



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

حكم تصرفات الشريك بالمال الشائع

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد

لالش زهر الدين محو

الأستاذ الدكتور

أ. د. علي الجاسم

أستاذ في قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة دمشق

2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمُؤُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

[282: سورة البقرة]

شكر وتقدير

إلى من علّمتني كلّ الحروف، معلّمتي الأولى: الأنسة نوره فتّاح

إلى من تعلّمت منه المبادئ والقيم: والدي

إلى من تحلو الحياة بوجودهم: إخوتي

إلى الدّكتور الذي أكرمني بقبول الإشراف على بحثي المتواضع، ومنحني النّصح والإرشاد من معلوماته وخبرته الواسعة.

الأستاذ الدّكتور علي الجّاسم

إلى اللّجنة القديرة:

الدّكتورة أروى تقوى

المدرّس في قسم القانون الخاصّ في كليّة الحقوق، جامعة دمشق

الدّكتورة رشا أيّوبي

المدرّس في قسم القانون الخاصّ في كليّة الحقوق، جامعة دمشق

الفهرس

	العنوان	
1		المقدمة
9	تصرّف الشّريك في حصّة شائعة	الفصل الأوّل
9	نطاق حقّ الشّريك بالتّصرّف في حصّته الشّائعة قبل القسمة	المبحث الأوّل
10	ماهية تصرّفات الشّريك في حصّته الشّائعة	المطلب الأوّل
10	بيع الحصّة الشّائعة	الفرع الأوّل
10	المبدأ العام لبيع الحصّة الشّائعة	أولاً
13	محلّ الحصّة الشّائعة منقول	ثانياً
27	ترتيب حقّ عيني تبقي على الحصّة الشّائعة	الفرع الثّاني
27	التّأمينات العينيّة الحيازيّة	أولاً
30	التّأمينات العينيّة غير الحيازيّة	ثانياً
35	القيود الواردة على حقّ الشّريك بالتّصرّف في حصّته الشّائعة	المطلب الثّاني
36	تصرّف الشّريك في الشّيوع قبل سداد ديون التّركة	الفرع الأوّل
36	المبدأ العام لتصرّف الشّريك قبل سداد ديون التّركة	أولاً
43	التّصرّف في حالة الشّيوع النّاتج عن انقضاء الشركة	ثانياً
44	تصرّف الشّريك قبل شهر حقّ الإرث	الفرع الثّاني
45	مدى حرّيّة الوارث بالتّصرّف قبل شهر حقّ الإرث	أولاً
51	طبيعة تصرّف الشّريك قبل شهر حقّ الإرث	ثانياً
52	حكم تصرّف الشّريك في حصّته الشّائعة بعد القسمة	المبحث الثّاني

53	أثر القسمة على التصرف بالحصّة الشائعة	المطلب الأول
53	مناط الاحتجاج بالقسمة على المتصرف إليه	الفرع الأول
53	قابلية المال للقسمة	أولاً
56	شروط نفاذ القسمة في مواجهة الغير	ثانياً
62	حكم التصرف المستمر إلى ما بعد القسمة	الفرع الثاني
62	مصير الرهن التأميني المستمر إلى ما بعد القسمة	أولاً
67	مصير الرهن الحيازي المستمر إلى ما بعد القسمة	ثانياً
68	أثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة للشركاء	المطلب الثاني
69	حق الشركاء في استخدام رخصة الاسترداد	الفرع الأول
69	شروط الأخذ بالاسترداد	أولاً
75	أثار الاسترداد	ثانياً
76	حق الشركاء في استخدام رخصة الشفعة	الفرع الثاني
77	شروط الأخذ بالشفعة	أولاً
80	إجراءات الأخذ بالشفعة	ثانياً
84	تصرف الشريك في شيء مفرز	الفصل الثاني
84	حكم التصرف في شيء مفرز قبل القسمة	المبحث الأول
84	تكييف تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة	المطلب الأول
85	تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة	الفرع الأول
85	التصرف القانوني بجزء مفرز	أولاً
93	التصرف المادي بجزء مفرز	ثانياً
98	تصرف الشريك في كل المال الشائع قبل القسمة	الفرع الثاني

98	الشريك يملك ثلاثة أرباع المال الشائع	أولاً
102	الشريك يملك أقل من ثلاثة أرباع المال الشائع	ثانياً
106	ثبوت ملكية الشيء المتصرف فيه للمتصرف إليه قبل القسمة	المطلب الثاني
106	استقرار الملكية للمتصرف إليه	الفرع الأول
106	الإقرار	أولاً
108	ثبوت ملكية المبيع قبل القسمة بغير الإقرار	ثانياً
121	معارضة ثبوت ملكية المتصرف إليه لضمان التعرض والاستحقاق في القسمة	الفرع الثاني
122	أثر التصرف في شيء مفرز	المبحث الثاني
123	أثار تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة	المطلب الأول
123	أثار التصرف بين طرفيه	الفرع الأول
123	طبيعة الآثار المترتبة بين الطرفين	أولاً
125	حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين	ثانياً
127	أثار التصرف بالنسبة الشركاء الآخرين	الفرع الثاني
127	الحق في رفع دعوى الاستحقاق	أولاً
128	المطالبة باسترداد الحياة	ثانياً
129	استخدام رخصة الشفعة	ثالثاً
130	استخدام رخصة الاسترداد	رابعاً
131	أثار تصرف الشريك في شيء مفرز بعد القسمة	المطلب الثاني
131	أثار تصرف الشريك وفقاً لمحل تصرفه	الفرع الأول
131	أثار التصرف في جزء مفرز بعد القسمة	أولاً

138	أثار التصرف في كامل المال الشائع بعد القسمة	ثانياً
139	آلية انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف نتيجة للقسمة	الفرع الثاني
140	تبرير انتقال حق المتصرف إليه في الجزء المفرز بفكرة الحلول العيني	أولاً
143	تبرير انتقال حق المتصرف إليه في الجزء المفرز بغير الحلول العيني:	ثانياً
146		الخاتمة
151		قائمة المراجع
159		الملخص

الملخص:

تتميز الملكية الشائعة بتداخل مصالح الشركاء وتعارضها، وينتج هذا التعارض نتيجة استخدام كل شريك سلطاته على المال الشائع بما يتعارض مع مصالح الآخرين. وبما أن سلطة التصرف من أهم السلطات التي يمتلكها الشريك في الشيوع فهو يحاول استخدام سلطته دائماً بما يعود عليه بالفائدة، إذ أن له التصرف بحصته الشائعة دون الرجوع إلى الشركاء الآخرين. وإذا كان اجماع الشركاء على التصرف لا يثير إشكالاً، إلا أنه في الوقت ذاته من الصعب إجماعهم على التصرف، وتصرف الشركاء منفردين يكون أيسر وذلك في حدود القانون، وقد نظم المشرع أحكام تصرفات الشريك المنفردة، ومع ذلك لا تزال العوائق لاستثمار تلك الأموال موجودة، لأن بعض التصرفات قد تتعارض مع طبيعة الملكية الشائعة، وقد تعود العوائق لأسباب خارجة عن طبيعة الملكية الشائعة، فقد يكون الشريك في الشيوع وارثاً وبدأ التصرف قبل سداد ديون التركة أو قبل شهر حق الإرث، أو قبل سداد ديون ناجمة عن انقضاء الشركة. وبما أن الملكية الشائعة مؤقتة وأن التصرفات التي ترد على المال الشائع تظل غير مستقرة فلا بد من قسمة المال، ولا بد أن تتوفر شروط معينة حتى تنفذ هذه القسمة في مواجهة الشركاء، وما إن تتم القسمة حتى تترتب مجموعة من الآثار بين المتعاقدين واتجاه الغير أيضاً. وإذا كان التصرف في حصة شائعة ممكناً بنص القانون يصبح الأمر أكثر تعقيداً عند التصرف بجزء مفرز، إذ لا يزال الخلاف بين الفقهاء مستمراً حول الطبيعة القانونية لهذا التصرف وعن آلية انتقال حق الشريك إلى ما اختص به بموجب القسمة. وقد ينشأ عن هذه العوائق نزاعات بين الشركاء، كما قد تتفاقم تلك النزاعات فتكثر القضايا التي يتوجب على القضاء معالجتها، وبسبب هذه الطبيعة المعقدة للملكية الشائعة قد جعلها نوعاً غير مرغوب به للتعامل، فغالباً لها أثراً سلبياً من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، لذا تمت دراسة هذا البحث بالاستناد إلى نص القانون والاجتهاد القضائي والفقهاء، ثم التوصل إلى مجموعة من النتائج والمقترحات التي تساعد على إلغاء وتخفيف المشكلات المتعلقة بالملكية الشائعة.

الكلمات الرئيسية: الملكية الشائعة، الحصة الشائعة، الشريك في الشيوع، سلطة التصرف، السجل العقاري.

المقدمة:

يُعدّ حقّ الملكية من أهمّ الحقوق العينية التي يكتسبها الفرد، فهو سلطةٌ شرعيةٌ يخولها القانون لشخصٍ على شيءٍ معيّن ماديّ أو معنويّ، ويكون له بموجبها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرّف، والتي يمارسها المالك في حدود القانون. وفي الحالة العادية تكون الملكية لشخصٍ واحد وهذا ما يسمّى بالملكية المفردة، ويمارس صاحبها سلطاته الثلاث لا يقيده شيءٌ سوى عدم تجاوز حدود القانون. إلّا أنّ ملكيّة الشيء الواحد قد تعود لعدّة أشخاصٍ وهو ما يسمّى بالملكيّة الشائعة، فيمتلك كلّ واحدٍ منهم حصّة شائعة دون تحديدٍ ماديّ لتلك الحصّة، حيث أنّ حقّ الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم، دون أن ينقسم المال ذاته ولو كان قابلاً للانقسام بطبيعته. والاشتراك في الملكية هذا يؤدّي إلى تشابك مصالح الشركاء وقد تتعارض تلك المصالح عند ممارسة كلّ شريكٍ لسلطاته على ملكه. إلّا أنّ حالة الشّيوخ هذه لا تكون دائمةً فقد رسم القانون القسمة طريقتاً إذا أراد الشركاء التخلّص منها، فإذا تمّت القسمة أصبح لكلّ متقاسمٍ ملكيّةً فرديةً مفردةً يستأثر بها مادياً دون غيره من المالكين.

والشّيوخ من الحالات كثيرة الوقوع في الحياة العملية، وهو ينشأ بالأسباب ذاتها التي تنشأ بها الملكية المفردة، فقد تنشأ الملكية الشائعة بالتصرّف القانونيّ كالعقد أو الوصيّة، وقد تنشأ بالواقعة الماديّة، كما لو نشأت بالحيازة كأن يحوز شخصان أو أكثر شيء حيازّةً مشتركة بريئة من العيوب، أو بالاستيلاء كأن يستولي عدّة أشخاص على منقول لا مالك له، كما قد يكون الالتصاق سبباً لنشوء الشّيوخ، أمّا المصدر الغالب لنشوء حالة الشّيوخ هو الواقعة الماديّة المتمثّلة بالوفاة، وما ينتج عنها من الشّيوخ بين الورثة في التركة. وقد حدّد المشرّع مدّة البقاء في الشّيوخ بخمس سنوات، ويكون باطلاً ما زاد على تلك المدّة، لذا فإنّ الملكية الشائعة حالةً مؤقتة كما درج الفقهاء على تسميتها، كونها محدّدةً بمدّة زمنيّة لا يجوز تجاوزها وأنها لا بدّ أن تنتهي بالقسمة، ولربّما الأفضل القول بأنّها مرحلة انتقاليّة؛ لأنّ أيّ ملكيّة مفردة مصيرها أن تتحوّل إلى ملكيّة شائعة إذا توفّي المالك قبل التصرّف فيها، فتنتقل الأموال شائعةً إلى الورثة وعليهم أن يتقاسموا تلك الأموال لتصبح ملكيّة مفردة بينهم.

يمتدّ الشّيوخ إلى مختلف الأعيان من العقارات والمنقولات بمختلف أنواعها كالمنقولات الماديّة، وهي على

نوعين منقولات عادية ينظم أحكامها القانون المدني، وأخرى تخضع للتسجيل وتنظمها قوانينها الخاصة، كالمركبات التي ينظم أحكامها قانون السير والمركبات رقم 31 لعام 2004، والطائرات وينظم أحكامها قانون الطيران المدني رقم 6 لعام 2004، والسفن وينظم أحكامها قانون التجارة البحرية رقم 46 لعام 2006. بالإضافة إلى المنقولات المعنوية التي تنظمها أيضاً قوانين خاصة بها، كالعلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية وينظمها القانون رقم 8 لعام 2007، وبراءات الاختراع وينظمها القانون رقم 18 لعام 2012، وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له وينظمها القانون رقم 62 لعام 2013.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع من الناحيتين العلمية والعملية، فقد نظم القانون المدني السوري أحكام الملكية الشائعة، وعدّ أنّ حقّ الشريك في الشيوع هو حقّ ملكية تامة. فتناول المشرع أحكام الشيوع العادي في القانون المدني السوري من المادة 780 حتى المادة 804. أما المشرع المصري فقد نظمها من المادة 825 حتى المادة 849 من القانون المدني المصري.

وتتضمن هذه الأحكام تنظيمياً لسلطة المالك بإدارة المال الشائع وكيفية قسمته إلى جانب تنظيم سلطته بالتصرف باعتبارها أهمّ السلطات التي يمتلكها على حصته الشائعة مهما كان مقدارها، وذلك لتجنب المشكلات التي قد تنشأ عن تداخل مصالح الشركاء. وبما أنّ المال مملوك على الشيوع يجب أن يصدر التصرف منهم جميعاً، إلّا أنّ المشرع أجاز التصرف المنفرد بالحصّة الشائعة، كما أجاز التصرف الصادر من أغليبيتهم وذلك تسهيلاً لاستثمار هذه الأموال. وقد أعطى المشرع الحقّ للشريك في الشيوع كونه مالكاً لحصته الشائعة ملكاً تاماً الحقّ بالتصرف بحصته بجميع أنواع التصرفات شرط عدم الإضرار بمصالح الشركاء الآخرين، وذلك بموجب الفقرة الأولى من نصّ المادة 781 ق.م.س. فيستطيع التصرف بكامل ما يملكه أو بجزء منه بمقابل كالبيع أو بدون مقابل كالهبة، أو أن يرتب على ملكه رهناً تأمينياً أو حيازياً، وعلى الرغم من تنظيم المشرع للتصرف بالحصّة الشائعة فقد يواجه الشريك المتصرف بعض العوائق التي قد تكون متعلقة بطبيعة الملكية الشائعة كما لو كان غير قادرٍ على إبرام رهنٍ حيازيٍ نظراً لصعوبة نقل حيازة حصته إلى الدائن المرتهن. وقد لا تكون تلك القيود متعلقة بطبيعة الشيوع، فقد تشكّل ديون التركة قيوداً على حرية الشريك بالتصرف باعتباره مالكاً لحصته

حتى قبل نقل الملكية على اسمه في السجل العقاري، وقد يشكّل تسجيل حق الإرث قيداً على حرية الشريك بالتصرف.

إلى جانب تسهيل المشرع للتصرف بالحصة الشائعة بشكلٍ منفرد دون الرجوع إلى بقية الشركاء، فقد كفل المشرع أيضاً حماية الشركاء الآخرين من التصرفات التي قد تضرّ بحقوقهم من خلال تأكيد حقوقهم في مواجهة الغير. أمّا المشرع المصري فقد أعطى الحق للشركاء بالإضافة إلى تأكيد حقوقهم حق استخدام رخصتي الشفعة والاسترداد، للحلول محلّ الغير الذي تمّ التصرف إليه وبالتالي منع الغير من الدخول معهم شريكاً في الشئوع، وذلك بتوفّر شروطٍ معينة وضمن إجراءات محدّدة.

كما منح المشرع لأغلبية الشركاء في الوقت ذاته أن يتصرفوا في العقار الشائع كلّهُ أو حتّى جزءٍ مفرز أو حصّةٍ شائعة، رغم معارضة الأقلية بحجّة حماية الأغلبية من تعنت الأقلية وذلك بموجب نصّ المادة 787 من القانون المدني السوري. وإن كان يبدو من نصّ المادة 787 أنّ المشرع يهدف إلى حماية الأغلبية من تعنت الأقلية، لتتمتع بالحرية بالتصرف إلّا أنّها لا تبيّن الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية بالتصرف في المال الشائع دون موافقة جميع الشركاء، وهو ما من شأنه أن يضرّ بمصالح الأقلية منهم، لذا أعطى المشرع الحقّ لهم بالاعتراض خلال شهرين من تاريخ إعلانهم بالتصرف.

وقد يتجاوز الشريك في بعض الأحيان سلطاته الممنوحة له من قبل المشرع فيقدم على التصرف بجزءٍ مفرزٍ، أو يتصرف بكامل المال الشائع دون أن يكون مالكاً لثلاثة أرباع المال على الأقل. ومع عدم بيان حكم هذه الحالات قبل القسمة لا يزال الخلاف مستمراً حول حكمها. وعلى الرّغم من أنّه لا يجوز التصرف في شيءٍ مفرزٍ إلّا أنّ أحد الشركاء قد يقوم بالتصرف وقد تثبت ملكيّة المال المتصرف فيه للمتصرف إليه في بعض الحالات حتّى قبل القسمة، كما لو اكتسبت ملكيته بالتّقدم إذ أنّ المشرع المصري يجيز التّملك بالتّقدم وذلك بخلاف المشرع السوري الذي لا يجيز التّملك بالتّقدم إلّا في المناطق غير المحدّدة والمحرّرة، أو قد يبني المتصرف إليه على تلك الأرض فيمتلكها بموجب الالتصاق، واستحقاق المال من قبل الغير قد يثير مسؤوليّة الشريك المتصرف بضمان التعرض والاستحقاق المفروض عليه بموجب القسمة. في حين بيّن المشرع حكم

التَصَرَّف بجزءٍ مفروز بعد القسمة بموجب المادة 781 الفقرة 2 ق. م. س، وقد ثار الخلاف حول آلية انتقال حق المتصرف إليه إلى ما آل للمتصرف بموجب القسمة، كما أنّ هذا النص لم يتناول جميع الحالات التي يمكن أن تترتب على القسمة كما لو اختصّ الشريك المتصرف بمنقول أو بمبلغ من النقود بموجب القسمة. وتترتب نتيجة لذلك مزيد من التعقيدات على الملكية الشائعة.

تؤثر السلبات المتعلقة بالملكية الشائعة على استثمار هذه الأموال، وينشأ عن تداخل المصالح وتعارضها نزاعات قانونية أو شقاق في العلاقات الاجتماعية بين الشركاء، وبالتالي يترتب بالإضافة إلى إشكالاتها القانونية مشكلات على الصعيد الاجتماعي. ومن هنا تنشأ ضرورة البحث في هذه المسألة بنوع من الدراسة والتفصيل.

- إشكالية البحث:

إنّ ممارسة الشريك في الشيوع لحقه في سلطة التصرف قد تتعارض مع مجموعة من العوائق تمنع استثمار ملكه على الوجه الأكمل، على الرغم من تنظيم أحكام التصرف في المال الشائع بموجب القانون، وهذا ما يُثير الإشكالية التالية: ما مدى كفاية أحكام الشيوع الواردة في القانون المدني لتنظيم سلطة الشريك في الشيوع بالتصرف؟

- تساؤلات البحث:

يتفرع عن الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات:

- ما هي العوائق التي قد تواجه الشريك في الشيوع بتصرفه الشائعة على الرغم من النص على هذا الحق صراحةً في القانون؟

- في ظلّ تزايد أنواع المنقولات وغياب أحكام الشيوع المنظمة لها، هذا يدعو للتساؤل عن مدى تناسب أحكام الشيوع الواردة في القانون المدني مع طبيعة هذه المنقولات؟

- ما مدى حرية الشريك في الشيوع بالتصرف بحصته عندما يكون المال الشائع منقولاً معنوياً أو منقولاً ذو طبيعة خاصة إذا لم تكن أحكام الشيوع الواردة في القانون المدني كافية؟

- مع غياب بيان المشرع لحكم التصرف في جزء مفزر قبل القسمة، هذا يثير التساؤل عن حكم التصرف في هذه الحالة؟ ما مدى إمكانية استقرار ملكية الجزء المفزر المتصرف فيه للمتصرف إليه قبل حصول القسمة واستقرار الملكية للمتصرف إليه؟ هل يتعارض ذلك مع ضمان التعرض والاستحقاق الذي يلتزم به الشريك في الشيوع بموجب القسمة؟

- إذا كان حق المتصرف إليه ينتقل إلى ما يختص به الشريك بموجب القسمة، فما آلية انتقال هذا الحق؟

- فرضيات البحث:

يمارس المالك حقه بالتصرف في حدود القانون بموجب نص المادة 768 ق. م. س، ويكون لكل مالك ممارسة هذا الحق حتى ولو كانت ملكيته شائعة.

- أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث انطلاقاً من التأكيد على الصلة الوثيقة للملكية الشائعة بالواقع العملي لحياة الناس، ومناقشة مختلف المسائل المتعلقة بها، ولاسيما التصرف بهذه الملكية ببيع المال الشائع أو ترتيب رهن عليه، وبيان أحكام هذه التصرفات في ظل صعوبة التصرف القانوني بصورة مستقلة من قبل أحد المالكين في الشيوع. وبيان الحالات التي يمكن أن تثبت الملكية المتصرف إليه إذا كان التصرف منصباً على شيء مفزر، وإذا كان في ذلك تعارض مع التزام الشركاء على الشيوع بالضمان في القسمة. بالإضافة إلى بيان آلية انتقال الحق إلى ما اختص به الشريك بموجب القسمة، الأمر الذي قد يتعارض مع قيود السجل العقاري. مما يستدعي ضرورة البحث في الأوجه المختلفة لذلك.

- هدف البحث:

يهدف هذا البحث بشكل أساسي إلى إلقاء الضوء بشيء من التفصيل على مختلف النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن التصرف بالمال الشائع، والإشكاليات التي تعرقل تطوره، ومناقشة مختلف الحلول المطروحة قانوناً واجتهاداً وفقهاً بما يلغي أو يخفف آثار هذه النزاعات، والإشكاليات السلبية على العلاقات بين الأشخاص، وبالتالي يعود بالنفع على مرفق العدالة، لا سيما مع التأكيد على الإيجابيات التي تثمرها هذه الحلول، والمرونة

التي تمنحها من ناحية الاستغلال الأمثل للأموال الشائعة مما ينعكس تلقائياً على المساهمة بالتنمية الاقتصادية، هذا فضلاً عن إغناء البحث العلمي بأحد المواضيع الهامة والتي تحتاج إلى المناقشة والتّحقيق والدراسة.

- الفوائد التطبيقية:

الملكية الشائعة مصدرٌ للمتعاب والمشاكل الاجتماعية والاقتصادية على حدٍ سواء، حيث تُغلّ أيدي أصحاب الحصص الشائعة عن استغلال المال الشائع والتّصرف فيه، كما تُعدّ من أهمّ المصاعب التي تعيق استغلال الثروة العقارية، ولذا فإنّ دراسة هذا الموضوع لإيجاد الحلول لتلك الإشكالات يعود بالنّفع على المحاكم، وذلك بتقليل الدعاوى المرفوعة المتشابهة المتعلقة بالمال الشائع، ممّا يساعد على توفير الوقت والجهد الذي تبذله المحاكم للفصل في مثل تلك الدعاوى.

كما أنّ تقديم علاجٍ لهذه الإشكالات من شأنه أن يساعد على الاستغلال الأمثل لتلك الأموال من ناحية التنمية الاقتصادية، حيث تعدّ وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية إحدى الجهات المستفيدة من تلك الدراسة، كونها المسؤولة عن المساهمة برسم السياسة الاقتصادية والتجارية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية واقتراح التدابير المناسبة لرفع معدّل النمو الاقتصادي، إضافة للنّفع الذي تعود به هذه الدراسة على هيئات الاستثمار كون حالة الشّيع هي إحدى المعوقات التي تقف بوجه الاستثمار.

- مصطلحات البحث:

الملكية الشائعة: هي أن يمتلك اثنان أو أكثر شيء غير مفرزة حصّة كلّ منهم فيه، وتكون حصصهم متساوية مالم يقرّ الدليل على خلاف ذلك¹.

سلطة التّصرف: التّصرف بمعناه العام يشمل التّصرف المادي والتّصرف القانوني، والتّصرف المادي هو استهلاك الشيء واتلافه، أمّا التّصرف القانوني هو نقل ملكيّة أو حقّ عينيّ آخر. والتّصرف بمعناه الضيق يشمل التّصرف القانوني فقط².

¹ المادة 780 ق. م. س.

² د. السنهوري، عبد الرزاق. (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/حقّ الملكية مع شرح مفصّل للأشياء والأموال. ج8. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ص: 501.

المالك في الشُّيوع: هو الذي يملك بحصته في كل ذرة من ذرات المال الشائع³.

- محدوديات البحث:

يمكن للشريك في الشُّيوع القيام بمختلف أنواع التصرّفات، سواء الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني، لا يقيد سلطته سوى شرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين. إلّا أنّ هذه الدراسة لا تتناول جميع التصرّفات الممكنة للشريك في الشُّيوع، وإنّما تقتصر على البيع والتأمين (الرهن التأميني) والرهن الحيازي. ولا تقتصر هذه الدراسة على العقارات وإنّما تشمل المنقولات التي تحتاج للتسجيل والمنقولات المعنوية.

- الدراسات السابقة:

إدارة المال الشائع والتصرّف فيه: للمستشار أحمد محمود خليل، (2007). وتضمّن هذا الكتاب مجموعة من أحكام محكمة النقض المصرية والمتعلقة بالملكية الشائعة.

الملكية الشائعة: للمستشار أنور طلبية، (2004). وقد تضمّن الكتاب الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض المصرية والمتعلقة بالملكية الشائعة، سواء من ناحية إدارتها أو استغلالها أو التصرّف بها، بالإضافة إلى الاجتهادات المتعلقة بالقسمة.

تصرّف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: للدكتور جمال خليل النشار، (2000). وقد تناول هذا الكتاب التصرّفات المنصبة على العقارات والمنقولات دون المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، أو المنقولات المعنوية والتي تنظمها قوانينها الخاصة. وتناولت هذه الدراسة التصرّفات القانونية دون المادية.

النظام القانوني للقسمة الرضائية في العقار: دراسة مقارنة: للباحث حسن شوكت يعقوب، (2019). رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في الحقوق - جامعة دمشق - قسم القانون الخاص. وقد تناولت أحكام القسمة الرضائية والإشكالات المتعلقة به دون القسمة القضائية.

³ القضية 5152 أساس لعام 2010. قرار 4987. تا 14\11\2010. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثالثة. مجلة المحامون لعام 2012. الأعداد 7- 12. السنة 77. ص: 910- اجتهاد المحاكم.

- منهج البحث:

من أجل الوصول إلى بحثٍ قانونيٍّ سليمٍ من النّاحيتين العلميّة والعملية، ونظراً لخصوصيّة الموضوع محلّ البحث يتحتّم اتّباع المنهج التحليلي، من أجل تفسير مفردات الدّراسة والانتقال من عموم البحث في التّصرّف بالمال الشّائع إلى جزئيات هذه التّصرّفات في نصوص القوانين والمراسيم والاجتهادات المتعلّقة بهذا الشّأن وتحليلها ومناقشتها وفق دراسةٍ مفصّلة.

كما سيتمّ استخدام المنهج المقارن، وذلك لعرض مختلف أوجه الالتقاء والافتراق بين التّشريع السوريّ والمصريّ في تنظيم موضوع البحث، وبيان أكثر الأحكام جدوى لحلّ المسائل المتعلّقة بهذا الموضوع، وذلك في حال وجود خلاف بين التّشريعين عند معالجة مسألةٍ معيّنة.

وقد تمّت هذه الدّراسة وفق المخطّط التّالي:

- مخطّط البحث:

المقدمة:

الفصل الأوّل: تصرّف الشّريك في حصّةٍ شائعة.

المبحث الأوّل: نطاق حقّ الشّريك بالتّصرّف في حصّته الشّائعة قبل القسمة.

المبحث الثّاني: حكم تصرّف الشّريك في حصّته الشّائعة بعد القسمة.

الفصل الثّاني: تصرّف الشّريك في شيءٍ مفرز.

المبحث الأوّل: حكم التّصرّف في شيءٍ مفرزٍ قبل القسمة.

المبحث الثّاني: أثر التّصرّف في شيءٍ مفرز.

الخاتمة.

الفصل الأول

تصرّف الشريك في حصّة شائعة

لا يتضمّن القانون المدني السوري تعريفاً للحصّة الشائعة، إلّا أنّ الاجتهاد مستقرّ على أنّ المالك في الشيوع يملك في كلّ ذرّة من ذرات المال الشائع. وحقّه يرد على الشيء بما يعادل حصّته الشائعة⁴. فلا تكون حصّته محدّدة تحديداً مادياً وإنّما محدّدة تحديداً معنوياً، وبما أنّ المشرّع قد عدّ حقّ الشريك في الشيوع على حصّته حقّ ملكيّة، هذا يدعو للتساؤل عن نطاق حقّ الشريك بالتصرّف في حصّته الشائعة؟ وعن الأثر الذي يترتّب على هذا التصرّف؟ وهذا ما سيتمّ دراسته في بحثين.

المبحث الأول: نطاق حقّ الشريك بالتصرّف في حصّته الشائعة قبل القسمة.

المبحث الثاني: حكم تصرّف الشريك في حصّته الشائعة بعد القسمة.

المبحث الأول: نطاق حقّ الشريك بالتصرّف في حصّته الشائعة قبل القسمة:

يملك الشريك في الشيوع حصّته الشائعة ملكاً تاماً، وذلك بموجب نصّ المادة 781 ق. م. س، وللشريك في الشيوع باعتباره مالكاُ التصرّف بحصّته بجميع أنواع التصرّفات من حيث المبدأ وذلك بموجب نصّ المادة 768 ق. م. س، وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن ماهيّة التصرّفات التي يمكن للشريك في الشيوع إبرامها؟ ومدى تعارضها مع طبيعة الشيوع، وخاصّة أنّ بعض التصرّفات تمتدّ إلى ما بعد القسمة؟ وما هي القيود التي قد تقيد حقّ الشريك في التصرّف في حصّته الشائعة؟

وهذا ما يوجب دراسة هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: ماهيّة تصرّفات الشريك في حصّته الشائعة.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حقّ الشريك بالتصرّف في حصّته الشائعة.

⁴ د. الصّدة، عبد المنعم فرج (1982). الحقوق العينية الأصليّة/دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. بيروت: لبنان، دار النهضة العربيّة.

المطلب الأول: ماهية تصرفات الشريك في حصته الشائعة:

يُعدُّ التصرف أهمّ السّلاطات الثلاث الّتي منحها المشرّع للمالك بموجب المادّة 768 ق. م. س، والتّصرّف يشمل نوعين من الأعمال، التّصرّفات الماديّة والتّصرّفات القانونيّة، إلّا أنّ التّصرّف كأحد عناصر الملكيّة ينحصر معناه بالتّصرّف القانونيّ، المتمثّل بنقل ملكيّة أو حقّ عيني آخر⁵. وقد عدّ المشرّع حقّ الشّريك في الشّيوع حقّ ملكيّة تامّة، فله أن يتصرّف في حصّته الشّائعة تصرّفاتٍ ناقلةٍ للملكيّة كالبيع والهبة، أو يرتّب عليها حقوقاً عينيّةً كترتيب حقّ انتفاع أو تأمين أو رهنٍ حيازيّ.

ومن أهمّ التّصرّفات النّاقلة للملكيّة هي البيع (الفرع الأوّل)، ومن أهمّ الحقوق العينيّة الّتي يمكن ترتيبها هي الرّهن بنوعيه (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: بيع الحصّة الشّائعة:

قد يردّ البيع على حصّة شائعةٍ في عقار أو منقول، والمنقول قد يكون من المنقولات العاديّة أو المنقولات الّتي تنظّمها قوانين خاصّة بها. فلا بدّ من معرفة المبدأ العام الّذي يحكم بيع الحصّة الشّائعة (أولاً)، والأحكام الخاصّة ببيع الحصّة الشّائعة إذا كان محلّها منقول (ثانياً).

أولاً: المبدأ العام لبيع الحصّة الشّائعة:

لا يتضمّن القانون المدنيّ السوريّ نصّاً خاصّاً ببيع الحصّة الشّائعة، إلّا أنّ الفقرة الأولى من المادّة 781 ق. م. س تنصّ على أنّه: (كلّ شريكٍ في الشّيوع يملك حصّته ملكاً تامّاً، وله أن يتصرّف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يُلحق الضرر بحقوق سائر الشّركاء).

جاءت كلمة التّصرّف مطلقةً في النصّ. وبالتالي يكون للشّريك في الشّيوع أن يبرم مختلف التّصرّفات القانونيّة، تصرّفاً صحيحاً ومنتجاً لأثاره القانونيّة، وناظراً في حقّ جميع الشّركاء دون الحاجة إلى موافقتهم⁶. وتترتّب آثار هذا التّصرّف حسب القواعد العامّة، مع مراعاة القواعد المتعلّقة بالتّسجيل. فإذا كانت الحصّة الشّائعة محل

⁵ السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 501.

⁶ الصّدة، (1982). ص: 189.

تصرف الشريك حصّة في عقار في المناطق المحددة والمحزرة، أو حصّة في مركبة أو سفينة أو طائرة فإن آثار التصرف تترتب وفقاً للقواعد العامة، إلا أنه لابد من مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل⁷. وبتمام التصرف ينتقل حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه ويصبح المتصرف إليه شريكاً في الشيوع مع بقية الشركاء في حدود الحصّة التي تلقاها من المتصرف⁸.

وبما أنّ البيع يعدّ أهمّ التصرفات الناقلة للملكية، فيكون للشريك في الشيوع أن يبيع حصّته كلاً أو بعضاً، سواء كان المال قابلاً للقسمة أو غير قابل للقسمة. كما يمكن أن يكون التصرف لأحد الشركاء أو إليهم جميعاً أو إلى أجنبي عنهم، فلا يشكل ذلك فرقاً في القانون السوري، أمّا في القانون المصري إذا تمّ التصرف لأجنبي يمكن للشركاء في الشيوع استعادة الحصّة المبيعة باستخدام رخصة الاسترداد أو رخصة الشفعة⁹.

فإذا ما انعقد عقد البيع وجب على البائع التسليم، حيث أنّ الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينصّ عليه العقد¹⁰. فالبايع ملزم بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري¹¹، فإذا لم يتم البائع بتسليم المبيع يمكن للمشتري أن يطالبه بالتسليم، إلا أنه ليس له أن يرفع دعوى يطالب فيها بتسليمه المبيع إلا بعد انتقال الملكية إليه. حيث ذهبت محكمة النقض السورية إلى أنّ دعوى تسليم العقار لا تسمع إلا بعد تسجيل العقد، أو تنفيذ القرار القضائي في السجل العقاري وانتقال ملكيته لطالب التسجيل¹². وإذا كان بيع الحصّة الشائعة صحيحاً ومنتجاً لأثاره القانونية، وبالتالي تنتقل الملكية إلى المشتري بتسجيل حقه

⁷ المشرع المصري يفرق بين القيد والتسجيل بين التصرفات الناقلة للملكية والتصرفات المرتبة لحق عيني. التسجيل يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل مع ذلك. أو هو حفظ المحرر نفسه كما هو والاكتفاء بإعطاء صورة فوتوغرافية لأصحاب التأمين. أمّا القيد فهو نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الزهن وتدوينها في سجل خاص. استئناف مصري. 118 تشرين الأول. سنة 1939م، المحاماة 20 رقم 118. ص 308. وارد في د. السنهوري، عبد الرزاق. (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/التأمينات الشخصية والعينية. ج 10. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ص: 436.

⁸ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 843.

⁹ د. سوار، محمد وحيد الدين (2005-2006-أ). شرح القانون المدني/الحقوق العينية الأصلية. ط 9. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق: كلية الحقوق. ص: 383.

¹⁰ القضية 1888 لعام 2007. قرار 1906. تا 19\8\2007. محكمة النقض- الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. عام 2009. العددان 3 و4. السنة 74. ص: 427-قضاء المحاكم.

¹¹ المادة (396) ق. م. س.

¹² القضية 430 أساس لعام 2008. قرار 5340. تا 4\3\2008. محكمة النقض- الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. 2011. العددان 3 و4. السنة 76. ص: 387-قضاء المحاكم.

في السجل العقاري، ومع ذلك ليس له أن يطالب بتسليمه الحصة المبيعة، مع أنه يحق للمشتري الذي سجل عقده في السجل العقاري أن يطالب بتسليم العقار. فقد استقرت محكمة النقض السورية إلى أنه ليس للشريك في الشيوع أن يطالب بتسليم جزء من العقار أو حصة محددة من المال الشائع قبل الخروج من حالة الشيوع رضاً أو قضاءً¹³.

وذهبت محكمة النقض المصرية أيضاً إلى عدم إمكانية طلب الشريك تسليم الحصة الشائعة، لكن بينت سبب ذلك المنع أنه يترتب على الحكم بتسليم الحصة الشائعة إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون، وذلك لا يحول دون إجابة طلبه إذا طلب أن يكون التسليم شائعاً أي حكماً، وذلك بوضع الحصة المباعية تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها، وهو ما لا يعدّ قسمةً للمال الشائع¹⁴.

فإذا لم يكن للشريك البائع الحصول على حصته محددة ومفرزة كيف يكون له نقل ما لا يملك إلى المشتري، وهذا ما بينته محكمة النقض المصرية فقد ذهبت في اجتهاد آخر لها أنه ليس لمشتري حصة شائعة أن يطلب التسليم مفرزاً لأنه ليس له من الحقوق ما يجاوز سلطة البائع¹⁵.

فيكون للشريك في الشيوع بيع حصته الشائعة أو جزء منها دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء طالما لا يترتب على تصرفه ضرر على حقوق الشركاء الآخرين. ولا يكون للمشتري طلب تسليم المبيع محدداً ومفرزاً ولو سجل عقده، لكن يكون له أن يستلم المبيع شائعاً، لأن الشريك البائع لا يملك استلام حصته الشائعة محددة ومفرزة قبل الخروج من حالة الشيوع.

¹³ القضية 276 أساس عام 2005. قرار 462، تا 2005\4\12. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2006. العددان الأول والثاني. السنة 71. ص: 91- قضاء المحاكم.

¹⁴ الطعن 5100. سنة 88 ق. تا 2019\2\21. مكتب فني 70. ق 37. ص: 280. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/05/5100-88-21-2-2019-70-37-280.html>

¹⁵ الطعن رقم 160. سنة 69 قضائية. جلسة 2000\1\17. أحكام النقض المدني. مكتب فني. ج 1. السنة 51. ص: 140. تاريخ آخر زيارة

2024/7/2

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=58399&%D9%88%D8%B6%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%83-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%8A%D9%88%D8%B9-%D9%8A%D8%AF%D9%87-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%AC%D8%B2%D8%A1-%D9%85%D9%81%D8%B1%D8%B2-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%A7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A7%D8%A6%D8%B9>

ثانياً: محل الحصّة الشائعة منقول:

لم يعرف المشرع السوري المنقول، وإنما اكتفى بتعريف العقار واعتبر ما عداها منقولاً وذلك وفقاً لنص المادة 84 ق. م. س.¹⁶ وتنتقل ملكيّة المنقول بالحيازة بتوافر السبب الصحيح وحسن النية، وذلك بموجب نص المادة 927¹⁷ ق. م. س، أو بأحد أسباب التملك، دون الحاجة إلى التسجيل كالعقار. وعلى الرغم من أن القانون المدني السوري لم يصنّف الأموال المنقولة¹⁸، إلا أن المنقولات تعددت وتزايدت أهميتها الاقتصادية فلم تعد المادة 927 ق. م. س كافية لتنظيم أحكام تملك المنقول. فهناك بعض الأموال المنقولة كالمركبات والسفن والطائرات وكلها تحتاج إلى إجراءات معينة لترتيب الحقوق عليها، وهذه الأموال منقولات بطبيعتها كونها منقولات مادية قابلة للنقل دون تلف وتخضع لما تخضع له المنقولات من أحكام¹⁹، إلا أنه نظراً لأهميتها الخاصة وكونها أحد عناصر الثروة الوطنية وما قد يترتب على حسن استثمارها من تنمية للاقتصاد فإن القوانين الخاصة المنظمة لأحكامها أوجب تسجيل كل ما يتعلق بنشوء ملكيتها ونقلها وانتهائها في سجلات خاصة.

ولكنها ليست المنقولات الوحيدة التي تحتاج إلى التسجيل لترتيب الحقوق عليها فهناك أيضاً المنقولات غير المادية²⁰ أو المنقولات المعنوية²¹، كالمناجر وبراءات الاختراع والعلامات الفارقة وحقوق المؤلف، وقد تم تنظيم أحكامها أيضاً في قوانين خاصة.

1- المنقولات ذات الطبيعة الخاصة:

إن المركبات والسفن والطائرات هي منقولات بطبيعتها، إلا أنها تحتاج إلى التسجيل في سجلات خاصة نظراً

¹⁶ المادة (84 ف1): (كل شيء مستقر بحيازته ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف عقار. وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).

¹⁷ المادة (927) ق. م. س: (1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته.....

3- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

¹⁸ م. السرميني، عبد الجواد، و د. الترماني، عبد السلام. (1986). القانون المدني الحقوق العينية. ج1. حلب: سورية. منشورات جامعة حلب. ص: 77.

¹⁹ السرميني، والترماني، (1986). ص: 79. د. الحكيم، جاك يوسف (2005-2006)، العقود الشائعة والمسماة عقد البيع، كلية الحقوق - جامعة دمشق، ص: 202.

²⁰ الحكيم، (2005-2006). ص: 208.

²¹ السرميني، والترماني، (1986). ص: 83.

لأهميتها، كما تحتاج إلى تسجيل التصرفات الواردة عليها، وهذا ما دفع الفقه إلى تسميتها بالمنقولات الخاضعة للقيود أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة²².

أ- المركبات:

تنص المادة 99 الفقرة (ب) من قانون السير والمركبات السوري رقم 31 لعام 2004 على أنه: (يطبق على المركبات الآلية الخاضعة للتسجيل ما يطبق على العقارات بشأن نقل الملكية والحجز والرهن والتأمين) تنتقل ملكية المركبات كما تنتقل ملكية العقارات على الرغم من كونها منقولات، وتنتقل ملكية العقارات وفق نص الفقرة الأولى من المادة 825 ق. م. س والتي تنص على أنه: (تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري). وكذلك المادة 11²³ من القرار 188 لعام 1926 وتعديلاته والتي تنص صراحة على أن كل تصرف وارد على عقار لا يكون نافذاً حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ تسجيله في السجل العقاري، وبذلك لا تنتقل ملكية المركبة إلا بتسجيلها في السجل الخاص بها. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض أيضاً فقررت أنه: (يطبق على المركبات ما يطبق على العقارات بشأن نقل الملكية للقيود المسجلة على الصحيفة كما هو الحال في قيود السجل العقاري)²⁴. وذهبت في اجتهاد آخر إلى أن: (تعامل السيارة معاملة العقار لجهة البيع، ولا بد من إثبات البيع بالطرق المقبولة قانوناً، وليس لمجرد الحياة)²⁵.

إلا أن المادة 100 من قانون السير والمركبات تنص على أنه: (لا يُعد إنشاء أو نقل أو تعديل حق الملكية أو الحجز أو الرهن أو التأمين على المركبات الخاضعة للتسجيل لدى مديرية النقل المعينة سارياً بحق غير المتعاقدين إلا بعد تسجيله في السجلات المعينة بهذا القانون.....)²⁶.

²² السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 67.

²³ المادة (11): (الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني، أو نقله، أو اعلانه أو تعديله أو ابطاله، لا تكون نافذة، حتى بين العاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها. ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المداعة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم).

²⁴ القضية أساس 328 لعام 2021. رقم 28، تا 2021\1\31. محكمة النقض - الهيئة العامة المدنية. الأعداد (7-12). مجلة المحامون. لعام 2021. سنة 86. ص: 352.

²⁵ القضية أساس 271 لعام 2022. قرار 149. تا 2022\2\14. محكمة النقض - الغرفة المدنية الرابعة. مجلة المحامون لعام 2023. السنة 88. الأعداد (1-6). ص: 154.

²⁶ المادة (97) قانون السير والمركبات: (ب-على مالك المركبة الآلية المراد تسجيلها مع مقطورتها أو نصف مقطورتها أن يقدم طلباً بذلك يرفق به الوثائق الجمركية وجميع المستندات القانونية التي تثبت ملكيته لها. ج-يعمل بمحتويات سجلات تسجيل المركبات ما لم يثبت تزويرها).

يتبين من هذا النص أن الهدف من التسجيل هو سريان التصرف في مواجهة الغير، أما فيما بين المتعاقدين فالتصرف صحيح ونافذ. وهذا ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كان يتوجب الأخذ بنص المادة 825 ق. م. س فلا تنتقل ملكية المركبة إلا بالتسجيل، ذلك أن المادة 99 من قانون السير والمركبات تنص على أنه يطبق على المركبات ما يطبق على المنقولات في نقل الملكية. أو يتوجب الأخذ بنص المادة 100 من قانون السير والمركبات والتي ترى أن تسجيل التصرف الوارد على المركبة مطلوب لنفاذه في مواجهة الغير، ولو أن طلب التسجيل لنفاذ التصرف تجاه الغير أقرب إلى طبيعة المركبة كمنقول.

أما قانون المرور المصري رقم 66 لعام 1973 وتعديلاته فقد نص في المادة 19 منه على أنه: (على المرخص له في حال نقل ملكية المركبة إخطار قسم المرور المختص بذلك، ويرفق بالإخطار سنداً مقبولاً في إثبات نقل الملكية طبقاً للمادة 10 من هذا القانون. وعلى المالك الجديد أن يطلب نقل القيد على اسمه. وأن يتم الإخطار واستيفاء جميع إجراءات نقل القيد خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صيرورة السند الناقل للملكية مقبولاً في حكم.....).

يتبين من النص أن المشرع المصري تطلب القيد في السجلات الخاصة عند نقل ملكية المركبة، إلا أنه لم يجعل انتقال الملكية متوقفاً على التسجيل حيث اعتبر أن سند التصرف هو الناقل للملكية إذا كان مقبولاً. وحسناً فعل المشرع المصري بذلك، وحبذا لو اكتفى المشرع السوري بنص المادة 100 من قانون السير والمركبات الذي عدّ التسجيل شرطاً لنفاذ التصرف في مواجهة الغير.

وبذلك فالمركبة من المنقولات الخاضعة للتسجيل والتي ينظم أحكامها قانون السير والمركبات، ومع ذلك فإن هذا القانون لم ينظم أحكام التصرف بالمركبة إذا كانت مملوكة على الشيوع، لذلك يطبق عليها أحكام الشيوع الواردة في القانون المدني. وهذا ما يدعو للتساؤل عن طبيعة الشيوع الوارد على المركبة، لأن المركبة من الأموال التي لا تقبل القسمة بطبيعتها، فهل يطبق عليها أحكام الشيوع العادي أو يطبق عليها أحكام الشيوع الإجباري؟

بين المشرع في المادة 780 ق. م. س على أنه يكون الشيوع إذا ملك اثنان أو أكثر شيء غير مفرزة حصّة كلّ منهم فيه، وذهب في المادة 781 ق. م. س على أن للشريك في الشيوع التصرف بحصته الشائعة

بجميع أنواع التصرّفات، ثمّ نظّم في المواد التالية أحكام قسمة هذا المال، وبالتالي فلا قيود تقتيد الشريك في الشيوع العادي بالتصرّف بحصّته، كما لا توجد قيود تمنعه من المطالبة بقسمة المال الشائع من حيث الأصل وذلك وفقاً لنصّ المادة 788 ق. م. س.

في حين أنّ المادة 805 ق. م. س والتي تعبّر عن الشيوع الإجباري²⁷ تنصّ على أنّ: (ليس للشركاء في المال الشائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال بأنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع). يتبين من النصّ بأنّ المشرّع قد قيّد حرية الشريك في الشيوع الإجباري بطلب القسمة، فلا يكون له طلب القسمة سواء كان المال قابلاً للقسمة أم غير قابل للقسمة بطبيعته، ولم يورد قيوداً على حرية الشريك بالتصرّف. فيكون أهمّ ما يميّز الشيوع الإجباري عن العادي أنّه دائمّ ليس للشركاء طلب القسمة²⁸. أي سواء كان الشيوع الوارد على المركبة عاديّاً أو إجباريّاً فإنّ ذلك لن يؤثّر على حرية الشريك بالتصرّف، وإنّما يقتيد حقّه بطلب القسمة فقط. ومع ذلك لا يقتيد حقّ الشريك في الشيوع في ملكيّة المركبة بطلب القسمة أيضاً لأنّ الشيوع الوارد عليها شيوع عاديّ، ولأنّ المركبة وإن كانت غير قابلة للقسمة بطبيعتها فلا يطبق عليها معيار الشيوع الجبري فلا يُعدّ الغرض منها البقاء على الشيوع وإن كانت مملوكة لأكثر من مالك.

وقد ذهبت محكمة النقض السوريّة في اجتهاد لها على أنّ الشيوع الإجباري لا يردّ إلا على العقارات، لأنّ طبيعة الأشياء المنقولة لا تقتضي الاشتراك على الدوام بالنظر لأنّ بقاء هذه الأموال لا يتصفّ بالديمومة الطويلة²⁹.

ب- الطائفة:

ينظّم قانون الطيران المدني رقم 6 لعام 2004 الأحكام المتعلقة بالطائفة، فتتصّ المادة 28 منه على أنّه:

(أ- الطائفة مالّ منقول فيما يتعلّق بتطبيق القوانين والأنظمة النافذة في الدولة، ويتمّ نقل ملكيّة الطائفة بموجب سندٍ رسميٍّ، ولا يكون له أيّ أثر تجاه الغير إلّا بعد قيده في السجل المنصوص عليه في المادة 24.

²⁷ د. أبو السعود، رمضان، (2002). الوجيز في الحقوق العينية الأصلية لمصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 546.

²⁸ الصّدة، (1982). ص: 252.

²⁹ قضية أساس 775. قرار 950. تا 1965\4\28. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. القاعدة 404. مجلة المحامون لعام 1965. السنة 30. ص: 270. مشار إليه في الترميني والترماني، (1986). ص: 452.

ب-إذا انتقلت الملكية عن طريق الإرث نتيجة وفاة أو حكم بنقل الملكية أو بنقل حق الاستئثار يجب قيد ذلك في السجل المذكور بناءً على طلب المالك أو المستثمر الجديد).

نص المشرع صراحةً في هذه المادة أنّ الطائرة منقول وبالتالي يطبق عليها أحكام المنقول، إلّا أنّها تحتاج إلى التسجيل في سجل خاص يدعى السجل الوطني حتى تنفذ التصرفات الواردة عليها في حق الغير، حيث يكون التصرف نافذاً بين المتعاقدين بموجب السند الرسمي.

ولا يتضمن قانون الطيران المدني السوري تنظيمًا لأحكام الملكية الشائعة، لذا تطبق أحكام الشيوخ الواردة في القانون المدني، فيكون للشريك في الشيوخ في ملكية الطائرة أن يتصرف في حصته دون الحاجة إلى موافقة أحد من الشركاء بموجب نص المادة 781 ق. م. س، مع وجود قيد إضافي مفروض على حرية التصرف الوارد على الطائرة وهو نص المادة 29 من قانون الطيران المدني، حيث تنص على أنه: (لا يجوز إجراء أي عملية بيع أو رهن أو أي تصرف قانوني على أي طائرة مسجلة في السجل الوطني إلى شخص أجنبي³⁰، إلّا بعد موافقة سلطة الطيران المدني).

يتبين من النص أنّ القيد المفروض على مالك الطائرة، هو الحصول على موافقة سلطة الطيران المدني، عند التصرف إلى أجنبي، أمّا إذا كان المتصرف إليه مواطناً سورياً فلن يحتاج إلى الحصول على تلك الموافقة. فإذا كان مالك الطائرة يحتاج إلى موافقة سلطة الطيران المدني عند التصرف لأجنبي، سيحتاج الشريك في الشيوخ إلى تلك الموافقة أيضاً في حال تصرفه بحصته إلى أجنبي.

في حين ينظم المشرع المصري أحكام الحقوق والتصرفات الواردة على الطائرة بمجموعة قوانين³¹، والتي تتطلب شهر الحقوق والتصرفات التي ترد على الطائرة، فقد عدّ القرار رقم 369 ط عقد بيع الطائرة من المحررات واجبة التسجيل وذلك بموجب المادة 17 الفقرة 1 منه. كما أوجب نفس القرار وذلك في المادة 27 الفقرة

³⁰ الأجنبي في القانون السوري هو كل من لا يحمل الجنسية العربية السورية أو جنسية دولة عربية، وذلك بموجب نص المادة (1) من المرسوم التشريعي رقم 276 لعام 1969 المتعلق بالجنسية العربية السورية، بينما الأجنبي في القانون المصري هو من لا يحمل الجنسية العربية المصرية.
³¹ القانون رقم 26 لسنة 1976 م والمتعلق ببعض الأحكام الخاصة بالطائرات، قرار وزارة السياحة والطيران المدني رقم 369 ط لسنة 1978.

(أ) على شهر التّصرّف الوارد على الطّائرة كاملةً أو على جزءٍ منها، كما أوجب على ذوي الشّأن في المادّة 6 منه على إخطار الهيئة المصريّة للطيران المدني بأيّ تغيير في ملكيّة الطّائرة كاملةً أو نصيبٍ منها.

واعتبر المشرّع المصريّ بيع الطّائرة وكذلك السّفينة عملاً تجاريّاً، إذ تمّ تعدادها ضمن الأعمال التجاريّة وذلك في المادّة 6 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. أمّا المشرّع السوريّ لم يعدّد بيع الطّائرة ضمن الأعمال التجاريّة، وبالتالي فهو يخضع لأحكام القانون المدنيّ إذا كان عملاً مدنيّاً، ويخضع لأحكام القانون التجاريّ إذا كان عملاً تجاريّاً. وفيما يتعلّق بأحكام الشّيوخ فإنّ المشرّع المصريّ شأنه شأن المشرّع السوريّ لم ينظّم أحكاماً خاصّةً بالشّيوخ. وبذلك فهو يخضع لأحكام القانون المدنيّ.

ت- السّفينة:

ينصّ قانون التجارة البحريّة السوريّ رقم 46 لعام 2006³² في المادّة 3 منه على أنّه: (مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، تسري على السّفينة أحكام المنقول ما عدا تملّكها بالحيازة). السّفينة منقول وتسري عليها أحكام المنقول، والتّصرّفات الواردة عليها لا تكون إلّا بسندٍ رسميٍّ أو بمقتضى حكمٍ حاز قوّة الأمر المقضيّ وذلك بموجب المادّة 13³³ من هذا القانون، وإنّ هذه التّصرّفات بحاجة إلى التّسجيل حتّى تكون نافذةً في حقّ الغير.

إنّ هذا القانون وعلى خلاف قانون الطيران المدنيّ وقانون السّير والمركبات نظّم أحكام الملكيّة الشّائعة في الفصل الثّاني، من المادّة 46 حتّى المادّة 56. فتنصّ المادّة 51 منه على أنّه: (لكلّ مالكٍ على الشّيوخ حقّ التّصرّف في حصّته دون موافقة المالكين الآخرين إلّا إذا كان من شأن التّصرّف فقدان السّفينة الجنسيّة السوريّة فيلزم أن يوافق على البيع جميع المالكين).

يتبيّن من النصّ أنّ المشرّع قد أعطى للشّريك في الشّيوخ الحقّ بالتّصرّف في حصّته الشّائعة بجميع أنواع التّصرّفات دون الحاجة إلى موافقة أحدٍ من الشّركاء حيث جاء لفظ التّصرّف مطلقاً في بداية النصّ. ولكنّه قيّد

³² ينظّم أحكام السّفينة القانون البحريّ المصريّ رقم (8) لسنة 1991.

³³ المادّة (13): (3- لا تكون التّصرّفات المشار إليها في الفقرة السّابقة نافذة بالنسبة إلى الغير ما لم يتمّ شهرها بناءً على طلب ذوي الشّأن في سجلّ السّفينة، وتكون مرتبة التّسجيل حسب أسبقية القيد في هذا السّجل).

هذه الحرية إذا ترتب على التصرف الصادر من المالك في الشئوع فقدان السفينة الجنسية السورية، إلا أن هذا القيد يقتصر على حالة كون التصرف بيعاً فقط دون التصرفات الأخرى. ويشترط في السفينة حتى تكتسب الجنسية السورية أن تكون مسجلة في الإدارة البحرية المختصة وفقاً لقانون التجارة البحرية السوري مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في القوانين الأخرى³⁴.

وإذا كان نص المادة 781 ق. م. س قد قيد حرية المالك في الشئوع بالتصرف في ملكه بشرط عدم الإضرار بحقوق بقية الشركاء، فإنها لم تضع معياراً لمعرفة ما إذا كان هناك ضرر حدث للشركاء نتيجة تصرفه بحصته أو عدم حدوث هذا الضرر، ويبدو أن المشرع في قانون التجارة البحرية قد وضع معياراً لذلك، وهو عدم فقدان السفينة الجنسية السورية.

أما القانون البحري المصري رقم 8 لسنة 1991 يتطلب في السفينة المملوكة على الشئوع حتى تتمتع بالجنسية المصرية، أن تكون مسجلة في أحد موانئها، وأن تكون أغلبية الحصص مملوكة لمصريين، وذلك بموجب نص المادة 5 منه.

وبذلك يكون للشريك في الشئوع بيع حصته الشائعة في السفينة بموجب الفقرة الأولى من المادة 51 من قانون التجارة البحرية، وكذلك المادة 52 منه والتي تنص على أن: (1-إذا باع أحد المالكين حصته في السفينة لأجنبي يجب على المشتري إخطار المالكين الآخرين بكتاب مسجل يعلمهم بالبيع وبالثمن المتفق عليه وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع).

لم يفرض هذا النص أي قيود على حرية الشريك في بيع حصته الشائعة، لكن أوجب على المشتري في حال كان أجنبياً عن المالكين في الشئوع أن يخطر بقية الشركاء بهذا البيع خلال مدة معينة، وذلك لإعلامهم بالتصرف في حال رغبة بعضهم أو كلهم باسترداد الحصة الشائعة، فقد أخذ قانون التجارة البحرية السوري برخصة الاسترداد، على الرغم من أن القانون المدني لا يأخذ به.

2- المنقولات المعنوية:

³⁴ المادة (6) من قانون التجارة البحرية السوري.

تنص المادة 89 ق. م. س على أنه: (الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها القوانين الخاصة).

تعدّ المنقولات المعنوية من الأشياء غير المادية التي تكون محلاً للحقوق المالية، ومن أهمّ هذه المنقولات المتاجر التي ينظم أحكامها قانون التجارة السوري رقم 33 للعام 2007، العلامات الفارقة التجارية والصناعية والتي ينظمها قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسم والنموذج الصناعي رقم 8 لعام 2007، براءات الاختراع والتي ينظمها القانون رقم 18 لعام 2012، حقوق المؤلفين والفنانين والتي ينظمها قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 62 لعام 2013.³⁵

وهذا يدفع إلى التساؤل إذا كانت هذه القوانين قد نظمت أحكام هذه المنقولات المعنوية فيما لو كانت مملوكة على الشيوع؟ وما نوع الشيوع الذي تكون عليه؟ وهل يكون للشريك في الشيوع في هذه المنقولات الحرية بالتصرف بحصته؟

أ- المتجر:

تنص المادة 43 من قانون التجارة السوري على أن: (1-المتجر مجموعة من عناصر مادية وغير مادية تهدف إلى ممارسة مهنة تجارية).

يتبين أن المشرع عرّف المتجر وبين العناصر التي يتكوّن منها ولكنه لم يبين الطبيعة القانونية له. إلا أن محكمة النقض السورية قد اعتبرته منقولاً معنوياً بالرغم من تضمّنه عنصراً عقارياً³⁶. كما أن الرأي الراجح من الفقه اعتبره منقولاً³⁷. فالمتجر منقول معنوي يتضمّن مجموعة من العناصر. وما يتضمّنه من عناصر مادية وعناصر غير مادية كمجموعة هي التي تُكسبه صفته كمتجر، ولا يمكن القول بوجود متجر حتى لو توفّرت هذه العناصر بشكل

³⁵ ينظم المشرع المصري أحكام المتجر في قانون التجارة رقم 17 لعام 1999، أما المنقولات المعنوية الأخرى ينظم أحكامها في قانون واحد هو قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لعام 2002.

³⁶ نقض سوري. قرار رقم 1086. تا 14\12\1974. مجلة المحامون لعام 1974. العدد 12. مشار إليه في مؤلف د. هشام فرعون. القانون التجاري البري. ص: 177. وارد في د. أبو الشامات، محمد فاروق، و د. مكناس، جمال الدين (2008-2009)، الحقوق التجارية الأعمال التجارية والتجار والمتجر. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 248.

³⁷ ثار الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للمتجر، فذهب جانب إلى الأخذ بمفهوم المجموعة الفعلية، في حين ذهب جانب آخر إلى الأخذ بانتفاء المجموعة الحقوقية، وانتقدت كلّ من هذه الاتجاهات، ورجح الرأي إلى اعتبار المتجر منقولاً غير مادي يصلح محلاً للتصرفات القانونية مثله مثل الحقوق الفكرية. وارد في د. الحكيم، جاك يوسف، (2007-2008). الحقوق التجارية الأعمال التجارية والتجار والمتجر. ج 1. ط 13. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق: كلية الحقوق. ص- ص: 236-237.

إفرادي³⁸. ويؤخذ على تعريف المشرع للمتجر إغفاله أهمية العناصر المعنوية التي يتضمنها المتجر وتغوق أهميتها العناصر المادية³⁹. ومن العناصر المادية للمتجر البضائع والتجهيزات والعدد الصناعية، ومن عناصرها المعنوية الاسم التجاري والعنوان التجاري وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج. وتشكل العناصر المادية وغير المادية كمجموعة المتجر، إلا أن هذه المجموعة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية⁴⁰. وبالتالي فملكية المتجر قد تكون لشخص طبيعي، فتدخل الذمة المالية له أو الذمة المالية للمالكين إذا امتلكه أكثر من شخص، ويكون للدائنين ممارسة حقوقهم عليه وفقاً لمبدأ الضمان العام، وقد يمتلكه شخص اعتباري⁴¹ فيكون داخلاً في الذمة المالية للشخص الاعتباري.

ويصلح المتجر أن يكون محلاً للتصرفات القانونية كالبيع والزهن. وبما أن المتجر مال منقول فإنه يخضع للأحكام العامة التي تنظم بيع المنقول بصورة عامة، فالمادة 58 من قانون التجارة تنص على أنه: (1- يخضع بيع المتجر أو التنازل عنه للأحكام العامة العائدة للبيع أو غيره من التصرفات ولأحكام هذا الفصل). لكن على الرغم من أن المتجر منقول ويخضع للأحكام العامة لبيع المنقول إلا أنه يختلف عنه في بعض الأحكام. فلا يمكن تطبيق قاعدة الحيابة في المنقول سند ملكية الحائز بالنسبة للمتجر بسبب طبيعته المعنوية⁴²، كما أن المادة 58 من قانون التجارة تخضع التصرفات الواردة على المتجر لأحكام الفصل الثالث من قانون التجارة، والذي يشترط تسجيل المتجر والتصرفات الواردة عليه في سجل المتاجر بموجب الفقرة الأولى من المادة 56⁴³ من قانون التجارة. وقد أكد اجتهاد محكمة النقض على ذلك وقررت:

(إن العبرة في ملكية المتجر هي لقيود مديرية المالية وسجل المتاجر والتي تعتبر الأساس في إثبات الملكية)⁴⁴

³⁸ الحكيم، (2007-2008)، ص: 235.

³⁹ د. عاشور، محمد سامر (2018)، القانون التجاري 1. دمشق: سورية. منشورات الجامعة الافتراضية السورية. ص: 86.

⁴⁰ السنهاوري، (د.ت). ج 8. ص: 206.

⁴¹ أبو الشامات و مكناس، (2008-2009)، ص: 251.

⁴² عاشور، (2018)، ص: 91.

⁴³ المادة (56 ف 1): (1- يُحدث في كل محافظة سجل تابع لسجل التجارة تُسجل فيه إلزامياً المتاجر والعقود الواردة عليها أو على بعض عناصرها وبصورة عامة كل ما يُهم الغير للاطلاع عليه من أمور تتعلق بالمتجر).

⁴⁴ القضية أساس 44 لعام 2020. قرار 38. تا 2020\2\24. محكمة النقض - الغرفة المدنية الأولى. مجلة المحامون لعام 2020. السنة 85. القاعدة 2. ص: 211.

ويشترط المشرع في العقود والتصرفات التي ترد على المتجر أن تكون مسجلة في سجل المتجر حتى تكون نافذة في حق الغير، كما يجب أن تكون هذه التصرفات مكتوبة وذلك وفقاً لنص المادة 57 من قانون التجارة⁴⁵. إذ يُشترط في التصرفات الواردة على المتجر الكتابة وذلك استثناءً من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، والكتابة هنا شرط إثبات فقط لا ركن انعقاد ويقتصر على المتعاقدين فقط، وقد يكون اشتراط الكتابة بسبب رغبة المشرع في تجنب النزاعات المحتملة حول نطاق العقد الوارد على المتجر والعناصر التي يتضمنها⁴⁶.

أما المشرع المصري فقد اعتبر التسجيل ركناً في العقود الواردة على المتجر، بحيث لا تنتقل ملكية المتجر حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيد التصرف في السجل الخاص⁴⁷، كما هو الحال عليه في التصرف الوارد على العقار، وذلك قد لا يتناسب مع طبيعة الأعمال التجارية من حيث احتياجها للسرعة في الإجراءات، كما قد لا تتناسب مع طبيعة المتجر كمنقول، إذ أنّ المنقولات لا تحتاج إلى التسجيل لتنتقل ملكيتها وفقاً للقواعد العامة.

وبيع المتجر قد يشمل جميع عناصره أو بعضها⁴⁸، فيجب ذكر العناصر التي يشملها عقد البيع. فإذا لم تحدّد العناصر اقتصر البيع أو التنازل على الشعار وحق الاستئجار وحق التعامل مع الزبائن والتجهيزات الصناعية والأثاث وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 58 من قانون التجارة السوري. فإذا شمل البيع عناصر معنوية كبراءات الاختراع أو العلامات الفارقة وغيرها فلا بدّ من ذكرها حتى يشملها البيع. كما يجب مراعاة أحكام نقل ملكيتها بموجب القوانين المنظمة لها إلى جانب مراعاة أحكام الفصل الثالث من قانون التجارة وذلك بموجب المادة 60 منه.

فيما يتعلق بالعقار الذي يُستثمر فيه المتجر فإنّه لا يدخل في عناصر المتجر ولا يعتبر بيع المتجر وارداً على العقار إلا في حال وجود اتفاق، ويتبيّن ذلك من موقف المشرع في المادة 58 الفقرة 2 التي لم تعدّ

⁴⁵ المادة (57) من قانون التجارة تنصّ على أنّ: (1- إنّ العقود والتصرفات الواردة على المتجر يجب أن تكون مكتوبة مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإقرار واليمين وحق الغير بإثباتها بجميع وسائل الإثبات.

2- إنّ العقود والتصرفات الواردة على المتجر لا تعتبر نافذة في حق الغير ما لم تسجل في سجل المتاجر (...).

⁴⁶ أبو الشامات و مكناس، (2008-2009). ص: 359.

⁴⁷ المادة (38) من قانون التجارة المصري لعام 1999م.

⁴⁸ كما قد يشمل البيع أحد فروع المتجر إذا كان يتألف من أكثر من فرع.

العقار من عناصر المتجر عند عدم ذكر العناصر في عقد البيع⁴⁹. في حين نصّ المشرّع المصريّ بشكلٍ صريح في المادّة 36 من قانون التّجارة المصريّ أنّ العقار لا يدخل في عناصر المتجر، وبذلك تطبّق عليه أحكام القانون المدنيّ. وينتقد جانبٌ من الفقه فصل العقار عن المتجر حين التّصرّف به، لأنّ ذلك يؤدّي إلى مساوئ اقتصاديةٍ وإنّ حُسن استغلال كلّ من المتجر والعقار الذي يستثمر فيه يقتضي توحيد وضعهما القانوني⁵⁰.

أما إذا كان مالك المتجر لا يملك العقار الذي يستثمر فيه متجره وإنّما يستأجره، في هذه الحالة فإنّ بيع المتجر يشمل حقّ الاستئجار حتّى ولو لم يذكر حقّ الاستئجار في عقد البيع، وذلك لأنّ المادّة 58 من قانون التّجارة قد عدّدت عنصر حقّ الاستئجار كأحد العناصر التي يشملها البيع، وإذا كانت المادّة 62 من قانون التّجارة تُشير إلى أنّ حقّ استئجار العقار المتّخذ مقرّاً للمتجر ينتقل حكماً إلى من انتقل إليه ملكيّة المتجر، إلّا أنّ الأمر لم يعد كذلك بالنّسبة لعقود الإيجار المبرمة بعد نفاذ القانون رقم 10 لعام 2006⁵¹. وعلى الرّغم ما قد ينطوي ذلك على إضرارٍ بمصالح صاحب المتجر، إلّا أنّ في ذلك حمايةً لمصالح مالك العقار من تعسّف مالك المتجر في حقّه.

فإذا كانت ملكيّة المتجر تعود لأكثر من شخص وباعتبار المتجر لا يتمتّع بالشخصيّة الاعتباريّة فإنّها تعدّ ملكيّةً شائعة. ويخضع لأحكام المادّة 781 ق. م. س فيما يتعلّق بالتّصرّف، وبالتالي يكون للشريك في الشّيوّع التّصرّف في حصّته بالبيع أو الرّهن دون الحاجة إلى موافقة الشّركاء الآخرين، حيث لا يتضمّن قانون التّجارة السّوريّ تنظيمًا خاصاً لأحكام الشّيوّع، فتطبّق أحكام القانون المدنيّ وذلك بموجب الفقرة 1 من المادّة 2 من قانون التّجارة، والتي تنصّ على تطبيق أحكام القانون المدني في حال انتهاء النّص في قانون التّجارة.

⁴⁹ عاشور، (2018). ص: 161.

⁵⁰ الحكيم، (2007-2008). ص: 247.

⁵¹ نظراً لأهميّة المكان الذي يستثمر فيه التاجر متجره وتأثيره على عنصر الاتّصال بالزبائن إذ أنّ هذا العنصر يتعلّق إلى حدّ كبير بموقع المتجر، لذلك عمد المشرّع إلى حماية عنصر حقّ الاستئجار وذلك بنقله إلى المشتري وقت التّصرّف بالمتجر ويتمدّد عقد الإيجار حكماً حتّى دون موافقة المؤجّر، إلّا أنّ القانون رقم 10 لعام 2006 أخضع العقارات التي توجّر لأعمالٍ تجاريةٍ أو حرفيّةٍ أو مهنةٍ حرّةٍ أو عمليّةٍ منظّمةٍ بعد نفاذ هذا القانون لإرادة المتعاقدين، وبالتالي لن يكون لصاحب المتجر إلّا التنازل عن حقّ الإيجار وفي حدود المدة المتبقّية لعقد الإيجار. وارد في أبو الشّامات، و مكناس، (2008-2009). ص: 279-280.

وبيع المتجر قد يكون عملاً تجارياً أو مدنياً. ذلك أنّ البيع قد يكون تجارياً إذا صدر من تاجر، ولا يُعدّ تجارياً إذا كان البيع صادراً ممن تملك المتجر بدون مقابل كما لو انتقل إليه بالميراث أو الوصية وباع دون أن يتابع في استثماره، أمّا المشتري غالباً يكون العمل تجارياً بالنسبة إليه⁵². فإذا كان الشريك في ملكية المتجر وارثاً كان بيعه لحصته الشائعة في هذه الحالة مختلطاً. والعمل المختلط هو العمل الذي يكون مدنياً بالنسبة لأحد طرفيه وتجارياً بالنسبة للطرف الآخر، ومعرفة حكم هذا العمل واجب لأن العمل التجاري يخضع لقواعد تختلف عن تلك القواعد التي تخضع لها الأعمال المدنية⁵³. ويتبين أنه لم ينص القانون السوري على القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، إلا أنّ الفقه والقضاء أخذ بنظام مزدوج، فيطبق القانون المدني على الطرف الذي يكون العمل مدنياً بالنسبة له، ويطبق القانون التجاري على الطرف الذي يكون العمل تجارياً بالنسبة له⁵⁴.

أمّا المشرع المصري فقد نصّ على هذه القاعدة بشكل صريح فتتصّ المادة 3 من قانون التجارة المصري على أنه: (إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك). وربما كان من الأفضل توحيد القواعد المطبقة على الطرفين المتعاقدين وإخضاعهما لقواعد القانون التجاري كما ذهبت بعض التشريعات⁵⁵.

ب- العلامات الفارقة:

تُعرف المادة 2 من قانون حماية العلامات الفارقة والرّسوم والنّماذج الصّناعيّة رقم 8 لعام 2007 العلامات الفارقة بأنّها كلّ إشارة تمكّن من تمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو اعتباري⁵⁶.

⁵² أبو الشامات ومكناس، (2008 - 2009). ص: 364. عاشور، (2018). ص: 182.

⁵³ الحكيم، (2007 - 2008). ص: 108.

⁵⁴ أبو الشامات ومكناس، (2008 - 2009). ص: 105.

⁵⁵ العديد من التشريعات كالتشريع الألماني والتشريع الإسباني والتشريع العراقي يطبق القانون التجاري على الطرفين في هذه الحالة. وارد في أبو الشامات ومكناس، (2008 - 2009). ص: 106.

⁵⁶ إذا كان المتجر يشمل علامة فارقة فإنّه يمكن أن يشمل مؤشراً جغرافياً أو نموذجاً صناعياً أيضاً وقد عرّف هذه العناصر قانون حماية العلامات الفارقة والمؤشرات والرّسوم والنّماذج الصّناعيّة رقم 8 لعام 2007، فتعرّف المادة (70) منه تعرّف المؤشرات الجغرافية بأنّها: (المؤشرات الجغرافية التي من شأنها أن تحدّد منشأ المنتج في دولة أو منطقة أو جهة أو بلد...)

وتُكتسب ملكية العلامة بالتسجيل الصحيح والمستمر⁵⁷، وبما أن الحق الوارد عليها حق ملكية فإنها تصلح محلاً للتصرفات القانونية. وتحتاج التصرفات الواردة عليها إلى تسجيل المستند المثبت للتصرف في السجل الخاص حتى تكون نافذة في حق الغير⁵⁸.

وبما أن العلامة الفارقة يمكن أن تكون مملوكة على الشيوع. إذ يمكن أن تكون ملكيتها العلامة فردية أو مشتركة⁵⁹. كما أنه يجوز التصرف بها كلياً أو جزئياً⁶⁰. ومع ذلك لا يكون للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته دون موافقة بقية الشركاء، إذ تنص المادة 51 من القانون المتعلق بالعلامات الفارقة على أنه: (إذا حدث تغيير في شخص واحد أو أكثر من الشركاء في ملكية العلامة الفارقة دون أن يشملهم جميعاً وتم ذلك التغيير في الملكية عن عقد أو عملية انضمام يُشترط حصول الموافقة الخطية من الشركاء الآخرين على هذا التغيير).

ت- براءات الاختراع:

تكون براءات الاختراع مملوكة ملكية فردية أو شائعة، فقد يكون الاختراع نتيجة عمل مشترك بين عدة أشخاص⁶¹، أو تنتقل ملكيتها عن طريق الميراث، فتكون مملوكة على الشيوع. ولا تتضمن القوانين المنظمة لها أي تنظيم للتصرفات الواردة على الحصّة الشائعة. وإنما اكتفت بالإشارة إلى أن البيع⁶² أو الهبة الواردة على براءة الاختراع تحتاج إلى تسجيل السند المثبت لها في السجلات الخاصة بها حتى تكون نافذة في حق الغير مع مراعاة

بينما تنص المادة (82) على تعريف الرسم الصناعي بأنه: (الرسم الصناعي: يُعتبر رسماً صناعياً كل تركيب أو تنسيق أو الألوان للخطوط أو الألوان الظاهرة على المنتجات بشكل جديد ومتميز عن الرسوم المعروفة من قبل، يضيف على المنتج رونقاً يكسبه شكلاً خاصاً يميزه عن السلع والمنتجات الأخرى المماثلة....

النموذج الصناعي: هو الشكل الخارجي لأي مجسم سواء ارتبط بخطوط أو ألوان أو لم يرتبط على أن يكون جديداً ومتميزاً عن النماذج المعروفة من قبل، وأن يعطي شكلاً خاصاً يمكن استخدامه لمنتج صناعي أو حرفي (...)

وهذه المنقولات كالعلامات الفارقة يمكن أن يتم التصرف بها كلياً أو جزئياً، ويجب تسجيل التصرفات الواردة عليها حتى تكون نافذة اتجاه الغير .

⁵⁷ المادة (7) الفقرة (ب) من قانون حماية العلامة الفارقة والمؤشرات والرسوم والنماذج الصناعية رقم 8 لعام 2007.

⁵⁸ المادة (50) من قانون حماية العلامات الفارقة والمؤشرات والرسوم والنماذج الصناعية رقم 8 لعام 2007.

⁵⁹ المادة (7) الفقرة (أ) من قانون حماية العلامات الفارقة والمؤشرات والرسوم والنماذج الصناعية رقم 8 لعام 2007.

⁶⁰ تنص المادة (47) من قانون حماية العلامات الفارقة والمؤشرات والرسوم والنماذج الصناعية رقم 8 لعام 2007 على أن: (يجوز نقل ملكية العلامة الفارقة كلياً أو جزئياً بالبيع أو التفريط أو عن طرق الإرث أو الوصية أو رهناً أو تقرير أي حق عيني عليها ببدل أو مجاناً مع المشروع أو المؤسسة التجارية أو بدونها...).

⁶¹ المادة (26) من القانون رقم 18 لعام 2012 المتعلق ببراءات الاختراع.

⁶² يُسمى بيع كامل ما يتمتع به صاحب الشهادة من حق تنازلاً، أما التنازل عن حق الاستثمار دون الرقبة يُسمى منح إجازة استثمار أو إجازة صنع. وارد في الحكيمة، (2007-2008). ص: 283.

أحكام بيع ورهن المحل التجاري⁶³.

ث- حق المؤلف والحقوق المجاورة له:

حق المؤلف هو مجموعة الحقوق المعنوية والمادية التي تثبت للشخص على مصنفه⁶⁴. ويتألف حق المؤلف من حقوق معنوية أبدية غير قابلة للتقادم أو التصرف⁶⁵، وحقوق مادية مؤقتة قابلة للتصرف فيها من قبل المؤلف أو من آل إليه الحق المالي من بعده. وتنقل حقوق المؤلف المالية كلها أو بعضها بطريق الإرث أو التصرف القانوني، ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون موثقاً بسند خطي أو إلكتروني مقبول قانوناً مع ذكر البيانات اللازمة⁶⁶.

ولم يتضمن قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة تنظيمياً لأحكام الملكية الشائعة، إلا أنها ميّزت بين فرضين فيما يتعلق بالمصنف المشترك⁶⁷، فتتص الفقر (ب) أنه: (إذا ساهم أكثر من شخص في تأليف مصنف مشترك اعتبر الجميع أصحاب الحق في المصنف بالتساوي بينهم، ولا يجوز لأحد منهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف بشأن هذا المصنف، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك بسند خطي أو إلكتروني موقع).

ويرى جانب من الفقه أن الشيوخ الوارد على هذه المصنفات يُعدّ شيوخاً جبرياً، وذلك وفقاً لنص المادة 805 ق. م. س، ذلك أن مساهمات المؤلفين للمصنف المشترك غير قابلة للفصل فهذا المصنف يُشكّل وحدة فكرية متكاملة⁶⁸. ووفقاً لنص المادة 14 من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له لا يكون لأي مناهم مباشرة حقوق المؤلف بشكل منفرد دون موافقة بقية الشركاء. فلا يكون لأي شريك سلطة التصرف دون الاتفاق مع بقية المؤلفين⁶⁹.

أما الفقرة (ج) من المادة 14 فتتص على أن: (إذا ساهم كل واحد من مؤلفي المصنف المشترك في تأليف

⁶³ المادة (38أ) من القانون رقم 18 لعام 2012 المتعلق بمنح براءات الاختراع.

⁶⁴ المادة (1) من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

⁶⁵ المادة (5أ، ب) من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له.

⁶⁶ المادة (8) قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له.

⁶⁷ المادة (14) من قانون حماية حق المؤلف: (المصنف المشترك هو الذي ساهم في تأليفه أكثر من مؤلف سواء أمكن فصل مساهمة كل منهم فيه أم لم يمكن...).

⁶⁸ د. زيدان، مؤيد (2020)، حقوق الملكية الفكرية. دمشق: سورية. منشورات الجامعة الافتراضية السورية. ص: 132.

⁶⁹ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 338.

جزء منه يختلف نوعه عن أنواع أجزاء المصنّف الأخرى بحيث يمكن فصله عنها كان لكلٍ منهم الحق في استثمار الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضرّ ذلك باستثمار المصنّف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك).

ويرى جانب من الفقه أنّ الشريك في الشيوع في المصنّف المشترك القابل للتجزئة يتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها الشريك في الشيوع في المصنّف المشترك غير القابل للتجزئة. وبالتالي لا يكون لهم مباشرة حقوقهم المالية إلا بالاتفاق بينهم⁷⁰. فلا يكون لأيّ شريك في الشيوع التصرف منفرداً بحصته الشائعة، دون الحاجة إلى موافقة الشركاء الآخرين. وربما الاستغلال الأمثل لمثل هذه المصنّفات يتطلب عدم السماح لهم باستغلال حصصهم أو التصرف بها بشكل مستقلّ، كما أنّ شخص الشريك غالباً سيكون محلّ اعتبار بالنسبة لهم.

وبذلك لا يكون الشركاء في الشيوع في المنقولات المعنوية التصرف بشكل منفرد بحصصهم الشائعة دون موافقة الشركاء الآخرين، إلا إذا كان المنقول المملوك على الشيوع متجراً.

الفرع الثاني: ترتيب حق عيني تبقي على الحصّة الشائعة:

إنّ أهمّ الحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوع ترتيبها على حصته الشائعة، هي الرهن بنوعيه وهذه التأمينات العينية قد تكون حيازية وقد تكون غير حيازية، فهل تتعارض أحكام الرهن مع طبيعة المال الشائع؟ وهل تطبق أحكام الرهن الواردة في القانون المدني على الأموال الشائعة مهما كانت طبيعتها؟

أولاً: التأمينات العينية الحيازية:

وردت التأمينات العينية في الكتاب الرابع من القانون المدني السوري، وقد أخذ معظم أحكامه عن قانون رهن المنقول اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 46 لعام 1932، وعن قانون الملكية العقارية رقم 3339 لعام 1930، وهذا سبب وجود اختلاف في بعض الأحكام بين القانونين المدنيّين السوري والمصري⁷¹.

⁷⁰ السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 339.

⁷¹ غزال، محمد عمار تركمانية، (2018). الحقوق العينية التبعية. دمشق: سورية. منشورات الجامعة الافتراضية السورية. ص: 12.

وقد تناول المشرع السوري التأمينات العينية الحيازية بداية وذلك من المادة 1028 حتى 1070 ق. م. س، حيث نظم أحكام كل من رهن المنقول ورهن العقار على حدة، وعرف كل منهما بشكل مستقل. فعرفت المادة 1028 ق. م. س رهن المنقول بأنه: (عقد يُخصص بمقتضاه شيء منقول مادي أو غير مادي بتأمين التزام ما). ويشمل المشرع المنقول المادي وغير المادي في هذا التعريف، دون أن يورد طريقة لإنشاء هذا الرهن، حيث إن إنشاء رهن المنقول يختلف فيما إذا كان مادياً أو غير مادي⁷². وفيما إذا كان خاضعاً للتسجيل أو غير خاضع للتسجيل. بينما المادة 1030 ق. م. س بينت طريقة إنشاء رهن المنقول المادي فنصت على أنه: (1- يتم رهن الشيء المادي بأن يسلم المدين أو شخص آخر بالنيابة عنه هذا الشيء إلى الدائن تأميناً لدين ما. 2- ويجوز أن يسلم الشيء إلى شخص آخر يختاره الفريقان أو أن يوضع قيد الحراسة المشتركة على وجه يمكن معه الراهن أن يتصرف فيه بمعزل عن الدائن. 3- ويجوز أن يتم التسليم بأداء سند يحصره في متسلمه حق التصرف في ذلك الشيء....).

بينما عرفت المادة 1055 ق. م. س الرهن العقاري الحيازي بأن: (الرهن عقد يضع بموجبه المدين عقاراً في يد دائنه، أو في يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان..). يتبين من هذه النصوص أن الرهن الحيازي للعقار والمنقول هي عقود عينية لا تكفي فيها الإرادة لإنشائها. وقد قررت محكمة النقض السورية بأن تسليم العقار المرهون للراهن شرطاً أساسياً في قيام عقد الرهن بحيث يعتبر ركناً من أركانه لا يقوم إلا به، بالإضافة إلى وجوب مراعاة قواعد التسجيل وذلك بموجب المادة 825 ق. م. س⁷³. فعقد الرهن الحيازي للعقار والمنقول يتطلب التسليم، كما يتطلب التسجيل في السجل العقاري إذا كان المرهون عقاراً، حيث أن الحقوق العينية العقارية لا تكتسب ولا تنتقل إلا بتسجيلها في السجل العقاري⁷⁴. أما إذا كان

⁷² غزال، (2018). ص: 16.

⁷³ القضية 1481 أساس لعام 1995. قرار 402. تا 20\4\1995. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. لعام 1995. العددان 9 و 10. السنة 60.

⁷⁴ في القانون السوري يجب تسجيل الحقوق العينية الأصلية والتبعية الواردة على العقار حتى تنفذ بين المتعاقدين واتجاه الغير، كذلك الحال في القانون المصري، إلا أنها تتطلب تسجيل الحقوق العينية التبعية حتى تنفذ اتجاه الغير لأنها نافذة بين المتعاقدين دون تسجيل. الصدة، ص: 754.

المرهون منقولاً فإنّ المشرّع لا يتطلّب التسجيل حتّى ينفذ التصرّف في حقّ الغير، وإنّما يشترط الكتابة الرسميّة أو العادية بشرط أن تكون ثابتة التاريخ⁷⁵.

وبذلك لا ينشأ الرهن العقاري الحيازيّ لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلّا بقيد العقد في السجلّ العقاريّ والتسليم⁷⁶. وهناك اتّجاه من الفقه يرى أنّ اشتراط التسجيل يجب أن يكون لنفاذ الرهن اتّجاه الغير وليس لنفاذه بين المتعاقدين لأنّ الرهن الحيازيّ العقاريّ عقدٌ عينيّ يتطلّب التسليم واشتراط القيد لانعقاد الرهن التأميني ليس إلّا بسبب أنّ التسليم ليس ركناً في العقد⁷⁷.

وإذا كان حقّ التصرف المعطى للشريك في الشّيوخ مطلقاً ممّا يوحي أنّ له أن يرهّن حصّته رهناً حيازياً أيضاً. وأنّ الرهن الصادر من أحد الشركاء صحيحٌ لأنّه صادرٌ من مالك⁷⁸. إلّا أنّ الاجتهاد مستقرٌّ على أنّه ليس للشريك في الشّيوخ أن يطلب استلام المال الشائع قبل الخروج من حالة الشّيوخ رضاءً أو قضاءً. فإذا لم يكن للشريك في الشّيوخ حيازة حصّته الشائعة فليس له تمكين المرتهن من الحيازة. وإذا لم يكن بالإمكان تسليم المرهون فإنّ عقد الرهن الحيازيّ لا ينعقد في القانون السوري، أي تتعارض أحكام الرهن الحيازيّ مع طبيعة المال الشائع، وليس للشريك في الشّيوخ أن يرهّن حصّته حيازياً.

أمّا المشرّع المصريّ فقد أعطى تعريفاً موحّداً للرهن الحيازيّ الواقع على المنقول والعقار وذلك بموجب المادّة 1096 ق.م.م⁷⁹. وقد عدّ الرهن الحيازيّ عقداً رضائياً ينشأ بالإيجاب والقبول دون أن يكون التسليم ركناً في العقد، إنّما هو التزامٌ فقط⁸⁰. فينعقد العقد حتّى قبل التسليم، ويكون نافذاً بين المتعاقدين ويكون للدائن التّنفيد على المرهون كدائنٍ مرتهن، ولكن دون أن يتمتّع بميزتي التّقدم والتّتبّع لأنّ التسليم شرطٌ لنفاذ الرهن في حقّ

⁷⁵ المادّة 1032 ق.م.س.

⁷⁶ د. سوار، محمد وحيد الدّين، (2005-2006-ب). شرح القانون المدني الحقوق العينية التّبعيّة. ط 10. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق: كليّة الحقوق. ص: 202.

⁷⁷ غزال، (2018). ص: 122.

⁷⁸ د. سعد، نبيل إبراهيم، (2010). التأمينات العينية والشخصيّة. ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 78.

⁷⁹ المادّة: (1096): (الرهن الحيازيّ عقدٌ به يلتزم شخصٌ، ضماناً لدينٍ عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتّب عليه للدائن حقّاً عينياً يخوله حبس الشّيء لحين استيفاء الدّين، وأن يتقدّم الدائنين العاديين والدائنين التّاليين له في المرتبة في اقتضاء حقّه من ثمن هذا الشّيء في أيّ يد تكون).

⁸⁰ د. علم الدّين، محي الدّين إسماعيل، التأمينات العينية في القانون المصريّ والمقارن. ط 4. دار النهضة العربيّة. ص 171. الفقرة 129. وارد في غزال، (2018). ص: 18.

الغير⁸¹، وبذلك فإن أحكام الرهن الحيازي لا تتعارض مع طبيعة الشئوع من حيث المبدأ ويكون للشريك أن يرهن حصته الشائعة حيازياً وفقاً للقانون المدني المصري.

وإذا كان يبدو أن عقد الرهن الحيازي لا ينعقد على الحصّة الشائعة وفقاً للقانون السوري، إلا أن الأمر ليس مطلقاً فيكون للشريك على الشئوع إنشاء الرهن الحيازي على حصته، لأن الحصّة الشائعة تقبل الحيازة في بعض الحالات:

كما لو حاز الدائن المرتهن كلّ المال الشائع بصفته دائناً مرتهناً للحصّة المرهونة وبصفته مستأجراً أو وكيلاً بالنسبة لباقي الحصص أو بأيّ صفة أخرى، أو أن يحوز أحد الشركاء المال الشائع كلّهُ بالاتفاق بين الزاهن والمرتهن وجميع الشركاء بصفته عدلاً بالنسبة للحصّة الشائعة المرهونة، أو كما لو تمتّ قسمة المال الشائع قسمة مهايأة وبهذه القسمة يستطيع الشريك الزاهن أن ينقل إلى الدائن المرتهن حيازة ما اختصّ به⁸².

لكن يختلف الأمر بالنسبة لرهن لمنقولات، لأن إنشاء الرهن على المنقول يختلف باختلاف طبيعة المنقول المرهون. حيث أن المنقولات الخاضعة للتسجيل، والمنقولات المعنوية تخضع لأحكام خاصة تختلف عن الأحكام العامة وحتى الأحكام الخاصة لرهن المنقول الواردة في القانون المدني⁸³.

ثانياً: التأمينات العينية غير الحيازية:

عالج المشرع السوري التأمين⁸⁴ من المادة 1071 إلى المادة 1108 ق. م. س. وهو تأمين خاصّ بالعقارات دون المنقولات. وهذا النوع من التأمين لا يحتاج إلى الحيازة لانعقاده أو صحته، لذلك يبدو أن المشرع استخدم لفظ

⁸¹ السنهوري، (د.ت). ج10. ص: 786.

⁸² السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 847. سوار، (2005-2006-ب). ص: 195.

⁸³ حمدان، حسين عبد اللطيف، (2007). التأمينات العينية: دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 230.

⁸⁴ استخدم المشرع السوري مصطلح التأمين في المادة 1071 ق. م. س. وما بعدها ويفضل استخدام مصطلح الرهن التأميني وذلك لتمييزه عن عقد التأمين الوارد في المادة 713 ق. م. س. وما بعدها، كما أن استخدام مصطلح الرهن التأميني يفيد في التخلص من الصعوبات اللفظية المترتبة على استخدام تسمية التأمين، أما المشرع المصري قد استخدم تسمية الرهن الرسمي. ورد في سوار. (2005-2006-ب). ص 28- الهامش.

كما تُنقَد تسمية التأمين من جانب آخر وترى من الأفضل استخدام تسمية الرهن التأميني، ورد في شربا، أمل (2013)، أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية. المجلد 26. العدد الثالث. ص: 161. في حين جانب آخر استخدم مصطلح التأمين العقاري. ورد في غزال، (2018). ص: 153.

التأمين بدلاً من الرهن لأن المقصود بالرهن هو الحياة⁸⁵. ويتطلب انعقاد الرهن التأميني إلى جانب الشروط الموضوعية المطلوبة لأي عقد إلى التسجيل وذلك بموجب نص المادة 1077 ق. م. س. وتسجيل الرهن التأميني شرطاً لنفاذ العقد اتجاه الآخرين وبين المتعاقدين أيضاً حيث أن القيد هو مصدر هذا الحق⁸⁶. وبذلك فإن أحكام الرهن التأميني لا تتعارض مع حالة الشيوع ويكون للشريك في الشيوع ترتيب رهن تأميني على حصته الشائعة في العقار. ويكون هذا الرهن الوارد على الحصّة الشائعة صحيحاً⁸⁷.

وإذا كان هذا النوع من الرهن يقتصر على العقارات، فقد أصبحت بعض المنقولات أيضاً تخضع لنظام شبهه بالرهن التأميني، ولا يترتب عليها رهن حيازي على الرغم من أن المنقولات تخضع من حيث المبدأ إلى الرهن الحيازي. وقد يعود السبب إلى أن المنقولات لم تكن ذات أهمية اقتصادية كبيرة مقارنةً مع قيمتها في الوقت الحالي، وبذلك يكون نظام الرهن التأميني أكثر ملاءمة مع طبيعتها، وذلك حسب رأي جانب من الفقه الفرنسي والذي أخذ منه المشرع السوري وكذلك المصري⁸⁸. وهذا النوع من الرهن يرد على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة والمنقولات المعنوية أيضاً.

1- المنقولات ذات الطبيعة الخاصة:

كما كان لهذه المنقولات أحكاماً تتميز بها عند بيعها بسبب طبيعتها فقد يكون لها أحكاماً خاصة بها عند ترتيب رهن عليها، وذلك على النحو التالي:

أ- المركبات:

لم يتضمن قانون السير والمركبات تنظيماً لأحكام الرهن سوى نص المادة 99 الذي أشار إلى أن المركبات

أما فيما يتعلق بمصطلح التأمين العقاري فإن استخدام كلمة التأمين فيها بدل رهن يرتب صعوبات لفظية، فذلك وكما ذكر الدكتور سوار سيؤدي إلى استخدام مصطلح عاقد التأمين بدل كلمة الرهن واستخدام مصطلح العقار الذي ورد عليه التأمين بدل قول العقار المرهون لذا يفضل استخدام مصطلح الرهن التأميني. كما أن استخدام مصطلح التأمين العقاري يجعل هذا النوع من التأمين يقتصر على العقارات على الرغم من أن العديد من المنقولات أصبحت تخضع لنظام شبهه بنظام التأمين كما سيتبين لاحقاً، وإن كان القانون المدني يجعل هذا النوع من الرهن يرد على العقارات فقط.⁸⁵ غزال، (2018). ص: 153.

⁸⁶ سوار، (2005-2006-ب). ص: 86.

⁸⁷ سوار، (2005-2006-ب). ص: 77.

⁸⁸ C. KRIEF-VERBEAR. Recherche sur la possession en droit des suretes reelles. These ParisXII. 1994.

P0169. N210 وارد في غزال، (2018). ص: 23.

تخضع لما تخضع له العقارات من حيث الرهن. ولم يتطلب المشرع الحيابة لتمام الرهن الوارد على المركبة وإنما تطالب التسجيل في سجلاتها الخاصة بموجب المادة 100 من قانون السير والمركبات لنفاذ الرهن اتجاه الغير. فالرهن الوارد على المركبة لا يختلف عن الرهن الحيازي إلا في مسألة الحيابة، وإن عدم اعتبار الحيابة شرطاً لتمام الرهن جعله يقترب من الرهن التأميني وبالتالي يُكتفى بالتسجيل⁸⁹.

ب- السفينة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 51 من قانون التجارة البحرية على أنه: (لا يجوز للمالك على الشيوع رهن حصته في السفينة إلا بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل). فيكون حق الشريك في رهن حصته الشائعة في السفينة أضيق نطاقاً مما لو خضع لأحكام القانون المدني. ولعلّ السبب الذي دعا المشرع إلى فرض هذا القيد في رهن الحصّة الشائعة في السفينة، أنّ الشريك عندما يرهّن حصته الشائعة لضمان دينٍ شخصي قد يتعارض مع الرهن الوارد على السفينة كاملةً من قبل جميع المالكين للحصول على الائتمان اللازم لاستثمار السفينة لمصلحة جميع المالكين ولذلك تقدّم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد⁹⁰. ويلاحظ أن أحكام الرهن الواردة على السفينة تشبه أحكام الرهن التأميني فلا تتطلب الحيابة، إلاّ إنّها تختلف عنها أنّ الشريك في الشيوع يحتاج إلى موافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل.

ت- الطائرة:

لا يتضمن قانون الطيران المدني تنظيماً لأحكام الرهن الواردة على الطائرة، وبذلك تطبق عليها القواعد العامة الواردة في القانون المدني، ولكن لا يقصد أنّه يمكن ترتيب رهنٍ حيازيٍّ عليها، إنّما ترتيب رهنٍ يشبه الرهن التأميني. مع ضرورة الحصول على موافقة سلطة الطيران المدني إذا كان الرهن صادراً لأجنبي، ووارداً على طائرة مسجلة في السجل الوطني⁹¹.

⁸⁹ حمدان، (2007). ص: 235 - 236.

⁹⁰ في هذا المعنى مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، ف183، وارد في د. دويدار، هاني (1993). الوجيز في القانون البحري/الجزء الأول السفينة. ص: 86.

⁹¹ المادة 29 من قانون الطيران المدني السوري.

أما المشرع المصري فقد نظم أحكام الرهن الوارد على الطائرة وذلك في القانون رقم 26 لعام 1976 بشأن بعض الأحكام الخاصة بالطائرة⁹². فتتص المادة 28 منه على أنه: (يجوز رهن الطائرة رهناً رسمياً. ويجوز أن يرد الرهن على الطائرة كلها أو على حصّة شائعة فيها. وينعقد الرهن الرسمي على الطائرة بورقة رسمية تحرر أمام الجهة الإدارية المختصة بتسجيل الطائرات).

يتبين من النص أن المشرع اعتبر الرهن الوارد على الطائرة رهناً رسمياً، وعلى الرغم من أن هذا الرهن أكثر ملائمة لطبيعة الطائرة، إلا أن الرهن الرسمي في القانون المدني المصري لا يكون إلا على العقارات. وينعقد الرهن الرسمي على الطائرة بورقة رسمية لا بدّ من تسجيلها في السجل الخاص حتى تكون نافذة في حق الغير وذلك بموجب المادة 37 من هذا القانون.

2- المنقولات المعنوية:

إذا كانت أحكام الرهن الواردة على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة تختلف عن الأحكام العامة لرهن المنقول، كذلك الأمر بالنسبة للمنقولات المعنوية. وقد تبين إمكانية رهن الشريك في الشيوع حصّة الشائعة في السفن والطائرات والمركبات، أما المنقولات المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات الفارقة وحقوق المؤلف، لم يكن للشريك في الشيوع التصرف بها دون موافقة بقية الشركاء، وبالتالي ليس له رهن حصّة فيها بإرادته المنفردة.

أما فيما يتعلق بالمتجر يمكن رهنه رهناً حيازياً باعتباره منقولاً وذلك بموجب المادة 120 من قانون التجارة. كما يمكن رهنه رهناً غير حيازياً أي دون تجريد الراهن من حيازته والاكتفاء بتسجيله في السجل الخاص بها، إذ أجاز المشرع هذا النوع من الرهن بعد إحداث سجلّ المتجر تيسيراً للائتمان التجاري⁹³. وهو بذلك أحد تطبيقات رهن المنقولات الخاضعة للتسجيل، كالسفن والطائرات والمركبات الآلية والملكية الصناعية والأدبية والفنية⁹⁴. أي رهن من نوع خاص ينتفي فيه انتقال الحيازة⁹⁵. وقد تناول المشرع السوري أحكام الرهن الوارد على

⁹² لا يتضمن قانون الطيران المدني المصري رقم 28 لعام 1981 والمعدل عام 2018 أحكام رهن الطائرة.

⁹³ عاشور، (2018). ص: 193.

⁹⁴ أبو الشامات ومكناس، (2008-2009). ص: 382.

⁹⁵ حمدان، (2007). ص: 238.

المتجر في الفصل الرابع من قانون التجارة رقم 33 بعنوان الضمان على المتجر. ويُفضل استخدام مصطلح الرهن التأميني للمتجر⁹⁶.

يبيّن قانون التجارة السوري كيفية إنشاء الرهن التأميني على المتجر، فإلى جانب الشروط الموضوعية المطلوبة في كل عقد، يجب أن يكون عقد الرهن مكتوباً بموجب المادة 57 منه، كما لا بدّ من التسجيل فتتصّل المادة 70 منه على أنّ: (1- لا يعتبر عقد التأمين نافذاً حتّى بين المتعاقدين إلّا من تاريخ تسجيله في سجلّ المتجر).

ولا بدّ للمتعاقدین بيان العناصر التي يشملها الرهن في العقد، لأنّ الرهن قد لا يشمل جميع عناصر المتجر، ويبيّن المشرّع العناصر التي يشملها الرهن في حال عدم الاتفاق وذلك في المادة 69 من قانون التجارة⁹⁷. فإذا شمل الرهن إحدى المنقولات التي تنظمها قوانين خاصّة وجب مراعاة الإجراءات الواردة فيها، كما يجب تسجيل الرهن في سجلاتها الخاصّة⁹⁸.

وقد تبين أنّ للشريك في حصّة شائعة في متجر بيع حصّة الشائعة إذ له حقّ التصرف وفقاً لأحكام الشيوخ الواردة في المادة 781 ق. م. س. كذلك لا يوجد ما يمنعه من ترتيب رهن على حصّته⁹⁹. إذ لا يتضمّن

⁹⁶ استخدم المشرّع كلمة ضمان لتمييز التأمين كضمان للوفاء بالتزام ما والتأمين من الأخطار المغطاة بعقد التأمين، ويفضّل استخدام كلمة الرهن التأميني للمتجر. ورد في أبو الشّامات ومكناس. (2008-2009). ص: 382-383. ورد في عاشور، (2018). ص: 193.

⁹⁷ المادة 69 من قانون التجارة تنصّ على أنّ: (يمكن تخصيص المتجر لوفاء دينٍ بإنشاء حقّ تأمينٍ عليه وفق الأحكام التالية: 1- إن تأمين المتجر يتناول العنوان التجاري والاتصال بالزبائن والشعار وحقّ الاستئجار والتجهيزات الصناعيّة والأثاث وبراءات الاختراع والعلامات التجاريّة والرّسوم والنماذج الصناعيّة وغيرها من حقوق الملكية الفكرية- التجاريّة والصناعيّة والأدبيّة والفنيّة- المرتبطة بالمتجر أمّا البضائع فلا تكون محلّاً إلّا للرهن التجاريّ.

2- ولصاحب المتجر إنشاء حقّ رهن أو تأمين على أحد هذه العناصر بصورة إفراديّة، وفق القوانين الخاصّة المتعلقة بذلك.

3- أمّا إذا كان لإحدى تجهيزات المتجر أو أثاثه صفة العقار بالتخصيص وتمّ وضع إشارة التأمين على ذلك العقار أو رهنه فإنّ هذه الإشارة لا تتناول تجهيزات المتجر وأثاثه ما لم يشر لذلك في سجلّ المتجر.

4- وإذا لم يحدّد المتعاقدان العناصر التي يتناولها التأمين فلا ينصبّ إلّا على الشعار وحقّ الاستئجار والاتصال بالزبائن والتجهيزات الصناعيّة والأثاث.

5- وإذا اشتمل المتجر على فرع أو أكثر فلا يشمل التأمين ما لم ينصّ على ذلك صراحةً في عقد التأمين).

⁹⁸ المادة (70ف2) من قانون التجارة.

⁹⁹ د. مكربل، فيكتور، و ق، زيادة، طارق، 1986، المؤسسة التجاريّة لدراسة قانونيّة مقارنة. طرابلس: لبنان. منشورات المكتبة الحديثة. ص: 308، ورد في العمّاوي، محمّد عبد الغفور محمّد (2003)، رسالة ماجستير. رهن المنقولات ذات الطّبيعة الخاصّة، جامعة آل البيت- الأردن، عدد الصفحات 163. ص: 65. ورد على قناة الفكر القانوني العراقي. تطبيق لتجرام. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

قانون التجارة السوري ما يمنع الشريك في الشيوع من رهن حصته. إذ يختلف المتجر كمنقول معنوي عن غيره من المنقولات المشابهة لها، بأن الشريك في الشيوع يتمتع بالحق بالتصرف بخصته الشائعة بالبيع أو الرهن دون الحاجة إلى موافقة بقية الشركاء، ولعل ذلك يعود إلى طبيعة المتجر ككيان يتألف من اجتماع عناصر، في حين أن المنقولات المعنوية الأخرى تشكل وحدة فكرية متكاملة.

وإذا كانت حرية الشريك برهن حصته مقيدة بالنسبة للمنقولات المعنوية بموافقة الشركاء الآخرين في القانون السوري، فإن الشريك في الشيوع لا يملك رهن حصته لا في المنقولات المعنوية ولا في المنقولات ذات الطبيعة الخاصة وفقاً للمشروع المصري، وذلك بموجب المادة 3 من القانون رقم 115 لسنة 2015 بشأن تنظيم الضمانات المنقولة، والتي تنص على أن: (لا يجوز إنشاء حق ضمان على المنقولات الآتية: 5.....-المنقولات المملوكة على الشيوع مالم يوافق جميع المالكين على إنشاء حق الضمان).

يتمتع الشريك في الشيوع لمالٍ ما سواء كان المال عقاراً أو منقولاً بحرية التصرف بالبيع أو الرهن من حيث المبدأ. فإذا باع الشريك في الشيوع حصته في المال الشائع تترتب آثار البيع مباشرة، وإذا رتب رهناً على حصته الشائعة سواء كانت المال منقولاً أو عقاراً. وحل أجل الدين قبل قسمة المال فللدائن المرتهن التنفيذ على الحصّة المرهونة ببيعها بالمزاد العلني، وبالإحالة القطعية¹⁰⁰ يصبح هو بدل الرهن الشريك في الشيوع مع باقي الشركاء¹⁰¹. فلا يوجد في القانون السوري أو المصري ما يمنع التنفيذ على الحصّة الشائعة. أما إذا قام المالك في الشيوع ببيع حصته الشائعة قبل حلول أجل الدين، انتقلت هذه الحصّة مثقلة بالرهن التأميني¹⁰².

المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الشريك بالتصرف في حصته الشائعة:

قد يترتب على طبيعة الشيوع تضيق حق الشريك في التصرف مقارنة مع مالك الملكية المفردة، وفي جميع الأحوال فقد قيد المشرع حق الشريك في الشيوع بالتصرف بعدم الإضرار بمصالح بقية الشركاء. وقد لا يكون ذلك القيد الوحيد، فبما أن الإرث هو أكثر أسباب الملكية الشائعة شيوعاً، هذا يدعو للتساؤل عن إمكانية

¹⁰⁰ يستخدم المشرع المصري مصطلح رسو المزاد.

¹⁰¹ حمدان، (2007). ص: 74.

¹⁰² المنهوري، (د.ت). ج 10. ص: 328.

تصرّف الشريك في الشّيوخ الوارث قبل سداد ديون التّركة؟ وما مدى تعارض تصرّفه مع القاعدة الفقهيّة التي تنصّ على أنّه لا تركة إلاّ بعد سداد الدّين؟

ماذا لو كانت التّركة المدينة التي تركها المورث شركةً انقضت بوفاته، هل للورثة التّصرّف بحصصهم قبل وفاء ديون الشركة؟

وهل يجوز له التّصرّف قبل شهر حقّ الإرث؟ وإذا كان له ذلك فما طبيعة هذا التّصرّف؟ ما مصير هذا التّصرّف بعد شهر حقّ الإرث؟ لذا يجب دراسة هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول: تصرّف الشريك في الشّيوخ قبل سداد ديون التّركة.

الفرع الثّاني: تصرّف الشريك في الشّيوخ قبل شهر حقّ الإرث.

الفرع الأول: تصرّف الشريك في الشّيوخ قبل سداد ديون التّركة:

التّركة التي قد يتركها المورث قد تكون مديونة أو غير مديونة، كما قد تكون أموال التّركة شركةً انقضت ب وفاة المورث. لذا لا بدّ من دراسة المبدأ العام لتصرّف الشريك قبل سداد ديون التّركة (أولاً)، والتّصرّف في حالة الشّيوخ النّاتج عن انقضاء الشركة (ثانياً).

أولاً: المبدأ العام لتصرّف الشريك في الشّيوخ قبل سداد ديون التّركة:

الميراث هو سبب لاكتساب ملكيّة التّركة بقوة القانون، دون تدخّل لإرادة المورث أو الوارث، فالوارث يخلف المورث بسبب الموت¹⁰³. وتتعلّق حقوق الورثة بمال المورث منذ نزول مرض الموت، فتكون تصرّفات المورث مقيدة نوعاً ما، ويتمثّل هذا القيد باعتبار كلّ تصرّف قانونيّ بنية التّبرع صادرٍ عن الشّخص وهو في مرض الموت تصرّفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصيّة بغضّ النّظر عن التّسمية التي يطلقها على تصرّفه، وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادّة 877 ق.م.س.

¹⁰³ طلبة، أنور (1989)، الشّهر العقاري والمفاضلة بين التّصرّفات. الإسكندريّة: مصر. دار نشر الثقافة. ص: 532.

وبالرغم من تعلّق حقّ الوارث بأموال التّركة قبل موت المورث، إلّا أنّه ليس له التّصرّف بأموال مورثه حال حياته، لأنّ القانون يحظر التّعامل في تركة إنسانٍ على قيد الحياة وذلك بموجب نصّ المادّة 132¹⁰⁴ ق. م. س. كذلك نصّت محكمة النقض السوريّة على أنّ كلّ ضربٍ من ضروب التّعامل في التّركة المستقبلية محرّم، فلا يجوز للوارث قبل وفاة مورثه أن يبيع ما يعتبره ميراثه أو يهبه أو يقسمه أو يقايض عليه أو يقّده نصيباً في شركة أو يصالح عليه أو ينزل عنه بإرادته المنفردة أو أن يؤجّره أو يجري عليه أيّ نوعٍ من أنواع التّعامل¹⁰⁵. فإنّ تصرّف الوارث في هذه المرحلة أي قبل وفاة المورث، واتّجه قصد المتعاقدين إلى اعتبار محلّ التّصرّف هو التّركة المستقبلية بشكلٍ صريحٍ أو ضمنيٍّ كما لو اتّفقا على التّسليم بعد وفاة المورث فالتّصرّف باطل، أمّا إذا اتّجه قصد المتعاقدين إلى اعتبار التّصرّف وارداً على ملك الغير، في هذه الحالة تطبّق الأحكام الخاصّة ببيع ملك الغير¹⁰⁶.

أمّا بعد الموت أو الحكم به تنصّ المادّة 260 من قانون الأحوال الشّخصيّة السوري على أنّه: (يستحقّ الإرث بموت المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضي). كما تنصّ الفقرة الثّالثة من المادّة 825 ق. م. س على أنّه: (3-كلّ من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائيٍّ يكون مالكاً لها قبل تسجيله على أنّ أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلّا اعتباراً من التّسجيل).

بموجب هذين النّصين يعتبر الوارث مالكاً لنصيبه في التّركة من تاريخ الموت أو الحكم به. إذ يُعتبر نصّ المادّة 825 ق. م. س نصّاً قاطعاً لانتقال ملكيّة أموال التّركة للورثة فور الوفاة وذلك فيما يتعلّق بالعقارات، في حين تقرّ المبادئ العامّة انتقال أموال التّركة إلى الورثة فور الوفاة سواء كانت منقولات أو عقارات¹⁰⁷. وقد أخذ القانون في هذا الصّدّد برأي غالبية فقهاء الشّافعيّة و الحنبليّة وبعض فقهاء الجعفرية¹⁰⁸.

¹⁰⁴ المادّة (132ف2): (غير أن التّعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلّا في الأحوال التي نص عليها في القانون).

¹⁰⁵ القضية 600 أساس لعام 2006. قرار 679. تا 4\3\2006. محكمة النقض - الغرفة المدنيّة الثّانية. مجلّة المحامون. العددان 11 و12 لعام 2006، سنة 71. ص: 105.

¹⁰⁶ طلبية، (1989). ص: 533.

¹⁰⁷ د. سوار، (2005 - 2006 - أ). ص - ص: 718 - 719.

¹⁰⁸ السّرميني، والثّرمانيني، (1986). ص: 570.

وإذا كانت بعض القوانين لا تزال تأخذ بمبدأ تقليديّ مستمدّ من القانون الرّوماني، حيث تعدّ شخصيّة الوارث استمراراً لشخصيّة المورث¹⁰⁹. إلّا أنّه وبموجب الأحكام النّافذة في سورية ومصر، تعتبر شخصيّة الوارث مستقلة عن شخصيّة المورث¹¹⁰. وبالرّغم من أنّ كلا المبدئين يهدفان إلى حماية حقوق دائني المورث، إلّا أنّ المبدأ المأخوذ به في القانون السّوري أكثر عدالةً للوارث إذ لا يلزمه بما لم يلتزم به، فالمادّة 153 ق. م. س تنصّ على أنّه: (لا يرتّب العقد التزاماً في ذمّة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً).

وقد بيّنت محكمة النقض المصريّة المقصود بمبدأ استقلال شخصيّة الوارث عن شخصيّة المورث، فذهبت إلى أنها تعني أنّ أموال التّركة منفصلة عن أموال الورثة، ومن ثمّ تتعلّق ديون المورث بتركته بمجرّد وفاته، ويكون للدائنين حقّ عليها فيتقاضون ديونهم قبل أن يؤوّل شيء منها للورثة ولا تشغل بها ذمّة ورثته، فلا تنتقل التزامات المورث إلى ذمّة الوارث لمجرّد كونه وارثاً إلّا في حدود ما آل إليه من أموال تركته¹¹¹. ولا يصبح الوارث مسؤولاً شخصياً عن التزامات المورث إلّا في حال استفادته من التّركة¹¹².

¹⁰⁹ في القانون الفرنسي الوارث له الاختيار بين ثلاثة أمور: إمّا أن يقبل الميراث قبولاً بسيطاً مجرداً فتكون له كل الحقوق و يلتزم بجميع الديون، وذلك إذا كانت التّركة ثرية. أو أن يقبل الميراث بشرط الجرد، وبذلك ليس لدائني التّركة التنفيذ على أمواله الخاصة ويكون ذلك إذا كان لديه شك حول إثراء الميراث. أو أن يتنازل عن حقه في الميراث فيعتبر أنه لم يكن وارثاً أصلاً وذلك إذا كان الميراث مفقراً، وليس للوارث في القانون السّوري والمصري مثل هذا الخيار إذ ينتقل الميراث إليه بقوة القانون. وارد في الصّدة، (1982). ص: 736.

¹¹⁰ السّرميني، والتّرمانيني، (1986). ص: 569.

¹¹¹ الطّعن 2383. لسنة 67. جلسة 1999\6\8. مكتب فني 50. ج2. ق158. ص 803، تا آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2014/08/2383-67-8-6-1999-50-2-158-803.html>

¹¹² الطّعن رقم 3291. سنة 68 قضائية. تا 2000\3\23. أحكام النقض. مكتب فني - مدني. ج1. السّنة 51. ص: 471. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=58562&%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%A7%D8%B1%D8%AB-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D9%82%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A7-%D8%B9%D9%86-%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B1%D8%AB-%D8%AF%D9%8A%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B1%D8%AB-%D8%AA%D8%B9%D9%84%D9%82%D9%87%D8%A7-%D8%A8%D8%AA%D8%B1%D9%83%D8%AA%D9%87-%D9%84%D8%A7-%D8%A8%D8%B0%D9%85%D8%A9-%D9%88%D8%B1%D8%AB%D8%AA%D9%87>

وتنتقل إلى الوارث بطريق الميراث الحقوق المالية التي كانت للمورث، باستثناء الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث، مثل الحق بالرجوع عن الهبة 468 ق. م. س، وكذلك الحقوق المتفرعة عن الملكية التي تنتضي بالموت، كحق الانتفاع وذلك بموجب المادة 936 الفقرة 2 ق. م. س¹¹³.

فالميراث سببٌ لكسب الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها عملاً بالمادة 260 من قانون الأحوال الشخصية، وتبعاً لقاعدة الإرث قبل وفاء الدين، فإن الديون المترتبة على التركة تنتقل إلى ذمة الورثة في حدود ما انتقل إلى ذمتهم من الحقوق، فتصبح تركة الميت هي المسؤولة عن سداد ديون المورث¹¹⁴. فما مدى تعارض حقه بالتصرف مع قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين؟

يتبادر إلى الذهن فيما يتعلق بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين إنه ليس للورثة التصرف بأموال التركة بأي تصرف قبل سداد الديون¹¹⁵. إلا أن محكمة النقض المصرية بيّنت المقصود بهذه القاعدة حيث قرّرت أنه: (مؤدى قاعدة-لا تركة إلا بعد سداد الدين- أن تركة المدين تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أي وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة)¹¹⁶.

كما بيّنت هذه المحكمة الغاية من قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين، وكيفية التوفيق بينها وبين قاعدة استقلال شخصية المورث عن شخصية الوارث فقرّرت أنه: (تنتقل جميع الحقوق المالية للمورث إلى الورثة بمجرد الوفاة دون توقف هذا الانتقال على أي إجراء سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة، وتستقل

¹¹³ د. الصّدة، (1982). ص: 729.

¹¹⁴ نقض سوري. رقم 1821. أساس 1543. تا 1983\8\29. مجلة المحامون. عام 1984. ص: 280.

¹¹⁵ هذا الرأي يتناسب مع جانب من المذهب الحنفي والذي يرى أن التركة المستغرقة بالدين لا تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة وأن التصرف في هذه الحالة باطل. د. عيسوي أحمد عيسوي، أحكام التركات والموارث. ص: 93. ورد في عبد النبي، الهادي السعيد عرفة، (2013)، تصرف الورثة في التركة وأحكام تصفية التركات في الفقه الإسلامي والقانون المدني وقضاء النقض المصري. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق- جامعة المنصورة. ص: 8. ص: 11.

¹¹⁶ الطعن 495. لسنة 26 قضائية. تا 1962\6\7. أحكام النقض. المكتب الفني- مدني. العدد 2. السنة 13. ص: 774. تاريخ آخر زيارة

2024/7/2.

شخصية الوارث عن شخصية المورث في الحالتين فلو لم تكفي أموال المورث الشخصية للوفاء بديون دائني التركة ليس لهم التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وإن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين الهدف منها حماية دائني التركة من تصرفات الوارث الضارة بحقوقهم ويتم التوفيق في هذه الحالة بين هاتين القاعدتين بمنع شهر التصرف دون منع التصرف ذاته¹¹⁷.

وبذلك يكون للشريك التصرف بحصته الشائعة قبل سداد ديون التركة. والتصرف صحيح لأنه صدر من مالك¹¹⁸. وإن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين هي قاعدة فقهية هدفها حماية دائني المورث من تصرفات الورثة التي قد تضرر بحقوقهم.

وهنا لابد من التمييز فيما إذا كانت التركة خاضعة للتصفية أم كانت غير خاضعة لها لأن خضوع التركة للتصفية يقيد حق الشريك بالتصرف. فإذا كانت التركة خاضعة للتصفية ليس للشريك في الشيوع الوارث أن يتصرف بحصته بموجب نص المادة 845 ق. م. س والتي تنص على أن: (لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة الإرث المنصوص عليها في المادة 862 أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل الدين عليه قصاصاً بدين التركة).

والمنع من التصرف المنصوص عليه في هذه المادة خاص بنظام التصفية. فهذا النص ليس إلا حكماً استثنائياً يفرضه نظام التصفية لمنع اختلال عملية التصفية بسبب تصرفات الورثة وهو ما يشبه نظام الإفلاس التجاري¹¹⁹. إلا إن التصفية ليست نظاماً إجبارياً، كما إنها ليست نظاماً اختيارياً فليس لذوي الشأن أن يطلبوا تطبيقه متى شأوا، إنما هو نظام خاص للتركات الكبيرة المديونة والمعقدة أمورها، بالإضافة إلى احتياج هذا النظام إلى إجراءات طويلة ونفقات كثيرة¹²⁰.

¹¹⁷ الطعن رقم 1599، السنة القضائية 82، تا 15\6\2020، دوائر مدنية مصرية، مكتب فني، سنة 71، قاعدة 48، ص 404. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/05/1599-82-15-6-2020-71-48-404.html>

¹¹⁸ الصدة، (1982)، ص: 735.

¹¹⁹ البري زكريا، الوسيط في أحكام التركات والموارث، ص 30-31، وقر به الشيخ أبو زهرة في أحكام التركات والموارث، ص 89، ورد في د. عبد النبي، (2013)، ص: 11.

¹²⁰ السرميني، والترماني، (1986)، ص: 579.

وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قرّرت أنّ: (إذا طلب ذوي الشأن إجراء التّصفية، لمحكمة التّركات أن تجيب طلب التّصفية أو ترفضه إذا رأت أنّ التّركة ليست بحاجة إلى التّصفية)¹²¹. وهو ما ذهبت إليه أيضاً المذكرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيدي للقانون المدني المصري¹²².

ولذا فإن أغلب التّركات لا تخضع لنظام التّصفية. فإذا لم تخضع التّركة لنظام التّصفية في هذه الحالة يجب التّمييز بين العقارات والمنقولات، فإذا كانت منقولات تحكمه قاعدة الحيّزة في المنقول سند الحائز، فإذا كان المتصرّف إليه حسن النّيّة اكتسب ملكيّة المنقول مطهراً من حقوق الآخرين، أمّا إذا كانت عقارات أو منقولات تخضع للتّسجيل يتميّز الدّائنون الذين تكون حقوقهم مؤمّنة برهن أو تأمين حيث يكون لهؤلاء حق امتياز على أموال التّركة، وبالتالي تكون حقوقهم محميّة¹²³.

وحتى لو لم تكن حقوق الدّائنين مؤمّنة برهن أو تأمين، فقد نصّ المشرّع على وسائل تكفل حماية حقوقهم من تصرفات الوراث الضّارة. إذ أنّ حقوقهم متعلّقة بأموال التّركة، وذلك كرهن قانوني من أجل ضمان الوفاء بديونهم¹²⁴. فبالرّغم من أنّ الأصل أن تتمّ المفاضلة بين التّصرّفات الواردة على العقار نفسه على أساس الأسبقية في التّسجيل فقد أعطى المشرّع الحق للدّائن بأن يسجّل قيداً في السّجل العقاري ضماناً لحقوقه¹²⁵. ويهدف المشرّع من هذا القيد إلى حماية الدّائن العادي من مزاحمة دائني الورثة في استيفاء حقوقهم من التّركة من جهة ومن تصرفات الورثة الضّارة من جهة أخرى¹²⁶. فتتصّ المادّة 875 ق. م. س: (إذا لم تكن التّركة قد صفيّت وفقاً لأحكام النّصوص السابقة، جاز لدائني التّركة العاديين أن ينفّذوا بحقوقهم أو بما أوصى لهم على عقارات التّركة التي حصل التّصرّف فيها، أو التي رتبّ عليها حقوق عينية لصالح الغير إذ أشّروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون).

¹²¹ نقض سوري، رقم 1، أساس عقاري 180، تا 13\1\1974، مجلّة المحامون، لعام 1974، ص: 21.

¹²² مجموعة الأعمال التّحضيرية 6 ص 201. وارد في السّنهوري، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكيّة مع الحقوق العينية الأصليّة المتفرّعة عنها. ج9. بيروت: لبنان. دار إحياء التّراث العربي. ص: 126.

¹²³ السّرميني، والتّرمانيني، (1986). ص: 573.

¹²⁴ الصّدة، (1982). ص: 755.

¹²⁵ الذّناصوري، عزّالدين، و د. الشّواربي، عبد الحميد (1990). المشكلات العمليّة في دعوى صحّة التّعاقّد وتنفيذ عقد البيع وحلولها القانونيّة. منشأة المعارف بالإسكندرية. ص: 447.

¹²⁶ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 723.

يتبين من هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى الفقرة الأولى من المادة 1088¹²⁷ ق. م. س التي أقرت للدائن بقيد جبري يضمن الوفاء بحقوقه خلال ستة أشهر¹²⁸ من فتح التركة، فيكون له التمسك بحقه اتجاه من تصرف لهم الوارث سواء كان تسجيلهم سابقاً لهذا القيد أو لاحقاً له¹²⁹.

في حين يرى جانب آخر أن هذا القيد ذو أثر مقتصر أي ينسحب إلى تاريخ التسجيل فقط، بينما التأشير بهذا الحق وفقاً لنص المادة 14¹³⁰ من قانون الشهر العقاري المصري ذو أثر مستند إلى تاريخ فتح التركة¹³¹. فإذا لم يسجل حقه خلال هذه المدة وإنما بعد مرور المدة المشار إليها يرى جانب من الفقه أنه يرجع إلى الأصل وهو المفاضلة بين التصرفات على أساس الأسبقية في التسجيل¹³². بينما ينتقد هذا الرأي جانب آخر ويرى بأن القيد بعد انقضاء مدة الستة أشهر لا أثر له وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 1088 ق. م. س¹³³.

ويكون للدائنين أيضاً اتخاذ إجراءات فردية لاقتضاء حقوقهم، وهي ذات الإجراءات التي يمكن لهم أن يتخذوها في حال كان المورث حياً¹³⁴. فلهم الحصول على حكم قضائي بالحجز الاحتياطي على أموال التركة فتغل يد الشركاء عن التصرف بها¹³⁵. فما أن يقوم الدائن بأحد هذه الإجراءات تصبح تصرفات الوارث التالية غير نافذة في مواجهته¹³⁶.

وبذلك يكون للوارث التصرف في حصته الشائعة، لكن تصرفه يكون خاضعاً لحقوق دائني التركة الذين

¹²⁷ المادة 1088 ق. م. س : (1- للدائنين وللموصى لهم أن يحفظوا حقوقهم بفصل التركة عن أموال الورثة بقيد جبري يسجل في السجل العقاري في خلال الستة أشهر التي تلي فتح التركة).

¹²⁸ حدد المشرع المصري هذه المدة بسنة وذلك بموجب المادة 14 من قانون الشهر العقاري رقم 114 لعام 1946.

¹²⁹ السرميني والترماني، (1986). ص: 574.

¹³⁰ المادة 14 من قانون الشهر العقاري تنص على أن: (يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث... ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير).

¹³¹ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 726.

¹³² السرميني، والترماني، (1986). ص: 575.

¹³³ المادة 1088 ق. م. س. تنص على أن: (2- وإذا لم يتم القيد خلال المدة المذكورة فلا يكون لهذا الحق أثر على العقارات).

¹³⁴ السنيهوري، (د.ت)، ج 9. ص: 113.

¹³⁵ السرميني، والترماني، (1986). ص: 573.

¹³⁶ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 725.

يكون لهم تتبع العين المتصرف بها والتقدم على دائني المتصرف إليه إذ وقر له القانون الحماية اللازمة¹³⁷.
وبتنظيم المشرع لوسائل تكفل حماية دائني الشركة جعل لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين التي تكفل حماية دائني
الشركة أهمية نظرية¹³⁸.

ثانياً: التصرف في حالة الشيوخ الناتج عن انقضاء الشركة:

لم يعرف المرسوم التشريعي رقم 29 لعام 2011-قانون الشركات-الشركة، إلا أن القانون المدني عرفها
في المادة 473 بأنها: (عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر على أن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم
حصّة من مالٍ أو من عملٍ لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربحٍ أو خسارة).
فالشركة هي اتفاق أكثر من شخص يقدم كل منهم مساهمة للمشاركة في مشروع والحصول على الأرباح التي قد
تنتج واقتسام الخسائر. ولا تعتبر الشركة مالاً شائعاً. فتتميز الشركة عن الشيوخ بنية المشاركة، لأن الشيوخ في
معظم الأحوال يكون إجبارياً، وحتى لو كان اختيارياً فقد لا يتفق الشركاء على الشيوخ فيما بينهم لاستثمار المال
الشائع وتحقيق الربح¹³⁹. بالإضافة إلى أن أموال الشركة تكون مملوكة للشخص الاعتباري للشركة حيث يكون
لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، بينما المال الشائع يكون مملوكاً للشركاء¹⁴⁰.

فقد عدّدت المادة 54 ق. م. س الشركات المدنية والتجارية من ضمن الأشخاص الاعتبارية. فتتشأ
الشخصية الاعتبارية للشركة بمجرد تكوينها على نحو صحيح وحتى قبل اتمام إجراءات الشهر التي نص عليها
القانون¹⁴¹، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الشخصية اتجاه الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر¹⁴². وتكون
أهلية هذه الشخصية الاعتبارية محدّدة في سند انشائها أو تكون محدّدة بموجب القانون¹⁴³. فإذا انقضت الشركة
بأحد الأسباب العامة المنصوص عليها في هذا القانون، لا يترتب عليها انقضاء شخصيتها الاعتبارية وبالتالي لا

¹³⁷ السنهوري. (د.ت). ج 9. ص: 108.

¹³⁸ السنهوري. (د.ت). ج 9. ص: 97.

¹³⁹ د. قرياش، محمد محب الدين، (2020 - 2021)، القانون التجاري/2/الشركات. دمشق: سورية. منشورات جامعة الشام الخاصة. ص: 60

¹⁴⁰ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 360.

¹⁴¹ المادة (55ف2) ق. م. س.

¹⁴² المادة (13) قانون الشركات السوري.

¹⁴³ المادة (55ف2) ق. م. س.

تصبح أموالها مملوكة على الشيوع. فتتص المادة 19 من قانون الشركات على أنه: (تدخل الشركة بمجرد حلها في طور التصفية، وتبقى شخصيتها الاعتبارية قائمة طيلة المدة اللازمة للتصفية ولحاجة التصفية فقط). عند الانتهاء من أعمال التصفية تنتهي الشخصية الاعتبارية الناقصة للشركة وهو ما يسمى بإغلاق التصفية، ولا يتضمن قانون الشركات نصاً يوجب شهر إغلاق التصفية على الرغم مما يترتب عليه من إنهاء الشخصية الاعتبارية للشركة¹⁴⁴.

وقد تنقضي الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء إلا إذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع مع ورثة الشريك المتوفى ولو كانوا قسراً وذلك بموجب المادة 496 ق. م. س، أما المادة 40 شركات تنص على أنه: (إذا لم يرد في عقد الشركة نص مخالف فإن شركة التضامن في حال وفاة أحد الشركاء تستمر بين باقي الشركاء الأحياء).

فإذا انقضت الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء دون وجود اتفاق باستمرار الشركة بينهم وفقاً للقانون المدني، أو بسبب وجود اتفاق بعدم استمرار الشركة في حال وفاة أحدهم وذلك وفقاً لقانون الشركات، تدخل الشركة في طور التصفية، فنجد أن القانون المدني جعل انقضاء الشركة في حال وفاة أحدهم هو المبدأ العام، بينما جعل قانون الشركات استمرار الشركة هو المبدأ العام في حال وفاة أحدهم.

وبانتهاء التصفية يصبح ما تبقى من موجودات الشركة مائلاً شائعاً بين الشركاء فيكون لهم التصرف بشكل جماعي أو فردي، كما يكون لهم قسمة هذه الأموال، وتتم القسمة وفقاً للأحكام الواردة في القانون المدني حيث لا يتضمن قانون الشركات أحكاماً خاصة بالقسمة. والمال الشائع بعد انقضاء التصفية كالمال الذي خضع لنظام التصفية في القانون المدني فلم يكن لأحد التصرف بحصته قبل انتهاء أعمال التصفية، أما بعدها تكون أموالهم شائعة بينهم ومطهرة من ديون الشركة.

الفرع الثاني: تصرف الشريك في الشيوع قبل شهر حق الإرث:

تنتقل ملكية التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة وبقوة القانون، وتكون التركة مثقلة بحق عيني لدائنها، وسواء

¹⁴⁴ قرياش، (2020 - 2021). ص: 119.

كانت التركة مديونة أو غير مديونة فإنّ الوارث يحتاج إلى شهر حق الإرث. فهل يشكّل شهر حق الإرث قيداً على حرّية الوارث بالتصرّف؟ وما طبيعة هذا التصرّف؟

أولاً: مدى حرّية الوارث بالتصرّف قبل شهر حق الإرث:

يهدف المشرّع السوري إلى حتّ الناس إلى تسجيل حقوقهم في السجل العقاري، فتتصّ المادة 825 ق. م. س الفقرة الأولى على أنّه: (تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري)¹⁴⁵، حيث أنّ التسجيل ذو أثر إنشائي، والحقّ ينشأ من تاريخ تسجيله لا من تاريخ إبرامه.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنّ: (أمّا في العقار فلا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى، حتّى فيما بين المتعاقدين، إلّا بالتسجيل. ولكن متى تمّ التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأنّ سبب نقل الملكية هو العقد)¹⁴⁶.

في حين اختلف الفقه المصري فيما إذا كان لتسجيل العقد أثر فوريّ أو ينسحب أثره لوقت انعقاد العقد. فجانّب من الفقه يرى أنّ للتسجيل أثراً فورياً بنقل الملكية، مستنداً في رأيه إلى نصّ المادة 934 ق. م. م.¹⁴⁷ وهو الرأي الغالب من الفقه¹⁴⁸. وكذلك محكمة النقض المصريّة ترى بأنّ الملكية في المواد العقارية لا تنتقل بين المتعاقدين أو الغير إلّا بالتسجيل¹⁴⁹. جانب آخر يرى بأنّ العقد هو سبب الملكية وأنّ التسجيل فقط لنفاذه في مواجهة الغير، ويبرّر هذا الاتجاه أنّ نظام الشهر في مصر شخصيّ ليس له حجّية كاملة كالحجّية المقترنة

¹⁴⁵ لا يتضمّن القانون المدني المصري نصّاً مماثلاً.

¹⁴⁶ مجموعة الأعمال التحضيرية 6، ص 341. ورد في السّنهوري، (د.ت). ج 9، ص: 335-336.

¹⁴⁷ السّرميني، والترمانيني، (1986). ص: 706-707. حيث تتصّ المادة 934 ق. م. م على أنّ: (1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلّا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري).

¹⁴⁸ أبو السّعود، (2002). ص: 136.

¹⁴⁹ الطّعن 984. سنة 49 قضائيّة ضرائب. تا 1982\6\24. أحكام النقض. مكتب فنيّ- مدني. ج 1. السّنة 33. ص 590. تاريخ آخر زيارة

2024/7/2

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=53012&%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A9.%D9%84%D8%A7%D8%AA%D8%6%D8%AA%D9%82%D9%84-%D8%B3%D9%88%D8%A7%D8%A1%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D8%B9%D8%A7%D9%82%D8%AF%D9%8A%D9%86-%D8%A3%D9%88-%D8%A7%D9%84%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D8%A5%D9%84%D8%A7-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B3%D8%AC%D9%8A%D9%84>

بنظام السجل العيني¹⁵⁰. كما يبرر هذا الرأي بأن ثمار المبيع تكون للمشتري بتمام البيع، وأنه إذا قام البائع بالبناء في الأرض المباعة قبل تسجيل عقد البيع يُعتبر سيء النية¹⁵¹.

ويبدو أن الرأي الذي يجعل للتسجيل أثر رجعي أكثر تناسباً مع نظام الشهر الشخصي، وأن للتسجيل أثر فوري أكثر تناسباً مع نظام الشهر العيني المأخوذ به في القانون السوري. وإن أخذ المشرع السوري بالمادة 825 ق. م. س هو تعزيز لما نص عليه قانون السجل العقاري الصادر بالقرار رقم 188 لعام 1926 وتعديلاته¹⁵². وتكون لقيود السجل العقاري في نظام الشهر العيني حجية مطلقة، فتبين نشوء الحق وانتقاله وانتهائه، كما يشكل ذلك حماية للغير حسن النية فيكون له الاطلاع على قيود السجل، والتثبت من خلو صحيفة العقار من أي إشارة لصالح الغير قبل إقدامه على شرائه، وهذا ما يعزز الثقة بين المتعاملين ويشجع على التعامل بالحقوق المدونة في السجل العقاري¹⁵³. ولم يعد يقتصر الأمر على العقارات فقط، وإنما أصبح يشمل المنقولات أيضاً، حيث أخذ المشرع يخضع بعضها إلى التسجيل بموجب القوانين المنظمة لها حتى يكون اكتسابها والتصرفات الواردة عليها نافذة في حق الغير.

وقد أخذ المشرع المصري أيضاً بنظام الشهر العيني وذلك بموجب القانون رقم 142 لعام 1964، إلا أنه لا زال في الكثير من مناطقه يطبق نظام الشهر الشخصي وذلك بموجب قانون الشهر العقاري رقم 114 لعام 1946¹⁵⁴. وقد بينت محكمة النقض المصرية أن التسجيل وفقاً لأحكام هذا القانون هو نظام شخصي يجري وفقاً

¹⁵⁰ السنيوري، (د.ت). ج.9. ص: 335-336.

¹⁵¹ أبو السعود، (2002). ص: 130.

¹⁵² تنص المادة (10) من قانون السجل العقاري على أنه: (كل اتفاق بين فريقين سواء كان مجاناً أو ببدل، وكل حكم مكتسب الدرجة القطعية وبصورة عمومية: كل فعل يرمي إلى إحداث حق عيني، أو نقل ذلك الحق، أو إعلانه، أو تعديله أو إبطاله يجب أن يسجل في دفتر الأملاك....) والمادة (11) (الصكوك الاختيارية و الاتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني، أو نقله، أو إعلانه، أو إبطاله لا تكون نافذة، حتى بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها. ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين التبادل في المداعة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم...)

¹⁵³ لوقا، لوقا جميل، مقالة بعنوان تعليق على قرار قضائي حجية قيود السجل العقاري وضمان حق الملكية المكتسبة بحسن نية. مجلة المحامون. الأعداد 7 و 8 و 9. عام 2007. السنة 72. ص: 968.

¹⁵⁴ تم تعديله بموجب القانون رقم (9) لعام 2022 وذلك لمواجهة الصعوبات التي تضمنها القانون رقم 114، وحالت دون تسجيل وحصر الملكية العقارية في مصر، بالإضافة إلى المنازعات المتعلقة بالمبيع العرفية. للمزيد راجع د. الأهواني، حسام الدين كامل، د. راشد، طارق جمعة السيد، و د. علي، جابر محجوب، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين: القانون رقم 114 لعام 1946 والقانون رقم 9 لعام 2022م). بحث في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد الثالث، العدد 3، عام 2022م، ص: 627-

للأسماء لا حسب العقارات، وليس له حجية كاملة في ذاته فهو لا يصلح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة، وتتم إجراءاته بناءً على طلب ذوي الشأن¹⁵⁵. فيعيب هذا النظام عدة عيوب، ويُعد من أهم عيوبها أيضاً عدم التحقق من أن الشخص الذي سجل العقار على اسمه لا يزال مالكا له، فقد تكون هذه الملكية انتقلت للغير بعقد أو إرث أو غير ذلك من أسباب الامتلاك، ولم يسجل على اسم مالكيها الأخير¹⁵⁶.

ولذلك يتميز نظام الشهر العيني عن غيره، بسبب ما يمنحه لصاحب الحق من قرينة قاطعة على أنه المالك. ومن حيث أن المالك هو المالك قيدا في السجل العقاري، ولا تطلق كلمة مالك على المشتري أو الحائز أو الحاصل على حكم قضائي مالم يقترن ذلك بالتسجيل في السجل العقاري، وحامل العقد والحائز لحكم قضائي لا يتمتع بصفات المالك إلا إذا قام بتسجيل هذا الصك في السجل العقاري¹⁵⁷. إلا في ثلاث حالات اعتبر فيها مكتسب العقار مالكا حتى قبل تسجيل حقه في السجل العقاري تجنباً لبقاء الملكية دون مالك حتى وقت التسجيل، فقد اعتبر المشرع السوري المذكورين في المادة 825 ق. م. س الفقرة الثالثة مالكين¹⁵⁸، حيث نصت على أنه: (كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكا له قبل تسجيله على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل).

أي أن مكتسب العقار بالإرث هو مالك بموجب هذا النص حتى قبل تسجيل حقه في السجل العقاري، والمالك له حق التصرف بموجب المادة 768 ق. م. س¹⁵⁹. كما أعطى المشرع الحق للوارث بالتصرف بالتركة وذلك في

649. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

https://journals.ekb.eg/article_260545_31ed64c7b6cec92bb8f118ebac592c3a.pdf

¹⁵⁵ الطعن رقم 6788. سنة 76 قضائية. تا 13\5\2014.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=91177&%D8%AD%D8%AC%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85>

¹⁵⁶ السرميني والثرمانيني، (1986). ص: 491.

¹⁵⁷ القضية 750 أساس لعام 2006. قرار 831. تا 12\6\2006. محكمة النقض - الغرفة الإيجارية. القاعدة 50. مجلة المحامون. لعام

2007. العددان 1 و2. عدد الصفحات 300. ص: 88.

¹⁵⁸ القاضي. سيسيريان، شيراز واجه، (2007). دراسة حول الدعاوي المتعلقة "بتثبيت عقود البيع العقارية" مجلة المحامون لعام 2007. السنة

72. الأعداد 7، 8، 9. ص: 953 - 957. ص: 954.

¹⁵⁹ تنص المادة 768: (مالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه).

المواد 441 و 442 ق. م. س¹⁶⁰. وبإعطاء المشرع الحق للورثة التصرف بالتركة يؤكد صحة التصرفات الصادرة منهم¹⁶¹. وإذا كانت المادة 825 ق. م. س تعتبر مكتسب العقار بالإرث مالكا حتى قبل تسجيل حقه في السجل العقاري، إلا أنها في الوقت ذاته ذهبت إلى أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا من تاريخ التسجيل، وقد وضحت محكمة النقض السورية ذلك فقررت أنه: (من يكتسب عقاراً بالإرث يكون مالكا له قبل تسجيله ومنذ تاريخ الوفاة، أما ما ورد في المادة 825 ق. م. س من أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا من تاريخ التسجيل فالمقصود به هو التصرفات التي تتعلق بعين العقار والتي لا يجوز للوارث إجراؤها إلا بعد تسجيل الحصّة الإرثية باسمه....)¹⁶². وذهبت في اجتهاد آخر إلى أن: (إن حق الورثة ينحصر في القيام بالأعمال الإدارية اللازمة للعقار ولا يحق لهم ولا تشمل التصرفات المتعلقة بعين العقار)¹⁶³.

أي يكون للمالك على الشيوع الوارث ممارسة الحقوق الشخصية دون العينية، فيكون له مثلاً إبرام عقد الإيجار وذلك بموجب الفقرة (ب) من المادة 3 من قانون الإيجار رقم 20 لعام 2015 حيث تنص على أنه: (لا يقبل تسجيل عقد الإيجار وتوثيقه على النحو المبين في الفقرة (أ) من هذه المادة، إلا إذا قُدم من المالك المستقل للعقار، أو ممن يملك في العقار الشائع أسهماً بنسبة 75% على الأقل من كامل الأسهم الوارد ذكرها في القيد العقاري الصادر عن السجل العقاري، أو ما يماثله من القيود الرسمية الأخرى، كقيود السجل المؤقت أو المؤسسة العامة للإسكان أو المؤسسة الاجتماعية العسكرية أو مؤسسة الإسكان العسكرية أو الجمعية التعاونية السكنية، أو مقروناً بوثيقة حصر إرث لمالك العقار المتوفى، أو بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، أو من يمثلهم قانوناً، وأن تخلو صحيفة العقار المحكوم به للمدعي من أي إشارة نزاع على ملكيته تسبق إشارة المدعي، يستثنى من ذلك المالك لحصّة مفرزة من العقار تعادل حصته موثقة من الجهة الإدارية المختصة).

¹⁶⁰ المادة (441): (من باع تركة، دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته مالم يتفق على غير ذلك).

المادة (442): (إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة....).

¹⁶¹ سيسيريان، (2007). ص: 954.

¹⁶² قرار رقم 776. تا 1964/428. مجلة القانون. عام 1964. ص: 555. مشار إليه في لطف الله عدنان سلطان، دراسة حول تصرف مكتسب

العقار بالإرث قبل تسجيل العقار على اسمه في السجل العقاري. مقالة في مجلة المحامون. العددان 7 و 8 لعام 2008. السنة 73. ص: 946.

¹⁶³ قضية أساس 1355 أب. قرار 1377. تا 2014. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثالثة. مجلة القانون. لعام 2015. ص: 159.

يتبين من النص أن المشرع لم يشترط الملكية المقيّدة في السجل العقاري، واكتفى بوجود وثيقة حصر الإرث لإبرام عقد الإيجار والذي يعدّ من أعمال الإدارة¹⁶⁴. كما يحقّ للشريك على الشيوع رفع دعوى التخمين قبل تسجيل ملكيته، بل لم يحصر حق رفع هذه الدعوى بالمالك فقط، فيمكن أن تتم مباشرة هذه الدعوى من المؤجر، أو المالك أو الشريك على الشيوع، أو من يملك حق الإدارة¹⁶⁵.

وعلى الرغم من أن المشرع قد حرّم المالك من مباشرة الحقوق العينية على ملكه، لكن يبدو أن الأمر على خلاف ذلك في المحاكم والأمثلة على ذلك كثيرة، فقد ذهبت محكمة النقض على أن بيع الوارث حصّته الإرثية لا يتوقّف على نقلها لاسمه في السجل العقاري¹⁶⁶. وكذلك في دعوى تثبيت عقد البيع الذي يتم بين المشتري وأحد الورثة أو كلّهم حيث يكتفى بإبراز القيد العقاري وحصر الإرث للتحقق من صحة الدعوى على اعتبار أن الوارث يعتبر مالكا لخصّته الإرثية من تاريخ الوفاة وقبل تسجيلها في السجل العقاري¹⁶⁷. والاجتهاد الذي ذهب إلى أن إبراز القيد العقاري وحجّة حصر الإرث تثبت الرابطة الإرثية بين صاحب القيد والجهة المدّعية كافيان لسماع دعوى منع المعارضة واستلام عقار ولا داعي للتسجيل وعلى هذا استقرّ الاجتهاد¹⁶⁸.

وإذا كان الاكتفاء بالقيد العقاري وحصر الإرث في حالات التصرف تمنح للمالك في الشيوع السرعة نوعاً ما للتصرف بخصّته الإرثية. إلا أن السماح للمشتري بالحصول على حكم بتثبيت شرائه العقار قبل تسجيله على اسم البائع المالك فهذا يعني إعطاء ذات الحق للمشتري من المشتري الأول وهكذا، وإذا كان للوارث التصرف بملكه قبل تسجيل حقّه في السجل العقاري وكان للمشتري الحصول على حكم يكون مستنداً لهم فهذا يدفع الناس

¹⁶⁴ اعتبر المشرع إبرام عقد الإيجار وفقاً لقانون الإيجار الجديد من أعمال الإدارة غير المعتادة. بطرني، محمد سمير، (2015). الجديد في قانون الإيجار رقم 20 لعام 2015 وصعوبات العودة إلى مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد. مجلة المحامون لعام 2015. الأعداد 7-12. ص: 440.

¹⁶⁵ قرار رقم 577 لعام 2010. أساس 8482. محاكم الصلح السورية. مجلة المحامون. عام 2011. العددان 11 و12. ص: 1713-المختار من أحكام المحاكم.

¹⁶⁶ قرار 63 لعام 2019. أساس 7. تا 20\7\2019. محكمة النقض غرفة المخاصمة وردّ القضاة. مخاصمة عقارية. مجلة المحامون. لعام 2020. السنة 85. ص: 187.

¹⁶⁷ القضية 568. أساس لعام 2007. قرار 529. تا 20\3\2007. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. العددان 9 و10. لعام 2008. السنة 73. ص: 1306- قضاء المحاكم.

¹⁶⁸ القضية 1470. أساس لعام 2000. قرار 990، تا 19\6\2000. محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. العددان 11 و12. لعام 2002. السنة 67. ص: 1064.

إلى التراجع عن تسجيل حصصهم في السجل العقاري، وهذا ما يتناقض مع سياسة المشرع الهادفة إلى حثّ الناس على التسجيل¹⁶⁹. وهو ما يؤثر بالتالي على القوة الثبوتية للسجل العقاري ذاته.

وكذلك فإنّ عدم التسجيل هذا يؤثر على الملكية الشائعة فتزيد من عيوبها، حيث يزداد عدد الورثة مع مرور الوقت وبالتالي يكون لها تأثير سلبي على دعوى إزالة الشبوع التي تعدّ أهم وسيلة للتخلص من حالة الشبوع المؤقتة. وبذلك فإنّ طبيعة الشبوع ليست وحدها العائق التي تجعل هذا النوع من الملكية غير مرغوب بها، بل أيضاً الإهمال في تسجيل الحقوق في السجل العقاري. ويبدو أنّ ذلك لا يقتصر على السجل العقاري فقط، فقانون التجارة رقم 33 لعام 2007 يوجب على التاجر أن يسجل متجره في سجل المتجر حتّى تنفذ التصرّفات الواردة عليه اتجاه الغير. ولكن في الواقع يبدو أنّ أغلب التجار لا يلتزمون بهذا التسجيل كما هو الحال عليه فيما يتعلّق بتسجيل العقارات¹⁷⁰.

أما القانون المدني المصري لم يتضمّن نصّاً مماثلاً لنصّ المادة 825 ق. م. س، في حين قضت محكمة النقض المصرية: (أنّ الفقرتين الأولى والثانية للمادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنّ المشرع لم يجعل شهر حقّ الإرث شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتّى لا تبقى هذه الحقوق دون مالكٍ لحين شهر حقّ الإرث وإنّما تقول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الورثة أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع في مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حقّ الإرث بمنع شهر أيّ تصرفٍ يصدر من الوارث في أيّ عقارٍ من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته)¹⁷¹.

¹⁶⁹ سيسريان، (2007). ص: 955.

¹⁷⁰ أبو الشامات ومكناس، (2008-2009). ص: 366. إذا كان للدائن أن يسجل العقار على اسم مدينه في السجل العقاري بعد الحصول على حكم قضائي إذا امتنع المدين عن التسجيل، فلا بد أن يكون لدائن التاجر ذلك أيضاً، حيث أنّ المشرع لم يتناول هذه الفرضية.

¹⁷¹ نقض 1983\3\30، طعن 1475. س 49 ق. وارد في طلبه. (1989). ص: 532.

الطعن رقم 3469، لسنة 58 قضائية. أحكام النقض. مكتب فني - مدني. ج 1. السنة 44. ص 669. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=63715&%D8%AA%D8%B5%D8%B1%D9%81-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%83-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%8A%D9%88%D8%B9-%D9%81%D9%8A->

أي أن للشريك في الشبوع أن يتصرف بحصته إلا أنه لا يستطيع تسجيل هذا التصرف قبل شهر حق الإرث.

ثانياً: طبيعة تصرف الشريك قبل شهر حق الإرث:

ليس للوارث مباشرة التصرفات المتعلقة بعين العقار طالما لم يشهر حقه بالإرث، إذ بينت محكمة النقض بأن هذا هو المقصود من أن أثر اكتساب الحق لا يبدأ إلا من تاريخ التسجيل. ولكن ما جرى عليه العمل في المحاكم السورية يختلف، إذ يتصرف الورثة قبل تسجيل حقوقهم وذلك بخلاف ما جاء في المادة 825 من القانون المدني السوري. وإذا كان الشريك في الشبوع يتصرف بحصته قبل تسجيل حق الإرث هذا يدعو للتساؤل عن طبيعة هذا التصرف؟

تنص المادة 268 ق. م. س على أنه: (إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط....). فإذا تحقق هذا الشرط أصبح الالتزام نافذاً من تاريخ نشوئه بموجب الفقرة 1 من المادة 270 ق. م. س وذلك حسب الأصل، إلا إذا اتفق المتعاقدان أو تبين من طبيعة الالتزام أن الأثر بدأ من وقت تحقق الشرط. وبذلك فإن تصرف مكتسب العقار الوارث صحيح ومعلق على موجب قانوني نص عليه المشرع وهو تسجيل الملكية في السجل العقاري، وإذا كان مصدر الشرط الذي أورده القانون السوري هو الإرادة فإن مصدر الشرط في هذه الحالة هو القانون نفسه¹⁷². فالبائع لحصته قبل شهر حق الإرث تصرفه صحيح معلق على شرط واقف وما إن يتحقق هذا الشرط وهو تسجيل الملكية باسمه حتى يصبح البيع صحيحاً و نافذاً من تاريخ إبرامه.

وإذا كان القانون السوري لم ينص على مهلة معينة لتسجيل حق الإرث، فإن القانون المدني المصري في المادة 970 منه نص على أنه: (في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاثة وثلاثين سنة...). وقد بينت المذكرة الإيضاحية أن المقصود بذلك أنه لا يجوز سماع الدعوى بحق الإرث إذا سقطت بمرور ثلاثة وثلاثين سنة، لأن التقادم هنا مسقط لا مكسب¹⁷³.

– %D8%AD%D8%B5%D8%AA%D9%87-%D8%B4%D8%A7%D8%A6%D8%B9%D8%A9.

_%D8%A3%D8%AB%D8%B1%D9%87

¹⁷² سيريان، (2007). ص: 955.

¹⁷³ عبد النبي، (2013). ص: 13.

وإذا لم يكن للمشتري حصّة شائعة أن يكتسب ملكيّة ما اشتراه دون تسجيل، فقد يكتسب حقّه بالتّقديم بمرور خمس سنوات إذا كانت حيازته مستندة إلى سبب صحيح وكان حسن النّية وذلك بموجب نصّ المادّة 918 ق. م. س، وذلك فقط في المناطق غير المحدّدة والمحرّرة بالنّسبة للعقارات الملك¹⁷⁴ وعشر سنوات بالنّسبة للعقارات الأميريّة وذلك بموجب نصّ المادّة 919 ق. م. س، أمّا المناطق المحدّدة والمحرّرة والخاضعة للتّسجيل في السّجل العقاريّ فلا تسري عليها قواعد التّقديم وبالتالي تبقى حقوقه معلقة.

أمّا في القانون المصريّ والذي اعتمد نظام الشّهر الشّخصيّ في أغلب مناطقه فإنّه تسري عليه قواعد التّقديم، فيكون للمشتري اكتساب الحصّة التي اشتراها بالتّقديم، ولكن إذا كانت تلك الحصّة قد بيعت أكثر من مرّة، كان يجب على المشتري أن يحصل على حكم بصحّة ونفاذ جميع العقود الواردة على ذلك العقار قبل عقده حتّى يستطيع تسجيل حقّه في الشّهر العقاريّ ولا يكفي حصوله على حكم بصحّة ونفاذ عقده فقط. وبصدور القانون رقم 9 لسنة 2022 القاضي بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشّهر العقاريّ، أصبح يمكن للمشتري شهر حقّه بموجب الحيازة ويكتفى بحصوله على حكم بصحّة ونفاذ عقده فقط، بشرط أن ينتهي الحكم نزاعاً، أي أنّ القانون رقم 9 لسنة 2022 هو تفعيل لنصّ المادتين 968 و969 ق. م. م¹⁷⁵ المتعلّقتين بالتّقديم المكسب.

المبحث الثّاني: حكم تصرف الشّريك بحصّته الشّائعة بعد القسمة:

يتصرّف الشّريك في الشّيوع في حصّته الشّائعة تصرفات ناقلة للملكيّة أو مرتّبة لحقوق عينيّة، فما هو أثر القسمة على تصرفه؟ وما الآثار التي تترتّب على هذا التّصرف بعد القسمة؟ وهذا ما يتمّ دراسته في مطلبين. المطلب الأوّل: أثر القسمة على التّصرف بالحصّة الشّائعة.

المطلب الثّاني: آثار تصرف الشّريك في حصّته الشّائعة بالنّسبة للشّركاء.

¹⁷⁴ المادّة 86 ق. م. س: (1- تقسم العقارات إلى عقارات ملك وعقارات أميريّة وعقارات متروكة مرفقة وعقارات متروكة محميّة وعقارات خالية مباحة). لا يتضمّن القانون المصريّ نصّاً مماثلاً.

¹⁷⁵ د. بكر، تامر (2022)، القانون رقم 9 لعام 2022 ومشكلات نقل الملكيّة. محاضرة مرئية مسجلة. القناة الرّسميّة لنقابة المحامين المصريّة. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

المطلب الأول: أثر القسمة على التصرف بالشائعة :

يكون للشريك في الشيوع إبرام مختلف التصرفات على حصته الشائعة قبل القسمة، فإذا قام ببيع الحصّة تترتب آثار البيع مباشرة دون انتظار نتيجة القسمة، وهذا يدعو للتساؤل عن مناط القسمة التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المتصرف إليه؟ وكيف يتم حماية حقوق المتصرف إليهم وحقوق بقية الشركاء خلال القسمة؟ وقد يترتب الشريك في الشيوع على حصته الشائعة رهناً حيازياً أو رهناً تأمينياً، فإذا حلّ أجل الدين قبل القسمة نفذ الدائن المرتهن على الحصّة الشائعة واستوفى حقه بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في الرتبة. أما إذا لم يحلّ أجل الدين قبل القسمة واستمرّ إلى ما بعده، هذا ما يدعو للتساؤل عن مصير هذا التصرف؟ وهذا ما يتمّ دراسته على النحو التالي.

الفرع الأول: مناط الاحتجاج بالقسمة على المتصرف إليه.

الفرع الثاني: حكم التصرف المستمرّ إلى ما بعد القسمة.

الفرع الأول: مناط الاحتجاج بالقسمة على المتصرف إليه:

حتى يتمّ الوصول لمناطٍ تُميّز به القسمة التي تكون نافذة في مواجهة المتصرف إليه يجب بيان قابلية المال للقسمة (أولاً)، وشروط نفاذ هذه القسمة في مواجهة الغير (ثانياً).

أولاً: قابلية المال للقسمة:

الملكية الشائعة حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء، وقد تنقضي الملكية الشائعة بالنسبة لأحد الشركاء أو بعضهم إذا تصرف تصرفاً ناقلاً للملكية وانتقلت ملكيتها للمتصرف إليه، وتنقضي بالنسبة لكل الشركاء إذا تصرف جميعهم تصرفاً ناقلاً للملكية، أو بقسمة المال الشائع قسمة رضائية أو قضائية. وقسمة الملك هذه قسمة نهائية وليست مؤقتة، ولكنها قد تكون كاملة تشمل كل المال الشائع، أو قسمة جزئية، وتكون القسمة جزئية إذا تناولت بعض المال الشائع، أو افترض نصيب أحد الشركاء من كل المال الشائع¹⁷⁶.

¹⁷⁶ السنهوري، (د.ت)، ج.8، ص: 884.

ويخصّص كلّ شريك بموجب القسمة بجزءٍ مفرزٍ من المال الشائع يتناسب مع حصّته، إذا كان المال قابلاً للقسمة¹⁷⁷. ويكون المال قابلاً للقسمة، إذا كان بإمكان كلّ متقاسمٍ أن ينتفع من الحصّة التي اختصّ بها انتفاعاً كاملاً فلم تفت المنفعة المقصودة منه¹⁷⁸. فإذا لم يكن المال قابلاً للقسمة العينية، أو كان من شأن القسمة إحداث نقصٍ كبيرٍ في قيمة المال المراد قسمته، يقرّر القاضي بموجب المادّة 795 ق. م. س بيع المال بالمزاد العلنيّ بالطريقة المبيّنة في قانون التنفيذ. وهو ما يسمى بقسمة التصفية¹⁷⁹.

ومن الأموال التي لا تقبل القسمة العينية السفينة مثلاً. حيث يتناول المشرّع السوري في قانون التجارة البحريّة أربع طرقٍ لانقضاء الشّيوخ¹⁸⁰. فينقضي الشّيوخ بالنسبة لجميع المالكين ببيع السفينة وذلك بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقلّ، أو الطّلب من المحكمة إنهاء الشّيوخ بسبب قيام خلافٍ بين المالكين يتعذّر معه استمرار الشّيوخ، أو بسبب البيع الجبريّ وذلك إذا وقع الحجز على حصصٍ تمثّل أكثر من نصف السفينة¹⁸¹، أو بسبب انتفاء الاعتبار الشّخصيّ إذا اتّفقوا على انقضاء الشّيوخ بوفاة أحد الشّركاء أو الحجز عليه أو شهر افلاسه أو اعساره حيث أنّ انقضاء الشّيوخ نتيجة لتلك الأسباب ليست من النظام العام¹⁸². يتبيّن أنّ المشرّع السوريّ لم ينص على القسمة كأحد أسباب انقضاء الشّيوخ، لأنّ طبيعة السفينة لا تقبل القسمة، ولكن نصّ المادّة 54 الفقرة 2 من قانون التجارة البحريّة ينصّ على ما يشبه قسمة التصفية فتخصّص على أنّه: (يجوز لكلّ مالكٍ على الشّيوخ في حالة وقوع خلافٍ بين المالكين يتعذّر معه استمرار الشّيوخ على وجه مفيد أن يطلب من المحكمة المختصّة الحكم بإنهاء حالة الشّيوخ وبيع السفينة، ويبين الحكم كيفيّة حصول البيع وشروطه).

¹⁷⁷ السّرميني، والترماني، (1986). ص: 376.

¹⁷⁸ الصّدة، (1982). ص: 213.

¹⁷⁹ تُطلق نسبة القسمة على التصفية على سبيل المجاز، لأنّ التصفية تؤدي إلى بيع المال لا قسمته. وارد في سوار، (2005-2006-أ). ص: 398-الهامش.

¹⁸⁰ دويدار، (1993). ص: 91.

¹⁸¹ المادّة (55) من قانون التجارة البحريّة السوري تنصّ على أنّه: (إذا وقع الحجز على حصصٍ تمثّل أكثر من نصف السفينة شمل البيع الجبري السفينة بأكملها، ومع ذلك يجوز أن تأمر المحكمة بناءً على طلب أحد المالكين الذين لم يحجز على حصصهم بقصر البيع على الحصص المحجوز عليها إذا وجدت أسباب جدية تبرر هذا الطّلب).

¹⁸² تناول المشرّع السوري حالات انقضاء الشّيوخ الوارد على السفينة في المواد (54)، (55)، (56) من قانون التجارة البحريّة السوري.

وإذا كان لكلّ شريك الحقّ بطلب قسمة المال الشائع وفقاً للمادة 788 ق. م. س دون قيود، إلّا إذا كان ملزماً بالبقاء في الشّيوخ بموجب اتفاق أو نصّ، فإنّه ليس للشّريك في الشّيوخ في ملكيّة السّفينة أن يطلب بيع السّفينة إلّا في حال وجود خلاف بين المالكين يترتّب عليه صعوبة استمرار الشّيوخ على وجه مفيد. وليس له اللّجوء إلى هذا الحلّ إذا كانت مصلحته فقط هي المتضرّرة؛ لأنّ المشرّع أعطى له الحقّ ببيع حصّته دون اعتراض من أحد أو أن يعترض على قرار الأغليّة وإنّما يجب أن تكون مصلحة جميع المالكين أو أغلبهم محلّ تهديد¹⁸³.

أمّا فيما يتعلّق بالمركبات والطائرات يكون للشّريك التخلّص من الشّيوخ ببيع حصّته، ولابدّ أن يكون له الحقّ بالمطالبة ببيع المركبة أو الطائرة وذلك في حالاتٍ معيّنة كما لو كان في استمرار الشّيوخ ضررٌ بمصالح الشّركاء. في حين أنّ المنقولات المعنويّة كالعلامات الفارقة وبراءات الاختراع، والتي لا يمكن للشّريك فيها أن يتصرّف بمفرده في حصّته الشائعة دون موافقة بقيّة الشّركاء، فلا يمكن المطالبة بقسمتها أيضاً بسبب طبيعتها غير القابلة للتجزئة.

وبذلك يحقّ لكلّ شريك في الشّيوخ أن يطلب قسمة المال الشائع إلّا إذا كان مجبراً على البقاء في الشّيوخ رضاءً أو بنصّ القانون. ففي حال اتفاق الشّركاء على البقاء في الشّيوخ لمدةٍ معيّنة، لا يكون لهم أن يطلبوا القسمة قبل انقضاء هذه المدّة، ولكن يحقّ لهم التصرّف بحصصهم الشائعة إذ إنّ التقييد يقتصر في هذه الحالة على عدم إمكانيّة طلب القسمة دون إمكانيّة التصرّف، ويمتدّ هذا القيد إلى المتصرّف إليه فلا يكون له الحقّ بطلب القسمة قبل انقضاء المدّة التي اتفق عليها المتصرّف مع بقيّة الشّركاء¹⁸⁴. وهذا ما يتبيّن من نصّ المادة 788 ق. م. س. وحتىّ يكون القيد المفروض بمنع طلب القسمة نافذاً في مواجهة الغير يجب أن يكون

¹⁸³ دويدار، (1993). ص: 93.

¹⁸⁴ أبو السعود، (2002). ص: 590، ص: 534.

¹⁸⁵ المادة (788) ق. م. س: (لكلّ شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشّيوخ بمقتضى نصّ أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدّة نفذ الاتفاق في حقّ الشّريك وحقّ من خلفه).

الاتفاق الذي تضمنه مسجلاً، أما إذا لم يكن مسجلاً، وكان المتصرف إليه حسن النية لا يعلم بوجود هذا الاتفاق، لا ينفذ هذا القيد في مواجهته وبالتالي يكون له طلب القسمة¹⁸⁶.

فالمصرف إليه ملزم بالبقاء على الشيوع بسبب التزام سلفه بذلك، وهذا ما يدعو إلى التساؤل عن إمكانية تقييد حق المصرف إليه بطلب القسمة باشتراط من البائع. فقد ثار الخلاف حول هذا الأمر، فذهب رأي إلى عدم جواز ذلك؛ لأن الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع هو استثناء من المبدأ العام لا يجوز التوسع فيه، بينما ذهب رأي آخر إلى جواز مثل هذا الاشتراط؛ وذلك لأنه يمكن تقييد الملكية بشرط المنع من التصرف المنصوص عليها في المادة 778 ق. م. س فالأولى أن يمنع من طلب القسمة¹⁸⁷.

ثانياً: شروط نفاذ القسمة في مواجهة الغير:

إذا لم يكن الشركاء ملزمين على البقاء في الشيوع فلهم أن يتفقوا على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها مناسبة بموجب نص المادة 789 ق. م. س، وهي ما تسمى بالقسمة الرضائية. والقسمة الرضائية تسري على المال سواء كان منقولاً أو عقاراً¹⁸⁸

فإذا لم يتفق الشركاء على اقتسام المال الشائع، كان على من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى بذلك أمام قاضي الصلح¹⁸⁹. إذ تعدّ القسمة القضائية هي الوسيلة للتخلص من حالة الشيوع في حال تعدّد القسمة الرضائية، كما لو اختلف الشركاء في قسمة المال أو بسبب غياب أحدهم أو نقص أهليته¹⁹⁰

وتعدّ دعوى إزالة الشيوع من الدعاوي السلسلة بالنسبة للقاضي والمحامي، إلا أنها من الدعاوي المعقدة جداً في التبليغات وذلك بسبب العدد الكبير للخصوم في هذه الدعوى التي تأخذ الكثير من الوقت والجهد¹⁹¹. وهذه إحدى العوائق التي تتعلق بالمال الشائع والتي قد تؤدي إلى العزوف عن التعامل به.

¹⁸⁶ طلبية، (1989). ص: 740.

¹⁸⁷ الرأي الأول للدكتور محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص: 426 والرأي الثاني للدكتور السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 887، ورد في السرميني، والثّرمانيني، (1986). ص: 379-380 الهامش.

¹⁸⁸ قضية 2945. أساس لعام 1999. قرار 2150. تا 30\2\1999. محكمة النقض. الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون. لعام 2001. السنة 66. ص: 400. ص: 303.

¹⁸⁹ المادة (790) ق. م. س.

¹⁹⁰ سوار، (2005-2006-أ). ص: 391.

وسواء تمت قسمة المال قسمةً رضائيةً أو قضائيةً، فإنَّ القسمة لا تنشئ حقاً جديداً، إنما هي مطابقة النطاق المعنوي للمال الشائع مع نطاقه المادي، أي أنَّ للقسمة أثراً كاشفاً¹⁹². والكشف عن الحق الثابت للشريك منذ بدء الشبوع هي الحقيقة التي يستند عليها الأثر الكاشف، فالقسمة لا تعدّ سند تملك لذا لا يُعدّ الشريك خلفاً للمقاسمين، فلا تنفذ تصرفاتهم في مواجهته، لذلك يؤخذ بنتائج الأثر الكاشف دون تضيق¹⁹³. أي أنَّ الأثر الكاشف للقسمة يترتب عليه أن يختصَّ كلَّ شريكٍ بجزءٍ مفرز من المال يعادل حصته الشائعة، وتعلن أنَّ حقه كان موجوداً قبل القسمة وأثناء الشبوع¹⁹⁴.

أما القول بالأثر الرجعي للقسمة، يعني أنَّ الشريك المتقاسم لا يحصل على حصته مطهرة من الحقوق التي ترتبت عليها قبل القسمة، فهو يخلف الشركاء في الجزء المنقل بالزهن، وعليه أن يتحمل الزهن ويسدّد الدين¹⁹⁵. لأنَّ من شأن هذا الأثر جعل القسمة ناقلة للحق. فمقتضى الأثر الرجعي يعني أنَّ كلَّ شريكٍ قد تملك حصته من وقت قيام سبب الشبوع، وهو افتراض يخالف حقيقة أنَّ الشريك كان مالكاً لحصة شائعة قبل القسمة، لذا يؤخذ بنتائج هذا الأثر بمقدار الغرض المقصود منه¹⁹⁶. ويترتب على اعتبار الشريك مالكاً لحصته منذ وقت الشبوع محو مرحلة الشبوع من وقت التملك إلى وقت القسمة، والتي قد تستمر سنواتٍ عديدة وترتب آثار لا يجوز تجاوزها¹⁹⁷. وقد أخذ المشرع السوري بالأثر الكاشف للقسمة وذلك بموجب المادة 797 ق. م. س¹⁹⁸، كما أخذ بالأثر الرجعي أيضاً¹⁹⁹.

وقد بينت محكمة النقض المصرية الغرض من الأخذ بالأثر الكاشف للقسمة، واعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشبوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وذلك حمايةً للمتقاسم من

¹⁹¹ محمد، أنور عبدالله، (2016). محكمة الصلح المدني على ضوء النص والاجتهاد. ج3. بانياس الساحل: سورية. ص: 13.

¹⁹² السرميني والثرمانيني، (1986). ص: 419.

¹⁹³ الصدة، (1982). ص: 225 - 233.

¹⁹⁴ السرميني والثرمانيني، (1986). ص: 421.

¹⁹⁵ سعد، (2003). ص: 198.

¹⁹⁶ الصدة، (1982). ص: 238.

¹⁹⁷ السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 955.

¹⁹⁸ المادة (797): (يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشبوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص).

¹⁹⁹ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 400.

الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المقرر الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق وبوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها²⁰⁰. فالمشرع يهدف إلى حماية مصلحة الشركاء الآخرين من تصرفات الشريك المنفردة التي قام بها قبل القسمة، وتتحقق حماية هؤلاء بعدم نفاذ تصرفاته على الحصّة المفترزة التي اختصوا بها بموجب القسمة.

ويرى جانب من الفقه أنّ الأخذ بالأثر الكاشف يكون شديد الوطأة في بعض الأحيان على الشركاء المتقاسمين، لذا فالمشرع قد أخذ إلى جانب الأثر الكاشف بالأثر الرجعي في بعض الحالات، مما يتحقق معه حماية الشريك من التصرفات التي قد يربتها الشركاء على الحصّة التي قد يختص بها بموجب القسمة²⁰¹. بينما يرى جانب آخر أنّه بموجب الأثر الكاشف لا تكون القسمة سنداً ناقلاً للملكية، فلا يكون الشريك خلفاً لغيره من المتقاسمين وتنتقل له حصّته خالية من تصرفات غيره من الشركاء، وبذلك تتحقق حماية الشريك من تصرفات غيره من الشركاء دون اللجوء إلى فكرة الأثر الرجعي للقسمة²⁰².

وحتى تكون هذه القسمة ثابتة في مواجهة جميع المالكين على الشيوع لا بدّ من توقيعهم جميعاً على عقد القسمة²⁰³. وبذلك فإنّ تصرف الشركاء بقسمة المال الشائع يتطلب إجماعهم عليه، في الوقت الذي لا يتوجب إجماعهم عند التصرف بالمال الشائع كلّ بغير القسمة. إذ يكفي باتفاق من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، وإعطاء الآخرين حق الاعتراض خلال شهرين من التبليغ، ذلك بموجب نصّ المادّة 787 ق. م. س. وإذا كانت القسمة تتطلب الإجماع من الشركاء حتى تتمّ، فإنّ اتفاق بعض الشركاء دون بعضهم الآخر غير كافٍ

²⁰⁰ الطعن رقم 1547. السنة 52 قضائية. تا 12\12\1985، والطعن رقم 376. السنة 43 قضائية. تا 26\4\1983. وارد في المستشار. طلبية، أنور، (1990). مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة 1931. ج9. دار نشر الثقافة. ص: 772. ص: 420.

²⁰¹ السرميني، والترماني (1986). ص: 422.

²⁰² الصّدة، (1982). ص: 240.

²⁰³ قرار 767 لعام 2016. أساس 1018. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. تا 30\8\2016. مجلّة المحامون. الأعداد 1 و2 و3 و4. عام 2017. السنة 82. ص: 119.

لتمام القسمة. وقد نصّت محكمة النقض على أنّه لا يترتّب على هذا الاتفاق إنهاء حالة الشّيوخ، ولكن يتقيّد بها الشّركاء الذين وافقوا عليها ويظلّ العقد قائماً بالنسبة لهم²⁰⁴.

وبذلك لا يكون لأيّ شريك كان طرفاً بالقسمة أن يتمسّك بها في مواجهة الشّركاء الذين لم يكونوا طرفاً فيها، ولكن يمكن أن يتحوّل هذا الاتفاق إلى قسمة رضائيّة نهائيّة إذا قبلها الشّريك الذي لم يكن طرفاً في هذا الاتفاق. فقد عدّ الاجتهاد الاتفاق على القسمة الرضائيّة التي لا تشمل جميع المالكين إيجاباً موجّهاً إلى من لم يكن طرفاً في القسمة فيكون لهم أو لورثتهم قبول هذه القسمة²⁰⁵. فالقسمة الرضائيّة التي تتمّ باتفاق جميع المالكين هي الملزمة.

وبالتّالي يحقّ لجميع المالكين على الشّيوخ التّمسّك بالقسمة التي تمّت بينهم ولو لم تسجّل. ويكون لمشتري الحصّة الشّائعة أن يتمسّك بالقسمة أيضاً إذا كان عقده مسجّلاً قبل تسجيل عقد القسمة. فذهبت محكمة النقض السّوريّة إلى أنّه إذا سجّل مشتري الحصّة الشّائعة من عقارٍ عقد شرائه في السجّل العقاري، فيحقّ له أن يتمسّك بالقسمة الرضائيّة للعقار بكامله، رغم عدم تسجيلها، في مواجهة الشّركاء الآخرين، لأنّه بشرائه هذه الحصّة أصبح شريكاً معهم وله أن يعتبر القسمة غير المسجّلة نافذة في حقّه وحقّ سائر الشّركاء²⁰⁶.

أمّا إذا لم يرتضِ هذه القسمة فلا تكون نافذة في حقّه حتّى ولو كان عالماً بها. فقد قرّرت محكمة النقض السّوريّة إلى أنّه لا أثر لتقاسم الشّركاء على المشتري من أحدهم ما دامت لم تقترن بالتسجيل، ولا يكفي مجرد العلم بها لنفاذها عليه ما لم يثبت ارتضاؤه بها أو أنّ شرائه كان تواطئاً²⁰⁷. لأنّه بتسجيل حقّه يصبح هو الشّريك في الشّيوخ ويحلّ محلّ البائع ويكون هو دون البائع صاحب الشّأن في القسمة. ويكون له في هذه الحالة أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتضي القسمة التي تمّت دون أن يكون طرفاً فيها²⁰⁸.

أمّا الدّائنين الذين تكون حقوقهم مضمونة برهنٍ أو تأمينٍ يكون لهم التّدخل في القسمة أو الاعتراض عليها وذلك بموجب المادّة 796 ق. م. س والتي تنصّ على أنّ: (1- لدائني كلّ شريك أن يعارضوا في القسمة

²⁰⁴ القضية 144 لعام 1995. قرار 747. تا 1995\7\20. محكمة النقض - الغرفة المدنيّة الثّانية. مجلّة المحامون. العددان 3 و4 لعام 1997. السنة 62. ص: 259- قضاء المحاكم.

²⁰⁵ قرار 868. أساس مدني 985. تا 1975\10\4. نقض - غرفة مدنيّة 1. مجلّة المحامون. العدد 1. عام 1975. ص: 47- اجتهاد محاكم.

²⁰⁶ قرار 68. أساس مدني 1268. نقض - الغرفة المدنيّة الثّانية. تا 1976\2\7. مجلّة المحامون. لعام 1976. الأعداد 4 و5. ص: 273.

²⁰⁷ قرار 311. أساس مدني 3689 لعام 1980. الغرفة المدنيّة الأولى. تا 1981\2\22. مجلّة المحامون. 1981. العدد 5. ص: 542.

²⁰⁸ نقض 1981\4\28. طعن 1157. س 47 ق. طلبة، (1989). ص: 546.

عيناً أو في بيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم وتكون المعارضة في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ. وفي حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمي يبلغ إلى جميع الشركاء. ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل العقاري قبل رفع دعوى القسمة.

2- أما إذا تمت القسمة. فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش).

فإذا لم يتدخل الدائنون أصحاب الحقوق المؤمنة برهن حيازي أو تأميني في القسمة لا تكون نافذة في مواجهتهم، فالمشرع يهدف إلى حماية مصلحة الشركاء من تصرفات الشريك المنفردة بحصوله على حصته المفرزة مطهرة من الحقوق كما تبين. إلا أنه يهدف إلى حماية مصالح الغير أيضاً الذي تلقى حقاً عينياً مسجلاً على المال الشائع بإعطائه الحق بالتدخل في القسمة إذ قد يكون فيها مساس بحقوقه، وبذلك يكون قد وفق التعارض بين مصلحة الشركاء ومصلحة الغير²⁰⁹. لذا يُعدّ تدخل هؤلاء تدخلاً إجبارياً²¹⁰.

أما المشتري لحصة شائعة الذي لم يسجل حقه في السجل العقاري فليس له أن يتمسك بالقسمة الرضائية غير المسجلة، وليس له أن يتدخل في القسمة كأحد الشركاء، لأن الملكية لم تنتقل إليه بعد وبالتالي لا يعدّ شريكاً على الشيوع. فمشتري العقار بعقد غير مسجل يعتبر مجرد دائن عادي بالتزامات الشخصية المترتبة في ذمة البائع²¹¹. وباعتباره دائناً عادياً فقد أجاز المشرع السوري تدخله في دعوى القسمة، فقد أجاز القانون المدني تدخل جميع الدائنين العاديين إلى جانب أصحاب الديون المسجلة حقوقهم في السجل العقاري التدخل في القسمة دون تمييز بين القسمة الرضائية والقضائية، وذلك بموجب نص المادة 796 ق. م. س، أما إذا تمت القسمة ولم يتدخلوا فيها فليس لهم الاعتراض على القسمة إلا في حالة الغش. إذ أن تدخلهم في القسمة طوعي واختياري²¹².

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة 842 على أنه: (1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في

²⁰⁹ تناغو، سمير عبد السيد، (1996). التأمينات الشخصية والعينية الكفالة - الزهن الرسمي - حق الاختصاص - الزهن الحيازي - حقوق الامتياز. منشأة المعارف بالإسكندرية. ص: 365. ص: 85.

²¹⁰ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 394.

²¹¹ نقض مصري 1966\11\1 طعن 57. س 32 ق. طلبية، (1990). ج 5. ص: 344.

²¹² سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 394.

أن تتمّ القسمة عيناً أو أن يباع المال في المزاد بغير تدخّلهم، وتوجّه المعارضة إلى كلّ الشّركاء، ويترتّب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدّائنين في جميع الإجراءات، وإلاّ كانت القسمة غير نافذة في حقّهم ويجب على كلّ حال إدخال الدّائنين المقيّدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

2- أمّا إذا تمّت القسمة، فليس للدّائنين الذين لم يتدخّلوا فيها أن يطعنوا عليها إلاّ في حالة الغش).

فقد أجاز المشرّع المصري أيضاً التّدخل في القسمة، ولكن لم يوضّح نوع القسمة التي يجوز التّدخل فيها، كما لم تبين مدّة المعارضة أو شكلها. ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ التّدخل يقتصر على القسمة القضائيّة وذلك تطبيقاً لنصّ المادّة 126 من قانون المرافعات والتي تنصّ على أنّه: (يجوز لكلّ ذي مصلحة أن يتدخّل في الدّعى منضمّاً إلى أحد الخصوم)²¹³.

وإذا كان النصّ يوحي أن التّدخل يقتصر على القسمة القضائيّة لكن ينبغي التّوسّع في تفسير النصّ وجعله شاملاً للقسمة الاتّفاقيّة أيضاً؛ لأنّ القسمة الرّضائيّة خالية من الضّمانات وهي الأوسع إلى التّدخل²¹⁴.

فإذا تمّت القسمة وفقاً للمشرّع السوريّ أو المصري فلا بدّ أن تكون مسجّلة حتّى تكون نافذة في مواجهة الغير. فالقسمة غير المسجّلة لا تكون نافذة في مواجهة الغير بموجب نصّ المادّة 9 من قانون السّجل العقاريّ السوريّ. أمّا المادّة 10 من قانون الشّهر العقاريّ المصريّ رقم 114 تنصّ على أنّه: (جميع التّصرّفات والأحكام النّهائيّة المقرّرة لحقّ من الحقوق العينيّة العقاريّة الأصليّة يجب كذلك تسجيلها ويترتّب على عدم التّسجيل أنّ هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير. ويسري هذا الحكم على القسمة ولو كان محلّها أموالاً موروثة....).

وبيّنت محكمة النقض المصريّة المقصود بالغير في هذه المادّة، بأنّه من يتلقّى حقّاً عينياً على العقار على أساس أنّه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيل سنده قبل تسجيل سند القسمة²¹⁵. كما بيّنت محكمة النقض المصريّة الغرض من تسجيل القسمة بأنّه لإمكان الاحتجاج بها على الغير، حتّى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم

²¹³ د. سعد، نبيل إبراهيم، (2003). الحقوق العينيّة الأصليّة في القانون المصري واللبناني. منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 170. ص: 181.

و د. تناغو، (1996). ص: 85.

²¹⁴ السّنهوري، (د.ت)، ج8. ص: 935. ص: 936.

²¹⁵ نقض 1980\12\9. طعن 161. س47 ق. المستشار. طلبه، أنور، (1990). مجموعة المبادئ القانونيّة التي أقرتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة 1931. ج8. ص: 396.

وقت صدور التّصرّف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التّصرّف قد وقع في نصيب المتصرّف إليه أم لم يقع.²¹⁶

المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه لا يُعدّ من الغير، لأنّه لم تنتقل الملكية إليه بعد، لكن له في هذه الحالة أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقده على الجزء المفرز الذي اختصّ به البائع بموجب عقد القسمة. فمتى تقاسم الورثة-ومن بينهم الوارث البائع-أعيان التّركة بعد صدور عقد البيع واختصّ الوارث البائع بنصيبه مفزراً، فقد أصبح ملتزماً بأن ينقل للمشتري منه ملكية ما باعه شائعاً ممّا اختصّ به بمقتضى عقد القسمة²¹⁷.

فالمشتري لحصة شائعة والمسجل حقه قبل تسجيل القسمة لا يمكن الاحتجاج بالقسمة في مواجهته، ويكون له التمسك بالقسمة التي تمت بين الشركاء ولو لم يكن طرفاً فيها، ويمكن الاحتجاج بالقسمة على المشتري الذي سجل عقده بعد تسجيل القسمة. أمّا المشتري الذي لم يسجل عقده فإنّه يكون دائناً عادياً أعطاه المشرع الحق بالتدخل في القسمة لحماية لمصالحه. وقد أعطى المشرع أصحاب الحقوق العينية أيضاً الحق بالتدخل في القسمة لحماية لمصالحهم وإلا كانت غير نافذة في مواجهتهم.

الفرع الثاني: حكم التّصرّف المستمرّ إلى ما بعد القسمة:

قد تستمرّ بعض التّصرّفات إلى ما بعد القسمة كالرهن الحيازي والرهن التأميني، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مصير الرهن التأميني المستمرّ إلى ما بعد القسمة:

يمكن أن يحلّ أجل الدين المضمون الذي عقده الشريك قبل القسمة، فينفذ الدائن المرتهن على الحصة المرهونة. وقد لا يحلّ أجل الدين قبل القسمة فيرتبط مصير هذا الرهن بالقسمة، فقد تقع في نصيب الشريك الرّاهن حصة مفزرة مساوية للحصة التي رهنها، أو حصة أكبر من الحصة التي رهنها أو يقع حقه على العقار بأكمله، وقد يقع حقه على عقار آخر غير الذي ترتّب عليه الرهن، كما قد يختصّ بموجب القسمة بمنقول أو بمبلغ من النقود.

²¹⁶ نقض 1966\2\24. طعن 194. س 30 ق. طلبية (1989). ص: 550.

²¹⁷ نقض 1962\1\25. طعن 292. س 26 ق. طلبية (1990)، ج 5. ص: 580.

1- وقع في نصيب المتصرف حصّة مفرزة مساوية للحصّة المرهونة:

تنصّ المادة 1073 ق. م. س على أنه: (1- إنّ التّأمين الذي يعقده الشّريك في عقارٍ شائعٍ بدون إذنٍ من شركائه يحوّل بعد القسمة إلى الحصّة التي تقع في نصيبه.

2- أمّا المبالغ التي تصيب عاقد التّأمين من تعادل قيم الحصص أو المبالغ التي تستحقّ له من ثمن العقار، فتخصّص لتسديد مال التّأمين).

يتبيّن أن المشرّع تناول حالة مصير الرّهن التّأميني الذي يعقده الشّريك على حصّته الشّائعة، عندما يختصّ بحصّة مفرزة من العقار الشائع مساوية للحصّة التي رتب تأميناً عليها، حيث ينتقل التّأمين إلى الحصّة المفرزة التي اختصّ بها، وفي هذه الحالة لا بدّ من قيد الرّهن التّأميني من جديد في السجلّ العقاري للاحتفاظ برتبته²¹⁸.

ويرى جانب من الفقه أنّ ارتكاز الرّهن التّأميني على الحصّة المفرزة التي اختصّ بها الشّريك هو أثر للقسمة²¹⁹. فالتأمين كان وارداً على حصّة شائعة، وبالقسمة تمّ مطابقة نطاق الحصّة المعنوي بنطاقها المادي، فتركز حقّ الشّريك الرّاهن في هذا الجزء المفرز، وبالتالي تركّز حقّ الدائن المرتهن أيضاً وليس في ذلك أيّ حلولٍ عيني²²⁰. بينما يرى اتجاه آخر أنّ ورود حقّ الدائن المرتهن على هذا الجزء يكون بمقتضى الحلول العيني وليس أثراً للقسمة؛ وذلك لأنّ الرّهن التّأميني الذي يعقده المرتهن ليس حقّاً شائعاً والمرتهن ليس متقاسماً، إنّما الشائع هو حقّ الملكية الذي ورد عليه التأمين والشركاء هم المتقاسمون²²¹. وينتقد هذا الرّأي أنّ شروط الحلول العيني غير محقّقة في هذه الحالة وهو الاستبدال، فالقسمة أفرزت حقّ الشّريك في هذه الحالة ولم تستبدله بحصّة أخرى²²².

إنّ اختصاص الشّريك بحصّة مفرزة مساوية للحصّة محلّ الرّهن ليس الاحتمال الوحيد، فقد يقع نصيبه على حصّة أكبر من الحصّة التي كانت محلاً للرهن التّأميني أو اختصّ بكامل العقار بموجب القسمة، أو اختصّ

²¹⁸ سوار، (2005-2006-ب). ص: 77.

²¹⁹ سعد، (2010). ص: 79. الصّدة، (1986). ص: 176.

²²⁰ د. النّشار، جمال خليل (2000)، تصرف الشّريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشّركاء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر. ص- ص: 98-99.

²²¹ د. منصور. منصور مصطفى. نظرية الحلول العيني. ص233. وارد في تناغو، (1996). ص: 89.

²²² النّشار، (2000). ص: 99.

بعقارٍ آخر غير الذي ورد عليه الرهن التأميني، أو اختص بمنقولٍ أو بمبلغٍ من النقود، وهذه الحالات لم يتناولها المشرع السوري.

2- حصّة في عقار آخر غير الذي ورد عليه الرهن:

لم ينص القانون السوري على حالة وقوع حق الشريك الراهن على عقارٍ آخر غير الذي ورد عليه الرهن، أما القانون المدني المصري فقد نصّ في الفقرة الثانية من المادة 1039 ق. م. م على أنه: (2- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدرٍ من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويعين هذا القدر بأمرٍ على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيدٍ جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أيّ ذي شأنٍ بتسجيل القسمة. ولا يضرّ انتقال الرهن على هذا الوجه برهنٍ صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين).

المشرع المصري أيضاً تناول حالة واحدة وهي حالة وقوع حق الشريك في عقارٍ آخر غير العقار المرهون، فنصّ على أن الرهن ينتقل بمرتبه إلى العقار الجديد وبمقدار الحصّة التي كانت مرهونة في الأصل. وانتقال الرهن بمرتبه إلى العقار الجديد يكون بمقتضى الحلول العيني²²³. وحفاظاً على مصلحة الدائن المرتهن في هذه الحالة يجب عليه تسجيل هذا الانتقال، فإذا قيد حقه خلال تسعين يوماً من إخطاره بتسجيل القسمة، فإنّه يحتفظ برتبة الرهن من تاريخ القيد الأول فإذا تأخر عن هذه المدة فإنّ مرتبة رهنه تحسب من وقت القيد الجديد²²⁴.

ويتبين من النص أيضاً أنّ المشرع المصري قدّم مصلحة جميع الشركاء على مصلحة الشريك المنفردة، فجعل حق الدائن المرتهن من الشركاء متقدماً في المرتبة على الدائن المرتهن من الشريك لوحده، حتّى ولو كانت

²²³ السنهوري، (د.ت). ج10. ص: 329. حمدان، (2007). ص: 111. طلبية، أنور، (2004). الملكية الشائعة. المكتب الجامعي الحديث.

ص: 29.

²²⁴ سعد، (2010). ص: 79.

مرتبته متقدّمةً على الدائن المرتهن من الشّركاء مجتمعين²²⁵. فعلى الرّغم من أنّ المالك في الشّيوخ يملك حصّته ملكاً تامّاً إلّا أنّ المشرّع يقدّم دائماً مصلحة الشّركاء الجماعيّة على مصلحة الفرد، وهذا ما تبين في قانون التجارة البحريّة أيضاً، حيث قيّد حريّة الشّريك في الشّيوخ في رهن حصّته الشّائعة في السفينة بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل، وذلك لكي لا يتعارض مع الرّهن الذي يصدر منهم جميعاً، فيحصلوا على الائتمان اللازم لاستثمار السفينة.

وبذلك فقد تناول المشرّع السوري حالة اختصاص الشّريك بحصّة مفرزة من العقار ذاته الذي ورد عليه الرّهن التأميني، أمّا المشرّع المصري فقد تناول حالة وقوع حقّ الشّريك على حصّة من عقارٍ آخر غير الذي ورد عليه الرّهن.

أمّا في حال وقع نصيب الشّريك على حصّة مفرزة من العقار نفسه الذي ترتّب علي الرّهن، وهي الحالة التي تناولها المشرّع السوري. فقد ذهبت المذكرة الايضاحيّة للمشروع التمهيدي للقانون المصري إلى أنّ الرّهن يتركز في هذا الجزء وذلك بمقتضى القسمة، وعلى الرّغم من أنّ جانباً من الفقه يرى أنّ سبب تركّز الرّهن في هذه الحصّة هو الحلّ العيني، إلّا إنّ جانباً آخر يرى أنّ ذلك بمقتضى القسمة²²⁶. وبذلك يبدو أنّ المادّة 1073 ق. م. س والمذكرة الايضاحيّة للمشروع التمهيدي للقانون المصري تتفقان على أنّ الرّهن التأميني الذي رتبه على حصّته الشّائعة يتركز على الحصّة المفرزة التي اختصّ بها بموجب القسمة.

3- اختصاص الشّريك بحصّة أكبر من الحصّة المرهونة أو اختصاصه بالعقار كاملاً:

إذا وقع في نصيب الشّريك الرّاهن العقار كلّهُ أو حصّة مفرزة أكبر من الحصّة التي رهنها، فإنّ الرّهن التأميني يبقى قائماً على العقار وفي حدود الحصّة التي رهنها الشّريك قبل القسمة²²⁷. ويُنقَد الرأي الذي يرى أنّ الرّهن يمتدّ إلى كامل الحصّة أو العقار، لأنّ الزيادة في محلّ الرّهن فيه منفعةً للمرتهن دون حقّ²²⁸. كما قد

²²⁵ السّنهاوري، (د.ت). ج 10. ص: 332.

²²⁶ السّنهاوري، (د.ت). ج 10. ص: 328 - 329.

²²⁷ سعد، (2010). ص: 79. حمدان، (2007). ص: 111.

²²⁸ بلانيول وريبير وبكيه. ج 12. فقرة 423. تناغو، (1996). ص: 90.

يسبب ذلك ضرراً لدائني الزاھن الآخرين الذين تعاقدوا معه على أساس أن ينحصر حق الدائن المرتھن في حدود الحصّة الشائعة التي ترتب عليها الرهن²²⁹.

4- ورود الحصّة على منقول:

قد يقع في نصيب الشريك الزاھن منقول، وهناك خلاف بين الفقهاء في هذه الحالة، فاتّجه جانب من الفقه إلى أنّ الرهن التأميني ينقضي في هذه الحالة، إذ أنّ الرهن التأميني لا يكون إلّا على العقارات، ويفقد المرتھن حقّه على العقار المرهون ابتداءً؛ لأنّه وقع في ملك شخص لم يرهنه²³⁰. كما أنّ انتقال حق المتصرّف إليه إلى ما اختصّ به الشريك المتصرّف بموجب القسمة مشروطاً بأن تكون العين التي اختصّ بها قابلةً لأن يرد عليها التصرّف الذي سبق تقريره، ولا يمكن أن يكون محلّ الرهن التأميني منقولاً²³¹. بينما اتّجه جانب من الفقه أنّ هذا الرهن ينتقل إلى المنقول ولكن كرهن حيازي، إذ أنّ ذلك أكثر تحقيقاً للعدالة التي قصدها المشرّع من نصّ المادة 1039 الفقرة 2 ق. م. م.²³²

ويرى اتّجاه آخر ضرورة التفريق بين المنقول الخاضع للتسجيل والمنقول العادي غير الخاضع للتسجيل، أمّا المنقول الخاضع للتسجيل ينتقل الرهن إليه ويبقى رهناً تأمينياً، أمّا المنقول الذي لا يخضع للتسجيل ينتقل إليه الرهن إلّا أنّه يصبح رهناً حيازياً²³³.

5- ورود الحصّة على مبلغ من النقود:

قد يختصّ الشريك بمبلغ من النقود بموجب القسمة، وهنا فرّق الفقه بين إذا كان أجل الدين قد حلّ، ففي هذه الحالة يستوفي حقّه من هذا المبلغ وفقاً لرتبة رهنه التأميني، وإذا لم يكن قد حلّ أجل الدين يمكن للدائن المرتھن الاتفاق مع الشريك المدين الزاھن على إيداع المبلغ مع استغلاله لحين حلول أجل الدين واستيفاء حقّه، وهو ما

²²⁹ سوار، (2005-2006-ب)، ص: 77.

²³⁰ السنهوري، (د.ت). ج. 10. ص: 331. طلبية، (2004). ص: 30.

²³¹ أبو السّعود، (2002). ص: 535.

²³² سعد، (2010). ص: 80.

²³³ النّشار، (2000). ص: 112.

يعتبر صورةً لرهن الدين²³⁴. وإن استيفاء الدائن المرتهن حقه بالأفضلية على هذه النقود يتفق مع الغاية التي يقصدها المشرع وهي حماية مصلحة الدائن المرتهن²³⁵.

كذلك إذا كان المال الشائع غير قابلٍ للقسمة وتم بيعه في المزاد العلني، يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن من الثمن الذي يقع في حصة الشريك الرهن²³⁶. أي إذا اختص الشريك الرهن بمبلغ من النقود كمعدل لقسمة أو تصفية يستوفي الدائن المرتهن حقه منها بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في الرتبة²³⁷.

ويتبين أن جميع هذه الحالات هي عندما يرتب الشريك في الشئوع رهناً تأمينياً على حصته الشائعة في عقار ولكن ماذا لو رتب الشريك رهناً تأمينياً على حصته الشائعة في أحد المنقولات الخاضعة للتسجيل، فالرهن الذي يرتب على هذه المنقولات شبيه بالرهن التأميني، ويكون للشريك على الشئوع رهن حصته الشائعة فيها. فإذا تم تقسيم المال الشائع نميز ثلاث حالات: وهي أن يختص الشريك الرهن بكامل المنقول فيبقى الرهن قائماً على الحصة الشائعة المرهونة فقط، أو أن يقع نصيبه على مالٍ آخر غير المنقول انتقل الرهن بمرتبته إلى المال الذي اختص به الرهن، وقد يختص بمبلغ من النقود فينقضي الرهن ويستوفي الدائن حقه من هذا المقابل النقدي²³⁸.

ثانياً: مصير الرهن الحيازي المستمر إلى ما بعد القسمة:

يتبين أن المشرعين السوري والمصري تناولوا مصير تصرف الشريك على حصته إذا كان رهناً تأمينياً، دون التصرفات الأخرى، فما مصير تصرف الشريك إذا رتب رهناً حيازياً على حصته الشائعة؟

إذا كان الشريك في الشئوع يملك حصته ملكاً تاماً وله التصرف فيها بمختلف أنواع التصرفات القانونية من حيث المبدأ، إلا أنه تبين أن رهن الحصة الشائعة حيازياً لا يكون إلا في بعض الحالات التي يستطيع فيها الشريك الرهن تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون؛ لأن الرهن الحيازي في القانون السوري عقد عيني

²³⁴ د. منصور. منصور مصطفى. 1970. التأمينات العينية. فقرة 20. ص 55. وارد في سعد، (2010). ص: 80.

²³⁵ بلانيول وريبير وبكيه. ج 12. فقرة 423. تناغو، (1996). ص: 91.

²³⁶ حمدان، (2007). ص: 112.

²³⁷ طلبية، (2004). ص: 30.

²³⁸ العماوي، محمد عبد الغفور محمد، (2003). رسالة ماجستير. رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة. الأردن. جامعة آل البيت - كلية الدراسات الفقهية والقانونية. ص: 65.

لا يتم إلا بالتسليم. وعلى الرغم من أنه عقد رضائي في القانون المصري فإنه يحتاج أيضاً إلى التسليم حتى يكون نافذاً في حق الغير وإلا لن يكون له حق التقدم والتتبع في مواجهة الآخرين²³⁹. فإذا استطاع الشريك رهن حصته حيازياً يكون تصرفه صحيحاً مرتبطاً بنتيجة القسمة إذا لم يحل أجل الدين قبل القسمة.

والرهن الحيازي قد يكون على عقار أو منقول وفقاً لقواعد القانون المدني، وقد يقع نصيب الشريك الرهن بموجب القسمة على حصة في عقار أو يختص بعقار بكامله أو يقع نصيبه على منقول أو يختص بمبلغ من النقود. لم ينص المشرع على مصير الرهن في هذه الحالة إلا إن معظم الفقه قد توجه إلى أن الحكم المنصوص عليه فيما يتعلق بالرهن التأميني يمتد أيضاً إلى الرهن الحيازي بطريق القياس²⁴⁰.

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة للشركاء:

لا يحتاج الشريك في الشيوع إلى موافقة بقية الشركاء للتصرف بحصته الشائعة، وليس للشركاء منع تصرف الشريك أو الاعتراض عليه ما لم يكن ضاراً بمصالحهم، سواء كان تصرفه إلى أحد الشركاء أو إلى أجنبي عنهم. وإذا لم يكن إعلان الشركاء بالتصرف لازماً لصحة تصرف الشريك أو نفاذه، إلا أنه قد يكون مفيداً في حال أراد أحد الشركاء الأخذ برخصة الاسترداد أو الشفعة.

إن هاتين الوصلتين تمكّنان الشركاء في الشيوع من منع المشتري الأجنبي من الدخول في الشيوع معهم. وقد أخذ بهما المشرع المصري استثناء من المبدأ العام في حرية التعاقد، حيث أن المصدر التاريخي لرخصة الاسترداد هو القانون الفرنسي، أما المصدر التاريخي للشفعة هو الفقه الإسلامي²⁴¹. فما هي الأحكام الخاصة بكل منهما؟ وإذا كان المشرع السوري لم يأخذ بهاتين الرخصتين، فهل أحسن في توجيهه؟ وبذلك لابد من دراسة هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: حق الشركاء في استخدام رخصة الاسترداد.

الفرع الثاني: حق الشركاء في استخدام رخصة الشفعة.

²³⁹ السنيهوري، (د.ت). ج 10. ص: 786.

²⁴⁰ حمدان، (2007). ص: 112. الصدة، (1982). ص: 193.

²⁴¹ السنيهوري، (د.ت). ج 8. ص: 851.

الفرع الأول: حق الشركاء في استخدام رخصة الاسترداد:

الاسترداد هي رخصة تمكّن المستردّ من الحلول محلّ المشتري في عقد بيع الحصّة الشائعة، فيتمتع بجميع حقوقه ويتحمّل التزاماته بمقتضى الحلول الشخصي وبأثر رجعيّ إلى وقت بيع الحصّة الشائعة إلى المشتري²⁴².

وقد رأى البعض أنّ الاسترداد هو نوعٌ من الشفّعة، ولا يختلف عنها إلّا ببعض الفروقات البسيطة، ولكنّ حقّ الاسترداد يختلف عن الشفّعة في المصدر والنطاق و الهدف أيضاً، فهدف الاسترداد هو منع الأجانب من الوصول إلى أسرار التّركات، والهدف من الشفّعة هو منع الضرر الذي يترتّب على التصرّف بالحصّة الشائعة²⁴³. ولكن منع وصول الأجنبيّ إلى أسرار التّركات يبدو ضرراً يُراد تجنّبه، وهذا الضرر نتيجةً لبيع الحصّة الشائعة، كما إنّ الضرر المراد تجنّبه بالأخذ بالشفّعة عند بيع الحصّة الشائعة قد يكون كشف أسرار الشركاء، فلا يبدو الفرق كبيراً بين الهدف من الرخصتين. وحتىّ يمكن الأخذ برخصة الاسترداد لا بدّ من توفّر مجموعة من الشّروط، حتّى تترتّب أثارها القانونيّة، فيتمّ تناول هذا الفرع على النّحو التّالي: شروط الأخذ بالاسترداد (أولاً)، أثار الاسترداد (ثانياً).

أولاً: شروط الأخذ بالاسترداد وإجراءاته:

أخذ القانون المدني المصريّ برخصة الاسترداد في المادّة 833 منه فتتصرّف على أنّه: (1-لشّريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال أن يستردّ الحصّة الشائعة التي باعها شريكٌ غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتمّ الاسترداد بإعلان يوجّه إلى كلّ من البائع والمشتري ويحلّ المستردّ محلّ المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوّضه عن كلّ ما أنفقّه.

2- إذا تعدّد المستردّون فلكلّ منهم أن يستردّ بنسبة حصّته).

²⁴² السّنهوري، (د.ت). ج. 8. ص: 864.

²⁴³ النّشار، (2000). ص: 156.

كما أخذ قانون التجارة البحرية المصري بها وذلك في المادة 24 منه حيث تنصّ على أنه: (1- إذا باع أحد المالكين حصّته في السفينة لأجنبي عن الشيوع وجب على المشتري إخطار المالكين الآخرين بكتابٍ موصى عليه مصحوبٍ بعلم وصول بالبيع وبالثمن المتفق عليه.

2- ولكل مالك أن يستردّ الحصّة المبيعة بإعلانٍ يوجّه إلى كلّ من البائع والمشتري بشرط أن يدفع الثمن والمصاريف أو يعرضهما عرضاً حقيقياً وفقاً للقانون وأن يقيم الدّعى عند الاقتضاء، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الاخطار المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

3- وإذا طلب الاسترداد أكثر من مالك فُسِّمَت الحصّة المبيعة بينهم بنسبة حصصهم).

أما المشرّع السوريّ لم يأخذ برخصة الاسترداد في القانون المدني، ومع ذلك فقد أخذ بها في قانون التجارة البحرية، فتصّص المادة 52 منه على أنه: (1- إذا باع أحد المالكين حصّته في السفينة لأجنبي وجب على المشتري إخطار المالكين الآخرين بكتابٍ مسجلٍ يعلمهم بالبيع والثمن المتفق عليه وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع.

2- لكل مالك على الشيوع أن يستردّ الحصّة المباعة بإعلانٍ يوجّه إلى كلّ من البائع والمشتري بشرط أن يدفع الثمن والمصاريف وأن يقيم الدّعى عند الاقتضاء، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

3- إذا طلب الاسترداد أكثر من مالك على الشيوع فُسِّمَت الحصّة المبيعة بينهم بنسب حصصهم).

يتبيّن أنّ قانون التجارة البحرية السوري والمصريّ وحدهما نصّا على الأخذ بهذه الرّخصة فيما يتعلّق بالسفينة، أمّا المركبات والطائرات وكذلك المتاجر فلم تنصّ القوانين المنظّمة لأحكامها بشكلٍ صريح على إمكانية الأخذ برخصة الاسترداد، وإذا كان لا بدّ من الرجوع إلى القواعد العامّة فيما لم يرد بشأنه نصّ، فيمكن تطبيق رخصة الاسترداد على المنقولات السابقة في القانون المصري، لأنّ القانون المدني المصري قد أخذ بها. ولكن لا يمكن تطبيق الاسترداد على هذه المنقولات في القانون السوري، إذ أنّ القانون المدني السوري لا يأخذ برخصة الاسترداد وبالتالي تكون السفينة هي وحدها الخاضعة لرخصة الاسترداد دون المنقولات الأخرى.

والاسترداد رخصة لا يمكن استخدامها إلا في حالات الشبوع، سواء كان الشبوع وارداً على منقول شائع معين بالذات أو على مجموعة أموال سواء كانت منقولات أو عقارات. إذ يختلف نطاق الاسترداد عن نطاق الشفعة، وقد بينت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي قصد المشرع من الفصل ما بين نطاق حق الاسترداد الذي يؤخذ به في المنقولات أو مجموعة من الأموال وبين نطاق حق الشفعة الذي يؤخذ به في العقارات، حيث وضحت أن ذلك يمنع تعارض الحقوق في الميدان الواحد²⁴⁴. حيث يثبت حق الاسترداد للشريك إذا كانت هذه الحصة الشائعة داخلة في مجموع من الأموال كما لو كانت تركة تتألف من عدة عناصر، وأموال الشركة بعد حلها والمتجر²⁴⁵. أما العقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الاسترداد، حتى لو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث²⁴⁶. وحتى يمكن الأخذ برخصة الاسترداد لا بد من توفر مجموعة من الشروط والإجراءات كالتالي:

1- شروط الأخذ بالاسترداد:

أ- أن يصدر عقد بيع تام من أحد الشركاء بيعاً اختيارياً:

فعقد البيع التام وحده الذي يجوز فيه الاسترداد دون العقود الأخرى حتى ولو كانت معاوضة، أما طلب الاسترداد في مرحلة التفاوض أو الشروع في البيع سابقاً لأوانه، كما لا يجوز استعمال حق الاسترداد إذا تم البيع في المزاد العلني حيث كان يستطيع دخول المزاد ويمنع الأجنبي من الدخول في الشبوع لو أراد²⁴⁷. فإذا قام أحد الشركاء في الشبوع بطلب قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد العلني لعدم إمكان قسمتها عيناً وتحديد ثمن أساسي للمزايدة، فهو غير ملزم بإجابة طلب الشريك الآخر ببيعه حصته بهذا الثمن استناداً إلى حقه بالأفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة، لأن تحديد الثمن في هذه الحالة يكون للمزايدة، ولا يقصد به أن الشريك طالب القسمة قد تخلى عن الحصة وهي حقه، ولا يقصد به أنه يجبر على بيع حصته لأحد الشركاء²⁴⁸.

²⁴⁴ السنهوري، (د.ت)، ج.8، ص: 851.

²⁴⁵ الصدة، (1986)، ص: 195.

²⁴⁶ الطعن 513. سنة 52 قضائية. جلسة 1988\2\17. خليل، أحمد محمود. (2007). إدارة المال الشائع والتصرف فيه. ص: 138.

²⁴⁷ السنهوري، (د.ت)، ص: 855. د. الصدة، (1986)، ص: 196. طلبية، (1998)، ص: 620. خليل، (2007)، ص: 30.

²⁴⁸ نقض 1952\10\30، ج.1، في سنة 25 ق. ص 215. وارد في طلبية. أنور (1998)، ص: 626.

ب- أن يكون البيع وارداً على حصّة شائعة:

لا يجوز الأخذ برخصة الاسترداد إذا كان البيع وارداً على حصّة مفرزة، لأنّ هذا البيع غير نافذ في مواجهة الشّركاء ولا يصبح المشتري شريكاً على الشّيوخ، فلا يبقى مبرّر لاستعمال هذه الرّخصة²⁴⁹.

بينما يرى البعض جواز الأخذ بالاسترداد سواء كانت الحصّة شائعة أو مفرزة؛ لأنّه ليس للشّريك في الشّيوخ التّصرّف بحصّة مفرزة²⁵⁰.

ت- أن يكون البيع الصّادر من أحد الشّركاء إلى أجنبي عنهم:

فإذا كان المشتري أحد الشّركاء لا يكون لأحدهم استعمال رخصة الاسترداد، إذ الغاية من الاسترداد غير متوقّرة في هذه الحالة. وحتّى يأخذ الشّركاء بحق الاسترداد فلا بدّ أن يكون شخص الشّريك محلّ اعتبار، فلا يستخدمون حقّهم بالاسترداد إذا لم يكن شخص الشّريك محلّ اعتبار²⁵¹.

ث- أن يكون المستردّ شريكاً في المال الشّائع:

بما أنّ الشّركاء هم الذين يتضرّرون من دخول الأجنبي بينهم، وبالتالي يكون الاسترداد من حقّ الشّريك الأصلي أو خلفه العامّ أو الخاصّ، فالمذكّرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيدي لم تميّز بين الشّريك الأصلي والعارض²⁵². ويجب أن تثبت له صفة الشّريك من وقت بيع الحصّة الشّائعة وحتّى أن يتمّ الاسترداد أو رفع الدّعوى بها، وذلك قبل أن تتمّ القسمة²⁵³. فإذا تعدّد المستردّون يكون لكلّ منهم استرداد جزء من الحصّة المباعة متناسب مع نسبة حصّته في المال الشّائع. وسواء كان المستردّ شخصاً أو أكثر يجب عليه المطالبة بالحصّة المباعة كاملة دون تجزئة؛ لأنّ المطالبة بجزء فقط لا يمنع الأجنبي أن يدخل في الشّيوخ ويصبح شريكاً معهم وبالتالي لا يبقى مبرّر للاسترداد في هذه الحالة²⁵⁴.

²⁴⁹ الصّدة، (1986). ص: 196.

²⁵⁰ رأي الدكتور محمّد كامل مرسي، وارد في طلبية، (1998). ص: 621.

²⁵¹ دويدار، (1993). ص: 89.

²⁵² السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 858.

²⁵³ طلبية، (1998). ص: 621.

²⁵⁴ النّشار، (2000). ص- ص: 147-148. الصّدة، (1986). ص: 198.

2- إجراءات الأخذ بالاسترداد:

إضافة إلى هذه الشروط لا بدّ من القيام بمجموعة من الإجراءات أيضاً حتّى يتمكّن الشّريك من استرداد الحصة المبيعة.

أ- أن يبادر الشّريك البائع أو المشتري إعلان باقي الشّركاء بالبيع:

لم يشترط القانون شكلاً معيّناً للإعلان، كما لم يحدّد ميعداً له، ولم يشترط أن يكون الإعلان رسمياً وذلك على خلاف المقرّر في الشّفعة بموجب المادة 942 الفقرة 1 ق. م. م.

ب- أن يعلن المستردّ الشّريك البائع والمشتري برغبته في الاسترداد:

يكون لمن يريد الأخذ برخصة الاسترداد أن يعلن عن رغبته لكلّ من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً، بعد إعلانه بالبيع أو علمه به وأن يبدي استعداداً لتعويض المشتري عمّا أنفقّه. فالمشرّع لم يحدّد ميعداً للإعلان البيع، ولكن حدّد ميعداً قصيراً ليعلن المستردّ البائع والمشتري عن رغبته بالاسترداد، والهدف من هذا التّحديد عدم ترك مصير البيع معلقاً فترة طويلة²⁵⁵.

لم ينصّ المشرّع على طريقة معيّنة في الإعلان. فلم يشترط الرّسمية في هذا الإعلان كما اشترط ذلك في الشّفعة، لذلك يمكن أن يتمّ بكتاب مسجّل أو غير مسجّل أو أن يكون شفويّاً ويقع عبء إثباته على الشّريك المستردّ²⁵⁶. ومع ذلك هناك من يرى أنّ يتمّ هذا الإعلان على يد محضر، على الرّغم من أنّ المادة 940 ق. م. م نصّت على الرّسمية في الإعلان الخاصّ بالشّفعة، أمّا المادة 833 ق. م. م لم تنصّ على الرّسمية في الإعلان الخاصّ بالاسترداد²⁵⁷. فالقانون المدني المصري لم ينصّ على الرّسمية في إعلان الشّريك البائع والمشتري للشّركاء الآخرين، كما لم يشترط مدّة معيّنة لهذا الإعلان. وكذلك لم ينصّ على الرّسمية في إعلان المستردّ برغبته في الاسترداد.

بينما قانون التجارة البحريّة اشترط الرّسمية في الإعلان الموجّه إلى الشّركاء المالكين في الشّيوخ، حيث

²⁵⁵ الصّدة، (1986). ص: 197.

²⁵⁶ السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 859.

²⁵⁷ رأي الدّكتور عبد الباقي باشرط الرّسمية في الإعلان وردّ المستشار طلحة عليه. طلحة، (1998). ص: 621.

نصّ على أن يقوم المشتري بإخطار المالكين الآخرين بهذا البيع وأن يتضمّن هذا الإخطار علم وصول البيع والثمن المتّفق عليه أيضاً وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 24 من قانون التّجارة البحريّة المصري. ويتبيّن من النصّ أن المشرّع لم يحدّد ميعاداً للإعلان كما فعل القانون المدني، وأنّه جعل الملزم بهذا الإخطار هو المشتري فقط دون الشّريك البائع.

كذلك المشرّع السوريّ في قانون التّجارة البحريّة اشترط أن يكون الإعلان الموجّه للشّركاء في الشّيوخ رسمياً، وذلك أن يكون بكتابٍ موصى يتضمّن العلم بالمبيع والثمن المتّفق عليه، وجعل الملزم بهذا الإخطار هو المشتري فقط، ولكنّه حدّد مدّة الإخطار بخمسة عشر يوماً من تاريخ البيع، وذلك بخلاف القانون المصريّ الذي لم يحدّد ميعاداً لهذا الإخطار.

فإذا رغب أحد الشّركاء أو بعضهم أو كلّهم الأخذ بالاسترداد عليه أن يعلن رغبته بذلك للبائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من إعلانه بالبيع أو علمه به. والمقصود بالعلم الذي يبدأ منه سقوط الحقّ في طلب استرداد الحصّة المبيعة هو العلم الحقيقيّ بشروط البيع شاملةً الثمن المدفوع دون العلم الظنّي²⁵⁸. ويكفي أن يعرض المستردّ استعداده لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، دون الحاجة إلى عرض ذلك عرضاً حقيقياً، ودون أن يكون ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة كما يجب ذلك في الشّفعة²⁵⁹.

ولكن يبدو أنّ إظهار الاستعداد بتحمّل التّفقات والمصاريف غير كافٍ لاسترداد الحصّة الشّائعة في السفينة، إذ يتوجّب على المستردّ أن يدفع الثمن والمصاريف أو أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً، وذلك بموجب الفقرة الثّانية من قانون التّجارة البحريّة المصريّة، ويبدو أنّ المشرّع السوريّ أكثر تشدّداً في ذلك، إذ أنّ الاستعداد لدفع التّفقات والمصاريف حتّى العرض الحقيقيّ لذلك غير كافٍ للمطالبة بالاسترداد، وإنّما لا بدّ أن يدفع الثمن والمصاريف حتّى يتمكّن من المطالبة بالاسترداد.

فإذا تمّ الاسترداد حلّ المستردّ محلّ المشتري في حقوقه والتزاماته، وذلك بموجب المادة 833 ق. م. م. أمّا إذا لم يعلن الشّركاء عن رغبتهم بالاسترداد في الوقت المحدّد سقط حقّهم بالاسترداد وأصبح البيع باتاً ونافاً

²⁵⁸ طعن 1191. س 53 قضائية. نقض 1992\2\10. مكتب فنيّ 43. ج 1. ق 60. ص: 277. وارد في طلبه، (1998). ص: 624.

²⁵⁹ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 860.

في حق جميع الشركاء. كذلك يسقط حقهم بالاسترداد ولو تمّ في الميعاد المحدد، إذا وجّه الإعلان إلى البائع أو المشتري فقط، إذ إنّ الإعلان يجب أن يوجّه ل كليهما²⁶⁰.

ثانياً: آثار الاسترداد:

إذا توافرت شروط الاسترداد وتمّت الإجراءات القانونية اللازمة، تترتب مجموعة من الآثار القانونية، فتكون علاقة البائع والمشتري والمستردّ على النحو التالي:

1- علاقة المستردّ مع المشتري:

إذا تمّ الاسترداد حلّ المستردّ محلّ المشتري في حقوقه والتزاماته كما لو اشترى من البائع مباشرة. فالرابطة بين المشتري والمستردّ ليست رابطة استخلاف، ويترتب على ذلك سقوط جميع التصرفات التي قد يربّيها المشتري على الحصّة المبيعة، كما أنّ المشتري لا يلتزم بضمان الاستحقاق اتجاه المستردّ²⁶¹. ولكن يلتزم المشتري اتجاه المستردّ أن يردّ له الثمار التي حصل عليها من الحصّة المبيعة من تاريخ البيع إلى تاريخ الاسترداد، ويلتزم المستردّ اتجاه المشتري بدفع النفقات والمصاريف التي تحملها²⁶². كما يلتزم بدفع الثمن له مع الفوائد إلى يوم الوفاء إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع²⁶³.

2- علاقة المستردّ مع البائع:

إذا كان المستردّ محلّ المشتري في عقد البيع، هذا يعني أنّه يلتزم بدفع الثمن إلى البائع، إلّا إذا كان المشتري قد دفعه ففي هذه الحالة يدفع الثمن إلى المشتري، ويلتزم البائع بنقل الملكية إلى المسترد. وينتفع المسترد بما كان للمشتري من حقوق، كما لو كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء، فيستفيد المستردّ من هذه المدّة، أمّا في الشّفة فلا يكون له الانتفاع بهذا الأجل إلّا بموافقة البائع وذلك بموجب المادّة 945 ق. م. م²⁶⁴.

3- علاقة البائع بالمشتري:

²⁶⁰ السّنهوري، (د.ت). ج.8. ص: 859.

²⁶¹ السّنهوري، (د.ت). ج.8. ص: 864-865.

²⁶² النشار، (2000). ص: 161.

²⁶³ الصّدة، (1986). ص: 199.

²⁶⁴ الصّدة، (1986). ص: 199.

يحلّ المستردّ محلّ المشتري في عقد البيع بحقوقه والتزاماته، فلا يتمتّع المشتري بحقوق قبل البائع ولا يتحمّل التزامات اتّجاهه.

وتتشابه أحكام الاسترداد الواردة في القانون المدني المصري مع أحكامه في قانون التجارة البحريّة ولو اختلفت عنه ببعض الإجراءات والمواعيد. إلّا أنّ قانون التجارة البحريّة تتضمن حالة خاصّة من الاسترداد، فتتّصّ المادة 53 من قانون التجارة البحريّة السوري على أنّه: (إذا كان المالك على الشيوع من العاملين في السفينة جاز له في حالة فصله عن عمله أن ينسحب من الشيوع وتقدر حصّته عند الخلاف بمعرفة المحكمة المختصة). ويتضمّن قانون التجارة البحريّة المصري نصّاً مماثلاً²⁶⁵. فللشريك أن ينسحب من الشيوع على أن يحصل على قيمة حصّته من بقيّة المالكين، وهو نوعٌ من الاسترداد الجبري، حيث يجبر الشّركاء على أداء قيمة الحصّة للشريك إذا أراد الانسحاب²⁶⁶. فالخروج من الشيوع واسترداد الحصّة الشائعة جوازي للشريك، ويشترط لأخذه بالاسترداد في هذه الحالة أن يكون عاملاً على السفينة وأن يفصل من عمله. لأنّ الفصل هو السبب الوحيد لطلب الاسترداد دون الحالات الأخرى كالاستقالة والوفاة، إذ ليس لورثة المتوفى طلب الاسترداد وفقاً لهذه المادة²⁶⁷.

الاسترداد رخصةٌ ممنوحةٌ للشّركاء على الشيوع لتجنّب دخول شريكٍ أجنبيّ معهم في الشيوع، وذلك بتوافر شروطٍ معيّنة وبإتباع إجراءاتٍ محدّدة، فإذا تمّ الاسترداد حلّ الشّريك المستردّ محلّ المشتري، وإذا لم يتمّ يستقرّ البيع وينفذ في مواجهة الشّركاء.

الفرع الثّاني: حقّ الشّركاء في استخدام رخصة الشّفعة:

الاسترداد ليست الرّخصة الوحيدة لتجنّب دخول الأجنبي شريكاً مع بقيّة الشّركاء، فالرّخصة الأخرى الممنوحة لهم هي الشّفعة، وقد نظّم المشرّع المصري أحكامها من المادة 935 حتّى 948 من القانون المدني، أمّا

²⁶⁵ المادة 25 من قانون التجارة البحريّة المصري.

²⁶⁶ دويدار، (1993). ص: 91.

²⁶⁷ دويدار، (1993). ص: 90.

القانون المدني السوريّ فقد ألغى الأخذ برخصة الشفعة، وقد بيّنت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوريّ أنّ الشفعة من الحقوق الضعيفة، وأنّ الحياة الاجتماعية والاقتصادية في سورية لا توجب الاستمرار بالأخذ بها.

وقد عدّ المشرّع المصري الشفعة من أسباب كسب الملكية. وعرفها بأنها رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محلّ المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية²⁶⁸. فالشفعة رخصة تعطي الحقّ للشفيع وهو مالك لعقار أو شريك في الشيوع في عقار أن يتملك بإرادته المنفردة العقار المشفوع فيه أي الذي ورد عليه البيع، وذلك بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة²⁶⁹.

لذا لا بدّ من بيان شروط الأخذ بالشفعة (أولاً)، وإجراءاته (ثانياً).

أولاً: شروط الأخذ بالشفعة:

عدّ القانون المدني المصريّ الفئات التي يجوز لها الأخذ بالشفعة في نصّ المادة 936 ق. م. م. حيث يثبت الحقّ للشفعة لهؤلاء على الترتيب التالي: (أ- لمالك الرقبة إذا بيع كلّ حقّ الانتفاع الملابس لها أو بعضه. ب- للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي...)

يأتي الشريك في الشيوع في المرتبة الثانية من الفئات التي يجوز لها الأخذ بالشفعة، وتتمّ المفاضلة بينه وبين غيره من أصحاب الحقّ بالشفعة وفقاً للترتيب الوارد في هذه المادة. فيتبيّن من النصّ أنّه إذا ثبت الحقّ بالشفعة لأكثر من شخص من هذه الفئات فإنّ المفاضلة بينهم تتمّ على أساس هذا الترتيب، أمّا إذا كان التّزاحم بين أشخاص ينتمون إلى طبقة واحدة تتمّ المفاضلة بينهم على قدر نصيب كلّ منهم، وذلك بموجب المادة 937 ق. م. م. فيثبت الحقّ بالشفعة للشريك في الشيوع لا يفضلّ عليه إلّا مالك الرقبة في حال بيع حقّ الانتفاع الملابس له أو لبعضه إذا حصل التّزاحم في الشفعة بين من ينتمون لفئات مختلفة. إذ أنّ الشفيع يتقدّم على من ينتمي إلى طبقة أدنى، ويتقدّم عليه من ينتمي إلى طبقة أعلى²⁷⁰. أمّا التّزاحم في الشفعة بين المالكين على الشيوع، أي الذين ينتمون إلى نفس الطبقة، تتمّ المفاضلة بينهم على أساس قدر نصيب كلّ منهم.

²⁶⁸ المادة 935 ق. م. م.

²⁶⁹ السنهوري، (د.ت). ج.9. ص: 494 - 450.

²⁷⁰ المادة (937ف3) ق. م. م.

وإذا كان القانون المدني قد عدّد الحالات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة، فإنّه عدّد الحالات التي لا يجوز

فيها الأخذ بالشفعة فتتصّل المادة 939 ق. م. م على أنّه: (1- لا يجوز الأخذ بالشفعة:

أ- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

ب- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار

لغاية الدرجة الثانية....).

فالمشرّع لم يجز الأخذ بالشفعة إذا تمّ البيع بالمزاد العلني، كما منع الأخذ برخصة الاسترداد في البيع بالمزاد العلني. وقد فرض المشرّع قيوداً أخرى على حقّ الأخذ بالشفعة، فقد نصّ القانون المدني على عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع صادراً لأحد الأقارب المنصوص عليهم في الفقرة الثانية من المادة 939 ق. م. م. ذلك لأنّ شخصيّة المشتري تكون قد أخذت بعين الاعتبار عند البيع²⁷¹. بينما لم يأخذ المشرّع بهذا القيد فيما يتعلّق بحقّ الاسترداد، فالمقصود بالأجنبي الذي يتّخذ في مواجهته بحقّ الاسترداد يختلف عن الأجنبي الذي يتّخذ في مواجهته بحقّ الشفعة، حيث يمكن الأخذ بحقّ الاسترداد في مواجهة كلّ من يرغب أن يصبح شريكاً في الشّيوخ مع بقيّة الشّركاء سواء كان قريباً أو من الغرباء، أمّا الشفعة التي يأخذ بها الشّريك على الشّيوخ لا يمكن الأخذ بها إذا كان المشتري للحصّة من الأقارب، فإذا كانت الحكمة من منح رخصة الشفعة منع غير المرغوب به من الدّخول في الشّيوخ مع بقيّة الشّركاء، فلما استثناء هذه الفئات من الأخذ بالشفعة في مواجهتهم، فقد يمكن أن يكونوا من غير المرغوب بهم الدّخول في الشّيوخ من قبل الشّركاء.

ولا يكفي للأخذ بالشفعة أن ينتمي الشّفع إلى أحد الفئات المنصوص عليها في المادة 936 ق. م. م،

وإنّما لا بدّ من توافر شروط عامّة للأخذ بالشفعة وشروط خاصّة بكلّ فئة:

1- أن تكون العين المتصرّف فيها عقاراً:

لا يجوز الأخذ برخصة الشفعة في المنقولات أو في مجموع من الأموال، إذ يمكن في هذه الحالة استخدام

رخصة الاسترداد. ولا بدّ أن يطالب الشّفع بكلّ المبيع، إذ لا يجوز له أن يطالب ببعض المبيع دون بعضه

²⁷¹ الصّدة، (1982). ص: 400.

الآخر. فقد بينت محكمة النقض أنَّ قاعدة عدم تجزئة الشفعة مقررة لمنع الإضرار بالمشتري بتبعض الصفقة عليه²⁷².

2- أن يكون التصرف بيعاً:

يمكن الأخذ بالشفعة في عقد البيع دون العقود الأخرى سواء كانت معاوضة أو تبرعاً. ولا يشترط أن يكون هذا العقد مسجلاً فالشفعة تجوز في العقد المسجل وغير المسجل، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد حيث ذهب إلى أنه لا يشترط في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ²⁷³، لأن نقل الملكية ليست ركناً في عقد البيع، وإنما شرعت لمصلحة المشتري وبعدم تسجيله لعقده لن يضر أصحاب الشأن قبله، ولا ينص قانون التسجيل على بطلان العقد غير المسجل²⁷⁴.

3- أن يكون الشفع شريكاً على الشيوع في العقار الشائع الذي ورد عليه التصرف:

يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان الشفع مالكاً للعقار المشفوع فيه وقت قيام سبب الشفعة²⁷⁵. وحتى يكون له طلب الشفعة إذا كان شريكاً في الشيوع، يجب أن تتوافر صفة الشريك وقت إبرام عقد البيع وحتى يتم الأخذ بالشفعة²⁷⁶.

أما إذا كان شريكاً في الحائط الفاصل بينه وبين العقار المبيع لا يكون له الأخذ بالشفعة على أساس

²⁷² الطعن 1644. لسنة 51 قضائية. تا 1985\4\9. مكتب فني 36. ج 1. ق 119. ص: 565. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2023/09/1644-51-9-4-1985-36-1-119-565.html>

²⁷³ نقض 1950\5\18. طعن 120. سنة قضائية 14. وارد في طلبه. (1990). ج 8. ص: 287.

²⁷⁴ السنهوري، (د.ت). ج 9. ص: 513.

²⁷⁵ الطعن 1326. س 49. ق. تا 1983\5\29. أحكام النقض. المكتب الفني - مدني. ج 2. سنة 34. ص: 1322. آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=53237&%D8%A8%D9%8A%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA-%D8%B5%D8%AD%D9%8A%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%B9%D9%86-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D8%B6-%D9%85-253/-2-%D9%85%D8%B1%D8%A7%D9%81%D8%B9%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%B5%D9%88%D8%AF-%D9%85%D9%86%D9%87%D8%A7-%D8%B9%D8%AF%D9%85-%D9%88%D8%AC%D9%88%D8%AF-%D9%85%D8%A7%D9%8A%D9%83%D9%81%D9%8A%D9%84%D9%84%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%A9%D8%B9%D9%84%D9%8A%D9%87%D8%A7-%D8%A3%D9%88-%D8%A5%D8%BA%D9%81%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A7>

²⁷⁶ الصدة، (1982). ص: 352. ص: 395.

الشَّيْوع، ويكون له الأخذ بالشَّفْعة على أساس الجَّوار إذا توفَّرت شروطها²⁷⁷.

4- أن يتم البيع قبل القسمة:

فلا بدّ أن يرد البيع على الحصّة الشائعة قبل أن تتمّ قسمة المال الشائع، أمّا بعد القسمة تتقضي الملكية الشائعة ولا يكون للشَّفيع الأخذ بها. والقسمة النهائية التي تؤدي إلى إفراز نصيب كلّ شريك هي التي تؤدي إلى فقدان الشريك حقّه بالشَّفْعة، وقد يثبت له الحقّ بالشَّفْعة بسبب الجَّوار إذا توفَّرت شروطها²⁷⁸. كما يجوز الأخذ بالشَّفْعة ولو قام المالك في الشَّيْوع ببيع ملكه محدداً مفرزاً طالما لم تتم القسمة رضاءً أو قضاءً، حيث يأخذ هذا التصرّف حكم التصرّف في قدرٍ شائع فيثبت له الحقّ بأخذ الحصّة المباعة بالشَّفْعة²⁷⁹.

ثانياً: إجراءات الأخذ بالشَّفْعة:

تتمّ الشَّفْعة بالتراضي أو بالتقاضي، والغالب أن تكون قضاءً²⁸⁰. لذا لا بدّ من القيام بمجموعة إجراءات:

1- أن يوجّه البائع أو المشتري إنذاراً رسمياً إلى الشركاء لإخبارهم عن البيع:

فالمشرّع لم يلزم البائع والمشتري كليهما بالإصدار إذ يكفي أن يصدر من أحدهما، ولم يحدّد المدّة التي يجب أن يتمّ الإنذار خلالها وذلك كما فعل في رخصة الاسترداد، إلّا أنّه يختلف عنه بأنّه اشترط الرسمية في هذا الإنذار²⁸¹.

2- أن يتضمّن الإنذار بعض البيانات الصّوريّة:

لا بدّ من بيان العقار الذي يمكن أخذه بالشَّفْعة بياناً كافياً، وبيان الثمن والمصروفات الرّسميّة وشروط البيع واسم كلّ من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه²⁸². فإذا لم يتضمّن الإنذار هذه البيانات كان باطلاً.

²⁷⁷ سعد، (2003). ص: 411.

²⁷⁸ أبو السَّعود، (2002). ص: 211.

²⁷⁹ الطَّعن 923. سنة 59. تا 19\1\1994. مكتب فني 54. ج 1. ق 43. ص: 203. تاريخ آخر زيارة 2024/27.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2018/06/923-59-19-1-1994-45-1-43-203.html>

²⁸⁰ السَّنهوري، (د.ت). ج 9. ص: 622-623.

²⁸¹ المادّة 940 ق. م. م: (على من يريد الأخذ بالشَّفْعة أن يعلن رغبته فيها إلى كلّ من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار

الرّسمي الذي يوجّه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقّه...)

²⁸² المادّة 941 ق. م. م.

3- أن يتم رسمياً الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة:

يجب على من يرغب بالأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجّه إليه، مع زيادة مدّة عن ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك²⁸³. ولكن يكون له طلب الشفعة حتّى قبل الإنذار الرسمي. وهذا ما أكّدت عليه محكمة النقض المصريّة حيث ذهبت إلى أنّ الإعلان عن الرغبة بالأخذ بحقّ الشفعة ينتج جميع آثاره القانونيّة حتّى قبل إنذاره من المشتري أو البائع²⁸⁴. فله توجيه الإعلان من وقت علمه بالبيع، وله أن ينتظر الإعلان الرسمي ليأخذ بحقّه في الشفعة إذ لا يعتدّ بعلمه بوقوع البيع²⁸⁵، أمّا إذا تمّ توجيه الإنذار إليه فإنّه يتقيّد بمدّة الخمسة عشرة يوماً وذلك بموجب المادة 940 ق. م. م.

فإذا لم يتمّ إعلانه وسُجّل عقد البيع كان له أن يأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع²⁸⁶. فإذا لم يتمّ الإنذار الرسمي ولم يُسجّل عقد البيع يسقط الحقّ بطلب الشفعة بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ البيع وفقاً للقواعد العامّة²⁸⁷.

يجب على الشريك في الشّيوع الإعلان عن رغبته بالأخذ بالشفعة خلال المدّة المحدّدة، وله تسجيل هذا الإعلان حتّى يكون حجة على الغير بموجب المادة 942 ق. م. م، فالشريك على الشّيوع غير ملزم بتسجيل

²⁸³ المادة 940 ق. م. م.

²⁸⁴ الطعن رقم 4173. سنة 62 قضائية. تا 13\5\1999. أحكام النقض. مكتب فني - مدني. ج 1. السنة 50. ص 655. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=56448&%D8%A5%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%81%D9%8A%D8%B9-%D8%B1%D8%BA%D8%A8%D8%AA%D9%87-%D8%B1%D8%B3%D9%85%D9%8A%D8%A7%D9%8B-%D8%A5%D9%84%D9%89-%D9%83%D9%84-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%A6%D8%B9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B4%D8%AA%D8%B1%D9%8A-%D9%88%D9%84%D9%88-%D9%82%D8%A8%D9%84-%D8%A5%D9%86%D8%B0%D8%A7%D8%B1%D9%87-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%8A%D8%B9-%D9%85%D9%86-%D8%A3%D9%8A%D9%87%D9%85%D8%A7>

²⁸⁵ السنهوري، (د.ت). ج9. ص: 634.

²⁸⁶ المادة (948ف ب) ق. م. م والتي تنصّ على أنّ عقد البيع يسقط بمرور أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

²⁸⁷ السنهوري، (د.ت). ج9. ص: 633.

رغبته بطلب الشفعة، ولكن التسجيل يجعل التصرفات الصادرة من المشتري أو ضده غير نافذة بحق الشريك الشفعي²⁸⁸. والتسجيل هو الحد الفاصل بين التصرفات النافذة وغير النافذة في حق الشريك الشفعي²⁸⁹.

وقد قررت محكمة النقض أن الشفعي إذا لم يسجل رغبته بالشفعة وتم التصرف بهذا العقار إلى مشتر آخر وبادر هذا المشتري إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الرغبة بالشفعة يكون طلب الشفعة غير مقبول في هذه الحالة؛ لأن الشفعة سبب لكسب الملكية ولن تؤدي هنا إلى انتقال الملكية إليه إلا إذا ادعى صورية العقد المسجل، ولا تكون دعواه مقبولة إلا إذا اختصم جميع المشتريين منه²⁹⁰.

4- أن يودع الشفعي ثمن العقار في دائرة المحكمة:

ويجب أن يكون هذا الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه عن رغبته بالأخذ بالشفعة، ويكون الإيداع في دائرة المحكمة الكائن في دائرتها العقار وذلك قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط حقه بالأخذ بالشفعة وذلك وفقاً للمادة 942 الفقرة 2 ق. م. م. وإيداع الثمن في هذه الحالة لا يقصد به أن الشفعي قد أوفى بالتزامه بدفع الثمن، وإنما هو من الإجراءات المطلوبة للأخذ بالشفعة بالتقاضي لضمان جدية الطلب ومنع المعارضة، فإذا ما تم الحكم لصالح الشفعي يعتبر أن التزامه بدفع الثمن قد انقضى، لأن المبلغ المودع خزينة المحكمة كان مخصصاً للوفاء بالثمن أيضاً²⁹¹.

5- رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري:

يجب على الشفعي أن يرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً، وذلك خلال ثلاثين يوماً من الإعلان، وإلا سقط حقه فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة²⁹². فقد ذهبت محكمة النقض أن دعوى الشفعة من

²⁸⁸ المادة (947): (لا يسري في حق الشفعي أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبته أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلك الدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن).

²⁸⁹ طلبية، (1989). ص: 638.

²⁹⁰ الطعن 1149. سنة 58. جلسة 1994/3/30. مكتب فني 45. ج1. ق113. ص 576. تاريخ آخر زيارة

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2018/12/1149-58-30-3-1994-45-1-113-576.html>. 2024/7/2

²⁹¹ الطعن 8163. سنة 85 ق. جلسة 2016/3/15. مكتب فني 67 ق 45. ص 299. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/10/8163-85-15-3-2016-67-45-299.html>

²⁹² المادة (943) ق. م. م.

الدّعاوي التي يجب فيها اختصام أشخاص معيّنين وهم البائع والمشتري وإن تعدّدوا ولا يقبل اختصام بعضهم دون الآخرين وإلا سقط الحقّ بالشفعة²⁹³.

وإذا تمتّ الشّفعة بالتراضي أو النّقاضي، بالحالتين تترتّب مجموعة أثارٍ، أهمّها أنّ الشّريك على الشّيوخ الشّفيح يحلّ محلّ المشتري في عقد البيع في جميع حقوقه والتزاماته، فتنقل ملكيّة العقار المشفوع فيه إلى الشّفيح وذلك بموجب نصّ المادة 935 ق. م. م، كذلك نصّ المادة 945 ق. م. م. ويحلّ الشّفيح محلّ المشتري بحكم القانون ومنذ تمام البيع بين البائع والمشتري، وكأنّ البيع قد تمّ بين البائع والشّفيح بعد أن كانت بين البائع والمشتري²⁹⁴. أمّا بالنسبة لعلاقة الشّفيح مع الغير الذي قد يكون المشتري تعاقد معه يختلف الأمر فيما إذا كان التّصرّف قد تمّ قبل تسجيل إعلان الرّغبة عن الشّفعة أو بعدها. فإذا تمّ التّصرّف وتمّ تسجيله قبل الإعلان تكون تلك التّصرّفات نافذة في حقّ الشّفيح، في حين لا تكون التّصرّفات المبرمة بعد إعلان الرّغبة عن الشّفعة نافذة في مواجهة الشّفيح²⁹⁵.

ظلّ المشرّع المصريّ محتفظاً برخصة الشّفعة المستمدة من الشّريعة الإسلاميّة لعدّة اعتبارات، وفي عدّة حالاتٍ منها حالة بيع حصّة شائعة. أمّا المشرّع السوريّ فقد ألغى رخصة الشّفعة إذ لم تعد ضروريّة للحياة الاجتماعيّة والاقتصاديّة حسب المذكرة الإيضاحيّة للقانون المدني السوريّ، وربّما كان من الأفضل الاحتفاظ بهذه الرّخصة لأنّ منع دخول الأجنبي بين الشّركاء قد يساهم لاستثمار هذه الأموال بشكل أفضل.

²⁹³ الطّعن 1149، سنة 58، جلسة 1994\3\30. مكتب فنيّ 45، ج1، ق 113، ص576. تاريخ آخر زيارة

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2018/12/1149-58-30-3-1994-45-1-113-576.html>. 2024/7/2

²⁹⁴ السّنهوري، (د.ت)، ج9، ص: 702.

²⁹⁵ سعد، (2003): ص: 454 وما بعدها.

الفصل الثاني

تصرف الشريك في شيء مفرز

يحق للشريك في المال الشائع أن يتصرف في حصته الشائعة بنص القانون، دون الإضرار بحقوق سائر الشركاء. ولكن لم يتطرق القانون إلى مسألة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة، أو أن يكون تصرفه منصباً على المال الشائع كله. فهل يحق له التصرف بهذه الحالة؟ وما حكم تصرفه؟ وما أثر هذا التصرف بعد القسمة؟

سيتم دراسة ذلك في مبحثين.

المبحث الأول: حكم التصرف في شيء مفرز قبل القسمة.

المبحث الثاني: أثر التصرف في شيء مفرز.

المبحث الأول: حكم التصرف في شيء مفرز قبل القسمة.

لا يملك الشريك في الشيوع إلا حصّة شائعة من المال الشائع، ومع ذلك قد يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته الشائعة من هذا المال، أو قد يتصرف في جزء مفرز يزيد على حصته الشائعة، كما قد يتصرف في كل المال الشائع. وهذا يدعو للتساؤل عن حكم هذا التصرف؟ وعن إمكانية استقراره قبل القسمة؟ وسيتم دراسة هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: تكييف تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة.

المطلب الثاني: ثبوت ملكية الشيء المتصرف فيه للمتصرف إليه قبل القسمة.

المطلب الأول: تكييف تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة:

يُعدّ التصرف في جزء مفرز أو في كامل المال الشائع تصرفاً في جزء محدّد تحديداً مادياً من المال، وعلى الرغم من أنّ هذين التصرفين يتشابهان باعتبارهما تصرفات واردة على مال مفرز، إلا أنّهما قد يختلفان في

بعض الجوانب، وبما أنّ المشرّع لم ينصّ على حكم أيّ من الحالتين، فهذا يدعو للتساؤل عن حكمهما قبل القسمة؟

وسيتّم تناول هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: تصرّف الشريك في جزءٍ مفرز قبل القسمة.

الفرع الثاني: تصرّف الشريك في كلّ المال الشائع قبل القسمة.

الفرع الأول: تصرّف الشريك في جزءٍ مفرز قبل القسمة:

التصرّف في جزءٍ مفرزٍ من المال الشائع هو إفراز حصّة أحد الشركاء دون إرادة الباقيين، ممّا يؤدي إلى تراحم الشركاء الآخرين مع المتصرّف إليه في الجزء محلّ التصرّف²⁹⁶.

وإذا كان من الممكن للشريك التصرّف بحصّته الشائعة سواء كان المال الشائع منقولاً أو عقاراً، لكن ليس له التصرّف بجزءٍ مفرزٍ إلّا إذا كانت طبيعة هذه الأموال قابلةً للإفراز، فليس للشريك في ملكيّة سفينة مثلاً أن يتصرّف في جزءٍ مفرزٍ منها. لأنّه لا يمكن تعيين حصّة مفرزة فيها، أو استغلالها بشكلٍ مستقلّ، حيث تساهم هذه الأجزاء معاً ليتمكن استغلال السفينة كوحدة كاملة²⁹⁷. فيكون تصرّف الشريك في الشيوع بجزءٍ مفرزٍ من المال الشائع ممكناً إذا كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً قابلاً للإفراز²⁹⁸.

وإذا كان التصرّف بحصّة شائعة لا يكون إلّا تصرّفاً قانونياً، فإنّ التصرّف بجزءٍ مفرزٍ يمكن أن يكون قانونياً أو مادياً. فيتّم تناول التصرّف القانوني في جزءٍ مفرزٍ (أولاً)، ثمّ التصرّف المادي بجزءٍ مفرزٍ (ثانياً):

أولاً: التصرّف القانوني بجزءٍ مفرز:

تنصّ المادة 781 الفقرة 2 من القانون المدني على أنّه: (وإذا كان التصرّف منصبّاً على جزءٍ مفرزٍ من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرّف، انتقل حقّ المتصرّف إليه من وقت التصرّف

²⁹⁶ النشار، (2000). ص: 169.

²⁹⁷ دويدار، (1993). ص: 87.

²⁹⁸ إذا باع الشريك في الشيوع جزءاً مفرزاً في منقول انتقلت الملكية إلى المشتري بموجب الحياة. وذلك بتوافر السبب الصحيح وحسن النية. وليس بموجب عقد البيع. وارد في طلبه، (2004). ص: 35.

إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف).

يتبين أن المشرع يقصد من هذا النص تبرير تصرف قد يصدر من أحد الشركاء في الشيوع حسب طموحاته وأغراضه مخالفاً بذلك قواعد الملكية الشائعة²⁹⁹. ولكنه سكت عن حكم التصرف بجزء مفرز قبل القسمة، فتعددت الاتجاهات الفقهية حول حكم هذا التصرف.

كما تعددت اتجاهات الفقه حول إمكانية تطبيق هذه المادة على جميع أنواع التصرفات. فيرى جانب إمكانية تطبيقه حتى على التصرفات غير الناقلة للملكية كالإيجار، في حين يرى جانب آخر أنه قابل للتطبيق على التصرفات الناقلة للملكية فقط³⁰⁰. ويبدو هذا الاتجاه الأولي بالتأييد. ذلك أن التصرف يؤخذ بمعناه الضيق، وهو التصرف القانوني الذي يكون بنقل ملكية أو ترتيب حق عيني آخر³⁰¹.

وإذا كان هذا النص يطبق على التصرفات القانونية إلا أنه لم يبين حكم التصرف قبل القسمة. فإذا لم يوجد نص خاص يمكن تطبيقه، تطبق القواعد العامة، فإذا لم يتوافر نص تشريعي خاص أو عام يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني³⁰². بينما جعل المشرع المصري مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثالث للتطبيق على المسائل التي لا تتوافر لها نصوص تشريعية تطبق عليها، وذلك بعد العرف. وبذلك فإن المشرع السوري أعطى الحق للقاضي الاستعانة

²⁹⁹ د. الجبوري، ياسين محمد خلف (2014)، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأسيس انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني. مجلة جامعة الملك سعود. المجلد 26. الحقوق والعلوم السياسية 1. دار جامعة الملك سعود للنشر. ص: 17.

³⁰⁰ الجانب الذي يرى تطبيق هذه المادة على التصرفات الناقلة وغير الناقلة للملكية هو د. السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 872. و طلبه، (2004). ص: 35. الجانب الذي يرى اقتصار تطبيق المادة على التصرفات الناقلة للملكية د. كيره. حسن. تصرف الشريك في جزء من الشيء الشائع. 1964. الفقرة 19. ص 68 الهامش ود. منصور. منصور مصطفى 1956. العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار. الفقرة 173. ص 428. وارد في النشر، (2000). ص: 179.

³⁰¹ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 501.

³⁰² المادة 1 الفقرة 2 ق.م. س تنص على أن: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة).

بالشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نصّ يمكن تطبيقه. إلا أنّ الفقه الإسلامي لا يجيز للشركاء في الشيوع التصرف بشكلٍ منفرد بجزءٍ مفرز من المال³⁰³.

في حين أنّ الفقه القانوني انقسم حول حكم بيع الجزء المفرز قبل القسمة، ذلك أنّ النص القانوني اقتصر على بيان حكم هذا التصرف بعد القسمة³⁰⁴. فظهرت عدّة آراءٍ فقهيةٍ حول حكم هذا التصرف على النحو التالي:

1- التصرف في جزءٍ مفرزٍ تصرفٌ صادرٌ من مالكٍ بالنسبة لحصة الشريك المتصرف وتصرفٌ في ملك الغير بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين:

يرى جانبٌ من الفقه أنّ تصرف الشريك في جزءٍ مفرزٍ هو تصرفٌ صحيحٌ بالنسبة لحصة الشريك المتصرف؛ لأنّه مالكٌ لحصته، وتصرفٌ في ملك الغير بقدر ما للشركاء من حقّ في ذلك الجزء؛ لأنّ حقهم ينصبّ على ذلك الجزء المفرز إلى جانب حقّ الشريك المتصرف، ويكون للمشتري حقّ إبطال التصرف سواء كان عالماً بحالة الشيوع أو لم يكن³⁰⁵. لأنّ المشتري له إبطال البيع إذا كان وارداً على ملك الغير دون أخذ علمه بحالة المبيع بعين الاعتبار، وذلك وفقاً لنصّ المادة 434³⁰⁶ من القانون المدني. ويقتصر أثر علم المشتري بأنّ المبيع غير مملوكٍ للبائع بحرمانه من الحقّ في التعويض³⁰⁷. أمّا الفقرة الثانية من نصّ المادة 781 ق. م. س ما هو إلّا استثناء عن الأصل، حيث تذهب هذه المادة إلى أنّه إذا اختصّ الشريك المتصرف بجزءٍ غير الجزء الذي ورد عليه التصرف، فلا يكون للمتصرف إليه إبطال التصرف إلّا إذا كان جاهلاً لحالة الشيوع وقت التصرف³⁰⁸.

ويُنقَد هذا الرأي بأنّ القول بصحة التصرف بالنسبة لحصة الشريك المتصرف يجعل المتصرف إليه شريكاً بمقدار حصة البائع، وبالتالي يدخل في القسمة معهم، وهو ما يخالف نصّ المادة 788 ق. م. س الذي

³⁰³ ويقصد بالفقه الإسلامي المذهب الحنفي الذي لم يجز التصرف بجزءٍ مفرزٍ بينما فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية لم يتعرّضوا لهذه المسألة. وورد في النّشار، (2000). ص: 173.

³⁰⁴ سعد، (2003). ص: 157.

³⁰⁵ السرميني، والترماني، (1986). ص: 373. الصّدة، (1982). ص: 182.

³⁰⁶ المادة 434 ق. م. س: (1- إذا باع شخصٌ شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه. جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع).

³⁰⁷ سعد، (2003). ص: 159.

³⁰⁸ الحكيم، (2005-2006). ص: 96، 97، 98، 99.

يجعل القسمة بين الشركاء الأصليين فقط³⁰⁹. ويُنتقد أيضاً أنه إذا تمت القسمة ووقع المبيع في نصيب الشريك المتصرف، استقرّ التصرف واعتبر الشريك بموجب الأثر الكاشف للقسمة مالكا لكل المبيع منذ وقت التصرف، أي أنّ التصرف صادر من مالك³¹⁰.

كما يُنتقد هذا الرأي أنّ بيع ملك الغير تجيز للمشتري إبطال البيع سواء كان عالماً أو غير عالم بملكية المتصرف للعين المتصرف فيها، وهو ما يتعارض مع نصّ المادة 781 الفقرة 2 ق. م. س³¹¹، إذ أنّها لا تُجيز للمتصرف إليه إبطال التصرف إلا إذا كان لا يعلم أنّ المتصرف لا يملك المبيع مفرزاً.

2- التصرف في جزء مفرز تصرف صحيح نافذ كالتصرف في حصة شائعة:

يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التصرف في جزء مفرز صحيحاً وكأنّ الشريك قد تصرف في حصة شائعة، مبشرين ذلك بأنّ البائع لم يكن يملك سوى ملكية شائعة وليس للملف أن ينقل أكثر ممّا يملك³¹². وينتقد هذا الرأي أنّ اعتبار التصرف في جزء مفرز كالتصرف في حصة شائعة يجعل المتصرف إليه شريكاً في الشيوع، وبالتالي يكون له الحق أن يتشارك مع بقية الشركاء في القسمة وهو ما يخالف نصّ المادة 781 ق. م. س التي تنصّ على انتقال حقّ المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بموجب القسمة، أمّا المتقاسم فهو المتصرف³¹³. وإنّ القول بأنّ التصرف في جزء مفرز كالتصرف بحصة شائعة، ذلك يعني أنّها حدّدت حكم التصرف بعد القسمة وهو ما لا يستقيم مع غرض المشرع من نصّ المادة 781 الفقرة 2 ق. م. س إذ لم تعد هناك حاجة إلى هذا النصّ³¹⁴. كما أنّه يخالف إرادة المتعاقدين التي لم تنصرف إلى التصرف في حصة شائعة لا بالحقبة ولا بالظاهر³¹⁵.

³⁰⁹ د. منصور. منصور مصطفى. حق الملكية. الفقرة 69. ص 170. الهامش 2. و د. غانم. اسماعيل. حق الملكية. ص 173. وارد في

النشر، (2000). ص: 180.

³¹⁰ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 873.

³¹¹ النشر، (2000). ص: 183.

³¹² د. البدرابي. عبد المنعم. الحقوق العينية الأصلية. الفقرة 96. ص 162. وارد في سعد، (2003). ص: 158.

³¹³ د. كيره. حسن. 1964. تصرف الشريك في جزء من الشيء الشائع. مرجع سابق. ص 30. وارد في مخازني. فايضة (2004 - 2005).

رسالة ماجستير. تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة. جامعة محمد بو قره بو مرداس: كلية الحقوق والعلوم التجارية. الجزائر. ص: 90.

³¹⁴ النشر، (2000). ص: 184.

³¹⁵ د. غانم. اسماعيل. ص 173. وارد في سعد، (2003). ص: 158.

3- التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ تصرّف موقوفٍ على نتيجة القسمة:

هذا الرّأي كان مأخوذاً به في ظلّ القانون المدني المصريّ السّابق، وهنا لا بدّ من انتظار نتيجة القسمة فإذا اختصّ الشّريك المتصرّف بالحصة التي تصرّف فيها استقرّ التّصرّف، وإذا وقع المبيع في نصيب شريكٍ آخر كان للمشتري إبطال التّصرّف على أساس أنّه صدر من غير مالك، فلا ينتقل حقّه إلى الجزء الذي اختصّ به الشريك بموجب القسمة³¹⁶.

وينتقد هذا الرّأي بأنّه إذا وقع الجزء المبيع في نصيب الشّريك المتصرّف بعد القسمة استقرّ حقّ المتصرّف إليه، وإذا وقع جزءٌ آخر في نصيب الشّريك المتصرّف انتقل حقّ المتصرّف إليه إلى ذلك الجزء وفقاً للنصّ الجديّد في كلّ من القانونين السوريّ والمصريّ، وبالتالي لا يكون هذا التّصرّف متوقفاً على نتيجة القسمة، إذ لا ينقلب التّصرّف صحيحاً بعد القسمة، إنّما هو صحيحٌ قبل القسمة وبعدها³¹⁷.

كما يُنتقد أنّ الرّأي هذا يعتبر حدوث القسمة ووقوع الجزء المبيع في نصيب الشّريك البائع شرطاً واقعاً حتّى تترتب آثار التّصرّف، وفي الحقيقة توقّف مصير التّصرّف بجزءٍ مفرزٍ هو نتيجةٌ للأثر الكاشف للقسمة وليس أثراً للشرط الواقف، ذلك أنّ الشرط الواقف يكون باتفاق الطرفين، وبذلك فإنّ هذا الاتجاه يخلط بين الأثر الرجعي للشرط والأثر الرجعي للقسمة³¹⁸.

4- التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ تصرّف صحيحٍ غير نافذٍ في حقّ بقية الشّركاء:

يرى هذا الاتجاه أنّ التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ صحيحٌ نافذٌ بين طرفيه، غير نافذٍ في مواجهة باقي الشّركاء³¹⁹. ويعتبر هذا التّصرّف صحيحاً؛ لأنّه صادرٌ من شريكٍ في الشيوع ترد ملكيته على كلّ العين الشّائعة، ويكون نافذاً بين طرفيه على الجزء المفرز المتصرّف فيه لا على ما يعادلها من حصة شائعة³²⁰.

³¹⁶ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص 869.

³¹⁷ د. فرج، توفيق حسن، (1988)، الحقوق العينية الأصلية. الدار الجمعية. ص: 212.

³¹⁸ د. كيره. حسن. 1964. تصرّف الشّريك في جزء مفرز من الشيء الشائع. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية. السنة الثمانية عشر (1962-1963). العدد الأول. ص3. ورد في مخازني، (2004-2005). ص: 89.

³¹⁹ سعد، (2003). ص: 159. النشار، (2000). ص: 181. فرج، (1988). ص: 212.

³²⁰ النشار، (2000). ص: 184.

وعلى الرغم من أن للشريك في الشيوع سلطات المالك الثلاث، إلا أنها مقيدة بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء لذا يكون التصرف غير نافذ في حقهم³²¹. والتصرف بجزء مفرز قد يكون فيه مساس بحقوقهم.

وميز هذا الاتجاه إذا كان المشتري عالماً بحالة الشيوع أو غير عالم بها، إذ لم يعط الحق للمشتري طلب إبطال البيع إذا كان عالماً بحالة الشيوع؛ وذلك لأن المشتري بعلمه بحالة الشيوع يعدّ موافقاً على شراء الحصة التي ستقع في نصيب البائع بموجب القسمة³²².

أما إذا كان غير عالم بحالة الشيوع فله طلب إبطال التصرف على أساس وقوعه في غلط جوهري، وليس على أساس صدور التصرف من غير مالك³²³. ويبدو أن الاتجاه الذي يرى هذا التصرف صحيحاً ولكن غير نافذ في مواجهة بقية الشركاء هو الأكثر تأييداً من جانب كبير من الفقهاء³²⁴.

أما المذكرة الإيضاحية للقرار 188 لعام 1926 فقد ورد فيها أنه: (....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، وتنظيم الصحيفة العينية للقسمة المجزأ)³²⁵.

وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية فقد قررت إلى أن الشراء لحصة مفرزة لا يكون إلا بإجماع المالكين³²⁶. حيث يمكن التصرف بجزء مفرز من المال الشائع باتفاق الشركاء جميعهم، أو اتفاق مالكي ثلاثة أرباع المال الشائع أو إقرارهم اللاحق وفقاً لنص المادة 787 ق. م. س.

وقررت المحكمة في اجتهاد آخر إلى أنه: (...إذا باع الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل القسمة فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك، وسواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع. ويعتبر الشركاء من الغير في هذا البيع بالنسبة لحصصهم الشائعة في الجزء المفرز أو الشائعة في كل

³²¹ فرج، (1988). ص: 212.

³²² طلبية، (1998). ص: 604.

³²³ النشار، (2000). ص: 181.

³²⁴ فرج، (1988). ص: 212. سعد، (2003). ص: 159. النشار، (2000). ص: 181. السنهاوري، (د.ت). ج8. ص: 870-873.

³²⁵ سوار، (2005-2006-أ). ص: 380.

³²⁶ القضية 369 أساس لعام 1997. قرار 213. تا 1995\3\1. محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1997. السنة 62. العددان 5 و6. القاعدة 109. ص: 595. ص 461-قضاء المحاكم.

المال الشائع وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصّة الشريك الشائعة. فيحلّ المشتري محلّ الشريك البائع في هذه الحصّة ويصبح شريكاً على الشيوع مع سائر الشركاء³²⁷.

لكن كيف يمكن أن يصبح المشتري شريكاً في الشيوع وفقاً للقانون السوري. إذ أنّ تنفيذ التصرف على جزء مفرز غير ممكن عملياً؛ لأنّ الدوائر العقارية في سورية لا تقبل تسجيل حق المتصرف إليه قبل إفراز العقار³²⁸.

أما محكمة النقض المصرية فقد قرّرت بشكل صريح على أنّه من حقّ الشريك في الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة³²⁹. كما بيّنت المقصود من نصّ المادة 826³³⁰ ق. م. م، حيث قرّرت أنّه يمكن للمالك في الشيوع بموجب هذه المادة أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً، وإن كانت حالة التّحديد هذه تظلّ معلّقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، فإنّ هذا البيع يقع صحيحاً لو صدر لأجنبي إلا أنّ الإفراز الذي تحدّد به محلّ البيع لا يحاجّ به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتمّ القسمة قضاءً أو رضاءً ممّا يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدرٍ شائع³³¹.

أما فيما يتعلّق برهن حصّة مفرزة فلا يتضمّن القانون السوري نصّاً صريحاً يجيز رهن جزء مفرز من المال الشائع على خلاف القانون المصري الذي نظم أحكامه بموجب المادة 1039 ق. م. م، والتي تنصّ على أنّه: (2- وإذا رهن أحد الشركاء حصّته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثمّ وقع في نصيبه أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدرٍ من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل....). وعلى الرّغم من أنّ المشرّع المصري يجيز رهن حصّة مفرزة، لكن رهنه غير نافذ في مواجهة بقيّة الشركاء؛ لأنّ ملكيّة الشريك الزاهن للجزء المرهون ليست خالصة وإنّما يشاركه الشركاء الآخرون فيها³³².

³²⁷ نقض سوري رقم 2159. أساس 922. تا 1983\11\21. سجلات محكمة النقض. قرار 1984\6\23. أساس 898. محكمة النقض. مجلّة المحامون 1984. العدد 12. القاعدة 715. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://rodwanlaw25.yoo7.com/t501-topic>

³²⁸ سوار. محدّد وحيد الدين سوار (2005-2006-أ). ص: 380.

³²⁹ الطعن 286 لسنة 53 ق. جلسة 1972\4\29. س 23 ص 1206. وارد في خليل. مرجع سابق. ص: 124.

³³⁰ تقابل المادة 781 من القانون المدني السوري.

³³¹ طعن رقم 538 لسنة 51 قضائية نقض 1986\12\23. طعن رقم 2392 لسنة 52 قضائية. نقض 1986\3\20. طعن رقم 384 لسنة 49

قضائية نقض 1983\1\30. وارد في الدناصري، والشواربي، (1990). ص: 326.

³³² السنهوري، (د.ت). ج 10. ص: 332. تناغو، (1996). ص: 88.

وإذا كان المشرع المصري قد أجاز رهن جزء مفرز من المال الشائع لكنه لم يميز فيما إذا كان المقصود به الرهن الرسمي أو الحيازي. أما المشرع السوري فلم يورد نصاً إلا على ترتيب الرهن التأميني على حصّة شائعة، وذلك في المادة 1073 ق. م. س، والتي تنصّ على أن: (1-إنّ التأمين الذي يعقده الشريك في عقارٍ شائع بدون إذن من شركائه يحوّل بعد القسمة إلى الحصّة التي تقع في نصيبه).

فالشريك في الشيوع لا يملك إلا التصرف في حصّة شائعة بموجب نصّ المادة 781 الفقرة 1 ق. م. س ومع ذلك فقد نصّ على أنه في حال التصرف في جزء مفرز قبل القسمة انتقل حقّ المتصرف إليه إلى ما يختصّ به الشريك المتصرف بعد القسمة وذلك بموجب المادتين 781 الفقرة 2 والمادة 1073 الفقرة 1، ذلك أنّ المشرع لم يبيّن إذا كان الرهن التأميني الذي عقده الشريك في الشيوع على العقار الشائع تأميناً لحصّة شائعة أو جزء مفرز.

ويرى الفقه أنّ رهن جزء مفرز صحيح في القانون السوري ومتوقّف على نتيجة القسمة³³³. وبما أنّ المشرع السوري لا يسمح بتسجيل التصرفات بجزء مفرز قبل القسمة والإفراز، يبقى هذا الرهن التأميني صحيحاً بين طرفيه فقط وغير نافذ في مواجهة الشركاء. أما الرهن الحيازي فلم ينص عليه المشرع. لكن يصحّ تطبيق المادة 1073 ق. م. س على الرهن الحيازي أيضاً وذلك قياساً على الرهن التأميني³³⁴.

وبما أنّ الرهن التأميني صحيح بين المتعاقدين فإنّه يرتّب جميع آثاره بينهما. إلا أنّه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن حسب جانب من الفقه، والذي يميز إذا كان المرتهن واقعاً في غلط أو لا. فإذا كان المرتهن يعتقد أنّ الرهن يملك المرهون مفرزاً أي كان واقعاً في غلط، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته، أما إذا كان المرتهن يعلم أنّ الرهن لا يملك المرهون مفرزاً بل شائعاً، كان العقد صحيحاً غير قابل للإبطال³³⁵.

بينما يرى جانب آخر أنّ هذا الرهن التأميني الوارد على المال الشائع صحيح غير قابل للإبطال، لأنّ نصّ المادة 1073 الفقرة 1 ق. م. س لم يعط الحقّ للدائن المرتهن بإبطال الرهن التأميني، وذلك بخلاف المادة 781 الفقرة

³³³ سوار، (2005-2006-ب). ص: 196.

³³⁴ الصّدة، (1986). ص: 185.

³³⁵ سعد، (2010). ص: 81. تناغو، (1996). ص: 88.

2 ق. م. س والذي يعطي الحق للمتصرف له إبطال التصرف إذا كان غير عالم بحالة الشيوع³³⁶. ويبدو هذا الرأي أجدر بالتأييد، لأن ما يهم في الرهن التأميني هو القيمة التقديرية للشيء المضمون لا الشيء ذاته.

أما بالنسبة للشركاء الآخرين يكون الرهن التأميني غير نافذ في مواجهتهم، ومع ذلك لا يختلف الأثر بالنسبة لهم فهم لن يتضرروا سواء كان الرهن وارداً على حصّة شائعة أو على جزء مفرز، طالما لن يصبح الدين المضمون مستحق الأداء قبل القسمة. كما يكون لهم رفع دعوى الاستحقاق للتمسك بحقوقهم الشائعة في ذلك الجزء³³⁷.

ثانياً: التصرف المادي بجزء مفرز:

كما لم يجز المشرع السوري للشريك في الشيوع التصرف قانونياً بشكل منفرد بجزء مفرز من المال الشائع، لم يجز له أن يتصرف تصرفاً مادياً في المال الشائع، وأعطى الحق لبقية الشركاء بمنع مثل هذا التصرف. فقد قرّرت محكمة النقض السورية إلى أن: (استقر الاجتهاد على أنه من حق الشريك على الشيوع منع شركائه من تغيير معالم العقار الشائع ومن تشييد أي بناء عليه قبل إزالة شيوعه حفظاً لحق المالكين من الضياع)³³⁸.

فإذا تصرف الشريك في الشيوع بجزء مفرز يعادل حصّته تصرفاً مادياً كما لو أقام عليها بناءً، ويعدّ تصرفه هذا عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة، فإنّه في هذه الحالة يحتاج إلى موافقة مالكي ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، حيث قرّرت محكمة النقض إلى: (أن بناء الشريك على جزء من الأرض الشائعة قبل قسمتها فإنّ هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة. ويترتب على ذلك أنّ هذا العمل يقتضي موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة عملاً بالمادة 784 مدني. فإذا لم توافق هذه الأغلبية على

³³⁶ د. شربا. أمل (2013). أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية. المجلد 29. العدد الثالث. ص: 144.

³³⁷ سعد، (2010). ص: 81.

³³⁸ قضية 85 أساس لعام 1995. قرار 20. نا 19\2\1995. محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1997. السنة 62. ص: 447-قضاء المحاكم.

البناء ولم تقرّه بعد إقامته جاز طبقاً لأحكام القانون المدني أن يجبر الشريك الباني على إزالة البناء ودفع التعويض عند الاقتضاء)³³⁹.

وعلى الرغم من أنّ الاجتهاد السوري استقرّ على أنّه من حقّ الشريك في الشّيوخ منع شركائه من تغيير معالم العقار الشّائع ومن تشييد أيّ بناءٍ عليه قبل إزالة شيوخه، إذ ليس له التّصرّف مادياً في جزءٍ مفزّرٍ دون إذنٍ من شركائه، فالقيام بالتّغييرات الأساسيّة الخارجة عن الإدارة المعتادة للمال الشّائع، تجب موافقة مالكي ثلاثة أرباع المال على الأقلّ أو إقرارها بعد ذلك. ومع ذلك فإنّ أحد الشّركاء قد يبادر إلى القيام بهذه الأعمال منفرداً. ويتبيّن أنّ المشرّع لم يكتفِ بالأغليّة العاديّة في هذه الأعمال نظراً لخطورتها³⁴⁰. فإذا لم تتوافر تلك الأغليّة يجوز إجبار الشّريك دون تلك الأغليّة على الإزالة وتعويض باقي الشّركاء دون حاجةٍ للقسمّة، فإذا علموا بتلك التّغييرات ولم يعترضوا يعتبر ذلك موافقةً أو إقراراً ضمّنيّاً منهم³⁴¹. وهذا ما تبيّنه المادّة 784 ق. م. س، حيث تنصّ على أنّ: (1- للشّركاء الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع المال الشّائع أن يقرّروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التّغييرات الأساسيّة والتّعديل في الغرض الذي أُعدّ له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يبلّغوا قراراتهم إلى باقي الشّركاء بكتابٍ مضمونٍ أو بطريقةٍ رسميّةٍ أخرى).

فإذا قام أحد الشّركاء بالبناء بموافقة ثلاثة أرباع الشّركاء أو إقرارهم اللاحق، يصبح البناء ملكاً شائعاً بينهم ويدفع كلّ منهم تكاليف البناء بنسبة حصّته في المال³⁴². وقد قرّرت محكمة النقض المصريّة أنّ الشّريك في الشّيوخ عندما يقوم بالبناء في المال الشّائع بعلم الشّركاء ودون اعتراضٍ من الشّركاء يعدّ وكيلاً عنهم، ويصبح

³³⁹ نقض سوري رقم 353. أساس 107. تا 1983\3\7 - سجلات محكمة النقض. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.. <https://rodwanlaw25.yoo7.com/t501-topic>

³⁴⁰ سعد، (2003). ص: 134.

³⁴¹ طعن مصري رقم 10170 لسنة 75 قضائيّة. جلسة 2017\ 2\23. مكتب فنيّ 68 ق 39. ص 249. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2. <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/07/10170-75-23-2-2017-68-39-249.html>

³⁴² السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 835.

البناء شائعاً بينهم ولو لم يدفعوا ما عليهم من نفقات، إذ تعدّ تلك النفقات حقاً شخصياً للشريك الباني يستردّه مع الفوائد منذ وقت الانفاق وفقاً لأحكام الوكالة³⁴³.

أما في حالة البناء بدون إذن بقيّة الشركاء أو إقرارهم اللاحق، يتمّ قسمة المال قضائياً بين الشركاء، فتثبت للشريك الباني ملكيّة البناء بالإضافة للأرض إذا خرجت تلك الحصّة في نصيب الشريك الباني، أما إذا خرجت تلك الحصّة في نصيب شريك آخر يمكن للشريك الباني أن يملك حصّة شريكه بالالتصاق³⁴⁴. حيث أنزل المشرّع السوري الشريك الباني في منزلة الباني أو الغارس في أرض الغير، وتطبّق عليه أحكام المادّة 889 ق. م. س، وذلك بموجب المادّة 892 ق. م. س، فقواعد الالتصاق لا تطبّق من حيث الأصل إلا على الباني في أرض الغير وتطبيق قواعد الالتصاق على الشريك في الشيوع ليس إلا استثناءً من هذا الأصل³⁴⁵. فتنصّ المادّة 892 ق. م. س على أنّ: (إذا كانت الأغراس أو الأبنية التي غرسها أو شيدها على عقارٍ مشتركٍ أحد الشركاء في هذا العقار الشائع بدون رخصة شركائه الآخرين، فتجري قسمة العقار عند الاقتضاء على يد القاضي، ثمّ يطبق على كلّ حصّة من الحصص أحكام المادّة 889).

ولكي يملك الشريك الباني الأرض بموجب الالتصاق يجب أن يكون حسن النية. ذلك أنّ حسن وسوء النية لها أثر على مدى الحقّ في طلب إزالة الأبنية ومقدار التعويض اللازم³⁴⁶.

وحتى يكون الشريك حسن النية إذا قام بالبناء على أرضٍ شائعة، يجب أن يعتقد أنّ الأرض قابلةٌ للقسمة. فقد قرّرت محكمة النقض في اجتهادٍ لها إلى أنّ: (200-2-... إنّ المشرّع الذي اقتضى حسن النية في الشريك الباني فوق العقار المشترك القابل للقسمة لم يقصد مطلقاً إعمال أحكام هذه القرينة المفترضة في الحالة التي تنتفي فيها هذه النية الحسنة باعتبار أنّ الالتصاق الذي أُبيح بالاستناد إليه التملك بالالتصاق تبعاً للبناء لا يعتبر من أسباب التملك إلا إذا اقترن بحسن نية الباني).

³⁴³ الطعن رقم 83. سنة 60 قضائية. تا 1994\12\7. أحكام النقض. مكتب فني - مدني. ج 2. السنة 45. ص 1549. تاريخ آخر زيارة <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2018/04/83-60-7-12-1994-45-2-291-1549.html>. 2024/7/2

³⁴⁴ السرميني، والترماني، (1986). ص: 688.

³⁴⁵ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 498 - 499.

³⁴⁶ سعد، (2003). ص: 374.

3_ إنَّ القرينة القانونية على حسن نية الباني يجوز نقضها بالدليل العكسي³⁴⁷.

أي يُعتبر أنَّ الشريك الباني حسن النية طالما كان معتقداً أنَّ المال قابلٌ للقسمة لأنَّ هناك احتمال أن يقع البناء في نصيبه بموجب القسمة، ولكن يبدو أنَّ نصَّ المادة 892 ق. م. س يأخذ بطبيعة المال بعين الاعتبار لتطبيق قواعد الالتصاق وذلك دون الاعتداد بنية الشريك الباني³⁴⁸. في حين قرّرت محكمة النقض في اجتهادٍ آخر إلى أنَّ: (من شرائط التملك بالالتصاق، توافر حسن النية عند البناء أو الغراس. وإذا كان الباني أو الغراس لا يملك إلاّ سهاماً قليلة من أرضٍ مشاعة فإنَّ عمله لا يمكن اعتباره بحسن نية ليمتلك الأرض بالالتصاق)³⁴⁹.

فتارةً قرينة حُسن النية هو سند ملكية الشريك لحصته الشائعة وذلك قياساً على نصَّ المادة 889 ق. م. س، وتارةً قرينة حُسن النية تستخلص من الظروف المحيطة كما اعتبر سيء النية ببنائه على كامل الأرض وهو لا يملك إلاّ سهاماً قليلةً، وربما السبب في ذلك هو أنَّ الحكم الاستثنائي في المادة 892 ق. م. س والذي أجاز للشريك تملك البناء بموجب الالتصاق قد اقتصر على حالة قابلية الأرض للقسمة دون بيان الحكم إذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة³⁵⁰.

أما المشرع المصري فقد أعطى لبقية الشركاء إمكانية إجبار الشريك على الإزالة والتعويض في حال حصول ضرر دون الحاجة إلى طلب القسمة أو انتظار نتيجتها، إذ يُعتبر الباني بدون إذنٍ سيء النية³⁵¹. والمشرع المصري أخضع علاقة الشركاء للأحكام العامة للشيوخ بدون أخذ قابلية المال للقسمة بعين الاعتبار إذ لا يوجد نصٌّ مماثلٌ للمادة 892 ق. م. س في القانون المصري³⁵².

وبذلك ليس للشريك التصرف مادياً بجزءٍ مفرزٍ دون موافقة مالكي ثلاثة أرباع المال على الأقل أو إقرارهم اللاحق، فإذا قام بالبناء رغم ذلك فإنَّه أن يقرَّ الشركاء التصرف المادي فيصبح البناء مملوكاً بينهم على

³⁴⁷ نقض سوري رقم 353 أساس 107. تا 1983\3\7 - سجلات محكمة النقض. مشار إليه سابقاً.

³⁴⁸ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 501.

³⁴⁹ القضية 3230. قرار 586 لعام 1992. تا 1992\3\19. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1993. السنة 58.

العددان 9 و 10. القاعدة 497. ص: 902 - اجتهاد المحاكم.

³⁵⁰ السرميني، والترماني، (1986). ص: 690.

³⁵¹ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 835.

³⁵² السرميني، والترماني، (1986). ص: 691. ص: 692.

الشَّيْوع، وفي حال عدم الإقرار توقّف مصير التّصَرّف على نتيجة القسمة، فإذا وقع في نصيبه الجُزء الذي أُقيم عليه البناء ثبتت ملكيّة البناء له، وإذا وقع في نصيب شريك آخر تملك الشَّريك الباني الأرض بموجب الالتصاق إذا كان حسن النّية أي يعتقد أن الأرض قابلة للقسمة.

فتكون سلطة الشريك بالتّصَرّف المادي³⁵³ بالمال الشائع مقيّدة بموافقة باقي الشّركاء مقارنةً بسلطته بالتّصَرّف القانوني، حيث له القيام بالتّصَرّف بحصّته الشائعة بجميع أنواع التّصرّفات مثله مثل مالك الشّيء المفرز دون الحاجة إلى موافقة باقي الشّركاء بموجب المادّة 781 ق. م. س.

لكنّ التّصَرّف الماديّ يُدخل في نطاق سلطة المالك باستعمال الشّيء³⁵⁴. وكما تكون سلطة الشّريك في الشّيوع في استعمال الشّيء الشائع مقيّدة، كذلك سلطة الاستغلال، حيث ذهبت محكمة النّقض السّوريّة إلى أنّه: (لا يجوز لأحدٍ من المالكين المشتاعين أن يستأثر بنفسه باستغلال الملكيّة المشتركة والتي جُعِلت بالأصل لمصلحة الجميع)³⁵⁵.

وهذا ما قصدته محكمة النّقض في اجتهادها الذي بيّنت فيه أنّ المادّة 768 ق. م. س لا يُقصد به المالك على وجه الشّيوع، حيث نصّت على أنّ: (إذا كان لمالك الشّيء وحده حقّ استعماله واستغلاله والتّصَرّف فيه في حدود القانون - المادّة 768 مدني - إنّما ينصرف ذلك إلى المالك المستقلّ وليس المالك على وجه الشّيوع)³⁵⁶.

وإذا جعل المشرّع سلطة الشّريك في الشّيوع باستعمال واستغلال المال الشائع مقيّدة، ولم يجز له التّصَرّف بجزءٍ مفرّزٍ من المال الشائع. ومع ذلك فإنّه في الواقع تُمنح رخص البناء من قبل الوحدات الإداريّة لمالك حصّة شائعة للبناء في العقار وبخاصّةٍ في مناطق العشوائيّات، وهو ما يخالف أحكام الملكيّة الشائعة في

³⁵³ سلطة التّصَرّف المادي هي أهم ما يميّز حقّ الملكيّة عن الحقوق العينيّة الأخرى. واردة في فرج. (1988). ص: 88.

³⁵⁴ السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 501.

³⁵⁵ الفضيّة 920 لعام 2007. قرار 1117. تا 5\14\2007. محكمة النّقض الغرفة الثّانية. مجلّة المحامون لعام 2008. السّنة 72. العددان 9 و10. الفقرة 531. ص: 1328 - قضاء المحاكم.

³⁵⁶ قرار 653. أساس مدني 1618. تا 6\29\1975. الغرفة المدنيّة الثّانية. مجلّة المحامون لعام 1975. السّنة 40 الأعداد 10 و11 و12. ص 759.

القانون المدني، بل جاءت الفقرة ب³⁵⁷ من المادة 3 من قانون الإيجار الجديد لعام 2015 لتكرس هذه المخالفات³⁵⁸. وذلك يشجع على التصرف بجزء مفرز من المال الشائع طالما يحصل على رخص للبناء في جزء مفرز وقادر على تأجيله أيضاً.

الفرع الثاني: تصرف الشريك في كل المال الشائع قبل القسمة:

لا يملك الشريك في الشيوع إلا حصته الشائعة في المال وليس له إلا التصرف بها، ومع ذلك قد يتصرف في كامل المال الشائع، وفي هذه الحالة لابد من التمييز فيما إذا كان الشريك يملك في المال الشائع ثلاثة أرباعه على الأقل أو لا يملك هذا المقدار، وهذا يدعو للتساؤل عن حكم التصرف في كل حالة؟ وعن سلطة المحكمة إزاء تصرف الشريك إذا كان مالكاً لثلاثة أرباع المال الشائع؟

وسيتّم دراسة هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً: الشريك يملك ثلاثة أرباع المال الشائع.

ثانياً: الشريك يملك أقل من ثلاثة أرباع المال الشائع.

أولاً: الشريك يملك ثلاثة أرباع المال الشائع:

تنص المادة 787 ق. م. س على أن: (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا إلى أسباب قوية، على أن يبلغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء كما ورد في المادة 784 ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً).

على الرغم من أن التصرف في المال الشائع يتوجب إجماع الشركاء عليه، لكن يمكن لأغلبية الشركاء التصرف بجزء من المال الشائع أو كامله إذا توافرت أسباب قوية تبرر التصرف. ولا يتضمن القانون المدني

³⁵⁷ المادة 3 الفقرة ب : (لا يقبل تسجيل عقد الإيجار وتوثيقه على النحو المبين في الفقرة (أ) من هذه المادة. إلا إذا قُدم من المالك المستقل للعقار، أو ممن يملك في العقار الشائع أسهماً بنسبة 75% على الأقل من كامل الأسهم الوارد ذكرها في القيد العقاري الصادر عن السجل العقاري، أو ما يماثلها من القيود الرسمية الأخرى.....يستثنى من ذلك المالك ل حصّة مفرزة من العقار تعادل حصته موثقة من الجهة الإدارية المختصة).

³⁵⁸ بطرني. (2015). ص: 441.

معيّاراً يمكن الاستناد عليه لمعرفة إذا ما كانت أسباب التّصرّف قويّة أم لا، كذلك لم يصدر عن محكمة النقض معياراً يمكن الاستناد إليه في هذا الصّدد.

إلا أنّ الفقه يرى أنّه من المبررات القويّة صعوبة إدارة المال الشّائع والاستمرار في الشّروع، أو أن تكون القسمة ضارّة بمصالح الشّركاء، أو وجود فرصة مواتية لبيع المال بثمنٍ مرتفع، أو كانت العين تحتاج إلى تحسين فتّم رهنها ضماناً للقرض اللازم لذلك³⁵⁹. وهو ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيدي³⁶⁰. فإذا توافرت أسباب تبرّر التّصرّف كان لهذه الأغلبية التي تمتلك ثلاثة أرباع المال الشّائع التّصرّف بكامل المال أو جزءٍ منه تصرفاً صحيحاً وناظراً في حق جميع الشّركاء.

والأغلبية المطلوبة هنا هي ذات الأغلبية المطلوبة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، وهذه الأغلبية قد تكون عدداً من الشّركاء وقد يكون شريكاً واحداً³⁶¹. إذ يمكن أن تتوافر الأغلبية في شريكٍ واحد، فلا يمنع المشرّع السوري الشّريك الواحد من التّصرّف في كامل المال الشّائع إذا كان يملك ثلاثة أرباعه على الأقلّ، وإذا توافرت مبررات قويّة لتصرفه³⁶².

ويكون قرار الأغلبية ملزماً للأقلية³⁶³. إذا يتصرّف الأغلبية في هذه الحالة أصالة عن أنفسهم ونيابة عن الأقلية، وهذا ما بيّنته محكمة النقض المصريّة. فقد قرّرت أنّ: (...والأغلبية إذا تباشر هذا الحقّ تباشره أصالة

³⁵⁹ طلبية، (2004). ص: 617. سوار، (2005-2006-أ). ص: 379.

³⁶⁰ قد ورد في المذكرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيدي ما يلي: (سار المشروع في تغليب رأي الأغلبية إلى حدّ بعيد. إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة -الشّركاء الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع قيمة المال- أن تتصرّف بالمال الشّائع بالبيع أو المقايضة أو أن يكون استغلال المال الشّائع في حالته التي هو عليها متعذراً. وقرار الأغلبية ملزم للأقلية. إلا أنّ لهؤلاء حقّ التّظلم إلى المحكمة. ولهذه أن تراجع قرار الأغلبية. ولا تقرّه إلا إذا رأت أنّه يحقّق المصلحة. وأنّ الالتجاء إلى إنهاء الشّروع عن طريق قسمة المال المشاع ضارّ بمصالح الشّركاء) مجموعة الأعمال التحضيرية 6 ص 95. وارد في السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 842.

³⁶¹ السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 840.

³⁶² لا يجيز القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 للشّريك الواحد التّصرّف مهما بلغت حصّته في المال الشّائع. وذلك بموجب المادّة 828 حيث تنصّ على أن: (في الحالات التي ينصّ فيها القانون على حقّ أغلبية الشّركاء في الإدارة غير المعتادة أو التّصرّف. لا تتوافر الأغلبية في شريكٍ واحدٍ مهما بلغت حصّته في المال).

³⁶³ الصّدة، (1982). ص: 176.

عن نفسها ونائبة عن الأقلية من الشركاء وينفذ في حق الأقلية مالم تتظلم من المحكمة المختصة على ما قد تنشيره من اعتراضات)³⁶⁴. وتكون نيابتهم عن الأقلية بالتصريف نيابة قانونية³⁶⁵.

لكن التصريف لا يكون نافذاً في مواجهتهم فوراً³⁶⁶. إذ أن المشرع قد منح الأقلية حق التظلم من قرار الأغلبية³⁶⁷. لذا يجب إبلاغ الأقلية، أي أن المشرع كما أعطى الحماية للأقلية من أعمال الإدارة غير المعتادة في المادة 784 ق. م. س، فقد أعطى ذات الحماية لهم من أعمال التصريف الصادرة من أغلبية الشركاء، وذلك عن طريق إبلاغهم بكتاب مضمون أو أي طريق رسمي. وسريان ميعاد اعتراض الأقلية في المال الشائع على قرار الأغلبية بالتصريف لا يكون إلا من تاريخ تبليغهم، ولا يغني عن ذلك إعلانهم به من غيرهم أو علمهم بالقرار بأية طريق أخرى ولو كانت قاطعة³⁶⁸.

أما إذا لم يتم التبليغ يظل للأقلية الاعتراض، ولا يكون للأغلبية تنفيذ قرارها³⁶⁹. حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: (...المعول عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغني عنه الإعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأي طريقة أخرى ولو كانت قاطعة)³⁷⁰.

للاقلية الحق بالاعتراض على قرار الأغلبية فلها أن تستخدم هذا الحق أو لا تستخدمه. فإذا مرت هذه المدة دون اعتراض منهم صار قرار الأغلبية نهائياً و نافذاً في مواجهتهم³⁷¹. أما إذا اعترضوا على التصريف فالمحكمة غير ملزمة بإجابة طلبهم، إذ أن لها سلطة تقديرية في هذه المسألة. هذا يدعو للتساؤل عن سلطة المحكمة إذا قررت الأقلية الاعتراض خلال المدة المحددة؟

³⁶⁴ طعن 517. سنة 51 قضائية. نقض 1985\2\21. وارد في طلبية، (1998). ص: 619.

³⁶⁵ الصدة، (1982). ص: 176.

³⁶⁶ السنيهوري، (د.ت). ج. 8. ص: 840.

³⁶⁷ الصدة، (1982). ص: 177.

³⁶⁸ الطعن 3114 لسنة 88 ق. جلسة 2020\1\27. مكتب فني 71 ق 17. ص 126. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/03/3114-88-27-1-2020-71-17-126.html>

³⁶⁹ السنيهوري، (د.ت). ج. 8. ص: 840.

³⁷⁰ طعن 1531 س 51 ق. تا 1985\12\31. وارد في طلبية، (1998). ص: 618.

³⁷¹ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 379.

يرى جانب من الفقه أن المحكمة تنتظر في أمر القسمة أولاً، وتحكم بها إذا وجدت أنها ممكنة دون الإضرار بمصالح الشركاء³⁷²، فالقسمة تطلق يد كل شريك في حصته فلا يفرض قرار الأغلبية على الأقلية³⁷³. وإذا وجدت المحكمة أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء تتحقق من أمر التصرف، فإن وجدت أن أسبابه قوية حكمت بنفاذ التصرف. أما إذا لم تتوفر مبررات قوية ألغت قرار الأغلبية، ويصبح التصرف بعدها غير ممكن إلا باتفاق لشركاء³⁷⁴. جانب آخر من الفقه يرى أيضاً أن المحكمة تبحث في إمكانية إجراء القسمة أولاً، ولكن تحددها بالقسمة العينية فقط³⁷⁵. إلا أنه يبدو أنهم يتفقون على أن المحكمة تبحث في أمر القسمة من تلقاء نفسها ولو لم يطالب بها الشركاء³⁷⁶.

بينما يذهب اتجاه آخر إلى التمييز فيما إذا كانت الأقلية قد طالبت بالقسمة أو لم تطالب بها، إذ ليس للمحكمة أن تحكم بالقسمة من تلقاء نفسها، فإذا أكتفت الأقلية بالاعتراض نظرت المحكمة في أمر التصرف فقط، أما إذا طلبت الأقلية القسمة، حكمت المحكمة بها إذا كانت ممكنة وغير ضارة بمصالح الشركاء، حتى ولو كان الشريك المعارض ملزماً بالبقاء في الشئوع بموجب اتفاق لم ينته أجله³⁷⁷.

وبذلك يمكن للشريك في الشئوع التصرف بكامل المال الشائع أو بجزء مفرز، إذا كان مالكاً لثلاثة أرباع المال على الأقل، وإذا توفرت أسباب قوية للتصرف وذلك إذا كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً قابلاً للإفراز. أما فيما يتعلق بالمنقولات ذات الطبيعة الخاصة والمنقولات المعنوية لا يمكن التصرف بجزء مفرز منها ولو كان المتصرف مالكاً لثلاثة أرباع المال على الأقل بسبب طبيعتها، ولكن ما إمكانية التصرف بكامل المنقول؟

بما أن قانون التجارة البحرية نظم أحكام الشئوع الوارد على السفينة فقد تناول حالة التصرف بكامل السفينة، فتتص المادة 54 منه على أن: (1- لا يجوز بيع السفينة المملوكة على الشئوع إلا بقرار يصدر بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل، ويبين القرار كيفية حصول البيع وشروطه).

³⁷² سوار، (2005-2006-أ). ص: 379. السرميني والثرمانيني، (1986). ص: 371.

³⁷³ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 840.

³⁷⁴ السرميني والثرمانيني، (1986). ص: 371.

³⁷⁵ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 841.

³⁷⁶ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 841. سوار، (2005-2006-أ). ص: 379.

³⁷⁷ الصدة، (1982). ص: 177.

بموجب هذا النص يُسمح ببيع السفينة كاملة بموافقة مالكي ثلاثة أرباع المال، فيكون للشريك المنفرد أن يبيع كامل السفينة إذا كان مالكاً لذلك المقدار. كما أجاز هذا القانون رهن السفينة كاملة بموافقة ذات الأغلبية المطلوبة لبيعها، إلا أنه في حالة الرهن لا يشترط أن تكون هذه الأغلبية حائزة أيضاً كما في البيع³⁷⁸.

أما المنقولات المعنوية فلم تتضمن القوانين الخاصة بها أحكاماً تنظم التصرفات الواردة في حالة الشيوخ، وتبين أنه لا يمكن التصرف بالحصّة الشائعة في هذه المنقولات - عدا المتجر - إلا بالاتفاق بين الشركاء. إلا أنه وفقاً لنص المادة 14 من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، لا يكون لأي من الشركاء التصرف دون الاتفاق مع بقية الشركاء. ويبدو بأن المشرع لم يُشر أنّ هذه الموافقة يجب أن تكون بالإجماع بين المالكين أو يكفي موافقة الأغلبية منهم، وبما أنّ ملكيّة المصنّف شائعة بين المؤلفين تطبق أحكام المادة 780 ق. م. س وما بعدها، فيكون لمالكي ثلاثة أرباع المال الشائع الاتفاق بينهم بالتصرف بالمال³⁷⁹.

ثانياً: الشريك يملك أقل من ثلاثة أرباع المال الشائع:

قد يتصرف الشريك في كامل المال الشائع وهو مالك لأقل من ثلاثة أرباعه، فما حكم هذا التصرف؟ لم ينص المشرع السوري على حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع، إذا كان يملك أقل من ثلاثة أرباعه. وهنا يجب التمييز فيما إذا كان مأذوناً له بهذا التصرف أم غير مأذون له. فإذا أذن له بقية الشركاء بالتصرف كان له التصرف في المال الشائع سواء كان التصرف مادياً أو قانونياً، دون التمييز إذا كان هذا التصرف نافعاً أو ضاراً بقية الشركاء، ويعدّ بتصرفه هذا أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن بقية الشركاء³⁸⁰. أما إذا تصرف الشريك في الشيوخ في كامل المال الشائع أو في مقدار شائع يزيد على حصته دون إذن من شركائه، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول حكم هذا التصرف:

³⁷⁸ تنص المادة (70) من قانون التجارة البحرية على أن: (إذا كانت السفينة مملوكة على الشيوخ جاز رهنها كلاً، أو بعضاً من حصص مالكيها، بموافقة المالكين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل، وإذا لم تتوافر هذه النسبة جاز رفع الأمر إلى المحكمة المختصة لتقضي بما يتعلّق ومصلحة المالكين على الشيوخ).

³⁷⁹ زيدان، (2020)، ص: 132.

³⁸⁰ د. عرفة. محمد علي. 1952. شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية. ج1. ط2. مطبعة فؤاد الأول. الفقرة 303. و د. منصور. منصور مصطفى. 1995. حق الملكية في القانون المدني المصري. فقرة 69. ص 179. و د. غانم. اسماعيل. 1959. الحقوق العينية الأصلية. ج1. حق الملكية. مكتبة عبد الله وهبه. ص 144. فقرة 69. وارد في الجبوري، (2014)، ص: 15.

1- تصرف صحيح بالنسبة لحصة الشريك المتصرف وتصرف في ملك الغير بالنسبة لما زاد عن حصته:

يرى جانب من الفقه بأن تصرف الشريك في كل المال الشائع تصرف صحيح بالنسبة لحصته، وتصرف في ملك الغير فيما زاد عن حصته، وغير نافذ في مواجهة بقية الشركاء بالنسبة لما زاد عن حصة الشريك المتصرف³⁸¹. ويحق للمشتري إبطال التصرف فيما زاد عن حصة الشريك البائع في المبيع³⁸². ويكون للشركاء الآخرين طلب تثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ البيع في مواجهتهم بالنسبة لحصصهم دون الحاجة إلى انتظار القسمة³⁸³.

ويؤثر علم المشتري بالشئوع أو عدم علمه بالنسبة لحصة الشريك المتصرف، فيكون له إبطال التصرف في تلك الحصة على أساس وقوعه في غلط جوهري إذا لم يكن عالماً بحالة الشئوع، أما إذا كان عالماً بحالة الشئوع لا يكون له الإبطال على أساس الغلط³⁸⁴.

وعلى الرغم من أنه لا يمكن إبطال التصرف بالنسبة لحصة الشريك المتصرف على أساس الغلط إذا كان عالماً بحالة الشئوع ولكن لا بد من أخذ إرادة المتعاقدين بعين الاعتبار فيكون للمشتري طلب الإبطال إذا اشترط أن يشمل البيع المبيع كاملاً لنفاذه، أما إذا لم يشترط المشتري مثل هذا الشرط أو استوى عنده أن يشمل البيع المبيع كاملاً أو جزءاً منه لا يكون له إبطال التصرف سواء كان عالماً بحالة الشئوع أو غير عالم بها³⁸⁵.

2- تصرف صحيح بين الطرفين غير نافذ في مواجهة بقية الشركاء:

يرى جانب آخر من الفقه أن هذا التصرف لا يعد تصرفاً في ملك الغير؛ لأن حق الشريك المتصرف يرد على الشيء الشائع كله، فيكون التصرف صحيحاً بين طرفيه لكنه غير نافذ في مواجهة بقية الشركاء، فلا يكون التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف إليه إلا إذا كان يجهل أن ملكية المتصرف غير مفرزة³⁸⁶.

³⁸¹ الصدة، (1982). ص: 178. السرميني والترمانيني، (1986). ص: 375. السنهاوري، (د.ت). ج 8. ص: 878. الحكيم، (2005-2006). ص: 96.

³⁸² السرميني والترمانيني، (1986).

³⁸³ الصدة، (1982). ص: 178.

³⁸⁴ السنهاوري، (د.ت). ص: 878-879.

³⁸⁵ الحكيم، (2005-2006). ص: 96-97.

³⁸⁶ سعد، (2003). ص: 169. سوار، (2005-2006-أ). ص: 379-380.

ويبدو أنّ هذا ما تأخذ به محكمة النقض المصريّة حيث قرّرت أنّ: (تصرّف الشّريك في مقدارٍ شائعٍ يزيد على حصّته، لا ينفذ في حقّ الشّركاء الآخرين فيما يتعلّق بالقدر الزّائد على حصّة الشّريك المتصرّف ويحقّ لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيّتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصّة الشّريك البائع دون انتظار نتيجة القسمه)³⁸⁷.

فلا يكون للشّريك المتصرّف إبطال البيع قبل القسمه أو بعدها إلّا على أساس أحد عيوب الإرادة³⁸⁸.

كما يبرّر هذا الاتجاه بأنّ نصّ المادّة 781 الفقرة 2 ق. م. س أجازت التّصرّف بجزءٍ مفرزٍ ولم تشترط أن يكون الجزء المتصرّف فيه مساوياً لحصّة الشّريك المتصرّف الشّائعة، فما الذي يمنع أن يكون التّصرّف وارداً على كامل المال الشّائع فيأخذ هذا التّصرّف حكم التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ³⁸⁹.

أمّا الاتجاه الذي يجعل بيع كامل المال الشّائع قابلاً للإبطال، بالنسبة لحصّة الشّريك البائع على أساس وقوع المشتري في غلط، وذلك إذا كان يعتقد أنّه لا يشارك البائع في ملكيّة المبيع أحد، وبالنسبة لحصص باقي الشّركاء على أساس بيع ملك الغير. فيبرّر اختلاف أساس الإبطال بين بيع الجزء المفرز وكامل المال الشّائع، ذلك أنّه يتمّ إبطال التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ وفقاً للقواعد العامّة وليس وفقاً لأحكام بيع ملك الغير حتّى فيما يتعلّق بحصص باقي الشّركاء، بينما إذا كان البيع وارداً على كامل المال الشّائع، يكون قابلاً للإبطال بالنسبة لحصّة الشّريك البائع على أساس الغلط في صفة جوهريّة للمبيع، وبالنسبة لحصص باقي الشّركاء على أساس بيع ملك الغير.

ذلك أنّه في حالة بيع جزءٍ مفرزٍ قد يختصّ الشّريك بكامل المبيع بعد القسمه، ويكون وفقاً للأثر الكاشف مالكاً وقت البيع، أمّا بيع كامل المال والشّريك لا يملك إلّا جزءاً فيه فإنّ إمكانيّة تخصّصه بكامل المبيع غير واردة، أي أنّه بائعٌ لملك الغير حتماً فيما يتعلّق بحصص باقي الشّركاء³⁹⁰.

³⁸⁷ الطّعن 214 لسنة 40 ق. جلسة 1975\11\11. س 26 ص 1388. وارد في خليل، (2007). ص: 124.

³⁸⁸ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 379.

³⁸⁹ د. كيره. حسن. حقّ الملكيّة. الفقرة 114. ص 367. د. غانم. اسماعيل. حقّ الملكيّة. الفقرة 78. ص: 174 - 175. وارد في النّشار، (2000). ص: 212.

³⁹⁰ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 878.

لكن إذا كانت إمكانية تملك البائع للجزء المفروز أمراً احتمالياً غير مؤكّد، فإنّ عدم وقوع كامل المال في نصيب الشريك البائع ليس أمراً مؤكّداً أيضاً، فقد يقرّ الشركاء الآخرين هذا التصرّف، أو يتخصّص بكامل المال بموجب القسمة، كما لو كان المال الشائع يشمل أكثر من عين فيقع في نصيبه كامل العين المتصرّف فيها، لذا لا يُعد ذلك مبرراً كافياً لهذا الاختلاف بين حكم بيع المال الشائع كله وبيع جزء مفروز منه، فيبدو من الأفضل أن يأخذ حكم بيع الجزء المفروز فيكون هذا البيع صحيحاً فيما بين المتعاقدين غير نافذ في مواجهة الشركاء الآخرين.

أما إذا كان التصرّف رهناً فإنّه وفقاً لأحكام الشّيوخ لا يجوز لأحد الشركاء أن ينفرد برهن كلّ المال الشائع، نظراً لتعلّق حقوق باقي الشركاء بذلك الجزء. فهو يتجاوز بذلك حدود سلطة التصرّف الممنوحة له، ومع ذلك لا يُعدّ تصرّفه رهناً لملك الغير³⁹¹. فإذا قام أحد الشركاء برهن كلّ المال الشائع كان العقد صحيحاً بين طرفيه ومنتجاً لآثاره وغير نافذ في حقّ الشركاء الآخرين، إلّا إذا كان معتقداً أنّ الرّاهن يمتلك كلّ المرهون فيكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحته³⁹².

أما الفقه الإسلامي فقد ميّز إذا كان للمتصرّف إذن من بقيّة الشركاء كان تصرّفه صحيحاً مستقراً، أما إذا كان غير مأذون له كان تصرّفه صحيحاً في حصّته وفاسد في نصيب بقيّة الشركاء³⁹³.

أما فيما يتعلّق بحماية حقوق الشركاء فقد كانت الوسيلة الكفيلة لحماية حقوقهم إذا كان الشريك المتصرّف يملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، إعطاء الأقلية حقّ الاعتراض على التصرّف خلال شهرين من تاريخ التّبلغ، أما وسيلة حماية حقوق الشركاء الآخرين إذا كان الشريك يملك أقلّ من ثلاثة أرباع المال الشائع، هو كون التصرّف غير نافذ بمواجهتهم. فلا يكون التصرّف نافذاً بالنسبة لهم لما يزيد عن حصّة الشريك المتصرّف، سواء على أساس المادّة 434 ق. م. س أو وفقاً للقواعد العامّة للشّيوخ والتي لا تجيز للشريك أن يقوم بما فيه مساسّ لحقوق بقيّة الشركاء³⁹⁴.

³⁹¹ تنّاعو، (1996). ص: 92

³⁹² سعد، (2010). ص: 82.

³⁹³ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج23613. مع التصرّف في المنقول. وارد في النّشر، (2000). ص: 208.

³⁹⁴ الصّدة، (1982). ص: 178.

وعدم نفاذ التّصرّف في حقّ الشّركاء الآخرين، فيما يتعلّق بالقدر الزّائد على حصّة الشّريك المتصرّف ليست الوسيلة الوحيدة لحماية حقوقهم، حيث يحقّ لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيّتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصّة الشّريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة، وفق ما نصّ عليه الاجتهاد المشار إليه سابقاً. فلمهم رفع دعوى الاستحقاق، كما لهم إقرار التّصرّف أيضاً، ويصبح التّصرّف في هذه الحالة نافذاً في مواجهتهم³⁹⁵.

المطلب الثّاني: ثبوت ملكيّة المال المتصرّف فيه للمتصرّف إليه قبل القسمة:

إذا كان تصرّف الشّريك في جزءٍ مفرزٍ من المال الشّائع صحيحاً غير نافذٍ في مواجهة بقيّة الشّركاء، فإنّ مصير التّصرّف قبل القسمة يبقى معلّقاً غير مستقرٍّ حتّى تتمّ القسمة، وتبقى ملكيّة المشتري للجزء المفرز احتماليّة، فهل يمكن أن تثبت له الملكيّة قبل القسمة؟ وإذا كان من الممكن ذلك ألاّ يتعارض ذلك مع ضمان التّعريض والاستحقاق الذي يلتزم به المتقاسمون إزاء بعضهم بموجب القسمة؟ وهذا ما سيتمّ دراسته في هذا المطلب على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: استقرار الملكيّة للمتصرّف إليه.

الفرع الثّاني: معارضة ثبوت الملكيّة لضمان التّعريض والاستحقاق في القسمة.

الفرع الأوّل: استقرار الملكيّة للمتصرّف إليه:

قد يقرّ الشّركاء التّصرّف فينفذ في مواجهتهم، وقد يكتسب المتصرّف إليه الجزء المفرز بموجب التّقدم أو الالتصاق. أيّ أنّ التّصرّف قد يصبح نافذاً بالإقرار (أولاً)، وقد يصبح نافذاً بغير الإقرار (ثانياً).

أولاً: الإقرار³⁹⁶:

على الرّغم من أنّ التّصرّف في جزءٍ مفرزٍ غير مستقرٍّ قبل القسمة، إذ لا تثبت الملكيّة للمتصرّف إليه حتّى حصول القسمة ووقوع الجزء المتصرّف فيه في نصيب الشّريك المتصرّف، فقد يبطل التّصرّف قبل القسمة، وقد يستقرّ التّصرّف قبل ذلك.

³⁹⁵ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 380.

³⁹⁶ الإقرار تصرّف قانوني ينقل الملكيّة من المتصرّف إلى المتصرّف له عن طريق التّسجيل. وارد في طلبه، (2004). ص: 56.

ولا بدّ من التّمييز هنا إذا كان المشتري عالماً بأنّ محلّ البيع مفرزٌ أم شائع. فإذا كان يعتقد أنّ البائع يملك المبيع مفرزاً: في هذه الحالة يكون قد وقع في غلطٍ جوهريّ ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وفقاً للقواعد العامّة دون الحاجة إلى انتظار نتيجة القسمة³⁹⁷. وهنا يبطل التّصرّف قبل حصول القسمة إذا اختار المشتري إبطال التّصرّف، إلّا أنّ حقّه في طلب الإبطال لا يكون غير محدّد المدّة. فيسقط حقّه في إبطال العقد بانقضاء سنة من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط وذلك وفقاً لنصّ المادّة 141 ق. م. س، وبانقضاء ثلاث سنواتٍ وفقاً لنصّ المادّة 140 ق. م. م³⁹⁸. وكما له الحقّ بطلب إبطال البيع فإنّ له الحقّ بإقراره أيضاً. وهذا العقد القابل للإبطال يصبح صحيحاً كما لو كان المشتري يعلم بحالة الشّيوع بإقراره للبيع³⁹⁹. ويظلّ مصير التّصرّف متعلّقاً بالقسمة في هذه الحالة، وإنّما يفقد المشتري حقّه في إبطال البيع سواء قبل القسمة أو حتّى بعده.

أمّا إذا كان المشتري يعلم أنّ البائع يملك المبيع على الشّيوع: ليس له طلب الإبطال قبل القسمة لا بالنسبة لحصّة الشّريك البائع؛ لأنّه يملك حصّته الشّائعة في الجزء المفرز، فيكون تصرّفه صادراً من مالك والمشتري بعلمه يكون غير واقعٍ في غلط، ولا بالنسبة لحصص باقي الشّركاء؛ لأنّه إذا تمّت القسمة ووقع كل الجزء المفرز في نصيب الشّريك البائع اعتبر مالك لتلك الحصص وقت البيع بموجب الأثر الكاشف للقسمة⁴⁰⁰.

كما قد لا يستقرّ البيع للمشتري إذا أخذ الشّركاء الحصّة المبيعة المفرزة قبل القسمة بموجب الشّفعة وفقاً للقانون المصري. ذلك أنّ محكمة النقض المصريّة اعتبرت تصرّف الشّريك في جزءٍ مفرزٍ تصرّفاً صحيحاً معلقاً على نتيجة القسمة، وأنّ هذا التّحديد لا يحدّد به سائر الشّركاء طالما لم تتمّ القسمة رضاءً أو قضاءً، فيكون هذا التّصرّف في حكم بيع حصّة شائعة بالنسبة لهم، ويكون لبقية الشّركاء أخذه بموجب الشّفعة وفقاً لنصّ المادّة 936 ق. م. م⁴⁰¹.

³⁹⁷ السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 870.

³⁹⁸ طلبية، (2004). ص: 42.

³⁹⁹ السّنهوري، (د.ت). ج8. ص: 870.

⁴⁰⁰ السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 873.

⁴⁰¹ الطّعن 784 لسنة 47 قضائيّة. جلسة 1980\5\1. مكتب فنيّ 31 ج2 ق 244 . ص: 1283. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2023/06/784-47-1-5-1980-31-2-244-1283.html>

أي أن مصير هذا التصرف غير مستقر قبل القسمة، ولا يستقر حتى لو أقره المتصرف إليه، لكن يمكن أن يستقر بإقرار الشركاء الآخرين للبيع. فينقلب العقد صحيحاً إذا أقر بقیة الشركاء هذا التصرف وذلك وفقاً للمادة 435 ق. م. س⁴⁰². فتتص المادة على أنه: (1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري. 2- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد). وحتى ينتج هذا الإقرار أثاره يجب أن يكون صادراً من الشركاء جميعهم. لأن موافقة بعض الشركاء على هذا البيع لا يجعل البيع مستقراً، بل يظل معلقاً على نتيجة القسمة، فيستقر البيع إذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك البائع، أو نصيب أحد الشركاء الذين وافقوا على البيع⁴⁰³.

وهذا الإقرار قد يكون صريحاً. كما لو قام بقیة الشركاء بالتصديق على عقد البيع فإذا تم تسجيل العقد انتقلت ملكية المبيع مفرزة إلى المشتري، وقد يكون الإقرار مستقلاً عن العقد فتنتقل الملكية إلى المشتري بالتسجيل⁴⁰⁴. ولا يشترط أن يكون الإقرار صريحاً فقد يكون هذا الإقرار ضمنياً. كما لو تصرف بقیة الشركاء بالأجزاء الأخرى من العين ويتم بذلك قسمة فعلية للمال الشائع⁴⁰⁵. وقد بينت محكمة النقض المصرية أن القسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف كل مالك على الشيوع بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كلٍ منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه⁴⁰⁶.

فالقسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف الشركاء جميعاً ولم يقتصر التصرف على بعضهم فقط، وإذا كان تصرف كلٍ منهم ينصب على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، أما إذا اقتصر التصرف على بعض الشركاء، أو كان تصرفه منصباً على جزء مفرز يتجاوز حصته الشائعة فلا يمكن القول بوجود قسمة فعلية. وبذلك فإن إقرار المشتري للبيع لا يجعل التصرف مستقراً بشكل نهائي وإنما يفقد حقه في إبطال التصرف، بينما إقرار الشركاء جميعاً للتصرف بشكل صريح أو ضمني يجعل التصرف مستقراً.

ثانياً: ثبوت ملكية المبيع قبل القسمة بغير الإقرار:

⁴⁰² الصدة، (1982). ص: 182.

⁴⁰³ طلبية، (1998). ص: 606.

⁴⁰⁴ طلبية، (1989). ص: 538-539.

⁴⁰⁵ طلبية، (1998). ص: 604.

⁴⁰⁶ الطعن 3467 لسنة 75 ق. جلسة 2018\1\20. مكتب فني 69 ق 11. ص 114. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2023/01/3467-75-20-1-2018-69-11-114.html>

إذا كان ثبوت ملكية المشتري للجزء المفروز ممكنة بإقرار الشركاء، هذا يدعو للتساؤل عن أسباب أخرى يمكن أن تؤدي إلى استقرار ملكية المشتري؟

1- التّقديم:

حتى لو لم تثبت للمشتري ملكيته للجزء المفروز هذا يدعو للتساؤل إذا كان بالإمكان التمسك به كسند صحيح يمكن الاستناد إليه لاكتساب المبيع بالتّقديم؟ وهل يمكن للمشتري ضمّ حيازة سلفه الشريك البائع إذا كان حائزاً للعقار؟

أ- إمكانية التمسك بعقد البيع كسند صحيح يمكن من التملك بالتّقديم الخمسي:

حتى تكتسب الملكية بموجب التّقديم القصير، لا بدّ من توافر حُسن النية والسبب الصحيح. وقد بينت المادة 918 الفقرة 3 ق. م. س المقصود بالسبب الصحيح، فقد نصّت على أنّ: (والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: الاستيلاء على الأراضي الموات، انتقال الملك بالإرث أو الوصية، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض، البيع أو الفراغ). فالقانون السوري هنا عدّد التصرّفات التي تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً يسمح باكتساب الملكية بالتّقديم الخمسي⁴⁰⁷.

بينما عرّف القانون المدني المصريّ السبب الصحيح وفقاً لنصّ المادة 969 فنصّت على أنّه: (3)- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحقّ الذي يراد كسبه بالتّقديم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون).

كما بينت محكمة النقض المصريّة شروط التملك بالتّقديم الخمسي، فقرّرت أنّه: (يشترط للتملك بموجب التّقديم الخمسي وضع اليد مدّة خمس سنواتٍ متتالية بحسن نية، أي اعتقاد المتصرّف إليه أنّ المتصرّف يملك المبيع اعتقاداً تاماً، وأن يكون التصرّف صادراً من غير مالك)⁴⁰⁸. وبيّنت في اجتهاد آخر مناط سوء النية الذي يمنع من اكتساب الملكية بالتّقديم فقرّرت أنّ: (....حسن النية مفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس ومناط سوء

⁴⁰⁷ السرميني والترماني، (1986). ص: 796.

⁴⁰⁸ الطّعن 249 لسنة 50 ق. جلسة 1984\1\24. مكتب فنيّ 35 ج1 ق 57. ص 280. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2018/12/249-50-24-1-1984-35-1-57-280.html>

الذّية المانع من اكتساب الملكية بالتّقديم الخمسي هو ثبوت علم المتصرّف إليه وقت تلقّي الحقّ بأنّ المتصرّف غير مالك لما يتصرّف فيه⁴⁰⁹.

أما المادّة 918 الفقرة 3 ق. م. س عندما يبيّن التّصرّفات التي تصلح سبباً صحيحاً للتّمسك بالتّقديم الخمسي، لم تبين عيوب هذه التّصرّفات والتي تمنع كسب ملكيّة العقار بسببها؛ لأنّ المتصرّف إليه سيكتسب الملكية بموجب الحياة المقترنة بالسبب الصحيح، وليس انتقالاً من المتصرّف⁴¹⁰. ومع ذلك لا تختلف شروط السبب الصحيح في القانون السوري عن القانون المصري، فذهبت محكمة النقض السوريّة لتعريف السبب الصحيح كما بيّنه المشرّع المصري. فقررت أنّ: (...والسبب الصحيح هو في التّصرّف القانوني الصادر من غير مالك الذي لو صدر من مالك لنقل الملكية)⁴¹¹.

وقد ثار الخلاف حول إمكانية التمسك ببيع جزء مفرز كسبب صحيح يمكن من اكتساب ملكيّة ذلك الجزء بالتّقديم الخمسي. واتّجهت غالبية الفقه إلى أنّ العقد المبرم بين الشريك البائع الذي لا يملك المبيع مفرزاً والمشتري يصلح أن يكون سبباً صحيحاً مكسباً بالتّقديم⁴¹². ويبرزون اتّجاههم أنّ الشريك في الشيوع يملك حصّة شائعة فقط، وبما أنّ الحقّ المراد كسبه بالتّقديم ملكيّة مفرزة، فإنّ الشريك المتصرّف ليس صاحباً لهذا الحقّ⁴¹³. ويبدو موقفهم هذا متوافقاً إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض المصريّة، والتي قضت على أنّه إذا باع الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً محدداً يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً يمتلك به المشتري ما بيع بوضع اليد عليه خمس

⁴⁰⁹ الطعن 224. سنة 54 قضائيّة. جلسة 1987\11\26. أحكام النقض. مكتب فني - مدني. ج 2. السنة 38. ص: 1012. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=67153&%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%8A-%D9%8A%D8%B9%D8%AA%D8%AF-%D8%A8%D9%87%D8%A7-%D9%84%D9%83%D8%B3%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D8%A7%D8%AF%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D9%85%D8%B3%D9%8A-.-%D9%85%D8%A7%D9%87%D9%8A%D8%AA%D9%87%D8%A7>

⁴¹⁰ السرميني والترماني، (1986). ص: 796.

⁴¹¹ القرار 8. أساس عقاري 64. تا 1974\1\26. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثالثة. مجلّة المحامون لعام 1974. العددان 1 و 2. القاعدة 44. ص - 29 اجتهاد المحاكم.

⁴¹² طلبية، (2004). ص: 42. سعد، (2003). ص: 160. السنهاوري، (د.ت). ج 8. ص - ص: 871 - 872 الهامش.

⁴¹³ سعد، (2003). ص - ص: 160. 161 - الهامش.

سنوات، متى توفّر حسن النية، ذلك أنّ هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النّظر عن كون البائع مالكا للمبيع كلّهُ أو بعضه⁴¹⁴.

بينما يرى جانب من الفقه أنّ هذا البيع لا يصلح سبباً صحيحاً⁴¹⁵. ويبررون اتّجاههم بأنّ حقّ الشّريك في الشّيوخ يرد على كلّ المال الشّائع، وبالتالي فإنّ تصرّفه صادر من مالك⁴¹⁶. كما يردّون على تبرير الاتّجاه الأوّل بأنّ القول بإمكانية استقرار المبيع في نصيب شريك آخر يجعل البيع صادراً من غير مالك، فيه تناقض مع قصد المشرّع من الأثر الرجعيّ للقسمة، وهو حماية كلّ شريك من أيّ تصرّف قد يصدر من أحد الشّركاء أثناء الشّيوخ، والقول بصحّة التّمسكّ ببيع المفرز كسبب صحيح فيه إلزام للشّركاء بالتصرّف الذي أراد المشرّع حمايتهم منه⁴¹⁷.

ويبدو أنّ الاتّجاه الذي يجيز التّمسكّ ببيع الجزء المفرز كسبب صحيح للتّملك بالتّقديم فيه توفير لاستقرار المعاملات أكثر، وإذا كان يُخشى من تضرّر مصالح الشّركاء بإجازة تملك المشتري للمبيع بالتّقديم القصير، كان الأولى هو حماية المالك ملكيّة مفرزة لحماية ملكه من اكتسابها من قبل الغير وفقاً لسند صادر من غير مالك. ذلك أنّ بيع ملك الغير يعتبر سبباً صحيحاً للتّملك بالتّقديم الخمسي⁴¹⁸.

وبذلك فالإقرار ليس الوسيلة الوحيدة لثبوت ملكيّة المشتري للجزء المبيع قبل حصول القسمة. إذ يمكن أن تثبت الملكيّة للمشتري بالتّقديم إذا حاز عقاراً غير مسجّل في السّجل العقاريّ لمُدّة خمس سنوات، أي في المناطق غير المحدّدة والمحزّرة، ويتوافر حسن النية والسّبب الصّحيح بموجب نصّ المادّة 917 و918 ق.م. س يُكتسب العقار بالتّقديم الخمسي وتثبت الملكيّة للمشتري. كذلك يستقرّ التصرّف وفقاً للمشرّع المصريّ.

⁴¹⁴ الطّعن 168 لسنة 24 ق. جلسة 1958\10\16. مكتب فنيّ 9 ج 2 ق 82. ص 655. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2021/06/168-24-16-10-1958-9-2-82-655.html>

⁴¹⁵ د. عرفة، محمّد علي. الفقرة 134. ص: 242. د. كيره، حسن. ص: 388. وارد في السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 872- الهامش.

⁴¹⁶ النّشار، (2000). ص: 186.

⁴¹⁷ مخازني، (2004-2005). ص: 113.

⁴¹⁸ السّنهوري، (د.ت). ج 9. ص: 1088.

أما إذا كان الجزء المباع من العقارات المسجلة في السجل العقاري لا يمكن اكتساب ملكيتها بالتقادم⁴¹⁹، فوضع اليد على عقارٍ محدّد ومحرّر لا يكسب واضع اليد حقاً عليه مهما طال وضع يده، ولا يسقط الحق العقاري ولا يتقادم⁴²⁰. كما أنّ التملك بالتقادم الخمسي يشترط أن يكون المشتري حسن النية، ويكون هنا حسن النية إذا كان يعتقد أنّ البائع يملك المبيع مفرزاً. لكن لا يُعتدّ بحسن النية في الأراضي والعقارات المحددة والمحررة والمسجلة في السجل العقاري⁴²¹، نظراً للقوة الثبوتية المطلقة لقيودها، وإمكانية إطلاع المشتري عليها ومعرفة وضع العقار. إذ إنّ صحائف السجل العقاري علنية ومعدّة لإطلاع الكافة⁴²². ولا بدّ للمتصرّف إليه بذل عناية الرجل المعتاد إذ يمكن أن يطّلع على قيود السجل العقاري، وسيتبين له في هذه الحالة إذا كان العقار مفرزاً أو أنّه يشتري حصّة على الشيوع⁴²³. وهذا ما يوفّر الحماية لمن يستمدّ حقّة مستنداً إلى قيود السجل العقاري. فتتصّ محكمة النقض السوروية أنّ: (الحماية الممنوحة للشاري حسن النية هي للأشخاص الذين يستمدّون حقّهم من السجل العقاري لا من العقود الباطلة)⁴²⁴.

ولا يستثنى من ذلك إلاّ الذين عرفوا قبل اكتساب الحق وجود عيوب أو أسباب داعية لإلغاء الحق⁴²⁵. فيمكن إزالة أثر التسجيل في السجل العقاري إذا قام الدليل أمام قضاء الموضوع بأنّ التسجيل جرى تواطؤاً وبقصد الإضرار بصاحب الحق غير المسجل⁴²⁶.

إلاّ أنّه وفي اجتهادٍ صدر مؤخّراً عن محكمة النقض والتي عدلت بموجبها عن الاجتهاد المستقرّ على

⁴¹⁹ المادة 19 من قانون السجل العقاري: (إنّ مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري).

⁴²⁰ القضية 788 أساس لعام 2010. قرار 955. تا 2010\3\15. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثالثة. وارد في مجلة المحامون لعام 2012. السنة 77. الأعداد 7 و8 و9 و10 و11 و12. القاعدة 314. ص: 820 - قضاء المحاكم.

⁴²¹ القضية 72 أساس لعام 2009. قرار 153. تا 2009\2\22. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2014. السنة 79. الأعداد 7. 8. 9. 10. 11. 12. القاعدة 190. ص: 645 - قضاء المحاكم.

⁴²² القضية 307 أساس لعام 2010. قرار 814. تا 2010\3\29. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2012. السنة 77. الأعداد 3. 4. 5. 6. القاعدة 224. ص: 544 - قضاء المحاكم.

⁴²³ الجبوري، (2014). ص: 23.

⁴²⁴ القضية 1481 أساس لعام 1998. قرار 825. تا 1998\5\31. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2000. العددان 3 و4. السنة 65. القاعدة 35. ص: 288 - قضاء المحاكم.

⁴²⁵ المادة 13 من قانون السجل العقاري.

⁴²⁶ القضية 3289 أساس لعام 2010. قرار 2245. تا 2010\7\19. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2012. السنة 77. الأعداد 7. 8. 9. 10. 11. 12. القاعدة 261. ص: 770 - قضاء المحاكم.

حماية الشاري حسن النية، ورأت أن الأجر بالحماية هو المالك الأصلي للعقار، وذلك وإن كان هدفه الحماية من الغش والتدليس⁴²⁷ الذي يمكن أن يتم في قيود السجل العقاري نظراً لتطور الأساليب الفنية والتقنية، إلا أن في ذلك مساساً بالقوة التوثيقية المطلقة لقيود السجل العقاري⁴²⁸. وفي هذه الحالة قد يقع المشتري في خطأ حول مواصفات المبيع. ويبدو أن القضاء في سورية يمضي قدماً في تطبيق اجتهاد الهيئة العامة السباعية حيث كرّست مبدأ يقول: (إن اجتهاد الهيئة العامة السباعية لمحكمة النقض رقم 6 لعام 2022 واجب التطبيق وينزل منزلة القانون ولم يعد من الممكن حماية حسني النية بمواجهة القيد الجاري سنداً لعقد مزور، أو يشوبه أي سبب من أسباب البطلان)⁴²⁹.

ب- إمكانية استعادة المشتري من حيازة الشريك البائع:

يُعدّ مشتري الجزء المفروز خلفاً خاصاً للشريك البائع. ولا تُعتبر حيازة الخلف الخاص استمراراً لحيازة السلف، فقد يختلف عنها في صفاتها، ومع ذلك أعطى القانون الحق للمشتري الخيار في أن يضمّ الحيازتين أو يفصل بينهما ويختار التي تنصب في مصلحته، وذلك وفقاً لنصّ المادة 914 ق. م. س⁴³⁰.

وحتى يستطيع المشتري ضمّ حيازة سلفه إلى حيازته يجب أن تكون الحيازتان متشابهتان في صفاتهما. فإذا كان أحد الشركاء على الشيوع حائزاً لجزء من المال، اعتبرت حيازته مستتدة إلى وجود عقد مهايأة من حيث الأصل، وذلك بموجب المادة 800 الفقرة 2 ق. م. س، والتي تنصّ على أنه: (2- في المنقول وفي العقارات التي لم يجرّ تحديدها وتحريرها إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية، مالم يتفق الشركاء

⁴²⁷ صدر مسبقاً التعميم رقم 52 من وزارة العدل السورية ذو الرقم 1369\148\2013 بتاريخ 2013\10\1. والتي وجدت أنه من الأفضل للقضاة الناظرين بدعاوى تثبيت عقود البيع القيام بمجموعة من الإجراءات من ضمنها التثبت من صحة القيود العقارية. وذلك تجنباً لحالات التلاعب والتزوير التي تترافق مع هذه البيوع وبخاصة بالنسبة للعقارات المملوكة لأشخاص مقيمين خارج القطر.

⁴²⁸ القضية أساس 38 لعام 2022. قرار 6. تا 2022\3\9. محكمة النقض - الهيئة العامة السباعية. (...4- إذا ثبت أن التسجيل في السجل العقاري كان مغايراً للحقيقة فلا يمكن لأي شخص أن يحتج بحسن نيته في الشراء ممن ظهر له أنه مالك في قيود السجل العقاري؛ لأنّ حجية القيود مرهونة بأن يكون التسجيل قد جرى وفقاً لأحكام القانون -المادة 8 من القرار 1926\188- تأسيساً على سلامة ومثانة السجل العقاري والذي يمتاز عما يجاريه من سجلات أخرى...5- على المشتري العلم الكافي بالمبيع والتعرف على سبب ملكية البائع...). مجلة المحامون لعام 2022. السنة 87. الأعداد 1. 2. 3. 4. 5. 6. ص: 202.

⁴²⁹ رقم الأساس 384. رقم القرار 310. تا 2024\2\28. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية - العقارية. سجلات محكمة النقض.

⁴³⁰ السرميني والترمانيني، (1986)، ص: 776.

على غير ذلك وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افتراض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة).

وتكون قسمة المهايأة عندما يتفق الشركاء على اقتسام المال الشائع، ويختص كل شريك بموجب هذه القسمة بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع ويكون له إدارة هذا الجزء واستغلاله والانتفاع به دون باقي الشركاء⁴³¹. وهذا الاتفاق يتطلب إجماع الشركاء دون الأغلبية، وذلك خلافاً للأصل المقرر في إدارة المال الشائع⁴³². لأن هذه القسمة تنقلب إلى نهائية بمرور خمس عشرة سنة. إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

إلا أن ذلك لا يمكن تطبيقه إلا بالنسبة للعقارات غير المحددة والمحررة بموجب المادة 800 ق. م. س. كما نصت محكمة النقض على أن وضع اليد لا يمكن أن ينقلب إلى قسمة نهائية، لأن المهايأة المكانية في عقارات محددة ومحررة لا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية⁴³³.

في حين تنقلب المهايأة المكانية إلى نهائية وفقاً للمشرع المصري بموجب نص المادة 846 ق. م. م، وذلك بخلاف المشرع السوري الذي جعل هذا الحكم مقتصرًا على العقارات غير المحددة والمحررة. وقد قررت محكمة النقض المصرية أن المهايأة المكانية تتحول إلى نهائية، مع وجوب تسجيل هذه القسمة حتى تنفذ في مواجهة الغير ولو تمت بحكم القانون وذلك وفقاً للمادة 10 الفقرة 2 من القانون رقم 114 لعام 1946⁴³⁴.

وقد وضحت محكمة النقض السورية سبب الخلاف بين القانون السوري والمصري، حيث قررت أن: (المهايأة المكانية لا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طال الزمن، وإن الاجتهاد في مصر لا يمكن تطبيقه على الملكية العقارية في سورية باعتبار أن الملكية في المناطق المحددة والمحررة ثابتة ولقيود السجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة خلافاً لما هو سائد في مصر، وأنه مهما طال وضع اليد فإن القسمة الرضائية تحتاج إلى تطابق

⁴³¹ الطعن 1030 لسنة 52 قضائية جلسة 1989\12\6. وارد في خليل، (2007). ص: 148.

⁴³² سوار، (2005-2006-أ). ص: 363.

⁴³³ قرار 1537. أساس 2062. تا 1999\10\24. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. سجلات محكمة النقض. تعقيباً على الاجتهاد رقم

415. مجلة المحامون لعام 2006. سنة 71. العددان 11 و12. ص: 99- قضاء المحاكم.

⁴³⁴ الطعن رقم 332. السنة 35 قضائية. جلسة 1969\6\26. مكتب فني 20 ج 2 ق 167. ص: 1084. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2023/02/332-35-26-6-1969-20-2-167-1084.html>

الإرادتين، وإنّ مضيّ الزّمن لا يقوم مقام هذه الإرادة⁴³⁵. ويقتصر الأمر في هذه الحالة على المهايأة المكانية⁴³⁶ دون المهايأة الزّمانية⁴³⁷ التي لا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية⁴³⁸.

وقسمة المهايأة تخضع لأحكام عقد الإيجار، وذلك وفقاً لنصّ المادّة 802 ق. م. س⁴³⁹. ويعتبر الشّريك موجّراً لمنفعة حصّته ومستأجراً لمنفعة حصص الشّركاء الآخرين، وتطبّق القواعد الخاصّة بالإيجار فيما يتعلّق بحقوق والتزامات الشّركاء وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير⁴⁴⁰. وبذلك لا يمكن لمشتري الجزء المفرز ضمّ حيازة السّلف في هذه الحالة؛ لأنّها تختلف في صفاتها عن حيازته. إذ أنّ حيازة المشتري حقيقة بينما حيازة الشّريك البائع عرضيّة. وبما أن حيازة الشّريك حيازة عرضيّة فهو ملزم بردّ العين في الوقت الذي تحدّده العقد أو نصّ القانون أو الحكم القضائي⁴⁴¹. فإذا ما سلّم الشّريك المبيع إلى المشتري يمكن مطالبة المشتري بإخلاء العين إذا كانت عقاراً من قبل باقي الشّركاء أو مدير الشّيوخ⁴⁴².

وحتىّ يستفيد الخلف الخاصّ من حيازة الشّريك لا بدّ أن يثبت أنّ حيازة السّلف هي حيازة أصلية. فالحيازة الحقيقية المقترنة بنية التّملك هي التي تكسب الحقوق العينية⁴⁴³. ويجب إثبات الحيازة الأصلية، لأنّ مجرد حيازة الشّريك في الشّيوخ للعقار الشّائع قرينة على وجود عقد مهايأة بموجب نصّ المادّة 800 ق. م. س وهي حيازة عرضيّة، وحيازة الشّريك في الشّيوخ بشكل عامّ حيازة يشوبها اللبس والغموض، فقد يحوز المال

⁴³⁵ قرار 690. أساس 1281. تا 1998\4\26. محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية. سجلات محكمة النقض. مجلّة المحامون لعام 2006. السنة 71. العددان 11 و 12. تعقيباً على الاجتهاد رقم 415. ص: 99- قضاء المحاكم.

⁴³⁶ المادّة 800: (1- في قسمة المهايأة يتّفق الشّركاء على أن يختصّ كلّ منهم بمنفعة جزء يوازي حصّته في المال الشّائع. متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصحّ هذا الاتّفاق لمدة تزيد على خمس سنين. فإذا لم تشترط لها مدّة أو انتهت المدّة المتّفق عليها ولم يحصل اتّفاق جديد. كانت مدّتها سنة واحدة تتجدّد إذا لم يبلغ الشّريك شركائه على الوجه المبين في المادّة 784 قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة..)
⁴³⁷ المادّة 801: (تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتّفق الشّركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك. كلّ منهم لمدة تتناسب مع حصّته).

⁴³⁸ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 820.

⁴³⁹ المادّة 802: (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار. ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة).

⁴⁴⁰ الطّعن 1020 لسنة 52 ق. تا 1989\12\6. وارد في خليل، (2007). ص: 148.

⁴⁴¹ السّرميني والثّرمانيني، (1986). ص: 734.

⁴⁴² طلبية، (2004). ص: 37- 38.

⁴⁴³ السّرميني والثّرمانيني، (1986). ص: 731.

لحساب نفسه أو أنه يحوز المال بحساب أنه يشاركه الغير في الملكية⁴⁴⁴. فإذا ثبت أن حيازته أصلية يمكن للمشتري الاستفادة منها وكسب المبيع بموجب التقادم الطويل، ولكن لا يمكن كسب الملكية بموجب التقادم القصير، فلا يستطيع الاستفادة من حيازة السلف في هذه الحالة سواء كانت أصلية أو عرضية. وفي جميع الأحوال لا يكون ذلك إلا في الأراضي غير المحددة والمحرة.

2- الالتصاق:

قد يقوم مشتري الجزء المفروز من الشريك في الشئوع بالبناء في ذلك الجزء، وهذا يدعو للتساؤل عن إمكانية ثبوت ملكيته للأرض بحكم الالتصاق، ذلك أن الالتصاق أحد أسباب كسب الملكية وفقاً للمادة 825 ق. م. س ؟ تنص المادة 886 ق. م. س أن: (كل بناء أو غرس، أو عمل قائم على الأرض، يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته، وأنه يخصه، مالم يقيم الدليل على عكس ذلك).

وفقاً لهذا النص فإن أي بناء أو غراس يُقام على الأرض يُعتبر ملكاً لصاحب الأرض وفقاً للأصل العام. إلا أن هذه القرينة غير قاطعة ويمكن إثبات عكسها⁴⁴⁵. وهذه القرينة القانونية التي منحها المشرع لصاحب الأرض مستمدة من نص المادة 769 الفقرة 2 والتي تنص على أن: (2- وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، علواً أو عمقاً)⁴⁴⁶. ذلك تأسيساً على أن الأرض هي الأصل وما يقام عليها هو التابع ولو كان أكبر قيمة⁴⁴⁷. فإذا أُقيم هذا بناء بمواد مملوكة للغير، وثبت أن ملكية المنشآت تعود للغير يكون تملك صاحب الأرض للمنشآت وفقاً لقواعد الالتصاق، وذلك بموجب نص المادة 888⁴⁴⁸ ق. م. س. وحتى يملك صاحب الأرض البناء المقام عليها بالالتصاق فإن ذلك يتطلب شروطاً تختلف حسب نية الباني:

أ- في حال كان الباني حسن النية:

⁴⁴⁴ السنيوري، (د.ت). ج 9. ص: 857.

⁴⁴⁵ تنص المادة 21922 ق. م. س على أن: (2- ويجوز مع ذلك أن يقيم الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته. كما يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها).

⁴⁴⁶ السرميني والترمانيني، (1986). ص: 667.

⁴⁴⁷ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 486.

⁴⁴⁸ المادة 888 ق. م. س: (أن مالك الأرض التي بنى عليها الغير أبنية، أو غرس فيها أغراساً بمواد أو أغراس هي لذلك الغير يصبح بالالتصاق مالكا لهذه الأبنية أو الأغراس ضمن الشروط التالية):

تتصّ المادة 889 ق. م. س على أن: (1- إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نيّة حسنة، فلا يكون مسؤولاً تجاه مالك العقار عن الثّمار التي استوفّاها، ولا تقع عليه إلّا تبعة التّلف أو الضّرر الذي حدث بسببه.

2- وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الغراس التي غرسها، ويدفع له تعويض عن التّحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس.

3- وإذا كانت الأبنية أو الأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض، فلصاحب الأغراس والأبنية الحقّ في أن يملك الأرض المبني عليها أو المغروسة لقاء دفع قيمة رقيبتها للمالك).

يتبيّن من هذا النصّ أنّه ليس لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت التي أقامها الباني حسن النّيّة، وذلك خروجاً عن الأصل الذي يسمح لمالك الأرض بإجبار الغير على إزالة ما أقامه من أبنية دون حقّ، وذلك مراعاةً لحسن نيّة الباني، أمّا الباني فله الخيار بين الإبقاء على المواد أو نزعها إذا لم يترتب على النّزع ضررٌ جسيم⁴⁴⁹. وقد بينت محكمة النقض السوريّة أنّ الباني أو الغارس يُعدّ حسن النّيّة إذا كان يعتقد أنّ الأرض التي أشاد عليها البناء أو غرسها هي ملكه، وكان في يده سندٌ ناقلٌ للملكيّة يجهل العيوب التي تشوبه⁴⁵⁰. وحتى يكون الباني في الجزء المفرز حسن النّيّة يجب أن يكون معتقداً بأنّ البائع له يملك المبيع مفرزاً، ولا يعلم بأنّ البائع شريكٌ في الشّيوع وليس له البيع مفرزاً.

ويختلف مفهوم حسن النّيّة للملك بالالتصاق في القانون السوري عنه في القانون المصري. حيث يُعدّ الباني حسن النّيّة وفقاً للمشرّع المصري إذا كان يعتقد أنّ له الحقّ في البناء، دون أن يعتقد أنّه المالك، ودون اشتراط توافر السبب الصّحيح⁴⁵¹. والبناء في أرض الغير وفقاً للقانون السوري تصرفٌ قانوني يقوم على مبدأ الحيّزة، التي لا ترتّب أثراً قانونياً إلّا بتوافر حسن النّيّة والسبب الصّحيح، في حين البناء في أرض الغير وفقاً

⁴⁴⁹ سوار، (2005-2006-أ). ص: 493.

⁴⁵⁰ القضية 163 أساس لعام 2009. قرار 16. تا 2009\2\1. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2011. السّنة 76.

العدنان 3 و 4. ص: 600. القاعدة 54. ص: 405- قضاء المحاكم.

⁴⁵¹ السّنهوري، (د.ت). ج 9. ص: 286.

للمشرع المصري تصرف مادي يكفي فيه أن يعتقد الباني أن له الحق في البناء⁴⁵². وقد قرّرت محكمة النقض السورية أن: (... إن مفهوم حسن النية في التشريع المصري الذي يكتفي باعتبار من أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها، إنما يختلف عن مفهوم حسن النية في التشريع السوري لاختلاف النص في التشريعين على ما هو اجتهاد محكمة النقض في حكمها رقم 188 لعام 1980، ولا سيما لقيود السجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة خلافاً لما هو سائد في مصر)⁴⁵³.

وبذلك فإن الأصل أن يملك صاحب الأرض البناء المقام عليه إذا قرّر الباني الإبقاء عليه، على أن يدفع تعويضاً عن التحسين الذي حصل للأرض بسببه، فيكون القانون السوري قد انحاز إلى جانب الباني⁴⁵⁴. أما المشرع المصري فإنه يعطي الخيار لمالك الأرض إما أن يدفع قيمة المواد المستخدمة في البناء وأجرة العمل، أو أن يدفع قيمة ما زاد من ثمن الأرض بسبب هذا البناء، وذلك وفقاً لنص المادة 925⁴⁵⁵ ق. م. م. فيبدو أن المشرع المصري قد انحاز إلى جانب صاحب الأرض⁴⁵⁶. إذ له الخيار بدفع أحد هاتين القيمتين للتعويض، في حين أن المشرع السوري ألزم صاحب الأرض بدفع تعويض يعادل ما حصل من تحسين في قيمة الأرض بسبب البناء.

وإذا لم يكن لمالك الأرض إزالة البناء طالما كان الباني حسن النية، وإنما له أن يملك البناء لقاء دفع التعويض، فإذا لم يطلب التملك كان للباني مشتري الجزء المفرز أن يملك الأرض بموجب الالتصاق طالما كان حسن النية. حيث لا يجوز الادعاء بالتملك بالالتصاق إلا من إنسان يدعي أنه مالك بحسن نية ويتصرف بالعقار تصرف المالك بملكه اعتقاداً منه أن هذا العقار له⁴⁵⁷. ويكون له التملك بشرطين وفقاً للمادة 889 الفقرة 3 ق.

⁴⁵² السرميني والترمانيني، (1986)، ص: 670 - الهامش. ص: 671 - الهامش.

⁴⁵³ القضية 2411 أساس لعام 1984، قرار 84\999، تا 1984\6\18. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1985. العدد الثالث. القاعدة 133. ص: 401 - اجتهاد المحاكم.

⁴⁵⁴ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 493 - الهامش.

⁴⁵⁵ المادة 925 ق. م. م. (إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها. فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة. وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها).

⁴⁵⁶ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 493 - الهامش.

⁴⁵⁷ القضية 4323. قرار 84\149. تا 1984\4\28. الغرفة المدنية الخامسة. مجلة المحامون لعام 1985. العدد 2. القاعدة: 121. ص: 296

م. س، أولها أن تفوق قيمة البناء قيمة الأرض، إذ يكفي تجاوز قيمة البناء قيمة الأرض دون أن يكون الفرق في القيمة بينهما كبيراً، وثانيها أن يدفع للمالك وهم الشركاء في الشئوع قيمة رقبة الأرض.

وقد وضع المشرع قاعدةً للفصل في هذا الموضوع، حيث تتم المقارنة بين قيمة البناء وقيمة الأرض، وما تكون قيمته أكبر يكون هو الأصل، والجزء الآخر هو التابع، ويكون لمالك الأصل التملك بالاتصاق⁴⁵⁸. فالمعيار الذي أخذ به المشرع السوري معياراً موضوعي، بينما المعيار الذي أخذ به المشرع المصري ذاتي⁴⁵⁹. فلا يكون لصاحب المنشآت التملك إلا أن تكون قيمة المنشآت مرهقة لصاحب الأرض وأن يطلب هو تملك البناء للباني⁴⁶⁰. وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 925⁴⁶¹ ق. م. م. ولا يُقصد بالإرهاق هنا عدم قدرة المالك على دفع التعويض⁴⁶². وحتى يملك الباني بموجب الاتصاق عليه اختصاص جميع المالكين في السجل العقاري⁴⁶³. ولا يكفي اختصاص الشريك البائع فقط، ثم تسجيل تلك الملكية في السجل العقاري وذلك وفقاً لنص المادة 9 من القرار 188 لعام 1926.

إلا أن المشرع لم ينص على حالة تساوي قيمة البناء مع قيمة الأرض وهو أمرٌ محتمل الوقوع، بينما الفقه الإسلامي ذهب إلى أنه في حال اصطلاحاً على شيءٍ فهو جائز، وإذا لم يتم ذلك تباع الأرض مع البناء الذي أُقيم عليه ويقسم الثمن بينهما⁴⁶⁴.

ب- إذا كان الباني سيء النية:

تنص المادة 890 ق. م. س على أن: (1- إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نية سيئة، فعليه يرجع لمالك الأرض قيمة الثمار التي استوفها.

⁴⁵⁸ السرميني والترماني، (1986). ص: 673. سوار، (2005-2006-أ). ص: 495.

⁴⁵⁹ السنهوري (د.ت) ج. 9. ص: 289.

⁴⁶⁰ هنا أيضاً يراعي المشرع السوري مصلحة الباني إذ له الحق في تملك البناء ضمن شروط معينة، بينما يراعي المشرع المصري مصلحة صاحب الأرض فطلب تملك المنشآت للباني يكون من حق صاحب الأرض. وارد في سوار، (2005-2006-أ). ص: 495- الهامش.

⁴⁶¹ المادة 925: (2- إلا إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها. كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل).

⁴⁶² الصدة، (1982). ص: 323.

⁴⁶³ القرار 173. أساس 216. تا 2008\4\1. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2010. العددان 9 و10. ص: 1406.

⁴⁶⁴ شرح المادة 906 لسليم باز. وارد في السرميني والترماني، (1986). ص: 675.

2- وهو غير مسؤول عن الخسارة التي حصلت بسبب سقوط الأسعار، إلا أنه مسؤول عن التلف والعطل، وإن لم يحصل بسببه.

3- وإن كان هذا الغير قد بنى أو غرس فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ما لم يفضل مالك الأرض إبقائها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء أو الأغراس قبل البناء والغرس، بعد حسم المصاريف التي يكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها).

يكون لصاحب الأرض في هذه الحالة إما إلزام الباني بإزالة البناء، أو الإبقاء عليه مع دفع التعويض لقيمة مواد البناء قبل استخدامها، فيتملك الشريك في الشروع البناء بالالتصاق. وإذا كان المشرع السوري لم يحدد لصاحب الأرض مدة لطلب الإزالة، فإن المشرع المصري قد حدد ميعاد سنة يطلب فيها الإزالة، فإذا قرّر الاستبقاء على البناء وجب عليه أن يدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو يدفع ما يعادل التحسين الذي حصل للأرض بسبب المنشآت، وذلك وفقاً لنص المادة 924 ق. م. م.⁴⁶⁵.

وبذلك وبموجب القانون لا يكون للمشتري الباني سيء النية تملك الأرض بالالتصاق، فالأصل أنه ملزم بالإزالة إلا إذا قرّر مالك الأرض الإبقاء على البناء مع دفع التعويض⁴⁶⁶. لكن تستقر ملكية المشتري للجزء المفرز بموجب الالتصاق، إذا قام بالبناء عليها وهو حسن النية معتقداً أنه يبني في ملكه، وكانت قيمة البناء تفوق قيمة الأرض. ويحتاج في هذه الحالة إلى تسجيل ملكيته في السجل العقاري؛ لأنها تتعارض مع قيود سابقة تثبت الملكية لصاحب الأرض⁴⁶⁷.

يستقر حق المشتري على الجزء المفرز قبل حصول القسمة بإقرار الشريك الصريح أو الضمني، أو بموجب التّقدم القصير أو الطّويل في بعض المناطق وفقاً للمشرع السوري، أو بموجب الالتصاق وعلى سبيل

⁴⁶⁵ المادة 924: (1- إذا أقام شخص من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض. كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة. أو دفع مبلغ ما يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت).

⁴⁶⁶ لن يكون للباني التملك بالالتصاق إذا كان سيء النية ولكن لا يوجد ما يمنع مالك الأرض من بيع أرضه للباني وهنا تستقر ملكية البناء للباني.

⁴⁶⁷ سوار، (2005-2006-أ). ص: 507.

الاستثناء، أو إذا انتقلت ملكية ذلك الجزء كاملة للشريك البائع، إذ ينقلب العقد صحيحاً إذا خلصت ملكية المبيع للبائع وفقاً لنص المادة 435 ق. م. س.

الفرع الثاني: معارضة ثبوت الملكية لضمان التعرض والاستحقاق في القسمة:

تبقى الأموال شائعة بين الشركاء حتى تتم القسمة رضاءً أو قضاءً، وإذا تصرف أحد الشركاء بحصة شائعة فلن يؤثر ذلك على حالة الشيوع التي تظل قائمة، ويصبح المتصرف إليه شريكاً معهم في الشيوع بتسجيل حقه الذي يظل شائعاً حتى تتم القسمة. أما في حال التصرف في جزء مفروز لا يكون هذا التصرف نافذاً في مواجهتهم إلا إذا أقروه، ولكن في حال استقرار ملكية المتصرف إليه على الجزء المفروز دون موافقتهم أو إقرارهم يثور التساؤل عن مدى تعارض ذلك مع التزام الشركاء بضمان التعرض والاستحقاق إزاء بعضهم؟

يكون ضمان التعرض والاستحقاق في العقود الناقلة للملكية حسب الأصل كعقد البيع وذلك بموجب نص المادتين 407 و408 ق. م. س، إلا أنه وخروجاً عن هذا الأصل أخضع المشرع القسمة أيضاً لضمان التعرض والاستحقاق لتحقيق العدالة والمساواة بين المتقاسمين⁴⁶⁸. لذا يمكن العودة إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع فيما لم يرد فيه نص في أحكام القسمة⁴⁶⁹. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الأحكام الخاصة بضمان التعرض الخاصة بعقد البيع تسري على كل التصرفات الناقلة للملكية أو الحيازة أو الانتفاع ومنها عقد القسمة، بما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة بكل عقد⁴⁷⁰.

وتنص المادة 798 ق. م. س على أن: (1- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوّض مستحق الضمان، على أن يكون العبرة في تقدير الشيء بقيمة وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

⁴⁶⁸ السرميني والترماني، (1986). ص: 423 - 424.

⁴⁶⁹ السنيهوري (د.ت) ج8. ص: 972.

⁴⁷⁰ الطعان 1309 و1448 لسنة 64 ق جلسة 1995\1\31. مكتب فني 46 ج1 ق 58 ص 297. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2017/12/1309-1448-64-31-1-1995-46-1-58-297.html>

2- غير أنه لا محلّ للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه).

يتبين من النص أنه يُشترط لضمان التعرض والاستحقاق توفر أربعة شروط:

1- حصول استحقاق على الجزء المفرز من الغير: ويكون التعرض عندما يدعي أجنبي بحق على الجزء

المفراز الذي وقع في حصة شريك آخر، ويكون الاستحقاق عندما يصدر حكم بملكية الأجنبي لتلك

الحصة⁴⁷¹.

2- أن يكون الاستحقاق بسبب سابق للقسمة.

3- عدم وجود شرط يعني من الضمان.

4- ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم.

أما لو كان سبب الاستحقاق لاحقاً لحصول القسمة فلا ضمان، كما لو كان أجنبي حائزاً للجزء الذي وقع في

نصيب المتقاسم ولم تكن مدة التقادم قد تمت بعد، فإذا لم يبادر إلى قطع التقادم كان الاستحقاق بسبب لاحق

للقسمة، فلا ضمان؛ لأنّ الاستحقاق كان بسبب المتقاسم وكان لاحقاً للقسمة، أمّ إذا تمت مدة التقادم قبل القسمة

يقوم ضمان الاستحقاق في هذه الحالة⁴⁷².

وبالتالي إذا تحققت هذه الشروط كان للشريك المتقاسم الذي وقع في نصيبه الجزء الذي استحق من قبل

الغير، أن يرجع على بقية الشركاء ليعوّضوه كلّ بنسبة حصته، على أن يكون التعويض بتقدير قيمة الشيء وقت

حصول القسمة وفقاً لنص المادة 798 الفقرة 1 ق. م. س. ويكون حقّه مضموناً بامتياز المتقاسم بموجب المواد

1146 و1149 ق. م. م.⁴⁷³.

المبحث الثاني: أثر التصرف في شيء مفراز:

يترتب على التصرف في جزء مفراز أو كامل المال الشائع مجموعة من الآثار القانونية، فما هي الآثار

⁴⁷¹ السرميني والترمانيني، (1986). ص: 424.

⁴⁷² السنهوري، (د.ت). ج8. ص: 975.

⁴⁷³ أبو السعود، (2002). ص: 566.

التي يمكن أن تترتب قبل القسمة؟ وما هي الآثار التي ستترتب بعد القسمة؟ ويتم تناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة.

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في شيء مفرز بعد القسمة.

المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في شيء مفرز قبل القسمة:

بما أن التصرف في جزء مفرز أو حتى كامل المال الشائع صحيح بين طرفيه غير نافذ في حق بقية الشركاء، يترتب على ذلك مجموعة من الآثار بين طرفيه (الفرع الأول)، كما تترتب آثار في مواجهة بقية الشركاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار التصرف بين طرفيه:

يرتب العقد الصحيح بين طرفيه مجموعة من الآثار القانونية، حيث يكون لكل طرف حقوق والتزامات اتجاه الطرف الآخر. فما هي طبيعة هذه الآثار؟ وما هي حقوق والتزامات كل من الطرفين؟

أولاً: طبيعة الآثار المترتبة بين المتعاقدين:

لا يمكن لكل من البائع أو المشتري إبطال العقد بشكل مستقل، والعقد صحيح بينهما حتى تتم القسمة، هذا يدعو للسؤال عن طبيعة الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب خلال هذه المرحلة؟

اختلف الفقه حول الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا التصرف. حيث يرى جانب من الفقه أن آثار التصرف تقتصر على الالتزامات الشخصية دون العينية، حيث لا تنتقل الملكية بين المتعاقدين⁴⁷⁴. وبما أن القانون والاجتهاد السوري لم يجيزا التصرف في جزء مفرز أو في كامل المال الشائع، كما أن المشرع لم يجز تسجيل هذا التصرف، إذ أن الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بحق عيني. أو نقله، أو تعديله أو إبطاله، لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها، ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المدعاة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم⁴⁷⁵. لذا لا يكون بين البائع والمشتري سوى التزامات شخصية؛ فالملكية لا

⁴⁷⁴ د. كيره. حسن. ص: 180. الهامش 1. الفقرة 92. وارد في سعد، (2003). ص: 159.

⁴⁷⁵ المادة 11 من القرار رقم 188 لعام 1926.

تنتقل إلّا بالتسجيل.

وهذا الاتجاه الذي يرى بأنّ التصرّف في شيء مفرز لا يرتّب إلّا آثاراً شخصية أكثر انسجاماً مع نظام السجل العينيّ المأخوذ به في سورية، والذي لا يجوز تسجيل مثل هذه التصرّفات. وبما أنّ الملكية لا تنتقل دون تسجيل، فإذا تصرّف الشريك البائع لمشتري آخر بنفس المبيع لا يعتبر بيعاً لملك الغير. إذ لو اعتبر بيعاً لملك الغير لما كان للمتصرّف إليه الثاني الأفضلية إذا بادر إلى تسجيل حقّه في السجل العقاري، وذلك بعد أن تتمّ القسمة ويقع الجزء المتصرّف فيه في نصيب الشريك المتصرّف. وهذا ما أكّده محكمة النقض حيث قرّرت أنّ: (الأفضلية بين شاربين متتاليين لعقار واحد هي لمن سجّل عقد شرائه أولاً، مالم يثبت أنّ شرائه كان نتيجة للتواطؤ، وأنّ مجرد العلم به لا يكفي بل لا بدّ من إثبات قصد الإضرار وعلى هذا استقرّ الاجتهاد القضائي)⁴⁷⁶. فلو اعتبر المتصرّف بائعاً لملك الغير لما أمكنه أن ينقل الملكية إلى المشتري التّالي إذا سبق الأوّل إلى التسجيل. بينما يرى جانب آخر أنّ هذا التصرّف ينتج جميع آثاره الشخصية والعينية؛ ذلك أنّ الوسيلة الكفيلة لحماية حقوق باقي الشركاء هو عدم نفاذ التصرّف في مواجهتهم، وليس عدم ترتّب الآثار العينية للتصرّف⁴⁷⁷. ويجوز تسجيل بيع جزء مفرز في ظلّ نظام السجل الشخصي. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنّه: (...إذا سجّل المشتري لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه، انتقلت ملكية هذا القدر المفرز في مواجهة البائع له في فترة ما قبل القسمة بحيث يتمتع على البائع التصرّف في هذا القدر إلى الغير، فإن تصرّف فيه كان بائعاً لملك الغير فلا يسري هذا البيع في حقّ المالك الحقيقي وهو المشتري الأوّل الذي انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه)⁴⁷⁸. ويكون للمشتري الأوّل وقد أصبح مالكا في علاقته في مواجهة البائع في حال تصرّف البائع مرّة أخرى، أن يرفع دعوى لإبطال البيع التّالي، وبالتالي تتحقّق مسؤولية الشريك البائع المدنية والجنائية⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ القضية أساس 1555 لعام 2015. قرار 1369. تا 2015\12\28. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 2017. السّنة 82. الأعداد 5. 6. 7. 8. القاعدة 119. ص: 353 - قضاء المحاكم.

⁴⁷⁷ النّشار، (2000). ص: 185.

⁴⁷⁸ نقض 1975\2\17 سنة 26 ص 402. وارد في الذّناصوري والشّواري، (1990). ص: 500.

⁴⁷⁹ طلبية، (2004). ص: 35.

ويبدو هذا الاتجاه الذي يرى بأن التصرّف في جزء مفرز يرتب أثراً شخصية وعينية أكثر انسجاماً مع القانون المصري الذي يأخذ بنظام السجل الشخصي، ذلك أنه يمكن للمشتري تسجيل عقده وتنقل الملكية له في مواجهة البائع، كما ذهب الاجتهاد المصري. لكن ليس له طلب تثبيت ملكيته قبل إجراء القسمة ووقوع ذلك الجزء في نصيب الشريك البائع⁴⁸⁰. وليس لمشتري جزء مفرز سوى المطالبة بالحكم بصحة ونفاذ هذا العقد على ذلك الجزء المبيع فقط، إذ ليس له أن يغيّر موضوع حقه فيجعله شائعاً، على خلاف مقتضى سنده⁴⁸¹. وبينت محكمة النقض أنه ليس له المطالبة بتسليم المبيع مفرزاً أيضاً، لأنه ليس للشريك وضع يده على جزء مفرز قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً ولا يكون للمشتري حقوق أكثر من سلفه، هذا ما يترتب عليه القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون⁴⁸².

ثانياً: حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين:

1- حق المتعاقدين في إبطال التصرّف:

بما أن العقد صحيح بين المتعاقدين هذا يعني أنه ليس لهما طلب إبطاله. لكن يجوز للمتصرّف إليه طلب الإبطال إذا كان واقعاً في غلط جوهري، أي لم يكن عالماً بحالة الشيوع، فله طلب الإبطال وفقاً للقواعد العامة وقبل أن تتم القسمة، كما له إجازة العقد، أما إذا لم يكن واقعاً في غلط فليس له طلب الإبطال قبل القسمة⁴⁸³. فإذا قرّر المشتري استخدام حقه في إبطال التصرّف، يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيلتزم البائع برد الثمن، ويلتزم المشتري برد المبيع إذا كان قد تسلمه⁴⁸⁴.

ويرى جانب من الفقه بأن المتصرّف إليه ولو كان سيء النية عالماً بأن الشريك لا يملك المال مفرزاً، له الحق بإبطال التصرّف، لأن نص المادة 781 الفقرة 1 ق. م. س سكت عن منعه من العدول⁴⁸⁵. لكن

⁴⁸⁰ الطعن 383 لسنة 57 ق. جلسة 1990\7\25. مكتب فني 41. ج2. ق251. ص: 467. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

⁴⁸¹ نقض 1981\5\5 سنة 32 الجزء الثاني ص 1374. وارد في الناصوري والثوري. (1990). ص: 561.

⁴⁸² نقض 1984\2\28 طعن 1087 لسنة 50 ق. وارد في طلبه، (1990)، ج8. ص: 399.

⁴⁸³ السنيهوري (د.ت) ج8. ص: 873.

⁴⁸⁴ مخازني، (2004 - 2005). ص: 133.

⁴⁸⁵ الجبوري، (2014). ص: 38.

التصرف قد تم بموجب عقد، ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين⁴⁸⁶. والعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون⁴⁸⁷، فالعقد ملزم للمشتري لا يكون له الإبطال إلا إذا كان واقعاً في غلط.

ولأن عقد البيع رضائي، فهو يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، يكون العقد ملزماً لكل من البائع والمشتري. فحتى لو كان هذا التصرف غير مستقر، لا يكون للمشتري التراجع عن العقد في حال كان عالماً بالشئوع وقت البيع، والمطالبة بالإبطال على أساس أن البائع لا يملك المبيع مفرزاً، فإنه ليس للشريك البائع أيضاً أن يتراجع عن العقد ويطلب بإبطاله على أساس أنه لا يملك إلا حصّة شائعة، وإن كان ذلك لا يمنع كل من البائع والمشتري من الاتفاق على التنازل (التقاييل) بينهما.

2- لا يكون المتصرف إليه شريكاً في الشئوع:

بما أنه لا يمكن تسجيل بيع جزء مفرز قبل القسمة، لا تنتقل الملكية للمشتري ولا يصبح شريكاً في الشئوع. وعلى الرغم من أن الاجتهاد المصري مستقر على صحة بيع جزء مفرز، مع ذلك لا يصبح المتصرف إليه شريكاً في الشئوع. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: (...أما إذا كان البيع منصّباً على جزء مفرز من العقار الشائع فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر شريكاً ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء...) ⁴⁸⁸. حيث يظل المتصرف معتبراً شريكاً في الشئوع. وتكون العبرة لرأيه فيما يتعلق بإدارة المال الشائع والمتصرف فيه ⁴⁸⁹. كما لا يكون له المطالبة بالقسمة، ذلك أن حق طلب القسمة حكراً على الشركاء بموجب نص المادة 788 ق. م. س.

وليس له استخدام رخصة الشفعة التي مازال مأخوذاً بها في القانون المصري، إذ تظل هذه الرخصة من حق الشريك البائع، فيظل معتبراً شريكاً في نظر باقي الشركاء ⁴⁹⁰. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض، كما ليس

⁴⁸⁶ المادة 92 ق. م. س.

⁴⁸⁷ القضية 3258 أساس لعام 1992. قرار 590. تا 1992\3\19. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1993. السنة

58. العددان 9 و 10. القاعدة 499. ص: 903- قضاء المحاكم.

⁴⁸⁸ نقض 1992\12\26 طعن 985 س 56 ق. وارد في طلبه (2004). ص: 54.

⁴⁸⁹ د. غانم. اسماعيل. الفقرة 80. هامش 4. ص 179. 180. د. كيره. حسن. الفقرة 92. ص: 184. وارد في سعد، (2003). ص: 163.

⁴⁹⁰ فرج، (1988). ص: 211.

له الأخذ برخصة الاسترداد إذا تصرف أحد الشركاء لأجنبي⁴⁹¹. وعلى الرغم من أن المتصرف إليه لا يصبح مالكا ولا يتمتع بحقوق الشركاء. لكنه يملك حماية وضع يده بدعاوى الحيازة⁴⁹².

أما إذا كان تصرف الشريك منصبا على كامل المال الشائع، فإنه يصبح شريكا في الشيوع بنسبة حصته في المال الشائع؛ لأن الشريك بتصرفه بكامل المال الشائع قد تصرف ضمنا بحصته الشائعة⁴⁹³. وبما أنه يعتبر شريكا بنسبة حصة الشريك المتصرف، فتكون له حقوق الشركاء. وذلك لا يكون متوافقا مع القانون السوري الذي لا يجيز تسجيل مثل هذا التصرف وبالتالي لا تنتقل الملكية إلى المشتري حتى بالنسبة لحصة الشريك المتصرف.

الفرع الثاني: آثار التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين:

لا يمكن لمشتري جزء مفرز في القانون السوري تسجيل عقده قبل حصول القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك البائع، وبما أن انتقال الملكية له متوقف على تسجيل حقه في السجل العقاري، لا يكون له التمسك بحقه اتجاه الغير، فلا يكون له الاحتجاج بحقه اتجاه بقية الشركاء حيث يظل العقد غير نافذ في حقهم. وقد كفل المشرع حماية حقوق الشركاء على النحو التالي:

أولاً: الحق في رفع دعوى الاستحقاق:

للشركاء الآخرين في سبيل حماية حقهم في الجزء المتصرف فيه رفع دعوى الاستحقاق⁴⁹⁴، كما لهم رفع هذه الدعوى في حال التصرف بكامل المال الشائع⁴⁹⁵. ودعوى الاستحقاق الهدف منها تأكيد حقوق الشركاء الشائعة في الشيء المتصرف به وليس الحصول على جزء معين من تلك العين⁴⁹⁶. لأن دعوى الاستحقاق هي دعوى مستقلة بنصوصها وشروطها ولا تقع تحت النصوص المتعلقة بدعوى تثبيت البيع، وإنما تخضع للقواعد

⁴⁹¹ السنيهوري (د.ت) ج8. هامش2. ص: 874.

⁴⁹² طلبية، (2004). ص: 31.

⁴⁹³ السنيهوري (د.ت) ج 8. ص: 880. النشار، (2000). ص: 216. أبو السعود، (2002). ص: 544.

⁴⁹⁴ لم يكن جائزا في ظل القانون المدني المصري السابق رفع دعوى الاستحقاق إلا بعد تمام القسمة. وعدم وقوع المبيع في نصيب الشريك البائع إنما في نصيب شريك آخر. وذلك كان متناسبا مع الاتجاه الذي كان سائدا. حيث كان يعتبر البيع معلقا على القسمة. وارد في الصدة، (1982). ص: 187.

⁴⁹⁵ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 380.

⁴⁹⁶ د. غانم. اسماعيل. الفقرة 76. ص 165. وارد في سعد، (2003). ص: 161.

الواردة في القانون المدني لجهة دعوى الاستحقاق والتعرض من الغير⁴⁹⁷. أمّا في القانون المصري فأجاز إلى جانب ذلك، إذا كان البيع وارداً على كامل المال الشائع، كان للشركاء الآخرين رفع دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة⁴⁹⁸.

ثانياً: المطالبة باسترداد الحيازة:

لمالك الحصة على الشيوع في عقار طلب استرداد حيازته من واضع اليد عليه ولا يتوقف ذلك على طلب باقي الشركاء ولا على إزالة الشيوع⁴⁹⁹. لكن يختلف الأمر إذا كان واضع اليد أحد الشركاء. فالاجتهاد مستقرٌّ على أنه لا يمكن طلب استرداد الحيازة من شريك آخر⁵⁰⁰. فإذا كان المالك في الشيوع قد وضع يده على جزءٍ مفرزٍ من العقار يساوي حصته فلا يحقّ لأحد من الشركاء انتزاع هذا القدر منه وليس لهم سوى طلب القسمة أو مقابل الانتفاع⁵⁰¹. وقد بيّنت محكمة النقض السورية الحالات التي يمكن فيها نزع الحيازة من الشريك في الشيوع، فقد قرّرت: (إنّ كلّ مالك على الشيوع يملك كلّ ذرّة من العقار المشتاع، وأنّه من الثابت قانوناً وفقهاً واجتهاداً عدم جواز مطالبة شريكٍ لشريكٍ آخر باسترداد الحيازة مالم يثبت وجود إفراز أو مقاسمة يؤيد ذلك)⁵⁰². أي يمكن استرداد الحيازة من الحائز ولو كان شريكاً في الشيوع في حال وجود قسمة أو إفراز.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية أيضاً إلى عدم جواز نزع الحيازة من الشريك في الشيوع، وحتى يكون للشريك وضع يده على جزءٍ مفرزٍ من المال الشائع ولو جاوز نصيبه، ولا يكون للشركاء الآخرين سوى طلب القسمة أو مقابل الانتفاع. فإنّه يُشترط لذلك ألا تكون حيازة الشريك واضع اليد غير مشروعة أو محلاً لعقد

⁴⁹⁷ القضية 2471 أساس لعام 1997. قرار 1964. تا 1997\12\21. محكمة النقض - الغرفة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1999. السنة 64. العددان 11 و12. ص: 1068 - قضاء المحاكم.

⁴⁹⁸ الطعن 214 لسنة 40 ق، جلسة 1975\11\11، س 26 ص 1388، وارد في س. خليل، أحمد محمود، 2007، ص 124. ينصّ الاجتهاد على أنّ: (تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد على حصته، لا ينفذ في حقّ الشركاء الآخرين فيما يتعلّق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحقّ لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة).

⁴⁹⁹ القضية أساس 123 لعام 2019. قرار 95. تا 2019\12\23. محكمة النقض - الغرفة المخاصمة وردّ القضاة - مخاصمة عقارية. مجلة المحامون لعام 2020. السنة 85. ص: 199.

⁵⁰⁰ أساس 229 لعام 2018. قرار 205. تا 2018\11\6. محكمة النقض - غرفة المخاصمة وردّ القضاة. مجلة المحامون لعام 2019. السنة 84. الأعداد 5. 6. 7. 8. القاعدة 4. ص: 349 - قضاء المحاكم.

⁵⁰¹ نقض مصري 1974\12\3. طعن 341 س 39 ق. وارد في طلبية، (1990). ص: 359.

⁵⁰² القضية أساس 57 لعام 2019. قرار 6. تا 2019\2\12. محكمة النقض - الغرفة المخاصمة وردّ القضاة. مجلة المحامون لعام 2020. السنة 85. القاعدة: 3. ص: 170.

ينظّمها أو ينظّم انتقالها بين الشركاء⁵⁰³. لذا إذا كان الشّريك في الشّيوخ يضع يده على ذلك الجّزء من المال الشّائع بوصفه مالكاً ويخضع في علاقته مع باقي الشّركاء لأحكام الشّيوخ، يختلف إذا كان وضع يده بصفة مستأجر مثلاً، إذ أنّ أحكام عقد الإيجار هي التي تطبّق في هذه الحالة، فإذا سلّم العين للمتصرّف إليه كان لباقي الشّركاء أو مدير الشّيوخ طلب إخلاء العين، أمّا حيازة الشّريك كمالك هي التي لا يمكن استردادها منه، ويشترط فيها أن يكون وضع اليدّ برضا الشّركاء في البداية⁵⁰⁴. فإذا وضع الشّريك يده على حصّته مفرزاً يمكنه نقل هذا الحقّ إلى المشتري. فقد قضت محكمة النقض بأنّ عقد البيع-ولو لم يكن مشهراً- ينقل إلى المشتري منفعة المبيع وكافّة الحقوق المتعلّقة به، ومن ثمّ يكون للمشتري أن يحلّ محلّ البائع في هذه الحقوق قبل باقي الشّركاء المشتاعين في العقار ومنها تمكينه من الانتفاع بما كان البائع له يضع اليد عليه ويحوزه وينتفع به بما يوازي حصّته في هذا العقار⁵⁰⁵.

اتفقت كلّ من محكمة النقض السّوريّة والمصريّة على أنّه لا يمكن استرداد الحيازة من أحد الشّركاء في الشّيوخ، ولا يمكن سوى المطالبة بالقسمة أو المطالبة بمقابلٍ للانتفاع. وبينت محكمة النقض المصريّة أنّه يشترط أن يكون وضع يد الشّريك برضاء باقي الشّركاء في البداية حتّى يُمتنع استرداد الحيازة منه إذا كانت حيازته كمالك. لكن المشرّع المصري جعل من امتناع الشّريك عن تسليم أحد الورثة نصيبه من الميراث جنحة يعاقب عليها القانون، وذلك بموجب المادّة 49⁵⁰⁶ من القانون رقم 219 لعام 2017 المعدل لبعض أحكام المواريث في قانون الأحوال الشّخصيّة، والتي ليس لها مقابل في القانون السّوريّ.

ثالثاً: استخدام رخصة الشّفعة:

ذهبت محكمة النقض المصريّة أنّ للشّركاء استخدام رخصة الشّفعة ولو تصرّف الشّريك في قدرٍ مفرز، إذ قرّرت أنّه: (يدلّ نصّ المادتين 826، 936 من القانون المدني على أنّ للمالك على الشّيوخ أن يبيع ملكه

⁵⁰³ الطّعن 160 لسنة 69 ق. جلسة 2000\1\17. وارد في خليل، (2007). ص: 143.

⁵⁰⁴ طلبية، (2004). ص: 37-38.

⁵⁰⁵ نقض 1994\3\6. طعن 1583 س 57 ق. وارد في طلبية، (2004). ص: 39.

⁵⁰⁶ تنصّ المادّة 49 على أنّ: (مع عدم الإخلال بأيّ عقوبة أشدّ ينصّ عليها أيّ قانون آخر، يعاقب بالحبس مدّة لا تقلّ عن ستّة أشهر وبغرامة لا تقلّ عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلّ من امتنع عمداً عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث، أو حجب سنداً يؤكّد نصيباً لو ارث، أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أيّ من الورثة الشرعيين...)

محددًا مفرزاً ويقع البيع صحيحاً، وإن كانت حالة التّحديد هذه تظلّ معلقةً على نتيجة القسمة أو إجازة الشّركاء في الشّيوخ، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدّد به محلّ البيع لا يحاجّ به سائر الشّركاء في الشّيوخ طالما لم تتمّ القسمة قضاءً أو رضاءً، ممّا يعتبر معه هذا التّصرّف بالنّسبة لهم في حكم التّصرّف في قدرٍ شائع، فإنّه ينبغي على هذا أن يثبت لهم حقّ الشّفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح نصّ المادّة 936 سالف الذّكر⁵⁰⁷.

كما بيّنت هذه المحكمة في حكم آخر مناطق حقّ الشّركاء بالأخذ بالشّفعة في هذه الحالة، حيث قرّرت أنّه: (...وعلى ذلك فإنّه يستوي في ثبوت هذا الحقّ أن يكون الشّيء المبيع حصّةً شائعة أم قدراً مفرزاً في العقار الشائع إذ المناطق فيه هو قيام حالة الشّيوخ في العقار الذي بيع قدر منه دون اعتداد بما إذا كان هذا القدر مفرزاً أو شائعاً..)⁵⁰⁸.

رابعاً: استخدام رخصة الاسترداد:

لا يمكن للشّركاء استخدام رخصة الاسترداد إلّا إذا كان المال المتصرّف فيه منقولاً أو عقاراً في مجموعة أموال، كما لا يمكن استخدام هذه الرّخصة إلّا إذا كانت هذه الأموال شائعة وكان المتصرّف فيه حصّةً شائعة. ويذهب الرّأي الرّاجح في الفقه إلى أنّه لا يكون للشّركاء الأخذ برخصة الاسترداد في مواجهة مشتري جزءٍ مفرز؛ لأنّ هذا البيع غير نافذٍ في مواجهتهم، ولا يصبح المشتري شريكاً معهم في الشّيوخ فتنتفي الحكمة من الاسترداد⁵⁰⁹. في حين يذهب رأي آخر إلى جواز الأخذ بالاسترداد ذلك أنّ مشتري الجزء المفرز يصبح شريكاً في الشّيوخ بالنّسبة لحصّته⁵¹⁰.

إذا كانت الحكمة من استخدام رخصة الاسترداد منع دخول شريكٍ أجنبيٍّ معهم، وبما أنّ مشتري الجزء المفرز لا يصبح شريكاً في الشّيوخ، وبذلك تنتفي الحكمة من استخدام هذه الرّخصة، ولا يكون للشّركاء الأخذ بها.

⁵⁰⁷ الطّعن رقم 538 لسنة 51 قضائية. نقض 12\23\1986. ورد في الدّناصري والشّواربي، (1990). ص 464.

⁵⁰⁸ الطّعن 2588 لسنة 56 ق. جلسة 1991\5\23. ورد في خليل، (2007). ص: 131.

⁵⁰⁹ الصّدة، (1982). ص: 196. طلبية، (1998). مرجع سابق. ص: 620. السّنهوري، (د.ت) ج 8. ص: 856.

⁵¹⁰ رأي الدّكتور عبد الفتاح عبد الباقي. الفقرة 143 ورد في الصّدة، (1982). ص: 856 - الهامش 2.

من جانبٍ آخر فإنَّ الحكمة من استخدام رخصة الشفعة هي ذاتها، ومع ذلك نجد أنَّ الاجتهاد المصري أجاز للشركاء استخدام رخصة الشفعة، وقد ينطوي ذلك على إعطاء مسألتين متشابهتين أحكاماً مختلفة.

المطلب الثاني: آثار تصرّف الشريك في شيءٍ مفرز بعد القسمة:

تترتب مجموعة من الآثار بعد قسمة المال الشائع سواء كانت العين المتصرّف فيها جزءاً مفرزاً أو كان التصرّف وارداً على كامل المال الشائع، فما هي الآثار التي ستترتب وهل ستختلف تلك الآثار فيما إذا كان التصرّف وارداً على جزءٍ مفرز أو كان وارداً على كامل المال الشائع؟

وبما أنَّ المشرّع قد خصّ بيع الجزء المفرز بحكمٍ ينصّ على انتقال حقّ المتصرّف إليه إلى ما يقع في نصيب الشريك المتصرّف، هذا يثير التساؤل حول الألية التي تمكّن من انتقال حقّ المتصرّف إليه إلى النصيب الذي يختصّ به الشريك المتصرّف؟

في هذا المطلب لا بدّ من دراسة آثار تصرّف الشريك وفقاً لمحلّ تصرّفه (الفرع الأول)، ومعرفة آلية انتقال حقّ المتصرّف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرّف نتيجةً للقسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار تصرّف الشريك وفقاً لمحلّ تصرّفه:

يترتب على التصرّف بجزءٍ مفرز وهي الحالة التي تناولها المشرّع مجموعة من الآثار بعد القسمة، وهذه الآثار قد تختلف عن الآثار التي تترتب على التصرّف بكامل المال الشائع وهي الحالة التي لم يتناولها المشرّع. وهذا ما سيتمّ تناوله على النحو التالي: آثار التصرّف في جزءٍ مفرز بعد القسمة (أولاً)، آثار التصرّف في كامل المال الشائع بعد القسمة (ثانياً).

أولاً: آثار التصرّف في جزءٍ مفرز بعد القسمة:

إذا تمّت قسمة المال الشائع بين الشركاء، فإنّها تكون نافذةً بين المتعاقدين ولولم تسجّل، وتصبح نافذةً اتجاه الغير إذا سُجّلت، وبما أنَّ الغير هو من اكتسب حقّاً عينياً على العقار وقام بتسجيل حقه في السجّل العقاري قبل القسمة، وبما أنَّ المشرّع السوري لا يجيز التصرّف في جزءٍ مفرز وأنّه ليس له إلا حقوق شخصية اتجاه البائع، وبالتالي لا يعدّ من الغير. ولا يصبح شريكاً على الشيوع حتّى في حدود حصّة الشريك البائع الشائعة

في الجزء المبيع⁵¹¹. ولن تكون له حقوق الشركاء. وبما أنه لن يتمتع بحقوق الشركاء فلن يكون له الحق بالتمثيل في القسمة أو المطالبة بها. فلا تسمع دعوى بقسمة المال الشائع إلا ممن يملك حصّة فيه⁵¹². وتكون القسمة نافذة في مواجهته في جميع الأحوال.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية أيضاً، فقد قرّرت أنه: (بيع الشريك في العقار الشائع قدراً مفرزاً قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشتري -بالتطبيق بالفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني- شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله في القسمة حتّى لو سَجَل عقده قبل القسمة)⁵¹³. ومع أنّ الاجتهاد المصري استقرّ على جواز التصرف في قدر مفرز من المال الشائع واعتبره صحيحاً، ولكنّه لم يعدّ المشتري من الغير ولو سَجَل عقده قبل القسمة، وبالتالي تكون القسمة نافذة في مواجهته في جميع الأحوال. فذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: (...القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءاً مفرزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كلّ متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة)⁵¹⁴.

فإذا تمت قسمة المال الشائع قد يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، وقد يقع في نصيبه جزء آخر من العين نفسها، أو قد تقع حصّته في عين أخرى، وقد يختصّ بمبلغ من المال بموجب القسمة.

1- وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف بموجب القسمة:

إذا وقع الجزء المفرز المباع في نصيب الشريك المتصرف، أصبح التصرف صحيحاً منذ وقت إبرامه⁵¹⁵. وليس من وقت القسمة. وفي هذه الحالة لن يكون للمشتري المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في الغلط ولو لم يكن

⁵¹¹ د. كيره. حسن. تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع. فصله من مجلة كليات الحقوق. العددان الثالث والرابع لعام 1962-1963. ص 37-42. وورد في سوار، (2005-2006-أ). ص: 381.

⁵¹² القضية 2220 أساس لعام 1990. قرار 1971. تا 1990\8\27. محكمة النقض - الدائرة المدنية الثانية. مجلة المحامون لعام 1991. السنة 56. الأعداد 4. 5. 6. القاعدة 145. ص: 364-اجتهاد المحاكم.

⁵¹³ الطعن 2123 لسنة 50 ق. جلسة 1984\11\25. س 35 ص 1894. وورد في خليل، (2007). ص: 127.

⁵¹⁴ نقض 1980\12\9. طعن 161 س 47 ق. وورد في طلبية، (1989). ص: 546.

⁵¹⁵ السرميني والترماني، (1986). ص: 374.

أجازه قبل القسمة؛ لأنَّ البائع يكون قد نفذَّ العقد على الوجه الذي قصده المشتري وذلك بموجب المادة⁵¹⁶ 125 ق. م. س⁵¹⁷.

وكذلك الرهن الذي يعقده أحد الشركاء على جزءٍ مفرز يصبح باتاً صحيحاً وناظراً في مواجهة الشركاء⁵¹⁸. أما إذا آلت ملكية كامل العقار الشائع للمتصرف إليه بأي سبب من أسباب انتقال الملكية استقرَّ التصرف على الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع قبل القسمة، وذلك قياساً على رهن الحصّة الشائعة والتي تستقرّ على ما وقع عليه الرهن قبل القسمة ولو تملك الشريك الرّاهن كامل المال الشائع⁵¹⁹.

2- وقوع جزء آخر في نصيب المتصرف:

قد يقع الجزء المبيع في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف، وقد نصَّ المشرع على حكم هذه الحالة بموجب الفقرة الثانية من المادة 781 ق. م. س. والتي جعلت مصير التصرف في جزءٍ مفرز معلقاً على نتيجة القسمة، حيث ينتقل حق المشتري إلى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك البائع. وأما من يرى بأن بيع جزء مفرز من المال الشائع بيعٌ لملك الغير بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين، فإنهم يعتبرون حكم هذه المادة خروجاً عن القواعد العامة المقررة لبيع ملك الغير⁵²⁰.

ويرى جانبٌ كبيرٌ من الفقه أن انتقال حق المشتري بموجب المادة 781 ق. م. س إلى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك البائع يكون بموجب الحلول العيني⁵²¹. والأخذ بالحلول العيني هنا ليس إلا وسيلةً للإبقاء على

⁵¹⁶ المادة 125: (1) - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

2- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد).

⁵¹⁷ د. غانم. اسماعيل. ص 168. الفقرة 77. و د. منصور. منصور مصطفى. ص: 171. الفقرة 69. وارد في السنهاوري، (د.ت). ج. 8. الفقرة 529. ص: 87.

⁵¹⁸ تتأغو، (1996). ص: 88.

⁵¹⁹ الجبوري، (2014). ص: 25.

⁵²⁰ الحكيم. (2005 - 2006). ص: 97.

⁵²¹ طلبة، (1989). ص 539. السنهاوري، (د.ت). ج. 8. ص: 876. الصدة، (1982). ص: 182. تتأغو، (1996). ص: 88

التَصَرَّف⁵²². وإذا كان التَصَرَّف رهناً انتقل حقّ الدّائن المرتهن إلى الجِزء الذي اختصّ به الشّريك الرّاهن بموجب الحلّ العيني أيضاً وليس أثراً للقسمة، فالقسمة ترد على محلّ الرّهن وليس على الرّهن ذاته⁵²³.

كما أنّ الاجتهاد المصريّ يرى أن الحلّ العينيّ هنا هو أساس انتقال حقّ المشتري، فقد ذهب محكمة النقض إلى أنّ: (... فإن وقع الجِزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطّاعن، وإن لم يقع حلّ الطّاعن بحكم الحلّ العيني من الجِزء المفرز المبيع إلى الجِزء المفرز الذي يؤوّل إلى المطعون عليه بطريق القسمة...) ⁵²⁴.

ولابدّ هنا من التّمييز إذا كان المشتري عالماً بحالة الشّيع أو غير عالمٍ بها. فإذا لم يكن المشتري يعلم أنّ البائع يمتلك المبيع شائعاً يظلّ العقد قابلاً للإبطال لمصلحته إذا لم يكن قد أجازته من قبل⁵²⁵. فله أن يطلب إبطال التَصَرَّف لوقوعه في غلط. ولأنّ انتقال حقّه إلى جزءٍ آخر غير الذي تعاقد عليه قد يفوّت الغرض الذي تعاقد عليه من أجله⁵²⁶. فإذا أجاز البيع قبل حصول القسمة أو بعد حصولها فليس له العودة والمطالبة بالإبطال⁵²⁷. أمّا إذا كان المشتري عالماً بحالة الشّيع لا يكون له المطالبة بإبطال البيع؛ لأنّه ليس واقعاً في غلط إذ أنّه يكون على بينة من مصير التَصَرَّف قبل القسمة. ولأنّ علمه يعني رضاه بما سيقع في نصيب الشّريك الذي تصرّف إليه⁵²⁸.

وبما أنّ حقّ المتصرّف إليه يتركز في ذلك الجِزء يكون له رفع دعوى الاستحقاق على حائزه، سواء كان أحد الشّركاء أو خلفاً عاماً أو خاصاً له، لطرده من ملكيّته واستلامها هو⁵²⁹. أمّا إذا كان المتصرّف إليه هو من كان واضحاً يده على جزء غير الذي اختصّ به المتصرّف بموجب القسمة، كما لو كان حائزاً للجزء الذي تضمّنه سنده ثم أجاز البيع بعد علمه بشيوع المبيع مثلاً. في هذه الحالة تكون حيازته مجردة من السّند إذ إنّ القسمة حجّة

⁵²² الصّدة، (1982). ص: 182.

⁵²³ تناغو، (1996). ص: 88-89.

⁵²⁴ نقض 1980/3\25 طعن 910 س 45 ق. وارد في طلبه، (2004). ص: 43.

⁵²⁵ السّنهوري، (د.ت)، ج.8. ص: 871.

⁵²⁶ الصّدة، (1982). ص: 182.

⁵²⁷ طلبه (2004). ص: 41-42.

⁵²⁸ النّشار، (2000). ص: 182.

⁵²⁹ طلبه، (2004). ص: 49.

عليه، وتخلص ملكية ذلك الجزء لمن اختص بها مطهرًا من هذا التصرف، ويكون لصاحب الحق استلام المبيع من تحت يده ولو لم يكن حقه مسجلًا⁵³⁰.

ولن يكون للمشتري في هذه الحالة أن يطالب بالحكم بصحة عقد البيع على الجزء المبيع له قبل القسمة. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: (.... لا يكون لمن اشترى جزءاً مفزراً لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة، أن يطلب بالحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفزّر المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة)⁵³¹. فإذا طالب المشتري بصحة عقد البيع على ذلك الجزء، يكون للشريك الذي وقع ذلك الجزء في حصته التدخل في الدعوى ويرفضها؛ لأنه قد أصبح مالكاً ملكية مفزرة لذلك الجزء بينه وبين بقية المتقاسمين، وذلك وفقاً لنص المادة 10 من قانون الشهر العقاري رقم 114⁵³².

ولكن قد يكون الجزء الذي اختص به البائع مختلفاً في مقداره عما اتفق عليه مع المشتري، فلا يتفق الفقه في هذه الحالة أيضاً. حيث يرى جانب من الفقه، أنه للمشتري فسخ العقد إذا كان الفارق جسيماً، ولكن عليه أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بهذا الفرق، وقد نصّ المشرع على حكم هذه المسألة في المادة⁵³³ 401 ق. م. س.⁵³⁴. بينما يرى اتجاه آخر أنه في حال وجود فرق بين الجزء المتصرف فيه والجزء الذي اختص به البائع، يقتصر الأمر على تعديل الثمن رضاءً أو قضاءً⁵³⁵. وينتقد الرأي الثاني بأنه يؤدي إلى إلزام المشتري بقدر من المبيع لم يرضى به أو لا يقدر على شرائه، وبما أن نصّ المادة 781 ق. م. س حكم استثنائي عن

⁵³⁰ الطعن 686 لسنة 48 ق. تا 1981\12\13. مكتب فني 32 ج 2 ق 414. ص: 2277. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2023/07/686-48-13-12-1981-32-2-414-2277.html>

⁵³¹ طعن 679. 725. 743. جلسة 19\12\1985. سنة 51 قضائية. وارد في طلبية، (1998). ص: 607.

⁵³² الذناصوري والشواربي، (1990). ص: 463.

⁵³³ المادة 401: (1- إذا عيّن في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف مالم يتفق على غير ذلك. على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامّة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتمّ العقد).

2- أمّا إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة. وجب على المشتري. إذا كان المبيع غير قابل للتعويض أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة. فيجوز له أن يطلب فسخ العقد. وكلّ هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه).

⁵³⁴ الحكيم، (2005-2006). ص: 99.

⁵³⁵ طلبية (2004). ص: 16.

القواعد العامة، فلا يمكن تفسيره إلا تفسيراً ضيقاً، وبالتالي لا بدّ من تطبيق أحكام المادة 401 ق. م. س، والتي تجيز فسخ العقد في حالة جسامه الفرق بين المبيع وما اختصّ به الشريك البائع⁵³⁶.

ويرى الفقه أنّ الحكم يختلف إذا كان ما وقع في نصيب الشريك البائع جزءاً آخر من العين ذاتها، أو وقع جزءاً من عينٍ أخرى غير المبيعة في حصته. وذلك لأنهم يجدون أنّ المقصود من نصّ الفقرة الثانية من المادة 781 ق. م. س يقتصر على حالة اختصاص الشريك البائع بجزءٍ مفرزٍ من العين ذاتها دون حالة اختصاصه بجزءٍ مفرزٍ من عينٍ أخرى⁵³⁷. وبالتالي فإنّ نصّ الفقرة الثانية من المادة 781 ق. م. س ليس إلا حكماً استثنائياً يطبق إذا وقع في نصيب الشريك البائع جزءاً آخر غير المبيع ولكن من العين ذاتها⁵³⁸.

وإذا كان التصرف رهناً انتقل حقّ الدائن المرتهن إلى ما اختصّ به الشريك الرهن، وبمقدار يعادل قيمة الجزء المرهون⁵³⁹. أي أنّ الأحكام المتعلقة برهن جزءٍ مفرزٍ هي ذاتها المتعلقة برهن حصّةٍ شائعةٍ بعد القسمة⁵⁴⁰. ويتبيّن أنّ المشرع المصري يفضل دائماً الرهن الذي صدر من جميع الشركاء على الرهن الصادر من أحدهم، سواء رهن الشريك جزءاً مفرزاً أو حصّةً شائعةً وذلك بموجب نصّ المادة 1039⁵⁴¹ ق. م. م. ولا يتضمّن القانون السوري نصّاً مماثلاً، فقد نصّ على انتقال حقّ الدائن المرتهن إلى ما قد يقع في نصيب الشريك الرهن، دون أن ينصّ على تفضيل الرهن الصادر من جميع الشركاء على الرهن الصادر من أحدهم، لكن ذلك لا يُثير إشكالاً إذا كان التصرف وارداً على جزءٍ مفرزٍ، لأنّه يمكن تسجيل الرهن الصادر من جميع الشركاء في القانون السوريّ فهو تصرفٌ صحيحٌ ونافذٌ في مواجهة جميع الشركاء، ولا يمكن تسجيل التصرف الصادر من أحد الشركاء بجزءٍ مفرزٍ من المال، فيفضّل الرهن الصادر من جميع الشركاء على الرهن الصادر من أحدهم

⁵³⁶ الحكيم، (2005-2006). ص: 99- الهامش.

⁵³⁷ الصّدة، (1982). ص: 184.

⁵³⁸ الحكيم، (2005-2006). ص: 98.

⁵³⁹ وارد في الشنهوري، (د.ت.). ج10. ص: 334.

⁵⁴⁰ سعد (2010). ص: 81. تناغو، (1996). ص: 89.

⁵⁴¹ المادة 1039 ق. م. م. (...ولا يضرّ انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين).

دون الحاجة إلى نصٍّ مماثل لنصّ المادة 1039 ق. م. س. إلا أنّ مثل هذا النصّ يكون مؤثراً في حال التصرف بحصة شائعة. لذا حبذا لو أخذ المشرع السوري بنصّ تشريعيٍّ مماثل⁵⁴².

وإذا كان ما جاءت به الفقرة الثانية من نصّ المادة 781 ق. م. س حكم استثنائي يطبق إذا وقع في نصيب الشريك البائع جزء مفزّ من العين ذاتها. فإنّ المادة 1073 ق. م. س تطبق إذا وقع في نصيب الشريك الزامن جزء من نطاق المال الشائع وليس بالضرورة من العين ذاتها، وهذا الاختلاف مقبول، لأنّ الأهمّ بالنسبة للرهن هو القيمة التقدية للشيء المرهون⁵⁴³.

استقرار بيع جزء مفزّ على الجزء الذي يقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة يتطلب أولاً أن يقع في نصيب الشريك البائع جزء آخر من العين ذاتها، وثانياً أن يكون عالماً أنّ البائع لا يملك المبيع مفزراً، أو كان جاهلاً لحالة الشيوع ولكنه أقرّ التصرف سواء قبل القسمة أو بعدها. وهي ذات الشروط المطلوبة إذا كان التصرف رهناً، لكنّ دون تمييز إذا وقع في نصيب الزامن جزء من العين ذاتها أو جزء من عينٍ أخرى.

3- وقوع مبلغ من المال في نصيب الشريك المتصرف:

يرى جانب من الفقه أنّه إذا اختصّ الشريك في الشيوع بمبلغ نقديٍّ بموجب القسمة كان للمشتري أن يطلب الإبطال على أساس أن البيع قد ورد على ملك الغير بموجب نصّ المادة 401 ق. م. س⁵⁴⁴. بينما يرى اتّجاه آخر أنّه يمكن للمتصرف إليه إبطال العقد على أساس وقوع المتصرف إليه في غلطٍ جوهريٍّ في محلّ العقد، ويكون له طلب الإبطال دون التمييز فيما إذا كان عالماً بحالة الشيوع أو غير عالم⁵⁴⁵. فإذا لم يُقرّر المشتري إبطال البيع كان له حقّ التّقدم لاستيفاء حقّه من ذلك المال⁵⁴⁶. كذلك ينتقل حقّ الدائن المرتهن إلى المقابل النقدي بموجب ما له من حقّ أفضليّة⁵⁴⁷.

4- وقوع منقول في نصيب الشريك المتصرف:

⁵⁴² شربا، (2013). ص: 161.

⁵⁴³ الصّدة، (1982). ص: 184.

⁵⁴⁴ الحكيم، (2005-2006). ص: 98. الصّدة، (1982). ص: 183.

⁵⁴⁵ الجبوري، (2014). ص: 23.

⁵⁴⁶ السّنهوري، (د.ت). ج 10. ص: 334.

⁵⁴⁷ الصّدة، (1982). ص: 183.

تناول المشرع حالة اختصاص الشريك البائع بجزء من عقار غير الجزء الذي ورد عليه التصرف، وأعطاه

الحق بإبطال التصرف إذا لم يكن يعلم بحالة الشيوع، ولكن ماذا لو وقع في نصيب الشريك البائع منقول؟

لا يمكن القول بتطبيق الفقرة الثانية من المادة 781 ق. م. س هنا، ولا يمكن القول بأن الشريك ليس له طلب الإبطال إذا كان عالماً بحالة الشيوع، لأنه قد ارتضى مسبقاً بما قد يقع في نصيب الشريك البائع، لأن نص هذه المادة نص خاص، وجعله المشرع مقتصرًا على حالة اختصاص الشريك البائع بعقار وليس بمنقول، ويمكن القول بأن المشتري في هذه الحالة له الإبطال لا على أساس وقوعه في غلط جوهري بجهله بحالة الشيوع، وإنما على أساس عدم تحقق شرط ضمني اتفق عليه المتعاقدان، وهو اختصاص الشريك بعقار سواء من العين ذاتها أو من عين أخرى، فيكون للمشتري إبطال التصرف سواء كان عالماً أو غير عالم بحالة الشيوع.

أما إذا كان التصرف رهناً تأمينياً فالخلاف الذي يقال به عند رهن حصّة شائعة يقال به عند رهن جزء مفرز، فالرهن التأميني لا يكون إلا على العقارات أما المنقول لا يرد عليه إلا الرهن الحيازي من حيث المبدأ.

ثانياً: آثار التصرف في كامل المال الشائع بعد القسمة:

1- وقوع المبيع كله في نصيب الشريك المتصرف: أصبح البيع صحيحاً بالنسبة لحصص الشركاء أيضاً،

وذلك بموجب أحكام المادة 435 الفقرة الثانية ق. م. س⁵⁴⁸. ولا يكون للمشتري حق طلب الفسخ⁵⁴⁹.

2- وقوع جزء من المبيع في نصيب الشريك البائع:

يصبح البيع نافذاً بالنسبة لحصّة الشريك، وباطلاً بالنسبة لحصص باقي الشركاء، وهذا الاتجاه يرى بأن المشتري لا يملك حق طلب الفسخ طالما كان عالماً بالشيوع؛ لأنه يعلم أساساً بما قد يترتب على القسمة من نتائج، وإنما له الحق بطلب الإبطال فقط إذا كان جاهلاً لحالة الشيوع، وذلك بسبب تفرق الصفقة عليه⁵⁵⁰.

بينما يرى اتجاه آخر أن للمشتري طلب فسخ البيع حتى ولو كان عالماً بالشيوع، فإذا وقع في نصيب الشريك البائع جزء مفرز من كامل المبيع، يكون للمشتري الخيار إما بأخذ تلك الحصّة فقط مع تعديل الثمن أو

⁵⁴⁸ الحكيم، (2005-2006). ص: 96.

⁵⁴⁹ السنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 879.

⁵⁵⁰ النشار، (2000). ص: 212-213.

أن يفسخ البيع لتفرّق الصّفقة⁵⁵¹. فلا بدّ من الرجوع لإرادة المتعاقدين لبيان ما إذا كان قصد المتعاقدين هو شمول البيع كامل العقار حتّى ينفذ البيع ويكون للمشتري هنا إبطال البيع، أو يستوي لديه وقوع أو عدم وقوع كامل العقار في نصيب الشّريك البائع، فلا يكون له هنا إبطال التّصرّف⁵⁵². أمّا إذا كان قد أجاز التّصرّف قبل القسمة أو بعدها لا يكون له طلب الفسخ، ولكن يمكن أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق⁵⁵³.

أمّا فيما يتعلّق برهن المال الشّائع فإنّ هذا الرّهن يستقرّ إذا وقع كلّ المال في نصيب الشّريك الرّاهن، ولا يمكن للمرتهن إبطاله على أساس أنّه صدر من غير مالك. أمّا إذا وقع جزء من المرهون في نصيب الشّريك الرّاهن، يتركّز الرّهن في ذلك الجزء⁵⁵⁴. وإذا وقع عقار آخر في نصيب الشّريك الرّاهن، انتقل الرّهن إلى الجزء الذي اختصّ به الشّريك الرّاهن، وذلك وفقاً لنصّ المادّة 1073 ق. م. س⁵⁵⁵. أمّا إذا وقع في نصيب الشّريك الرّاهن منقول فقد المرتهن حقّه بالرّهن، وإذا وقع في نصيبه مبلغ نقدي كان للدائن المرتهن حقّ التّقدم على ذلك المبلغ⁵⁵⁶. فيكون حكم التّصرّف في كل المال الشّائع إذا وقع في نصيب الشّريك الرّاهن منقول أو مبلغ نقدي حكم التّصرّف في جزء مفرز بعد القسمة. وبذلك فأحكام رهن المال الشّائع تحقّق مصلحة كلّ من الشّركاء والدائن المرتهن، حيث يحصل كلّ شريك على نصيبه مفرزاً خالياً من أيّ رهن يصدر من الغير، ويحقّق مصلحة الدائن المرتهن بأن ينتقل حقّه إلى ما يختصّ به الرّاهن رغم أنّ الرّهن لم يكن وارداً عليه⁵⁵⁷.

الفرع الثّاني: آلية انتقال حقّ المتصرّف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرّف نتيجة للقسمة:

ينتقل حقّ المتصرّف إليه⁵⁵⁸ بموجب المادتين 781 الفقرة 2 و 1073 الفقرة 1 ق. م. س إلى ما يقع في نصيب الشّريك بموجب القسمة، وقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى الأخذ بمبدأ الحلّ العيني لتبرير هذا

⁵⁵¹ السّنهوري، (د.ت) ج 8. ص: 879.

⁵⁵² الحكيم، (2005-2006). ص: 96.

⁵⁵³ السّنهوري، (د.ت) ج 8. ص: 878.

⁵⁵⁴ سعد، (2010). ص: 82.

⁵⁵⁵ سعد (2010). ص: 82.

⁵⁵⁶ السّنهوري (د.ت) ج 10. ص: 335-336.

⁵⁵⁷ تناغو، (1996). ص: 92.

⁵⁵⁸ لا تقرّ الشّريعة الإسلاميّة انتقال حقّ المتصرّف إليه إلى غير ما ورد عليه العقد إلّا بعقد جديد. الاستاذ الشّيخ علي الخفيف. الملكية في الشّريعة الإسلاميّة. ج2. ص74. مشار إليه في النّشار، (2000). ص: 195.

الانتقال، ومع ذلك فقد انتقد مبدأ الحلول العيني أيضاً كأساس قانوني يمكن الاستناد إليه لتبرير انتقال الحق في مثل هذه الحالة، واستند بعض الفقهاء إلى أسباب أخرى لتبرير هذا الانتقال، وهذا ما يبرر ضرورة معرفة أحكام الحلول العيني؟ وهل تطبق شروط الحلول العيني على بيع الجزء المفروز من المال الشائع أو رهنه؟ وإذا لم يكن الحلول العيني هو سبب انتقال الحق، فما هو أساس انتقال هذا الحق؟ لذا سيتم دراسة هذا الفرع وفقاً لما يأتي: تبرير انتقال حق المتصرف إليه في الجزء المفروز بفكرة الحلول العيني (أولاً)، تبرير انتقال حق المتصرف إليه في الجزء المفروز بغير الحلول العيني (ثانياً).

أولاً: تبرير انتقال حق المتصرف إليه في الجزء المفروز بفكرة الحلول العيني:

الحلول العيني هو تخصيص مالٍ معين أو مجموع من المال لغرضٍ معين فيخضع لنظامٍ قانونيٍّ معين، فإذا خرج هذا المال بتصرفٍ قانونيٍّ أو واقعةٍ مادية، فإن ما يبدل به هذا المال يحل محل ما بُدِّل به، فيخصص للغرض ذاته ويخضع للنظام القانوني ذاته⁵⁵⁹. وبما أنه يتم استبدال عينٍ بعينٍ أخرى سميّ حلوّاً عينيّاً، أي أنّ الاستبدال موضوعي، وهذا على خلاف لو بُدِّل شخصٌ بشخصٍ آخر وهو ما يسمّى حلوّاً شخصيّاً⁵⁶⁰. ولا بدّ أن تتوفر مجموعة من الشروط حتى يُعتبر الحلول العيني هو أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى ما اختصّ به الشريك المتصرف على النحو التالي:

- 1- وجود مالٍ أو مجموعة أموالٍ مخصصةّة لغرضٍ معين وتخضع لنظامٍ قانونيٍّ معين.
- 2- أن تستبدل العين الخارجة من المال بعينٍ أخرى.
- 3- أن تخصص العين الداخلة للمال للغرض ذاته الذي كانت مخصصةّة له العين الخارجة، وتخضع للنظام القانوني ذاته.

وقد بيّنت محكمة النقض المصرية شروط إعمال الحلول العيني إذا كان المال المتصرف فيه شائعاً، فقررت أن: (مؤدى نصّ المادة 826 من القانون المدني يدلّ على أنّه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقاً لهذا النصّ أن تجري قسمة بين الشركاء للمال الشائع، يكون من شأنها أن تؤدّي إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازي

⁵⁵⁹ السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 261.

⁵⁶⁰ شربا، (2013). ص: 149.

حصته في الشبوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع في الجزء المفزر الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إلا إذا أصاب المتصرف بالبيع حصّة مفزرة من المال الشائع، فإن اسفرت القسمة بين الشركاء على اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفزّر من المال الشائع مع بقاء الشريك مالكاً لحصّة شائعة فإنّه في هذه الحالة يمتنع إعمال الحلول العيني طالما أنّ نصيب البائع بقي شائعاً لم يتم إفرازه..⁵⁶¹

وقرّرت في اجتهاد آخر بأنّه: (لا مجال لإعمال الحلول العيني إلا إذا أصاب المتصرف بالبيع حصّة مفزرة من المال الشائع، فإذا زالت حالة الشبوع بتصرف البائع لكامل حقه لشريكه الآخر استحال في هذه الحالة أن يقع الجزء المفزر في نصيب البائع أو إعمال الحلول بعد أن آلت ملكيّة العقار كلّهُ إلى غير المتصرف وينتفي سند المشتري في وضع يده على ذلك الجزء المفزر من العقار قبل المالك له)⁵⁶².

حتّى يطبّق الحلول العيني في حال تصرف الشريك في الشبوع بجزء مفزّر أو حتّى بحصّة شائعة، يجب بالإضافة إلى الشروط السابقة أن يختص هذا الشريك بموجب القسمة بجزء مفزّر يعادل حصته، أمّا إذا تمّت قسمة جزئية وبقيت حصّة الشريك المتصرف شائعة، أو لم يختص بأي جزء من العقار لا مجال لإعمال الحلول العيني. كما يُشترط لإعمال الحلول العيني إذا كان التصرف رهناً تأمينياً أن يكون الرهن صادراً من أحد الشركاء منفرداً دون أن يشاركه أحد. ويبرّر ذلك بأنّ الرهن الذي يعقده الشركاء مجتمعين صحيح ونافذ في مواجهة الكافة، وقد يتبادر إلى الذهن أنّه في حال قسمة العقار واختصاص أحد الشركاء بذلك الجزء محلّ الرهن فإنّه لن يكون مسؤولاً إلا بمقدار حصته اتجاه هذا الرهن، إلا أنّ المشرع المصري حال دون تمسك هذا الشريك بذلك، ممّا يترتب عليه استمرار الرهن وكأنّه لم تتم قسمة المال بعد، وذلك بموجب نصّ المادة 1039 الفقرة 1 ق. م. م.⁵⁶³ حيث تنصّ على أنّ: (1- يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيّاً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته).

⁵⁶¹ الطعن 276 لسنة 57 ق. جلسة 1991\5\12. س 42 ع 1. ص: 1068. وارد في خليل، (2007). ص: 129.

⁵⁶² الطعن 2322 س 71 ق. نقض 2002\7\28 وارد في طلبية، (2004). ص: 50.

⁵⁶³ طلبية، (1989). ص- ص: 671- 672.

فيتبين أنه لا يمكن تطبيق الحلول العيني إذا كان الرهن صادراً من أكثر من شريك، إذ لو جاز ذلك لانتقل الرهن إلى ما أختص به كل شريك بمقدار حصته. ولكن كيف يمكن القول بالأمر ذاته بالنسبة للمشرع السوري.

أما إذا كان التصرف بيعاً ليس هناك من داعٍ للقول بأن البيع يجب أن يكون صادراً من أحد الشركاء؛ لأنه لن يكون هناك تعارض بين بيع صدر من جميع الشركاء وبيع صدر من أحدهم، إذ أن البيع لجزء مفرز الصادر من جميع الشركاء صحيح ونافذ دون الحاجة إلى انتظار القسمة، وتنتقل الملكية للمشتري، وبالتالي يخرج ذلك الجزء من المال الشائع ولا يدخل في القسمة أصلاً.

وعلى الرغم من أن فكرة الحلول العيني يستند إليها الكثير من الفقهاء لبرير هذا التصرف، لكن يُنقد هذا الرأي بأن فكرة الحلول العيني تقوم على أساس الإبقاء على التصرف مع تغيير محله، أي يستبدل الجزء الذي وقع في نصيب الشريك البائع بالجزء الذي وقع عليه البيع، وبما أن العقد لا يُرتب إلا أثراً شخصية أي أنه لا تنتقل الملكية فكيف له استبدال محل ملكيته⁵⁶⁴. كما يُنقد هذا الاتجاه بأن الهدف من الحلول العيني هو استيفاء الحق، بقيام المتصرف بالوفاء بالالتزام المترتب في ذمته اتجاه المتصرف إليه، إلا أن حق المتصرف إليه غير موجود فهو لا يملك جزءاً محدداً بل لا يملك حتى حصّة شائعة، كما أن الأمر متعلق بالقسمة أيضاً، فقد يقع الجزء المفرز ذاته في نصيب الشريك المتصرف فلا يمكن إعمال الحلول العيني، ولا يمكن القول بإعمال الحلول العيني إلا إذا وقع جزء آخر في نصيب المتصرف⁵⁶⁵.

بينما يرى اتجاه آخر أنه لا يجب الأخذ بالحلول العيني على إطلاقه، فالحلول العيني لا يملك إلزام أي من الطرفين بنتيجة القسمة، فقد يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء أقل من الجزء المتصرف فيه، ويكون للمتصرف إليه طلب الفسخ أورد جزء من الثمن، كما قد يقع في نصيبه جزء أكبر وهنا لا يمكن منح المتصرف إليه منفعة ما زاد في حصّة الشريك دون مقابل⁵⁶⁶.

الحلول العيني هو استبدال مالٍ يُخصّص لغرضٍ معيّن ويخضع لنظامٍ قانوني محدد، بمالٍ آخر يُخصّص

⁵⁶⁴ سعد (2003). ص: 166.

⁵⁶⁵ الجبوري، (2014). ص: 31.

⁵⁶⁶ النشار، (2000). ص: 193 - 194.

للمغرض ذاته ويخضع للنظام القانوني ذاته، لكنّ المال الشائع قد لا يُخصّص لغرضٍ معيّن بل قد لا يكون للإرادة دور في إنشاء حالة الشُّيوع كالميراث. فإذا ما تمتّ القسمة فإنّ الأثر الأوّل للقسمة هو الإفراز حيث تتحدّد حصّة كلّ شريك بجزءٍ مفرزٍ، وتكون له سلطات المالك ملكيّة مفرزة، فلا يخضع ذلك المال إلى النظام ذاته الذي كان خاضعاً له المال قبل القسمة، وهي أحكام الملكية الشائعة، فلا يكون ما اختصّ به كلّ شريكٍ مقيداً بحقوق غير المالك كما في الملكية الشائعة. وبذلك فلا يمكن القول أنّ أساس انتقال الحقّ هنا هو الحلّ العيني. لكن يرى رأي آخر أنّ عدم خضوع المال المبدّل للنظام ذاته وتخصيصه للمغرض ذاته لا يعني بأنّ الحلّ العيني ليس أساس انتقال الحقّ، وإتّما يعني بأنّ أساس الانتقال هذا حلّ عيني استثنائي وليس تطبيقاً للنظرية العامة للحلّ العيني⁵⁶⁷.

ثانياً: تبرير انتقال حقّ المتصرّف إليه في الجزء المفرز بغير الحلّ العيني:

1- أساس انتقال حقّ المتصرّف إليه هو أثر القسمة:

يترتّب على الأثر الرجعي للقسمة توقّف آثار تصرّف الشريك في جزءٍ مفرزٍ على نتيجة القسمة⁵⁶⁸. فهل يمكن القول بأنّ استقرار حقّ المتصرّف إليه هو أثر للقسمة؟ يأخذ المشرّع السوريّ بأثر مزدوج للقسمة حيث يأخذ بالأثر الكاشف كأصل، ويأخذ إلى جانبه بالأثر الرجعي للتخفيف من وطأة الأثر الكاشف في بعض الحالات⁵⁶⁹. فلو قلنا بالأثر الكاشف فقط في هذه الحالة فإنّه يجب على الشريك الذي يقع الجزء المتصرّف فيه في نصيبه أن يتحمّل نتائج التصرّف، والأثر الرجعي للقسمة هو الذي يبرّر ترتّب آثار تصرّف الشريك في حصّته التي اختصّ بها⁵⁷⁰.

ويُنقَد هذا الاتجاه بأنّ القسمة حالة قانونيّة تؤديّ إلى تحديد حصّة كلّ شريك بجزءٍ معيّن، سواء كان الجزء المتصرّف فيه أو جزءٍ آخر، ولا علاقة للقسمة بحقّ المتصرّف إليه، وإنّ ما يؤوّل إليه هو نتيجة للتصرّف

⁵⁶⁷ د. غانم. إسماعيل. الفقرة 77. ص: 171. الهامش 2. ورد في النّشر، (2000). ص: 192.

⁵⁶⁸ مجموعة الأعمال التحضيرية 6. ص: 128. ورد في السّنهوري، (د.ت). ج 8. ص: 948. الهامش 1.

⁵⁶⁹ سوار، (2005 - 2006 - أ). ص: 400. السّرميني والترماني، (1982). ص: 420 - 422.

⁵⁷⁰ السّرميني والترماني، (1982). ص: 422.

وليس نتيجة للقسمة⁵⁷¹. وإذا كان للقسمة أثر مزدوج أثر كاشف وآخر رجعي، ولا يبرر هذا الاتجاه انتقال الحق بموجب الأثر الكاشف إذ يكون للشريك ملكية ما وقع في نصيبه دون إزالة التصرفات التي قد تكون وردت عليها من شريك آخر، وذلك يعني بقاء التصرف الذي رتبته هذا الشريك نفسه على الجزء الذي وقع في نصيب شريك آخر أي لم يحصل انتقال للحق، ويبررون انتقال الحق بأنه بموجب الأثر الرجعي إذ أن الأثر الرجعي يجعل الشريك مالكا لما وقع في نصيبه بموجب القسمة منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها من الحصص وبالتالي تتفقد تصرفاته على ذلك الجزء. إلا أنه يترتب على الأثر الرجعي للقسمة إزالة مرحلة الشيوع واعتبارها كأنها لم تكن⁵⁷². وإزالة مرحلة الشيوع يعني إزالة جميع التصرفات التي رتبها الشركاء أثناء هذه المرحلة سواء كانت واردة على حصص مفرزة أو شائعة، فكيف يمكن القول أن تصرف الشريك قد انتقل إلى ما اختص به بموجب الأثر الرجعي وهذا الأثر قد ألغى جميع التصرفات الصادرة أثناء مرحلة الشيوع. كما أن هدف المشرع من الأثر الرجعي هو حماية كل شريك من التصرفات المترتبة على حصته من الشركاء الآخرين، وليس لتبرير انتقال تصرفاته إلى الحصة التي وقعت في نصيبه بموجب القسمة، لذا لا يمكن القول بأن أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى ما وقع في نصيب الشريك المتصرف هو بسبب الأثر الرجعي للقسمة. وإذا استقر الفقه على اعتبار أن الأثر الكاشف للقسمة يقوم على حقيقة لا على سبيل المجاز القانوني، فهنا يعتبر الأثر الكاشف وحده كافياً لحماية كل شريك من تصرفات الشركاء الآخرين باعتباره لا يُعدّ خلفاً خاصاً لهم، وبالتالي ليس هناك حاجة إلى الأثر الرجعي للقسمة الذي يبرر به انتقال الحق إلى ما اختص به الشريك بموجب القسمة.

2- أساس انتقال حق المتصرف إليه فكرة الحل الواقعي:

يرى هذا الاتجاه بأن تصرف الشريك في جزء مفرز يجب ألا يترتب أثراً اتجاه المتصرف إليه؛ لأنه إما تصرف في ملك الغير بالنسبة لحصص الشركاء ويكون باطلاً إذا لم يجزوه، أو هو تصرف صحيح غير نافذ للمتصرف إليه إذا لم يكن يعلم بحالة الشيوع، أو هو تصرف باطل لأنه انصب على حصة غير موجودة وهي

⁵⁷¹ الجبوري، (2014). ص: 34.

⁵⁷² السنهوري، (د.ت) ج8. ص: 955.

الحصة المفترزة التي لا يملكها الشريك، إلا أن المشرع خرج عن هذه الأحكام القانونية، وأعطى المسألة حكماً واقعياً سمح بموجبه بانتقال التصرف إلى الحصة التي وقعت في نصيب الشريك المتصرف⁵⁷³.

لكن لا يمكن القول بأن هذا التصرف عديم الأثر دائماً وأن الحل لتبرير انتقال الحق في هذه الحالة هو حل يفرضه الواقع؛ لأنه حتى لو كان التصرف فيما زاد عن حصة المتصرف تصرفاً في ملك الغير ويكون باطلاً إذا لم يجزه الشركاء، إلا أنه يصبح صحيحاً نافذاً إذا أجازوه. كما أن المتصرف إليه حتى لو كان غير عالم بحالة الشيوع يصبح التصرف ملزماً له إذا أجاز التصرف. والقول ببطلان التصرف لانعدام المحل، إذ الشريك المتصرف لا يملك حصة مفترزة لا يمكن القول به أيضاً؛ لأن الشريك المتصرف يملك حصة شائعة في ذلك الجزء المفترز.

3- أساس انتقال حق المتصرف إليه هو التزام البائع بنقل الملكية:

يرى جانب من الفقه أنه يمكن تبرير انتقال حق المتصرف إليه من الجزء المفترز الذي كان محلاً للعقد إلى الجزء الذي اختص به الشريك بموجب القسمة، إما بأنه تنفيذ لالتزام البائع بنقل الملكية، أو هو إعطاء صاحب الحق مالا غير الذي ورد عليه التصرف ابتداءً، وينتقد هذا الاتجاه الأخذ بالحلول العيني بأنه لا يمكن للحلول العيني نقل حقوق شخصية⁵⁷⁴. ويرى هذا الاتجاه بأن أساس انتقال حق المتصرف إليه هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية، فالبايع ملزم بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وفقاً للمادة 396 ق. م. س، لكن التزام البائع بنقل الملكية يجب أن يكون وارداً على محل البيع نفسه لا استبداله بمحل آخر. وعلى الرغم من الخلاف حول أساس انتقال الحق إلى ما يختص به الشريك المتصرف بموجب القسمة فإن الفقه يرى بأن المشرع السوري يأخذ بفكرة الحلول العيني لتبرير هذا الانتقال⁵⁷⁵.

⁵⁷³ الجبوري، (2014). ص: 35-36-37.

⁵⁷⁴ ر. منصور. الفقرة 69. ص 175. وارد في سوار، (2005-2006-). ص: 381. الهامش 3.

⁵⁷⁵ شربا، (2013). ص: 139.

الخاتمة:

إنّ الهدف من البحث العلمي بشكلٍ عامّ والدّراسة القانونيّة بشكلٍ خاصّ هو بيان الثّغرات الموجودة في النّص القانوني أو التّطبيق العملي، من أجل حلّ هذه الإشكالات وبالتالي تحقيق مصالح النّاس، ومنع تعارضها. والملكيّة الشّائعة في طبيعتها تقوم على تداخل مصالح الشّركاء، وذلك يشكّل قيداً على حريّتهم بالتّصرّف، وتؤدي إلى تعارض مصالحهم، عند استخدام سلطاتهم على ذلك المال، وقد نظّم المشرّع أحكام التّصرّف في الحصّة الشّائعة تنظيمياً يكفل منع التّعارض بين هذه المصالح، إلّا أنّ الواقع العملي يبيّن بأنّ الأمر لا يبدو بتلك السّهولة في التّطبيق. كما أنّ المشرّع أغفل حكم التّصرّف في جزءٍ مفرز قبل القسمة تاركاً الأمر للفقهاء، ممّا يجعل الخلاف حوله قائماً، ويبقى التّصرّف غير مستقرّ حتّى تتمّ القسمة.

وتنظيم المشرّع لأحكام التّصرّف بالمال الشّائع وبالتّفصيل الذي يجعله ييسر التّعامل به مقارنة بطبيعته ليس بالأمر السّهل، وإنّما يحتاج الأمر إلى دراسة ميدانيّة لبيان المعوقات التي قد تحول دون تطبيق هذه الأحكام بالشّكل الأمثل، وبالتالي تؤثر سلباً على استثمار هذه الأموال.

النتائج:

1- تتّصف الملكيّة الشّائعة بالتّعقيد بسبب تداخل مصالح الشّركاء، وقد نظّم المشرّع أحكام التّصرّف في الحصّة الشّائعة تنظيمياً ييسر أمر التّعامل مع هذا النوع من الملكيّة، إلّا أنّ التعقيد المترتب عليه ليس فقط بسبب تداخل المصالح، وإنّما أيضاً بسبب إهمال النّاس لتسجيل ملكيّاتهم من جهة، حيث يستمرّ النّاس في البقاء على الشّيوخ لسنواتٍ طويلة، وذلك بخلاف أحكام الشّيوخ الواردة في القانون المدني، ومن جهةٍ أخرى تساهل المحاكم مع إهمال النّاس بالتّسجيل، وذلك بالسّماح لهم بتثبيت عقودهم بموجب الأحكام القضائيّة وحتّى قبل أن تكون الملكيّة مسجّلة باسم البائع، وهذا ما سيترتب عليه تأثيراً سلبياً على نظام السّجلّ العقاري بشكلٍ عامّ كونه سيؤثر على القوّة الثبوتيّة لقيوده، والذي طالما تميّز به عن نظام الشّهر الشّخصي. ويسبّب الإهمال في تسجيل الملكيّات في السّجلّ العقاري والبقاء في الشّيوخ إلى تزايد عدد الشّركاء في الشّيوخ للمال ممّا له تأثيرٌ سلبيّ على الطّريق الذي نصّ عليه القانون للتّخلّص من الملكيّة الشّائعة ألا وهو إزالة الشّيوخ، فعلى الرّغم

من أنّ هذه الدّعى من الدّعاوي البسيطة، إلّا أنّ كثرة البلاغات بسبب كثرة عدد الشّركاء يجعله يستغرق الكثير من الوقت والجهد، وهذا ما تترتب عليه نتائج غير مرغوب بها للشّركاء، الذين ليس لهم سوى المطالبة بمقابل الانتفاع أو طلب القسمة إذا كان أحد الشّركاء حائزاً للعقار، وسيغرق المحاكم بدعاوي القسمة التي قد تطول لسنوات، وسيؤدّي بالتّالي إلى عزوف النّاس على الإقدام إلى التّعامل في هذه الأموال.

2- لم يقتصر إهمال النّاس لتسجيل ملكياتهم في السّجل العقاريّ المتعلّق بالعقارات فقط، وإنّما يبدو أنّ الأمر امتدّ ليشمل سجلّ المتجر الذي أحدثه المشرّع بموجب قانون التّجارة السّوري رقم 33 لعام 2007، ممّا سيترتب عليه النّتائج ذاتها التي تترتب على الإهمال في تسجيل العقارات.

3- من أحد الأسباب التي تجعل الملكية الشّائعة غير مرغوب بها، هي بطء الإجراءات التي قد تؤدّي إلى تضرّر الشّركاء، كما لو قرّر مالك ثلاثة أرباع المال التّصرّف فقرّر أصحاب الأقلّية الاعتراض، ذلك قد يستغرق مدّة زمنيّة قد تفوّت الفرصة على البائع بالتّصرّف.

4- لا يقتصر تطبيق أحكام الشّيوخ الواردة في القانون المدني على العقارات فقط، وإنّما تطبّق على العديد من المنقولات والتي تخضع لقوانين خاصّة تنظّمها، كالمنقولات ذات الطّبيعة الخاصّة (الطّائرات، المركبات)، والمنقولات المعنويّة (المتاجر، براءات الاختراع، العلامات الفارقة...) وهذا قد يدعو للتّساؤل عن مدى كفاية هذه الأحكام لتطبّق على جميع هذه المنقولات حين التّصرّف فيها بيعاً، لكن ملكيّة هذه الأنواع من المنقولات غالباً ما تكون مرتبطة بالمشاريع التّجاريّة الكبيرة، فتكون ملكيتها عائدةً للدّول أو الشّركات الكبرى، أمّا كونها مملوكة على الشّيوخ فربما يكون الأمر نادر الوقوع. وبذلك تكون أحكام الشّيوخ الواردة كافية نوعاً ما لتنظيمها، وإن كان ذلك لا يمنع من تعديل بعض أحكامها لتناسب طبيعة هذه الأموال.

5- قانون التّجارة البحريّة السّوري رقم 46 لعام 2006 هو القانون الخاصّ الوحيد الذي نظّم أحكام الشّيوخ الواردة على السفينة، وذلك دون القوانين الخاصّة الأخرى.

6- إذا كانت أحكام الشّيوخ الواردة في القانون المدني كافية نوعاً ما لتنظيم بيع المنقولات المملوكة على الشّيوخ والتي تنظّم بقوانين خاصّة، فيبدو أنّ الأمر على خلاف ذلك بالنّسبة للرّهن، وذلك ليس بسبب عدم تنظيم

الرهن الوارد على هذه المنقولات إذا كانت مملوكةً على الشيوع، وإنّما بسبب أنّ القانون المدني سواء كان السوري أو المصري، لا يتضمّن قاعدةً عامّةً لرهن هذه المنقولات حتّى ولو كانت مملوكةً ملكيّةً مفرزة، حيث أنّه لم يعد بالإمكان رهن هذه المنقولات حيازياً بل اكتفى المشرّع برهنها وفقاً لنظامٍ شبيهٍ بالرهن التأميني، على الرّغم من أنّ الرهن الحيازي هي القاعدة العامّة المأخوذ بها بالنسبة للمنقولات.

7- من التّعقيدات المرتبطة بالملكيّة الشائعة هي صعوبة رهن العقار حيازياً، وذلك بسبب صعوبة حيازته من قبل أحد الشّركاء منفرداً، على الرّغم من أنّ المشرّع قد أعطى للشّريك في الشيوع التّصرّف بملكه بجميع أنواع التّصرّفات.

8- لا زال المشرّع المصري يأخذ بحقّ الشّفعة الذي يجيز للشّركاء الآخرين أو حتّى الجار بالحلول محلّ البائع في ملكيّة المبيع، أمّا المشرّع السوري فقد ألغى الأخذ بهذا الحقّ.

9- يأخذ المشرّع المصري بحقّ الاسترداد في القانون المدني، كما نصّ على الأخذ به فيما يتعلّق ببيع حصّة في السفينة إذا كانت مملوكةً على الشيوع، وعلى الرّغم من أنّه لم ينصّ على الأخذ بهذه الرّخصة في المنقولات الأخرى سواء كانت المنقولات المعنويّة أو المنقولات ذات الطّبيعة الخاصّة، ولكن كون القوانين التي تنظّم الأحكام الواردة على تلك الأعيان لم تنظّم الملكيّة الشائعة فتطبّق عليها أحكام الشيوع الواردة في القانون المدني، بما فيها رخصة الاسترداد، فتطبّق هذه الرّخصة على جميع هذه الأنواع من المنقولات. أمّا المشرّع السوري فلم يأخذ برخصة الاسترداد في القانون المدني، وإنّما أخذ به قانون التّجارة البحريّة السوري فيما يتعلّق بالسّفن المملوكة على الشيوع، وبما أنّ القوانين المنظّمة لأحكام المنقولات الأخرى لا تتضمّن الأخذ برخصة الاسترداد، وبما أنّه لا يمكن تطبيق هذه الرّخصة عليها وفقاً للقانون المدني، لأنّ القانون المدني السوري لا يأخذ بها، فهذا سيؤدّي إلى تميّز السفينة المملوكة على الشيوع بهذه الرّخصة عن المنقولات الأخرى دون مبرّر.

10- لم يبيّن المشرّع السوري حكم تصرّف الشّريك في جزءٍ مفرز وإنّما اكتفى بتحديد مصيره بعد القسمة، ممّا يجعل مصير التّصرّف مهتداً حتّى تتمّ القسمة، كما لا يزال الجدل مستمراً حول مصير التّصرّف قبل القسمة

ففيما إذا كان صحيحاً بين المتعاقدين حيث لا يكون للمتصرّف إليه الإبطال إلّا إذا كان جاهلاً لحالة الشّيوخ، أو بيعاً لملك الغير بحيث يمكن إبطاله بغض النظر عن علم المتصرّف إليه.

المقترحات والتوصيات:

1- إذا كان من مشكلات الملكية الشائعة إهمال التسجيل، نلتزم من المشرّع إلزام المحاكم بمنع السّماح بالتعامل بالأحكام القضائية دون تسجيل الملكية، وهذا ما سيؤدي إلى التزام النّاس بتسجيل ملكيّاتهم.

2- من السّلبات المتعلّقة بالملكية الشائعة والتي تعيق استغلالها الاستغلال الأمثل بل تترتب عليها مشاكل في المجتمع، أنّه إذا حاز أحد الشّركاء جزءاً من العقار حتّى لو كان يزيد على حصّته لا يمكن استرداد الحيازة منه في حال عدم وجود اتّفاق، وأنّه ليس لبقية الشّركاء سوى المطالبة بمقابل الانتفاع أو المطالبة بالقسمة التي قد تطول إجراءاتها، وهو أمرٌ كثير الحدوث بين الإخوة في حالة الشّيوخ في التّركة، لذا نلتزم من المشرّع أن يحذو حذو المشرّع المصري في هذا الصّد حيث اعتبر سيطرة أحد الورثة على التّركة وعدم تمكين الورثة من حصصهم جنحةً يعاقب عليها القانون وذلك بموجب التّعديل لأحكام المواريث بالقانون رقم 219 لعام 2017.

3- ترتيب الرّهن الحيازي على الأعيان أصبح أمراً نادر الحدوث في الواقع، ويسبّب مزيداً من التّعقيد إذا كان محلّة عيناً شائعة، لذا حبّذا لو ألغى المشرّع الأخذ بهذا الحقّ، حيث أنّ بعض الدّول قد قامت بإلغائه.

4- يتضمّن القانون المدني المصري نصّاً يجعل فيه الرّهن الصّادر من جميع الشّركاء مقدّماً على الرّهن الصّادر من أحد الشّركاء، ذلك أنّ مصلحة الشّركاء مجتمعين مقدّمة على المصلحة الفرديّة لأحدهم. لذا نلتزم من المشرّع أن يورد نصّاً مماثلاً.

5- أصبحت العديد من المنقولات تخضع لنظامٍ شبيه بالرّهن التّأميني، لذا لم يعد هناك حاجة إلى جعل حقّ التّأمين مقتصرّاً على العقارات، لذا نلتزم من المشرّع إبدال كلمة العقارات بكلمة الأعيان في النّصوص المتعلّقة بالتّأمين الوارد على العقارات.

6- ينظم المشرع السوري أحكام المنقولات المعنوية في قوانين خاصة متفرقة، لذا نلتبس من المشرع جمع هذه الأحكام في قانونٍ موحدٍ كما فعل المشرع المصري، الذي جمع هذه القوانين في قانونٍ واحدٍ تحت مسمى قانون الملكية الفكرية.

7- على الرغم من أن المشرع نص صراحةً على جواز التصرف بحصة شائعة، إلا أنه لن يكون الأمر مشجعاً للإقدام على شراء الحصة الشائعة كونه سيدخل معهم شريكاً في الشيوع، لذا فإن الأفضل له هو شراء جزءٍ مفرز، لكن لم يحدد حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة حتى الآن، مما يترتب عليه عدم استقرار ملكية المتصرف طالما لم تقع القسمة، فسيكون عليه انتظار مدة زمنية قد تطول وبالنسبة قد لا يختص المتصرف إليه بموجب القسمة لا بالجزء ذاته ولا بجزء آخر من العقار. لذا نلتبس من المشرع جعل هذا التصرف نافذاً في حق الشركاء الآخرين ضمن شروط معينة، وذلك بإيراد نص في القانون المدني على النحو التالي:

يكون التصرف في جزء مفرز صحيحاً وناظاً إزاء بقية الشركاء بتوفر ثلاثة شروط:

- 1- أن يكون الجزء المفرز المباع مساوياً أو أقل من الحصة الشائعة للشريك المتصرف.
- 2- أن يكون الشريك المتصرف حائزاً للعقار حيازة أصلية.
- 3- التسجيل.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- 1- أبو السَّعود، رمضان، (2002)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مصادر وأحكام الحقوق العينية ومصادرها في القانون المصري والليبي. الاسكندرية: مصر. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 590.
- 2- أبو الشَّامات، محمَّد فاروق، ومكناس، جمال الدين، (2008 - 2009)، الحقوق التجارية الأعمال التجارية والتَّجار والمتجر. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 416.
- 3- تناعو، سمير عبد السَّيد، (1996)، التأمينات الشخصية والعينية الكفالة - الزَّهن الرِّسمي - حق الاختصاص - الزَّهن الحيازي - حقوق الامتياز. منشأة المعارف بالإسكندرية. ص: 365.
- 4- د. الحكيم، جاك يوسف، (2005-2006)، العقود الشَّائعة والمسمَّاة عقد البيع. كلية الحقوق - جامعة دمشق، ص: 462.
- 5- د. الحكيم، جاك يوسف، (2007 - 2008)، الحقوق التجارية الأعمال التجارية والتَّجار والمتجر. ج 1. ط 13. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق: كلية الحقوق. ص: 387.
- 6- حمدان، حسين عبد اللطيف، (2007)، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 576.
- 7- خليل، أحمد محمود، (2007)، إدارة المال الشائع والتَّصرف فيه. الاسكندرية: مصر. المكتب الجامعي الحديث. ص: 199.
- 8- الدَّناصورى، عزَّالدين، و د. الشَّواربي، عبد الحميد، (1990). المشكلات العملية في دعوى صحَّة التعاقد وتنفيذ عقد البيع وحلولها القانونيَّة. منشأة المعارف بالإسكندرية. ص: 860.
- 9- د. دويدار، هاني، (1993)، الوجيز في القانون البحري الجزء الأوَّل السفينة. (د.ن). ص: 479.
- 10- د. زيدان، مؤيد، (2020)، حقوق الملكية الفكرية. منشورات الجامعة الافتراضية السَّورية. ص: 22. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2 .

https://pedia.svuonline.org/pluginfile.php/2795/mod_resource/content/16/IPR532.pdf

- 11- السّرميني، عبد الجواد، و د. التّرماني، عبد السّلام، (1986)، القانون المدني الحقوق العينية، ج 1. حلب: سورية. منشورات جامعة حلب. ص: 1015.
- 12- د. سعد، نبيل إبراهيم، (2003)، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني/دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 643.
- 13- د. سعد، نبيل إبراهيم، (2010)، التأمينات العينية والشخصية الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة. ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 494. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.
https://drive.google.com/file/d/0B-ZbgL6TI_ONRmtXYktBSlp3TEk/view
- 14- د. السّنهوري، عبد الرزاق، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال. ج 8. بيروت: لبنان. دار إحياء التّراث العربي. ص: 1108. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.
<https://books-library.net/files/books-library.online-08281737Rj9H5.pdf>
- 15- د. السّنهوري، عبد الرزاق، (د.ت)، الوسيط في شرح القانون المدني/أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع، حق الارتفاق). بيروت: لبنان. دار إحياء التّراث العربي. ص: 1471. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.
<https://books-library.net/files/books-library.online-09140613Ye0l3.pdf>
- 16- د. السّنهوري، عبد الرزاق، (د.ت). الوسيط في شرح القانون المدني/التأمينات الشخصية والعينية. ج 10. بيروت: لبنان. دار إحياء التّراث العربي. ص: 1050. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.
<https://books-library.net/files/books-library.online-08281752Tq0X2.pdf>
- 17- د. سوار، محمّد وحيد الدّين، (2005 - 2006 - أ). شرح القانون المدني/الحقوق العينية الأصلية. ط 9. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق: كلية الحقوق. ص: 943.

- [illegible]

[%20%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA%20-](#)

[%20%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF%20%D9%82%D8%B1%D8%A8%D8%A](#)

[7%D8%B4.pdf](#)

24- طلبة، أنور، (1989)، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات. الإسكندرية: مصر. دار نشر الثقافة. ص: 955.

25- طلبة، أنور، (2004)، الملكية الشائعة. المكتب الجامعي الحديث. ص: 352.

26- طلبة، أنور، (1998)، نفاذ وإنحلال البيع. دار الكتب القانونية، ص: 660.

27- محمد، أنور عبدالله، (2016)، محكمة الصلح المدني على ضوء النص والاجتهاد. ج 3. ط 1. بانياس الساحل: سورية. دار إياس للطباعة والنشر والتوزيع. ص: 560.

28- د. النشار، جمال خليل، (2000)، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر. ص: 227.
ثانياً: الاجتهادات القضائية:

1- طلبة، أنور، (1990)، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها 1931. ج 5. دار نشر الثقافة. ص: 796.

2- طلبة، أنور، (1990)، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها 1931. ج 8. دار نشر الثقافة. ص: 780.

3- طلبة، أنور، (1990)، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها 1931. ج 9. دار نشر الثقافة. ص: 772.

4- مجلة القانون تصدر عن وزارة العدل السورية.

5- مجلة المحامون تصدر عن نقابة المحامين السورية.

6- موقع رواق الجمل، تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/p/blog-page_26.html?m=1

7- بوابة نقابة المحامين المصرية القانونية والقضائية. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=HP>

ثالثاً: الأبحاث القانونية:

1- د. الأهواني، حسام الدين كامل، د. راشد، طارق جمعة السيد، و د. علي، جابر محجوب، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين: القانون رقم 114 لعام 1946 والقانون رقم 9 لعام 2022م). بحث في المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد الثالث، العدد 3، عام 2022م، ص: 627 - 649. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.
https://journals.ekb.eg/article_260545_31ed64c7b6cec92bb8f118ebac592c3a.pdf

2- د. الجبوري، ياسين محمد خلف، (2014)، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني. مجلة جامعة الملك سعود. المجلد 26. الحقوق والعلوم السياسية 1. دار جامعة الملك سعود للنشر. ص: 1 - 43. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

https://clps.ksu.edu.sa/sites/clps.ksu.edu.sa/files/imce_images/lmjld_26_ddd_1_lm_1_435h.pdf

3- د. شربا، أمل، (2013)، أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية. المجلد 26. العدد الثالث. ص: 139 - 163. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/3-2013/a/139-163.pdf>

4- د. عبد النبي، الهادي السعيد عرفة، (2013)، تصرف الورثة في التركة وأحكام تصفية التركات في الفقه الإسلامي والقانون المدني وقضاء النقض المصري. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. كلية

الحقوق - جامعة المنصورة. ص: 1-32. تاريخ آخر زيارة 2024/27.

https://mjle.journals.ekb.eg/article_156677_4a2fd2678f706f256cfca1a737759

[2db.pdf](#)

رابعاً: الصّحف والمجلّات:

1- سيسريان، شيراز واجه، (2007)، دراسة حول الدّعاوي المتعلّقة بتثبيت عقود البيع العقاريّة. مجلة

المحامون. الأعداد 7 و8 و9. لعام 2007. السّنة 72، ص: 953 - 957.

2- لطف الله عدنان سلطان، دراسة حول تصرّف مكتسب العقار بالإرث قبل تسجيل العقار على اسمه في

السّجل العقاري. مقالة في مجلة المحامون. العددان 7 و8 لعام 2008. السّنة 73.

3- لوقا، لوقا جميل، (2007)، تعليق على قرار قضائي احجّية قيود السّجل العقاري وضمان حق الملكية

المكتسبة بحسن نيّة. مجلة المحامون. الأعداد 7 و8 و9. عام 2007. السّنة 72. ص: 967 - 970.

4- محمّد سمير بطراني، الجّد في قانون الإيجار رقم 20 لعام 2015 وصعوبات العودة إلى مبدأ سلطان

الإرادة في التّعاقّد. مجلة المحامون لعام 2015. السّنة 80. الأعداد 7، 8، 9، 10. ص: 437 -

446.

خامساً: القوانين والمراسيم التشريعيّة:

- القوانين السوريّة:

1- القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949.

2- قانون السّجل العقاري القرار 188 لعام 1926 وتعديلاته.

3- قانون السّير والمركبات رقم 31 لعام 2004.

4- قانون الطّيران المدني رقم 6 لعام 2004.

5- قانون التّجارة البحريّة رقم 46 لعام 2006.

6- قانون التّجارة رقم 33 لعام 2007.

7- قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسم والنموذج الصناعي رقم 8 لعام 2007.

8- المرسوم التشريعي رقم 29 لعام 2011 قانون الشركات.

9- القانون رقم 18 المتعلق بمنح براءات الاختراع وتسجيلها ونشرها والحقوق الناشئة عن تسجيل البراءة لعام 2012.

10- قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له رقم 62 لعام 2013.

11- قانون الإيجار الجديد رقم 20 لعام 2015.

- القوانين المصرية:

1- قانون الشهر العقاري رقم 114 لعام 1946.

2- القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

3- قانون المرور المصري رقم 66 لعام 1973.

4- القانون رقم 26 لعام 1976 بشأن بعض الأحكام الخاصة بالطائرات.

5- قرار وزارة السياحة والطيران المدني رقم 369 ط لعام 1978.

6- قانون التجارة البحري رقم 8 لعام 1991.

7- قانون التجارة رقم 17 لعام 1999.

8- قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لعام 2002.

9- قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم 115 لعام 2015.

10- القانون رقم 9 لعام 2022 تعديل بعض أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري.

سادساً: الرسائل الجامعية:

1- مخازني، فايزة، (2004 - 2005)، تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة. جامعة محمد بو قره بو

مرداس - كلية الحقوق والعلوم الجامعية. الجزائر. ص: 162. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://docs.google.com/uc?export=download&id=1AgjBVvAQITdGDRZaY6zS2tQKq3>

CVEk-G

2-العمّاوي، محمّد عبد الغفور، (2003)، رهن المنقولات ذات الطّبيعة الخاصّة. جامعة آل البيت - الأردن.

ص: 163. تطبيق التلجرام. قناة الفكر القانوني العراقي. تاريخ آخر زيارة 2024/7/2.

<https://t.me/iraqilegal2018/112433?single>

Abstract:

Common property is distinguished by overlapping and conflicting interests of the partners, And this conflict arises as result of using each partner his\her powers over common property in a manner that conflicts with interests of others. And since the power to act is one of the highest powers a partner has in the common property, he always tries to use his power for what benefits him. As he has the authority to dispose of the common share with out referring to the other partners. And if the agreement of all partners to dispose of the commn property doesn't arise problems. But at the same time i'ts difficult to have that agreement, there for it's easier for the partners to dispose of it alone under the law. And the lagislator has regulated the provisions for a partner's individual actions. How ever investing this property still exists, because some dispositions may conflict with nature of common property and the conflicts may be reffered to reasons away from common property legal nature. The joint partner may be a heir and began to act before paying the debts of the estate or before the right of the inheritance is declaresd, or the partner may act before paying the debts resulting from the dissolution of the company. Since the common property is provisional and the dispositions of common property remain unstable, The property must be divided, and certain conditions must be met in order for this division to be implemented toward the partners once division is completed aset of influenced arise between the contracting parties and towards third party as well. If disposing of a common share is possible according to the text of the law, The matter becomes more complicated when disposing of a separate part, As disagreement still continues between jurists about the legal nature of this disposal and the mechanism for transferring his right to what is assigned to him according to the division. This obstacles may result in disputes between partners, And this disputes may escalate, increasing the number of issues that the judicial facilith must address due to their complex nature, This makes them an undesirable type of property which of ten has negative effects from a legal, economic, and social stand point. This research ended with a conclousion that included a set of results and then some solutions were proposed to eliminate or to alleviate common property problems.

Key words: common property, common share, joint partner, authority to act, the real estate registry.



Syrian Arab Republic
University of Damascus
Faculty of Law
The Department of privet Law

**The provision of the partner's dispositions of the common
property**

A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of
Master in privet law

By
Lalsh Zahr Al-dein Mho

Supervisor

Dr. Ali Aljassem

Professor at The privet Law Department
Faculty of Law/University of Damascus

2024