

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع

اعداد
نسرین خليل سقا

إشراف
د. أشرف ملحم

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين.

2021

سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع

إعداد

نسرین خليل سقا

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 2021/10/4، وأجيزت.

التوقيع


.....

.....

.....

أعضاء لجنة المناقشة:

- 1- د. أشرف ملحم/ مشرفاً ورئيساً
- 2- د. اسحق برقاي/ ممتحناً داخلياً
- 3- د. محمد خلف/ ممتحناً خارجياً

ب

الإهداء

إلى من كانوا خير سند لي في كل خطوة أخطوها، إلى بطلي وصاحب الفضل الأول في بلوغي التعليم العالي، إلى سندي وسر نجاحي وقنديل ظلامي (والدي الحبيب).

إلى من وضعتني على طريق الحياة ولم تدخر نفسا في تربيتي، إلى من تنافس الغيث في العطاء ملاكي الحارس (أمي الغالية).

إلى من كانوا سحابا ممطرا في السنين العجاف ومعهم تخطيت كل الصعاب أخواتي وإخوتي الأحبة.

إلى من طرزوا بنيران أسلحتهم رايات النصر، إلى من علموا الدنيا كيف يكون الصبر، وكيف يكون النصر، إلى كل من مات لتحيا أرضه إلى الأكرم والأعظم منا جميعا إلى شهداء الوطن.

إلى من غيبتهم زنازين الاحتلال ولكن لن يغيبوا عن العقول والقلوب إلى أسرى الحرية أسرانا الأبطال.

إلى كل من وقف بقربي حتى أصل إلى ما أنا عليه الآن.

مسك الختام، أصل البدايات وأصل النهايات، رفقاء الروح والدرب، أولئك الذين شاركوني الحياة انتصارا وانكسرا.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع وأسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب علم.

الشكر والتقدير

الشكر لله والحمد لله، جل في علاه، فالإيه ينسب الفضل كله.

وبعد الحمد لله فإنني أتوجه بالشكر إلى كل من علمني حرفاً في هذه الدنيا الفانية.

إلى أساتذتي الأفاضل صنّاع الغد، وأخص بالذكر مشرفي الدكتور أشرف حسين الذي لم يبخل

علي بالوقت والجهد والنصح والإرشاد.

وكافة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة.

والذين سيكون لهم الدور في إخراج الرسالة في شكلها النهائي.

الإقرار

الإقرار

أنا الموقعة أدناه، مقدمة الرسالة التي تحمل العنوان:

سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the research's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name:

اسم الطالبة: نوره خويلد إبراهيم ستما

Signature:

التوقيع: نوره خويلد إبراهيم ستما

Date:

التاريخ: 4/10/2021

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الاهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الاقرار
و	فهرس المحتويات
ح	الملخص
1	المقدمة
6	إشكالية الدراسة
6	أهداف الدراسة
7	منهجية الدراسة
7	أهمية الدراسة
7	بيانات الدراسة
8	محددات الدراسة
8	الدراسات السابقة
10	خطة الدراسة
12	الفصل الأول: صُورُ التصرف في المال الشائع
14	المبحث الأول: التصرف في المال الشائع بالبيع
14	المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع
15	الفرع الأول: تصرف الشركاء في جميع المال
21	الفرع الثاني: التصرف بالأغلبية في المال الشائع
27	المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع
27	الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة
39	الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصة مفرزة
48	المبحث الثاني: إجارة المال الشائع
48	المطلب الأول: التأجير الجماعي للمال الشائع
53	المطلب الثاني: التأجير الفردي للمال الشائع
60	الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية

الصفحة	الموضوع
62	المبحث الأول: تنظيم مجموعة من الحقوق العينية الأصلية على المال الشائع
62	المطلب الأول: تنظيم حق انتفاع على المال الشائع
62	الفرع الأول: طبيعة حق الانتفاع
65	الفرع الثاني: صور حق الانتفاع على المال الشائع
69	المطلب الثاني: تنظيم حق ارتفاق على المال الشائع
69	الفرع الأول: طبيعة حق الارتفاق
71	الفرع الثاني: صور حق الارتفاق على المال الشائع
76	المطلب الثالث: تنظيم حق حكر على المال الشائع
76	الفرع الأول: طبيعة حق الحكر
77	الفرع الثاني: صور حق الحكر على المال الشائع
79	المبحث الثاني: تنظيم حق رهن على المال الشائع
79	المطلب الأول: طبيعة رهن المال الشائع وصوره
80	الفرع الأول: طبيعة حق الرهن
82	الفرع الثاني: صور حق الرهن على المال الشائع
90	المطلب الثاني: نماذج عملية في حق الرهن
90	الفرع الأول: رهن المنقول
94	الفرع الثاني: رهن الأسهم والسندات
97	الخاتمة
98	النتائج والتوصيات
102	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع

إعداد

نسرين سقا

إشراف

د. أشرف ملحم

الملخص

تناولت الباحثة في هذه الدراسة موضوع الملكية الشائعة وقدرة الشريك على التصرف بها، وذلك من خلال البحث في أحكامها وفقاً لنصوص مجلة الأحكام العدلية والتشريعات السارية في فلسطين ذات العلاقة بموضوع الدراسة مع الأخذ بعين الاعتبار موقف نصوص القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ذات العلاقة.

تعتبر مسألة الملكية الشائعة على درجة من الأهمية والتعقيد في آنٍ واحد، فهي تتطوي على مجموعة من الإشكاليات في إطار المعاملات المالية في الوقت الحاضر، إذ أن المعالم القانونية تستند في الأساس إلى فكرة الملك الفردي، أما في الملك الشائع فإننا أمام سيطرة واضحة لمجموعة من الأشخاص بحيث يصبح مشتركاً فيما بينهم استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

وعليه قامت الباحثة بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول صُورَ التصرف في المال الشائع بطريق البيع من جهة والاجارة من جهة أخرى، وذلك من خلال معالجة كافة الأحكام والقواعد الخاصة بالتصرف في المال الشائع بطريقة نقل الملكية المتمثلة بعملية البيع، و سواء حصل البيع من قِبَل جميع الشركاء أو من قبل غالبية الشركاء على الشيوع، أو حصل بتصرف فردي من قبل أحد الشركاء دون تدخل غيره في البيع وسواء أكان هذا التصرف بموافقة باقي الشركاء أم لا ، وما يترتب عن هذا التصرف من آثار بحق الشريك المتصرف نفسه وبحق باقي الشركاء، والحديث أيضاً عن الأحكام المتعلقة بنقل حق الانتفاع في المال الشائع من خلال تأجيله، سواء أكان التأجيل حاصلًا من قبل جميع الشركاء على الشيوع أو من قِبَل شريك واحد منهم مع التركيز على أعمال

الإجارة التي تزيد مدنها عن ثلاث سنوات، والآثار المترتبة على هذه التصرفات بحق الشريك المتصرف نفسه وبحق باقي الشركاء.

أما في الفصل الثاني فقد ناقشت الباحثة الأحكام المتعلقة بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية على المال الشائع وذلك من خلال التصرف الذي يحدثه الشركاء جميعاً أو أحدهم على مالهم الشائع، وذلك بتنظيم حقوق عينية أصلية من جهة وحقوق عينية تبعية من جهة أخرى وآثار مثل هذه التصرفات على حق الشريك المتصرف وعلى حقوق باقي الشركاء.

المقدمة:

تعتبر مسألة الملكية الشائعة واحدة من أهم القضايا والمواضيع الرئيسية التي تشغل بال الفقهاء والحقوقيين من جهة، وأطرافها من جهة أخرى، فهي في الأساس تدور حول منح المالك سلطة واسعة في التصرف بحقه فيما يملكه مع غيره من الشركاء، والمستند في أساسه إلى أهم الحقوق العينية وهو حق الملكية، فضلاً عن اعتبار أنّ هذه المسألة تُعدُّ مجالاً خصباً للدراسة لتعلقها بمصالح الفرد والجماعة في آنٍ واحد، حيث أن لها تأثيراً كبيراً باعتبار أنّها تشكل نزاعاً واضحاً بين الأفراد على جوهر حق الملكية.

وقد أكّدت قواعد القانون المدني على أهمية هذا الحق، من خلال اجماعها على وجوب احترام حق الملكية وعدم الاعتداء عليه¹، وهو الأمر الذي يُفهم من تعريفها لهذا الحق في التشريعات القانونية محل الدراسة، فنجد أن القوانين المُطبّقة في فلسطين لم تعرّف بشكل مباشر حق الملكية، لكنها بيّنت فيما يخص ذلك الحق أنّ " لمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون"²، وبالتالي فإنّ هذه القوانين قد قامت بتوضيح أساس حق الملكية وتبيان سلطات المالك تجاه ما يملك من أموال، أما بخصوص التشريعات الأردنية فنجدُها تُعرّف بشكل مباشر حق الملكية وذلك بأنه " سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً"³، وكذلك المشرّع المصري الذي عرّفه بأنه " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"⁴.

ولُغَةً، تُعرّف الملكية الشائعة فيقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا بمعزول، وقيل في ذلك: أشاعت، سهم شائع أي غير مقسوم، وشاع أيضاً كما يقال سائر اليوم،

¹ سوار، محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته . ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1997. ص99. العبيدي، علي هادي: الوجيز في شرح القانون المدني " الحقوق العينية " . ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2010 . ص30-32. الصدة، عبد المنعم فرج: حق الملكية . بدون طبعة . القاهرة: بدون دار نشر . 1967. ص20-22.

² عرّفت المادة (125) من مجلة الأحكام العدلية حق الملكية بقولها: " المُلْكُ ما مَلَكَه الإنسانُ سَوَاءً كانَ أَعْيَانًا أو مَنَافِعَ "، وأنظر في ذلك أيضاً المادة (928) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

³ أنظر المادة (1/1018) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁴ أنظر المادة (802) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المنشور في الصفحة رقم 10 من عدد الجريدة الرسمية رقم (108) مكرر (1) بتاريخ 1948/7/29.

ويقال كذلك هما متشابعان ومشتاعان في دار أو أرض اذا كانا شريكين فيها، وهم شيعاء في هذه الدار أي مملوكة بينهم على الشيوع.¹

أمّا اصطلاحاً فتعني " اتحاد أكثر من شخص في ملكية شيء أو عقار معين، دون أن يتعين نصيب كل واحد منهم، انما يكون نصيب كل منهم محدداً بحصة شائعة في هذا المال يرمز إليه بنسبة حسابية معينة كالنصف أو الربع أو الثلث، وسواء أكان كل واحد منهم يملك حصة متساوية مع الآخر، أو كان أحدهم مالكاً للحصة الأكبر على حساب باقي الشركاء "².

وفقهاياً تُعرّف الملكية الشائعة بأنها " الحالة القانونية التي يتعدّد فيها المالكين للحق العيني دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه "³، أمّا قانونياً، فإن التشريعات السارية في فلسطين تُعرّف الملكية الشائعة بأنها " المشاع هو ما يحتوي على حصص شائعة "⁴، أما المشرع الأردني فكان تعريفه أدق بقوله أنه " اذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع، وتحسب حصص كل منهم متساوية اذا لم يعم الدليل على غير ذلك "⁵، واذا ما أمعنا النظر في رأي المشرع المصري لوجدناه يبيّن أنه " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة

¹ لسان العرب. العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم . المجلد الثامن . دار صادر . بيروت . ص191. إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد: المعجم الوسيط. ط4. مجمع اللغة العربية: مكتبة الشروق الدولية . 2004. ص503-504.

² الأسدي، علي جبار صكيل : الملكية الشائعة وأحكام ازالة الشيوع " دراسة مقارنة " . ط1. الأردن: دار الرضوان للنشر والتوزيع. 2016. ص21-22. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8"حق الملكية". طبعة منقحة. بيروت: دار احياء التراث العربي . 1966. ص793-794.

³ ويرى الفقهاء كذلك أنّ الملكية الشائعة تؤدي الى تعدد أصحاب الحق العيني فهو لا يقتصر على الملكية بل يصح أن يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الأخرى. أنظر في ذلك. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره . ص792. الصدة، عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني "الملكية في قوانين البلاد العربية". بدون طبعة . السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية. 1961. ص7

⁴ أنظر المادة (138) من مجلة الأحكام العدلية . 1999م. وأنظر كذلك نص المادة (139) والتي تنص على : " الحِصَّةُ الشَّاعِةُ هِيَ السَّهْمُ السَّارِي إِلَى كُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ " والمادة (1060) من ذات المجلة والتي تنص على : " شَرِكَةُ الْمَلِكِ هِيَ كَوْنُ الشَّيْءِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ أَيْ مَخْصُوصًا بِهِمْ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ التَّمَلُّكِ كَالِاشْتِرَاءِ وَالِإِثْبَابِ وَقَبُولِ الْوَصِيَّةِ وَالنَّوَارِثِ أَوْ بِخَلْطِ، وَاخْتِلَاطِ الْأَمْوَالِ يُعْنِي بِخَلْطِ الْأَمْوَالِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ بِصُورَةٍ لَا تَكُونُ قَابِلَةً لِلتَّمْيِيزِ وَالتَّفْرِيقِ أَوْ بِاخْتِلَاطِ الْأَمْوَالِ بِتِلْكَ الصُّورَةِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ..."، وأنظر أيضاً المادة (950) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

⁵ أنظر المادة (1030) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك¹.

وقضائياً نجد أنه جاء في حكم لمحكمة النقض الفلسطينية قولها بأن " الملكية الشائعة تعني وجود شركاء على الشيوع، والشريك على الشيوع هو من يملك حصة شائعة في العقار المملوك مع باقي الشركاء، ومالك العقار على الشيوع هو الذي يملك أكثر من نصف الحصص في العقار أو يكون صاحب حق ادارة العقار أو أي شخص تنتقل اليه ملكية العقار ..."²

أما في حكم لمحكمة النقض المصرية فقد جاء فيه بأن " الملكية الشائعة تقع على مال معين تعييناً ذاتياً وبها يكون هذا المال مملوكاً لأكثر من شخص واحد كل بقدر حصته فيه، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على حصة شائعة في هذا المال مع بقاء المال ذاته كلاً غير منقسم"³.

والملاحظ أنّ الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ كما الحال في الملكية الفردية عن أي سبب من أسباب كسب الملكية كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانوني أو الميراث، وتنقسم أسباب كسب الملكية الشائعة وذلك بحسب دور الإرادة في تحقيق الشيوع إلى شيوع اختياري وشيوع اجباري، فإن تدخلت الإرادة في احداث الشيوع كنا أمام شيوع اختياري، أما إذا لم تتدخل الإرادة في احداث الشيوع كنا أمام شيوع إجباري كالتصاق الطبيعي أو الميراث⁴.

¹ أنظر المادة (825) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² راجع النقض في الدعوى الحقوقية رقم 80 المنعقدة في رام الله والصادر في جلسة 2004/10/3، الوارد لدى موقع المقتفي: بوابة الفقه والتشريع في فلسطين، تاريخ الزيارة: 9-6-2020 الساعة 16.25.

³ راجع الطعن رقم 3398 لسنة 72 الصادر في جلسة 11/05/2015، الوارد لدى موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>، تاريخ الزيارة: 16-11-2019 الساعة 20.00.

⁴ عويس، أحمد زكي: عنصر الربح في الشركات " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون التجاري ". بدون طبعة. القاهرة: مكتبة جامعة طنطا. 1991، ص 10-11. الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم: حق الملكية في ذاته. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 2008. ص130. سمرة، حسين: الملك المشاع في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة". ط1. السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز. 2001. ص220 وما بعدها.

وبموجب ذلك نرى أنه قد يجد المالك نفسه في حالة الميراث مثلاً مالكاً لحق معين مشتركاً فيه مع مجموعة أخرى من الشركاء، واللذين يُعتبرون في هذه الحالة بمثابة شركاء على الشيوع لحين اجراء القسمة أو الفرز فيما بينهم¹، وذلك اما بطلب منهم أو بحكم قضائي².

وقد سعت القوانين منذ الأزل إلى تنظيم مسألة الملكية الشائعة وذلك مثلاً من خلال الاعتراف بنظام الأغلبية الذي أخذ به المشرع المصري، وذلك من أجل إجازة التصرف في المال الشائع، وحيث بيّنت التشريعات أنّ الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، والأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة فيجب أن تتوفر لهم ثلاثة أرباع الحصص وذلك ضمن ضوابط وشروط سيتم التطرق لها خلال هذه الدراسة وذلك في محاولة للمفاضلة بين هذه التشريعات والخروج بأفضل الحلول والنصائح للمشرع الفلسطيني لتفادي إشكاليات تعدد الشركاء في المال الشائع .

وعلى ذلك، ومن أجل تنظيم مسألة الملكية الشائعة فلا بد من تعيين مقدار حصة كل شريك من الشركاء تعييناً نافياً للجهالة، كأن يكون نصيب كل شريك الربع أو الثلث أو النصف، وتعيين حصص الملاك عادةً عند بدء حالة الشيوع وذلك بحسب مصدر هذه الحالة، فإن كان مصدرها ميراثاً عيّن القانون حصة كل وريث، وإن كان مصدرها وصية عيّن الموصي المحل الموصى به بتحديد مقدار حصة كل موصى له من الشركاء، وإن كان مصدرها عقداً عيّن العقد حصة كل شريك بالاتفاق بين المتعاقدين، وقد يحدث أن لا تتعين الحصص بحيث يدخل مجموعة من الملاك في ملك مشترك

¹ وهو أن يمتلك شخص سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ملكاً معيناً لوحده دون شراكة مع أحد وبشكل يجعله يستأثر بهذا الملك، ويكون هذا الملك محدداً تحديداً مادياً لا لابس فيه، وبحيث يستطيع مالكة أن يتصرف فيه بالطريقة التي يريد في حدود القانون، أنظر في ذلك البكري، محمد عزمي: **قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب**. ط6. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 1998. ص11. عرفة، السيد عبد الوهاب: **الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب ودعوى القسمة في ضوء أحكام النقص القديم والحديث وتطبيقاتها العملية**. ط2. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1993. ص16.

² العبيدي، علي هادي: مرجع سبق ذكره . ص68-74، أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (1038) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

ويملكه على الشيوع دون أن يحددوا حصة كل واحد فيهم، فعندئذ تكون حصصهم متساوية ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك.¹

وحول التصرف الذي يصدر من الشريك على حصة في المال المشاع، فنجد أن التشريعات محل الدراسة قد أجمعت على جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات القانونية دون إذن من باقي شركائه سواء بنقل ملكيتها أم بتنظيم حق عيني للغير، وأنها منحت هذا الشريك ذات الحقوق والسلطات التي سبق وأن منحتها للمالك الأصلي من استعمال واستغلال وتصرف، وأن من حقه أن يتصرف في حصته الشائعة كما يريد وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق باقي الشركاء²، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة، فمنهم من اعتبر أن حق الشريك في المال الشائع هو حق شخصي مشترك مع غيره من الشركاء، ومع ذلك فإن الحق الشخصي لا يمكن أن يكون محلاً لنظام الشيوع، وذلك على اعتبار أن الحق الشخصي ينقسم بينهم بنسبة حصة كل واحد منهم في هذا المال، بحيث لا يمكن أن يظل شائعاً بينهم لفترة طويلة، طالما أن الحق الشخصي قابل للانقسام فإنه ينقسم بين مالكيه، أما في حالة عدم كونه قابلاً للانقسام، فإنه يصبح ملكاً شائعاً كما هو الحال بالنسبة للحق العيني³، ومنهم من اعتبر أن حق الشريك في المال الشائع هو حق عيني من نوع خاص⁴، إلا أن الرأي الراجح والذي تؤيده الباحثة هو في اعتبار حق الشريك حق ملكية بالمعنى الكامل حيث أن الشريك هنا يعتبر مالكاً ويتصرف كالمالك ويتمتع بنفس صلاحيات المالك الأصلي، اللهم أننا في هذه

¹ العمروسي، أنور : الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني. ط1 . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 1999. ص233

² أنظر المادة (1/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. أنظر أيضاً المادة (826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. القضاة، عمار محمد : المنكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015. ص630. أنظر في ذلك أيضاً المادة (1/951) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

³ الخفيف، علي : الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية. ط1. القاهرة: دار الفكر العربي. 1996.

ص133-134. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره. ص799

⁴ سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سبق ذكره. ص109-110. كبيرة، حسن : الموجز في أحكام القانون المدني: الحقوق العينية

الأصلية أحكامها ومصادرها. ط4. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 1998. ص160

الحالة نكون أمام مجموعة مالكين لشيء واحد لا انفراد مالك واحد بذات الشيء، وهو الأمر الذي يُفهم من النصوص القانونية السابقة¹.

اشكالية الدراسة:

تتمثل اشكالية هذه الدراسة في معرفة الضوابط والحدود التي وضعها القانون حول سلطة تصرف الشريك في المال الشائع وما ينجم عنها من نتائج وآثار، وبموجب ذلك فإن السؤال الرئيسي الذي تطرحه هذه الدراسة هو: ما هي حدود سلطة الشريك في التصرف في المال الشائع؟

أهداف الدراسة:

تهدف الباحثة من خلال هذه الدراسة الى:-

أولاً: تبيان الأساس القانوني للتصرف في المال الشائع أثناء فترة قيام الشيوخ، سواء أكان هذا التصرف صادراً من قبل الشركاء جميعاً أو غالبيتهم أو من قبل شريك واحد وبصورة منفردة.

ثانياً: تحديد مرتبة المتصرف إليه القانونية من قبل أحد الشركاء في المال الشائع أو منهم جميعاً وموقف القوانين منها، وكيفية ضمان حقه بالدرجة الأولى.

ثالثاً: التعرف على مدى انطباق معايير وضع اليد على تصرف أحد الشركاء في المال الشائع في ظل سكوت باقي الشركاء، ومدى اعتبار الشريك واضع اليد غاصباً للمال.

رابعاً: معالجة الأحكام الخاصة بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية الأصلية والتبعية على المال الشائع، حتى الوصول الى موقف القوانين المقارنة محل الدراسة من هذه الأحكام .

خامساً: تقديم دراسة معمقة حول التصرف في المال الشائع وفق القوانين المطبقة في فلسطين، وهو ما يعتبر أمراً مهماً في الواقع الفلسطيني نظراً لانتشار الملكية الشائعة، وما يترتب عليه في أغلب

¹ العبايجي، بسام مجيد سليمان: الملكية الشائعة " ملكية الأسرة " دراسة مقارنة. بدون طبعة. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع.2009. ص84

الأحيان من تعطيل الانتفاع والتصرف في المال الشائع لحين القسمة، والذي يستوجب تسليط الضوء على هذه المسألة وذلك من أجل إيجاد الحلول القانونية المناسبة.

منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة في هذه الدراسة على المنهجية الوصفية التحليلية، بحيث قامت الباحثة وبشكل رئيسي بوصف وتحليل نصوص مجلة الأحكام العدلية و نصوص بعض التشريعات السارية في فلسطين ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وذلك من خلال قيامها بتحليل نصوص هذه التشريعات وتفسيرها مع الأخذ بعين الاعتبار نصوص القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري ذات العلاقة، ومع التركيز على القرارات والأحكام القضائية في هذه التشريعات ووضعها في مكانها الصحيح، وذلك مع منح الفرصة للباحثة من أجل ابداء رأيها كلما كان ذلك ممكناً، وقد اختارت الباحثة هذه المنهجية لملائمتها لهذا النوع من الدراسات ولتحقيق الغاية المنشودة بالإجابة على سؤال الدراسة الرئيسي.

أهمية الدراسة وسبب اختيار الباحثة لها:

- 1- وجود العديد من المنازعات الدائرة حول تصرف أحد الشركاء في المال الشائع، وبالتالي فإنّ البحث في هذا الموضوع يُعدّ مجالاً خصباً للدراسة والربط بين الأمور النظرية والتطبيقات العملية.
- 2- حاجة الشركاء في بعض الأحيان إلى التصرف في المال الشائع دون الحاجة إلى إنهاء حالة الشيوخ، وهو أمر ذو أهمية بالنسبة للغير الذي يتعامل مع هؤلاء الشركاء.
- 3- عدم وجود قانون موحد يعالج كافة الأحكام والمنازعات المتعلقة بالملكية الشائعة في فلسطين.

بيانات الدراسة:

استخدمت الباحثة مجموعة من البيانات الأولية والثانوية ذات الصلة بموضوع الدراسة، فقد تمثلت البيانات الأولية بحلقات البحث القانونية والدراسية المختلفة والمحاضرات الجامعية وغيرها، بحيث تم الاستناد إليها بالنسبة لبعض النقاط والزوايا التي لم تتم معالجتها علمياً ضمن المراجع المكتوبة، أما البيانات الثانوية فتمثلت في عن الكتب والمراجع العلمية والادبية والمجلات القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

محددات الدراسة:

اعتمدت الباحثة في هذه الدراسة على ثلاثة قوانين رئيسية وهي مجلة الأحكام العدلية¹، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976²، والتقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948³، وقد تمّ التعرّج أيضاً على قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 المطبق في فلسطين⁴، وغيرها من القوانين ذات الصلة بموضوع الدراسة، ومع البحث في أحكام القضاء حول هذه المسألة، وذلك من أجل عمل دراسة وصفية تحليلية والتوصل إلى أفضل النتائج والتوصيات للمشرع الفلسطيني، وتجدر الإشارة الى أنّ الباحثة قد تناولت في دراستها هذه الأحكام المتعلقة بالتصرف في المال الشائع الواقع على العقار والمنقول، لكنّ التركيز كان بشكل أكبر على الأحكام الخاصة بالتصرف بالعقارات كون أنّ حالة الشيوخ غالباً ما تقع على العقارات أكثر من المنقولات.

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات السابقة التي تناولت موضوع التصرفات الواقعة على المال الشائع سواء من قبل جميع الشركاء في ذلك المال، أو من أحدهم، وسواء بموافقتهم جميعاً، أو بموافقة الأغلبية، إلا أن الجدير ذكره أنّ هذه غالبية هذه الدراسات قد تناولت فكرة التصرف بتفصيلها العام، وعلى الرغم من ذلك، فهناك العديد من الدراسات أيضاً التي تناولت هذا الموضوع بشكل خاص وبتعمق، وهي كالتالي:

- الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوخ في ظل أحكام القانون المدني (علي جبار صكيل الأسدي)،

:2019

يتحدث الباحث في كتابه هذا مدى أهمية حق الملكية باعتباره أقوى الحقوق التي يتمتع بها الفرد، وكذلك الحديث عن التنافس على السيطرة على الأرض، فبعد أن تطورت الأنظمة السياسية وأخذها بمبادئ الحرية والمساواة وتنظيمها لطرق التملك وتصنيفها الأراضي الى مملوكة للدولة وغير مملوكة ومملوكة للأفراد وغير مملوكة، واعطاء الدولة للأفراد حق تملك الأراضي التي لا تملكها وعدم اقتصارها

¹ تم نشر نصوص مجلة الأحكام العدلية في مجموعة الأحكام والتشريعات العثمانية في العدد 0 وعلى الصفحة رقم 1 وذلك بتاريخ 1876/9/9.

² نُشِرَ هذا القانون في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم 2645 وعلى الصفحة رقم 2 وذلك بتاريخ 1976/8/1.

³ نُشِرَ هذا القانون في الجريدة الرسمية المصرية في العدد رقم (108) مكرّر وعلى الصفحة رقم 10 وذلك بتاريخ 1948/7/29.

⁴ نُشِرَ هذا القانون في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم 1135 وعلى الصفحة رقم 577 وذلك بتاريخ 1953/3/1.

على الملكية العامة للدولة، فزاد ذلك من أهمية الأرض وكذلك أهمية التملك بين الأفراد، هذا كله يناقشه الباحث في ستة فصول يتحدث في جزء منهم عن الملكية بشكل عام، ثم يتحدث عن الملكية الشائعة وصولاً الى حالة انتهاء الشيوخ، إلا أنّ الباحث في هذه الدراسة لم يتطرق لعملية التصرف بحد ذاتها، ولم يشير لفكرة حسن النية وسوء النية لدى الشخص المتصرف، حيث أنّ لذلك أثر كبير بالنسبة للتصرف الواقع وما يترتب عليه من أحكام، ثم أنه لم يتم بعمل مقارنة بين التشريعات القانونية لإبراز موقفها من واقعة التصرف، لذلك فإنّ الباحثة ستقوم من خلال دراستها بالاهتمام بتبيان هذه النقاط بشكل جلي وواضح.

• سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال الشائع (عباس علي محمد الحسيني)، 2015:

يقدم الدكتور الحسيني في هذا البحث المنشور في مجلة رسالة الحقوق العراقية بياناً خاصاً حول سلطة أحد الشركاء على الشيوخ في تأجير المال الشائع وذلك بالاعتماد على آراء الفقهاء والشريعة الاسلامية إلى جانب أحكام القانون المدني بدراسة مقارنة، قد بين الباحث أنّ الفقهاء المسلمين سعوا إلى وضع أحكام تطبيقية لتنظيم العلاقات المشتركة التي تنشأ بين أفراد الملكية الشائعة، بحيث أن هذه الأحكام لم تسمح لأي من الشركاء الخروج عنها بسبب عدم قدرته على الانفراد لوحده بملكية المال المشترك بخلاف ما لو كان مالكاً للشيء بشكل مفرز لا يشترك معه أحد في ملكيته، فقد أرادت الباحثة أن تضيف على هذه الدراسة توضيحاً قانونياً جوهرياً لأهم الأحكام والقواعد الخاصة بالتصرفات التي تقوم حول أعمال التصرف التي يمكن أن تصدر من شريك شائع على كامل الحصة المشاعة أو جزء منها وتبعات ذلك فقهيّاً وقانونياً كما فعل الباحث في هذه الدراسة لكن بشكل أعمق وبأسلوب متسلسل.

• تصرف الشريك في الملكية الشائعة " دراسة قانونية فقهية مقارنة " (خالد سلطي نواف

السنجلاوي)، 2013:

يقدم الباحث في رسالة الماجستير هذه تصوراً متكاملماً لفكرة الملكية الشائعة، وذلك على اعتبار أنها تمثل صورة من صور حق الملكية لكنها استثنائية، فالأصل الملكية الفردية والاستثناء على ذلك وجود الملكية الجماعية التي تتوزع بين شخصين فأكثر، وقد قام الباحث بمقارنة الأحكام القانونية الوضعية بقواعد الفقه الاسلامي وذلك من أجل تبين موقف كل منهما فيما يخص هذه الملكية، وفي الواقع فإنّ

هذه الدراسة تعد من الدراسات الجيدة التي اعتمدها الباحثة، لكنها تعتمد كذلك على تقديم كل ما هو جديد عن هذه الدراسة، بتطبيق فكرة المقارنة القانونية وذلك من أجل الوصول الى صورة أفضل ووجهة نظر أعمق.

• إدارة المال الشائع والتصرف فيه (أحمد محمود خليل). 2007:

يُقدّم الكاتب في كتابه هذا أحكام الملكية الشائعة وذلك في ثلاثة أبواب، يتناول في الباب الأول الملكية الشائعة بوجه عام ويتعرض من خلاله لأحكام ادارة المال الشائع والتصرف فيه وقسمته بين الشركاء، وفي الباب الثاني يعرض لحالة الشيوخ الاجباري وأحكام الحائض المشترك وغير المشترك، ملكية الطبقات والشقق، اتحاد الملاك، وأمور الاتحاد واختصاصاته، ثم الحديث في الباب الثالث وتخصيصه لأحكام محكمة النقض المصرية، وبالمقابل فإنّ هذا الكتاب يُعدّ مرجعاً جيّداً ومهماً وذلك ضمن المراجع التي اعتمدها الباحثة، وعلى الرغم من ذلك؛ فإنّ الباحثة تسعى لتقديم كل ما هو جديد ومُميّز عن هذه الدراسة، وطرح أحكام المحاكم الأردنية والفلسطينية وذلك من أجل الوصول الى أفضل وأسمى صورة بحثية.

• تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء (جمال خليل النشار) 2000:

يناقش الكاتب في هذا الكتاب الأثر القانوني لتصرف الشريك في حصته الشائعة وأثر ذلك على حقوق الشركاء الآخرين، سواء أكان هذا التصرف في جزء مفرز أو غير مفرز، فضلاً عن أنّ الكاتب يعرض أيضاً لمفهوم المال بشكل عام في الشريعة الاسلامية وفي القوانين الوضعية مع تبيان طبيعة حق الشريك في التصرف في ملكه الشائع، لكن بالمقابل ومن زاوية أخرى، فإنّ الباحثة تودّ من خلال هذه الدراسة بناء الأسس القانونية والفقهية للتصرف الحاصل من قبل أحد الشركاء وتبيان الآثار المترتبة على ذلك وما يتبعها من نتائج على الشريك نفسه والشركاء الآخرين والغير، أي الاستفادة ثم الاستزادة.

خطة الدراسة:

قامت الباحثة بتقسيم هذه الدراسة الى فصلين، ففي الفصل الأول والذي كان تحت عنوان صُوْرُ التصرف في المال الشائع ، عالجت الباحثة في المبحث الأول الأحكام والقواعد الخاصة بالتصرف

في المال الشائع بطريقة نقل الملكية المتمثلة بعملية البيع، سواء حصل ذلك من قبل جميع الشركاء وهو ما يسمى بالتصرف الجماعي في المال الشائع، وما يترتب عليه من نتائج وآثار حيث كان ذلك في المطلب الأول من هذا المبحث، وكذلك الأمر معالجة الاحكام الخاصة بالتصرف الفردي في المال الشائع من جانب أحد الشركاء دون تدخل غيره في ذلك، وما يترتب على هذا التصرف من آثار بحق الشريك المتصرف نفسه وبحق باقي الشركاء، وسواء أكان ذلك مع موافقة باقي الشركاء أم لا، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث، وفي المبحث الثاني من هذا الفصل فقد تحدثت الباحثة عن الأحكام المتعلقة بنقل حق الانتفاع من خلال تأجير المال الشائع سواء أكان عقاراً أو منقولاً للغير، وسواء أكان التأجير حاصلاً من قبل جميع الشركاء وذلك في المطلب الأول منه، أو من قبل شريك واحد منهم وذلك في المطلب الثاني.

وفي الفصل الثاني والذي كان تحت عنوان التصرف في المال الشائع بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية، ناقشت الباحثة قواعد تنظيم حقوق عينية أصلية وتبعية على المال الشائع وأثر ذلك على حقوق باقي الشركاء والمتصرف إليهم، ففي المبحث الأول عالجت الباحثة الأحكام الخاصة بتنظيم حقوق عينية أصلية على المال الشائع متمثلة بحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر، وفي المبحث الثاني كان الحديث عن تنظيم حقوق عينية تبعية على المال الشائع متمثلة بأهم هذه الحقوق وهو حق الرهن.

الفصل الأول
صُورَ التصرف في المال الشائع

الفصل الأول

صُورُ التصرف في المال الشائع

إنَّ من حق جميع الشركاء في المال الشائع قيامهم بالتصرف في ذلك المال، حيث أنَّ كلَّ واحدٍ منهم يُعدُّ مالكاً لهذا المال، وأنَّ التصرف الصادر من أيِّ واحدٍ منهم هو بمثابة تصرف صادر من المالك، ففوق التصرف من جميعهم أو من واحدٍ منهم هو أمر مقبول وجائز قانوناً، لكن بالمقابل نجد أنَّ تصرف هؤلاء الشركاء جميعاً في مالهم الشائع أو الغالبية العظمى منهم يجب أن يكون المقصد منه النفع والفائدة لهم جميعاً، لكن وعلى صعيد متصل قد يعمد أحد الشركاء إلى التصرف في هذا المال بشكل فردي دون الرجوع إلى باقي الشركاء، فإنَّ وقع التصرف على نقل الملكية أو تنظيم حق انتفاع، أو ارتفاق، أو حكر كنا أمام حق عيني أصلي، أمّا ان كان الهدف من التصرف رهن هذا المال كنا أمام حق عيني تبعي، وعليه فإنَّ أي تصرف يجريه الشريك على المال سيكون له الأثر المباشر بحق الشركاء من جهة وبحق الآخرين ممن يتعاملون معه من جهة أخرى.¹

وقد قامت الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وتقسيم كل مبحث إلى مطلبين، فتعالج في المبحث الأول أنواع وسلوكيات التصرف في المال الشائع بالبيع، ففي المطلب الأول تتطرق للحديث عن التصرف الجماعي في المال الشائع، وفي المطلب الثاني يكون الحديث عن التصرف الفردي في المال الشائع، وبالمقابل تقوم الباحثة بمناقشة التصرفات الواقعة على المال الشائع والمترتب عليها نقل المنفعة بشكل مؤقت كالإيجار وذلك في المبحث الثاني، ففي المطلب الأول منه تتحدث عن التأجير الجماعي للمال الشائع، وفي المطلب الثاني سيكون الحديث عن التأجير الفردي للمال الشائع وما يترتب على ذلك من آثار، مع تقسيم كل مبحث إلى مجموعة من الفروع.

¹ مرقس، سليمان : التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد "الرهن الرسمي - الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز". ط2: القاهرة. دار النشر للجامعات المصرية. 1959. ص30. السنجلوي، خالد سلطي نواف: تصرف الشريك في الملكية الشائعة "دراسة قانونية فقهية مقارنة". رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2013. ص43-44.

المبحث الاول: التصرف في المال الشائع بالبيع

يقع التصرف في المال الشائع بوصفه تصرفاً ناقلاً للملكية أو مرتباً لمجموعة من الحقوق وما ينطوي على ذلك من أحكام ونتائج سواء في حق أحد الشركاء أو في حقهم جميعاً إما من جميع الشركاء وهو الأصل في مثل هذا النوع من الشراكة أو من قبل أحد الشركاء، والذي قد يكون إما بموافقتهم عليه أو بغير موافقة منهم، بحيث يكون الحق في التصرف واقعاً على كل ما يمس بأصل الشيء المملوك سواء أكان ذلك باستهلاكه أو تحويله أو التعديل فيه أو بنقل السلطات من شريك إلى شريك آخر من الشركاء.¹

وتسعى الباحثة من خلال هذا المبحث الى تسليط الضوء على البيع الواقع على المال الشائع الصادر بموجب تصرفاتٍ جماعيةً كانت أو فردية، وما ينطوي على هذه التصرفات من آثار، مع تركيزها على الأحكام القضائية والثوابت العملية الداعمة للأفكار والمقترحات العلمية الواردة.

وعلى ذلك فإن الباحثة تقسم هذا المبحث الى مطلبين وهي كالتالي:

المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع.

المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع.

المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع

يُقصد بالتصرف الجماعي في المال الشائع أن يُجمع جميع الشركاء على تنظيم حق عيني أصلي أو تبعي فيما يملكون من مال، كبيعه مثلاً لشخص آخر أو تأجيريه أو رهنه وغير ذلك من أنواع التصرفات التي يسعى الشركاء إلى تنظيمها على مالهم المشترك فيما بينهم، وهذا هو الوضع الطبيعي في مثل هذا النوع من الملكية، حيث أن تصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع يكون نافذاً في حق بعضهم البعض، ومنتجاً لآثاره فيما بينهم، وسواء وقع هذا التصرف على كل المال أو على حصة مفرزة²، وقد

¹ الجمال، مصطفى محمد : نظام الملكية في القانون المقارن . ط1. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 2000. ص82.

الأسدي، علي جبار صكيل: مرجع سبق ذكره. ص183

² كيرة، حسن : الحقوق العينية الأصلية ج1. ط1. القاهرة : منشأة المعارف بالإسكندرية . 1965. ص360. العبيدي، علي هادي: الحقوق العينية. ط1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1999. ص49. سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سبق ذكره. ص112، اللبناني، سليم رستم باز : شرح مجلة الأحكام . ط3. بيروت : دار احياء التراث العربي . 1950 . ص599-600.

يقع التصرف من أغلبية الشركاء لا جميعهم، فإنّ مثل هذا التصرف كذلك سيكون له الأثر القانوني في حق من قام بالتصرف من جهة وفي حق الشركاء الباقين من جهة ثانية.¹

وستناقش الباحثة في هذا المطلب طبيعة التصرف الجماعي الواقع على المال الشائع سواء على جميع المال أو على حصة شائعة أو على حصة مفرزة، وكذلك التصرف الصادر من أغلبية الشركاء وتأثير هذا التصرف بحق الشركاء الآخرين، فضلاً عن التطرق للحديث عن الأثر القانوني المترتب على هذه التصرفات بحق الشركاء المتصرفين أنفسهم وبحق الغير، مع التطرق للحديث عن التصرف الواقع على المنقول المملوك على الشيوع، وأثر ذلك بالنسبة للمتصرف من جهة وبين المتصرف إليه من جهة أخرى.

الفرع الأول: تصرف الشركاء في جميع المال

قد يقع التصرف الصادر من جميع الشركاء على حصة شائعة من المال أو على حصة مفرزة، وهي الأمور التي ستعالجها الباحثة فيما يلي:

أ- تصرف الشركاء في حصة شائعة:

قبل الحديث عن تصرف الشركاء جميعاً في حصة شائعة، تقوم الباحثة بتبيان التأصيل القانوني لتصرف الشركاء جميعاً بكل المال الشائع، فتصرف جميع الشركاء بمالهم الشائع يعني قيامهم بالتصرف في ذلك المال بموافقتهم جميعاً على ذلك التصرف، سواء أكان هذا التصرف مادياً أو قانونياً، والأصل أن يحدث مثل هذا النوع من التصرفات، وذلك بسبب تزامم حقوق الشركاء على الشيوع، فالشريك الشائع يُعدّ شريكاً في كل ذرّة من ذرات المال الشائع²، لكن ومع ذلك فإنّ حق كل شريك على الشيوع في التصرف في المال الشائع هو حق خاص به، ولا يحق لغيره من الشركاء أن يتصرف بما يملك بدون إذنه، إذ أنّ ملك الانسان محترم مُصان ولو كان ملكاً شائعاً، وعلى ذلك تسيير مجلة الأحكام العدلية، إذ أنها بيّنت أنّ كل شريك من الشركاء يعتبر أجنبياً عن حصة شريكه الآخر ولا يحق له

¹ البكري، محمد عزمي: الملكية الشائعة. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2017. ص38 وما بعدها.

² الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم: مرجع سبق ذكره. ص151

التصرف فيها بدون اذنه¹، وهو ما حكمت به محكمة النقض الفلسطينية بأن: " الشريك في شركة الملك، أجنبي في حصة الآخر ولا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه"².

وفي حكم آخر لذات المحكمة فقد بيّنت فيه أنّ: " ولعدم توفر بيئة من الجهة الطاعنة تؤكد تصرفها في العقار على وجه الاستقلال، ولعدم تقديم بيئة كذلك من الجهة الطاعنة تعيد وقوع القسمة الرضائية بينها وبين المطعون ضده وباقي الورثة، فإنه بمقتضى نص المادة 1069 من مجلة الأحكام فإنه يتعين على الشريك في الملك المشترك أن يتصرف بالاتفاق مع باقي الشركاء، وفي حال عدم توافر ذلك الاتفاق، فإنّ كل شريك في الملك المشترك يعتبر أجنبياً عن حصة شريكه الآخر وذلك سنداً للمادة 1075 من ذات المجلة، الأمر الذي لا يجوز فيه للشريك أن يتصرف في حصة شريكه دون اذنه، وبالتالي ولعدم تقديم بيئة تفيد موقع حصة كل شريك من أطراف النزاع، فإنّ الحكم بتمكين وضع يد المطعون ضده على العقار محل الدعوى الأساس بقدر حصته؛ لا يخالف طبيعة وقائع الدعوى التي انصبت على المعارضة والمطالبة بالحقوق في الأرض، ووضاعة اليد تعتبر احدى الحقوق المطالب بها"³

فاذا صدر التصرف الناقل للملكية من جميع الشركاء على كل المال الشائع كبيعه أو هبته فقد اتفقت كافة التشريعات محل الدراسة على أنّ ذلك يكون مُنهيّاً لحالة الشيوخ فيما بينهم⁴، وبالمقابل يؤدي كذلك قيام الشركاء ببيع المال الشائع كله الى انتقال ملكية هذا المال الى المشتري، وبذلك تنتهي حالة الشيوخ أيضاً⁵، واذا قام الشركاء بتأجير المال الشائع كأن يكون عبارة عن قطعة أرض أو عقار فيعتبروا في مثل هذه الحالة بمثابة مؤجر واحد وتنفذ الاجارة في حقهم جميعاً، ويستوي أن يؤدي المستأجر الأجرة إليهم جميعاً أو إلى أحدهم، وتسليم المستأجر الأجرة إلى أي منهم يُعتبر بمثابة

¹ أنظر المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م،

² راجع في ذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2004/138 والصادر بتاريخ 2004/11/20 والوارد لدى موقع المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

³ راجع في ذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2020/99 والصادر بتاريخ 2021/3/21 والوارد لدى موقع مقام: موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية.

⁴ عرفة، السيد عبد الوهاب : الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والقسمة . بدون طبعة . القاهرة : دار المطبوعات الجامعية . بدون سنة نشر . ص49

⁵ السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج8 . مرجع سبق ذكره. ص836.

تسليمها للجميع، وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف الفلسطينية والتي بينت أنّ " دفع أجرة المأجور لأحد الشركاء على الشيوع يُبرئ ذمة المستأجر ولا يعتبر في هذه الحالة متخلفاً عن دفع الأجرة"¹، وهو الأمر الذي ستعالجه الباحثة بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وإذا رتب الشركاء حقاً عينياً تبعياً على المال الشائع برهنه مثلاً للغير فإن الرهن يبقى معلقاً بذلك المال طيلة ملكه على الشيوع وبعد قسمته بين الشركاء، فإذا انتهى المال المرهون نصيباً لأحد الشركاء بعد القسمة فإنه يقع مثقلاً بحق الرهن المعلق به، ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بحالة الشيوع السابقة بل يبقى الرهن كما هو صحيحاً قائماً على المال المرهون²، وهو ما ستعالجه الباحثة في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ولو اتفق الشركاء على بيع المال الشائع سواء أكان عقاراً أم منقولاً؛ فقد اتفقت القوانين المطبقة في فلسطين مع المشرع الأردني على أنّ هذا التصرف سيكون نافذاً فيما بينهم ومرتباً لآثاره بالنسبة للمشتري، فلو باع الشركاء مثلاً الملك المشترك فيما بينهم كبيت أو أرض أو حيوان وما إلى ذلك، فإن بيعهم في هذه الحالة يُعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بينهم وبالنسبة للغير، وعندئذ يقسم ثمن المبيع بينهم كلٌّ بنسبة حصته³، وقد كان للمشرع المصري رأي مشابه في ذلك بقوله أنه إذا ارتضى جميع الشركاء واتفقوا فيما بينهم على بيع المال الشائع سواء كان عقاراً أم منقولاً، فلهم القيام بذلك طالما أنه كان بالاتفاق فيما بينهم، وأنّ القيام ببيع المنقول أو العقار المملوك على الشيوع لشخص آخر فإنّ هذا التصرف يُعدّ ناهياً لحالة الشيوع القائمة بين الشركاء⁴.

¹ راجع حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 122 لسنة 1994 والصادر بتاريخ 1994/7/13، الوارد لدى موقع المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، تاريخ الزيارة: 2019/11/18 الساعة 2
² السنهوري، عبد الرزاق: شرح القانون المدني ج 8. مرجع سبق ذكره. ص 837، عرفة، السيد عبد الوهاب: مرجع سبق ذكره. ص 49.

³ أنظر المادة (1069) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على: "مِثْلًا يَتَصَرَّفُ صَاحِبُ الْمَلِكِ الْمُسْتَقِلِّ فِي مَلِكِهِ كَيْفَمَا شَاءَ فَأَصْحَابُ الْمَلِكِ الْمُشْتَرَكِ يَتَصَرَّفُونَ أَيْضًا بِالِاتِّفَاقِ كَذَلِكَ". هياجنة، عبدالناصر زياد و العويدي، أحمد علي: تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني. مجلة علوم الشريعة والقانون. 2. مج 38. 672/2011-686. ص 676.

⁴ الأسدي، علي جبار صكيل: مرجع سبق ذكره. ص 237. الطه، غني حسون و البشير، محمد طه: الحقوق العينية الأصلية والتبعية ج 1. بدون طبعة. بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. 1982. ص 112. يراجع في ذلك نص المادة (825) من التقنين المدني المصري وذلك على اعتبار أن اتفاق الأطراف جميعاً على تصرف معين يعتبر وكأنه صادر من شخص واحد، فنطبق في هذه الحالة أحكام هذه المادة من القانون.

والواقع أن التشريعات القانونية محل هذه الدراسة قد اتفقت كذلك على أنه إذا قَبِلَ جميع الشركاء بالتصرف في كل المال بأي نوع من أنواع التصرف، فلهم كامل الحرية في القيام بذلك عند الاتفاق فيما بينهم على اتمام هذا التصرف، وذلك على اعتبار أنّ مثل هذا التصرف لا يؤثر ولا يضيع حق أي أحد من الشركاء طالما أجمعوا واتفقوا على التصرف به كيد واحدة وكشخص واحد، والتصرف إما أن يكون تصرفاً مادياً¹ وإما أن يكون تصرفاً قانونياً²، وإما أن يكون تصرفاً بعبوض أو أن يكون تصرفاً تبرعياً، فيصح مثلاً اتفاقهم جميعاً على بيع المال كوحدة واحدة الى شخص أجنبي عنهم، أو هدم البناء المملوك بينهم على الشيوع، أو إقامة منشآت معينة في الأرض المملوكة بينهم على الشيوع³. ويمكن للشركاء أيضاً التصرف في المال الشائع بالوصية، فالوصية حسب اجماع التشريعات القانونية هي " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁴، ويمكن أن تنعقد الوصية على الأملاك وعلى المنافع⁵، وقد بيّنت التشريعات كذلك أن الوصية الواقعة على الملك الشائع جائزة طالما أنها لم تتجاوز الثلث وإلا كانت موقوفة على إجازة الورثة وذلك تطبيقاً للقواعد العامة، وخصوصاً إذا صدر التصرف من الشركاء غير الوارثين⁶.

ويكون مسوّغاً لأصحاب الملك المشترك أن يستخدموه جميعاً، فيجوز لمن يملكون بيتاً على الشيوع فيما بينهم أن يسكنوا فيه جميعاً، فاذا حصل هكذا اتفاق فيما بينهم فلهم ذلك، وإذا لم يحصل لهم ذلك أيضاً، وليس لأي منهم أن يمنع الآخرين من استعمال المال المشترك كالسكن فيه مثلاً، إلا أنّ قيام

¹ التصرف المادي هو العمل أو الفعل الذي يقوم به الشخص بإرادته دون أن يقصد منه ترتيب أي أثر قانوني، مثل الفعل الضار و الفعل النافع الذي لا يقصد الفاعل من خلالهما ترتيب أي أثر قانوني بشأنهما.

² التصرف القانوني هو العمل الذي يقوم به الشخص بإرادته ويقصد من خلاله ترتيب أثر قانوني بموجبه وذلك مثل العقد والهبة والوصية وغيرها.

³ الطه، غني حسون و البشير، محمد طه: مرجع سبق ذكره . ص113.

⁴ أنظر نص المادة (1125) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (254) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 والتي تنص على : " تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي". أنظر المادة (1/916) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

⁵ شموط، حسن تيسير عبد الرحيم : أحكام الوصية في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010م. مجلة علوم الشريعة والقانون. 1.مج40. 187/2013-204. ص188. أبو زهرة، محمد : شرح قانون الوصية . ط2. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية. 1950. ص10.

⁶ كهينة، بن أحمد و نجاة، بن عيسى : تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة. رسالة ماجستير منشورة. عبد الرحمن ميرة. بجاية. الجزائر . 2017 . ص55

أحد الشركاء بإدخال شخص آخر الى المال المشترك كبيع جزء منه له، فلكل من الشركاء منع ذلك الشخص من دخول المال، ولو كان قصد ذلك الشخص هو الزيارة فحسب، وذلك على اعتبار أنه لا يحق للأجنبي أن يدخل الملك المشترك الا بإذن جميع الشركاء، فموافقة بعض الشركاء على دخول الأجنبي لا يعطيه الحق بالدخول طالما كان هناك من يرفض ذلك.¹

وترى الباحثة في ذلك أنّ التصرف الجماعي الواقع على كامل الملك الشائع هو أنسب وأفضل أنواع التصرفات الواقعة على ذلك المال، فلا بد حينما يقوم أحد الشركاء بالتصرف من تلقاء نفسه وبشكل منفرد من حدوث العديد من الاشكاليات فيما يخص ذلك التصرف، وعليه فإن كان اتفاق الشركاء ممكناً بشكل دائم على احداث أثر قانوني على ذلك المال، كان ذلك أفضل لهم ولمن صدر التصرف بحقه.

أما فيما يخص تصرف الشركاء جميعاً بحصة شائعة من هذا المال؛ فيمكن للشركاء القيام بذلك سواء أكانت الحصة المتصرف فيها عقاراً أم منقولاً، فاذا وقع التصرف على هذه الحصة بأن قام الشركاء ببيعها، فقد بينّ الفقه المصري أنّ ذلك سيؤدي إلى دخول المتصرف إليه (المشتري) شريكاً جديداً مشتاعاً مع الشركاء في ملكية هذه الحصة بالقدر الذي تملكه منها، وسيترتب على ذلك نقص حصص الشركاء المتصرفين بقدر هذه الحصة التي تم بيعها²، بينما لم يرد في التشريع الاردني والفلسطيني ما يوضّح حكم هذه الحالة.

ب- تصرف الشركاء في حصة مفرزة:

إذا تصرف الشركاء مجتمعين في حصة مفرزة من المال، انتقلت هذه الحصة للمشتري الذي يصبح مالكاً لها، ويظل الجزء المتبقي مملوكاً على الشيوع فيما بينهم، وهذا هو موقف القانون المصري³ والذي أخذ به القضاء في أحكامه، بحيث قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بأن "

¹ حيدر، علي : المجلد الثالث . مرجع سبق ذكره . ص25

² عرفة، السيد عبد الوهاب : مرجع سبق ذكره . ص49. الطه، غني حسون و البشير، محمد طه : مرجع سبق ذكره . ص114. الأسدي، علي جبار صكيل : مرجع سبق ذكره . ص238-239

³ طلبه، أنور : الملكية الشائعة. ط2. القاهرة : المكتب الجامعي الحديث. 2018. ص20

تسجيل البيع الصادر من جميع الشركاء لحصة مفرزة من المال الشائع يترتب عليه نقل ملكية هذه الحصة مفرزة الى المشتري¹

ويرى جانب من الفقه كالدكتور السنهوري أنه إذا تصرف الشركاء جميعاً في جزء مفرز من المال كان تصرفهم صحيحاً ونافاً بحقهم جميعاً وبحق من آل إليه الجزء المتصرف فيه بالتصرف الحاصل، وذلك بغض النظر عما سيؤول إليه كل المال بعد القسمة.²

أما ان وقع التصرف على جزء غير مفرز، وكان التصرف صادراً لمصلحة شخص أجنبي، دَخَلَ هذا الأجنبي شريكاً مع باقي الشركاء على الشيوع وذلك بمقدار حصته، أي الجزء الذي تصرف فيه الشركاء، وعندئذ يقوم الشركاء بتعديل حصصهم بما يتناسب مع هذه الحصة، أما ان كان الشخص المتصرف له شريكاً من الشركاء في ذلك المال، فيقتصر أثر هذا التصرف الذي قام به الشركاء على تعديل الحصص فقط.³

وقد اتفق الفقهاء على صحة التصرف الصادر من جميع الشركاء، سواء أكان التصرف في كل المال، أو في حصة شائعة أو في حصة مفرزة، فللشركاء على الشيوع وبالاتفاق فيما بينهم أن يقوموا بأي تصرف قانوني على المال الشائع سواء أكان هذا التصرف مادي أم قانوني.⁴

وترى الباحثة أنه في حال عدم قيام المشرعين الفلسطيني والأردني بمعالجة حالة التصرف الصادر من جميع الشركاء على المال الشائع بحصة شائعة أو مفرزة، فيتم عندئذ تطبيق الأحكام العامة لعقد البيع، فنفترض هنا أن الشركاء ما دام قد اتفقوا على عملية البيع، فهم كشخص واحد بموجب القانون، وعليه فإن البائع بموجب عقد البيع ملزم بتسليم المبيع للمشتري خالياً من أي عيب قد يشوبه ظاهراً كان أو خفياً، وبحيث يقوم البائع بنقل ملكية المبيع مباشرة الى المشتري بتمام التسليم وقبض الثمن⁵،

¹ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعون 512 ، 531س، 53ق وفي النقض الصادر بتاريخ 1987/6/30.

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره. ص837-838.

³ الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم : مرجع سبق ذكره . ص157

⁴ كبيرة، حسن : الحقوق العينية الأصلية . مرجع سبق ذكره . ص360 . الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم: مرجع سبق ذكره . ص158. أبو عرابي، غازي : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية " دراسة مقارنة " . ط1. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع . ص101. العربي، بلحاج : مرجع سبق ذكره . ص91

⁵ استتندت الباحثة في رأيها هذا الى : الزرقا، مصطفى أحمد : عقد البيع . ط2. دمشق : مكتبة دار القلم . 2012 . ص50-52. الزعبي، محمد يوسف: شرح عقد البيع في القانون المدني . ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006. ص24.

وعليه فإنّ على الشركاء في هذه الحالة أن يسمحوا للمشتري بممارسة حقه في استلام المبيع سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وأن ينقل الجزء المفروز المباع منه الى ملكيته مباشرة بتمام قبض الثمن من الشركاء البائعين.

الفرع الثاني: التصرف بالأغلبية في المال الشائع:

يعرّف التصرف بالأغلبية في المال الشائع على أنّه قيام مجموعة من الشركاء المتمثلون بأغلبية عدد المالكين لهذا المال بالتصرف فيه رغم معارضة الشركاء الباقين¹، فطالما أنّ التصرف قد وقع من جانب العدد الأكبر من الشركاء، فهنا يثور التساؤل حول نفاذ هذا التصرف في حق باقي الشركاء، وهو موضوع الدراسة في هذا الفرع.

وحتى يعتبر التصرف صحيحاً وناظراً، فالأصل أن يتم بموافقة جميع الشركاء، ولكن قد يتعذر الاجماع أحياناً على صحة التصرف ونفاذه وتقوم مبررات تقتضي التصرف في كل المال الشائع، كأن يتبين للشركاء أنه لا جدوى من استمرار حالة الشروع القائمة بينهم، حيث أن استمرارها قد يلحق الضرر بالشركاء، وكأن يتعذر على الشركاء ادارة المال فيما بينهم²، أو أن يتلقى الشركاء عرض لشراء جميع المال الشائع بمبلغ مناسب ومريح، أو أن يكون المال بحاجة إلى ترميم وصيانة للانتفاع به ولا يملك الشركاء المال اللازم لاتمام ذلك، فيكون السبيل لذلك رهنه من أجل الحصول على النفقات والمصاريف اللازمة.³

وعليه فقد تدخلت العديد من التشريعات من أجل معالجة هذه الحالة وذلك من خلال اجازة التصرف بالمال الشائع من قبل أغلبية الشركاء وليس منهم جميعاً، فالأغلبية المشروطة بالنص هي أغلبية خاصة تتمثل بصدور قرار التصرف ممن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، وهي أغلبية أنصبة لا رؤوس، أي أغلبية عدد الحصص، فلمن يملك من الشركاء ثلاثة أرباع المال الشائع حتى ولو كان

أبو السعود، رمضان محمد : شرح أحكام القانون المدني " العقود المسماة : البيع، المقايضة، الايجار، التأمين " . ط 2 . الاسكندرية: منشورات الحلبي الحقوقية. 1998. ص82.

¹ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره. ص839. غانم، اسماعيل : مرجع سبق ذكره . ص201. العبيدي، علي هادي : مرجع سبق ذكره . ص61

² طلبية، أنور : مرجع سبق ذكره . ص15

³ كيرة، حسن : مرجع سبق ذكره . ص366

شريك واحد حرية التصرف في ذلك المال¹، وهذا ما نص عليه المشرع المصري الذي بين في ذلك أنّ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً أم لا²، أما المشرع الأردني فكان مخالفاً لنص المشرع المصري وهو ليس محل دراستنا هنا، حيث أوضح أنّ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له، على أن يبلغوا قرارهم إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ³.

وبذلك يتبين أنّ للشركاء اللذين يملكون الحصة الأكبر التصرف في المال الشائع بكافة أنواع التصرفات الجائزة قانوناً، فالقانون قد منح الشركاء في هذه الحالة القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة التي يهدف كل مالك القيام بها في سبيل حماية وتحسين الانتفاع بملكه الخاص، مع العلم أن أعمال الإدارة غير المعتادة تعتبر أخطر من الأعمال المعتادة لأنها تتضمن معايير متغيرة في المال الشائع أو تعديلاً على الغرض الذي أعد له هذا المال، فإن كان عقاراً فقد يتعرض للهدم ويعاد بناؤه للانتفاع به بشكل أفضل، وإن كان منقولاً كأن يكون سيارة فقد يتم تغيير لونها أو تغيير أحد قطعها وما إلى ذلك⁴، ولما كانت هذه الأعمال من قبيل الأعمال الخطرة والمهمة للتصرف في المال الشائع، فقد تطلب القانون

¹ الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم : مرجع سبق ذكره . ص160

² أنظر المادة (832) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (954) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 والتي تنص على : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يبلغوا قرارهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق تقديم الاعتراض إلى المحكمة خلال ثلاثين يوماً من وقت الإعلان ."

³ أنظر المادة (1/1035) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁴ العبيدي، علي هادي : مرجع سبق ذكره . ص62 . القضاة، عمار محمد : مرجع سبق ذكره . ص631-632.

اتحاد ثلاثة أرباع الشركاء في القيام بهذه الأعمال أي الغالبية العظمى منهم من أجل القيام بأعمال التحسين المطلوبة للتصرف والانتفاع بهذا المال.¹

وتجدر الإشارة إلى أنّ ما تباشره الأغلبية في المال الشائع من أعمال إدارة غير معتادة إنما تباشره أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء، فإن هي أنفقت من مالها على العقار الشائع ملكت الأقلية فيه، وفيما يغل منذ إنشائه ولو لم تف في حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصي للأغلبية تسترده مع الفائدة من وقت الأنفاق وفقاً لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدينة في التملك.²

وتؤدّ الباحثة التنويه هنا إلى أنّ هناك من الفقهاء المصريين من اعتبر أنّ أعمال الإدارة غير المعتادة هي كأعمال التصرف، وبالتالي فإنّ القواعد التي تسري بحق التصرف في المال الشائع هي ذاتها التي تسري بما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة³، لكن تخالف الباحثة هذا الرأي بالقول أنّ أعمال الإدارة المعتادة ليست كأعمال التصرف بل تختلف عنها في المضمون والصلاحيات التي يملكها صاحب الحق، فالهدف من أعمال الإدارة غير المعتادة القيام بتحسين الانتفاع بالمال الشائع، أمّا في أعمال التصرف فقد يكون الهدف نقل ملكية أو ترتيب حق عيني، ثم أنّ سلطات إدارة الشركاء لمالهم الشائع تكون في حدود أعمال الحفظ والاهتمام بهذا المال ومع مراعاة الاجراءات القانونية فيما يخص تبليغ الأقلية المعارضة قبل القيام بأي عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة، بينما في التصرف فالسلطات تكون أكبر من حيث القيام باستعمال واستغلال والتصرف في المال الشائع بكافة وجوه التصرف، وكذلك في القيام بترتيب حق عيني أصلي أو تباعي على المال واستغلاله بالشكل الذي يحقق فائدة المتصرف ودون الاضرار بغيره من الشركاء.⁴

¹ أحمد، إبراهيم سيد و عبد الوهاب، أشرف أحمد : الملكية الشائعة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء . ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018. ص102-104

² راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 19 لسنة 46 الواردة لدى المكتب الفني رقم 29، في الصفحة رقم 1912، وذلك بتاريخ 13-12-1978.

³ منصور، منصور مصطفى : حق الملكية في القانون المدني المصري. ط1. القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة للتوزيع والنشر. 1965. ص362 وما بعدها. العمروسي، أنور : مرجع سبق ذكره. ص299-301

⁴ العبيدي، علي هادي: مرجع سبق ذكره. ص63-65

وقد تقع ملكية ثلاثة أرباع المال الشائع في حق شريك واحد، فله أن يقرر لوحده التصرف في هذا المال طالما قامت أسباب قوية تستدعي ذلك، والشريك الذي يملك أغلبية الحصص في العقار المشترك وكان قد أجر العقار المشترك كاملاً وليس حصته فقط فإن هذه الإجارة منعقدة في حق الشركاء جميعاً وحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فالمشرع الأردني يعتبر أن رأي الشريك المالك لأغلبية الحصص في الملك الشائع يُعدُّ رأياً ملزماً لشركائه فيما يتعلق بإدارة المال المشترك ما لم يثبت أحد الشركاء من الأقلية أن الإيجار وقع بالتواطؤ وإضراراً بالأقلية فعندئذ لا تنعقد الإجارة.¹

وفي ذلك أيضاً أخذ المشرع المصري والقضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " المادة (832) من التقنين المدني المصري مفادها أن المشرع وإن خول أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في تقرير التصرف دون الرجوع الى الباقين، إلا أنه اشترط لذلك اعلان هؤلاء (الاقلية) بالقرار خلال شهرين، ومؤدى ذلك أن المَعَوَّل عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الاغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغني عنه الاعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأي طريقة أخرى ولو كانت قاطعة ".²

وقد كَفَلَ القانون المصري للقلّة المعارضة من الشركاء الضمانات الكافية في حال تصرف الأغلبية على حساب موافقة الأقلية، وذلك من خلال تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية بالتصرف، فأوجب عليهم إعلان التصرف الى الشركاء المعارضين مما يفتح للأقلية من الشركاء طريق

¹ راجع في ذلك أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/3627 الصادر بتاريخ 2012/2/29 ، والوارد لدى موقع عدالة للاستشارات القانونية http://www.adaleh.info/Sys/diligence-item.aspx?item_no=0&id=140197&Class=20&inside=093132093108093121090326 ، تاريخ الزيارة

: 2018/11/18 الساعة 17.05. أنظر أيضاً المادة (1034) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. اللساوي، فايز : الملكية الشائعة. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية . 2009 . ص111-112. فيما يخص مشروع القانون المدني الفلسطيني الساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 فقد نصت المادة (1/953) منه على : " يكون رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم يكن ثمة أغلبية فللقاضي بناء على طلب أحد الشركاء أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة وله أن يعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ."

² أنظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1531 س الصادر بتاريخ 1985/12/31 ، يشار إليه لدى طلبة، أنور : مرجع سبق ذكره . ص18

الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان، فاذا فات الميعاد دون رجوعهم الى القضاء صار قرار الأغلبية نهائياً وناظراً في حقهم.¹

وبذلك نرى بأنّ المشرع المصري قد تدخّل لحماية حقوق الأقلية من التصرف الصادر من الأغلبية وذلك باشتراطه توافر أسباب قوية تستدعي القيام بمثل هذا التصرف، ومثلما منَح المشرع الأغلبية الحق في أن تتخذ قرارها في التصرف في المال الشائع، فهو بالمقابل قد عزز حماية حقوق الأقلية من خلال اعطائها الضمانات الكافية المتمثلة بأن قرار الأغلبية لا يكون نافذاً بشكل فوري انما يبقى معلقاً لحين صدور حكم المحكمة المختصة بنفاذه²، وأن على الأكثرية اعلان قرارها الى الأقلية ويكون عبء اثباته على الأكثرية³، وأن لكل شريك من الأقلية وخلال مدة شهرين من تاريخ اعلانه بقرار الأغلبية أن يعترض على هذا القرار أمام المحكمة المختصة، فاذا انتهت المدة دون أي اعتراض أصبح قرار الأغلبية نافذاً في حق الأقلية⁴، أما اذا لم يتحقق شرط الاعلان، فيظل بإمكان الأقلية التوجه في أي وقت للمحكمة للاعتراض على قرار الأغلبية التي ليس لها أن تقوم بتنفيذ قرارها.⁵

وفي حالة صدور اعتراض من الاقلية على قرار الأغلبية، فسيكون للمحكمة أن تتأكد من وجود أسباب قوية⁶ جعلت الأغلبية من الشركاء تصدر قرارها بالتصرف في المال الشائع، ثم تقوم بالاستيثاق من

¹ أنظر في ذلك نص المادة (832) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. كبيرة، حسن : مرجع سبق ذكره . ص362 ، السنهوري، عبد الرزاق : حق الملكية ج8 . مرجع سبق ذكره . ص839-840

² العنجري، مشاري : إدارة المال الشائع والتصرف فيه . صحيفة الشاهد . الكويت . 17-11-2013

³ رضوان، علاء : جواز تصرف أغلبية ملاك المال الشائع بالبيع دون الرجوع للباقيين من للورثة . صحيفة صوت الأمة . القاهرة . 11-9-2018.

⁴ اللساوي، فايز : مرجع سبق ذكره . ص113. اتفق مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 مع نص المادة (1/1035) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في النص على تصرف بالأغلبية، فجاء النص في المادة (1/954) من المشروع على : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يبلغوا قرارهم إلى باقي الشركاء ... " وقد وقع الخلاف بين النصين فيما يتعلق بميعاد الاعتراض، فالمشرع الأردني أعطى للأقلية مهلة (شهرين للاعتراض) بينما المشروع أعطى للأقلية مهلة (شهر) للاعتراض.

⁵ طلبه، أنور : مرجع سبق ذكره . ص16

⁶ وهي الأسباب التي دفعت الأغلبية من الشركاء يصدر قرارهم بالتصرف بالمال الشائع، كأن يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع ، أو أن يتعذر استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها حالياً، أو أن يتفق الأغلبية على انتهاء حالة الشروع لتعذر قسمة المال وغيرها من الأسباب الموجبة لقرار التصرف. نصار، عمار : مدونة القانون المدني المصري . ط1 . القاهرة : بدون دار نشر . 2007 . ص540 ، السنهوري، عبد الرزاق : حق الملكية ج8 . مرجع سبق ذكره . ص839-840

أن قسمة المال الشائع ستضر بمصالح الشركاء ككل أم لا، فإذا تبين لها وجود ما يلحق الضرر بمصالح الشركاء أو أنّ قرار الاغلبية لم يكن عادلاً بحق الأقلية من الشركاء، قامت عندئذ بإلغاء قرار الأغلبية، ثم لا يجوز التصرف بالمال الشائع عندئذ من قِبَل الأغلبية، انما بقرار صادر من جميع الشركاء¹، أما اذا وجدت التصرف مناسباً للتعامل والانتفاع بذلك المال حكمت بصحة القرار مع وجوب تقديم كفالة تضمن ما قد يلحق بالشركاء من ضرر.²

وحول الطريقة التي سيتبعها الأغلبية في اعلان الأقلية بقرارهم، فلم يشترط القانون طريقة معينة للإعلان، وبالتالي يمكن أن يكون الاعلان بأي طريقة، سواء أكانت على يد محضر أو كتاب مسجل أو غير مسجل أو بالبريد أو إخطار شفوي، ويقع عبء اثبات الطريقة وصحتها على الأغلبية.³ وقد يتعذر على الأغلبية اعلان قرارهم للأقلية بسبب الغياب مثلاً، فيتعيّن على الأغلبية اللجوء الى المحكمة المختصة للحصول على اذن بالتصرف، ويشترط للحصول على اذن، أن يكون المال غير قابل للقسمة، وإلا فالأولى اجراء القسمة.⁴

وترى الباحثة أنه عند العودة لأحكام القانون المدني الأردني، نجده يمنح أغلبية الشركاء سلطة القيام بأعمال الادارة غير المعتادة، وليس القيام بأعمال التصرف⁵، أما بالرجوع لموقف مجلة الأحكام، نجدها أنها لم تمنح أغلبية الشركاء أو حتى جزء منهم سلطة التصرف بالمال الشائع ولا حتى سلطة القيام

¹ خليل، أحمد محمود : إدارة المال الشائع والتصرف فيه . ط1 . الاسكندرية : المكتب الجامعي الحديث . 2007 . ص28
² أنظر في ذلك المادة (2/829) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وقد اتفق مشروع القانون المدني الفلسطيني مع التقنين المدني المصري في ذات النص وذلك في نص المادة (2/954) من المشرع والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 والتي نصت على : " للمحكمة عند نظر الاعتراض إذا وافقت على قرار الأغلبية أن تقرر ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر الأغلبية بتقديم كفالة تضمن للمخالف من الشركاء الوفاء بما قد يستحق من التعويضات ."

³ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8 . مرجع سبق ذكره . ص840

⁴ الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم: مرجع سبق ذكره . ص164

⁵ أنظر المادة (1/1035) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، وقد نصت المادة (1036) من ذات القانون على : " لكل شريك في الشيوخ الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يحفظ المال المشترك ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء . " فقد نجد أنّ المشرع الأردني استخدم مصطلح الادارة وليس مصطلح التصرف، وهو ما يعني أنّ المشرع قصّد من ذلك ايقاع أعمال الادارة وليس أعمال التصرف على المال الشائع، ولو أراد الحديث عن أعمال التصرف لذكرها صراحة في النص القانوني وذلك على غرار المشرع المصري الذي تحدث عن أعمال التصرف بشكل واضح وصريح.

بأعمال الإدارة الا بالاتفاق¹، وعليه فإن التصرف بالمال الشائع في القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام لا يصح إلا باتفاق جميع الشركاء.

المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع

تعالج الباحثة في هذا المطلب الوضع القانوني لتصرف الشريك بشكل فردي في المال الشائع وموقف التشريعات القانونية محل الدراسة منه، فالشريك -كما سبق القول- يُعتبر مالكاً لحصة في المال الشائع ليست محددة، وتحديدتها يأتي من خلال قسمة المال وفرزه بين الشركاء لإنهاء حالة الشيوخ، فالشريك قد يقوم ببيع المال الشائع للغير وقد يقوم بتأجير، وقد يقوم برهنه، وما الى ذلك من التصرفات التي ستعالجها الباحثة تباعاً.

والملاحظ أنّ الشريك قد يتصرف بشكل منفرد في حصته الشائعة التي يملكها ملكاً تاماً وهو الأمر المتاح له بوصفه مالكاً للمال، وقد يتصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه وهو ما سيتسبب عندئذ بالكثير من الاشكاليات فيما يخص أطراف العلاقة الجديدة، وهو ما ستعالجه الباحثة تباعاً.

الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة

يعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة محل اهتمام العديد من التشريعات القانونية ذات الصلة، فالتصرف المقصود به هنا هو التصرف القانوني المؤدي لنقل الملكية أو تنظيم حق عيني عليها، أما بالنسبة للتصرف المادي، فلا يحق للشريك القيام به، لأن ذلك سيؤدي الى المساس بحقوق باقي الشركاء.²

وحول موقف القوانين محل الدراسة من هذه المسألة، فقد بينت القوانين المطبقة في فلسطين أنّ للشريك في حصة شائعة مع شريك آخر، أن يتصرف بشكل مستقل في الملك المشترك بينهما وذلك بإذن

¹ نصت المادة (1069) من مجلة الأحكام العدلية على: ".... يتصرف أصحاب الملك المشترك في ملكهم بالاتفاق".
² النشار، جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء. بدون طبعة. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع. 2000. ص39. الصراف، عباس: المدخل إلى علم القانون: نظرية القانون، نظرية الحق. ط15. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014. ص34. سليم: عصام أنور: نظرية الحق. بدون طبعة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2010. ص21. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره. ص841.

شريكة الآخر، على ألا يتصرف فيها تصرفاً مضرّاً بشريكه¹، والاذن في ذلك نوعان، اذن صريح واذن بالدلالة، ففي الاذن الصريح يتصرف الشريك بحصة شريكه كما اذنه وسواء أضر أم لم يُضِرْ، فله أن يرهن ويبيع أو يهب، أما في الاذن بالدلالة فإنّما يتصرف على ما هو معروف ومعتاد وليس له أن يتصرّف تصرفاً يضرّ بالشريك.²

أما بخصوص المشرعين الأردني والمصري فقد أوضحنا في ذلك أنّ كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها كيف شاء دون إذن من باقي الشركاء بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوقهم³، إذ جاءت المادة (1/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 بالنص على: " لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء دون اذن من باقي شركائه بشرط أن لا يُلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء"⁴، وبالتالي يتبيّن أنّ القانون الأردني وكذلك المصري قد اعتبرا أنّ تصرف الشريك الواقع على حصته الشائعة تصرفاً صحيحاً مقيداً بشرط عدم الحاق أي ضرر بباقي الشركاء، فمثل هذا القيد هو الذي عبّر عنه المشرعين هادفين بذلك إلى حماية حقوق باقي الشركاء من جراء صدور مثل هكذا تصرف، فيستطيع الشريك أن يبيع حصته الشائعة طالما كان مالكاً ملكاً تاماً أو أن يهبها للغير أو أن يرهنها وغير ذلك من التصرفات الأخرى.⁵

ويُفترض بنا قبل الحديث عن التصرفات المُعْتَبَرَة قانوناً والتي يقوم بها الشريك على حصته الشائعة، أن نبحث في أنواع التصرفات التي يملكها الشريك على هذه الحصة، فهي إما أن تكون تصرفات مادية وهي التي لا تعيننا هنا " كما أسلف سابقاً " تنصب على الشيء ذاته أي مادة الشيء نفسه المحسوسة فعلياً وذلك باستهلاكه وتغييره واتلافه وإدارته بالمعنى المادي المعتاد⁶، أو أن تكون تصرفات قانونية وهي المُعْتَبَرَة هنا والتي ترد على حق المالك بنقل ملكية الشيء عن طريق بيعه أو هبته أو تنظيم حق عيني عليه، فبقيام الشريك ببيع أو هبة المال لشخص آخر يكون بذلك قد نقل الملكية للموهوب له

¹ أنظر المادة (1071) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876. (مادة سبق ذكرها)

² اللبناني، سليم رستم باز: مرجع سبق ذكره. ص 600

³ أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (1/951) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

⁴ تتقابل هذه المادة مع المادة (1/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

⁵ العبيدي، علي هادي: مرجع سبق ذكره. ص 63. البكري، محمد عزمي: قسمة المال الشائع. مرجع سبق ذكره. ص 7-8

⁶ الأسدي، علي جبار صكيل: مرجع سبق ذكره. ص 184، الفار، عبد القادر: المدخل لدراسة العلوم القانونية. ط 1. الاردن :

دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006. ص 153

ويصبح هو المالك بدلاً عنه وقد يكون ذلك بعوض كما هو الحال في البيع، وقد يكون بغير عوض كما هو الحال في الهبة¹.

فبحسب القواعد التي بينتها هذه القوانين وبالاعتماد على التطبيقات العملية، فإن بيع الشريك لحصته الشائعة يعتبر بيعاً صحيحاً نافذاً في مواجهة باقي الشركاء طالما أنه لم يلحق بهم أي ضرر من جزاء ذلك، ويجوز أن يكون البيع لأحد الشركاء أو إليهم جميعاً، فإذا وقع البيع لشريك من الشركاء ترتب على ذلك ازالة حالة الشيوخ واعتبار البيع في هذه الحالة في حكم القسمة بطريقة التصفية كما هي الحالة في بيع المال الشائع كله².

أما اذا وقع البيع من أحد الشركاء لشخص أجنبي، فلا يشترط في هذه الحالة موافقة باقي الشركاء على مثل هذا البيع ويكون صحيحاً طالما أنه لم يضر بهم³، ومتى تم هذا التصرف كان صحيحاً نافذاً في حق باقي الشركاء دون الحاجة الى اتخاذ أي إجراء، فليس واجباً على البائع أن يعلن التصرف للشركاء ولا أن يخطرهم به، إلا أنّ إعلانهم بالبيع يشكل أمراً ذا فائدة، إذ يجعل ميعاد الحق في الاسترداد في حالة بيع المنقول، أو الحق في طلب الشفعة في حالة بيع العقار سارياً في حقهم⁴.

كما أنه يجوز للشريك أن يبيع جزء من حصته الشائعة، ففي هذه الحالة يدخل المشتري شريكاً جديداً مع ذات الشريك البائع ومع باقي الشركاء بمقدار ما كان للشريك البائع من حصة⁵، مع العلم أن المشتري الجديد يحل محل الشريك البائع في كافة التصرفات الواردة على الحصة المشتركة، بحيث تكون له نفس حقوق وواجبات الشريك القديم، فضلاً عن اشتراكه في نفقات ادارة المال وحفظه وصيانته⁶.

¹ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 . بدون طبعة. بيروت : دار احياء التراث العربي. 1952. ص1292، الأسدي، علي جبار صكيل : مرجع سبق ذكره. ص185

² النشار، جمال خليل علي : مرجع سبق ذكره . ص190. الجمال، مصطفى محمد : مرجع سبق ذكره. ص136-137
³ العربي، بلحاج: الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الاسلامي والانظمة السعودية . ط1. الاردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2015 . ص92، أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (1071) من مجلة الأحكام العدلية والتي سبق الحديث عنها.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق: حق الملكية ج 8 . مرجع سبق ذكره . ص843. النشار، جمال خليل : مرجع سبق ذكره . ص47.

⁵ كيرة، حسن : الحقوق العينية الأصلية ج1. مرجع سبق ذكره . ص400. غانم، اسماعيل : مرجع سبق ذكره . ص180

⁶ دانية، سحنون : التصرف في المال الشائع . رسالة ماجستير منشورة . جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية .الجزائر . 2014 . ص37 ، صابيين، بوغيدن : النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون الجزائري . رسالة ماجستير غير منشورة . جامعة بجاية. بجاية . الجزائر. 2012 . ص28.

وتود الباحثة الإشارة في هذا السياق إلى أن القانون المصري لم يعتبر التسجيل ركن من أركان عقد البيع بل اعتبره شرطاً لإشهاره وذلك من أجل أن ينفذ في حق الغير، وهو ما نصت عليه قانون الشهر العقاري المصري بالقول: " إنَّ جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ".¹

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية قولها بأنه " إذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بعضاً منه على الشيوخ، وقام بتسجيل العقد قبل حدوث القسمة، اعتبر المشتري حينها من الغير، وعندئذ لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويستوي في ذلك أن يكون شراؤه لهذا الجزء من العقار الشائع قد حدث قبل القسمة أو بعدها، ويصبح المشتري في الحالتين شريكاً في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها ".²

وفي هذه الحالة إذا أريد إزالة الشيوخ في العقار المباع والداخل في التركة، فقد بينت التشريعات المقارنة أنه لا بد من إجراء قسمتين، الأولى بين المشتري وبقية الورثة في الدار التي أصبح المشتري شريكاً فيها، والثانية بين الوارث الذي باع حصته في الدار وبين بقية الورثة في أموال التركة الأخرى.³

وفي ذلك جاء حكم لمحكمة النقض المصرية قضت فيه بـ " أن للشريك على الشيوخ في عدة عقارات أن يبيع حصته الشائعة في بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذه العقارات، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة الجارية".⁴

ويلاحظ أن بعض الفقهاء اعتبروا في حالة التركة أن مثل هذا التصرف يُعدُّ صحيحاً ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة، فان وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة منها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته، وان وقعت في نصيب غيره من الورثة وتبين بأن الوارث لم يكن مالكاً

¹ أنظر المادة (9) من قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 والمنشور في صحيفة الوقائع المصرية في العدد رقم 85 وعلى الصفحة رقم 1 وذلك بتاريخ 1946/8/24.

² راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 184 لسنة 1965، الصادر بتاريخ 1965/12/2. الوارد لدى مجموعة أحكام النقض المصرية رقم 16 . ص 1173-1174.

³ سعيد، ضحى محمد: التصرف القانوني للشريك في المال الشائع " دراسة مقارنة ". مجلة الرافدين للحقوق . 47. مج 1. 33-2011/66 . ص 38

⁴ راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1955/10/20 .

للحصة التي باعها وانها ملك لوارث آخر فيكون حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير¹، وفي حالة أن أجاز الوارث بيع حصته للأجنبي كانت هذه الاجازة بحكم التوكيل، بحيث يعتبر الشريك المتصرف فضولياً ويطالب بالبدل فيحال قبضه من المشتري.²

وتجدر الاشارة الى أنه اذا كان الشريك البائع سيء النية أي أنه يعلم وقت البيع أن المال المبيع لا يملكه بالكامل، أو كان حسن النية أي لا يعلم بذلك؛ فإن ذلك كله لا يمنع المشتري من رفع دعوى لفسخ العقد وأن يطالب بالتعويض، اذ أننا أمام حالة بيع ملك الغير، فبيع ملك الغير هو كتصرف الفضولي -وهو الأمر الذي تمت الاشارة اليه سابقاً-، لنجد في ذلك أن التشريعات محل الدراسة تُجمع على أن بيع ملك الغير يكون موقوفاً على اجازة ذلك الغير أي على اجازة صاحب الشأن، ان أجازته كان صحيحاً وان لم يجزه أصبح باطلاً³.

¹ شاهين، اسماعيل عبد النبي : أحكام بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والقانون المدني . ط2. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2005. ص100. الحلالشة، عبد الرحمن جمعة : بيع ملك الغير : دراسة مقارنة . ط1 . الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع. 1998. ص52. كامل، رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاء . ط4 . المنيا : دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية. 1998. ص24

² عرّفت مجلة الأحكام العدلية الفضولي في المادة (112) بأنه : " هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي منه ". والمادة (171) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي نصت على : " يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك "، وقد بيّنت المادة (207) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة الحكم الخاص ببيع الفضولي، فنصت على : " الفضولي هو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ". وتتقابل هذه المادة مع المادة (188) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

³ تجنباً للتعقيد الذي يُمكن أن يُصاحب الاجراءات الخاصة بالتصرف ونقل الملكية، فان بعض التشريعات الغربية كالقانون الألماني قضت بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال مشترك الا بموافقة جميع الشركاء، بحيث أن هذا التشريع لا يجيز تصرف الشريك في حصة شائعة في مال داخل في مجموعة أموال (كما لو كان المال الشائع بيتاً داخل في شركة) إلا باتفاق جميع الشركاء على ذلك . أنظر في ذلك نص المادة (2033) من القانون المدني الألماني باللغة العربية . الوارد لدى موقع الزيارة <https://www.arabdict.com/ar/de-ar/details?ids=52036&term=Zivilgesetzbuch&> تاريخ الزيارة

2020/6/12 الساعة 18.40، أنظر أيضاً: الزعبي، محمد يوسف: العقود المسماة " شرح عقد البيع في القانون المدني " . ط3. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2004. ص533-534. راجع نصوص التشريعات المقارنة فيما يخص بيع الفضولي الواردة في النقطة السابقة.

وحول مسألة فسخ المشتري للعقد؛ فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في ذلك بقولها : " أنه لا يشترط في بيع ملك الغير أن يكون البائع سيء النية حتى يكون للمشتري الحق في فسخ عقد البيع"¹.

وفي الشريعة الإسلامية فقد اهتم الفقهاء المسلمون بطبيعة القسمة بحيث أن في القسمة معنى المبادلة ومعنى الإفراز، فالقاعدة في الفقه الإسلامي هي ان القسمة إفراز من جهة حيث تتعين حصة كل شريك في الجزء الذي آل اليه ومبادلة من جهة أخرى حيث يبادل كل واحد من الشركاء حصته في الجزء الذي آل الى هذا الشريك.²

وكما يحق للشريك أن يبيع حصته الشائعة، فقد يُقدّم كذلك على هبة حصته الشائعة لأحد الشركاء أو للغير، فالهبة في التشريعات القانونية هي تمليك مال أو حق مالي لآخر دون عَوْض في حال حياة الواهب³، على أنه يجب أن تقع الهبة من الواهب للموهوب له على شيء مملوك للواهب، اذ لا يصح أن تقع الهبة من شخص على مال غيره⁴، ولا يُشترط أن يكون الحق الموهوب بموجب الهبة حق ملكية على عقار أو منقول، بل يجوز أن يكون حق انتفاع، أو أن يلتزم الواهب بالمقابل بالقيام بعمل معين للموهوب له بدون عَوْض⁵.

وقد بيّن المشرعين المصري والأردني على أنه يجوز للمالك على الشئوع أن يهب حصته الشائعة لأحد الشركاء أو لشخص أجنبي، ويعد تصرفه في هذه الحالة صحيحاً وناظراً في حق بقية الشركاء، شريطة

¹ راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 95/519 والصادر بتاريخ 2002/9/13 ، وقد ورد الحكم لدى مجلة نقابة المحامين الأردنيين في العدد رقم 123 وعلى الصفحة رقم 347.

² الحسين، محمود بن أحمد بن موسى : البناية " شرح الهداية " ج 11 . طبعة منقحة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2011. ص 398-400. الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج 4. طبعة جديدة منقحة. بيروت : دار الكتب العلمية. 2016. ص 126-130. شيخ زاده، عبد الله بن محمد بن سليمان : القسمة والإفراز في الشريعة الإسلامية. بدون طبعة . 1824. ص 240-243.

³ أنظر المادة (1/557) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، أنظر أيضاً المادة (1/486) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، أنظر في ذلك أيضاً المادة (1/522) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

⁴ السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج 5. بدون طبعة . بيروت : دار احياء التراث العربي . بدون سنة نشر . ص 8-10

⁵ أنظر المادة (2/557) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، أنظر أيضاً المادة (2/486) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وأنظر أيضاً المادة (2/522) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

عدم الاضرار بهم، سواء كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً، وسواء كان قابلاً للقسمة أو لا يقبل القسمة، وسواء وقع على كامل حصة الشريك أو على جزء منها، وبموجب ذلك يحل الموهوب له محل الواهب في المال الشائع أو في الجزء الموهوب منه ويصبح شريكاً مع باقي الشركاء على الشيوع¹، وعليه وحسب التشريع المصري والأردني فإذا وهب المالك حصته الشائعة كلها أو بعضها، انتقلت ملكية هذه الحصة الى الموهوب له، بحيث يصبح شريكاً على الشيوع مع باقي الشركاء بمقدار الحصة الموهوبة له، ويصبح الموهوب له في هذه الحالة بمثابة خلف خاص للواهب، ويحل محله في الحصة الشائعة التي وهبها له.²

وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية بقولها أنّ " الهبة وفقاً لأحكام المادة 1/557 من القانون المدني هي تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض، وتتعدّد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالقبض، ويكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته وفق أحكام المادة 558 من القانون المدني...".³

والملاحظ في ذلك أنّ الفقه الاسلامي ومجلة الأحكام العدلية لديهم رأي مخالف عن القانونين السابقين، فقد بيّنت مجلة الأحكام أنّ هبة الحصة الشائعة لا تصح، لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق منه حصة شائعة، فلا تبطل الهبة في حق الباقي، وقد أوضحت في ذلك أنّ الهبة تتعدّد غير صحيحة اذا ما كان الشيء محل الهبة مما يقبل القسمة، سواء أكان عقاراً أم منقولاً، أما ان كان من الأشياء التي لا تقبل القسمة، فهبة الحصة الشائعة منه صحيحة ابتداءً وانتهاءً.⁴

أما في الفقه الاسلامي، فقد اختلف الفقهاء في حكم هبة الحصة الشائعة، فقد بينّ الحنفية والمالكية أنّ من شروط الشيء الموهوب أن يكون في حوزة الواهب عند الهبة، فلا تجوز هبة الحصة الشائعة

¹ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج 5 . مرجع سبق ذكره . ص123-125. مرسي، محمد كامل: شرح القانون المدني : الحقوق العينية الأصلية : اسباب كسب الملكية الحيازة والتناقل ... ط1. القاهرة: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر . 2004. ص208.

² العاقل، جمال الدين طه : عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني . بدون طبعة . القاهرة: دار الهدى للتأليف والنشر والتوزيع . 1978. ص120-121.

³ راجع قرار محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/1504 (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ 2011/9/26 والمنشور على موقع عدالة، تاريخ الزيارة 2020/6/13 الساعة 13.50

⁴ أنظر نص المادة (55) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 . اللبناني، سليم رستم باز : مرجع سبق ذكره . ص42.

في عين تقبل القسمة عقاراً أو منقولاً، كالبيت والسيارة والأرض حتى تقع قسمتها، فلو قَسَمَ الواهب ما وهبه شائعاً وأفرزه وسلمه الى الموهوب له كان ذلك جائزاً، لأن الهبة تتعقد ويوقف نفاذها على القسمة، أما ان كانت العين مما لا تقبل القسمة، فإن هبتها جائزة سواء وقعت من أحد الشركاء لشريك آخر أو لأجنبي.¹

وبالمقابل فقد بين جمهور الفقهاء أنّ هبة الحصة الشائعة جائزة، سواء كان ذلك لأحد الشركاء أو لأجنبي، لغني أم فقير، فيما يقبل القسمة كالأرض، وفيما لا يقبل القسمة كالحيوان.²

لكن وفيما يخص مسألة قسمة المال الشائع، فقد اختلفت القوانين محل الدراسة في تحديد المدّة التي يبقى فيها الشركاء على حالة الشيوخ حتى قيامهم بإجراء القسمة وانهاء هذه الحالة، فقد جاء التقنين المدني المصري بالنص على: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدّة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه"³، أما بالنسبة للقانون الأردني فلم ينص على مدّة بقاء الشركاء على الشيوخ إلاّ نصه فيما يخص ملكية الأسرة على جزء من ذلك بالقول : " يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوي لذلك"⁴، لكن بشأن الملكية الشائعة فلم يضع المشرّع الأردني نصاً واضحاً لمدة بقاء الشركاء على حالة الشيوخ، لكنه نص على المدّة التي

¹ السرخسي، شمس الدين: المبسوط . باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز . بيروت : دار المعرفة. 1986. ص64-66. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج8 . طبعة مجددة . بيروت : دار الكتب العلمية. 2010 . ص116-118.

² لنووي؛ يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي : المجموع " شرح المهذب للشيرازي "ج15. طبعة منقحة . اسطنبول: مكتبة الارشاد . 2008 . ص367. عبد الرحمن، عبد اللطيف حسن: فتح الجواد في شرح الارشاد ج2 . طبعة منقحة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2005. 385-386. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. ط1. الرياض : مكتبة الرياض الحديثة. 1978. ص1000-1001.

³ أنظر المادة (834) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وكذلك المادة (959) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

⁴ أنظر المادة (1/1062) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

يمكن للشريك خلالها رفع دعوى الفسخ وإعادة القسمة، فقد بين في ذلك أنه : " لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة اذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة ".¹

وحول أثر التصرف بحصة شائعة بالنسبة لحقوق باقي الشركاء فإنّ الباحثة تُقرّق هنا بين البيع الواقع على الأراضي الأميرية التي تقوم بشأنها دعوى الأولوية، وبين الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية التي تقوم بشأنها دعوى الشفعة، وهي على النحو التالي:

أولاً: البيع الواقع على الأراضي الأميرية وقيام دعوى الأولوية

تُعرّف دعوى الأولوية بأنها: " الحق في كسب حق التصرف على الأراضي الأميرية المفرغ ببديل المثل ولو جبراً على المُفرغ له "²، والواقع أنّ دعوى الأولوية تثبت على الأراضي الأميرية التي لم تتم عليها أعمال التسوية إذ بهذه الدعوى يقوم صاحب الادعاء بالتصرف بالأرض فقط دون أن يتملكها، وهو الأمر الذي حكمت به محكمة التمييز الأردنية بالقول : " إنّ طلب المدعي في لائحة دعواه بتملكه كامل الحصص المدعى بها، إنما يعني طلب الحكم له بتملكه حق التصرف بالأرض لا تملكه رقبته طالما أنّ الأرض من نوع الميري ودعواه هي دعوى أولوية، إذ العبرة هنا للمعاني لا للمباني ".³

¹ أنظر المادة (1051) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² جاء حكم محكمة استئناف القدس في القضية الحقوقية رقم 2018/175 بالنص على : " حق الاولوية هو حق الحلول محل المشتري عقد بيع العقار بحيث يحل طالب الاولوية محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذ ان تملك العقار بحق الاولوية هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً وبالتالي فان حق الحلول هذا لا يكون الا بإلغاء عقود البيع المطلوب بشأنها حق الاولوية واعادة تسجيل العقار باسم طالب الاولوية لان التملك بحق الاولوية هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً ، هذا اضافة الى ان الفقه والاجتهاد لم يجد حرجاً باعتبار الشفعة والاولوية من اسباب كسب الملكية علماً ان كسب الملكية في العقارات لا تتم الا بالتسجيل الرسمي الناقل للملكية ... ". وقد ورد الحكم لدى موقع مقام: <https://maqam.najah.edu/judgments/81> . تاريخ الزيارة 2021/11/3 الساعة 7.00م

³ راجع في ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم 1976/364 والصادر بتاريخ 1976/4/20 وقد ورد الحكم لدى : دواس، أمين: قانون الأراضي. ط1. فلسطين: منشورات المعهد القضائي الفلسطيني. 2013. ص392. وقد نصت المادة (46) من قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 على : الشفعة الجارية في الأملاك ليست تجارية في الأراضي الأميرية والموقوفة يعني إذا تفرغ شخص لآخر عن الأراضي التي هو متصرف بها في مقابلة بدل معلوم فلا صلاحية للجار الملاصق لها أن يدعي قائلاً أنا أخذها بذلك البديل "، وقد نصت كذلك المادة (1017) من مجلة الأحكام على : " يُشترطُ أنْ يُكوّنَ المُشْفَعُ مَلِكاً عَقَارِيّاً. بِنَاءِ عَلَيْهِ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي السَّفِينَةِ وَسَائِرِ الْمَنْقُولَاتِ وَعَقَارِ الْوَقْفِ وَالْأَرْضِي الْأَمِيرِيَّةِ ".

وتثبتت هذه الدعوى أيضاً على الأراضي المفرزة من الأراضي الأميرية، والتي أوقفها السلاطين العظام وتم تخصيص منافعها إلى جهة ما فتعتبر من الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح، بحيث تعود رقبتهما إلى بيت المال، فهذا النوع من الأراضي هو كالأراضي الأميرية تثبت بشأنها دعوى الأولوية.¹ ويلاحظ أنّ حق الأولوية يثبت للشريك والخليط والمحتاج من أهل القرية التي تقع الأرض في نطاقها، ولا أولوية للجار الملاصق.²

وفي إقامة دعوى الأولوية والشفعة فإنّ الحق في إقامة هذه الدعوى يسقط إذا انقضت مدة شهر على علم الشفيع أو طالب الأولوية علماً يقيناً بتسجيل البيع أو الفراغ لدى دائرة التسجيل، والمقصود بالعلم هو العلم بالمشتري والتمن، فعبد إثبات علم الشفيع أو طالب الأولوية بوقوع البيع والفراغ يقع على عاتق المدعى عليه بالشفعة، وفي جميع الأحوال تسقط دعوى الأولوية أو الشفعة إذا أقيمت بعد مضي ستة أشهر من تاريخ البيع أو الفراغ القطعي.³

وبناء على ما سبق فإنّ من حق أحد الشركاء أو جميعهم رفع دعوى الأولوية تجاه المشتري لحصة شائعة في المال الشائع، ويبقى هذا الحق قائماً طيلة المدة القانونية المتاحة لرفع الدعوى وهي مدة السنة أشهر من تاريخ البيع أو الفراغ القطعي، حتى أنه لا يمكن للشريك البائع المساومة على حق

¹ الجريري، يوسف عبد الصمد: دعاوى الشفعة والأولوية في فلسطين. مجلة العدالة والقانون. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة ". فلسطين. رام الله. 2007. ص46

² راجع في ذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 2009/258 والصادر بتاريخ 2009/10/19 والوارد لدى موقع قانون : <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=14020> . تاريخ الزيارة 2021/11/3 الساعة 7.37م أنظر في ذلك نص المادة (1168) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

³ أنظر المادة (1/2) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958. راجع في ذلك أيضاً حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 1995/211 والصادر بتاريخ 1996/10/22 والوارد لدى : <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=14007> . تاريخ الزيارة 2021/11/3 الساعة 7.48م

وفي السوابق القضائية فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفلسطينية قولها أنّ رفع دعوى الأولوية يكون على البائع والمشتري وذلك بعكس دعوى الشفعة التي تقام ضد المشتري فقط، راجع في ذلك حكم محكمة النقض في الدعوى المدنية رقم 2008/111 والصادر بتاريخ 2009/1/22 وقد ورد الحكم لدى موقع : <https://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=17137> . تاريخ الزيارة 2021/11/4 الساعة 8.10 م

الشركاء في رفع تلك الدعوى اذ أنّ هذه المساومة لا تسقط الحق بل يبقى قائماً وموجوداً لأنه حق قوي وثابت من قبل الدولة.¹

ثانياً: البيع الواقع على العقار وقيام حق الشفعة:-

إذا وقع البيع من الشريك على حصته الشائعة المتمثلة في العقار الشائع مع شركائه، وقام هذا الشريك ببيع حصته الشائعة في ذلك العقار لأجنبي، فقد اتفقت كافة القوانين ذات الصلة بأنه ينشأ بذلك لباقي الشركاء حق استرجاع هذه الحصة العقارية بطريق الشفعة²، فالشفعة هي بحسب اتفاق التشريعات المقارنة عبارة عن " حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن، إذا توافرت الشروط التي نص عليه القانون "³ .

وقد قضت محكمة التمييز الاردنية أنه " يعتبر المدعون من طبقة واحدة من الشفعاء حيث أنهم جميعاً شركاء في الملك أن يتقدموا بدعوى واحدة للمطالبة بالحصص المباعه بحق الشفعة على مقتضى المادة 1/1153 مدني و 1/70 أصول مدنية، وحيث دفعوا جميعاً الثمن المسمى وطلبوا جميعاً تملكهم الحصص المباعه ولم يطلب كل واحد منهم تملكه بعض هذه الحصص فليس في دعواهم تجزئة لحق الشفعة بالمعنى المقصود في المادة 1160/مدني ولا يطلب من كل من المدعين أن يودع الثمن كاملاً"⁴.

وإذا وقع البيع على حصة مفرزة في العقار الشائع وقبل حدوث القسمة لهذا العقار، فالأصل ألا يقوم حق الشفعة، إلا أنّ الخلاف في هذه الحالة على جواز الشفعة من عدمه مبني على الخلاف في حكم البيع ذاته على اعتبار أنّ بيع أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العقار الشائع ينفذ في حق سائر الشركاء

¹ أنظر المادة (1169) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² نصت المادة (1155) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على : " تثبت الشفعة بعد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها ". تتقابل هذه المادة مع المواد (936/ب) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (2/1056) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

³ أنظر المادة (950) من مجلة الأحكام العدلية . أنظر كذلك المادة (1150) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. وأنظر المادة (935) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وكذلك نص المادة (1/1056) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

⁴ راجع قرار محكمة التمييز الاردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/3967 (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ 2012/2/20 والوارد على موقع مركز عدالة ، تاريخ الزيارة 2020/6/13 الساعة 16.20

قبل القسمة جاز لهم الأخذ بالشفعة لأن نفاذ البيع يجعل المشتري شريكاً في الشيوخ محل البائع فتتوافر العلة من إجازة الشفعة في حالة الشيوخ وهي دفع الضرر الناشئ عن مشاركة الأجنبي، وإذا اعتبر بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع غير نافذ في حق سائر الشركاء ولا يصبح المشتري شريكاً لهم فلا شفعة، ووفقاً لذلك يكفي أن لا يقر الشركاء هذا البيع حتى يتجنبوا مشاركة المشتري لهم ويبقى البائع هو الشريك¹، وهو الرأي الذي تتفق معه الباحثة، إذ ترى عدم امكانية وقوع الشفعة على البيع الواقع على حصة مفرزة.

وعليه نجد أنه يجوز بموجب نظام الشفعة أن يحل الشريك الشفيع محل المشتري أو محل شريك آخر من الشركاء شريطة أن لا يكون بينه وبين الشريك البائع صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة² في الجزء المبيع، وشريطة أن يسمع الشفيع بحدوث البيع وأن يحصل العلم بالاتفاق بإخبار من كان حاضراً من الشركاء، وأن يعلم الشفيع بالمشتري والثمن³، وحيث أن الشفعة لا تثبت الا للشركاء في العقار الشائع، فلا يجوز المطالبة بها الا من قبل أحد الشركاء تجاه شريك آخر أو أجنبي أصبح مالكا للحصة المطلوب الشفعة فيها والتي تسمى المشفوع فيه، ولكونها لا تثبت الا بعد حدوث البيع بشكل رسمي، حيث أنه يتوجب عندئذ على الشفيع أن يثبت حدوث البيع على الحصة الشائعة وأن يثبت انتقالها للغير عن طريق البيع.⁴

¹ هرجة، مصطفى مجدي : الشفعة في ضوء احداث الآراء و احكام النقص والصيغ القانونية . ط1. القاهرة : دار الثقافة للتوزيع والنشر . 1986. ص35. حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . ص733

² أنظر المادة (2/1062) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012. تتقابل هذه المادة مع المادة (2/1161) من القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976، والمادة (1/939/ب) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. ولا مقابل لهذه المادة في مجلة الأحكام العدلية.

³ أنظر المادة (1029) من مجلة الأحكام العدلية . 1999. حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . ص790. اللبناني، سليم رستم باز : مرجع سبق ذكره . ص577-578.

⁴ أنظر المادة (1030) من مجلة الأحكام العدلية. أنظر أيضاً المادة (2/1056) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة، جدعون، نجاه جرجس : الشامل في القانون العقاري (الشفعة) : نص، اجتهاد، فقه " دراسة مقارنة " . ط1. بيروت: منشورات زين الحقوقية . 2015 . ص40

الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصة مفرزة:

قبل الحديث عن الأحكام الخاصة بتصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع؛ توّد الباحثة الإشارة إلى أنه وبموجب القوانين والتشريعات السارية في فلسطين، فإنّ هناك نوعين من الأراضي، وهي الأراضي الأميرية، وأراضي الطابو أو التي تمت عليها أعمال التسوية، فالأراضي الأميرية هي " ما كان عائداً لبني بيت المال من المزارع والمراعي والمسارح والمشاتي والمحاطب وأمثال ذلك من الأراضي التي يحصل التصرف بها مقدماً عند وقوع الفراغ والحلولات بإذن وتفويض أصحاب التيمار والزاعمة الذين كانوا يعتبرون أصحاب الأراضي وبعض الأحيان بالإذن من والتفويض من الملتزمين والمحصلين وقد حصل الغاء ذلك أخيراً فأصبح يجري بها التصرف على هذا الحال بإذن وتفويض الذات المأمورة بهذا الخصوص من طرف الدولة العلية ويعطى ليد الذين يتصرفون بها سندات طابو متوجة بالطغراي، والطابو هو المعجلة التي تعطى في مقابلة حق التصرف فيأخذها المأمور ويستوفيهما إلى جانب الميري"¹، أما أراضي الطابو أو التي تمت عليها أعمال التسوية فتعرّف على أنها: " الأراضي التي تمت عليها تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف أو حق تملك في الأرض أو المياه أو حق منفعة فيها أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل"².

وعلى أرض الواقع وبشكل غالب، يتم بيع الأراضي الأميرية التي لم تتم عليها أعمال التسوية بموجب عقد بيع خارجي، بحيث نرى أنّ هذا التصرف يعتبر صحيحاً وقانونياً وحجة على أطرافه³، فقد نصت المادة 6 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 على: " يحق لكل شخص يتصرف في أرض أميرية أو موقوفة بسند تسجيل أن يفرغها فراغاً قطعياً أو يؤجرها أو يعيرها أو يضعها تأميناً للدين، وله أن يزرعها ويستفيد من حاصلاتها الناتجة بعمله ومما نبت فيها بدون عمل، وله أن يقطع ويقلع الأشجار والدوالي المغروسة فيها ويهدم ما فيها من أبنية ويتخذها كحقل أو مزرع...

¹ أنظر المادة (3) من قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، وقد نصت المادة (9) منه على: " الأراضي الاميرية القابلة للزراعة والحراثة يزرع فيها كل شيء يعني حنطة وشعيرة وأرزاً ونيلة وغير ذلك من الحبوب وتزرع كذلك اجارة أو اعارة ولا تتعطل ما لم يتحقق وجود أحد الاعذار الصحيحة "

² أنظر المادة (2) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم 1113 وعلى الصفحة رقم 279 وذلك بتاريخ 1952/6/16.

³ مشاكل وعقبات تسوية وتسجيل ملكية الأراضي في الضفة الغربية: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية " ماس ". 2013.

وعليه أن يعلم دائرة التسجيل بما أحدث في أراضيه من تغيير ويأخذ سندات جديدة توضح فيها التغييرات التي أحدثها "، حيث يلاحظ من هذا النص أنه لم يشترط لصحة التصرف وقوعه أمام دائرة تسجيل الأراضي، لكن بالنسبة للأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية فلا يجوز أن يتم نقل ملكيتها إلا أمام الدائرة المختصة وهي دائرة تسجيل الأراضي حتى يعتبر عقد البيع صحيحاً¹، وبناء على ذلك ترى الباحثة عدم امكانية التصرف في المال الشائع ببيع جزء مفرز منه في الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية، وأن مثل هذا التصرف يتصور حدوثه في الأراضي الأميرية، فمن غير الممكن أن يوافق الموظف المختص في دائرة تسجيل الأراضي على القيام بنقل ملكية جزء مفرز من المال المملوك على الشيوع بالنسبة للأراضي تمت عليها أعمال التسوية، فإن حدث مثل هكذا تصرف بموجب عقد بيع خارجي على هذه الأراضي فإن هذا التصرف لا يؤثر على حقوق باقي الشركاء كونه تصرف باطل، والباطل لا يترتب أثر، وبالتالي لا يترتب عليه نقل الملكية.²

وبشأن التصرف في حصة مفرزة من المال الشائع؛ فقد بين القانونين الأردني والمصري أنه إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة، فاذا

¹ هذا ما ورد في نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 والتي نصت على : " في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل، وكل من كان فريقاً في معاملة أجريت خلافاً لما ذكر يكون عرضة بعد الإدانة من قبل المحكمة التي تنظر في القضية لدفع غرامة لا تتجاوز خمسة دنانير".

وقد جاءت المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 بالنص على : " ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأملك والمسقطات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي".

² حكمت محكمة النقض الفلسطينية في الطعن الحقوقي رقم 2017/810 والصادر بتاريخ 2019/6/18 وذلك بقولها: "... وحيث ان انتقال الملكية في العقارات التي جرت عليها اعمال التسوية لا تتم الا بالعقد طبقاً للقانون وأمام الدائرة المختصة وذلك وفق ما نصت عليه المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه، والمادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 53 ... وحيث ان ما استندت اليه الجهة المستأنفة لإلغاء عقود البيع المذكورة ، وإعادة تسجيل العقار موضوعها على اسمها يخرج على ما قرره احكام قوانين الأراضي ... ذلك ان القوانين الخاصة بالأراضي لا يجوز مخالفة احكامها ...".

وقد ورد الحكم لدى موقع مقام: موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية

كان المتصرف اليه مجهول أنّ المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في ابطال التصرف "1.

وحول تصرف الشريك بجزء مفرز من المال الشائع، فإنه يوجد مجموعة من الآراء المختلفة في هذا الشأن، وهي كالتالي:

أولاً: هناك من يرى أن هذا التصرف يُعدّ صحيحاً ولكنه معلق على نتيجة القسمة، بحيث 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 مالكاً له منذ بدء الشروع بأثر رجعي كما أشرنا إليه سابقاً، وبالتالي يستقر نهائياً في حق المتصرف إليه ويصبح مالكاً له، أما اذا وقع في نصيب شريك آخر من الشركاء غير المتصرف فيعتبر صدوره في هذه الحالة من غير مالك ويكون التصرف قابلاً للإبطال²، وهذا في نهاية الأمر يعني أنّ التصرف قبل حدوث القسمة يبقى معلقاً على شرط واقف وهو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف³.

¹ أنظر المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، وكذلك المادة (2/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وكذلك المادة (2/951) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

² إن مصطلح " قابل للإبطال " هو مصطلح يندرج تحت تقسيم العقود في التشريع المصري، إذ جعل المشرع المصري العقود على عدة أقسام من بينها العقد القابل للإبطال، أنظر في ذلك: كامل، رمضان جمال: **أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع " فقهاً وقضاءً "** . ط7. القاهرة: دار الألفي القانونية للنشر والتوزيع. 2007. ص184 وما بعدها.

لكن وبحسب التشريعات السارية في فلسطين فإنّ مثل هذا العقد يسمى بالعقد الموقوف الذي يكون متوقفاً على اجازة صاحب الشأن، ليكون العقد بذلك قابلاً للفسخ إذ يندرج هذا التصرف تحت ما يسمى بالتصرف غير اللازم. أنظر في ذلك المادة (106) من مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة (111) من المجلة التي تنص على : " **الْبَيْعُ الْمُؤَقَّوفُ بَيْعٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ كَبَيْعِ الْفُضُولِيِّ** " وبحسب المطبق فإنّ هذا العقد يكون صحيحاً وصفاً وذاتاً، لكنه مقيد بإجازة المالك، ان اجازته ووجدت شروط الاجازة كان صحيحاً، وإلا كان باطلاً. اللبناني، سليم رستم باز : مرجع سبق ذكره. ص66.

³ بو بكر، لبيض : **التصرف في المال الشائع اختيارياً " دراسة مقارنة "**. رسالة ماجستير منشورة .جامعة وهران . وهران . الجزائر 2015. ص 95 . **الشرط الواقف**: يكون الشرط واقفاً إذا توقف عليه نشوء العقد أو الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه أو نشأ الالتزام في ذمة الواعد إذا كنا أمام الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام. وتحقق الشرط في هذه الحالة يؤدي الى جعل التصرف صحيحاً نافذاً بأثر رجعي وعدم تحققه يجعله في حكم العدم.

ويقال في ذلك أنه إذا اشترى شخص حصة مفرزة من أحد الملاك على الشيوخ بعقد ابتدائي، فإنه لا يستطيع طلب صحة التعاقد بالنسبة لهذه الحصة إذا لم تقع الحصة في نصيب الشريك الذي باعها له.¹

ثانياً: هناك من يرى أنّ تصرفه يكون صحيحاً ومرتباً لآثاره بينه وبين المتصرف اليه دون النظر الى القسمة، والأصل أنه إذا قام المتصرف إليه بتثبيت العقد الواقع بينه وبين المتصرف، أصبح مالكا للجزء المبيع وأصبح واجباً على البائع الالتزام بالتنفيذ، فإذا كان المتصرف اليه قد استلم الجزء المفرز فعلياً من المتصرف فإنه يحل محله في ملكية هذا الجزء مع باقي الشركاء، ويكون له أن يحمي حقه إذا ما حاول أحد الشركاء التعدي على حصته بأي وسيلة كانت.²

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الاطار بأنه " ولما كان بيع الشريك على الشيوخ لقدر مفرز من نصيبه غير نافذ في حق باقي الشركاء، إلا أنّ هذ التصرف يُعتبر صحيحاً وناظاً في حق الشريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة، أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل يكون رهيناً بوقوعه في نصيب الشريك البائع، فان وقع في غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذي يقع في نصيبه بعد القسمة ".³

ثالثاً: هناك من رتب نفاذ التصرف من عدمه على وضع المشتري: فإذا كان المشتري للجزء المفرز وقت التعاقد يعتقد أنّ الجزء من حق البائع لوحده، فهنا يتبين أن المشتري قد وقع في الغلط في صفة جوهرية في المبيع، حيث يكون البيع قابلاً للإبطال لوجود الغلط من جانب المشتري، ويجوز للمشتري طلب إبطاله في أي وقت شاء دون اجباره على انتظار نتيجة القسمة، ويستطيع المشتري بالمقابل أن يوافق على البيع وبالتالي يصبح التصرف صحيحاً وتنفذ آثاره في مواجهة المشتري وبقية الأطراف، فإذا ما تمت القسمة ووقع الجزء المبيع من نصيب البائع صحّ العقد وأصبح نافذاً غير قابل للإبطال، وإذا ما وقع في نصيب شريك آخر كان من حق المشتري كما سلف أن يطلب ابطال العقد وبالتالي

¹ راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/1/3 الوارد لدى المكتب الفني ، ص301

² طلبه، أنور : مرجع سبق ذكره . ص34، راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 6119 س76 ق الصادر بتاريخ 2007/2/21.

³ راجع حكم محكمة النقض المصرية في القضية رقم س 26 الصادر بتاريخ 1975/2/17.

وقف البيع أي عدم تمامه¹، أما ان كان المشتري للجزء المفرز وقت التعاقد يعتقد أنّ الجزء ليس من حق البائع لوحده ولا يملكه ملكية خاصّة، انما يملك حصة فيه على الشيوخ، فإنّ المشتري في هذه الحالة يكون قد اشترى من البائع الجزء المفرز، أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة، فإن وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك البائع عدّ البيع صحيحاً ونفذ في حق المشتري، أما ان لم يقع الجزء المفرز في نصيب الشريك البائع انتقل حق المشتري وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى الشريك البائع بطريق القسمة، وهو الأمر الذي اتفقت عليه كافة القوانين محل هذه الدراسة.²

وفي هذا الاطار قضت محكمة النقض المصرية بأن " تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد على حصته فإنه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى تثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة " .³

رابعاً: وهناك أيضاً من يرى أن قيام الشريك ببيع حصته المفرزة من المال الشائع قبل القسمة بمثابة من يبيع ما يملك وما لا يملك، فما يملكه هو حصته المفرزة أو الشائعة من المال، وما لا يملكه هو حصص سائر الشركاء في نفس الحصة المتصرف بها، ويُعتبر البيع في هذه الحالة صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع، ولكنه غير نافذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بحصته في الشيوخ في هذا الجزء المفرز، ولا يستطيع المشتري ابطال البيع لا بالنسبة لحصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع، وذلك لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري لم يقع في أي لغط أو لبس، ولا بالنسبة الى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع لملك الغير.⁴

¹ السنهوري، عبد الرزاق: شرح القانون المدني ج 8 . مرجع سبق ذكره . ص 871

² أنظر المادة (2/826) من التفتين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (2/1031) من القانون المدني الأردني، والمادة (2/951) من مشروع القانون المدني الفلسطيني . تمت الاشارة الى هذه المواد بالتفصيل سابقاً. كامل، رمضان جمال : مرجع سبق ذكره . ص 152-153

³ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 214 س 40 الصادر بتاريخ 1975/11/11.

⁴ الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب : شرح القانون المدني " العقود المسماة " . ط 1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1993. ص 74 ، السنهوري، عبد الرزاق: شرح القانون المدني ج 8: مرجع سبق ذكره. ص 876، الحكيم، جاك يوسف : العقود الشائعة والمسماة " عقد البيع " . بدون طبعة . دمشق : منشورات جامعة دمشق . 1995 . ص 95

وتؤكد الباحثة على أن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير¹، بدليل أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت حدوث البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك بل باع ما يملك، هذا إلى أن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه، ويكون بذلك قد ارتضى شراء ما ستؤول إليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة بفرزها وتحديدها.²

ويجوز قبل القسمة وخاصة إذا كان المال مملوكاً بين شريكين على الشروع أن يقر الشريك الآخر بالبيع الصادر من الشريك الأول، وعند ذلك يصبح البيع نافذاً في حقه وفي حصته الشائعة وتخلص ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشتري بعد التسجيل، وقد يكون هذا الاقرار ضمناً بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذي اختاره الشريك الأول، ويعتبر الجزء المفرز الذي باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك في كل الأرض الشائعة ويتصرف هو في الجزء المفرز الآخر كما لو كان مالكاً له كله، فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين شريكين بشكل فعلي واختص كل منهما بجزء مفرز فيها.³

ويستمر أصحاب الرأي بالقول أن التصرف بعد القسمة يدور حول حالتين:

الحالة الأولى: أن يقع الجزء المفرز الذي تم بيعه من نصيب الشريك البائع، والحكم في هذه الحالة أن البيع قد وقع من مالك للجزء نفسه وبالتالي انتقلت ملكية الجزء بالطريقة القانونية لملكية المشتري وهي تثبيت العقد وتسجيله وبالتالي أصبح مالكاً للمبيع، فضلاً عن عدم قدرة الشركاء الآخرين أو الشريك الآخر على الاعتراض على هذا البيع أو ابطاله.⁴

¹ تستند الباحثة في ذلك إلى نص المادة (496) على أنه : " 1) إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، (2) يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل، (3) لا يسري هذا البيع في حق مالك العين المبيعة ولو نزل المشتري عن حقه في طلب إبطال العقد ". تتقابل هذه المادة مع المادة (550) من القانون المدني الأردني والمادة (466) من التقنين المدني المصري والتي سبق أن تم ذكرها.

² شاهين، اسماعيل عبد النبي : مرجع سبق ذكره . ص 107-109

³ السنهوري، عبد الرزاق : شرح القانون المدني ج 8 . مرجع سبق ذكره . ص 875. نصت المادة (1082) من مجلة الأحكام على : " لا يجوز للشريك للخاص أن يسكن في حصة الشريك الغائب في الدار المشتركة إذا كانت حصصهما مفرزة عن بعضهما، لكن إذا خيف خرابها من عدم السكنى فالقاضي يجوز هذه الحصة المفرزة ويحفظ أجرتها للغائب " .

⁴ الفلهاتي، وليد بن خالد بن محمد : نطاق حق الشريك في التصرف بالمال الشائع وإدارته في القانون المدني الأردني . رسالة ماجستير منشورة . جامعة مؤتة . مؤتة . الأردن . 2009 . ص 86. السيد، أحمد عصام : المرشد في عقد البيع في ضوء أحكام محكمة النقض . بدون طبعة . القاهرة : المركز المصري للأبحاث والاصدارات القانونية . 2018 . ص 180

الحالة الثانية: أن يقع الجزء المفرز المبيع من نصيب شريك آخر غير البائع، فما سيحدث هنا هو أنّ بإمكان المشتري كما سبق القول أن يستحصل على الجزء الذي آل إلى البائع، إلا أنه لا يُجبر على ذلك، فمن حقه عندئذ أن يطلب فسخ عقد البيع، أو إبطاله لصدوره من غير مالك، أمّا لو قبل المشتري بالجزء الجديد الذي آل إلى البائع بأن وافق مع تملكه، فسيتملكه بعد تسجيله وستنتقل ملكيته من البائع إلى المشتري ويحل هذا الجزء عندئذ حلاً عينياً محل الجزء المفرز الذي وقع من نصيب شريك آخر غير البائع، ويعتبر البيع عندئذ وكأنه وقع منذ البداية في الجزء المفرز الجديد الذي ارتكز عليه البيع بعد القسمة.¹

وبالإطلاع على الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع نجد أنه ليس في القانون ما يمنع الشريك من أن يكسب ملكية حصة أحد شركائه على الشيوع بالتقادم إذا استطاع أن يحوز هذه الحصة حياة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة أو غلبة تسامح وبحيث استمرت هذه الحياة مدة خمس عشرة سنة دون انقطاع.²

وحول مدى انطباق معايير وضع اليد على تصرف أحد الشركاء بدون اعتراض باقي الشركاء؛ فقبل عام 1958 كانت مجلة الأحكام غامضة فيما يخص هذه التصرفات، حيث كان من حق الشريك فعل ذلك، أما القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة فإنه يقول أنه مهما حاز الشريك من المال الشائع، فإنّ حيازته تُعتبر من باب الوكالة وكأنه يعمل وكلياً عن الشركاء جميعاً، إلا إذا استطاع باقي الشركاء أو الورثة في حالة وفاة الشريك مورثهم أن يثبتوا أنّ نية الحائز اتجهت إلى التملك مع أنّ مسألة الإثبات تحتاج إلى اجراءات طويلة ومعقّدة.³

وإذا كان الشريك قد تصرف بأن قام بالبناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة، فإنه وبالرجوع إلى مجلة الأحكام، نرى بأنها قد اشترطت لصحة أعمال الإدارة أن تكون بموافقة جميع الشركاء، سواء

¹ العبيدي، علي هادي : الحقوق العينية الاصلية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات العربية المتحدة. ط1. الامارات: الآفاق المشرقة للنشر . 2011 . ص64

² راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في تاريخ 1968/3/21 والوارد لدى مجموعة المكتب الفني ، ص580.

³ أنظر المادة (1/4) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والتي نصت على : " إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلاً عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يتم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكون على ذلك الوجه ."

أكانت أعمال إدارة معتادة أم غير معتادة¹، أما المشرع المصري فقد اعتبر هذا العمل عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة الذي يستوجب عندئذ موافقة أغلبية الشركاء الذين لا تقل مجموع حصصهم بالإضافة الى نصيب الشريك الباني ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، وذلك حتى ينفذ هذا العمل في مواجهة باقي الشركاء، فإن هذا البناء يصبح بعد موافقتهم مملوكاً على الشيوع بينهم جميعاً، ويساهمون في تكاليفه كلٌ بنسبة حصته في الأرض الشائعة.²

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية التي بيّنت أنّ: " لما كان الأصل في الملكية الشائعة أنه اذا قام أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز من الارض الشائعة وذلك بعلم من باقي الشركاء ودون اعتراض منهم، اعتبر وكيلاً عنهم في ذلك، وعُدَّ سكوتهم اقراراً لصحة عمله، ويكون المنشأ ملكاً شائعاً للجميع، ويتحمل كل منهم تكاليفه بنسبة حصته في الأرض الشائعة، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك " .³

وإذا كان الشريك قد أقام البناء على الأرض فيما يعادل حصته، فهو بذلك يكون غير متجاوز لحقه ولا معتدياً على حق باقي الشركاء، ولا يعد بانياً في أرض الغير⁴، ويترتب على ذلك أنه ينبغي موافقة أغلبية الشركاء على هذا البناء، فإذا لم توافق الأغلبية على هذا البناء ولم تقره بعد إقامته فإنه يجوز لهم طلب هدمه، مع عدم الإخلال بحقوقهم في التعويض اذا كان قد لحق بهم ضرر من جراء الهدم والازالة.⁵

¹ أنظر المادة (1069) من مجلة الأحكام العدلية. راجع في ذلك أيضاً حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية رقم 2016/436 والصادرة بتاريخ 3-12-2018 والوارد لدى موقع مقام : موسوعة القضاء وأحكام المحاكم الفلسطينية. تاريخ الزيارة 2020/7/26 الساعة 7.32م.

² أبو السعود، رمضان : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مصادر و أحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني. بدون طبعة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002. ص91-92. محمد، محمود عبد الرحمن: استعمال وإدارة المال الشائع : دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي . ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 1993. ص89-90. محمد، عقوني : الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري. رسالة دكتوراه منشورة. جامعة محمد خيضر. سكرة. الجزائر . 2016. ص152

³ راجع حكم محكمة النقض المصرية في النقض المدني الصادر بتاريخ 1990/5/8.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج 9 " أسباب كسب الملكية " . بدون طبعة . بيروت : دار احياء التراث العربي . 1967 . ص294

⁵ الأسدي، علي جبار سكيل : مرجع سبق ذكره . ص236. محمد، محمود عبد الرحمن: مرجع سبق ذكره. ص104. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج8. مرجع سبق ذكره . ص834

وأما إذا لم يطلب باقي الشركاء الإزالة رغم عدم موافقتهم على البناء، واستمر البناء قائماً إلى أن أجريت القسمة فإننا نكون أمام حالتين، الأولى وهي أنه إذا وقع الجزء المبني في نصيب الشريك الباني، فلا إشكال في ذلك لأنه سوف يملكه، أما الثانية فهي أنه إذا وقع الجزء المبني في نصيب شريك آخر، فإنه في هذه الحالة إذا وافق الشريك الآخر على نتيجة القسمة تطبق قواعد الإثراء بلا سبب لا قواعد الالتصاق، حيث إنه يلتزم بأقل القيمتين، قيمة ما أنفقه الباني أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، أما إذا لم يوافق على استبقاء البناء في ملكه، فإن من حقه أن يطلب الإزالة، وطلبه للإزالة ليس على أساس أن الباني قد بنى في ملك غيره، فهو قد يكون قد بنى في ملكه، وإنما على أساس أنه قد تجاوز سلطاته وأن القسمة تعطي لكل شريك متقاسم نصيبه خالصاً محرراً من كل ما رتبته أو أنشأه عليه باقي الشركاء من قبل.¹

ولكن إذا تجاوز الشريك في البناء فبنى على أكثر من حصته الشائعة فإنه يعد سيء النية لأنه كان على علم بأنه يبني في أرض الغير، حيث أنه تجاوز مقدار حصته الشائعة وبالتالي يكون لباقي لشركاء الحق في طلب الإزالة ومن حقهم استبقاء البناء مع دفع القيمتين قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض ويعد تطبيق ذلك لأحكام الالتصاق حسب الباني سيء النية.²

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها التي بينت فيه أنه " وحيث أن المشرع الذي افترض حسن النية في الشريك الباني فوق العقار المشترك القابل للقسمة لم يقص مطلقاً أعمال أحكام القرينة المفترضة الواردة في المادة 889 أي أحكام البناء أو الغرس بنية حسنة في الحالة التي يعلم فيها الشريك بأن العقار المشاع غير قابل للقسمة وذلك لأن الشريك في مثل هذه الحالة وهو لا يملك إلا جزء يعلم بمركزه القانوني الذي لا يخوله التصرف في كامل العقار أو تقرير تغييرات أساسية فيه وتعديل في الغرض الذي أعدله في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ضمن أحكام المادتين 784 ، 787 مدني وهذا ما أخذت به الهيئة العامة لمحكمة النقض، حيث أن إقامة البناء كان بعد المقاسمة الرضائية الجارية بشأن العقار الأصلي، ويعد اختصاص الطاعن أو المطعون ضدها بالقسم موضوع

¹ سمية، زعيتر : بناء الشريك المشاع في الملكية الشائعة " اكتساب الملكية بالالتصاق ". بدون طبعة . الجزائر : بدون دار نشر . بدون سنة نشر . ص126

² ضحى محمد، سعيد : التصرف القانوني للشريك في المال الشائع "دراسة مقارنة" . بحث سبق ذكره . ص 30-31.

النزاع فإن كان هذا القسم غير قابل للقسمة كما يبدو فلا مجال لاعتبار الطاعن حسن النية وإن ما أورده الحكم المطعون هو المكلف بإثبات ما يدعيه ولا تلزم المحكمة بتكليفه، تقدم الدليل على حسن النية، وحيث أن ما سلف يكفي لحمل الحكم ورفض الطعن وإن كانت قيمة البناء تفوق قيمة الأرض وإن كان البناء شديد من الطاعن " .

المبحث الثاني: إجارة المال الشائع

تعالج الباحثة في هذا المبحث حكم التأجير الواقع على المال الشائع، فهو إما أن يقع من الشركاء جميعاً على مالهم الشائع وهو الأمر الذي ينطوي عليه جملة من الأحكام والآثار التي ستترتب بحق جميع هؤلاء الشركاء، وهذا هو الوضع الطبيعي في مثل هذا النوع من المملك، أو أن يقع من قبل أحد الشركاء للمال الشائع، وكما ذكرنا سابقاً فالأصل أن التصرف الذي يُجرىه الشريك على المال الشائع يجب أن يقع بموافقة باقي الشركاء وأن لا يزيد في التصرف عن حدود حصته الشائعة، فضلاً عن تجنبه فعل الإضرار بباقي الشركاء كنتيجة لأي تصرف يصدر منه.

بادئ ذي بدء، يُعرّف عقد الايجار بأنه: تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم¹، والأصل أن عقد الايجار ينعقد بالتراضي ويتوافر الايجاب والقبول من الطرفين وأن يكون واقعاً على عقار مملوك للمؤجر² وذلك لتمام انعقاد العقد على النحو الذي يتطلبه القانون.

المطلب الأول: التأجير الجماعي للمال الشائع

ينصب عقد الايجار الذي يُبرمه جميع الشركاء مع المستأجر على جزء من المال أو كله في الأساس على تبادل منفعة مقصودة من الطرف الأول وهو المؤجر أي جميع الشركاء ولكن بوصفهم شخص

¹ أنظر المادة (405) من مجلة الأحكام العدلية، تتقابل هذه المادة مع المادة (658) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976. والمادة (558) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (604) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

² الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب : مرجع سبق ذكره . ص165. العبودي، عباس: شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني " البيع والايجار " . ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2019. ص228-229. الفضلي، جعفر محمد : الوجيز في العقود المدنية " البيع، الايجار، المقاولة " . بدون طبعة. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2017. ص190.

واحد وذلك لحدوث التضامن فيما بينهم بعد انعقاد عقد الايجار¹ للطرف الثاني وهو المستأجر، ولطالما عملت القوانين على الاعتراف بحق الانتفاع كحقٍ متعلق بعقد الايجار، وذلك للتأكيد على أنّ حق الانتفاع هو من أهم وسائل استغلال واستثمار العقار الشائع².

وتضرب الباحثة في الحديث عن تأجير الملك المشترك صورة اقدام جميع الشركاء على تأجير المال الشائع والمتعلق بشكل أساسي بالعقار المملوك بينهم على الشيوع، وهو الأمر الجائز ايقاعه اما على جميع المال أو على حصة شائعة، مع التأكيد على حدوث مجموعة من الإشكاليات في الصورة الثانية من التأجير، فحدث مثل هذا الامر انما يعتبر أمراً طبيعياً، ومقبولاً من الناحية القانونية في حُكم مثل هكذا تصرفات، والمعلوم أن مثل هذا النوع من التصرفات يترتب عليه مجموعة من الآثار تحاول الباحثة الامام بها في هذا المطلب.

فالتأجير الحاصل من قبل جميع الشركاء يُعتبر صحيحاً نافذاً في حق الجميع مرتباً آثاره في مواجهتهم وذلك بحسب جميع التشريعات محل هذه الدراسة³، وفيما يتعلق ببديل الايجار، فالأصل أنّ لكل واحد من الشركاء الحق في الحصول على بدل الايجار بما يعادل حصته في العقار المؤجر، فلو أجزر الشركاء العقار المشترك فيما بينهم لآخر فيجب تقسيم بدل الايجار بينهم حسب حصصهم في العقار، فاذا اشترط لأحدهم مقداراً أكثر من حصته فيعتبر الشرط كأن لم يكن⁴.

والاجارة المقصودة هنا هي الاجارة التي تتجاوز في مدتها الثلاث سنوات، أي أنها لا تقتصر على المدة المفروضة للاجارة المعتادة، فاذا كانت الاجارة الواقعة من الشركاء أقل من ثلاث سنوات كنا بصدد عمل من أعمال الادارة المعتادة التي لا يجوز فيها للشركاء الذين لا يملكون الا حق الانتفاع على المال تأجير العقار المشترك الا في حدود ثلاث سنوات، إلا اذا استحصل الاطراف على ترخيص

¹ الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعة : أحكام الالتزام . ط1. الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع . 2010. ص196-198

² طلبية، أنور : عقد الايجار . بدون طبعة . القاهرة : المكتب الجامعي الحديث . 1998 . ص7. البدرابي، عبد المنعم: الحقوق العينية الأصلية: الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها. ط1. القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة. 1968. ص332.

³ أنظر مثلاً المادة (431) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على : " يسوغ للشريكين أن يؤجرا مالهما المشترك لآخر معاً " وبالنسبة لباقى التشريعات فلا يوجد نص صريح بذلك انما يُفهم ذلك من سياق الموضوع.

⁴ حيدر، علي : المجد الثالث . مرجع سبق ذكره. ص27 . الحسيني، عباس علي محمد : سلطة الشرك المشاع في تأجير المال المشاع . مجلة رسالة الحقوق . 1. مج1. 6/2015-73 . ص13 . الطه، غني حسون و البشير، محمد طه: مرجع سبق ذكره . ص109.

من السلطة المختصة وهي محكمة الموضوع أو جرى اتفاق فيما بينهم وارتضوا بذلك جميعاً، وإذا ما قام الشركاء بتأجير العقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات انقضت الاجارة بمضي هذه المدة¹، حيث يعتبر عقد الاجارة عندئذ نافذاً في حدود الثلاث سنوات وباطلاً فيما زاد على ذلك، وذلك على اعتبار أنّ الاجارة التي تزيد في مدتها عن الثلاث سنوات تعتبر عملاً من أعمال التصرف وليست من أعمال الادارة.²

¹ عبد الوهب، أشرف أحمد و أحمد، ابراهيم سيد : عقد الإيجار في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء . ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018 . ص40-42. نصت المادة (605) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 على : " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من الجهة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك أنقضت المدة إلى ثلاث سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"، تتقابل هذه المادة مع المادة (559) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 مع ملاحظة أنّ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 أحال عمل التأجير هذا على حالة الوقف والتصرف في مال اليتيم وذلك في المادة (673) والتي نصت على : " لا يصح ايجار مال الوقف واليتيم مدة تزيد على ثلاث سنوات الا بإذن المحكمة المختصة فاذا عقدت الاجارة لمدة أطول ردت الى ثلاث سنوات ، وفي المادة (1/693) لم ينص المشرع صراحة على مدة الثلاث سنوات : " لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد فان لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقا لما اعدت له وعلى نحو ما جرى عليه العرف ."

² نصت المادة (125) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على : "... ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير " وتتقابل هذه المادة مع المادة (559) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي سبق الاشارة اليها، وهذا ما تطبقه المحاكم المصرية في أحكامها، فقد حكمت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 5 لسنة 52 قضائية والصادر بتاريخ 1987/6/10 ب : " لئن كان عقد الإيجار كغيره من العقود يخضع في الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي لا تخالف قاعدة أمره نصت عليها قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام، ولئن كان مفاد المواد 559، 826 / 2، 827 / 1، 3 من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع كما يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء التي تعد نائبة قانونية عن باقي الشركاء فإنه يجوز أيضاً من أحد الشركاء فإذا لم يعترض عليه أحد أو لم يتعرض عليه إلا الأقلية فإنه يعد وكلياً عن الجميع أو كلياً عن الأغلبية ونائباً عن الأقلية، وفي هاتين الحالتين فإن الإيجار يكون نافذاً في حق جميع الشركاء على الشروع لمدة ثلاث سنوات، ما لم يكن محله مكاناً خالياً خاضعاً لقوانين إيجار الأماكن التي جعلت عقود الإيجار ممتدة تلقائياً وبحكم القانون إلى مدة غير محددة طالما بقيت تلك التشريعات التي أملتتها اعتبارات النظام العام سارية ومن ثم يمتد العقد لأجل غير مسمى، فلا يملك باقي الشركاء المطالبة بعدم نفاذ الإيجار في حقهم بعد انقضاء مدة الثلاث سنوات المشار إليها في القانون المدني لأن امتداد العقد في هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام " ورد الحكم لدى موسوعة أحكام النقض " الأحكام المدنية " ج2: المكتب الفني - السنة 38 - ص 801. أنظر في ذلك أيضاً : رشدي، محمد السعيد: أعمال التصرف وأعمال الادارة في القانون الخاص "دراسة تحليلية لسلطة الوكيل والوصي والحارس والدائن المرتهن رهن حيازة في ادارة الاموال". ط1. الاسكندرية: منشأة دار المعارف. 2011. ص11 وما بعدها.

كما أن للشركاء تنظيم حق انتفاع (ايجار) على حصة شائعة من المال، فإنّ مثل هذا التصرف يعتبر تصرفاً صحيحاً وناظراً ومرتباً لآثاره في حق جميع الشركاء.¹

ومتى قرّر الشركاء تنظيم حق انتفاع على حصة شائعة من العقار، فإن للشخص المنتفع حق الاستعمال والاستغلال والانتفاع بالعقار المؤجر، ويحتفظ الشركاء على الشيوع بملكية رقبة العقار الشائع، وإذا أجمع الشركاء على تنظيم حق انتفاع لأحدهم، فإن هذا الشريك يكون منتفعاً بحصة شائعة، ومالكاً لحصته الشائعة في المال الشائع ككل.²

ومثلما يكون حقاً للشركاء جميعاً القيام بتأجير العقار الشائع المملوك بينهم على الشيوع، فلأغلبية من الشركاء أيضاً الحق بذلك، فيحق للأغلبية أن يقوموا بتأجير المال الشائع وذلك لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وبحسب نصيب كل واحد منهم في ذلك المال، فلو استأثر شريك واحد يملك أكثر من نصف الأنصبة أي كان مالكاً للأغلبية، كان من حقه التأجير دون الرجوع لباقي الشركاء، فإذا وقع منه تعسف في استعمال حقه في التأجير، كان للأقلية أن تطعن في القرار الصادر منه أو أن تطالب بالقسمة وانتهاء الشيوع.³

أما إذا وقع التأجير من أحد الشركاء الذي لا يملك لوحده أكثر من نصف الأنصبة، فإن تصرفه هذا لا يسري في حقهم إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً⁴ وهو ما ستوضحه الباحثة في المبحث الثاني، والأغلبية الذين يملكون أنصبتهم في حدود النصف لهم الحق في احداث عملية التأجير رغم معارضة الباقيين.⁵

¹ كبيرة، حسن : مرجع سبق ذكره . ص170-171

² محمد، عقوني : رسالة دكتوراه سبق ذكرها . ص160-161

³ البكري، محمد عزمي : القانون المدني الجديد " عقد الايجار " . بدون طبعة . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع . 2018 . ص220-221

⁴ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 271 س47 قضائية ، الصادر بتاريخ 19/11/1981

⁵ طلبية، أنور : عقد الايجار . مرجع سبق ذكره . ص156

وان لم تكن هناك أغلبية كما الحال في الملك المشترك بين شخصين، فللمحكمة وبناء على طلب من أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة لحفظ المال الشائع، ولها أن تعين عند الحاجة مديراً لإدارة المال، وعادةً ما يتم تعيين المدير من قِبَل المحكمة في جلسة علنية.¹

وقد بيّنت التشريعات كذلك على أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كالإيجار وغيره، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم، كان هو صاحب الشأن في الإدارة، أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة بالوكالة، اعتبر وكيلاً عنهم، فإذا اعترض على ادارته بعض الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له من الوكالة الضمنية، فإذا كان باقي الشركاء ممن لم يعترضوا على الإدارة هم من الأغلبية، فتسري أعمال إدارته في حق المعترضين على أساس من يمثل الأغلبية.²

وبشأن الدعوى المتعلقة بإخلاء المأجور والمرفوعة قضائياً من قِبَل أحد ورثة المؤجر، فقد أكد القضاء المصري على أن هذا الشخص يعتبر وكيلاً عن باقي الورثة في إدارة المال الشائع طالما لم يعترض أحد منهم على ذلك، ولا يغيّر من ذلك تحصيل الأجرة بمعرفة وارث آخر.³

وترى الباحثة أنه لم يعالج المشرّع الأردني والفلسطيني بعض الحالات الخاصة بإيجار المال الشائع وعليه فيفترض بنا أن نقوم بتطبيق الأحكام والقواعد العامة على ما لم يرد بشأنه نص خاص على عكس المشرّع المصري الذي وضع العديد من الأحكام الخاصة بالإجارة محل اعتبار ضمن نصوص خاصة وواضحة.

¹ سوار، محمد وحيد الدين : مرجع سبق ذكره . ص120، العبيدي، علي هادي : الحقوق العينية . مرجع سبق ذكره . ص61
² راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1630 س57 قضائية، الصادر بتاريخ 1984/3/15. أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (2/1033) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والمادة (3/828) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (2/952) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.
³ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 205 س61 قضائية ، الصادر بتاريخ 1995/1/26.

المطلب الثاني: التأجير الفردي للمال الشائع

من المعلوم أن تأجير المال الشائع قد يكون لشريك من الشركاء¹، وقد يكون لشخص أجنبي، فإذا كان التأجير قد وقع لشريك من الشركاء وكان قد وضع يده على المال باعتباره مستأجراً له، ثم تصرف في حصة مفرزة من هذا المال كان تصرفه نافذاً بينه وبين المتصرف له، ولكن يمنع عليه تسليمها للمتصرف له، حيث أن تصرفه فيها كان باعتباره مستأجراً لا مالكاً لها، فيخضع تصرفه فيها لأحكام وقواعد عقد الايجار، فإن حصل وقام بتسليم العين المؤجرة للمستأجر بشكل كامل، كان ذلك مما يتيح للشركاء الآخرين رفع دعوى لإخلاء المأجور واسترجاعه من المستأجر، كون أن عقد الايجار هو الذي سيحكم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وليس حالة الشيوخ التي بدأ من خلالها الشريك المتصرف².

وقد تقع الإجارة من أحد الشركاء لمصلحة شخص أجنبي، فإذا كان في جوهر الإجارة أن تقع على كل المال المملوك للمؤجر، فيلاحظ بأن تأجير الشريك للمال الشائع الذي يملكه مع غيره من الشركاء فيما يزيد عن حصته يجعل الإجارة من قبيل خيانة الأمانة، كما يجعل منه غاصباً لحصة شريكه، فمتى ما غصب أحد الشريكين من الآخر الجزء الذي يملكه وتصرف بجميع المال بطل في نصيب شريكه وبقي صحيحاً في نصيبه وهو باتفاق كافة التشريعات المقارنة³.

وإذا وقعت الإجارة من أحد الشركاء، وكان ذلك بدون طلب من الباقين، ورغم ذلك لم يقدّموا أي اعتراض على ما وقع من شريكهم، فإنّ هذا التصرف يدخل ضمن ما يسمى بأعمال الإدارة الواقعة على المال الشائع، وهو الأمر الذي سبق الإشارة إليه حسب موقف جميع التشريعات محل هذه الدراسة.

¹ بيّنت محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2005/207 والصادر بتاريخ 2006/11/14 أن: " تعريف المالك في قانون المالكين والمستأجرين والذي له حق تأجير العقار ورفع دعوى التخلية إنما ينصرف على العقارات الداخلة في نطاق تطبيق هذا القانون والتي هي ضمن حدود البلديات ولا يتعداها إلى العقارات الخارجة عن نطاق تطبيقه، وبيّنت كذلك أنّ الإجارة الواقعة على عقار خارج حدود البلديات والصادرة من شريك في أرض مشاع باطلة، وعليه يجوز للشريك تأجير العقار المشترك لشخص أجنبي ". وقد ورد الحكم لدى موقع المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

² طلبية، أنور: مرجع سبق ذكره. ص 41. أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (429) من مجلة الأحكام العدلية.

³ فخر، وجداني: الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية. بدون طبعة. ايران: بدون دار نشر. 1964. ص 91-93.

وبما أن الايجار لمدة لا ينطوي عليها أي تعسف في استعمال الحق أو لعمل لا يحمل بين طبياته أضرار لباقي الشركاء، فإنه يعتبر عملاً من أعمال الإدارة المعتادة، فإذا قام به أحد الشركاء رغم معرفة الباقيين ودون اعتراضهم، اعتبر وكيلاً عنهم بشكل ضمنى¹.

والاجارة الواقعة من أحد الشركاء الذي لا يكون له الحق في ذلك، والذي لا يمكن اعتباره وكيلاً عن الباقيين، فلا ينفذ هذا الايجار في حقهم، سواء أجزر الشريك المال كله أو جزء منه، ولو كان هذا الجزء معادلاً لحصته²، ويترتب على ذلك أن لسائر الشركاء اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، واعتبار المستأجر من أحدهم متعرضاً للمال المملوك من الشركاء إذا كان قد حاز المال بالفعل واخرجه من العين دون الحاجة لانتظار القسمة، وهو الحكم الواجب الاتباع سواء أجزر الشريك المال الشائع كله أو جزء منه وسواء كان التأجير على حصة شائعة أو مفرزة، حتى ولو كانت هذه الحصة هي التي يملكها الشريك المؤجر بالفعل، فعقد الايجار في جميع هذه الحالات يعتبر غير نافذ في حق الشركاء، وذلك بسبب أن الايجار الصادر من أحد الشركاء يقع في جزء منه على ما يملكه الشريك المؤجر وفي جزء آخر على ما يملكه سواه، أي أن الايجار في هذه الحالة يكون قد وقع في جزء منه على ملك الغير، وهو رأي المشرع المصري والأردني³.

وإذا ما استقل أحد الشركاء بإحداث عمل التأجير وذلك بالرغم من اعتراض أغلبية الشركاء، فقد بيّنت القوانين أن هذا الايجار لا ينفذ في حق الباقيين، وإنما يحق لهم أن يطالبوا بإخلاء العين المؤجرة، ما لم تكن من المباني والأراضي الزراعية، فعندئذ تطبق عليها قوانين الإيجار الاستثنائية كالقواعد المتعلقة بالحائط المشترك⁴.

وإذا ما نظرنا إلى موقف الفقه الاسلامي نرى بأن أتباع مذهب المالكية اعتبروا أنّ تأجير الشريك لكل المال الشائع بدون اذن باقي الشركاء يُعتبر تأجييراً صحيحاً بالنسبة لحصة الشريك، وعملاً باطلاً

¹ خاطر، محمود ربيع : شرح القانون المدني المصري معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018. ص383. سبق الإشارة إلى ذلك في نصوص مواد التشريعات المقارنة.

² العبيدي، علي هادي : الحقوق العينية . ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1999. ص55-56

³ العمروسي، أنور: مرجع سبق ذكره . ص294. القسوس، وليد نجيب: إدارة وإزالة المال الشائع : دراسة مقارنة. بدون طبعة الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1993. ص144

⁴ حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . ص 226 . سوار، محمد وحيد الدين : مرجع سبق ذكره . ص121. أنظر في ذلك نص المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية. أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (1280) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمادة (817) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين، وبناء على ذلك يؤكد أنصار هذا المذهب أنّ من حق المستأجر المطالبة بالفسخ، أو أن يطغى على الفعل حُكْم التصرف في مال الغير الذي يبقى موقوفاً على اجازة صاحبه، فإن أجازته مضى صحيحاً وإن أبطله بطل، وإن وقع فعلياً أن قام المؤجر بتسليم العقار كاملاً الى المستأجر فما على الشركاء حينئذ الى العودة على المؤجر كلّ بقدر حصته.¹

إلا أنّ أنصار مذهب الشافعية يرون بأن تأجير الشريك للمال الشائع يعد صحيحاً بالنسبة لحصته، وباطلاً بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين، إذ لا يحق له أن يتصرف فيما لا يملك الا باذن المالك نفسه، وذلك على اعتبار أن أصحاب هذا الرأي يعتبرون الشريك في المال الشائع أجنبياً عن حصص باقي الشركاء، ويعتبرون تصرفه في حصص الشركاء تصرفاً في ملك الغير، هذا كله اذا اعتبرنا أن الشريك يعمل لحساب الشركاء عند قيامه بالتأجير، فاذا كان عاملاً لحساب نفسه فإنه يكون غاصباً للمال وواجباً عليه دفع أجرة المثل لبقية الشركاء كلّ بقدر حصته.²

وعلى هذا نرى أنه من المفروض أن يقع تأجير المال الشائع من جميع الشركاء لاعتبار هذا التصرف صحيحاً وناظراً بحقهم جميعاً، فاذا ما حصل ذلك من أحد الشركاء بموافقة الآخرين عُدّ التصرف صحيحاً وكأنه صادر من وكيلهم، أما إذا تمّ دون موافقتهم بقي موقوفاً على اجازتهم ولهم في سبيل ذلك ابطال التصرف وتعيين مدير يتولى ادارة المال وحفظه بموافقتهم وبناء على طلبهم وهو موقف كافة التشريعات محل هذه الدراسة³، حتى أنه اذا ما تم وقوع حالة التصرف بالإجارة من قبل أحد الشركاء دون اعتراض من الباقيين، عُدّ وكيلاً عنهم.⁴

ونرى أن القضاء المصري كان أسبق الى اعتماد النص القانوني والحكم فيه، حيث بيّن أنه في حال موافقة جميع الشركاء على التصرف الصادر من شريكهم، فيكون لهم الحق بالقيام بعملية التأجير من

¹ صباح، مازن مصباح : إيجار المال الشائع في الفقه الاسلامي . مجلة الجامعة الاسلامية . فلسطين . 1/2-6-2009 . 24.

² المرجع السابق.

³ أنظر المادة (1/1033) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، تقابلها المادة (1/828) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (1/952) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 . بكر، عصمت عبد المجيد: الوجيز في العقود المدنية المسماة : المقابلة والوكالة . ط2. بيروت: منشورات زين الحقوقية . 2015 . ص322

⁴ أنظر المادة (2/1033) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، تقابلها المادة (3/828) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (2/952) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012 .

قَبْلِهِمْ جميعاً على أساس حساب الأنصبة لكل واحد منهم(وقد سبق ذكر ذلك)، أو بالاستناد إلى فعل شريك واحد وهو المتصرف إذا كان يملك أكثر من نصف قيمة المال الشائع أي أنه يملك أكثر من قيمة نصف الأنصبة، وأنَّ الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة من المال الشائع لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا قبلوه صراحة أو ضمناً، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد الشركاء في مواجهة الباقيين ثبوت الحق لهؤلاء في اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين المملوكة على الشيوخ.¹

وفي حُكْمٍ آخر قضت محكمة النقض المصرية " أنَّ مفاد المادة (828) من القانون المدني التي يُستفاد منها أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصبة، ولا يَثْبُت لأحد الشركاء بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصبة، وأنَّ الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين، ولَمَّا كان ذلك أن من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإزالة التعديلات التي أجراها الطاعن بالعين المؤجرة على سند من القول بأن العقار الشائع المملوك مناصفة للمطعون عليهما قد قسم قسمة مهايأة شملت بعض أجزائه بمقتضى الاتفاق المؤرخ 5/5/1918 الذي نظماً فيه حقوقهما والتزاماتهما و طريقة تحصيل ما اختص به كل منهما، وكتبا فيه على أن يقوم الطرفان مناصفة بمصروفات إصلاح العقار والتحسينات اللازمة له بعد الاتفاق عليها كتابية، وبقيت أجزاء من العقار من بينها مدخل المنزل و الجزء المتبقي من الحجرة التي كانت معدة للبواب والتي ضم بعضها إلى الشقة الكائنة بالدور الأرضي ظلت شائعة دون قسمة ومخصصة لخدمة العقار بأكمله و قام المطعون عليه الثاني في تاريخ لاحق للاتفاق المؤرخ 5/5/1968 منفرداً بتأجير هذا الجزء للطاعن الذي ضمه لمطعمه وإذ اعترض المطعون عليه الأول المالك لنصف العقار على

¹ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0328 لسنة 44 مكتب فنى 29 صفحة رقم 375 الصادر بتاريخ 1978/2/1، الوارد لدى موقع <https://eyadjarrar-lawyer.yoo7.com/t74-topic> ، تاريخ الزيارة: 2019/11/21 الساعة 15.30 (النصف الأول من الحكم)، أنظر في ذلك أيضاً المادة (1/1034) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

التأجير و الضم فإنهما لا يسريان في حقه و يجوز له إلزام الطاعن بإعادة الجزء الشائع إلى حالته الأولى بما يجعله منفصلاً و مستقلاً عن باقي المحل المؤجر له بموافقة الشريكين".¹

وفي حال عدم موافقتهم، نجد أنّ آثار هذا العقد ستتنصرف بين المؤجر والمستأجر على حد سواء ولن تتعدى إلى بقية الشركاء الآخرين، فيكون للمستأجر الخيار بين فسخ العقد أو تنفيذه لو تبين له فيما بعد أن المال المؤجر هو مال مشاع، وتطبيقاً لذلك إذا أجر المالك الدار المملوكة على الشيوع كلها لشخص آخر لمدة معينة ثم تبين للمستأجر أن نصف الدار التي استأجرها مملوكة لشركاء المؤجر على الشيوع ولم يجر الشركاء عقد الاجارة الحاصل من قبل شريكهم في حصتهم من الدار كان للمستأجر خيار الفسخ إذا كان جاهلاً بأن الدار مشتركة فيجوز له أن يفسخ العقد ويسترد الأجرة ، ويجوز له أن يمضي في الاجارة في نصف الدار بنصف الأجرة المسماة .²

وعلى الرغم من أن الشريك على الشيوع لا يستطيع تأجير المال الشائع دون موافقة باقي الشركاء؛ فإنّ له القيام بذلك في حالة حصول المهاية على ذلك المال، اذ يستطيع كل شريك في المال الشائع القيام بتأجير الجزء الذي وقع من نصيبه خلال فترة حصول المهاية المكانية، أو قيامه بتأجير المال الشائع كله خلال فترة المهاية الزمانية، ودون أن يتعدى هذه الفترة، اذ في حالة المهاية لا أهمية لموافقة الشركاء على الايجار الواقع أو رفضهم له، حيث يكون الايجار نافذاً في حق جميع الشركاء..³

ويترتب على صحة عقد الايجار فيما بين المتعاقدين، أنه لا يجوز لأحدهما إبطاله، فلا يجوز للمؤجر أن يقوم بإبطال العقد بحجة أن شركاؤه في المال الشائع قد رفضوا التصرف الصادر منه، وكذلك لا

¹ أنظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0328 لسنة 44 مكتب فنى 29 صفحة رقم 375 الصادر بتاريخ 1978/2/1، الوارد لدى موقع <https://eyadjarrar-lawyer.yoo7.com/t74-topic> ، تاريخ الزيارة: 2019/11/22 الساعة 16.30 (النصف الثاني من الحكم)

² الحسيني، عباس علي محمد : أحكام تأجير المال المشاع دون موافقة بقية الشركاء . مجلة رسالة الحقوق . 1. مج2 2017-1-22 . ص4.

³ أنظر في ذلك المادة (1185) من مجلة الأحكام والتي تنص على : " كما يجوز لكل واحد من أرباب الحصص بعد المهاية زماناً أو مكاناً أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أو المقسم الذي أصاب حصته يجوز له أن يؤجر ذلك إلى آخر ويأخذ الأجرة بنفسه "، وكذلك المادة (1186) والتي تنص على : " إذا أجز أخذ أصحاب الحصص نوبته بعد أن حصلت المهاية ابتداء على استيفاء المنافع وكانت غلة أحدهم في نوبته أكثر فليس لبقية الشركاء مشاركته في الزيادة. أما إذا جرت المهاية ابتداء على الاستغلال مثلاً على أن يأخذ أحدهما أجرة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فتكون الزيادة مشتركة. أما إذا حصلت المهاية على أن يأخذ أحدهما غلة إحدى الدارين المشتركين وأن يأخذ الآخر غلة الدار الأخرى وكانت غلة إحدى الدارين أكثر فلا يشاركه الشريك الآخر ".

يجوز للمستأجر أن يطالب بالإبطال بحجة أن عدم نفاذه بحق الشركاء الآخرين يهدد حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة، طالما استطاع المؤجر تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة في هدوء وبدون أي اعتراض من الشركاء الآخرين، غير أنه يكون للمستأجر أن يطلب إبطال العقد فقط في حالة إذا أثبت أنه كان يعتقد أن المؤجر يملك المال كله وليس جزء منه، وأنه لو علم بغير ذلك لما أقدم على التعاقد من الأصل أي أنه قد وقع في الغلط.¹

وفي ضوء ما سبق يتبين لنا أنه إذا كان محل عقد الايجار كل المال الشائع، وتصرف الشريك فيه بتأجيره، فهنا يكون من حق باقي الشركاء كما كان من حق شريكهم أن يطلبوا تأجيره الى مستأجر آخر، وعندئذ يلتزم الشريك المؤجر بدون حق بتسليم العين الى المستأجر، ولا يكون للمستأجر الحق في الاعتراض على هذا الايجار حيث لا يكون له أكثر مما لمدينه، فالقاعدة أنه لا يجوز لأحد أن يدلي لغيره بأكثر مما يملك، وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين المؤجرة جاز لهم أن يطلبوا طرده منها ولا يستطيع هذا الأخير أن يبقى في أي جزء منها مهما صغر بعد أن أصبح بالنسبة اليهم متعرضاً فيما يملكون، ولا يجوز لهذا المستأجر أن يدفع بوجوب انتظار نتيجة القسمة لاحتمال أن تقع العين المؤجرة في نصيب الشريك المؤجر.²

وإذا قام الشريك المؤجر بتأجير جزء مفرز من المال الشائع وإن كان معادلاً لحصته الشائعة ، فمثل هذا العقد يكون موقوفاً على اجازة بقية الشركاء لأنه يكون تصرفاً في حقوقهم بقدر ما يكون لهم من حق في هذا الجزء ، فأن رضوا به عدّ نافذاً ، وإن لم يرضوا به عدّ باطلاً ولا يترتب أي أثر من آثار الايجار بالنسبة اليهم، كما يتعذر على الشريك المؤجر تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر إذا عارضه بقية الشركاء في هذا الايجار وليس أمام المستأجر إلا انتظار نتيجة القسمة ومن ثم تترتب على هذا الايجار بالنسبة للشركاء الآخرين الآثار ذاتها لو كان الايجار واقعاً على المال الشائع كله.³

¹ البكري، محمد عزمي : موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني المصري الجديد ج7 . بدون طبعة . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. بدون سنة نشر . ص230. الدروي، فهمي و الطنطاوي، طارق: عقد الايجار في القانون المدني. بدون طبعة . القاهرة: مركز الأبحاث والدراسات القانونية. 1998. ص30. يكن، زهدي: عقد الايجار. بدون طبعة. بيروت: منشورات المكتبة العصرية. بدون سنة نشر . ص100.

² العمروسي، أنور : مرجع سبق ذكره . ص306-308

³ البكري، محمد عزمي : مرجع سبق ذكره . ص231. طلبه، أنور : مرجع سبق ذكره . ص149-151. الأسدي، علي جبار صكيل: مرجع سبق ذكره. ص145.

وقد أستقر القضاء الفرنسي على أن الايجار الصادر من أحد الشركاء دون موافقة الشركاء الآخرين يعد صحيحاً في العلاقة بين المؤجر والمستأجر وينتج آثاره بين الطرفين، لكنه لا يعد نافذاً في حق باقي الشركاء، وفي ذلك ذهب المشرع المصري ومحكمة النقض المصرية، إذ اعتبرت المحكمة في العديد من أحكامها أن الايجار الصادر من أحد الشركاء الذي لا يملك إلا جزءاً بسيطاً من المال الشائع لا يسري في حق باقي الشركاء، ويترتب على عدم سريان الايجار الصادر من أحد الشركاء في مواجهة الشركاء الآخرين ثبوت الحق له في اعتبار الايجار غير قائم بالنسبة لهم.¹

وتميل الباحثة لموقف القضاء الفرنسي وغيره في مثل هذه الحالات، إذ يعتبر أن عمل الايجار الذي يدخل ضمن حدود أعمال الادارة العادية والصادر من أحد الشركاء يُعدّ صحيحاً نافذاً في مواجهة الشخص المتصرف إليه (المستأجر) وذلك على اعتبار أن أعمال الادارة المعتادة تتعدّد صحيحة بالنسبة لمن قام بها ولكن بشرط أخذ اذن من بقية الشركاء، فان وقع الاذن تمّ العمل صحيحاً بشكل كامل، وان لم يقع الاذن كان صحيحاً في دائرة المؤجر والمستأجر، وباطلاً بالنسبة للباقيين، مع إمكانية قيام الشركاء بفسخ العقد مع المستأجر اذا كان عقد الايجار سيلحق بهم الضرر.

وترى الباحثة أيضاً أنه فيما يتعلق بأعمال الإجارة سواء أكانت ضمن أعمال الادارة أو التصرف؛ فإنه وفقاً لأحكام مجلة الأحكام العدلية لا يعتبر الايجار نافذاً إلا بموافقة جميع الشركاء، ولا ينفذ التصرف بحقهم الا اذا وافقوا على حدوثه، غير أنه وفقاً لأحكام الأمر العسكري رقم 1271 لسنة 1989 بشأن تعديل قانون المالكين والمستأجرين، فإنه يجوز للشريك المالك² أو الشركاء مالكي الأغلبية أن يأجروا المال الشائع كله مع نفاذ عقد الايجار بحق البقية³، إلا أن هذا التعديل لا ينفذ إلا بحق الايجار الواقع داخل حدود البلديات وليس خارجها لأنه بهذه الحالة يتم تطبيق أحكام مجلة الأحكام العدلية.⁴

¹ الحسيني، عباس علي محمد: *أحكام تأجير المال المشاع دون موافقة بقية الشركاء*. مرجع سبق ذكره . ص 49

² يُعرّف المالك حسب الأمر العسكري الاسرائيلي رقم 1271 لسنة 1989 بشأن تعديل قانون المالكين والمستأجرين الفلسطيني رقم 62 لسنة 1953 في المادة الثانية منه بأنه : " صاحب حق التصرف في المؤجر (بالفتح) أو الذي يملك أكثر من نصف حق الملكية في العقار، أو صاحب حق إرادة العقار أو أي شخص تنقل إليه ملكية العقار " .

³ أنظر المواد (429-431) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876.

⁴ حكمت في ذلك محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في القضية الحقوقية رقم 19/1994 والصادر بتاريخ 24/2/1994 ب: " العقار الخارج حدود البلدية ينطبق عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية ولا ينطبق عليه أحكام قانون المالكين والمستأجرين " . ورد الحكم لدى موقع قانون: موقع نقابة المحامين الفلسطينيين.

http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=14518 . تاريخ الزيارة 2021/7/22 الساعة 4.00 م

الفصل الثاني

التصرف في المال الشائع بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية

الفصل الثاني

التصرف في المال الشائع بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية

بعد أن تحدثت الباحثة في الفصل الأول من هذه الدراسة عن الأحكام الخاصة بالتصرف في المال الشائع بالبيع الذي يمثل جزءاً لا يتجزأ من أساسيات نقل الملكية بين الأفراد وبالإيجار الذي يعتمد على العقد المبرم من طرفيه، وما يترتب على كلا التصرفين من نتائج وآثار؛ فإن الباحثة تسطر بين طيات هذا الفصل مجموعة من القواعد والأحكام الخاصة بالتصرف بالمال الشائع بتنظيم مجموعة من الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

والواقع أن كل التصرفات التي يحدثها الشركاء والتي ينتج منها تنظيم حق سواء أكان حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً، ما هي الا انعكاسات واضحة لأفعال قانونية أراد من خلالها المتصرف تنظيم نتائج مادية ملموسة قد تعود بالنفع والفائدة عليه وعلى الشركاء جميعاً.

ولما كان هدف الباحثة من القاء الضوء على كافة الممارسات التي ربما تضيء طابعاً قانونياً على أي أثر سينعكس سلباً أو ايجاباً فيحق المتصرف ومن حوله، فإن الواقع يبيّن أنه لا مكان لتنظيم أي حق عيني دون العودة لأساس نظام الملكية الشائعة وأحكامه العامة.

وقد سبق أن بينت الباحثة أن الحق العيني ما هو الا جزء من حق الملكية كحق عام ينبثق منه مجموعة من الحقوق، فهو لا يتبع حق شخصي آخر انما يقوم في ذاته، ويعطي لأصحابه سلطات الحصول على المنافع المالية للشيء، فمحله شيء مادي معين بالذات.¹

وعلى ذلك فإن الحقوق العينية التي ستتكلّم عنها الباحثة في هذا الفصل هي حق الانتفاع كحق ثابت في أصله، وحق الارتفاق وحق الحكر، وهي الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وتسمى حقوقاً عينية أصلية، وكذلك الأمر الحديث عن حق الرهن كأهم الحقوق العينية التبعية.

وبذلك فإن الباحثة تقسم هذا الفصل إلى مبحثين، لتعالج في المبحث الأول الأحكام المتعلقة بتنظيم حقوق عينية أصلية على المال الشائع، حيث قامت الباحثة بتقسيمه الى ثلاثة مطالب، ففي المطلب الأول الحديث عن حق الانتفاع، وفي المطلب الثاني الحديث عن حق الارتفاق، أما في المطلب الثالث فإن الحديث سيكون عن حق الحكر.

¹ عبيدات، يوسف محمد : الحقوق العينية الأصلية والتبعية . بدون طبعة . الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع. 2011.

وبشأن المبحث الثاني فستتناول الباحثة من خلاله الأحكام المتعلقة بتنظيم حق رهن على المال الشائع، من خلال معالجة القواعد الخاصة بحق الرهن وتطبيقاته على المال الشائع، مع التركيز على ما سيترتب على هذا الحق من آثار من جهة، وتطبيقات هذا الحق على أرض الواقع من جهة أخرى.

المبحث الأول: تنظيم مجموعة من الحقوق العينية الأصلية على المال الشائع

تقوم الباحثة من خلال هذا المبحث بالتركيز على تنظيم مجموعة من الحقوق العينية الأصلية على المال الشائع والأثر المترتب عليها، وذلك من خلال تقسيمه الى ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: تنظيم حق انتفاع على المال الشائع.

المطلب الثاني: تنظيم حق ارتفاق على المال الشائع.

المطلب الثالث: تنظيم حق حكر على المال الشائع

المطلب الأول: تنظيم حق انتفاع على المال الشائع

الفرع الأول: طبيعة حق الانتفاع

يعرّف المشرّع الأردني حق الانتفاع بأنه " حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع"¹، ولم يرد تعريف لحق الانتفاع في التشريع المدني المصري، إلا أنّ الفقه المصري يُعرّف هذا الحق بأنه " حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار مملوك للغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوماً بموت المنتفع، وينشأ هذا الحق بإرادة الأطراف أو بحكم القانون، ويمكن أن يكون معلقاً على أجل أو مقيداً بشرط"²، والملاحظ أنّ تعريف المشرّع الأردني هو المطبق والساري حالياً في فلسطين وضمن أروقة المحاكم الفلسطينية.³

والواقع أنّ المشرّع المصري جعلَ اكتساب حق الانتفاع إمّا بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم، ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما

¹ أنظر المادة (1205) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² العبيدي، علي هادي : الحقوق العينية . مرجع سبق ذكره . ص245-246. عرفة، عبد الوهاب : الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية. ط1. الاسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية. 1999. ص356.

³ راجع في ذلك حكم محكمة استئناف رام الله في الدعوى المدنية رقم 550 والصادر بتاريخ 2005/4/20 والوارد لدى موقع قانون الفلسطيني للقضاء والمحاماة، <https://qanon.ps/news.php?action=view&id=12124> ، تاريخ الزيارة

2020/7/11 الساعة 6 مساءً.

يجوز الوصية بذلك للحمل المستكن¹، أما المشرع الأردني فقد جعل أسباب حق الانتفاع متمثلة بالعقد أو الوصية أو التقادم².

وعلى اعتبار أن حق الانتفاع يعتبر حقاً متفرعاً عن حق الملكية، فهو حق عيني، وذلك بأنه يقتطع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال ويمنحها لشخص آخر غير المالك وهو صاحب حق الانتفاع، فهو بذلك يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من آخر³.

وللمنتفع أن يؤجر العين المنتفع بها طوال مدة الانتفاع ولو تجاوزت الثلاث سنوات، فإن أجر المنتفع العين لمدة تزيد عن ذلك ووافق مالك الرقبة عليه مقدماً أو عند وفاة المنتفع، فإن كان مالك الرقبة قد وافق على الايجار في حال حياة المنتفع فعقد الايجار سيكون حاضراً بين المنتفع والمستأجر، أما إن وافق مالك الرقبة على الايجار بعد وفاة المنتفع، فإن الايجار يكون حاضراً بين المستأجر ومالك الرقبة⁴.

ويعطي أيضاً للمنتفع حق الأفضلية والتتبع، ومنه نقول بأن حق الانتفاع يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقاً شخصياً الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وبذلك فإن لحق الانتفاع عدة خصائص أهمها: أنه حق عيني يرد علي عقار وبالتالي يجوز رهنه رهناً رسمياً أو التصرف فيه، ويخضع في ذلك لأحكام نقل الملكية العقارية مع بقاء ملكية الرقبة لصاحبها، وهي خاصية أخرى لحق الانتفاع، بأن يرد علي عقار مملوك للغير⁵.

¹ أنظر المادة (985) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، أنظر كذلك المادة (1116) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012، مع ملاحظة أن نص المشروع الفلسطيني جاء مشابهاً لنص القانون المصري. الوريمي، نبيلة الكراي : **حائز العقار " حق الانتفاع "** . ط1. تونس : مجمع الأطرش للكتاب المختص . 2015 . ص292-294.

² أنظر المادة (1206) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني ج6**. مرجع سبق ذكره. ص333

⁴ طلبية، أنور : **عقد الايجار** ، مرجع سبق ذكره . ص173

⁵ عياد، وهاب : **التصرف في الملكية العقارية الشائعة** .رسالة ماجستير منشورة . قسنطينة . الجزائر . 2008 . ص70

وتثير الباحثة في هذا الإطار تساؤلاً حول الفرق بين حق الانتفاع بحد ذاته وحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فحق الانتفاع بحد ذاته هو حق عيني، بينما حق المستأجر هو حق شخصي¹، وحق الانتفاع اذا ورد على عقار اعتبر مالاً عقارياً، بينما حق المستأجر يعتبر مالاً منقولاً حتى وان ورد على عقار، وحق الانتفاع يعتبر حجة لجميع الناس وعليهم، بينما حق المستأجر لا يكون حجة إلا على المؤجر وخلفه العام، وكذلك الأمر فإن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد أو وصية أو تقادم، بينما حق المستأجر لا ينشأ إلا عن عقد الايجار.²

وتؤكد النصوص القانونية أنّ للمنتفع أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد اذا كان سند الانتفاع مطلقاً من كل قيد، فاذا كان مقيداً بقيد فللمنتفع أن يستوفي التصرف بعينه أو مثله أو ما دونه، ولمالك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو لا يتفق مع طبيعة الشيء المنتفع به وأن يطلب من المحكمة انهاء حق الانتفاع ورد الشيء اليه دون اخلال بحقوق الغير.³

ويلاحظ أنّ حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الاجل المحدد له أو بهلاك العين المنتفع بها أو بتنازل المنتفع أو بإنهائه بحكم صادر من المحكمة لسوء الاستعمال أو باتحاد صفتي المالك والمنتفع ما لم تكن للمالك مصلحة في بقائه كأن كانت الرقبة مرهونة أو بموت المنتفع اذا لم ينص القانون على غير ذلك، وهو الأمر الذي اتفقت عليه التشريعات القانونية محل الدراسة.⁴

¹ حسين، منصور قاسم و الصلوي، منير محمد أحمد : الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني اليمني: دراسة تحليلية/ج1 حق الملكية في ذاته. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2008. ص21. فرج، توفيق حسن: الحقوق العينية الاصلية. بدون طبعة. القاهرة: الدار الجامعية . 1988 . ص29

² العبيدي، علي هادي: الحقوق العينية. مرجع سبق ذكره . ص247

³ أنظر المادة (1209) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سبق ذكره. ص201. العمروسي، أنور : مرجع سبق ذكره . ص229-230

⁴ أنظر المادة (1215) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. طلبه، أنور: مرجع سبق ذكره . ص256. أنظر أيضاً المادة (1124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012. أنظر أيضاً المواد (991-995) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

الفرع الثاني: صور حق الانتفاع على المال الشائع

لقد بينت التشريعات القانونية ذات الصلة بأن محل حق الانتفاع يمكن أن يكون مالاً عقارياً كالمنازل والأراضي والمحال التجارية وغيرها، أو أن يكون مالاً منقولاً كالسيارات والمعدات والأسهم والسندات وسائر القيم التي تشكل محلاً مادياً لحاملها¹، وكذلك الأمر يمكن أن يكون محلاً لحق الانتفاع حق المؤلف وحق الاختراع وسائر الحقوق الشخصية، وسائر القيم التي تشكل محلاً مادياً لغير الحامل²، ويمكن أن يكون محل حق الانتفاع مجموع من المال كالتركات.³

وما يهمننا في ذلك هو فيما يتعلق بوقوع حق الانتفاع على الأموال العقارية كالمنازل والأراضي والأموال المنقولة كالسيارات والآلات، فإذا كان الشيء المنتفع به دار مؤجرة لمدة سنتين، وبدأ الانتفاع بعد مضي سنة من الإيجار، فلا يستحق المنتفع إلا أجره السنة الثانية فقط، أما أجره السنة الأولى فتكون من حق المالك، كما أنه إذا بدأ الانتفاع والإيجار في نفس الوقت وكان الانتفاع محدوداً بسنة واحدة فقط ففي هذه الحالة يستحق المنتفع أجره السنة الأولى فقط دون الثانية⁴.

وإذا كانت الأرض المنتفع بها مزروعة قبل بدء الانتفاع وكان الاتفاق على بقاء الانتفاع لمدة سنتين مثلاً، ففي هذه الحالة تحسب المدة التي بقيت فيها الأرض مزروعة وهي على سبيل المثال سنة واحدة، فيأخذ المالك جزءاً من المحصول بنسبة السنة التي بقيت فيها الأرض مزروعة، ويأخذ المنتفع جزءاً من المحصول بنسبة السنة المتبقية للانتفاع، على أن يتحمل نفقات الزراعة والحصاد بنفس النسبة،

¹ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج9. مرجع سبق ذكره . ص1207. الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية "دراسة في القانون اللبناني والقانوني المصري". بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1982.

ص643. العمروسي، أنور : الملكية وأسباب كسبها. مرجع سبق ذكره. ص327-329

² هارون، محمد صبري: أحكام الأسواق المالية : (الأسهم والسندات) : ضوابط الإنتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي. بدون طبعة. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 1999. ص111. المصاروة، سيف ابراهيم: تداول الأوراق المالية والحماية الجزائية "دراسة مقارنة". ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012. ص70-71. الزروقي، عبد المجيد: الأموال " الحقوق العينية الأصلية " . ط2. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2018. ص 201

³ السنهوري، عبد الرزاق : شرح القانون المدني ج9. مرجع سبق ذكره . ص1207-1208. طلبة، أنور : عقد الإيجار . مرجع سبق ذكره . ص173. حمزة، محمود جلال : التبسيط في شرح القانون المدني الأردني ج5 : الحقوق العينية الأصلية . ط1. الأردن: دار الحامد للنشر . 1998 . ص56.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق: شرح القانون المدني ج9 . مرجع سبق ذكره . ص1225. الكزبري، مأمون: القانون المدني " الحقوق العينية : تقسيم الأشياء والأموال، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية " . بدون طبعة . دمشق: مطبعة الجامعة السورية. 1959. ص489

أما إذا حصل العكس، بأن قام المنتفع بزراعة الأرض المنتفع بها وانتهى حقه في الانتفاع دون قطف الثمار أي بقيت الثمار قائمة، ففي هذه الحالة تترك الأرض للمنتفع أو لورثته بأجرة المثل حتى ينضج الثمر ويقوم بحصاده.¹

والأصل أن من حق جميع الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كلٌّ بحسب نصيبه في هذا المال، فإذا كان حق الانتفاع المترتب لشريكين قد وقع على منزل فيه غرفتان، كان لكل منهما الحق في استغلال غرفة واحدة، ولا يكون واجباً على كل واحد منهما أن يدفع للآخر أجرة المثل.²

ولو غرس شريك شائع الأرض الشائعة بدون إذن من شركائه، فإن المغروسات تكون ملحقة بالأرض وتابعة لها وبالتالي تصبح مشاعة أيضاً ويكون الانتفاع بها من جملة الانتفاع بالأرض ككل، على أنه يحق للشريك الغارس مطالبة الشركاء بالنفقات المدفوعة.³

ولو تصرف المنتفع بحقه في الانتفاع بالعمارة الشائع بالبيع أو بالهبة أو بتنظيم حق عيني كالرهن، أو بأي تصرف يترتب عليه نقل الملكية وغيره من التصرفات، فإن جميع تصرفاته تكون مقيدة بمدة حق الانتفاع، وذلك لأن حق الانتفاع يبقى بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع، ويسقط بموته لا بموت المتصرف له، وبناء على ذلك نرى بأن تنازل المنتفع عن حقه في الانتفاع لا يؤثر على التزاماته تجاه مالك العين المنتفع بها ولا على حقوق الغير.⁴

¹ أنظر المادة (1216) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. العبيدي، علي هادي: **الحقوق العينية " الحقوق المتفرعة عن حق الملكية "** . مرجع سبق ذكره . ص 251-252. أنظر أيضاً المادة (1) من قانون الزراعة والأراضي الزراعية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2003، المنشور في الصفحة 23 من العدد 47 من جريدة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 30-10-2003.

² راجع حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية في التصرف واستغلال المال الشائع . <http://iraqcas.hjc.iq:8080> تاريخ الزيارة 2019/12/30 الساعة 18.46

³ الحميري، حسن حسين جواد : الانتفاع بالمال الشائع . <https://www.mohamah.net/law/%D9%87%D9%84-%D9%8A%D9%85%D9%83%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D9%81%D8%A7%D8%B9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A7%D8%A6%D8%B9%D8%9F> تاريخ الزيارة 2019/12/30 الساعة

⁴ أنظر المادة (1218) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. العبيدي، علي هادي: **الحقوق العينية** . مرجع سبق ذكره . ص 201

أما إذا ورد حق الانتفاع على مال منقول كان من حق المنتفع أن يستعمل هذا المال استعمالاً يليق بالغرض الذي أنشأ من أجله، فإذا كانت سيارة مثلاً كان استعماله لها بركوبها وقيادتها ونحو ذلك من سُبُل الاستعمال المقررة له قانوناً¹، وله كذلك أن يتصرف بهذا المال التصرف المعتاد، وأن يستغله الاستغلال الكامل من خلال الحصول على نتاجه، فإذا كان المال المُنتَفَع به أشجار مثمرة مثلاً كان من حق المنتفع أن يستغل هذه الأشجار بالحصول على ثمارها وذلك طيلة مدة انتفاعه بها²، وله بالمقابل أن يتصرف بحقه في الشيء المنتفع به، وذلك بأن يقوم ببيعه أو هبته أو رهنه وما إلى ذلك من أوجه التصرف وذلك طيلة مدة الانتفاع المقررة للمنتفع قانوناً³، وهو الأمر الذي اتفقت عليه كافة التشريعات الواردة في هذه الدراسة⁴.

ويجوز أن تكون الأشياء غير المادية كالأسهم والسندات محلاً لحق الانتفاع، فهذه القيم قد اكتسبت في الوقت الحاضر أهمية كبيرة من ناحية أن التعامل بها يحقق منفعة اقتصادية للمنتفع فلا يوجد ما يحول دون السماح بالانتفاع بها⁵، وفي هذه الحالة يتمكن المنتفع من الانتفاع بهذه القيم طيلة مدة الانتفاع المقررة والمتفق عليها، على أنه يجوز للمنتفع أن يملكها بناء على الاتفاق وبعد انتهاء مدة الانتفاع المقررة⁶، وذلك عن طريق قيام المنتفع بقيد هذه القيم في السجل الخاص بسوق الأوراق المالية وذلك بمراعاة الأنظمة المعمول بها لانتقال ملكية الأسهم والسندات⁷، وفي هذا الإطار يصح أن يرد حق الانتفاع على حق انتفاع آخر وذلك بوروده على دين فإنه يكون للمنتفع الحق في الحصول على

¹ العبيدي، علي هادي : مرجع سبق ذكره . ص250. السهوري، عبد الرزاق: شرح القانون المدني ج 9 . مرجع سبق ذكره . ص1224-1226.

² العمروسي، أنور : مرجع سبق ذكره . ص329-330 .

³ عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن : الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية " حق الانتفاع - حق الحكر - حق الارتفاق " . ط1. القاهرة : دار النهضة العربية . 2010 . ص300.

⁴ نصت المادة (457) من مجلة الأحكام العدلية على : " يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْمُنْفَعَةُ مُمَكِّنَةً الْحُصُولِ عَلَيْهَا وَالتَّعَامُلِ بِهَا وَالاستفادة منها، وَبِنَاءٍ عَلَيْهِ لَا يَصَحُّ إِجْبَارُ الدَّائِبَةِ الصَّارَّةِ " . أنظر في ذلك أيضاً اللبناني، سليم رستم باز : مرجع سبق ذكره. ص255-256. القضاة، عمار محمد : مرجع سبق ذكره . ص708-709. البرلسي، رياض مصطفى: الفرق بين عقد الايجار وحق الانتفاع. مجلة المقاولون العرب. القاهرة : عدد شهري أبريل ومايو . 2015 . ص90.

⁵ أنظر المادة (1210) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁶ هارون، محمد صبري: أحكام الأسواق المالية : (الأسهم والسندات) : ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي . ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع . 1999 . ص211

⁷ المصاروة، سيف ابراهيم : مرجع سبق ذكره . ص35

فوائد هذا الدين وينقضي انتفاعه بزوال ذلك الدين، ولكن إذا استُجِّقَ الدين قبل الميعاد المعين للوفاء فإنه يكون للمنتفع الحق في الانتفاع لغاية إنتهاء الميعاد المعين.¹

وقد أقرّ المشرع الأردني ما يُعرَفُ بشبه حق الانتفاع، وهو الذي يرد على الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها كالنقود مثلاً، ونجد في ذلك أنه للمنتفع أن يستهلك الشيء المنتفع به وأن ينتفع به، وأن يرده الى مالكه بعد انتهاء فترة حق الانتفاع، وأنه يكون ضامناً اذا ما هلك الشيء في يده قبل الانتفاع أو أثناء انتفاعه به ولو حصل ذلك من غير تعدي أو تقصير منه.²

وبما أن القانون المدني قد أوضح أن الشركاء على الشيوع يملكون حصصاً متساوية فيما بينهم ما لم يعم الدليل على غير ذلك، فإن من حق كل شريك منهم أن ينتفع بحصته على النحو الذي يريد بأن يستعملها ويستغلها وأن يتمكن من التصرف بها بعد القسمة أو بعد تمام اجراءات فرز ونقل الملكية، وبذلك فإن حق الانتفاع يعتبر حقاً من الحقوق الكامنة للشركاء في المال الشائع.

وتجدر الاشارة إلى أنّ القوانين محل الدراسة لم تتطرق للحديث عن الأحكام الخاصة بتنظيم حق انتفاع على المال الشائع، سواء من أحد الشركاء، أو منهم جميعاً، وعليه فإنه وبالرجوع الى القواعد العامّة نرى أنه ولما كان للشركاء على الشيوع وبالإجماع أن يتصرفوا بالعقار الشائع بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية، فلهم بذلك أيضاً أن يرتبوا وبالاتفاق حقاً أو أكثر من الحقوق العينية الأصلية (والتي سبق الاشارة إليها) كحق الانتفاع على كل المال الشائع أو على جزء معيّن منه، فاذا رتب الشركاء حق انتفاع لصالح شريك آخر في نفس المال، كان بذلك مالكاً لحق الانتفاع ومالكاً للمال المتعلق به حق الانتفاع بقدر حصته، أما اذا رتب الشركاء حق انتفاع لصالح شخص أجنبي، عندئذ

¹ سميرة، برنو : حق الانتفاع في القانون الجزائري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة العقيد آكلي محند أولحاج. البويرة. الجزائر . 2018. ص25

² أنظر المادة (1214) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. تتقابل هذه المادة مع المادة (2/992) من التقنين المدني المصري والتي تنص على : " وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع ، وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ ". أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (118) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876.

يحتفظ الشركاء بملكية المال، ولا يكون للأجنبي سوى التمتع بحق الانتفاع لوحده دون بسط سيطرته على أساس أنه مالك¹.

لكن يُستثنى من ذلك أنه لا يجوز للشريك في حالة الخلط والاختلاط القيام بالتصرف في الحصة الشائعة إلا بموافقة جميع الشركاء، اذ تنص المادة (1088) من مجلة الأحكام العدلية على: " لأحد الشريكين إن شاء بئع حصته إلى شريكه إن شاء باعها لآخر بدون إذن شريكه، أمّا في صورة خلط الأموال واختلاطها فلا يسوغ لأحد الشريكين أن يبيع حصته في الأموال المشتركة المخلوطة أو المختلطة بدون إذن شريكه ".

والملاحظ أنّ من حق الشريك على الشيوع أن يقوم بتنظيم حق انتفاع على حصته الشائعة، حيث يكون له كمنتفع استعمال واستغلال وإدارة هذه الحصة مع باقي الشركاء، ويكون من حقه أيضاً التمتع بجميع الحقوق التي يخولها له حق الانتفاع، لكن بشكل يتناسب وطبيعة الحصة الشائعة محل الانتفاع، وحالة الشيوع القائمة، فإذا حدثت قسمة لذلك المال ولم ينتهي حق الانتفاع، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفرد الذي وقع في نصيب الشريك الذي رتب حق الانتفاع.²

المطلب الثاني: تنظيم حق ارتفاق على المال الشائع

الفرع الاول: طبيعة حق الارتفاق

يعتبر هذا الحق من الحقوق المجردة التي تنشأ من جزاء استعمال العقار، فهو يمثل حق ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر، على أن هذا الحق يمكن أن يُكتسب بالإذن أو بالتصرف القانوني أو بالميراث، وتُكتسب بالتقادم باقي الحقوق المجردة الظاهرة وهي المرور والمجرى والمسيل الا اذا ثبت أن الحق غير مشروع فانه يتعين رفع ضرره مهما بلغ قَدْمُهُ³، وبحيث أن هذا الحق يحد

¹ أنظر المادة (1/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وكذلك المادة (1/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² أنظر المادة (2/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وكذلك المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. أنظر في ذلك أيضاً سعد، نبيل ابراهيم: الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني. القاهرة : دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع . 1995 . ص 260-261

³ أنظر المواد (1271-1272) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، وتتقابل هذه المواد مع المادة (1153) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال.¹

وحق الارتفاق هو حق تملك لمنفعة بين عقارين، تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتهما، بحيث أنّ مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع ، وهو في الوقت ذاته منفعة منتقصة من ملكية العقار المُرتَقِّق به (الخادم) لمصلحة العقار المُرتَقِّق (المخدوم) على الدوام، فلو اجتمعت ملكية العقارين (الخادم والمخدوم) في شخص واحد، فإنهما يصبحان بحكم العقار الواحد، وعندها يختفي حق الارتفاق، على أنه يمكن أن يعود إلى الظهور والاعتبار مجدداً إذا تنازل هذا المالك عن أحد هذين العقارين لمالك جديد، أو إذا تنازل عن كل منهما إلى شخصين مختلفين، وهو ما عبّر عنه المشرع الأردني بالقول أنه إذا أنشأ مالك عقارين منفصلين حقاً مجرداً ظاهراً بينهما بقي الحق إذا انتقل أحد العقارين أو كلاهما إلى أيدي ملاك آخرين دون تغيير في حالتها ما لم يتفق على غير ذلك²، وبذلك نجد أن حق الارتفاق لا يرد إلا على عقار، وذلك على عكس حق الانتفاع الذي يمكن أن يرد على عقار، ويمكن أن يرد على منقول، فاستعمال حق الارتفاق يكون عن طريق القيام بأعمال مادية، وهذه الأعمال لا تثبت للمنقولات إنما فقط للعقارات، وليست جميع العقارات، بل فقط العقارات بطبيعتها كالأراضي والجبال.³

¹ أنظر المادة (1015) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² أنظر المادة (1275) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. وتتقابل هذه المادة مع المادة (2/1017) من التقنين المدني المصري والتي نصت على : " ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن مالك العقارين المنفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين، ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتها عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك.

³ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج9. مرجع سبق ذكره . ص1285

الفرع الثاني: صور حق الارتفاق على المال الشائع

اتفقت التشريعات القانونية محل الدراسة على أن حقوق الارتفاق التي قررها القانون هي أربع، حق المرور، حق الشرب، حق المجرى، وحق المسيل.

أولاً: حق المرور:

عرّفت المجلة حق المرور بأنه: " حق المشي في ملك الغير"¹، وبين المشرع الأردني أنه إذا ثبت لأحد حق المرور في أرض مملوكة لغيره فليس لصاحبها منعه الا اذا كان مروره عملاً من أعمال التسامح²، مع ملاحظة أنه لم يرد نص خاص في التشريع المصري يقوم على النص على هذا الحق، وعلى ذلك فإنه ينبغي علينا الرجوع الى آراء الفقهاء فيما يخص هذا الحق.

فإذا ثبت حق المرور لشخص في أرض شائعة مملوكة لشخصين أو أكثر، فبينت المجلة أنه إذا كان لأحدهم حق المرور في هذه الأرض وصولاً لمنزله أو بستانه أو أرضه، فليس لأصحابها منع هذا الشخص من ممارسة حقه في المرور والعبور من هذه الأرض، فإذا أنكر أصحاب الأرض أو صاحبها حق المرور لذلك الشخص، فالقول قوله مع تحليفه اليمين، وعليه فإنه يتوجب على مدّعي حق المرور أن يثبت حقه في ذلك بالأوجه المقررة له قانوناً.³

وهو ما نقله الحافظ ابن حجر عن ابن المنير قوله: "وجه دخول هذه الترجمة في الفقه التنبية على إمكان اجتماع الحقوق في العين الواحدة المشتركة، هذا له الملك وهذا له الانتفاع".⁴

أما المشرع الأردني فبين في ذلك أنه لصاحب العقار الذي لا يتصل بالطريق العام أو ان وصوله اليه يتم بنفقة باهظة او مشقة كبيرة حق المرور في الارض المجاورة بالقدر المألوف لقاء مقابل عادل، على أن هذا الحق لا يقوم إلا في موضع يتحقق فيه نفعه ويقل ضرره.⁵

¹ أنظر المادة (142) من مجلة الاحكام العدلية . 1999.

² أنظر المادة (1289) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . ص241.

⁴ مختصر أحكام المعاملات الشرعية المعاصرة . ص32-33.

⁵ أنظر المادة (1290) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

فيتين من ذلك أن المشرع الأردني قد منح حق المرور لمن لا يستطيع الدخول الى أرضه إلا من خلال مروره بأرض غيره المملوكة لشخص أو أكثر، أي أن أرضه تعتبر بمثابة أنها معزولة عن الطريق العام، على أن هذا الحق يعتبر من القيود القانونية المفروضة على ملكية الأراضي المحاذية للطريق العام، فهو يثبت بحكم القانون لمالك الأرض المعزولة كلياً أو جزئياً عن الطريق العام، وبدون أدنى تدخل من مالكيها لقيام هذا العزل.¹

ولقد اتفق المشرع المصري مع البقية باعتبار أن حق المرور يثبت لصاحب الأرض التي تكون أرضه معزولة عن الطريق العام، بحيث لا يمر له إلا من أرض جاره المملوكة لشخص أو أكثر، وأنه لا يحق للملاك على الشيوخ أو أحدهم أن يمنع ذلك الشخص من المرور في أرضهم للدخول إلى أرضه²، مع القول أن هذا الحق يبقى قائماً طالما كانت الأرض معزولة عن الطريق العام كلياً أو جزئياً، فإذا زال العزل أي أصبحت الأرض مطلة على شارع عام وأصبح بإمكان صاحب الأرض أن يدخل إليها بسهولة، فإن حق المرور عندئذ يفقد السبب في بقاءه ثم يزول بشكل كامل.³

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد بينوا أن المقصود بهذا الأمر هو الطريق الخاص لجماعة معينين، فهي مشتركة بينهم، وإن كان لغيرهم حق المرور فيها للحاجة، ولذلك لا يجوز لهم سدها أو بيعها وإن كانت في الأصل ملكاً لهم، كما لا يجوز لأحد منهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الشركاء جميعاً.⁴

ثانياً: حق الشرب:

عرفت المجلة حق الشرب بأنه : " نصيب معين معلوم من النهر"⁵ وبيّنت كذلك أنه " نوبة الانتفاع لسقي الزرع والحيوان"⁶، وحق الارتفاق بالشرب هو حق متفق عليه بين الفقهاء، وهو يختلف بحسب أنواع المياه التي ينتفع بها العقار، من مياه الأنهار الكبيرة والصغيرة ومياه الآبار والعيون والسيول

¹ العبيدي، علي هادي : مرجع سبق ذكره . ص239-240.

² أنظر المادة (1/812) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

³ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج9. مرجع سبق ذكره . ص1314.

⁴ السحيباني، عبد الله بن عمر : حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة . بدون طبعة . السعودية : بدون دار نشر . 2018 . ص22.

⁵ أنظر المادة (143) من مجلة الأحكام العدلية . 1876.

⁶ أنظر المادة (1262) من ذات المجلة.

وغيرها، وأن مقدار حق الشرب هو حد الإرواء، لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله، وهو يختلف باختلاف الأرضين، وما فيها من شجر ونبت، ووقت الشرب صيفاً وشتاءً، وحال الماء في استمراره واقطاعه، ولهذا فالمعتبر في حق الشرب هو قدر الكفاية، والكفاية معتبرة بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة.¹ أما المشرع الأردني فأوضح في ذلك أن حق الشرب نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الغرس²، وقد بين في ذلك أنه ليس لأحد الشركاء في النهر أو الجدول المشترك أن يشق منه جدولاً آخر إلا بإذن باقي الشركاء³، وأنه إذا لم يتفق اصحاب حق الشرب على القيام بالإصلاحات الضرورية للنهر المشترك جاز الزامهم بها بنسبة حصصهم بناء على طلب أي واحد منهم، وهو الأمر الذي نصّ عليه المشرع المصري أيضاً.⁴

ثالثاً: حق المجرى:

بيّنت الأحكام الفقهية أن حق المجرى مرتبط في أساسه بحق الشرب، فالشرب هو النصيب من الماء من الجدول أو القناة، والمجرى هو موضعه الذي يجري فيه، إلا أنه قد ينفصل الشرب عن المجرى في حال كون الأرض التي لها النصيب واقعة على موضع الشرب من الأنهار أو العيون ونحوها⁵، وعليه نجد أن المجلة لم تضع تعريفاً واضحاً إنما وضعت بعض الأحكام الخاصة بهذا الحق.

أما فيما يتعلق بالمشرع الأردني فقد بين أن " حق المجرى هو حق مالك الأرض في جريان ماء الري في أرض غيره لتصل من موردها البعيد إلى أرضه، فإذا ثبت لأحد هذا الحق فليس لمالك الأراضي التي يملكونها على الشيوخ والتي تجري فيها هذه المياه منعه"⁶، أما المشرع المصري فأوضح في ذلك أنه يجب على مالك الأرض الوحيد أو الأرض المشتركة بين مجموعة من الملاك أن يسمح/يسمحوا

¹ السحبياني، عبد الله بن عمر : مرجع سبق ذكره . ص18

² أنظر المادة (1292) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري.

³ أنظر المادة (1295) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁴ أنظر المادة (1296) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، تتقابل هذه المادة مع المادة (811) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

⁵ الزحيلي، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته " الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها " . ط4. دمشق : دار الفكر للنشر والتوزيع . بدون سنة نشر . ص2901. زيدان، عبد الكريم : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. ط2. الاسكندرية : دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع . 2001 . ص235

⁶ أنظر المادة (1298) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً¹.

وتضيف الأحكام في هذا الصدد أنه حتى يثبت حق المجري فيجب أن يكون الشخص الذي يطلب المجري لأرضه من أرض جاره أو من القناة أو النبع بحاجة الى ري أرضه عن طريق هذا المجري، فإن استطاع تأمين طريقة لقيامه بري أرضه من بئر عام أو ما شابه ذلك سقط حقه ولا يستطيع المطالبة بهذا الحق بعد ذلك، إلا أنه يحق له على الرغم من ذلك أن يتفق مع صاحب الأرض أو الملاك مجتمعين بمقابل أو بغير مقابل أن يستعمل هذا المجري، فعندئذ يتحول هذا الحق من حق ارتفاق قانوني إلى حق مجري قانوني².

وإضافة لذلك يجب أن تكون الأرض بعيدة عن قناة الماء أو النبع لأخذ الماء منها، وألا يكون في الأرض ماء كافي لريها، وألا يؤثر استعمال حق المجري على صاحب الأرض نفسه أي ألا يؤدي ذلك الى الإضرار بصاحب الأرض وعدم تمكينه من الانتفاع بأرضه على الوجه المناسب، وعليه فإذا أدى استعمال هذا الحق الى الإضرار بصاحب الأرض، انتقت الحكمة من وجود مثل هذا الحق لأن صاحب الملك أولى بالانتفاع بملكه من غيره، على أن الضرر يجب أن يكون ضرراً جسيماً لا مجرد ضرر عادي³.

وحق المجري يختلف بحسب اختلاف مكانه والملك الذي هو فيه، فقد يكون الحق في الارتفاق بالمجري الخاص الذي يكون في عقار الغير، وقد يكون المجري مشتركاً، وقد يكون عاماً، فإذا كان مشتركاً وجب على جميع الشركاء تمكين الشخص صاحب الحق من استعمال حقه بشكل كامل طالما أنه لم يلحق ضرراً بهم، وإذا كان عاماً أي مملوكة للدولة أو تحت سلطتها، فليس لأحد أن يتصرف بها دون أخذ إذن من الدولة⁴.

¹ أنظر المادة (809) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² السنهوري، عبد الرزاق: مرجع سبق ذكره . ص1313

³ أنظر المادة (1299) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، وكذلك المادة (1023) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. الخطيب، عبد الله محمد محمود : السياسة المائية في الفكر الاقتصادي الاسلامي . ط1. الأردن :

دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع . 2020 . ص126-127

⁴ الشمراني، عدلان بن غازي بن علي : بيع العقار وتأجيله في الفقه الاسلامي "ج1" . ط1 . السعودية : شركة العبيكان للتعليم و مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر . 2016 . ص154-156.

رابعاً: حق المسيل:

عرّف المشرّع الاردني حق المسيل بأنه "طريق اسالة المياه الطبيعية أو تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة بمرورها في أرض الغير حتى وصولها الى المصرف العام"¹، وقد عرّفته المجلة بالقول على أنه " حق جريان الماء والسيل من دار إلى الخارج"²، ولم يرد في التشريع المصري ما يوضح تعريف هذا الحق.

وقد أوضحت المجلة في هذا الاطار أن محل حق المسيل أي المكان الذي يسيل إليه الماء يعتبر مملوكاً لشخص آخر غير صاحب الدار، ولصاحب الدار أو العقار حق الاسالة الى ذلك المحل فقط، ويعد حق المسيل كحق المرور من الحقوق المجردة التي تقوم بطلبها وتسقط بإسقاطها.³

وإذا كان المسيل مشتركاً أي مملوكاً لأكثر من شخص على الشيوع، كما هو الحال في المباني المشتركة أو الأراضي المشتركة، فيكون تصريف مياهها ومجاريها مشتركاً، فلكل منهم الحق في الارتفاق فيه، من غير إحداث ضرر بالآخرين.⁴

وقد قام المشرّع المصري في هذا الصدد بوضع فرضية أن الجار هو من قام بإنشاء المصرف بموجب حق المسيل الذي يملكه، فعليه أن يقوم على نفقته الخاصة بتطهير المصرف وصيانته وحفظ جسوره في حالة جيدة، فإذا قصر في ذلك وأصاب أرض المالك التي أنشأ فيها المصرف أي ضرر، كأن حدث وتلفت محصولاته الزراعية أو خفست التربة وما الى ذلك، كان على الجار صاحب حق المسيل أن يعرض المالك عن الضرر الذي أصابه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.⁵

على أن التعويض لا يكون دائماً تعويضاً نقدياً بل يمكن أن يكون عينياً، فإذا لم يقم صاحب الأرض بإجراء التطهير والصيانة اللازمة جاز لمفتش الري بناء على تقرير من صاحب الخبرة أو طلب من

¹ أنظر المادة (1302) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² أنظر المادة (144) من مجلة الأحكام العدلية . 1876.

³ حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . ص121

⁴ المرجع السابق . ص167-168. الحنفي، بدر الدين العيني : البناية في شرح الهداية . طبعة منقحة . بيروت : دار الكتب العلمية . 2011 . ص167-170

⁵ أنظر المادة (811) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. العمروسي ، أنور : الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني. مرجع سبق ذكره . ص425

ذوي الشأن، أن يكلفه بتطهير المصرف أو بإزالة كل ما يعترض سير الماء أو بعمل الصيانة اللازمة أو بإزالة المصرف بالكامل وإعادة بناؤه من جديد.¹

وبالرجوع الى نصوص القوانين السابقة محل الدراسة، فإننا نجد أنها لم تعالج بشكل مباشر الأحكام الخاصة بتنظيم حق ارتفاق على المال الشائع، وأنّ هذا الأمر يتطلب منا العودة الى القواعد العامة لتطبيقها بالشكل القانوني الصحيح.

وترى الباحثة أن جميع هذه الحقوق والتي تندرج تحت مسمى الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق تثبت لصاحبها بقوة القانون عن طريق التصرف القانوني الواقع بين مالكي العقارات المرتققة، وتثبت كذلك عن طريق الميراث، وعن طريق التقادم، وشريطة أن لا تكون هذه العقارات مملوكة لشخص واحد، فاذا ما ثبتت لأي شخص وجب على المالك الآخر أو مجموع المالك في حال كون العقار شائعاً أن يسمحوا لصاحب الحق باستعمال حقه دون منعه من ذلك وشريطة أن لا يلحق صاحب الحق ضرراً بأي واحد منهم، وهو ما تمت الإشارة إليه سابقاً.

المطلب الثالث: تنظيم حق حكر على المال الشائع

الفرع الأول: طبيعة حق الحكر:

عرّف المشرع الأردني حق الحكر بأنه " عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقاً عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفة، بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف، لقاء اجر محدود"² ، ولم تضع المجلة وكذلك المشرع المصري تعريفاً واضحاً لهذا الحق، إلا أن الفقهاء قد وضعوا تعريفاً مبسطاً لهذا النوع من الحقوق بقولهم أن حق الحكر هو " العقد الذي يتم بموجبه تأجير أراض وقفية إجارة طويلة"³.

¹ المرجع السابق . ص425-426

² أنظر المادة (1249) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ قرعوش، كايد يوسف : *حق الحكر في الاراضي الوقفية* ، مجلة علوم الشريعة والقانون . 1.مج33. 17/2006-33. ص18.

يتضح لدينا من النصوص السابقة أن عقد الحكر ينشأ بطريقتين، فهو إما أن ينشأ عن طريق العقد ويسمى (عقد الحكر أو التحكير) وهو اعطاء المحتكر حق القرار على الارض المحكرة ما دام يدفع أجره المثل ولا ينقل اليه ملكية الأرض المحكرة، وحيث أن عقد الحكر ليس من شأنه أن ينقل الى المحتكر ملكية الارض المحكرة أو حصة فيها، وإنما يعطيه حق القرار عليها ما دام يدفع أجره المثل¹، أو عن طريق التشريع القانوني من خلال النص على منح حق الحكر للأراضي الوقفية، فهو حق عيني أصلي يخول المحتكر الانتفاع بالأرض الموقوفة المحتكرة لفترة معينة من الزمن.²

وقد اختلفت التشريعات في تحديد مدة عقد الحكر، فقد أوضح المشرع الأردني أن مدة عقد الحكر لا يجوز أن تتجاوز الخمسين سنة³، بينما المشرع المصري جعل المدة تصل لستين سنة⁴.

الفرع الثاني: صور حق الحكر على المال الشائع:

يخول حق الحكر صاحبه ميّزة الانتفاع بالأرض الموقوفة استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً⁵، فيكون له أو لهم إذا كان صاحب حق الحكر أكثر من شخص أن يقيم المباني والأشجار والمزروعات فيها وتنتقل

¹ راجع في ذلك حكم محكمة استئناف القدس في الدعوى الحقوقية رقم 341 لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2019/9/16، الوارد لدى موقع <https://maqam.najah.edu/judgments/5779> تاريخ الزيارة 2020/6/2 الساعة 8.00م، العبيدي، علي هادي : الحقوق العينية. مرجع سبق ذكره . ص274

² الحويص، صالح بن سليمان بن حمد : أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي : مقارنة بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية. ط1. السعودية: المكتبة المكيّة للنشر والتوزيع. 2008 . ص54.

³ أنظر المادة (1251) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي تنص على : " لا يجوز التحكير لمدة تزيد على خمسين سنة فإذا عينت مدة تزيد على ذلك او لم تعين مدة اعتبر عقد الحكر معقوداً لمدة خمسين سنة " .

⁴ أنظر المادة (999) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي تنص على : " لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة "، عفيفي، محمد : الأوقاف والحياة الاقتصادية في مصر في فترة العهد العثماني . ط1. القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب . 1991. ص155. عميرة، هند حسن أحمد : نوازل الأراضي والعقارات الوقفية في فلسطين. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة القدس. القدس . فلسطين . 2014. ص61.

وبحسب مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 فإن مدة إجارة الوقف (الحكر) لا يجوز أن تزيد عن سنة، ثم أصبح متعارفاً عليه أن عقد الإجارة في العقارات يبرم إلى ثلاث سنوات، إلا أنه في نهاية الأمر ظهرت الإجارة الطويلة التي قد تستمر ل90 سنة. أنظر في ذلك نص المادة (1140) من المشروع.

⁵ حسين، منصور قاسم و الصلوي، منير محمد أحمد : مرجع سبق ذكره. ص17.

هذه المحدثات لورثته من بعد وفاته¹، أو أن يستعملها لغرض آخر ممن أنشأت الأرض الموقوفة من أجله، وله في مقابل ذلك أن يقوم باستغلال هذه الأرض بأن يقوم بتأجيرها أو الانتفاع منها بأي وسيلة كانت، وله كذلك حق التصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الوقف أو الوصية، وما الى ذلك من أوجه التصرف القائمة قانوناً، وإذا كنا أمام جماعة من المتصرفين، كان لهم جميعاً التصرف في الأرض واستعمالها واستغلالها، إلا أنه ليس لأحدهم حق التصرف دون أخذ اذن باقي الشركاء².

وقد بيّن المشرع الأردني أنّ على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض المحكرة صالحة للاستغلال، مراعيّاً في ذلك الشروط المتفق عليها وطبيعة الأرض والغرض الذي

أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة التي تقع بها³، وهو ذات الحكم الذي جاء به المشرع المصري والذي نص على "على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال مراعيّاً في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة"⁴، ولا يوجد نص مماثل في مجلة الأحكام العدلية.

ويلاحظ أنه عند فسخ عقد التحكير بين أطرافه أو انتهاء مدته المتفق عليها، فإنه يحق للمحكر أن يطلب ازالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمة من بينهما مستحقة الازالة أو البقاء ما لم يتفق على غير ذلك، وللمحكمة ان تقرر وسيلة الوفاء بمقابل البناء او الغراس وميعاد سداده عند عجز المحكر عن الوفاء.⁵

وترى الباحثة أن حق الحكر يقترن بشكل أساسي بالعقارات والأراضي الوقفية وليست الأراضي المملوكة أو الخاصة، وقلما نجد مالاً شائعاً خُصصَ مالاً وقفياً، ثم أنّ أية أحكام أو قواعد لم يتم النص عليها بشكل خاص ضمن نصوص القوانين محل الدراسة، فإنه يُرجع بشأنها للأحكام والقواعد العامة في هذا

¹ أنظر المادة (1/1252) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. تتقابل هذه المادة مع المادة (1001) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² العمروسي، أنور : مرجع سبق ذكره . ص339-340

³ أنظر المادة (1258) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁴ أنظر المادة (1007) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

⁵ أنظر المادة (1261) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتتقابل هذه المادة مع المادة (1010) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، ولا مقابل لذلك في مجلة الأحكام العدلية.

الشأن، حيث أن النص الخاص يقيد العام، وحيث لا يوجد نص خاص، فيتم تطبيق النص العام، والملاحظ أن نفس القواعد والأحكام العامة التي تطبق على باقي الحقوق العينية الأصلية هي ذاتها المطبقة على حق الحكر.

المبحث الثاني: تنظيم حق رهن على المال الشائع

تناقش الباحثة في هذا المبحث الأحكام المتعلقة بتنظيم حق رهن على المال الشائع، إذ أنّ حق الرهن هو من أحل الحقوق العينية التبعية التي يمكن تنظيمها على المال الشائع سواء من أحد الشركاء أو منهم جميعاً، فستتناول الباحثة في بداية الأمر الطبيعة الخاصة بحق الرهن ثم صوره وأثر تنظيم هذا الحق على الشركاء في المال الشائع، ثم لتتناول بعد ذلك وبشكل مقتضب نماذج واقعية عملية في استعمال حق الرهن وتطبيقاته على أرض الواقع وذلك في مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: طبيعة رهن المال الشائع وصوره.

المطلب الثاني: نماذج عملية في حق الرهن.

المطلب الأول: طبيعة رهن المال الشائع وصوره

تعالج الباحثة في هذا المطلب كافة الأحكام والقواعد المرتبطة برهن المال الشائع، متحدثاً في الفرع الأول عن طبيعة حق الرهن بنوعيه التأميني والحيازي كحق عيني تبعي والأثر القانوني لكل نوع على أطرافه، مع التطرق لموقف القوانين محل الدراسة منهما، ثم الحديث في الفرع الثاني عن التصرف القانوني المتعلق برهن المال الشائع كله أو جزء منه عقاراً كان أو منقولاً، رهنأً تأمينياً أو حيازياً من جميع الشركاء أو من أغلبيتهم أو حتى من شريك واحد منهم، وموقف القوانين محل الدراسة من هذا التصرف.

الفرع الأول: طبيعة حق الرهن:

عزفت مجلة الأحكام العدلية الرهن بقولها أنه " حَبَسَ مَالٍ مَحْبُوسٍ وَتَوَقَّفَهُ مُقَابِلَ حَقٍّ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْهُ وَيُسَمَّى ذَلِكَ الْمَالُ: مَرْهُونًا وَ: رَهْنًا ¹، أما المشرع الأردني فقد بين أن الرهن التأميني هو " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ²، وقد عزفه المشرع المصري بالقول أنّ الرهن التأميني هو " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، بحيث يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ³.

وبذلك يمكن القول بأن الرهن التأميني لا يقع إلا على عقار، أما الرهن الحيازي فيقع على العقارات والمنقولات، إلا أن المشرعين الأردني المصري قد أجازوا ايقاع الرهن التأميني على المنقولات اذا اقتضت القوانين الخاصة تسجيله كالسيارة مثلاً⁴.

ولعقد الرهن أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، إذ أنّ الناس قد درجوا في تعاملاتهم الماليّة على تقديم ضمانات أو تأمينات فيما بينهم وذلك بغية تقوية العلاقة المالية وعدم خسارة كل طرف لحقه من الطرف الآخر⁵.

¹ أنظر المادة (701) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 . وتجدر الملاحظة أن التعريف الوارد في هذه المادة قد جاءت مصطلحاته بشكل عام، دون التمييز بين ما اذا كان الرهن حيازياً أم تأمينياً، نظراً لاستخدام كلمة (المال) على عمومها، إلا أن ورود كلمة (حبس) في بداية المادة ، فإنها توحي بأن المقصود من الرهن في هذه الحالة هو الرهن الحيازي الذي يقوم في الأساس على حبس المال المرهون حتى انتهاء الرهن بين الدائن والمدين.

² أنظر المادة (1322) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ أنظر المادة (1030) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

⁴ أنظر المادة (1334) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. والمادة (1/1035) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وتتقابل مع هاتين المادتين المادة (1180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والساري في قطاع غزة.

⁵ الشمري، أحمد راضي كعيم : الأفضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن: دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي. بدون طبعة. القاهرة: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017. ص 17-18. عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن : المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية : حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية. 2010. ص 25.

وتنشأ التأمينات العينية الاتفاقية أي الضمانات التي يوجد لها الأطراف بين بعضهم بموجب الاتفاق بينهم في عقد الرهن، فعقد الرهن إما أن يُعقَدَ رهناً تأمينياً أو حيازياً، وهذا الاتفاق يخول صاحب الحق وهو الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون عند حلول أجل الدين المضمون وعدم قيام المدين بالوفاء به، عندها يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن هذا المال بعد بيعه في المزاد العلني باستخدام حقه في التقدم، وتتبع المال المرهون إن خرج من يد الراهن¹، فأى اتفاق بين طرفي عقد الرهن يخالف حق الدائن في التنفيذ على المرهون يعد تعديلاً لما حدده القانون من آثار متعلقة بالتنفيذ على المال المرهون، وعليه فإن الاتفاق بين طرفي عقد الرهن، الدائن المرتهن والراهن، على بيع المال المرهون بغير إجراءات البيع بالمزاد العلني أو الاتفاق على أن يمتلك الدائن المرتهن المال المرهون بثمن يعادل قيمة الدين المضمون أو أعلى منه عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون، فإن مثل هذه الاتفاقات تُعدُّ معدلة لآثار عقد الرهن المحددة قانوناً، وقد رتب القانون أحكاماً متعددة على هذه الاتفاقات، قد تصل الى بطلانها أو بطلان عقد الرهن المقترن بها، للحفاظ على غاية التأمين العيني ومصلحة طرفيه²، وهو الأمر الذي تتفق عليه التشريعات التي نحن بصددتها في هذه الدراسة. وحول هلاك المال المرهون فقد بيّنت مجلة الأحكام في ذلك أنه إذا أهلك المدين الراهن المال المرهون أو أحدث فيه عيباً لزمه الضمان، وإذا أهلكه الدائن المرتهن أو أحدث فيه عيباً سقط من الدين بمقدار قيمته، أما إذا هلك المال الرهون بيد شخص أجنبي ضمنَ قيمته يوم هلاكه، وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن³.

أما المشرع الأردني فقد بيّن في هذا السياق أنه إذا هلك المال المرهون سواء أكان عقاراً أم منقولاً قبل بيعه بالمزاد العلني، أو تعيَّب بخطأ من المدين الراهن كان للدائن المرتهن أن يطلب وفاء دينه فوراً وتقديم ضمان كاف لدينه، أما في حالة أن كان الهلاك أو التعيَّب لا يد للراهن فيه كان للمدين الخيار

¹ أنظر في ذلك رأي مجلة الأحكام في المادة (729) والتي تنص على : " حَكْمُ الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ حَبْسِ الرَّهْنِ لِجَبْنَ فِكَائِهِ وَأَنْ يَكُونَ أَحَقُّ مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ بِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنَ الرَّهْنِ إِذَا تُوْفِيَ الرَّاهِنُ " .

² محسن، منصور حاتم : *الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون "دراسة مقارنة"* . مجلة جامعة بابل . 1 مج. 21 . 1/2013-24 . ص 1

³ أنظر المواد (741-742) من مجلة الأحكام العدلية . 1876 . حيدر، علي : مرجع سبق ذكره . المجلد الثاني . ص 133-134 .

بين أن يقدم ضماناً كافياً للدين أو وفاءه قبل حلول الاجل، وفي حال أن وقعت أعمال من شأنها أن تعرّض العقار المرهون للهلاك أو التعيّب أو تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر¹.

أما المشرع المصري فأوضح في هذه الحالة أنّ حق الدائن المرتهن ينتقل الى قيمة الشيء المرهون الهالك كمبلغ تعويضي في حالة تعدي الغير على هذا الشيء، أو مبلغ تأميني في حالة التأمين على الشيء المرهون خصوصاً اذا كان عقاراً لدى شركة تأمين، أو مبلغ مقابل لنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.²

الفرع الثاني: صور حق الرهن على المال الشائع:

إنّ تطبيق أعمال الرهن على المال المملوك على الشيوع يقع في صورتين اثنتين، ولكل صورة منهما حالتها الخاصة، فهو قد يكون رهناً صادراً من جميع الشركاء للمال الشائع وقد يكون صادراً من أغليبيتهم، وقد يكون بالمقابل صادراً من شريك واحد منهم، فإذا كان الرهن صادراً من جميع الشركاء أو من غالبيتهم، فقد يكون على كل المال أو على جزء منه، وكذلك الأمر بالنسبة للرهن الصادر من أحد الشركاء، فقد يكون على كل المال أو على حصة مفرزة منه أو على حصة شائعة، وهي الأحكام التي ستعالجها الباحثة بالتفصيل.

أولاً: الرهن الصادر من جميع الشركاء للمال الشائع أو من غالبيتهم:

اذا صدر الرهن من جميع الشركاء قبل القسمة فيما بينهم فقد أوضح المشرع المصري أن ذلك التصرف يُعدّ صحيحاً نافذاً في حقهم جميعاً ويبقى معلقاً على مصير القسمة التي ستحصل فيما بينهم، فبيّن

¹ أنظر المادة (1338) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. سوار، محمد وحيد الدين: الحقوق العينية التبعية: الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز . بدون طبعة. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998. ص121.

² السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج10 " التأمينات الشخصية والعينية ". طبعة محدثة. بيروت : دار احياء التراث العربي. 2003. ص270. وقد أوضحت ذلك المادة (1056) من التقنين المدني المصري والتي نصت على: " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، وذلك بحسب مرتبة كل واحد منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد " .

في ذلك أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً فيما بينهم، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته¹.

فاذا استحق الدين المضمون بالرهن على العقار الشائع بين الشركاء، فقد أوضح المشرع الأردني والمصري أنه بإمكان الدائن المرتهن العودة عليهم جميعاً أو على أي منهم للمطالبة بدينه وأن يقوم بالتنفيذ على العقار المرهون².

أما في حال وأن تمت القسمة بين الشركاء، فيفترق المشرع المصري في هذه الحالة بين صورتين، الأولى إذا آل لكل شريك على الشئ حصص مفرزة بعد القسمة، ففي هذه الصورة يبقى الرهن ثابتاً وقائماً بالنسبة لجميع الحصص المفرزة حيث أنه لا يمكن تجزئة الرهن، أما الصورة الثانية فهي أن يقع العقار المثل بالرهن في نصيب أحد الشركاء بناء على نتيجة القسمة أو لرسو المزاد العلني عليه، فإن هذا العقار يبقى مثلاً بحق الرهن، ويتحمل الشريك الذي آل إليه العقار المرهون جميع تبعات وحيثيات هذا الرهن، على أن يعود هذا الشريك على باقي الشركاء وفقاً لأحكام الضمان في قسمة المال الشائع³، ويلاحظ أنه لم يرد في القوانين المطبقة في فلسطين أو التشريعات الأردنية ما يعالج هذه الحالات ضمن نصوصها القانونية.

¹ أنظر المادة (1039) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، ولا مقابل لهذا النص في القانون الفلسطيني والأردني. سعد، نبيل ابراهيم: التأمينات العينية والشخصية " الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، الامتياز ، الكفالة " . بدون طبعة . الاسكندرية : منشأة المعارف . 1982 . ص63-64. أبو السعود، رمضان : التأمينات الشخصية والعينية. ط1. الاسكندرية: منشأة المعارف . 1995 . ص268-269.

² عبد السلام، سعيد سعد : الوجيز في الحقوق العينية التبعية. بدون طبعة . القاهرة : مطابع الولاة الحديثة . 2004. ص452. سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سبق ذكره . ص130

³ إن مصطلح ضمان المتقاسمين يُذكر للتعبير عن الضمان في القسمة والذي يدل على ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين لكل ما يحدث لاحدهم من تعرض او استحقاق بعد القسمة، فالواجب أن يشترك باقي المتقاسمين مع الشريك الذي استحققت حصته في تحمل الحق المثقلة به، ذلك ان الشريك يعتبر وكأنه لم يحصل على حصته من القسمة او انه قد حصل على نصيبه ناقصاً من دون سائر شركائه الاخرين فكان من العدل ان يعوض عن ذلك، والتعرض بعد القسمة فيعرف بانه ادعاء الغير ملكية الحصّة التي وقعت في نصيب احد الشركاء او بادعائه حقاً عينياً عليها، او بانه ادعاء الغير حقاً في المال الذي آل الى المتقاسم بسبب القسمة ومثال ذلك ان يتبين ان المال المقسوم لم يكن مملوكاً للشركاء فالتعرض في مثل تلك الحالة سينذر بوجود استحقاق محتمل لنصيب المتقاسم، فيتشارك جميع الشركاء ضمان التعرض والاستحقاق الذي سيلحق بحصّة شريكهم التي آلت اليه بعد القسمة. البدرابي، عبد المنعم: الحقوق العينية الأصلية . ط2 القاهرة: مطابع دار الكتاب العربي. 1956 ص194-

وقد أعطى المشرع المصري الأهمية للرهن الصادر من جميع الشركاء بحيث أن لهذا التصرف أثره في مواجهة الشريك الذي آل إليه كل العقار المرهون سواء بمقتضى القسمة أو البيع بالمزاد، ويطبق الحكم الصادر أيضاً في حالة بيع العقار المرهون لعدم امكانية قسمته بين الشركاء، فإذا وقع العقار المبيع لأحد الشركاء فإنه ينتقل إليه مرهوناً وكذلك الأمر بالنسبة لحالة البيع لأجنبي.¹

وأما الرهن الصادر من قبل غالبية الشركاء على الشيوع، فقد بين الفقه المصري أنه يأخذ نفس حكم الرهن الصادر منهم جميعاً، بحيث يكون نافذاً في حقهم جميعاً قبل القسمة أو بعدها ومهما كانت نتيجتها، وبحيث أن العقار الشائع المثقل بالرهن ينتقل الى الشريك الذي وقع في نصيبه بعد القسمة، فيكون واجباً عليه تحمل العقار المرهون بشكل كامل، وحيث أن التصرف الصادر من الأغلبية يُقدّم على التصرف الصادر من الشريك بشكل منفرد، خصوصاً في الحالة التي يقع في نصيب الشريك مجموعة من الأشياء والأموال غير التي رهنها أثناء الشيوع²، وتجدر الملاحظة أنه اذا صدر الرهن من غالبية الشركاء وتوفوا جميعاً أو توفي بعضهم، انتقل العقار مرهوناً الى الورثة، حيث يسري الرهن في مواجهة الشركاء جميعهم أو بعضهم ممن وقع منه الرهن، وفي مواجهة خلفهم العام ودائنيهم.³

وحيث أن الرهن الصادر من غالبية الشركاء يكون صحيحاً في حق الشركاء الذين أبرموه، ولكنه يكون غير نافذ في حق الأقلية التي اعترضت عليه فقط، ذلك لأن إلغاء القرار هنا لحماية الأقلية التي اعترضت عليه فلا يجوز لغيرهم ان يستفيدوا منه في حال وجود مثل هكذا اعتراض.⁴

وبما أنه لم يرد في القوانين المطبقة في فلسطين وفي التشريعات الأردنية أية قواعد وأحكام خاصة برهن المال الشائع من قبل جميع الشركاء أو معظمهم، فتحيل الباحثة هذا الموضوع للأحكام العامة،

195. أبو العلا، مروة: مفهوم وشروط ضمان المتقاسمين في قسمة المال الشائع فقهاً وقانوناً. بدون طبعة . القاهرة: بدون دار نشر 2018 . ص23.

¹ البدرابي، عبد المنعم : مرجع سبق ذكره . ص199.

² زهران، همام محمد محمود: التأمينات العينية والشخصية " باب التأمينات العينية " . ط1. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1997. ص103-105

³ تناغو، سمير عبد السيد : التأمينات الشخصية والعينية "الكفالة" ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز". بدون طبعة . الاسكندرية: منشأة المعارف. 1996. ص188

⁴ كامل، سمير : ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري . رسالة دكتوراه منشورة . جامعة عين شمس. مصر . القاهرة . 1978. ص123.

والتي تقضي بأن الغالب في الرهون هو الرهن الحيازي، الذي يقوم على حيازة الدائن المرتهن للمال الرهون والذي غالباً ما يكون منقولاً¹، ويمكن أن يكون عقاراً، حيث تكون حيازته في هذه الحالة، بوضع اشارة على الصك الخاص بهذا العقار لدى الدائرة المختصة تفيد بأنه قيد الرهن.²

وبشكل عام، فإن حق الدائن المرتهن سواء في الرهن التأميني أو الحيازي، ينتقل إلى قيمة العقار المرهون كضمان للدين، وذلك في حالة تعدي الغير على ذلك العقار أو مبلغ التأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين.³

ثانياً: الرهن الصادر من شريك واحد من الشركاء :

قد نكون في هذا الاطار أمام تصرف فردي صادر عن أحد الشركاء على المال الشائع، فقد يكون ذلك التصرف منصباً على كل المال أو على حصة شائعة منه أو على حصة مفترزة.

أ- رهن الشريك لكل المال الشائع:

فإذا رهن أحد الشركاء كل المال الشائع فإن الفقه المصري يرى أنه لا يجوز بشكل عام أن يتصرف أحد الشركاء بجميع المال الشائع لوحده دون أخذ اذن من الباقيين، وذلك احتراماً لحقوقهم في هذا المال⁴، إلا أنه وفي حالة حدوث مثل هذا التصرف فإن الرهن الحاصل لا يُعد نافذاً في مواجهة باقي الشركاء قبل القسمة، بحيث يكون لهم الحق في رفع دعوى الاستحقاق للمطالبة بحقهم في المال الذي وقع التصرف فيه، أما بعد القسمة فنفرق بين حالتين، الأولى أنه اذا وقع العقار كله في نصيب الشريك الراهن، فيعتبر الشريك بمثابة متصرف في ماله ويعد رهنه صحيحاً منتجاً لآثاره تجاهه، والثانية أنه

¹ كرمي، نزار: الانقضاء الأصلي لرهن المنقول. بدون طبعة . تونس : مجمع الأطرش للكتاب المختص . 2015 . ص12-13.

² أنظر المادة (1323) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. والمادة (1/1033) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (1/1170) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

³ النجار، فريد : الاستثمار والتمويل والرهن العقاري: الاقتصاديات - المخاطر - اعادة الهيكلة . بدون طبعة . الاسكندرية: الدار الجامعية للنشر والتوزيع . 2009 . ص315

⁴ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج10. مرجع سبق ذكره. ص760-762. البكري، محمد عزمي : مرجع سبق ذكره . ص110. البشير، محمد طه : الوجيز في الحقوق العينية التبعية : دراسة مقارنة " الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز" . ط1. بغداد : مطبعة العاني . 1971. ص266

إذا وقع في نصيبه جزء من العقار المرهون، اعتبر الرهن صحيحاً في ذلك الجزء وباطلاً في الجزء الآخر، وإذا لم يقع العقار المرهون في نصيب الشريك المتصرف بل وقع غيره في نصيبه، انتقل الرهن بكل تبعاته إلى جزء من هذا العقار يعادل مقدار العقار الذي كان مرهوناً في الأصل¹، وبحيث يعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي كل ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.²

وإذا بقي المال المرهون على الشيوخ طيلة فترة الرهن الحاصل من جميع الشركاء، فإن أي تصرف سيصدر من قبيلهم جميعاً سينقل هذا المال وهو منقول بالرهن ويتبع الدائن المرتهن المال الشائع في أي يد يكون فيها، وإذا ما أراد أحد دائني الشريك في المال الشائع التنفيذ عليه فإنه يتقدم على الدائن العادي لأنه دائن مرتهن.³

ب- رهن الشريك لحصة شائعة من المال الشائع:

بيّن المشرع المصري أنه إذا قام الشريك برهن حصة شائعة من المال المملوك على الشيوخ مع باقي الشركاء، فإنّ هذا التصرف يعتبر تصرفاً صحيحاً لأنه قد صدر من مالك⁴، على اعتبار أنّ كل مالك على الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها تصرف المالك، إلا أنّ مصير الرهن الحاصل يبقى معلقاً على القسمة بين الشركاء، فإذا ما بقي الشيوخ قائماً أي قبل أن تتم القسمة وحلّ أجل الدين، فللدائن في هذه الحالة أن ينفذ على حصة الشريك الشائعة والمرهونة له في الأساس بحيث يقوم بطرحها للبيع في المزاد العلني، ويحدث أن يصبح المشتري الجديد شريكاً جديداً في الشيوخ مع باقي الشركاء السابقين.⁵

¹ زهران: همام محمد محمود: مرجع سبق ذكره . ص110. تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سبق ذكره . ص190. أبو السعود،

رمضان: مرجع سبق ذكره . ص275-276. سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سبق ذكره . ص67-68

² أنظر المادة (2/1039) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1976.

³ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج10. مرجع سبق ذكره . ص323-324

⁴ أنظر المادة (2/1032) والمادة (1/1033) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 . الصدة، عبد المنعم فرج:

الحقوق العينية الأصلية . ط1 . بيروت: دار النهضة العربية . 1982 . ص159-160

⁵ سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سبق ذكره . ص65.

وأما إذا تمت القسمة بين الشركاء قبل أن ينفذ الدائن المرتهن على الحصة المرهونة، فننظر هنا الى نتيجة القسمة، فاذا اختص الشريك الراهن بحصة من العقار المرهون تعادل الحصة المرهونة، فإنّ الرهن يثبت في هذا الجزء المفرز ويكون صحيحاً، مع ملاحظة أنّ حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بموجب قواعد الحلول العيني أي بمعنى حلول الجزء المفرز محل الحصة الشائعة وليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها، وذلك على اعتبار أن القسمة وردت على الملكية وليس على حق الرهن نفسه¹، وقد كان للمشرع الأردني ذات الحكم الذي أوضح أنّ للشريك في عقار شائع ان يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل.² وإذا اختص الشريك الراهن بالعقار كله، أو بالجزء الأكبر منه، فإنّ الرهن يبقى في حدود الحصة التي تم رهنها في الأصل³، أما اذا وقع في نصيب الراهن عقارات أخرى أو ما شابه ذلك انتقل الرهن بكافة أساساته الى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة التي كانت مرهونة، ويحدد القدر بتقدير من المحكمة وذلك بناء على طلب من الدائن⁴.

وإذا لم يقع في نصيب المدين الراهن أي شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات، إنما وقع في نصيبه مال منقول، فإنّ المشرع الأردني أوجب في هذه الحالة أن ينتقل الرهن الى هذا المال بصفته رهنأ حيازياً لا رهنأ تأمينياً، وذلك باعتبار أن الرهن التأميني لا يسري إلا على العقارات ولا ينطبق على المنقولات⁵، وقد بيّن أيضاً المشرع المصري أن الرهن ينتقل الى هذا المال بصفته رهنأ حيازياً لا رسمياً وذلك على اعتبار أنّ الرهن الرسمي لا يسري إلا على العقارات.⁶

¹ الوكيل، شمس الدين : نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ج1. ط1. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 1959. ص170.

² أنظر المادة (1/1331) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سبق ذكره . ص66

⁴ تتاغو، سمير عبد السيد: مرجع سبق ذكره . ص195. زهران، همام محمد محمود : مرجع سبق ذكره . ص114-115. أنظر في ذلك أيضاً نص المادة (2/1039) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (2/1176) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

⁵ أنظر المادة (1329) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁶ أنظر المادة (1/1035) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

وإذا اختص الشريك الراهن بأموال ليست من العقارات ولا المنقولات، أي اختص بمبلغ معين من المال، فإنّ للدائن المرتهن في هذه الحالة وفي حالة أن كان دينه قد استحق دفعه، أن يستوفي حقه كاملاً بأن يتقدم على غيره بموجب حقه في الرهن، أما إذا لم يكن دينه قد استحق دفعه أي لم يحن موعد استحقاقه بعد، فإنّ للدائن المرتهن أن يطلب ايداع المبلغ مع استغلاله بالاتفاق مع الشريك الراهن حتى يحل موعد دفع الدين.¹

ج) رهن الشريك لحصة مفرزة من المال الشائع:-

يملك الشركاء في المال الشائع حصصاً مماثلة لبعضهم البعض، فلا أحد يتعدى بنسبة حصته على آخر، فلكل منهم حصة تعادل حصة غيره من الشركاء، بحيث يكون كل شريك منهم مالكاً لهذا المال مع باقي الشركاء بكل قطعة وجزء فيه كان صغيراً أم كبيراً، وذلك دون أن يختص كل شريك بجزء مفرز أو معين من المال الشائع، وهذا كله قبل القسمة، أما بعد حدوث القسمة فإن كل شريك سوف تختص حصته الشائعة في جزء معين من المال الشائع، ويختص به وحده دون باقي الشركاء فيصبح مالكا ملكية مفرزة لحصته الشائعة، وعلى ذلك فإن الرهن الذي يجريه أحد الشركاء على جزء مفرز من هذا المال، يعتبر غير نافذ تجاه الشركاء الآخرين، وباستطاعتهم أن يتمسكوا بهذا الحق في الجزء المفرز تجاه الدائن وتجاه الشريك نفسه، وذلك باعتبار أن هذا الجزء المفرز يعتبر شائعاً بينهم جميعاً وذلك عن طريق رفع دعوى الاستحقاق²، وبالنتيجة سوف يتوقف مصير هذا الرهن على نتيجة القسمة.³

ولكن بالمقابل فإنّ الرهن يعتبر صحيحاً بين أطرافه، فإذا كان الدائن المرتهن حسن النية ولا يعلم بأن الجزء المرهون له مملوك على الشيوع فإنه يستطيع ابطال عقد الرهن بناء على الغلط، أما ان كان

¹ طلبية، أنور : مرجع سبق ذكره. ص73-74

² الشمري، وسيم جبار ابراهيم: رهن الحصة الشائعة . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. 4.مج1. 2015. 483-513. ص496. أنظر في ذلك نص المادة (2/1042) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي تنص على : " وإذا كان الراهن غير المدين، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالمدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين " . وهو ما يُعبّر عن حالة الشركاء في مواجهة المتصرف إليه.

³ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج10. مرجع سبق ذكره . ص767-768

سيء النية ويعلم بوجود حالة الشبوع، فلا يستطيع عندئذ ابطال الرهن الحاصل، إلا أنه يكون من حقه الانتظار لحين حصول القسمة بين الشركاء المشتاعين.¹

فإذا وقع بعد القسمة الجزء المرهون في نصيب الشريك الراهن، نفذ الرهن في حقه وكان صحيحاً ومعتبراً، أما اذا وقع الجزء المرهون في نصيب شريك آخر، لم ينفذ هذا التصرف في حقه، ويعتبر التصرف كأن لم يكن، وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن جزء آخر من نفس العقار المرهون، فإن الرهن يعتبر صحيحاً في هذا الجزء وذلك تطبيقاً لنظرية الحلول العيني التي سبق الإشارة إليها.²

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير العقار الذي تم رهن جزء منه مفرزاً، فإن الرهن في هذه الحالة ينتقل الى العين الجديدة والعقار الجديد بنفس أحكامه ومرتبته القانونية، وذلك بما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل.³

وإذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن سوى مبلغ معين من النقود فإن الرهن الحاصل لا ينتقل الى هذا المبلغ، وإنما يمارس الدائن المرتهن حقه في الأفضلية مباشرة على هذا المبلغ وذلك على اعتبار أن هذا المبلغ يحل محل الجزء المرهون ويصبح محلاً للرهن الحاصل، وهو الأمر الذي بيّنه المشرع المصري بقوله أن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل واحد منهم...⁴

أما في حال أن وقع في نصيب الشريك الراهن مال منقول، فينتقل عندئذ حق الدائن المرتهن الى ذلك المنقول، إلا أن الرهن في هذه الحالة ينقلب رهنأً حيازياً، وذلك على اعتبار أن الرهن التأميني لا يقع

¹ أنظر المادة (2/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (2/1031) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. والمادة (2/951) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012. الأزهرى، محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام في القانون ". ط2. القاهرة: دار المعالي للنشر والتوزيع. 2018 . ص108-110

² بو بندير، عبد الرزاق: التصرف في الملكية العقارية الشائعة. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر. 2008 . ص22-24.

³ يوسف، أحمد عرفة أحمد : الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهن المستجدة . بدون طبعة. الاسكندرية: دار التعليم الجامعي. 2020. ص111 . أنظر المادة (2/826) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

⁴ أنظر المادة (1056) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. أبو السعود، رمضان: مرجع سبق ذكره. ص275. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ج10. مرجع سبق ذكره . ص762

إلا على عقارات، أما الحيازي فيقع على العقارات والمنقولات، وهذا ما سنراه لاحقاً، وللدائن المرتهن عندئذ أن يطالب المدين الراهن بتسليمه المنقول.¹

وترى الباحثة أن المشرع الفلسطيني والأردني قد شابهم النقص في عدم معالجة جميع الأحكام المتعلقة بالرهن من قبل الشريك للمال الشائع، وأنه كان الأولى بالمشرعين أن وضعوا هذه الأحكام على مرتبة مهمة وأن قاموا بتفصيلها أو على الأقل معالجتها بشكل عام حتى يستطيع المختصون استنباط هذه الأحكام وتطبيقها على مسائلهم، وأن المشرع المصري قد فعل الصواب عند معالجة هذه الأحكام بشكل مباشر ضمن نصوص مواد القانون المدني، والأحرى عندئذ بالمشرعين الفلسطيني والأردني أن يحذوا حذو المشرع المصري دون اغفال عن هذه الأحكام.

المطلب الثاني: نماذج عملية في حق الرهن

تعالج الباحثة في هذا المطلب التطبيقات الواقعية لحق الرهن الذي يُمكن أن يُمارس من قبل من يملكه، إذ يُمكن لأحد الشركاء أو لجميعهم ترتيب حق رهن على مالهم الشائع سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وكذلك يمكن أن يقع حق الرهن بشكل عام على غير ما هو متعلق بالمال الشائع كأن يقع على الأسهم والسندات، وهي الأمور التي تعالجها الباحثة تباعاً.

الفرع الأول: رهن المنقول:

يُعتبر في رهن المنقول الرهن الحيازي، فالرهن الحيازي غالباً ما يرتبط بالمنقولات، ويقع كذلك على العقارات²، بينما الرهن التأميني لا يقع إلا على العقارات، وبحسب القواعد العامة، فإنّ الرهن الحيازي يقوم على احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفائه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين³.

¹ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني ج10. مرجع سبق ذكره . ص898-899

² أنظر المادة (1097) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (1238) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012. ولا مقابل لذلك في القانون المدني الأردني.

³ أنظر المادة (1372) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. والمادة (1096) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (1237) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

وقد اتفق المشرعان الأردني والمصري على بعض الأحكام الخاصة برهن المنقولات، إذ بين المشرع الأردني أنّ رهن المنقول لا يعتبر نافذاً في حق الغير إلا إذا دَوّن في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين والمال المرهون الى جانب انتقال الحيازة الى المرتهن¹، وكذلك الأمر فقد نص المشرع المصري على أنّه يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدوّن العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن².

أما بخصوص القوانين المطبقة في فلسطين، فلم توضح الأحكام الخاصة برهن المنقولات، وبالتالي فالأصل قيامنا بإحالة هذه الأحكام على القواعد العامة لعقد الرهن بوجه عام³، حتى أن مجلة الأحكام العدلية السارية في فلسطين لم تعالج ضمن نصوصها المتعلقة بالرهن الأحكام الخاصة برهن المال الشائع رهنًا حيازياً، حيث أنه وبالرجوع الى أحكام الفقه الاسلامي، نجد بأن الفقه الحنفي لا يجيز رهن المال الشائع رهنًا حيازياً لانعدام القدرة على التسليم والذي يعد شرطاً لنفاذ العقد ولزومه⁴، أما جمهور الفقهاء كالشافعية والحنابلة والمالكية، فقد أجازوا رهن المال الشائع باعتبارات عديدة أهمها أن هذا المال يعتبر عيناً، بحيث أنه يمكن التصرف فيه بالبيع مثلاً لاستيفاء الدين من ثمن المال المرهون.⁵

¹ أنظر المادة (1405) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² أنظر المادة (1117) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والمادة (1263) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والساري في قطاع غزة رقم 4 لسنة 2012.

³ أنظر المواد (746-747) من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية. فلسطين . نابلس . 1 مج 27. 2013 / 58-94. ص 74-79

⁵ صباح، مازن مصباح : المال الشائع في الفقه الاسلامي، مجلة الجامعة الاسلامية. 2. مج 17. 2009 / 65-89. ص 83-

84. الغنائيم، قذافي : رهن المشاع في الفقه الاسلامي . مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية . 47. مج 27.

2013 / 1-50 . ص 47.

مع وجوب القول بأنّ المشرع الأردني قد أحال بعض الأحكام الخاصة برهن المال الشائع رهنًا تأمينيًا على الرهن الحيازي لتسري عليه نفس قواعد الرهن التأميني¹، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي أحال بعض أحكام الرهن الرسمي على الرهن الحيازي².

وقد أشار المشرع المصري إلى حالة أنه إذا كان المرتهن حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقًا لتاريخ الرهن³، ولا مقابل لذلك في التشريع الأردني.

إلا أنّ المشرع الأردني قد أوضح بالمقابل أنّه إذا كان المرهون مهددًا بأن يصيبه هلاك أو نقص في القيمة فإن المرتهن يعلم الراهن بذلك، فإذا لم يقدم الراهن للمرتهن تأمينًا آخرًا جاز لكل منهما أن يطلب من المحكمة بيع المرهون وحينئذ ينتقل حق الدائن إلى الثمن⁴، وهو يتقابل مع ذات الحكم الذي جاء به المشرع المصري الذي بيّن أنه إذا كان الشيء المرهون مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيعه في المزاد العلني أو بسعره

¹ أنظر المادة (1380) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي تنص على : " تسري على الرهن الحيازي احكام المادتين 1326 و 1327 المتعلقةتين بالرهن التأميني " .

أنظر أيضاً المادة (1381) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي تنص على : " تسري على رهن المال الشائع رهنًا حيازيًا احكام الرهن التأميني المنصوص عليها في المادة 1331 من هذا القانون .

وتنص المادة (1331) على : " 1- للشريك في عقار شائع ان يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفردة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل . 2- وتخصص المبالغ التي تستحق له من تعادل الحصص او ثمن العقار لسداد دين الرهن " .

² أنظر المادة (1098) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي تنص على : " تسري على الرهن الحيازي احكام المادة 1033 وأحكام المواد من 1040 إلى 1042 المتعلقة بالرهن الرسمي " .

³ أنظر المادة (2/1118) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. تتقابل هذه المادة مع المادة (113) من قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 والتي تنص على : " 1- حيازة المنقول بحسن نية وبصورة علنية وهادئة وخالية من الالتباس حجة على ملكيته . 2- يجوز لمن أضرع أو سرق منه مال منقول أن يدعى استحقاقه بوجه من يحوزه خلال ثلاث سنوات تبدأ من يوم ضياعه أو سرقة، وللحائز أن يرجع على الشخص الذي تلقاه منه " .

⁴ أنظر المادة (1406) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

في البورصة أو السوق¹، وتري الباحثة أنّ النص المصري أفضل من الأردني حيث أنه قام بوضع الأحكام الخاصة برهن المنقول بشكل أفضل وأعمق من الناحية الفقهية النظرية والتطبيق العملي، وأنّ قواعد رهن السندات لحاملها تسري عليها ذات قواعد رهن المنقولات التي سبق ذكرها.

وبناءً على ما سبق، ترى الباحثة عدم امكانية ايقاع رهن حيازي من قبيل الشريك في المال الشائع بشكل منفرد، سواء أكان هذا الرهن لحصّة شائعة أو لحصّة مفرزة، وسواء وقع على جزء من المال أو عليه بشكل كامل، وعلى الرغم مما ذكر سابقاً من أنّ الشريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، بحيث يمكنه بذلك احداث كافة التصرفات الجائزة قانوناً بشرط عدم الاضرار بباقي الشركاء، إلا أنه وما يتطلبه الرهن الحيازي من تسليم للمال المرهون من أجل انعقاد الرهن، فنجد أنه بدون حدوث التسليم فإن العقد لن ينعقد صحيحاً قانونياً منتجاً لآثاره وبالتالي لا يجوز الرهن لانعدام التسليم، ولأن الشركاء يملكون المال الشائع دون أن تتحدد حصّة كل منهم، فهذا يعني عدم امكانية ايقاع الرهن الحيازي إلا بموافقة جميع الشركاء، وبهذا يكون للشريك صفتان، صفة الدائن المرتهن بالنسبة لحصته، وصفة القائم على ادارة المال الشائع بالنسبة لخصص غيره.

هذا كله بالنسبة للقانونين الأردني والمصري، لكن وبالمقابل فقد تميّزت التشريعات السارية في فلسطين بنصّها على عكس ذلك، إذ هذا ما يجعل المشرّع الفلسطيني متميّزاً على غيره من المشرّعين الأردني والمصري، حيث بيّنت هذه التشريعات أنه يجوز للشريك على الشروع رهن الحصّة الشائعة في المال المنقول رهنًا حيازياً ودون اشتراط حدوث التسليم، بحيث يبقى المال المرهون في حيازة الشريك المالك، بحيث يستعاض عن الحيازة بتسجيل اشعار بالرهن وذلك من أجل تمام صحّة الرهن ولزومه ونفاذه في مواجهة الغير.²

¹ أنظر المادة (1/1119) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² نصت المادة (3) من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول والمنشور في صحيفة الوقائع الفلسطينية في العدد 120 وعلى الصفحة رقم 5 وذلك بتاريخ 2016/4/26 على : " 1. يجوز رهن المال المنقول رهنًا طليقاً يبقى بموجبه المال المرهون بحيازة الراهن، ويستعاض عن الحيازة بتسجيل إشعار بالرهن وفقاً لأحكام هذا القرار بقانون لغايات تمام الرهن ولزومه ونفاذه في مواجهة الغير. 2. يمنح تسجيل الإشعار بالرهن وفقاً لأحكام الفقرة (1) من هذه المادة، الدائن المرتهن كامل الحقوق التي يتمتع بها كما لو كان حائزاً للمال المرهون، بما في ذلك حق تتبعه في يد حائزه، والتقدم على الدائنين الآخرين في استيفاء دينه عن عوائد بيع المال المرهون عند التنفيذ عليه، وفقاً لأحكام هذا القرار بقانون ".

الفرع الثاني: رهن الأسهم والسندات

يُعرّف السهم بأنه " حصة أو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، وهو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة وتكون متساوية القيمة¹، أما السندات فهي التزام خطي محدد الشكل بدقة، يعطي لحامله حقاً بمطالبة الشخص الذي وقّعه وهو محرر السند بدفع المبلغ المرقوم فيه وفي الموعد المحدد². وقد بيّن المشرّع الأردني أنّ رهن السندات الاسمية أو المحررة لأمر يتم بالطريقة الخاصة التي نص عليها القانون لحوائتها على أن يذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن³، بينما المشرّع المصري أوضح في هذا السياق أنّ السندات الاسمية والسندات الإذنية (لأمر) يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان⁴، أي دون الحاجة الى اعلان الغير بوقوع الرهن على هذه السندات، ولم يرد عن المشرّع الفلسطيني أي رأي بشأن ذلك، وعليه فإنه يُرجع بشأن ذلك للقواعد العامّة الخاصة برهن السندات.

وفيما يتعلق بالأسهم فلم تنص التشريعات القانونية ذات الصلة على رهن الأسهم كأوراق مالية، إلا أنّ بعض الفقهاء قد أبدوا رأيهم في ذلك:

الرأي الأول: يقول أصحاب هذا الرأي أن السهم يعتبر حصة شائعة ضمن موجودات الشركة، وهذه الموجودات قد تكون نقوداً، وقد تكون أموالاً منقولة أو عقارية، وقد تكون ديوناً، وربما تكون الموجودات كل هذه الأموال أو بعض منها أو واحدة، والحكم يعتمد على محل السهم نفسه أي الموجودات التي يمثلها السهم نفسه، فإذا كان السهم يمثل نقوداً فقط، فيجوز أن يرهن مالك السهم الذي يمثل نقوداً

¹ الجريش، عبد الله بن سليمان : تداول الأسهم في السوق المالية: دراسة تأصيلية مقارنة . ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد . 2018. ص45. رضوان، أبو زيد : الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن . ط1 . الكويت: دار الفكر العربي . 1978. ص403.

² الخليل، أحمد بن محمد : الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الاسلامي . ط1. السعودية : دار ابن الجوزي. 2004. ص80.

³ أنظر المادة (1411) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. القضاة، عمار محمد : مرجع سبق ذكره . ص793.

⁴ أنظر المادة (1124) من التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

لشخص آخر السهم نفسه على اعتبار أن المالك مدين والشخص دائن، وذلك على اعتبار أن هذه الأموال تتمثل في السهم نفسه أي يمكن التعامل به فيما يحمله من موجودات داخله.¹

أما إذا كانت هذه الأسهم تمثل أعياناً فقط، فيجوز لمالك السهم أن يرهنه من أجل وفاء دين في ذمته، لأن السهم يمثل عيناً يمكن بيعها واستيفاء الدين منها، ويكفي في ذلك قبض السهم لتحقيق شرط القبض في الرهن، وما دام المالك له حق التصرف في سهمه عن طريق بيعه مثلاً فيحقق له كذلك أن يرهنه.² أما إذا كانت هذه الأسهم تمثل ديوناً فقط، فيجوز في هذه الحالة رهن السهم الذي يمثل ديوناً شرط أن يكون السهم نفسه قابل للبيع حتى يكون قابلاً للرهن.³

وإذا كانت الأسهم تمثل مجموعة من الموجودات السابق ذكرها - كالديون والنقود والأموال المنقولة أو العقارات - ؛ فإن صحة الرهن يتوقف على هذه الموجودات، ويكون لكل منها حكمه الخاص به، ويكون غالباً إذا زاد عن ثلثي موجودات الشركة أي ثلثي أسهم الشركة.⁴

الرأي الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي وكالرأي السابق أنه ما دام يجوز بيع الأسهم فيجوز رهنها، إذ أن الحكمة من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى الوفاء به من ثمن الرهن، إن لم يستطع المدين الراهن الوفاء بهذا الدين من ذمته، ويرى كذلك أصحاب هذا الرأي أن رهن السهم هو فعلياً رهن لقيمته التي يجري تداولها في السوق، لأن المدين أصلاً لن يستطيع بيعها حسب نظام شركات المساهمة التي يملك فيها كل المساهمين أسهماً بحسب نسبة مشاركتهم فيها، وهو ما يخالف أصحاب الرأي الأول في هذه الجزئية.⁵

¹ آل سليمان، مبارك بن سليمان بن محمد: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ج 1 . ط1. السعودية: دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع. 2005. ص705

² بغدادي، خالد عبد العزيز: تداول الأسهم والقيود القانونية الواردة عليه: دراسة مقارنة. ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد. 2012. ص150-153

³ الجريش، عبد الله بن سليمان: تداول الأسهم في السوق المالية: دراسة تأصيلية مقارنة. ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد. 2018. ص300-301

⁴ الحديدي، جاسم محمد اسماعيل: رهن الأسهم " دراسة فقهية مقارنة" . مجلة كلية الإمام الأعظم. 26. مج1. 2018. 454-485. ص505

⁵ أنظر في ذلك حاشية ابن عابدين . 1997 . ص10-11

الرأي الثالث: أصحاب هذا الرأي يوضحون أنه يجوز رهن السهم المملوك على الشيوع سواء من أحد الشركاء أو منهم جميعاً، وسواء قبل الشريك الراهن القسمة أم لم يقبلها، وهذا رأي الأئمة المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية¹، أما الحنفية فذهبوا إلى أنه لا يجوز رهن السهم المملوك على الشيوع من أحد الشركاء أو منهم جميعاً وسواء أكان بالإمكان قسمته بينهم أم لا.²

وتميل الباحثة للرأي الثالث والذي يبين أنه يجوز رهن السند أو السهم المملوك على الشيوع، وذلك على اعتبار أنّ عملية رهن الأسهم هي عبارة عن عقد ينشأ بين الراهن والمرتهن، وهو عقد رضائي، أي أنه لا يحدث إلا بالتراضي بين الطرفين، ومتى توافر الايجاب والقبول من الطرفين فالعقد بات صحيحاً، حيث أنه يجوز رهن أي سند مالي أو سهم كضمان مادي للوفاء بدين أو كوفاء حقيقي للدين، إلا أن الباحثة وبالمقابل ترى أنه لا يجوز رهن السند أو السهم الذي لا يجوز التعامل فيه أو الحجز عليه، حيث أنّ ذلك السند أو السهم يكون غير قابل للحوالة أو الحجز وبالتالي فالرهن الواقع عليه غير جائز.

¹ استند الأئمة في رأيهم هذا إلى الآية الكريمة { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَذِيقِ اللَّهُ رِيبَهُ وَلَا تَكْنُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْنُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمَ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ } البقرة. آية 283

² الحديدي، جاسم محمد اسماعيل: مجلة سبق ذكرها. ص506.

الخاتمة:

لقد قامت الباحثة من خلال هذه الدراسة بعمل دراسة قانونية مُعمّقة بين ثلاثة قوانين رئيسية استطاعت من خلالها تكوين صورة متكاملة عن جوهر موضوع هذه الدراسة وهو نظام الملكية الشائعة وما يرتبط بها من أحكام وقواعد سواء أكانت كبيرة أم صغيرة.

وقد تبين للباحثة خلال اعداد هذه الدراسة أنّ مجلة الأحكام من خلال نصوصها كانت الأكثر تشدداً في مسألة الانتفاع بالمال الشائع، فهي أوجبت وقوع موافقة جميع الملاك المشتاعين فيما يخص أيّ عمل من أعمال الانتفاع بمالههم الشائع، فاشتترطت في سبيل القيام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة وكذلك فيما يخص أعمال التصرف حدوث ذلك الاجماع من قبل جميع الشركاء حتى يكون التصرف صحيحاً، وهو ما يعد أمراً يلامس في طياته الصعوبة وتعتريه بعض الاشكالية في التطبيق، حيث أنّ المجلة تكون بذلك قد أعطت الحق لصاحب أصغر نصيب في هذا المال بأن يتعنت ويرفض التصرف بالمال الشائع لأسباب غير مبررة، مما يؤدي الى تعطيل الانتفاع بهذا المال.

ولعلّ التشريع المصري كان الأفضل في تنظيم ومعالجة العديد من الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة، وذلك من حيث التصرف فيها تصرفاً فردياً أو جماعياً، ومن حيث تنظيم أي حق عيني أصلي أو تبعي بشأنها، بحيث أنه أعطى للشركاء مساحة واسعة وجيدة في تصرفهم في ملكهم وبشكل قانوني، وذلك على عكس المشرّعين الأردني والفلسطيني اللذان اعتراهما النقص في أجزاء متعددة من أحكام الملكية وتفاصيلها، كالأحكام المتعلقة بالحقوق المجردة التي عالجت المجلة جزء منها، لكن لم يكن لها تنظيم تشريعي فلسطيني أو أردني حديث.

اذ تود الباحثة القول بأنّ انجازها لهذا العمل كان خالصاً لله عز وجل من أجل تقديم علم نافع لكل من يحاول ساعياً الاستزادة من بحور العلم والاستفاضة من معلومات هذه الدراسة، وللوصول الى جوهر هدفها الأسمى من تحقيق أقصى استفادة ممكنة من جعل هذه الدراسة مرجعاً مفيداً ومهماً لطالبي العلم وقارئيه على حد سواء.

ولا يسعُ الباحثة إلا أن تتقدم بالشكر لله عزّ وجلّ أولاً ثم للأستاذ المشرف ثانياً ولكل من ساهم في انجاز هذا العمل بشكل سليم وكامل حتى خَرَجَ بهذه الصورة القانونية المتواضعة.

وفي الختام، يمكننا أن نتوقف عند أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها أثناء اعداد هذه الدراسة، وهي كالتالي:

أولاً: النتائج:-

- كان المشرع المصري سابقاً على عكس المشرعين الأردني والفلسطيني في قيامه بتنظيم مسألة تصرف جميع الشركاء في حصة شائعة من مالهم الشائع وذلك من خلال معالجته للوضع القانوني الخاص بالمشتري الجديد وتنظيمه للعلاقة بين هذا الأخير وبقية الشركاء.

- بينت القوانين السارية في فلسطين أنه يجوز للشريك على الشروع رهن الحصة الشائعة في المال المنقول رهناً حيازياً دون اشتراط تسليمه فعلياً الى المرتهن بل يبقى المال المرهون في حيازة الشريك المالك حيث يستعاض عن التسليم بتسجيل اشعار الرهن في الدوائر المختصة، وذلك على عكس المشرعين الأردني والمصري اللذين اشترطا لصحة وقوع الرهن الحيازي قيام الشريك بتسليم المال المرهون لمصلحة الدائن المرتهن، وبالتالي ترى الباحثة وعلى الرغم من اعطاء القوانين محل المقارنة للشريك على الشروع الحق في التصرف في حصته الشائعة بكافة أشكال التصرفات القانونية إلا أن الشريك على الشروع لا يستطيع أن يرهن حصته الشائعة رهناً حيازياً في الدول التي اشترطت التسليم لانعقاد الرهن كالمشرع المصري والأردني لانعدام القدرة على التسليم.

- يعتبر بيع الشريك لحصة مفرزة في المال الشائع تصرفاً غير نافذ في حق باقي الشركاء، وبالتالي لن يصبح المشتري شريكاً مع باقي الشركاء في ملكية المال ولن يحل محل البائع وبالتالي لا قيام لحق الشفعة في مثل هذه الحالة.

- ميّزت التشريعات القانونية محل الدراسة بين أعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة والتصرف، فمجلة الأحكام اشترطت موافقة جميع الشركاء على كل أعمال الانتفاع والتصرف بالمال الشائع حتى يكون صحيحاً، سواء أكان هذا الانتفاع من أعمال التصرف أو أعمال الادارة المعتادة أو غير المعتادة، أما بالنسبة للمشرع الأردني فأوجب في أعمال الادارة المعتادة أن يكون المتصرف مالكاً لغالبية الحصص، أما في أعمال الادارة غير المعتادة فاتفق مع المصري على ضرورة موافقة ثلاثة أرباع الشركاء، أما في أعمال التصرف فاتفق المشرع مع المجلة على ضرورة حدوث

الاجماع حتى يكون التصرف صحيحاً، وبذلك فإنّ المشرّع المصري يكون قد كان متميزاً في اشتراطه موافقة ثلاثة أرباع المالكين ليكون التصرف صحيحاً وبذلك يكون قد حال دون أن يمنع من تعطيل الانتفاع بالمال الشائع.

– لا يجوز للشريك على الشيوع التصرف بكل المال الشائع أو بحصة مفرزة منه، فإن حدث مثل هكذا تصرف من قبل أحد الشركاء فإنه يكون موقوفاً على اجازة باقي الشركاء.

– جاء الأمر العسكري الاسرائيلي المعدل لقانون المالكين والمستأجرين الساري في فلسطين ليخالف أحكام المجلة فيما يخص عملية تأجير المال الشائع، بحيث تبين المجلة أنّ الاجارة والتي تعد عملاً من أعمال الادارة المعتادة تحتاج لموافقة جميع الشركاء حتى تكون صحيحة وقانونية، لكن الأمر العسكري بيّن في ذلك أنه لا شرط للإجماع من أجل صحة التصرف، بل يكفي موافقة من يملك أكثر من نصف حق الملكية في العقار حتى يقع التصرف صحيحاً.

– لم تضع التشريعات القانونية نصاً واضحاً يسمح للشركاء المشتاعين بالبقاء على حالة الشيوع عن طريق عدم الاتفاق على القسمة، بل قامت هذه القوانين من خلال أحكامها بتحديد مدة يبقى فيها الشركاء على حالة الشيوع، ثم تحصل بعدها القسمة، وان كانت هذه المدة مختلفة.

– لا يحق للشريك وبشكل منفرد تنظيم حق ارتفاق على حصة شائعة، وذلك على اعتبار أنه يخوّل صاحب حق الارتفاق سلطات لا تصلح مباشرتها إلا على عقار مفرز، حيث أن في ذلك اضرار بحقوق باقي الشركاء، إلا أنه يجوز أن يجمع الشركاء على تنظيم حق ارتفاق على العقار الشائع، حيث يبقى هذا الحق عندئذ ملزم لهم جميعاً بغض النظر عن نتيجة القسمة .

– إنّ عقود بيع الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية يجب أن يتم داخل دائرة تسجيل الأراضي وبالتالي فإن عقد بيع أو رهن أو التصرف بأي أرض يجب أن يكون داخل دائرة تسجيل الأراضي وبالتالي فإن عقد البيع الخارجي يعتبر عقداً باطلاً.

– يجوز للشريك على الشيوع تنظيم حق انتفاع على حصته الشائعة، حيث يكون للمنتفع استعمال واستغلال وادارة هذه الحصة مع باقي الشركاء على الشيوع، ويكون من حقه التمتع بجميع الحقوق التي يخولها له حق الانتفاع، وذلك بعد تحديد الغرض الذي أُعدّ له المال الشائع، وبما يتناسب

مع حالة الشيوخ القائمة، فإذا ما تمت قسمة ذلك المال ولم ينتهي حق الانتفاع، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الذي رتب حق الانتفاع.

- يجوز رهن السند أو السهم المملوك على الشيوخ، إذ أنّ عملية رهن الأسهم هي عبارة عن عقد ينشأ بين الراهن والمرتهن، فمتى توافر الايجاب والقبول من الطرفين كان العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، فيجوز رهن أي سند مالي أو سهم كضمان مادي للوفاء بدين أو كوفاء حقيقي للدين طالما كان قابلاً للتعامل به أو الحجز عليه.

- على الرغم من أن الشريك على الشيوخ لا يستطيع تأجير المال الشائع دون موافقة باقي الشركاء؛ فإنّ له القيام بذلك في حالة حصول المهايأة على ذلك المال، إذ يستطيع كل شريك في المال الشائع القيام بتأجير الجزء الذي وقع من نصيبه خلال فترة حصول المهايأة المكانية، أو قيامه بتأجير المال الشائع كله خلال فترة المهايأة الزمانية، ودون أن يتعدى هذه الفترة، إذ في حالة المهايأة لا أهمية لموافقة الشركاء على الايجار الواقع أو رفضهم له، حيث يكون الايجار نافذاً في حق جميع الشركاء.

ثانياً: التوصيات:

- تجميد العمل بنص المادة (1069) من مجلة الأحكام وتوجيه المشرع الفلسطيني عن طريق اصدار قانون أو قرار بقانون في الوقت الحالي يسمح للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع بالتصرف فيه اذا استندوا في تصرفهم إلى أسباب قوية، مع إعطاء الأقلية المعارضة الحق بالاعتراض لدى المحاكم المختصة خلال شهرين من اعلامهم بالتصرف.

- اصدار قانون أو قرار بقانون على الأقل في فلسطين يعالج الأحكام المتعلقة بإيجار المال الشائع إذ لا يوجد قانون خاص ينظم هذه المسألة بشكل دقيق وواضح وشامل فغالبا ما يتم تطبيق قانون المالكين والمستأجرين وأحكام مجلة الأحكام العدلية التي تتسم بكونها على درجة من التعقيد.

- اصدار قانون أو على الأقل وفي الوقت الحالي قرار بقانون في فلسطين ينظم ويعالج جميع الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بالمال الشائع بطريقة جامعة ومباشرة ومفصلة وواضحة وشاملة.

- دعوة مجلس القضاء الأعلى للإنشاء محكمة نظامية تكون متخصصة بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة في الملكية الشائعة على اختلافها.
- اصدار قانون أو على الأقل قرار بقانون بالوقت الحالي في فلسطين يوجب تسجيل كافة اشكال التصرفات القانونية التي تتم على الأراضي الأميرية حتى تعتبر صحيحة أسوة بالتصرفات التي تتم على الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية منعاً لعمليات التحايل في البيع التي يمكن أن تحدث بشأن بهذا النوع من الأراضي.
- اصدار قانون أو على الأقل قرار بقانون في الوقت الحالي ينظم جميع الأحكام المتعلقة برهن المال الشائع.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.
- أحكام الشريعة الإسلامية.
- مجلة الأحكام العدلية.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
- القانون المدني الألماني لسنة 1900.
- قانون أحكام الوقف المصري رقم 48 لسنة 1946.
- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946.
- التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952.
- قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953.
- القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون الزراعة والأراضي الزراعية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2003.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010.
- القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول.

ثانياً: المراجع

- إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد: المعجم الوسيط. ط4. مجمع اللغة العربية: مكتبة الشروق الدولية . 2004
- أبو السعود، رمضان : التأمينات الشخصية والعينية. ط1. الاسكندرية: منشأة المعارف . 1995.
- أبو السعود، رمضان : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مصادر و أحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني. بدون طبعة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002.
- أبو السعود، رمضان محمد : شرح أحكام القانون المدني " العقود المسماة : البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين " . ط2 . الاسكندرية: منشورات الحلبي الحقوقية. 1998.
- أبو العلا، مروة: مفهوم وشروط ضمان المتقاسمين في قسمة المال الشائع فقهاً وقانوناً. بدون طبعة . القاهرة: بدون دار نشر 2018 .
- أبو زهرة، محمد : شرح قانون الوصية . ط2. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية. 1950.
- أحمد، إبراهيم سيد و عبد الوهاب، أشرف أحمد : الملكية الشائعة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء . ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018.
- الأزهرى، محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام في القانون " . ط2. القاهرة: دار المعالي للنشر والتوزيع. 2018 .
- الأسدي، علي جبّار صكيل : الملكية الشائعة وأحكام ازالة الشيوخ " دراسة مقارنة " . ط1. الأردن: دار الرضوان للنشر والتوزيع. 2016.
- آل سليمان، مبارك بن سليمان بن محمد: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ج1 . ط1. السعودية: دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع. 2005.
- البدرأوي، عبد المنعم: الحقوق العينية الأصلية . ط2 القاهرة: مطابع دار الكتاب العربي. 1956.

- البدرابي، عبد المنعم: الحقوق العينية الأصلية: الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها. ط1. القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة. 1968.
- البرلسي، رياض مصطفى: الفرق بين عقد الايجار وحق الانتفاع. مجلة المقاولون العرب. القاهرة: عدد شهري أبريل ومايو . 2015 .
- البشير، محمد طه : الوجيز في الحقوق العينية التبعية : دراسة مقارنة " الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز" . ط1. بغداد : مطبعة العاني . 1971
- بغدادي، خالد عبد العزيز: تداول الأسهم والقيود القانونية الواردة عليه: دراسة مقارنة. ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد. 2012.
- بكر، عصمت عبد المجيد : دور التقنيات العلمية في تطور العقد "دراسة مقارنة". بدون طبعة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2015.
- بكر، عصمت عبد المجيد: الوجيز في العقود المدنية المسماة : المقاولنة والوكالة . ط2. بيروت: منشورات زين الحقوقية . 2015
- البكري، محمد عزمي : القانون المدني الجديد " عقد الايجار " . بدون طبعة . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018.
- البكري، محمد عزمي : موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني المصري الجديد ج7 . بدون طبعة . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. بدون سنة نشر .
- البكري، محمد عزمي: قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب. ط6. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 1998.
- تتاغو، سمير عبد السيد : التأمينات الشخصية والعينية "الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز". بدون طبعة . الاسكندرية: منشأة المعارف. 1996.

- جدعون، نجاة جرجس : الشامل في القانون العقاري (الشفعة) : نص، اجتهاد، فقه " دراسة مقارنة " . ط1. بيروت: منشورات زين الحقوقية . 2015 .
- الجريش، عبد الله بن سليمان : تداول الأسهم في السوق المالية: دراسة تأصيلية مقارنة . ط1. السعودية: مكتبة القانون والاقتصاد . 2018.
- الجمال، مصطفى محمد: نظام الملكية في القانون المقارن . ط1. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 2000.
- حاشية ابن عابدين . 1997
- الحسين، محمود بن أحمد بن موسى : البناية " شرح الهداية " ج11 . طبعة منقحة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2011.
- حسين، منصور قاسم و الصلوي، منير محمد أحمد : الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني اليمني: دراسة تحليلية/ج1 حق الملكية في ذاته. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2008.
- الحكيم، جاك يوسف : العقود الشائعة والمسماة " عقد البيع " . بدون طبعة . دمشق : منشورات جامعة دمشق . 1995
- الحلالشة، عبد الرحمن جمعة: بيع ملك الغير : دراسة مقارنة . ط1 . الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع. 1998.
- الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعة : أحكام الالتزام . ط1. الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع . 2010.
- الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج4. طبعة جديدة منقحة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2016.
- حمزة، محمود جلال : التبسيط في شرح القانون المدني الأردني ج5 : الحقوق العينية الأصلية. ط1. الأردن: دار الحامد للنشر . 1998.

- الحنفي، بدر الدين العيني : البناية في شرح الهداية . طبعة منقحة . بيروت : دار الكتب العلمية. 2011 .
- الحويس، صالح بن سليمان بن حمد : أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي : مقارنة بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية. ط1. السعودية: المكتبة المكيّة للنشر والتوزيع. 2008 .
- حيدر، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. المجلد الثالث. ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2003.
- خاطر، محمود ربيع : شرح القانون المدني المصري معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018.
- الخطيب، عبد الله محمد محمود : السياسة المائية في الفكر الاقتصادي الإسلامي . ط1. الأردن: دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع. 2020 .
- الخفيف، علي : الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية. ط1. القاهرة: دار الفكر العربي. 1996.
- الخليل، أحمد بن محمد : الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي . ط1. السعودية : دار ابن الجوزي. 2004.
- خليل، أحمد محمود: إدارة المال الشائع والتصرف فيه . ط1 . الاسكندرية : المكتب الجامعي الحديث . 2007 .
- الدروي، فهمي و الطنطاوي، طارق: عقد الايجار في القانون المدني. بدون طبعة . القاهرة: مركز الأبحاث والدراسات القانونية. 1998
- الذنون، حسن علي : المبسوط في شرح القانون المدني " الضرر " . ط1. الأردن: دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع. 2006.
- رضوان، أبو زيد : الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن . ط1 . الكويت: دار الفكر العربي . 1978

- الزحيلي، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته " الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات
الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها " . ط4. دمشق : دار الفكر للنشر والتوزيع . بدون
سنة نشر
- الزحيلي، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته ج4 . ط3. القاهرة . 1989
- الزرقا، مصطفى أحمد : عقد البيع . ط2. دمشق : مكتبة دار القلم . 2012 .
- الزروقي، عبد المجيد : أحكام الغلط " دراسة في المنهجية التشريعية " . ط1. بيروت : دار
الكتب العلمية. 2010.
- الزروقي، عبد المجيد: الأموال " الحقوق العينية الأصلية " . ط2. تونس: مجمع الأطرش للكتاب
المختص. 2018.
- الزعبي، محمد يوسف: شرح عقد البيع في القانون المدني . ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر
والتوزيع. 2006.
- زهران، همام محمد محمود: التأمينات العينية والشخصية " باب التأمينات العينية " . ط1.
الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1997.
- زيدان، عبد الكريم : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية. ط2. الاسكندرية : دار عمر بن الخطاب
للنشر والتوزيع . 2001
- السحيباني، عبد الله بن عمر : حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة . بدون طبعة . السعودية :
بدون دار نشر . 2018 .
- السرخسي، شمس الدين: المبسوط . باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز . بيروت : دار
المعرفة. 1986..
- سعد، نبيل ابراهيم: التأمينات العينية والشخصية " الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن
الحيازي ، الامتياز ، الكفالة " . بدون طبعة . الاسكندرية : منشأة المعارف . 1982 .

- سعد، نبيل ابراهيم: **الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني**. القاهرة : دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع . 1995 .
- سلطان، أنور : **العقود المسماة " شرح عقدي البيع والمقايضة "** . ط1. القاهرة : دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1983
- سليم: عصام أنور: **نظرية الحق** . بدون طبعة . الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2010.
- سمية، زعيتر : **بناء الشريك المشاع في الملكية الشائعة " اكتساب الملكية بالالتصاق "** . بدون طبعة . الجزائر: بدون دار نشر . بدون سنة نشر .
- السنهوري: عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني ج5**. بدون طبعة. بيروت : دار احياء التراث العربي . بدون سنة نشر . 1964.
- السنهوري، عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني ج10 " التأمينات الشخصية والعينية"**. طبعة محدثة. بيروت : دار احياء التراث العربي. 2003
- السنهوري، عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني ج9 " أسباب كسب الملكية "** . بدون طبعة . بيروت : دار احياء التراث العربي . 1967 .
- السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني ج1** . بدون طبعة. بيروت : دار احياء التراث العربي. 1952.
- السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني ج4 " البيع والمقايضة "** . طبعة منقحة. بيروت : دار احياء التراث العربي . 2008 .
- السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني ج8"حق الملكية"**. طبعة منقحة. بيروت: دار احياء التراث العربي . 1966 .
- سوار، محمد وحيد الدين : **شرح القانون المدني " الحقوق العينية التبعية "** . ط1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2006 .

- سوار، محمد وحيد الدين: **الحقوق العينية التبعية: الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز.** بدون طبعة. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998
- سوار، محمد وحيد الدين: **حق الملكية في ذاته . ط2.** الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1997.
- السيد، أحمد عصام : **المرشد في عقد البيع في ضوء أحكام محكمة النقض .** بدون طبعة . القاهرة : المركز المصري للأبحاث والاصدارات القانونية. 2018.
- شاهين، اسماعيل عبد النبي: **أحكام بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والقانون المدني . ط2.** الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2005.
- الشمراني، عدلان بن غازي بن علي : **بيع العقار وتأجيله في الفقه الاسلامي "ج1" . ط1 .** السعودية : شركة العبيكان للتعليم و مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر . 2016
- الشمري، أحمد راضي كعيم : **الأفضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن: دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي.** بدون طبعة. القاهرة: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017.
- شيخ زاده، عبد الله بن محمد بن سليمان : **القسم والافراز في الشريعة الاسلامية.** بدون طبعة. 1824.
- الصدة، عبد المنعم فرج: **الحقوق العينية الاصلية "دراسة في القانون اللبناني والقانوني المصري".** بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1982.
- الصدة، عبد المنعم فرج: **الحقوق العينية الاصلية . ط1 .** بيروت: دار النهضة العربية . 1982.
- الصدة، عبد المنعم فرج: **حق الملكية .** بدون طبعة. القاهرة : بدون دار نشر . 1967 .
- الصرّاف، عباس: **المدخل إلى علم القانون : نظرية القانون ، نظرية الحق . ط15.** الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014.
- الصلوي، منير محمد أحمد و حسين، منصور قاسم : **حق الملكية في ذاته. ط1.** القاهرة: دار النهضة العربية. 2008.

- طلبة، أنور : الملكية الشائعة. ط2. القاهرة : المكتب الجامعي الحديث. 2018.
- طلبة، أنور : عقد الإيجار . بدون طبعة . القاهرة : المكتب الجامعي الحديث . 1998 .
- الطه، غني حسون و البشير، محمد طه : الحقوق العينية الأصلية والتبعية ج1 . بدون طبعة. بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . 1982.
- العاقل، جمال الدين طه : عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني . بدون طبعة . القاهرة: دار الهدى للتأليف والنشر والتوزيع. 1978.
- العبايجي، بسام مجيد سليمان: الملكية الشائعة " ملكية الأسرة " دراسة مقارنة. بدون طبعة. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2009.
- عبد الرحمن، عبد اللطيف حسن: فتح الجواد في شرح الارشاد ج2 . طبعة منقحة. بيروت: دار الكتب العلمية. 2005
- عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن : الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية " حق الانتفاع - حق الحكر - حق الارتفاق " . ط1. القاهرة : دار النهضة العربية . 2010 .
- عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن : المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية : حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية. 2010.
- عبد السلام، سعيد سعد : الوجيز في الحقوق العينية التبعية. بدون طبعة . القاهرة : مطابع الولاء الحديثة . 2004.
- عبد الوهب، أشرف أحمد و أحمد، ابراهيم سيد : عقد الإيجار في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء . ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018 .
- العبودي، عباس: شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني " البيع والايجار " . ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2019.
- عبيدات، يوسف محمد : الحقوق العينية الأصلية والتبعية . بدون طبعة . الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع. 2011.

- العبيدي، علي هادي : **الحقوق العينية** . ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1999.
- العبيدي، علي هادي : **الحقوق العينية الاصلية وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات العربية المتحدة**. ط1. الامارات: الآفاق المشرقة للنشر. 2011
- العبيدي، علي هادي : **الوجيز في شرح القانون المدني " الحقوق العينية "** . ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2010 .
- العبيدي، علي هادي: **الحقوق العينية**. ط1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1999.
- العربي، بلحاج: **الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الاسلامي والانظمة السعودية** . ط1. الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015.
- عرفة، السيد عبد الوهاب: **الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والقسمة** . بدون طبعة . القاهرة : دار المطبوعات الجامعية . بدون سنة نشر .
- عرفة، السيد عبد الوهاب: **الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد ودعوى القسمة في ضوء أحكام النقص القديم والحديث وتطبيقاتها العملية**. ط2. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1993.
- عرفة، عبد الوهاب : **الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية**. ط1. الاسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية. 1999.
- عطاالله، برهام محمد: **دعوى صحة التعاقد على البيع** . بدون طبعة. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 1982.
- عفيفي، محمد : **الأوقاف والحياة الاقتصادية في مصر في فترة العهد العثماني** . ط1. القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب . 1991.
- العمروسي، أنور : **الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني**. ط1 . القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 1999.

- الفار، عبد القادر: المدخل لدراسة العلوم القانونية . ط1.الاردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع.2006.
- فخر، وجداني: الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية . بدون طبعة . ايران : بدون دار نشر. 1964.
- فرج، توفيق حسن: الحقوق العينية الاصلية. بدون طبعة. القاهرة: الدار الجامعية . 1988.
- الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب : شرح القانون المدني " العقود المسماة " . ط1. الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1993.
- الفضلي، جعفر محمد : الوجيز في العقود المدنية " البيع، الايجار، المقاوله " . بدون طبعة. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2017.
- فنطازي، خير الدين موسى : عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية ج1 " الوقف " . ط1. الجزائر: دار زهران للنشر . 2011.
- القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. ط1. الرياض : مكتبة الرياض الحديثة. 1978.
- القسوس، وليد نجيب: إدارة وإزالة المال الشائع : دراسة مقارنة. بدون طبعة . الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1993.
- القضاة، عمار محمد : المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015. ص630.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود : بدائع الصنائع في تنظيم الشرائع ج8 . طبعة مجددة. بيروت : دار الكتب العلمية. 2010.
- كامل، رمضان جمال : أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع " فقهاً وقضاءً " . ط7. القاهرة: دار الألفي القانونية .2007.

- كامل، رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاء . ط4 . المنيا : دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية. 1998.
- كرمي، نزار: الانقضاء الأصلي لرهن المنقول. بدون طبعة . تونس : مجمع الأطرش للكتاب المختص . 2015 .
- الكزبري، مأمون: القانون المدني " الحقوق العينية : تقسيم الأشياء والأموال، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية " . بدون طبعة . دمشق: مطبعة الجامعة السورية. 1959.
- كيرة، حسن : الحقوق العينية الأصلية ج1. ط1. القاهرة : منشأة المعارف بالإسكندرية . 1965.
- كيرة، حسن : الموجز في احكام القانون المدني: الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها. ط4. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 1998.
- اللبناني، سليم رستم باز : شرح مجلة الأحكام . ط3. بيروت : دار احياء التراث العربي . 1950.
- لسان العرب. العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم . المجلد الثامن . دار صادر . بيروت.
- اللساوي، فايز : الملكية الشائعة. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية . 2009.
- محمد، محمود عبد الرحمن: استعمال وإدارة المال الشائع : دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي . ط1. القاهرة: دار النهضة العربية. 1993.
- مختصر أحكام المعاملات الشرعية المعاصرة .
- مرسي، محمد كامل : شرح القانون المدني الجديد " الموجز في التأمينات الشخصية والعينية . ط1. القاهرة: المطبعة العالمية . 1949.
- مرسي، محمد كامل: شرح القانون المدني : الحقوق العينية الأصلية : اسباب كسب الملكية الحيازة والتقادم . ط1. القاهرة: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر . 2004.
- مرقس، سليمان : التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد "الرهن الرسمي - الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز". ط2: القاهرة. دار النشر للجامعات المصرية. 1959.

- المصاروة، سيف ابراهيم: تداول الأوراق المالية والحماية الجزائية "دراسة مقارنة". ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012.
- مصطفى، أحمد حلمي: دعوى استرداد الحيازة علماً وعملاً . بدون طبعة. القاهرة : دار الفكر القانوني . 2009
- ناهي، صلاح الدين: الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية . بدون طبعة . القاهرة: دار المعرفة . 1954 .
- النجار، فريد : الاستثمار والتمويل والرهن العقاري: الاقتصاديات - المخاطر - اعادة الهيكلة . بدون طبعة . الاسكندرية: الدار الجامعية للنشر والتوزيع . 2009
- النشار، جمال خليل : تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء. بدون طبعة. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع. 2000.
- نصار، عمار: مدونة القانون المدني المصري . ط1 . القاهرة : بدون دار نشر . 2007 .
- النووي؛ يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي : المجموع " شرح المهذب للشيرازي "ج15. طبعة منقحة . اسطنبول: مكتبة الارشاد . 2008 .
- هارون، محمد صبري: أحكام الأسواق المالية : (الأسهم والسندات) : ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي . ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع . 1999.
- هرجة، مصطفى مجدي : الشفعة في ضوء احدث الآراء و احكام النقص والصيغ القانونية . ط1. القاهرة : دار الثقافة للتوزيع والنشر. 1986.
- الوريحي، نبيلة الكراي : حائز العقار " حق الانتفاع " . ط1. تونس : مجمع الأطرش للكتاب المختص . 2015 .
- الوكيل، شمس الدين : نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ج1. ط1. الاسكندرية: دار منشأة المعارف. 1959.
- يكن، زهدي: عقد الايجار. بدون طبعة. بيروت: منشورات المكتبة العصرية. بدون سنة نشر.

– يوسف، أحمد عرفة أحمد : الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهن المستجدة . بدون طبعة. الاسكندرية: دار التعليم الجامعي. 2020.

ثالثاً: مشاريع القوانين:

– مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

– رابعاً: قرارات بقوانين:

– القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة الفلسطيني.

خامساً: المجالات العلمية والقانونية:

– هياجنة، عبدالناصر زياد و العويدي، أحمد علي : تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني. مجلة علوم الشريعة والقانون. 2.مج38. 672/2011-686.

– شموط، حسن تيسير عبد الرحيم : أحكام الوصية في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010م. مجلة علوم الشريعة والقانون. 1.مج40. 204-187/2013.

– سعيد، ضحى محمد : التصرف القانوني للشريك في المال الشائع " دراسة مقارنة ". مجلة الرافدين للحقوق . 47. مج1. 33-66/2011 .

– الحسيني، عباس علي محمد : أحكام تأجير المال المشاع دون موافقة بقية الشركاء. مجلة رسالة الحقوق . 1. مج2 2017/1-22 .

– ملح، سعد حسين عبد : تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع. مجلة كلية التراث الجامعة. 19.مج2. 31-53/2015.

– لطفي، أحمد بيك : استرداد الشيوخ . مجلة المحاماة . 13/1-6-2008.

– الحسيني، عباس علي محمد : سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع . مجلة رسالة الحقوق. 1. مج1. 73-6/2015 .

- صباح، مازن مصباح : إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي . مجلة الجامعة الإسلامية . فلسطين . 1/2-6-2009 . 24.
- قرعوش، كايد يوسف : حق الحكر في الأراضي الوقفية ، مجلة علوم الشريعة والقانون . 1مج.33 . 17/2006-33.
- محسن، منصور حاتم : الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون "دراسة مقارنة" . مجلة جامعة بابل . 1مج.21 . 1/2013-24.
- الشمري، وسيم جبار ابراهيم: رهن الحصة الشائعة . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية . 4مج.1 . 2015 . 483-513.
- الحديدي، جاسم محمد اسماعيل: رهن الأسهم " دراسة فقهية مقارنة" . مجلة كلية الإمام الأعظم . 26مج.1 . 2018 . 454-485.
- الشمري، وسيم جبار ابراهيم: رهن الحصة الشائعة . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية . 4مج.1 . 2015 .
- صباح، مازن مصباح : المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية . 2مج.17 . 65-89/2009.
- الغنائيم، قذافي : رهن المشاع في الفقه الإسلامي . مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية . 47 . 1/2013 . 50-27مج.

سادساً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

- السنجلوي، خالد سلطي نواف: تصرف الشريك في الملكية الشائعة " دراسة قانونية فقهية مقارنة" . رسالة ماجستير غير منشورة . جامعة الشرق الأوسط . عمان . الأردن . 2013 .
- بو بندير، عبد الرزاق: التصرف في الملكية العقارية الشائعة . رسالة ماجستير غير منشورة . جامعة منتوري . قسنطينة . الجزائر . 2008 .

- القلهاتي، وليد بن خالد بن محمد: نطاق حق الشريك في التصرف بالمال الشائع وإدارته في القانون المدني الأردني . رسالة ماجستير منشورة. جامعة مؤتة . مؤتة . الأردن . 2009.
- كهينة، بن أحمد و نجاة، بن عيسى : تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة. رسالة ماجستير منشورة. عبد الرحمن ميرة. بجاية. الجزائر . 2017 .
- كامل، سمير : ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري . رسالة دكتوراه منشورة . جامعة عين شمس. مصر . القاهرة . 1978 .
- دانية، سحنون : التصرف في المال الشائع . رسالة ماجستير منشورة . جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية .الجزائر . 2014 .
- صابين، بوغيدن : النظام القانوني للملكية الشائعة في القانون الجزائري . رسالة ماجستير غير منشورة . جامعة بجاية. بجاية . الجزائر . 2012 .
- العويدي، غازي أحمد عايد : تصرف الشريك في المال الشائع " دراسة في القانون المدني الأردني " . رسالة ماجستير غير منشورة . جامعة مؤتة . مؤتة . الأردن . 2013 .
- بو بكر، لبيض : التصرف في المال الشائع اختيارياً " دراسة مقارنة" .رسالة ماجستير منشورة .جامعة وهران . وهران . الجزائر 2015 .
- محمد، عقوني : الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري. رسالة دكتوراه منشورة. جامعة محمد خيضر. سكرة. الجزائر . 2016 .
- عياد، وهاب : التصرف في الملكية العقارية الشائعة .رسالة ماجستير منشورة . قسنطينة .الجزائر . 2008 .
- سميرة، برنو : حق الانتفاع في القانون الجزائري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة العقيد آكلي محند أولحاج. البويرة. الجزائر . 2018
- عميرة، هند حسن أحمد : نوازل الأراضي والعقارات الوقفية في فلسطين. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة القدس. القدس . فلسطين . 2014 .

– كامل، سمير : ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري . رسالة دكتوراه منشورة . جامعة عين شمس . مصر . القاهرة . 1978 .

سابعاً: أحكام المحاكم:

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 80 والصادر في جلسة 2004/10/3 .

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2009/223 والصادر بتاريخ 2010/10/1 .

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2005/207 والصادر بتاريخ 2006/11/14 .

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2004/138 والصادر بتاريخ 2004/11/20 .

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2005/81 والصادر بتاريخ 2006/4/29 .

– حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 95/519 والصادر بتاريخ 2002/9/13 .

– الطعن رقم 3398 لسنة 72 الصادر في جلسة 11/05/2015 .

– حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 122 لسنة 1994 والصادر بتاريخ 1994/7/13 .

– حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2020/99 والصادر بتاريخ 2021/3/21 .

– حكم محكمة النقض المصرية في الطعون 512 ، 531س، 53ق وفي النقض الصادر بتاريخ 1987/6/30 .

- راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 19 لسنة 46 الواردة لدى المكتب الفني رقم 29، في الصفحة رقم 1912، وذلك بتاريخ 13-12-1978.
- حكم محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/3627 الصادر بتاريخ 2012/2/29.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1531 س الصادر بتاريخ 1985/12/31.
- قرار محكمة التمييز الاردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/3967 الصادر بتاريخ 2012/2/20.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 184 لسنة 1965، الصادر بتاريخ 1965/12/2. الوارد لدى مجموعة أحكام النقض المصرية رقم 16.
- حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1955/10/20 .
- قرار محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 2011/1504 والصادر بتاريخ 2011/9/26 .
- حكم محكمة النقض المصرية رقم 313 الصادر بتاريخ 1975/12/24 ، مجموعة أحكام النقض.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0328 لسنة 44 مكتب فني 29 صفحة رقم 375 الصادر بتاريخ 1978/2/1.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 214 سنة 40 قضائية، الصادر في جلسة المحكمة بتاريخ 11-11-1985.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 214 س 40ق الصادر بتاريخ 1975/11/11.
- حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/1/3
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 6119 س 76ق الصادر بتاريخ 2007/2/21.
- حكم محكمة النقض المصرية في النقض المدني الصادر بتاريخ 1990/5/8.

- حكم محكمة النقض المصرية في القضية رقم س 26 الصادر بتاريخ 1975/2/17.
- حكم محكمة النقض المصرية الصادر في تاريخ 1968/3/21
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 271 س 47 قضائية ، الصادر بتاريخ 1981/11/19
- حكم محكمة استئناف القدس في الدعوى الحقوقية رقم 341 لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2019/9/16
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1630 س 57 قضائية، الصادر بتاريخ 1984/3/15
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 205 س 61 قضائية ، الصادر بتاريخ 1995/1/26.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 303 سنة 20، الصادر بتاريخ 1955/2/10.
- حكم محكمة استئناف رام الله في الدعوى المدنية رقم 550 والصادر بتاريخ 2005/4/20.
- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية في التصرف واستغلال المال الشائع .

ثامناً: محاضرات علمية وقانونية:

- الصدة، عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني "الملكية في قوانين البلاد العربية". 1961.

تاسعاً: صحف ومقالات:

- العنجري، مشاري : إدارة المال الشائع والتصرف فيه . صحيفة الشاهد . الكويت . 2013.
- رضوان، علاء : جواز تصرف أغلبية ملاك المال الشائع بالبيع دون الرجوع للباقيين من للورثة. صحيفة صوت الأمة. القاهرة . 2018.

عاشراً: عناوين الانترنت:

- <https://www.cc.gov.eg/Madany.aspx> موقع محكمة النقض المصرية
 - <http://www.adaleh.info> موقع عدالة للاستشارات القانونية
 - <https://www.arabdict.com/ar/de> موقع
 - <https://ar/details?ids=52036&term=Zivilgesetzbuch&ar>
 - <https://eyadjarrar-lawyer.yoo7.com/t74-topic>
 - موقع قانون الفلسطيني للقضاء والمحاماة،
<https://qanon.ps/news.php?action=view&id=12124>
 - [/http://iraqcas.hjc.iq:8080](http://iraqcas.hjc.iq:8080)
 - <https://www.mohamah.net/law/%D9%87%D9%84-%D9%8A%D9%85%D9%83%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D9%81%D8%A7%D8%B9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A7%D8%A6%D8%B9%D8%9F>
 - <https://maqam.najah.edu/judgments/5779> موقع
 - موقع مقتفي :
<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=5993>
- . 9

**An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies**

**Partner's Authority to Dispose of Common
Property**

By

Nisreen Khalel Saqqa

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of
the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus - Palestine.**

2021

Partner's Authority to Dispose of Common Property

By

Nisreen Saqqa

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

Abstract

In this study, the researcher is addressing the issue of common property and the ability of the partner to dispose of it by examining its provisions in accordance with the texts of the Civil Code of the Ottoman Empire (Majalla) and the related, existing legislations in Palestine. The researcher will take into account the position of the relevant texts of both the Egyptian Civil Code and the Jordanian Civil Code.

The issue of common property is both important and complex as it involves a range of problems in the context of financial transactions at present. Legal parameters are based primarily on the idea of an individual property. While from a common property perspective, things are completely under clear control of a group of persons to the extent that it is used, exploited and disposed of among them only.

Accordingly, the researcher has divided this study into two chapters. The first chapter introduces all the forms of the disposition of common property by way of sale on the one hand and by leases on the other hand. The researcher has addressed all the provisions and rules related to the disposition of common property by means of transfer of ownership represented by the sale process and whether the sale takes place by all partners or by the majority of partners in common or by an individual act by one of the partners without the

intervention of others in the sale, and whether this act is done with the consent of the rest of the partners or not. In this chapter, the researcher has also addressed the effects of this disposition on the right of the disposing partner himself/herself and the right of the rest of the partners. Furthermore, the researcher has discussed the provisions related to the transfer of the right of benefit in common property through leasing, whether the lease is obtained by all the partners in common or by one of them with a focus on acts of tenancy especially those which last for three years or more, on the one hand, and the implications or effects of these actions on the acting disposer himself/herself and the right of the rest of the partners, on the other hand.

In the second chapter, the researcher has discussed the provisions related to regulating a group of in-kind rights over common property through the disposition that all or one of the partners make on their common property. This can be done by regulating original in-kind rights on the one hand, and dependent, in-kind rights on the other hand, as well as the effects of such actions on the right of the disposing partner and the rights of the remaining partners.