شأن أعمال التصرف[1]. أما الولى ، فلأنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف لا يستأذن فيها المحكمة ، فقد أغنى فى القسمة عن الحصول على هذا الإذن وجاز له أن يستقل بها[2] . وإذا طلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة فى القسمة الاتفاقية ، فعلى المحكمة أولا أن تقدر ما إذا كانت هذه القسمة فى مصلحة المحجور . ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية . فإذا ما قدرت أن القسمة الاتفاقية فى مصلحة المحجور ، فعليها أن تعين الأسس التى تجرى عليها هذه القسمة والإجراءات التى يجب اتباعها فيها . وإذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وبموجب هذه الإجراءات ، فعلى الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التى تمت ، فإذا استوثقت المحكمة من أن الأسس التى وضعتها قد التزمت ، ومن أن الإجراءات التى رسمها قد روعيت ، وتثبتت بوجه خاص من عدالة القسمة فى ذاتها ، فإنها تأمر بإنفاذها . ولها فى جميع الأحوال ، حتى فى هذه المرحلة ، أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلى القسمة الاتفاقية التى تمت[3] .

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٥٢/٥٤٩) لا يكتفى بإذن المحكمة ، بل يوجب ، على غرار القانون الفرنسى ، أن تكون القسمة قضائية . وإلى هذا الحكم أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « أما إذا لم ينعقد الإجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية ، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٥) . وغنى عن البيان أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت إذ نسبت الحكم الذى كان معمولا به فى التقنين المدنى السابق إلى التقنين المدنى الجديد . انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ – إسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١ .

(٢) وهذا الحكم لا شك فيه إذا كان الولى هو الأب ، وقد أطلقت يد الأب فى التصرف فى مال ابنه فيما عدا قيودا ليست القسمة من بينها . أما إذا كان الولى هو الجد ، فقد نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . فمنع الجد من التصرف إلا بإذن المحكمة ، فإذا ألحقنا القسمة بأعمال التصرف ، وجب على الجد الحصول على إذن المحكمة فى قسمة مال الصغير .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال . وقد قضت محكمة النقض بأن إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد =

٥٤٤ — وجوه الطعن فى القسمة الاتفاقية : ولما كانت القسمة الاتفاقية، كما قدمنا ، عقداً تسرى عليه أحكام سائر العقود ، فإن وجوه الطعن فيها هى نفس وجوه الطعن فى العقد .

فقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق ، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون تعاملا فى تركة مستقبلة ومن ثم يكون باطلا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان[١] .

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية . فإذا كان أحد الشركاء قاصراً مثلا ، ولم تراع الإجراءات التى أسلفنا ذكرها فى القسمة[٢] ، جاز لهذا الشريك أن يطالب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة[٣] .

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة . فإذا وقع الشركاء مثلا فى غلط جوهرى فى قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة ، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير ، جاز للشريك الذى وقعت فى نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها ، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها ، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط[٤] .

= القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً فى حق ناقص الأهلية . وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١ .

(٤) وكثيراً ما يفنى نقض القسمة للغبن عن إبطال القسمة للغلط فى قيمة المال الشائع . وفى هذا تشير المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ فى شأن المادة ٨٤ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للغبن ، فقد قيل فى هذه اللجنة : « فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ (الغلط) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩) . ولكن يوجد مع ذلك فروق مابين نقض القسمة للغبن=

كذلك يجوز طلب إبطال هذه القسمة للتدليس[1] أو للإكراه . أما الغبن ، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته فى القسمة ، فننتقل الآن للكلام فى نقض القسمة الاتفاقية للغبن .

§ ٢ — نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٤٥ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ، إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته »[2] .

= وإبطال القسمة للغلط . فالغلط أولا لا يقتصر على الغلط فى القيمة ، بل يتناول أيضاً الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص أو فى الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن . وفيما يتعلق بالغلط فى القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس فى الغبن ، ومدة رفع الدعوى فى الغبن سنة واحدة منذ القسمة وهى ثلاث فى الغلط منذ كشفه . ومهما يكن من أمر ، فإذا وقع فى القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين أبدوا استعدادهم لتلافى نتائجه بإجراء قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض ، لم يكن لمن وقع فى الغلط الإصرار على إبطال العقد ، عملا بأحكام المادة ١٢٤ مدنى . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢ . وانظر فى جواز إبطال القسمة للغلط نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رضا مزادها على المقتسمين ، لما شاب رضاء أحد طرفى القسمة من تدليس ، بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد فى أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذى كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض ، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض فى ملكيته وما يخرج عنها ، وأنه أخفى هذا عن قسيمه ، بل أهمه غير ما علم كى يختص هو فى عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمه بما سيكون مآله الاستحقاق ، فإن هذا الذى أثبته الحكم ما يكفى لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٣ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن مقدار الغبن فى المشروع التمهيدى كان الربع =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق[١] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٧ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٧ و ٩٤٩ و٢١٤ [٢] .

= لا الخمس . وفى لجنة المراجعة عدل مقدار الغبن إلى الخمس ، ووافقت اللجنة على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٩١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اعترض على النص بأنه « مادامت القسمة قد تمت بالتراضى فلا يجوز الرجوع فيها بسبب الغبن ، إذ لا يجب أن تعرض المعاملات للفسخ بسببه » . فأجيب بأن « الغرض من القسمة بالتراضى هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فإذا لم تتحقق فالبتة من تحقيقها ، فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ » . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ – ص ١٣٠) . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ – ص ١٣٠) .

(١) فلم يكن هناك ما يجيز نقض القسمة للغبن ، وكان يغنى عن الغبن فى هذه الحالة الغلط فى قيمة الشىء . ومع ذلك كان القضاء المختلط يجيز نقض القسمة للغبن : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ – ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٦٥ – ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢١ – ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٧ : ١ – يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة . وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته . ٢ – ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر فى الدراهم ، ونصف العشر فى العروض ، والعشر فى الحيوانات ، والخمس فى العقارات .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن مقدار الغبن فى المنقول فى التقنين العراقى يتفاوت باختلاف نوع المنقول ، وفى أن مدة رفع الدعوى ستة أشهر فى التقنين العراقى بدلا من سنة فى التقنين المصرى) .

ويلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التى يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم[1] . ويخالف التقنين المدنى الفرنسى (م ٨٨٧ — ٨٨) التقنين المدنى المصرى فى ذلك ، فالتقنين الفرنسى يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية .

٥٤٦ — الغبن فى ذاته عيب فى عقد القسمة يجيز نقضها : إذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، فهذا فى ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلا للنقض ، أى قابلا للإبطال . وليس من الضرورى أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بيّن أو هوى جامح فى الشريك المغبون . فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون . ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذى وقع فيه الغبن ، فيصبح

— قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٧ : لا يجوز إبطال القسمة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغبن .

م ٩٤٩ : إن إبطال القسمة للأسباب التى عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين إلى الحال التى كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للأصول ومقابل بدل — ويجب أن تقام دعوى الإبطال فى السنة التى تلى القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

م ٢١٤ : إن الغبن لا يفسد فى الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان فى الأحوال الآتية : أولا — إذا كان المغبون قاصراً . ثانيا — إذا كان المغبون راشدا وكان للغبن خاصتان ، الأولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، إلى الدرجة المبينة فيما تقدم ، إبطال عقود التبرع نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبنانى لا يجيز نقض القسمة للغبن إلا إذا كان الشريك قاصرا ، أما إذا كان بالغا فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشا وأن يكون قد استغل فى الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن فى القسمة فى خلال سنة من تمامها) .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض فى هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض[١] . وتكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختياريا بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفرز الذى وقع فى نصيبه راضيا ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن .

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشىء ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلا للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن . أما الخطأ فى الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سببا لا للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل[٢] . وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن ، حتى لوكان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان[٣] .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلا لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة ، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون[٤] .

---

(١) ولا يعتبر الشريك المغبون بزاً لعقد القسمة إذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه للغبن (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٦٧) .

(٢) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٣ — عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفقرة ٤٥٥ .

(٤) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وفاء لالتزام طبيعي فى ذمته لشريك آخر ، أوهبة منه لهذا الشريك[١] .

٥٤٧ — مقدار الغبن وكيفية حسابه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى تنص على أنه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن فى القسمة فى القانون الفرنسى . ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ، ولأن الخمس هو المقدار المألوف فى الغبن فى الشريعة الإسلامية[٢]

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد فى عقد القسمة[٣] ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع . فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه . وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا فى هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبونا فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٤١٨ — لوران ١٠ فقرة ٤٩٩ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٥٠ .

الخامس الباقى أى أخذ ١٨٠٠ جنيه . فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس[1] .

والعبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . فيعتد بوقت القسمة فى تقدير قيمة المال الشائع ، وفى تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هى مبلغ معين ، فلا يعتد بأى أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانخفاض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك فى ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبونا إذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيد على الخمس كما قدمنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغبن فى كل عين من الأعيان التى وقعت فى نصيبه . فلو وقع فى نصيب أحد الشركاء دار قيمتها الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبونا فى هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع فى نصيبه أيضاً أرض قيمتها الحقيقية ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فإن ما كسب فى الأرض وهو ٢٠٠ جنيه يستنزل مما خسر فى الدار وهو ٥٠٠ جنيه . ويكون ما لحقه من الغبن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن .

٥٤٨ — أنواع القسمة التى يجوز فيها النقض للغبن : قدمنا[2] أن نقض القسمة للغبن إنما يكون فى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية .

وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذى بسطناه . فيجوز نقض القسمة للغبن ، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية . وكذلك يجوز النقض للغبن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذى يعتد به هنا ليس هو الغبن الذى يقع فى بيع المال الشائع إذا كان المشترى أجنبيا ، وإنما هو الغبن

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥

فى قسمة الثمن بين الشركاء . ولكن إذا كان المشترى فى قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فإنه يعتد بالغبن الذى يقع فى البيع ، لأن البيع فى هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدمنا . فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم — فيما عدا الشريك المشترى — أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن .

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة . فلو غبن أحد الشركاء فى بعض هذه العقود ، ولكنه فى العقود الأخرى نال نصيبا أكثر مما يستحق بحيث إن الغبن الذى لحقه فى مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة فى قسمة كلية واحدة .

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفى جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

ولكن إذا كان العقد الذى يراد به القسمة هو عقد احتمالى ، لم يجز نقضه ، إذ أن العقود الاحتمالية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن . فلو أن دارا شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتبا طول الحياة فى مقابل حصته فى الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالى ، ومن ثم لا يجوز الطعن فى هذه القسمة بالنقض للغبن .

٥٤٩ — دعوى نقض القسمة للغبن : فإذا ما تحقق الغبن فى القسمة الاتفاقية على النحو الذى بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولا ، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع عقارا .

والمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه غبن رفع الدعوى . وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذى لحقه الغبن إلى وارثه ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها . ويجوز كذلك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه ، طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

والمدعى عليه فى دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترمى إلى إبطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بتراضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه فى دعوى الغبن للاستغلال من أنها هى أيضاً يجب أن ترفع فى « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩/٢ مدنى) . فالسنة فى الحالتين ميعاد إسقاط (délai de déchéance)، لا مدة تقادم (délai de prescription)، وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهلية فالنص صريح فى أن المدة هى مدة تقادم إذ تنص المادة ٤٢٦ / ١ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هى ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) . فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة . والفرق بين ميعاد الإسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف .

وعبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى ، أى الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . والغالب فى العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير

قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة .

ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها . فى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

٥٥٠ — الآثار التى تترتب على نقض القسمة للغبن : إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع . فيجوز إذن لأى شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نقض القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضاً للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن .

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة فى شأن أثر إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ — دعاوى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون : قدمنا[1] أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته » .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ .

ويلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون . (الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش[1] . وكذلك يجوز للمدعى عليه فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال « إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن »(م ١٢٩/ ٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال « بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش »[2]. (والحالة الثانية) حالة الغبن فى بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ٤٢٥/ ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، لقد نصت المادة ٤٢٥/ ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » .

فى الحالتين المتقدمتى الذكر من حالات الغبن ، لا يعوض الطرف إلا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكفى أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضرورى أن يرتفع الغبن بتاتا : أما فى الحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفى ذلك ، بل يجب إكمال الشريك المغبون ، نقداً أو عينا ، ما نقص من حصته . فيجب إذن ، لتفادى دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بتاتا عن الشريك المغبون ، وإعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه فى القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص . والسبب فى ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة ، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين . أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم فى أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين ، فإذا اختلت هذه المساواة اختل العقد . وإذا كان القانون قد تسامح فى غبن لا يزيد على الخمس فى بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٠ .

لأقل عن يصيب الشريك ، فإنه تشدد متى زاد الغبن على الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماما . ولم يكتف بابلاغ نصيب الشريك إلى أربعة الأخماس كما اكتفى فى الاستغلال وفى بيع عقار غير كامل الأهلية .

وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع . ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع ، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملا .

وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عينا . فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه . وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته . والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن . فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون . فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدفع عينا . والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون ، لم يجز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقدا .

ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائى بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافا إلى ذلك المصروفات التى تكبدها هذا الأخير بسبب البدء فى إجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، إذ تقول المادة ٢/٨٤٥ مدنى فى شأن دعوى الغبن ، كما رأينا[1] ، أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذى يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة[2] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥

(٢) انظر فى هذا المعنى ديمولومب ١٧ فقرة ٤٥٩ بودرى وفال فى العوارث ٣ فقرة ٣٣٣٥ محمد على عرفة فقرة ٣٣٥ ص ٤٥٣

وإذا تعدد المدعى عليه ، وهذا ما يقع كثيراً فى العمل . فلابد من أن يتفق هؤلاء جميعا على مبدأ إكمال حصة المدعى نقدا أوعينا . فإذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا فى مقدار ما يرد إلى المدعى ، تولت المحكمة الفصل فى ذلك . أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به . وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشىء[1].

ويجوز لدائنى المدعى عليهم التدخل فى دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينيهم[2] .

المطلب الثانى

القسمة القضائية

٥٥٢ — متى يجب أن يكون القسم قضائية : يجب أن تكون القسمة قضائية فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشيوع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (م٨٣٦ / ١ مدنى) على التفصيل الذى سنورده فيما يلى .

(الحالة الثانية) إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ٤٠ / ١ و٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية فى فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة فى إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثانى) أن تأذن المحكمة مبدئيا فى إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية[3] .

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ — هيك ٥ فقرة ٤٧١ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٦ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦١ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ — وإذا سير فى إجراءات القسمة القضائية لمانع يحول دون —

٥٥٣ — قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية — إمكان : ويحدث أن يتفق الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة إلى أن تتم القسمة القضائية . بل يجوز ، إذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة هذه ، أن يطلب أحد الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، من القاضي الجزئي المختص بإجراء هذه القسمة أن يأمر بقسمة المهايأة إلى أن تتم القسمة القضائية . فيأمر بها القاضي ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء ، ويغلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذي يقوم بإجراءات القسمة القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدني فيما قدمناه[1] ، وسبق لنا بحث هذه المسألة تفصيلا فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[2] .

٥٥٤ — دعوى القسمة : والقسمة القضائية تكون في صورة دعوى تسمى بدعوى القسمة[3] . ونبحث في صدد هذه الدعوى مسألتين : (١) الخصوم والمحكمة المختصة . (٢) قسمة التصفية والقسمة العينية .

§ ١ — الخصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ — الخصوم في دعوى القسمة — نص قانوني : تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على ما يأتي :

« إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »[4] .

القسمة الاتفاقية ، ثم زال المانع كأن اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أو زال الحجر عن الشريك المحجور ، جاز للشركاء أن يعدلوا عن القسمة القضائية إلى القسمة الاتفاقية (أوبري ورو ٦ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « لا يسري حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة » .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « وأما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء —

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى القسمة ، فيكون هو المدعى . ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما فى دعوى القسمة(١)

= بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، وإن كان المراد قسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم » . وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٩٠٧ فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ – ص ١٠٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : أما إذا كانوا مختلفين فى الرأى ، أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف فى حقوقه ، فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور باقى شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع إليها مركز الشركة أو موقع العقار أو أمام المحكمة التابع لها محل أحد الشركاء إذا كان المراد قسمته منقولا ، وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٧٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ : إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قانون المرافعات المدنية . (والنص فى مجموعه يوافق نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م١٠٧٢/١ : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، أو كان بينهم محجور ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لإزالته . (ونص التقنين العراقى يوافق نص التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا كان بين الشركاء محجور) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢ : إذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف فى حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب فى الخروج من الشيوع أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وفاقا للقانون .

(والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء محجور أو غائب) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء الصادر فى دعوى القسمة هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه . إذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هى مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣) . وقضت أيضا بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة =

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل فى الدعوى[١] ، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها .

وإذا صدر الحكم فى دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما فى الدعوى ، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل . ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، لأن الشريك الذى لم يدخل خصما هو وحده الذى يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه[٢] .

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبى ، حل المشترى محل الشريك وأصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء ، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء . ويترتب على ذلك أن المشترى ، وقد أصبح شريكا فى الشيوع ، هو الذى له أن يرفع دعوى القسمة ، وهو الذى يختصم فيها ، دون الشريك البائع[٣] . أما إذا اشترى الأجنبى جزءاً مفرزا من المال الشائع ، فإن هذا الشراء لا ينفذ فى حق سائر الشركاء كما سبق القول[٤] ، ومن ثم لا يعتبر المشترى للجزء المفرز شريكا فى الشيوع ، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصامه فيها[٥] .

= بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه ، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ .

(٣) وإذا كان المال الشائع عقاراً ، فحتى يصبح المشترى لحصة شائعة فيه شريكا يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل إليه الملكية ، ولا يكفى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد ولو سجل صحيفتها (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤) . ولكن يجوز له ، باعتباره دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بدون تدخله طبقا للمادة ٨٤٢ مدنى (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١) .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٣١

(٥) انظر آنفا فقرة ٥٣١ فى الهامش . وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٠٨ – إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ – حسن كيرة فقرة ١٤٢ ص ٤٧٩ – عكس ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ =

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصامه فيها . ويجب فى جميع الأحوال اختصام الشريك الذى يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء . ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع هو دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال(١) .

٥٥٦ — المحكمة المختصة : رأينا(٢) أن المادة ٨٣٦/١ معناها تجعل الاختصاص فى دعوى القسمة للمحكمة الجزئية . فالمحكمة الجزئية إذن هى المختصة بدعوى القسمة ، أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى . والمحكمة الجزئية هى المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته منقولا فالمحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم(٣) .

وإنما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول إلا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذى تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر فى إفراز نصيب شريك فى المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء لتكوين الحصص ، وإجراء

= مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — محمد على عرفة فقرة ٣٢٣ . ولكن المشترى لجزء مفرز ، بوصفه دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله ، وإذا سجل عقد البيع قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء إدخاله فيها (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٦٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر المشروع التمهيدى للمادة ٨٣٦ آنفا فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ .

القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء[1] .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التى لا تتعلق بإجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك فى المال الشائع وأصل ملكيته هذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك فى حصته وحلول المتصرف له مكانه فى دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التى تثور حول القسمة ولا تدخل فى إجراءاتها ، فإن المحكمة المختصة بنظرها هى ، وفقا للقواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع .

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فإن المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة .

§ ٢ – قسمة التصفية والقسمة العينية

٥٥٧ – قسمة التصفية – نص قانونى : تنص المادة ٨٤١ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات . وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع »[2] .

---

(١) نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ . وقارن الكلية ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يكتفى بأن يكون النقص فى قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصا « محسوسا » . وفى لجنة المراجعة أبدلت بعبارة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، وأصبح النص رقم ٩١٢ فى المشروع النهائى . ووافق =

وسنرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع إليها دعوى القسمة ، تندب ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان

= عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، رأى أحد الأعضاء « إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، و يمتنع بذلك اتفاقهم على باطل إضرارا بغيرهم من الشركاء أو الدائنين » . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر إلى أن قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع من شأنه « بقاء المال فى العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية » ، وأضاف « أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان فى اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ، ما دام لا يمس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٦ – ص ١١٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٨/٥٥٤ : إذا لم تمكن القسمة عينا ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد فى أمرين : (١) لم يذكر التقنين السابق إلا عدم إمكان القسمة عينا ، أما التقنين الجديد فقد أضاف إمكان القسمة عينا ولكن مع ضرر كبير . (٢) أجاز التقنين الجديد قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفا فقرة ٥٥٥ فى الهامش – وقد نظم تقنين المرافعات الليبى قسمة المال الشائع عن طريق بيعه بالمزاد) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٣ : ١ – إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة ، أصدرت حكما ببيعه ٢ – وفى هذه الحالة تقدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة . فإذا قبل المدعى ببيع حصته بالبدل المقدر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولإبداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك . فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقرر ، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوى فيما بينهم . أما إذا رغب أحد الشركاء فى شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد . ٣ – وإذا لم يقبل المدعى البيع بالبدل المقدر ، أو لم يرغب أحد الشركاء فى الشراء ، وبقى المدعى مصرا على طلبه ، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه .

(والتقنين العراقى يأتى بأحكام تختلف عن أحكام التقنين المصرى كما نرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٠٣/٩٤٢ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٥٥٨ .

المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته (م ٢/٨٣٦ مدنى) . فإذا تبين أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا كأن كان فرسا أو خاتما أو سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير[١] فى قيمته كأن كان دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيراً فى قيمة الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح لبناء يستفاد منه استفادة معقولة[٢] ، فإن المحكمة تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية (licitation) .

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية ، وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته فى المال الشائع.

وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون أن يلحق به نقص كبير فى قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية كما سبق القول[٣] .

ويباع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للإجراءات التى قررها تقنين المرافعات. وتتلخص هذه الإجراءات ، بالنسبة إلى العقار ،[٤] فى أن البيع يجرى بناء على قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك

---

(١) ويجب أن يكون النقص كبيراً ، ولا يكفى أن يكون محسوسا (انظر آنفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ – ٢ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٩ – أو كان المال الشائع مصنعا لا تمكن تجزئته (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٨) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

(٤) أما إذا كان المال الشائع منقولا ، فتتبع فى بيعه لعدم إمكان قسمته الإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع الغرض المقصود من البيع (محمد على عرفة فقرة ٢٩٠ – إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

من البيانات التى تفيد فى تعيينه) ، وشروط للبيع والثمن الأساسى الذى تقدره المحكمة الجزئية ، وتجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة ، وبيان سندات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، إلى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إيداع القائمة ، صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع . ويخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويباع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين[1] ، وللأحكام الخاصة بزيادة العشر[2] وإعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد[3].

والأصل أن يسمح للشركاء ولغير الشركاء فى الدخول فى المزايدة ، فإن رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبى ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد . وقد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبى فى الدخول فيها ، وذلك حفظا للمال فى الأسرة . ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء،

---

(١) ومن هذه الإجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٤ مرافعات ، ويستخلص منها أنه إذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ – إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ هامش ١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حدد القاضى بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى ، ولا يكفى ما ينشر أو يلصق من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ فى مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه فى حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٣) انظر فى كل ذلك المواد ٧١٢ – ٧٢١ و٧٢٣ مرافعات .

لأنهم هم الذين يقدرون مصلحتهم فى ذلك . أما مصلحة الدائنين فمكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل[١] . ولا مساس بالمصلحة العامة فى شىء من ذلك[٢] . وإذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على إذن المحكمة المختصة بالولاية على المال فى قبوله قصر المزايدة على الشركاء ، لأن هذا العمل يجاوز أعمال الإدارة المعتادة[٣] . ومتى تم الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء على النحو الذى قدمناه ، أجريت المزايدة بين الشركاء وحدهم دون غيرهم . ويعتبر رسو المزاد هنا قسمة لا بيعا ، لأن المزاد لابد أن يرسو على أحد الشركاء[٤] .

٥٥٨ — القسمة العينية — مراحلها الأربع : فإذا أمكنت قسمة المال الشائع عينا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية بإجراء القسمة العينية . وهذه القسمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب (م ٨٣٦/٢ و ٨٣٧ مدنى) .

(المرحلة الثانية) الفصل فى المنازعات (م ٨٣٨ مدنى) .

(المرحلة الثالثة) الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٨٣٩ مدنى) .

(المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان فيهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدنى) .

---

(١) وسنرى (انظر ما يلى فقرة ٥٦٥) أن للدائنين المعارضة فى أن يقتصر المزاد على الشركاء دون أن يدخل أجنبى فيه ، خشية من تواطؤ الشركاء على إرساء المزاد على أحد منهم بثمن بخس ، وسعيا وراء الوصول إلى أعلى ثمن ممكن عن طريق دخول الأجانب فى المزاد .

(٢) انظر المناقشة التى دارت فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ آنفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢ .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ — ويترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على هذا الحكم إذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب (م ٨٤٠ مدنى و م ٢/٤٠ من قانون الولاية على المال — إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ — عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٣٧) .

٥٥٩ — المرحلة الأولى — قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب — نصوص قانونية : تنص المادة ٢/٨٣٦ مدنى على ما يأتى :

« وتندب المحكمة ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته » .

« ٢ — وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص فى المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ — ص ١٠٨) .

م ٨٣٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٨ — ص ١٠٩) .

وتقابل المادة ٢/٨٣٦ فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ العبارة الأخيرة ... وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص . (والنص موافق) . ولا مقابل فى التقنين المدنى السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن العمل كان جاريا على هذا الحكم .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : يحيل إلى تقنين المرافعات المدنية .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٢/٢و٣و٤ : ٢ — فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة ، قررت إجراءها . ويعتبر المشاع قابلا للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فإن كانت غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم[1] أن المحكمة تجرى قسمة التصفية .

أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، إذا كان ذلك ممكنا . وتستوى فى ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية ؛ فإن كانت القسمة جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذى تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك فى هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقى من المال على شيوعه دون تقسيم أو تجنيب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فإذا أمكنت قسمة المال إلى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قدمنا . وتوضح المذكرة الإيضاحية هذه العملية فى شىء من الإسهاب فتقول : « فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون

= المتفمة المقصودة قبل القسمة . ٣ – فإن كان المشاع عقارا ، تمسح الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى ويراعى كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم ، فإن لم يتفقوا عينها الحاكم بمعرفة خبير . وإذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود . وتوزع الحصص بالقرعة ، وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها . ٤ – وإذا كان المشاع منقولا ، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله فى قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الواجبات والعقود اللبنانى م ٣/٩٤٢ – ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٧ .

التخلص من الشيوع دون الآخرين ... أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسدس فيقسم المال أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال إلى اثنى عشر جزءاً ، وهكذا) ، فإن قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية ...[1] » .

أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص[2] على الوجه الذى قدمناه ، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً فى المال الشائع ، وذلك بقدر حصته فى هذا المال ، وهذا ما يسمى بالتجنيب[3] . ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب[4] ، فتجرى القسمة بطريق التجنيب إذن فى حالتين : إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب[5] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ – ص ١٢٠ . وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

(٢) وتعتبر قسمة المال إلى حصص متعذرة إذا كان من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة الإنقاص من قيمته ، أو اقتضى ذلك إجراءات معقدة ، أو كانت الحصص متباعدة بحيث يحتمل أن توقع القرعة فى نصيب أحد الشركاء حصصا متناثرة (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ – ص ١٩٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتعادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٤) ومتى وافق شريك على التجنيب ، لم يجز له الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب ، فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٥) فالقسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها إذن اتفاق جميع الشركاء ، بل يكفى أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يكون التجنيب ملزما لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ – ص ٢٢٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ –

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزا ، فقد يقتضي الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص الناقصة فى حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفرز فى حالة التجنيب . وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، فى تقسيم المال إلى حصص ، أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما . فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان ، ولذلك سمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعدل فى المقايضة . فمن يقع من الشركاء فى نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما سيأتى ، يصبح مدينا بهذا المعدل لمن يقع فى نصيبه الحصة الصغرى ، وبذلك يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى . وإذا لم يمكن تقسيم المال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير إلى

= هامش ١ – وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١١٣ – مدنى على عرفة فقرة ٣٢٦) .

أما فى القانون الفرنسى ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب ، ولو كانت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متعذرة ، ويباع المال فى هذه الحالة لعدم إمكان قسمته . وهذا الحكم ينتقده الفقه الفرنسى (بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٥١١ – بيدان وليبان ٥ مكرر فقرة ٦٢٢) . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يجرى على حكم القانون الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنيب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن نصوص القانون المدنى القديم كانت تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب . فإن تعذر الأمران – إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيداً للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب – وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته . ولكن هذه النصوص ، وإن اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى فى أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء ، إلا أن النصوص تختلف فى حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيداً لإجراء القرعة ، فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

ومع أن التقنين المدنى السابق كان يشترط فى القسمة بالتجنيب اتفاق جميع الشركاء على ما رأينا ، إلا أن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن التجنيب ممكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة تنطوى على التعسف فى استعمال الحق (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨٦ – ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ – ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ – أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٦ – ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧) .

التجنيب ، فقد يضطر هنا أيضاً ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة ، إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق . فعند ذلك يقدر مبلغا من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الأكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر(١) .

٥٦٠ — المرحلة الثانية — الفصل فى المنازعات — نص قانونى : تنص المادة ٨٣٨ مدنى على ما يأتى :

« ٢ — فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات »(٢) .

ويتبين من هذا النص أن المنازعات التى تقع بين الشركاء ويجب الفصل

---

(١) والعبرة فى تحديد قيمة المال بوقت إجراء القسمة ، لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشيوع . وفى فرنسا تحدد المحكمة تاريخا معينا ، يسمى بتاريخ الانتفاع المقسوم (jouissance divise) ، يكون هو التاريخ الذى تقدر فيه قيمة المال ، ويكون فى الوقت ذاته هو التاريخ الذى يستولى فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٠٣١ وفقرة ٣٠٦٩ — أنسيكلو بيدى دالوز لفظ Succession فقرة ١٥١١ — فقرة ١٥١٢)

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٠ — ص ١١١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٥١/٤٥٤ : إذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع فى تعيين الحصص ، تحكم محكمة المواد الجزئية فى ذلك وفى المنازعات الأخرى التى تكون من خصائصها . وإذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليها أن تحيل الأخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسة التى يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل فى القسمة إلى أن يحكم قطعيا فى تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والحقوق اللبنانى لا مقابل .

فيها قبل المضى فى دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص . (والنوع الثانى) المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص .

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص . كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذى قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التى ترجع إلى تكوين الحصص ، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة . ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلا فى أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أيا كانت قيمة المال المراد قسمته . ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة . فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هى أيضاً من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى . وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية . ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات .

بقيت المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص . ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة . ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً تعيين حصة الشريك فى المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكا آخر فى مقدار حصته ، فيدعى مثلا أنها الربع بدلا من الثلث . وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك فى حصته ، فيدعى أحد الشركاء

مثلا أن شريكا آخر قد تصرف فى حصته لأجنبى فلا يحق له الدخول فى القسمة . كل هذه المنازعات التى لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ، وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى . فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من اختصاص القاضى الجزئى ، فصلت المحكمة الجزئية فيها[1]، وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الابتدائية . وإذا كانت المنازعة التى أثارها الشريك هى من اختصاص المحكمة الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية[2] ، مع تحديد الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة ، مستعينة فى ذلك بالبيانات التى تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الابتدائية[3] . وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل

---

(١) استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك ، وما إذا كان هذا الشيوع عاديا أو إجباريا ، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا إذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه – كما قررها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين – تجاوز نصاب تلك المحكمة ، مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى . وإذ هى لم تفعل ، فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .

(٣) ويشترط فى ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المنازعة جدية (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة فى الملك الثابت فى دعوى القسمة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ، ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائيا ، فى المنازعات التى أحالتها المحكمة الجزئية . أو إلى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائيا فى الاستئناف الذى رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ماقدمنا(١) .

٥٦١ — الرهن الثالث — الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز —

نص قانونى : تنص المادة ٨٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه » .

« ٢ — فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها . وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز »(٢) .

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائيا فى المنازعات التى أثيرت فيما بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ — ص ١١٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٥٣/٤٥٥ : تحصل القسمة بطريق القرعة أمام القاضى المعين للمواد الجزئية ، ويحرر بها محضر . (والنص موافق لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنيب ، فكان القضاء يجرى على أن هذه القسمة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعا : انظر آنفا فقرة ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل إلى تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التقنين على أنه إذا كان المشاع أعيانا منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، تنتقل بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل القسمة . فيعود الشركاء إلى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفتها حتى يفصل نهائيا فى المنازعات .

وفى هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا فى المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك فى المال المراد قسمته مبتوتا فيه خاليا من النزاع ؛ ويجب هنا التمييز بين فرضين : إما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص .

فى الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزاً فى المال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه . وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(١) .

وفى الفرض الثانى ، والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه . ولما كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون إلى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية . ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثانى حصتان وللثالث أربع حصص ، وضعت فى القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك . وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التى أوقعت القرعة رقمها فى نصيبه . وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض . ولكن هذا هو شأن القرعة . ولا مفر من هذه النتيجة . إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم . وقد تقع فى نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل لحصة أخرى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ .

أو حصص وقعت فى نصيب شريك آخر ، على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(١) . وتثبت المحكمة الجزئية كل ذلك فى محضرها ، ثم تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، أى الحصة أو الحصص المفرزة التى أوقعتها القرعة فى نصيبه(٢) .

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، فى مرحلتها الثالثة ، تنتهى دائما إلى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل إلى كل شريك . وحكم القسمة هذا يختم دعوى القسمة . إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له ولى شرعى . أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ، فلا بد من المضى بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهى مرحلة التصديق على حكم القسمة .

٥٦٢ — المرحلة الرابعة — التصديق على حكم القسمة فى حالات خاصة — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون »(٣) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له ولى شرعى ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١١ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « ولم يكن له ولى شرعى » لتعميم حكم النص . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى : « إذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة فى تقريرها إنها عدلت النص تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب . ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان أضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم الحسبية يسوى بين الغائب والمفقود فى الحكم ، وأصبح رقم النص ٨٤٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ بهذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٣ — ص ١١٥) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد روى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه »[1]. ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٤٥٦/٥٥٢ من التقنين المدنى السابق ، إذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكمة على قسمة الأموال إلى حصص ، أما نص التقنين المدنى الجديد فيقضى بتصديق المحكمة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحله ويصبح فى المرحلة النهائية . أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة إجراء القرعة أو التجنيب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ، أى حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة ٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته إلى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها إنها عدلته تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب[2] .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين المدنى وتتسق

= ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٦/٥٥٢ : إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف ، أو غائبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٤ : إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصلح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلهما فى دعوى القسمة ، وذلك طبقا لما يقرره القانون .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراق لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٤ - وانظر أيضاً نفس الفقرة فى ص ٩٢٩ هامش ٣ .

الأحكام فى كل منهما ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، فى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتى : « وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولاشك فى أن هذا النص صريح فى أن الذى تصدق عليه المحكمة . ليس هو الحكم بالقسمة وهو فى مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ مدنى ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أى القسمة فى مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسايرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد ، إلى مسايرة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدنى السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .. أنه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . وإذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . وبديهى أن الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية فى تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره . وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، وهى التى تقضى بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى . وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إنما تعدل الإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ،

مما يدعو إلى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، إذا أرادت حقا إعمال الإحاله على المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى . أن تقضى بأن الذى تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال إلى حصص .

والآن بعد أن وقع عدم الاتساق هذا . وإلى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تعديلا يجعلها تتسق مع المادة ٨٤٠ مدنى : لا مناص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ماتقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدنى[1] .

وعلى ذلك يجب القول إنه فى حالة تقسيم المال إلى حصص : إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب[2] . يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة . لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال إلى حصص . وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم . ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة القسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسسا أخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص . وإذا قامت منازعة فى شأن تكوين الحصص . وفصلت فيها المحكمة الجزئية . واستؤنف حكمها أمام المحكمة الابتدائية[3] (أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال إلى حصص) ، فمن البديهى أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر فى هذا الاستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص ، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق[4] .

---

(١) إذ تنص المادة ٢ من قانون إصدار قانون الولاية على المال على أن « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ . وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما إذا كان وليه الشرعى هو الجد ، فقد قدمنا أن الجد لا يملك وحده قسمة مال محجوره . بل لابد من استصدار محكمة الولاية على المال (انظر آنفا فقرة ٥٤٣ فى الهامش) . ومن ثم يدخل القاصر ، إذا كان وليه الشرعى هو الجد لا الأب ، فى حكم القاصر الذى ليس له ولى بل له وصى ، ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٦٠ .

(٤) انظر فى ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ — حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ — وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢٢٣ هامش ١ .

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص . أما إذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال إلى حصص ، فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال إلى حصص . فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ مدنى ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصدق ، فى حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ مدنى ، عندما أوجبت تصديق المحكمة ، أحالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق إذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فإذا توخينا الدقة ، وجب الرجوع فى ذلك إلى قانون الولاية على المال وهو القانون الذى ينظم تصديق المحكمة . ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال إلى حصص ، جاز القول بأن ما يقابل قسمة المال إلى حصص فى القسمة بالافتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء فى قسمة التجنيب . فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال إلى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الافتراع كما هو الأمر فى قسمة المال إلى حصص ، فإنه يصح القول ، من الناحية العملية دائما ، إنه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء[1] .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين فى القسمة حماية لحقوقهم

٥٦٣ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا . أو أن يباع المال بالمزاد . بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء . ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات . وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

---

(١) انظر حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ .

« ٢ – أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش »[١] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٥٧/٤٦٠ – ٥٥٩[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م١٠٧١ / ٣ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢/١ و٩٤٣ – ٩٤٥[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان خاليا فى آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الإجراءات » ، وذلك « حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع فى غيبتهم » ، وأصبح رقم المادة ٩١١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل عن المراد بالدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنون المقيدة حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « فى الإجراءات » فى آخر الفقرة الأولى . « وقد أريد بذلك – كما ورد فى تقرير اللجنة – قصر التزام الشركاء فى إدخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى حيث تمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادى تعرض إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على النهاية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص ، لأن لهم الحق دائما فى التدخل فى الإجراءات من تلقاء أنفسهم » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٨ – ص ١٢٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٥٧/٤٦٠ – ٥٥٩ : يجوز لأرباب الديون الشخصية التى على أحد الشركاء أن يعارضوا فى إجراء القسمة عينا وفى بيع المال بغير دخولهم فى ذلك . ويكون إجراء المعارضة المذكورة بين أيدى الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزومية هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين فى كافة الإجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، وإلا كان العمل لاغيا .

(ويتفق حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم إدخال الدائنين المقيدين قبل القسمة إلا إذا عارضوا) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٦ : ١ – لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى القسمة عينا أو فى بيع =

ونقول بادئ ذى بدء إن النص سالف الذكر يوحى بأن تدخل الدائنين فى القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية ، دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، إذ أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . وهى التى تصرح بدعوى القسمة ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص

= المال بالمزاد العلنى بغير تدخلهم . وتكون المعارضة فى حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين فى المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ ، وفى حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمى يبلغ إلى جميع الشركاء . ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفع دعوى القسمة . ٢ – أما إذا تمت القسمة ، فليس لدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا فى حالة الغش .

(وأحكام المشروع السورى تتفق فى مجموعها مع أحكام النص المصرى ، ويصرح النص السورى بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية)

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧١/٣ : لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى ، وإنما أورد حكما هو مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب بإعسار أن يعارضوا فى إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد فى غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم .

م ٩٤٤ : للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يرفعوا دعوى إبطال القسمة بإيفاء الدائن أو بإيداع المبلغ الذى يدعيه .

م ٩٤٥ : إن الدائنين الذين أرسلت إليهم الدعوة حسب الأصول ، ولم يحضروا إلا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بإبطالها . على أنه إذا لم يترك مبلغ كاف لإيفاء ديونهم ، حق لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك إذا كان قد بقى منه جزء لم تجر عليه القسمة ، وإلا جاز لهم مداعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد أم شركة ملك – وانظر أيضاً م ٩٤٢/١ معدلة وتوجب إدخال أصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبنانى متفقة فى مجموعها مع أحكام القانون المصرى ، والقانون اللبنانى يريد بعبارة « إبطال القسمة » (م ٩٤٤) جعلها غير نافذة فى حق الدائنين – انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٤ – ص ٢١٥) .

قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية . إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً . فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البولصية فى الحالة الثانية »[١] . ولكن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الإجراءات » . والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية . فبقى النص غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت — بطريقة عارضة — العبارة المضافة فأصبحت : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية[٢] . ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهى خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل . لذلك يحسن التوسع فى تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدين . فى القسمة الاتفاقية . الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية[٣] . وليس فى مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع : ما دامت حكمة تدخل الدائنين فى القسمة القضائية متوافرة تماما . بل هى أكثر توافرا فى القسمة الاتفاقية كما قدمنا . هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى ، لا خلاف فى انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١ .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ هامش ١ .

(٤) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣ — وانظر عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٠ — محمد كامل موسى ٢ فقرة ١٢٣ — عبد المنعم البدراوى —

ونبحث فى صدد النص سالف الذكر ، متوسعاً فى تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين : (١) موقف الدائنين قبل اتمام القسمة . (٢) موقف الدائنين بعد إتمام القسمة .

§ ١ – موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

٥٦٤ — مصالح الدائنين المراد حمايتها : قصد بنص المادة ٨٤٢ ملنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية . قسمة عينية أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنو كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد . كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك(١) .

فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحه . فيعنيه مثلا ألا يتعمد الشركاء ، حين يقتسمون المال ، أن يوقعوا فى نصيب مدينه أعيانا منقولة أو نقودا يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع فى نصيب مدينه أموال قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن . ويعنيه أيضاً ، إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هى قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبى ، فإن دخول أجنبى فى البيع أدعى لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد ، فينتفع الدائن بذلك . ويعنيه بوجه خاص ألا يتعمد الشركاء إيقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن فى نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ، فيجد

= فقرة ١٥٨ ص ١٩٠ – حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧١ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ١٩٦ .

(١) ويجوز أن يكون حق الدائن مقترنا بأجل أو معلقا على شرط . ولا يعتبر دائنا من يدعى استحقاق المال الشائع ، وليست له مصلحة فى التدخل فى القسمة إذ هى غير نافذة فى حقه إذا أثبت استحقاقه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٦٢) .

الدائن بذلك حق الرهن الذى له قدتحول من المال الذى قصد ارتهانه إلى مال آخر لم يكن له فى حساب . هذه جملة من المصالح الدائن الشريك ، هى وأمثالها تدفعه إلى التدخل فى القسمة حتى يراقب إجراءاتها . فيمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . أو تقصير مدينه فى دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضاً تبعا لذلك .

٥٦٥ — للدائن حق المعارضة وحق التدخل : إذا عرف الدائن أن لمدينه حصة فى مال شائع . وأراد أن يصطنع الحيطة فى أمره . فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين فى الشيوع معارضة فى أن تتم قسمة هذا المال الشائع . سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية . بغير تدخله . ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذارا على يد محضر . ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفويا ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات[1] . والمهم أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء فى المال الشائع . ويدخل فيهم الشريك المدين[2] . ويعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع ، ويبقى حق الدائن فى المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا المال[3] . والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية ، فيكفى

---

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢١٤ ص ٥٥٦) . ولايكفى ، فى اعتبار المعارضة ، مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه سنة (٨١ - ٨٢) ٢٠ - ١٣) . ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم ، فى عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل فى قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء (الجزائر ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ - ٢ - ٢٨٤) .

(٢) وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض . لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تتجزأ (هيك ٥ فقرة ٣٠٠ - بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢١٦) .

(٣) ولا تعتبر القسمة قد تمت إذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو ببيع المال الشائع ، أو بتكوين الحصص إذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدور حكم القسمة إذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صدقت عليه فى الحالات التى يجب فيها ذلك (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٠) .

أن تتوافر فى الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال(١) .

ومتى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء . تعين عليهم ، إذا هم عملوا إلى اقتسام المال الشائع . أن يدخلوا الدائن المعارض فى جميع إجراءات القسمة ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية . وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية ، كما سبق القول .

وهناك طائفة من الدائنين . هم الدائنون المقيدة حقوقهم ، يجب على الشركاء إدخالهم فى إجراءات القسمة دون حاجة إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . فالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا للمال الشائع . والدائن الذى له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع . إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية . أو قبل إبرام عقد القسمة فى حالة القسمة الاتفاقية . يكونون بهذا القيد معروفين من الشركاء ، فليسوا إذن فى حاجة إلى أن يوجهوا إلى الشركاء معارضة . ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين فى إجراءات القسمة ، قضائية كانت أو اتفاقية . ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع . وسجل عقد البيع . فهذا أيضاً يصبح دائنا بالضمان . ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله فى إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده . وليس فى حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء .

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذى بسطناه أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن ، فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن ، إذا علم بذلك ، أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء فى إجراءات هذه القسمة . فإذا كانت القسمة اتفاقية ، جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلا فى القسمة . طالبا مثلا أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كاف عن البيع

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٥ .

ومن أن إجراءات البيع سليمة . وما إلى ذلك . أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل فى إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر فى تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم ، أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد إجراءات خاصة لتدخل الدائن فى دعوى القسمة ، بل هى الإجراءات المقررة بوجه عام فى تقنين المرافعات . ومن ثم يكون تدخل الدائن فى دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) . وإذا تدخل الدائن فى دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمدا أو تقصيراً ، وله أن يعترض فى حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصورا على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن[1] .

٥٦٦ — الأثر الذى يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله : يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذى بسطناه أن يصبح الدائن طرفا فى جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا فى مواجهته . ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع فى المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ، ولا تجنيب أنصبة الشركاء المفرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة . فى غير مواجهة الدائن[2] .

ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال فى المزاد بدلا من قسمته عينا ، إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع . كذلك

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٣١ ص ٤٤١ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١١ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١١ .

لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قضائية ، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلها قسمة اتفاقية . ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها ؛ فإن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه فى الدعوى البولصية .

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله .

§ ٢ – موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

٥٦٧ — فروضه ثلاثة : بعد إتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا فى إجراءات القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين وأدخله هؤلاء الشركاء فى هذه الإجراءات . أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .

(الفرض الثانى) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل فى إجراءات القسمة . بالرغم من المعارضة التى وجهها إلى الشركاء جميعا . أو بالرغم من أن له حقا مقيدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل فى إجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ — الفرض الأول — تدخل الدائن فعلا فى إجراءات القسمة : مادام الدائن قد تدخل فعلا فى إجراءات القسمة . بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه ، فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة . ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . فإذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها . ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البولصية . فقد حل تدخله فى القسمة محل هذه الدعوى[1] .

٥٦٩ — الفرض الثانى — عدم إدخال الدائن فى إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا : أما إذا وجه الدائن معارضته إلى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد . وبالرغم من ذلك لم

---

(١) ديموامب ١٧ فقرة ٢٢٨ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٣٦ .

يدع إلى التدخل فى إجراءات القسمة ، ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه : فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون فى عدم دعوة الدائن إلى التدخل فى إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة فى أن تتم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدنى . فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة فى حقهم » أى فى حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لهم حقوق مقيدة . فالقسمة إذن تكون غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين . وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء : بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا . أو بعد أن قيدوا حقوقهم . كاف لجعل القسمة غير نافذة فى حقهم ، مادامرا لم يتدخلوا فعلا فى القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . ويكفى لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع فى نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا يسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا فى القسمة بمعدل الشريك معسر ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع فى نصيب هذا الشريك المال الذى ارتهنه الدائن بل أوقعت هذا المال فى نصيب شريك آخر . أما إذا بيع المال الشائع فى المزاد واقتسم ثمنه . فليس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيراً من قيمته الحقيقية .

ومتى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة فى حقه ، عاد المال إلى الشيوع بالنسبة إلى هذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة فى حق الدائن . ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين . كما يجوز أن يطلبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من إعادة طلب القسمة . على مطالبة الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء فى عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل . كما

يجوز للشركاء أن يقروا الدائن حقه . فلا تصبح له مصلحة فى الطعن فى القسمة . ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين .

وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن فى القسمة ، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالإكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن ، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن فى القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة[1].

٥٧٠ — الفرض الثالث — عدم تدخل الدائن فى القسمة لأنه لا يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل : بقى الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل فى القسمة ، إما لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته إلى ذلك . وهذا الفرض هو الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، إذ تقول : « أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش » .

وفى هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر إذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصراً إذا هو دعى إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل . وفى جميع هذه الأحوال ، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر ، إذا تمت القسمة دون أن يتدخل فى إجراءاتها ، فإن الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك . فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً . والمالك لا ذنب للشركاء إذا لم يدعوه التدخل . أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً ، فلا ذنب لهم أيضا إذا كان هو لم يتدخل . ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة فى حق الدائن . إلا إذا طعن هذا فيها بالدعوى البوليصية ، فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه ، وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدعوى[2] .

وإذا كانت القسمة قضائية ، وصدر حكم بالقسمة ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها .

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٤ وفقرة ٣٢٥٦ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

وتنص المادة ٤٥٠ /١ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها . أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم » . والمطلوب من الدائن فى الفرض الذى نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما فى اعتراض الخارج عن الخصومة فيكتفى من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو إهماله الجسيم .

ويختلف القانون الفرنسى عن القانون المصرى فى هذه المسألة . فى القانون الفرنسى لا يجوز فى الفرض الذى نحن بصدده أن يطعن الدائن فى القسمة حتى بالدعوى البولصية ، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر . مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا . وقد أملى على القانون الفرنسى هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضة للطعن فيها دون أن يكون هناك مبرر لذلك من تقصير الشركاء . وقد أعطى القانون الفرنسى الدائن الفرصة فى منع الغش فى صورة وقائية ، بأن جعل له الحق فى التدخل فى القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلا من إعطائه الحق فى الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البولصية . فمادام الدائن لم يتدخل ، ولوكان ذلك عن غير تقصير منه مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن فى القسمة ولو بالدعوى البولصية . ولكن يجوز ، حتى فى القانون الفرنسى ، الطعن فى القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش . إذا عجل الشركاء بالقسمة تعجيلا غير مألوف ، وتعمدوا إخفاء ذلك عن الدائن إضرارا بمصالحه . وفى جميع الأحوال التى يحق فيها للدائن الطعن فى القسمة ، يجوز له ، بدلا من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامنين لما ارتكبوه من خطأ[1] .

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٧ – فقرة ٣٢٥٤ .

وانظر فى قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف إسماعيل غانم فقرة ١٠٥ – فقرة ١٠٨ .

وانظر فى قسمة الوقف محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على القسمة

٥٧١ — بيان هذه الآثار : أهم أثر يترتب على القسمة هو إفراز حصة للشريك فى المال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف .

والأثر الثانى هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق فى نصيبه المفرز لسبب سابق على القسمة .

وهذان الأثران هما اللذان تتناول بحثهما هنا ، تاركين آثارا أخرى ثانوية ، كالتزام المتقاسم بدفع المعدل والتزام الراسى عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذى رسا به المزاد ، إلى حكم القواعد العامة . فهذه القواعد هى التى تسرى فى هذا الصدد .

ويترتب على القسمة أيضاً حق امتياز المتقاسم . فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (م ١١٤٦ مدنى) . وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدنى) . ولكن حق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل فى موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث فى الجزء العاشر من الوسيط مع سائر التأمينات .

المطلب الأول

الإفراز — الأثر الكاشف(*)

٥٧٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٣ مدنى على ما يأتى :

(*) مراجع : Edouard du Card فى الأثر الكاشف للقسمة فى القانون القديم والقانون الحالى سنة ١٨٩٥ — Wahl فى تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف للقسمة (كتاب العيد المئوى ، =

« يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص ».(١)

ويقابل النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق المادة ٤٥٧ ؛ وفى التقنين المدنى المختلط المادة ٥٥٥(٢).

= التقنين المدنى الفرنسى ١ ص ٤٤٣ وما بعدها) – Pilon فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٩١٧ وما بعدها – Desserteaux فى النظرية العامة للأثر الكاشف فى القانون المدنى الفرنسى باريس سنة ١٩٠٨ – Giraud فى تقسيم الحقوق فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ – Lebret فى مصير الحقوق المترتبة على الأموال الشائعة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ – Hebraud فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٨ – Morel فى تصفية المشاركة بين الزوجين والتركة وقسمتها دروس لقسم الدكتوراه باريس سنة ١٩٤٩ – سنة ١٩٥٠ – حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع فصلة من رسالة كلية الحقوق المدوين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ – سنة ١٩٦٣ – منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ ص ٧٣ – ص ٢١٣ .

رسائل : Ducdodon رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٢ – Valentin رسالة من نانسى سنة ١٩٠٢ – Boudier رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – Lecat رسالة من ليل سنة ١٩٠٥ – Le Bu رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – Boudet رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ – Renou رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ – Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ – Paillard فى الأثر الكاشف للقسمة فى قانون الضرائب رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – Gallet دراسة فى افتراض الرجعية فى القانون الفرنسى رسالة من بواتييه – Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – Querel فى الطبيعة الافتراضية للمادة ٨٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى رسالة من ليون سنة ١٩٢٣ – Lecleve دراسة ضرائبية للقسمة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ – Vincent فى تقسيم حقوق التركة وديونها بين الورثة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ – Chevallier فى الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢ – Heber فى نقل الحقوق فى التركة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – Mouras رسالة من نانسى سنة ١٩٣٩ – Verone رسالة من ليل سنة ١٩٤٦ – Boyer فى فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ – Merle فى النظرية العامة للتصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ – Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩١٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٣ – ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٤٥٧ : وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٧ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٥ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٦(١) .

ويتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعى . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك فى الشيوع . فإذا كان قد تملك فى الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك فى الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك فى الشيوع باعتباره شريكا مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة . وهكذا(٢) . وفى مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك

= (وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى المختلط م ٥٥٥ : قسمة المال عينا تعتبر بمثابة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .

(وهذا النص يجعل للقسمة أثراً ناقلا لا أثراً كاشفا ، على خلاف التقنين المدنى القديم والتقنين المدنى الجديد) . ومع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة أثراً كاشفا : استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ – ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ – ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ – ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ – ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٥ : ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة فى القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التى آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا من باقى الحصص . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٦ : يعد كل متقاسم كأنه مالك فى الأصل للأشياء التى خرجت فى نصيبه أو التى اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا لسائر الأشياء . . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

(٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الشريك قد دخل منذ بدء الشيوع ، أو دخل بعد ذلك بأن نزل له شريك فى الشيوع عن حصته الشائعة (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٢٢٨٩) .

فى أى وقت أى مال آخر مفرز وقع فى نصيب أى شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة فى هذا النصيب المفرز الذى تملكه الشريك الآخر . وهذه هى النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف (effect déclaratif) فحسب ، أى أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزاً فى المال الشائع ، بل لها أيضاً أثر رجعى (effet rétroactif) أى أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة[1] .

٥٧٣ — الأثر الحقيقى للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل : والواقع من الأمر أن للقسمة ، بطبيعتها ، أثراً مزدوجا ، كاشفا وناقلا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا إن أرضا يملكها اثنان فى الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما . فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه فى الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفى أثناء الشيوع ، ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك فى هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة فى النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة فى جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « القسمة ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها أثران : (١) يكون لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المدنى المختلط وهى تنص على أن القسمة منشئة كالبيع) . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة . أهمها أن تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

فى نصف النصيب . وأثر ناقل فى النصف الآخر . ويكون القسمة اذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج : كاشف وناقل[1] .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن تغلب أثراً على آخر فى المواضع التى يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر . فتارة تغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه . وتارة تغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك .

ولما كانت المقتضيات العملية التى تستدعى تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الأثر الناقل . فقد صار التقنين المدنى على النهج التقليدى وعم أثر القسمة ، فجعله فى جميع الأحوال أثراً كاشفا .

---

(١) وهذا التحليل الذى نقول به نجد له نظيرا فى الفقه الإسلامى ، فقد قال الكاسانى فى البدائع : « وأما بيان معنى القسمة ... فهى ... عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلابد أن يجتمع فى نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض أجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالتراضى أو بطلبها من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمة فى حق الأجزاء المملوكة له إفرازا وتمييزاً أو تعيينا لها فى الملك ، وفى حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهى مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة فى نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة فى نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هى إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيرا أيضاً فى الفقه الفرنسى الحديث ، إذ يقول أوبرى ورو : « والواقع من الأمر أن القسمة ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائى ، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهى ليست محض كاشفة ، لأنها تحول حقا شائعا فى مجموع المال المملوك فى الشيوع إلى حق مقصور على صاحبه فى جزء محدد تحديداً ماديا من هذا المال . وهى ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع فى كل ذرة من ذرات الجزء المفرز الذى آل إليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمة محض ناقلة أو يقال إنها محض كاشفة ، فالعبارة الأخيرة تقصر عن الحقيقة ، فى حين أن العبارة الأولى تجاوز الحقيقة » (أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١) .

ويقول كولان وكاپيتان ودى لاموراندير : « يبدو أن القسمة ... لها طبيعة مزدوجة : فهى فى وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكاپيتان ودى لاموراندير الطبعة العاشرة ٣ فقرة ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهى كاشفة فيما يتعلق بما كان للمتقاسم من حق شائع فى الجزء الذى استقل به فى القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التى كانت لهم فى هذا الجزء — وانظر أيضاً بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٢ ص ٢٨٢ .

٥٧٤ — تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج : والتاريخ نفسه يؤيد فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للقسمة فى القانون الرومانى أثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الأثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى انتهى به إلى هذه النتيجة هو أنه اعتبر الشريك ، فى اختصاصه عند القسمة بنصيب مفرز ، يكون قد بادل شركاءه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بحصته الشائعة فى كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء . ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية ، فالقسمة التى أجرت هذه المبادلة تكون هى أيضاً ناقلة للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل القسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة ، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا ناقلة لها . ومن أجل هذا قلنا إن القانون الرومانى قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمحض أثراً ناقلا ، كما لا يتمحض أثراً كاشفا . فإذا جعل القانون الرومانى للقسمة أثراً ناقلا . فإنما يكون هذا تغليبا للأثر الناقل على الأثر الكاشف ، إذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الرومانى إلى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن للقسمة أثراً ناقلا أن جعلوا كل متقاسم خلفا خاصا للمتقاسمين الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هذا النصيب المفرز إلى المتقاسم محملا بالحقوق العينية التى رتبها المتقاسمون فى أثناء الشيوع عليه ، كحق رهن أو حق انتفاع . كذلك اعتبرت القسمة ، بوصفها عقدا ناقلا للملكية ، سببا صحيحا فى التقادم القصير .

وبقيت القسمة ذات أثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هى التى غلبت ، على نقيض ما كان الأمر فى القانون الرومانى ، الأثر الكاشف على الأثر الناقل .

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى ، عندما أصبح التصرف فى أموال الإقطاع (fiefs) جائزاً بموافقة السيد (Seigneur) فى نظير تحصيل رسوم مالية (droits seigneuriaux, de lods et ventes) ،

وإذ كانت القسمة ناقلة كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة . . ذلك بالإضافة إلى الرسوم التى سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال التركة إليهم من مورثهم . فتفاديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأى على أن تعفى القسمة العينية من الرسوم لأنها شبهت بالمقايضة . وكانت المقايضة معفاة من الرسوم . أما قسمة التصفية . فقد ذهب دمولان إلى إعفائها من الرسوم أيضا إذا رسا المزاد على أحد الشركاء[1] . وقيل فى تبرير ذلك إن القسمة هى نقل ضرورى للملك (aliénaton nécessaire) ، لأن الوارث لا يجبر على البقاء فى الشيوع . وقيل كذلك إن الرسوم قد دفعت عندما تغير شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغيير فى الأشخاص بل يبقى الورثة كما هم . ومهما يكن من أمر ، فإن الأثر الناقل للقسمة قد تقلص فى ميدان القانون المالى تحت ضغط الحاجة العملية ، وحل محله الأثر الكاشف .

وظهرت الحاجة العملية أيضاً إلى الأثر الكاشف فى مجال القانون المدنى ، إذ ظهر الرهن المعروف باسم "obligatio bonorum" ، وكان رهنا خفيا عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أى تصرف فى ورقة رسمية أو على أثر أى حكم بالمديونية . فكان مقتضى أن للقسمة أثراً ناقلا أن ينتقل النصيب المفرز إلى الشريك محملا بالحقوق التى ترتبت عليه فى أثناء الشيوع ، ومنها هذا الرهن الخفى العام الذى كان ذائع الانتشار . فقيل ، للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادى هذا الرهن ، إن القسمة ليست من عقود المضاربة (contrats de commerce) ، بل هى وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذى كان له . ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المفرز الذى يقع فى نصيبه ، خاليا من الرهن الذى رتبه غيره ، ومن الحجز الذى وقع على حصة غيره[2] . وهكذا تغلب فى مجال القانون المدنى ، كما تغلب

---

(١) أما إذا رسا المزاد على أجنبى ، فقد اعتبرت القسمة بيعا ، ومن ثم أصبحت خاضعة للرسوم .

(٢) وذلك بعد قضية مشهورة سميت بقضية الإخوة الأربعة (l'affaire de quatre frères) ، تمسك فيها دائن بالأثر الناقل للقسمة ، وتغلب الرأى العكسى تحت ضغط الحاجات العملية .

فى ميدان القانون المالى ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائما ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب. وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة فى القانون الفرنسى القديم .

ونقل پوتييه القانون الفرنسى القديم فى هذه المسألة على الوجه الذى استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشيوع . ولكنه لجأ أخيراً إلى الافتراض القانونى ، فقال إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع فى نصيبه ، وأنه لم يرث شيئا فيما وقع فى نصيب غيره من الورثة . ومن هذه العبارة نقلت المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى . ولا شك فى أن تعميم الأثر الكاشف للقسمة فى هذه النصوص إنما جاء عن طريق الافتراض والمجاز القانونى .

٥٧٥ — ظهور فكرة الأثر الكاشف فى الفقه الحديث على سبيل الحقيقة لا على سبيل المجاز والتمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعى :

ثم ظهر أخيراً فى الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر الكاشف للقسمة لا يؤخذ على سبيل المجاز كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وكما انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدنى الفرنسى ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة[1] . فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف ، إذ هى لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم ، بل إن الحق الذى كان له فى أثناء الشيوع هو الذى آل إليه بالقسمة . وكل ما أحدثته القسمة من أثر فى حق المتقاسم إنما كان فى تركيز هذا الحق فى محله المادى . فبعد أن كان الحق شائعا بحصة معنوية فى كل المال الشائع ، وكان هناك تباين بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى ، أصبح النطاق المعنوى للحق ، بالقسمة ، مطابقا لنطاقه المادى . فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى

---

(١) انظر بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٣٩ — أنسيكلوپيد دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ — فقرة ١٧٦٦ — Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ٤٥٦ وما بعدها وص ٤٧١ وما بعدها — Chevallier رسالة من رن ١٩٣٢ — Houin بحوث جماعة هنرى كاپيتان سنة ١٩٤٧ جزء ٣ ص ٢٤٨ وما بعدها — Boyer رسالة من تولوز ١٩٤٧ — Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ فقرة ١٥٢ وما بعدها — Déprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ فقرة ٩٢ وما بعدها .

افتراض مخالف لحقيقة ، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عينها(١)

---

(١) وقد سار هذا الاتجاه فريق من الفقهاء في مصر . فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن «الرأي الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية على المادي الشيء الشائع كله . وإن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع . ويترتب على ذلك أن القسمة ، بإفرازها للشريك جزءاً ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده ، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل ، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية له المادي الشيء الشائع كله . وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين ، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي . فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد تحديداً معنوياً بالثلث مثلاً ، وكان بذلك مشتبكاً بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله ، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محدداً تحديداً ماديا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده ، ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله . القسمة إذن 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 نطاقيه المادي والمعنوي ، بجعلهما متطابقين ، فتزيل بذلك العقبات التي كانت تحول دون 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 ... » (إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٢٦١ – ص ٢٦٣) . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « 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 بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادي والحصة المعنوية بما يمتنع معه ما كان مصاحباً للشيوع قبل القسمة – نتيجة انعدام هذا التطابق – من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل» (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص ٥١٢). ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة : « إن حق الشريك المشتاع ، وإن 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 الشيوع ، فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً ، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة .. وهي لا تخول الشريك حقاً جديداً ، بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق .. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا ، لأنه مستمد من طبيعة القسمة » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٣ ص ٢٣٧) . =

والقائلون بالأثر الكاشف الحقيقى للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعى ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثانى . فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعى ، وهى أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهى تكشف عن حق المتقاسم فى نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء الشيوع ، وأنه هو نفسه الذى آل إلى المتقاسم بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعى ، وهو الأثر الذى ينطوى عليه نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ونص المادة ٨٤٣ مدنى مصرى ، إذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعى أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المفرز فى التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التى أعقبت

= ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، ويذهب ، على النقيض منهم ، إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة ، فيقول : « وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذى اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذى كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية مفرزة » . (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢) . ويرد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية فى أقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذى كان قائما وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادى ، بما يأتى : « معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، أنها تعطى الشريك ، الذى له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء ، بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشيء كله . ولا يمكن – فى 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 يكفى – فى تقديرنا – للقول إن القسمة تعطى الشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع » (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

موت المورث يبقيت إلى أن تمت القسمة . وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن . والواقع الأمر أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت ، وخلفت آثارا لا يجوز تجاهلها . منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في أثناء الشيوع لا يجب رده[1] . ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب ، دها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال . ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث[2] . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوع التي سبقت القسمة ، وإذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوع هذه ، فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعي ومن شأنه أن يمحو مرحلة الشيوع محوا تاما ويعتبرها كأنها لم تكن[3] .

٥٧٦ — تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدني الخاصة بأثر القسمة

: وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعي ، وتغليب الأثر الناقل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح في ذلك ماقضت به المادة ٨٤٣ مدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هي حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق . ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق ، واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٣ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٧ — وانظر في الأخذ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعي إسماعيل غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ وفقرة ١٣٢ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ — حسن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها — وانظر في استساغة القول بالأثر الرجعي مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٣ — ص ٢١٥ .

تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعى ، إلى تضارب الآراء فيما يقترح إدخاله من تعديل فى نصوص التقنين المدنى فى هذا الخصوص .

فمن قائل بضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدنى اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغنى ذلك عن تقرير الأثر الرجعى . ويقول أنصار هذ الرأى إن « فى هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة وللقسمة ، لم تعد للأثر الرجعى ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشيوع فى الشيء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم . ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذى تصرف فيه الشريك فى نصيب شريك آخر ، إذ أن الشريك الذى اختص بذلك الجزء ليس خلفا للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز ، وتتحقق حمايته من الحقوق التى تقررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعى للقسمة »[1] . ونرى مما قدمناه أن صحة هذا الرأى يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلا للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأى يعارضه فيذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الإشارة إلى هذا الرأى[2] .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدنى بما يستبعد الأثر الرجعى للقسمة ويبرز أثرها الكاشف ، وفى رأى أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتى : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء[3] » . ويعيب هذا الرأى ، فى نظرنا ، فضلا عن أنه يذهب

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥ وفقرة ١٣٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٧٥ ص ٩٥٣ هامش ١ – ويلاحظ أن الاتجاه الحديث الذى يذهب إلى أن القسمة بطبيعتها أثراً كاشفا من شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، فى أثناء الشيوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك فى الشيوع يقع على حصة معنوية فى المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (انظر آنفا فقرة ٥٨٤ فقرة ٥١٤ فى الهامش) .

(٣) حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع فصلة من مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ – سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلا للنظر كما قدمنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التى تترتب عليه ، ويجعل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير . فإذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره .

ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ مدنى ، « وبهذا الإلغاء — كما يقول أنصار هذا الرأى — يزول السند التشريعى لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف »[1]. وإذا ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف ، فالمنتظر أن الآراء تضطرب كثيراً فى ذلك ، وهى منذ الآن ومع وجود نص المادة ٨٤٣ مضطربة . وقد رأينا أصحاب الرأى الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هى عكس النتيجة التى يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأى الأخير ، وهى أن القسمة كاشفة لا ناقلة .

---

(١) منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر فى بقية التعديلات التى يقترحها — غير إلغاء المادة ٨٤٣ — نفس المرجع ص ٢١٢ — ص ٢١٣ .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى إلى إمكان استخدام نظرية الحلول العينى للوصول إلى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل إليه خاليا من تصرفات شركائه ، فيقول فى هذا المعنى : « فحق الشريك فى الشيوع بطبيعته معرض دائما للتحول إلى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة . ولما كان وصف حق الشريك فى الشيوع على هذا النحو مستمداً من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك فى حقه بإنشاء حق للغير عليه يؤدى إلى أن يكون حق الغير نفسه موصوفاً بمثل هذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يعطى غيره أكثر مما له . فكما أن المالك تحت شرط أو المالك ملكية موقتة لا يستطيع أن ينشىء لغيره إلا حقا معلقا على شرط أو حقا موقتا ، فكذلك المالك على الشيوع وحقه معرض دائما للتحول على النحو الذى بيناه لا يستطيع أن يعطى غيره إلا حقا معرضا للتحول على نفس الوجه . فلا يتبع حق الشريك الذى ينتقل بالقسمة إلى متقاسم آخر ، وإنما يرد على ما يختص به الشريك الذى أنشأه . فنكون بصدد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق الجديد على حق الشريك الشائع ، ولما استعمل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقا مفرزاً ، يصبح الحق المفرز محلا للحق الذى كان وارداً على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العينى » (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١١٢) .

وإلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الرأى فى الاتجاه الجديد الذى أخذ يظهر فى الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدنى كما هى ، تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد ، على أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانونى أو المجاز . فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك[1] . ويشفع لما نقول أن القسمة فى حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا إنها أثر كاشفا أو قلنا إن لها أثراً ناقلا ، فلابد من استخدام شىء من الافتراض والمجاز فى كل من القولين . فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوى على افتراض

---

(١) ومن المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى ، لأن الحاجة العملية لا تستدعى إعمال هذا الأثر ، ما يأتى :

أولا – الثمار التى ينتجها المال الشائع فى أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يمكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعى للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا – العبرة فى تحديد المال الشائع وفى تكوين الحصص تكون بالمال الموجود وبقيمة هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا – يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء فى أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩/١ مدنى) . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذى وقع فى نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة فى المادة ٨٣٢ مدنى .

رابعا – إذا صدر قانون جديد فى أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التى تتم بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجعى عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، مادام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز بأثر رجعى فى وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر فى مسائل أخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى وبوقف التقادم وانقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على الشىء الذى اختص به الشريك الراهن : إسماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٢٩٧ – ص ٣٠١ .

يغطى ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ؛ وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل[١] .

ومهما يكن من أمر ، فلاشك فى أن المادة ٨٤٣ مدنى ، من ناحية القانون الوضعى ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعى ، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبحث فى صدد هذا النص مسألتين : (١) مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . (٢) النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف .

§ ١ – مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ — أ . مجال التطبيق من ناحية التصرفات : كل تصرف من شأنه أن ينهى الشيوع يكون له أثر كاشف . فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية[٢] ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف[٣] . أما القسمة الموقتة ، وهى قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى قسمة نهائية[٤] .

وفى قسمة التصفية تفصيل . إذ يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبى . فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، بيعا فى المزاد

---

(١) ولعل هذا هو الذى دفع لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى إلى أن تستبق فى مشروعها المهيدى نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى (وهى التى تقابل المادة ٨٤٣ من تقنيننا المدنى) . فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، إلى نص مستمد من المادة ٨٨٣ يسرى على القسمة وعلى كل تصرف معادل للقسمة يكون الغرض منه إنهاء حالة الشيوع أو التمهيد لهذا الإنهاء (انظر أعمال لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٩٥٣ – سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٤ – سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها) .

(٢) ولو كانت قسمة فعلية . .

(٣) نقض فرنسى فى دوائرها المجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١١٣ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٩ ثانيا – بيدان ، ليبال ٥ مكرر فقرة ٤١٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣١ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٧ .

(٤) انظر المادة ١/٨٤٦ مدنى وانظر آنفا فقرة ٤٩٢ .

أو بيع ممارسة ، كان البيع قسمة أوقعت فى نصيب الشريك المشترى هذا المال بأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشيوع(١). ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر فى هذا المال تكون قد صدرت فى أثناء الشيوع ، وتتثبت تصرفات الشريك الذى وقع المال فى نصيبه . أما الثمن الذى بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة . وإذا كان المال قد بيع لأجنبى ، بيعا فى المزاد أو بيع ممارسة ، فإن التصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشترى(٢) . ومن ثم يجوز للمشترى أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع (٣). أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، وعلى ذلك يكون للدائن الذى رتب له هذا الشريك رهناً على العقار المبيع حق التقدم فى الثمن الذى بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهناً على العقار(٤) .

---

(١) أوبرى و رو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ثانيا وهامش ٦ ثالثا – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٣٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٥٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٣٩٦ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ، ابعا – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٣ – فقرة ٣١٣٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٩ – فقرة ١١٥٠ .

(٣) وهناك نتائج أخرى تترتب على أن التصفية تعتبر قسمة إذا وقعت العين فى نصيب أحد الشركاء ، وتعتبر بيعا إذا وقعت لأجنبى . فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة جاز نقضها للغبن ، وترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق فى القسمة . أما إذا اعتبرت التصفية بيعا ، فإنه لا يجوز نقضها للغبن إلا إذا كانت العين عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، ويترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، وضمان الاستحقاق فى البيع لا فى القسمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٤) نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١١٣ – نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٥٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٣٩٦ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٦ – فقرة ٧٢٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٥٤ – فقرة ٣١٥٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ — تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف : ويعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشترى ، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا(١) ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة فاتلة لا كاشفة(٢) .

ويعادل القسمة الكلية القسمة الجزئية . فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشيوع بالنسبة إلى هذا الشريك وحده مع بقاء الآخرين فى الشيوع ، يكون تصرفا كاشفا ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما اختص به من المال مفرزاً مالكا له من بدء الشيوع لا من وقت التصرف(٣).

٥٧٩ — ب . مجال التطبيق من ناحية الأشخاص : ويتناول الأثر

---

(١) نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٢٥ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهوامش ٧ إلى ٨ ثانيا — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٣٠٣ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ٣١٣٦ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٥٢ — وقارن پلانيول وريپير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٧ — ويوجد فى أحكام القضاء الفرنسى ما يقرر فى عبارات عامة أن كل تصرف يكون الغرض منه إنهاء الشيوع تماما ما بين الورثة ، أو ما بين الشركاء فى الشيوع ، تكون له حتما طبيعة القسمة ، أيا كان الاسم الذى أعطاه المتعاقدون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧ — أورليان ٢٣ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٣٩) . ومن ثم قد قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لأحد الورثة من سائرهم يلحق بقسمة التصفية ويكون له أثر كاشف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر الوارث فى هذه الحالة مالكا لما اشتراه من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٢٦ — على أن القضاء الفرنسى ، فى مجموعه ، يقضى بعكس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفا أن ينتهى الشيوع بالنسبة إلى جميع الشركاء (پلانيول وريپير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٤١ — أنسيكلوپيد داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٩٢ — فقرة ١٧٩٣) .

وانظر فى فروض أخرى للقسمة الجزئية پلانيول وريپير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٤٣ — فقرة ٣١٤٥ .

الكاشف كل الأموال الشائعة التى كانت محلا للقسمة وتم إفرازها ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتى :

أولا — معدل القسمة ، فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبى عن الأموال التى أفرزت بالقسمة وهى الأرض والدار . فيسرى الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل . ومن ثم يعتبر كل من الأرض الدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت القسمة . أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف ، فيقوم التزاما فى ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف . فلو أن المعدل كان عقارا ، بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلا صغيراً معدلا للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

ثانيا — الحقوق الشخصية (créances) التى تشتمل عليها التركة لا تدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة[1] . ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هى منذ البداية تنقسم بين الورثة كما قدمنا ؛ فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها . ويعتبر كل وارث صاحب حصته فى الحق الشخصى من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث . وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدنى تنص على أنه « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » ، فليس هذا معناه أن الحق الذى للتركة يبقى شائعا بين الورثة إلى حين القسمة . فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم إذا وضع كل الحق عند القسمة

---

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتجرى عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة ، لا أحكام الشيوع .

فى نصيب أحد الورثة . فإنما يكون ذلك فى العلاقة فيما بين الورثة وحدهم أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحق فى نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته فى الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق . ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ، بالنسبة إلى المدين ، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين بإعلانها أو بقبولها (١)

٥٨٠ — حـ . مجال التطهير من ناحية الأشخاص : يسرى الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين ، أى بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة . ويستوى فى ذلك من كان يملك فى الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك فى الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك فى الشيوع وقت القسمة . ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث فى الشيوع قبل القسمة . فليس من الضرورى إذن أن يكون جميع الملاك فى الشيوع قد استمدوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التمليك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول . ومع ذلك يسرى الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معاً (٢) .

ويسرى أيضاً الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير . فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءا مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتهن ، فإن هذا الدائن — وهو من الغير — يسرى فى حقه الأثر الكاشف . ويترتب على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر ، غير الشريك الراهن ، نصيبه المفرز خاليا من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى فى حق

---

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق ، ليس فحسب وجود الحق كما هى القاعدة العامة (م ٢٠٨/١ مدنى) ، بل أيضا يسار المدين وقت القسمة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك — انظر فى هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٢٩ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهامش ٩ ثالثا ورابعا — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٨٩ .

الدائن المرتهن وهو من الغير . وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار كله فى نصيب مالك مشتاع آخر ، فإنه ينتقل إلى هذا المالك خاليا من الرهن . وبذلك يسرى الأثر الكاشف هنا أيضاً فى حق الدائن المرتهن . بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبالغا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن[1] .

§ ٢ – النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف

٥٨١ — بيان أهم هذه النتائج : من أهم النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة : (١) سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز .(٢) عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا ناقلا للملكية . (٣) عدم ضرورة تسجيل القسمة فى العلاقة التى تقوم فيما بين المتقاسمين .

وهناك نتائج تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وما يستتبعه هذا الأثر من أن القسمة عقد مساواة ما بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة . ومن أهم هذه النتائج : (١) نقض القسمة للغبن .(٢) عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان محلا للقسمة . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة .

ونتناول فى إيجاز هذه النتائج بالبحث .

٥٨٢ — سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز : بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع فى حصته الشائعة أو فى جزء مفرز من المال الشائع ، ورأينا أنه عند القسمة ووقوع جزء مفرز من المال الشائع فى نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التى صدرت من شركائه الآخرين فى أثناء الشيوع

---

(١) نقض فرنسى ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ – ١ – ٢٤٩ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ١٨٠ – ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٣ .

ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يتثبت وينفذ إلا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز . وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة . وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تنبت فى القانون الفرنسى القديم إلا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو .

ويترتب على ذلك أن الشريك . الذى خلص له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه . يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين . فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته . أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه .

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية . فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر . فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه .

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر . فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط ، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات . ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع . إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة . بل آل إلى شريك آخر .

٥٨٣ — عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير : إذا اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار . فإنه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة إذ القسمة كاشفة لا ناقلة . ولكنه يعتبر مالكا له كما قدمنا منذ بدء الشيوع .

ثم نفرض أحد فرضين : (١) أن يكون هذا العقار قد ورثه المشتاعون

فى تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصبا إياه أو واضعا يده عليه دون سند تمليك . فالوارث الذى وقع فى نصيبه هذا العقار ، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم القصير . فهو لا يستطيع أن يستند إلى القسمة ، إذ هى لا تعتبر سببا صحيحا لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلا(١) . ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، إلى الميراث وهو السبب الذى يصعد إليه كسند للتمليك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سببا صحيحا فى التقادم القصير . (٢) أن يكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعا بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزاً فى نصيب أحدهم . فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضاً أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير لما قدمنا . ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذى بموجبه اشترى هو وشركاؤه العقار . ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية . ونرى من ذلك أن الشريك يتملك العقار بالتقادم القصير ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة(٢) .

٥٨٤ — القسمة والتسجيل : ميز قانون الشهر العقارى فى التسجيل بين العقود الناقلة للملكية كالبيع والعقود الكاشفة كالقسمة . فى العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . أما فى العقود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا ، لأنه عقد كاشف لا ناقل ، فلا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها . ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، فى علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة(٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٧ ص ١٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من =

أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يحتج بالقسمة عليهم إلا إذا سجلت (١). فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته فى العقار شائعة ، وسجل المشترى البيع قبل أن تسجل القسمة ، استطاع المشترى أن يحتج بعقده المسجل على الشركاء . فإذا كان العقار المبيع قد وقع فى حصة شريك غير البائع ، فإن المشترى يستطيع أن يحتج عليه بعقد البيع الذى سجل قبل تسجيل عقد القسمة(٢). أما إذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع ، فإن الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار يستطيع أن يحتج بعقد القسمة على المشترى ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشترى(٣).

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت ، فإن الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشترى للحصة الشائعة فى المثل الذى قدمناه ، إذا سجل عقد شرائه ، وكانت القسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها فى مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة فى حقه وفى حق سائر الشركاء(٤) .

= أجزاء العقار المقسم ، وبأنه لا تحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر أيضاً نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٥ .

(١) ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها ، فإن رسوم تسجيلها أقل من رسوم العقود الناقلة للملكية كالبيع .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ – وقرب نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٩٨٧ – وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ .

فيكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة له ، ويجوز أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا فى حقه ، وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه (إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٣) انظر فى أثر سوء النية والتواطؤ فى صحة التسجيل فى العقود الناقلة كالبيع وفى العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط ٤ فقرة ٣٩٠ – وقارن اسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٩ .

(٤) والغير هنا ، بمعناه الفنى ، هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده طبقا للقانون ، وذلك كالمثل الذى أوردناه فى المتن . ويوجد كذلك ، إلى جانب =

= الغير بمعناه الفنى ، شخص أجنبى أصلا عن عقد القسمة ، وهذا له أيضاً أن يتمسك فى مواجهة الشركاء بعقد القسمة وله لم يسجل . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرقى ، مالكا ملكية مفرزة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار — وهو أجنبى أصلا عن القسمة كما قدمنا — أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ — وقارن نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١)

والمشترى لجزء مفرز بعد القسمة لا يعتبر من الغير بمعناه الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة . فإذا اقتسم شريكان أرضا ، واختص كل منهما بجزء مفرز منهما ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فليس للمشترى لهذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقدا لأسباب الحكم وقد اعتبرت المشترى « غيرا » إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ كما مش ٢) . ومع ذلك قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفرز لاحقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة — فى هذه الحالة لا يتلقى المشترى حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشترى إذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشترى لجزء مفرز قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه بالقسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرزاً قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء المفرز فى نصيب البائع له بموجب القسمة ، أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المعرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) .

٥٨٥ — النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف وليست عقد مضاربة : وقد ذكرنا فيما تقدم[1] من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة .

والمقارنة فى كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة . أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمه القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به فى القسمة . فإن كانت قضائية ، ففى الإجراءات التى تحاط بها والضمانات التى تصحبها مايكفل منع الغبن الفاحش . وإن كانت اتفاقية ، فقد رأينا[2] أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن إذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد إلا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون بإكمال ما نقص من حصته نقداً أو عينا (م ٨٤٥ مدنى) ، وهذا كله تحقيقاً للمساواة ما بين المتقاسمين ، فإن غبن أحدهم يخل بهذه المساواة . أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قدمنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتبايعين خاليا من العيوب . وفى حالة استثنائية فى البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا زاد على الخمس ، ولكن حتى فى هذه الحالة يقتصر المشترى على إكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار لا إلى قيمة العقار كلها .

ويترتب على ذلك ، ثانيا ، أنه لا يجوز استرداد المال المفرز الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ مدنى على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشترى الحق

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٨١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ وما بعدها .

المتنازع فيه مضاربا يتصيد شراء الحقوق المتنازع فيها بأبخس الأثمان ليكسب من وراء ذلك الشيء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه تصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه المضارب إذا هو رد له الثمن الحقيقي الذي دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. وليس الأمر مقصوراً على البيع ، بل يمتد إلى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلا لملكية الحق . أما القسمة فهي كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يمتنع أن يسترد المنازع في الحق هذا الحق المتنازع فيه إذا آل بالقسمة إلى أحد الشركاء . فلو أن حقاً متنازعا فيه وقع في نصيب أحد الشركاء مقوما بأقل من قيمته ، لم يجز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق في القسمة . وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل إلى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدني بمنع الاسترداد « إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أوملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر » ، فيكون منع الاسترداد في القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثا ، أن ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، وسنبين ذلك فيما يلي[1] .

---

(١) وهناك أحكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمسائل لا ترجع إلى الأثر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك أن امتياز المتقاسم تسري عليه أحكام امتياز البائع فيما عدا القليل ، وأساس امتياز البائع أن البائع قد أضاف بالبيع جديداً إلى ذمة المشتري ، أما أساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين . ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المعدل أو لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض في ضمان التعرض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم جواز فسخ القسمة في هذه الحالات ، ويكتفي بمطالبة المتقاسم المخل بالتزامه أن يفي بهذا الالتزام ، وذلك محافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء لا للنظر . والأولى أن يرد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمر في الحكم بالفسخ إلى تقدير القاضي ، وهو الذي يغلب المصلحة الراجحة ، فيقضي بفسخ القسمة أو لا يقضي . وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ . فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط ١ فقرة ٤٦٨ – إسماعيل غانم فقرة ١٢٢ – حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧٠ – وقارن استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ والحكم يمنع فسخ القسمة جريا على نهج القضاء الفرنسي) .

المطلب الثانى

ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة

٥٨٦ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٤ مدنى على مايأتى :

« ١ — يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ماقد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشىء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

« ٢ — غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه »[1] .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان فى مجموعه يسير على هذه الأحكام .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٨ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٨ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٦ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٨[2] .

= وانظر فى جواز إبطال القسمة إذا وقعت فى فترة الريبة تطبيقا للمادة ٢٢٨ تجارى ، أسوة بسائر المعاوضات ، فتستوى القسمة مع البيع فى ذلك : إسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، عدا بعض خلافات أهمها ما ورد فى الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان إذا كان هناك شرط خاص صريح فى سند القسمة يقضى بالإعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات طفيفة وحذف عبارة « فى سند القسمة » ، فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه لجنة النواب تحت رقم ٩١٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ — ص ١٢٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٨ (مطابق) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق فى المال المفرز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما فى البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشترى الملكية التى نقلها له ، فإن هذا الضمان فى القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلة ، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضى المساواة التامة فيما بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان(١)

ويجب ، فيما لم يرد فيه نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين(٢)

ويجب الضمان فى كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم فى : (١) الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة . (٢) الآثار التى تترتب على تحقق هذا الضمان .

§ ١ — الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

٥٨٧ — شروط أربعة : يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

= التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٦ (مطابق للفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقا للأحكام الموضوعة للبيع . (ويضع القانون اللبنانى أحكاما واحدة لضمان التعرض والاستحقاق فى البيع وفى القسمة) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٥ — لذلك قد تكون بعض أحكام الضمان فى القسمة أشد من نظيرتها فى البيع ، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين . من ذلك جعل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم فى القسمة ، وتقدير قيمة الشىء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الإعفاء من الضمان إلا بعبارات عامة . وسنعرض لتفصيل ذلك فيما يلى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكان هذا التقنين لا يشتمل على نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣)

(١) وقوع تعرض أو استحقاق . (٢) لسبب سابق على القسمة . (٣) عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه . (٤) عدم وجود شرط يعفى من الضمان .

٥٨٨ — الشرط الأول — وقوع تعرض أو استحقاق : فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق ؛ ولا يكفى أن تكون هناك عيوب خفية فى المال المفرز الذى وقع فى نصيب المتقاسم . والقانون لم يوجب فى القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب فى البيع . ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معيبة ، فلابد من دخول هذه العين فى القسمة ومن وقوعها فى نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرز منه ، ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية فى القسمة . والسبب الثانى أنه يمكن فى القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص بالقسمة ، وهو الجزاء الخاص بالغبن . فإذا وقعت عين معيبة فى نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فإن له أن ينقض القسمة للغبن ، إلا إذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب ، على التفصيل الذى أسلفناه فى نقض القسمة للغبن .

والذى يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر أن التعرض ، والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم . وهذا ما عرض له النص . أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة . وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر . فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزاً فى نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقيم متجراً آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول . وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى) . أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى ، كأن كان فى الأموال التى كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة ، فوقعت فى نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان . ذلك أن

القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له . والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ، كما يجوز ، بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له ، أن يطالب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه . أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه . وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه . كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط ، أو نقصها للغبن[1] .

والتعرض الذى يقع من الغير ، فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض المادى . فإن المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع . وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانونى . فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت فى نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع ، أو حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل . فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقا ويرفع دعوى بهذا الحق[2] على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا . فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه ، فيسلم له ادعاءه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠١ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبقى أمامه إلا إبطال القسمة للغلط (بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص ٩٣٢ بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٨٧) .

(٢) مجرد علم المتقاسم بأن هناك حقا للغير قد يقع تعرض بسببه لا يكفى لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز فى هذه الحالة للمتقاسم أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة ، فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، حتى يزول الخطر

حقه فى الرجوع بالضمان كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى إذا ملك المتقاسم الدائن بضمان الاستحقاق العين بسبب آخر لا يرجع إلى القسمة ، مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشتريها منه ، فتكون العين فى الواقع من الأمر قد استحقت للوارث الحقيقى ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم ، ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا فوجب ضمان الاستحقاق .

٥٨٩ — الشرط الثانى — سبب سابق على القسمة : ويجب أيضاً ، لقيام ضمان الاستحقاق ، أن يكون الحق الذى يدعيه الغير حقا يدعى أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر ، إذ تقول : « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فإذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان[1] . مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضاً أن تكون العين التى وقعت مفرزة فى نصيب المتقاسم فى حيازة أجنبى مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . فى هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فإذا أهمل فى قطعه حتى تكاملت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق ، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة[2] كما قدمنا . وسنرى فيما يلى أن هذا الفرض الذى نحن بصدده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر ، هو أن الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل فى قطع التقادم واسترداد العين .

أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة فى نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض 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 (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٤٣ — لوران ١٠ فقرة ٤١٢ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٠٦٤ .

فى هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلا ، ثم وقعت العين بالقسمة فى نصيب المتقاسم ، فإن المتقاسم لا يتيسر له فى الشهر الباقى لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذى يتمسك به الغير فى هذا الفرض فى حكم الثابت قبل القسمة ، ومن ثم يقوم ضمان الاستحقاق(١) .

٥٩٠ — الشرط الثالث — عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

قد : وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه » . وقد رأينا فيما تقدم(٢) مثلا لاستحقاق يرجع إلى خطأ المتقاسم ، فيما إذا كانت العين التى وقعت فى نصيبه فى حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم فى قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز(٣) .

ويكون سبب الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم أيضاً ، إذا رفع عليه الغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع فى الدعوى . دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدى إلى رفضها . فيفقد فى هذا

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣٥ — إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٦ وهامش ٢ — انظر عكس ذلك دى هاج وديكز ٩ فقرة ١٤٢٣ ص ١٠٦٤ — وقارن بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعا إلى خطأ المتقاسم . كأن أهمل فى قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

الفرض حقه فى الضمان[1] . وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، إذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدنى على ما يأتى : « وإذا لم يختار المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق » . ويفقد المتقاسم حقه فى الضمان حتى لو كان الدفع الذى أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بأن كان حائزاً للعين وتملكها بالتقادم ، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع إطاعة لوحى ضميره . فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الآخرين فى الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع[2] . كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم ، إذا تولى وحده الدفاع فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين ، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلا للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى ، إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق فى دعواه ، وذلك قياسا على المادة ٤٤١ مدنى الواردة فى ضمان الاستحقاق فى البيع .

٥٩١ — الشرط الرابع — عدم وجود شرط يعفى من الضمان :

وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها.. ». ويحسن أن نضع إلى جانب هذا النص النص المقابل فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى فى القسمة أن يكون أكثر تشدداً فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان ، فاشترط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الإعفاء صريحا وواردا على الحالة الخاصة التى نشأ عنها الضمان . فقد نصت المادة ٤٤٥ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ — لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ — إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٧ هامش ٢ .

فى البيع ، على ما يأتى « ١ — يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان . ٢ — ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى . ٣ — ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء فى البيع أو فى القسمة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها : بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء .

ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق فى القسمة أو فى البيع ، ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق . ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى . فيكفى إذن أن يكون المشترى أو المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون علمه آتياً من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه ، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان ، ويكون الشرط صريحا فيما يتعلق بالقسمة[1] .

بقى الاتفاق على إسقاط الضمان . فى البيع يجوز للبائع إخفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاستحقاق بالذات الذى يريد إخفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحا أو ضمنيا . وإذا أراد البائع إخفاء نفسه ، لا نحسب من التعويض ، بل أيضا من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، لم يكن يشترط ولو ضمنيا إسقاط الضمان ويثبت فى الوقت ذاته أن

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشترى علم قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وقد أقدم عليه متاطرا(١) . أما فى القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قدمنا ، واشترط للإعفاء من الضمان أولا أن يكون شرط الإعفاء صريحا فلا يكفى الشرط الضمنى(٢) . واشترط ثانيا أن يذكر فى شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين(٣) . وليس ضروريا أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين(٤) .

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أولى لا يكفى ورد العلم بسبب الاستحقاق ، إذا لم يوجد شرط صريح بالإعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق على خلاف ذلك ، فكان مجرد علم المتقاسم بسبب الاستحقاق يجعل رجوعه على المتقاسمين الآخرين مقصورا على قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياسا على أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى هى التى تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر ، لا يسوغ له فى حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع . والمقرر فى عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو أيضا الحكم فى القانون الفرنسى ، فيشترط أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحا وخاصا (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ - فقرة ٣٤١١) .

(٤) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٨ وهامش ٢ - وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان واردا فى سند القسمة ذاته ، فحذفت لجنة المراجعة هذا الاشتراط (انظر آنفا فقرة ٥٨٦ فى الهامش) .

وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صحيحا على الوجه الذى بسطناه ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٣) .

§ ٢ – الآثار التى تترتب على تحقق الضمان

٥٩٢ — الأموال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان : إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذى بسطناه ، فالأولى بالمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين فى الدعوى ، وذلك على التفصيل الذى أوردناه فى ضمان التعرض فى البيع [١] . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعويض على المتقاسمين ، إذا استحقت العين التى وقعت فى نصيبه [٢] ، فى إحدى الأحوال الآتية :

١ – إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا فى دفع دعوى المتعرض .

٢ – إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم .

٣ – إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

٤ – إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها .

٥ – إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه [٣] .

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٤٥ – فقرة ٣٥٠ .

(٢) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان فى القسمة بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق (عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٥ – قارن محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ ومحمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ ويذهبان إلى أن التقادم يسرى من وقت تمام القسمة) .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥١ .

فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق فى حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذى سنبينه . (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقا جزئيا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذى أصابه على التفصيل الذى سنذكره . (جـ) أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئا فى مقابل حقه صلحا أو إقرارا بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٥٩٣ — الفرض الأول — الاستحقاق الكلى : المفروض هنا أن العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحقت استحقاقا كليا ، بأن استطاع الأجنبى المتعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم. فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقض القسمة كما فى الغبن ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذى يرجع به المشترى فى ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين[1] .

أولا — قيمة العين المستحقة وقت القسمة . ويلاحظ أن المشترى فى البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما فى القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشىء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » . والسبب فى التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح . فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشترى للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر ، وطبيعة

---

(١) انظر م ٤٤٣ مدنى فى البيع .

عقد البيع تسمح بذلك . أما القسمة فقد روعى فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فإذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه فى هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقى وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيدفع له كل منهم ٣٠٠ . فإذا أعسر واحد من الأربعة إعسارا كليا ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقون القدر الذى يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلى و٧٥ حصته فى نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (٣×٣٧٥) ، ويتحمل هو الباقى وهو مبلغ ٣٧٥ (١٥٠٠ — ١١٢٥) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته فى نصيب المعسر وهى ٧٥ .

ثانيا — ملحقات قيمة العين ، وهى الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التى ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سيئى النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان مالحقه من خسارة[1] . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : (١) أن المشترى يتقاضى من البائع ، إلى جانب مالحقه من خسارة ، مقدار ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . أما فى القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى مالحقه من خسارة دون ما فاته من كسب ، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع . (٢) أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التى تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقى

---

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدنى فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ .

على المتقاسمين الآخرين ، وهذا ما تقتضيه طبيعة القسمة خلافا لما تقتضيه طبيعة البيع .

٥٩٤ — الاستحقاق الجزئي في القسمة : لم يفصل المشرع في القسمة ، كما فصل في البيع ، أحكام ضمان الاستحقاق ، بل اكتفى بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان » . أما في البيع ، فيما يتعلق بالاستحقاق الجزئي ، فقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على ما يأتي : « ١ — إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة (المبالغ الواجب دفعها في حالة الاستحقاق الكلي) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ — فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » . وتختلف القسمة عن البيع في هذه المسألة . فإن المشتري ، في حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور في النص ، فيرد ما بقي من المبيع إلى البائع أو يستبقيه . أما في القسمة فنرى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين في النص ، هذا إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة وهذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة . لذلك نرى الاقتصار ، في الاستحقاق الجزئي في القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين .

ويتحقق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من العين شائع أو مفرز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير موجود ، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي .

فإذا استحقت العين استحقاقا جزئيا على الوجه المتقدم ، فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة ، ولكن لا يرجع عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاته من كسب . ويجب هنا أيضا تطبيق ما سبق أن قررناه في الاستحقاق الكلي ، من أن العبرة في تقدير العين بقيمتها

يوم القسمة ، ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته فى التعويض ، ومن أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٥٩٥ — الفرض الثالث — رد ما أداه المتقاسم للمتعرض : تنص المادة ٤٤٢ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع ، على أنه « إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . والمفروض هنا أن المشترى توقى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقا كليا أو استحقاقا جزئيا ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شىء آخر يؤديه له . فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعا من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات ، بأن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشترى أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالما من الاستحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر[1] .

ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، فى ضمان الاستحقاق فى القسمة . فالحكمة متحققة ، بل إن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر[2] .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادى استحقاق العين استحقاقا كليا أو جزئيا بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغا من المال فى مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون فى الغالب صلحا ، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٠٤ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إن أحكام ضمان الاستحقاق فى البيع هى الأحكام العامة الواجبة التطبيق فى ضمان الاستحقاق فى جميع المعاوضات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكم منها مع طبيعة العقد ومقتضاه الخاصة .

بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الضمان ، وإن كانوا يستطيعون التخلص منه فى مقابل أن يردوا المتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذى دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، فى التسمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم فى ذلك ، فيستنزل نصيبه فى هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجدوا أن المبلغ الذى سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التى كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين . وفى هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول[1] .

---

(١) والمفروض فى استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض ، وتوثق باتفاقه هذا استحقاق العين . أما إذا ترك المتقاسم المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعيد إليه العين بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان الثمن الذى دفعه هذا الأخير فى البيع الجديد أو قيمة العين التى قايض بها . فضمان الاستحقاق يبقى فى ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسرى عليه الأحكام التى بسطناها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض يحكمها العقد الجديد الذى تم بينهما والذى بموجبه أعاد المتعرض العين للمتقاسم . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفصل الثانى

الشيوع الإجبارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :

« ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع[1] » .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ؛ ولكن الأحكام كان معمولا بها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢[2] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائما على الشيوع . مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين ، أو فناء

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ — ص ١٤٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ : لا يجوز طلب القسمة إذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له .

(وأحكام القانون اللبنانى موافقة لأحكام القانون المصرى) .

مشترك يفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك ، أو مغسل مشترك ، أو ترعة مشتركة ، أو مصرف مشترك[1] . ومثل ذلك أيضاً الحائط المشترك ، والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات[2] .

٥٩٧ — طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى وأحكام هذا الشيوع : وإذا أخذنا أحد الأمثلة التى قدمناها فى الشيوع الإجبارى ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له . لنبحث طبيعة حق كل شريك فى هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول . والوضع الثانى أن يكون الطريق بأجمعه مملوكا ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف فى الشيوع ، ونظراً لما أعد له هذا الطريق من غرض مشترك يكون الشيوع إجباريا ولا تجوز القسمة . وهذا الوضع الثانى ، الملكية الشائعة شيوعا إجباريا ، هو الوضع الصحيح[3] ، وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

---

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الإجبارى « حالة الجوار إذا كان الشيوع نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم إنشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات فى استغلالها أو تركها لم فسيح بينها بمثابة حريم لها ، بحيث تعتبر هذه المماشى والميادين المتروكة مخصصة جميعها للمنفعة الخاصة للمالكين » (قنا الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المال الشائع لا تمكن قسمته دون إخلال بالغرض الذى أعد له هذا المال (نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ — ٥ — ٤٣٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ .

وما قدمناه من الشيوع الإجبارى هو الشيوع الإجبارى التبعى ، لأن الشىء المشترك تابع لملكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع إجبارى أصلى ، له شىء أصلى لا تابع مخصص لخدمة جماعة على وجه دائم ، وذلك كالمبانى والمرافق التى تقام فى الجمعيات (أما أراضى الجمعيات فهى من الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص إدارى) ، وكذلك حق الأسرة ووثائقها والأوسمة وما إلى ذلك (محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٨ — إسماعيل غانم فقرة ١٤٣ ص ٣٣١) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ — نقض فرنسى ١٣ مارس —

١ – إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطلا مواجها على بناء جاره . والمسافة التي يتركها هي متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغي أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور[1].

٢ – لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق ، كما كان ينبغي أن يسقط لو أن له فقط حق ارتفاق بالمرور في النصف الثاني من الطريق[2].

٣ – لا يسري على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الارتفاق وكانت تسري لو أن حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور. ومن هذه الأحكام الخاصة التي لا تسري ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ مدني من أنه « ١ – ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ٢ – ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال ». ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدني من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به »[3].

وإذ تقرر أن الطريق المشترك ، في المثل الذي قدمناه ، شائع شيوعا إجباريا ، فإن هذا الشيوع الإجباري يختص بأحكام نذكر منها ما يأتي :

= سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٤٨ – أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢١ ثالثا ص ٥٥٩ – بودري وشوفو فقرة ٢٧٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٥٦ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٠٤٣ – فقرة ١٠٤٤ – مازو ٢ فقرة ١٣١٦ – كاربونييه ص ٩٣ – محمد كامل مرسي ٢ فقرة ١٥٣ – شفيق شحاتة فقرة ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٢ – محمد علي عرفة فقرة ٣٤٥ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٦٩ وفقرة ١٧١ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٤ – حسن كيرة فقرة ١٧١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٣ .

(١) نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ – نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ أبريل سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ – ١ – ٣٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٣) انظر أيضاً ، بين الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن ثم لا تسري ، م ١٠٢٠/٢ مدني وم ١٠٢٣/٢ مدني .

١ — لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض إلا بموافقة جميع الشركاء. ولا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بإدخال تعديل فى الطريق يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذى يقوم بهذا التعديل مالك له بناءان على حافتى الطريق مواجهان أحدهما للآخر ، وكان التعديل مقصورا على الجزء من الطريق الذى يفصل ما بين هذين البنائين(١).

٢ — تكون نفقات صيانة الطريق ، ليبقى مؤديا للغرض الذى أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ — يجوز لأى من الشركاء أن يتحلل من التزامه العينى بالمساهمة فى نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشائعة فى ملكية الطريق(٢) .

٤ — لا يجوز لأى من الشركاء أن يطلب القسمة لأن الشيوع إجبارى كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف فى حصته الشائعة فى الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة (٣).

٥٩٨ — أنواع خاصة من الشيوع الإجبارى : وهناك نوعان خاصان من الشيوع الإجبارى نظمهما القانون تنظيما مفصلا . هما الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل)(٤) والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين من الشيوع الإجبارى نوع ثالث غير ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وإن كان إجباريا شيوع موقت غير دائم . ويقوم

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٤١ ص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتى ورينو فقرة ٢٣٦ — كاربونييه ص ٩٢ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٤ — شفيق شحاتة فقرة ١٥١ — محمد على عرفة فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٤٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٠ — إسماعيل غانم فقرة ١٤٥ — حسن كيرة فقرة ١٧٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ — فقرة ١٧٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٤ .

وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى عدة نصوص تنظم الطريق الخاص المشترك : انظر المواد ١٠٩٣ — ١٠٩٧ من هذا التقنين .

(٤) والحائط الفاصل ليس حائطا مشتركا ، بل هو ملك خالص لصاحبه . فهو إذن ليس ملكية شائعة . ولكنا ألحقناه بالحائط المشترك لاتصال الموضوعين أحدهما بالآخر اتصالا وثيقا ، وإن كان لكل منهما أحكامه الخاصة به .

على الاتفاق مابين أفراد الأسرة . فيمكن القول إذن بأن ملكية الأسرة هى شيوع إجبارى ، وإن كان شيوعا اتفاقيا موقتا . ونتناول بالبحث كلا من هذه الأنواع الخاصة .

الفرع الأول
الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ — إثبات الاشتراك فى الحائط المشترك — نص قانونى : إذا فصل حائط ما بين بنائين ، فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين .

ويجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك فى الحائط فى مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك فى الحائط بطريق التقادم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيا على تسامح جاره ، وبقى كذلك طول المدة اللازمة للتقادم(١)

---

* مراجع Delage فى المسائل التى يثيرها البناء الحديث فى شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — Méjassol فى الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .

(١) أما إذا أقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه فى أرض جاره ، فإن هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام فى أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا أثناء ما بين المالكين ، بل إن كلا منهما يملك الجزء من الحائط المقام فى أرضه (قارن إسماعيل غانم فقرة ١٤٦ ص ٣٣٩) . وإذا كان الباني الحائط حسن النية ، فإنه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشغولة بالحائط فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) ، فيصبح الحائط فى هذه الحالة ملكا خالصا للباني ، ويكون حائطا فاصلا غير مشترك .

وقد وضع القانون قرينة قانونية تيسر إثبات الاشتراك فى الحائط : فنصت المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : « الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم دليل على العكس[1] » . والقرينة كما نرى قابلة لإثبات العكس ، وحتى تقوم يجب توافر شرطين :

أولا — أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط . فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقان لمالكين مختلفين ، وقد أقيم فى الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية ، وقد أقيم حائط فى الحد الفاصل بينهما[2] .

ثانيا — أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه . فإذا أقيم الحائط ولم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده . وإذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك خالص لصاحب البناء الأول كما سبق القول[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٥ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١ — ص ٦٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فقرينة الاشتراك فى الحائط فى عهد هذا التقنين قرينة قضائية لا قانونية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (فالقرينة قرينة قضائية) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (فالقرينة قرينة قضائية) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٣) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥٢ — ١ — ٢٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

فإذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لإثبات العكس . فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم سندا على تملكه إياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكا خالصا بالتقادم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه « وملكية الأرض تشمل ما فوقها » (م ٢/٨٠٣) . وإذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأيها يأخذ (١) .

ومتى ثبت أن الحائط مشترك ، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر ، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذى يصل إلى قمة البناء الأقل علوا . أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سالفة الذكر عندما تقول ، عن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين ، إنه « يعد مشتركا حتى مفرقهما »(٢) .

ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركا ، وقد يكون غير مشترك بل ملكا خالصا لصاحب أحد البنائين .

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ما أسلفناه : « والأصل أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهى تقابل م ٦٩ من المشروع الإيطالى و م ٦٥٣ من التقنين الإيطالى) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه ، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول ، فإن القرينة القانونية لا تقوم ، ويعتبر الحائط فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء . فإذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . أما الجزء الذى يعلو المفرق ، فملكيته خالصة لصاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائط المشترك

٦٠٠ — مسألتان : أحكام الحائط المشترك تتعلق بمسألتين : (١) النظام القانونى للحائط المشترك . (٢) تعلية الحائط المشترك .

المطلب الأول

النظام القانونى للحائط المشترك

٦٠١ — نص قانونى : تنص المادة ٨١٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » .

« ٢ — فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء . كل بنسبة حصته فيه »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة . وكان القضاء فى عهد هذا التقنين يطبقها دون نص[2] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ — ١٠٨٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨١٤ من المشروع على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ — ص ٥٧) .

(٢) انظر استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص : (١) أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذى أعد له . (٢) فلا يجوز له فتح مناور فى هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر . (٣) ونفقات الصيانة والإصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته .

٦٠٢ — استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له : لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد فى استعمال هذا الحق بقيدين : (القيد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أعد له الحائط . والغرض الذى أعد له الحائط المشترك هو من جهة استتار كل شريك به بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه . (والقيد الثانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض الذى أعد له ، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر .

= التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ : ١ — لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ — إنما يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك ، أو أن يسند إليه ، جسورا أو مشدات أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ : ١ — لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع عليه أخشابا أو غيرها بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر . ٢ — وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .

م ١٠٨٨ : ١ — إذا وهى حائط مشترك وخيف سقوطه ، وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على الهدم . ٢ — وإذا انهدم الحائط المشترك ، وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الآبى بنصيبه من نفقات البناء . (والقانون العراقى يتفق فى مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠ : لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرفعه ، أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه بيد أنه يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يسند إليه جسورا أو مشدات أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض ؛ فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه . كذلك إذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك فى سمك قمة الحائط المسافة التى يحتاج إليها صاحبه لوضع عوارضه . وإذا وقع خلاف بين الشريكين فى استعمال حق كل منهما ، جاز الالتجاء إلى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً .

وغنى عن البيان أنه لما كان شيوع الحائط المشترك شيوعا إجباريا نظراً للغرض الذى أعد له الحائط ، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف فى حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذى يملكه ، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصة الشائعة استقلالا .

٦٠٣ — عدم جواز فتح مناور فى الحائط المشترك : ولما كان الغرض الذى أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه ، لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه[1] ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار . وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٧٥) ، ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له .

وقد يفتح الجار منوراً فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له[2] ، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركا بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء المعلى (م ٨١٦ مدنى) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور[3] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ .

(٢) أما فتح المطل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد الفاصل . هذا ما لم يكن الجار قد فتح المطل فى الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقادم .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ٩٥٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٨٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

وإذا فتح الجار منوراً فى الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك ، وبقى المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، لم يجز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور . ولكن يلاحظ فى هذا أن يكون ترك المنور مفتوحا ليس راجعا إلى تسامح الجار . وما قلناه فى المنور نقوله فى المطل ، إذ يجوز أن يفتح الشريك فى الحائط المشترك مطلا ، ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المطل(١) .

٦٠٤ — نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد : وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته . وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذى أعد له ، فيحتاج إلى إصلاح ، أو إلى هدم وإعادة بناء . ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذى أعد له ، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد(٢) . كذلك إذا كان الخلل الذى أصاب الحائط فاقتضى إصلاحه أو تجديده راجعا إلى خطأ شريك بالذات ، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد(٣) .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاما عينيا (propter rem) ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) فى الحائط(٤) . وإذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته . فإن لم يرممه ، وسقط

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٠ ص ٣٠٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٤) ولا يستطيع التخلى إذا كان هو الذى أحدث بخطأه الخلل الذى أصاب الحائط ، لأنه يصبح هو وحده الملزم بنفقات الترميم كما قدمنا ، فلا يجوز له أن يلقى عبئها على الشريك الآخر (محمد على عرفة فقرة ٢٤٤ ص ٣١٥) .