

## تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني

ياسين محمد خلف الجبوري

أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون،

جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن

(قدم للنشر في ١٢/٧/١٤٣٣هـ؛ وقبل للنشر في ٢٦/٠٢/١٤٣٤هـ)

**ملخص البحث.** قد يتصرف الشريك في حصة شائعة أو في حصة أو جزء مفرز من المال الشائع. فبالنسبة للتصرف في الحصة الشائعة لا يثير مشكلة ما إلا في حالتي الخلط والاختلاط وحالة انطواء تصرف الشريك على ضرر للشريك الآخر. أما بالنسبة لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فإنه إذا تمت القسمة فقد يقع في نصيب الشريك جزء آخر غير الجزء الذي تصرف فيه وتثور مشكلة تأصيل إلزام المتصرف إليه بالجزء الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف وهو غير الجزء المتفق عليه أصلاً. وقد قيل في تأصيل ذلك نظريات عديدة، مختلف فيها، والتأصيل القانوني الذي نعتقد بإمكانية القول به لتأسيس انتقال الحصة المفرزة التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة ومن ثم انتقالها إلى المتصرف إليه هي فكرة الحل والواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم القانونية التقليدية.

### مقدمة

الإضرار بالشركاء الآخرين وحالتي الخلط والاختلاط.

أما تصرف الشريك في المال الشائع فمصييره محكوم بموافقة الشركاء الآخرين وإجازتهم لمثل هذا التصرف، وبخلافه فإن التصرف باطل لأنه يعد تصرفاً في ملك الغير.

غير أن تصرف الشريك في بعض الأحيان قد يرد

قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة ومثل هذا التصرف لا يثير مشكلة ما، إذ للشريك الحق في ترتيب ما يشاء من الحقوق عليها، سواء أكانت تلك الحقوق شخصية أم عينية مع مراعاة الضوابط والقيود التي تحدد الشريك في التصرف بحصته الشائعة والمتمثلة بعدم

عدول المتصرف إليه عن التصرف والتمسك بفسخه من عدمه. وأخيراً مسألة تأصيل انتقال حصة المتصرف التي آلت إليه جراء القسمة إلى المتصرف إليه، بالإضافة إلى العديد من التساؤلات التي أثرت خلال البحث.

إن تصرف الشريك في حصة مفرزة لا شك أنه تصرف صادر من شريك يمتلك حصة شائعة، ومثل هذا التصرف ينعقد بين الطرفين ويرتب آثاراً قانونية محددة، أما بالنسبة لبقية الشركاء فهو موقوف النفاذ على إجازة هؤلاء الشركاء. لأنه تصرف يمس حصصهم في الملك المشترك. وبالتحديد في تلك الحصة المفرزة. وهنا لا بد من التذكير بأنه لولا أن المتصرف كان شريكاً على الشيوع لما أقدم على بيع أو رهن أو هبة حصة مفرزة. فالملك في المال المشاع هو الذي دفع الشريك إلى أن يتصرف في حصة مفرزة من الملك المشاع.

### منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي والنقدي لتحديد طبيعة التصرف الصادر من الشريك في حصة مفرزة ومن ثم تأصيل طبيعة هذا التصرف واستعراض الآراء والنظريات التي قيلت بهذا الشأن. وتعتمد هذه الدراسة أيضاً على المنهج الوصفي وذلك لوصف مفهوم وماهية تصرف الشريك ومن ثم تحديد وصف انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه باعتبارها بديلاً لما تم التصرف فيه.

على حصة مفرزة من الملك الشائع، وهنا تثور مشكلة التصرف القانوني في مثل تلك الحصة إذ الشريك لا يملك حصة مفرزة في المال الشائع فكيف يقدم الشريك على مثل هذا التصرف. أن إقدام الشريك المشتاع على التصرف في جزء مفرز من المال الشائع يعد انتهاكاً لأحكام ومبادئ الشيوع. وهو يعد بحد ذاته مخالفاً لما قد يجب على الشريك من احترام للملك المشاع. فهو، أي الشريك المتصرف قد قام بتطبيق قواعده وحسب أغراضه الشخصية وطموحاته الخاصة، متخلياً بذلك عن القواعد التي تحكم الملك الشائع بين الشركاء والتي فرضها القانون. تلك القواعد التي يتعين على الشريك المشتاع أن يحترمها وينصاع لها. أن تصرف الشريك المشتاع هذا يخضع لأحكام وقواعد القانون المدني في المادة (٢/١٠٣١)، التي عاجلت هذا التصرف القانوني وحددت احتمالات وقوعه والأحكام التي ينبغي أن يخضع لها.

### أهمية الدراسة

إن تصرف الشريك في جزء مفرز يثير العديد من التساؤلات والفرضيات خاصة ما يتعلق بمصير مثل هذا التصرف. فعلى سبيل المثال، تصرف الشريك في جزء مفرز من الملك الشائع يثير مسألة حسن وسوء نية المتصرف إليه (مدى علمه أو جهله بواقع العقار المتصرف فيه)، ثم مسألة وقوع القسمة وآثار التصرف قبل وقوع القسمة وبعد وقوعها. ثم مسألة مدى جواز

### مشكلة الدراسة

تحدد مشكلة البحث في المسائل التالية:

- ١- مدى جواز عدول المتصرف إليه سيئ النية قبل القسمة عن التصرف والتمسك بفسخ العقد، كون نص المادة (٢/١٠٣١) لم يعالج ذلك.
- ٢- إذا جرت القسمة بعد التصرف ولم يختص الشريك المتصرف نتيجة القسمة بأي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني آخر.
- ٣- الأساس القانوني الذي يستند إليه انتقال حصة المتصرف التي آلت إليه جراء القسمة إلى المتصرف إليه.

### خطة البحث

- المبحث الأول: أحكام التصرف بالمال الشائع.
- المطلب الأول: حكم التصرف الصادر من الشريك المشتاع في حصته الشائعة وفي المال الشائع بكامله.
- الفقرة الأولى: حكم تصرف الشريك المشتاع في حصته الشائعة من المال المشترك.
- الحالة الأولى: الأصل العام (المبدأ العام): جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات القانونية.
- ١- ماهية التصرفات التي يجريها الشريك في حصته الشائعة وثبوت الحق فيها.
  - ٢- الأساس القانوني لثبوت حق الشريك في

التصرف بحصته الشائعة.

- الحالة الثانية: الاستثناء من القاعدة العامة: عدم جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة.
- الاستثناء الأول: قيام الشريك المشتاع ببيع حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط والاختلاط.
- الاستثناء الثاني: قيام الشريك المشتاع بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشركاء الآخرين.
- الفقرة الثانية: حكم تصرف الشريك المشتاع في المال المشترك بكامله.
- المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.
- أولاً: آثار التصرف فيما بين العاقدین (المتصرف والمتصرف إليه).

- ١- آثار التصرف قبل وقوع القسمة.
  - ٢- آثار التصرف بعد القسمة.
- (أ) إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف.
- (ب) إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف.
- الحالة الأولى: المتصرف إليه يعلم أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه سيئ النية).
- الحالة الثانية: المتصرف إليه يجهل أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه حسن النية).
- الحالة الثالثة: إذا لم يختص المتصرف (الشريك) بأي جزء من المال الشائع: (لم يقع في نصيب المتصرف

يتصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وفي هذه الحالة تترتب أحكاماً عديدة على مثل هذا التصرف. ونعرض لكل من ذلك في مطلبين نخصص أولهما: لحكم التصرف الصادر من الشريك في حصته الشائعة وفي المال الشائع كله. ونعقد ثانيهما: لحكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

#### المطلب الأول: حكم التصرف الصادر من

#### الشريك المشتاع في حصته الشائعة

#### وفي المال الشائع بكامله

قد يصدر التصرف من الشريك في حصته الشائعة، كما قد يصدر التصرف من الشريك في المال الشائع كله، ولكل من هذين التصرفين أحكامه الخاصة، وسنعرض لكل من ذلك في فقرتين متتاليتين.

#### الفقرة الأولى: حكم تصرف الشريك

#### المشتاع في حصته الشائعة من

#### المال المشترك

تنقضي الملكية الشائعة بالقسمة سواء أكانت تلك القسمة رضائية أم قضائية، إذا كان المال الشائع قابلاً للقسمة، وبعد المال الشائع قابلاً للقسمة إذا كانت القسمة لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال، بحيث يصبح كل متقاسم يمتلك حصة يكون في مقدوره أن ينتفع بها الانتفاع الأكمل والأمثل. (الصد، ١٩٧٨، ص ٢١٣؛ العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٧٠، ٧٢، ٧٣؛ أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٤٥ وما

أي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع).

ثانياً: آثار التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين.

المبحث الثاني: أساس انتقال حصة المتصرف

إليه إلى ما يؤول إلى المتصرف نتيجة للقسمة.

المطلب الأول: النظريات التي قيلت لتأصيل

انتقال الحصة إلى المتصرف إليه من الشريك المتصرف.

أولاً: فكرة الحلول العيني.

ثانياً: تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز

على فكرة القسمة ذاتها.

ثالثاً: فكرة السكوت كوسيلة للتعبير عن إرادة

المتصرف إليه.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني الذي يمكن

اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة منها إلى المتصرف

إليه. (فكرة الحل الواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم

القانونية التقليدية).

#### المبحث الأول:

#### أحكام التصرف بالمال الشائع

من حق الشريك أن يتصرف في حصته الشائعة

بكافة التصرفات القانونية شريطة ألا يلحق بالشركاء

الآخرين الضرر، وشريطة ألا يكون المال مخلوطاً (في

حالة الخلط والاختلاط). أما تصرفه في المال الشائع كله

فانه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ما لم تتم إجازة

مثل هذا التصرف. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى قد

وهنا يمكننا أن ندرج في حالتين، المبدأ العام (الأصل العام)، والاستثناءات التي ترد على هذا الأصل وعلى النحو التالي:

**الحالة الأولى: الأصل العام (المبدأ**

**العام): جواز تصرف الشريك**

**في حصته الشائعة بكافة**

**أنواع التصرفات القانونية:**

١- ماهية التصرفات التي يجريها الشريك في حصته الشائعة وثبوت الحق فيها: يحق للشريك بموجب نصوص القانون المدني الأردني أن يبرم كل التصرفات القانونية التي يراها تحقق مصلحته، من بيع أو إيجار أو هبة أو رهن أو ترتيب حقوق عينية أخرى كالانتفاع والمساححة وحقوق الارتفاق على حصته الشائعة. وسبب ذلك هو أنه، أي الشريك يملك حصة ملكية تامة. (زكي، ١٩٧٨، ص ١٣٤؛ عرفة، ١٩٥٢، ص ٣٩٥؛ سوار، ١٩٩٣، ص ١٣٢ وما بعدها؛ الصده، ١٩٧٨، ص ١٨٩ وما بعدها). فحقه هو حق ملكية بالمعنى الصحيح والدقيق. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٣٧-٣٨؛ غانم، ١٩٥٩، ص ١٦٤ وما بعدها). إذ أن له كأى صاحب حق، أن يتصرف في حصته بمختلف أنواع التصرفات، وهو ما عبرت عنه المادة

بعدها). أما قبل القسمة فيمتلك الشريك الحق في أن يتصرف بحصته الشائعة المملوكة له بغض النظر عن نسبتها في المال الشائع سواء أكانت النصف أم الثلث أم الربع أم أقل من ذلك أو أكثر<sup>(١)</sup>. وسند الشريك في حقه هذا هو نص المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء دون إذن من باقي الشركاء بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". كما نصت المادة (١٠٣٢) على أنه: "للشريك في الشيوخ بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز البيع بغير إذن الشريك وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرراً بدون إذن الشريك". إذن يمكن القول بأنه يحق للشريك قبل القسمة أن يتصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات القانونية، كأن ينقل ملكيتها أو يرتب حقاً عينياً عليها ودون حاجة للحصول على إذن من باقي الشركاء، فيحق بذلك له بيع حصته الشائعة أو هبتها أو رهنها أو ترتيب حق انتفاع أو مساححة أو حق ارتفاق عليها، إلى غير ذلك من التصرفات القانونية شريطة عدم إلحاق الضرر ببقية الشركاء<sup>(٢)</sup>. (٢)

(١) المادة (١/١٠٣١) والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني،

(راجع للمزيد من التفاصيل فرج، ١٩٩٣، ص ٢٠٤).

(٢) المادة (٢١٥) والمادة (١٠٨٨) من مجلة الأحكام العدلية،

(للمزيد من التفاصيل راجع حيدر، ١٩٩١، ص ٤٨ وما

بعدها).

وذلك عن طريق الشفعة. (سعد، ٢٠٠٣، ص ١٤٧).

ولا يقتصر حق الشريك على حصته الشائعة في أن يتصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية، إلى الغير كلاً أو بعضاً، وإنما له الحق كذلك في أن يرتب عليها (أي على حصته الشائعة)، حقاً للغير، مثل ترتيب حق الانتفاع أو حق المساطحة، أو حق الارتفاق (بالمرور، أو المسبل، أو المجرى، أو الشرب) أو يرهنها رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً. (غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٦ وما بعدها. سعد، ٢٠٠٣، ص ١٥٣ وما بعدها؛ عبد الرحمن، ٢٠٠٤، ص ٩٤ وما بعدها). فمثل هذه الحقوق التي يرتبها الشريك على حصته الشائعة لمصلحة الغير تعتبر صحيحة وناظفة في حق سائر الشركاء ولو بدون موافقتهم على ذلك. ويصبح صاحب حق الانتفاع هو صاحب الحق في ثمار ومنفعة الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حق الانتفاع. وكذلك بالنسبة للرهن الذي يرتبه الشريك المشتاع على حصته، فإنه يكون صحيحاً وناظفاً تجاه كل الشركاء دون استثناء<sup>(٣)</sup>. (غانم، ١٩٥٩، ص ١٥٢ وما بعدها. أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٣٤؛ مبارك، ١٩٩٥-٢٣٥، ١٩٩٦)، ويكون للدائن المرتهن

(١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني سالفه الذكر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يعد تصرفاً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية كاملة، ويعد هذا التصرف نافذاً في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم، وبذلك يمكن القول بأن هذا التصرف تترتب عليه آثاره حسب القواعد العامة، مع ضرورة مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل إذا كانت الحصة الشائعة، محل تصرف الشريك، حصة في عقار ضمن مناطق التسوية، أو حصة في مركبة أو في سفينة أو في طائرة، فينتقل حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه (المشتري أو الموهوب له)، ويصبح هذا الشخص (المتصرف إليه) شريكاً مع بقية الشركاء الآخرين وذلك في حدود الحصة التي تلقاها من المتصرف. (الصـــــــده، ١٩٧٨، ص ١٨٩-١٩٠. سعد، ٢٠٠٣، ص ١٤٦ وما بعدها).

غير أنه إذا كانت الحصة المتصرف فيها هي حصة شائعة في عقار، وكان المشتري أجنبياً عن بقية الشركاء، وأراد هؤلاء أن يتمسكوا بالشفعة في مواجهة المشتري، فإن لهم ذلك، إذ أن لأي من الشركاء الآخرين منع المشتري الاجنبي من الدخول شريكاً في العقار المشاع،

(٣) انظر أيضاً نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن، وبموجب النص السابق، يمكن أن يتحول الرهن بعد القسمة إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الراهن. أما إذا وقع كل العقار في نصيبه، فإن الرهن يبقى على الحصة الشائعة فقط دون أن يتجاوزها إلى العقار كله. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٣٥؛ سوار، ٢٠٠٦، ص ٦٩).

وأما إذا اختص المدين الراهن بعقار آخر غير العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه، فإن الرهن ينتقل إلى هذا العقار بحدود الحصة المرهونة، مع ضرورة تسجيل الرهن في دائرة التسجيل المختصة<sup>(٤)</sup>. (سوار، ٢٠٠٦، ص ٧٠). وأما إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود فإن الرهن التأميني ينقضي، حيث يحق للدائن المرتهن هنا أن يستوفي حقه في مواجهة المدين من هذه النقود التي اختص بها الراهن بدلاً من العقار<sup>(٥)</sup>. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٣٥؛ أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٣٥ وما بعدها) وأما إذا وقع في نصيب الراهن مال منقول آخر عدا النقود، فإنه قد اختلف الشراح في الحكم الذي يمكن تقريره هنا وعلى النحو التالي:

١- ذهب رأي إلى القول بأن الرهن لا

عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن الحق في التنفيذ على الحصة المرهونة. فتباع الحصة المرهونة جبراً على الشرك ويحل الراسي عليه المزداد محل ذلك الشريك الراهن فيصبح هو الشريك في الشيوع بدلاً من الشريك الراهن.

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هو: ما هو مصير حق الرهن أو حق الانتفاع الذي رتبه الشريك المشتاع على حصته الشائعة، إذا تمت قسمة المال الشائع قبل أن يتم التنفيذ من قبل الدائن المرتهن بحقه على الحصة الشائعة المرهونة أو قبل انقضاء حق الانتفاع؟

بالنسبة لرهن الحصة الشائعة، ومصير الرهن الذي رتبه الشريك على تلك الحصة إذا تمت قسمة المال الشائع قبل أن يتم التنفيذ على تلك الحصة من قبل الدائن المرتهن، تقضي المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "١- للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن إلى الحصة المفترزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل. ٢- وتخصص المبالغ التي تستحق له من تعادل الحصص أو ثمن العقار لسداد دين الرهن".

يتضح لنا من تحليل نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني سالف الذكر، أن القانون المدني الأردني لم يعرض إلا لحالة واحدة، هي حالة الحصة المفترزة التي وقعت

(٤) راجع أيضاً المادة (٢/١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

(٥) انظر كذلك المادة (٢/١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

ليس كالمقول، ثم أن تبديل محل الرهن بمحل جديد (منقول)، يحتاج إلى إبرام عقد جديد، وتسجيل للعقد الجديد في الدائرة المختصة، هذا إذا كان المال المنقول الجديد من المنقولات التي يمكن تسجيلها. إضافة إلى ذلك أن منطوق نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني أشار إلى تحول الرهن إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيب الراهن مع مراعاة قيد التسجيل، ولم يقل النص بتحول الرهن إلى المنقول الجديد الذي يحل محل الحصة المرهونة، وعليه فإنه يحق للدائن المرتهن في مثل هذه الحالة المطالبة بسداد الدين أو بترتيب ضمان جديد بدلاً من الحصة المرهونة الشائعة التي لم تعد ملكاً للمدين الراهن، وذلك قياساً على أحكام هلاك المال المرهون ضماناً للمدين بسبب المدين. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٢٧٣ وما بعدها. تناعو، ١٩٩٤، ص ٢١٧؛ مبارك، ١٩٩٥ - ١٩٩٦، ص ٢٥٠). إذ الخيار للدائن في ذلك بموجب أحكام المادة (١٣٣٨) من القانون المدني الأردني، التي تقضي بأنه: "١- إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه فوراً أو تقديم ضمان كاف لدينه". هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أن القول بتحول الرهن إلى المنقول الجديد فيه إهدار لحق الدائن المرتهن دون مبرر

ينتقل إلى المنقول الذي حل محل الحصة الشائعة المرهونة في العقار. (السنهوري، ٢٠٠٠، فقرة ١٤٦، ص ٣٣١).

٢- ذهب رأي آخر إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول الذي حل محل الحصة الشائعة المرهونة في العقار، وذلك كرهن حيازي. (البدرابي، ١٩٥٦، ص ٤٦).

٣- ذهب رأي ثالث إلى القول بأنه طبقاً لقواعد واحكام القانون المدني الأردني ينتقل الرهن إلى المنقول كرهن حيازي، إذا كان هذا المنقول من المنقولات ذات الطبيعة الخاصة (أي المنقولات الخاضعة للتسجيل). أما إذا كان من المنقولات العادية (أي المنقولات غير الخاضعة للتسجيل)، فيرى أصحاب هذا الرأي أنه طبقاً لما تقضي به قواعد العدالة ومنعاً لاحتمالات التواطؤ بين الشركاء، أن الرهن ينتقل إلى ذلك المنقول باعتباره رهناً حيازياً. (مبارك، ١٩٩٥ - ١٩٩٦، ص ٢٣٥ وما بعدها. منصور، ١٩٩٥، ص ٥٥؛ العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٢٦١).

ونرى من جهتنا أن الرهن التأميني لا يمكن أن ينتقل إلى المال المنقول الذي اختص به الشريك الراهن بدلاً من الحصة الشائعة في العقار. وذلك لأن المال البديل الجديد يعد مالاً منقولاً، والمال المرهون أصلاً هو عقار، والعقار

حصته كيف يشاء دون اذن باقي الشركاء بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". كما ونصت المادة (١٠٣٢) على أنه: "للشريك على الشيوع بيع حصة بلا اذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير اذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضراً بدون اذن شريكه".

يتضح لنا من منطوق نص المادة (١/١٠٣١) السابقة ومن سياقه أن للشريك سنداً قانونياً في التصرف بحصته، وهذا السند تمثل في اعتراف مشرع القانون المدني الأردني بثبوت مثل هذا الحق للشريك. ولم يحدد النص طبيعة تلك التصرفات وإنما أطلقها، وعليه يمكن القول بأن التصرف قد يشمل التصرف القانوني والتصرف المادي أيضاً<sup>(٦)</sup>، إذ المطلق يجري على إطلاقه. وعليه يمكننا القول بأن حق التصرف القانوني يشمل نقل ملكية الحصة الشائعة، وكذلك ترتيب الحقوق العينية عليها. مثل حق الرهن والانتفاع والمساطحة والحقوق المجردة وغيرها.

مقبول، إذ الدائن ركن واستند إلى عقار لضمان دينه بما لهذا العقار من قوة وثبات، على العكس من المنقول الجديد الذي قد لا يحمل مثل هذه الصفات. هذا بالنسبة لحق الرهن الوارد على الحصة الشائعة المرهونة.

أما فيما يتعلق بحق الانتفاع ومصيره إذا تمت قسمة المال المثلث بحق الانتفاع قبل أن ينقضي هذا الحق، فإنه يمكن القول بأن القانون المدني الأردني لم يعرض لمصير حق الانتفاع إذا تمت قسمة هذا المال قبل أن ينقضي هذا الحق. ونرى أنه يمكن قياس حق الانتفاع على حق الرهن والعمل بموجب ما تقضي به المادة (١٣٣١)، والقول بتحول حق الانتفاع إلى الحصة المفزعة التي تقع في نصيب المالك بعد القسمة. أما إذا وقع في نصيب الشريك عقار أو منقول آخر سواء أكان المنقول خاضعاً للتسجيل أم غير خاضع له. فإن حق الانتفاع لا يتحول إليه إلا باتفاق آخر جديد، مع مراعاة قيد تسجيل مثل هذا الاتفاق الجديد في الدائرة المختصة. وقس على ذلك ما يتعلق بالنقود أو الأشياء الأخرى.

٢- الأساس القانوني لثبوت حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة: تقضي المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في

(٦) باعتبار أن الشريك يمتلك حصته ملكية تامة وحقه في هذه الحصة حق ملكية بالمعنى الدقيق، ومن هنا يمكن القول بأن حقه في التصرف في حصته الشائعة يشمل التصرف المادي، وكذلك التصرف القانوني، مع الأخذ بنظر الاعتبار حقوق الشركاء الآخرين وعدم الأضرار بهم. (راجع في تفاصيل ذلك غانم، ١٩٥٩، ص ١٦٤ وما بعدها).

(سوار، ٢٠٠٦ ص ١٢٧ ؛ غانم، ١٩٥٩ ، ص ١٤٤ وما بعدها ؛ الصده، ١٩٧٨ ، ص ١٧٨ وما بعدها). وذلك لانعدام الولاية على محل التصرف ، كما أشارت المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله".

ثم أن الملاحظ هو أن المشرع قد قيد حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة بعدم الإضرار بالشركاء الآخرين. وهذا يعد قيداً استثنائياً يرد على حرية وحق الشريك في التصرف في الحصة الشائعة، مما يستلزم حصول الشريك، في هذه الحالة، على إذن بقية الشركاء، لأنه إذا انطوى التصرف على مضرة، فإنه لا بد من أن يتنازل الشريك الذي تعرض للضرر، عن حقه بإجازة تصرف الشريك محدث الضرر جراء تصرفه في حصته الشائعة.

ولنا هنا أن نساءل عن طبيعة الضرر الذي يجب أن يتجنبه الشريك المتصرف عند تصرفه في حصة شائعة، إذ النص يقول: "...بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء الآخرين". وأكدت على تجنب الضرر أيضاً المادة

فللشريك على الشيوخ الحق في بيع حصته الشائعة أو هبتها أو ترتيب أي من الحقوق العينية التبعية أو الأصلية عليها، وتصرفاته تلك تكون نافذة في مواجهة بقية الشركاء دونما حاجة إلى إذن منهم، إذا توافرت شروط وأركان التصرف من تراضي ومحل وسبب وشكلية (تسجيل). وهو ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية الموقرة في قرار لها جاء فيه أنه: "من حق الشريك في المال المشترك التصرف بالعقار المشترك باعتباره شريكاً في كل جزء منه". (تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٣٣٦٧ ، بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٧. تمييز حقوق رقم ٩٩/٣٢١ ، مجلة نقابة المحامين، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٤٧٥).

ويلاحظ على قرار محكمة التمييز الأردنية هنا أن المحكمة أشارت إلى حق الشريك في التصرف في العقار المشترك، وكان الأجدر لو أنها أشارت إلى التصرف في الحصة الشائعة في العقار المشترك لكي لا يفهم من القرار المذكور أن المحكمة الموقرة تجيز للشريك في أن يتصرف في المال المشترك كله، وهذا لا يجوز. إذ أن تصرف الشريك في العقار الشائع كله ينعقد صحيحاً نافذاً في حصة الشريك نفسه، وموقوفاً (غير نافذ) فيما زاد عن حصته في ذلك العقار، لأنه يعد من قبيل التصرف في ملك الغير.

ينطوي على ضرر بالشريك الآخر، وإذا تمخض تصرف الشريك عن ضرر بشريكه فلا بد من موافقة ذلك الشريك الآخر على التصرف<sup>(٧)</sup>. ثم إلى جانب ذلك، قيام الشريك ببيع حصته لأجنبي في حالة الخلط والاختلاط حيث أن الشراكة الحاصلة هنا لا تجعل المال شائعاً في كل ذرة من ذراته، بل كل ذرة أو كل حبة في المال المخلوط تكون بجميع أجزائها ومكوناتها ملك لأحد الشريكين وليس للشريك الآخر أي حصة فيها<sup>(٨)</sup>. وهو ما سنعرض له في الفقرة التالية:

**الحالة الثانية: الاستثناء من القاعدة العامة: عدم جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة:** يستثنى من الأصل العام، أن الشريك لا يجوز له أن يتصرف بحصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات القانونية، ما لم يحصل على إذن من الشريك الآخر أو من الشركاء الآخرين. ويتمثل

(١٠٣٢) من القانون المدني سالفه الذكر بقولها: ".... وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرّاً بدون إذن شريكه".

إن التصرف المضر الذي من الممكن أن يتحقق جراء تصرف الشريك في حصته الشائعة هو على سبيل المثال، القيام باستعمال الحصة الشائعة أو باستغلالها على وجه يؤثر سلباً على استعمال واستغلال بقية الشركاء، أو عندما تكون الأرض وما عليها من بناء، على سبيل المثال مشتركة بين شريكين وقام أحد الشريكين ببيع حصته لشخص أجنبي، واشترط المشتري الأجنبي الهدم. فهنا ينطوي التصرف في الحصة على ضرر للشريك الآخر، لأنه في مثل هذه الحالة إذا تحقق تصرف الشريك بما اقترن به من شرط، فسوف يقوم المشتري بهدم البناء. وفي الهدم ضرر للشريك الباني.

ولتحديد طبيعة الضرر الذي ينطوي عليه تصرف الشريك في حصته مما يستلزم معه الحصول على الموافقة من شريكه، نقول أن طبيعة الضرر، تختلف بحسب طبيعة العقار، وبحسب طبيعة تصرف الشريك. وعند الاختلاف على طبيعة الضرر، قد يلجأ الشريك إلى المحكمة وقد يطلب القسمة عند الضرورة تجنباً لما قد يلاقه من شريكه من أضرار. المهم من كل ذلك هو أن تصرف الشريك يجب ألا

(٧) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (٩٨٤/٤٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٥، القسم الأول، ص ٣٤٤، وقرار محكمة التمييز رقم (٩٨٥/٦٧٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٦، ص ٤٩٢. وقرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤/٦١) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٥، القسم الأول، ص ٣٤٢.

(٨) المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني، وانظر نص المادتين (٢١٥، ١٠٨٨) من مجلة الأحكام العدلية. (للمزيد من التفاصيل راجع حيدر، ١٩٩١، ص ٤٩-٥٠. العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٤).

هذا الاستثناء بحالتين هما كما يأتي :

١- قيام الشريك المشتاع ببيع حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط والاختلاط.

٢- قيام الشريك بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشريك الآخر أو ببقية الشركاء.

ونعرض هنا لكلا هذين الاستثنائين كل على حدة فيما يأتي :

**الاستثناء الأول: قيام الشريك المشتاع ببيع حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط والاختلاط:** المقصود بالخلط هو قيام شخصين اثنين بخلط مالهما بالاتفاق، أو قيام أحدهما بخلطه بإذن الآخر، أو قيام شخص أجنبي بخلط المال بإذن هذين الشخصين.

أما الاختلاط، فهو يتحقق من تلقاء ذاته دون إرادة أصحاب المال. وفي كلتا الحالتين (حالة الخلط وحالة الاختلاط)، لا يمكن تمييز هذه الاموال عن بعضها كما ولا يمكن تفريق هذه الاموال المخلوطة أو المختلطة بعضها عن بعض. ومثال ذلك ما إذا اختلط الجنس بالجنس، كالشعير يختلط بالشعير، أو القمح يختلط بالقمح، أو الزيت بالزيت. أو يصعب تفريق هذه الاموال عن بعضها ويصعب تمييزها كذلك، كاختلاط أو خلط شعير مع قمح، أو

خلط زيت مع دبس<sup>(٩)</sup>. أما سبب عدم جواز بيع الحصة الشائعة لأجنبي، إلا بإذن الشريك الآخر، في حالة حصوله، هو أن الشراكة الحاصلة بسبب الخلط والاختلاط لا تجعل من المال مالاً شائعاً ومشترکاً في كل ذرة من ذرات المال الذي حصل فيه الاختلاط أو الخلط، وإنما كل حبة أو كل ذرة من الشيء المخلوط تكون بجميع أجزائها ملكاً لأحد الشريكين وليس للشريك الآخر حصة فيها. وبناء على ذلك لو قام أحد الشريكين ببيع حصته للغير فلا يمكن أن يتم تفريق تلك الحصة عن حصة الشريك الآخر ولا يمكن تسليم حصة البائع إلا مخلوطة بحصة شريكه، ولذلك فهو، أي الشريك البائع للشيء المخلوط، يحتاج إلى إذن شريكه لكي يتمكن من التسليم. وأما إذا قام ببيع هذا المال المخلوط لشريكه، فهذا البيع جائز لتتحقق القدرة على التسليم. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٤).

والملاحظ هنا أن نص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني قد أشار إلى عدم جواز البيع بغير إذن الشريك في حالة الخلط والاختلاط. فهل يعني عدم الجواز الوارد في

(٩) المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني، (انظر للمزيد من التفاصيل، حيدر، ١٩٩١، ص ٤٩-٥٠، في شرحه للمادتين (٢١٥، ١٠٨٨) من المجلة).

ص ٢٨٨ وما بعدها).

**الاستثناء الثاني: قيام الشريك المشتاع بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشركاء الآخرين:** إذا انطوى تصرف الشريك المشتاع في حصته على ضرر للشريك الآخر أو لبقية الشركاء، فإن تصرفه هذا يستلزم الإذن من الشركاء الآخرين. وقد وردت هذه الحالة وأعني بها حالة انطواء التصرف على ضرر بالشركاء الآخرين في كل من المادة (١/١٠٣٠) والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني. فالإذن هنا واجب لكي ينفذ التصرف في حق الشركاء الآخرين. إذ الإذن هنا بمثابة إجازة لتصرف الشريك الذي ينطوي على الإضرار ببقية الشركاء، وعليه فتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى الغير إذا كان فيه ضرر لبقية الشركاء، فإنه يعد تصرفاً صحيحاً غير نافذ، لا بد من إجازته من قبل من يملك الحق في الإجازة. وبعد الإجازة ينفذ التصرف في حق هؤلاء الشركاء. وقد يتحقق الضرر جراء تصرف الشريك عندما تكون الأرض وما عليها من بناء مشتركة بين شريكين أو أكثر، فلا يستطيع الشريك أن يبيع حصته في هذه الأرض إلى مشتري أجنبي إذا كان هذا المشتري يشترط على البائع الهدم (هدم البناء الذي في الأرض المشاعة)، لأنه في هذه الحالة يجب عليه، أي

نص المادة (١٠٣٢) سالفه الذكر، هو البطلان أم الفساد، أم التوقف أم عدم اللزوم؟ أشار بعض الشراح، إلى أن البيع يعد فاسداً بقوله: "ويعود السبب في عدم جواز بيع الحصة الشائعة لأجنبي إلا بإذن الشريك الآخر وفساد هذا البيع في حالة حصوله، إلى أن الشركة الحاصلة بسبب الخلط أو الاختلاط لا تجعل من المال مشتركاً أو شائعاً في كل ذرة من ذراته". (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٤).

ولا نعتقد من جهتنا أن البيع الوارد على المال المخلوط هو بيع فاسد، وإنما هو بيع موقوف، لأنه ورد على مال مملوك للغير، إذ الشريك البائع هنا قد قام ببيع ملكه وملك غيره، فهو صحيح نافذ في بيع ملكه، وموقوف، أي صحيح غير نافذ، في بيع ملك الغير. فلا بد من إجازته من قبل مالكة حتى ينفذ ويرتب آثاره. وهنا يمكننا القول بأنه لا يوجد أي مجال ولا توجد أي فرصة لتطبيق نظرية انتقاص العقد الموقوف، التي استقاها وأخذ بها القانون المدني الأردني من الفقه الإسلامي. لأن المال المبيع يشكل وحدة غير قابلة للتجزئة، إذ أن المال المخلوط ليس في مقدور أي من الطرفين تجزئته، وفصل ماله المبيع عن مال شريكه. (السرحدان، وخاطر، ٢٠٠٥، ص ٢٠٤ وما بعدها؛ الجبوري، ٢٠١١،

تعتبر الشريك المحدث فضولياً وتمنح لبقية الشركاء الحق في مطالبته بهدم ما أحدثه. وإذا كان الهدم مضرراً بالأرض كان لهم تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع. (وثانيهما): إذا أقيمت المحدثات في قسم من الأرض فإن المحدث يضمن ما يصيب شريكه من قيمة المحدثات قائمة وتقسم الأرض بين الشركاء. فإذا وقع القسم الذي أقيمت عليه المحدثات في نصيب الشريك الآخر، فإنه يطبق عليه الحكم السابق (في الفقرة السابقة)، أما إذا وقع في نصيب المحدث فإنه يكون وكأنه قد بنى في ملكه<sup>(١٢)</sup>.

#### الفقرة الثانية: حكم تصرف الشريك

##### المشتاع في المال المشترك

##### بكامله

إن المال المشاع مملوكاً على الشيوع لكل الشركاء، وكل شريك له كامل الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات القانونية، وأن يرتب عليها ما يشاء من الحقوق العينية والشخصية ولا يحتاج في إجراء مثل تلك التصرفات وترتيب تلك الحقوق إلى إذن أو إجازة من أحد من الشركاء الآخرين. ولا يقيد

البائع أن يقوم بهدم حصته في البناء ولا يتصور أن يتم هدم حصة البائع دون أن يلحق حصة الشريك الآخر ضرر ما. وبذلك يتحقق ضرر للشريك الآخر الذي لم يقيم ببيع حصته، فلكي يكون البيع نافذاً في حقه وفي مواجهته يتعين أن يجيز ذلك البيع، وإلا فإن البيع باطل ولا يرتب أي أثر. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٤٠. حيدر، ١٩٩١، ص ٤٨)<sup>(١٠)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يقوم بإنشاء بناء أو غراس أو أشجار على الأرض المشاعة دون موافقة الشركاء الآخرين<sup>(١١)</sup>. وإذا بنى أحد الشركاء أبنية أو غرس أشجار في الأرض، فإنه يجب تطبيق أحكام المادة (١٤) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة الأردني رقم (٤٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل، وبموجب حكم المادة (١٤) سالفة الذكر يتعين التمييز هنا بين أمرين: (أولهما): إذا أقيمت منشآت ومحدثات في الأرض، فيجب العمل بحكم المادة (١٢) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة، والتي

(١٠) وانظر كذلك المادتين (٢١٥، ١٠٨٨) من مجلة الاحكام العدلية، راجع ايضاً ما تقدم من هذا البحث ص ١٤-١٥.

(١١) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤/٤٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ٥، القسم الأول، ص ٣٤٤.

(١٢) راجع قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤ / ٦١) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ٥، القسم الأول، ص ٣٤٢.

زاد على حصته هو. أما فيما يتعلق بحصته فإن التصرف  
ينعقد صحيحاً نافذاً. فإذا إجاز بقية الشركاء تصرف  
شريكهم في حصصهم عدت الإجازة بمثابة التوكيل،  
لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة<sup>(١٤)</sup>.

أما إذا لم يميز الشركاء الآخرين التصرف  
الصادر من الشريك في حصصهم فإن مثل هذا  
التصرف يكون باطلاً. وإذا هلك المبيع قبل الإجازة في  
يد المشتري فإن الشريك البائع يضمن الهلاك لشركائه  
الآخرين باعتباره غاصباً<sup>(١٥)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن تصرف الشريك  
المشتاع في الملك المشاع كله أو في مقدار شائع منه يزيد  
على حصته هو في هذا الملك، يعد تصرفاً صحيحاً بينه  
وبين المتصرف إليه، لكنه يعد تصرفاً غير نافذ في حق  
الشركاء. وعليه فإنه لا يحق للمتصرف إليه، لا قبل  
القسمة ولا بعدها، طلب بطلان التصرف أو وقفه أو  
فسخه، إلا على أساس عيب من عيوب الإرادة،  
شاب إرادته هو أثناء التصرف، كأن تعرض للإكراه أو  
وقع في غلط في صفة جوهرية في محل التصرف أو  
تعرض لتغريم مع غبن فاحش. أما ما عدا ذلك فإن  
التصرف يعد نافذاً في حقه. (سوار، ١٩٩٣ ص ١٢٧  
وما بعدها).

(١٤) المادة (٨٣٩) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه:  
"تعتبر الإجازة اللاحقة للتصرف في حكم الوكالة الشائعة".

(١٥) المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني. (للمزيد من التفاصيل  
راجع الجبوري، ٢٠٠١، ص ٣٠٦ وما بعدها).

في تصرفاته هذا الا استثنائين أشرنا لهما سابقاً<sup>(١٦)</sup>. هذا  
من ناحية.

ومن ناحية أخرى، يعد كل شريك في حصته  
أجنبياً عن بقية الشركاء فليس له الحق في أن يتدخل في  
شؤون شركائه عندما يستغلون حصصهم أو يتصرفون  
فيها. ثم إنه ليس من شك في أن للشريك المشتاع الحق  
في أن يتصرف في الملك المشترك إذا أذن له كل شركائه  
الآخرين، سواء أكان تصرفه هذا تصرفاً مادياً أم  
قانونياً. فيجوز للشريك المأذون له في أن يتصرف في  
الملك المشترك في حدود الإذن الممنوح له من قبل  
شركائه الآخرين ويستوي هنا أن يكون هذا التصرف  
ضاراً ببقية الشركاء أو نافعاً لهم، لأنه يعد أصيلاً عن  
نفسه باعتباره شريكاً ووكيلاً عن شركائه الآخرين  
باعتباره مأذوناً له بالتصرف. (عرفة، ١٩٥٢، فقرة  
(٣٠٣)، منصور، ١٩٩٥، فقرة (٦٩)، ص ١٧٩،  
غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٤، فقرة (٦٩)).

أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً له في أن يتصرف  
في الملك المشترك، فإنه ليس له أن يجري أي نوع من  
أنواع التصرفات سواء القانونية منها أم المادية. وإذا  
تصرف مثل هذا الشريك في الملك المشترك كله أو جزء  
منه بما يزيد على حصته هو، رغم عدم وجود الإذن،  
كان تصرفه صحيحاً غير نافذ موقوفاً على إجازة  
الشركاء الآخرين، باعتباره تصرفاً في ملك الغير فيما

(١٦) انظر ما تقدم من هذا البحث ص ١٧ وما بعدها.

إليه طلب إبطاله إلا على أساس الغلط الجوهرى في صفة المحل، وذلك إذا كان المتصرف إليه يجهل أن العين المتصرف بها إليه، مملوكة على الشيوع. (غانم، ١٩٥٩، فقرة (٧٨)، الوكيل، فقرة (٤٣، ٤٥)).

في حين يرى الجانب الأكبر من الشراح أن تصرف الشريك هنا كله يعد تصرفاً في ملك الغير، مما يحق للمشتري أن يطلب إبطال العقد. (شحاته، ١٩٥١، فقرة (١٤٣). سلطان، فقرة (٤١٥). البدرأوي، ١٩٥٦، فقرة (١٣٥). منصور، ١٩٩٥، فقرة (٦٩)، ص ١٧٩).

ونرى أن من حق المتصرف إليه أن يرجع في عقده المبرم مع الشريك المتصرف في المال الشائع كله قبل إجراء القسمة من قبل الشركاء، أو حتى قبل عدم إقرار الشركاء لهذا التصرف، أو رفضهم له وذلك لأن المتصرف لا يملك المال الذي تصرف فيه كله، وإنما يملك حصة شائعة فيه. وما زاد عن حصته يعد تصرفه فيه تصرفاً في ملك الغير ينعقد موقوفاً على إجازة الشركاء الآخرين.

**المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز**

#### من المال الشائع

يجب لتحديد حكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، أن نميز بين الآثار التي تترتب على هذا التصرف فيما بين المتصرف والمتصرف إليه، (أي فيما بين العاقدين)، أولاً، ومن ثم بالنسبة لبقية الشركاء ثانياً، وعلى النحو التالي:

أما الشركاء الآخريين فإنه يحق لهم رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقهم في الملك المشاع الذي تصرف به شريكهم. كما يحق لهم أن يجيزوا التصرف فينفذ عندئذ في حق الشركاء كافة، كما أشرنا سابقاً.

ويرد هنا التساؤل التالي: ألا يحق للمتصرف إليه أن يرجع في عقده المبرم مع الشريك المتصرف، عندما يعلم أن الشريك يتصرف بكل المال الشائع وهو لا يملك إلا حصة معينة منه؟ وهل يجب التمييز فيما إذا كان المتصرف إليه يعلم بحقيقة ملك الشريك المتصرف أو لا يعلم؟

لم يضع القانون المدني الأردني جواباً لمثل هذا التساؤل، ولذلك ذهب بعض الشراح، إلى أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع وكان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ولم يكن في مقدوره استخلاص ملكية المال كله له، فإن من حق المشتري أن يطلب فسخ العقد. أما إذا كان المتصرف إليه (المشتري) يعتقد وقت البيع أن المال المتصرف فيه مملوك للبائع وحده فإن البيع يكون قابلاً للإبطال لغلط جوهرى في صفة في المحل، في حصة الشريك البائع، وفي حصص بقية الشركاء، لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير. (السنهوري، ج ٤، ٢٠٠٠، فقرة (١٦٩)، السنهوري، ج ٨، فقرة ٥٣٣ و ٥٣٤).

بينما يرى فريق آخر من الشراح، أن هذا التصرف يقع صحيحاً بين طرفيه، لأنه يصدر من مالك يرد حقه على الشيء الشائع كله، فلا يجوز للمتصرف

## أولاً: آثار التصرف فيما بين العاقدين (المتصرف والمتصرف إليه)

قد يتصرف أحد الشركاء بجزء مفرز من الملك المشترك بلا إذن من شركائه، كأن يقوم ببيع نصف الأرض المشتركة أو ثلثها لشخص آخر، باعتباره جزءاً مفرزاً ومحددًا من المال المشترك. فما هو حكم مثل هذا التصرف بين المتعاقدين؟

تقضي المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "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 إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد فله الحق في إبطال التصرف أيضاً".

يتضح من خلال منطوق نص المادة (٢/١٠٣١) السابقة أن مقصود المشرع بالتصرف الواقع على جزء مفرز هو تبرير لتصرف قد يقوم به المالك على الشيوخ على جزء مفرز من المال الشائع يقوم به هذا المالك خلافاً لما قد يجب عليه من احترام الملك الشائع الذي يشترك معه فيه شركاء آخرون. فالتصرف هنا قد طبق قواعده هو حسب أغراضه وطموحاته ومتخلياً عن تطبيق قواعد الملك الشائع التي فرضها القانون ونظمها، والتي يتعين عليه احترامها والانصياع لقواعدها.

كما يتضح لنا من خلال التمعن في نص المادة (٢/١٠٣١) السابقة أن للشريك إذا تصرف في حصة مفرزة من المال الشائع، فإن هذا التصرف يختلف حكمه وتختلف آثاره قبل وقوع القسمة عنها بعد وقوع القسمة. إذ ينبغي لنا هنا أن نفرق بين وقتين لحكم التصرف، وذلك حسبما يترأى لنا من نص المادة المذكورة اعلاه وعلى النحو التالي:

١- آثار التصرف قبل وقوع القسمة: لم يحدد القانون المدني الأردني حكم مسألة التصرف في حصة مفرزة قبل وقوع القسمة، وهنا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في التصرفات، والقواعد العامة في الشيوخ. وبناءً على هذه القواعد العامة فإن التصرف الذي أجراه هذا الشريك ينعقد صحيحاً فيما بين العاقدين، لأنه تصرف فيما يملك، ويرتب آثاره كاملة. ولنا هنا أن نتساءل عما جاء في رأي بعض الشراح والقول، أصحح أن الشريك قد تصرف فيما يملك؟ (غانم، ص ١٤٤ وما بعدها؛ الوكيل، ١٩٥٩، فقرة (٤٣، ٤٥)؛ شحاته، ١٩٥١، فقرة (١٤١)). أم أن الشريك قد تصرف في حصة مفرزة يمتلكها هو وبقيه الشركاء، وبالتالي يعد وكأنه قد تصرف في ملك الغير لا في ملكه هو؟ (الصد، ١٩٧٨، ص ١٨٠؛ وانظر أيضاً هامش (٢) من ص ١٨١). أم أن تصرف الشريك في جزء مفرز لا يعد قبل القسمة تصرفاً في ملك الغير، وإنما يقع صحيحاً على اعتبار أن المشتري يصبح مالِكاً على الشيوخ بنسبة الجزء الذي اشتراه من الشريك.

١- افتراض أن المتصرف إليه يعتقد أن الشريك يملك هذا الجزء المفرز لذلك أقدم على بيعه له وهو أقدم على شرائه. بمعنى أن المشتري كان حسن النية. وبذلك يكون المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، بأن اشترى أرضاً على أساس أنها مفرزة فإذا هي حصة شائعة. والحكم هنا هو أن البيع يعد منطوياً على غلط جوهرى، يحق للمشتري بموجبه أن يفسخ العقد لأن البيع يكون صحيحاً نافذاً غير لازم قابل للفسخ. أو أن يقر البيع ويقبل به منتظراً نتيجة القسمة، وله ألا ينتظر القسمة.

٢- افتراض علم المتصرف إليه بأن الشريك يبيعه حصة مفرزة وهو لا يملك إلا حصة شائعة من الملك الشائع، وهنا لا يكون المتصرف إليه حسن النية بل سيء النية، ولا يكون في هذه الحالة قد وقع في غلط جوهرى، لأنه يعلم أن الجزء الذي اشتراه كان مشاعاً وليس مفرزاً. وفي هذه الحالة يستحق المشتري أن يلزم بالجزء الذي اشتراه ولا يحق له العدول عن البيع تحت أي ذريعة.

وهنا يمكن القول بانتظار نتيجة القسمة، إلا إذا أقر الشركاء الآخريين تصرف الشريك في الحصة المفرزة. فإن التصرف يصبح نافذاً في حق الشريك المتصرف والشركاء الآخريين.

إذن الأصل أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من الملك الشائع ولو كان ما تصرف فيه يعادل تماماً حصته في الشيء المشاع، وهذا ما يتفق مع

(عبد الباقي، ١٩٥٤، فقرة (١٣٨)؛ البدرأوي، ١٩٥٦، فقرة (١٣٢)).

في الحقيقة أن الشريك الذي تصرف في جزء مفرز يمكن القول بأنه يمتلك ولو جزءاً من هذا الجزء المفرز. فعلى سبيل المثال لو أن الأرض المشاعة كانت مساحتها (١٠٠٠٠)م<sup>٢</sup>، وكانت مملوكة على الشيوخ لأربعة شركاء كل شريك منهم له (٢٥٠٠)م<sup>٢</sup>، وقام أحدهم ببيع حصته (٢٥٠٠)م<sup>٢</sup> مفرزة، أي كأن يكون قد باع الجزء الشمالي الشرقي من الأرض، إلى مشتر بمساحة (٢٥٠٠)م<sup>٢</sup>، فالبائع الشريك لا يملك الحق في بيع هذا الجزء، نعم هو يملك ربع الأرض التي تقدر مساحتها بـ (٢٥٠٠)م<sup>٢</sup>، لكنه لا يملك هذا التحديد وهذا الجزء بالذات. فهذا الجزء مملوكاً للشركاء الأربعة، ويمكن القول تبعاً لذلك أن الشريك البائع يملك حصة شائعة في هذا الجزء المفرز. إذن لا يمكن القول بأن البائع يعد كأنه قد باع ملكه لأنه لا يملك إلا حصة شائعة في كل ذرة. وعليه فإن حكم التصرف فيما بين العاقدين هو موقوف على إجازة بقية الشركاء لأن التصرف وقع على جزء من حصصهم في هذا الجزء المفرز الذي تم بيعه. بمعنى أن التصرف يصبح نافذاً في حق الشركاء إذا أقر هؤلاء الشركاء تصرف شريكهم في ذلك الجزء المفرز.

وهنا لا بد من افتراض ما قد يكون عليه اعتقاد المتصرف إليه لأن الحكم يختلف حسب طبيعة هذا الاعتقاد.

الشائع ولكن المعالجة تأتي بعد القسمة، وهو ما أشرنا إليه سابقاً.

ومن جهتنا نعتقد أخيراً، أن نص القانون المدني الأردني في المادة (٢/١٠٣١) سألقة الذكر لم يتعرض لمسألة حكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز قبل القسمة وإنما عالج المسألة وحكمها بعد أن تتم القسمة، وعليه يكون للمشتري من الشريك الحق في فسخ العقد أو بطلانه على أية حال دون انتظار إيقاع القسمة سواء أكان يجهل قيام الشيوخ أم كان يعلمه عند إبرام التصرف، (الصدء، ١٩٧٨، ص ١٨٠). وذلك لأن علم المشتري بقيام الشيوخ لا يحول أبداً دون اعتبار بيع الشريك بيعاً للملك الغير بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين.

ثم أن القول بأن المشتري في هذه الحالة قد اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله وهو الذي سيصبح ملكاً للشريك البائع، باعتبار ما سيقع في نصيبه عند القسمة، قول لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة العقادين وما قصدا من تعاقدتهما، إذ أن إرادتهما اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز ومعين بالذات، كما أنه يتضح من نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، أنه يتناول حكم التصرف بعد القسمة فقط وبناءً على ذلك ليس مقبولاً أن نحرم المشتري من طلب فسخ العقد أو طلب بطلانه قبل القسمة، وتحمله على انتظار قسمة قد لا تقع إلا بعد مدة وبعد جهد قد يتجاوز كل

القواعد العامة في الملكية الشائعة، لأن حق الشريك لا يتركز في الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك، وإنما حقه يتركز في كل الملك المشاع، بل في كل ذرة منه، ثم إنه ترد على هذا الجزء الذي تصرف فيه الشريك أيضاً حقوق بقية الشركاء، فيكون بذلك الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء. أما بالنسبة لباقي الشركاء فإن التصرف لا ينفذ في حقهم فيما يتعلق بمحصولهم في الشيوخ في هذا الجزء المفرز، لأن كل ذرة من الملك الشائع مملوكة لكل الشركاء بنسبة حصة كل واحد منهم. فاللجوء إلى التصرف بحصة مفرزة من المال الشائع لم يكن مقبولاً. إذ لا يجوز للشريك المشتاع أصلاً أن يتصرف في حصة مفرزة. وهذا ما أراده المشرع الأردني في نص المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني، رغم عدم النص عليه، غير أنه يستنتج من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣١) من القانون المدني أن الشريك تصرف على خلاف ما هو واجب عليه، وهو عدم التصرف في جزء مفرز. ثم إنه لا يوجد أساساً جزء مفرز إذ المال شائع بين الشركاء.

إضافة إلى ما تقدم، وانسجاماً مع نص المادة (١٠٣١) من القانون المدني فإن تصرف الشريك إذا كان واقعاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة، يعد دليلاً واضحاً على أن النص يعالج مسألة تصرف الشريك المشتاع بجزء مفرز من المال

القانون المدني الأردني التي أشارت إلى أنه "إذا كان التصرف منصّباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وإذا كان المتصرف يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً".

ونعتقد أن الأصح هو القول بفسخ العقد وليس بإبطاله، لأن الإبطال (البطلان النسبي) مرتبة من مراتب العقد لا يعرفها القانون المدني الأردني. أما القابلية للفسخ (عدم اللزوم) فهي أحد مراتب العقد، هذا من جهة، (الجبوري، ٢٠٠١، ص ٣١٠ وما بعدها). ومن جهة أخرى أن إقدام المتصرف إليه على شراء حصة يعتقد أنها مفرزة، ومن ثم وقعت القسمة ووقعت هذه الحصة (الجزء المفرز) في نصيب المتصرف فلا مجال للقول بالفسخ أو الإبطال لانتفاء العذر، ثم أن القول بالفسخ ينسجم مع الحالة التي قد يكون عليها المتصرف إليه وهو الغلط الجوهري في صفة في محل العقد (السرطان، وخاطر، ٢٠٠٥، ص ١٣٧ وما بعدها؛ الجبوري، ٢٠١١، ص ٢٠٥ وما بعدها) الذي يكون حكم العقد بموجبه أنه صحيح نافذ غير لازم قابل للفسخ وليس باطلاً بطلاناً نسبياً أو

تقدير وترتيب. (الصدده، ١٩٧٨؛ هامش (٢) من ص ١٨١).

٢- آثار التصرف بعد القسمة: عندما تتم قسمة المال المشاع، فإنه قد يقع الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك في نصيب ذلك الشريك، وقد يقع في نصيبه جزءاً آخر. ونعرض فيما يأتي لحكم هاتين الحالتين كلاً في فقرة مستقلة.

أ) إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف: لقد عاجلت المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني آثار التصرف في جزء مفرز بعد القسمة. ويتمثل حكم نص المادة السابقة في أنه إذا تمت القسمة، ووقع الجزء المفرز المتصرف فيه، في نصيب الشريك المتصرف، استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه. بمعنى أنه لا توجد أية مشكلة إذا وقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة لأنه أصبح في هذا الوقت يملك وحده هذا الجزء وليس لغيره من الشركاء حق فيه. وهنا يمتنع على المتصرف إليه أن يلجأ إلى طلب إبطال العقد. ولو كان يجهل وقت التصرف أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً. إذ بعد أن أصبح المتصرف مالكاً للشيء ملكية مفرزة، لم يعد هناك ما يبرر له أن يتمسك بإبطال التصرف. وذلك عملاً بمفهوم المخالفة لنص المادة (٢/١٠٣١) من

المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً". يتضح لنا من خلال سياق نص المادة (٢/١٠٣١) سالفة الذكر أنه يجب التمييز بين عدة حالات، يمكن استنتاجها من مفهوم المخالفة لمنطوق النص السابق، وهي كما يأتي:

١- أن المتصرف إليه سيء النية، وهو الذي يعلم بأنه يشتري حصة شائعة في ملك مشترك، وأن البائع (المتصرف) لا يملك الشيء ملكاً مفرزاً وإنما يملكه على الشيوع.

٢- حالة المشتري (المتصرف إليه) حسن النية، وهو الذي يجهل أنه يشتري حصة مشاعة في ملك مشترك، ويعتقد يقيناً أن البائع يملك تلك الحصة مفرزة وأنه يبيعه ما يملكه مفرزاً وليس مشاعاً. وهذه الحالة جاء النص عليها في المادة (٢/١٠٣١) بشكل صريح وواضح.

٣- حالة ما إذا لم تقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع، وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع. ونعرض لكل حالة من هذه الحالات على حدة:

#### الحالة الأولى: المتصرف إليه يعلم أنه يشتري

حصة شائعة (المتصرف إليه سيء النية): عندما يكون المتصرف إليه يعلم بأن ما يشتريه هو جزء شائع وليس مفرزاً. فهو هنا لا يمكن اعتباره قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، لأنه عندما أقدم على التصرف

قابلاً للإبطال. ثم أن وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف يسد الباب أمام المتصرف إليه في أن يتمسك بأي عذر، ولو كان يجهل أن التصرف وقع على جزء لا يملكه المتصرف مفرزاً<sup>(١٦)</sup>، وذلك عملاً بأحكام المادة (١٥٦) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية". فبعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة جراء القسمة، لم يعد هناك ما يبرر ويسوغ للمتصرف إليه أن يتمسك بفسخ العقد للغلط الجوهري الذي قد يدعي أنه وقع فيه.

ب) إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف: تنص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني على أنه "..... ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن

(١٦) لأنه يعد في هذه الحالة قد اشترى الجزء الذي انصب عليه قبوله. فهو قد اتجهت إرادته إلى شراء ذلك الجزء المفرز، فليس لديه أي عذر بالفسخ بعد أن استقر ذلك الجزء في نصيب المتصرف. ثم وكان المتصرف قد أبدى حسن نيته في تنفيذ العقد حسب الأصول.

يطلب إبطال العقد على أساس أنه وقع في غلط في صفة جوهرية في المعقود عليه. ومن ثم فإنه لا يلتزم بنتيجة القسمة، بل أن له الخيار هنا في، إما إقرار التصرف والرضا بما آلت إليه القسمة والاحتكام إلى نتيجهما. أو التمسك بإبطال التصرف، كما يقول نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، لأن العاقد هنا (المتصرف إليه) قد وقع في غلط في صفة جوهرية. وحكم الغلط في القانون المدني الأردني هو عدم اللزوم (القابلية للفسخ) وليس القابلية للإبطال<sup>(١٨)</sup>. إذن الأصح والأدق هو أن للعاقد الغالب الحق في فسخ التصرف وليس الحق في إبطال التصرف، لأن القانون المدني الأردني لا يأخذ بقابلية العقد للإبطال أو ما يسمى بالبطلان النسبي. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٦ هامش (٢)).

وأخيراً أعتقد أنه لا بد من الوقوف على معيار تحديد ما إذا كان العاقد (المتصرف إليه) حسن النية أو سيء النية، أي هل كان يعلم حين إبرام العقد أن المتصرف يبيعه جزءاً مشاعاً من الملك المشترك، أم كان يجهل ذلك. وهنا لا بد من التمييز بين ما إذا كانت العقارات التي وقع عليها التصرف تقع ضمن حدود مناطق التسوية التي تخضع للتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي؟ أم أنها تقع خارج حدود مناطق التسوية؟، وبالتالي لا يخضع التصرف لأي تسجيل. فإذا كانت

كان عالماً بأن ما يشتريه هو جزء شائع في ملك مشترك وليس أياً كان. وبعبارة أخرى. أن المتصرف إليه إذا كان يعلم أن حق المتصرف غير ثابت في الجزء الذي تصرف فيه إليه، فليس من حقه الاحتجاج إذا ثبت حقه بعد القسمة في غير الجزء الذي تصرف فيه إلى المشتري. فيلتزم المتصرف إليه بما آلت إليه نتيجة القسمة، ولا خيار له بين اقرار البيع أو فسخه. فيسري التصرف في حقه وينفذ. وهنا لا بد من التساؤل عن الأساس القانوني الذي بموجبه يمكن تفسير انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة القسمة. رغم أن انتقال حق المتصرف إليه إلى جزء غير الذي ورد عليه التصرف قد يفوت على المتصرف إليه غرضه من الصفقة التي أبرمها. أن الإجابة على هذا التساؤل سنعالجها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث<sup>(١٧)</sup>.

**الحالة الثانية: المتصرف إليه يجهل أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه حسن النية):** عندما يكون المتصرف إليه جاهلاً بأن ما يشتريه هو جزء شائع وليس جزءاً مفرزاً، فإن المتصرف إليه في هذه الحالة، يمكن اعتباره متعاقداً غالطاً، أي أنه قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، لأنه عندما بادر إلى إبرام العقد، والإقدام على التصرف، كان يجهل بأن ما يشتريه هو جزء شائع في ملك مشترك، وليس جزءاً مفرزاً في هذا الملك. ومثل هذا المتصرف إليه يحق له أن

(١٨) المادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني.

(١٧) انظر ص ٢٥ وما بعدها من هذا البحث.

وأنه بذل من العناية ما يبذله المشتري المعتاد وهو ما يكفي لاعتباره حسن النية في مواجهة المتصرف إليه (المشتري).

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هذه النتيجة في اعتقادنا لا تتعارض مع منحى القانون المدني الأردني بالنسبة لحسن النية وسوء النية الذي حددته المادة (١١٧٦) منه، بقولها: "يعد حسن النية من يجوز الشيء وهو يجهل أن يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقدّم الدليل على غيره".

فيتضح من نص المادة (١١٧٦) السابقة أن المقصود بحسن النية هو الجهل من قبل الحائز بأنه يعتدي على حق الغير. فمجرد الجهل يجعل الشخص حسن النية. فمن الواضح أن معيار حسن النية في القانون المدني الأردني هو معيار شخصي، أي يعول فيه على اعتقاد الشخص ذاته وليس على ما يمكن أن يعتقد الرجل المعتاد فيما لو وجد في نفس ظروف ذلك الشخص الذي يجهل أنه يعتدي على حق الغير أو أنه يجهل أنه يشتري حصة شائعة. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ١٧٤ وما بعدها).

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هل أن هذا المعيار الشخصي، الذي اعتمده القانون المدني الأردني هو معيار يمكن أن يحقق العدالة المطلوبة؟ لا شك أن المعيار الشخصي لا يحقق العدالة المطلوبة؛ وذلك لأن الشخص الذي يجهل الواقعة المعينة ويدعي بذلك لكي يستفيد في جهله وبالتالي يتم اعتباره حسن النية، قد

العقارات المملوكة ملكية مشتركة، وهي التي وقع المتصرف على جزء منها، تقع ضمن حدود التسوية، فإنه لا يمكن قبول الأخذ بادعاء حسن النية من قبل المتصرف إليه، وعلى القاضي الذي ينظر النزاع أن يتنبه إلى ذلك، إذ على المتصرف إليه أن يبذل حداً أدنى من العناية، أي عناية الرجل المعتاد، والمعيار هنا هو معيار المشتري المعتاد. إذ كان على المتصرف إليه (المشتري) أن يلجأ إلى دائرة تسجيل الأراضي المعنية لمعرفة ما إذا كانت هذه العقارات مملوكة على الشيوع أم لا. وبالتالي سيتبين له وببسر أنه يشتري حصة شائعة في ملك مشترك لا حصة مفرزة، لذا فإنه يعد سيء النية لإهماله في بذل العناية المطلوبة. أما إذا كانت العقارات المملوكة على الشيوع التي وقع المتصرف على جزء منها، تقع خارج حدود مناطق التسوية، فإنه ليس من السهولة على المتصرف إليه معرفة ما إذا كان العقار مملوكاً على الشيوع أم لا، إلا عن طريق سؤال أهالي تلك المناطق، أو بعض شهود العيان، وذلك لعدم وجود دائرة تسجيل مختصة لمثل تلك الأراضي، وعليه فإنه لا يمكن الجزم هنا بصحة المعلومات التي حصل عليها المتصرف إليه (المشتري)، بل يمكن القول بأنه إذا اقتنع بصحة المعلومات التي حصل عليها، ومن ثم أقدم على شراء تلك الحصة على أنها مملوكة ملكية مفرزة، وظهر بعد ذلك أنها مملوكة على الشيوع، فمثل هذا المشتري (المتصرف إليه) يمكن اعتباره حسن النية، لأنه يجهل أنه يشتري حصة مملوكة على الشيوع،

المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. فالحكم هنا يعالج مسألة ما إذا اختص الشريك المتصرف بجزء آخر من المال الشائع الذي ورد عليه التصرف لا مال آخر يختص به. كما لا يمكن القول باختلاف الحكم في هذه المسألة، وهي (مسألة ما إذا لم يختص الشريك المتصرف بأي جزء من المال الشائع عند القسمة، وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع)، بين المتصرف إليه الذي يعلم عند إبرام التصرف بأن المتصرف لا يملك حصة مفرزة، وإنما يملك حصة شائعة في هذا الملك، وبين المتصرف إليه حسن النية، الذي يجهل أنه يشتري حصة شائعة، ويعتقد يقيناً أن المتصرف يمتلك حصة مفرزة حينما أبرم التصرف معه.

#### ثانياً: آثار التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من الملك الشائع يعد تصرفاً موقوفاً في مواجهة الشركاء الآخرين، وذلك لأن لهؤلاء الشركاء على الجزء المتصرف فيه الحقوق ذاتها التي للشريك المتصرف، ويترتب على اعتبار التصرف غير نافذ في حق الشركاء أن لهؤلاء الشركاء الحق في إجازة التصرف والحق في عدم إجازته. (البشير وطه، ٢٠١٠، ص ١١٥؛ الجمال، ١٩٨٥، ص ٢٥٣). فإن تمت إجازته اعتبر ذلك التصرف في الجزء المفرز من الملك المشترك نافذاً بأثر رجعي إلى وقت إبرام التصرف. وأما إذا لم يجز هؤلاء الشركاء التصرف الصادر من شريكهم في جزء

يكون شخصاً مهماً، إذ في هذه الحالة رغم إهماله قد يتحقق لديه حسن النية رغم أن الظروف التي تعامل فيها تحتم عليه أن يكون عالماً بالوضع الذي أقدم عليه فيما لو أنه بذل العناية التي يبذلها الشخص العادي<sup>(١٩)</sup>. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ١٧٤).

**الحالة الثالثة: إذا لم يختص المتصرف (الشريك) بأي جزء من المال الشائع: (لم يقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع):** قد يقع في نصيب الشريك المتصرف جراء القسمة مبلغ من النقود أو عين من الأعيان بدلاً من حصة مفرزة في المال الشائع الذي وردت عليه القسمة، والذي انصب التصرف على جزء منه. فما هو حكم مثل هذه الحالة؟ لم يتطرق نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني لمثل هذه الحالة، وكل ما يمكن قوله هنا، في اعتقادنا هو تطبيق القواعد العامة، فيجوز للمتصرف إليه أن يطلب فسخ العقد على أساس أن هناك غلطاً جوهرياً في صفة في محل العقد وقع فيه المتعاقد (المتصرف إليه). ولا يمكن القول بانتقال حق المتصرف إليه إلى هذا المقابل النقدي أو المقابل العيني، وذلك لأن النص قد أشار بصريح العبارة إلى أنه، إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق

(١٩) قارن المادة (١/٩٦٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٧٦) من القانون المدني الأردني.

العاقدين وفي مواجهة الشركاء جميعاً، بقي لنا أن نتساءل عما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه ويؤسس بموجبه، انتقال حق المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى المتصرف نتيجة القسمة، خاصة إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف نتيجة للقسمة. وبعبارة أدق، كيف يتم تأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، على الرغم من أن هذا الجزء الذي آل إلى المتصرف ليس هو الجزء الذي تم التصرف فيه؟ هذا ما سنعرض له في المبحث الثاني.

### المبحث الثاني:

#### أساس انتقال حصة المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى

#### المتصرف نتيجة للقسمة

لا شك أن انتقال الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة القسمة إلى المتصرف إليه لا يتفق مع ما قصدت إليه ورغبت به إرادة العاقدين، حيث أن إرادة المتصرف إليه قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز معين بالذات ومحدد، وكذلك إرادة المتصرف. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن ما يؤول إلى المتصرف جراء القسمة وإلزام المتصرف إليه به رغم عدم اتجاه إرادته إليه، قد لا يحقق طموحات المتصرف إليه وقد لا يرغب فيه، فكيف يتم ذلك، والعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين. فليس من المقبول حرمان المتصرف إليه مما رغب به واتجهت إرادته.

مفرز من الملك الشائع، فإن التصرف يعد باطلاً بالنسبة لهم. (البشير و طه، ٢٠١٠، ص ١١٥؛ فرج، ١٩٩٣، ص ٢١٠ وما بعدها).

كما أنه يحق لقبية الشركاء أن يرفعوا دعوى استحقاق ضد المتصرف إليه لكي يؤكدوا حقوقهم في الملك المشترك وبالتحديد في الحصة المفرز من الملك المشترك التي تم التصرف بها.

أما في حالة ما إذا آلت ملكية الشيء الشائع كله للشريك الذي تصرف في الجزء المفرز من ذلك الملك الشائع، بأي سبب من أسباب كسب الملكية، كالبيع، أو الهبة، أو الإرث، أو الوصية، استقر تصرف ذلك الشريك صحيحاً للمتصرف إليه، في الجزء المفرز الذي تم التصرف فيه قبل إجراء القسمة<sup>(٢٠)</sup>.

وتجب الملاحظة أخيراً أنه إذا تمت القسمة سواء الرضائية منها أم القضائية في الملك المشترك، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، استقر تصرفه في ذلك الجزء صحيحاً للمتصرف إليه<sup>(٢١)</sup>. بعد أن عرضنا لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال المشترك، وبيننا أحكام ذلك التصرف فيما بين

(٢٠) يمكن قياس هذه الحالة على حكم الرهن الوارد على حصة شائعة ثم وقع في نصيب الشريك الراهن للعقار الشائع كله، فتصبح تلك الحصة هي المرهونة فقط، راجع سعد، ٢٠٠٣، ص ٢١٥.

(٢١) انظر نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، (للمزيد من التفاصيل راجع غانم، ١٩٥٩، ص ١٤١).

بعين أخرى، (الجندي، ٢٠٠٩، ص ١٩٦ وما بعدها). والحلول العيني معناه إخضاع مال للنظام القانوني الذي يحكم مالا آخر لسبب يقره القانون ويجيزه. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ١٩٦). وفكرة الحلول العيني التي تقوم على أساس استبدال المال، تثير خلافات فقهية واسعة في ظل غياب التنظيم القانوني لها. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢٠٠ وما بعدها). ولكي يتحقق الحلول العيني لا بد له من توافر شروط معينة هي كما يأتي:

١- وجود مال مخصص لغرض معين. أي بمعنى أن يوجد المال في مركز قانوني خاص يخضع فيه لقواعد قانونية معينة.

٢- خروج المال المعين المخصص للغرض المعين من ذمة مالكة لأي سبب من أسباب خروج المال، ويترتب على ذلك زوال التخصيص الذي كان مقرراً للمال، فإن انقطع التخصيص بعد مدة معينة فالشيء المنطقي هو، أنه حيثما يحل محله شيء آخر، يستمر هذا الشيء الجديد محملاً بالتخصيص.

٣- اكتساب المالك الذي زالت ملكيته، مالاً آخر معيناً بمقتضى هذا الزوال للملكية.

ولقد اتجه الفقه والقضاء المصريين إلى تأسيس انتقال حصة المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى المتصرف جراء القسمة، على أساس فكرة الحلول العيني. (الصد، ١٩٧٨، ص ١٨٢؛ غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣ يرى أن ذلك هو حلول عيني استثنائي، ص ١٤٣

إليه فلا بد إذن من وجود أساس قانوني يمكن الاستناد إليه لتعليل مثل هذا الإشكال. ولذلك يمكن القول، ومن دون أدنى شك، بأنه ليس سهلاً إيجاد تأصيل قانوني دقيق لمثل هذا الانتقال، ومع ذلك لا بد من البحث عن أساس قانوني يمكن الاستناد إليه لتبرير مثل هذا الانتقال للحصة المفرزة من المتصرف إلى المتصرف إليه. لقد قيل العديد من الأسس وتم اقتراح العديد من النظريات لتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه. سنعرض لها، ثم نعرض أخيراً للتأصيل القانوني الذي نعتقد بإمكانية اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة للمتصرف فيها التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة ومن ثم انتقالها إلى المتصرف إليه، وذلك كل في مطلب مستقل.

### المطلب الأول: النظريات التي قيلت لتأصيل

#### انتقال الحصة إلى المتصرف إليه من

#### الشريك المتصرف

لقد قيل العديد من النظريات لتأصيل انتقال الحصة إلى المتصرف إليه. ونعرض فيما يأتي لكل منها في فقرة مستقلة.

#### أولاً: فكرة الحلول العيني

إن فكرة الحلول العيني تقوم أساساً على الاستبدال الذي يصيب المال، وهو يقصد به التبديل القانوني. فإذا كنا بصدد تبديل شخص بشخص آخر، كان الحلول شخصياً، وإذا استبدلت عين بأخرى سمي الحلول عينياً. إذاً الحلول العيني هو التبديل لعين معينة

المطعون عليه خلص للطاعن، وإن لم يقع، انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة، ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه جزءاً مفزراً أو شائعاً، وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك. ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأن البائع لا يملك الحصة المبعة المفزرة، يكون نعيّاً قائماً على غير أساس".

يتضح هنا من خلال قرار محكمة النقض المصرية أن حق الطاعن ينتقل بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المتصرف فيه إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بواسطة القسمة.

وفي قرار آخر يحمل رقم (١٢٨٤) لسنة (٥٧) قـ جلسة ١٩٨٩/١١/٢٦، تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن "مؤدى نص المادة (٨٢٦) من القانون المدني يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقاً لهذا النص أن تجري قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي إلى افراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا. وألا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إلا إذا أصاب المتصرف بالبائع حصة مفزرة من المال الشائع، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك مالِكاً

هامش (٢). أما منصور، فيستبعد فكرة الحلول العيني ويقول "أن المشرع قضى بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو بإعطاء الحق بوجه عام على غير محله الذي ورد عليه ابتداءً، لأن الحلول العيني لا يترتب عليه نقل الحقوق الشخصية"، ص ١٧٥ فقرة (٦٩)). إذ عند تصرف الشريك المشتاع في حصة مفزرة من الملك المشترك، ولم تقع هذه الحصة في نصيب المتصرف (الشريك) عند القسمة، فإن مثل هذا التصرف يعتبر صحيحاً، ولا يعد باطلاً حيث ينتقل من وقت التصرف إلى المال الذي آل إلى المتصرف، فيحل هذا المال (هذا الجزء) حلولاً عينياً مكان ذلك المال أو (ذلك الجزء) الذي تصرف فيه الشريك المتصرف.

وقد ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٩١٠) لسنة (٤٥) المكتب الفني (٣١)، صفحة (٨٨٨) في ١٩٨٠/٣/٢٥، فقرة (١): أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفزراً من المال الشائع، إذ قد نصت المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني على 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 إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة". ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإن وقع الجزء المفرز في نصيب

غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣؛ سعد، ٢٠٠٣، ص ١٦٦).  
 في حين يرى شراح آخرون، أن المادة (٢/٨٢٦) سألقة  
 الذكر التي لم تتناول سوى حكم التصرف في جزء  
 مفرز بعد القسمة، قد أثارت بلبلة على صعيد الفقه في  
 حكم التصرف قبل القسمة دوغماً مبرر، وحدد هؤلاء  
 الشراح الرأي بأن المادة (٢/٨٢٦) ليست لها أية دلالة  
 على حكم التصرف قبل القسمة، وإنما تتعلق بالتصرف  
 بعد القسمة الذي يخضع لأحكام القواعد العامة في  
 الشيوع، ومؤدى أعمال هذه القواعد هو القول بأن  
 التصرف في جزء مفرز يعد وارداً على ملك الغير فيما  
 زاد على حصة الشريك فيه، ويحق للمتصرف إليه في  
 هذه الحالة أن يطلب إبطال التصرف دوغماً انتظاراً لنتيجة  
 القسمة، علم بالشيوع أم جهل به، (زكي، ١٩٧٨،  
 ص ١٤٦ وما بعدها).

والملاحظ أن هؤلاء الشراح لم يشيروا إلى  
 الحلول العيني لا من بعيد ولا من قريب. كما أن هناك  
 من شراح القانون المدني المصري من ينكر حلول  
 المتصرف إليه حلولاً عينياً في الحصة التي آلت إلى  
 المتصرف بطريق القسمة، ويذهب هؤلاء إلى القول  
 بأن: "الاتفاق رغم ما تقرره ألفاظه من وقوعه على  
 حصة مفرزة، لا ينصب في الواقع إلا على حصة  
 شائعة، فإذا تمت القسمة اختص المتصرف إليه بما وقع  
 في نصيب المتصرف".

ومما يؤخذ على هذا التحليل، القول بأن  
 الاتفاق لا ينصب على حصة مفرزة وإما على حصة

لحصة شائعة، فإنه يمتنع في هذه الحالة من أعمال  
 الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعاً لم يتم  
 افرازه، ولما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد  
 قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مساححة ..... التي  
 اختص بها ..... ووالدته وشقيقاه وأقام قضاءه هذا  
 على أن حق المطعون عليه ..... قد انتقل بقوة القانون  
 إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (٨٢٦) سألقة البيان إلى  
 الحصة الشائعة التي يمتلكها البائع له ضمن المساححة التي  
 اختص بها ومن معه في حين أنه لا مجال لأعمال الحلول  
 العيني طالما بقيت حصة البائع شائعة ولو تسفر القسمة  
 عند اختصاصه بقدر مفرز فإنه يكون قضى في الدعوى  
 على خلاف سند المشتري وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين  
 وإعمال الحلول العيني على خلاف مقتضى  
 القانون". (خليل، ٢٠٠٧، ص ٩).

هذا في القضاء المصري، أما في فقه القانون  
 المدني المصري فقد أشار غالبية شراح القانون المدني  
 المصري إلى أن حق المتصرف إليه ينتقل من وقت  
 التصرف إلى الجزء الذي آل إلى الشريك المتصرف  
 بطريق القسمة أخذاً بفكرة الحلول العيني، التي يمكن  
 أن تستقى من نص المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني  
 المصري، وذلك في حدود وفي نطاق القدر الذي حصل  
 فيه التصرف قبل الشريك المشتاع إلى المتصرف إليه،  
 وليس للمتصرف إليه هنا أن يطلب إبطال التصرف،  
 إلا في حالة ما إذا كان مجهل أن الشريك المتصرف كان  
 لا يملك الحصة المبيعة مفرزة. (الصد، ١٩٧٨، ١٨٢؛

المشتاعين، ولا حتى تنتقل الملكية فيما بين العاقدين، ومن هنا يقر هؤلاء الشراح بصعوبة القول بأن ذلك الانتقال جراء القسمة هو مجرد تطبيق لفكرة الحلول العيني. (سعد، ٢٠٠٣، ص ١٦٦).

نخلص إلى القول هنا إلى أن الرأي الراجح في الفقه في مصر يذهب إلى القول بأن مبدأ الحلول العيني هو المبدأ الذي يصلح أساساً يعول عليه لتأصيل انتقال الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة للقسمة إلى المتصرف إليه. (غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣؛ كيره، ١٩٦٣، فقرة (١٢٢)، ص ٣٣٨ هامش (١)).

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هو هل يمكن القول بالحلول العيني في القانون المدني الأردني، على غرار ما تم في القانون المدني المصري، والذي بينت منحه قرارات محكمة النقض المصرية؟ وطروحات شراح القانون المدني؟

وبعبارة أدق، هل يتعلق الأمر في القانون المدني الأردني بحلول عيني من حيث استبدال الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بجزء آخر وانتقاله إلى المتصرف إليه؟

يبدو لأول وهلة ونظراً لتطابق نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني مع نص المادة (٨٢٦) من القانون المدني المصري بأنه لا بد من الإقرار بالقول بأن نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني المتضمن النص على انتقال حق المتصرف إليه

شائعة، إذ لو كان الاتفاق ينصب على حصة شائعة لكان الحكم واضحاً وهو أن المتصرف إليه سيحتكم إلى هذه الحصة ولا نحتاج للبحث عن أساس قانوني بموجبه نلزمه بما آل إلى المتصرف بعد القسمة.

وفي توجه آخر يرى هؤلاء الشراح المنكرين للحلول العيني أن المتصرف إليه قد كسب بالتصرف الذي وقع، ملكية مفرزة، لكن كسبه لتلك الملكية يبقى معلقاً على شرط واقف، يتمثل بوقوع الجزء الذي انصبت عليه التصرف في نصيب المتصرف. (منصور، ١٩٩٥، ص ١٦٩).

وهناك من الشراح من يرى أن حق الشريك المشتاع لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه، وإنما يرد العديد من الحقوق للشركاء الآخرين على هذا الجزء الذي تصرف فيه ذلك الشريك، فيعد بذلك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء الآخرين من حقوق في ذلك الجزء. (مرقس وإمام، فقرة ٢٨٧، ص ٤٧٠).

ويذهب بعض الشراح إلى القول بفكرة الحلول العيني مستمراً رأي الفقه عموماً بقوله أن المشرع قد استبقى التصرف ولكن مع تغيير محله، بأن أحل ما وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المتصرف فيه، والذي لم تخلص ملكيته بعد للمتصرف إليه، حيث أن تصرف الشريك المشتاع في جزء معين مفرز لا يرتب آثاراً عينية. ويضيف هؤلاء الشراح القول بأن الملكية لا تنتقل أصلاً لا بالنسبة للغير (المتصرف إليه)، ولا بالنسبة للشركاء

القواعد التي تحكم الأموال الشائعة، ووسيلة هذا الاستبدال هي قواعد الحلول العيني. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢١٧). إلا أن ما أشار إليه هؤلاء الشراح في ميدان الشيوخ من أنه "إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فإن تصرفه يخصه فيكون من حقه وحده الحصول على الثمن ولا يكون تصرفه لحساب الشيوخ". هو محل نظر، لأن تصرف الشريك في جزء مفرز هو تصرف في ملك الغير (ملك بقية الشركاء) فيما يزيد على حصة الشريك بالنسبة للشيوخ، فلو كانت الحصة المتصرف فيها مثلاً (٢٥٠٠م<sup>٢</sup> من مجموع (١٠٠٠٠م<sup>٢</sup> مملوكة لأربعة شركاء. فنصيب الشريك هنا هو ربع الحصة المتصرف فيها (٤/٢٥٠٠) وبالتالي فإنه إذا لم يقر الشركاء ذلك التصرف فإنهم في مقدورهم إقامة دعوى استحقاق للمطالبة بحقهم في مواجهة المتصرف والمتصرف إليه.

أخيراً يمكننا القول، بأن ما ورد من تطبيقات في القانون المدني الأردني لفكرة الحلول العيني رغم عدم تنظيم المشرع الأردني لها بشكل صريح، يدل على أعمال هذه الفكرة في هذا القانون والأخذ بها فيه. وإذا كان أعمال هذه الفكرة (فكرة الحلول العيني) والأخذ بها في القانون المدني الأردني ممكناً، واعتمادها كأساس لتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة، يشترط أن تجري قسمة المال المشترك ويكون من شأن هذه القسمة أن تؤدي إلى فرز نصيب معين للشريك المشتاع (المتصرف) يوازي

إلى ما آل إلى المتصرف هو حالة واضحة وحالة صريحة من حالات الحلول العيني، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن المشرع الأردني فيما يتعلق بأحكام الرهن التأميني وبالتحديد في نص المادة (١/١٣٣١) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه" مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل، قد أخذ بفكرة الحلول العيني، حيث يحصل الشريك الراهن بموجب هذا النص الذي يستند على فكرة الحلول العيني على عقار آخر قد وقع في نصيب الشريك المدين الراهن، وبذلك فإن حق الرهن ينتقل إلى العقار الجديد بموجب ومقتضى قواعد الحلول العيني.

ثم أن ما جاء في نص المادة (١/١٠٣٥) من القانون المدني الأردني من أن: "لشركاء 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 الإرادة المعتادة على أن يبلغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي.....". ففي هذا النص يرى البعض أن ما يخرج عن حدود إدارة الشركاء المعتادة للمال الشائع هي بمثابة أعمال تصرف، وعليه فإذا وقع التصرف تم استبدال ما بمال شائع من قبل الأغلبية التي يشير إليها النص، وعلى ذلك فإن المال البديل يحل محل المال المبدل على اعتبار أنه مال شائع ويخضع لنفس

تملك شيء آخر بدلاً منه حتى لو كان مساوياً له في القيمة. أما من الناحية النظرية، فإن التساؤل التالي يظهر ما هو الحق الذي ينتقل؟ ثم ما هي طبيعة وماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة، إذ هو ليس بحق عيني، فهو ليس بحق ملكية مفرزة، ولا هو بحق ملكية شائعة. ونرى من جهتنا، أن مسوغات تطبيق قواعد

الحلول العيني التي دفعت بعض الشراح والباحثين إلى القول بتطبيقها لتأصيل حق الانتقال في التصرف إلى الحصة الجديدة التي آلت إلى المتصرف جراء قسمة المال الشائع غير متوفرة وغير قائمة، إذ إن هدف الحلول العيني هو استيفاء الحق وبالتالي فإن استبدال مال ليحل محل مال آخر هو بمثابة وفاء بالتزام ترتب في ذمة المتصرف لمصلحة المتصرف إليه، وهنا وفي حالتنا هذه لا نرى إمكانية أعمال ذلك ما لم تتوافر الشروط اللازمة مجتمعة، وحيث إن حق المتصرف إليه قبل إيقاع القسمة لا يظهر وليس موجود ولا يمكن القول بوجود مال مفرز ومعين له حتى يمكن القول باستبداله ومن ثم انتقاله، وكل ذلك يتوقف على القسمة، فإذا وقع جزء مفرز آخر غير الذي تم التصرف به والاتفاق عليه في نصيب المتصرف فيمكن عندها أعمال فكرة الحلول العيني. أما إذا وقع في نصيبه ما تم الاتفاق عليه فلا يمكن القول بتطبيق فكرة الحلول العيني.

غير أن القول بفكرة الحلول العيني ومدى إمكانية تأسيس انتقال حق المتصرف إليه عليها من عدمه، لا ينفي القول بإمكانية تأسيس حق المتصرف

نصيبه (حصته) في المال المشترك برمته، بحيث يستأثر ذلك الشريك المتصرف وحده بكل سلطات المالك على هذا الجزء المفرز، ثم إنه يتعين ألا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع لأنه يعد في هذه الحالة وكأنه قد تصرف في ملكه وبالتالي لا نحتاج إلى قواعد الحلول العيني لتأصيل هذا الانتقال.

ثم إنه إذا أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك المتصرف (البائع) مالكاً لحصة شائعة فإنه يتعذر والحال هذه تطبيق فكرة الحلول العيني، ما دام نصيب الشريك البائع بقي شائعاً غير مفرز<sup>(٢٢)</sup>.

ورغم كل ما تقدم وما قيل بشأن أعمال فكرة الحلول العيني في القانون المدني الأردني وتطبيقها على انتقال حق المتصرف إلى حصة المتصرف إليه نتيجة القسمة، إلا أن هناك بعض الشراح قد استبعدوا فكرة الحلول العيني في تأصيل حكم المادة (٢/١٠٣١) سالفه الذكر. (سوار، ١٩٩٣، ص ١٣٠ وما بعدها). وقد اشار هؤلاء الشراح إلى القول بأن الحكم الذي أخذت به المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني هو حكم غير منطقي من ناحيتين، إحداهما عملية والأخرى نظرية. فمن الناحية العملية، ليس مقبولاً أن يقوم شخص بشراء شيء معين بذاته ويفرض عليه

(٢٢) انظر نقض مدني مصري، الطعن / ٢٧٦ لسنة (٥٧) المكتب الفني، رقم ١٩٦٨، جلسة ١٢/٥/١٩٩١.

(منصور، ١٩٦٤، ص١٠٦ وما بعدها، ١٢٧ وما بعدها، ١٧٤ وما بعدها).

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الأردني من أثر القسمة، فيمكن القول بأنه أثر مزدوج، أي أنها ذات أثر كاشف وناقل<sup>(٢٣)</sup>.

وقد نصت المادة (١٠٣٨) من القانون المدني الأردني على أنه: "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي"، فهنا النص يشير إلى الأثر الكاشف للقسمة دون الأخذ بالأثر المستند لها. لأن نص المادة (١٠٤٧) أشار إلى أنه: "يعتبر المتقاسم مالكاً على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل إليه بعد القسمة". فهذا النص يبين الأثر الفوري للقسمة دون أن يسنده إلى الوقت الذي تملك فيه المتقاسم في الشيوخ، وهو تاريخ بدء الشيوخ. وكذلك ما نصت عليه المادة (١/١٣٣١) من القانون المدني الأردني يدل على الأثر الكاشف، حيث تنص على أنه: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه.....". بينما جاء نص المادة (١٠٤٩) من القانون المدني الأردني ليشير وبوضوح إلى الأثر الناقل للقسمة حيث يقول النص: "يجري في القسمة خيار الغبن وخيار

إليه على فكرة أثر القسمة ذاتها. وهو ما سنعرض له في الفقرة التالية.

### ثانياً: تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز على فكرة القسمة ذاتها

ما يترتب على القسمة من أثر رئيسي هو إزالة الشيوخ في المال المشترك واختصاص كل متقاسم من الشركاء بجزء مفرز من المالك الشائع يعادل حصته فيه، بعد أن كانت حصته حصة شائعة. إلا أن شراح القانون المدني اختلفوا في تحديد الوقت الذي يصبح فيه الشريك مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي اختص به من المال المشترك. هل هو وقت بدء الشيوخ؟ أم هو وقت إجراء القسمة؟

إن القول بأي من هذين الوقتين يترتب نتائج خطيرة ومهمة وذات أثر جوهري على حقوق كل متقاسم بالنسبة لحصته المفرزة. بمعنى أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على تحديد طبيعة أثر القسمة فيما إذا كان أثراً ناقلاً أو كاشفاً.

فلو اعتبر أن الوقت الذي يصبح فيه المتقاسم مالكاً لحصة مفرزة هو وقت أن تملك في الشيوخ لكان أثر القسمة كاشفاً، أما لو اعتبر هذا الوقت (أي وقت تملك المتقاسم حصته واختصاصه بها) هو وقت القسمة، لكان أثر القسمة ناقلاً.

وقد اختلفت آراء الشراح حول هاتين المسألتين اختلافًا بيناً وواضحاً. ولا مجال لمناقشة ذلك هنا.

(٢٣) راجع نصوص المواد (١٠٣٨، ١٠٤٧، ١/١٣٣١، ١٠٥٠، ١١٤٤، ١٠٤٩) من القانون المدني الأردني، حيث يستدل من هذه النصوص على أن أثر القسمة في القانون المدني الأردني تارة كاشف وتارة أخرى ناقل. بمعنى أن أثر القسمة هو أثر مزدوج.

اختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبنية للحقوق لا منشئة لها. (تمييز حقوق رقم (٦٣/٢٣٠)، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٦١، ص ٤٩٧).

إن القرار المشار إليه السابق يبين الأثر الكاشف للقسمة رغم أن القانون المدني يشير إلى الأخذ بالأثر المزدوج للقسمة، حيث يترتب على تحديد الجزء المادي انتقال ملكية الجزء الجديد إلى المتصرف إليه.

يظهر من كل ما تقدم أن وظيفة الأثر الكاشف تتمثل في تحقيق تطابق مادي ومعنوي بالنسبة لحق الشريك المشتاع، ويكون ذلك بإفراز جزء في الملك المشاع ليكون ملكاً خالصاً للشريك. وعند حدوث هذا التطابق فإن القسمة تكشف لما لهذا الشريك من حق ثابت من بدء الشيوع. فمثل هذا الشريك وبموجب الأثر الكاشف لم يعط حقاً جديداً، وإنما هو بمثابة تغيير في حق الشريك لكي يصبح حقه محصوراً في جزء محدد يختص به دون غيره. فالحق ينتقل من شخص إلى آخر دون أن يتغير محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمون ذلك الحق. وبذلك تبين لنا الآثار التي تترتب على القسمة باعتبارها كاشفة للحق في الملك، إلا أن هذا الأثر لا يترتب إلا بموجب القسمة باعتبارها ناقلة للملك. وهنا يتحقق معنى المبادلة. وهو واضح من خلال نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني الأردني وهو ما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية للقانون المدني

الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي، كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب، أما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط". يدل هذا النص على أن المبادلة، أي الأثر الناقل هو الغالب في الأشياء القيمة التي تقع عليها القسمة وكذلك في الأجناس المختلفة<sup>(٢٤)</sup>.

هذا في التشريع الأردني، أي بالتحديد في القانون المدني الأردني. أما بالنسبة للقضاء الأردني وبالتحديد قضاء محكمة التمييز فقد تأرجح بين اعتبار أثر القسمة ناقلاً تارة وكاشفاً تارة أخرى. فموقف محكمة التمييز الأردنية مطابق تماماً لموقف القانون المدني الأردني.

فقد جاء في أحد قرارات المحكمة "...أن القسمة تنطوي على مبادلة الحصص المملوكة بين الشركاء بعضها ببعض.....". (تمييز حقوق رقم (٨٧/٨٨٣) بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣٠، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٠، ص ٩٥٥).

ومن جهة أخرى أشارت محكمة التمييز الأردنية أن دعوى القسمة يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق، وإنما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي

(٢٤) المادة (١١٥٤) من مجلة الأحكام العدلية. (للمزيد من التفاصيل راجع العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٨٢. انظر أيضاً المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج٢، ١٩٦١، ص ٤٩٧).

فالقسمة حالة قانونية واقعية تؤدي إلى نتيجة معينة هي أن الشريك سيتحدد بحصة معينة قد تكون الحصة التي تصرف بها أو قد تكون حصة أخرى غير التي ورد عليها التصرف. ولا يمكن القول في مثل هذه الحالة أن أساس انتقال الحصة إلى المتصرف إليه هي القسمة.

٣- وجود حالة الشيوخ يقيد الشريك في التصرف بحصة مفرزة، والتصرف الوارد لحصة مفرزة يصطدم بموافقة الشركاء الآخرين. الذين لهم المطالبة بإيقاع القسمة، والقسمة قد تأتي كاشفة لحق المتصرف ومثبتة له. وقد تأتي منشئة لحق المتصرف، ولا وجود لحقه في الجزء المفرز قبل القسمة. وعليه فإن نتيجة القسمة بالإضافة إلى علم أو جهل المتصرف إليه مع التصرف الواقع على الحصة المفرزة كلها عوامل حاسمة لتحديد مدى إمكانية إلزام المتصرف بالحصة المباعة، ومن ثم تأسيس وتأصيل مثل هذا الانتقال.

ثالثاً: فكرة السكوت كوسيلة للتعبير عن إرادة

#### المتصرف إليه

تقضي المادة (٩٥) من القانون المدني الأردني بأنه: "١- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً". لقد اعتبر المشرع بموجب هذه المادة أن السكوت يعد إحدى وسائل التعبير عن الإرادة بالنسبة للقبول بالتحديد، بالإضافة إلى ما حددته المادة (٩٣) من القانون المدني الأردني من وسائل للتعبير كاللفظ والكتابة والإشارة المعهودة عرفاً، والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي

الأردني بقولها: "ولأنه يوجد في القسمة معنى المبادلة لذا أجاز الفسخ والإقالة".

وقد أكد بعض الشراح هذا المعنى المتقدم باعتبار أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، وبناء على هذا الأثر فإنه يمكن اللجوء إلى هذا المعيار وهو معيار القسمة وآثارها، للقول بتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسمة، وذلك استناداً إلى ما تكشف عنه القسمة. (السنهوري، ج٨، ٢٠٠٠، ص ٩٤٨ وما بعدها).

يبدو لنا من كل ما تقدم أن أثر القسمة، لا يمكن أن يكون أساساً قانونياً مستقلاً وفاضلاً لتأصيل انتقال الحق من المتصرف إلى المتصرف إليه في الجزء الذي آل إلى المتصرف وإنما قد يكون أساساً قانونياً مساعداً وثانويّاً لتأصيل انتقال ذلك الحق، للأسباب التالية:

١- أن نتيجة القسمة عند إبرام التصرف غير معروفة للمتصرف إليه، وبالتالي فإن مثل هذا المتصرف إليه حسن النية ولو أنه كان يعلم أن الحصة التي اشتراها سوف لن تؤول إليه لما أقدم على التصرف، لأنه في الأصل عندما أقدم على إبرام التصرف مع الشريك المتصرف، كان يعتقد أنه يشتري حصة مفرزة من الملك لا حصة شائعة.

٢- أثر القسمة يتحدد عموماً ويقتصر على بيان حصة الشريك في المال الشائع وتثبيتها، ولا علاقة له بحصة المتصرف إليه في هذا المال. إذ إن ما يؤول إلى المتصرف إليه هو نتيجة التصرف وليست نتيجة للقسمة.

ما سيؤول إلى البائع من حصة جراء القسمة التي ستقع بعد التصرف.

ولذلك، ولكل ما تقدم يمكن القول بأن المشرع الأردني قد اعتبر تصرف الشريك هنا تصرفاً صحيحاً غير معلق على نتيجة القسمة، وإن كان تصرف الشريك في حصة شائعة من حيث المبدأ، لأنه لا يملك حصة مفرزة بل حصة شائعة، فيكون المتصرف إليه قد تلقى حصة شائعة من المتصرف في المال المشترك يعادل الجزء المتصرف فيه. ويبرر ذلك على أساس أن المتصرف إليه يعلم مقدماً أن الشريك المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة، ثم إنه يعلم مقدماً أن مصير حقه غير مستقر ما لم تتم القسمة، ومن ثم يتبين نصيب المتصرف في الملك المشترك عموماً بعد القسمة. فهو أي المتصرف إليه يعلم أن إرادته الحقيقية التي يعتد بها لا بد أن تكون هي إرادة تملك حصة شائعة، (منصور، ٥٦، فقرة ٩٦، ص ١٦٧. مشار إليه في الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢٢٦).

اصلاً ستؤول وتتحول إلى حصة مفرزة بعد القسمة.

**المطلب الثاني: التأصيل القانوني الذي يمكن اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة المتصرف فيها إلى المتصرف إليه (فكرة الحل الواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم القانونية التقليدية)**

يرى بعض الشراح، (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٥ وما بعدها). أن تأصيل فكرة انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف بعد القسمة، وعدم

مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي. (الجبوري، ٢٠١١، ص ٧٦ وما بعدها. السرحان و خاطر، ٢٠٠٥، ص ٥٣).

وقد أشرنا سابقاً إلى أن التصرف الصادر من الشريك في حصة مفرزة قد يكون في مواجهة متصرف إليه سيء النية أو حسن النية. فإذا كان المتصرف إليه (حسن النية)، أي يجهل أن المتصرف لا يملك التصرف في حصة مفرزة لأنه مالك على الشروع، وبعبارة أدق إذا كانت الحصة التي آلت إلى المتصرف هي غير الحصة التي اتفق على التصرف فيها مع المتصرف إليه، فإن المشرع الأردني أعطاه الحق في أن يطالب بإبطال التصرف لوقوعه في غلط. أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، أي يعلم أنه يشتري حصة شائعة غير مفرزة، أي أن البائع شريكاً في المال الشائع، فإنه لم يعطى مثل حق المتصرف إليه حسن النية. أي لا يحق له أن يطعن في هذا التصرف بالغلط. إذ من المفروض أن مثل هذا المتصرف إليه يعلم منذ البدء أن المتصرف لا يملك حصة مفرزة في الملك المشترك، وأن ما يملكه هو حصة شائعة، ومع ذلك سكت عن الأمر، وأقدم على إبرام العقد معه، وعليه فإن سكوتة هذا يمكن أن يفسر قبولاً لما هو مقدم عليه، لأنه يعد سكوتاً في معرض الحاجة إلى البيان، ويمكن أن يفسر قبولاً لشراء الحصة التي ستؤول إلى المتصرف نتيجة القسمة. فهو يعلم مقدماً أن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي تصرف فيه، ملكية تامة مفرزة، وبالتالي يكون قد قبل مقدماً شراء

وثابتاً، ويتحقق ذلك الثبوت والاستقرار بحصول القسمة.

ونعتقد من جهتنا أن التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال المشترك في حقيقة الامر، يفترض فيه ألا يرتب أثراً في مواجهة المتصرف إليه لانه تصرف يحتمل تكييفه عدة احتمالات هي كما يأتي :

١- إما أن يعد تصرفاً في ملك الغير بالنسبة للشركاء الآخرين، وبالتالي لا يمكن أن تترتب آثاره عليه ما لم تصدر الإجازة ممن يملكها وهم الشركاء الآخرين بقدر نصيبهم في هذا الملك. لأن تصرف الشريك في الجزء المفرز يعد تصرفاً صحيحاً غير نافذ موقوفاً على الإجازة ممن يملكها. فأثار التصرف تتوقف على صدور الإجازة. فإن لم تصدر فالتصرف باطل بقدر حصص الشركاء الآخرين، وصحيح بقدر حصة الشريك المتصرف.

٢- وإما أن يعد التصرف صحيح نافذاً غير لازم بالنسبة للمتصرف إليه، إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك تلك الحصة مفرزة، وذلك لوقوع المتصرف إليه في غلط في صفة جوهرية في محل التصرف، ألا وهي الحصة المبيعة التي كانت من المفروض أن تكون مفرزة، ولكنها تبين أنها حصة شائعة، ولو علم العاقد بحالها لما أقدم على إبرام التصرف أساساً.

٣- وإما أن يعد التصرف باطلاً، لأن الحصة التي ورد عليها التصرف لم تكن موجوداً أساساً. إذ

استقرار حق المتصرف إليه في الحصة التي تم التصرف فيها أصلاً، ليس سهلاً على الإطلاق. ويرى هؤلاء الشراح أن الحكم المذكور في نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني يدل على أن المشرع في هذا النص أراد أن يتعامل مع تصرف الشريك على الشيوع في حصة مفرزة من الملك المشترك بشيء من الواقعية. تلك الواقعية التي فيها خروج على المفاهيم والنظريات القانونية التقليدية. فالشريك على الشيوع الذي يتصرف في حصة مفرزة من المال الشائع وهو لا يملك مثل هذه الحصة، لا يمكن إنكار وتجاهل حقيقة ماثلة أمامنا تتعلق به، ألا وهي أن إرادته قد اتجهت إلى التصرف فيما يملك من حق في المال المشترك، فلولا ملكه في المال المشترك لما أقدم على أن يتصرف مثل هذا التصرف. وما دام أنه أقدم على مثل هذا التصرف مستنداً إلى ما يملك من حق في الملك الشائع، وإن خالف نطاق الحق الذي له وتجاوزه، فلا بد من ترتيب أثر قانوني على إرادته هذه. إن الأثر القانوني الذي يمكن ترتيبه على هذه الإرادة، يتمثل في ثبوت حق المتصرف إليه في أي جزء من المال الشائع يمكن أن يتركز ويتجسد فيه حق الشريك المتصرف.

ويمكن القول هنا بأن حق الشريك يتجسد ابتداءً في الجزء الذي تصرف فيه، ولكنه تجسد غير مستقر بل وقلق، لأنه لا يملك هذا الجزء عند إجراء التصرف، ثم بعد ذلك يتجسد حق الشريك انتهاءً تجسداً مستقراً

فيه من حماية لمصلحة الطرفين عموماً، والمتصرف إليه خصوصاً، إذ إن المتصرف إليه في نهاية المطاف سيستحوذ على حصة مفرزة من المال الشائع، صحيح أنها ليست الحصة التي كان يروم الحصول عليها. لكنها حصة في المال المشترك مفرزة آلت إلى المتصرف بعد إيقاع القسمة.

وهنا لا بد لنا من أن نتساءل، هل من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته، ويفرض عليه أن يتملك شيئاً آخر بديلاً عنه حتى إذا كان معادلاً له في القيمة، بل وحتى لو كان أكثر من قيمة الأول؟ هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، قد لا يحقق الشيء البديل الآخر الغرض الذي قصده المتصرف إليه (المشتري) حين إقدامه على الشراء؟ فأين هي عدالة الحل الواقعي الذي نتلمسه في هذه الفكرة (فكرة الحل الواقعي....) التي اعتمدناها أساساً لتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة المفرزة التي آلت إلى المتصرف جراء قسمة المال الشائع؟

في الحقيقة يمكننا القول بأن المتصرف إليه عند إقدامه على إبرام التصرف مع الشريك المشتاع كان أحد صنفين، صنف يجهل أن التصرف يرد على حصة شائعة، وهذا الصنف له الحق في الخروج من التصرف بالتمسك بإبطال ذلك التصرف (والأدق هو التمسك بالفسخ على أساس الغلط). أو الاحتكام إلى نتيجة القسمة والرضا بها. فإذا اختار الحل الثاني فإنه يكون

العقد انصب على محل غير موجود وهو الحصة المفرزة، التي لم تكن قائمة أساساً في ملكية المتصرف. فالغلط هنا مانع من انعقاد العقد. إذ الغلط في مثالنا هذا هو غلط في ذاتية المحل. فبدلاً من أن يكون محل التصرف حصة مفرزة، كان المحل حصة مشاعة. فانعدم المحل الذي انصبت عليه الإرادتان، إرادة المتصرف (الشريك المشتاع) وإرادة المتصرف إليه. وانعدم المحل جراء الغلط فيه يكون حكمه البطلان. فالبطلان هو الحكم الذي يجب أن يتقرر في حالة ما إذا وقع غلط في ذاتية المحل.

غير أن المشرع تجاوز في المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، هذه الأحكام السابقة، وأشار إلى حكم واقعي خرج فيه عن المفاهيم القانونية التي أشرنا إلى أحكامها آنفاً. واعتبر أن التصرف موجود وراعي الإرادتين، إرادة المتصرف وإرادة المتصرف إليه، ورتب الأثر المطلوب على هاتين الإرادتين. رغم ما يمكن قوله وترتيبه على هذا التصرف من أحكام.

وفي اعتقادنا، أن هذا التأصيل لفكرة انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف بعد القسمة، رغم أن التصرف ورد على حصة مغايرة، هو الذي يكون أقرب إلى رغبة المشرع الأردني وأقرب إلى حقيقة أساس هذا الانتقال للحق.

فالحل الواقعي الذي قضى به المشرع الأردني في هذا النص يمثل أساساً لتملك المتصرف إليه الحصة المفرزة التي لم تكن موضوع التصرف عند إبرامه. ومثل هذا الموقف يمكن القول أن فيه تجسيداً للعدالة نظراً لما

### الخاتمة

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع إلى المتصرف إليه ينطوي على المساس بحق الشركاء الآخرين، رغم أنه تصرف صادر من شريك في الملك الشائع ومع ذلك يمكن القول بأن هذا التصرف تترتب عليه الكثير من الملاحظات التي تعقبناها في هذا البحث وقد تمخض البحث عن النتائج التالية:

١- أن من حق المتصرف إليه سيء النية أن يعدل قبل القسمة وذلك لسكوت النص عن معالجة ذلك بل وسكوت النص عن منعه من العدول، إذ المطلق يجري على إطلاقه. وإذا أردنا أن نلزم المتصرف إليه بالتصرف في الجزء المفرز لكونه يعلم أن المتصرف قد تصرف إليه بجزء مفرز وهو، أي الشريك المتصرف، لا يملك حصة مفرزة، لا بد من تعديل نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني لتصبح على النحو التالي: "٢- وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، فيجب إلزام المتصرف إليه بالتصرف مهما كانت عليه القسمة، إذا كان يعلم أن المتصرف لا يملك حصة مفرزة بل يملك حصة شائعة. سواء أكان ذلك قبل القسمة أم بعدها. ٣- وإذا وقعت القسمة ولم يقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وكان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد فله الخياران: إقرار التصرف، أو فسخه".

قد وافق على ما تؤول إليه القسمة ورضي بنتيجتها. فلا توجد لدينا معه مشكلة في إلزامه بنتيجة التصرف وتأصيل هذا الانتقال.

أما الصنف الثاني، وهو المتصرف إليه سيء النية، وهو الذي أقدم على شراء حصة يعلم أنها شائعة ولكنه فضل الاعتماد على روح المغامرة لديه في أن يشتري عسى أن تكون نتيجة القسمة لصالحه. فمثل هذا المتصرف إليه، عليه أن يتحمل النتائج التي أقدم هو عليها عندما أبرم التصرف مع شريك يعلم علم اليقين أنه لا يملك الحصة المتصرف فيها مفرزة. فهنا حتى لو كانت الحصة الجديدة لا تحقق طموحات المتصرف إليه، لكنه سيلتزم بها لأنه أقدم على التصرف وهو عالم بما قد تكون عليه نتيجة القسمة. فمثل هذا المتصرف إليه لا نجد في الحل الواقعي الذي تبناه المشرع الأردني في المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، أي حرج من تطبيقه عليه، كما ولا نجد في تطبيقه عليه أي حيف أو ظلم، والعدالة متحققة هنا. لأن في هذا التأصيل نجد أساساً واقعياً يخرج عن نطاق المفاهيم التقليدية للقانون المدني. ثم إن فيه اعتماداً لإرادة الطرفين وأخذاً بها دون إهمالها، وبالتالي لا بد من ترتيب الأثر القانوني المطلوب على مثل هذه الإرادة لهذين الطرفين (المتصرف والمتصرف إليه).

جديد بدلاً من الضمان القديم المتمثل بالحصة المرهونة التي لم تعد ملكاً للمدين الراهن.

٤- أن الأساس القانوني الذي يمكن أن يستند إليه انتقال حصة المتصرف التي آلت إليه بموجب القسمة إلى المتصرف إليه وإلزامه بها لكونه يعلم أن الشريك المتصرف لا يملك حصة مفرزة، يستند إلى فكرة الحل الواقعي الذي يتضمن خروجاً على المفاهيم القانونية التقليدية، إذ المشرع الأردني في هذا الحكم الوارد بموجب نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني أراد أن يتعامل مع تصرف الشريك المشتاع في حصة مفرزة من الملك الشائع إلى المتصرف إليه العالم بحقيقة هذا الوضع بشيء من الواقعية والعملية، التي فيها خروج على مفاهيم القانون ونظرياته. إذ الشريك المتصرف في حصة مفرزة لا يملك حصة مفرزة، لكنه تصرف في حق له في الملك الشائع. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن انتقال الحصة التي آلت إلى المتصرف إليه نتيجة القسمة لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادته هو، إذ إن إرادته اتجهت إلى شراء جزء مفرز محدد ومعين بالذات، وهذا الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسمة والذي يلزم به المتصرف إليه، قد لا يحقق طموحات المتصرف إليه، وقد لا يرغب به، فكيف يتم إلزامه بمثل هذا الحكم. لا شك أن الأثر القانوني الذي يمكن ترتيبه على هذا التصرف يستند إلى ما للشريك من حق في الملك الشائع. ويمكن القول بأن حق الشريك المتصرف يتجسد ابتداءً في الجزء الذي تصرف فيه ولكنه

٢- إذا جرت القسمة بعد التصرف ولم يختص الشريك المتصرف بأي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو مقابل عيني خلاف المال الشائع. فإن للمتصرف إليه في كل الأحوال الحق في نقض التصرف وفسخه.

٣- إذا ورد الرهن على حصة شائعة وتمت قسمة المال الشائع قبل انتهاء مدة عقد الرهن فإن مصير حق الرهن لم يتحدد بموجب نص المادة (١٣٣١)، حيث أشارت تلك المادة إلى حالة واحدة هي حالة الحصة المفرزة التي وقعت بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن. أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مال منقول، فإنه لا يمكن أن ينتقل الرهن إلى المنقول الذي اختص به المدين الشريك الراهن بدلاً من الحصة الشائعة المرهونة، وذلك لأن المال البديل يعد مالاً منقولاً، والمال المرهون أصلاً هو عقار. ثم إن تبديل محل الرهن بمحل جديد (منقول مثلاً) يحتاج إلى إبرام عقد جديد، ويحتاج إلى تسجيل الرهن من جديد في الدائرة المختصة، هذا إذا كان المال المنقول المرهون الجديد من المنقولات التي يجب تسجيلها (كالمركبات والسفن، والطائرات....الخ). فتمناً بنص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني الذي أشار إلى تحول الرهن إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيب الراهن، ولم يشر النص إلى تحول الرهن إلى المنقول الجديد الذي حل محل الحصة المرهونة، وعليه فإنه يحق للدائن المرتهن المطالبة بسداد الدين أو بترتيب ضمان

الأصلية في القانون المصري واللبناني. بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م.  
 مرقس، سليمان؛ إمام، محمد علي. عقد البيع. د. ت. مبارك، سعيد عبد الكريم. موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية. ١٩٩٥-١٩٩٦م.  
 تناغو، سمير. التأمينات الشخصية والعينية. ١٩٩٤م.  
 الوكيل، شمس الدين. نظرية التأمينات العينية في القانون المدني الجديد. ١٩٥٩م.  
 شحاته، شفيق. شرح القانون المدني الجديد في الملكية، القسم الأول: النظرية العامة للحق العيني. ١٩٥١م.

السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٨: حق الملكية. بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠٠٠م.  
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ١٠: في التأمينات الشخصية والعينية. ط ٣. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠م.  
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٤: في البيع. ١٩٦٠م.  
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٨: في حق الملكية، ١٩٦٠م.  
 الصده، عبد المنعم فرج. الحقوق العينية الأصلية: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٧٨م.

تجسيد قلق (غير مستقر)، فهو لا يملك الجزء الذي تصرف فيه ثم يتحقق الاستقرار والثبات لحق الشريك نتيجة للقسم في الحصة التي تقع في نصيبه، وهنا ينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسمة. فالحل الواقعي والعملي الذي قضى به المشرع الأردني في نص المادة (٢/١٠٣١) هو الذي يمثل الأساس القانوني لتملك المتصرف إليه الحصة المفرزة التي لم تكن موضوع التصرف عند إبرامه. وهو حكم يمكننا القول، بأنه يجسد العدالة ويحقق مصلحة الطرفين.

## المراجع

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج ٢. عمان: نقابة المحامين، ١٩٦١م.  
 غانم، إسماعيل. الحقوق العينية الأصلية. ج ١: حق الملكية. مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٥٩م.  
 عبد الرحمن، أحمد شوقي. الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.  
 خليل، أحمد محمود. إدارة المال الشائع والتصرف فيه. المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧م.  
 فرج، توفيق حسن. الحقوق العينية الأصلية. الدار الجامعية، ١٩٩٣م.  
 أبو السعود، رمضان. الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية

- البشير، محمد طه؛ طه، غني حسون. *الحقوق العينية: الأصلية والتبعية*. ج ١. ط ٤. القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١٠م.
- الجندي، محمد صبري. "نظرة على قواعد الحلول العيني: دراسة موازنة بين الفقه الغربي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات". *المجلة الأردنية في الدراسات الاسلامية*. جامعة آل البيت - الأردن، المجلد الخامس، (٣/ب) تشرين الثاني، (٢٠٠٩م)، ٩٦-٢١٧.
- منصور، منصور مصطفى. *حق الملكية في القانون المدني المصري*. ١٩٩٥م.
- منصور، منصور مصطفى. "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره"، *مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، (يناير ١٩٦٤م)، العدد الأول والثاني، السنة السادسة، ١٠٦-١٧٤.
- الدكتور منصور مصطفى منصور، "نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري". أطروحة مقدمة إلى جامعة القاهرة، جامعة القاهرة، ١٦٧.
- الجمال، مصطفى. *نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية*. الدار الجامعية، ١٩٨٥م.
- البدر اوي، عبد المنعم. *شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية*. ج ٢. ١٩٥٦م.
- السرхан، عدنان؛ خاطر، نوري حمد. *شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، (الالتزامات)، دراسة مقارنة*. ط ١: الإصدار الثاني. عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٥م.
- العبيدي، علي هادي. *الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية*. دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
- حيدر، علي. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. المجلد الثالث. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩١م.
- زكي، محمود جمال الدين. *الوجيز في الحقوق العينية الاصلية*. مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- عرفة، محمد علي. *شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية*. ج ١. ط ٢. مطبعة فؤاد الأول، ١٩٥٢م.
- سوار، محمد وحيد الدين. *حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني*. عمان: دار الثقافة للنشر، ١٩٩٣م.
- سوار، محمد وحيد الدين. *شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية*. الكتاب الثالث. ط ١: الإصدار الخامس. عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٦م.

(مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة. عمان :  
 دار الثقافة للنشر والتوزيع. ٢٠١١م.  
 الجبوري، ياسين محمد. المبسوط في شرح القانون  
 المدني. ج ١. مجلد (١). ط ١. القسم الثاني.  
 مراتب انعقاد العقد: عمان: دار وائل للنشر،  
 ٢٠٠١م.

سعد، نبيل إبراهيم. الحقوق العينية الاصلية في القانون  
 المصري واللبناني، دراسة مقارنة. بيروت:  
 منشورات الحلبي، ٢٠٠٣م.  
 الجبوري، ياسين محمد. الوجيز في شرح القانون المدني  
 الأردني. ج ١. ط ٢. مصادر الحقوق الشخصية،

## **The Co-owner Disposition in Specified Share of Common Property and Justification of Transference of Such Share to the Acquirer in Jordanian Civil Law**

**Yaseen Mohammad Khalaf Al-Juboori**

*Associate prof*

*The Faculty Of Shari'a&Law*

*Department Of Comparative Law*

*The World Islamic Science&Education University*

(Received 12/7/1433 H.; accepted for publication 26/2/1434 H.)

**Abstract.** Every co-owner in common is the absolute owner of his share, hemay dispose of his share as he wills without permission of other co-owners, provided that he shall not inflict damage on the rights of other co-woners. As well as he may dispose of his share except in the case of a mixed and common sale. While in case of the disposition which relates to a specific part of the common property, and such part does not come within the share of the settler when a partition is made, the right of the acquirer is transferred to the part that has devolved on the settler as a result of the partition with effect from the moment of disposition. The proplem of justification of obliging the acquirer with the part comes within the share of the settler. Many theories have been established for such a problem, but the right one which we believe to justifies such transference is the theory of realistic solution which does not comply with the traditional legal conceptions.

