ضمان التعرُّض والاستحقاق

الباحث/ مصطفى محمد رجب

(ISSN: 2537 - 0758)

ضمان التعرُّض والاستحقاق

الباحث/ مصطفى محمد رجب

ملخص

إنَّ وظيفة القسمة الاساسية هي إنهاء الشيوع بإفراز جزء مادي محدّد من الشيء الشائع لكل شريك متقاسم يتملكه ملكية خالصة على سبيل الاستئثار والانفراد، والى جانب الإفراز المذكور آنفاً، تُرتب القسمة عدَّة التزامات اهمها التزام كل متقاسم بضمان انتفاع سائر المتقاسمين بالأجزاء المفرزة التي خصِصت لهم انتفاعاً هادئاً، ودفع تعرُض الغير لهم في هذا الانتفاع، وتعويضهم عما يؤدي إليه هذا التعرُّض من استحقاق كُلّي أو جزئي(١).

ويستلزم بحث ضمان التعرُّض والاستحقاق في إطار الاثر الكاشف للقسمة، التطرُّق إلى ضمان التعرُّض والاستحقاق في مجال القانون المدني، حيث يستلزم بحث ضمان التعرُّض والاستحقاق كأثر للأثر الكاشف للقسمة التطرُّق إلى ماهية ضمان التعرُّض والاستحقاق في (المبحث الأول)، ثم التطرُّق إلى أثر ضمان التعرُّض والاستحقاق في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية ضمان التعرُّض والاستحقاق

يستلزم بحث ماهية ضمان التعرُّض والاستحقاق، التطرُّق إلى مفهوم التعرُّض والاستحقاق في (المطلب الأول)، ثم التطرُّق إلى شروطه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التعرُّض والاستحقاق

يقصد بالتعرُّض هو ادعاء الغير بملكية حق عيني أصلي أو تبعي على نصيب أحد الشركاء المتقاسمين. أمَّا الاستحقاق فيقصد به الحكم للغير بثبوت هذا الحق كلاً أو بعضاً(٢).

---

(١) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف ٣٠٢، ص ٣٤٩.

(٢) د. نعمان محمد خليل، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص٢٢٠؛ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ف٤٤٤، ص٤٧١.

وفي مجال القسمة، يقصد بالاستحقاق بأنَّه انتزاع الحصة المفرزة للمتقاسم أو الشريك من قبل مستحق لها من الغير، بأنَّ يكون الاخير مالكاً لهذه الحصة دون هذا المتقاسم أو الشريك.

وللاستحقاق، أساس قانوني في مجال القسمة بنفس الآلية الموجودة في مجال عقد البيع، بما يعني أنَّه في حال استحقت حصة المتقاسم أو الشريك، وجب تعويضه بمثلها؛ نظراً لأنَّ المال الذي استحق في يد المتقاسم لمْ يكنْ من الواجب ادخاله في القسمة، أما وقد ادخله الشركاء فيها، فإنَّ الشريك الذي اختص به يجب أن يعوُّض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعاً[٣].

وبناء على ما سبق، الالتزام بالضمان، يعتبر تطبيقاً للمبدأ القاضي بوجوب المساواة في القسمة، حتى لا يختل ميزان العدل في حال وقوع استحقاق لنصيب أحد المتقاسمين بصورة كلية أو جزئية[٤].

وقد نصت المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري على أنه: "١- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة. ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وُزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. ٢-غير أنَّه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم نفسه".

كما نصَّت المادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي على أنَّه: "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرُّض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين".

---

(٣) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٩ ص٢٧٠، ٢٧١.

(٤) د. عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، مرجع سابق، ف١٥٩، ص٢٢٧؛ د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف٦١٠، ص٣٦٣؛ د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف٣١٠، ص٣٥٩؛ د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٣٦٨.

(ISSN: 2537 - 0758)

ومن مطالعة وتحليل ما سبق، يفهم أنَّ المشرع سواء في مصر أو في العراق، قد وضع الاساس القانوني لضمان التعرُّض والاستحقاق في مجال قسمة المال الشائع، بحيث يلتزم المتقاسمون بالضمان تجاه من وقع الاستحقاق في نصيبه إذا حصلت.

على أنَّ ما يلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع سواء في مصر أم في العراق لم ينظم تفاصيل التزام المتقاسمين بالضمان، وهذا ما يعني، تطبيق أحكام الضمان الواردة في الفصل الخاص بعقد البيع بالقدر الذي لا تتعارض هذه الاحكام مع طبيعة القسمة، وبصفة خاصة مع مراعاة الصفة الكاشفة للقسمة التي تفرقها عن البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً[٥].

وقد قضي تطبيقاً لذلك، بأنَّ "أحكام ضمان التعرض الواردة في التقنين المدني ضمن النصوص المنظمة لعقود البيع ليست قاصرة عليه، بل هي تسري على كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع، وأنَّ قسمة المال الشائع تخضع لذات أحكام ضمان التعرُض المقرِرة لعقود البيع، وبالقدر الذي لا يتعارض مع ما للقسمة من أثر كاشف، فيمتنع على كل متقاسم إبداء التعرُّض لأيّ من المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آل إليه بموجب عقد القسمة أو منازعته فيه[٦].

المطلب الثاني
شروط ضمان التعرُّض والاستحقاق

يشترط لرجوع المتقاسم بضمان التعرُّض والاستحقاق على بقية المتقاسمين توافر عدّة شروط، سوف نتطرَّق إليها بشكل مفصل على النحو التالي:

أولاً: وقوع تعرُّض أو استحقاق

يلاحظ في هذا الصدد، أنَّ الالتزام بالضمان، يقتصر فقط على التعرُّض الصادر من الغير، بمعنى أن يستند المتعرّض فيه إلى رفع دعوى الاستحقاق على المتقاسم أو ادعاء حق من الحقوق على نصيب المتقاسم سواء كان هذا الحق عينياً كالملكية والرهن أو شخصياً كحق الاجارة أو يشرع في التنفيذ الجبري عليها لوجود رهن يثقلها

---

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج ٨، مرجع سابق، ف ٥٨٦، ص ٩٧٢.

(٦) طعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٦٤ قضائية، جلسة ١٩٩٥/١/٣١، مكتب فني، سنة٤٦، قاعدة ٥٨، ص٢٩٧، موقع محكمة النقض المصرية.

لمصلحته[٧]، أمَّا إذا وقع التعرُّض من احد المتقاسمين فلا تطبق القواعد المتعلقة بالالتزام بالضمان المتعلّقة بالقسمة، إنما تطبق في مثل هذه الحالة القواعد العامة، التي تقضي بأن يمتنع المتقاسم عن أيّ تعرُّض مادي للمتقاسم الأخير، والا كان مسؤولاً عن تعويضه[٨].

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك: "إنَّ مؤدى النص في المادتين ٨٣٤ و٨٣٥ من القانون المدني، أنَّ للشركاء على الشيوع اقتسام المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا انعقد إجماعهم على القسمة ولو كانت غير مسجلة، اصبحت نافذة وملزمة للجميع وتنتج أثرها في انهاء حالة الشيوع، وبات كل متقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الأخرين مالكاً للحصة التي آلت إليه ملكية مفرزة منذ أن تملك على الشيوع، ومن ثم يمتنع على كل منهم التعرُّض للأخر فيما آل إليه أو منازعته فيه"[٩].

كذلك يلاحظ، أنَّ التعرُّض الصادر من الغير لكي يتم الاعتداد به يجب أن يكون قانونياً، أما التعرُّض المادي المجرد الواقع من هذا الغير للمتقاسم في حيازته للنصيب الذي اختص به، والذي لا يستند فيه إلى ادعاء حق من الحقوق، لا يكون محلاً لضمان المتقاسمين الأخرين، وعلى المتقاسم الذي وقع له مثل هذا التعرُّض ان يلجأ إلى السلطة العامة لدفعه عنه[١٠].

ويضاف إلى ما سبق، أنَّ التعرُّض لكي يتم الاعتداد به يجب أن يكون قد وقع فعلاً للمتقاسم من الغير، بأن يدعي حقاً، ويقيم به الدعوى، أمَّا مجرد الخشية من وقوع

---

(٧) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٠٦، ص١٩٣؛ د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف٦١١، ص٣٦٣؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص٢٢٠.

(٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق ، ف٥٨٨، ص٩٧٣؛ د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ص٣٦٤ في الهامش؛ د. جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، ط٢، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٧، ص٩٢.

(٩) طعن رقم ٨٤١ لسنة ٨٢ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٥/٧، موقع محكمة النقض المصرية.

(١٠) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٠٦، ص١٩٣؛ د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف٦١١، ص٣٦٤؛ د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف٣١١، ص٣٦٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

التعرض والاستحقاق، لا يكفي لتحريك الضمان؛ لأنَّ مجرد علم المتقاسم بأنَّ هناك حقاً للغير قد يقع تعرّض بسببه لا يكفي لقيام ضمان الاستحقاق. على أن ما يلاحظ في هذا الصدد، أنَّه يجوز في هذه الحالة للمتقاسم أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة، فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذي رسا به المزاد عليه حتى يزول الخطر[١١].

وعلى كل حال، إنَّ الضمان كما أشرنا سابقاً، يشمل التعرُّض والاستحقاق الصادر من الغير ولا يشمل ضمان العيوب الخفية، فوجود العيب الخفي لا يعني سوى أنَّ المال الذي آل إلى المتقاسم قد قوِّم بأكثر من قيمته، ولذلك لا يكون له الا ان يرجع على سائر المتقاسمين لنقض القسمة بسبب الغبن طبقا للمادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٨٤٥) من القانون المدني المصري.

ثانياً: سبب سابق على القسمة

يشترط لرجوع أحد المتقاسمين على باقي المتقاسمين بالضمان، أن يكون التعرُّض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة، بمعنى أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقاً يزعم أنَّه موجود قبل القسمة، أمَّا إذا كان سبب الاستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها، فلا ضمان؛ لأنَّ سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة.

فلو أنَّ الغير كسب بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم، وكان هذا التقادم لم تكتمل مدته إلا بعد القسمة، فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الأخرين بالضمان؛ لأن سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، إذ كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة[١٢].

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنَّه: "لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرُض أو استحقاق إلا فيما كان منهما

---

(١١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، ف ٥٨٨، ص٩٧٤ في الهامش؛ د . إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٥، ص٣١٣–٣١٤؛ د. احمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ف١٤٥، ص٤٢٥ في الهامش.

(١٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٥٤، ص٢٤٢؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص٢٢٢؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص١١٨.

لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرُّض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة"[١٣].

وعلى ذلك، إذا تحقّق هذا الضمان، رجع مستحقه بالتعويض عما نقص من نصيبه، وهو يرجع به على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله منشأ سبب الاستحقاق دون غيره من المتقاسمين[١٤].

ثالثاً: عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه

نصَّت الفقرة الثانية من المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري على أنَّه: "... ويمتنع الضمان إذا كان الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم نفسه".

من مطالعة وتحليل ما سبق، يفهم أنَّه لكي يتم الاعتداد بضمان التعرُّض والاستحقاق، يجب ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه، ومثال ذلك، إهمال المتقاسم في ادخال شركائه السابقين في الدعوى المقامة عليه من مدعي الاستحقاق، في حين أنَّ هؤلاء الشركاء كانت لديهم الوسيلة الاكيدة التي كان من شأنها دفع هذه الدعوى والقضاء بردها. ومن امثلة الخطأ أيضاً عدم تمسك المتقاسم بالتقادم الساري لمصلحته[١٥].

ويلاحظ في هذا الصدد، أنَّ كلمة (نفسه) الواردة في المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري، لا تقتصر على المتقاسم نفسه، إنما ينسحب تفسيرها إلى كل شخص يسأل عنه المتقاسم، وكذلك أيّ شخص يُنفذ ما يطلبه المتقاسم[١٦].

وفي جانب القانون المدني العراقي، لم نتوصل إلى نص صريح يقابل ما ورد في القانون المصري، غير أنَّ ذلك لا يعتبر مانعاً من تطبيقه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي استناداً للفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المذكور التي نصَّت على أنَّه: "وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية".

---

(١٣) طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ قضائية، جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦، مكتب فني، سنة٣، قاعدة ٧٨، ص٥٠٦؛ وينظر كذلك: طعن رقم ٢٤١ لسنة ٦٤ قضائية، جلسة ٢٠٠٣/٣/١١، موقع محكمة النقض المصرية.

(١٤) د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف٦٠٨، ص٣٦١ في الهامش.

(١٥) د. عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، مرجع سابق، ف١٦٠، ص٢٢٨ في الهامش.

(١٦) د. احمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ف ١٤٥، ص ٤٢٨.

(ISSN: 2537 - 0758)

رابعاً: عدم وجود شرط يعفي من الضمان

يشترط لوجود ضمان التعرُّض والاستحقاق بين المتقاسمين الا يكون ثمة اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان (التعرُّض والاستحقاق)، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق، فلا وجود للضمان في مثل هذه الحالة[١٧].

وقد قضت محكمة النقس المصرية تطبيقاً لذلك، بأنَّ "مفاد نص المادة (٢/٨٤٤) من القانون المدني المصري، أنَّه لا محل للضمان في القسمة إذا وجد شرط صريح في العقد يقضي بالإعفاء من الضمان، وذكر في هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه"[١٨].

وفي جانب القانون المدني العراقي، لم نتوصل إلى نص يقابل ما ورد في القانون المدني المصري، إلا أنَّ ذلك لا يعني عدم امكانية تطبيق ما سبق استناداً إلى القواعد العامة، فقد نصت المادة (٥٥٦) من القانون المدني التي تنظم ضمان التعرُّض والاستحقاق في مجال عقد البيع على أنَّه: "١- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان. ٢-ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد ابان عنه للمشتري. ٣-ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق".

ويلاحظ في هذا الصدد، أنَّ النصوص القانونية الخاصة بالضمان القانوني سواء في البيع أو في القسمة ليست من النظام العام؛ لذلك يجوز للمتقاسمين الاتفاق على ما يخالفها سواء بالزيادة أو النقص أو الاسقاط عملاً بأحكام المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي والفقرة الثانية من المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري، ويسمى ذلك بالضمان الاتفاقي[١٩].

([١٧]) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص١٧٤.

([١٨]) طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ قضائية، جلسة ١٩٧٥/٤/١، مكتب فني، سنة ٢٦، قاعدة ١٤٢، ص٧٢٨، موقع محكمة النقض المصرية.

([١٩]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٩١، ص٩٧٨؛ د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، ط٤، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، القاهرة، منشورات العاتك لصناعة الكتاب، ص١٢٩.

على أنَّ ما تجب الاشارة إليه في هذا المجال، أنَّ الضمان الاتفاقي على وفق الصورة التي سبق ذكرها لا يعتد به إذا كان أيّ من المتقاسمين قد ارتكب غشاً يرمي إلى اخفاء سبب الاستحقاق؛ لأنَّ الغش يفسد كل شيء[٢٠].

المبحث الثاني
آثار ضمان التعرض والاستحقاق

لم يتطرَّق المشرع إلى أثر ضمان التعرض والاستحقاق لناحية التزامات المتقاسم الذي حصل له تعرُّض في نصيبه، وكذلك بقية المتقاسمين الذي يلتزمون بالضمان، ولما كان هذا الالتزام (الضمان) قد تم تفصيله في القواعد العامة (الواردة في مجال عقد البيع)، استلزم ذلك الرجوع إلى هذه القواعد بغية البحث عن الموضوع محل البحث.

وبناءً على ذلك، فقد أشارت المادة (٤٤٠) من القانون المدني المصري على أنَّه: "١- إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع واخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الاحوال ووفقاً لقانون المرافعات ان يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله ٢-فإذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى وجب عليه الضمان الا إذا اثبت أنَّ الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه ٣-واذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا اثبت البائع ان تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

أما المادة (٥٥١) من القانون المدني العراقي، فقد نصت على أنَّه: "ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا بإقراره أو بنكوله إذا كان حسن النية، وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل. هذا ما لم يثبت البائع ان المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق".

يستحق المتقاسم الذي حصل في نصيبه تعرُّض ثم استحقاق التعويض بالقدر الذي يعادل نصيبه، غير أنَّ هذا التعويض ليس ثابتاً، إنما يتغير مع تغيير الاستحقاق ما إذا كان كلياً وسوف نتطرق إليه في (المطلب الأول)، أو جزئياً وهو ما سنتطرق إليه في (المطلب الثاني).

---

(٢٠) د. مروان كركبي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص٢٦٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

المطلب الأول
الاستحقاق الكلي

يقصد بالاستحقاق الكلي، أن يتم انتزاع نصيب المتقاسم كله من يده بموجب حكم قضائي يلزمه بترك هذا النصيب للمدعي، طالما كان الحكم الصادر في مواجهة المتقاسم[٢١].

وعلى ذلك، إذا تمكن الغير (المتعرض) من أثبات ملكيته لنصيب المتقاسم، وحصل الاستحقاق، أمكن حينها للمتقاسم الرجوع على باقي المتقاسمين بالتعويض بنفس آلية رجوع المشتري في ضمان استحقاق التعويض[٢٢]، والتعويض في هذه الحالة يحتوى على عنصرين هما: قيمة العين المستحقة وقت القسمة (أولاً)، وملحقات قيمة العين المستحقة (ثانياً).

أولاً: قيمة العين المستحقة وقت القسمة

استناداً إلى ما ورد في المادة (٨٤٤) من القانون المدني المصري، والمادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي، فإنَّ قيمة العين المستحقة في حال تحقق الضمان تكون بحسب قيمة النصيب يوم القسمة وليس وقت الاستحقاق[٢٣].

([٢١]) ينظر في هذا المعنى: د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مرجع سابق، ف٢٠٨، ص٣٨٣.

([٢٢]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٩٣، ص٩٨١.

([٢٣]) يلاحظ في هذا الصدد، أنَّ المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري حددت قيمة العين المستحقة بوقت الاستحقاق، لكن هذه المادة لا يمكن تطبيقها في ظل صراحة المادة (٨٤٤) والمادة (١٠٧٦) التي سبق ذكرهما؛ لأنه لا اجتهاد في مورد النص، ونعتقد أنَّ سبب التمييز بين البيع والقسمة في ظل ما سبق، أنَّ البيع عقد مضاربة، ويتعرض فيه المشتري للربح والخسارة، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع، فان زادت القيمة ربح وان قلت خسر، وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك. أمَّا القسمة فقد روعي فيها المساواة 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 ان اجريت القسمة بينهم وحتى لا يتأثر المتقاسمون الاخرون بالتغييرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٩٣، ص٩٨٢؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٥٥، ص٢٤٣.

وعلى ذلك، لا يجوز أن يكون تغيير قيمة الأموال التي اختص بها بعد القسمة مصدر ربح أو خسارة للمتقاسم[٢٤]، فاذا رجع الشريك بالضمان على باقي الشركاء فإنَّه يتحمل معهم ما يصيبه من قيمة التعويض، فإذا فرضنا أنَّ ثلاثة اشخاص شركاء في عين، وكانت انصبتهم متساوية ثم قُسمت هذه العين بينهم، وبعد ذلك استحقت حصة احد المتقاسمين لسبب سابق على القسمة، واراد هذا المتقاسم الرجوع على المتقاسمين الأخرين وقدرت قيمة حصته وقت القسمة "بـ ٣٠٠ دينار"، فأنه يرجع على كل منهما بـ"١٠٠ دينار" ويتحمل هو مثل هذا المبلغ. وهكذا يكون كل من المتقاسمين قد اخذ ما يساوي "١٠٠ دينار". فإذا كان أحد الشركاء مُعسراً وُزع القدر الذي يلزمه مستحق الضمان على الشريك الاخر، أيّ أنَّ كلا الشريكين الأخرين يتحمل من اعسار شريكهم الثالث "٥٠ دينار" فيرجع من استحقت حصته على شريكه المليء بـ"١٥٠ دينار"[٢٥]. وكأن الشركاء ضامن بعضهم لبعض ضماناً مضاعفاً هو ضمان الحصة المستحقة ثم ضمان ما يصيب المعسر منهم من هذا الضمان، ولهم الرجوع عليه بما ضمنوا عنه إذا أيسر[٢٦].

ولقد اتفق مع هذا الرأي، جانب من الفقه الفرنسي وقضائه، وذهب جانب اخر من الفقه الفرنسي إلى أنَّه يجب ان يكون احتساب قيمة العين وقت الاستحقاق. وحسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف بأن انحازت في اعتقادها للرأي الاخير[٢٧].

ونحن نتفق مع الرأي الذي اخذت به محكمة النقض الفرنسية، وهو أكثر عدالة من الحل الذي اخذ به كل من المشرع العراقي والمصري؛ لأنَّ المساواة التي قيل انها اساس هذا الحل هي مساواة من الناحية النظرية فقط، فمن ناحية الواقع لن تتحقق هذه المساواة التي تنشدها بالنسبة للمتقاسمين خاصة ان انصبة المتقاسمين غير المستحقة لو قدرت من الناحية القيمية فسنجدها في الغالب قد ارتفعت بالنسبة للقيم التي كانت عليها سابقاً.

([٢٤]) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٠٧، ص١٩٦.

([٢٥]) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق، ف٨٣، ص٨٤.

([٢٦]) د. انور العمروسي، الملكية واسباب كسبها، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠١٢م، ص٤٤٢.

([٢٧]) د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، مرجع سابق، ص٥١٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

ثانياً: ملحقات قيمة العين المستحقة

لمْ يبينْ المشرع– سواء في مصر أم في العراق– قيمة ملحقات العين المستحقة في مجال القسمة، وبذلك يلزم الرجوع إلى ما تم تقريره بالنسبة للالتزام بالضمان في مجال عقد البيع.

وبناءً على ما سبق، فقد حددت المادة (٤٤٣) من القانون المصري عناصر الرجوع بالضمان في باب استحقاق المبيع أيّ أنَّ البائع يُلزم بتعويض المشتري عن كل ما اصابة من ضرر بسبَّب استحقاق المبيع، **وقد شمل هذا التحديد الفقرات الآتية:**

١- **قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت:** معنى ذلك إلزام البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق، فاذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع إلى وقت الاستحقاق وجب على البائع ان يدفع للمشتري هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذي اشترى به فحسب. أمَّا إذا نقصت القيمة، افاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشتري الا تلك القيمة الناقصة.

٢- **قيمة الثمار التي الزم المشتري بردها لمن استحق المبيع:** ويقتصر ذلك على الثمار التي يكون المشتري قد حصّلها بسوء نية قبل رفع دعوى الاستحقاق؛ أما الثمار التي حصّلها قبل ذلك بحسن نية فلا محل لرجوع البائع عليه به.

٣- **المصروفات التي أنفقها على المبيع:** إذا كان المشتري قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه فإنَّه يستردها من المالك الذي حكم له بالاستحقاق.

٤- **مصروفات الدعوى:** لما كان المشتري في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير، ملتزم بدفع مصاريف الدعوى على اعتبار أنه خسرها، فإنَّ يكون من حقه الرجوع بها على البائع.

٥- **تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع:** فلا يسوغ للمتقاسم أن يطلب التعويض عما فاته من كسب، كما يسوغ ذلك للمشتري، ذلك أنَّ القسمة ليست من عقود المضاربة أو لأنها كاشفة فالمتقاسمون لم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما افرز لكل متقاسم حتى يعتبروا مسؤولين في حالة استحقاق نصيب احدهم فالتزامهم بضمان الاستحقاق يقوم على ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين[٢٨].

([٢٨]) د. احمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ف١٤١، ص٤٣٣ في الهامش؛ د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف٣١٣، ص٣٦٣.

وعلى ذلك، فيما يتعلَّق بالمتقاسم في مجال القسمة، يستحق الملحقات التي سبق ذكرها بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة القسمة، وله بذلك الرجوع على المتقاسمين الأخرين[٢٩].

أما في مجال القانون المدني العراقي، فقد نصَّت المادة (٥٥٤) على أنَّه: "١-إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت. وله ان يسترد أيضاً قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى ٢-أمَّا إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقها على المبيع وأن يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع".

فالكسب الفائت يشمل بوجه خاص الارباح التي حرم منها المشتري بسبّب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع إلى يوم الاستحقاق[٣٠].

وكذلك إذا اشترى تاجر بضاعة واتفق مع تاجر آخر على ان يبيعه اياها بربح معلوم، ثم تسبب شخص ثالث بإتلاف البضاعة، فالثمن الذي اشترى به التاجر البضاعة هو الضرر الذي اصابه، ومقدار الربح الذي اتفق عليه هو الكسب الذي فاته[٣١].

المطلب الثاني
الاستحقاق الجزئي

يكون الاستحقاق جزئياً إذا نزع من المتقاسم جزءاً من النصيب الذي آل إليه[٣٢]، ولم يتطرَّق المشرع- سواء في مصر أو في العراق- في الاستحقاق الجزئي في مجال

([٢٩]) د. عبد الودود يحيى، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، ١٩٧٨، ص١٣١؛ د. أشرف فايز اللمساوي وفايز السيد جاد اللمساوي، قسمة الملكية الشائعة، مرجع سابق، ص٥١١.

([٣٠]) د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مرجع سابق، ف٢٠٩، ص٣٩٠.

([٣١]) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط٥، مرجع سابق، ف٩٠٦، ص٥٥٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

القسمة، كما في عقد البيع، بل اكتفى فقط بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان سنداً للمادتين (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي و(١/٨٤١) من القانون المدني المصري.

وعلى ذلك، تُطبق القواعد العامَّة المتعلقة بأحكام الضمان– بالنسبة للقانون المدني المصري – بما لا يتعارض مع أُسس القسمة، وترتباً على ما سبق، حق المتقاسم في فسخ القسمة يكون مقيداً بأن يكون الجزء المستحق من نصيبه جسيماً، بما يتعذر معه قبول القسمة، ويترك الأمر (فسخ القسمة من عدمه) إلى السلطة التقديرية للقاضي الناظر في النزاع، إذ يحكم بها بحسب ظروف كل واقعة[٣٣].

وفي مجال القانون المدني العراقي– استناداً إلى ما ورد في المادة (٥٤٤)– إذا استحقت العين استحقاقاً جزئياً يكون من حق المتقاسم الرجوع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة بسبب الاستحقاق، ويكون تقدير ذلك في يوم القسمة وليس في يوم الاستحقاق[٣٤].

وعلى كل حال، يتقادم الالتزام بالضمان بمضي مدة (١٥) سنة تحسب من تاريخ حصول التعرُّض والاستحقاق، سنداً للقواعد العامة المتعلقة بالالتزام بالضمان التي وردت في المادة (٣٧٤) من القانون المدني المصري التي نصت على أنَّه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة...."، والمادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي التي نصَّت على أنَّه: "الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة...".

وقد نصَّت المادة (٥٥٢) من القانون المدني العراقي على أنَّه: "إذا أثبت المستحق الاستحقاق، وحكم له ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق، وللمشتري أن يرجع على بائعه بالضمان".

---

(٣٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٩٤، ص٨٨٣؛ د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مرجع سابق، ف١١، ص٣٩١.

(٣٣) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ف ٤٦٦، ص ١٩٩.

(٣٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٩٤، ص٩٨٣ –٩٨٤.

ونصَّت المادة (٥٥٣) من القانون المذكور على أنَّه: "إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق، كان هذا حكماً على جميع الباعة، ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري منه".

كما نصَّت المادة (٤٤٢) من القانون المدني المصري على أنَّه: "إذا توّقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بإداء شيء آخر كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات".

يستطيع المتقاسم، وهو الدائن بالضمان في القسمة أن يتوّقى استحقاق النصيب الذي آل إليه بمقتضى عقد القسمة كلياً أو جزئياً للغير بأن يتفق مع الغير المتعرض على أن يدفع له– بدلاً من النصيب الذي آل إليه كله أو بعضه– مبلغاً من النقود أو شيء آخر. وهذا الاتفاق يكون في الغالب صلحاً ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى بقية المتقاسمين استحقاقاً للعين فيجب عليهم الضمان[٣٥].

وفي هذه الحالة يكون لباقي الشركاء المتقاسمين أن يتخلصوا من الضمان بأن يردوا إلى المتقاسم– وهو الدائن بالضمان– المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات بعد خصم نصيب المتقاسم المذكور في ذلك كله، بمقدار حصته، وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة في القسمة[٣٦].

ومن الطبيعي أن يعزف المتقاسمون عن استعمال هذا الخيار إذا تبين لهم أن المبالغ التي سيردونها إلى المتقاسم– وهو الدائن بالضمان– تزيد عن المبالغ التي يلتزمون بها في الأصل طبقاً لأحكام المادة (٨٤٤) مدني مصري[٣٧].

ويستطيع المتقاسم الدائن بالضمان الرجوع على باقي زملائه المتقاسمين الأخرين بما توّقى به استحقاق النصيب الذي آل اليه، سواء كان هذا المتقاسم قد أخطرهم بدعوى التعرض أو لم يخطرهم وسواء كانوا قد تدخلوا أو لم يتدخلوا في الدعوى.

([٣٥]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج ٨، مرجع سابق ف ٥٩٥، ص ٩٨٤.

([٣٦]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج ٨، مرجع سابق، ف ٥٩٥، ص ٩٨٤؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مرجع سابق، ف٧١، ص١٦١.

([٣٧]) د. محمد شريف عبد الرحمن، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٥٨٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

ولكن يفترض في هذه الحالة، أن يكون باقي الشركاء المتقاسمين قد أفادوا من فعل المتقاسم المذكور. فإذا كان الشركاء الأخرين لم يستفيدوا من ذلك، كأن أثبتوا أن دعوى التعرض كانت سترد، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المتقاسم قد توقى الاستحقاق. وبالتالي، فلا يلتزم باقي الشركاء المتقاسمين بأن يردوا له ما كان قد دفعه إلى المتعرض أو المستحق[٣٨].

ويلاحظ في هذا الصدد، أنَّه لم يرد في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري نص خاص على مدة لتقادم التزام المتقاسم بضمان التعرض والاستحقاق، لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة، وهي تقضي في كل من العراق ومصر بتقادم الالتزام بمضي خمس عشرة سنة.

فقد جاء في المادة ٤٢٩ من القانون المدني العراقي على ان: "الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة".

ونصَّت المادة (٣٧٤) من القانون المدني المصري على أنَّه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية".

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية ان دعوى الفسخ لا تتقادم الا بخمس عشرة سنة، إذا كان عقد القسمة قد ابرم بتأريخ (١٩٨٧/٧/١) ورفعت الدعوى بتأريخ (١٩٩٧/١/١٨)، وخلت الاوراق من وجود التنازل عن استعمال الحق صريحاً كان أو ضمنياً، ومن ثم تكون المدة المقرّرة للسقوط لم تتوافر بعد[٣٩].

وقد يثار تساؤل عن بدء سريان هذه المدة؟ وللإجابة على ذلك، ذهب جانب من الفقه القانوني إلى أنَّ هذه المدة تبدأ من وقت وقوع القسمة[٤٠].

وذهب جمهور آخر من الفقهاء إلى أنَّ هذه المدة تسري من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق وذلك بحكم صراحة المادة (١/٣٨١) من القانون المدني المصري التي تنص

([٣٨]) د. محمد المنجي، دعوى القسمة، مرجع سابق، ص٤٢٠.

([٣٩]) طعن رقم ٧١٣ لسنة ٧٢ قضائية، جلسة ٢٠١٥/٥/١٧، موقع محكمة النقض المصرية.

([٤٠]) د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، مرجع سابق، ف٣١٩، ص٤٥٣؛ د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٣، ص١٦٨.

على أنَّه: "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء". وصراحة نص الفقرة الأولى من المادة (٤٣٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على: "يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء".

ونصَّت الفقرة الثانية من المادة (٣٨١) من القانون المدني المصري على أنَّه: "وبخاصة لا يسري التقادم.... وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق...". والفقرة الثانية من المادة (٤٣٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على ان: "...وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق".

وعليه، ان حق المتقاسم في الرجوع على زملائه باقي المتقاسمين بضمان التعرض والاستحقاق يظل ثابتا له إلى ان ينقضي بالتقادم وفقا للقواعد العامة. وتؤدي هذه القواعد إلى ان حق المتقاسم في الرجوع بالضمان لا يتقادم الا بمضي (١٥ سنة) تبدأ من تأريخ حصول التعرض والاستحقاق على حسب الاحوال وليس من تأريخ حصول القسمة[٤١].

وهذا الرأي الذي يمثله جمهور الفقهاء هو الذي نؤيده لاستناد رأيهم على صراحة النصوص القانونية ولا اجتهاد في مورد النص.

المبحث الثالث

الأحكام المشتركة بين البيع والقسمة

هناك 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.

([٤١]) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٥٥، ص٢٤٤؛ د. عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، مرجع سابق، ف١٦٢، ص٢٣٠-٢٣١؛ د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف٦١٣، ص٣٦٦؛ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص١٨٠؛ د. احمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ف١٤٢، ص٤٣٤؛ د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، مرجع سابق، ف١١٥، ص١٤٤؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص٢٢٤؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مرجع سابق، ف١٥٧، ص٢٣٨ في الهامش.

(ISSN: 2537 - 0758)

إنَّ الأثر الكاشف لا يقتضي أن تستبعد من أحكام التصرفات الناقلة سوى الأحكام المبنية على كونها ناقلة للحق، أمَّا غير ذلك من الأحكام فتشترك فيها التصرفات الكاشفة والتصرفات الناقلة على حد سواء[٤٢].

ويستلزم بحث الاحكام المشتركة بين البيع والقسمة، التطرق إلى امتياز المتقاسم في (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى جواز فسخ القسمة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

امتياز المتقاسم

أن حقوق الامتياز متعددة، ولهذا يصعب تعريف جامع لحق الامتياز، مرده عدم وجود حق امتياز من نوع واحد يرد على محل من طبيعة واحدة وذو خصائص مشتركة[٤٣].

وعليه لا توجد نظرية عامة للامتيازات، إذ هي منثورة في متون القوانين، وعلى الرغم من تنوع حقوق الامتياز وتعددها واختلاف أسبابها ومسوغاتها فإنها تجمعها خصائص واحدة وآثار متشابهة.

وقد عرف الامتياز باعتبار المعنى العام بأنَّه: "مصلحة مستحقة شرعاً تمكن صاحبها من استيفاء حقه قبل غيره من اصحاب الحقوق"[٤٤].

وقد عرف الامتياز باعتبار نوع معين كامتياز الديون، فعرف القانون المدني الفرنسي حق امتياز الديون بانه: "صفة دين تعطي للدائن حق افضلية تقديمه على غيره حتى الراهنين".

وقد نصت المادة (١١٣٠) من القانون المدني المصري على أنَّ امتياز الديون: "الامتياز اولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته".

كما نصت المادة (١٣٦١) من القانون المدني العراقي على أنَّه: "الامتياز اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة بسبب هذا الدين".

([٤٢]) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف ١٢١، ص ٢٧٤.

([٤٣]) د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، ١٩٩٧، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ٤١٥.

([٤٤]) محمد سليمان الجريوي، حق الامتياز في الديون، رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٩هـ، ص١٤.

والامتياز لا يكون بمقتضى اتفاق خاص كما في الرهون، ولا يقرر بأمر من المحكمة بل يكون طبقا لنص المادة (٢/١٣٦١)، والقانون يراعي في جعل بعض الديون ممتازة سياسة خاصة ينظر فيها إلى سبب الدين، فما كان منها جديراً بهذه الضمانة جعله ممتازاً وما كان غير جدير ابقاه ديناً عادياً وهي سياسة يحتكم فيها إلى النص فلا مجال للقياس، لان الامتياز استثناء، والاصل في الديون ان تكون عادية فما جاء على خلاف القياس أيّ الاصل فغيره لا يقاس عليه، ومع ذلك فالقانون لا يقرر الامتياز اعتباطا بل يراعي في ذلك اعتبارات مختلفة تجعل الدين جديرا بالامتياز[٤٥].

ان الحق هو الممتاز لا الدائن، وسبب الامتياز يرجع إلى صفة الحق، ويحدد القانون الحقوق الممتازة كما يعين مرتبة هذا الامتياز[٤٦].

وان حق الامتياز يرد على جميع الأموال منقولة كانت أم غير منقولة مادية أم معنوية. ولا يستثنى من ذلك الا الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل والاشياء التي لا يمكن بيعها بالمزاد استقلالا[٤٧]. **وتنقسم حقوق الامتياز إلى ثلاثة انواع:**

النوع الأول: حقوق الامتياز العامة: هي التي ترد على كل اموال المدين من منقول وعقار، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة لدائرة التنفيذ.

النوع الثاني: حقوق الامتياز الخاصة المنقولة: وهي التي ترد على منقول أو منقولات معينة، كامتياز المؤجر، وامتياز بائع المنقول، وامتياز المتقاسم في المنقول.

النوع الثالث: حقوق الامتياز الخاصة العقارية: وهي التي ترد على عقارات معينة كامتياز بائع العقار، وامتياز المتقاسم في العقار.

وينشأ حق الامتياز بمجرد ثبوت الدين الذي قرر له القانون امتيازا ودون حاجة لأيّ اجراء، ويستثنى من ذلك الامتيازات الخاصة العقارية التي تستلزم التسجيل، وبمجرد نشوء حق الامتياز تترتب اثاره بالنسبة للدائن والمدين وبالنسبة للغير[٤٨].

---

(٤٥) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ف٢٦٠، ص١٩٦؛ د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣٦٠.

(٤٦) د. محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٦٠.

(٤٧) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف ٣٠١، ص ٢٦٦؛ د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص٣٦٠.

(٤٨) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص٣٣٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

ويترتب على القسمة حق امتياز المتقاسم، فللشركاء الذين اقتسموا منقولاً حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الأخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر فيها من معدل. وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقار حق امتياز عليه، تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الأخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة[٤٩].

إنَّ اساس امتياز المتقاسم كان الخشية من الا يفلح المتقاسم في اقتضاء حقوقه المترتبة على القسمة من مدينيه من المتقاسمين نتيجة تزاحمه مع دائنيهم بما بالمساواة بينهم، فلقد فرض القانون ضماناً لحقوق المتقاسم امتيازاً على المنقول أو العقار الذي كان محلا للقسمة بينهم، بما ينبيء عن أنَّ طبيعة الدين المتحصل من القسمة ذات الوظيفة الكاشفة والتي قوامها المساواة بين اطرافها كان هو الدافع وراء تقرير امتياز لحق المتقاسم بالنظر لما معلوم من أنَّه لا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون[٥٠].

وليس في تقرير امتياز المتقاسم ما يؤيد اعتبار القسمة ناقلة كما يظن البعض، فامتياز المتقاسم انما يحتمها مبدأ المساواة والتضامن بين المتقاسمين[٥١]، ولا يصح الاعتراض على هذا الرأي بالقول أنَّ المشرع أنما قرر في الفقرة الثانية من المادة (١١٤٦) من القانون المدني المصري أن لامتياز المتقاسم نفس مرتبة امتياز البائع، ذلك أنَّ الوحدة في المرتبة للامتيازين لا تعني بالضرورة وحدة أساس هذين الامتيازين، وأن ما يفسر الوحدة في المرتبة بين الامتيازين ليس وحدة اساس هذين الامتيازين، إنما فقط ارتباط كل منهما في فكرة الأولوية في اقتضاء الحق، الامر الذي يؤدي إلى القول

---

(٤٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف ٥٧١، ص ٩٤٥؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٥٥، ص٢٤٤؛ د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ج١، مرجع سابق، ف٣١٩، ص٤٥٣؛ د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص١٩٥؛ د. احمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية، مرجع سابق، ص٢٥٧.

(٥٠) د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٤٩٨.

(٥١) د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٥٣، ص٥١٣ في الهامش.

أن لكل من الامتيازين اساس مختلف، ولكنهما يتفقان في فكرة أن كلاً منهما يعتبر قاعدة تعطي الأولوية في استيفاء حق له طابع خاص[٥٢].

ومن كل ما تقدم، نبحث امتياز المتقاسم في المنقول ثم نتكلم بعد ذلك امتياز المتقاسم في العقار.

اولا: امتياز المتقاسم في المنقول

نصت المادة (١٣٧٧) من القانون المدني العراقي على انَّه: "١-إذا اقتسم الشركاء منقولا شائعا بينهم فحق كل منهم في الرجوع على الأخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له من معدل يكون مضمونا بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء. ٢-ولحق الامتياز هذا نفس المرتبة التي لامتياز الديون المستحقة للبائع، فاذا تزاحم الامتيازان قدم الاسبق في التأريخ".

وتنص المادة (١١٤٦) من القانون المدني المصري على انَّه: "١-للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الأخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر فيها من معدل. ٢-وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع، فاذا تزاحم الحقان قدم الاسبق في التأريخ".

والغرض من هذا الامتياز هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين وضمان وفاء الديون الناتجة عن القسمة أو بسببها لكل منهم قبل الأخرين، ومبناه أنَّ المتقاسم الدائن قد اضاف إلى ذمة المتقاسم المدين عيناً معينة فمن العدل ان يستوفى منها حقه قبل غيره من الدائنين كما هو الحال بالنسبة إلى امتياز بائع المنقول[٥٣].

ويثبت الامتياز في جميع انواع القسمة رضائية كانت أم قضائية، وسواء وقعت على جميع الأموال الشائعة أم على بعضها فقط، وسواء اكان مصدر الشيوع الارث أم غيره[٥٤].

إذا آل الشيء إلى اجنبي عن الشيوع، فإنَّ العقد يكون بيعاً يضمنه امتياز البائع، وهناك أيضاً ما يستحقه احد المتقاسمين من تعويض نتيجة لاستحقاق أو تعرض لسبب

([٥٢]) د. محمد محمود عبد الله، قسمة المال الشائع، مرجع سابق، ص ٣٥٦ و٣٥٧.

([٥٣]) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٤، مرجع سابق، ف ٣٧٥، ص ٣١٧.

([٥٤]) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، الكتاب الثالث، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٥، ف ٥٤٨، ص ٣٨٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

سابق على القسمة، فضلا عن ذلك، هناك الفوائد التي تستحق عن أيّ مبلغ من المبالغ السابق ذكرها[٥٥].

أمَّا محل الامتياز فيقع امتياز المتقاسم في المنقول على الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء[٥٦].

ان مرتبة امتياز المتقاسم في المنقول، هي مرتبة امتياز بائع المنقول، فاذا تزاحما قدم الاسبق، واذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع، واذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم، كما إذا قسم المنقول بين الشركاء على الشيوع ثم باع كل متقاسم ما وقع في نصيبه من حصته مفرزة[٥٧].

ثانياً: امتياز المتقاسم في العقار

استحدث القانون المدني العراقي امتياز المتقاسم في العقار إذ لم يكن معروفاً في التشريع العراقي من قبل، وقد نصَّت المادة (١٣٨٠) من القانون المدني العراقي على هذا الامتياز الفقرة الأولى من المادة المذكورة على انَّه: "١-إذا اقتسم الشركاء عقارا شائعا بينهم فحق كل منهم في الرجوع على الأخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل، يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء. ٢-ويجب تسجيل حق الامتياز هذا في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل".

ونصَّت المادة (١١٤٩) من القانون المدني المصري على انَّه: "للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الأخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ويجب ان يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد".

---

(٥٥) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص٣٤٩؛ د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص٤٧١؛ د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف٥٤٩، ص٣٨٦.

(٥٦) ينظر: المادة ١/١٣٧٦ مدني عراقي؛ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج٢، مرجع سابق، ٣١٨، ص٢٣٦، ٢٣٧.

(٥٧) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف٣٧٨، ص٣١٨؛ د. محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، ص٧٧٣؛ محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف٥٥١، ص٣٨٧؛ د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص٤٧٢.

ويثبت للمتقاسم أياً كان سبب الشيوع أو طريق القسمة وتنصرف القسمة في هذا الامتياز إلى بيع العقار الشائع لاحد الشركاء ودياً أو رسوه عليه في المزاد أمَّا إذا بيع العقار إلى اجنبي فيثبت للشريك امتياز البائع[٥٨].

والغرض من هذا الامتياز، كما في امتياز المتقاسم في المنقول تحقيق المساواة بين المتقاسمين لضمان الوفاء بالديون الناتجة من القسمة أو بسببها، ومبناه كما في امتياز البائع ان المتقاسم قد اضاف إلى ذمة شريكه السابق مالاً عقارياً، فمن العدل ان يستوفى منه حقه قبل غيره من الدائنين.

وعليه يضمن هذا الامتياز، كما في امتياز المتقاسم في المنقول حقوق كل من المتقاسمين في الرجوع على الأخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل ويشمل ذلك معدل القسمة وثمن التصفية، أيّ الثمن الذي يرسو به مزاد العقار على احد المتقاسمين؛ لعدم امكان قسمته عيناً والتعويض الذي يستحق لاحد المتقاسمين قبل الأخرين بموجب ضمان الاستحقاق[٥٩].

وفيما يتعلّق بضمان الاستحقاق يقع الامتياز على جميع العقارات التي حصلت قسمتها على ألا يسري الامتياز فيما خص كل واحد من المتقاسمين من العقارات الا بمقدار حصته الأصلية في الشيوع فاذا كان احدهم مفلساً، فإنَّ حصة المفلس تقسم بينهم جميعاً بما فيهم المتقاسم التي استحقت حصته طبقا للمادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٨٤٤) من القانون المدني المصري[٦٠].

أمَّا مرتبة الامتياز فتتحدد من وقت قيده، وهذا الامتياز كغيره من الامتيازات العادية الواقعة على عقار يجب فيها الشَهر، وتحسب مرتبتها من وقت قيدها، ومع ذلك فامتياز المتقاسم، وهو يتأخر دائماً في القيد على الرهن الصادر من الشريك على الشيوع اثناء فترة الشيوع، الا أنَّه يتقدم في المرتبة على الرغم من ذلك على حق الدائن المرتهن من الشريك على الشيوع الذي ينتقل بمقتضى نص المادة (٢/١٣٠٩) من القانون المدني المصري إلى ما آل إلى هذا الشريك الراهن من اعيان اخرى غير التي رهنها[٦١].

([٥٨]) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج٢، مرجع سابق، ف٢٣٥، ص٢٤٥.

([٥٩]) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف ٣٩٠، ص ٣٢٨.

([٦٠]) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ف ٣٩٠، ص ٣٢٨.

([٦١]) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ف ١١١، ص ٣٥٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

وما يدل على اختلاف اساس امتياز المتقاسم عن اساس امتياز البائع أن المشرع قد خص امتياز المتقاسم على العقار بحكم خاص خرج به على القاعدة العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري بتأريخ قيده. فقضت المادة (٢/١٠٣٩) مدني مصري على أن امتياز المتقاسم يتقدم على الرهن الذي قرره أحد الشركاء اثناء الشيوع على حصته الشائعة في العقار أو على جزء مفرز منه، إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل ولو أجري القيد الجديد المنصوص عليه في المادة (٢/١٠٣٩) في خلال (٩٠) يوماً من وقت إخطار الدائن المرتهن بتسجيل القسمة.

فالرهن بهذا القيد الجديد وإن كان يظل محتفظاً بمرتبته القديمة بنص المادة (٢/١٠٣٩) مدني إلا أنَّه يتأخر عن امتياز المتقاسم وهو تالٍ في قيده لتأريخ قيد الرهن، ولا يبرّر هذا الحكم الخاص سوى ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين[٦٢].

المطلب الثاني
جواز فسخ القسمة

يرى جانب كبير من الفقه القانوني، جواز فسخ القسمة عند عدم دفع المتقاسم المعدل أو لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض في ضمان التعرض والاستحقاق[٦٣]، ذلك أنَّ اتفاق القسمة يخضع في الاصل لأحكام القواعد العامة، باعتباره عقداً من العقود، وهو ما يتضح بصفة خاصة في شأن الاهلّية وعيوب الرضا والفسخ والطعن بالدعوى البوليصية، وكذلك فان عقد القسمة يخضع لأحكام فسخ العقود إذا اخل احد اطرافه بما يقع عليه من التزام كالتزامه بمعدل القسمة مثلاً يحكم بفسخ القسمة طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١/١٧٧ مدني عراقي التي تنص على انَّه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى. على

([٦٢]) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف ١١٧، ص ٢٧١؛ د. جابر محجوب، التأمينات العينية، ص ٤٠٢.

([٦٣]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج ٨، مرجع سابق، ف٥٨٥، ص ٩٧٠ في الهامش؛ د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٩، ص٤٦٨-٤٦٩؛ د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٢٢، ص٢٧٤.

أنَّه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى اجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته"[٦٤].

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية في هذا الجانب نشير إلى حكمها الذي أشار إلى انَّه:

"اذا كان الاصل في العقود– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– ان تكون لازمة بمعنى عدم امكان انفراد احد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الاخر، والا أنَّه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما صراحة أو ضمنا على رفع العقد والتقايل منه، وليس هناك ما يحول بين احدهما وبين طلب فسخه أو انفساخه إذا لم يوف المتعاقد الاخر بالتزامه أو إذا اصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا طبقا لنصوص المواد من ١٥٧ إلى ١٦٠ من القانون المدني، مما مؤداه ان الحق في طلب حل الرابطة العقدية وفقا لهذه النصوص باعتبارها مكملة لإرادة المتعاقدين ثابت لكل متعاقد بنص القانون، ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشترطه ولا يجوز حرمانه منه أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح، وعقد القسمة شأنه في ذلك شأن سائر العقود التبادلية"[٦٥].

فلا تنهض الاعتبارات العملية، من استقرار القسمة والرغبة في رعاية جانب باقي المتقاسمين الذين يضر بهم الفسخ دون مبرر حجة يرتكز عليها القضاء الفرنسي لاستبعاد القسمة من الخضوع لأحكام القواعد العامة في الفسخ خصوصاً، وان الحكم بالفسخ ليس وجوبياً كما ورد في النص بل يجوز للقاضي ان يرد دعوى طلب الفسخ إذا وجد ان ما لم يوف به المتقاسم قليل الاهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته خصوصاً وان القضاء الفرنسي نفسه، وهو الذي يستعبد فسخ القسمة بوجه عام يأخذ بصحة اشتراط الفسخ في القسمة[٦٦].

([٦٤]) ينظر ما يقابلها المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري.

([٦٥]) طعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٦٠ قضائية، جلسة ١٩٩٥/٤/٥، مكتب فني، سنة ٤٦، قاعدة ١١٦، ص٥٨١، موقع محكمة النقض المصرية.

([٦٦]) د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٩، ص ٤٧٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

وان الاعتبارات العملية التي ساقها وتذرع بها القضاء الفرنسي لم تكن تقتضي تبرير مبدأ عام بعدم جواز الفسخ في القسمة، بل كان الأولى ان يتركها لتقدير القضاء، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء القسمة منها[٦٧].

ولا وجه كذلك لتبرير استبعاد الفسخ في القسمة بصفتها الكاشفة، فليس الفسخ قاصر على التصرفات الناقلة وحدها وليس في الصفة الكاشفة للقسمة ما ينفي امكان وجود التزامات متبادلة بين اطراف عقد القسمة، وحينئذ لا مناص من تمكين كل منهم من التحلل من التزامه إذا اخل طرف اخر بما يقع من التزام مقابل[٦٨].

أمَّا ان المتقاسم خلف للسلف الأصلي لا للمتقاسمين الأخرين، وان سند تملك النصيب المفرز هو السند الأصلي للملكية الشائعة لا القسمة، فهو لا يغير من الامر شيئاً، إذ تبقى الحقيقة الثابتة وهي أنَّ القسمة قد احدثت جديدا بتحديدها نطاق حق كل من المتقاسمين، فهي وان كانت تستند إلى الحق الثابت لكل منهم منذ ان تملك في الشيوع، الا انها لا تقتصر على مجرد تقرير وجود ذلك الحق، بل هي تعدل في نطاقه، وتلزم كلا من المتقاسمين باحترام النطاق الجديد الذي تحدد لكل من المتقاسمين الأخرين. فإذا اخل متقاسم بما عليه من التزام بدفع معدل القسمة مثلاً، كان من العدل ان يمكن المتقاسم الاخر من التحلل من التزامه باحترام التحديد الجديد عن طريق طلب فسخ القسمة[٦٩].

لم يقرر المشرع المصري في المادة (١/٨٤٤) مدني هذا الخيار للمتقاسم مستحق الضمان، وإنما حصر حقه في الرجوع بالتعويض[٧٠].

([٦٧]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج٨، مرجع سابق، ف٥٨٥، ص٩٧٠ في الهامش؛ د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٢٢، ص٢٧٥.

([٦٨]) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٢٢، ص٢٧٥؛ د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٣٩، ص٤٧٠.

([٦٩]) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ف١٢٢، ص٢٧٥.

([٧٠]) د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، مرجع سابق، ف ٦١٢، ص ٣٦٥، د. جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ف ١٨٤، في الهامش؛ د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي، حق الملكية، مرجع سابق، ص١٩٧.

ويرى جانب من الفقه، عكس هذا الاتجاه، بما يفيد ان القسمة لا تقبل الفسخ ولا الالغاء ما لم يلابسها سبب من أسباب البطلان، وكل ما يترتب على الضمان هو وجوب التعويض فقط لمن اصابه الضرر من بين الشركاء[٧١].

الخاتمة

للقسمة أثر كاشف لناحية إفراز حصة كل متقاسم بعد أن كانت شائعة، فضلاً عن التزام المتقاسمين جميعاً بضمان التعرُّض والاستحقاق فيما بينهم. وقد توصلنا من دراسة الأثر الكاشف لقسمة المال الشائع إلى جملة من النتائج والمقترحات، نذكرها بالتفصيل على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- يمنح حق الملكية للشخص (المالك) حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء، ويمنع في ذات الوقت الغير الاستئثار بالعناصر التي سبق ذكرها.

٢- تنقسم الملكية- من ناحية المحل- إلى قسمين رئيسيين، هما: الملك التام، والذي يتضمن ملك العين ومنفعتها، والملك الناقص، وهو الذي يقتصر على ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع فقط.

٣- إلى جانب الملكية المفرزة التي تعتبر الصورة الأساسية للملكية، توجد الملكية الشائعة، إذ- سواء في مجال القانون المدني أم الشريعة الإسلامية - تعود ملكية الشيء إلى عدَّة أشخاص على الشيوع، ولا تحدَّد حصة كل واحد منهم بشكل مفرز.

٤- يلتزم المتقاسمون بضمان التعرُّض والاستحقاق تجاه من وقع الاستحقاق في نصيبه، ويشترط للضمان أن يكون التعرض والاستحقاق قد وقع فعلاً، وأن يكون لسبب سابق على القسمة، فضلاً عن عدم رجوع الاستحقاق للمتقاسم نفسه، وألا يكون هناك سبب أو شرط يعفي من الضمان.

ثانياً: المقترحات

١- من الضروري بالنسبة للمشرع المصري وكذلك العراقي، تطبيق القاعدة المقرَّرة للضمان في عقد البيع المتضمنة رجوع المتقاسم على زملائه المتقاسمين الأخرين بالضمان بقيمة الأموال المقسومة وقت الاستحقاق لا وقت القسمة، إذ ربما بعد تمام القسمة قد تتغير قيم الاشياء المقسومة.

---

(٧١) د. محمد علي عرفة، حق الملكية، مرجع سابق، ف٣١٩، ص٤٥٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

٢- نقترح على المشرع العراقي، تعديل المادة (١٠٧٦) بإضافة فقرة ثانية لها، تتعلق بضمان التعرُّض والاستحقاق وذلك على غرار ما ورد في المادة (٢/٨٤٤) من القانون المدني المصري التي نصت إلى أنَّه: "غير أنَّه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم نفسه".

قائمة المراجع

أولاً: المصادر العامة

١- جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

٢- د عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، القاهرة، ١٩٥٦.

٣- د. أشرف فايز اللمساوي وفايز السيد جاد اللمساوي، قسمة الملكية الشائعة، ط٣، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥.

٤- د. حسن كيره، أصول القانون المدني، ج١، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥.

٥- د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥.

٦- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، حق الملكية في ذاته، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٣٨٠هـ-١٩٦١.

٧- د. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، معهد الدراسات والبحوث العربية، القاهرة، ١٩٥٩.

٨- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٩- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٨، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.

١٠-د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام ط٥، بغداد، مطبعة نديم، ١٩٧٧.

١١-د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، ط٣، ١٩٧٧، بغداد، دار الحرية للطباعة.
١٢-د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١٠، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٣م.
١٣-د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
١٤-د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٤، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.
١٥-د. محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد، حق الملكية شرح مقارن على النصوص، ط١، القاهرة، ١٩٤٩.
١٦-د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ج١، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٢.
١٧-أشرف فايز اللمساوي وفايز السيد جاد اللمساوي، قسمة الملكية الشائعة، ط٣، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥.
١٨-د. محمد كامل مرسي شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩.
١٩- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨.
٢٠-شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج١، حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩م.

ثانياً: المصادر الخاصة

١-د. احمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، ط٢، مكتبة عين شمس، ١٩٨٠.
٢-د. احمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط٢، ٢٠٠١.
٣-د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ط ٢، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٦١.
٤-د. انور العمروسي، الملكية واسباب كسبها، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠١٢م.

(ISSN: 2537 - 0758)

٥- د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦.
٦- د. جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دار طيبة للنشر، القاهرة.
٧- د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٨- د. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.
٩- د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
١٠-د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، ط٤، منشورات العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
١١-د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦.
١٢-د. عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، القاهرة، ١٩٨٧م.
١٣-د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
١٤-د. محمد المنجي، دعوى القسمة، بدون ذكر دار ومكان وسنة النشر.
١٥-د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٦-د. محمد علي عرفة، حق الملكية، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٤.
١٧-د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.
١٨-د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
١٩-د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، ١٩٩٩.