

بحث

فى

الأحكام العامة للملكية الشائعة

سوريا

تعريف الملكية الشائعة :-

تعرف المادة ٧٨٠ الشيوخ بقولها :-

(إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصّة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوخ). فالشيوخ هو صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة أشخاص، دون أن تتركز حصّة كل منهم في جانب منه بالذات، وإنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته.

فحق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوخ، بين عدة أشخاص، بحيث يكون لكل منهم فيه نصيب معين كالثلث أو النصف أو الربع، ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير منقسم، ولو كان، في الأصل، قابلاً للانقسام، فإذا ما تمت القسمة، أصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة، يستأثر بها مادياً، دون غيره من الشركاء والأصل أن تعين حصص الشركاء عند بدء الشيوخ. فإذا لم تعين، أو قام الشك حول تعيينها، عدت متساوية، وبذا تقضي المادة ٧٨٠ إذ تقول (و تحسب الحصص متساوية، إذا لم يقد دليل على غير ذلك).

تمييز الملكية الشائعة عما يشته به

يتعين تمييز الشيوخ عن غيره من صور الملكية التي قد تختلط به . و الضابط في ذلك أنه حيث لا يوجد شيء واحد مملوك، في وقت واحد، لعدة أشخاص لا يمكن أن يقال إن هناك شيوخاً. وفي ضوء ذلك، لا تعد ملكية الطبقات ملكية شائعة، لأنها غير شائعة في بعض أجزائها. كما هو الحال في بناء ذي طبقات متعددة، يملكها عدة أشخاص، حيث كل واحد من هؤلاء يملك على سبيل الانفراد الطبقة العائدة له، و يملك على سبيل الشيوخ الأرض و ملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك (م٨١١)، فملكية الطبقات لا تتمحض إذن، ملكية شائعة، بل هي مزيج من الملكية الفردية و الملكية الشائعة. كما أن ترتيب حق عيني متفرع عن حق الملكية كانتفاع أو ارتفاع، لا يترتب عليه قيام الشيوخ بين المالك و صاحب هذا الحق، لأن لكل منهما حقاً يختلف عن الآخر من حيث محله، في حين أن الملكية الشائعة ترد على محل واحد.

ويلاحظ، أخيراً، أن أموال الشركة لا تعد مملوكة للشركاء على الشيوخ، بل هي مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً، له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، إذ متى قدم كل شريك نصيبه، فقد حقه العيني عليه، لينتقل إلى الشركة، و تحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه. ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوخ، إلا بعد انحلال الشركة و تصفيتها.

أسباب الشيوخ

إن كل سبب يصلح لكسب الملكية المفردة يصلح، في الوقت ذاته، لكسب الملكية الشائعة، إذا ما تعلق بعدة أشخاص في آن واحد.

أ - فقد ينشأ الشيوخ بالتصرف القانوني، كالعقد (كان يشتري شخصان أو أكثر داراً على الشيوخ) أو الوصية (كان يوصي شخص لاثنتين أو أكثر بأرض الشيوخ).

ب - وقد ينشأ الشيوع بالواقعة القانونية ، كالميراث، و الحيازة، و الاستيلاء، و الالتصاق، ويعد الميراث أكثر أسباب الشيوع وقوعاً في العمل، إذ يترتب على وفاة الشخص - وله في العادة أكثر من وارث - تملك ورثته لأمواله على سبيل الشيوع كل بنسبة حصته الإرثية.

ج - وقد ينشأ الشيوع بالحيازة (كأن يحوز شخصان أو أكثر أرضاً حيازة مشتركة بريئة من العيوب ، و بوجه خاص عيب اللبس ، الذي قد يشوبها عادة، نتيجة مخالطة يد الحائز غيره من المشتاعين، ر:ف٥٧)، وقد ينشأ الشيوع أيضاً بالاستيلاء (كأن يستولي عدة أشخاص على منقول لا مالك له)، أو الالتصاق (كأن يملك ملاك على الشيوع، بحكم الالتصاق ، البناء الذي أشاده الغير في أرضهم).

سلطات الشريك المشتاع على الملكية الشائعة

تخول الملكية الشائعة أصحابها سلطات متعددة . وهي سلطات تخضع ، في ممارستها ، لقيود متبادلة بين الشركاء، نظراً لوقوعها على محل واحد . وهذا هو الفارق الأساسي بين الملكية المفردة و الملكية الشائعة .

استعمال المال الشائع

للمالك في الأصل ، حق استعمال ما يملكه ، على الوجه الذي يراه ، وسواء أكان هذا الاستعمال مألوفاً يتفق و طبيعة الشيء أو غير مألوف و لكن نظراً لأن المشتاع لا يستأثر وحده بالشيء المشاع ، فإن سلطته في استعمال الشيء ، يجب أن تقتيد بحقوق باقي الشركاء. ولذا تنص المادة ٧٨١ على أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، و أن يستولي على ثمارها ، و أن يستعملها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء) ، ولذا يجب على الشريك أن يستعمل العين الشائعة الاستعمال الذي يتفق و طبيعتها، فإذا كانت طريقاً ، مثلاً، استعمله للمرور، دون أن يكون له الحق في أن يبني فيه ، لأن من شأن البناء إعاقة مرور بقية الشركاء ، و إذا كانت بئراً ، استطاع كل شريك أن يستقي منها، و إذا كنت بحيرة ، كان لكل شريك أن يصطاد فيها.

ويُراعى أن الشيء الشائع إما أن يكون قابلاً للاستعمال المشترك كما في الأمثلة المتقدمة. و هي أمثلة نادرة الوقوع في العمل. و إما أن يكون غير قابل للاستعمال المشترك ، و في هذه الحالة - و هي الحالة الغالبة - يثور السؤال عما إذا كان يجوز للشريك أن يستأثر باستعمال الشيء أو جزء منه ؟

ليس ثمة شك في أنه يجوز للشريك أن يستأثر باستعمال المال الشائع باتفاق الشركاء، كما في قسمة المهايأة. أما فيما عدا ذلك ، فليس للشريك أن يستقل باستعمال المال الشائع .

(و يظل للشريك في المال الشائع حق استعماله ، ولا يحبس عنه، إلا إذا ثبت الاستعمال غير المشروع ، أو كانت المصالح من استعماله قليلة الأهمية تجاه الضرر الذي ينشأ عن الاستعمال).

قسمة المهايأة (أو قسمة المنافع)

تعريف قسمة المهايأة :-

هي التي يتفق فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم . و قد عرض لها المشرع في المواد (٨٠٠ - ٨٠٤) و هي نوعان :

المهايأة المكانية : وهي تتحقق بإجماع الشركاء على اختصاص كل واحد منهم بمنافع جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته . وقد عرفت المادة ٨٠٠ هذا النوع من القسمة بقولها : (في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز، يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه ، في مقابل ذلك، عن الانتفاع بباقي الأجزاء). (كما لو تهاياً اثنان في الأرض المشتركة، على أن يزرع أحدهما نصفها و الآخر نصفها

الآخر ، أو في الدار المشتركة ، على أن يسكن أحدهما في طرفها ، و الآخر في الطرف الآخر ، أو أحدهما في فوقانيها و الآخر في تحتانيها، أو في الدارين المشتركتين ، على أن يسكن أحدهما في الواحدة، و الآخر في الأخرى (١١٧٦م مجلة) . و قد كانت المجلة تقر قسمة المهايأة المكانية ، كما كان القضاء السوري يأخذ بصحتها .

أحكام المهايأة

أولاً - استلزام الإجماع :-

إن قسمة المهايأة لا تتم إلا بإجماع الشركاء. وهذا على خلاف الأصل المقرر في إدارة الشيء الشائع ، حيث تكفي الأغلبية كما سنرى، و يرجع الفرق إلى ما للمهايأة المكانية من شأن أحيانا ، إذ تنقلب إلى قسمة نهائية ، إذا استمرت خمس عشرة سنة (٢/٨٠٠م) فلا يجوز ، تبعا لذلك ، الاستغناء عن موافقة الأقلية ، مهما قل عددها ، و يترتب على ذلك أن القضاء لا يملك الأمر بالمهايأة جبرا على بعض الشركاء.

ولم يخرج المشرع على هذا الأصل ، إلا في المهايأة الممهدة للقسمة النهائية، حيث يكون للقاضي الابتدائي ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن يحكم بها بعد الاستعانة بخبير ، عند الاقتضاء (ر: ف ١٨٩).

ثانياً - مدة المهايأة :-

سوى المشرع بين الحد الأقصى لمدة المهايأة ، وبين المدة التي لا يجوز الاتفاق مقدماً على البقاء في الشيوع لأكثر منها، و هي خمس سنين، فنص على أنه : (لا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين ، فإذا لم تشتط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يبلغ الشريك شركاءه (بكتاب مضمون ، أو بطريقة رسمية أخرى)، قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر ، أنه لا يرغب في التجديد (٩/٨٠٠م).

ولم يخرج المشرع ، على هذا الأصل إلا في المهايأة الممهدة للقسمة النهائية ، التي لم يحدد لها مدة معينة ، بل هي تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

ويُراعى أن الاتفاق على قسمة المهايأة لا يحول دون أن يكون للشريك الحق في طلب القسمة النهائية ، قبل انقضاء هذه المدة .

ثالثاً - تحول المهايأة إلى قسمة نهائية :-

إن المهايأة المكانية الواقعة على منقول، أو عقار لم يجر تحديده و تحريره تنقلب إلى قسمة نهائية ، ما دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (٢/٨٠٠م) . ولهذه القاعدة ما يسوغها ؟

وذلك لأن (المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة ، دون أن يرغب أحد في إنهاؤها، هي خير قسمة نهائية ، يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها ، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة ، و اطمأنوا إلى نتائجها. فإن كانوا يريدون غير ذلك ، فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية).

ويتم تحول المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون ، لا بمقتضى إرادة المتقاسمين. وعلى ذلك ، لا تسري على هذه القسمة الأحكام الخاصة بالقسمة الرضائية ، فهي تتم، ولو كان بين الشركاء ، عند الاتفاق على المهايأة ، من لم تتوافر فيه الأهلية. كما أنها لا تخضع لأحكام نقض القسمة بسبب الغبن (ر: ف ٢٢٩).

رابعاً - المهايأة المستندة الى الحيازة الطويلة المكسبة للملكية :-

(إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة (م/٨٠٠/٢)، فلا يكلف إثبات حصول هذه القسمة ، ولا تقديم السند المثبت للإنفاق عليها ، فإذا قامت هذه القرينة، أمكن الشريك الحائز أن يحول قسمة المهايأة ، بعد مرور خمس عشرة سنة، إلى قسمة نهائية . ونشير أخيراً إلى أنه من المتعين تسجيل القسمة في السجل العقاري إثر انتهاء المدة في الحالتين أنفتي الذكر (ر:ف ٥١٨).

المهايأة الزمانية :-

وهي التي يتفق فيها الشركاء (على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته /م/٨٠١/). كما لو تهايا اثنان، يملكان الدار المشتركة بينهما مناصفة ، على أن يسكنها بالمنوبة هذا سنة و الآخر سنة، و أغلب ما تكون هذه المهايأة في المنقولات . و تختلف المهايأة المكانية عن المهايأة الزمانية في أن القانون لم يحدد للثانية زمناً معيناً لا يجوز تجاوزه، ويرجع ذلك إلى أن المهايأة الزمانية ، بخلاف المهايأة المكانية ، لا تتحول إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة سنة.

المهايأة الممهدة للقسمة النهائية :-

تنص المادة ٨٠٣ على أن :-

(١ - للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية ، على أن يُقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، تظل هذه القسمة نافذة ، حتى تتم القسمة النهائية .

٢ - فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضي الابتدائي ، إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء ، أن يحكم بها ، بعد الاستعانة بخبير ، إذا اقتضى الأمر ذلك).

وظاهر من النص السابق أن المهايأة الممهدة للقسمة النهائية تتميز عن المهايأة العادية من حيث أنها لا تستلزم إجماع الشركاء ، ومن حيث أنها غير محددة بمدة معينة، إذ هي تظل باقية حتى تتيسر القسمة النهائية ، وبذا يجنب المشرع الشركاء مغبة تعنت أحدهم في رفضه إجراء المهايأة . ويقضي على المنازعات، التي قد تحصل بين الشركاء ، في فترة انتظار القسمة النهائية ، وهي فترة قد يطول أمدّها.

حظر المهايأة في الأراضي الزراعية :-

لما كان الشريك المتهاياً ينصرف إلى استثمار خيرات الأرض الزراعية إلى أقصى حد ممكن ، أثناء حلول نوبته، مما يؤدي إلى إضعاف قوة هذه الأرض الإنبائية ، فقد استبعد المشرع الأراضي المعدة للزراعة من نطاق المهايأة ، وبهذا قضى القرار ٢٧١ تا ١٠/٣/١٩٢٦ (م) الذي نص على منع المهايأة (في أراضي الفلاحة و الكروم و الجنائن).

وقد جاء القانون المدني عام ١٩٤٩ (م/٨٠٤) مؤيداً لهذا المنع ، فنص على أن (النصوص الواردة في القوانين الخاصة بشأن المهايأة في الأراضي الزراعية تبقى نافذة). و عليه ينحصر نطاق المهايأة في قانوننا المدني في المنقولات و العقارات غير المعدة للزراعة.

على أنه يلاحظ أن منع المهايأة في الأراضي الزراعية ، لئن كان من شأنه صون قوة الأرض الإنبائية ، فهو من جهة أخرى ، يعرقل الانتفاع بالأراضي الزراعية المشاعة ، ذلك لأن إجراء القسمة النهائية ، في هذه الأراضي ، ليس بالأمر اليسير ، لا سيما عندما تشمل أراضي القرية بكاملها و يشترك فيها عدد من الشركاء لا حصر لهم. ولذا بقيت المهايأة هي الحل المؤقت الوحيد ، الذي يمكن من استثمار الأراضي المشاعة، و هو ما كان واقعاً بالفعل فكان منطق الواقع أقوى من منطق القانون ، و هكذا ظلت المهايأة مستمرة بالأراضي الزراعية بالفعل ، على الرغم من النص القانوني المانع.

خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار :-

يعد كل شريك في قسمة المهايأة مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه ، في وقت واحد . وعلى ذلك تكون المهايأة ضرباً من (المبادلة) على حد تعبير المجلة (م ١١٧٨) . ومن أجل ذلك ، فقد أوجب المشرع تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة بنوعيتها ، فقال في المادة ٨٠٢ مدني : (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين و حقوقهم ، و التزاماتهم و طرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) .

إدارة المال الشائع

إن إدارة المال الشائع لا تتيسر ، في الأصل ، إلا بإجماع الشركاء . بذلك صرحت المادة ٢٨٢ بنصها على أن (إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك) . وظاهر أن اشتراط الإجماع في إدارة المال الشائع يعرقل استغلاله ، و يحول دون الإفادة منه ، على الوجه الأكمل ، لاختلاف الشركاء في وجهات نظرهم ، و لذا كان الشيوع من الأوضاع غير المرغوب فيها . ولقد عمد المشرع إلى علاج محاذيره في القانون المدني ، فنظم الملكية الشائعة تنظيماً ، اعتد فيه بإرادة أغلبية الشركاء ، وقد جرى القانون المدني ، فيما وضعه من قواعد ، على التفرقة بين أعمال الإدارة المعتادة و أعمال الإدارة غير المعتادة :

أعمال الإدارة المعتادة

يقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا ترمي إلى تغيير أساسي ، أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع (كإيجار الأرض المشاعة ، أو زرعها) . وقد ورد النص على حكمها في المادة ٧٨٣ ، وهي تقرر القواعد التالية :-

١ - ما يستقر عليه أغلبية الشركاء ، في أعمال الإدارة المعتادة ، يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فلو قرر عدد من الشركاء ، يملكون أكثر من النصف ، إيجار الدار التي يملكونها على الشيوع ، فقرارهم ملزم لبقية الشركاء . وواضح أن حساب الأغلبية ، على هذا النحو ، قد يفضي إلى استئثار أحد الشركاء بإدارة المال الشائع الإدارة المعتادة ، إذا كان يملك أغلبية الحصص فيه . فإذا ما تعسف في استعمال حقه ، كان للأقلية أن تطعن في القرار الصادر منه ، أو أن تطالب بالقسمة ، وفض الشيوع .

٢ - (لأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما لها أن تضع للإدارة ، و لحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً ، يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً ، سواء أكان الخلف عاماً أم خاصاً (م ٢/٧٨٣) .

٣ - (إن لم تكن ثمة أغلبية - كما لو كانت حالة الشيوع قائمة بين مالكين يملك كل منهما نصف المال الشائع - ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ التدابير ما تقتضيه الضرورة ، و لها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع) . ويتم تعيين المدين من قبل المحكمة في جلسة علنية ، لا في غرفة المذاكرة .

للمحكمة أن تتدخل ، أيضاً حتى في حال توافر الأغلبية .

كما لو أقدمت هذه الأغلبية على تسلم المال الشائع ، و أخرجت الآخرين منه ، وانفردت باستعماله ، (مما يترتب معه على القضاء إلزام أغلبية الشركاء باتخاذ الإجراءات ، التي تحقق حسن إدارة العقار ، بشكل يكفل مصالح جميع الشركاء ، بأن يعهدوا لواحد منهم ، أو من غيرهم ، بإدارة المال الشائع الإدارة المعتادة) .

٤ - (إذا تولى أحد الشركاء الإدارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم (م ٢/٧٨٣)) في الإدارة ، بمقتضى وكالة ضمنية تستفاد من سكوتهم . وعلى هذا الشريك أن يولي باقي الشركاء بالمعلومات عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة . وليس له أن يستعمل المال الشائع لصالح نفسه . كما أنه يترتب عليه أن يقدم حساباً عن أعمال وكالته . فإذا ما أعطى الأرض مزارعة إلى أحد المزارعين ، لقاء حصة معينة من محصولها ، كان عليه أن يؤدي لشركائه ما يصيبهم من غلال الأرض .

ونشير إلى أن اعتبار الشريك الذي ينفرد بعمل من أعمال الإدارة وكيلاً عن الباقيين بحكم المادة ٣/٧٨٣ مقصور على أعمال الإدارة المعتادة و ليس شرطاً لقيام وكالة الشريك القائم بعمل الإدارة أن يسكت جميع الشركاء الباقيين ، كما قد يدل على ذلك ظاهر النص، بل يكفي أن يعلم به ، فلا يعترض عليه ، من الشركاء من يملك مع الشريك أغلبية الأنصبة ، لأن حق الإدارة لا يلزم لثبوته الإجماع ، بل يكفي توافر الأغلبية . و على ذلك إذا أجر أحد الشركاء المال الشائع، و علم بذلك باقيهم، ولم يعترض عليه سوى نفر قليل منهم ، فإن ذلك لا يمنع من نفاذ الإيجار في مواجهة الجميع، حتى من اعترض ، ما دام أن المؤجر ، ومن لم يعترض ، كانوا يملكون معا الأغلبية المطلقة للأنصبة. وينفذ عمل الوكيل غير المعترضة ، و النيابة عن الأقلية عملاً بالمادة ١/٧٨٣ التي تلزم الأقلية برأي الأغلبية .

و إذا استقل أحد الشركاء بتأجير العين المشاعة ، بالرغم من اعتراض الأكثرية ، فلا ينفذ الإيجار في حق باقي الشركاء، و إنما يحق لهم أن يطالبوا بإخلاء العين المؤجرة، ما لم تكن من المباني و الأراضي غير الزراعية ، فعندئذ تطبق عليها تشريعات الإيجار الاستثنائية .

أعمال الإدارة غير المعتادة

يراد بأعمال الإدارة غير المعتادة الأعمال التي تهدف إلى إحداث تغيير أساسي في الغرض الذي أعد له المال الشائع (كإحداث بناء جديد في أرض زراعية، أو هدم منزل قديم و إعادة بنائه لجعله أصلح للاستغلال ، أو تحويل غرف منزل يطل على شارع رئيس إلى مخازن ، أو حفر بئر في أرض زراعية).

التفرقة بين أعمال الإدارة المعتادة و أعمال الإدارة غير المعتادة :-

ويلاحظ أن التفرقة بين أعمال الإدارة المعتادة و أعمال الإدارة غير المعتادة قد تدق في العمل و قد ورد النص على حكم الأعمال الأخيرة في المادة ٧٨٤، وهي تقرر القواعد التالية :-

١ - (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية ، و التعديل في الغرض الذي أعد له ، ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يبلغوا قرارهم إلى باقي الشركاء بكتاب مضمون ، أو بطريقة رسمية أخرى).

٢ - لمن خالف من الشركاء الحق في الرجوع إلى القضاء خلال شهرين من تاريخ التبليغ ، للاعتراض على قرار الأغلبية. فإن فاتت هذه المدة دون اعتراض. أصبح القرار نهائياً.

٣ - للمحكمة ، عند الرجوع إليها ، الخيار بين أحد حلول ثلاثة:-

(أولاً) فهي إما أن تلغي قرار الأغلبية

(ثانياً) و إما أن توافق على هذا القرار دون اتخاذ أي تدبير

(ثالثاً) و إما أن توافق على هذا القرار، مع اتخاذ ما تراه مناسباً من التدبير. كما لو ارتأت إعطاء المخالف من الشركاء كفالة ، تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التي تلحق به من جراء تنفيذ قرار الأغلبية. وبذا يكون المشرع قد أخضع حق الأكثرية في الإدارة غير المعتادة إلى رقابة قضائية، تكفل حقوق الأقلية ، وتوفق بين مصلحتها من جهة ، ومصلحة الأكثرية في تسحين الانتفاع بالمال الشائع، و جعله أصلح للاستغلال من جهة أخرى.

نفقات إدارة المال الشائع :-

تنص المادة ٧٨٦ على أن (نفقات إدارة المال الشائع... يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك). على أن المحكمة لا تلزم الشركاء المعارضين بنفقات الإدارة غير المعتادة، التي أنفقتها أحد

الشركاء ، إلا بعد أن تثبت من قيامه بالتبليغات المقتضية ، ليتمكن شركاؤه من ممارسة حقهم بالاعتراض لدى القاضي المختص ، على ما اعتزم شريكهم إجراءه من أعمال ، إذا شاءوا ذلك.

حفظ المال الشائع

إن أعمال الحفظ منها ما هو من قبيل الحفظ المادي (كترميم العقار الشائع ، و صيانتة ، وقطف ثماره عند موعدها) ، و منها ما هو من قبيل الحفظ القانوني (كما لو دفع أحد الشركاء الضرائب المترتبة على المال الشائع ، أو نزع يد الغاصب عنه، أو أقام الدعوى ليقطع التقادم في مواجهة من يحوز المال الشائع بنية تملكه) وواضح أن هذه الأعمال تطلب الإنجاز السريع، ولذا فقد سمح المشرع لكل شريك بأن يستقل بالقيام بها دون توقف على رضا الشركاء الآخرين . وقد نصت المادة ٧٨٥ على هذا بقولها : (لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، لو كان ذلك بغير موافقة بقية الشركاء).

ولا تعد أعمال التحسين من قبيل أعمال الحفظ ، بل هي من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة . وعلى ذلك يمتنع على الشريك ، ولو كان مالكا لأكثرية السهام ، أن يقوم بها قبل إبلاغ شركائه بما اعتزم إجراءه من تحسينات ، على النحو الذي رأيناه عند دراسة سلطة الشريك في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة (ر:ف:١٩٤).

نفقات حفظ المال الشائع و تكاليفه :-

في المجلة :-

القاعدة أن الشريك ، إذا عمّر الملك المشترك (القابل للقسمة)، دون إذن شريكه ، و إذن الحاكم يكون متبرعاً . (م١٣١١) ، لأنه إذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة ، فيمكن للطالب التعمير أن يرفع الأمر إلى القاضي، و يطلب القسمة، فإذا عمّر ، دون إذن شريكه ، فلا يكون مضطراً إلى العمارة ، فيعد متبرعاً. بخلاف (غير القابل للقسمة) كالطاحون و الحمام . ففي هذه الحالة ، إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك ، دون إذن شريكه ، و إذن الحاكم كان له أن يرجع على شريكه بما أصابه من قيمة البناء.

في القرار ٣٣٣٩ :-

تنص المادة ٢٢ من القرار ٣٣٣٩ على إلزام كل شريك في عقار شائع (بدفع ما يصيبه ، بالنسبة لحصته ، من نفقات الإدارة و الترميم و المحافظة).

في القانون المدني :-

أقرت المادة ٧٨٦ من القانون المدني الحكم الوارد في القرار ٣٣٣٩ ، فنصت على أن (نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه ، و الضرائب المفروضة عليه و سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك). ويرجع الشريك على شركائه بما أنفق على المال الشائع ، بقدر حصته كل منهم ، ولو كان قام بعمله دون موافقتهم (م٧٨٥) ، ذلك أن الشريك يعد في هذه الحالة ، نائباً نيابة قانونية عن باقي الشركاء. بسبب أن القانون قد خوله حق الانفراد بأعمال الحفظ.

ويجوز لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع ، استناداً إلى القواعد العامة ، التي تجيز التخلي عن الحق العيني.

ولا تعد أعمال التحسين من قبيل أعمال الحفظ (ر: ف١٩٦) و على هذا فإن مدى حق الشريك في الحصول على ما أنفق يختلف في الحالين. ففي حين أن الشريك يتقاضى في حالة قيامه بأعمال الحفظ ، قيمة ما أنفق فإنه ، في حالة قيامه بأعمال التحسين، لا يتقاضى قيمة ما أنفق ، و إنما يتقاضى فقط تعويضاً عن التحسين الذي حصل للعقار بسبب البناء (ر: ف٣٢٦).

التصرف في المال الشائع

إن التصرف في المال الشائع ، إما أن يتم بصورة جماعية أو بصورة فردية.

التصرف الجماعي له حالتان هما:-

(١) إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع

(٢) اتفاق أغلبية خاصة منهم على هذا التصرف.

التصرف الفردي ، فيدخل فيه ثلاث حالات وهم :-

(١) تصرف الشريك في جزء من المال الشائع

(٢) تصرف الشريك في المال الشائع كله

(٣) تصرف الشريك في حصته الشائعة .

ونعرض فيما يلي ، لكل من هذه الصور الخمس على التوالي :-

أولاً - التصرف الجماعي :-

يقصد بالتصرف الجماعي التصرف الصادر بإجماع الشركاء أو باتفاق أغلبية خاصة منهم.

ونعرض ، فيما يلي ، لهاتين الحالتين تباعاً.

الحالة الأولى :- التصرف الصادر من جميع الشركاء :-

من البديهي أن يعد التصرف الصادر بإرادة جميع الشركاء صحيحاً و نافذاً في حق جميع الشركاء، يستوي في ذلك أن يكون التصرف متعلقاً بنقل ملكية الشيء الشائع كله، أو جزء مفرز منه، أو بإنشاء حق عيني أصلي عليه ، كحق الارتفاق ، أو ترتيب حق عيني تبعي عليه، كالرهن.

الحالة الثانية :- التصرف الصادر من أغلبية الشركاء :-

في المجلة :-

الأصل هو اشتراط إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه. ولقد جرت المادة ١٠٧٥ من المجلة على هذا الأصل ، فقررت أن (كل واحد من الشركاء في شركة الملك الأجنبي في حصّة الآخر ، ليس واحد و كيلا عن الآخر، فلا يجوز تصرف أحدهما في حصّة الآخر بدون إذنه). فإذا أرادت أغلبية الشركاء في دار بيع هذه الدار ، تعيين عليها الحصول على موافقة جميع الشركاء على هذا البيع. و إذا ما تعنت أحد الشركاء ، ورفض الموافقة امتنع إجراء البيع، مهما كانت حصّة المخالف زهيدة .

في القانون المدني :-

يسّر مشرع القانون المدني سبيل التصرف في المال الشائع، على غرار ما صنع في مجال أعمال الإدارة ، فاكتمل باشتراط أغلبية خاصة تمكن الشركاء من التصرف في المال الشائع ، بالرغم من معارضة البعض الآخر، و نورد، فيما يلي ، ما وضعته المادة ٧٨٧ من قواعد في هذا الصدد :-

١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، تسوغ القيام به، بالرغم من عدم إجماع الشركاء عليه. كأن تعرض فرصة موثقة يخشى فواتها لبيع العين الشائعة بشروط مغرية، أو كأن يحتاج تحسين العين الشائعة إلى رهنها ضماناً للقرض اللازم

لذلك ، ويجب على الأغلبية المذكورة أن تبلغ قرارها إلى باقي الشركاء بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى.

٢ - ويحق لمن خالف من الشركاء الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين، من تاريخ التبليغ. فإذا فات الميعاد ، دون الرجوع إلى القضاء ، صار قرار الأغلبية نهائياً.

٣ - للمحكمة التي رفع إليها الأمر أن تنظر أولاً في أمر قسمة المال الشائع. فإذا كانت ممكنة ، دون إضرار بمصالح الشركاء ، تعين على المحكمة إجراؤها، أما إذا كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، فإن المحكمة تختار أحد أمرين:-

إما التصديق على القرار ، وإنفاذه، بالرغم من معارضة الأقلية

و إما إلغاءه و إنفاذ رأي الأقلية المعارضة، و ذلك كله بعد الاستهداء بالظروف التي دعت الأغلبية على الإقدام على التصرف و الأقلية إلى الإحجام عنه.

ثانياً - التصرف الفردي :-

إن التصرف من جانب أحد الشركاء إما أن يقع على كل الشيء الشائع، أو على جزء منه، أو على حصة شائعة فيه.

ونعرض لكل من هذه الحالات فيما يلي ، تباعاً :-

الحالة الاولى :- التصرف في (كل) الشيء الشائع :-

إن تصرف الشريك المشتاع في الشيء الشائع كله، أو في مقدار شائع، يزيد على حصته في هذا الشيء، هو تصرف صحيح بين طرفيه، ولكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء. و على هذا لا يكون للمتصرف إليه - لا قبل القسمة ولا بعدها - طلب إبطاله إلا على أساس عيب يشوب إرادته.

ويحق لباقي الشركاء المشتاعين رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الشيء المتصرف فيه. كما يحق لهم إجازة التصرف ، فينفذ عندئذ بحق الجميع، إذا توافرت الأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٧٨.

الحالة الثانية :- تصرف الشريك في (جزء مفرز) من المال الشائع :-

أ - عدم جواز تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته :-

إن تنفيذ تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع ممتنع، من الناحية العملية، ذلك لأن الدوائر العقارية لدينا تأبى قيد حق المتصرف إليه قبل تجزئة العقار. و قد ورد بهذا المعنى ، في المذكرة الإيضاحية للقرار ١٨٨ لعام ١٩٦٢ ، أنه (لا كان للشريك، في الملك المشترك ، حرية التصرف بحقه ، فيأمكنه إحداث رهن، أو تأمين، أو حقوق عينية أخرى عليه، على أن لا يجوز إحداث حق على جزء من العقار إلا بعد قسمته . ولا يجوز، في مثل هذه الحال ، قيد حق من هذا النوع في السجل العقاري ، قبل تجزئة العقار ، و تنظيم الصحيفة العينية للمقسم المجزأ).

ب تصرف الشريك في جزء مفرز من المنقول الشائع :-

ينبغي لتحديد حكم تصرف الشريك ، في جزء مفرز من المنقول الشائع، التمييز بين آثار التصرف فيما بين المتعاقدين من جهة ، و بين آثاره بالنسبة لباقي الشركاء من جهة أخرى.

أولاً - آثار التصرف فيما بين المتعاقدين :-

يجب التفرقة في هذا الخصوص بين آثار التصرف قبل القسمة ، و بين آثاره بعد القسمة :-

١ - آثار التصرف قبل القسمة :-

لم يتعرض المشرع بنص لهذه المسألة. وتبعاً لذلك يخضع هذا التصرف للقواعد العامة في الشيوع . و بمقتضاها يعد الشريك المشتاع الذي تصرف في جزء مفرز من المنقول الشائع قد تصرف فيما يملك ، و يعد تصرفه صحيحاً فيما بين المتعاقدين ، و لكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع . فإذا باع شريك جزءاً مفرزاً من المنقول الشائع، فإن هذا البيع يعد صحيحاً فيما بين المتبايعين ، في كل الجزء المفرز، لصدوره من مالك، ولكنه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ، فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع، في هذا الجزء المفرز . و يترتب على ذلك أن مشتري الجزء المفرز لا يدخل شريكاً مع باقي الشركاء ، حتى في حدود حصته الشريك البائع الشائعة في الجزء المفرز الذي باعه.

ب - آثار التصرف بعد القسمة :-

إذا أجريت القسمة و وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه، و امتنع عليه إبطال التصرف فيه مفرزاً. و ذلك عملاً بالمادة ١٢٥ التي تنص على أنه : (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية) ، إذ بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة ، لم يعد هناك ما يسوغ التمسك بالإبطال . أما إذا لم يقع هذا الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف ، فتطبق عندئذ أحكام المادة ٢/٧٨١ و هي تقضي بأنه : (إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه ، من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة). و ذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه (و للمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف)، لأن انتقال حقه إلى جزء آخر ، غير الذي وقع عليه التصرف ، قد يفوت عليه الغرض الذي دفعه إلى التعاقد، فيثبت له الحق في إبطال التصرف على أساس الغلط.

ثانياً - حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء :-

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من العين الشائعة لا ينفذ في حق باقي الشركاء ، لأن لهؤلاء على العين الحقوق ذاتها. و يترتب على عدم نفاذ هذا التصرف في حق الشركاء ما يلي:-

١ - لباقي الشركاء أن يرفعوا دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه.

٢ - للشركاء الباقين أن يقرروا التصرف إذا كانت حصصهم، بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف، تعادل ثلاثة أرباع قيمة الشيء الشائع (م ٧٨٧).

٣ - إذا آلت ملكية الشيء الشائع كلها للشريك المتصرف بالبيع، أو الهبة، أو الإرث، أو بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه.

٤ - إذا أجريت القسمة ، و وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه.

الحالة الثالثة :- تصرف الشريك في (حصته الشائعة) (م ١/٧٨١) :-

إن من حق الشريك أن يتصرف بحصته الشائعة كما يحلو له ، ولمن يشاء ، لأن موضوع هذا التصرف خالص حقه، لا يزاحمه فيه أحد. وتبعاً لذلك يستطيع الشريك أن ينزل عن حصته كلا أو بعضاً، وكذا له أن يرتب عليها رهناً، أو أن يحملها بحق انتفاع . وإذا ما وقعت هذه التصرفات على عقار ، وجب تسجيلها في السجل العقاري ، حتى تكون نافذة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

انقضاء الشيوخ بالقسمة

أسباب انقضاء الشيوخ :-

ينقضي الشيوخ بانتهاء تعدد المالك، وذلك بقسمة المال المشاع بين الشركاء ، أو باجتماع الحصص كلها في يد شخص واحد . ويتم اجتماع الحصص بشخص واحد إما بالتصرف القانوني (كأن يشتري أحد الشريكين حصته الآخر، أو يوصي أحد الشريكين للآخر بحصته من المال)، أو الواقعة القانونية (كأن يرث أحد الشركاء أنضباء الآخرين، أو يكسب الشخص ملكية الشيء الشائع كله بالتقادم). ففي هذه الحالات، ومثيلاتها، يستقل واحد بملكية المال الشائع كله، فينتهي الشيوخ. أما الطريق الآخر لانقضاء الشيوخ فهو القسمة.

خطّة البحث :-

إن المشرع السوري لا ينظر إلى الملكية الشائعة نظرة ترحيب، لأنه ليس بالنظام المفيد من الوجهتين الاجتماعية والاقتصادية. فهو من جهة، يخلق العديد من المنازعات بين الشركاء، كما أنه يؤدي إلى إضعاف قوة الأراضي الإنشائية، لأن هم الشريك ينصب في العادة، على الحصول على أكبر نفع من الأرض، دون الالتفات إلى تحسين الأرض والعناية بها . ولذا عني المشرع السوري بتنظيم إزالة الشيوخ بالقسمة في مجالين. فهو قد أفرد لها من جهة المواد ٧٨٨ حتى ٨٠٥ (١٨ مادة) من القانون المدني ، كما أنه خصها بأحكام استثنائية أوردها في قوانين خاصة. وعلى ذلك ، سنتكلم :-

أولاً - في أحكام القسمة الواردة في القانون المدني.

ثانياً - في أحكام القسمة الاستثنائية الواردة في قوانين خاصة.

أحكام القسمة الواردة في القانون المدني

القسمة هي سبيل إزالة الشيوخ. و بمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع. ونعرض فيما يلي ، للكلام في الحق في طلب القسمة، وما يرد عليه من يقود ، ثم نتكلم في طرائق القسمة ، وأخيراً في الآثار التي تترتب على القسمة.

الحق في طلب القسمة

خصائص الحق في طلب القسمة :-

إن المشرع لا ينظر نظرة ارتياح إلى الملكية الشائعة، ولذا فهو يجعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي في أي وقت . وعلى هذا تنص المادة ٧٨٨ بقولها : (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع). وحق الشريك في طلب القسمة متعلق بالنظام العام. فلا يمكن النزول عنه، كما أنه لا يسقط بالتقادم . فللشريك أن يمارسه ، في أي وقت، مهما مضى من الزمن على قيام حالة الشيوخ.

وهو حق لا يتأثر بتنظيم العقار، أو بوجود حق الانتفاع ، كما لا يتأثر بوجود حصته شائعة للوقوف ، أو حصته شائعة لتركيب (ر:ف:١١٧) ، هذا إلى أن (عدم إجراء الورثة معاملة الانتقال لحصصهم لا يحول دون مطالبة سائر الشركاء بقسمة العقار، على أن تبقى حصته الشريك المتوفى باسمه).

هذا ويشترط الحصول على إذن من القاضي يجيز إزالة شيوخ حصة القاصرين فيه لأن دعوى إزالة الشيوخ قد تؤدي إلى بيع العقار.

تقييد الحق في طلب القسمة :-

يرد على حق طلب القسمة ثلاثة أنواع من القيود. وهذه القيود إما أن تصدر عن الاتفاق ، أو القانون ، أو طبيعة الشيوخ. وعلى ذلك نص المشرع فقال (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ ، بمقتضى نص أو اتفاق (م ٧٨٨) و (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمة ، إذا تبين، من الغرض الذي أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ (م ٨٠٥) ونستعرض فيما يلي ، هذه القيود تباعا:-

أ - القيد الاتفاقي :-

يجوز للشركاء أن يتفقوا على البقاء في الشيوخ مدة معينة، ويجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الشرائط الآتية :-

١ - يجب أن ينعقد إجماع الشركاء على البقاء في الشيوخ ، وإلا كان اتفاقهم لغواً.

٢ - يجب أن يرد هذا القيد في اتفاق ، لا في وصية. ذلك لأن الالتزام بالبقاء في الشيوخ يجب أن يصدر عن إرادة الشركاء أنفسهم ، لا عن إرادة غيرهم.

٣ - يجب أن يكون هذا القيد مؤقتاً . وقد حدد له المشرع في المادة ٧٨٨ حداً أقصى هو خمس سنوات . فنص على أنه (لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين).

و أوضح أنه (إذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة ، نفذ الاتفاق في حق الشريك، وفي حق من خلفه). ومفادها هذا النص أن الأجل إذا كان لا يجاوز الحد الأقصى، كان صحيحاً و ملزماً للشركاء. أما إذا كان يجاوز الخمس سنوات، فإنه ينفذ في حدود الخمس سنوات فقط. ويبطل فيما عداها، ما لم يتبين أن المدة المتفق عليها لا تنفصل عن جملة العقد، بمعنى أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق دون هذه المدة بكاملها ، وعندئذ يبطل الشرط و العقد معا (م ١٤٤).

وتجدر الإشارة إلى أن مدة الخمس سنوات هي قابلة للتجديد. أي أن للشركاء ، بعد انقضاء مدة الخمس سنوات، أن يتفقوا على مدة جديدة. ولكن لا يصح الاتفاق مقدماً على أن يتجدد الاتفاق بعد انقضاء مدته لمدة متعاقبة . ويترتب على هذا الاتفاق منع طلب القسمة العينية ، ومنع طلب بيع العقار لعدم إمكان قسمته. وهو لا يسري على الشركاء الذين عقده فحسب، بل يسري في حق خلفائهم أيضاً.

ونشير أخيراً إلى أن ملكية الأسرة تنطوي على قيد من القيود الاتفاقية على حق الشركاء فيها في طلب القسمة (ر:ف ٢٥١).

ب - القيود القانونية :-

ثم إن القانون قد يقيد الحق في طلب القسمة. فمن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ١/٨٠٧ وهي تقضي بأنه إذا لم يكن لملكية الأسرة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها، بعد ستة أشهر من تبليغ الشركاء رغبته في إخراج نصيبه (ر:ف ٢٥٠) . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ذاتها من أنه إذا كان لملكية الأسرة أجل معين، كان للقاضي أن يرفض طلب القسمة، إذا لم يكن ثمة مسوغ قوي لذلك (ر:ف ٢٥١).

ج - القيد إلغائي :-

قد ينفر الشيء الشائع بطبيعته، أو بحسب الغاية المعدة لها، من القسمة كالمدافن العائلية. ومن ثم يكون امتناع القسمة، في هذه الحالة، امتناعاً دائماً. ونكون عندئذ في صدد شيوخ جبري أصلي (ر: ف ٢٥٧).

طريقة القسمة

القسمة إما أن تتم بالتراضي أي باتفاق الشركاء أو بالتقاضي أي بحكم قضائي. ونستعرض فيما يلي هذين النوعين من القسمة :-

أولاً :- القسمة الرضائية

شروط القسمة الرضائية :-

إن القسمة الرضائية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعاً. ويشترط فيها تمتع كل منهم بالأهلية الكاملة. كما أنه يتعين تسجيلها في السجل العقاري، إذا وقعت على عقار.

ونعرض فيما يلي لهذه الشروط الثلاث :-

١ - استلزام الإجماع :-

تنص المادة ٧٨٩ / ١ على أن : (لشركاء ، إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها). كما أن المادة ٧٩٠ / ١ المعدلة . ت ٢٤ لعام ١٩٦٦ تنص على أنه (إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم الدعوى بذلك أمام القاضي الابتدائي). وظاهر من هذين النصين أنه إذا تعذر إجماع الشركاء، كأن يكون أحدهم معارضا في إجراء القسمة ، أو كأن يكون غائبا وجب اللجوء إلى القسمة القضائية.

القسمة الفعلية :-

إن إجماع الشركاء إما أن يعبر عنه بصورة صريحة أو ضمنية. وصورة الإجماع الضمني أن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من عقار شائع لم يجر تحديده و تحريره، يوازي حصته ، ثم يتبعه الشركاء الآخرون، فيتصرف كل منهم بحصة مفرزة أيضا تعادل نصيبه . فيعد تصرفهم على هذا الوجه، دالا على رضائهم الضمني بالقسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء.

ويلاحظ ، من وجه آخر، أن القسمة المهيأة، إذا دامت في عقار لم يجر تحديده و تحريره مدة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (ر:ف ١٨٦) ، و إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع، مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهيأة (ر:ف ١٨٧).

٢ - توافر الأهلية الكاملة لدى الشركاء :-

يجب أن يكون الشركاء، في الأصل، كاملي الأهلية. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجب اللجوء إلى القسمة القضائية. وبهذا تنص المادة ٧٨٩ بقولها (فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون).

على أنه يجوز، استثناء، إذا كان لمن لا تتوافر فيه الأهلية ، أو للغائب حصّة شائعة في عقار، أن يعتمد الوصي (على القاصر)، أو القيم (على المجنون أو المعتوه أو السفه أو المغفل)، أو الوكيل القضائي (عن الغائب) بإذن من المحكمة إلى إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء ، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي (م ١٨١ و م ٢٠٦ أحوال) . فلا بد إذن لقيام القسمة الرضائية، في هذه الحالة الاستثنائية من توافر الشريطين التاليين :-

الحصول على إذن القاضي الشرعي بالقسمة ابتداء، و تصديقه على عقد القسمة انتهاء.

٣ - تسجيل عقد القسمة في السجل العقاري :-

إن عقد القسمة الرضائية إذا كان مجله عقاراً محدداً ومحرراً ، وجب تسجيله في السجل العقاري. وهو لا يصبح نافذاً بين الشركاء ، ولا ملزماً للغير ، إلا اعتباراً من التسجيل (القرار ١٨٨ لعام ١٩٦٢ م و م ١١، ور:ف٣٥٨).

ونشير إلى أن عقد القسمة غير المسجل ، لئن كان لا يترتب عليه إزالة الشيوع فإنه ملزم لأطرافه بتسجيله.

تدخل الدائنين في إجراءات القسمة :-

للدائن مصلحة جدية في أن يتدخل في القسمة إلى جانب مدينه ، فيراقب سير إجراءات القسمة، ليحول دون تواطؤ مدينه الشريك مع باقي الشركاء على الإضرار بمصلحته . وصور تواطؤ الشركاء لا حصر لها: منها أن يتفق الشركاء على اختصاص المدين منهم بحصة عينية، تقل عن نصيبه، ثم يكمل نصيبه بنقود ، يسهل تهريبها من وجه الدائنين ، أو أن يرغب الشركاء في تركه أن شريكهم المعسر كان مديناً لمورثهم، توطئاً لخصم هذا الدين الصوري من حصته العينية ، ثم يدفعون إليه الفرق خفية، لتكتم نصيبه الحقيقي. ودفعاً لهذا التواطؤ أقرت المادة ٧٩٦ لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تجري القسمة الرضائية عينا ، دون علمهم ، وتكون المعارضة بإنذار رسمي، يبلغ إلى جميع الشركاء. و يترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.

أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يعارضوا في إجرائها أن يطعنوا عليها، إلا في حالة الغش.

المحكمة المختصة للنظر بالقسمة الرضائية: إن الفصل في تنفيذ وإلغاء العقود الرضائية المبرمة بشأن القسمة يعود للمحكمة الابتدائية.

ثانياً :- القسمة القضائية

القسمة القضائية :-

هي التي تجري بواسطة القضاء، نظراً لاختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، أو لأن أحدهم غائب ، أو غير كامل الأهلية. ويتحتم إجراؤها في الحالات الآتية:

أولاً :- إذا تعذر اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع بصورة رضائية. وعلى ذلك تنص المادة ٧٩٠ /١ بقولها (إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم الدعوى بذلك).

ثانياً :- إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، أو غائب ، ورفضت المحكمة الإذن بإجراء القسمة الرضائية ، أو رفضت التصديق على عقد القسمة (ر:ف٢١٥) . وعلى ذلك تنص المادة ٧٨٩ بقولها (إذا كان بينهم (الشركاء) من هو ناقص الأهلية ، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون).

المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة :-

إن دعوى القسمة القضائية هي من اختصاص المحكمة الابتدائية (م٧٩٠ المعدلة بالمر . ت ٢٤ لعام ١٩٦٦)، و إذا كان العقار مسجلاً في السجل العقاري وجب لسماع دعوى إزالة الشيوع وضع إشارتها على صحيفته .

إذا كان المال المقسوم أرضاً معدة للبناء، يتعين عرض مخطط إفرازها على البلدية لأخذ موافقتها عليه. وبذلك قضى قانون البلديات ١٧٢ لعام ١٩٥٦ (م١١٦) بقوله (لا يجوز تقسيم أو إفراز أو تنظيم الأراضي إلى قطع معدة للبناء ضمن حدود البلدية، بدون مصور، يصدق عليه مسبقاً رئيس البلدية).

ويراعى أن اختصاص القاضي الابتدائي في دعوى القسمة هو اختصاص مطلق، بمعنى أن دعوى القسمة ترفع دوماً أمام المحكمة الابتدائية، سواء أكان الشيء الشائع المطلوب قسمته عقاراً أم منقولاً (م ٦٣ / د أصول). أما من حيث الصلاحية المكانية، فتتعين التفرقة بين ما إذا كان موضوع القسمة عقاراً، أم منقولاً: ففي الحالة الأولى، ترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الابتدائية التابع لها موقع العقار.

وفي الحالة الثانية، تُرفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحد الشركاء. ويصدر حكم القاضي الابتدائي في دعاوى القسمة بالدرجة الأخيرة (م ٧٥ / أصول).

أطراف دعوى القسمة :-

أ - طالب القسمة :-

لكل شريك مشتاع أن يقيم دعوى القسمة، مهما صغرت حصته. وبذلك قضت المادة ٧٨٨ بقولها (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع)، والمادة ٧٩٠ حين قالت (إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم الدعوى بذلك أمام القاضي الابتدائي)، كما أنه يجوز لدائن أحد الشركاء أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه، إذا توافرت شرائط الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٦).

ب - المدعى عليه بدعوى القسمة :-

(إن دعوى إزالة الشيوع تقام على جميع الشركاء، وأصحاب الحقوق العينية، وفق ما هو مقيد في السجل العقاري) ذلك لأن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة فلا بد من دعوة كافة الشركاء، وجميع أصحاب الحقوق العينية، للحضور في هذه الدعوى، فإذا أهملت دعوة أحد الشركاء، كانت القسمة قابلة للنقض.

وإذا كان بين الشركاء غائب، أو كان بينهم من لا تتوفر فيه الأهلية دعي الوكيل القاضي (لتمثيل الغائب) و الوالي أو الوصي (لتمثيل عديم الأهلية، أو ناقصها). أما إذا لم يكن ثمة نائب أصلاً عن هؤلاء، فعلى القاضي أن يطلب من المحكمة الشرعية لترسل من ينوب عنهم، وعلى هذا جرت المادة ٧٩٤ بقولها (إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوفر فيه الأهلية، وجب على القاضي الابتدائي أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها في دعوى القسمة وذلك وفقاً لما يقرره القانون).

ج - تدخل الدائنين :-

للدائنين مصلحة جديدة في التدخل في إجراءات القسمة القضائية. ويهدف هذا التدخل إلى منع غبن مدينهم من الشركاء من جهة، وتفاذي تواطؤ الشركاء على الإضرار بحقوقهم من جهة أخرى (ر: ف ٢١٦).

و تدخل الدائنين في دعوى القسمة القضائية على نوعين : طوعي و اختياري. فالتدخل الطوعي يكون لدائني كل شريك عملاً بالمادة ١/٧٩٦ التي خولت (دائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة ... بغير تدخلهم... في المحكمة أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الدين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش (م ٧٩٦)).

أما التدخل الإجباري، فهو ممنوح للدائنين المرتهنيين وأصحاب حقوق الامتياز، الذين قيدت حقوقهم أصولاً في السجل العقاري، قبل رفع دعوى القسمة. وعلى هذا جرت المادة ٧٩٦ / ١ بقولها (يجب، على كل حال، إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل العقاري، قبل رفع دعوى القسمة).

و إذا ما تم للدائنين المرتهنيين وأصحاب الامتياز إدخاله في القسمة، كان له أن يطلب إلى المحكمة أن تقرر نقل حقه إلى الجزء المفرض، الذي آل إلى مدينه من المال الشائع بنتيجة القسمة، وتحرير باقي الأجزاء المفرضة العائدة لباقي الشركاء من ذلك العيب، ولذلك يصر للدائنين تأمينه من الانتقاص.

و الأصل أن تتم القسمة عيناً، فإذا كان الشيء الشائع غير قابل للقسمة، أو كان من شأن القسمة إحداث نقص كبير في قيمته، عمدت المحكمة إلى بيعه بالمزاد، كي يقسم ثمنه بين الشركاء. وهذه هي قسمة التصفية. وعليه نعرض فيما يلي، للطريقة التي تتم بها القسمة في هاتين الحالتين :

القسمة العينية :-

هي تلك التي يُقسم فيها المال الشائع ، إلى أجزاء مفرزة تتناسب و حصص الشركاء. وهي لا تجري إلا في الأشياء القابلة للتجزئة.

ويُشترط في الشيء القابل للقسمة العينية، أن يظل الانتفاع به ممكناً، بعد تقسيمه، أو أن لا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته.

فالمطاحونة مثلاً ، لا يجوز قسمتها ، لأن منفعتها المقصودة تفوت بالقسمة. هذا، ولا يشترط، لاعتبار المال الشائع قابلاً للقسمة العينية، أن تأتي الحصص المقسومة متساوية تماماً، ذلك لأنه من الممكن التعويض على من حصل على الحصة الأقل بمعدل نقدي على النحو الذي سنراه.

إجراءات القسمة العينية القضائية. ويتعين القيام بها وفق المراحل التالية:-

١ - تندب المحكمة خبيراً أو أكثر - إن رأت وجهاً لذلك - لتقويم المال الشائع و قسمته حصصاً، إن كان المال يقبل القسمة عيناً، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته .

٢ - يقوم الخبير بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ولو كانت القسمة جزئية ، بأن مقصورة على فريق من الشركاء ، يرون الخروج من الشيوع دون الفريق الآخر (٧٩١م) (فإذا كان الشركاء ثلاثة ، وكانت حصصهم هي النصف ، و الثلث ، و السدس ، قسم الخبير المال الشائع أسداساً، فيكون بذلك للشريك الأول ثلاثة أجزاء، و للثاني جزآن ، و للثالث جزء واحد).

وإذا تعذرت القسمة على أساس أصغر نصيب ، جاز للخبير إجراؤها بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتناسب و حصته (فلو أن طابقاً مؤلفاً من شقتين كان شائعاً بين شخصين، بنسبة الثلثين للأول و الثلث للثاني ، و كانت قيمة الشقة الأولى تعادل أربعين ألف ليرة سورية، في حين أن قيمة الشقة الثانية تعادل عشرين ألف ليرة سورية، جاز للخبير أن يخص الشريك الذي يملك ثلثي الطابق الشائع، بالشقة الأولى، و الشريك الذي يملك الثلث، بالشقة الثانية).

و إذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً، عوض بمعدل نقدي عما نقص من نصيبه (٧٩١م / ٢) ففي المثال السابق، إذا فرضنا أن قيمة الشقة الثانية تساوي عشرين ألفاً و تسعمائة ليرة سورية. جرت القسمة على أساس إعطاء الشريك الأول، الذي يملك ثلثي الشقة الأولى مضافاً إليها ستمائة ليرة سورية ، تؤخذ من الشريك الذي اختص بالشقة الثانية).

ويجب التعويض على الشريك الذي يتعدر اختصاصه بنصيبه عيناً بمعدل عما نقص من نصيبه ، سواء أكانت القسمة بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب أو بالتجنيب.

هل يجوز للقاضي اللجوء إلى القسمة بطريق التجنيب؟

والعبرة في تكوين الحصص بقيمة المال الشائع وقت إجراء القسمة. و يُراعى أن لا يجوز للقاضي اللجوء إلى القسمة بطريق التجنيب. إلا إذا تعذر إجراؤها على أساس أصغر نصيب، وإلا كان حكمه عرضة للنقض.

٣ - يفضل القاضي الابتدائي في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، و في كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصه. فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص ذلك القاضي، كان عليه أن يحيل الخصوم إلى

المحكمة ذات الاختصاص، و تقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات (م ٢/٧٩٢ المعدلة بالمرت. ٢٤ لعام ١٩٦٦).

٤ - بعد الفصل في المنازعات ، يصدر القاضي الابتدائي قراره، ويختلف هذا القرار حسب الأساس الذي جرت عليه القسمة.

أ - فإذا كانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدر القاضي الابتدائي حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفروض الذي آلت إليه (م ١/٧٩٣).

ب - وإذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجري القسمة بطريق الاقتراع، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها، و تصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفروض (م ٢/٧٩٣).

القسمة بطريق التصفية :-

وهي تتم عن طريق بيع الشيء الشائع ، و توزيع ثمنه ، متى كانت قسمة هذا الشيء عيناً غير ممكنة، و كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته. وعلى هذا تنص المادة ٧٩٥ بقولها (إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يقرر القاضي بيع المال بالمزاد العلني، بالطريقة المبينة في قانون أصول المحاكمات).

و إذا كان المال الشائع منقولاً و أريد بيعه لعدم إمكان قسمته، تعين اتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع الحجز عليها لدى المدين.

و الأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة ، سواء أكان شريكاً أو من الغير، غير أن المشرع أجاز أن (تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع)، فإن خرج واحد منهم على هذا الإجماع، وجب فتح باب المزايدة أمام الجميع.

وإذا رسا المزاد على أجنبي عن الشركاء ، كان هذا بيعاً فيما بين الشركاء جميعاً و الراسي عليه، و أخذ هذا التصرف حكم البيع .

إما إذا رسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد يأخذ حكم القسمة و تترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على القسمة.

آثار القسمة

تعيين هذه الآثار :-

القسمة النهائية تقضي على الملكية الشائعة ، وتستبدل بها الملكية الفردية المفروزة . ومن ثم كان الأثر الرئيس للقسمة هو الإفراز. وسنرى أن هذا الإفراز يتم على نحو كاشف للحق ، لا ناقل له. ثم إن القسمة تنشد تحقيق المساواة بين المتقاسمين. و لذا فقد أوجب المشرع على المتقاسمين أن يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة. هذا إلى أنه أجاز نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن . وعلى ذلك يتعين علينا معالجة هذه الآثار الثلاثة . فنتكلم على التوالي في الأثر الكاشف للقسمة ، ثم في ضمان التعرض و الاستحقاق ، ثم في نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن.

١ - الأثر الكاشف للقسمة :-

تنص المادة ٧٩٧ على أن (المتقاسم يعد مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، و أنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص). ومفاد هذا النص أن أثر القسمة ينحصر في أمرين :

الأول :- إن المتقاسم يعد مالكا للحصة التي آلت إليه، لا من وقت القسمة، ولكن منذ أن تملك في الشيوع. ولذا صح لنا القول بأن للقسمة أثرا كاشفا. ولو عد المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه، من وقت القسمة، لعدت القسمة ناقلة لحق الملكية، لا كاشفة له.

الثاني :- إن المتقاسم يعد انه لم يملك، في أي وقت، سوى الحصة التي آلت إليه.

وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة. ومنها يبين أن ليس للقسمة أثر كاشف فحسب (أي أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزا في المال الشائع)، بل لها أيضا أثر مستند (أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة).

اختلاف الأنظار الفقهية في أثر القسمة :-

اختلفت الأنظار الفقهية في أثر القسمة إلى ثلاثة آراء :-

(١) رأي يرى أن للقسمة أثرا ناقلا

(٢) رأي يرى أن للقسمة أثرا مزدوجا كاشفا و ناقلا

(٣) رأي يرى أن للقسمة أثرا كاشفا.

وتوجز فيما يلي، هذه الآراء الثلاثة :-

الأثر الناقل للقسمة في القانون الروماني :-

كان الرومان ينظرون إلى القسمة على أنها ناقلة للملكية. وكان تكييفهم للقسمة على هذا النحو يرتبط بتكييفهم لحق الشريك المشتاع أثناء قيام الشيوع. إذ كان كل شريك مشتاع يملك، في نظرهم بقدر حصته الرمزية في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع. على ذلك فإن القسمة عندهم تقوم على مبادلة بين الشركاء، بمقتضاها ينزل كل شريك متقاسم للآخرين عما كان له من حصة في أنصبتهم المقسومة لهم، مقابل تلقيه ما كان لهم من حصص، فيما وقع له بالقسمة من نصيب (إذا كان الشيوع قائما بين شريكين مناصفة، فإنه بالقسمة، وما تقرره لكل منهما من نصيب معين معلوم، ينزل الأول عما كان له من نصف من النصيب المقسوم للثاني مقابل نزول الثاني عما كان له من نصف في النصيب المقسوم للأول). فتمت إذن، بالقسمة مقايضة للحصص الرمزية بين الشركاء، تفضي إلى ملكية خالصة استثنائية لكل منهم على جزء مفرز محدد بدل الملكية الشائعة التي كانت ثابتة لهم معا على الشيء الشائع.

ولقد كان يترتب على هذا التكييف الاعتراف بالحقوق و التكاليف المقررة على الأشياء الشائعة قبل أي من الشركاء ابان قيام الشيوع، و الإبقاء عليها أيا ص كانت نتيجة القسمة. فيتلقى كل متقاسم النصيب المفرز المعين له بالقسمة مثقلا بما سبق أن قرره عليه باقي الشركاء أو بعضهم من مثل هذه الحقوق والتكاليف.

وعلى ذلك فإن الرهن المقرر من أحد الشركاء على حصته في أحد العقارات الشائعة كان يظل قائما، و ساريا على الشريك الذي يقع هذا العقار في نصيبه بالقسمة. وقد يبدو غريبا -أمام هذه النتيجة- إصرار الرومان على تكييف القسمة على أنها ناقلة لحق الشريك المتقاسم. ولكن لم يكن لهذه النتيجة من القسوة عندهم ما لها اليوم، إذ كانوا يفضلون التأمينات الشخصية في ضمان الديون، بحيث كان الالتجاء إلى الرهن العقاري حينئذ أمرا نادرا.

التحول إلى الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسي القديم :-

خالف المشرع الفرنسي القانون الروماني و اعتبر القسمة كاشفة للأسباب التالية :-

أ - كان نظام الإقطاع ، في ظل القانون الفرنسي القديم، يفرض على من يحوز أرضاً أن يدفع لسيد الإقطاع ضريبة عند نقلها إلى الغير. فإذا توفى المنتفع، واقتسم ورثته المال المشاع، وجب على كل وارث أن يدفع ضريبة على نصيبه، نظراً لكون القسمة ناقلة. ولكن رجال القانون أرادوا أن يخففوا على حائز الأرض، فقالوا إن القسمة لا تعد منشئة لحق جديد، ولا ناقلة لحق من شخص إلى آخر، وإنما هي كاشفة.

ب - إن في القول بأن القسمة ناقلة ما يفضي إلى تعدد سند ملكية المتقاسم فيكون مالكا بناء على مصدر الشيوخ (كالإرث مثلاً) و كذا بناء على عقد القسمة (الذي ينزل منزلة عقد المقايضة).

أما إذا عدة القسمة كاشفة ، فإن كل متقاسم يملك حصته التي آلت إليه بناء على سند واحد (هو الإرث مثلاً).

ج - لو كانت القسمة ناقلة ، لكان معنى هذا أن تنتقل إلى كل متقاسم الأجزاء التي تقع في نصيبه مثقلة بما يكون عليها من حقوق عينية يكون قد قررها غيره من المشتاعين، فيضطر المتقاسم إلى الرجوع على من قرر هذه الحقوق وفقاً لأحكام الضمان. وفي هذا ما فيه من صعوبات عملية. ولكن إذا عدت القسمة كاشفة ، فإن الحصة التي تؤول إلى المتقاسم تعتبر أنها آلت إليه منذ بدء الشيوخ ، و أنها لم تكن مملوكة لغيره من المتقاسمين، وبالتالي يسقط ما عساه قد يكون رتبه غيره عليها من حقوق عينية.

لهذه الاعتبارات جميعاً، لجأ المشرع الفرنسي إلى الحيلة والمجاز، فاعتبر القسمة كاشفة للحق ، و جاره في هذا القانون المدني السوري و أصله المصري.

ظهور فكرة الأثر الكاشف في الفقه الحديث على سبيل الحقيقة:-

ظهر أخيراً في الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر الكاشف للقسمة ليس من قبيل المجاز، كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم، وكما انتقل بعد ذلك إلى القانون المدني الفرنسي، بل هو من قبيل الحقيقة. فالقسمة بطبيعتها ذات أثر كاشف، إذ هي لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم، بل أن الحق الذي كان له في أثناء الشيوخ هو الذي آلت إليه بالقسمة ، و كل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي. فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في كل المال الشائع، وكان هناك تباين بين نطاقه المادي و نطاقه المعنوي، أصبح النطاق المعنوي للحق، بالقسمة، مطابقاً لنطاقه المادي. فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن إذن ، أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها.

نفي الأثر المستند للقسمة:-

يميز القائلون بالأثر الكاشف للقسمة بين هذا الأثر الكاشف و بين الأثر المستند. فيؤكدون الأول و ينفضون الثاني . فالأثر الكاشف عندهم يكفي للوصول إلى أهم ما يراد من نتائج من القول بالأثر المستند، و هي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرض مطهراً من تصرفات شركائه الصادرة إبان فترة الشيوخ.

فما دامت القسمة ذات أثر كاشف ، فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرض، و عن أن هذا الحق كان موجوداً قبل القسمة وفي فترة الشيوخ، و أنه هو ذاته الذي آلت إلى المتقاسم بالقسمة، فيؤول مطهراً من تصرفات شركائه، ومثقلاً بتصرفاته هو. وفي هذا كل الغناء عن الأثر المستند، وهو الأثر الذي أتى به نص المادة ٧٩٧ و الذي (يُعد المتقاسم (بموجب) مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ ، و أنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص).

ففي قسمة التركة ، مثلاً يفترض بمقتضى الأثر المستند أن كل وارث قد ملك نصيبه المفرض منذ موت مورثه.

مخاطر الأثر المستند للقسمة:-

يترتب على الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوخ السابقة لها و هي مرحلة لا شك في قيامها ففي قسمة التركة مثلاً يترتب على الأخذ بفكرة الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوخ التي أعقبت موت المورث و بقيت حتى تمام القسمة، وهي مرحلة قد تطول. ومع ذلك يتجاهلها الأثر المستند، ويعدّها كأن لم تكن. وواقع الأمر أن مرحلة الشيوخ هذه قد وجدت و تركت آثاراً لا يجوز تجاهلها، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار إبان الشيوخ لا يجب رده. ولو عمل الأثر المستند للقسمة لوجب رد الثمار، ولوجب أن يستولي كل وارث على ثمار نصيبه المفرض منذ موت مورثه. ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة، لا وقت موت المورث. فهذه الآثار تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوخ السابقة للقسمة.

وأمام هذه المخاطر، يقترح خصوم الأثر المستند للقسمة تارة إلغاء المادة ٧٩٧ التي تكرس هذا الأثر المستند، و تارة تعديلها بما يستبعد هذا الأثر و يبرز أثرها الكاشف.

الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج كاشف و ناقل :-

يرى أستاذنا السنهوري أن للقسمة بطبيعتها أثراً مزدوجاً كاشفاً و ناقلاً و هو يوضح رأيه إذ يقول (لو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع، و قلنا إن أرضاً يملكها اثنان في الشيوخ لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً لشريكين، تتزاحم عليها ملكية كل منهما. فإذا اقتطعنا أي جزء مفرض منها، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما. فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، و أفرزنا نصيب كل منهما فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر. فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف، أو أثر ناقل؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض، صار هذا النصيب المفرض ملكه وحده كما قدمنا. وكان هذا النصيب قبل القسمة، وفي أثناء الشيوخ، ملكاً للشريكين لكل منهما النصف. فالإفراز، إذن، ثبت للشريك في هذا النصيب المفرض ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرض. ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، و أثر ناقل في النصف الآخر، ويكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج، كاشف و ناقل.

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

ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل، فقد سار التقنين المدني على النهج التقليدي، وعمم أثر القسمة، فجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً).

والقسمة ذات أثر كاشف للحق، سواء أكانت رضائية أم قضائية، وسواء أتمت عيناً، أو بطريق التصفية، متى رسا المزداد على أحد الشركاء، أما إذا رسا المزداد على أجنبي، فإن أحكام البيع هي التي تطبق.

النتائج المترتبة على الأثر الكاشف للقسمة :-

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

١ - تعد الحصّة التي آلت إلى المتقاسم أنها كانت خالص ملكه منذ بدء الشيوخ. وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصّة أثناء الشيوخ، وتسقط تلك التي رتبها غيره عليها في هذه الفترة.

وقد خفف المشرع من هذا الأثر الكاشف للقسمة في حالة ما (إذا كان المتصرف منصّباً على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب المتصرف)، إذ قرر انتقال (حق المتصرف إليه، من وقت التصرف، إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة). وعلى أن يبقى له (إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرضة الحق في إبطال التصرف (م ٢/٧٨١، ر:ف ٢٠٧).

٢ - يعد الشريك الباني أو الغارس في الأرض المشاعة بمثابة الباني أو الغارس على ملك الغير، إذا بنى دون إذن شركائه، ووقع القسم المحدث عليه البناء أو الغراس في نصيب شريك آخر عند القسمة.

ولقد خفف المشرع من هذا الأثر الكاشف، فاعتبر الشريك الباني أو الغارس ، في هذه الحالة ، بمثابة الباني أو الغارس حسن النية في أرض الغير (م١٩٢م).

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

٤ - يجوز نقض القسمة الرضائية، إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس (م٧٩٩)، ذلك لأنه ما دامت القسمة كاشفة للحق، يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصته الشائعة (ر:ف٢٢٩).

ولو كانت القسمة ناقلة للحق، لما تطلب المشرع تحقيق المساواة بين أنصبة المتقاسمين، لأن القسمة تكون آنذاك بمثابة البيع، و البيع يقوم على المغالبة، لا على المساواة.

ضمان التعرض والاستحقاق

يُقصد بالتعرض أن يدعي الغير حقاً في المال الذي آل للمتقاسم بسبب القسمة كما لو ظهر أن المال المقسوم ليس ملكاً للشركاء. فالتعرض يؤذن بوجود استحقاق محتمل. أما الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه .

ويترتب ضمان التعرض و الاستحقاق في الأصل ، في التصرفات الناقلة للملكية، ذلك لأن الملتزم بنقل ملكية شيء يترتب عليه بدها أن ينقل إلى المتصرف إليه ملكية هادئة مستقرة، لا يعكر صفوها تعرض منه، أو من الغير. أما التصرفات الكاشفة، فلا يترتب عليها، في الأصل، ضمان التعرض. ومع ذلك فقد رتب المشرع على القسمة ، وهي من التصرفات الكاشفة، التزاماً متبادلاً بين المتقاسمين بالضمان، رغبة منه في إقامة العدالة في القسمة ، و تحقيق المساواة بين جميع المتقاسمين. فإذا حصل لأحدهم تعرض في الحصة المفروضة التي اختص بها بنتيجة القسمة، أو إذا استحق الغير كل أو بعض هذه الحصة، ترتب على بقية المتقاسمين التعويض على شريكهم بما أصابه من ضرر (م٧٩٨).

أحكام الضمان :-

تنص المادة ٧٩٨ على ما يلي :-

١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، و يكون كل منهم ملزماً، بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان . على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزَّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين.

٢ - غير أنه لا محل للضمان ، إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، و يمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه.

ويُستفاد من النص أنف الذكر الأحكام التالية:-

١ - إذا حكم للغير باستحقاق المتقاسم كلاً أو بعضاً، إلّزم المتقاسمون، كل بنسبة حصته، بالتعويض على هذا المتقاسم. و بذلك تقوم المساواة بين المتقاسمين جميعاً. و يكون هذا التعويض موثقاً بامتيّاز المتقاسم ، إذا كان الشيء الشائع منقولاً (م١١٢٥/١) ، و برهن تأميني جبري، إذا كان عقاراً (م١٠٨٧/١) . و تتحدد عناصر ضمان الاستحقاق على غرار عناصر ضمان استحقاق المبيع (م٤١١).

٢ - يجري تقدير قيمة المال المستحق وقت القسمة ، لا وقت الاستحقاق، تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين. وبذلك لا يتأثر حق مستحق الضمان بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة، بعد القسمة، صعوداً أو هبوطاً. فإذا ارتفعت هذه القيمة، كان ارتفاعها غراماً، و إذا هبطت ، كان هبوطها غنماً في حق المتقاسم. وبهذا يفترق الضمان المقرر للمتقاسم عن الضمان المقرر للمشتري، الذي يكون له في حالة استحقاق المبيع ، مطالبة البائع بقيمته وقت الاستحقاق (م٤١١).

٣ - إذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع ما يترتب عليه من ضمان على مستحق الضمان، و على غيره من المتقاسمين غير المعسر (فإذا كان عدد المتقاسمين أربعة، و كانت قيمة المال المستحق لأحدهم ألفاً و مائتي ليرة، ترتب على كل متقاسم أن يدفع إلى مستحق الضمان مبلغ ثلاثمائة ليرة، و بذلك يتلقى هذا الأخير عن أصحابه مبلغ تسعمائة ليرة). أما إذا كان أحد المتقاسمين الملزمين بالضمان، في المثال السابق ، معسراً، فحصته توزع بين مستحق الضمان و الشريكين الآخرين (فيتحمل كل منهؤلاء مبلغ مائة ليرة زيادة على حصته، و بذلك يتلقى مستحق الضمان من صاحبيه مبلغ ثمانمائة ليرة فقط).

٤ - بقي أن نشير إلى أن الشريك المتقاسم ، الذي رفعت عليه دعوى من الغير بالتعرض، ملزم بإنذار المتقاسمين الآخرين، كي يتدخلوا بالدعوى.

حالات انتفاء الضمان :-

خرج المشرع على أحكام الضمان السابقة في ثلاث حالات قرر فيها انتفاء الضمان عن المتقاسمين. و هذه الحالات هي :

أولاً :- لا محل للضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق، راجعاً إلى سبب لاحق على القسمة (كما لو أهمل الشريك المتقاسم قطع التقادم الساري لمصلحة الغير، و الذي تمت مدته بعد القسمة) ففي هذه الحالة لا تسمع دعوى هذا الشريك بالضمان، لأن الضرر الذي أصابه نشأ عن سبب لاحق للقسمة . و أن المشرع قد اشترط لثبوت الضمان أن يقع التعرض أو الاستحقاق (لسبب سابق على القسمة(م٧٩٨)).

ثانياً :- لا يُسأل المتقاسمون عن الضمان أيضاً (إذا كن هناك اتفاق صريح بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها (م٢/٧٩٨)) و يشترط في انتفاء الضمان، في هذه الحالة، أن يكون شرط الإعفاء صريحاً و أن يكون في حالة معينة بذاتها (مثال ذلك أ نتقع في نصيب أحد الشركاء أرض مثقلة بحق مرور مختلف عليه لمصلحة عقار مجاور. و مع علمه بالنزاع القائم حول هذا الارتفاق، ارتضى المتقاسم بنصيبه، وأعفى المتقاسمين في عقد القسمة صراحة من الضمان. فإذا ما استقر هذا الإرفاق على أرض المتقاسم في المستقبل ، بعد الفصل في النزاع، لم يكن له الرجوع على شركائه بالضمان) أما إذا كان شرط الإعفاء عاماً أو كان ضمناً، فلا يعمل به لمخالفته صريح النص.

ثالثاً :- (و يمتنع أيضاً ، إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه (م٢/٧٩٨) . ففي هذه الحالة، يجب أن يتحمل المتقاسم وحده مغبة خطئه (كما لو أهمل المتقاسم دعوة المتقاسمين إلى التدخل في دعوى الاستحقاق المقامة عليه من مدعي الاستحقاق ، في حين أن هؤلاء يملكون الوسائل الكفيلة بدفع تلك الدعوى).

نقض القسمة بسبب الغبن

إذا لحق أحد المتقاسمين غبن ، من جراء القسمة، جاز له نقضها. و حق النقض يتقرر ، في العادة في التصرفات الناقلة للحق كما في البيع. ومع ذلك، فإن تخويل المتقاسم مثل هذا الحق له ما يسوغه، بالرغم من أنه لا يعد خلفاً لبقية المتقاسمين ، ذلك لأن القسمة يجب أن تقوم على مبدأ العدالة ، و تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، و على هذا تنص المادة ٧٩٩ بقولها :-

(١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي ، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

٢ - يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . و للمدعى عليه أن يقف سيرها، و يمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا من حصته).

و يُستفاد من هذا النص ما يلي :-

(١) إن القسمة الرضائية وحدها قابلة للنقض بسبب الغبن . أما القسمة القضائية، فهي غير قابلة للنقض بسبب الغبن، لأن الإجراءات المفروضة عليها قميئة بما يصاحبها من احتياطات ، بدرء الغبن عنهم. و كذا قسمة المهايأة فهي لا تنقض بسبب الغبن (ر:ف ١٨٦).

(٢) إن الغبن قد حدد بما يزيد على الخمس. وهو موجب لنقض القسمة، سواء أكان المغبون كامل الأهلية أو ناقصها . بخلاف الغبن في بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية (م ١/٣٩٣).

(٣) إن دعوى الغبن تقام سواء أكان الشيء المقسوم عقاراً أم منقولاً. وفي هذا يفترق حكم الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، إذ ينحصر الأخير في العقار ، في حين أن الأول يمتد إلى المنقول والعقار على حد سواء.

(٤) العبرة في تقدير الغبن هي لقيمة الشيء وقت القسمة، لا لقيمته وقت رفع دعوى الغبن.

(٥) إن دعوى الغبن ترفع أمام المحكمة الابتدائية. وهي لا تُسمع إلا إذا رفعت خلال السنة التالية للقسمة. وهذا الميعاد هو ميعاد سقوط لا تقادم. وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن التي تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع (م ١/٣٩٤).

(٦) ليس من المحتم نقض القسمة بسبب الغبن، بل يجوز للمدعى عليه تحاشي النقض ، إذا أكمل للمدعي الغبن نقداً، أو عينا ، ما نقص من حصته. وفي هذا يفترق حكم وقف نقض القسمة بسبب الغبن عن حكم وقف فسخ بيع عقار القاصر بسبب الغبن، إذ في هذه الحالة الأخيرة يستطيع الغابن أن يوقف دعوى الفسخ، إذا أكمل ثمن المبيع إلى أربعة أخماس ، في حين أن الغابن في دعوى نقض القسمة لا يستطيع أن يوقفها إلا إذا أكمل ما نقص من نصيب المغبون كاملاً.