دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	قسمة المال الشائع في القانون المدني الفلسطيني: دراسة تحليلية
المصدر:	مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية
الناشر:	الجامعة الإسلامية بغزة - عمادة البحث العلمي والدراسات العليا
المؤلف الرئيسي:	القاعود، شرين محمد خضر
المجلد/العدد:	مج27, ع4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2019
الشهر:	أكتوبر
الصفحات:	303 - 329
رقم MD:	1005603
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القانون التجاري، القوانين والتشريعات، الإدارة المالية، فلسطين
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1005603

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

IUGJEPS
Vol 27, No 4, 2019, pp 303 -329

ISSN 2616-2148

مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

تاريخ الإرسال (2018-04-17)، تاريخ قبول النشر (2018-09-23)

قسمة المال الشائع في القانون المدني الفلسطيني (دراسة تحليلية)

اسم الباحث: د. شرين محمد خضر القاعود * 1

1 اسم الجامعة والبلد: فلسطين ـ جامعة الأزهر بغزة – كلية الحقوق

* البريد الالكتروني للباحث المرسل:

E-mail address: shereenmohamed733@yahoo.com

الملخص:

يحتم الواقع العملي إجراء قسمة المال الشائع بين الشركاء، فالشيوع حالة قلقة غير مستقرة لكثرة ما ينجم عنها من مشكلات ومنازعات تؤثر سلباً على إدارة المال والانتفاع به، فالملكية المفرزة دائماً ما تكون أفضل في استغلالها من الملكية الشائعة، لأنها تؤدي إلى اختصاص كل شريك بجزء مفرز، لذلك تناولنا بالدراسة القسمة باعتبارها عقد يهدف إلى وضع حداً للملكية الشائعة، من خلال تحليل النصوص التشريعية والأحكام القضائية الخاصة بالقسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، فعرضنا لكيفية إجراء القسمة الاتفاقية والقضائية وتبني الحلول التي تعترض كل شريك في الحصول على كامل حقه، كما تناولت الدراسة أهم الآثار القانونية المترتبة على القسمة، وتوصلنا بأن للقسمة أثر كاشف وليس ناقلاً للملكية.

كلمات مفتاحية: المال الشائع – القسمة الرضائية – القسمة القضائية

The common division of money in the Palestinian civil law (An analytical study)

Abstract:

In practice, it is necessary to divide the common money between partners. The co ownership is an unstable state of concern for the large number of problems and disputes that negatively affect the management and use of money. The divided property is always better exploited than common property because it allows to partners to expoliate their ownership separately. Therefore, we discussed the division as a contract aimed at ending the common property, through analyzing the legislative and judicial texts of the division of the agreement and the division of the judiciary, we presented the procedures of how to divide the division of agreement and division of judiciary and adopt solutions to each partner to obtain the full right of ownership, The study highlighted the most important legal effects of division, and we concluded that the division does not creat any new right, it is only a transfer of ownership The researcher also talked about the basis of compensation and its elements where there are two principles to the compensation, the first known as full compensation, and the other known as an equitable compensation, then the researcher concluded the study with a set of findings and recommendations.

Keywords: Common Property - The Judicial Allotment - the consensual allotment

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في دراسة الحلول التشريعية والفقهية والقضائية لضمان حصول كل شريك على جزء مفرز من المال الشائع بما يعادل حصته في حالة تعذر حصوله على هذا الجزء لأى سبب كان.

هدف البحث: يهدف البحث إلى الوصول للطريقة التي من خلالها يواكب المشرع التطويرات الحديثة التي يتم اتباعها في انقضاء الشيوع، وتبني المشرع الحلول المناسبة لهذه المشكلة.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في وجود عدة شركاء على الشيوع لا يستطيع أن يحصل كل شريك منهم على جزء مفرز بما يعادل حصته لأسباب كثيرة منها: تعذر الاتفاق بين الشركاء على القسمة، وجود غائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها لدي الشركاء على الشيوع، تعرض أحد الشركاء عند القسمة إلى غبن يزيد عن الخمس، استحقاق حصة أحد الشركاء بعد القسمة، ففي مثل هذه الحالات هل تدخل المشرع وحمى الشريك في الحصول على حقه من خلال وضع نصوص قانونية وضوابط لقسمة هذا المال؟.

واتساقاً مع هذه المشكلة طرحنا التساؤلات الآتية: ما هي الإجراءات القانونية الواجب اتباعها في قسمة المال الشائع؟ وما هي الحالات التى تكون فيها القسمة اتفاقية؟ ومتى تكون قضائية؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة على هذه القسمة؟.

منهجية البحث: تم اعتماد المنهج التحليلي في هذا البحث حيث سيتم الوقوف على النصوص القانونية الخاصة بالقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 المطبق في قطاع غزة، وبالإضافة إلى تحليل الآراء والأحكام والقواعد التي تعني بقسمة المال الشائع والعمل على تأصيلها في وحدة فكرية تمثل جوانب متكاملة لنظرية قانونية متناسقة.

هيكلية (تقسيم) البحث: اقتضت طبيعة البحث أن نقسمه إلى ثلاث مباحث وخاتمة على النحو الآتية:

المبحث الأول: القسمة الاتفاقية.

المبحث الثاني: القسمة القضائية.

المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على القسمة.

خاتمة.

المراجع.

المبحث الأول–القسمة الاتفاقية:

القسمة الاتفاقية هي اتفاق يبرمه الشركاء فيما بينهم، لإنهاء حالة الشيوع، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه ما طبيعة هذا الاتفاق وكيف يتم تنفيذه؟ وفي حالة عدم تحقق المساواة بين أطراف هذا الاتفاق فهل القانون أجاز للأطراف الطعن فيه؟

سنتناول الإجابة عن هذه التساؤلات في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول–تعريف القسمة الاتفاقية وكيفية إجرائها:

تعرف القسمة بأنها إفراز وتجنيب نصيب كل شريك في المال الشائع يحصل عليه ويتنازل عن الأنصبة الأخرى للشركاء الآخرين[1]، وعرفتها المجلة العدلية في المادة رقم 1114 بقولها" القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل"، يلاحظ مما سبق بأن القسمة تشتمل على معني الإفراز حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، والقسمة إما أن تكون عينية أو قسمة تصفية، وإما اتفاقية أو قضائية.

لذلك سنتناول مفهوم القسمة الاتفاقية وكيفية إجرائها بفرعين على النحو الاتي:

الفرع الأول–تعريف القسمة الاتفاقية:

لم يتضمن القانون المدني الفلسطيني نصاً يعرف به القسمة الاتفاقية، ولكنه ذكر في المادة رقم 960 في فقرتها الأولي أنه " للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها".

1- رضا عبد الحليم عبد البارى، الوجيز في الملكية والحقوق العينية الأصلية،1999، ص99.

وعرفت المادة 1121من مجلة الأحكام العدلية القسمة الاتفاقية بقولها:" قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو بقسمة القاضي برضائهم جميعاً".

نلاحظ مما سبق أن القسمة الاتفاقية عقد تقع بشكل صريح بين الشركاء، وقد تقع بشكل ضمني وهنا يكون على القضاء استخلاص ذلك من تصرفات الشركاء في أنهم قد ارتضوا جميعاً قسمة المال الشائع فتسرى عليها أحكام القسمة الاتفاقية.

ولقد اختلفت التعريفات الفقهية التي قيلت بخصوص القسمة الاتفاقية، فعرفها البعض بأنها: "القسمة التي تؤدي إلى إزالة الشيوع بين الشركاء وبالطريقة التي يختارونها ومن تلقاء أنفسهم"[1]، فيما عرفها آخر[2] بأنها: القسمة التي تتم باتفاق من كافة الشركاء فلا يكفي اتفاق البعض من الشركاء عليها فلا بد من اجماع جميع الشركاء عليها، كما عرفها جانب ثالث[3] منهم بأنها عقد كسائر العقود يكون أطرافه من الشركاء المشتاعين ويكون محله المال المشاع وتسري عليها الأحكام التي تسرى على سائر العقود وعليه لابد من وجود تراضي كافة الشركاء وتوافر الأهلية فيهم وخلو إرادتهم من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود السبب المشروع.

من خلال ما سبق يمكننا تعريف القسمة الاتفاقية بأنها هي إفراز جزء من كل المال الشائع لشريك ومبادلة هذا الشريك لما له من باقي المال الشائع فيما اختص به الشريك الآخر ويكون ذلك برضاهم واجماعهم.

الفرع الثاني–كيفية إجراء القسمة الاتفاقية:

القسمة الاتفاقية هي عقد أطرافه هم الشركاء على الشيوع، ومحله هو المال الشائع وسببه هو إنهاء حالة الشيوع، فالقسمة باعتبارها عقد وجب أن تسري عليها أحكام سائر العقود، مع مراعاة حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء.

بناء على ذلك سنتناول هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً–القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود:

تنص المادة رقم (960) في فقرتها الأولي من القانون المدني الفلسطيني على أنه " للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها".

يتضح من نص المادة السابقة بأن القسمة الاتفاقية هي التي تتم بالتراضي بين الشركاء، فيتفقون جميعاً عليها، وبالطريقة التي يرونها، لذلك فهي عبارة عن عقد من العقود الرضائية الأمر الذي يقضي بتوافر الشروط الموضوعية في العقد من رضا ومحل وسبب.

والقسمة باعتبارها تصرف دائر بين النفع والضرر، يلزم أن تتوافر فيها أهلية التصرف لدى أطرافه، لذلك إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية ولم يمثله نائبه القانوني فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحته[4].

والأصل في العقود بصورة عامة الرضائية فبمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ينعقد العقد ما لم يقرر القانون أو الاتفاق شروطاً أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض[5].

---

1 –توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982، ص255.

2 –على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000، ص66.

3 –عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، 2003، ص892.

4 – محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، الطبعة السادسة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1998، ص88، على محيي الدين على، مبدأ الرضائية في العقود، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني والروماني والفرنسي والمصري، طبعة ثانية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 2002، بيروت، ص77.

5 – يستفاد هذا من نص المادة 74 من القانون المدني الفلسطيني على أنه " ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقادة"، . عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة

فالعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده رضا الطرفين دون حاجة في انعقاده إلى إفراغه في شكل معين، وعلى ذلك تعتبر القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد، ولا يتطلب القانون لانعقاده شرطاً آخر إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن ارادتهما تعبيراً صريحاً أو ضمنياً حتى يقوم العقد[1].

لذلك تقع القسمة بالاتفاق الصريح بين الشركاء ويمكن أن تقع بطريق ضمني بينهم وتسمى حينئذ القسمة الفعلية، وتقع بتصرف أحد الشركاء بحصته مفرزة تعادل حصته الشائعة ثم يتبعه باقي الشركاء وذلك بقيام كل منهم بالتصرف بجزء يعادل حصته الشائعة[2].

وأيضاً كون القسمة عقد فهي تصرف قانوني وبالتالي تخضع للقواعد العامة في الإثبات وبالتالي يجب إثباتها بالكتابة إذا كانت قيمة المال الشائع تزيد على مائتي دينار.

وباعتبار القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه القواعد العامة التي تحكم العقود، وهذا مما يجعل للشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة، ولكن يشترط لصحة القسمة إجماع جميع الشركاء بحيث إذا عارض شريك واحد فقط القسمة المقترحة فإن هذه القسمة الاتفاقية لا تقوم صحيحة، وبالتالي يلجأ إلى القضاء[3].

والشركاء في حالة إجماعهم فإن لهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها مناسبة، فقد يختاروا على أن تكون القسمة عينية فيحصل كل شريك على جزء عيني من المال الشائع متى أمكن ذلك، وقد يتفقوا على قسمة كلية أو قسمة جزئية على بعض المال الشائع فقط، وقد تتم القسمة بطريقة التصفية إذا تعذر قسمة المال الشائع عينياً، فيباع هذا المال بالمزاد العلني ويقتسموا حصيلة البيع كل حسب حصته، ويجوز للشركاء الاتفاق على حصر المزايدة عليهم فقط، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، وفي جميع الأحوال إذا رسى المزاد على الشريك اعتبر قسمة بطريق التصفية، أما إذا رسى المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعاً لا قسمة[4].

يتضح مما سبق بأن القسمة الاتفاقية هي عقد رضائي تسري عليه أحكام سائر العقود كما ذكرنا سابقاً، لكن ما هو التكييف القانوني للقسمة؟ هل تعتبر بمثابة البيع أم أنها إفراز، أم تعتبر بيعاً وإفرازاً معاً، أم تعتبر بيعاً في بعضها وإفرازاً في البعض الآخر؟

لقد تناولت أحكام المجلة العدلية هذه المسألة بشكل صريح، حيث جاء في المادة 1116 أن القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة، أي إن القسمة سواء كانت في المثليات أو من القيميات تشتمل على معني الإفراز وهو أخذ عين حقه، وعلى معني المبادلة وهو أخذ عوض حقه، وذلك ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على نصيبين فكان ما أخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان إفرازاً والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما في يد صاحبه فكان مبادلة[5].

مثلا إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين فيكون لكل منهم النصف في كل حبة منها، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع وأعطي أحد أقسامها إلى واحد والثاني إلى الآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر

الدول العربية، 1962، ص29، سالم حماد الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لاحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية ، 1998، ص267.

1 – أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1976، ص29، عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص29، سالم حماد الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص77.

2 – محمد سامح الدويك، قسمة المال الشائع، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1994، ص37.

3 –حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، ج1، دار الفكر العربي، 2004، ص194.

4– توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص220.

5 – سليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص490.

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 وأعطي كل واحد منهما قسمة يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته.

فالقسمة سواء في المثليات أم القيميات فهي من جهة: إفراز أي تمييز، ومن جهة: مبادلة أي أخذ عوض، وقد جاء في شرح المادة 1116 كلمة مبادلة وعدم قوله بيعاً، لكي يشتمل قسمة المنافع حيث تعتبر قسمة المهايأة، وهي قسمة المنافع حسب نصوص المجلة هي من جهة إفراز ومن جهة مبادلة. وهذه عبارة عن مبادلتها بجنس المنافع أي عبارة عن جمع المنافع الشائعة في الأعيان[1].

يتضح مما سبق بأن الإفراز يتحقق في حالة بقاء المفرز على حاله الأصلي مع منافعه التي كان عليها قبل الإفراز، أما إذا تبدلت بالقسمة الأصل والمنافع فلا يبقي فيها معني الإفراز بل يكون تبديلاً.

مما سبق نري أن مجلة الأحكام العدلية قد نصت وبشكل صريح على أن القسمة ما هي إلا إفراز الأنصباء ما بين الشركاء من جهة ومبادلة كل شريك ما له عند الآخر في نصيبه، ولكن بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفلسطيني لم ينص على هذه المسألة بشكل صريح، ولكن يفهم من نص المادة رقم (967) –أن المتقاسم يعتبر مالكاً للحصة التي آلت إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوع–وبأن للقسمة أثر كاشف وليس ناقل للملكية، لذلك فهي تعتبر بمثابة إفراز وليس بيعاً، لذلك ندعو المشرع الفلسطيني بإضافة نص صريح يفيد بأن القسمة الاتفاقية ما هي إلا افراز للحصص الشائعة حتي ينسجم مع نص المادة رقم 967 من أن للقسمة أثر كاشف وليس ناقل.

ثانياً–حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء:

يثار التساؤل عن مدى صحة القسمة الاتفاقية في حالة وجود غائب أو فاقد أهلية أو ناقصها لا يكفي إجماع الشركاء لقيام القسمة الاتفاقية لكي تنتج آثارها، إذ لابد كذلك من توافر الأهلية الكاملة لدى الشركاء على الشيوع، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو فاقدها فلا تصح القسمة الاتفاقية.

حيث أشارت المادة رقم 960 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفلسطيني على أنه " إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقد الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانونياً".

لذلك لابد أن يحل محل الغائب وفاقد الأهلية وناقصها من يقوم مقامهم كالوكيل والقيم والولي والوصي في الاتفاق على القسمة، ويجب أن يتبع ذلك الحصول على إذن المحكمة المختصة مسبقاً قبل الاتفاق على قسمة المال الشائع بالنسبة للقاصر أو الغائب[2]، وقد استثني من ذلك الولي بحيث يستطيع الاتفاق على قسمة المال الشائع للقاصر دون حاجة إلى إذن من المحكمة، ويرجع طلب الحصول على إذن من المحكمة اعتبار القسمة لناقص الأهلية من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، وأيضا لتقدير المحكمة ما إذا كانت القسمة في مصلحة القاصر أو الغائب أم لا، فإذا رأت المحكمة بأنها في مصلحتهما وحددت الأسس التي بناء عليها تتم القسمة، والإجراءات التي يجب اتباعها، فإذا تمت القسمة كان للمحكمة أن تستوثق من اتباع تلك الإجراءات وأن تأمر بانفاذها، ففي حالة عدم اتباع الإجراءات التي حددها المحكمة، كان للمحكمة أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية[3].

---

1 – سليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، مرجع سابق، ص490، خالد حسين عبد الله ملحم، القسمة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص18.

2–عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص896، حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، مرجع سابق، ص467، يوسف توفيق أبو الرب، أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997، ص32.

3 – المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، 960/ 2.

وإن ما يحصل على أرض الواقع لدى دوائر التسجيل في فلسطين أخذ الإذن من المحكمة الشرعية لإجراء القسمة، وذلك بتوجيه المتقاسمين ومن بينهم ناقص الأهلية إلى المحكمة المختصة حتى تتم إجراءات القسمة ومن احضار حكم القسمة إلى دائرة التسجيل لإفراغه[1].

ويجب الإشارة إلى أن المجلة العدلية أجازت في مادتها رقم 1128 في حالة عدم وجود الولي أو الوصي أن يقوم القاضي مقام الصغير في القسمة الاتفاقية وتكون القسمة موقوفة على إجازته، حيث لم يواجه مثل هذا الفرض في القانون المدني الفلسطيني وبذلك تكون المجلة العدلية قد غطت جميع الفروض التى قد تثار عند إجراء القسمة الاتفاقية.

المطلب الثاني-أحكام القسمة الاتفاقية:

تعد القسمة الاتفاقية عقد من العقود وتخضع للقواعد العامة من ناحية الانعقاد والآثار خاصة من ضرورة توافر أركان العقد من الرضاء والمحل والسبب، ومن شروط صحة العقد من الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان في حالة عدم توافر الأركان الموضوعية للعقد، كما يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشركاء في غلط جوهري في قيمة أحد الأموال الشائعة فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشركاء طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط [2].

كذلك يجوز طلب إبطال القسمة للتدليس أو للإكراه، أما الغبن فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة، وحدد القانون الإجراءات والشروط التي يجب أن ترفع دعوى الغبن خلالها، لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول-نقض القسمة الاتفاقية:

سنتناول نقض القسمة الاتفاقية من خلال بيان الغبن باعتباره عيب في عقد القسمة الاتفاقية يجيز نقضها ومقدار الغبن على النحو الاتي:

أولاً-الغبن باعتباره عيب في عقد القسمة الاتفاقية:

تخضع القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بشروط صحة العقد، ويدخل في ذلك لزوم سلامة إرادة المتعاقدين من العيوب، ويجوز بالتالي للمتقاسم المطالبة بإبطال العقد استناداً إلى عيب شاب إرادته، كالغلط والتدليس أو الاكراه[3]، أما الاستغلال فقد استغنى عنه المشرع حيث لم يتطلب تعرض العاقد لطيش بين أو هوى جامح، واكتفى بالغبن كسب لإبطال العقد، إذا زاد عن الخمس، وهو في ذلك يخرج عن القواعد العامة بالنسبة للاستغلال الذي يستلزم العيب الإرادي المتمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح إلى جانب الغبن الفاحش الذي أصاب ضحية الاستغلال[4]، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرع في تحقيق المساواة بين الجزء المفرز الذي اختص به بمقتضي القسمة والحصة الشائعة التي قدمها مقابلاً لذلك.

ويجوز نقض القسمة للغبن ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون للشريك الدائن بهذا المعدل، فالغبن وحده كافى لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون، ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن، فيصبح العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض، وأيضاً لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن، وقد رضي به وفاء لالتزام طبيعى في ذمته لشريك آخر، أو وهبة منه لهذا الشريك[5].

---

1 – نقض مدني فلسطيني 19/ 2005 قرار رقم 292 تاريخ 20/ 4/ 2005م، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة من محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، 2007، جزء أول، اصدار جمعية القضاه الفلسطينين، طبعة أولي، ص542.

2– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص898.

3– معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء أول، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص399.

4– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص900.

5– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص900.

ويقتصر الغبن كسب لإبطال القسمة على القسمة الاتفاقية في جميع أنواعها، ولا يجوز بالتالي الاستناد إلى ذلك في مجال القسمة القضائية، حيث تحاط بضمانات من شأنها الاطمئنان إلى المساواة بين المتقاسمين وتجنب أي غبن يمكن أن يلحق بهم[1].

ثانياً-مقدار الغبن وكيفية حسابه:

تنص المادة رقم 969 من القانون المدني الفلسطيني على أنه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد 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 عينياً ما نقص من حصته".

يتضح من النص السابق أنه يشترط في الغبن أن يزيد على الخمس، خلافاً لما هو مقرر في الغبن الوارد في عقد البيع الذي ينحصر في بيع ناقص الأهلية للعقار، فإن الغبن في القسمة يتقرر للمتقاسم ولو كان كامل الأهلية ويطبق على العقار والمنقول[2].

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة يجب تقدير المال الشائع محل القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، وتقدير قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة، ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك في هذا المال الشائع، فإذا فرضنا أن قيمة المال الشائع تقدر ب (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 خمس حصته هي (200) دينار فإذا زادت قيمة الغبن عن (200) دينار يستطيع أن ينقض القسمة للغبن الذي لحقه في حصته كأن يكون حصته مثلاً (800) دينار أو أقل . وقد تتعلق القسمة في أموال متعددة مثل عمارة أو أرض فإذا كان مجموع ما أصابه من غبن في جميع هذه القسمة يزيد على خمس حصته فإنه يستطيع نقض هذه القسمة بسبب الغبن.

ويتوقف مدى الغبن الذي يتعرض له المتقاسم على تحديد قيمة الشيء الشائع والعبرة في ذلك بقيمته وقت القسمة، ويتحدد نصيب المتقاسم منها في حدود نسبة حصته في المال الشائع، وتقارن قيمة حصته مع قيمة الجزء المفرز الذي اختص به، فإذا قلت قيمة هذا الجزء بما يزيد على خمس قيمة حصته عد ذلك غبناً، وجاز له المطالبة القضائية بنقض القسمة[3].

الفرع الثاني-دعوى نقض القسمة للغبن:

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية على النحو السابق بيانه، جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع ناقص الأهلية وأن يكون المبيع عقاراً. سوف نتناول الأحكام الخاصة بدعوي نقض القسمة للغبن وآثارها على النحو الآتي:

أولاً-الأحكام الخاصة بدعوى نقض القسمة للغبن:

يعتبر المدعي في دعوى الغبن هو الشريك الذي لحقه غبن فقط، لكن هذا الحق في الدعوى ينتقل إلى ورثة الشريك المغبون فيجوز لهم أن يرفعوا دعوى أو أن يواصلوا السير فيها، كما يجوز لدائني الشريك المغبون أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينهم من خلال الدعوى غير المباشرة، أما المدعى عليهم في دعوى الغبن فهم سائر الشركاء لأن دعوى الغبن قد تؤدي إلى إبطال القسمة الاتفاقية التي تمت بتراضي جميع الشركاء[4].

1- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص87.

2- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص88.

3- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، 1982، ص210.

4- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، طبعة جامعة القاهرة، 1978، ص159.

واثبات الغبن الفاحش يكون بكافة طرق الإثبات فهو من الوقائع المادية، ومن ثم يجوز إقامة الدليل عليه بالبينة والقرائن، ومن الناحية العملية فإن المحكمة كثيراً ما تستعين بالخبراء بهدف التحقق من وجود الغبن الفاحش في نصيب الشريك الذي يدعي الغبن، ويكون التقرير في العادة بين قيمة المال الشائع بصفة كلية ونصيب قيمة الشريك المفرز ومقارنة القيمتين، فإذا وقع غبن ما يزيد على الخمس كان هناك غبناً فاحشاً وإلا فإن دعوى الشريك لا تقبل، ولا يملك القاضي في حالة توافر الغبن الفاحش إلا أنه يحكم ببطلان القسمة، وهذا بخلاف ما يملكه القاضي من سلطة تقديرية في الفسخ وفقاً للقواعد العامة[1].

ويشترط القانون لرفع دعوى نقض القسمة أن يرفع المتقاسم المغبون دعواه خلال السنة التالية للقسمة[2] وإذا تأخر عن ذلك سقط حقه في نقض القسمة، وهي مدة قصيرة وضعها المشرع لسرعة حسم المنازعات التي يمكن أن تثار بمناسبة الاتفاق على القسمة ولاستقرار الأوضاع بين المتقاسمين[3].

وتحسب مدة السنة من تاريخ إجراء القسمة وهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، فإذا مضت مدة السنة فيعتبر المتقاسم المغبون متنازلاً ضمنياً عن حقه في نقض القسمة للغبن الذي يجاوز الخمس، كما يملك أن يتنازل صراحة عن هذا الحق فيستقر الوضع النهائي للقسمة الاتفاقية.

ثانياً–الآثار القانونية المترتبة على نقض القسمة للغبن:

يترتب على نقض القسمة في حالة توصل القاضي لوجود الغبن الفاحش الذي يزيد عن خمس قيمة العقار الحكم بإبطال القسمة ومن ثم اعتبارها كأن لم تكن، وعودة الشيوع للملك والذي زال على أثر القسمة الاتفاقية، وذلك بأثر رجعي يرجع إلى ما قبل الاتفاق على القسمة واعتبار المال الشائع وكأنه لم يقسم في أي وقت وأن حالة الشيوع مستمرة ولم تنقطع منذ قيامها، وجواز إعادة قسمة المال الشائع سواء عن طريق القسمة الاتفاقية من جديد أو عن طريق القسمة القضائية[4].

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه هل يجوز تفادي دعوى نقض القسمة عن طريق اكمال نصيب الشريك الذي وقع فيه الغبن الفاحش؟

تنص المادة 969 من القانون المدني الفلسطيني على أنه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد 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" .

يتضح أن القانون أجاز للشركاء المتقاسمين أن يتجنبوا نقض القسمة إذا أكملوا للمتقاسم المغبون – نقداً أو عينياً– مقدار ما نقص من حصته، وذلك بأن يرفعوا الغبن كلياً، والمقصود بالتكملة هو إكمال القيمة الناقصة من الحصة التي آلت للشريك المغبون لتصبح مساوية تماماً لقيمة حصته، بهدف تحقيق التساوي بين الحصص التي آلت إلى الشركاء أو تحقيق التساوي بين ما آل إلى الشريك المغبون وحصته الشائعة بالكامل، ويرجع ذلك إلى أن عقد القسمة الاتفاقية يقوم على أساس المساواة بين المتقاسمين، وهذا على عكس الحال بالنسبة للغبن الفاحش الذي يقع في عقد البيع، حيث يزول الغبن بإكمال ثمن العقار المبيع إلى ثمن المثل[5].

1– مصطفي محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة دار المعارف الإسكندرية، 1999، ص171.

2 – نص المادة (970) تسقط دعوى نقض القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة.

3– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص210.

4– خليل قداده، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، مكتبة القدس، غزة، 2003، ص294.

5– خليل قداده، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص294.

ويجوز للشركاء المتقاسمين المطالبة بتكملة نصيب المتقاسم المغبون تجنباً لنقض القسمة أمام محكمة أول درجة، أو أمام المحكمة الاستئنافية، بل وأكثر من ذلك يري جانباً من الفقه[1] بأنه يجوز لهم هذه التكملة المانعة من نقض القسمة ولو بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة، في وقت سابق على تنفيذ هذا الحكم، ولم يكن قد تم اجراء قسمة جديدة.

إلا أننا نرى أن الحكم الصادر بنقض القسمة للغبن يقرر ابطاله، وكما هو معروف فالعقد الباطل من العدم، وبالتالي فحق المدعى عليه بتكملة النقص الذي أصاب المدعي ينقضي مع الحكم النهائي القاضي بإبطال هذه القسمة.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم بدعوى نقض القسمة فيجب أن يتفقوا على مبدأ إكمال النقص الذي أصاب أحد الشركاء المتقاسمين سواء نقديا أم عيناً فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على مقدار ما سيدفعوه للشريك لإكمال النقص تولت المحكمة تقدير ذلك، أما إذا اتفق جزء منهم وعارض الجزء الآخر، فيجوز للجزء الذي وافق على إكمال النقص أن يقوم بذلك دون الآخرين، ودون أن يكون لهم الحق في الرجوع على الآخرين المعارضين بشيء[2].

المبحث الثاني–القسمة القضائية:

يراد من القسمة إنهاء حالة الشيوع بين الشركاء، فالشيوع حالة غير مرغوب فيها، بسبب ما قد ينشأ بين الشركاء من خلافات ومشاكل، فالقسمة تهدف القسمة إلى إنهاء حالة الشيوع واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته قبل القسمة[3]، والقسمة القضائية تختلف عن ما يسمى بقسمة المهايأة والتي يراد بها قسمة منافع الشيء الشائع بين الشركاء مع استمرار حالة الشيوع، ويحدث أن يتفق الشركاء أثناء إجراءات القسمة القضائية على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة إلى أن تتم القسمة القضائية.

والأصل في قسمة المال الشائع هو القسمة الاتفاقية، فإذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على القسمة أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو عديمها أو غائب ولم يكن هناك من يمثله، فيتم اللجوء للقسمة القضائية[4].

نتناول ماهية القسمة القضائية والأحكام الخاصة فيها على النحو الآتي:

المطلب الأول–ماهية القسمة القضائية:

إن الحديث عن القسمة القضائية يتطلب ابتداءً الوقوف على تعريف القسمة القضائية سواء أكان التعريف التشريعي أم التعريف الفقهي، كما يتطلب الأمر تناول حالات القسمة ومن يحق لهم في طلب القسمة القضائية والاستثناءات الواردة عليها، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف القسمة القضائية وحالاتها:

لم يتضمن القانون المدني الفلسطيني نصاً يعرف به القسمة القضائية، ولكنه ذكر في المادة رقم 1/961 على أنه "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام قاضي الصلح لإجراء القسمة"، في حين عرفت المادة رقم 1122 من مجلة الأحكام العدلية القسمة القضائية بقولها: "قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم".

يتضح مما سبق بأن القسمة القضائية هي القسمة التي تقتضي وتستلزم تدخل القاضي وذلك لعدم الاتفاق بين الشركاء في اقتسام المال الشائع، أو لأن أحدهم غائب أو غير كامل الأهلية ولم تأذن المحكمة للنائب القانوني إجراء هذه القسمة.

1– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص903.

2– بدر جاسم محمد اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد 2 لسنة11، 1987، ص153.

3 – قصي سلمان، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دراسة مقارنة، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، الطبعة الأولى، 2011، ص35.

4– جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دراسة نظرية وعمليه مقارنة، دار النهضة العربية، 2005، ص197.

وهذا يعني أنه يجب لإجراء القسمة القضائية أن يطلب أحد الشركاء أو جميع الشركاء أن تقع القسمة بينهم بواسطة المحكمة، وبدون هذا الطلب لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لقسمة المال الشائع بين الشركاء من تلقاء نفسها[1].

ولقد اختلفت التعريفات الفقهية بخصوص القسمة القضائية فمنهم من عرفها[2] بأنها: "التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها، رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع، ويصدر فيها حكماً رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءها. وعرفها آخر[3] "بأنها التي تجري بواسطة القضاء، نظراً لاختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع، أو لأن أحدهم غائب، أو غير كامل الأهلية". وعرفها آخر[4] بأنها "يتم اللجوء للقسمة القضائية، عند تعذر إجماع الشركاء اللازم لانعقاد القسمة الاتفاقية، أو حيث يكون أحد الشركاء غير كامل الأهلية، ولم تأذن المحكمة لنائبه القانوني إجراء هذه القسمة. ويشترط في القسمة القضائية للمال الشائع أن تكون بطلب من أحد أو بعض أو جميع الشركاء، فلا يحق للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه، وإنما بطلب من أحد الشركاء أو أكثر ويكون ذلك في حالتين:

الحالة الأولى–تعذر اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع: نصت المادة رقم 1/961 من القانون المدني على أنه "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام قاضي الصلح لإجراء القسمة".

مما سبق يتضح بأن القسمة تكون قضائية إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، وأراد أحدهم الخروج من الشيوع، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية.

الحالة الثانية–إذا كان أحد الشركاء غائباً أو غير كامل الأهلية، دون وجود غائب عنه:

نصت المادة رقم 960/ 2 من القانون المدني بقولها "إذا كان أحد الشركاء غائباً أو فاقد الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة".

يتضح من النص أنه إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب، فلا تجوز القسمة الاتفاقية إلا بحضور الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب لهؤلاء، فإذا كان أحدهم حاضراً واستأذن المحكمة لإجراء القسمة ورفضت المحكمة إعطاءه الإذن في إجراء القسمة الاتفاقية، أو إذا أذنت المحكمة له ولكن تبين بعد ذلك عدم عدالته[5].

الفرع الثاني–صاحب الحق في طلب القسمة القضائية:

يستطيع أي شريك طلب القسمة بغض النظر عن مقدار نصيبه في المال الشائع، فلكل مالك على الشيوع حق ملكية في كل ذرة من المال الشائع فلا يستطيع الشريك الآخر إخراجه منه[6]، وكما أن طلب القسمة يكون ثابت لكل شريك، فإن ذلك لا يمنع انتقال هذا الحق إلى الغير، فمن الممكن أن ينتقل إلى الخلف العام، وإلى الخلف الخاص للشريك[7]، ما دام أن من شأن هذه الخلافة أن يحل الخلف العام، أو الخلف الخاص محل الشريك في المال الشائع، وفي وصفه كشريك[8]، لكن في حالة التصرف للغير **من** أحد الشركاء بجزء مفرز من المال الشائع، فلا يستطيع المتصرف إليه طلب القسمة، لأنه لا يحل محل الشريك،

1– يمان عوني عبد الهادي، المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوع، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص110.

2– محمد المنجي، دعوى القسمة، القسمة الاتفاقية القضائية وأثرهما في إقرار المال الشائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص295.

3– محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص145.

4– أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص109.

5 – محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، 101.

6- معوض عبد التواب: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص65؛ نقض مدني مصري، طعن رقم 1689، س 71 ق، جلسة 2003/4/3.

7–إياد محمد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة الأزهر، غزة، الطبعة الأولى، 2009، ص219.

8–محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص196.

ويكون في هذه الحالة دائن للشريك المتصرف في مواجهة الشركاء فالشريك البائع هو من يحق له رفع دعوى القسمة، وهو الذي يجب اختصامه فيها، وتكون آثار الحكم الصادر في الدعوى حجة على المشتري[1].

ويجوز لدائني الشريك طلب القسمة بموجب الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها، عن طريق استعمال حقوق مدينهم في طلبها، وحين يطلبون القسمة فإنهم يطلبونها باسم مدينهم الشريك وليس بإسمهم[2].

ويستطيع الشركاء طلب القسمة بغض النظر عن المدة السابقة على حالة الشيوع، وذلك نظراً لأن حالة الشيوع حالة مؤقتة، فيستطيع الشركاء طلب القسمة في أي وقت، وهذا الحق لا يسقط بالتقادم، أو بعدم الاستعمال[3]، ويستند الحق بطلب القسمة إلى إلى عدة اعتبارات متعلقة بالنظام العام، وذلك لكثرة المشكلات الناجمة عن حالة الشيوع، لكن في بعض الأحيان قد لا يستطيع الشريك طلب قسمة المال الشائع، ومن ثم الخروج من حالة الشيوع، وهذا ما نصت عليه المادة رقم 959 من القانون المدني على أنه "1- لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق. 2- لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

يتضح لنا من خلال النص الاستثناءات الواردة على الحق في طلب القسمة التي تتمثل في:

أولاً- استمرار الشيوع بموجب اتفاق: لقد ميز المشرع بين الشيوع الإجباري والشيوع العادي من حيث الغرض الذي أعد لأجله المال الشائع، فإذا كان الغرض من الشيوع يقتضي بقاء الشيء الشائع على الشيوع دائماً كان الشيوع اجبارياً، أما فيما يتعلق بشرط البقاء على الشيوع فيما بين الشركاء بموجب اتفاق فإن هذا الاتفاق يجب ألا يكون مؤبداً، وإنما لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وإذا كان الاتفاق لأكثر من هذه المدة اعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام، وللاعتبارات التي من أجلها أجيزت القسمة القضائية المتمثلة في الاستغلال الأمثل للشيء الشائع[4].

ونلاحظ من النص السابق أنه قد جاء مطلقاً بشأن نفاذ الاتفاق بين الشركاء ومن يخلفهم، فلم يشترط علم الخلف الخاص بالاتفاق، فكأصل عام فإنه يشترط علم الخلف الخاص بالعقد، حتى يكون نافذ في مواجهته خلافاً لما نصت عليه المادة 153 من القانون المدني الفلسطيني من اشتراط علم الخلف الخاص بالتزامات سلفه قبل انتقالها إليه[5].

فإذا تم الاتفاق بين الشركاء على الإبقاء على حالة الشيوع لمدة أكبر من (تزيد على) خمس سنوات، أو كان الاتفاق مؤبداً، أو لم يتم تحديد المدة، ففي جميع الأحوال تكون المدة خمس سنوات فقط[6].

وقد يتعمد قد يعمد الشركاء للاتفاق على البقاء على الشيوع بينهم لأسباب معينة، أو يكون لاتفاق الشركاء بالإبقاء على الشيوع ما يبرره، ومن هذه المبررات تحقيق مصالحهم أو مصالح بعضهم، أو مراعاة للظروف الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية لبعض الشركاء، أو لتحسين وضع الشيء الشائع، أو الانتظار لارتفاع سعره والحصول على سعر أعلى له، أو أن أحد الشركاء

1-نقض مدني مصري، طعن رقم 5953، س 70 ق، جلسة 2002/11/27؛ نقض مدني مصري، طعن رقم 1409، س 49 ق، جلسة 1981/1/20.

2- حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1975، ص196.

3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مرجع سابق، ص101.

4- حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص177.

2- نصت المادة رقم 153 من القانون المدني الفلسطيني على أنه" إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

6- محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص196.

ناقص الأهلية فيتفقون على استمرار حالة الشيوع بينهم حتى اكتمال أهليته، أو يكون أحدهم غائباً فينتظرون عودته، أو الانتظار لارتفاع سعر المال الشائع والحصول على سعر أعلى له[1].

ثانياً–البقاء في الشيوع بحكم القانون: نصت المادة (980) من القانون المدني الفلسطيني على أنه "1–يجوز للشركاء الاتفاق فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد عن خمس عشرة سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من القاضي الإذن له في إخراج نصيبه من الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوي لذلك. 2–إذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه".

يتضح من نص المادة السابقة بأنه يجوز الاتفاق على الاستمرار على حالة الشيوع، وهو ما يعرف بملكية الأسرة ويتم الاتفاق بين الشركاء على إنشائها لمدة لا تزيد عن خمس عشرة سنة، وفي حالة تعذر الاتفاق فيما بينهم على مدة ملكية الأسرة، فيحق لأي من الشركاء على الشيوع أن يطلب إخراج نصيبه من المال الشائع، لكن في هذه الحالة لا يستطيع الخروج من الشيوع وفقاً لنص القانون، وذلك لمدة ستة أشهر من تاريخ إعلان رغبته للشركاء بالخروج من حالة الشيوع[2].

ثالثاً–البقاء في الشيوع بسبب الغرض الذي أعد من أجله: نصت المادة رقم 978 من القانون المدني الفلسطيني على أنه "لا يجوز للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع".

يتضح لنا من هذا النص بأنه لا يجوز لأي شريك أن يطلب قسمة المال الشائع، إذا كان الغرض الذي أعد من أجله المال الشائع يقتضي أن يكون كذلك (أي شائعاً)، مثال ذلك: الحائط المشترك[3].

المطلب الثاني–أحكام القسمة القضائية:

القسمة القضائية هي القسمة التي تقتضي وتستلزم تدخل القاضي وذلك لعدم الاتفاق بين الشركاء في اقتسام المال الشائع، وهذا يعني أنه يجب لإجراء القسمة القضائية أن يطلب أحد الشركاء أو جميع الشركاء أن تقع القسمة بينهم بواسطة المحكمة، وبدون هذا الطلب لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لقسمة المال الشائع بين الشركاء، ويجب عند رفع دعوي القسمة اختصام جميع الملاك على الشيوع كون أن الالتزام الوارد في دعوى القسمة من الالتزامات التي لا تقبل التجزئة، ويجب أن يكون المال قابل للقسمة على أصغر حصة فيه، وإذا ثبت بموجب مشروع القسمة أن المال غير قابل للقسمة على أصغر حصة فيه، فلا يجوز القسمة في هذه الحالة وإنما يتوجب بيع المال بالمزاد العلني[4].

لذلك سنتناول الخصوم في دعاوى القسمة، والمحكمة المختصة بنظر دعاوى القسمة على النحو الآتي:

الفرع الأول–الخصوم في دعاوى القسمة:

وفقاً لنص المادة رقم 961 من القانون المدني الفلسطيني السابقة الذكر، إن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك على باقي الشركاء، غير أنه يوجد أشخاص آخرين يمكنهم رفع دعوى القسمة متى كانت لديهم مصلحة قانونية وهم دائني الشركاء المقيدة حقوقهم على المال قبل إجراء القسمة.

أولاً–الشركاء في الشيوع:

1– أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مرجع سابق، ص103.

2– يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 61.

3– محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص196.

4– أنور جمعة الطويل، الموجز في شرح القانون الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية والتأمينات العينية والشخصية وفقاً للقانون المدني رقم (4) لسنة 2012 مقارناً بالقانون المصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية، جامعة فلسطين، كلية القانون والممارسة القضائية، غزة، الطبعة الثانية، 2014، ص106.

يشترط لصحة القسمة القضائية أن يتقدم أصحاب الحصص المشتركة بطلب إلى المحكمة المختصة، وقد يطلبها أحد الشركاء وعليه في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضد جميع الشركاء على الشيوع، ويجب أن يختصم فيها جميع الشركاء على الشيوع[1]، فإذا لم يعلن أحدهم بهذه الدعوى، جاز للمحكمة إدخاله في الدعوى بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها، كما يجوز له أن يطلب تدخله في الدعوى منضماً لأحد الخصوم ويكون الحكم بالقسمة غير نافذ في مواجهة الشريك الذي لم يختصم في الدعوى[2].

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي فإن صفة الشريك في الشيوع تكون لهذا المشتري ما دام قد انتقلت إليه ملكية الحصة الشائعة قبل تمام القسمة، وبالتالي يكون لهذا المشتري صفة المدعى أو المدعى عليه في دعوى القسمة، أما إذا كان المال الشائع عقاراً فإن المشتري لحصة شائعة لا يصبح شريكاً حتى يشهر عقد البيع فتنتقل إليه الملكية[3].

أما إذا اشتري أجنبي جزءاً مفرزاً من المال الشائع فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء، وهو لا يعتبر شريكاً في الشيوع وبالتالي فلا يكسب الصفة لرفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصامه فيها، غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة وهذا باعتباره دائناً للشريك[4].

ثانياً–دائنو الشركاء:

تنص المادة رقم (966) من القانون المدني الفلسطيني على أنه" 1–لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المشترك بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات متى كانت حقوقهم ثابتة التاريخ قبل رفع دعوى القسمة، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، 2–إذا تمت القسمة فلا يجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش".

من خلال النص السابق يتضح لنا أن المشرع أعطى للدائنين الحق في التدخل في إجراءات دعوى القسمة، ويرجع ذلك إلى رغبة هؤلاء الدائنين في حماية الضمان العام لحقوقهم لدى المدين، فقد يترتب على هذه القسمة غبن أحد الشركاء فيصاب دائنوه بالضرر، أو قد يتواطأ الشريك المدين وباقي الشركاء بقصد الإضرار بالدائنين، ولهذا اشترط القانون لنفاذ القسمة في حق الدائنين إعلامهم بها وإدخالهم في جميع إجراءاتها فإذا لم يتحقق ذلك جاز للدائنين الاعتراض على القسمة[5].

لكن يثور التساؤل حول نطاق تدخل الدائنين في القسمة، هل هو مقتصر على القسمة القضائية فقط أم يمكن للدائنين التدخل في القسمة الاتفاقية؟

بتحليل النص السابق يتبين لنا أن المشرع الفلسطيني قد قصر تدخل الدائنين على دعوى القسمة، أي القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية، وذلك من خلال ما ورد في سياق النص "متى كانت حقوقهم ثابتة التاريخ قبل رفع دعوى القسمة"، فدعوى القسمة تقتصر على القسمة القضائية فقط. ويري الباحث أن تدخل الدائنين ينطبق على كلا النوعين من القسمة، سواء كانت اتفاقية أم قضائية، لأن الدائن في القسمة الاتفاقية يحتاج إلى تلك الحماية أكثر من القسمة القضائية، فالأخيرة تتوافر فيها الحماية عن طريق القضاء. لذلك نري تعديل الفقرة الأولى من نص المادة 966 من القانون المدني لحسم الخلاف حول نطاق تطبيقها، لتشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية.

1– استئناف عليا مدني، طعن رقم 56/ 1981، جلسة 18/ 6/ 1981، وليد حلمي الحايك، الجزء الثاني، ص246.

2– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص210.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص900.

4– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص210.

5– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص910.

ويجب على الشركاء إدخال الدائنين غير المقيدة حقوقهم على المال الشائع في إجراءات القسمة، فعليه إذا علم بأن لمدينه حصة في مال شائع، وأراد أن يصطنع الحيطة في أمره، فعليه أن يقوم بإعذار جميع الشركاء بأنه يعترض على قسمة المال الشائع بدون تدخله بغض النظر عن كيفية إجراء القسمة. وأيضاً يجب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم على المال الشائع وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، كالدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز[1].

ومتى تدخل الدائن في إجراءات القسمة كان له أن يبدي من الاعتراضات ما يحول دون تواطؤ الشركاء على الإضرار به، كأن ينازع في تكوين الحصص أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب مادام إجرائها بطريق الاقتراع ممكناً. ولكن إذا اشترك الدائنون في إجراءات القسمة فإنه لا يجوز لهم بعد ذلك أن يطعنوا في إجراءات القسمة حيث تمت تحت إشرافهم ومراقبتهم حتى ولو حصل غش أو تواطؤ بين الشركاء[2].

لكن في حالة دعوة الدائنين للتدخل في إجراءات القسمة ولكنهم لم يتدخلوا لا يكون لهم الحق في أن يطعنوا بالقسمة بعد إجرائها إلا في حالة الغش، ويجب على الدائن أن يثبت غش المدين، وتواطؤ سائر الشركاء معه في إضراره بما يضعف الضمان العام لهؤلاء الدائنين ويحول دون استيفائهم لديونهم، ويرجع السبب في ذلك لتقصيرهم في التدخل، ولذلك تسري القسمة في مواجهتهم، الأمر الذي يترتب عليه سقوط حقهم في الاعتراض على القسمة.

الفرع الثاني–المحكمة المختصة بنظر دعاوى القسمة:

يتطلب إجراء القسمة في الغالب وقتاً قد يطول، وإلى حين الفصل في دعوى القسمة فإن الأموال المراد قسمتها تظل مملوكة على الشيوع، غير أنه يمكن للشركاء أثناء سير دعوى القسمة وحفاظاً على مصالحهم، أن يتفقوا على قسمة المال مهايأة بينهم وهذا إلى غاية الفصل في دعوى القسمة.

وإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة المؤقتة جاز للقاضي أن يأمر بها متى طلبها أحد الشركاء، وهذا على اعتبار أن قسمة المهايأة هي قسمة انتفاع.

ولكن يثور التساؤل عن المحكمة المختصة بقسمة المال الشائع؟ وكيفية إجراء القسمة أمام المحكمة المختصة؟ **سنتناول الإجابة عن هذه التساؤلات على النحو الآتي:**

أولاً–الاختصاص في دعاوى القسمة:

–الاختصاص المحلي:

نصت المادة 42 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه"1– يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام. 2– إذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أــو محل عمل أحدهم".

كما نصت المادة (44) من ذات القانون على أنه "إذا تعلقت الدعوى بحق عيني على عقار أو على أحد أجزائه فيكون الاختصاص لمحكمة موقع المال. 2– إذا تعددت الأموال العقارية فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أي منها".

من النصين السابقين يتضح لنا بأن الاختصاص المحلي في دعوى القسمة يختلف بحسب طبيعة المال الشائع، إذا كان منقول أم عقار، فإذا كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها منقولة فإن الاختصاص بنظر دعاوى القسمة يؤول إلى محكمة موطن أحد الشركاء، أو محل عمله، أو محل نشوء الالتزام، أما إذا كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها عقارات فإن الاختصاص بنظر دعوى القسمة يؤول إلى محكمة موقع العقار[3].

1– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص211.

2– نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي، 2010، ص169.

3– عبد الله الفرا، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، مكتبة القدس غزة، 2015، ص182.

-الاختصاص النوعي:

نصت المادة (2/39 فقرة أ) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001. على أنه " تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي: تقسيم الأموال المشتركة المنقولة وغير المنقولة"

كما نصت المادة (961/ فقرة أ) من القانون المدني الفلسطيني على أنه: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام قاضي الصلح لإجراء القسمة.

كما نصت المادة (963/ أ) من القانون المدني الفلسطيني على أنه: " يفصل قاضي الصلح في المنازعات التي تتعلق بتحديد الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصه ".

يتضح من النصوص السابق أن دعوي القسمة من اختصاص محكمة الصلح وذلك وفقاً للاختصاص النوعي دون الالتفات إلى قيمة النزاع، وبهذا الصدد قضت محكمة الاستئناف العليا الفلسطينية بأنه "ومن حيث أنه مما لا مراء فيه أن دعوى القسمة وهي من اختصاص محكمة الصلح تخضع لسلطان تلك المحكمة وحدها بحيث تملك المعنى في نظرها أو استئخارها لسبب قانوني."[1].

وتختص محكمة الصلح بنظر جميع المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وما يدخل أصلاً في اختصاصها، مثلاً كادعاء أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية أو ادعي أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب أو أنه بالإمكان تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل من الطريقة التي اتبعت[2].

ثانياً-كيفية إجراء القسمة أمام المحكمة المختصة:

للقسمة القضائية عدة أنواع، وتختلف باختلاف إجراءاتها في توزيع وتقسيم الشيء الشائع على الشركاء، وحالته وإمكانية قسمته أم لا، والقسمة القضائية تبدأ باللجوء للقسمة العينية وهذا هو الأصل، وذلك بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع إذا كان من الممكن قسمته عينياً، أما في حالة كان المال غير قابل للقسمة عينياً فإن المحكمة تلجأ إلى اقتسام الثمن من خلال ببيع المال الشائع وتوزيع ثمنه على باقي الشركاء، وهو ما يعرف بقسمة التصفية.

أ-القسمة العينية: يراد بالقسمة العينية توزيع الشيء الشائع بين الشركاء، إما بالاتفاق بين الشركاء جميعاً، أو بواسطة المحكمة المختصة، وذلك بهدف حصول كل شريك على جزء مفرز منه، يعادل حصته الشائعة في الشيء الشائع قبل القسمة[3].

نصت المادة (2/961) من القانون المدني على أنه "يندب القاضي إن رأى وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته". وكما نصت المادة (962) على أنه"1-يعين الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته. 2-إذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه". وأيضاً نصت المادة (963) على أنه "1-يفصل قاضي الصلح في المنازعات التي تتعلق بتحديد الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصه. 2-إذا قام نزاع بين الشركاء لا يدخل في اختصاص قاضي الصلح فعليه أن يحيل الخصوم إلى المحكمة المختصة، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في ذلك النزاع". كما نصت المادة (964) على أنه "1-إذا انتهى الفصل في منازعات الشركاء وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدر قاضي الصلح حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز

1- استئناف عليا مدني فلسطيني، طعن رقم 1966/34، جلسة 1966/6/30. وليد حلمي الحايك: مجموعة مختارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا، القسم المدني، الجزء الحادي عشر، 1996، ص104.

2- عبد الله الفرا، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص151.

3- محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص118.

الذي آل إليه. 2-إذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب تجري القسمة بطريق القرعة، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

يتضح من النصوص السابقة بأن القسمة العينية تمر بثلاثة مراحل على النحو التالي:

المرحلة الأولى-قسمة المال الشائع إلى حصص أو تجنيب: تبدأ المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة العينية بتعيين خبير أو أكثر إذا رأت وجهاً لذلك، وتكون مهمة الخبير إبداء الرأي في تقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينياً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته وذلك لما قد تستلزمه عملية القسمة من عمليات حسابية وفنية ليست بمقدور المحكمة القيام بها[1].

فإذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصاً على أساس أصغر نصيب إذا كان ذلك ممكناً، فإذا كان أصغر نصيب هو الخمس قسم الشيء إلى خمسة أجزاء ويختص كل شريك بعدد من هذه الأجزاء مما يتساوى مع نسبة حصته بالمال الشائع. ويستوي في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية، فإذا كانت القسمة جزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع المراد قسمته إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك في هذا الجزء وترك الباقي من المال على شيوعه دون تقسيم أو تجنيب.

ولكن إذا تعذر على الخبير تقسيم المال إلى حصص فإن الخبير يلجأ إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً، وذلك بقدر حصته في المال الشائع وهذا يسمى التجنيب، وكذلك يمكن اللجوء إلى طريقة التجنيب في حالة كون تقسيم المال الشائع إلى أنصبة صغيرة يؤدى إلى الإنقاص من قيمة هذا المال الشائع[2].

ولكن قد لا يتمكن الخبير من تقسيم المال الشائع عينياً وذلك بأن يجعل الحصص متساوية تماماً فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان، وذلك إذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة آخري، فإن القاضي يحكم بالتعويض للشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عينياً، ويعوض بمعدل من طرف الشريك الذي يحصل على حصة أكبر من نصيبه.

المرحلة الثانية-الفصل في المنازعات التي يثيرها الخصوم في دعوى القسمة: يعتبر الفصل في المنازعات التي يثيرها الخصوم أثناء سير دعوى القسمة، المرحلة الثانية من مراحل إجراء القسمة العينية، وقد ذكرنا سابقاً أن للمحكمة تعيين خبير أو أكثر لقسمة الحصص على أصغر نصيب، أو تقسيم المال الشائع لأجزاء مفرزة وإعطاء كل شريك نصيبه بطريق التجنيب، فيجب على الخبير أن يودع تقريره خلال الأجل المحدد له من قبل المحكمة[3]، وعليه أن يخطر الخصوم بهذا الإيداع خلال الأربع والعشرين ساعة التالية لحضوره وذلك بكتاب مسجل[4].

ولكن في حالة أثير نزاع جدي لا يدخل ضمن موضوع القسمة كالادعاء بعدم ملكية الشركاء للشيء المعروض على المحكمة قسمته فيتعين على المحكمة أن توقف النظر في الدعوى وإحالته إلى المحكمة المختصة للفصل فيه، حيث لا يجوز طلب القسمة أثناء دعوى اثبات الملكية ويتعين عرضه على المحكمة المختصة[5].

المرحلة الثالثة-الحكم بإعطاء كل شريك نصيب مفرز: يجب على القاضي بمجرد الانتهاء من الفصل في منازعات الشركاء وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب على القاضي أن يصدر حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي انتهت اليه

1- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 166.

2- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2000، ص554.

3-المادة (3/156) من قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.

4-المادة (181) من قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.

5- استئناف عليا فلسطيني مدني، رقم 15/ 1965، مجموعة مختارة من أحكام محمكة الاستئناف العليا، القسم المدني الجزء الحادي عشر، اعداد وتجميع القاضي وليد حلمي الحايك، ص81.

القسمة، وإذا لم تتوصل المحكمة إلى تعيين الحصص على أساس التجنيب تقوم بإجراء القسمة على أساس القرعة وتثبت ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه الذي آل إليه بعد القسمة[1].

ب-قسمة التصفية: المراد بقسمة التصفية بيع المال الشائع بالمزاد العلني، وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته[2].

لقد تناولت المادة (965) من القانون المدني حالات للقسمة بطريق التصفية وذلك بقولها: " إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بطريق المزايدة".

يتضح من النص السابق أن المشرع أورد حالتين للقسمة بطريق التصفية وهما: إن تعذر قسمة المال الشائع قسمة عينية أو كانت القسمة تسبب له خسارة كبيرة، فلذلك يمكن للمحكمة أن تقرر اجراء قسمة التصفية بالتزايد عليه، أي بيع المال الشائع بالمزاد ثم يقسم ثمنه بين الشركاء، ولقد أجاز القانون المدني الفلسطيني أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا اتفقوا على ذلك، فإذا طلبوا هذا بالإجماع أقررت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحدهم، ويكون رسو المزاد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، وإذا لم يتفقوا على قصر المزايدة عليهم ومع ذلك رسي المزاد على أحدهم كان هذا أيضا قسمة بطريق التصفية، وفي الحالتين تترتب على حكم رسي المزاد كافة الآثار القانونية المترتبة على القسمة على الراسي عليه المزاد[3].

ويري الباحث بأن المشرع لم يكن موفقاً عندما أجاز قصر المزايدة على الشركاء في حالة إجماعهم، لأنه ينطوي على اتفاقات غير عادلة، تؤدي إلى البيع بأقل من السعر الحقيقي، وأن دخول الأجنبي في المزايدة يؤدي إلى البيع بسعر أعلى مما يؤدي إلى زيادة الضمان العام للدائنين، لذلك يري الباحث تعديل نص المادة 965 من القانون المدني الفلسطيني وذلك بحذف الفقرة الثانية منها والاقتصار على الفقرة الأولى فقط.

ويختلف الأثر المترتب على قسمة التصفية بحسب ما إذا كان الرأسي عليه المزاد هو أحد الشركاء أم كان أجنبياً، ففي الحالة الأولي يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية أما في الحالة الثانية فيكون رسو المزاد بيعاً عادياً، ويترتب على هذا الاختلاف في الحكم أنه إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء فلا يكون التسجيل لازماً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير، ويكون الثمن مضموناً بامتياز المتقاسم وتسري أحكام القسمة فيما يتعلق بضمان الاستحقاق، بينما إذا كان الرأسي عليه المزاد أجنبياً فإن التسجيل يصبح لازماً لنقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

المبحث الثالث-آثار القسمة:

يترتب على قسمة المال الشائع سواء كانت اتفاقية أو قضائية وسواء كانت عينية أم قسمة تصفية، اختصاص كل شريك بجزء مفرز من هذا المال يعادل حصته فيه، وبذلك تنتهي حالة الشيوع التي كان فيها حق الشريك حصة شائعة في كل المال. وضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق لأي سبب سابق على القسمة.

لذلك سوف نتناول هذا المبحث بالدراسة من خلال مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول-إفراز المال الشائع:

يتحقق الإفراز المستمد من القسمة بحصول المتقاسم على جزء مادي في الشي المقسم يختص به وحده ولا يشاركه فيه غيره، سواء كان هذا الجزء في منقول أو عقار، ويترتب على ذلك ثبوت سلطات الملكية للمتقاسم على الجزء المفرز الذي اختص به.

1- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 166.

2- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1980، ص387.

3- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص213.

وإذا كانت القسمة ترتب هذه الآثار من وقت قيامها، فإن المشرع قد واجه الفترة السابقة على القسمة من وقت البدء في الشيوع، بناءً على نص المادة رقم 967 من القانون المدني الفلسطيني على أنه "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص".

يتضح مما سبق بأن القسمة عندما تفرز نصيب كل شريك يكون لها أثر رجعي، ذلك أن الشريك يعتبر مالكاً وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع، وفي المقابل لا يعتبر الشريك أنه قد تملك في أي وقت أي مال آخر مفرز وقع في نصيب أي شريك آخر، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة في هذا النصيب المفرز الذي تملكه الشريك الآخر، أي أن للقسمة أثر كاشف وأثر رجعي.

لقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني [1] أن الأثر الرجعي للقسمة يمثل الأساس القانوني للحكم الخاص بملكية المتقاسم لنصيبه المفرز من وقت بدء الشيوع وأنه لا يملك غيره في بقية الحصص. والأثر الكاشف للقسمة يقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع وهو مستمد من طبيعة القسمة[2].

ولكن بالرجوع إلى أحكام المجلة العدلية نصت المادة رقم 1116 على أنه "القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة. كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف حصة في كل جزء منها فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأعطي كل واحد منهما قسمة يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكة بالنصف الآخر بنصف حصته".

من خلال النص يتبين أن المجلة اعتبرت القسمة ذات أثر مزدوج أثر كاشف وأثر رجعي.

ولقد اختلفت آراء الفقه حول طبيعة القسمة هل لها أثر كاشف أو ناقل؟ فذهب جانب[3] إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة للملكية وليست كاشفة عنها، ومنهم من اعتبر القسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، ولكن الاتجاه الحديث[4] يري بأن الأثر الكاشف وما يستتبعه من أثر رجعي يعتبران من قبيل المجاز أو افتراضاً ذلك أن المال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكاً على الشيوع قبل القسمة لسائر الشركاء، وهنا لابد من تفسير فكرة الأثر الرجعي تفسيراً ضيقاً حيث تقتصر على حدود الغرض الذي قررت من أجله وهو مجرد حماية كل متقاسم من التصرفات التي أبرمها شركائه على العين الشائعة قبل القسمة.

مما سبق يعطي للقسمة من جهة الإفراز أثران الأول كاشف عن حق الملكية والثاني رجعي، لذلك سنتناول دراسة هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول–الأثر الكاشف:

وفقاً للأثر الكاشف للقسمة يعتبر الشريك مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ فترة الشيوع، ومعني ذلك أن القسمة كشفت عن ملكيته للحصة التي آلت إليه، ولم تنشئ له حق ملكية عليها. ولكن يثور التساؤل عن نطاق تطبيق الأثر الكاشف، والأثر المترتب عليه؟ نتناول الإجابة عن هذا التساؤل على النحو الآتي:

أولاً: نطاق تطبيق الأثر الكاشف

لتحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة، يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم والتصرفات التي يترتب عليها ثم الأموال التي ينطبق عليها.

أ–الأشخاص الذين يكون الأثر الكاشف في مواجهتهم

1 – المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، 960/ 2.

2 –عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص237.

3– منصور مصطفي منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبه عبد الله وهبه، 1965، ص220.

4 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص952، حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، مرجع سابق، ص531، عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص224.

يقوم هذا الأثر على جميع الأشخاص سواء كانوا متقاسمين أو من الغير، فلا يعتبر المتقاسم خلفاً لباقي شركائه المتقاسمين معه، وبالتالي لا يتأثر بتصرفاتهم السابقة على القسمة في الجزء المفرز الذي آل إليه، ويسري الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة إلى الغير فإذا رهن أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة أو جزء مفرز من المال الشائع، اعتبر الدائن المرتهن من الغير، فيسري في حقه الأثر الكاشف للقسمة، فلا يسري هذا الرهن في حق الشركاء المتقاسمين فأنصبتهم المفرزة تنتقل إليهم خالية من الرهن[1].

ب: التصرفات التي تترتب عليها الأثر الكاشف

القسمة بطبيعتها كاشفة سواء كانت اتفاقية أو قضائية أو عينية أو بطريق التصفية، أما القسمة المؤقتة أي المهايأة فليس لها أثر كاشف إلا إذا انقلبت إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشر سنة، ففي قسمة التصفية فإن رسو المزاد على شريك ما يعتبر قسمة لا بيعاً وبالتالي تترتب عليها الأثر الكاشف، على خلاف رسو المزاد على أجنبي فهنا تعتبر بيعاً[2].

ج: الأموال التي يطبق عليها الأثر الكاشف

يطبق على كل الأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة وتم إفرازها، فيرد على العقار والمنقول كما يرد على الحقوق المعنوية، غير أن الأثر الكاشف لا يرد على معدل القسمة فالتزام أحد المتقاسمين بأن يقدم عقاراً عن المال الشائع كمعدل للقسمة للمتقاسم الآخر تكملة لنصيبه، فهنا يسري الأثر الكاشف على النصيب المفرز الذي حصل عليه الشريك من القسمة ولا يسري على المعدل فالقسمة بالنسبة لهذا المعدل تكون ناقلة وليست كاشفة[3]، وأيضا الحق الشخصي لا يدخل في الشيوع مع باقي الأموال فالحق الشخصي ينقسم على الورثة بمجرد وفاة المورث، وتبعاً لهذا فلا يطبق عليها الأثر الكاشف.

مما سبق يتضح بأن القانون الفلسطيني اعتبر القسمة أثراً كاشفاً وليس ناقلاً، لأن اعتبار القسمة من طبيعة ناقلة يثير مشكلة قانونية في غاية الأهمية والخطورة، فالطبيعة الناقلة لأثر القسمة تؤدي إلى بقاء جميع التصرفات التي سبق لكل شريك أن قام بها قبل القسمة على كل جزء من الأجزاء كلا بقدر حصته، والخطورة في ذلك أنه سيؤدي إلى التزام كل شريك بما لم يقم فيه في الأصل، الأمر الذي يتعارض مع أبسط قواعد العدالة والتي تقضي بأنه لا يجوز الزام الشخص بالتزامات لم يشارك بإبرام الاتفاقات التي ترتبت عنها، وبذلك يكون المشرع قد حمي الشركاء الآخرين في الشيوع من تصرف الشريك في حصته قبل القسمة في حالة ما يكون قد رتب عليها رهناً رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص.

ثانياً: النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

يترتب على القسمة باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم عدة نتائج منها:

1–أن العقار المقسوم لم يكن مملوكاً للشركاء من قبل فلا يجوز للمتقاسمين التمسك بالقسمة على أنها سند صحيح من أجل الدفع بالتقادم الخمسي لأن السبب الصحيح يجب أن يكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية، والقسمة ليست ناقلة للملكية بل كاشفة لها، ورغم ذلك يجب أن يتم تسجيلها حتى يحتج بها على الغير[4].

2–التصرفات التي أبرمها أحد الشركاء سابقاً الواقعة على النصيب الذي آل إلى الشريك بعد القسمة، لا تنفذ في حق الشريك الذي خلص له الجزء المفرز، فالأثر الكاشف للقسمة يظهر النصيب المفرز للشريك خال من التصرفات التي قام بها غيره من

1– رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص562.

2– معوض عبد التواب، التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص316.

3– منصور مصطفي منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول، السنة السادسة، فقرة 21، ص108.

4– أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2004، ص119.

الشركاء وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفاً للمتقاسمين الآخرين، فلو رتب أحد الشركاء رهناً على المال الشائع كله أو بعضه قبل القسمة دون موافقة الشركاء فهو غير نافذ في حقهم فيما يجاوز حصته، ولا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن الصادر قبل القسمة على الشركاء الآخرين وإن وقع في نصيب المدين الراهن مالاً آخر فينتقل الرهن بمرتبته لهذا المال ولكن لا أثر للرهن هنا في مواجهة باقي الشركاء فيظل غير نافذ في حقهم كما كان قبل القسمة، لأن الملكية ثابتة لصاحب الجزء المفرز من وقت بدء الشيوع دون غيره من الشركاء فيجوز له بالتالي شطب القيد الخاص بالرهن الوارد على الجزء المفرز من العقار الذي اختص به[1].

3-أثر تسجيل القسمة العقارية ينحصر في الاحتجاج بها على الغير، وذلك بناءً على الصفة الكاشفة للقسمة، فإن القسمة ترتب أثرها فيما بين المتعاقدين، ومن وقت إبرامها، ولا يتوقف ذلك على التسجيل، فيتقرر بمقتضاها لكل شريك نصيبه المفرز المحدد في القسمة، حيث تنتهي بها حالة الشيوع، فلا يجوز للشركاء المتقاسمين معه الاعتراض على تصرفه في نصيبه المفرز، كما لو باعه، ولا يكون ذلك أساساً للمطالبة بالشفعة في هذا البيع[2].

ولكن تجدر الملاحظة بأن قاعدة الاحتجاج بالقسمة غير المسجلة في مواجهة الغير، إنما تقررت لمصلحة هذا الغير، ويجوز له بالتالي أن يتمسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها، إذا وجد ذلك محققاً لمصلحته.

الفرع الثاني-الأثر الرجعي:

نتناول الأثر الرجعي للقسمة من خلال المقصود به، ونطاق تطبيقه على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالأثر الرجعي

وفقاً للأثر الرجعي للقسمة يعتبر المتقاسم مالكاً لنصيبه المفرز منذ بدء الشيوع، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص[3]، وذلك بناءً على نص المادة رقم 967 من القانون المدني الفلسطيني على أنه "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص".

والهدف من وراء تقرير الأثر الرجعي هو مصلحة المتقاسم وحمايته من تصرفات باقي الشركاء المتقاسمين الواردة على المال الشائع، خلال فترة الشيوع، ولكن يجب إعمال هذا الأثر في حدود الغرض المقصود منه، فإنه يستبعد تطبيقه في الحالات التي تخرج عن مجال هذا الغرض المقصود.

ثانياً: نطاق تطبيق الأثر الرجعي

ذكرنا أن الهدف الأساسي من تقرير الأثر الرجعي للإفراز الناتج عن القسمة، هو لمصلحة المتقاسم وحمايته من تصرفات باقي الشركاء المتقاسمين الواردة على المال الشائع، خلال فترة الشيوع، فإن إعمال هذا الأثر يكون في تلك الحدود -حماية المتقاسم- وألا يخرج عنها، وبناء على ذلك يستبعد من نطاق تطبيق الأثر الرجعي المسائل التي لا تتعلق بحماية المتقاسم، ومن هذه المسائل:-

أ-يتقرر لكل شريك على الشيوع جزءاً من ثمار الشيء الشائع بنسبة حصته في الشيوع لحين تمام القسمة، وهذا يخالف الأثر الرجعي للإفراز الذي كان من شأنه أن ينفرد للمتقاسم بثمار نصيبه المفرز من وقت بدء الشيوع[4].

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 562.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص190.

3- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص237.

4- معوض عبد التواب، التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص316.

ب–أجازت المادة رقم 969 من القانون المدني الفلسطيني نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن الذي لحق أحد المتقاسمين بما يزيد عن الخمس، واعتدت في ذلك بقيمة الشيء وقت القسمة، بما يتعارض مع الأثر الرجعي للإفراز الذي يؤدي إلى الاعتداد بقيمة الشيء وقت بدء الشيوع.

ج–أورد المشرع استثناء آخر على هذا الحكم بناء على نص المادة رقم 1176 من القانون المدني الفلسطيني التي قررت أنه يبقي نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

المطلب الثاني–الضمان المبني على القسمة:

نصت المادة رقم 968 من القانون المدني الفلسطيني على أنه " 1–يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من استحقاق أو تعرض في الحصة التي آلت إلى أحدهم بسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً أو مفلساً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين أو المفلس.2–لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى فعل المتقاسم نفسه".

يتضح من النص السابق بأن المشرع الفلسطيني أكد على أن ضمان المتقاسم يقتصر على ما يواجه به من تعرض واستحقاق حيث يؤدي ذلك إلى الإخلال بين حصته الشائعة والجزء المفرز الذي يؤول إليه بمقتضي القسمة.

والضمان يشمل التعرض والاستحقاق فقط، ويقصد بالتعرض إدعاء الغير ملكية الشيء التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو ادعي حقاً عينياً آخر عليها[1]، أما الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه[2]. لذلك ضمان المتقاسمين لا يشمل ضمان العيوب الخفية، فالشيء الشائع لابد أن تشمله القسمة ولو كان معيباً، فلو وقع في نصيب أحد المتقاسمين عيب واكتشفه المتقاسم له أن يطالب بنقض القسمة الاتفاقية بناءً على الغبن الذي يزيد عن الخمس، بما يغنيه عن الرجوع بالضمان[3].

فإذا كان أساس الضمان في البيوع الاعتيادية مفهوماً باعتبارها من العقود الناقلة للملكية، فإن أساسه يصعب تفسيره في حالة القسمة لا سيما في ظل القول بالطبيعة الكاشفة لها. مع ذلك فقد اعتبرها الفقه من عقود الضمان.

ويختلف الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة الضمان تبعاً لاختلاف القول بالطبيعة الناقلة للقسمة عن القول بأن طبيعتها كاشفة، ففي حال القول إن القسمة ذات طبيعة ناقلة فإن أساس الضمان في نطاقها يتمثل في تأمين الخلف ما ينقله إلى سلفه من حقوق متمثلاً في النصيب الذي آل إلى السلف نتيجة القسمة، أما باعتبارها كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها فإن أساس فكرة الضمان هو تحقيق المساواة والعدالة بين الشركاء في وجوب توزيع ذلك الضرر الذي أصاب الشريك الذي استحقت حصته منه لسبب سابق على القسمة عن باقي المتقاسمين هذا من جهة ومن جهة أخري إذا كنا نجيز نقض القسمة للغبن تحقيقاً لفكرة المساواة ذاتها فإنه يتوجب من باب أولي أن ننقض القسمة التي يستحق فيها نصيب أحد المتقاسمين تحقيقاً لنفس تلك الفكرة، ذلك أن المتقاسم ما كان باستطاعته وقت القسمة أن يعرف بذلك الاستحقاق أو أن يتجنبه[4].

مما سبق نتناول هذا المطلب بالدراسة من خلال الأفرع الآتية:

الفرع الأول–ضمان التعرض:

1– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص241.

2– توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص270.

3– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص241.

4– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص920.

يقصد بالتعرض إدعاء الغير ملكية المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة للقسمة، ويتحقق التعرض إذا ادعى الغير ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو جزء منها أو إذا ادعى حقاً عينياً آخر عليها[1].

ولكن يثار تساؤل حول طبيعة التعرض الذي يضمنه المتقاسمون هل هو التعرض الصادر من الغير أم التعرض الشخصي؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنتناول التعرض الصادر من الغير، والتعرض الشخصي الصادر من المتقاسم.

أولاً: ضمان المتقاسمين لتعرض الغير:

يلزم لضمان المتقاسمين تعرض الغير الشروط الآتية:

1-التعرض القانوني:

التعرض الصادر من الغير يجب أن يكون تعرضاً قانونياً وهو التعرض المؤسس على حق يدعيه الغير على المال الشائع، أو على جزء منه، وعلى ذلك فيتحقق الضمان إذا كان الحق المدعي به حقاً عينياً كحق رهن، أو حقاً عينياً أصلياً كحق انتفاع أو حق ارتفاق، ويفترض مع ذلك عدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهراً أو تم الإعلام به عند القسمة كما أن الحق الشخصي الذي يدعيه الغير قد يكون مؤثراً كإجارة بأقل من أجرة المثل فيشمله الضمان[2]، وبالنسبة للتعرض المادي الصادر من الغير، فلا يضمنه المتقاسمون إذا لم يستند إلى ادعاء حق معين.

2-وقوع التعرض فعلاً:

يشترط وقوع التعرض فعلاً من الغير بمطالبته بحقه قضائياً وذلك لتحقق ضمان المتقاسم الذي وجد هذا التعرض في نصيبه المفرز، وعلى ذلك فإن مجرد كشف حق الغير لا يكفي للضمان إذا لم يقترن به تعرض فعلي، إلا إذا خيف أن ينزع الشيء من يده، حيث يجوز له في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن القسمة، كمعدل القسمة أو الثمن الذي رسي به المزاد عليه، كما له أن يتخلى عن نصيبه المفرز للغير إذا كان متيقنا من حقه، ويرجع بعد ذلك بالضمان، إلا إذا تبين عدم صحة توقعه فيما يتعلق بثبوت حق الغير[3].

3-التعرض والاستحقاق لسبب سابق على القسمة :

يشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان أن يكون التعرض لسبب سابق على القسمة أي أن سبب الضمان موجود قبل القسمة، أما إذا كان سبب الضمان تقادماً مكسباً لم يكتمل مدته لصالح الغير إلا بعد القسمة بوقت كاف كان في إمكان المتقاسم أن يقوم بقطع التقادم فلا ضمان هنا لأن المتقاسم المتعرض له أخل بالتزاماته ويعتبر مقصراً[4].

ثانياً: ضمان المتقاسمين للتعرض الشخصي:

يضمن كل متقاسم في مواجهة غيره عدم صدور تعرض شخصي من جانبه، وتثار المشكلة في شأن القسمة في جانبين:

أ-عدم جواز قيامه بتعرض مادي: إذ إن حسن النية يفرض على المتقاسم عدم إتيان أعمال تتضمن تعرضا ماديا للمتقاسم معه، في شأن ما اختص به من جزء مفرز فإذا وقع محل تجاري في نصيب المتقاسم فلا يجوز لغيره من المتقاسمين القيام بإعمال منافسه له باجتذاب عملائه عن طريق فتح محل تجاري في نفس نوع النشاط وفي منطقة مباشرته[5].

1- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص241.

2- حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، مرجع سابق، ص567.

3- عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، مرجع سابق، ص100.

4- عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، 1956، ص194.

5- ربحي محمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007، ص68.

ب-مدي التزام المتقاسمين بضمان التعرض القانوني: بناء على أن عقد البيع ناقل للملكية فلا يجوز للبائع التعرض القانوني للمشتري بادعائه حقوقا تتعارض مع حق الملكية الذي يتعهد بنقلها للمشتري. وتختلف القسمة في ذلك عن عقد البيع، حيث إنها من العقود المقررة للحق فينحصر دورها على كشف الحق المقرر لكل متقاسم، دون أن تقوم بإنشائه ابتداء، وعلى ذلك إذا تبين أن أحد الأموال التي اختص بها متقاسم يقع في ملك متقاسم أخر فإن لصاحبه أن يسترده ويجوز للمتقاسم الذي زال نصيبه المفرز أو نقص أن يرجع على غيره من المتقاسمين بالتعويض ويدخل في ذلك المتقاسم الذي استرد ملكة[1].

الفرع الثاني-ضمان الاستحقاق:

يقصد 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 ادعائها تعرضاً[2].

إذا لم ينجح المتقاسمين في دفع التعرض، واستحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه فيحق له بالرجوع عليهم بالضمان وبالتالي يحق له مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الذي أصابه[3].

وتختلف قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن باختلاف حالات الحكم بالاستحقاق فقد يكون الاستحقاق كلي أو جزئي. ففي حالة قام المتعرض بإثبات حقه في ملكية العين التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان واستطاع استردادها من يده، فيكون للمتقاسم الدائن بالضمان الحق في الرجوع على باقي المتقاسمين بضمان الاستحقاق4)، ويتحمل كل متقاسم نصيبه في التعويض كل بقدر حصته. ويتحمل المتقاسم مستحق الضمان نفسه جزءاً من هذا التعويض إذ أن نصيب كل واحد من الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق فيجب أيضاً أن ينقص كذلك مستحق الضمان حتى تتحقق المساواة بينهم جميعاً، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر اللازم على هذا المعسر على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين وفقاً لأحكام المادة رقم 968 السابقة الذكر. ولكن العبرة في تقدير الشيء الذي استحق هو بقيمته وقت القسمة لا وقت الاستحقاق[5]، أما في حالة الاستحقاق الجزئي لقد ثار خلاف حول ما إذا كان يحق للمتقاسم أن يسترد ما تبقي من العين التي آلت إليه، أو المطالبة بالتعويض عن الجزء المستحق؟

فذهب جانب[6] إلى وجوب تطبيق أحكام عقد البيع بشأن ضمان البائع حيث يرى بالمساواة بين ضمان البائع وضمان المتقاسمين ومن ثم يحق للمتقاسم أن يرد ما تبقي من العين التي آلت إليه. بينما ذهب جانب آخر إلى صعوبة تطبيق أحكام ضمان البائع على القسمة بسبب اختلاف آثار عقد البيع عن القسمة من حيث أن المتقاسمين لم ينقلوا ملكية العين محل القسمة حتى يضمنوها، لذلك يقتصر حق المتقاسم بالضمان على التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الاستحقاق الجزئي، دون رد ما تبقي من العين للمتقاسمين المدينين بالضمان.

وأخيراً تجدر الملاحظة بأنه لا يكون محلاً لضمان التعرض أو الاستحقاق في حالة وجود اتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان ويشترط القانون أن يكون هذا الاتفاق صريحاً وليس ضمنياً، وأن يتعلق بالحالة التي استحق النصيب بسببها أي يذكر في الاتفاق الهادف إلى الاعفاء من الضمان بسبب الاستحقاق المراد الإعفاء من ضمانه وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين[7] ولا يشترط

1- أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن، دار الثقافة الجامعية، 1999، ص161.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص947.

3- حسام الدن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولي، مكتبة نيسان، 2016، ص83.

4- محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص223.

5- عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، مرجع سابق، ص144.

6- منصور مصطفي منصور، مرجع سابق، ص227.

7- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص242.

يشترط أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً فقد يكون شفوياً ويحتج به متي قام الدليل عليه، وعلى ذلك فأحكام الضمان ليس متعلق بالنظام العام يجوز الاتفاق على تعديها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط.

وأيضاً إذا ثبت أن التعرض والاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه[1] فلا محل للضمان كما لو أهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى، أو قصر في أن يدفع الدعوى بدفع[2].

الخاتمة:

تتضمن هذه الخاتمة مجموعة من النتائج والتوصيات التي خلصنا إليها ونوردها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1-إن الشيوع في الملكية يعتبر وضعاً قانونياً مؤقتاً ينتهي بمجرد القسمة النهائية وتصبح بعد ذلك حصص الشركاء حصصاً مفرزة ومحدودة بقدر نصيب كل شريك كالثلث أو الربع أو النصف، والقسمة النهائية أما أن تكون اتفاقية أو قضائية، والأصل أن تتم القسمة الاتفاقية بين جميع الشركاء، ولكن إذا تعذر الاتفاق بين الشركاء فلابد من اللجوء إلى القضاء ليتولى إجراء القسمة.

2-أن طلب القسمة يكون ثابت لكل شريك، فإن ذلك لا يمنع انتقال هذا الحق إلى الغير.

3-إن المشرع لم يوفق عندما أعطى للشركاء الحق في قصر المزايدة عليهم بشرط موافقتهم جميعاً، وذلك لأن قصر المزايدة على الشركاء في هذه الحالة قد ينطوي على اتفاقات غير عادلة، وتؤدي إلى البيع بأقل من الثمن الحقيقي للمال الشائع.

4-تلجأ المحكمة إلى قسمة المال الشائع عيناً، إذا كان الشيء الشائع قابل للقسمة، أي لا تفوت منفعته السابقة على القسمة، وفي حالة تعذر ذلك يتم اللجوء لقسمة التصفية، ببيع المال الشائع بالمزاد العلني وتقسيم ثمنه على الشركاء.

5-في حالة رسو المزاد على أحد الشركاء فإن ذلك لا ينهي حالة الشيوع، إلا إذا كان المال الشائع مملوك لشخصين وتم بيع الحصة لآخر، أما في حالة رسو المزاد على أجنبي فإن ذلك يعتبر بيعاً ناقلاً للملكية، وأن لقسمة المال الشائع أثراً كاشفاً للملكية وليس ناقلاً لها.

ثانياً: التوصيات

1-نوصي بإلغاء ما أقره المشرع في المادة 965 من القانون المدني الفلسطيني حول قصر المزايدة على الشركاء في حال اتفاقهم لما ينطوي ذلك على غش.

2-ندعو المشرع الفلسطيني إلى إضافة نص صريح يفيد بأن القسمة الاتفاقية ما هي إلا افراز للحصص الشائعة وليس بمثابة بيع، حتى ينسجم مع نص المادة رقم 967 من أن للقسمة أثراً كاشفاً وليس ناقلاً.

3-نوصي المشرع بتعديل الفقرة الأولى من نص المادة 966 من القانون المدني الفلسطيني لحسم الخلاف حول نطاق تطبيقها لتشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية.

1- حامد مصطفي، الملكية العقارية في العراق مقارنة بقوانين الملكية في القانون المصري الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2000، ص136، عبد الناصر العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار النهضة العربية، 1997، ص160.

2- محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1951، ص238.

المصادر والمراجع

المراجع العربية:

أولاً: الكتب القانونية والمصادر المتخصصة

1- إياد محمد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة الأزهر، غزة، الطبعة الأولى، 2009.

2- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1980.

3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2004.

4- أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن، دار الثقافة الجامعية، 1999.

5- أنور جمعة الطويل، الموجز في شرح القانون الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية والتأمينات العينية والشخصية وفقاً للقانون المدني رقم (4) لسنة 2012 مقارناً بالقانون المصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية، جامعة فلسطين، كلية القانون والممارسة القضائية، غزة، الطبعة الثانية، 2014.

6- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1976.

7- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية الدار الجامعية، 1982.

8- حامد مصطفي، الملكية العقارية في العراق مقارنة بقوانين الملكية في القانون المصري الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2000.

9- حسام الدن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولي، مكتبة نيسان، 2016.

10- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، ج1، دار الفكر العربية، 2004.

11- جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دراسة نظرية وعمليه مقارنة، دار النهضة العربية، 2005.

12- خليل قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، مكتبة القدس، غزة، 2003.

13- رضا عبد الحليم عبد البارى، الوجيز في الملكية والحقوق العينية الأصلية،1999.

14- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 2000.

15- سليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

17- عبد الله الفرا، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، مكتبة القدس غزة، 2005.

18- عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، 1956.

19- عبد المنعم فرج الصدة:

1-الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، 1962.

2-محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول، 1962.

20- عبد الناصر العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار النهضة العربية، 1997.

21- على محيي الدين على، مبدأ الرضائية في العقود، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني والروماني والفرنسي والمصري، طبعة ثانية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، بيروت، 2002.

22- على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000.

23- قصي سلمان، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دراسة مقارنة، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، الطبعة الأولى، 2011.

24- محمد المنجي، دعوى القسمة، القسمة الاتفاقية القضائية وأثرهما في إقرار المال الشائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

25- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقضاءً، الطبعة السادسة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1998.

26- محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1951.

27- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، طبعة جامعة القاهرة، 1978.

28- محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

29- مصطفي محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة دار المعارف الإسكندرية، 1999.

30- معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء أول، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998.

31- منصور مصطفي منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبه عبد الله وهبه، 1965.

32- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي، 2010.

33- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2011.

ثانياً: الرسائل العلمية

1- خالد حسين عبد الله ملحم، القسمة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000.

2- ربحي محمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007.

3- سالم حماد الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لأحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية، 1998.

4- محمد سامح الدويك، قسمة المال الشائع، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1994.

5- يمان عوني عبد الهادي، المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوع، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013.

6- يوسف توفيق أبو الرب، أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997.

ثالثاً: دوريات

1- بدر جاسم محمد اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد 2 لسنة 11، 1987.

2- مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة من محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء أول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولي 2007.

3- منصور مصطفي منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول، السنة السادسة.

4- وليد الحايك، مجموعة مختارة من أحكام محمكة الاستئناف العليا، القسم المدني الجزء الحادي عشر، 1996.

رابعاً: القوانين والمذكرات:

1- القانون المدني الفلسطيني رق 4 لسنة 2012.

2- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

3- مجلة الأحكام العدلية.

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني رقم 4 لسنة 2010، ديوان الفتوي والتشريع 2003.