

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري *

Dr. ISSAAD Fatma
Département de Droit privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

د. اسعد فاطمة
قسم قانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

إنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يثير إشكالات كثيرة في واقع الحياة العملية، خاصة إذا كان المشتري يعتقد أنّ البائع يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة لا شائعة، ثم يتضح له بعد إبرام العقد عدم ملكية المتصرف للشيء محل التصرف ملكية مفرزة. وقد يعتقد كل من المتصرف أو المتصرف إليه أنّ الحصة المتصرف فيها قد تقع في نصيبه بمقتضى القسمة ولكنها لم تقع، فيؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات.

من هذا المنطلق تدخل المشرع الجزائري في المادة 714 ق.م.ج لوضع حكم خاص بتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، ولكنه سكت عن حكمه قبل القسمة.

الكلمات المفتاحية:

ملكية شائعة، ملكية مفرزة، حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة و حكمه بعد القسمة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/06/13 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2016/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The acted of partner in the detachment share from the common property in the Algerian civil law

Abstract:

The acted of partner in the detachment share from the common property raises many questions in practical life , especially when the buyer was thinking that the seller has neither full ownership of the share or common , but it has then realizes in the contract that the seller is not the owner.

Each of the district administrator or the assignee was believed to have disposed of the stake may fall in its share under the division, but did not fall, it leads to instability in the transaction.

From this point the intervention of the Algerian legislator in Article 714 of the Algerian civil law to put a special provision adapted partner in the secreting part of common property after division, but he kept silent about the ruling by the division.

Key words:

Common property, divided property the situation of the co-owner before the dividing and after.

La copropriété à l'indivis d'une part divisée dans le code civil Algérien

Résumé:

La disposition du copropriétaire, à l'indivis, d'une part divisée poses de nombreuses questions pratiques, notamment lorsque l'acheteur pense, à tort, que le vendeur dispose de la pleine propriété de la part divisée (commune à tous les héritiers). Un tel cas, récurrent, conduit par conséquent à l'instabilité des transactions en la matière.

De ce fait, le législateur algérien à insérer une disposition spéciale, article 714 du code civil, adaptée à la disposition du copropriétaire à l'indivis dans la part divisée de la chose commune après la division, mais le texte reste muet quant à la disposition du copropriétaire avant de la division.

Mots clés:

Propriété commune, la propriété divisée, la disposition du copropriétaire avant la division, sa disposition après la division.

مقدمة

يثير تصرف الشريك في جزء من المال الشائع العديد من المشاكل في واقع الحياة العملية، خاصة إذا انصب التصرف على منقول لا يخضع لنظام التسجيل، وأن المتصرف إليه يعتقد بحسن نية أن المتصرف يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة، وليست شائعة، فيقدم وهو مطمئن النفس إلى ذلك، ثم يتضح بعد إبرام العقد أن المتصرف إليه لا يملك إلا حصة شائعة في مال مملوك على الشيوع.

قد يعتقد كل من المتصرف إليه والمتصرف، أنّ الحصة المتصرف فيها قد تقع في نصيب المتصرف، بمقتضى القسمة، ولكنها لم تقع، فيؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات.

وما من شك أنّ هذا التصرف فيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء، فهؤلاء أيضا يملكون فيما تصرف فيه شريكهم، فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا في الواقع ما أثار الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة.

من هذا المنطلق تدخل المشرع وأجاز لباقي الشركاء حق الاعتراض على هذا التصرف، للاعتراف بحقوقهم الشائعة في الجزء المتصرف فيه، ووضع حكماً خاصاً بتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

فما هو موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك، وما هو الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف؟
ولبيان ذلك نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين نتناول في الأول موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع (المبحث الأول) وفي الثاني إلى آثار هذا التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك في جزء مفرز

ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، مما جعل بالفقه ينقسم إلى عدة اتجاهات، وللتطرق لهذا الموضوع، ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة (المطلب الأول)، وفي الثاني إلى حكم تصرفه بعد القسمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة

تعرض المشرع الجزائري للحالة التي يتصرف فيها المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع في نص المادة 714 ف2 من التقنين المدني التي تطابقها المادة 826 ف2 من التقنين المدني المصري والمادة 1031 ف2 من القانون المدني الأردني، والتي تقضي بما يلي: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند

القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أنّ المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

أما المشرع اللبناني منع التصرف في جزء مفرز أو في كل المال الشائع طبقاً لأحكام المادة 20 من تقنين الملكية العقارية التي تقضي بما يلي: "لا يجوز لأي شريك أياً كان في عقار شائع أن يستعمل حقوقه على كل العقار أو جزء معين منه بدون رضی سائر الشركاء الباقين".

لكن الفقه الإسلامي أوقف التصرف على إذن باقي الشركاء فيما تجاوز حصته إذا وقع الجزء المتصرف فيه بغير نصيبه، وإلا كان التصرف باطلاً. والعلة في عدم جواز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع هي الضرر الذي يقع على الشركاء الآخرين عند القسمة⁽¹⁾.

إنّ المشرع الجزائري تعرض إلى حالة تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة ولكنه سكت عن حكم هذا التصرف قبلها، مما جعل الخلاف بين شراح القانون يشتدّ ويتولّد عنه اتجاهات مختلفة نتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، اعتبر مالكا له منذ بدء الشروع طبقاً للأثر الرجعي طبقاً لنص المادة 730 من ق.م.ج التي تقضي: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"، وبالتالي استقر نهائياً في حق المتصرف إليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف، فيتأكد صدوره من غير مالك، وعليه يكون للمتصرف إليه حق إبطاله، عكس ما إذا كان التصرف قبل القسمة حيث لا يكون كذلك، ويعني ذلك أنّه معلق على شرط واقف وهو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أصبح في حكم المعدوم⁽²⁾. لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي منها:

1. أنّ هذا الرأي يؤدي إلى تأخير مصير التصرف إلى غاية تمام القسمة، فيعني أنّ حق الملكية معلق على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمدها، وما تستلزمه من مصاريف كثيرة وجهودا شاقة، ليس من العدل تحميل المتصرف إليه بها⁽³⁾.

2. إنّ تشبيه هذا التصرف بالعقد المعلق على شرط واقف فيه مغالاة، ذلك أنّ الشرط الواقف يتم باتفاق الطرفين ويكون أثره رجعياً مبنياً على الاتفاق، ويترتب على تعليق العقد على الشرط ألا ينتج العقد أي أثر قبل تحقق الشرط. أما توقف مصير بيع الشريك على نتيجة القسمة، فليس نتيجة إرادة المتعاقدين بل لتقرير المشرع قاعدة اثر القسمة الكاشف⁽⁴⁾.

3. إنّ هذا الاتجاه لا يمنح للمتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف للغلط⁽⁵⁾، وهو ما يتعارض مع ما قضت به المادة 714 ف 2 من ق.م.ج السابق ذكرها، كما أنّ هذا الرأي يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المالية، وعليه، يخالف مقصود النظام القانوني المدني.

غير أنّ بعض أصحاب هذا الرأي يعتبرون أنّ التصرف يصبح كأن لم يكن، إذا تمت القسمة ولم يختص المتصرف بالجزء المتصرف فيه، ولا يكون قابلاً للإبطال، متأثرين بما ساد آنذاك بفرنسا⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: تصرف صحيح نافذ كتصرف في حصة شائعة

يذهب هذا الاتجاه إلى أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك فيما يعادل حصته، وذلك على أساس أنّ المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لم تكن له إلا ملكية شائعة. لم يسلم هذا الرأي من عدة انتقادات ومنها:

1. إنّ هذا الرأي يغير من توجيه إرادة المتعاقدين إلى ما لم يقصداه، لا في الظاهر ولا في الباطن، لأنّ إرادة المتعاقدين اتجهت إلى جزء مفرز و لم تتجه إلى حصة الشريك الشائعة⁽⁷⁾.

2. يؤدي هذا الرأي إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف، مما يجعل منه متقاسماً يختص بكل ما يتعلق بالقسمة، غير أنّ ذلك يتعارض مع أحكام المادة 714 التي تقضي

بانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بمقتضى القسمة، وبذلك يجعل المتصرف هو المتقاسم وليس المتصرف إليه⁽⁸⁾.

3. يبدو أنّ هذا القول لا يستقيم وأحكام المادة 714 ف2 ق.م لأنه لا حاجة إذن لنص المادة، طالما أنّ تصرف الشريك في هذه الحالة يعدّ كأنّه تصرف في حصته الشائعة التي تعادل هذا الجزء المتصرف فيه.

الفرع الثالث: تصرف فيما يملك وفيما لا يملك

إنّ هذا الرأي يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى/إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشيوع: في هذه الحالة، يعتبر التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يستطيع المشتري طلب إبطال البيع- مثلاً لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع، لأنّ الشريك البائع قد باع ما يملك، ولأنّ المشتري لم يقع في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أنّ البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير⁽⁹⁾.

الحالة الثانية/إذا كان المتصرف إليه يجهل الشيوع: يكون المتصرف إليه قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المتصرف، ومن ثم له حق طلب إبطال التصرف على أساس الغلط في القواعد العامة، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها. لقد انتقد هذا الرأي:

– إنّ هذا الرأي يخالف حقيقة الملكية الشائعة التي ترد على كل المال الشائع المتصرف فيه⁽¹⁰⁾.

– إنّ فكرة، أنّ الشريك بتصرفه في جزء مفرز يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك، هي نفس الفكرة التي انطلق منها الشراح في الاتجاه السابق وسبق انتقادها.

– إنّ القول بأنّ المشتري قد يكون اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، إذ أنّ هذه الإرادة قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز معين بالذات. فهذا الرأي يحمل بين طياته الاتجاه الأول المنتقد.

الفرع الرابع: تصرف صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء

يرى هذا الاتجاه أنّ الشريك المتصرف يكون متصرفا فيما يملك، فيكون تصرفه صحيحا نافذا في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه، فيما يكون غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء⁽¹¹⁾، لأنّه يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء، ويكون التصرف قابلا للإبطال على أساس الغلط، إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشيوع.

وقد أكدّ المشرع هذا الحكم بتقريره بمقتضى الفقرة الأخيرة التي وردت في ذيل نص المادة 714 ف 2، المترتبة على ذلك، من منع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف، على أساس صدوره من غير مالك، وقصر حقه في طلب الإبطال على حالة ما إذا كانت إرادته قد شابها عيب الغلط في طبيعة ملكية المتصرف.

وعليه، يكون المتصرف قبل القسمة مالكا، أو صاحبا لحق، ولكن يكون غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء. كما يرى هذا الاتجاه أنّ نص القانون في إعطاء المتصرف إليه حق طلب الإبطال على أساس الغلط هو نص مطلق يشمل حكمه قبل القسمة وبعدها، مما يستبعد الاحتمال القائم على إبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك.

— إنّ هذا الأمر كان مقصودا من طرف المشرع لإبراز أنّ حق المتصرف إليه في طلب الإبطال يقوم على أساس الغلط، ونفي كل حق له في طلب الإبطال على أساس صدوره من غير مالك.

— إنّ في أعمال فكرة الحلول العيني، لو تمت القسمة واختص المتصرف بغير الجزء المفرز نفي قاطع لاعتبار التصرف صادرا من غير مالك بعد القسمة، فيكون نفي له من باب أولى أثناء الشيوع وقبل وقوع القسمة. غير أنّه تم انتقاد هذا الرأي:

1. هذا الرأي غير سليم لأنّ الشريك في الشيوع لا يمكنه أن يعطي غيره ملكية مفرزة ما دام لا يملك إلا ملكية شائعة حتى في العلاقة بينه وبين المتصرف.
2. هذا الرأي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، حيث يجعل الشخص مالكا في مواجهة البعض، وغير ذلك في مواجهة البعض الآخر.

نظرا لكل هذه الصعوبات، نعتقد أنه للقضاء عليها يكون من الأصوب القول بوقف هذا التصرف على إجازة باقي الشركاء لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه قول سديد ناجع، كونه يغني من جهة، المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة أخرى، يغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المباعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو استردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضرهم.

المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة

يتبين من نص المادة 714 ف2 ق م ج من أنه إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع فإما أن يقع هذا الجزء بعد القسمة في نصيب المتصرف أو لا يقع. لذلك، نتناول حالة وقوع الجزء المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب المتصرف و حالة وقوعه في غير نصيب المتصرف (الفرع الأول)، ثم نعرض الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أو في نصيب غيره

قد يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وقد يقع في نصيب شريك آخر بعد القسمة، لذلك نتطرق أولا إلى حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف، وثانيا إلى حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب غيره.

1- حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف: إن حكم هذه الحالة واضح، بحيث يستمر التصرف صحيحا ويستقر نهائيا، كما لا يهـم إن كان المتصرف إليه عالما بالشيوع أو جاهلا له⁽¹²⁾.

ومنه، لا يحق للمتصرف إليه طلب الإبطال إذا كان جاهلا لعملية الشيوع، لأن الهدف المقصود من ذلك قد تحقق، وبالتالي لا يجوز له أن يتمسك بالإبطال وفقا لأحكام المادة 85 ق.م.ج المقابلة للمادة 124 ق.م.م والتي تقضي بما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية". وتخلص ملكية الجزء المفرز للمشتري بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب المتصرف، وهذا بفضل الأثر الكاشف للقسمة، كما أن مبدأ حسن النية واستقرار المعاملات يقتضي ذلك⁽¹³⁾.

2- حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف: يتضح من المادة 714 ف 2، أنّ تصرف الشريك يكون صحيح ونافذ في حق باقي الشركاء لانتفاء الضرر عنهم، أما بالنسبة إلى المتصرف إليه فيفرق بين حالة علمه بالشيوع و حالة جهله له.

أ- حالة جهل المتصرف إليه بالشيوع: يكون للمتصرف إليه حق إبطال التصرف على أساس الغلط الناتج عن جهله للشيوع، فوقوعه في الغلط يمنحه الحق في طلب الإبطال، إذ أنّ الحصة المفرزة المتصرف فيها لا تتوفر في الحصة التي رجعت له بعد القسمة، وبذلك هذا الجهل يعتبر عيباً من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال التصرف.

ب- حالة علم المتصرف إليه بالشيوع: إذا كان المتصرف إليه عالم بالشيوع، فلا يحق له طلب الإبطال، وسبب ذلك أنّ المتصرف إليه وهو عالم بالشيوع يكون قد ارتضى مسبقاً بالنتيجة التي تترتب بعد القسمة، وبالتالي تنتقل ملكية هذا الجزء المفرز إلى المتصرف إليه بعد التسجيل، ويحل هذا الجزء محل الجزء المتصرف فيه بالحلول العيني⁽¹⁴⁾.

نخلص، أنّ الفقه القانوني أجاز مثل هذا التصرف ولكن بشروط وضوابط تحكمه ولا تضر بحقوق ومصالح باقي الشركاء، مما يعني أنّ التشريع القانوني أراد أن يخفف من النتائج السيئة التي تترتب على عدم جواز مثل هذا التصرف.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف

اشتد الخلاف بين الفقهاء حول الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف، فنعرض لكل اتجاه على حدى:

1/الاتجاه الأول: أساس الانتقال هو وحدة المحل: ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأنّ هذا الانتقال يؤسس على وحدة المحل، لأنّ المشتاع قد تصرف فيما يملك، وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند التصرف وقد يكون هو الذي تعين عند القسمة، فحقه قائم على هذا الجزء على حد سواء⁽¹⁵⁾.

2/الاتجاه الثاني: أساس الانتقال هو مجرد نقل التزام: يرى هذا الاتجاه أنّه إذا تمت القسمة، ووقع في نصيب المتصرف جزء آخر غير المتصرف فيه، فيكون التصرف صادر من غير مالك، ومنه، لا يكون للمتصرف إليه حق ملكية، وإنّما مجرد حق شخصي⁽¹⁶⁾.

ولقد نص المشرع في المادة 714 ف2 على انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف فهو يقضي بانتقال حق دائم لم يتأثر بالقسمة، ومن ثم يكون المشرع قد خرج عن حكم القواعد العامة، وذلك بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على مال آخر، هو المال الذي أصبح بمقتضى القسمة، أن المتصرف كان مالكا له وقت نشوء الالتزام.

و من ثم، فإنه يرى من الأفضل استبعاد الحلول العيني، ويكفي أن يقال بأن الالتزام ينفذ على غير محله الذي يرد عليه ابتداء⁽¹⁷⁾، غير أنه تم انتقاد هذا الاتجاه من الجوانب الآتية:

- إن هذا الاتجاه يستند إلى الأثر الرجعي للقسمة رغم ما يقوم عليه من افتراض مخالف للواقع، حيث أنه وجد فقط من أجل حماية المتقاسمين، في حين لا يوجد أي خطر عليهم في حالة تصرف الشريك في جزء مفرز.

- إن مسايرة فكرة هذا الاتجاه يقتضي تمكين المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك، سواء علم بالشيوع أم لم يعلم به، وهو ما يتعارض مع أحكام المادة 714 ف2 التي تقضي بحقه في طلب الإبطال إلا في حالة جهله للشيوع. إن إصدار هذا الأمر لمثل هذا المتصرف إليه وحده، دليل على تمسك المشرع بتأسيس إبطال التصرف على عيب من عيوب الرضا هو الغلط، وليس على أساس ما ظهر بالقسمة، ونتيجة أثرها الرجعي من صفة المالك لدى المتصرف⁽¹⁸⁾.

3/الاتجاه الثالث: أساس الانتقال هو الحلول العيني: يرى البعض من الفقهاء أن أساس الانتقال هو فكرة الحلول العيني⁽¹⁹⁾، إذ نص المشرع على ذلك في المادة 714 ف2 ق.م. وطبق فكرة الحلول العيني بوجه خاص على الرهن الرسمي في المادة 890 ق م ج التي تقضي: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي الشأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء

ولا بامتياز المتقاسمين>>، المقابلة لنص المادة 1039 ف2 ق.م.م، التي تواجه الفرض الذي يكون فيه المتصرف مالكا على الشيوع لعد عقارات، ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم بشأن مجال أعمال هذه القاعدة:

- يرى البعض منهم⁽²⁰⁾ أنّ مسألة الحلول العيني تعدّ استثناء من القاعدة وليس تطبيقا لحكم للنظرية العامة للحلول العيني، لأنّه ليس هناك تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه، كما لا يوجد له نظام قانوني خاص يتميز به. أنّ المشرع وضع مبدأ عاما مقتضاه انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وطبق المبدأ بصورة خاصة في حالة الرهن الرسمي وهو ما قضت به المادة 890 ق.م.ج. وبذلك يكون المشرع قد حدّد الإجراءات التي يجب إتباعها لانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يقع في نصيب الراهن، ولا يمكن تطبيق هذه الإجراءات على جميع التصرفات الأخرى.

- ذهب البعض منهم إلى القول بأنّه من الممكن تطبيق الإجراءات الواردة في المادة السابقة على جميع التصرفات بطريق القياس. فإذا كان التصرف بيعا انتقل حق المشتري إلى قدر من الجزء الذي وقع في نصيب البائع يعادل قيمة الجزء الذي وقع عليه التصرف ابتداء. فيجب على المشتري أن يطلب من القاضي بأمر على عريضة تخصيص هذا القدر، خاصة إذا كان ما وقع في نصيب البائع أكثر من الجزء الذي انصب عليه التصرف أصلا، ثم يقوم بتسجيل هذا الأمر خلال تسعين (90) يوما كما هو وارد في المادة 890 ق.م.ج، أما إذا كان ما وقع في نصيب البائع أقل من الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتداء، فمن حق المشتري أن يطلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه⁽²¹⁾.

- ذهب اتجاه آخر إلى وجود قصور في نص المادة 714 ف2، ومن ثم يجب تنظيمها تنظيما حاسما لكل شك يتفق مع كل حالات التصرف غير الرهن الرسمي، ولا يصح القياس على نص المادة 890 م.ج ، لأنّ القياس في مسائل الإجراءات غير مقبول، ولكن ليس هناك ما يحول دون خضوع الرهن الحيازي لحكم نص المادة السابقة.

إنّ الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها يؤدي إلى صعوبات كبيرة⁽²²⁾

تتمثل فيما يلي:

- إنَّ الحلول العيني لا يحوي في طياته قوة الإلزام التي بمقتضاها يلتزم أطراف التصرف بالنتيجة المترتبة على القسمة. ويتضح ذلك في الصورتين:
- عندما يقع في نصيب المتصرف جزء أقل مما وقع عليه ابتداء، فالأخذ بالحلول العيني في مثل هذه الحالة لا يلزم المتصرف إليه، لأنَّ من حقه طلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه.
- وإذا وقع في نصيب المتصرف جزء أكبر مما انصب عليه التصرف ابتداء، فهو ليس بملزم أن يمنح المتصرف إليه منافع هذا الشيء كله، فمن حقه أن يطلب من المتصرف إليه أن يدفع إليه مبلغاً من المال يساوي هذه الزيادة.
- أما في حالة تعادل بين ما وقع عليه التصرف ابتداء وما انتهت إليه القسمة، فإنَّ هذا نتيجة طبيعية للقسمة، وانتقال حق المتصرف إليه يتم وفقاً لما تم الاتفاق عليه مسبقاً.
- وعلى كل ذلك، لا يمكن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها بل يجب أن يراعى ظروف كل حالة على حده. كما أنَّ الحكمة من إعمال الحلول العيني في المادة السابقة، أي في الرهن الرسمي، هي الحصول على المقابل النقدي وليس الحصول على الشيء في حد ذاته كما هو مطلوب، مثلاً المشتري الذي قد يهدف من شراء الشيء تحقيق هدف معين ربما لا يتحقق لو وقع نصيب البائع في غير هذا الشيء.
- أما الفقه الإسلامي لا يجيز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، وذلك لأنَّ هذا التصرف يمس حقوق باقي الشركاء، وفيه ضرر عليهم طبقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽²³⁾
- أما الفقه القانوني، من جواز هذا التصرف، أراد أن يخفف من النتائج السيئة المترتبة على عدم جواز ذلك، من وضع الضوابط التي تحكمه وتتفق مع حقوق باقي الشركاء.

المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

لقد رأينا في المبحث الأول، أنَّ هذا التصرف يعدّ صحيحاً فيما بين المتصرف و المتصرف إليه، ولكنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء لأنَّ لهم من الحقوق مثل ما للمتصرف، ولذلك، في هذا المبحث نعرض للآثار والضمانات التي

يمنحها تصرف الشريك في جزء مفزز بالنسبة لطرفيه (المطلب الأول)، ثم بالنسبة للشركاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في جزء مفزز بالنسبة لطرفيه

تتمثل هذه الآثار في حق المتصرف في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط، في عدم صلاحية التصرف لاعتباره سببا صحيحا للملك، في ترتيب التصرف آثاره الكاملة بين طرفيه فقط، ثم أخيرا عدم حلول المتصرف إليه شريكا على الشيوع، التي نجملها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط

لقد اختلف شراح القانون حول ثبوت حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف، فمنهم من رفض ذلك أصلا، ومنهم من ذهب إلى الإقرار به على أساس التصرف في ملك الغير، واختلفوا حول ثبوته قبل القسمة أو بعدها، ومنهم من قصر حق طلب الإبطال على أساس الغلط فقط⁽²⁴⁾.

إنّ الغرض من المشرع بنص المادة 714 ف2 في حق المتصرف إليه في طلب الإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهله بحالة الشيوع، هو التأكيد على أنّ حق المتصرف إليه يكون على أساس الغلط فقط، ويستبعد بذلك الرأي الذي يؤسس الإبطال على التصرف في ملك الغير، وعلى ذلك لا يجوز للمتصرف إليه العالم بالشيوع من سبيل لطلب الإبطال لانتفاء عيب الغلط، لأنّه كان على بينة من أمره⁽²⁵⁾.

إنّ هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات ومنها:

1. إنّ حكم المادة 714 ف2 جاء مطلقا، فيجب إطلاقه على الفترتين قبل القسمة وبعدها، غير أنّه كان بعض الشراح من يقصر حق الإبطال على فترة ما بعد القسمة فقط، أما قبله فيكون قابلا للإبطال على أساس التصرف في ملك الغير⁽²⁶⁾.

2. إنّ أحكام التصرف في ملك الغير، تسوي بين حالة العلم والجهل بأنّ المتصرف مالك، أم غير مالك، وقررت للمتصرف إليه حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين، حتى بعد وقوع القسمة إذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب متقاسم آخر، إلا أنّ المشرع قضى بعكس ذلك، مما يثبت سريان هذا النص بعد القسمة⁽²⁷⁾.

3. إنَّ السريان مع المنطق يقتضي أنّ التصرف يجب أن يكون قابلاً للإبطال لعيب يشوبه عند انعقاده، وليس بعده، ولا يتصور أن تقلب القسمة العقد الصحيح عقداً قابلاً للإبطال.

الفرع الثاني: عدم صلاحية التصرف لاعتباره سبباً صحيحاً للتملك

عرفت المادة 728 ف2 ق م ج المقابلة للمادة 969 ف3 ق.م.م السند الصحيح بما يلي: "و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إظهار السند". كما عرفه بعض الفقهاء بأنّه: "ذلك التصرف الصادر من غير صاحب الحق، والذي من شأنه نقل الحق كما لو أنّه كان صادراً من صاحبه"⁽²⁸⁾.

انطلاقاً من هذا التعريف، فالسبب الصحيح يقتضي أن يكون التصرف صادراً من غير مالك، فيكسب المتصرف إليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العيني المترتب عليه بمقتضى الحيازة أو التقادم القصير على حسب الأحوال، كما لو كان صادراً أصلاً من صاحب الحق ذاته، ولما كان تصرف الشريك في جزء مفرز، يعد تصرفاً صادراً من مالك، فذلك يحول دون اعتبار هذا التصرف سبباً صحيحاً، يصلح لاكتساب المتصرف إليه حسن النية ملكية الجزء محل التصرف بمضي خمس سنوات من حيازته، وذلك سواء قبل القسمة أو بعدها، لثبوت صحة التصرف في الحالتين.

يؤخذ على هذا الرأي، الخلط بين تصرف صادر من أحد الشركاء على الشيوع قبل القسمة، وهو صادر من مالك لا يصلح اعتباره سبباً صحيحاً، ويستمر كذلك إلى ما بعدها، وبين تصرف صادر من أحد المتقاسمين بعد القسمة، فيكون صادراً من غير مالك، ويصلح أثر ذلك سبباً صحيحاً للتملك⁽²⁹⁾.

الفرع الثالث: ترتيب التصرف أثاره بين طرفيه على الجزء المفرز محل التصرف

إنّ تصرف الشريك في جزء مفرز يترتب أثاره فيما بين الطرفين على الجزء المفرز المتصرف فيه قبل القسمة، وليس على الحصة الشائعة التي تعادله، وتأسيساً على ذلك:

1. يرتب التصرف أثاره بين طرفيه وليس في مواجهة الشركاء الذين لا يجوز للمتصرف إليه الاحتجاج عليهم بملكية الجزء المفرز المتصرف فيه. غير أنه انتقد هذا الرأي لأنه من جهة يجعل التصرف ينقل الملكية بين طرفيه، ولا تنقل في مواجهة باقي الشركاء⁽³⁰⁾.

2. تنصب هذه الآثار على الجزء المفرز المتصرف فيه: إن صحة التصرف تجعله يرتب أثاره على الجزء المفرز المتصرف فيه، وانتقال الحق إلى المتصرف إليه، مما يترتب عليه عدم اعتباره شريكا مع باقي الشركاء⁽³¹⁾.

غير أن بعض الشراح يرون العكس، ذلك على اعتبار أن صحة التصرف تعني مجرد تملك المتصرف إليه لحصة شائعة تعادل القدر المفرز المتصرف فيه، ومنه تنصب آثار التصرف، فيحل المتصرف إليه شريكا على الشيوع، وذلك بدعوى أن المشتري لا يكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لا يملك إلا حصة شائعة⁽³²⁾.

وردّ على هذا الرأي، أن هذا القول لا يستقيم و غرض المشرع من نص المادة 714 ف2 لأنه لا حاجة إذن لنص هذه المادة، طالما أنه إذا تصرف الشريك في جزء مفرز يعدّ كأنه تصرف في حصته الشائعة، التي تعادل هذا الجزء المتصرف فيه.

الفرع الرابع: عدم حلول المتصرف إليه شريكا على الشيوع

إذا كان تصرف الشريك في الجزء المفرز تصرفا صحيحا بين طرفيه لصدوره من مالك، و غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء، فإن الآثار المترتبة عنه تبقى بين طرفيه فقط ولا تنتقل في مواجهة الشركاء، وبذلك لا يحل المتصرف إليه شريكا معهم. ويترتب على ذلك:

1. ليس للمتصرف إليه مشاركة الشركاء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه: إن صوت المتصرف إليه لا يعتدّ به في حساب الأغلبية اللازمة للتصرف فيه، ولا في إدارته، وإنما يبقى ذلك لحق المتصرف كونه لم يفقد صفة الشريك على الشيوع، ويكون هذا المنع فقط بصفته شريكا مالكا، غير أنه يجوز له المشاركة في ذلك بصفة أخرى كوكيل عن المتصرف.

2. عدم تمتع المتصرف إليه بحق طلب القسمة أو الاختصام في الدعوى: إن المتصرف إليه لا يجوز له المشاركة في القسمة ولا طلب إجرائها، ولا يتدخل في الدعوى بصفة متقاسما.

3. عدم تمتع المتصرف إليه بحق ممارسة رخصة الشفعة والاسترداد: إذا تم بيع حصة شائعة من أحد الشركاء، فلا يثبت له حق ممارسة رخصة الشفعة ولا الاسترداد⁽³³⁾.

وعليه، إن أثر تصرف الشريك في جزء مفرز في مواجهة باقي الشركاء لا ينفذ في حقهم إلا أنهم يملكون حق إقرار هذا التصرف وبالتالي يكون نافذا في حقهم، خاصة إذا كان الإقرار بمثابة القسمة واعتبار الجزء المتصرف فيه هو نصيب المتصرف⁽³⁴⁾.

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز بالنسبة للشركاء

إن دراسة هذه الآثار تقتضي التطرق لها قبل القسمة وبعدها، والسبب في ذلك، أنه قبل القسمة يمس التصرف حقوق الشركاء، أما بعدها فلا يمس إلا حقوق المتقاسم. لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق إلى تلك الآثار بالنسبة للشركاء قبل القسمة (الفرع الأول)، ثم إلى بعد القسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار التصرف بالنسبة للشركاء قبل القسمة

إذا كان الفقهاء متفقون في الأصل على عدم نفاذ التصرف في جزء مفرز في مواجهة الشركاء، فإنهم اختلفوا في ترتيب بعض الآثار القانونية على هذا التصرف وهو ما نتناوله في الآتي:

1/ عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف: إن التصرف في جزء مفرز يكون صحيحا قابلا للإبطال على أساس الغلط، فيكون هذا الحق لطرفيه فقط، أما باقي الشركاء فلهم حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيما يتعلق بحصصهم الشائعة لاعتبارهم ملاكا لها⁽³⁵⁾.

2/ حق باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق: لما كان الحق للشركاء في الاعتراض على التصرف لتعلقه بحصصهم الشائعة فيه، فمنحهم القانون حق رفع دعوى الاستحقاق ضد كل من المتصرف والمتصرف إليه، حتى يكون هذا الأخير على علم بما سيقع بعد إجراء القسمة، وعاد هذا الجزء إلى أحد الشركاء بعد القسمة.

إنّ هذا القول يتفق مع المنطق و مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع، وينسجم مع أحكام عدم النفاذ⁽³⁶⁾، وأحكام المادة 714 ق.م.، غير أنه تم انتقاد هذا الرأي:

- إن حق الاستحقاق يثبت للشركاء في حقوقهم الشائعة، وليس لاستحقاق جزء مفرز، لأن الإفراز لم يتم بعد.

- إن أصحاب هذا الرأي جاء لما يروونه من أن بيع المتصرف للجزء المفرز يكون بيعا لما يملك في شأن حصته في هذا الجزء، وفيما لا يملك في شأن حصص الشركاء الباقين، وما يتفق مع هذا الرأي هو أن منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق يكون قاصرا على ما يعادل حصة الشرك البائع في الجزء المفرز، وليس فيما يوازي حصص الباقي من الشركاء، ومنه جعل هذا الرأي المنع مطلقا يناقض الفكرة المنطلق منها⁽³⁷⁾.

- يعتبر أنصار هذا الرأي أن التصرف في جزء مفرز سببا لكسب الملكية، في حين لا يجوز للشركاء حق الاستحقاق، وهو ما يضر بهم، فهم يمنحون المتصرف إليه حق التملك إذا توفرت الحيابة أو التقادم، في حين يمنعون الشركاء من تأكيد حقوقهم على العقار، وهذا يتعارض مع قصد المشرع من حماية الشركاء من تصرفات بعضهم البعض أثناء الشيوغ.

3/عدم تمتع الشركاء بحق استرداد الجزء المفرز المتصرف فيه : اختلف الفقهاء حول ثبوت حق الاسترداد للمتصرف إليه، رغم صراحة المادة 721 ف1 ق.م.ج التي تقضي بما يلي: "لشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول، أو العقار يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه"، وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى هذا الفريق أن الشركاء يثبت لهم حق الاسترداد، ما دام يمنع عليهم طلب إبطال التصرف، وبرروا رأيهم على أن الاسترداد لا يكون للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع، وإنما من أجل الاعتراف لهم بحقوقهم شائعا، فاستبعد الرأي هذا، لأن المادة حددت صراحة أن البيع يجب أن يتم على حصة شائعة، وليس على حصة مفرزة⁽³⁸⁾.

الرأي الثاني: يرى عدم ثبوت حق الاسترداد للشركاء، لأنه لا يكون التصرف إلا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽³⁹⁾، ولذلك لا يمكن القول بعكس ما جاءت به أحكام المادة 721 ق.م.ج.

4/ مدى تمتع الشركاء بحق ممارسة رخصة الشفعة: لقد اشتهد الخلاف بين الفقهاء حول مدى تمتع الشركاء بحق المطالبة بممارسة رخصة الشفعة، إذا بيع جزءا مفرزا، وأنّ المادة 795 م.ج.م.ج. المقابلة للمادة 926 م.م. تقضي بأنّه: <<...للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.....>> لما ورد فيها لفظ "جزء" وهو عام، قد ينصرف إلى حصة شائعة أو إلى جزء مفرز، وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: في حالة بيع المتصرف لجزء مفرز، يجوز للشركاء حق ممارسة رخصة الشفعة لأنّ هذا البيع لا يحتج به على باقي الشركاء كونه وارد على حصة شائعة. و استدلوا على ذلك بأحكام المادة 795 ق.م.م. المقابلة للمادة 926 ق.م.م. معتبرين لفظ "جزء" يشمل المفرز والشائع، كما استدلوا بأحكام محكمة النقض المصرية للطعن رقم 784 سنة 47 قضائية، جلسة 1980/05/01؛ الطعن رقم 2588 سنة 56 قضائية، جلسة 1991/05/23؛ الطعن رقم 923 سنة 59 قضائية، جلسة 1994/01/19⁽⁴⁰⁾.

انتقد هذا الرأي، لأنّ الحكمة من تقرير رخصة الشفعة هو منع الأجنبي من الشركاء من الدخول معهم حتى يزيد في عدد الشركاء.

الرأي الثاني: لا يجوز للشركاء ممارسة رخصة الشفعة، لأنّ التصرف كان على جزء مفرز وليس على حصة شائعة، والمادة تقصد الحصة الشائعة وليس الجزء المفرز⁽⁴¹⁾.

انتقد هذا الرأي على أساس أنه يؤدي إلى التحايل على أحكام القانون، إذ يلجأ إلى طريق الغش والتدليس لبيعها مفرزة حتى يحرمهم منها، الأمر المنافي للعقل والقانون. رد على هذا الرأي بما يلي:

- إنّ المشرع أقر الشفعة لحكمة محددة، إلا بطريقة استثنائية، فإذا انتفت، انتفى معها مبرر الاستثناء وطبق الأصل وهو حرية التعاقد، ومنه كان قيذا بدون مبرر.

- ولاعتبار هذا التصرف غير نافذ في حق الشركاء، فإنّ المشرع كفل لهم هذه الحماية.

5/ حق الشركاء في إقرار التصرف: طبقا لأحكام المادة 729 ق.م.ج. المقابلة للمادة 832 ق.م.م. يجوز لباقي الشركاء إقرار التصرف في جزء مفرز، إما بإجماعهم على ذلك، أو

بإجماع غالبيتهم التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع تحسب ضمنها حصة الشريك المتصرف، فيكون ذلك قبولا منهم، فيسري آثار هذا التصرف في حقهم و ينفذ في مواجعتهم⁽⁴²⁾.

6/ عدم تمتع الشركاء بحق طرد المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه: إذا كان المتصرف إليه حسن النية ويظن أنّ الجزء المتصرف فيه مملوك له فقط، ثم حاز هذا الجزء، فله قانونا طبقا لنص المادة 828 ق.م.ج أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وبالتقدم القصير إذا كان الجزء المفرز عقارا أو أشهر المتصرف إليه سند التصرف⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني: آثار التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة

لا تثور أية مشكلة، إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، إذ يستقر التصرف نهائيا، ويصبح المتصرف إليه مالكا منذ التصرف إعمالا للأثر الكاشف للقسمة، و إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإنّ حقه في طلب الإبطال يسقط في هذه الحالة لتعارض التمسك به مع مقتضيات حسن النية⁽⁴⁴⁾ طبقا لأحكام المادة 85 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية..."

أما إذا انتهت القسمة ورجع الجزء المفرز إلى شريك آخر، فإنّه تترتب النتائج الآتية:

1/ يخلص الجزء المتصرف فيه للمتقاسم المختص به دون تأثر بالتصرف: ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف، فيحل هذا الجزء الأخير محل الجزء المتصرف فيه حلولا عينيا⁽⁴⁵⁾، ويعتبر التصرف كأنه ورد عليه منذ إبرامه، ويخلص هذا الجزء المتصرف فيه لمن اختص به بالقسمة مطهرا، و يكون لهذا الأخير الحق في استلامه من تحت يد المشتري، مما ينفي اعتبار المتقاسم خلفا لأي من شركائه.

2/ حق المتقاسم بالجزء المفرز المتصرف فيه في رفع دعوى الاستحقاق: إذا وقع الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف، يكون لباقي الشركاء وخاصة الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز حق رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده من المتصرف، أو المتصرف

إليه. كما لا يجوز لهذا الأخير الاعتراض، لأنّ هذا التصرف غير نافذ في حقه -الشريك الأخر- وليس من حقهم كذلك الاعتراض عن طريق التقادم القصير لأنّ التصرف لا يعتبر أصلاً سبباً صحيحاً لكسب الملكية⁽⁴⁶⁾.

خاتمة

بعد استعراض حالة التصرف في جزء مفرز من المال الشائع وما يستتبعه من آثار مترتبة عليه، نكون قد وصلنا إلى أهم نتائج هذا البحث، والتي نجملها في النقاط الآتية:

1- إنّ الاشتراك في المال قد يؤدي غالباً إلى نزاع، نظراً لاختلاف وجهة نظر الشركاء في استغلال المال المشترك. إنّ سلطة المتصرف في جزء مفرز من المال الشائع مقيدة بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ذلك يحول دون نفاذ تصرف الشريك في حق باقي الشركاء، مما يعني أنّ المتصرف يستحيل عليه نقل ملكية الشيء محل التصرف إلى المتصرف إليه.

2- إنّ المشرع قيّد حرية الشريك في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، فكان على المشرع أن يضع الضوابط التي تحكم مثل هذه التصرفات حفاظاً على أموال المتصرف إليه من جهة وكذلك باقي الشركاء من جهة أخرى، وحفاظاً أيضاً على الاستقرار في التعامل.

3- إنّ المشرع اكتفى من أجل قبول دعوى الإبطال، جهل المتصرف إليه، بعدم ملكية المتصرف للشيء محل التصرف ملكية مفرزة، فقد ألقى على عاتق المتصرف إليه التزاماً ببذل عناية الرجل العادي، بالتحري وفحص المستندات، بحيث إذا أخل بهذا الالتزام فلا يكون له الحق في طلب الإبطال، وهو ما يستفاد بمفهوم المخالفة لعبارة "....وللمتصرف إليه إذا كان جهل..."، ولا يكون أمامه في هذه الحالة سوى الانتظار إلى حين وقوع القسمة.

4- إذا وقعت القسمة، فقد تؤول ملكية الجزء المفرز، إلى المتقاسم المتصرف الذي يجب أن يقوم بنقل ملكية الشيء إلى المتصرف إليه، فإذا امتنع كان للمتصرف إليه الحق في طلب فسخ العقد عملاً بأحكام المادة 119 ف2 ق م التي تنص على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره

المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

قد تؤول إلى المتصرف إليه غير الجزء المتصرف فيه، فينتقل حق هذا الأخير إلى هذا الجزء من وقت التصرف وليس من تاريخ إبرام عقد القسمة عملاً بأحكام المادة 714 ف2.

كما قد يختص المتصرف بمقتضى القسمة بمبلغ من المال، وتؤول ملكية الجزء المتصرف فيه إلى متقاسم آخر، وكون أن للقسمة أثراً رجعياً، فيكون التصرف في هذه الحالة قد ورد على ملك الغير، غير أن المشرع لم يعالج مثل هذه الحالة، مما يعني عدم وجود غطاء قانوني لهذا الفرض. فيستطيع المتصرف إليه طلب الحكم بالإبطال على أساس أحكام التصرف في ملك الغير عملاً بنص المادة 397 م.ج .

إنّ هذه المادة لم تشر إلى تقييد الحق في طلب الإبطال بواقعة الجهل بعدم ملكية المتصرف للعين محل التصرف. وإذا حكم بالإبطال تم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيكون للمشتري حق طلب استرداد الثمن الذي دفعه، ولكن لا يجوز له طلب الحكم بالتعويض عملاً بالمادة 399 ق م ج التي تنص: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أنّ البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

5- إنّ المشرع هدف من وضع أحكام المادة 714 إلى توفير حماية للشركاء على الشيوع، من خلال إلزام المتصرف من فحص المستندات قبل إبرام العقد، وحرمانه من حق طلب الإبطال والتعويض منه إذا أخل بهذا التزام أثناء قيام حالة الشيوع.

غير أنّه من الناحية العملية، تبدو هذه الحالة عديمة الجدوى لأن حكم المادة 714 ق.م ف1 الخاص بعدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء يتعطل متى كان المتصرف إليه حسن النية، بحيث يمكن له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وبذلك تنتقل إليه ملكية الشيء المتصرف فيه عن طريق الحيازة بمعزل عن التصرف القانوني.

ويكون الرأي الراجح عندنا، هو القول بوقف تصرف الشريك في حصته المفرزة على إجازة باقي الشركاء طبقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية، لأنّه

قول ناجع، كونه يغني من جهة أولى المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة ثانية يغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المباعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو باستردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أيضا أنّ فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضر بهم.

الهوامش:

(1) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج2، معهد البحوث والدراسات العربية، 1969، ص73؛ حاشية رد المختار، ج4/302؛ العقود الدرية، ج1/232؛ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص173.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، ط3، دار الكتب القانونية، لبنان، 1995، ص747؛ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، 1993، ص210.

(3) ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة، ج9، المجلد الثاني، ص138.

(4) حسن كيرة، "تصرف الشريك في جزء مفز من الشيء الشائع"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية السنة الثانية عشر (1962-1963)، العدد الأول، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1964، ص3.

(5) عبد المنعم فرج الصدة، "الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1978، ص179؛ مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، 2004-2005، ص89.

(6) بعض الشراح في فرنسا يتمسكون بهذا الرأي، و منهم:

Aynes Laurent, Malaurie Philippe « Droit Civil (Les Contrats Spéciaux, Cujas, PARIS, 1986, p107.

(7) منصور مصطفى منصور، "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل متقاسم من تصرفات غيره"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، 1964، ص196.

(8) حسن كيرة، المرجع السابق، ص30.

(9) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص873.

(10) مصطفى محمد جمال، "نظام الملكية"، منشأة المعارف، دون سنة النشر، ص138.

(11) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، بيروت، 2003، ص138؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص137؛ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، مكتبة الثقافة للنشر، مصر، 2002، ص128.

(12) محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، وأسباب كسها" دار الجامعة الجديدة، 2003 - "عقد البيع"، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص114؛ عبد المنعم البدر، "الحقوق العينية

- الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها" الطبعة الثالثة، مطبعة الكيلاني، 1968، ص 175؛ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 137.
- (13) رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 100؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 189-190.
- (14) حسن كيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص ص 341-342؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 190.
- (15) شفيق شحاتة، النظرية العامة للحق العيني، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1951، ص 165.
- (16) منصور مصطفى منصور، "نظرية الحلول العيني و تطبيقاتها في القانون المصري"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953، ص 170؛ إسماعيل غانم، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، 1921، ص 171.
- (17) نواف مغيظ عبد الله المطيري، "التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، 2006، ص 224؛ جمال خليل النشار، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 191.
- (18) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 201؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 66.
- (19) عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع و المقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، فقرة 168؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 157؛ سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، 1959، ص ص 78-81؛ أحمد سلامة، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، 1963، ص 162.
- (20) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 171؛ جمال النشار، المرجع السابق، ص 192؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 71؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 193.
- (21) عبد الرزاق احمد السهوري، حق الملكية، ج 8، ص 877؛ منصور مصطفى، حق الملكية، ص 175.
- (22) عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، المطبعة العربية الحديثة، سنة 1973، ص 160؛ جمال النشار، المرجع السابق، ص 193؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 228؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص 69-70.
- (23) علي الخفيف، الملكية في الشريعة، المرجع السابق، ص 74.
- (24) سبق التعرض لمناقشة هذه الآراء عند دراسة حكم هذا التصرف في المطلب الأول من المبحث الأول.
- (25) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 26.
- (26) عبد المنعم فرج الصدة، "الحقوق العينية الأصلية والتبعية، حق الملكية فقها وقضاء"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2000، ص ص 181-182.
- (27) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 187؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 186.
- (28) حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 28.
- (29) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 187، يرى أنّ أنصار هذا الاتجاه يستندون إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية نقض مدني، في حكمها الصادر بتاريخ 1942/04/23 حيث جاء فيه: ((إذا باع المشتاع جزءا مفزرا محددًا في الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يمتلك به المشتري ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر لديه حسن النية)).
- (30) منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، 1975، ص 195؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 28.

- (31) أكدته محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها: الطعن رقم 1448 سنة 47 قضائية، جلسة 1981/03/10، تناوله سعيد أحمد شعلة، "قضاء النقض المدني في العقود" الجزء الأول، دار الفكر العربي، 2000، ص 802.
- (32) محكمة النقض المصرية في قرارها: طعن رقم 494 سنة قضائية، جلسة 1962/12/02، أنور سلطان، "العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 379.
- (33) عبد الرزاق احمد السهوري، المرجع السابق، ص 874؛ نبيل سعد، المرجع السابق، ص 142.
- (34) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 203 جاء فيها: ((إنَّ من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع اذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشتاع منه إلا بسنده وفي حدوده أي باعتباره مالكا ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا و كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليك بأن يهدره القاضي ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا.. ومن تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع في العقار المبيع متعينة الرفض))
- (35) رمضان جمال كامل، "أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض" الطبعة الخامسة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، دون سنة النشر، ص 51.
- (36) عبد الرزاق احمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 874؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 178.
- (37) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 201-202، جمال مصطفى محمد، المرجع السابق، ص ص 142-143؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص 35-36.
- (38) عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 464.
- (39) عبد الرزاق أحمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 550: (الذي لا يجيز التصرف المفرز كالتصرف في حصة شائعة).
- (40) سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص ص 797-802.
- (41) عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنها، ج 9، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 550.
- (42) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص ص 57-58.
- (43) عبد الناصر توفيق العطار "شرح أحكام حق الملكية"، البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص ص 124-125.
- (44) محمد حسن قاسم، مجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006، ص 141.
- (45) عبد الرزاق احمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 876؛ منصور مصطفى، نظرية الحلول، المرجع السابق، ص 19.
- (46) حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 73؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 204.