل المقرر أم لا. فإذا اظهر فريق منهم رغبته في الشراء تفوض اليهم بالتساوي بنسبة عددهم و إذا رفض احد الشركاء أن تباع هذه الحصة منهم بالتساوي ودفع أكثر من القيمة التي قدرها الخبراء توضع في المزايا بين الشركاء دون غيرهم وتفوض لمن يدفع منهم ثمناً أكثر من غيره.

وجاء في القرار التمييزي " إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشبوع وفق أحكام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصص الشركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقاً للقانون". رقم القرار: 1999 / 540 المنشور في: لسنة: 1999 صفحة رقم: 1787.

نص المادة (9): " إذا لم يتقدم احد من الشركاء خلال المدة المعينة لشراء الحصة المعروضة للبيع واصر الشريك المستدعي على طلبه البيع أو لم يرض ببديل المثل المقدر فيعرض جميع المحل للبيع في المزايا بمعرفة دائرة الاجراء. وبعد اتمام معاملة البيع على الصورة المذكورة يوزع الثمن بين الشركاء بنسبة حصصهم ".

المادة (10): " إذا لم يتقدم احد الشركاء لشراء المحل المعروض للبيع والفراغ في المزايا بمجموعه أو لم يبلغ البدل الذي تقدم به المزايدون الحد الذي يمكن أن يعتبر عادلاً ومناسباً يعرض بمجموعها أيضاً للمزايدة بين الشركاء دون غيرهم، فإذا امتنع الشركاء هذه المرة أيضاً عن الدخول في المزايدة وتمكن الشريك المستدعي من بيع وفراغ حصته لغير الشركاء فكل شريك لم يتقدم للشراء المثل على الصورة المذكورة يعتبر أنه اسقط حقه في المطالبة بالشفعة والرجحان ".

الطريقة الثانية: الشيوع الاجباري:

قد يكون العقار الشائع غير قابل للقسمة وذلك لأسباب تعود إما إلى طبيعة المال الشائع أو لوجود اتفاق فيما بين الشركاء على ذلك أو لأسباب قد تطرأ على المال الشائع وقت القسمة أو لأسباب قانونية مما يؤدي إلى تحقق الشيوع الاجباري أي عدم قابلية العقار للقسمة ومن هذه الحالات التي لا يجوز فيها قسمة العقار كان يكون العقار مخصصاً لمنفعة جماعية مثل مدافن الاسرة ، وقد يتحقق عدم اقتسام العقار لتعلق حق الغير فيه مثل الطرقات وحقوق الانتفاع فيها بحيث تكون من حق جميع الشركاء الوصول إلى الأرض مثلا التي تم اقتسامها فيما بين الشركاء وكان من الصعب إخراج طريق لكل شريك من العقار المقسوم.

وقد يكون الشيوع إجباريا في أجزاء من العمارة المؤلفة من عدة طوابق مثل الدرج والجدران والسقوف والارضيات وفي الارض المقامة عليها أيضا وأن هذه الأجزاء لا يمكن بيعها بالمزاد العلني بل تبقى على الشيوع ولا يجوز قسمتها بأي حال من الأحوال، وتعتبر من أكثر الحالات التي يقع فيها الشيوع الاجباري.

ومن الأسباب القانونية التي قد تمنع وقوع القسمة على الرغم من تحقق كافة الشروط التي تتطلبها هي اسباب تتعلق بأمور تنظيمية حسب ما جاء في قانون تنظيم المدن والقرى والابنية⁽¹⁾ حيث نصت على أنه لا يجوز تقسيم ارض واقعة في منطقة تنظيم نقل مساحتها عن عشرة دونمات⁽²⁾ وقد رتب هذه المادة البطلان في حالة مخالفة نص المادة وأنه لايجوز الطعن بهذا النص باي طريق من طرق الطعن حيث تشترط هذه المادة أيضا أن يتم التصديق على مخطط القسمة (الإفراز) قبل الشروع في التقسيم.

ويرى الباحث أن على المشرع الفلسطيني تعديل هذه المادة والنص على تخفيض مساحة الارض المطلوب تقسيمها حيث أن البقاء على هذا النص قد يحرم الكثير من قسمة الارض التي تقل عن تلك المساحة وابقائها شائعة، إلا أنه وفي الواقع العملي فاننا نجد أن مساحة الأراضي التي يجوز

(1) قانون تنظيم المدن والقرى والابنية، قانون مؤقت رقم (79) لسنة 1966

(2) انظر المادة 28 من القانون رقم 79 لسنة 1966.

تقسيمها داخل المدن -التي تقع داخل منطقة تنظيم اللجنة المحلية - هي اقل من ذلك كون الهيئات المحلية قد اعتمدت نظام يبين نوع الارض المراد تقسيمها بمعنى أن هذه الارض هل هي تجارية أم زراعية أم سكنية، وان هذا القانون يطبق على نوعي القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية.⁽¹⁾

وجاء النظام رقم (33) لسنة 1996⁽²⁾، نظام المساحة المفروزة بين الشركاء صادر بمقتضى الفقرة (6) من المادة (2) من قانون مسح الأموال غير المنقولة، رقم 48 لسنة 1953، جاء في النظام المذكور أنه يجوز إفراز الأراضي إلى قطع وقسام لا تقل عن أربع دونمات، وهذا ما جاء في المادة (3/أ)⁽³⁾ من النظام المذكور.

أما المادة الخامسة⁽⁴⁾ من النظام المشار إليه سابقاً فقد سمحت أن تكون مساحة قسيمة كل واحد من الشركاء دونماً واحداً ولكن اشترطت هذه المادة أن يكون أحد الشركاء خزينة الدولة والوقف

(1) انظر المادة (9 مكررة فقرة أ و فقرة ب) من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920 والتي اوجبت مراعاة المخطط الهيكلي للمدينة والحد الأدنى لمساحة قطع الأراضي المراد إفرازها. انظر المادة 1167 من المجلة العدلية. وجاء في القرار التمييزي " تعتبر الموافقة أو التصديق على معاملات الإفراز هي من الامور الداخلة في اختصاص المجلس البلدي كلجنة تنظيم محلية وفقاً لاحكام المواد (9/2/ب) و (28/1) و (29) من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79 لسنة 1966 والتي يترتب بموجب احكامها الحصول على مصادقة اللجنة المحلية للتنظيم قبل صدور قرار قاضي الصلح في القسمة القضائية وقبل تسجيل المعاملة في دائرة تسجيل الأراضي في حالة القسمة الرضائية أي مصادقة المجلس البلدي على معاملات الإفراز والضم والتوحيد في الأراضي الداخلة في حدود البلدية هو قرار اداري يصدر عن المجلس البلدي كلجنة تنظيم محلية وكذلك قرار الغاء المصادقة أو الرجوع عنها. رقم القرار: 16 / 1994 المنشور في: لسنة: 1994 صفحة رقم: 612

(2) هكذا عدلت بموجب القانون رقم 9 لسنة 1984 المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3200 تاريخ 1984/1/8. (3) تنص المادة (3/أ): "مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة والمادة (4) من هذا النظام يجوز إفراز قطع الأراضي المنصوص عليها في المادة (2) من هذا النظام بين الشركاء إلى قطع حسب حصصهم المسجلة وبحد أدنى مقداره أربع دونمات لكل شريك"

فقرة (ب): " إذا كانت حصة الشريك تزيد على أربعة دونما ففقرز حصته هذه وتسجل باسمه" فقرة (ج): "يشترط تطبيق أحكام الفقرتين (أ، ب) من هذه المادة أن لا يقل أي بعد من أبعاد القطع المفروزة عن خمسة وثلاثين متراً، إلا إذا كان عرض القطعة الأصلية أقل من هذا البعد فيسمح بإفرازها بعرضها الكامل قبل التقسيم. (4) المادة (5) " إذا كانت الخزينة أو الوقف شريكا في أي قطعة أرض فيجوز إفراز حصصها فقط فيها بمساحة لا تقل عن دونم واحد على أن تراعي بالنسبة لساثر الشركاء الأحكام المنصوص عليها في هذا النظام".

في هذه الأرض المراد إفرازها، ويرى الباحث أن تقييد الشركاء عند قسمة المال المشترك عن طريق تحديد المساحة المسموح فيها الإفراز هي من اختصاص البلديات⁽¹⁾.

الطريقة الثالثة: بيع العقار بالمزاد العلني

الأثر الأساسي على عدم قابلية العقار للقسمة هو بيع العقار الشائع حيث لا بد من عدم تقويت المنفعة عند قسمة العقار ولكن إذا لم يتحقق هذا الشرط فإن القسمة تكون غير مجدية مما يؤدي بالنتيجة إلى بيعها بالمزاد العلني و تقع المزايدة عادة في مكان عام أو على رقبة العقار المراد بيعه بالمزاد، ولضمان حضور أكبر عدد من الأشخاص فإنه يتم إعلام العامة من الناس عن طريق النشر أو طريق وضع إعلان بأوصاف العقار وموقعه ويكون ذلك كما مر سابقا بالاجراءات الواردة في المواد 841 مدني مصري والمادة 1044 مدني أردني والمواد 8-12 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة والمادة 977 من المشروع المدني الفلسطيني.

وفي نفس الوقت لم تتطرق المجلة إلى حالة تصفية المال الشائع إذا لم يكن قابلا للقسمة، نجد أنها قد اشارت إلى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الصادر في 1 كانون الأول 1329 في مادته التاسعة⁽²⁾ وعلى أية حال إذا كان من شروط صحة القسمة الرضائية الاجماع لتمام صحتها ونفاذها فإن القسمة بالتصفية⁽³⁾ هي وجه آخر للقسمة وعليه فإن أجمع الشركاء المشتاعون على ذلك فإن القسمة بالتصفية تتم وتنفذ بحقهم جميعا ويوزع ثمن المال الشائع المباع بالتصفية عليهم كل بنسبة حصته فيه قبل التصفية.

الفرع الثاني: في حالة تعدد العقارات وتنوعها كيف تتم القسمة؟

قد يكون هنالك أكثر من عقار يملكه الشركاء على الشيوع وفي هذه الحالة فإن هناك طرقا لقسمة هذه العقارات ويكون البحث بهذا الموضوع في الطرق التالية:

- (1) انظر قانون رقم (11) لسنة 1968 قانون التقسيم ضمن مناطق البلديات الأردني.
- (2) حيدر، علي، درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، شرح المادة (1130) هامش صفحة:، 128 دار الجيل، بيروت، مرجع سابق.
- (3) انظر وحيد الدين سوار، مرجع سابق، هامش صفحة، 153 "ليست قسمة التصفية قسمة بالمعنى الصحيح للكلمة، لأنها تقضي إلى بيع المال الشائع، لا إلى تجزئته، ومن ثم. يكون اطلاق تسمية القسمة عليها من قبيل المجاز".

الطريقة الأولى: قسمة الأراضي

لقد وردت أحكام قسمة الأراضي أيضا في نص المادة 1148 من مجلة الأحكام العدلية ويستفاد من المادة المذكورة أنه إذا تعددت المحلات المراد تقسيمها وبعد موافقة جميع الشركاء على القسمة تجرى المعاملة التقسيمية بصورة قسمة الجمع أو قسمة التفريق⁽¹⁾، وهذا ما بيناه سابقاً، من أجل عدم التكرار نكتفي بهذا القدر.

الطريقة الثانية: قسمة الدور والمنازل:

لقد بينت مجلة الأحكام العدلية كيفية تقسيم الدور متعددة الطبقات تحت مسمى العلو والسفل، فإذا أريد قسمة دار مشتركة بين اثنين قابلة للقسمة على أن يكون فوقانيها الذي هو عبارة عن البناء فقط الواحد وتحتانيها الذي هو عبارة عن الابنية والعرصة للأخر فيقوم كل من فوقاني والتحتاني ويقسم باعتبار القيمة لأن قيمة فوقاني والتحتاني متفاوتة حسب الاوقات فيختار فوقاني صيفاً والتحتاني شتاءً كما أن التحتاني يكون صالحاً لبناء بئر أو صهرج أو اصطبل اما فوقاني فلا يكون صالحاً لذلك وعليه فلا يكون التعديل بينهما إلا بتقدير القيمة⁽²⁾.

جاءت مجلة الأحكام العدلية لتبين طريقين في قسمة الدور والدكاكين والضياح حيث نصت المادة(1138) منها على ما يلي: " الدور العديدة، والدكاكين والضياح مختلفة الجنس أيضاً فلذلك لا تقسم قسمة جمع، مثلاً لا تجوز قسمة القضاء بان يعطى لاحد الشريكين الدور المتعددة واحدة والأخر أخرى بل تقسم كل واحد منها قسمة تفريق على الوجه الآتي". وجاء شرح هذه المادة لعلّي حيدر أن المساكن ثلاثة اقسام: القسم الأول الدور القسم الثاني البيوت وتسمى أيضاً الغرف والقسم الثالث بالمنازل وتسمى بيوتاً

- فإذا كانت الدور في بلاد مختلفة فلا تصح قسمة القضاء بالاتفاق اما إذا كانت في مدينة واحدة فلا تجوز قسمة القضاء فيها وهذا ما أخذت المجلة إلا أنه قد تجري قسمة الدور المتعددة قسمة جمع إذا رضي الشركاء القسمة جمعاً فتقسم.

(1) تنص المادة 1148 من المجلة العدلية على: "حيث كانت العرصة والأراضي من الذريعات فتقسم بالذراع اما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة"

(2) انظر المادة 1150 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلّي حيدر.

- اما المنازل فإذا كانت متلاصقة أي متصلا بعضها ببعض فلا تقسم قسمة جمع عن طريق القضاء اما إذا كانت متباعدة أي متفرقا بعضها عن بعض لا تقسم قسمة جمع عن طريق القضاء كالدور، وعليه يجب تقسم على حدة سواء كانت في محل واحد أو في محلات مختلفة لأنه يكون في داخل الدار وفوق الغرفة فإذا كانت متلاصقة فتجري فيها قسمة المفرد والا فتجري قسمة الجمع.

- اما الغرف فتقسم تقسيم جمع بقسمة قضاء سواء كانت في محله واحد أو محلات متعددة لأن التفاوت في البيوت يسير⁽¹⁾ وبذلك يتمكن كل شريك من الانتفاع بملكه مستقلا بصورة كاملة لأنه لا بد من اعتبار التعادل في المنفعة وان قسمة كل دار على حدة اعدل بكثير من قسمة الجمع بغض النظر إذا كانت تلك الدور متجاورة أو متباعدة متساوية أو غير ذلك، وان المقصود بالتساوي هنا التساوي في القيمة فان اختلفت قيمة الدور فلا يجوز جمعها ويجب قسمتها تقريبا بكل دار على حدة حتى ولو كانت متقاربة .

الطريقة الثالثة: قسمة الطوابق والشقق (العمارات)⁽²⁾

يحكم قسمة الطوابق والشقق قانون خاص هو قانون ملكية الطوابق والشقق، وحقيقة ملكية الطوابق والشقق هي صورة جديدة أو صورة خاصة من صور الملكية كونها تخط ما بين الملكية المفردة والملكية الشائعة، وهذه الصورة تتمثل عندما يكون البناء مؤلف من عدة طبقات وفي كل طابق عدة شقق،⁽³⁾ بحيث يملك هذه الشقق عدة مالكين، يستقل كل واحد منهم في ملكية شقة على سبيل الاستقلال بينما يملك على الشيوع حصة في الأرض المقامة عليها العمارة وكذلك حصص في الاجزاء المشتركة التي أعدت للاستعمال المشترك بحيث لا يستطيع أن يتفرد

(1) انظر المادة (1138) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر. انظر ملحم، خالد عبد الله، رسالة محستير، أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية، ص 80، مرجع سابق. نصت المادة 1149 من المجلة على: " إذا كان في تقسيم الدار ابنية حصة ازيد قيمة عن ابنية الحصة الاخرى فان امكن تعطى الحصة الاخرى من العرصة زيادة معادلة لها والا فيضاف مقابلها نقود " والمادة 1150 على: " إذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على أن يكون فوقانيها لواحد تحتانيها لآخر فيقوم كل من فوقاني والتحتاني وتقسّم باعتبار القيمة " ونصت المادة 1151 أيضا من المجلة على: " إذا اريد تقسيم دار فعلى القسم أن يصورها على الورق ويمسح عرضها بالذراع ويقوم ابنيتهما ويسوي ويعدل الحصص بنسبة حصص اصحابها ويفرز حق الطريق والشرب والمسيل بصورة لا يبقى تعلق لكل حصة في الاخرى إذا امكن ويلقب الحصص بالاولى....ثم يقرع...".

(2) الوحدي، درويش، الأحكام العامة في قانون الأراضي الفلسطيني، ص 296 وما بعدها، انظر القرار المميزي رقم: 876 / 1990 لسنة 1990 صفحة رقم: 926

(3) قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني م/ 1/3 قانون رقم (25) لسنة (1968) . قانون رقم 1 لسنة (1996) بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات.

في ملكية هذه الأجزاء المشتركة على سبيل الاستقلال لكل مالك أن يقيد لدى دائرة التسجيل كل طابق أو شقة من البناء المنشأ على عقاره كجزء مستقل يجوز التصرف به على هذا الوجه وتعتبر عندئذ أرضية العقار وأجزاء البناء المعد للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع اصحاب تلك الطوابق والشقق⁽¹⁾ وقد أوردت المادة(2) من القانون المذكور تعداد لكل الأقسام المشتركة والتي تبقى على التليووع وهذا التعداد هو على سبيل المثال لا الحصر⁽²⁾ بحيث لا يستطيع الشريك التصرف بها على سبيل الإنفراد وذلك لطبيعتها التي أعدت من أجلها هذه الغاية ومن هذه الأقسام المشتركة، أرض العقار المقام عليها والأساسات والجدران الرئيسية والجدران الفاصلة المشتركة ومجاري التهوية وركائز السقوف والمداخل والأراج والممرات والدهاليز والمصاعد وغرف البوابين وأجهزة التدفئة وعليه فإن هذه الأقسام المشتركة المخصصة لجزء مفرز وهي الشقة لخدمتها لا يجوز الإتفاق على قسمتها رضائيا أو قضائيا لأنها لا تقبل القسمة⁽³⁾ وبناء على ذلك فانه يحد نصيب كل مالك في هذه الأقسام المشتركة⁽⁴⁾ بحسب ما يملك في الشقق أو الطوابق المفردة. فإذا كانت مساحات الشقق متباينة بشكل واضح وكبيرة فينتج في تحديد ملكية الشركاء للمعادلة التالية لبيان ما يصيب كل شقة من حصص في الأرض والأقسام

(1) رقم القرار: 39 / 1985 لسنة 1985 صفحة رقم: 459* استقر الاجتهاد بان المادة 36 من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79/66 لا تعتبر القرار المتعلق بترخيص الابنية نهائيا غير خاضع للطعن امام محكمة العدل العليا إلا إذا كان متضمنا رفض اللجنة المحلية لطلب الترخيص وصاقت للجنة اللوائية على هذا الرفض، اما إذا كان القرار يتضمن الترخيص بانشاء البناء فان القرار الذي يصدر بهذا الشأن يقبل الطعن امام محكمة العدل العليا. * من المبادئ المستقرة في الفقه الاداري أنه يكفي لتوافر المصلحة في دعوى الالغاء أن يتواجد الطاعن في حالة قانونية يؤثر فيها القرار المطعون فيه تائيرا مباشرا وعليه فان للمستدعية مصلحة مباشرة شخصية تبرر اقامة الدعوى لأن القرارين المطعون فيهما والقاضيين بتغيير استعمال الطابق الارضي من موقف سيارات إلى شقق سكنية تتأثر بها الطاعنة تائيرا مباشرا إذ يحرمانها من الانتفاع بهذا المرفق. * استقر الفقه والقضاء الاداريين على عدم جواز سحب القرار الاداري السليم. * لكل مالك أن يقيد لدى دائرة التسجيل كل طابق أو شقة من البناء المنشأ على عقاره كجزء مستقل يجوز التصرف به على هذا الوجه وتعتبر عندئذ أرض العقار وأجزاء البناء المعد للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع اصحاب تلك الطوابق والشقق ولا يقبل القسم المشترك القسمة الرضائية أو الجبرية ولا التصرف به أو ببعضه مستقلا على الطوابق والشقق إذ أن حق كل مالك فيه يتبع حكما ملكية الشقق أو الطوابق ولا ينفصل عنها في جميع الحالات وذلك عملا بقانون ملكية الطوابق والشقق وعليه فان أي قرار يجيز تصرفا انفراديا خلافا لاحكام هذا القانون يكون جديرا بالالغاء. * لا يجوز أن ينص نظام على حكم يخالف القانون الذي صدر ذلك النظام بالاستناد اليه، كما لا يجوز اجراء تصرف بالاستناد إلى نظام يخالف القانون.

(2) الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1، ص:

37. م/4 من قانون ملكية الطوابق والشقق رقم (25) 1968

(3) م/5 من قانون رقم 1 لسنة 1996، بشأن تملك الطبقات والشقق. م/26 مشروع قانون الأراضي الفلسطيني. انظر

المادة 1067 من القانون المدني الاردني.

(4) الغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية، مرجع سابق، ص: 37.

المشتركة (مساحة الشقة/ مجموع مساحات الشقق) مساحة الأرض = ما يصيبه من حصص في الأرض.

مثال ذلك أن تكون قطعة أرض مملوكة مناصفة بين شخصين وعليها بناء مكتمل ولنفترض أنه مؤلف من أربع طوابق وكل طابق مؤلف من شقتين أي مجموع الشقق ثمانية شقق، فالمفروض أن يمتلك في هذا البناء أربع شقق ولكن قد يتفق الشريكان على أن يأخذ أحدهما شقتين، ويأخذ الأخرى شقتين مما يدلنا على وجود بيع ضمني للشقق بين الشركاء ، ففي مثل هذه الحالة يجب تعديل ملكيتهم في الأرض والأقسام المشتركة حتى يتناسب مع ملكيتهم للشقق أي حصتان لمن أخذ الشقتين وست حصص لمن أخذ الشقق الأخرى من مجموع ثمانية حصص بدلا من المناصفة، أما إذا كان الشركاء مختلفين في امكانيتهم المادية وأكمل أ حد الشركاء جانبا من البناء باتفاقه مع الشريك الآخر من ماله الخاص بينما لم يستطع الشريك الآخر ذلك، فيجب المحافظة على نفس النسبة الأصلية للتملك في القطعة قبل البناء أي المناصفة كما في المثال السابق. (1)

ويعطى لكل منهم صحيفة (سند تسجيل) بالشقق التي اختص بها كل منهم، ويتم تسجيل هذه الشقق بترتيب يفهم منه أن الشقة الأولى من الطابق الثاني في البناء الأول - إذا كان هناك أكثر من بناء - اختص بها الشريك الأول وهكذا دواليك.

إن الأسلوب المتبع في تقسيم وإفراز الشقق حسب ما يسجل في الصحيفة، أن الشقة تأخذ رقم (صفر) في الطابق الأرضي ورقم (واحد) للطابق الأول ورقم (واحد) للبناء الأول - إذا كان هناك أكثر من بناء -، أما إذا كان هناك طوابق أدنى من مستوى الشارع (التسوية) فتأخذ رقم (سالب (مثل - 1)) وان الطابق الأرضي في التسوية يأخذ أيضا رقم (صفر)، وان الترقيم المتبع لكل شقة وطابق وبنية يبدأ بالشقة الأولى التي تقع على اليمين عند دخول البناية من

(1) انظر صباح، سامي محمد، حقوق والتزامات ملاك الطوابق والشقق في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 1999/12/27، ص191، " أن ملكية الشقق والطوابق ملكية خاصة (مفزة) وانه يستحيل طلب القسمة فيها كونها ملكيات فردية يقع بعضها فوق بعض ".

المدخل الرئيسي الذي يقع على الشارع الرئيسي⁽¹⁾، ومثال ذلك إذا كان لدينا بناية مؤلفة من أربعة طوابق طابقين تسوية وطابق أرضي وطابق أول، ومقامة على قطعة الأرض رقم 55 مثلاً، فإذا كان لدينا عدة شوارع يؤخذ الشارع الأعرض كمدخل للبناية ويتم الإفراز في البناية بالسير عكس عقارب الساعة في ترتيب الشقق والسطوح، فيعطى الترتيب على سند التسجيل عند الإفراز كالاتي:

- الطابق الأرضي (0).

- الطابق الأول يأخذ رقم (1).

- الطابق الثاني يأخذ رقم (2).

- الطابق الثالث يأخذ رقم (3).

وهذه الأرقام تأخذ الخانة الوسطى ورقم البناء إلى يسار الخانة الوسطى أي رقم البناء يكون أول رقم من اليسار، وتأخذ الشقة رقم (1) على اليمين (الخانة الأولى من اليمين)، وبجميع هذه الأرقام تأخذ الشقة الرقم الذي يسجل به الإفراز ففي هذا المثال: $\frac{101-1}{00}$

- (1-) يكون رقم الشقة تسوية (بالناقص).

- (0) رقم الطابق.

- (1) رقم البناء (إذا كان لا يوجد على القطعة سوى بناية واحدة).

اولاً: مسح كل شقة وكل طابق من البناية متعددة الطوابق.

اضافة إلى مسح الارض المقامة عليها البناء المتعدد الطبقات يقوم المساح بمسح كافة الطوابق في البناية ويتم إفراز كل شقة وكل محل أو سطح من كل طابق - محل الإفراز - وبيان مساحة الاجزاء المشتركة بحيث تكون مساحة كل شقة مستقلة -وحدة عقارية مستقلة - عن

(1) لغرابية، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية، مرجع سابق، ص: 39

الآخري بموجب مخطط مساحة تفصيلي ومخطط المهندس المعماري، ويتم ترقيم كل شقة من كل طابق في كل بناية مقامة حسب الترتيب السابق المذكور على قطعة الأرض المسوحة بحيث يختص كل مالك على الشيوخ بالوحدة العقارية وبحصة من الأرض تتناسب مع الوحدة العقارية (الشقة) المقام عليها البناء، يتم إرفاق كشف بأسماء ملاك الشقق و/أو الطبقات و/أو المحلات و/أو السطوح، ووصف لهذا البناء من حيث الارتفاع الطبقي (الشقة الشمالية الغربية من الطابق الثاني عدا سطحها) على سبيل المثال وهكذا.

ثانياً: التفريق بين معاملة " الإفراز بين الشركاء " ومعاملة " الإفراز بقصد البيع ":

ان الحالة في كل من هاتين المعاملتين تمر في نفس الاجراء من حيث قيام المساح بمساحة المحل المطلوب افرازه - الطوابق والشقق -، إلا أن معاملة "الافراز بين الشركاء" في معاملة إفراز الطوابق والشقق تكون بنفس الاسلوب المتبع في معاملة إفراز الاراضي، كون الأرض هي في الاصل مملوكة على الشيوخ ما بين الشركاء قبل البناء الذي اقيم أيضاً على نفقة وحساب جميع الشركاء، وتكون القسمة في هذه الحالة هي قسمة الأرض والشقق كل حسب نسبة ما يملكه من حصص.⁽¹⁾

وفي حالة الإفراز بقصد البيع تمر المعاملة أيضاً بنفس المراحل السابقة ولكن اضافة إلى ذلك هناك طلباً يقدم مع معاملة الإفراز يفيد أن الغاية من أن هذا الإفراز هو بقصد البيع بمعنى أن الإفراز لهذه الشقة لغايات بيعها، وفي هذه الحالة أيضاً قد يكون المالكون جميعاً هم البائعون أو احد الشركاء وتبقى بقية العقار شائعة بين المالكين جميعاً إذا كانوا هم البائعون أو يبقى العقار شائعاً بينهم باستثناء الحصة المفردة المباعة من ادهم.⁽²⁾

ثالثاً: اعداد كشف ومخطط بالاجزاء المشتركة:

ويتضمن هذا الكشف على رقبة العقار (البناء المتعدد الطبقات) نموذج تفصيلي لمواد البناء المؤلف منها هذا البناء من (حجر أو اسمنت دكة أو خرسانة أو طوب) وكيفية التشطيبات

(1) عازر، حسام، دليل الموظف للتسجيل الابنية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة ص4. انظر المواد رقم 3 و 4 و 14 من قرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997 بشأن تعديل اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات الصادرة بقرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1996

(2) انظر المادة (1) فقرة (ب) بند رقم (أ) من قرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997 بشأن تعديل اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات الصادرة بقرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997

لهذه العمارة هل هي تشطيبات ديلوكس أو تشطيبات عادية وقيمتها التقديرية والمداخل لهذه العمارة والاجزاء المشتركة ومساحاتها مثل (مواقف السيارات وغرفة الحارس وغرفة البويلر والملاج والمونور والمداخن ومساحات الملاعب ومطلع الدرج وسطحه وبسطات الدرج.....) .⁽¹⁾

رابعاً: اصدار سند تسجيل بالحصة المفترزة:

وفي النهاية وعند اتمام هذه المعاملة حسب الشروط السابقة امام الدائرة المختصة فانه يصدر سند تسجيل من دائرة تسجيل الأراضي يخص كل شريك حصة مفترزة مستقلة من العقار المقسوم سواء كان هذا العقار ارضا أو ارضا مقاما عليها عمارة مكونة من طوابق متعددة ، يستطيع المتقاسم بناء على هذا السند أن يبيع هذه الحصة بشكل مستقل وبمعاملة مستقلة عن بقية المالكين، بحيث يبيع الشقة أو الطابق في العمارة المفترزة وما يصيبها من حصة في الأرض المقامة عليها العمارة.

المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية

جاءت النصوص القانونية في القوانين الوضعية لتفرق ما بين الآثار التي تترتب على القسمة الرضائية ما بين أثر كاشف للملكية أو ناقل لها ومنهم من قال بغير ذلك، ولم يأت الفقه بتفصيل هذه الآثار كما جاءت بها القوانين الوضعية. وعليه ساقوم بدراسة هذا المبحث في مطلبين الأول الآثار القانونية للقسمة في القانون الوضعي والثاني الآثار القانونية في الفقه الاسلامي.

المطلب الأول: الآثار القانونية للقسمة الرضائية في القانون الوضعي:

أن الأثر الأساس الذي يترتب على قسمة المال الشائع هو أن يختص كل متقاسم من الشركاء بجزء مفترز 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 مفترزة للجزء المفترز الذي اختص فيه، فلو اعتبر المتقاسم أنه ملك الحصة المفترزة الذي اختص بها من وقت

(1) عازر، حسام، دليل الموظف للتسجيل الانبئية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة ص5.

القسمة لكان الأثر المترتب عن القسمة اثرا ناقلا للملكية لا كاشفا له ⁽¹⁾، 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.

الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة

بعد دراسة الخصائص التي تتعلق بعقد البيع ومدى انطباقها على خصائص القسمة الرضائية يكون البحث بالآثار التي تترتب على قسمة العقار الشائع، فمن الآثار التي تترتب عن القسمة الرضائية ما يطلق عليه الأثر الكاشف، كون القسمة ما هي إلا إفراز حصة معلومة ومقدرة بنسبة يعلمها كل شريك في العقار المشترك كالربع أو الثلث وكانت هذه النسبة شائعة سارية في جميع اجزاء المال الشائع، ومن ثم تم تجميع هذه النسبة على أرض الواقع في حصة محددة تساوي نسبته من العقار، فالحصة موجودة ولكن لم تحدد ويكشف عنها، إلا أن الباحث يرى أنه قد تترتب عن هذا الفرز مبادلة نصيب كل واحد من المتقاسمين ما لدى الآخر حتى حصل هذا الفرز ⁽²⁾.

ويرى هؤلاء القائلون بالآثار الكاشف أن وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق المعنوي والمادي لحق الشريك الشائع، ويكون ذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع ليكون ملكا خالصا لهذه الشريك، وعند حدوث هذا التطابق فإن القسمة تكشف لما كان لهذا الشريك في حقه الثابت منذ بدا الشيوع، ولا يترتب له حقا جديدا بل هو الحق القديم في الملكية الشائعة، فمثلا إذا تلقى أحد الورثة من مورثه حصة في مال شائع، ثم تمت هذه القسمة فيما بينه وبين شركائه فإن الحصة

(1) سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993 ص400
(2) " الراي الذي يأخذ به القضاء الفرنسي وهو الراي السائد في الفقه الفرنسي أن التصرف الذي يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض وذلك بحجة أن القسمة في جوهرها تصرف بعوض، وان اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدي إلى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، فالهبة التي تؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون في نظر هؤلاء تصرفا ناقلا، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب " ومنهم من يرى أن القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر الكاشف إلا عن طريق الافتراض، نقلا عن الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، 1982،، مرجع سابق، هامش ص230.

المفرزة التي الت اليه سببها الميراث وليس القسمة، بمعنى أن القسمة لا تعطي الشريك حقا جديدا، وانما تغير في حق الشريك، في تحقق التطابق المادي والمعنوي للحصة التي الت اليه، فيصبح حق الشريك محصورا في جزء معين يختص فيه بعد أن كان هذا الحق واردا على المال الشائع كله ويتزاحم مع حقوق الشركاء الاخرين عليه⁽¹⁾.

أولاً: التطور التشريعي والفقهى للأثر الكاشف.

اجتهد فقهاء القانون لتحديد المقصود بالأثر الكاشف والأثر الناقل لأهميته وعلاقته في موضوع القسمة والأثر المترتب عليها، حيث تعتبر القسمة من باب التصرفات القانونية كون المال المشترك وعند قسمته بين الشركاء سيخرج من ذمة كل واحد منهم إلى الآخر بقدر ما يدخل إلى ذمته من هذا المال الشائع. بمعنى أن هذا التصرف تعبير عن الإرادة يهدف اما لاحداث أثر قانوني أو لتعديل وضع قانوني، ويصدر هذا التعبير اما عن ارادة منفردة كالوعد بالجائزة أم نتيجة توافق ارادتين على الأقل ويسمى عندئذ اتفاقا⁽²⁾.

والتصرف الكاشف بمفهومه الواسع حسب اتجاه الفقه الحديث فانه يستند إلى التصرف القانوني أصلا كون القسمة تعتبر من التصرفات وليست من اعمال الادارة واستطيع أن اقول أن التصرف تعبير عن الارادة يهدف أو يتجه اما لاحداث أثر قانوني أو لتعديل وضع قانوني قائم سواء كان صادرا عن ارادة منفردة أو عن توافق ارادتين. والتصرف هو احد عناصر الملكية، حيث جاءت المادة 802 من القانون المدني المصري لتعرف حق الملكية عن طريق بيان عناصره ". وارى أن المالك على الشيوع يستطيع التصرف في حصته المشاعية كيف يشاء، من استغلال واستعمال وتصرف، دون الاضرار ببقية شركائه، والتصرف هو سلطة المالك في أن

(1) كيرة، حسن: أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص512. السنهوري، عبد الرزاق: جزء 8، مرجع سابق، ص953-954.

(2) رضا، علي، محاضرات في الحقوق العينية المدنية، السنة الثالثة، طبعة 968/967، جامعة حلب، ف1، ص:19.

يستخدم الشيء استخداما ما يستتفد السلطة المقررة عليه كليا أو جزئيا (1) وعليه يكون البحث بشيء من الإيجاز التطور الفقهي لهذه الآثار.

أ- في القانون الروماني: اعتبر فقهاء الرومان أن الأثر المترتب عن قسمة العقار هو أثر ناقل وكانت تطبق إجراءات حتى تعتبر كذلك وهي إجراءات شكلية ليتم التسجيل باسم المتقاسم وبناء على ذلك وبالنسبة لهذا المفهوم تعتبر القسمة منشئة للحقوق ناقلة للملكية (2)، فهي تقوم على أساس من مبادلة المتقاسمين حصصهم الشائعة. بحيث كل متقاسم كان يعتبر متنازلا عن حصته الشائعة في الأجزاء المفترزة التي استقل بها شركاؤه لقاء تنازل شركاؤه له عن حصصهم الشائعة في الجزء المفترز الذي ال إليه. وبهذا كان المتقاسم يعتبر متلقيا عن شركائه ملكية الحصص الزائدة عن حصته في الجزء الذي اختص به، وكاننا بصدد نظام مقايضة.

وتمشيا مع مفهوم القسمة أنها ناقلة للملكية لا كاشفة، حسب ما كان سائدا في القانون الروماني وتبع ذلك اعتبار جميع الحقوق التي يقررها أحد الشركاء أثناء الشروع كالرهن مثلا نافذة في حدود حصته التي اختص بها نتيجة المقايضة والمبادلة التي تمت ما بين المتقاسمين (3)، والتي بموجبها اختص كل منهم بجزء من الشيء الشائع. كذلك وحسب هذا المفهوم اعتبرت القسمة سببا صالحا لكسب الحق بالتقادم القصير المكسب (4)، هذا ولعل الأساس في ذلك كله هو أن كل متقاسم يعتبر خلفا خاصا للمتقاسم الآخر (5)، ومعنى ذلك أن القانون الروماني قد أخذ بفكرة الأثر الناقل للقسمة، ولكن لكثرة الضرائب التي كانت تفرض على نقل الملكية عند تسجيلها،

(1) انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، ص 205، انظر غانم، اسماعيل، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة، في العام 1953-1954، مرجع سابق، ص 71. انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، عمان، 2002-2003، ص 62.

(2) انظر: عيد، ادوارد، الحقوق العينية العقارية الأصلية، الجزء الأول، طبعة 1979، ص 287. انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 222. انظر: النحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص 18-20.

(3) سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993 ص 400 (4) جمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء أول، حق الملكية، مرجع سابق، ف 153، ص: 281. انظر كيرة، حسن، أصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية التبعية، أحكام حق الملكية، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1965، ص 499.

(5) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، مرجع سابق، ف 574، ص: 950.

وعند النظر إلى ما يرتبه الشريك على المال الشائع من رهن أو حقوق قد تلحق الضرر بالشريك الآخر إذا ما وقعت الحصة المثقلة بالرهن في نصيب شريك آخر، كان لا بد من التحول عن الأثر الناقل الذي يضر بمصالحهم.

ب - في القانون الفرنسي

من الاسباب التي دفعت إلى التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الرجعي للقسمة في فرنسا في نهاية القرن الرابع عشر⁽¹⁾، هو أن الشريك المشتاع سيكون مسؤولاً امام دائن شريكه الراهن بجميع امواله ومنه المال الشائع لسداد دين شريكه الذي لم يكن طرفاً فيه⁽²⁾.

وعلى أثر ذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى تبني فكرة الأثر الرجعي للقسمة والتي ستعالج في المطلب الثالث وهذه الفكرة تعني أنه إذا ما حصلت القسمة فانها تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك متقاسم فيصبح مالكا للجزء المخصص له ملكية مفرزة ليس فقط من تاريخ حصول القسمة بل من وقت بدء الشيوع. فالإفراز يعتبر متحققاً من وقت سابق على حصول القسمة وهو وقت بدء الشيوع، فإذا كان الشيوع قد بدأ مثلاً في عام 2000 بوفاة شخص وإيلولة امواله إلى ورثته، وتوصل هؤلاء الورثة إلى قسمة التركة في عام 2005، فإن كلا منهم يعتبر مالكا للجزء المخصص له ملكية مفرزة من العام 2000 (تاريخ وفاة المورث وبدء الشيوع) وليس فقط من تاريخ حصول القسمة عام 2005، كذلك إن كان سبب نشوء الشيوع هو شراء عقار من قبل أكثر من شخص فانه وفقاً لفكرة الأثر الرجعي للقسمة اعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، ومنهم من يعتبر مبدأ الأثر الرجعي للقسمة حكماً مجازياً أي مخالفاً للحقيقة، الذي بمقتضاه يعتبر الإفراز متحققاً من تاريخ بدء الشيوع⁽³⁾.

(1) إجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ف 154، ص: 281 - انظر السنهوري، عبد الرزاق، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص: 950. انظر كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية التبعية، أحكام حق الملكية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1965، ص: 501.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ف: 574، ص: 950. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، ص: 402، مرجع سابق.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ف: 575، ص: 952.

ويمكن القول أن سبب تبني الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة في فرنسا هو من أجل إستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي تكشف عنها القسمة، حيث أن هذا الأثر الرجعي اعتبر أن القسمة وعند حدوثها أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت له بموجب القسمة ملكية مفرزة منذ تملك على الشيوع أي منذ وفاة المورث إذا كانت ملكية المال الشائع التي انتقلت للمتقاسمين عن طريق الإرث، و إذا أخذنا بهذا المفهوم فإن الشريك لا يستطيع أن يحمل المال الشائع حقوقا تكون سببا في أن يطلب الشركاء من الشريك الذي رتب حقوقا على المال الشائع تعويضا أو نقض القسمة وإجراء قسمة جديدة وهو ما لا يضمن إستقرار القسمة.

وبهذا الصدد فإن الفقيه الفرنسي (بوتيه) هو الذي نادى بفكرة الأثر الرجعي للقسمة حيث قال في كتاباته (لا تعتبر القسمة سند تملك وإنما هي تصرف محدد للأشياء التي يتلقاها الوارث فحسب فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزء وهذا الجزء لا يتعين إلا بالقسمة) (1) وقد أخذ المشرع المصري بهذا الأثر وجاء في نص المادة 843 من القانون المدني المصري "يعتبر المتقاسم مالك للحصة التي الت إليه منذ أن تملك على الشيوع". (2)

ثانياً: الرأي المساند للأثر الكاشف

أخذ الكثير من فقهاء القانون يساندون فكرة الأثر الكاشف للقسمة وقال من سار في هذا الاتجاه: "أن التعليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع، فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءاً مادياً من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاق المادي ونطاقه المعنوي، فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدداً تحديداً معنوياً بالثلث مثلاً، وكان بذلك مشتبكاً بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصبح

(1) انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، 1982، ف141، ص: 223-224.

(2) وكذلك مشروع المدني الفلسطيني والقانون المدني السوري.

هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددًا تحديداً مادياً بجزءٍ معين من الشيء يختص به الشريك وحده ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله ومنهم من يقول من الأدلة على الأثر الكاشف أيضاً ما قرره المادة (1050) من القانون المدني الأردني من حق المتقاسم في فسخ القسمة الرضائية إذا لحق به غبن فاحش، فما دامت القسمة كاشفة يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصته الشائعة، في حين لو كانت ناقلة لما منح المتقاسم هذا الحق لأنها ستكون بمثابة البيع الذي لا يقوم على أساس المساواة وإنما يقوم على المضاربة (1).

وزاد الفقهاء لتعميق معنى الأثر الكاشف على ذلك بأن القسمة لا تنقل للمتقاسم حقاً جديداً، وإنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع، فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق في نطاقه المادي والمعنوي، بجعلها متطابقين فتزيل بذلك العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته، وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبراً عن حقيقة الحال، وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، فلا محل للتضييق في تطبيقه (2).

"فالقسمة إذن لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقاً جديداً لم يكن له، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلاً منذ الشيوع والممتد بعد القسمة ولكن بتعديل جوهري في محله، فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد، تأتي القسمة فتعلن ما كان قائماً له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره، بما يطابق ما كان له من حصة معنوية - في جزء مادي مفرز من هذا الشيء، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة خالصة للمقسوم له وحده، فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده، ولكن

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص 658 - 659.

- انظر كيره، حسن، أصول القانون المدني، الجزء الأول الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 531.

- العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، عمان، ص 83.

(2) الستهوري، عبد الرزاق، جزء 8، مرجع سابق هامش ص 953. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق،

ص 532.

بعد أن تحقق بالإفراز التطابق من المحل المادي والحصة المعنوية بما يمتنع معه ما كان مصاحباً للشيوخ قبل القسمة نتيجة انعدام هذا التطابق - من تعدد أصحاب الحق وتزامن سلطاتهم على نفس المحل⁽¹⁾.

الرأي الآخر " أن حق الشريك المشتاع، وان كان محدداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصاً تاماً، والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوخ فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة وهي لا تخول الشريك حقاً جديداً، بل تقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا، لأنه مستمد من طبيعة القسمة⁽²⁾. أي بمعنى أن القسمة ما هي إلا اعلان عن وضع قانوني أو حق سابق وتسجيل قيامه دون ادنى تغيير في عناصره.

الفرع الثاني: الأثر الناقل للقسمة

يقصد بالأثر الناقل بوجه عام كل تصرف يترتب على اثره انتقال حق من شخص إلى شخص آخر دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه⁽³⁾. فذهب قسم من فقهاء القانون ليقول: "إن التصرف الناقل هو الذي ينقل للمتصرف إليه حقاً لم يكن موجوداً من قبل ومثال على ذلك عقد البيع، أما التصرف الكاشف فهو عبارة عن ذلك التصرف الذي يستند إلى حق سابق موجود، فيقوم بالتغيير في بعض عناصره تغيراً يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات. وبمعنى آخر هو التصرف الذي يقتصر على التعديل في بعض عناصر حق ثابت للمتصرف إليه قبل التصرف⁽⁴⁾. أي أن الذي يتغير هو فقط صاحب الحق، أما الحق فيبقى ثابتاً

(1) كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الجزء الاول، الحقوق العينية الاصلية، ص 512، مرجع سابق.

(2) الصده، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 237.

(3) منصور، منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س6، ص: 177.

(4) الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، ف156، ص: 287 إلى 290. مرجع سابق.

عند انتقاله لشخص آخر غير من كان له سابقاً. واستناداً إلى تعريف التصرف الناقل هل يجوز أن نقول أن للقسمة أثراً ناقلاً؟ أي هل يصبح الحق الثابت لشخص معين على أثر القسمة ثابتاً لشخص معين آخر؟ أن فكرة الأثر الناقل للقسمة ظهرت في البداية عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية، نتيجة لتكييفهم لحق الشريك المشتاع بأنه يعد مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة حصته (1).

وبناء على الأثر الناقل فقد تصور فقهاء الشريعة الإسلامية والرومان أن الآلية التي يتم من خلالها تحويل الانصببة الشائعة إلى انصببة مفرزة على أنها عبارة عن عملية مبادلة ومقايضة تجري بين الانصببة الشائعة، يقدم بمقتضاها كل شريك إلى غيره من الشركاء ما كان له من نصيب شائع في الأجزاء التي اختصوا بها، في مقابل تلقيه ما كان لكل منهم من نصيب شائع وقع فيما اختص هو به (2).

أن هذا التحليل الذي تبناه كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الروماني لعملية القسمة، يحمل بين طياته مفهوم المقايضة، إذ أن المقايضة (عملية مبادلة الانصببة الشائعة (الحصص) بين الشركاء وقت إجراء القسمة)، وبذلك فإنه تعتبر ناقلة للملكية - حيث تعد إحدى صور البيع التي يكون فيها المبيع والثمن من نفس الشيء (3) - فإن القسمة التي أحدثت هذه المبادلة تكون أيضاً ناقلة للملكية.

(1) سنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص950. السرميني، عبد الجواد، والترماميني، عبد السلام، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، (1410هـ-1990م)، ص:418.

- وكذلك الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص، ب749، 1982.

(2) سنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص948. سوار، وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص:161. انظر المادة 1116 من المجلة العدلية: (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة...) شرح علي حيدر .

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج9، ص:142. (3) انظر المادة 552 من القانون المدني الأردني والمذكرة الإيضاحية: (المقايضة: مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقص). انظر في شرح المادة 1116 من المجلة العدلية شرح علي حيدر: (.. وقوله في هذه الفقرة "مبادلة". وعدم قوله بيعاً هو لكي يشمل قسمة المنافع. انظر المادة (1178). لأن المهاداة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة أيضاً....). انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، ص 83-85. انظر الدحوح، سالم حماد: مرجع سابق، ص29.

ويزيد فقهاء الرومان ومن بعدهم فقهاء الشريعة الاسلامية - بقولهم: أن الأثر الناقل وان كان يحمل بين طياته معنى المقايضة، فانه كذلك يحمل معنى البيع في حالة ما إذا كانت القسمة بمعدل⁽¹⁾، ففي هذه الحالة تكون المقايضة بالنسبة للحصص في حدود الحصة الاقل قيمة . اما حصول المتقاسم الذي اختص بنصيب مفرز يقل في قيمته عما كان له من حصة شائعة على المعدل، في مقابل تنازله عن الجزء الزائد للمتقاسم الاخر، ما هو إلا بيع بالمعنى الصحيح بالنسبة لحق الشريك في هذا الجزء الزائد. بمعنى أن هذا الشريك قد باع إلى الشريك الآخر نصيبه في الجزء الزائد بثمن مقداره المعدل⁽²⁾ .

وعلى الرغم من أن فقهاء الشريعة الاسلامية يتفقون مع فقهاء الرومان بان للقسمة اثرا مزدوجا: ناقلا وكاشفا إلا أن فقهاء الرومان قد غلبوا فكرة الأثر الناقل خلافا لفقهاء الشريعة الاسلامية الذين اخذوا بالاثريين، المبادلة والافراز وكانوا أكثر دقة من فقهاء الرومان. وبيان ذلك أن الأثر الناقل يكون فقط بالنسبة للاجزاء التي تمت فيها المقايضة بين الشركاء اما الأثر الكاشف فيكون بالنسبة للحصة الشائعة التي كانت لكل شريك قبل القسمة في نصيبه المفرز ، والتي اندمجت في هذا النصيب وبقيت فيه بعد القسمة⁽³⁾، وحيث أن هذه الحصة لم تعد شائعة مع انصبة الشركاء الاخرى فقد عبروا عنها بالافراز⁽⁴⁾ .

وهناك من الأراء المساندة التي جاء بها الفقهاء من أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة، بحيث يؤكدون بأنها ناقلة وينفون أنها كاشفة، فيرى البعض منهم أن: "وجود حق شائع للمتقاسم قبل

(1) القسمة بمعدل: هي القسمة التي يتعذر فيها أن يختص كل شريك بكامل نصيبه عينا، فيعوض الشريك الذي يحصل على اقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي أو غير نقدي عما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه. وهذا المعدل لا يغير من طبيعة القسمة، فهو مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب انصبتهم.

قسمة الجمع: هو تقسيم الاعيان المتعددة المشتركة إلى اقسام وجمع الحصص في كل فرد منها في احد اقسامها قسمة التفريق أو الفرد: هو أن تقسم العين المشتركة بنسبة حصص الشركاء فتتعين الحصص الشائعة في كل جزء منها في احد اقسامها كتقسيم عرصة مشتركة إلى قسمين. حيدر، علي، المادة 1115 وشرحها من المجلة العدلية.

(2) منصور، منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مرجع سابق، ص109

(3) انظر بهذا المعنى الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142-143

(4) انظر: الدحود، سالم حماد: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص30-37.

القسمة على الجزء المفرز الذي اختص به لا يمنع من القول أن القسمة ناقلة فالقسمة لم تنقل إلا الحق الشائع الذي كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذي اختص به، وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية، مفزرة⁽¹⁾.

ويرد بعض من الفقهاء على الفكرة الرئيسية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء⁽²⁾، "أن من أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذي كان قائماً وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادي، بما يأتي "بمعنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي، أنها تعطي الشريك، الذي له الثلث مثلاً، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء، بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشيء كله، ولا يمكن في ظل هذا التفسير - أن نقول "إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية وهو ما يكفي في تقديرنا للقول أن القسمة تعطي الشريك حقا آخر غير الحق الذي كان له أثناء الشيوع"⁽³⁾. ويرى الباحث أن هذا التفسير هو ما يثبت وجود الأثر الثاني للقسمة وهو الأثر الناقل لكل ذرة شائعة إلى الحصة الأخرى.

(1) منصور، منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات الغير، مرجع سابق، ص 132. ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، مرجع سابق.

(2) انظر، العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، -دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص84. منصور، منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 133.

(3) ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، المرجع السابق. منصور، منصور مصطفى، المرجع السابق ص 171. ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، المرجع السابق

الفرع الثالث: الأثر المستند (الرجعي) للقسمة:

لقد تبنت بعض التشريعات العربية⁽¹⁾ هذا الأثر و يقصد بالأثر المستند للقسمة أن المتقاسم يعد مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص، ففي قسمة التركة، مثلاً يفترض، بمقتضى الأثر المستند، أن كل وارث قد ملك نصيبه المفرز منذ موت مورثه⁽²⁾. وبهذا المعنى فإن الشركاء الذين قد اشتروا أرضا مشاعا فإنه وعند تقسيمها فإن هؤلاء الشركاء وحسب مفهوم الأثر الرجعي فإن كل شريك منهم يعتبر قد ملك حصته المفرزة من لحظة الشراء على الشيوع وليس من وقت تمام القسمة.

ولقد ميز بعض فقهاء القانون بين الأثر الكاشف وبين الأثر المستند، حيث اعتبروا أن الأثر الكاشف يكفي للوصول إلى أهم ما يراد من نتائج من القول بالأثر المستند، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز مطهراً من تصرفات شركائه الصادرة أبان فترة الشيوع، فما دامت القسمة ذات أثر كاشف فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرز⁽³⁾، وبما أن هذا الحق كان موجوداً قبل القسمة وفي فترة الشيوع، وأنه هو ذاته الذي آل إلى المتقاسم بالقسمة فيؤول مطهراً عن تصرفات شركائه، ومتقلاً بتصرفاته هو، وبهذا المعنى نستغني عن الأثر المستند والمفهوم الذي جاء به مفهوم القانون. وقد اعتبر الأثر الرجعي أنه مجرد افتراض، وهو يخالف الحقيقة لأنه يتجاهل أن حق الشريك كان حصة شائعة وليست مفرزة طول مدة الشيوع، علماً أن نصوص المدونات العربية قد جاءت بمفهوم الأثر المستند، أما النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة فلا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر. واخذ

(1) قانون مدني سوري م / 797 - قانون مدني مصري م / 843، المادة 979 مشروع قانون مدني فلسطيني، انظر السنهاوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء 8، ص 947-948. المشرع الأردني لم ينص على الأثر المستند وخيراً فعل حيث نصت المادة 1047 مدني اردني على: "يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل اليه بعد القسمة". وهذا ما يؤكد على الأثر الناقل، وإن كان المشرع الأردني قد جاء في قراراته بما يفيد بالأثر المستند.

(2) سنهوري ج8، المرجع السابق، ص 954. سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق. ص 159.

(3) السنهاوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 8، ص 952 مرجع سابق.

- انظر: - سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 158.

- انظر: كيرة، حسن، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق ص 512.

- انظر: الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 237.

- انظر: العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 84.

المشرع الفلسطيني بهذا الأثر إذ تنص المادة (33) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على انه: (يعد الشريك في الارض المملوكة على الشيوع مالكا للأرض التي الت اليه بطريق القسمة منذ أن تملك الارض على الشيوع)، ونصت المادة 1047 مدني اردني على: "يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي أل اليه بعد القسمة". وقد صدرت قرارات محكمة النقض المصرية لتؤكد على مخالفة الأثر المستند في أحكامها واخذها بالأثر المستند في أحكام أخرى حيث جاء في الرأي المخالف للأثر المستند " اجراء القسمة لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة - الثمار حال الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم⁽¹⁾. وجاء في قرار آخر يأخذ بالأثر المستند (لما كان يترتب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشريك فيه باثر كاشف لا منشئي له وفق ما تقرره المادة 843 من التقنين المدني فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ أن تملك على الشيوع وانه لا يملك غيرها في بقية الحصص....)⁽²⁾ . وهنا لا بد من توضيح مزايا وعيوب الأثر المستند للقسمة والراجع في اثار القسمة فقها وقانونا وكما يلي:

أولاً: الأثر المستند للقسمة وأحكامه ومزاياه وعيوبه:

الأثر المستند هو أثر مخالف للواقع، و إذا ما طبق فانه يخلق نوع جديد من الملكية بحيث يترتب على الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوع السابقة لها وهي مرحلة لا شك في قيامها، ففي قسمة التركة يترتب على الأخذ بفكرة الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث وهي المدة التي سبقت حدوث القسمة، وهي مرحلة قد تطول وخاصة في مجتمعنا الفلسطيني. ومع ذلك يتجاهلها الأثر المستند، ويعدّها كأن لم تكن، وواقع الأثر أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت وتركت آثاراً لا يجوز تجاهلها منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في مرحلة الشيوع لا يجب رده، ولو اعمل الأثر المستند للقسمة لوجب رد الثمار، ولوجب أن يستولي كل

(1) الصدة، عبد المنعم فرج حقوق عينية أصلية، دراسة القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص: 238 وما بعدها. الطعن رقم 136، لسنة 31 ق-جلسة 1965/11/25، س6، ص1145، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق، ص 316. انظر: الدحود، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثـر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص251.

(2) الطعن رقم 496 لسنة 41 ق-جلسة 1975/11/24، ص26، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق، ص 318.

وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه، ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة ، لا وقت موت المورث فهذه الآثار تدل على وجوب الإعتداد بمرحلة الشيوخ السابقة للقسمة.

إضافة إلى ذلك كيف نستطيع محو مرحلة الشيوخ السابقة للقسمة إذا كان العقار وقت القسمة غير قابل للقسمة ؟ بمعنى -ان صح التعبير - أن كانت قسمة العقار عن طريق التصفية وذلك ببيع العقار بالمزاد فكيف نستطيع أن نقول أن المالك على الشيوخ يعد مالكا من لحظة تملكه على الشيوخ ؟ فإذا طبقنا هذا القول فهذا يعني أن المالك لم يملك شيئا منذ تاريخ موت مورثه مثلا، وهذا لا يستقيم مع الواقع.

ثانياً: الراجع في الموضوع وما اخذت به التشريع والقضاء.

هناك تباين في موقف التشريعات بخصوص الآثار الكاشف ونعرض موقف التشريع والفقهاء المصري والفلسطيني والسوري من جانب وموقف المشرع الأردني والفقهاء من جانب آخر كما يلي:

أ - في التشريع المصري والسوري والمشروع المدني الفلسطيني:

جاءت المادة 979 من المشروع المدني الفلسطيني، متطابقة مع كل من التشريع المدني المصري والمدني السوري على مبدأ، حيث نصت على: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ أن تملك في الشيوخ وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص "(1). إذ يتضح من نص المادة المذكورة أن التشريع المشار إليها قد اخذت بمفهوم أن للقسمة اثرا رجعيا، على غرار ما جاء به القانون المدني الفرنسي في المادة 883(2)، وبهذا المعنى محو مرحلة الشيوخ التي اعقبت

(1) المادة 843 مدني مصري، المادة 797 مدني سوري مطابقة.

(2) نقض مدني جلسة 1960/4/21، س11، ص324، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص305. " اوجبت المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 1923 تسجيل جميع العقود التي من شأنها انشاء حق ملكية أو حقاً عيناً آخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بالعقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدني "قديم" التي تحكم النزاع وكان يبين من الوقائع التي اثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الاثرية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا

موت المورث، هذا في حال كان الشيوع ناتجا عن الارث الذي تركه المورث. الا أنه وعلى الرغم من هذا المفهوم، -ان للقسمة اثرا رجعيًا - فان الفقهاء يجمعون أن للقسمة اثرا كاشفاً، وما الأثر الرجعي الذي جاءت به المادة السابقة إلا لحماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الامر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة⁽¹⁾.

وبخصوص موقف القضاء فقد ورد بقرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي:

"على ذلك فان القسمة بطبيعتها لها أثر كاشف، إذا هي لا تنشيء حقاً جديداً للمتقاسم بل أن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع هو الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي، فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في كل المال الشائع وكان هناك تباين بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي، أصبح النطاق المعنوي للحق بالقسمة، مطابقاً لنطاقه المادي، فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عينها"⁽²⁾.

ومنه نستنتج أن القانون المدني المصري وإن كان مفهوم نصه أن للقسمة أثراً رجعيًا، إلا أن ما درجت عليه المحاكم في اصدار قراراتها، من أن للقسمة أثراً كاشفاً ومحددًا، وهو ما قالوا به فقهاء القانون. ولكن حسب نصوص القانون المدني وتطبيقات المحاكم نجد أن للقسمة أثرين كاشف ومستند.

يترتب عليه نقل الملكية، إذ الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد اخطأ في القانون بما يستوجب نقضه. سنهاوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج8، ص: 954.

(1) انظر بهذا المعنى، الطعن رقم 136 لسنة 31 ق-جلسة 1965/11/25 ص16 ص1145 " اجراء القسمة لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة - الثمار الناتجة حال الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم "، معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، ط4، 1998، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ص: 316.

(2) انظر بهذا المعنى، السنهاوري، عبد الرزاق، احمد: ج8، ص: 952 وما بعدها، مرجع سابق.

وخلافا لما استقر عليه القضاء في مصر إلا أن نصوص المواد 845 والمادة 425 والمادة 129 من القانون المدني المصري تفيد بأن ما ينطبق على عقد البيع ينطبق على عقد القسمة فيما يخص نقض القسمة للغبن وإن حاول الفقهاء تفسير النصوص على ما إ ذاتنطبق هذه المادة أو تلك⁽¹⁾.

ب- التشريع والقضاء الاردني.

لقد أخذ المشرع الأردني من خلال نصوص القانون المدني بفكرة الازدواج لاثـر القسمة ، فاعتبر (المشرع الاردني) من جهة أن لها اثـرا كاشفا ومن جهة اخرى لها اثـرا ناقلا⁽²⁾.

1- من حيث الأثر الكاشف

تنص المادة 1038 من القانون المدني الأردني على ما يلي: " القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي ". واستقر القضاء الأردني على ذلك، على أن القسمة معلنة للحقوق لا منشئة لها، إذ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية ما يلي: "ان دعوى القسمة لا يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق وإنما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبينة للحقوق لا منشئة لها "⁽³⁾.

(1) انظر بهذا المعنى، الصدة، عبد المنعم فرج، مرجع سابق، 245-246.

(2) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون الاردني، مرجع سابق، ص:162.

(3) تمييز حقوق رقم 63/230 المنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ص497 لسنة، 963، جزء 2. أنظر ايضا تمييز رقم 278، لسنة1976، سنة النشر1977، صفحة المجلة 111، جزء 4؛ " أن دعوى القسمة لايقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب قسمته حتى تتخذ قيمة العقار اساسا لتحديد مقدار اتعاب المحاماه التي يستحقها رابح الدعوى، وإنما هي تهدف إلى طلب اتخاذ اجراء معين وهو تعيين الحصص الشائعة وافرازها بعضها عن بعض وإن كانت قابله للقسمة أو بيعها بالمزاد العلني وتقسيم الثمن أن كانت غير قابله لها. بمعنى أن القسمة مبينه للحقوق لامنشئة لها إذ أن المتقاسمين لايصبحون ملاكا بموجب حكم القسمة الذي يحدد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد بل هم ملاك في الاصل قبل القسمة".

ان نص القرار التمييزي يبين أن الأثر المترتب عن القسمة هو اثر كاشف على الرغم من أن نص القانون المدني يأخذ بالاثريين الكاشف والناقل، بحيث يؤدي هذا الامر إلى التأكيد على الأثر الكاشف ما بين النص وقرارات المحاكم.

2- من حيث الأثر الناقل

صحيح أن من الآثار المترتبة عن القسمة أن لها أثرا كاشفا إلا أن هذا الأثر لا يترتب إلا بموجب أثر آخر بالمبادلة وهو الأثر الناقل، حيث تنص المادة 1049 من القانون المدني الأردني أن هناك اثرا آخر للقسمة وهو الأثر الناقل فقد نصت على: " يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الاجناس المختلفة أيضا وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب. أم المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط.

نرى أن المشرع الأردني في المادة السابقة قد اخضع القسمة للخيارات التي تخضع اليها المعاوضات⁽¹⁾.

وكذلك نجد نص المادة 1048 من القانون المدني الأردني تنص على ما يلي: " لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها إلا أنه يجوز لجميع الشركاء فسخ القسمة واقلتها برضاهم واعداد المقسوم مشتركا بينهم كما كان ".

وجاء في المذكرة الايضاحية لنص هذه المادة: " ولأنه يوجد في القسمة معنى المبادلة لذا اجاز الفسخ والاقالة "، وايضا: " ويكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في تقسيم الاجناس المختلفة وفي القيميات. ولا يكون في قسمة المثليات خيار الشرط وخيار الرؤية ولكن يجري فيها خيار العيب، لا ن خيار الرؤية وخيار الشرط يجريان في المعاوضات⁽²⁾ ". وجاء في القرار التمييزي: " إذا صدر حكم قطعي بالموافقة على قسمة رضائية بتخصيص قطعة

(1) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج2، ص:659.

(2) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، المرجع السابق، ج2، ص:658 - 659

انظر تمييز رقم 1964/391، سنة 1964، صفحة رقم 164، جزء 2.

ارض للميز وقطعة اخرى للمميز ضده فلا يقبل ادعاء المميز بان له حصصا في القطعة الاخرى لانه ادعاء ضد ما هو ثابت قانونا وللتناقض مع دعوى ثانية فيها حكم قطعي اقامها المميز بطلب منع معارضة المميز ضده له وادعى فيها أن حصص المميز ضده قد انتقلت إلى القطعة الاخرى".

ويرى الباحث الذهاب إلى ما قاله بعض الفقهاء من أن للقسمة الرضائية أثرين ومن هؤلاء الفقهاء السنهاوري حيث يرى: (أن للقسمة، بطبيعتها، أثرا مزدوجاً، كاشفاً وناقلاً، ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع، وقلنا أن أرضاً يملكها اثنان من الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتراحم عليها ملكيه كل منهما.. فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وافرزنا نصيب كل منهما فيها، فإذا هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين، وحده دون الشريك الآخر، فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل؟ أن الشريك عندما افرز نصيبه في الأرض صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قلنا ، وكان هذا النصيب قبل القسمة، وفي أثناء الشيوع، ملكاً للشريكين لكل منهما النصف، فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، ونقل إليه ملكيته شريكه الثابتة قبل القسمة من النصف الآخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة حتى جميع النصيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب وأثر ناقل في النصف الآخر ، ويكون للقسمة إذن، بطبيعتها، أثر مزدوج، كاشف وناقلاً) .

ويرى الباحث أن للقسمة اثرا مزدوجا مرتبطا ببعضه البعض فانه إذا ترتب بعد القسمة افرازا فانه على أثر ذلك يترتب انتقالا لهذا الفرز - الحصة المحددة والمعينة - و إذا ترتب بعد القسمة انتقالا فانه يترتب على الانتقال افرازا وذلك بحصر الحصص المنقولة في فرز محدد. إضافة إلى ذلك فقد جاء رأي الدكتور السنهاوري رحمه الله واضحا بقوله أن للقسمة اثرا مزدوجاً، والذي اضاف: "ولما كان هذان الاثران يتعارضان، لم يبق إلا أن نغلب اثرا على آخر في المواضع التي يحسن فيها، من الناحية العملية، تغليب هذا الاثر، فتارة نغلب الاثر الكاشف حيث يحسن تغليبه، وتارة نغلب الاثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك"⁽¹⁾، ويرى الباحث أنه قد

(1) السنهاوري، عبد الرزاق، جزء 8، ص 949، مرجع سابق. انظر المرجع السابق هامش صفحة 949.

- الزعبي، خالد والفضل، منذر، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 304.

يعمد إلى ذلك حتى يغطي ما جاء به المشرع المصري نقلا عن المشرع الفرنسي بأن للقسمة اثرا رجعيا كما اسلفنا مع العلم أن الشريعة والفقه الفرنسي أخذ بمبدأ ازدواجية الأثر للقسمة.

المطلب الثاني: اثار القسمة الرضائية في فقه المجلة:

لم يتطرق الفقه الإسلامي لمفهوم طبيعة القسمة من حيث الآثار المترتبة عنها كما سبق، وهذا على نقيض ما اتجه إليه فقهاء القانون، ويمكن الوقوف على هذه الآثار عند دراسة هذا المبحث وبشكل مختصر من أجل عدم التكرار ويتضمن البحث في الفرع الأول نظرة الفقه للقسمة الرضائية والثاني المقارنة ما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لتحديد هذه الطبيعة.

الفرع الأول: نظرة فقه المجلة للقسمة الرضائية:

الراي الغالب في الفقه أن الأثر المترتب عن القسمة هو الاثرين معا وذلك من تعريف القسمة لصاحب البدائع⁽¹⁾ بقوله في تعريفها " وفي الشريعة عبارة عن إفراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ".

ويضيف الحنفية أن القسمة ليست من قبيل المبادلة المحضة⁽²⁾ .

وبهذا الصدد يتوافق هذا مع ما تنص عليه المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية فجاء فيها "القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة ". وجاء في شرح المادة (1116) ⁽³⁾ " القسمة مطلقا سواء في المثليات أو في القيميات من جهة إفراز أي تمييز ومن جهة مبادلة أي عوض، أي أن القسمة سواء في المثليات أو في القيميات مشتملة على معنيين فهي إفراز باحد معنيها عين الحق ومبادلة بالمعنى الثاني أي مبادلة حصة شريك بحصة شريكه الآخر واخذ عوض حقه...". وهو ما يؤكد على أن أثر القسمة سواء في المثليات أو القيميات هو اثرا مزدوجا.

(1) الكاساني، علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج7، ص:17، مرجع سابق.

(2) الخفيف، علي: في أحكام المعاملات الشرعية لسنة 1042ص364 - 365 جاء فيه " فالمبادلة أن يأخذ شريك بعض ما كان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير ما اخذوه من ملكه في هذا المال، والافراز أن يأخذ كل شريك بعض حقه عينا". الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج9، ص:142

(3) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مجلد 3، شرح المادة (1116) ص:101.

اما الفقه الحنبلي فقد قال أيضا بازدواج الاثرين أي الأثر الكاشف والأثر الناقل ولكن رتب الأثر الناقل على قسمة التراضي والتي يكون فيها معنى (المبادلة) ورتب الأثر الكاشف على قسمة الاجبار والتي يكون فيها معنى (الافراز)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المقارنة بين فقه المجلة في تحديد اثار القسمة:

للقوف على الأثر الناتج عن القسمة والذي نادى به القوانين الوضعية وفقهاء الشريعة الإسلامية (الفقه الحنفي) فأنني سأقوم بالمقارنة بين كل من هذه القوانين والفقه الحنفي كالتالي:

أولاً: من خلال دراسة طبيعة القسمة الرضائية في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي نجد أن القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني قد تأثر بفكرة الأثر الكاشف للقسمة الرضائية على الرغم من أن نصوص القانون المدني المصري حول القسمة الرضائية قد اخذت بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، إلا أن قرارات المحاكم قد اخذت بفكرة الأثر الكاشف للقسمة، وأنا اعتقد أن توجه الفقهاء والمحاكم المصرية لهذا الاتجاه ما هو إلا للابتعاد عن معنى النص القانوني في القانون المدني المصري وهو الأثر الرجعي.

ثانياً: أما القانون المدني الأردني والذي تعتبر نصوص مواده مستقاة من الفقه الإسلامي فقد أخذ بفكرة الاثرين معا وهما (الكاشف والناقل) وقد اوضحنا ذلك سابقا ويتضح ذلك أيضا من خلال تعريفه للقسمة، وقد جاءت بعض قرارات المحاكم لنقول أن الأثر المترتب عن القسمة هو اثرا كاشفا والبعض الآخر هو أثر ناقل عن طريق مبادلة كل شريك لماله عند شريكه في حصته. ولكن وكما اوضحنا في بداية الرسالة أن المشرع الأردني اعطى للمتقاسمين الخيارات التي اعطيت للمتعاقدین في عقد البيع مما يؤكد على وجود الاثرين.

(1) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني، طبعة أولى، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، ص: 163-164، مرجع سابق.

ثالثاً: ومن خلال الاطلاع على نصوص مجلة الأحكام العدلية ذات العلاقة وشرحها يتضح أنها قد تبنت فكرة ازدواجية الأثر للقسمة الرضائية وهما الأثر الكاشف والأثر الناقل لها⁽¹⁾.

وهنا لا بد من بيان أن الأثر الناقل يتحقق -إضافة إلى الأثر الكاشف -نتيجة المبادلة لما لكل واحد من المتقاسمين حصة مشاعية لدى المتقاسم الآخر فعند القسمة يتنازل كل من المتقاسمين عن هذه الحصة الشائعة للآخر فتتحقق المعاوضة وهنا يتحقق الأثر الناقل، وإن معنى هذه المبادلة يتحقق لوجود التفاوت في القيميات مع وجود الإفراز بالضرورة.

وإن الأثر الكاشف -الإفراز - يتحقق نتيجة الفرز في المكيلات والموزونات مثل القمح والشعير، والمعدودات مثل البيض كونها من المثليات ولا يوجد معنى التفاوت الموجود في القيميات فإفرازها يتحقق الأثر الثاني للقسمة وهو الأثر الكاشف مع وجود الأثر الناقل بالضرورة⁽²⁾.

(1) فقد اعتبرت المادة 1116 من المجلة أن القسمة ترتب الاثرين الكاشف والناقل. الحصكي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المختار على الدر المختار، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة 2000، ص421. الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142. انظر السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولى سنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ - 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة 2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

(2) فقد اعتبرت المادة 1116 من المجلة أن القسمة ترتب الاثرين الكاشف والناقل. الحصكي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المختار على الدر المختار، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة 2000، ص421. الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142. انظر السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولى سنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ - 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة 2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

رابعاً: يشترط القانون تسجيل القسمة، حيث أن أثر الانتقال في القسمة لا يتحقق إلا باتباع شرط التسجيل لدى المرجع الرسمي وهي دائرة تسجيل الأراضي والا يعتبر عقد القسمة باطلاً، وان كان القضاء المصري قد اعتبر أن القسمة الرضائية وان لم يتم تسجيلها لدى المرجع الرسمي فان القسمة ترتب اثارها ما بين المتقاسمين انفسهم ويجوز الاحتجاج بها تجاه بعضهم البعض، ولا يحتج بها على الغير الا إذا كانت القسمة مسجلة لدى المرجع الرسمي⁽¹⁾.

اما الفقه الإسلامي فانه لم يشترط التسجيل حتى يتحقق اثر الانتقال للحصص المفردة في عقد القسمة ويعتبر بهذا المعنى عقداً صحيحاً، بل اكتفى بان يتحقق الايجاب والقبول والتزام المتقاسمين بما جاء في شروط القسمة واتباع الشروط الاخرى لاتمامها، بمعنى أن الفقه قد اشترط الرضائية بشكل اساسي بحيث يرتب أثر الإفراز والمبادلة على القسمة⁽²⁾.

(1) انظر الطعن رقم 203 لسنة 61ق - جلسة 1993/11/24، معوض عبد التواب، ص320، مرجع سابق وينص على: "القسمة غير المسجلة. اثارها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفردة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة".

انظر - طعن رقم (78) لسنة 22 ق - جلسة 1955/5/19 " عقد القسمة النهائية الذي يوقفه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عند التوقيع ببطل العقد قائماً للشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء". "القسمة ملزمة لمن اجراها، ولو لم تسجل في السجل العقاري، لأن العقد شريعة المتعاقدين (قر 170 تا 1968/6/19 المحامون عدد 10 و 11 لعام 1968 ص302 رقم 399)، سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، هامش ص 143.

(2) تمييز رقم 106، لسنة 1961، صفحة 265، جزء 2، سنة النشر 1963 "انه وان كانت القسمة التي تقع خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة الا انها تاخذ حكم البيع العادي وتعتبر صحيحة وملزمة إذا تمت بموجب سند واقتزنت بالتصرف مدة مرور الزمن عملاً بالمادة الثالثة من القانون المعدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة. اقرار الشريك الخصم بالقسمة يقوم مقام السند على اعتبار أن الاقرار هو سيد البينات".

الخاتمة

بعد أن انهيت بعون الله وتوفيقه دراسة القسمة الرضائية في العقار دراسة مقارنة اورد فيما يلي اهم النتائج التي توصلت اليها:-

اولا: 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 الأثر المترتب عن القسمة هو أثر كاشف مع العلم أن فقهاء القانون المصري يقرون بوجود الاثرين .

ثانيا: اركان القسمة الرضائية للعقار تلقي مع اركان عقد البيع من حيث الالتزامات المتقابلة من معاوضة المبيع والمقايسة والمبادلة في الانصبه الشائعة بين الشركاء ويتحقق ذلك امام دائرة التسجيل وذلك فيما يخص الأراضي التي تمت تسويتها.

ثالثا: 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.

رابعا: أن الآثار المترتبة على قسمة الأراضي التي لم تتم تسويتها لا تتسحب عليها ازدواجية الاثرين بالمعنى الدقيق كما هو الحال في الأراضي التي تمت تسويتها، كون التسجيل جاء ركن انعقاد وعليه فان التصرف مدة مرور الزمن في هذا النوع من الأراضي بعد قسمتها يرتب الأثر الناقل وان الاثر الكاشف يتحقق وقت القسمة.

خامسا: الاجراءات المتبعة في قسمة الأراضي التي تمت تسويتها لا تختلف عن الاجراءات المتبعة في قسمة الأراضي التي لم تتم تسويتها إلا من حيث القرارات الادارية الواجب اتباعها.

سادسا: معالجة مشاريع القوانين الفلسطينية المدني والأراضي للقسمة لا تغطي الثغرات القانونية الناتجة عن طبيعة انواع الأراضي الفلسطينية لاختلاف الآثار الناتجة عنها.

سابعاً: إجراءات قسمة الطوايق والشقق المقامة على الأراضي المسجلة لدى دائرة تسجيل الأراضي والية افرانها لا تختلف عن المقامة على الأراضي التي لم يتم تسويتها لا من حيث سند التسجيل ولا من حيث الأمور الفارقة من حيث الملكية والتصرف، شريطة أن تكون هذه الأراضي داخلة في حدود البلدية والمدينة.

ثامناً: أن القسمة الرضائية الحاصلة في البلدات والقرى الخارجة عن حدود المدينة لا تسجل لدى دائرة المالية (دائرة ضريبة الأملاك) أو لدى دائرة سلطة الأراضي (دائرة المساحة والإسكان سابقاً) في حالة كانت الأراضي لم تجر عليها أعمال تسوية، أو في الأراضي التي تمت تسويتها وتقع في مناطق (س) حسب تقسيمات اتفاقية اسلوا بين الجانبين الفلسطيني والاسرائيلي فإن القسمة لا تسجل لدى أية دائرة رسمية حسب الأصول وإن أخذت مصادقة الحكم المحلي.

تاسعاً: حارس أملاك الغائبين ما زال ممثلاً في دوائر تسجيل الأراضي الخارجة عن حدود السلطة الوطنية الفلسطينية والتي تعرف بالأراضي (C) حسب تقسيمات اتفاقية أوسلو، ويكون طرفاً في القسمة عن الغائب.

التوصيات

اما التوصيات التي اتمنى على مشرعنا الفلسطيني الاخذ بها فهي:

1- الاعلان عن تسوية شاملة للعقارات غير المنقولة بشكل مركزي أو غير مركزي وذلك عن طريق الهيئات المحلية للخروج من تعدد سندات التصرف التي بحوزت المتصرف سواء بموجب اخراجات قيد المالية أو اخراجات القيد الصادرة عن دائرة المساحة أو بموجب اتفاقيات القسمة الرضائية أو بموجب الوكالات الدورية أو بموجب قرارات المحاكم التي لا يجوز تنفيذها لدى المراجع الرسمية لوجودها خارج اختصاص المدينة أو لعدم تسجيلها تسجيلًا جديدًا.

2- اضافة نص صريح يفيد بان القسمة الرضائية للعقار ما هي إلا مبادلة وافراز للحصص الشائعة اسوة بالقانون الأردني والمجلة، وخاصة أن بعض اجراءات القسمة امام دائرة التسجيل تاخذ طابع البيع.

3- على المشرع أن ياخذ بمجموعة قوانين الأراضي السارية المفعول وتحديد نصوصها في مجموعة واحدة تطبق كزرمة واحدة على العقار حتى يكون الأثر المترتب على القسمة هو واحد وخاصة إذا علمنا أن هناك عدة قوانين تطبق على انواع عدة من الاراضي.

4- على المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني عدم معالجة المواضيع التي تمت معالجتها في قانون خاص آخر، مثال على ذلك

أ - كرر المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني بعض المواد في مشروع قانون الاراضي.

ب - قام المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني بتكرار نصوص عالجت موضوع العلو والسفل بطريقة مفصلة في مجلة الاجكام العدلية. وكان على المشرع وحسنا فعل في المادة 996 من المشروع المدني عندما احال معالجة أحكام ملكية الطوابق والشقق حسب ما جاء في القانون رقم 1 لسنة 1996 والصادر بشأن تملك الطوابق والشقق والمحلات،

والمنشور في الوقائع الفلسطينية العدد الحادي عشر، أن يحيل المواضيع المذكورة اسوة بموضوع الطوابق والشقق.

5- على المشرع أن يعيد صياغة المادة 28 من قانون تنظيم المدن والقرى رقم 79 لسنة 1966 بحيث يلغي شرط الإفراز المتعلق بالمساحة والذي حدده بمساحة عشرة دونمات والنظر إلى نظام رقم (33) لسنة 1996 الأردني في مواد الثالثة والرابعة والخامسة حيث بينت أيضاً أن الأرض لا يمكن إفرازها إذا قلت عن أربعة دونمات أو في مادة الخامسة أن لا تقل عن دونم مشترطة أن يكون مع الشركاء الخزينة أو الوقف شريكاً معهم، وأن يترك أمر الإفراز للبلدية حسب الشروط ومقتضى الحال التنظيمي.

6- على المشرع النص على أن يكون مأمور تسجيل الأراضي هو ممثل الغائب أو ناقص الأهلية وذلك بعد أخذ الإذن من المحكمة الشرعية بحيث لا تتقلب القسمة الرضائية إلى قضائية .

7- على المشرع النص صراحة على أن الأراضي التي لم تتم تسويتها سواء كانت مالية أو تسوية غير منتهية أو غير ذلك تجري قسمتها حسب القوانين المطبقة على أن تسجل هذه القسمة أو البيوعات في دائرة المالية أو دائرة المساحة وخاصة أن البيوعات الخارجية أو القسمة الرضائية لا تنفذ حتى الآن إلا إذا أخذت حكماً قضائياً جاء فيها "تغيير أية قيود تتعارض مع مضمون القرار لدى الدوائر الرسمية ومنها دائرة المالية إلا أن هذا القرار على الرغم من صدوره من المملكة المختصة إلا أنه لا يسجل لدى دائرة المساحة (أراضي التسوية غير المنتهية)".

8- نتمنى على المشرع أن يبدأ بإجراءات التسوية أولاً بالأراضي التي لم تنته تسويتها إبان حكومة المملكة الأردنية الهاشمية إذا علمنا أن جدول الحقوق في بعض المناطق الفلسطينية كان معلقاً ولم يبق على الموعد لتصبح الأراضي التي علق لها الجدول المذكور أياماً قليلة، وأن هذا الأمر يساعد كثيراً في أمور عدة وخاصة في القيود وانتقال الإرث وأيضاً القسمة وجميع التصرفات الناقلة للحقوق.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ابو البصل، عبد الناصر موسى، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999.
- افندي، المحامي ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف و شرح قانون الاراضي، طبع في مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ.
- البدراوي، عبد المنعم، الحقوق العينية الاصلية، ط1968، الناشر سيد عبد الله وهبة.
- البكري، محمد عزمي قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقانونا ، الطبعة السادسة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1998م.
- الجمال، مصطفى: نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول، حق الملكية ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت -لبنان.
- حداد، حمزة، دواس امين وآخرين: دراسات حول مشروع القانون المدني الفلسطيني، تحرير مصطفى عبد الباقي.
- الحلالشة، عبد الرحمن: بيع ملك الغير، دراسة مقارنة ، ط1، 1998، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الاردن.
- رضا، علي: محاضرات في الحقوق العينية المدنية، السنة الثالثة، طبعة 968/967، جامعة حلب.
- الزعبي، خالد و الفضل منذر، المدخل إلى علم القانون، طبعة أولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان - الاردن، 1995
- الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الاردني، الطبعة الأولى، دن، 1414هـ-1993.

السرحان، عدنان؛ خاطر، نوري: **شرح القانون المدني الأردني** - مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) - دراسة مقارنة - ، د.ن.، 1997.

السرميني، عبد الجواد؛ الترماميني، عبد السلام: **القانون المدني**، الحقوق العينية، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، (1410هـ-1990م) .

سلطان، أنور: **العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة**، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1976.

سلطان، أنور، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة أولى، عمان 1987.

السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني**، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد الثامن، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

سوار، محمد وحيد الدين: **حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني**، الطبعة الأولى، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، 1413هـ-1993م.

سوار، محمد وحيد الدين: **شرح القانون المدني**، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، مطبعة الروضة، دمشق، 1992-1993.

سوار، محمد وحيد الدين: **شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية، العقد والأداة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976.

الصدّة، عبد المنعم فرج: **الحقوق العينية الأصلية**، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، 1982.

الصدّة، عبد المنعم فرج: **محاضرات في القانون المدني**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، على طلبية قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية.

ضاهر، فؤاد: **القسم العقارية، نص-فقه-احتهاد**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 1994م-1414هـ.

عازر، حسام، دليل الموظف لتسجيل الابنية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة

عباد، إبراهيم إيهاس، الملك والمملوك، ملاحظات قانونية في تمييز أراضي الأفراد في الأراضي الأميرية في فلسطين، عرضها بالإيطالية الأب فيليب تلفاكيا "القانوني" نقلها إلى العربية إبراهيم الياس عياد، مطبعة سيده، فلسطين، 1936.

عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة مزيده ومنقحة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م.

عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة مزيده ومنقحة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م.

العبيدي، علي هادي: **الوجيز في شرح القانون المدني الاردني**، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999.

عطا الله، يوسف إبراهيم، مساعد مدير الأراضي في الضفة الغربية، مجموعة قوانين الأراضي.

عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، القانون العثماني، أحكام الاراضي، القانون الاردني، معاملات الاراضي.

عيد، ادوار: **الحقوق العينية العقارية الاصلية**، الجزء الأول، طبعة 979.

غانم، اسماعيل: **الحقوق العينية الاصلية**، حق الملكية، الجزء الأول مكتبة عبد الله وهبة ، 1959م.

فرج، توفيق حسن: **الحقوق العينية الاصلية**، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983م.

القره داغي، علي محيي علي، **مبدأ الرضا في العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان، 1423هـ - 2002

القسوس، وليد نجيب: **ادارة وازالة المال الشائع دراسة مقارنة**، طبعة 1993 مطبعة الجامعة النموذجية، عمان - الجبيهة.

كامل، رمضان جمال، **المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي**، دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، الطبعة الثالثة، 1998، معلقا عليها باحدث أحكام محكمة النقض.

الكزبري، مأمون: **القانون المدني، الحقوق العينية**، تقسيم الاشياء والاموال، الحقوق العينية الاصلية الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، عام 1962.

الكزبري، مامون: **القانون المدني، الحقوق العينية**، مطبعة الجامعة السورية، 1379هـ - 1959.

كير، حسن: **اصول القانون المدني**، الجزء الأول، الحقوق العينية الاصلية، أحكام حق الملكية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1965م.

كير، حسن: **الموجز في احكام القانون المدني**، طبعة 1975، الناشر دار المعارف بالإسكندرية.

اللمساوي، فايز السيد؛ اللمساوي، اشرف فايز: **الملكية الشائعة، أحكامها العامة ومشكلاتها العملية في ضوء احدث أحكام النقض في العشرين سنة الأخيرة حتى سنة 2002**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2003-2004م.

المحيط، **مجمع اللغة العربية**، تأليف أديب اللجمي وآخرين، تقديم محي الدين صابر، مجلد 3، من ف - ي.

المر.دعيبس، أحكام الأراضي المتبعة في البلاد المنفصلة عن السلطنة العثمانية، 1923.

مراد، عبد الفتاح، **دعاوى بيع العقارات**، شرح تفصيلي للإجراءات العملية لدعاوى بيع العقارات في قانون المرافعات والقانون المدني وقانون الحجز الإداري، يطلب من المكتبات الكبرى، 1995.

مرسي، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد**، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الخامس والجزء السادس، أسباب كسب الملكية، الميراث وتصفية التركة، المطبعة العالمية، 1371هـ-1951.

المعجم الوسيط، **مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث**، الجزء الأول، من أول الهمزة إلى آخر الضاد، دار الدعوة، استنبول-تركيا.

منصور، مصطفى منصور **تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س6.

المومني، احمد سعيد: **الشقق والطوابق**، دراسة قانونية مقارنة، طبعة أولى، مطبعة التوفيق، عمان، 1984.

الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف: **الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت**، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية.

الوحيدي، درويش مدحت: **الأحكام العامة في قانون الأراضي الفلسطيني**، الجزء الأول والثاني، غزة-فلسطين، 2001.

ابن منظور، لسان العرب، **المحيط**، دار لسان العرب، مجلد ثان، بيروت، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. المجمع العربي الأساسي، النشر للمنظمة، توزيع لاروس.

ثانياً: المراجع الفقهية

ابن قدامة، أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، **المغني** على مختصر الخرق، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت -لبنان، 2004.

- الاصبحي، مالك ابن انس، **المدونة الكبرى**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- التسولي، علي بن عبد السلام، **البهجة في شرح التحفة لابن عاصم**، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، (1397هـ-1977م)، ج2.
- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، **حاشية بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار**، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة 2000،
- الخفيف، علي، **أحكام المعاملات الشرعية**، لسنة 1042.
- الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، للشيخ أبي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى، 1417-1996.
- الزحيلي، وهبة، **المعاملات المالية المعاصرة**، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، سورية، 2002 1423هـ.
- الزليعي، عثمان بن علي، **تتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج5، بيروت-لبنان، (743هـ-1343م) .
- السرخسي، أبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل: **المبسوط**، ج15، دار الكتب العلمية، ط1، 2001.
- شنيور، عبد الناصر محمد، **الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة**، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، طبعة أولى، 2005.
- الطوري، محمد بن حسين بن علي القادري الحنفي **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ- 1997.

الكاساني، علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

اللبناني، سليم رستم باز، **شرح المجلة**، طبعة ثالثة، المطبعة الأدبية، بيروت، 1923.

نظام: **الفتاوى الهندية**، المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة 2000.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

أبو الرب، يوسف توفيق محمود، **أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997.

الدحدوح، سالم حماد، **الطبيعة القانونية للتسجيل واثـر تخلفه في البيع العقاري**، دراسة لإحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بـفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية، 1998

الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، **قسمة المال الشائع**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن أيار - 1994.

صباح، سامي محمد، **حقوق والتزامات ملاك الطوابق والشقق في القانون الأردني** - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 1999/12/27.

ملحم، خالد حسين عبد الله، **القسمة في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000/1/19.

المومني، علا محمد عبد العزيز، **أثر قسمة العقار في القانون المدني الأردني**: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن، 2002-2003.

هزيم، ربحي محمد احمد، **ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2007.

رابعاً: المصادر

- الأمر العسكري، رقم 25 الصفقات العقارية.
- الأمر العسكري، رقم 58 الأموال المتروكة، الأموال الخصوصية.
- الأمر العسكري، رقم 59.
- الأمر العسكري، رقم 858 تعديل قانون رسوم تسجيل الأراضي.
- الأمر العسكري، قانون أملاك الغائبين للعام 1950.
- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ترجمة المحامي فهمي حسني، طبعة أولى
ت(1411هـ-1991م) دار الجيل، بيروت.
- قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.
- قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953.
- قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946
- قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ومذكراته الايضاحية.
- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932
- قانون انتقال الأراضي لسنة 1920
- قانون رقم (1) لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات الفلسطينية، صدر بمدينة
غزة، 1996/1/6.
- قانون رقم (11) لسنة 1968، قانون التقسيم ضمن مناطق البلديات.

قانون رقم (26) لسنة 1958، قانون رسوم تسجيل الأراضي.

قانون رقم (40) لسنة 1952. تسوية الأراضي والمياه الأردني

قانون رقم (41) لسنة 1953. تحويل الأراضي من نوع الميري إلى الملك نشر في الجريدة الرسمية عدد رقم 1134 بتاريخ 1953/3/16م.

قانون رقم (46) لسنة 1953، وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين نشر في الجريدة الرسمية عدد 1135 بتاريخ 1953/3/1.

قانون رقم (48) لسنة 1953، تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني المنشور في الصفحة (754) من الجريدة الرسمية عدد (1135) في 1953/3/1.

قانون رقم (6) لسنة 1964، قانون تسجيل الأراضي غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، نشر هذا القانون في عدد الجريدة الرسمية رقم 1734 بتاريخ 1964/3/1.

قانون رقم (79) لسنة 1966 تنظيم المدن والقرى والابنية الأردني نشر في العدد رقم 1952 بتاريخ 1966/9/25.

قانون رقم (51) لسنة 1958، قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

قانون ملكية الطوايق والشقق رقم (25) 1968 الاردني، نشر في العدد 2089 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1968/4/16.

مرسوم الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 في مصر.

مرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1979 بإصدار قانون التسجيل العقاري

مشروع قانون الأراضي الفلسطينية

مشروع قانون المدني الفلسطيني

نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. نشر في العدد 1136 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1953/3/16م.

المبادئ القانونية

قرارات محكمة التمييز الاردنية

قرارات محكمة التمييز السورية

قرارات محكمة التمييز الكويتية.

قرارات محكمة النقض الفلسطينية

قرارات محكمة النقض المصرية

مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

مواقع انترنت

www.aleppopar.org/forum/showthread

www.courts.gov.ps/atemplate.asp

www.islamicinter.kau.edu.as/Arabic/hewar_arbeaala.

www.majalisna.com

[www.mashael@law.kuniv.edu](mailto:mashael@law.kuniv.edu)

www.moj.gov.ps/tashreat/law130.htm.

www.poica.org/editor/case_studies/view.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Satisfying Division in the Common Real Estate
-Study of Comparison-

By
Mazen Zayed Jameel E'mran

Supervised by
Dr. Hussain Mashaqi

***Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Masters
in Law, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus,
Palestine.***

2008

**The Satisfying Division in the Common Real Estate
-Study of Comparison-**

By
Mazen Zayed Jameel I'mran
Supervised by
Dr. Hussain Mashaqi

Abstract

This study is summarized on one of the most important cases of ending the common property which the common real estate division whereas the real estate at present is considered of the mongy of the high financial value, and it is considered a wide economic scope which man's power is measured on from the financial side, and this common property has come to form the practical problems among the proprietors of joint tenancy that restrict the freedom of dealing in this common money and it of worth importance that the division of this common money must lead to keeping the utility in the part which every partner had been interested in after the division occurrane.

I studied this thes is three chapters which the preliminary chapter is one the them. At the outset of my study to this thesis I dealt with a preface where I showed what is meant by the commoney money according to the concept of thie compared positive law and in the Fiqh of the journal. In a preliminary chapter, I studied that the division is a reason of the reasons of ending the joint – tenancy. I studied it in two subjects. In the first subject I showed the concept of division its definition and its characterstics.

I studied this subject is two demands. The first: the concept of the divison linguistically, idiomatically and law fully. In the second: the divios contract is a formal and satis fying contract. In the second subject, I studied the termswhich must be mentioned and available in the satisfying division

contract, and they are four terms which I studied in four demands: unanimity is in the first, a ttendance is in the second aptitude. Is in the third and registration is in the fourth.

In the first chapter I studied the satisfying division, its quiddity and cases on two subjects.

The first is the quiddity of the satisfying division contract in the positive low and the Islamic Fiqh. I studied it in two demands. The first is the quiddity of the satisfying divison contract in the positive law. The second demand is the quiddity of the satisfying division contract in Fiqh. In the second demand I studied it on three demands. The first is the satisfying division with the presence or imperfect aptitude or the absent. The second is the satisfying divison with the presence of creditors of deservers of the partneis or without partners. The there is the options which the division contract gives to the partners.

In the second chapter I studied the satisfying division: its procedures and its effects. I divided it into two subjects, the satisfying division I studied it in two demonds. The first is the satisfying division procedures and divided it into two demands. The first is the satisfying division in the real estate, and the second is the indivisible real estate and the effects of this. In the second subject I studied the effects of the satisfying division, and I studied it in two demands. The first is the lawfy effects of the satisfying division in the positive law. The sefond is the effects of the satisfying division in the Fiqh of the journal.

Then, I came to the epilogue and submitted some recmendations.