

متعدددين ، فلا بد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال ، النصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك . وتعيين الحصة الملائكة في الشرايع عادة عند بدء الشرايع غير لمصدره ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث ؛ وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ، وإن كان ذلكا تكتل المثلثة بتعيين حصة كل شريك . وقد لا تعين الحصة ، كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يدينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ، مادام لم يقم دليل على غير ذلك (١) .

بقي أن نحدد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة . ويجسن في هذا الصدد أن نبين أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية (*propriété individuelle*) . أو ملكية جماعية (*propriété collective*) . فالملكية الفردية هي التي يكون المالك فيها فرداً ، ولو كان هذا الفرد شخصاً اعتبارياً أى مجموعاً من الناس متمتعاً بالشخصية الاعتبارية . والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة (*propriété en main commune, Gesamte Hand*) . وهي الملكية الجرمانية ، فقد قدمنا (٢) أن المالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية . فهل الملكية الشائعة هي حق ملكية ، وإن كانت فهل هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟

إنك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية ، فهي تشمل على جميع عناصر الملكية ، وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونصوص التقنين المدني صريحة في هذا المعنى . فن جهة رأينا أن المادة ٨٢٥ مدني ، وهي في صدد التعريف بالملكية الشائعة ، تقول : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً .. » ، فهي تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع ، أى أن حتهم فيه هو حق ملكية . ومن جهة أخرى سنرى أن المادة ١/٨٢٦ مدني تجمع بين يدي المالك في الشيوع جميع عناصر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فإذا لم يكن هناك تحديد ، أو كان هناك شك في التحديد ، حسب الحصص متساوية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

(٢) انظر آفا فقرة ٤٨٤ في الهامش .

الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتقول : « كل شريك في الشروع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١).

بقي أن نعرف هل الملكية الشائعة هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟ نيب المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى على هذا السؤال بما يأتي : « عرفت المادة .. الملكية الشائعة ، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة (الجماعية) . فالحصة التي يملكها الشريك

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الملكية في الشروع ليست بحق ملكية ، بل هي حق عيني من نوع خاص (sui generis) انظر في هذا المعنى Stesse في الشروع الوراثي في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Ionasco في الشروع في المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - مارتى ورينو فقرة ٥٩ .

ووجه الاعتراض الرئيسي على أن الملكية في الشروع هي حق ملكية يتلخص في أن حق الشريك في الشروع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وأن من طبيعة الملكية الاستثنائية ، وهنا لا يتأثر الشريك في الشروع بالشيء بل يشاركه فيه آخرون . ويمكن دفع هذا الاعتراض بأن الاستثنائية هنا أيضاً واقع ، والذي يتأثر بالشيء الشائع هو كل شريك ، ولكن لا في وجه الشركاء الآخرين ، بل في وجه الغير ، أي في وجه كل شخص ليس شريكا في الشيء الشائع (انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ١٩٨) . وليس حق الشريك في الشروع إلا حق ملكية مقيداً بحقوق الشركاء الآخرين (بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٤٨) .

وقد انعقد الإجماع في الفقه المصري على أن حق الشريك في الشروع هو حق ملكية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ - شفيق شحاتة فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ - محمد علي عرفة فقرة ٢٨٦ ص ٢٧٨ - ص ٣٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ - إسماعيل غانم فقرة ٨٦ - حسن كبيرة فقرة ١٠٤ ص ٣٤١ - ص ٣٤٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص ١٨٦ - ص ١٨٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ٥٤ ص ١٢٩ - ص ١٣١ ولكن قارن مقالا له في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٤ - ص ١٠٥ حيث يذهب إلى اعتبار حق الشريك في الشروع حق ملكية من نوع خاص هو « ملكية شائعة » .

ويترتب على أن حق الشريك في الشروع هو حق ملكية ، أنه إذا خصص هذا الشريك متقولا ملكا له لخدمة المقار الشائع ، فإن هذا المتقول يصبح عقارا بالتخصيص ، إذ أن الشريك في المقار الشائع هو مالك لهذا المقار ، فتأخر بذلك شرط اتحاد المالك (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ٢٠١ هامش ١ ، وقد ناقش في هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ - وانظر في أن المتقول يصبح في هذه الحالة عقارا بالتخصيص تحت شرط فائز آنفا فقرة ١٤) .

في الشروع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفروزة . والشئ المملوك في الشروع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) (١) .

وإذا كان صحيحاً أن الملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفروزة والملكية الجماعية ، فإنه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هي من طبيعة الملكية المفروزة أو من طبيعة الملكية الجماعية؟ يجب بادئ ذي بدء أن نبرز الفرق واضحاً بين طبيعة الملكية الشائعة وطبيعة الملكية الجماعية . فالملكية الجماعية (propriété collective) هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أى واحد منهم بمفرده لا الشئ المملوك ولا أبة حصه فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشئ المملوك . أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا ملكية مشتركة ، لأن كل شريك في الشروع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصه (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ - ص ٧٩ .

(٣) وإذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل المال الشائع ، فإن حق كل مالك في الشروع ينصب على حصته الشائعة . فالحصه الشائعة ، لا كل المال الشائع ، هي محل حق الشريك في الشروع . وقد أبرزت محكمة النقض مال الحصه الشائعة من كيان ذاتي يحملها تتميز عن مجموع المال الشائع ، فقالت : « إنه وإن كانت الملكية الشائعة تترس بتدرها إلى كل أجزاء المال الشائع ، فإن ذلك لا يعمو ما لكل حصه فيه من كيان ذاتي ، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل . ذلك أن الحصه الشائعة ، وإن لم تكن في العيان متميزة حالاً ، فإنها متميزة بالقسمة مآلاً ، وبموجب ما للقسمة من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فإذا قضى حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى ، مؤسسا ذلك على بطلان عقد البيع الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تملك البائع الأصل ، في حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصه شائعة في جملة الأطنان يمكن أن يخرج منها الحصه المبيعة ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . إذ أن ما باعه البائع الأصل وآل أخيراً إلى المدعى ، وإن كان قدراً شائعاً في جملة الأطنان ، فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بإبطال البيع الصادر له في خصوصه . فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذي يملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع » (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ - مجلة المكتب الفنى في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩١) . انظر إسماعيل غانم هرة ١٣١ ص ٣٠٢ هامش ٢ ، وهو ينتقد الحكم لإعمال الأثر الرجعي في غير موضعه .

فالملكية الشائعة لا تشترك إذن في طبيعتها مع الملكية الجماعية ، بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفترزة، إذ أن كلامنا عن الملكية الشائعة (propriété indivise) والملكية المفترزة (propriété divisée) هي ملكية فردية (propriété individuelle) .

وبخلاصة ما قدمناه أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفترزة أو ملكية شائعة . ومن ثم تكون الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية ، وهي أحد نوعي الملكية الفردية .

٤٨٦ - مصادر الشروع وأحكام وأسباب انقضاء - نص قانوني

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« كل شريك في الشروع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (١) » .

— ونحن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الحكم ، إذ يجب في نظرنا التمييز ، لا فحسب بين حصة شائعة وحصة شائعة أخرى ، بل أيضاً بين حصة شائعة والجزء المفترز الذي آلت إليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة ، فيحل الجزء المفترز حله لا عينياً محل الحصة الشائعة في التصرفات التي وقعت من قبل على الحصة الشائعة (انظر ما يلي فقرة ٥١٣ وفقرة ٥١٤ في الهامش ، وانظر م ١٠٣٩ / ٢ مدني) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١١٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٨٩٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٨٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١٠٦١ و ٢ : ٣ - وكل شريك في الشروع يملك حصته الشائعة

حلكاً تاماً ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ويتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنتهم . ٣ - ويجوز للشريك في الشروع أن يزجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية الشائعة هي حق ملك تام ، فهي ملكية فردية كما قدمنا ، شأنها في ذلك شأن الملكية المفترزة .
ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية ، التي سنبجها تفصيلا في الجزء التاسع من الوسيط . وأهم هذه الأسباب ، بالنسبة إلى الملكية للشائعة ، هو الميراث ، فأكثر ما يكون الشيوخ عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين ، فتنتقل إليهم أمواله شائعة . وقد يكون مصدر الشيوخ الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوخ . وقد يكون مصدر الشيوخ العقد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوخ ، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره في الشيوخ^(١) . وقد يكون مصدر الشيوخ أى سبب آخر من من أسباب كسب الملكية ، كالاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقدم^(٢) .

— قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٣ : يتصرف كل شريك بجملة الحرية بحقوقه في العقار ، وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو أن يجرى عليه تأمينا ، بدون إذن من شركائه بالشيوخ . ولكن لا يحق له أن يرهن حصته . هذا وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٢٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وتجرى على الوجه الآتي : لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته ، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها ، وأن ينيب غيره عنه في التمتع بها ، وأن يتصرف فيها على أى وجه آخر ، سواء أكان يبدل أم بلا بدل ، إلا إذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وإذا كان العتد شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ، فادامت هذه الشخصية المعنوية قائمة فالمال غير شائع وهو مملوك ملكية مفترزة للشركة . فإذا انحلت الشركة وصفت ، أصبحت أموالها مملوكة على الشيوخ للشركاء .

ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوخ عن الشخصية المعنوية ، فإذا كان المال شائعا بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال ، أما إذا كان المال مملوكا لشخص معنوي كشركة فالمال كله مملوك لهذا الشخص المعنوي ، وليس لأحد من الشركاء في الشركة حق عيني فيه . كذلك يجب تمييز للشيوخ عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد ، فقد تكون رقة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر ، فلا يعتبر مالك الرقة وصاحب حق الانتفاع في شيوخ فيما بينهما ، لأن لكل منهما حقا يختلف عن الحق الذى للآخر .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومصدر الشيوخ قد يكون العتد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوخ . وقد يكون الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوخ . وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وأكثر الأسباب انتشارا هو الميراث فإن الإرثة تنزع حصصهم شائعة في التركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

أما أحكام الشيوخ ، فمنها ما يشترك فيه مع الملكية المفترزة ، وهذه قد سبق بيانها . وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك على ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف ، فالمالك على الشيوخ ، كما يقول النص . صالف الذكر ، « يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الملكية فى الشيوخ كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشيوخ له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . أما حق المالك المشتاع فى التصرف فكبحق المالك ملكية مفترزة ، على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها ،

وفىما يتعلق بكسب الملكية الشائعة بالتقادم ، قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب الموزع فيه ، من حيث إن كليهما يصبح أن يكون محلاً لأن يجوزده حائز على وجه التخصيص والافراد ، ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفترز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوخ تخالط يد غيره من المشتادين . والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ، ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم ، جاعلين لكل منهم حصته فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم ، سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو نأب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ موعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ١٩٣) - وانظر فى إمكان استئثار أحد الشركاء فى الشيوخ بحيازة المال كله فى مواجهة باقى الشركاء ، وتملكه إياه بالتقادم إذا لم يشب الغموض حيازة الشريك : استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه ليس فى القانون ما يحرم على وارث أن يملك بالتقادم نصيب الوارثين معه ، فهوى ذلك كأي شخص أجنبى عن التركة يملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٧ ص ٤٤٥) . على أن حكماً لمحكمة استئناف مصر ذهب إلى أن وضع يد الوارث على عين مشتركة بينه وبين بقية الورثة يحصل منه بصفته شريكاً فى العين على الشيوخ لا يملكها ، بما أن المالك فى الشيوخ يملك فى كل جزئية من جزئيات العين المشتركة ، أو هو على الأقل وضع يد غامض ومن أركان وضع اليد للترك أن يكون غير غامض . فوضع يد الوارث أو أى شريك على الشيوخ ، مهما بلغت مدته ، غير مكسب للملكية (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠) . وانظر فى هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢٩١ - إسماعيل غانم فقرة ٦٦ .

وأن يرهنها ، هذا رسمياً أو رهن حيازة^(١) . ومن ذلك نرى أن المال الشائع ، كالمال المفروز ، يباشر عليه المالك في الشروع حتى الاستعمال وحتى الاستغلال وحتى التصرف^(٢) . ولكنه يختلف عن المال المفروز في أن حق المالك في الشروع مقيد بحقوق سائر الشركاء . وهذا هو ما يجعل نهب الشائع أحكاماً خاصة به ، في إدارته لاستعماله واستغلاله ، وفي التصرف فيه .

بقيت أسباب انقضاء الشروع . والشروع يكون عادة حالة موقفة مصيرها إلى الانقضاء والزوال ، وإن كانت تلوم في بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيراً في مصر . وينقضي الشروع بأسباب مختلفة . نذكر منها العقد المنهي للملكية ، فقد يبيع أحد المالكين في الشروع حصته الشائعة للمالك الآخر ، أو يبيع المالكان معاً المال الشائع لمشتري واحد ، فينقضي الشروع ، وتصبح الملكية مفروزة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى . وفي يد المشتري للمال الشائع في الحالة الثانية . وقد يكون الميراث سبباً لانقضاء الشروع ، بأن يرث أحد المالكين في الشروع المالك الآخر . والوصية كالميراث قد ينقضي بها الشروع ، بأن يوصي أحد المالكين في الشروع للمالك الآخر بخصته الشائعة^(٣) . ولكن هذه الأسباب

(١) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١ .

(٢) والمادة ٨٢٦ مدني تقول ، كما رأينا ، إن الشريك في الشروع إنما يستعمل ويستغل ويتصرف في حصته الشائعة . وقد أخذ على صياغة النص « أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ذاته ، لا على الحصة الشائعة فيه » (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٥ هامش ١) . وإذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة إلا تجوزاً ويكون معناه الانقضاء ، فإن الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشيء الشائع . وإنما أريد ، في نص المادة ٨٢٦ مدني . أن يبرز ما للشريك في الشروع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة ، بما تشمل عليه هذه الملكية من عناصرها الثلاث ، التصرف والاستغلال والاستعمال .

(٣) وقد ينقضي الشروع بالتقادم المكسب . بأن يحوز أحد الشركاء المال الشائع كله على أنه ملكه وحده فيكسبه بالتقادم . وهنا يجب التحرز من عيب الغموض ، فإن الشريك إذا حاز المال الشائع قد يكون نائباً عن شريكه الآخر ، ولذلك يجب أن تظهر نية الاستئثار بالشيء عند الشريك واضح اليد (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٩٧ ص ٤٤٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ - شين الكوم الكلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٦٧ ص ٧٠١ - عكس ذلك استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٧ ص ٤٠ - والظ أنفاً نفس المقررة في الخامس) .

كلها أسباب عارضة ، ولا يقصد منها في الأصل إنهاء الشروع ، وإن انقضى الشروع بها فعلا . أما السبب الرئيسي لانقضاء الشروع ، السبب الذي يقصده أصلا ومباشرة إنهاء هذه الحالة ، فهو القسمة^(١) . لذلك تقف من أسباب انقضاء الشروع عند القسمة دون غيرها .

ومن ثم يخلص لنا ، كأحكام تختص بها الملكية الشائعة ، الموضوعات الآتية : (١) إدارة المال الشائع . (٢) التصرف في المال الشائع . (٣) قسمة المال الشائع .

الفرع الأول

إدارة المال الشائع

٤٨٧ — الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة : رأينا^(٢) أن التقنين المدني وقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزِيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكيم الأقلية . وقد ميز التقنين المدني ، في هذا الصدد ، بين أعمال الإدارة المعتادة والأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

المبحث الثاني

الإدارة المعتادة

٤٨٨ — مفظ المال الشائع — نص قانوني : تنص المادة ٨٣٠ مدني على ما يأتي :

« لكل شريك في الشروع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم للحفاظ

(١) وتنص المادة ٨٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « إذا شرَكَ الملك أو شبه الشركة انتهى : أولا - بهلاك جميع الملك المشترك . ثانيا - بتفريخ الشركاء عن حصصهم لأحدهم أو بتركها له . ثالثا - بالقسمة » .

(٢) انظر أيضا فقرة ٨٤٩ .

الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك ، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الجزاء . والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله (٢) . فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشروع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالاً مادية . مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم ، وتحويله بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند فى حاجة إلى التسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف . وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع فى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه لمس الذاب تحت رقم ٨٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٠ - ص ٩١) .
ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (انظر استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩١) .
ويقابل النص فى القوانين المدنية المدنية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٦ (مطابق) .

م ١٠٦٨ : ١ - إذا احتاج الملك الشائع إلى مرمة أو عمارة ، يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ - وإذا كان بعض الشركاء غائباً ، أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بإذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم . م ١٠٦٩ : إذا تهدمت العين الشائعة كلياً وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على العمارة .

قانون الموجبات والعقود المبنائى م ٨٣١ : يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك ، كما يسهر على أشيائه الخاصة .

(والتقنين المبنائى أورد فى صورة التزام ما أوردته القوانين المصرى فى صورة حق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥ .

حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مغتصب أو في يد أى حائز آخر ، ودعوى تعيين الجلود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع ، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً .

والشريك في الشبوع ، في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم ، يعتبر أصيلاً عن نفسه . ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله ، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة . فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضولياً بالنسبة إليهم ، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر (م ١٨٩ ملغى) ، فيرجع للشريك بدعوى الفضالة (١) . أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب . وهناك رأى يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة (٢) .

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٥ - محمد على عرفة فقرة ٢٩٧

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ١٦٨ وهاش ٢ - عبد المنعم البدرار فقرة ١٢١ ص ١٥١

هاش ١ - حسن كيرة فقرة ١٠٨ ص ٣٥٧ هاش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ - وقرب منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاش ٢ .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يضيق بما إذا كانت أعمال الحفظ أعمالاً مادية: فإن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية (انظر إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاش ١) - وهناك رأى يذهب إلى تأسيس المادة ٨٣٠ مدني على مجرد أن للشريك حقاً يدعى على الشيء كله ينح له القيام بكل الأعمال التي لا تمس حقوق الشركاء الآخرين (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاش ١ - وانظر في الرد على هذا الرأي منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاش ٢) .

وقد جرى القضاء الفرنسي على افتراض وكالة ضمنية لأن الأعمال التي يقوم بها الشريك تتمحور لمصلحة جميع الشركاء ، أو على تطبيق قواعد الفضالة (نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ داللو ٥٤ - ١ - ١٨٣ - باريس أول فبراير سنة ١٩١٠ تحت حكم محكمة النقض في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالتوز ١٩١١ - ١ - ٣٧٧ - وانظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٤) .

٤٨٩ - نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف - نص قانوني :

نص المادة ٨٣١ مدني على ما يأتي :

« نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والتسرائب المشروطة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقتضى بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان ينتهى بالعبارة الآتية : « ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٠٢ في المشروع السابق . ثم وافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٠٠ . وفي لجنة لمس الشيوخ حيز رئيس اللجنة فكرة لتخلص أو التخل بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التي يذهب إليها هذا النصيب نافة أن يعتبر سائبة ، وخشية من أنه إذا حرم المالك على الشروع من حق التخل بلأ الشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه . وعرضت الفكرة بأ آخر ذهب إلى أن النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل للشريك يتخل عن ملكه . وأت اللجنة بعد المناقشة حذف العبارة الأخيرة من النص ، هل أساس أن فكرة التخلص من التزام متعلق بعين عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق . ولكن إجراء حكمها من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها . ووافق لمس الشيوخ على النص كما هدته لجنة تحت رقم ٨٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٢ - ص ٩٤)

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق ، ولكنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فكان معنولاً به (استئناف وطنى ٤ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٩ ص ٩٣ - استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٧ (مطابق فيما عدا خلو التقنين العراقى من العبارة الأخيرة في

النص المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٢ : يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم

ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وإبقائه صالحاً للاستعمال الذى أعد له - على أن كلا منهم يستطيع أن يكره في حل من هذا الواجب : أولاً - ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المخصص بالشروع للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانياً - بأن يترك للشريك المشار إليه حق التمتع بالشيء المشترك مع منجزته إلى أن يتردد ما دفعه لحساب الشركاء .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فكل الشركاء في الشروع ملاك المال الشائع كما قدمنا ، فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر حصته فيه . ومن ثم تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات حفظ المال الشائع ، وهي النفقات التي صرفت في صيانته وترميمه ، أو تسجيل سنده ، أو تحويطه بسور ، أو جنى ثماره قبل التلف ، أو قطع التقادم ، أو تعيين الحدود ، أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع ، أو غير ذلك من نفقات الحفظ التي سبق ذكرها . كذلك تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات إدارة المال الشائع ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع كنفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديده (م ٢/٨١٤ مدني) ، أو المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها^(١) . وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى ، فتقل مثلاً بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة في النفقات في نظر قيامه بالإدارة . وكل ذلك أيضاً ما لم يوجد نص يقضى بغيره ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدني من تحمل الشريك الذي يقوم بتعليق الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته .

والرجوع على الشركاء في الشروع ، كل بقدر حصته ، يكون كما قدمنا

= ثانياً - بطلب انقصة إذ كانت مستطاعة - أما إذا كانت النفقة قد دفعت ، فيلزم الشركاء بها على كل نسب حصصهم .

م ٨٣٣ : كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة والاستئجار - ويعين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته في ذلك الشيء .

م ٨٣٤ : إن النفقات النافمة والنفقات الكالية التي يقوم بها أحد الشركاء لا تخوله الحق في مطالبة شركائه بشيء منها ، إلا إذا كانوا قد أجازوا له إنفاقها صراحة أو ضمناً .

وانظر أيضاً المادة ٢٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني ، وقد نسخت بالمواد السابقة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن دفع الشريك في الشروع الدين لثالث له رهن على العقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام أحد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع ، فيجب أن توزع النفقات قانوناً على الشركاء بنسبة حصصهم في العقار جميعه (استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧١ ص ٢٣٩) .

بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب (١) .
 ويجوز لأى من الشركاء، التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف،
 أن يتخلى عن حصته في المال الشائع (٢) ، وهذه قاعدة عامة مقررّة للتخلص
 من أى التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية العين (obligation réelle
 obligation propter rem) . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن
 نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد
 العامة (٣) . ويترتب على تخلى الشريك عن حصته (abandon) أن تصبح هذه
 الحصة ملكاً لباقي الشركاء ، كل بقدر نصيبه في المال الشائع . وفي هذه الحالة
 يتحمل باقي الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديدة أى بعد إضافة حصة
 الشريك المتخلى إلى حصصهم (٤) .

٤٩٠ - المبدأ العام في إدارة المال الشائع - نص قانوني : تنص
 المادة ٨٢٧ مدني على ما يأتي :

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعتبر المبالغ التي يقترضها أحد الشركاء لدفع
 الضرائب المقررة على مال شائع مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعاً ، فيتعين الحكم بصحة الجز
 الذي يوقمه المقرض على الممولات المشتركة قبل جنبها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢
 ص ١٠١) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن الشريك يقوم مقام شريكه الآخر بالنسبة إلى
 مخالفات المانح الصحية وغير الصحية التي تقع من أحدهما في إدارة العين المشتركة، بشرط ألا يثبت
 أن الشريك المحكوم عليه في مثل هذه المخالفات قد تعمد ارتكابها أو أهمل عمداً في دفعها إضراراً بشريكه
 الآخر (الإسكندرية الوطنية مستجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧٤ ص ١٠٩٣) .
 (٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٨٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ -
 وقارن منصور مصطفي منصور فقرة ٦١ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٨٠٧ هامش ١ .

(٤) وهي نفس النسبة قبل إضافة حصة الشريك المتخلى . هذا ويجب تسجيل سند التولية إذا
 كان المال الشائع عقاراً (شفيق شحاتة فقرة ١٤٨ ص ١٧٠ هامش ٢ - محمد علي عرفة فقرة
 ٢٩٨ ص ٣٩٦ - عبد المنعم البدر وراي فقرة ١٢٢ ص ١٥٢ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ -
 عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) . ويتخلص المتخلى بتخليه عن حصته من الالتزامات التي نشأت
 قبل التخلي أو بعده (بنكاز ملحق بودري ٥ فقرة ٢٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠) ،
 بشرط أن تكون ناشئة عن الشروع . فإذا كانت مسئولية المتخلى قد نشأت عن خطأ ارتكبه ، كأن ألتف
 المال الشائع ، فالتخلي لا يعفيه من المسئولية (إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ - عبد المنعم فرج
 الصدة فقرة ١٣٠) .

« تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين : ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) .

ويخلص من هذا النص أن إدارة المال الشائع هو . في الأصل ، من حق الشركاء في الشبوع مجتمعين ، لا ينفرد به أحد منهم . ذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع بمائل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فإذا امتقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان في هذا اعتداء على حقوق باقي الشركاء ، فلا بد إذن من إجماعهم ، ليقرروا على أى وجه تكون إدارة المال الشائع :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٣ - ص ٨٤) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .
ويقابل النص في التفتينات المدنية المية الأخرى :

التفتين المدني السورى م ٧٨٢ (مطابق) .

التفتين المدني الليبى م ٨٣٦ (مطابق) .

التفتين المدنى اله ائى م ١/١٠٦٤ (مطابق) .

قازن الموجبات والمعقود البنائى م ٨٢٦ : كل شريك يمكن أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق ، بشرط ألا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها ، أو يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم .

م ٨٢٧ : لا يجوز لشريك أن يحدث تغييراً في الشيء المشترك بلا رضا شركائه الصريح أو الضمنى - فإن لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية : أولاً : تجرى القسمة عندما يكون الشيء قابلاً للتجزئة . وإذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعاً في حصة الشريك الذى أحدثه ، فلا سبيل لأى منهم إلى الاعتراض . أما إذا كان التغيير واقعاً في حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشيء إلى حالته الأصلية . ثانياً - عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا حدث التغيير على إعادة الشيء إلى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة ، مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء .

م ٨٢٨ : عندما يكون الشيء بطبيعته غير قابل للتجزئة . لا يحق للشريك أن يأخذ إلا ما يناسب حصته من منتجاته . ويجب أن يجر حساب الشركاء جميعاً ، ولو عارض في ذلك أحدهم .

م ٨٢٩ : يجب على كل شريك أن يقدم شركائه حساباً عن كل ما استلمه زيادة على حصته في منتجات الشيء المشترك .

وانظر أيضاً المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية البنائى .

هنا هو الأصل ، ولكن ترد عليه استثناءات هامة : ترجع إلى نعتز الإجماع في أغلب الأحوال . ومن ثم نظم التقنين المدني الجديد هذه المسألة تنظيمًا مفصلاً ، وواجه به العقبات العملية التي تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع ، مراعيًا ما عسى أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال . وقد كان التقنين المدني السابق خلوا من هذا التنظيم ، فجهد القضاء في سد هذا النقص ولكن هلى وجه غير كامل أمام سكوت التشريع .

والغرض الذى يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم . فهم ملاك لهذا المال . ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله .

فإذا أمكن لكل منهم الاستثمار باستعمال الشيء الشائع ، كان له ذلك . فإذا كان هناك مثلا ترعة خاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع ، جاز لأى من الشركاء أن ينتفع بالمال الشائع . فيأخذ من التربة أو البئر الماء الذى يروى به أرضه ، ويرسل الماء الذى يتبقى بعد الرى إلى المصرف الخاص . كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يصيد السمك فى بركة شائعة أو يصيد الطير فى أرض شائعة ، مع تنظيم يتفق عليه الشركاء يجعل حق كل منهم فى الصيد لا يتعارض مع حقوق الآخرين (١) .

كذلك يجوز لكل من الشركاء ، كما قدمنا (٢) ، أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، لمواجهة اعتداء من يعتدى على حيازته لحصته الشائعة ، دون حاجة إلى أن يشترك معه فى ذلك سائر الشركاء المشتاعين (٣) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) وإذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع ، وتوافرت فى الحيازة شروطها ، كان للشريك منع الاعتداء على حيازته بدعاوى الحيازة ، حتى لو كان هذا الاعتداء صادرا من الشركاء الآخرين (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٢٣ ص ١٠١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عم ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٢ ص ٣٦١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٦ رقم ٢٠٨ ص ١٥٢٢) . وانظر محمد على آفة فقرة ٢٩٤ - عبد المنعم البدر اء فقرة ١١٢ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ .

وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسرد بها حصته الشائعة من يد الغير . ويقصر الدعوى في هذه الحالة على حصته الشائعة فلا يحتاج إلى أن يشترك معه باقي الشركاء^(١) .

على أن كل ما قدمناه ليس في الصميم من أعمال الإدارة ، بل هي أعمال جانبية قل أن تعرض في العمل . أما أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل ، وتهدف إلى الانتفاع بالمال الشائع واستثماره ، بإيجار الدار أو سكنها وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها ، فهذه تقتضي في الأصل لإجماع الشركاء المشتاعين ، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء . فيمكن مثلاً أن يجمع الشركاء على إيجار الدار أو الأرض ، وأن يتفقوا جميعاً على شروط الإيجار وعلى المستأجر . فإن تم ذلك ، جرت إدارة المال الشائع على هذا الوجه بإجماع الشركاء^(٢) .

- (١) نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٦٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .
- (٢) فإذا أجر جميع الشركاء في الشيوع المال الشائع لأجنبي أو لواحد منهم ، نفذت الإجارة في حقهم جميعاً لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات . وكذلك الحكم لو أجرها واحد أو أكثر أصلاً عن أنفسهم ووكلاء عن الباقين ، أو أجرها وكيل عنهم جميعاً (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٥٩) .
- وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، تيسيراً لإدارة المال الشائع ، يقضى بأنه إذا أجر الشريك حصته ، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها ، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعى حصول تعرض له في وضع يده من المستأجر ، أو أن يطلب استرداد حيازته منه ، فإن النزاع في هذه الصورة لا يمكن إلا على طريقة الانتفاع ، وهذا محله دعوى محاسبة أو قسمة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٢) . وقضى أيضاً بأنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واحداً يده على جزء معين تسهيلاً لطريقة الانتفاع ، فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستنداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض ، بل كل ما له - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض فني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٢) .
- وقعت محكمة استئناف مصر بأنه متى كان للغير المشتركة ربيع ، فلا محل مطلقاً لاستئجار أحد الشركاء بالانتفاع بالربيع دون باقي الشركاء حتى يفصل في دعوى الحساب التي قد تستغرق رمانطويلاً . =

ولكن قل أن يتيسر ذلك في العمل ، لاختلاف مشارب الشركاء ، وتفاوت أغراضهم ، وتنوع اتجاهاتهم . فما يريد واحد منهم قد لا يريد الآخرون ، وقد تريد أغليبتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية (١) .

لم يبق لمواجهه هذا الوضع الغالب إلا أحد أمرين : (١) إما أن يقسم الشركاء المال الشائع بينهم ، ماداموا في الشيع ، قسمة مهابة زمانية أو مكانية ، فيتيسر لكل سهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع مدة من الزمن ، أو يجزء مفرز منه كل الزمن . وهذا يقتضى البقاء على الأصل واشتراط الإجماع ، فلا تجوز قسمة المهابة إلا بإجماع الشركاء المشتاعين . (٢) أو أن يدبر الشركاء المال الشائع بطرق الإدارة المختلفة كالإيجار ، ولكن لما كان الإجماع متعذراً فإن الأغلبية تكفي خروجها على الأصل . وفي هذه الحالة يكفل القانون للأقلية الضمانات الكافية . حتى لا تتحكم فيها الأغلبية .

فنتعرض إذن فيما يأتي : (أولا) قسمة المهابة . (ثانيا) تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع .

٤٩١ - أولا - قسمة المهابة - نصوص قانونية : تنص المادة ٨٤٦

مدني على ما يأتي :

« ١ - في قسمة المهابة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين .

= كذلك لا مبرر لإيداع الربيع في خزائن الحكومة لما يترتب على ذلك من حرمان الناس من أموالهم ، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضى ذلك . ومن ثم فإن العداة تقتضى صرف صافي ربيع العين للشركاء بمجرد تحصيله ، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء في الانتفاع بأموالهم في هذه الحالة إلا بتحديد دفقة لكل شريك يقدرها القاضي حسب ظروف الدعوى . (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٨ ص ٤٤٧) .

(١) وقد ذلل الفقهاء المدني العراقي بعض هذه العقبات بنصه في المادة ١٠٦٣ منه على ما يأتي :

« ١ - يجوز لشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . ٢ - ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه ، وجب عليه لم أجر المثل ، على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطى كل شريك حصته من الأجرة المسماة . »

فإذا لم تشرط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد » .

« ٢ - وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهابة » .

وتنص المادة ٨٤٧ مدني على ما يأتي :

« تكون قسمة المهابة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تناسب مع حصته » .

وتنص المادة ٨٤٨ مدني على ما يأتي :

« تخضع قسمة المهابة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

وتنص المادة ٨٤٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - للشركاء أن يتفقوا ، أثناء إجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهابة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تم القسمة النهائية » .

« ٢ - فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهابة ، جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٤٦ : ورد هذا النص في المواد ١٢١٤ - ١٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٢١٤ - في قسمة المهابة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز ي ازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . م ١٢١٥ - ١ - لا يصح الاتفاق على قسمة المهابة لمدة تزيد على خمس سنين . ٢ - فإذا لم تشرط لها مدة ، حسب مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك شركائه قبل السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد . م ١٢١٦ - إذا دامت قسمة المهابة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وفي بنية المراجعة أدت المواد الثلاث في مادة واحدة من فق تين ، -

مع تعديلات لفظية دقيقة، تحت رقم ٩١٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت العبارة لآتية في آخر الفقرة الثانية: « وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفزراً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، انقضى أثره لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل تحت رقم ٩١٥ . وفي لجنة الشيوخ أضيفت عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشرطها مدة » ، لا إرادة في الفقرة الأولى . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشرطها مدة » ، لأن النص وضع حكماً حالة عدم اشتراط مدة ، ولا تختلف عن ذلك حالة انتهاء المدة المتفق عليها دون اتفاق جديد » . وقيل بالنسبة إلى الفقرة الثانية التي تقضي باعتبار قسمة المهايأة قسمة نهائية إذا دامت هذه التهمة خمس عشرة سنة « إن هذا الحكم جاء على خلاف التواعد العامة ، وتحقق النتائج العملية له بالاتفاق أو هذا النزاع بحكم ، ويتبع في أيهما إجراءات الشتم العقارى » . وقد وافقت اللجنة على الفقرة الثانية المذكورة ، على أن يكون مفهوماً أن الجزء الذي يمتلك هو المقسوم قسمة مهايأة فقط ، أما الباقي من النصيب على الشيوع فيبقى في الشيوع . وانتهى النص بذلك إلى أن أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٤٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٠ - ص ١٣٣) .

م ٨٤٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٤ - ص ١٣٥) .

م ٨٤٨ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٨ من المشروع التمهيدي ، وكانت هذه المادة تنقسم إلى فقرتين ، خصصت الفقرة الثانية منهما للإثبات ، فجاءت على الوجه الآتي : « ويجوز إثباتها بكل الطرق ، إلا أنه إذا لم تكن ثابتة بالكتابة أو ما يعادلها ، اعتبرت غير محددة المدة » . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٩١٧ . وفي لجنة الشيوخ حذفت الفقرة الثانية نالفتها للتواعد العامة للإثبات في غير حاجة ، وأضيفت إلى الفقرة الأولى عبارة « وطرق الإثبات » ، وبهذا أصبح الأصل في هذه الطرق خصها للقواعد الخاصة بإثبات الإيجار إلا إذا تعارضت مع طبيعة قسمة المهايأة ، وقد روعي في هذا التعديل التمكين لاستقرار المعاملات . وصار النص ، ورقمه ٨٤٨ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٥ - ص ١٣٧) .

م ٨٤٩ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٧ - ص ١٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الغناء كان يجري على كثير من هذه الأحكام (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨) .
وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ومخلص من هذه النصوص أن قسمة المهايأة إما أن تكون مهايأة مكانية ، أو مهايأة زمانية . وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فإن أحكام عقد الإيجار كقاعدة عامة تسرى عليها . وهناك مهايأة تسبق القسمة النهائية ، تختص ببعض الأحكام .

٤٩٢ - المهايأة الطائفة والمهايأة الزمانية : كثيراً ما يتفق الشركاء في

الشيوع ، تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات ، على قسمة المهايأة لمدة معينة . فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك . ويختص كل منهم بجزء مقرر من المال يعادل حصته في المال الشائع . وبذلك يتفاد لكل منهم أن يحوز ما لا مفرزاً يستغل بإدارته واستغلاله والانتفاع به . فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها ، وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة ، وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره . ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها ، في

- التقنين المدني المصري م ٨٠٠ - ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٠ - ٨٥٣ (مطابق) ، فيما عدا المادة ٨٥٠ من التقنين الليبي فهي

مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين المصري ، وقد حذفت الفقرة الثانية في التقنين الليبي) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٨ - ١٠٧٩ (موافق ولم ينقل التقنين العراقي الفقرة الثانية من

المادة ٨٤٦ من التقنين المصري) .

م ١٠٨٠ : إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ، ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع ،

فالشريك الذي يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها . (وهنا يجعل التقنين العراقي ، خلافاً للتقنين المصري ، قسمة المهايأة في المنقول . دون العقار ، قسمة قضائية يكفي أن يطلبها أحد الشركاء حتى تقوم محكمة الصلح بإجرائها ، دون حاجة إلى اتفاق جميع الشركاء) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ٨٣٠ : يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم

على انفراد بالشيء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة - وفي هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به سجادة المدة المعينة لهذا التمتع . سواء أكانت بذلك

حينئذ أن يقدم لشركائه حساباً عما استفاد - غير أنه لا يستطيع أن يأخذ من ثلثه أن يتفحص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتي نوبتهم في التمتع .

(والدائم اللبناني يعدل منه لجهة إبقاء الزمانية دون المهايأة الكافية) .

مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء حتى ما يختص به هذا الشريك .
وهذه هي المهابة المكانية . ولا يجزى الاتفاق على هذه المهابة لمدة تزيد على
خمس سنوات ، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس . ذلك
أن المهابة المكانية ، وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، تبقى شائعا من
حيث الملكية . فيبقى الشيوخ قائما مادام المهابة المكانية ، ولا يجبر شريك
على البقاء في الشيوخ في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات
كما سنرى (١) . ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهابة المكانية لمدة تزيد على خمس
سنوات ، حتى لا يجبر للشريك على البقاء في الشيوخ عن طريق المهابة المكانية
مدة أطول من ذلك . فإذا انقضت المدة المتفق عليها ، جاز تجديدها مدة ثانية
فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات . أما إذا لم يحصل
اتفاق على المدة ، أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها
مدة أخرى مع استبقاء المهابة ، فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين ،
تتجدد سنة ثانية فثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه
لا يرغب في تجديد المهابة ، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة
الجارية بثلاثة أشهر على الأقل . ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٥)
يختم أن تكون مدة إيجار الأراضي الزراعية لا تقل عن ثلاث سنوات ، ولكن
المهابة لا تخضع لهذا الحكم . فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات .
وقد تتجدد لسنة واحدة ، وذلك لانعدام حكمة النص إذا طبق على عقد
المهابة (٢) .

والذي يقع في العمل أن المهابة المكانية تدوم مدة طويلة ، فتتجدد من
مدة إلى أخرى ، وكثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر . ومهابة مكانية
تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها ، لأكثر دليل على أن
هذه المهابة هي خير قسمة للمال الشائع ، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى
التعامل على أساسها . لذلك استحدث التتمين المدني الجديد حكماً في هذا الصدد
فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدني كما رأينا على ما يأتي : « وإذا دامت

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ دأش ٣ .

هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية . ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاياة . فوضع النص بذلك قاعدتين هامتين : (القاعدة الأولى) أنه إذا حاز شريك على الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس^(١) أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهاياة سبق إبرامها بين الشركاء . وهذه القاعدة ذات طابع عملي واضح ، فكثيراً ما يصعب الاهتداء ، بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز ، إلى ما يثبت سبق حصول قسمة مهاياة . فذلل النص هذه الصعوبة العملية ، وفرض وجود هذه القسمة ، فأعنى الشريك بذلك من هذا الإثبات الشاق . وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء ، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشبوع^(٢) . (القاعدة الثانية) أنه متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته في المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وكان هناك ، أو افترض أن هناك ، قسمة مهاياة سابقة قامت الحيازة على أساسها ، فإن قسمة المهاياة تنقلب بمجرد تمام خمس العشرة سنة إلى قسمة نهائية . ما لم يتفق الشركاء مقلماً على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تبرير هذا الحكم ما يأتي : « وتنقلب المهاياة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك . وهذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره . فإن المهاياة المكانية ، التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهايتها ، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها . وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن

(١) وذلك تطبيقاً للمادة ٤٠٤ مدني التي تقضي بان القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات للعكس ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٧ - عبد المنعم فرج للعدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٨ - وانظر عكس ذلك وأن هذه القرينة القانونية لا تقبل إثبات العكس محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٤٥٦) .

(٢) انظر مادار في لجنة لس الشبوع في هذا الصدد أنفاً فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ .

قصة المهايأة لا تنقلب إلى قصة نهائية^(١) . فإذا تمت خمس عشرة سنة والمهايأة المكانية لا تزال قائمة لم يرغب أحد في إنهاؤها ، ولم يتفق مقدما على أنها تبقى دائما مهايأة مكانية دون أن تتألف إلى قصة نهائية ، فإنه بنهاية هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قصة نهائية بحكم القانون^(٢) . ولما كانت هذه القصة النهائية لا بد من تسجيلها . شأنها في ذلك شأن أية قصة أخرى ولو أنها تتم بحكم القانون ، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها . فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة . سجلت باعتبارها قصة نهائية . ويعتبر تاريخ هذه القصة من وقت انتهاء خمس عشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قصة نهائية ، «دون أثر رجعي» ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القصة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف^(٣) ، فهي ككل قصة لها هذا الأثر . وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التي تعد للتسجيل ، جاز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة ، وتقضي المحكمة بثبوت القصة النهائية ، ويكون تاريخ القصة هنا أيضاً هو اليوم التالي لانقضاء خمس

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٢) وبديهي أنه ليس من الضروري أن يضع الشريك يده على الجزء المفروض بنية أنه ملكه بموجب قصة نهائية ، بل يكفي أن يضع يده كشريك منتهي مهايأة مكانية ، فلنا هنا في صدق ذلك بالتقادم المكسب (محمد على عرفة فقرة ٣٩٩ ص ٤٥٦) .

وإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ، وجب في إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم ، فإذا بق غير كامل الأهلية عند انقضاء خمس عشرة سنة ، فلا تنقلب المهايأة إلى قصة نهائية إلا بعد اتباع الإجراءات الواجب مراعاتها في حالة غير كامل الأهلية (م ٨٣٥ مدني) . انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٤٤ - محمد حل عرفة فقرة ٣٣٩ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

هذا ولا تنقض هذه للقصة بسبب اللبن كما تنقض للقصة الحاصلة بطريق القراض ، لأن الأول قصة تم بحكم القانون (إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

(٣) عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٤ ص ١٤٣ هامش ١ - وقارن محمد حل عرفة فقرة

العشرة سنة ، لا يوم ابتداء المهابأة المكانية ، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم (١) .

وقد تكون المهابأة مهابأة زمانية « بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تناسب مع حصته » (٢) . فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا . ولم ينظم القانون مدة المهابأة الزمانية كما نظم مدة المهابأة المكانية ، فتسرى القواعد العامة . ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءان ، بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين . وتنتهي المهابأة الزمانية بانتهاء مدتها ، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنتهي .

ولا تنقلب المهابأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها . لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهابأة المكانية . فالمهابة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة ، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك . أما المهابأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به ، فهي لا تنهي للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها .

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ وهامش ٢ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ . وانظر مادار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش أ .

(٢) وقد قضت المحكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين في ماكينه لاى والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها في عقد الشركة ، ثم عدلا من هذه الطريقة إلى طريقة أخرى . ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال ولم يوفقا إلى طريقة ما ، فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريق المهابأة الزمنية ، إذ كانت هذه هي الطريقة الوحيدة الممكنة . فإنه لا يكون هناك حرج في عدم التحويل على الطريقة الواردة في العقد بعد ثبوت المدون عنها . ويجوز إثبات حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ - جموعة المكاتب الفنى في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٨٩ - ص ٦٩٠) .

٤٩٣ - تكييف قسمة المهايأة - نطيس فراهه هو: وكما، كمن

تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ، في المهايأة المكانية « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء » (م ١/٨٤٦ مدني) . فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء ، في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع ، في مقابل حصول شركائه . كل في نوبته ، على نصيبه هو في منفعة هذا المال . فالمهايأة إذن ، بنوعها ، هي مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجاراً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار ، كما يكون الثمن في البيع ، نقداً^(١) .

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار . فنصت المادة ٨٤٨ مدني كما رأينا على أن « تخضع قسمة المهايأة . من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عند الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » . ولما كان كل شريك من الشركاء في الشيوخ ، في التكييف الذي قدمناه ، يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهايأة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار إذ هو يعتبر في المهايأة من أعمال الإدارة^(٢) . كذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير ،

(١) الديسيط ٦ فقرة ١٢٤ .

(٢) حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ١ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٢ - منصور مصطفي منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ هامش ١ - وانظر في أهلية المؤجر وأهلية المستأجر والولاية في كل منهما الديسيط ٦ فقرة ٧٥ - فقرة ٩٦ . ومن ثم لا يجوز للوصي أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة ، وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات (محمد علي عرفة فقرة ٣٤١ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦) .

كشتر للمال الشائع ، تطبق فيه قواعد الإيجار . فلا بد من أن تكون المهابة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسرى في حق المشتري (١) . وتطبق أيضاً قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المهابئين والتزاماتهم ، فكل شريك متهابئ تكون له حقوق المستأجر من نسائم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان للعيوب الخفية ، وعليه التزاماته من دفع الأجرة (وهي هنا منفعة حصته) واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهابة . ولكل شريك أن يؤجر من الباطن . وتطبق في هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن . وتطبق أيضاً قواعد إثبات الإيجار ، وقد أصبحت في التقنين المدني الجديد هي القواعد العامة . فثبتت المهابة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز عشرة جنهات ، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة (٢) .

(١) أما إذا لم تكن المهابة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع ، ولو كان تاريخها ثابتاً قبل التسجيل ، فلا تنفذ في حق المشتري ، ولكن يجوز لهذا الأخير أن يتسك بعقد المهابة ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه (م ٦٠٤ مدني) . ولا يجبر المشتري الشريك المتهابئ على الإخلاء إلا بعد التنبية عليه بذلك في مواعيد معينة ، ويلتزم الشريك الذي باع حصته الشائعة بأن يدنع تعويضاً للشريك المتهابئ ، ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشتري أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥ مدني) - انظر إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ - حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٦ هامش ١ - منصور مصطفي منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ .

(٢) وإذا وقعت المهابة على أرض زراعية ، فإن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٦) الذي يقضى بوجوب أن يكون عقد إيجار الأراضي الزراعية ثابتاً بالكتابة لا مجال لتطبيقه هنا . ذلك أن الكتابة مطلوبة في قانون الإصلاح الزراعي للانعقاد لا للإثبات (اوسيط ٦ فقرة ٧٣٣) ، فلا ينطبق هذا الحكم الاستثنائي على المهابة لأنه لا يتعلق بالإثبات . وعلى فرض أن الكتابة مطلوبة للإثبات لا للانعقاد - كما يذهب كثير من الفقهاء في مصر وكما تقرر أخيراً بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ - فإننا نؤيد رأي من يذهب منهم إلى أن هذا الحكم الاستثنائي لا ينطبق على إثبات المهابة إذ هو يتعارض مع طبيعتها . ذلك أن هذا الحكم « خاص بإيجار الأراضي الزراعية ومقصده به حماية طائفة مستأجري الأراضي الزراعية من استغلال الملاك ، فلا يكون مفهوماً تطبيقه على قسمة المهابة حيث لا تقوم بين المتقاسمين مثل هذه المظنة من الاستغلال » (حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ٢) . وانظر عكس ذلك منصور مصطفي منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٨ وهامش ١ (وهو يرى بعد تعديل المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، أصبحت الكتابة في إيجار الأرض الزراعية لازمة للإثبات لا للانعقاد ، ومن ثم يجب تطبيق حكمها على عقد المهابة ولا تتعارض طبيعة هذا العقد مع هذا الحكم) - وانظر عكس ذلك أيضاً إسماعيل غانم فقرة ٧١ -

٤٩٤ - المهايأة التي تسبق القسمة النهائية : وهناك صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية . فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع ، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات . فيعمد الشركاء إلى الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة ، وفي الغالب تكون المهايأة مكانية ، على أن تبنى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية . بل بصرح ، حتى إذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة . أن يطلبها أحدهم من القاضى الجزئى الذى تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية ، فيأمر القاضى بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين . وقد يستعين القاضى بخبير فى إجراء هذه المهايأة ، ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذى يستعين به فى إجراء القسمة النهائية^(١) . « وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية »^(٢) .

ونرى من ذلك أن المهايأة المكانية التى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية العادية فى أمرين جوهرين : (١) أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهى ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقى ، وعندئذ يتعين على القاضى الجزئى إجراؤها . أما المهايأة العادية ، فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية ، لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء . (٢) أنه ليس للمهايأة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهى تلوم إلى أن تنتهى القسمة النهائية ، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر . أما المهايأة المكانية العادية ، فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، قد تجدد ، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذى سبق أن بيناه^(٣) ،

- ص ١٥٦ (وهو مع ذلك لا يذهب إلى تطبيق المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعى فى شقها الأخير على عقد المهايأة لتعارض ذلك مع طبيعة المهايأة ، فإذا لم يكن هذا المقدم ثابتا بالكتابة لم تنقلب المهايأة إلى مزارعة مدتها ثلاث سنوات ونصيب المالك فيها النصف) .

(١) انظر م ٨٤٩ مدق أنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ٣٤٢ - حن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٤ هامش ١ .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينظم صورة خاصة أخرى من المهايأة ، تم هى أيضا بأمر من القاضى يناله على طلب أحد الشركاء ، وذلك فى حالة ما تكون القسمة النهائية ضارة -

٤٩٥ - ثانياً - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع - نص

قانوني : تنص المادة ٨٢٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً » .

« ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد

وكيلاً عنهم » (١)

= بمصالح الشركاء ، فيرجئها القاضي ويستبدل بها قسمة مهايأة إلى أن يتيسر إجراء القسمة النهائية دون ضرر . فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدي تجرى على الوجه الآتي : « إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسراً أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة ، فللقاضي الجزئي ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستماتة بخير أو دون استماتة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدي المشار إليها في النص تجرى على الوجه الآتي : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشروع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشروع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة تضر بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠) . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) ، فحذفت تبعاً لها المادة ١٢٢٠ سالفة الذكر في نفس اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديل لفظي ، تحت رقم ٨٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديل لفظي تحت رقم ٨٩٧ ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٥ - ص ٨٧) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق ، وهو نص جديد مستحدث .

ويخلص من هذا النص أنه في إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، لا تخلو الحال من أن تكون في أحد الفروض الثلاثة الآتية :

أولاً - أن يتولى أحد الشركاء الإدارة ولا يعترض عليه الباقون ، فيعد وكيلاً عنهم وكالة عامة بالإدارة .

ثانياً - فإذا لم يتول أحد الشركاء الإدارة ، أو تولاها واعترض عليه الباقون ، فالإدارة المعتادة تكون في هذه الحالة في يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة . فما يستقر عليه رأى هذه الأغلبية في الإدارة المعتادة يكون ملزماً لجميع الشركاء . من رضى منهم ومن لم يرض . ويجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديراً لإدارة المال الشائع إدارة معتادة ، ولها أن تضع نظاماً لهذه الإدارة .

ثالثاً - فإذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء ، فلائى منهم أن يطلب من القاضى الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضيه الضرورة ، وللقاضى أن يعين عند الحاجة مديراً للمال الشائع .

ونستعرض فيما يلي كلا من هذه الفروض الثلاثة (١) .

٤٩٦ - تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين :

في هذا الفرض ، وهو غير نادر الحصول ، يعتبر أن هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع ، فيكون هذا الشريك أصيلاً عن نفسه وكيلاً عن باقى الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٧ (مطابق) .

التقنين المانى الهراوى م ٢/١٠٦٤ و ٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود البنائى م ٨٣٥ : إن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات

التي تتخذها الغالبية فيما يختص بإدارة الشئ المشترك وكيفية الانتفاع به ، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة - وإذا لم يكن للغالبية ثلاثة أرباعها ، فلشركاء أن يلجأوا إلى القاضى فيقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة . ويمكنه أن يعين لها مديراً عند الاقتضاء ، أو يأمر بقسمتها .

(وقد نسخ هذا للنص المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية البنائى) .

(١) انظر في إيجاز المالك في الشيوع في هذه الفروض الثلاثة الوسيط ٦ فقرة ٥٢ .

معتادة . وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء . فيكون إيجاره مثلا للمال الشائع نافذاً في حقهم^(١) وكذلك قبضه للأجرة . وقيامه بأعمال الصيانة ، ودفعه الضرائب ، وغير ذلك من أعمال الحفظ التي تقدم ذكرها^(٢) . وله أن يزرع الأرض الزراعية ، وأن ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد واليذر والحصد ، وأن يشتري ما يلزم من سباد وبنور ، وأن يستأجر المراثي والآلات الزراعية اللازمة ، وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها . ثم يبيعها في الأسواق بأثمانها الجارية . وله كذلك . بدلا من زراعة الأرض على الذمة ، أن يوجرها ، أو أن يعطيها مزارعة . كل هذه أعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة ، وتكون نافذة في حق سائر الشركاء^(٣) .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين ، أن يعترض على إدارته بعض الشركاء ، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية . فإذا كان الباقي من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم في المال الشائع ، ويدخل في ذلك حصته هو ، بقي الشريك متوليا للإدارة ، ولكن باعتباره معيناً من قبل الأغلبية ، فتسرى أعمال إدارته في حق المعارضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما تسرى . أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف ،

(١) وقد فرض للقانون أن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من شريك منهم دليل على وجود وكالة سابقة منهم له بالأجير . ومن ثم لا ينفذ الإيجار في حقهم إلا لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، شأن أي إيجار يصدر من الوكيل أو النائب . وهذا بخلاف ما إذا قلنا إن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من أحدهم إنما هو إقرار لاحق لا توكيل سابق ، فيتمين عندئذ أن يسرى الإيجار في حق الشركاء لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات ، لأن الشركاء يكفونون قد أقروا الإيجار بالمدة المحددة فيه (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦١ هامش ١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٣) ومن هذه الأعمال ما هو عمل مادي لا تصرف قانوني ، كزراعة الأرض ، فلا ترد عليه الوكالة . فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة فضولياً ، وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية ، لمشروع التمهيدى عندما تقول : « أما إذا لم يختاروا مديراً ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم . وهو على كل حال يكون فضولياً فيما لا يكون فيه وكيلا ، وذلك في حدود قواعد الفضالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) .

فإنه لا يصبح ممثلاً للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضي في إدارته ، ويجب عليه أن يتنحى (١) .

٤٩٧ - تولى أغلبية الشركاء للإدارة : فإذا كانت هناك أغلبية من الشركاء ، على أساس قيمة الأنصبة ، متفقة على الوجه الذي يدار به المال الشائع ، فهذه الأغلبية هي التي تدير هذا المال ، ولو كانت شخصاً واحداً من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع (٢) . وليس لباقي الشركاء ، مهما كان عددهم . أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة . على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة . وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية . لاسيما إذا كانت الأغلبية عدداً قليلاً من الشركاء أو كانت شريكاً واحداً فقط (٣) . وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية ،

(١) فإذا أجر العين الشائعة بالرغم من ذلك . استطاع الشركاء الذين اعترضوا إخراج المستأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتولى أى حصة منها منفرداً . وقد كان المستأجر في عهد التفتين المدنى القديم يجوز له . كدائن للشريك المؤجر ، أن يتمسك بحقوق هذا الأخير في المشاركة في الانتفاع بالعين المؤجرة . فلا يعتبر في شغله تعين متعرضاً لحيازة باقي الشركاء . بل حالاً محل الشريك المؤجر . فلا يجوز طرده ، ويتعين الاتفاق مع كل طريقة الانتفاع أو على القسمة قسمة نهائية أو قسمة نهائية أو تعيين حارس أو مدير يتولى الإدارة (نقض مدنى ٧ ص ١٨٠ سنة ١٩٤٠ مجموعة عم ٣ رقم ٣٧ ص ٩٩ - الإسكندرية مستمجل ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥ ص ٩١ : لا يمكن اعتبار المستأجر حائزاً بغير سند . ويكون الفصل في بطلان الإيجار ماساً بحقوق الخصوم ومن اختصاص قاضي الموضوع) . أما في التفتين المدنى الجديد ، فإن أغلبية الشركاء هي التي تملك إيجار العين الشائعة إيجاراً نافذاً في حق الجميع ، فلا يكون لشريك الذي أجر وحده حق شغل العين المؤجرة . ويمتنع تبعاً لذلك على المستأجر منه أن يتمسك بحق ليس ثابتاً لمدينه . فيجوز إذن طرده من العين وردها إلى أغلبية الشركاء وإلى المستأجر منهم (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٢ وهامش ٣) .

(٢) فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف ، كان له وحده حق الإيجار . وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلاً وأجر المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو أيضاً الثلث ، كان الشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الإيجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فإن الإيجار يسرى في حق باقي الشركاء . وكذلك يسرى الإيجار في حق باقي الشركاء لو أجر الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبي (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٠) .

(٣) حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥١ وفقرة ٧٢ ص ١٥٨ - عبد المزم فرج الصدة فقرة ١٢٧ ص ١٩٣ - منصور مصطفي منصور فقرة ٥٨ ص ١٤١ .

بل يلوذ به أى شريك ، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع .

وقد ترى الأغلبية ألا تدبير المال الشائع بنفسها ، بل تقيم وكيلها عنها ، من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، فى هذه الإدارة . فيكون هذا الوكيل نائباً عن الأغلبية فى حدود الإدارة المعتادة . وأعمال الإدارة التى يقوم بها تكون نافذة وبقوة الجميع (١) . وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا الوكيل . بل تضع نظاماً يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته على وجه مرضى . فيصبح هذا النظام ملزماً لجميع الشركاء ، وملزماً للوكيل الذى اختارته الأغلبية ، وملزماً لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشترى . وقد يتضمن هذا النظام قيوداً على سلطة الوكيل ، فلا يستطيع مثلاً أن يوجر المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بإيداع ربيع المال فى مصرف معين . وبديهي أن هذا النظام قابل للتعديل ، ويعدله من يملك وضعه ، فيجوز لأغلبية الشركاء - وليس من الضروري أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام - تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديد ، أو إلغاؤه أصلاً دون وضع أى نظام آخر .

٤٩٨ - عدم نوفر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع : فإذا لم

تتوافر أغلبية من الشركاء ، بحسب قيمة الأنصبة ، لإدارة المال الشائع ، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية ، لم يبق إلا الالتجاء إلى القضاء (٢) . فيجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة -

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩٦ .

(٢) وإذا أجر أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العين الشائعة يعادل حصته ، فإنه لا يستطيع تسليم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون . ويكون الإيجار مطلقاً على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المؤجر . فإذا وقع جزء مفرز آخر فى نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب فى الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم المأول العيني المقرر فى التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع وفقاً للمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

أما إذا أجر الشريك حصته الشائعة فقط ، لا كل العين ولا جزءاً مفرزاً منها ، فى هذه الحالة يكون الإيجار صحيحاً ، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة إلى المستأجر . وإلى أن تقرر بفسخه لا يكون لمستأجر الحصة الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر . ويتربط على ذلك أن أغلبية ،

الكلية أو الجزئية بحسب النصاب^(١) - وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة . فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار . وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديراً للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم ، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي ، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغليبتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة . أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة .

الفصل الثاني

الإدارة غير المعتادة

٤٩٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٩ مدني على ما يأتي :

١ - 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 يعلنوا

الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ، ولا يبق للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر . فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر ، وللمستأجر منه عن طريق الدعوى غير المباشرة . أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (م ٨٢٨ مدني) . فتعين المحكمة مديراً يتهل لإدارة العين الشائعة ، وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر . أما إذا تمت القسمة ، فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفردة . وينحصر الإيجار فيها (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٣ - ص ٦٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فإن لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الإدارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها المقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم . وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقفية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) . ولم يأخذ النص بجعل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية ، فوجب إذن أن تكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب النصاب .

قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

٢٠ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، فهو نص مستحدث .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ١ - للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يدخلوا ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الفرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة . ٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . وفي لجنة المراجعة اقترح تعديل النص بما يجعل الأغلبية هي ثلاثة أرباع المال الشائع ، وإضافة حكم يقضي بإحاطة بقية الشركاء بقرارات الأغلبية على أن تكون معارضة من لم يوافق على هذه القرارات في خلال شهر من وقت الإعلان . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح النص مع بعض تعديلات أخرى لفظية طفيفة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن مدة المعارضة في المشروع هي شهر بدلاً من شهرين ، وأصبح رقم النص ٩٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٨ . واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، فأصبح النص تحت رقم ٨٢٩ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٨٧ - ص ٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٤ (مطابق فيما عدا اشتراط التقنين السوري أن يكون إعلان قرارات

الأغلبية بكتاب مضمون أو بطريقة أخرى) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ : ١ - لشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصص أن يدخلوا ،

بإذن المحكمة ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الفرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدوده الإدارية غير المعتادة . ٢ - وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

ويخلص من هذا النص أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فهذه تولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة ، ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة

٥٠٠ - الأعمال التي تخرج عن حدود إدارة المعتادة : جاء في

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ما يأتى : « إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعتادة ، كإدخال تغييرات أساسية في الغرض الذى أعد له المال لتحسين الانتفاع به . وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى . أو إعادة بناء منزل لجعله أصح للاستغلال ، فلأغلبية أن تقرر ما تراه في ذلك ... » (١)

فالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة هي إذن التعديلات في الغرض الذى أعد له المال الشائع ، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به . ففي الأراضى ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض من أرض للزراعة إلى أرض للبناء إذا كانت تصلح لذلك بالنسبة إلى موقعها ، أو إلى أرض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعى . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تفرس فيها أشجار الفواكه المختلفة أو أرض لزراعة الزهور . ولكن تعتبر إدارة عادية ، إذا ما حولت الأرض إلى زراعة الفواكه ، أن يفرس فيها صاحبها النخيل ، أو أن يزرع البقول والخضروات ما بين أشجار الفاكهة ، أو أن يربى النواجن ، أو أن يبنى أبراج الحمام ، أو أن يجلب خلايا النحل . أما تربية المواشى بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطر جسيمة ، فقد تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

٥٠ (ويختلف التفتين المراد عن التفتين المصرى في وجهين : (١) لا يشترط التفتين العرائى إلا الأغلبية للعادية . (٢) ولكن يشترط من جهة أخرى إذن المحكمة مقدماً قبل القيام بالعمل) .

قانون المهجيات والمعتود البنائى م ٨٣٦ : لا تعبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت

تختص : أولاً - بأعمال التصرف وبالأعمال الإدارية أيضاً إذا كانت تمس الملكية مباشرة . ثانياً - بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشئ المشترك . ثالثاً - بمقتد موجبات جديدة - في الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتطلب رأى المعارضين . هل أنه يجوز لشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الانتفاء الحق المنصوص عليه في المادة ٨٦ (الخاذاً الشئ كله لحسابهم الخاص) .

وفي المباني ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل المطعم إلى مقهى أو المقهى إلى مطعم ، وإعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستغلال ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمنا . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل منزل السكنى إلى فندق ، أو إلى بنسيون ، أو إلى شقق مفروشة . وإقامة أحد الشركاء في الشبوع بناء على أرض فضاء شائعة تعتبر إدارة غير معتادة ، سنفردها بالبحث فيما يلي .

٥٠١ - الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة : والذي يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع ، يعين على الوجه الذي سبق بيانه (١) . ولكنه في قيامه بهذه الأعمال ، وهي تخرج عن الحدود المألوفة للإدارة المعتادة . في حاجة إلى موافقة أغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية التي قدمناها في الإدارة المعتادة من وجهين :

(الوجه الأول) الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هي الأغلبية المطلقة ، أي ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصبة ، بل هي أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة . ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدني ، على ما رأينا ، بأنها أصوات الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، . فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، ويملك ربع المال الشائع مثلا ، فإنه يكون في حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل ، هذا إذا كان هو نفسه موافقاً على العمل . وإذا لم يكن موافقاً ، فلا بد من أن سائر الشركاء . وهم يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل ، فيصبح المدير ملزماً بالقيام به بالرغم من عدم موافقته . ويصح أن يتنحى ، وتعين الأغلبية العادية مديراً آخر يكون موافقاً على العمل ، ليقوم به . وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء . وليس لأقلية الشركاء ، وهي التي تملك الربع الباقي من المال الشائع المعارضة أمام المحكمة في أعمال الإدارة المعتادة . ولكن لهم حق المعارضة في أعمال الإدارة غير المعتادة على ما سنرى .

(الوجه الثاني) ومع اشتراط القانون هذه الأغلبية للسيرورة ، فإنه بالإحتمال إلى ذلك يكفل للأغلبية المتوافقة معها في الرجوع إلى المحكمة لمضام من قرار الأغلبية . ويلزم القانون الأغلبية المذكورة بأن تعلن قراراتها في شأن الأعمال التي قررت القيام بها كل شرك من الأقلية التي لم توافق . ولم يعين القانون طريقة خاصة للإعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن على الأغلبية إثبات حصول الإعلان ولكل شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه ، أن يعارض في قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدني كما رأينا : « وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الرضاء عما قد يستحق من التعويضات » . فالمحكمة إذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره الأغلبية ، وتسمع في ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية . وقد نرى . بعد سماع حجج الطرفين . ألا توافق على العمل ، فيمتنع على الأغلبية أن تقوم به . أما إذا وافقت المحكمة على العمل ، فقد تضع له شروطا ونحوها بضمانات تكفل إنجازها على وجه مرضي . وقد يبقى العمل . يعد كل ذلك ، غير مأمون العاقبة ، فتحتمل المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة ، وتأمّر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية . تطمئن إليها الأقلية فيما إذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة ، فتجد الأقلية في رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع . ويتبين من ذلك أن مرافقة المحكمة على العمل لا يعني الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض ، فيما إذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء .

٥٠٢ — إقامة أمر الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض المأثمة :

وإذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض المأثمة قبل قسمتها ، فإن هذا الشريك يكون قد أتى به من أعمال الإدارة غير المعتادة

كما سبق القول^(١) . ويرتب على ذلك أن هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة على النحو الذى قدمناه ، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة للعمل بعد تمامه .

فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء . ولم تقره بعد إقامته ، جاز طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر^(٢) . أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى بنى فى جزء مفرز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهين له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر . فقضت بأن لكل من الشركاء على الشروع فى حق منكنية حقيقية فى حصته الشائعة . ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك ، فإنه لا يعد بانياً فى ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته ائتملقها بحكم البناء فى ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشروع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المماوك لها على الشروع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة^(٣) . ومعنى ذلك أن الشريك البانى لا يجبر على إزالة البناء ، وعلى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينظروا نتيجةها . فإن وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصب

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠٠

(٢) وهذا ما ينهب إليه الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٤٩ - بودرى

وشوفو فقرة ٢٦٩ - پلانيون وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٨٩ - كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣٦ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ بمجموعة ٤٤٠ رقم ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥ - انظر عكس ذلك

وأن لشركاء أن يطلبوا إزالة البناء دون انتظار نتيجة القسمة : استئناف مصر ٣٠ سبتمبر سنة

١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٧ ص ٦٦٠ - مصر الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٧

ص ٦٤٢ - بنى سويف الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ - النشبة

الجزئية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٢ ص ١١٤٨ المنيا الجزئية ٢ يونيو سنة ١٩٤٢

المحاماة ٢٢ رقم ١٩٠ ص ٥٤٨ - استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

الشريك الباني . فقد تبين أنه بنى في ملكه . وتسلم له الأرض والبناء معاً . وإن لم يقع هذا الجزء في نصيبه . فالشريك الذى وقع في نصيبه هذا الجزء يكون في حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سبب النية ، فتجرى الأحكام المتعلقة بذلك ويكون مخيراً بين طلب إزالة البناء أو اسبقائه بالشروط التى قررها القانون في هذا الصدد . ويصعب الآن التسليم بما قرره محكمة النقض في هذه المسألة ، بعد أن وضع القانون نظاماً تشريعياً يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء في جزء مفرز من الأرض الشائعة ، فما عليه إلا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع . ولذلك يذهب أكثر الفقهاء في مصر بحق إلى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة يجوز إجباره على إزالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة ودون انتظار لتأجيلها (١)

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانوناً على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته (٢) . فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة . ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً . وبهذا قضت محكمة النقض ، إذ تقول إن الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير في معنى المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) . فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكته لحصة في هذا البناء . وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل (٣) .

(١) محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ١١٩ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥٢ - ص ١٥٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - و ص ١٩١ - حسن كبيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٤٤ - عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١٣٧ ص ١٥٨ .

(٢) وتعتبر موافقة أو إقراراً ضمنياً علم الشركاء بإقامة البناء وسكوهم على ذلك دون اعتراض ، أما إذا علموا فاعتراضوا أو لم يعلموا أصلاً فيعتبرون غير موافقين (محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ - حسن كبيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤) .

(٣) نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٠ - وانظر عبد المنعم البدرأوى فقرة ١١٩ ص ١٤٩ حسن كبيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٦ وهامش ٢ .

الفرع الثاني

التصرف في المال الشائع

٥٠٣ - تصرف الشركاء مجتمعين وتصرف الشريك منفرداً : رأينا (١) أن المادة ١/٨٢٦ مدني تنص على أن «كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها...» . وظاهر من هذا النص أن للشريك أن يتصرف منفرداً في حصته الشائعة . أما إذا تصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه (م ٢/٨٢٦ مدني) فإن لهذا التصرف حكماً آخر . وقد يتصرف الشركاء مجتمعين - أو تتصرف أغلبية كبيرة منهم (م ٨٣٢ مدني) - في المال الشائع كله ، ولهذا التصرف أيضاً حكمه الخاص .

فالتصرف إذن قد يكون جماعياً فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، وقد يكون فردياً فيصدر من الشريك منفرداً .

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم

١٥ - تصرف الشركاء مجتمعين

٥٠٤ - التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه : إذا أجمع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله . فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحاً نافذاً في بالنسبة إليهم أجمعين . فإذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكان معاً ، فإن هذا البيع إذا سجل ينقل ملكية الأرض إلى المشتري . ولا يمكن أن يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر في ذلك . لأن الشريكين لما باعا الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما . ولا يجوز أن تدخل في أية قسمة بينهما بعد ذلك . وإنما يثور البحث في أثر القسمة في التصرفات

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٨٦ .

التي تصدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق رهن أو حق انتفاع . فإذا رهن الشريكان معاً الدار الشائعة ، واقتسما بعد ذلك الدار والأرض فوقت الدار في نصيب أحدهما ، فإنها تقع مثقلة بحق الرهن . ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لا يملك من الدار وقت أن رهنها إلا جزءاً شائعاً ، فلا يبقى الرهن على الدار إلا في حدود هذا الجزء أما الباقي فيعتبر رهوناً من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيبطل الرهن الصادر منه . لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك ، بل يبقى الرهن كله قائماً على الدار بعد القسمة . وقد طبق التقنين المدني تطبيقاً تشريعياً هذا المبدأ في الرهن الرسمي . فنصت المادة ١/١٠٣٩ منه على أن « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته »^(١) . وسنبحث هذه المسألة تفصيلاً في الجزء الخاص بالتأمينات ، عند الكلام في الرهن الرسمي .

كذلك إذا تصرف جميع الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع . كان تصرفهم صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . فلو أن أرضاً كانت شائعة بين ثلاثة بالتساوي . ورهن الثلاثة من الأرض جزءاً مفرزاً يعادل ثلثها ، فإن هذا الرهن يلزمهم جميعاً . وإذا اقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ، ووقع الثلث المفرز المرهون في نصيب أحدهم . لزمه الرهن ، ولم يستطع أن يحتج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز إلا ثلثه .

٥٠٥ - أنواع التصرف وما قدمناه لا يصدق على الرهن الرسمي وحده . بل يصدق أيضاً على رهن الحيازة . كذلك ينطبق المبدأ في حالة تقرير

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧٤ - منصور . معضوق منصور فقرة ٦٣ ص ١٥١ - حزن كبيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٩٧ - شمس الدين الأكيلى ونظريه التأمينات طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ فقرة ٤٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

وانظر في أن المادة ١/١٠٣٩ ما في تتضمن حكماً استثنائياً يسرى على الرهن الرسمي دون رهن الحيازة : شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين العيني طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ١١٠ - سليمان مرسي في التأمينات ص ٩٠ - ٩١ - ٩٢ - عبد الوهاب التأمينات ص ١٣٥ .

حق عيني أصلى على المال الشائع من جميع الشركاء . كتقرير حر . نضاع
أو حق ارتفاق^(١) .

٢٤ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء

٥٠٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٢ مدني على ما يأتي :
« 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 تقرر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً^(٢) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وهو نص استحدثه التقنين
المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري م ٧٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤١ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١/١٠٦٢ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦^(٣) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٤ - حسن كبيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ -
شمس الدين الكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٤ و فقرة ١٦٨ ص ٤٥٧ - ص ٤٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٠ من المشروع التمهيدي على أنه جاء الآتي :

« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال الشائع ، أن يقرروا وجوب التصرف
فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية . ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة ،
وللمحكمة أن تقدر ، تبعاً للظروف ، ما إذا كان التصرف واجباً . بعد أن نتبين أن قسمة المال
الشائع ضارة بمصالح الشركاء . وفي لجنة المراجعة عدل النص ببعض تعديلات لفظية ، وأضيف
إليه حكم يقضى بوجوب إعلان قرارات الأغلبية لبقية الشركاء ، ولمن خالف هذه القرارات حق
الرجوع إلى المحكمة في خلال شهر من وقت الإعلان . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين
المدني الجديد ، فيما عدا أن حق الرجوع إلى المحكمة في المشروع يكون في خلال شهر ، وأصبح
رقم النص ٩٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٠١ . وفي لجنة لمس
الشيوخ استبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، تمثيلاً مع ما سبق أن تقرر في مادة سابقة ،
وأصبح رقم النص ٨٣٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
ص ٩٤ - ص ٩٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف في المال الشائع يقتضى اتفاق جميع الشركاء ، إلا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تستدعى التصرف في هذا المال . ومع ذلك يتعذر لإجماع الشركاء على التصرف : فتدخل المشرع في هذه الحالة الاستثنائية . وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف في المال الشائع ، مع إعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية .

٥٠٧ - الأسباب القوية التي تستدعى التصرف في المال الشائع :

قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باقٍ على الشيوخ ولا توجد طريقة لتلافي هذا النقص . ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم . فعندئذ يتبين أن الأجدى . ليس هو بقاء الشيوخ أو القسمة ، بل هو التصرف في المال الشائع . وقد تواتر فرصة يستطاع معها التصرف في المال الشائع في صنفته رابحة . يخشى من فواتها وألا تعود . وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التي هيأها القانون لإدارته ، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء . ويكون التصرف في المال لأجنبي هو خير وسيلة لقسمة . وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعبير يستدعى نفقة ، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين . بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضاً مثلاً وفي إقامة مبان عليها مضاعفة لغاتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضى رهن الأرض . هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباباً قوية تستدعى التصرف في العين الشائعة ، تارة بالبيع وطوراً بالرهن .

— التقنين المدني السوري م ٧٨٧ (مطابق) ، فيما عدا أن تبليغ القرارات إلى باقى الشركاء فى التقنين السورى يكون بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى) .
التقنين المدنى اللبى م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٦٢ كل واحد من الشركاء أجنبى فى حصه الآخر ، وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرأ بأى وجه من غير رضاه .
(والتقنين العراقى لا يميز للأغلبية ، مهما بلغت ، التصرف فى المال الشائع) .
قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٢٦ (انظر آفاً فقرة ٤٩٩ فى الهاش)

وكانتصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء مفرز منها . فتقوم أسباب قوية تستدعي ، ليس التصرف في جميع العين الشائعة ، بل في جزء مفرز منها فقط ، ويتعذر إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية صالفة الذكر . من باب أولى ، التصرف في هذا الجزء المفرز .

٥٠٨ - الأغلبية الملزمة لتقرير التصرف في المال الشائع : وما دام

إجماع الشركاء متعذراً ، والتصرف تقوم به أسباب قوية ، فلا بد إذن من الترخيص في شرط الإجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك في مصاحبة جميع الشركاء .

ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هي عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . وهذه هي نفس الأغلبية المقررة في الإدارة غير المعتادة فيما قدمناه^(١) . والعدد الذي يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلاً ، بل قد يكون شريكاً واحداً . فإذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحده التصرف في هذا المال إذا قامت أسباب قوية تدعو إلى ذلك .

٥٠٩ - الضمانات العطاء للأقلية : ولم يترك القانون الأقلية دون حماية ،

كما حماها في خصوص الإدارة غير المعتادة على ما قدمنا^(٢) . فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذاً فوراً ، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية . ويكون الإعلان بأية طريقة : ورقة على يد محضر ، أو كتاب مسجل أو غير مسجل ، أو إخطار شفوي ويقع عبء إثباته على الأغلبية . ولأى شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية ، أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة^(٣) . والمحكمة تستوثق أولاً من قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة ، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية .

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر

(١) انظر آتفا فقرة ٥٠١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٠١ .

(٣) فإن لم يعارض أحد في خلال شهرين ، أصبح قرار الأغلبية نافذاً وملزماً للأقلية .

فما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشروع وإطلاق يد كل واحد منهم في نصيبه مفرزاً ، فلا يعود الأمر في حاجة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية . والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح في هذا المعنى ، إذ يقول : « وللمحكمة أن تقرر ، تبعاً للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجبا يأتي بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ ، مدنى ، وهو يقول « وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر .. » ، قد غير من ترتيب العبارات . فإنه لم يقصد تغييراً في المعنى ، بل إن هذا التغيير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظي (١) . فإذا رأيت المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء (٢) »

أما إذا تبنت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تنتقل أخيراً إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذى قرره الأغلبية تصرفاً حكماً تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهى في النهاية تقدر ، تبعاً للظروف ، « ما إذا كان التصرف واجبا » . فإن رأته واجبا أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقاً للقرار الذى اتخذته في هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار . وإن تره المحكمة واجبا ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكناً بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠٦ في الهامش - وانظر في هذا المعنى محمد كامل - ص ٢ فقرة ٦٧ ص ١١٤ - مد على عرفة فقرة ٣٠٣ مكررة ص ٤٠٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٧ ص ١٦٨ - حسن كبيرة فقرة ١١٢ ص ٣٦٣ هامش ١ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن المحكمة لا تقضى من تلقاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب أن يطلب القسمة أحد الشركاء : إسماعيل غانم فقرة ٧٥ ص ١٦٣ - ص ١٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٣ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في المعان التي قدمناها ما يأتي : « سار المشروع في تنليب رأى الأغلبية إلى حد بعيد ، إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة -

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا

٥١٠ - تصرف الشريك في حصته الشائعة وتصرف في شيء مفرز :
 قد منّا (١) أن الشريك قد يتصرف منفردا في حصته الشائعة وهذا هو الغالب ، وقد
 يتصرف منفرداً كذلك في شيء مفرز . إما في جزء مفرز من المال الشائع أو
 في المال الشائع كله .

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١١ - حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد
 الشراء للحصة الشائعة : نبين فيما يلي حكم تصرف الشريك في حصته
 الشائعة ، ثم نبين ما يترتب على هذا التصرف من جواز استرداد باقي الشركاء
 لهذه الحصة إذا كانت شائعة في متقول .

§ ١ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١٢ - متى التصرف وقاذه في حق باقي الشركاء : يجوز للشريك
 أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف ، وقد رأينا أن المادة

(شركاء) يمكن أن يكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن تصرف في المال الشائع بالبيع أو المقايضة
 مثلا ، إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك ، كأن يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع ،
 أو أن يكون استفاد المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذراً . وقرار الأغلبية ملزم للأقلية ،
 إلا أن هؤلاء حق التنظيم إلى المحكمة . ولهذا أن تراجع قرار الأغلبية ، ولا تقره إلا إذا رأت أنه
 يحقق المصلحة ، وأن الاتجاه إلى إنهاء الشروع عن طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء .
 (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠٣ .

١/٨٢٦ مدني تنص على أن كل شريك في الشروع يتلك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها.. (١).

فيجوز للشريك أن يتصرف في حصته معاوضة كأن يبيعه أو يتبرع بها ، أو تبرعاً كأن يهبها .

ويجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعاً (٢) ، كما يجوز أن يصدر إلى أجنبي من غير الشركاء (٣) . وفي حالة التصرف إلى أجنبي ، يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة في المنتول كما سترى . ومتى تم التصرف ، كان صحيحاً نافذاً في حق باقي الشركاء ، دون حاجة إلى أي إجراء آخر . فليس ضرورياً أن يعلن التصرف إلى باقي الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف . كما في حالة الحق . لأننا هنا في صدد حق عيني لا حق شخصي . ولكن إعلان باقي الشركاء بالتصرف يكون مفيداً ، إذ يجعل ميعاد الحق في الاسترداد في المنتول أو الحق في الأخذ بالشفعة في العقار يسرى على هؤلاء الشركاء .

ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن محل المتصرف له - المشتري أو الموهوب له مثلاً - محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ، ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلاً من الشريك المتصرف . ويلاحظ أنه

(١) انظر آتفا فقرة ٨٦ ؛ .

(٢) وإذا صدر التصرف من شريك إلى شريك ، وترتب على ذلك أن زالت حالة الشروع ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء . انظر في ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨١ - ص ١٨٢ وكذلك هامش ٢ من ص ١٨٢ والمراجع المشار إليها .

(٣) ويكون هذا تصرفاً في حصة شائعة ولو كان الشريك البائع واضعاً يده على قدر مفرز (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ - مجموعة المكتب الفني في حقة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩١) . وإذا جاوز الشريك البائع مقدار نصيبه الشائع ، كان البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما جاوز هذا النصيب (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة المكتب الفني في حقة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٧٥) .

ولا يمنع الشريك من التصرف في حصته الشائعة اتفاده مع شركائه الآخرين على البقاء في الشروع مدة معينة ، فهذا الاتفاق إنما يمنعه من طلب التمسك قبل انقضاء المدة المنفق عليها ، ولا يمنعه من التصرف في حصته الشائعة . ويتفقد المشتري لهذه الحصة ، باعتباره خلفاً خاسراً ، بالاتفاق على البقاء في الشروع المدة معينة في الاتفاق . انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .

يجب تسجيل التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه . ويستوى في ذلك أن يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا في مجموع من المال كما لو تصرف الوارث في نصيبه الشائع في التركة وكانت التركة تشمل على عقارات (١) .

وكما يجوز للشريك التصرف في كل حصته الشائعة . يجوز له كذلك أن يتصرف في بعضها شائعا . فإذا كان مثلا يملك في المال الشائع النصف . جاز له أن يبيع نصف هذه الحصة ، فيبيع ربع كل المال الشائع . ويدخل المشتري شريكا في المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء . ومنهم الشريك البائع الذي يبقى شريكا بقدر الربع بعد أن باع نصف حصته الشائعة .

وإذا كانت العين الشائعة داخلة في مجموع من المال الشائع ، كما لو كانت دارا داخلة في تركة . وباع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة . جاز ذلك ، وحل المشتري محل الوارث شريكا في هذه الدار مع سائر الورثة . ولا بد ، في هذه الحالة ، لإزالة الشبوح . من إجراء قسمتين : القسمة الأولى بين المشتري وسائر الورثة في الدار التي أصبح المشتري شريكا فيها ، والقسمة الأخرى بين الوارث الذي باع حصته في الدار وسائر الورثة في بقية أموال التركة . وتجنبنا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال داخل في مجموع إلا باتفاق الشركاء (٢) . وذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن التصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة فيها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته ، وإن وقعت في نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكا للحصة التي باعها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بفضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، اعتبر المشتري من الغير ، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة . يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقا على إجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصيح في الحالين شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشترها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرفض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفا فيها (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

(٢) انظر المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدني الألماني .

وكان حكم بيعه لهذه الحصص هو حكم بيع ملك الغير (١). ولكن محكمة النقض في مصر ذهبت إلى عكس هذا الرأي . وقضت بأن للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة في بعض العقارات ، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصصه البائع في هذا البعض من العقارات شائعا ، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان (٢) .

٥١٣ - ترتيب من عيني أصل على الحصص الشائعة : أهم الحقوق العينية الأصلية - عدا حق الملكية - هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر . أما الحكر فتمتعصى طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصص الشائعة أن يربط حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضى البناء أو الفراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف . وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصص شائعة ، فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يربط على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضى مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز (٣) . وقد رأينا (٤) أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يربطوا معاً حق ارتفاق على هذا العقار ، ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة (٥) .

-
- (١) Jonasco - Vincent - ١٠٢ - في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤ وما بعدها .
- (٢) نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ - موعة أحكام النقض ٩ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٠ وهاش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٠ هاش ١ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٤ هاش ١ .
- (٣) عبد المنعم البداري فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١ .
- (٤) انظر آنفا فقرة ٥٠٥ .
- (٥) وكما لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصص شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصص شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابِل لتجزئة (بولانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ - عبد المنعم البداري فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١) .

بقي حق الانتفاع . وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي ينحولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشروع . فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع (١) ، وتسرى أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا . وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأى صاحب حق الانتفاع لا برأى الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب التسمية . يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن في ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع (٢) . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشروع : آتت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما إذا بقي حق الانتفاع قائما بعد انقضاء الشروع ، بأن قسمت العين الشائعة مثلا ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني (٣) .

(١) وعلى هذا الأساس يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يتفق مع سائر الشركاء على مهياة مكانية أو زمانية ، فإن هذا الضرب من التسمية يدخل في شؤون الإدارة المعتادة ، ولكن يلزم إجماع الشركاء عليه كما قدمنا ، ويدخل في هذا الإجماع صوت صاحب حق الانتفاع دون صوت الشريك صاحب الرقبة . ولكن قسمة المهياة الكمانية التي تتم باتفاق مع صاحب حق الانتفاع لا تنقلب بعد خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ، لأن الشريك صاحب الرقبة ، وهو وحده الذي يملك القسمة النهائية ، لم يكن طرفا في المهياة الكمانية . وإذا كانت المهياة قد تمت من قبل أن يتقرر حق الانتفاع ، فإن صاحب هذا الحق يلتزم بها ، فإذا كانت مهياة مكانية ودامت خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية إذ أن الشريك صاحب الرقبة قد كان طرفا فيها قبل أن يرتب حق الانتفاع - انظر حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٢ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠١ - ص ٤٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ .

(٣) وهذا ما يصح الأخذ به طبقا للنظرية الحديثة في الحلول العيني (انظر آنفا فقرة ١٥٧ وما بعدها) . فقد قدمنا عند الكلام في هذه النظرية أن حق الانتفاع ينتقل من الشيء إلى عوضه بحكم الحلول العيني (م ١/٩٩٤) . ونقيس هنا على حالة الشيء المحل بحق الانتفاع وحلول ما يقوم مقامه من عوض مكانه بحكم الحلول العيني (انظر آنفا فقرة ١٦٢ في آخرها) حالة انقلاب المال المحل بحق الانتفاع من حصة شائعة إلى مال مفرز .

٥١٤ - ترتيب من عيني نبي على شخصه الشائعة : الحقوقي العينية

التبعية هي حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويجوز أن ترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، بما يتبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة . إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

ويجوز كذلك أن يرهن صاحب الحصة الشائعة في عقار حصته رهنا رسميا وقد نصت المادة ٢/١٠٣٩ مدني صراحة على جواز ذلك فقالت : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة .. »

ويجوز أخيراً أن يرهن صاحب الحصة الشائعة حصته رهن حيازة ولا يحول دون ذلك أن رهن الحيازة يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فإن الحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة . ويتحقق ذلك مثلاً فيما إذا وضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة ، فيحوزه بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي ارتبها ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة إلى باقي الحصص . كذلك قد يوضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي ، فيحوزه بصفته عدلاً بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديراً بالنسبة إلى باقي الحصص . وقد يكون المال الشائع مقسوماً بين الشركاء قسمة مهاياًة ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهاياًة . وهكذا نرى أن هناك صوراً متعددة لحيازة الحصة الشائعة حيازة مادية ، ويترتب على ذلك أن شيوع الحصة لا يمنع من إمكان رهنها رهن حيازة^(١) كما قدمنا .

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٠١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٦ - يساعيل غانم فقرة

٨١ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هاش ٣ - عبد المنعم فيج الصلحة

وإذا بقي الشبوع حتى حل الدين المضمون بأحد هذه الحقوق العينية للتبعية ، فحل الموجل من الثمن في حق الامتياز ، أو اعتمزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التي أخذ عليها حق اختصاص ، أو حل الدين المضمون برهن رسمي أو رهن حيازة حملت به الحصة الشائعة ، فإن الدائن ينفذ على الحصة الشائعة وهي لا تزال في الشبوع . فتباع هذه الحصة جبراً على صاحبها ، ويحل الراسمي عليه المزداد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكاً مكانه مع سائر الشركاء في المال الشائع . ولا يوجد نص في القانون المصري ، كما وجد هذا النص في القانون الفرنسي (م ٢٢٠٥ مدني فرنسي) ، يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها .

أما إذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، فإن في التقنين المدني المصري نصاً في هذه المسألة في خصوص الرهن الرسمي . إذ تقول المادة ١٠٣٩ / ٢ مدني : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار .. ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .. » ونرى من هذا النص أن العقار المفروز الذي يقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهناً رسمياً في عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولاً عينياً محل الحصة الشائعة المرهونة ، وينتقل الرهن الرسمي إليها^(١) . وسنتناول هذا النص

فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ - منصور مصطلح منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٢ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباق في التأمينات فقرة ٤٣٥ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ١٦٨ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ . (١) ويعتبر من تطبيقات الحلول العيني ، ليست فحسب هذه الصورة ، بل أيضاً صورة ما إذا كان هناك عقار شائع واحد رهن أحد الشركاء فيه حصته على الشبوع ، ثم قسم العقار على الشركاء . فينتقل الرهن من حصة الشريك الشائعة إلى نصيبه المفروز ، ويكون ذلك بفضل الحلول العيني ، وقد سبق أن قررنا هذا الحكم في خصوص انتقال حق الانتفاع من الحصة الشائعة إلى الجزء المفروز الذي حل لها (انظر آنفاً فقرة ٥١٣ في آخرها وقارن منصور مصطلح منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٧) . ويذهب كثير من الفقهاء إلى أن ورود الرهن بعد القسمة على الجزء المفروز بالأثر من الحصة الشائعة لا يعتبر من قبيل الحلول العيني ، بل هو مجرد أنه طبيعي للقسمة (إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ - وانظر عكس ذلك وأن المال المفروز يحل حلولاً عينياً محل الحصة الشائعة منصور مصطلح منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٦ هامش ٢) .

بالشرح المنصل عند الكلام في الرهن الرسمي . وقد قدمنا أن كلا من حق الاختصاص وحق الامتياز وحق رهن الحيازة يسرى عليه نفس الحكم المقرر في الرهن الرسمي (١) .

وغنى عن البيان أنه إذا وقع العقار المرهون حصة شائعة فيه بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن ، تركز الرهن (أو الاختصاص أو الامتياز) على هذا العقار في الحصة الشائعة التي رهنه ابتداء (٢) .

= ونحن نفضل الأخذ بفكرة الحلول العيني وأن المال المرز يخل حلالا عينيا محل الحصة الشائعة . ذلك أن حق الرهن لما وقع على الحصة الشائعة ، كان محله هذه الحصة ذاتها . ولا نقف عند الاعتراض القائل بأن الحق العيني لا بد أن يتركز على شيء مادي ، فخاصية الشيوع هي بالذات هذه الحصص الشائعة التي ينقسم إليها حق الملكية ، مع عدم انقسام المال الشائع . فإذا رهن الشريك حصته الشائعة ، فإنه يكون بذلك قد رتب حق الرهن على هذه الحصة الشائعة لا على المال الشائع . فإذا قسم المال الشائع ، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز ، فإن هذا الجزء المفرز يكون شيئا آخر غير الحصة الشائعة التي كانت للشريك من قبل ، ويحل مجازيا حلالا عينيا ، ومن ثم ينتقل الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز بموجب الحلول العيني (انظر آفا فقرة ٤٨٥ في هامشها الأخير) .

(١) انظر آفا فقرة ١٦٢ - ويشترط بطبيعة الحال أن يكون قد وقع في نصيب الشريك الراهن عين تثيل نوع الرهن الذي صدر منه ، فإن كان الرهن رهنا رسميا ووقعت في نصيبه منقولات فلا يجوز أن ينتقل إليها الرهن الرسمي . وقد تمتد القسمة عينيا فيبيع المال الشائع ، ويكون للشريك الراهن جزء من ثمنه ، أي مبلغ من النقود ، فلا يكون له دائن المرتهن في هذه الحالة إلا أن ينفذ على هذا المبلغ . وليس له تتبع العقار الذي الراسى عليه المزداد ، فإن العقار قد تطهر من الرهن بموجب حكم رضى المزداد (محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٧ - ص ٣٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ و فقرة ١٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٤ - ص ١٨٥) .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ - دلايول وديبير وبيكيه فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ - غيد الفتاح عبد الباقي في التأمينات العينية والشخصية فقرة ٢٢٤ ص ٣٢٦ - سليمان مرقس في التأمينات العينية فقرة ٤٩ ص ٧٩ - محمد على إمام في التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٤ - محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٩ - انظر عكس ذلك وأن العتاز كله لا حصة منه فقط يصبح مرهونا لدى باج ودكرز فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ - أحمد سلامة في التأمينات العينية - الرهن الرسمي فقرة ٥٠ ص ١٧٣ .

وانظر الأستاذ منصور مصطفي منصور ، ويقترح من الناحية التشريعية تعميم القاعدة الواردة في المادة ٢/١٠٣٩ مدني في خصيص رهن الحصة الشائعة ، فتسرى على كل حق أو قيد عيني يرد على حصة الشريك في الشيوع ، فينتقل الحق أو التمسيد ، بحكم الحلول العيني ، من الحصة الشائعة إلى ما حل محلها بموجب القسمة من مال مفرز (منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٧) .

٢٩ - استرداد الحصة الشائعة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٣ مدني على ما يأتي :

١ - للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق المارمة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويجل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

٢ - وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦٢/٥٦١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ - وفي التقنين المدني العراقي

لا مقابل - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان يجعل ميّاد إعلان الرغبة في الاسترداد شهراً من يوم إعلان الشريك بالبيع . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٠٤ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلته فجعلت الميّاد ثلاثين يوماً من يوم العلم أو الإعلان . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٧ - ص ٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٦٢ / ٥٦١ : يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن

يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم لغيره ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أن الأول يجعل الاسترداد في المنقول والمقار ، فيتزاحم في المقار حق الاسترداد وحق الشفعة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ : إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص

آخر ، فلسائر الشركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة وفقاً للأحكام القانونية المختصة . (وقد عمم القانون اللبناني أحكام الشفعة فجعلها في المقار وفي المنقول) .

وبمخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك في الشبوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر. وسنرى أن في الشفعة أيضاً يكون للشريك في الشبوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، فحق الاسترداد (retrait d'indivision) وحق الشفعة (préemption) متماثلان من هذا الوجه . وقد كان التقنين المدني السابق يطلق حق الاسترداد في المنقول والعقار ، فترتب على ذلك أن تتراحم في العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة ، ولكل من الحقين إجراءاته الخاصة به . وقد أراد التقنين المدني الجديد تجنب هذا التتراحم ، فرسم لكل من الحقين نطاقه الخاص . فحق الشفعة ، ومصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية ، إنما يرد في بيع حصة شائعة في العقار ، وقد يرد في غير الشبوع ، ومن ثم لا يمكن قصره على الشبوع فوجبته معالجته ضمن أسباب كسب الملكية . أما حق الاسترداد . ومصدره التاريخي هو القانون الفرنسي (١) ، إنما يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار . فهذا الحق هو إذن ملازم الشبوع ، ولذلك نعالجه في هذا المكان (٢) .

(١) ومع ذلك فقد خالف التقنين المصري التقنين الفرنسي في حق الاسترداد من وجوه مختلفة . منها أن هذا الحق مقصور في فرنسا على الشبوع الوراثي ، وهو جائز في مصر أياً كان سبب الشبوع . ثم هو في فرنسا لا يرد إلا في مجموع من المال هو التركة ، ويؤدي في مصر ، إلى جانب المجموع من المال ، في المنقول الشائع القائم بذاته . وفي فرنسا يصح استعمال الحق في أية معارضة ولو لم تكن بيما ، أما في مصر فلا يصح استعمال الحق إلا في البيع . وليس لاستعمال الحق في فرنسا مواعيد معينة ، أما في مصر فيتمتع استعماله في خلال مدة معينة .

انظر في حق الاسترداد في فرنسا : أوبر - ورو ١٠ طبعة خاصة بقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٢٥ - ص ١٥٠ - بيدان وليبال ه مكرر في المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٣٦ بقرة ٨٨٧ وما بعدها - فلانيول وريبير ومودي وفالنتون ٤ في المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٥٥ بقرة ٥٥١ وما بعدها - فلانيول وريبير وبولانجه ٤ سنة ١٩٥٩ بقرة ٢٨١٦ وما بعدها - بودر - وقال في المواريث ٣ طبعة ثالثة بقرة ٢٥٧٥ وما بعدها - أنسيكلاريد - دالوز ه سنة ١٩٥٥ لفظ Succession ص ١٩٦ - ص ٢٠٤ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد ، في خصوص الفصل ما بين نطاق حق الشفعة ونطاق حق الاسترداد ، ما يأتي : «تصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار ، وجعل الشفعة في العقار منفية عن هذا الحق ، حتى لا تتضارب الحقوق في الميدان الواحد . (مادة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

ويتبين من النص الذي أسلفناه أن لحق الاسترداد شروطاً يجب توافرها ، وله إجراءات خاصة به ، وترتب عليه آثار معينة .

(١) شروط حق الاسترداد

٥١٦ - نطاق حق الاسترداد : نحدد أولاً نطاق حق الاسترداد ، فهذا النطاق هو الذي يهيم على شروطه . وقد قدمنا أن حق الاسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته ، وإلا في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار .

فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الاسترداد ، وإنما هو محل لحق الشفعة الذي ينسب أحكامه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . وحق الشفعة هو الذي يرد ، حتى لو كان سبب الشيوع في العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث . فإذا باع أحد الورثة لأجنبي

- وهناك فروق كثيرة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد ، تبررها الأهمية العملية الواضحة لحق الشفعة وكثرة ممارسة هذا الحق في التعامل ، واختلاف مصدره التاريخي عن المصدر التاريخي الذي لحق الاسترداد . وقد كان واجباً أن يحتفظ التفتين المدني الجديد بحق الشفعة للأسباب المتقدمة ، وأن يعتمد فيها بأحكام الشريعة الإسلامية وبما قرره القضاء والنقح من مبادئ كثيرة هامة في عهد التفتين المدني السابق . ولم يكن سديداً إخضاع حق الاسترداد لجميع القواعد المعقدة المقررة في حق الشفعة (انظر مع ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٢ ص ١٨٧ - حسن كبيرة فقرة ١٢١ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) مع ندرته في العمل ، ليجرد التماثل في الطبيعة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد . كذلك لم يكن سديداً حذف حق الاسترداد في المنقول والمجموع من المال ، فلا يزال هذا الحق مفيداً في هذه الدائرة . فانتضى الأمر الجمع بين الحقين ، مع تحديد نطاق كل منهما على الوجه الذي بيناه .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة والاسترداد ، وإن كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدي إلى تنوع من الافتتاحات على حرية التبائع وإلى نزع الملك جبراً على مشتريه ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها القوانين الإسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحالها أن يكون المبيع عقاراً فلا شفعة في منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسي ، وحكمتها حفظ أسرار الشركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلي ، وسببها الشركة في الإرث ، ومحله أن يكون المبيع حصّة أو جزءاً من حصّة شائعة في الشركة عامة منظورا إليها كوحدة قانونية تنظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات (نقض مدني ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ . مجموعة المكاتب النفي في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢١٥) .

حصته الشائعة في عقار معين بالذات ، ولو كان هذا العقار داخلا في التركة ، بل لو كان هو كل التركة ، فإن أخذ باقي الورثة لهذه الحصص من الأجنبي إنما يكون عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الاسترداد (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال (٢) . دون المنقول المعين بالذات حيث لم يجعل فيه لا استرداداً ولا شفعة ، ودون العقار المعين بالذات حيث جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد . أما التقنين المدني الجديد فهو

(١) نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كبيرة فقرة ١٢٢ ص ٤١١ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٦ .

(٢) كان القضاء في مبدأ الأمر يذهب إلى جواز استرداد الحصص الشائعة في مجموع من المال أو في عين معينة يصعب على المشتري تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة (استئناف وطني دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ - نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٠ ص ٤١٤ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨) . ثم عدل عن ذلك ، واستقر على قصر حق الاسترداد على الحصص الشائعة في المجموع عن المال ، دون الحصص الشائعة في عين معينة بالذات ، لأن حلول أجنبي نخل أحد الشركاء في جزء شائع في مجموع التركة هو وحده الذي قدر فيه الشارع الفرنسي مظنة إذاعة أسرار التركة وإفساد محيطها ، ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد في فرنسا ببيع حصص شائعة في مجموع الملك كله ، لا ببيع حصص شائعة في عين معينة منه . وإذا كان هذا هو مناط الاسترداد في فرنسا ، فهو بذاته مناط في مصر ، إذ ليس في نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني (قديم) ما يفيد أن الشارع المصري أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التي أمثلتها المادة ٨٤١ مدني فرنسي على الشارع الفرنسي .. وحيث إن الأخذ بمطلق لفظ الحصص الشائعة الذي ورد في نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني (قديم) ... يؤدي إلى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصصاً شائعة في عقار معين من الملك المشترك ، وهو مالا يمكن أن يكون الشارع المصري قد أراده لأنه لم يفيد حق الاسترداد بمثل ما يفيد به حق الشفعة من مواعيد وإجراءات ، فإذا أجاز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستثناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصاً من قيودها . وفي ذلك تعطيل للأحكام التي لم تضع هذه القيود عبثاً (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٠ ص ٢٤٨ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٠ ص ٣٨٠ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٨ ص ٤٤٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧٢ ص ٥٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٨ ص ١١٩٤ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٦ ص ١٦٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥) .

صريح ، كما رأينا ، في أن حق الاسترداد يرد في المجموع من المال وفي المنقول المعين بالذات (م ٨٣٣ مدني) .

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر . فإذا باع أحد الورثة حصته للشائعة في التركة لأجنبي ، كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد ، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات كما سبق للقول ، مادامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال . وإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي ، كان لباقي أصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد .

كذلك يرد حق الاسترداد ، في التقنين المدني الجديد ، على المنقول الشائع المعين بالذات ، أي غير المندمج في مجموع من المال ، كالسيارات والحللي والجواهر والأواني وأثاث المنزل^(١) .

وإذ تحدد نطاق حق الاسترداد على هذا النحو ، فإن الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة : (١) أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشروع . (٢) أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال ، (٣) أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء . (٤) أن يكون المسترد هو أحد الشركاء .

٥١٧ الشرط الأول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشروع :

يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء في الشروع ، ونص المادة ١/٨٣٣ مدني صريح في هذا المعنى ، فقد رأيناه يتكلم عن الحصة الشائعة التي باعها شريك .. . ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف ، تبرعا كان أو معاوضة . فإذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية ، ذلك أن الشريك إنما وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد . كذلك إذا تقيض الشريك على حصته الشائعة ، أو وفاها مقابلا لدين عليه ، أو قبلها حصة في شركة ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد ، إذ يصعب

(١) ويستوى أن يكون الشروع ، في المجموع من المال أو المنقول المعين بالذات ، ناشئا عن الإرث أو عن غيره . أما في فرنسا فلا يرد حق الاسترداد ، كما قدمنا ، إلا في الشروع الهواني .

على الشريك المسترد أن يدفع للأجنبي ما أعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة .
أما في القانون الفرنسي ، فيجوز الاسترداد في جميع عقود المعاوضة ، ولولم
تكن بيها .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك بيها
بالممارسة (م ١/٨٣٣ مدني) ، فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد
كما لا تجوز الشفعة فيما سئرى ، إذ كان الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع
أن يدخل في المزاد فلا يمكن الأجنبي من رهو المزاد عليه ، فتخلفه عن ذلك
رضاء ضمنى منه بأن يكون الأجنبي شريكا . والبيع بالمزاد الذي يمنع من
استعمال حق الاسترداد هو الذي يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، كما هو
الأمر في الشفعة^(١) . فيدخل البيع بالمزاد الاختياري إذ أن الشريك كان يستطيع
الدخول في المزاد ، ومن ثم لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لا يجوز
استعمال حق الشفعة .

ولا يجوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع ، أما إذا كان البيع لا يزال
في مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما ، أو كان من
باب أولى في مرحلة تسبق مرحلة الإيجاب الملزم ، فإن الاسترداد يكون
سابقا لأوانه .

وقد أكدت محكمة النقض المبادئ المتقدمة ، إذ قضت بعدم جواز
الاسترداد في أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا ، ولأن
الحكمة في تحويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة ،
وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لم أن يشتركوا فيه ويشتروا
الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل في الشركة . كما أن طلب
المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أسامي لهذا البيع
لا يعتبر عرضا ملزما له بالثمن الذي حدده .. لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم
إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة^(٢) .

(١) انظر المادة ١/٩٣٩ (أ) مدني - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - عبد المنعم
فرج الصدة فقرة ١٤٠ ص ٢١٥ - حسن كبيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ هامش ١ .
(٢) نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩ ص ٤٥ .

٥١٨ - الشرط الثاني - ورود البيع على حصنة شائعة في منقول

أو مجموع من المال : ويجب ثانيا أن يبيع الشريك حصته الشائعة ، كلها أو بعضها ، في منقول أو مجموع من المال . وقد سبق بيان المقصود من المنقول والمجموع من المال (١) . وإذا باع الشريك كل حصته الشائعة ، فإن الأجنبي المشتري يحل محله في هذه الحصنة شريكا مع الشركاء الآخرين ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد ، حتى لا يقتحم أجنبي حرم الشركاء . وإذا باع الشريك بعض حصته الشائعة ، نصفها أو ربعها مثلا ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد ، إذ يدخل الأجنبي المشتري هنا أيضاً شريكا مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكا معه ، فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه .

ولابد أن يكون المبيع حصنة شائعة ، أما إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً ، فإن المشتري لا يدخل شريكا بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز . وسنرى أن المادة ٢/٨٢٦ مدني تجعل حقه موقوفاً على نتيجة القسمة ، فإما أن يثبت على الجزء المفرز الذي اشتراه إذا وقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك البائع بطريق القسمة . فهو في جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد قدمته ، فلا يكون إذن شريكا في الشيوع مع الشركاء الآخرين ، وتنعدم بذلك حكمة حق الاسترداد ، فلا يجوز إذن استعمال هذا الحق .

٥١٩ - الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء :

ويجب ثالثاً أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان في ذلك ما يضرر منه باقي الشركاء . فالمشتري شريك معهم ، وهو لا يزال معهم بعد أن اشتري الحصنة الشائعة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبي يضررون من دخوله بينهم . والأمر في حق الاسترداد من هذه الناحية كالأمر في الشفعة ، ففي الشفعة إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شريكاً فإنه يفضل على الشفعة الناس حين طاقته (م ١/٣٣٧ مدني) ، وفي

الفرض الذي نحن بصدده المشتري شريك أي له حق الاسترداد كسائر الشركاء . فيفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التي اشتراها .

ويترتب على أن المحكمة من حق الاسترداد الأجنبي من الدخول بين الشركاء . أنه إذا اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة ، وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا . حتى يستبعدوا الأجنبي عن الدخول بين الشركاء . فلا يكفي إذن أن الشريك المسترد أو الشركاء المستردين يستردون من الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما يملكون في المال الشائع ، وإلا بقي الأجنبي شريكا بما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التي اشتراها . وهذا يتناقض مع المحكمة من حق الاسترداد (١) .

٥٢٠ - الشرط الرابع - المسترد هو أحد الشركاء : ويجب أخيراً

أن يكون المسترد لأحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء ، وهذا واضح فإن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم . ولذلك ثبت لهم حق دون غيرهم الحق في الاسترداد . وكان الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق أن الشريك الذي يسترد يجب أن يكون شريكا أصليا أي شريكا منذ بدء الشبوع . فإذا خلف هذا الشريك الأصلي خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتري لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلي الحق في الاسترداد (٢) . ولكن التقنين المدني الجديد ، لما أطلق لفظ « الشريك » ، لم يميز بين شريك أصلي وشريك غير أصلي ، فيجوز إذن لخلف الشريك الأصلي من وارث

(١) محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٨٢ - محمد علي عرفة فقرة ٢١٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٩٠ - حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٥ - منصور مصطفي مصدر فقرة ٦٦ ص ١٥٧ - ص ١٥٨ .

أ. إذا كان أجنبيا قد اشترى كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء ، فإنه يجوز لشريك ثالث أن يسترد من أحد الأجنبيين دون الآخر الحصة الشائعة التي اشتراها ، فقد يتضرر من دخول هذا الأجنبي شريكا ولا يتضرر من دخول الآخر .

(٢) استئناف وطني دوائر خمسة ٣٠٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ -

نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة مجر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨ .

أو مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المباعة مادام شريكا في الشروع وقت البيع . وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلي وشريك عارض » (١) .

وإذا اشترى أجنبي حصة أو حصصا شائعة ، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء ، فإن كل شريك منهم ، عند عدم الاتفاق ، يسترد من الحصة أو الحصص المباعة بنسبة حصته . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ٢/٨٣٣ مدني إذ تقول كما رأينا : « وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

والشريك وحده هو الذي يسترد ، فهذه رخصة له أو هي حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائمه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه (٢) .

(ب) إجراءات الاسترداد

٥٢١ - ميعاد الاسترداد : يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، ويكون ذلك كما تقول المادة ١/٨٣٣ مدني فيما رأينا « خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ إعلانه به » .
والذي يقع عملا هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة ، أو من اشترى منه هذه الحصة ، يبادر (٣) إلى إعلان باقي الشركاء بالبيع . ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسميا على يد محضر كما اشترط ذلك في الشفعة ، ومن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ - وانظر محمد علي عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٤ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

(٢) للوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ - مد علي عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ ص ٤١٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

ويجب أن يكون الشريك المسترد شريكا في الملك أو على الأقل في الرقبة ، أما الشريك في حق الانتفاع فلا يجوز له الاسترداد لأن النص مقصور على الشيوع في الملك ، وهو نص استثنائي لا يجوز التوسع فيه (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٧٣) .

(٣) ولم يعين القانون ميعادا للإعلان ، بل ترك ذلك ليقطة صاحب الشأن (مجموعة الأعمال

التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وبصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمشتري .

ومنى تم الإعلان للشركاء . فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشتري ، وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع .

وليس إعلان البيع ضروريا . فقد لا يعلن الشركاء بالبيع ، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع . فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بالبيع . وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشتري ، والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به بحسب الأحوال ، ولم يطلب أى من الشركاء الاسترداد^(١) ، فقد سقط الحق فيه ، وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبي بيعا باتا لا يجوز الاسترداد فيه ،

٥٢٢ - كيف يحصل الاسترداد: كل ما قاله القانون فى هذا الشأن

هو أن الاسترداد يتم بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، (م ١/٨٣٣ مدنى) . فمن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، عليه أن يعلن ، فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع أو من يوم علمه به ، كلا من البائع والمشتري أنه يسترد الحصة المبيعة . ولم يحدد القانون هنا أيضا ، كما حدد للشفعة ، شكلا خاصا للإعلان . فيجوز أن يكون الإعلان على يد محضر وهذا هو الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو غير مصحوب به ، أو بكتاب غير مسجل ، بل قد يكون الإعلان شفويا على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويجب على الشريك ، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، أن يعرض استعداداه ، فى الإعلان الذى يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد

(١) أو طلب أحد الشركاء الاسترداد بإعلان وجهه فى الميعاد للبائع دون المشتري ، أو للمشتري دون البائع ، إذ أن طلب الاسترداد لا يمتد به إلا إذا وجه فى الميعاد القانونى إلى كل من المشتري والبائع .

والمصروفات . واكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً ، بل ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة كما يجب الإيداع في الشفعة . بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع (١) .

فإذا استرد الشريك الحصة الشائعة المبيعة على النحو الذي قدمناه ، بأن أعان كلا من البائع والمشتري باسترداده لهذه الحصة وباستعداده الدفع المقابل ، فإنه لا يبقى بعد ذلك إلا أن يتسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل إما للبائع إذا كان هذا لم يتسلم شيئاً من المشتري ، أو للمشتري نفسه إذا كان قد دفع الثمن للبائع .

وفي رأينا أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية بشيء من ذلك كما نظمت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلاً بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشتري على الوجه الذي قدمناه . ونستند في ذلك إلى التفصيل الذي سنورده فيما يلي متعلقاً بتحديد الوقت الذي يتم فيه الاسترداد .

٥٢٣ - متى يتم الاسترداد : في رأينا ، كما قدمنا ، أن الاسترداد يتم بمجرد إعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المبيعة لكل من البائع والمشتري . فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنيين ، فقد تم الاسترداد ، وأصبح المسترد الكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته . مع مراعاة وجوب التسجيل لتقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقارات . فإذا امتنع من يجوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشتري ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٩٨ - وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ مدنى (قديم) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن خلافاً لما هو مقرر في قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إن أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به . فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مختلفاً عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٦٥ ص ١٥٢) .

من تسليدها إلى المسترد، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم. وإذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات، كان لصاحب الشأن، البائع أو المشتري، أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع. وهذا هو السبب، في رأينا، في أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التي تلي الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتضى، كما نظم دعوى الشفعة، إذ ترك الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة. بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذي يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدني صراحة على ذلك. إذ تقول كما رأينا: « ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: « فإن أعلن المسترد رغبته في الاسترداد واتفق الجميع، حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة. وعوض المسترد المشتري كل ما أنفقه. وإذا لم يتم الاتفاق، تولت المحكمة الفصل في الأمر^(١). والذي تتولى المحكمة الفصل فيه هو إلزام المسترد بدفع الثمن وملحقاته إذا رفع البائع أو المشتري الدعوى بذلك على المسترد. أو ثبوت حق المسترد في الاسترداد وإلزام البائع أو المشتري بتسليم الحصة الشائعة المبيعة إليه إذا رفع هذا الأخير الدعوى بذلك على البائع أو المشتري. وتسرى القواعد العامة في كل ذلك^(٢) ».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨.

(٢) وقد صرحت محكمة النقض، حتى في ظل التقنين المدني السابق، بتطبيق القواعد العامة في الدعوى يطلب استرداد الحصة المبيعة. فقضت بأن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى يطلب استرداد الحصة المبيعة، فيتمتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة. ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة، كادت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة. أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية، فإنه - إذا كان وارداً على خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لا يصح القياس عليه - لا يطبق على دعوى الاسترداد. وإذا كان في الاسترداد، كما في الشفعة، يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد (لم يرد في التقنين السابق، كورد في التقنين الجديد وجوب إدخال البائع والمشتري) كما يلزم في دعوى الشفعة. أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة، فلا يسرى لأنه =

ولكن يلاحظ أن الاسترداد الذي تم على هذا الوجه استرداد معلق على شرط واقف ، هو دفع المسترد الثمن وملحقاته . فإن هو امتنع عن ذلك ، في الميعاد الذي تحدده المحكمة إذا طلب إليها تحديد ميعاد ، جاز لأي من البائع أو المشتري أن يرفع دعوى على المسترد باعتبار الاسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف . ويؤيد ذلك العبارة الأخيرة التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدني ، فهي تجرى كما رأينا على الوجه الآتي : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » . فحلول المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات - وهذا هو عين الاسترداد - مشروط إذن بدفع المسترد الثمن وملحقاته ، وهذا هو المستفاد بوضوح من عبارة « إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

ونحن فيما قدمناه قد التزمنا نص التقنين المدني الجديد ، ولم يورد هذا التقنين شيئاً عن دعوى الاسترداد يقابل النصوص التي أوردتها في دعوى الشفعة . وقد أثارَت دعوى الشفعة كثيراً من النقاش منعرض له في موضعه ، وقد كفانا التقنين المدني الجديد مؤونة ذلك فيما يتعلق بحق الاسترداد ، فلزم أن نخضع أي دعوى تتعلق بهذا الحق للقواعد العامة (١) .

« حكم استثنائي ، بل الذي يسرى هنا هو حكم القانون العام (نقض مدني ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢١٥) .

(١) ومع ذلك يبدو أن اتجاه الفقه المصري هو في جعل دعوى الاسترداد ماثلة لدعوى الشفعة ، من حيث إن كلا من الاسترداد والشفعة إذا لم يتم رضاه وجب أن يتم قضاءه ، فالحكم بالاسترداد يعتبر على ما يظهر منشأً لحق الاسترداد (انظر عبد المنعم البدر أوى بقرة ١٤٧ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤ ص ٢١٦ - محمد علي عرفة فقرة ٣١٥ ص ٤٢١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ - حسن كبيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ - محمد حامد فهمي في تعليقه في مجموعة ٤٦ ص ٢٣ - ص ٢٤ هامش ١) .

وإذا سلمنا أن دعوى الاسترداد ماثلة لدعوى الشفعة من هذا الوجه ، فلا بد من التمسك بأن القانون لم يحدد لدعوى الاسترداد مواعيد كما حدد لدعوى الشفعة ، فيجوز رفعها إذن في أي وقت قبل تمام قصة الشيء الشائع ، بشرط توجيه الإعلان بالاسترداد إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً المحدد في المادة ٨٣٣/١ مدني . ومع ذلك ذهب محكمة النقض إلى اعتبار ميعاد الثلاثين يوماً المحدد للإعلان بالاسترداد ميعاداً أيضاً لرفع دعوى الاسترداد (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ : انظر في نقد الأحكام إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ -

ويجب في الدعوى التي يرفعها المسترد بثبوت حقه في الاسترداد اختصاص
البائع والمشتري معاً في جميع مراحلها حتى مرحلة الطعن بالنقض. ذلك أن الأثر
الذي يترتب على الاسترداد، كما نرى، هو حلول المشتد محل المشتري في
جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع. فالتخصيم في الدعوى هم إذن من جهة
المسترد الذي يطالب بثبوت حقه في الاسترداد، ومن جهة أخرى المشتري
الذي يطلب المسترد أن يحل محله والبائع الذي يطالب المسترد أن يحل هو محل
المشتري قبله (١).

(ح) الآثار التي تترتب على الاسترداد

٥٢٤ - تكييف الاسترداد: ليس الاسترداد بإعادة بيع من المشتري
إلى المسترد، فيكون البائع باع حصته الشائعة إلى المشتري، ثم باعها المشتري
إلى المسترد، كما ذهب بعض الفقهاء (٢). فإن هذا الرأي يتعارض مع الرأي
الغالب في الفقه الفرنسي، ويتعارض مع صريح النص في التقنين المدني المصري
فإن المادة ١/٨٣٣ من هذا التقنين تقول كما رأينا: «و يحل المسترد محل
المشتري في جميع حقوقه والتزاماته». فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل
المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع. فهو حلول
شخصي بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري وأصبح هو المشتري مباشرة من
البائع، وأصبحت له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته، وذلك لا من
وقت الاسترداد فحسب. بل يفسح هذا الحلول بأثر رجعي إلى وقت البيع

محمد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ ص ١٧٦. حسن كبيرة فقرة ١٢٦ ص ١١٩ هامش ٣ - منصور
مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١. وانظر في تأييده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٤١
ص ٢١٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن دعوى استرداد الحصة الميعة لأجنبي على
البيع هي دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد،
فتزول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد. ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى
المسترد، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة، ويجب اختصاص البائع والمشتري فيها و
كافة مراحل لتقاضى، بما فيها مرحلة الطعن بالنقض (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢
مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١).

(٢) انظر بودري وقال في المواثيق ٣ فقرة ٢٦٧٤ - قال في تعليقه في سيره ٩٣-١-١٧

الصادر من الشريك البائع إلى المشتري فيكون الاسترداد أثر رجعي ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداءً إلى المسترد ، ويختص شخص المشتري ، ولا يبقى إلا البائع والمسترد ، وكأن البائع كما قدمنا قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية^(١) .

وهذا التكييف ، الذي ينص عليه صراحة التقنين المدني المصري (م ١/٨٣٣) كما سبق القول ، يقتضينا أن نبحث ، بعد أن يتم الاسترداد ، علاقة المسترد بالمشتري ، ثم علاقة المسترد بالبائع . ثم علاقة المشتري بالبائع .

٥٢٥ - عطف المسترد بالمشتري : محل المسترد محل المشتري في الصفقة

التي عقدها هذا الأخير مع البائع ، ويكون هذا الحل بأثر رجعي كما قدمنا . فيعتبر المسترد هو المشتري مباشرة من البائع ، ويحل محل المشتري لا من وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وكأن المسترد هو الذي اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية . وعلى ذلك تنتفي رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشتري ، وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - أي تصرف يكون قد أجراه المشتري في الحصة الشائعة المبيعة يسقط

(١) وقد رأينا محكمة النقض تقضى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبي على الشيوع هي دعوى بتحويل الحقوق من الالتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١ وقد سقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وانظر في أن للاسترداد أثر رجعي : أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ - بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير وموري وثياتون ٤ فقرة ٥٦٢ - ريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٠ - فقرة ١٣٢٠ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ - وانظر في نقد فكرة الأثر الرجعي وعدم ضرورتها وإمكان الاستغناء عنها بفكرة انقضاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٥ ، ٤٣ ، ٤٤ . ويلاحظ أن انقضاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري معناه أن المسترد قد حل محل المشتري وأصبح حائفاً للبائع لا للمشتري . لا نتأثر هذا إلا إذا قلنا إن المسترد قد حل حلالاً رجعيًا محل المشتري . فالأثر الرجعي هو نفسه الذي ينفي فكرة الاستخلاف بين المسترد والمشتري

ولا يحتاج به على المسترد ، فتحلص للمسترد الحصة المبعة خالصة من أى حق رتبه عليها المشتري . فإذا كان المشتري قد رهن الحصة الشائعة مثلاً قبل الاسترداد لورثب عليها حق انتفاع ، فبالاسترداد تؤول الحصة الشائعة للمسترد خالصة من حق الرهن أو حق الانتفاع (١) .

٢- ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع ، فالمشتري لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذي يلتزم بهذا الضمان هو البائع . فإذا استحققت الحصة الشائعة ، رجع المسترد على البائع بالضمان . وإذا كان المسترد مهتداً بالاستحقاق ، فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشتري بالثمن وملحتماته ، لأن المشتري ليس هو الملزم بالضمان . وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشتري ، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا (٢) .

٣- الأصل أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، مادام المسترد معتبراً أنه اشترى مباشرة من هذا الأخير ، وإذا كان الثمن موجلاً أو مقسطاً انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط وذلك على خلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها . ولكن إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، فعلى المسترد أن يرده إلى المشتري مع فوائده من يوم دفعه قياساً على استرداد الحق المتنازع فيه (م ١/٤٦٩ مدني) (٣) . وإلى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٨ - بيدان وليبال ه مكرر فقرة ٨٩٤ -
 بولانيه ل وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ Succession
 فقرة ١٣٢٣ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ -
 حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ وهامش ٦٧ مكرر . بيدان وليبال ه
 مكرر فقرة ٨٩٤ - بولانيه ل وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - أنسيكلويدى دالوز ه
 لفظ Succession فقرة ١٣٢١ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ - محمد على ه فقرة ٣١٥ -
 عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كبيرة فقرة
 ١٢٧ ص ٤٢٨ - ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٣) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٦ وهامش ٥٧ - بيدان وليبال ه مكرر
 فقرة ٨٩٤ - بولانيه ل وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ
 Succession فقرة ١٣٣٦ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص
 ٤٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات . كرسوم التسجيل والسمسرة ومصروفات الحفظ والصيانة وسائر مصروفات الإدارة . وفي مقابل كل ذلك يلتزم المشتري بأن يرد إلى المئرد الثمار التي حصل عليها من يوم النبيع إلى يوم الاسترداد (١).

٥٢٦ - عرفة المئرد بالبائع : قدمنا أن المئرد يحل محل المشتري قبل

البائع ، فيصبح هو المدين بالتزامات المشتري نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشتري ، وقد رأينا أن المادة ١/٨٣٣ مدني تقول « ويحل المئرد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » . ويترتب على ذلك النتيجةتان الآتيتان :

١ - إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع ، فإن الملتزم بوفائه نحو للبائع هو المئرد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقدّمنا أيضاً أن المئرد يحل محل المشتري في نفس العقد وشروطه ذاتها ، فإذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المئرد ، وإذا كان الثمن مقسطاً دفعه المئرد بالتقسيط ، وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن (٢) . وبلاحظ أن الثمن إذا كان مؤجلاً أو مقسطاً ، وأراد المئرد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط ، جاز للبائع أن يلزمه بتقديم تأمين كاف (٣) . ولا يلتزم المئرد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الثمن المذكور في عقد بيع الحصة الشائعة هو أكبر من الثمن الحقيقي فليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقي ، وله أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات (٤) .

(١) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٦ وهامش ٥٧ - بلانيول وريبيرومور وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي داللوذ ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبيرومور وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٩١ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ .

(٣) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبيرومور وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ .

(٤) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٤ وهامش ٥ - بيدان وبيبال فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبيرومور وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي داللوذ ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٨ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٨٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

٢ - ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد ، وتنقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد ، في الحصة الشائعة في المنقول المعين بالذات . أما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار ، فلا بد لانتقال الملكية في هذا العقار من التسجيل ، فإن كان المشتري قد سبق له أن سجل عقد البيع ، فيكفي أن يوثق المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد . أما إذا كان المشتري لم يسبق له التسجيل . فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية^(١) . ومادامت الملكية تنتقل مباشرة من البائع إلى المسترد ، فالبايع هو الملتزم بضمان الامتصاص ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

٥٢٧ - عرق البائع بالمشتري : قدمنا أن المسترد يدخل محل المشتري

في جميع حقوقه والالتزامات نحو البائع ، ويعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد وعلى ذلك تزول العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري قبل الاسترداد ، ويكون زوالها بأثر رجعي فتعتبر كأن لم تكن ، وينبئ على ذلك ما يأتي :

١ - زوال الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع ، إذ أن هذه الحقوق قد أصبحت بالاسترداد للمسترد دون المشتري . فلا يجوز للمشتري ، بعد الاسترداد ، أن يطالب البائع بأي حق من هذه الحقوق ، لا بنتل ملكية

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ . وإذا سجل المسترد صحيفة دعوى الاسترداد ، فإن الحكم بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من المشتري بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان هؤلاء سيئي النية أو حسن النية ولا يكون الحكم بالاسترداد حجة على الغير إذا كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل . وذلك عن طريق قياس دعوى الاسترداد على دعاوى إبطال التصرف أو فسخه أو إنقائه أو الرجوع فيه ، فيما يتفق بقانون الشهر العقاري (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ وهامش ١ - وقارن حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١) .

وإذا تعاقبت البيوع ، حصل الاسترداد من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إذا تم البيع الثاني قبل إعلان المسترد رغبته في الاسترداد . وذلك قياساً على أحكام الشفعة (م ٩٣٨ مدني) انظر حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١ .
(٢) انظر آتفا فقرة ٥٢٥ .

الحصة الشائعة المبيعة ، ولا يفهمان الاستحقاق . والذي يطالب بذلك هو المسترد كما سبق القول .

٢- زوال الالتزامات التي كانت في ذمة المشتري للبائع إذ أن هذه الالتزامات قد أصبحت بالاسترداد التزامات في ذمة المسترد كما قدمنا . ومن ثم لا يجوز للبائع ، بعد الاسترداد ، أن يطالب المشتري بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد . والذي يطالبه البائع بالثمن هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣- رجوع العلاقة ما بين البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فإذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع والمشتري بشأن الثمن ، أو انحلت ذمة البائع والمشتري ، فإن كل هذا يزول بالاسترداد ، ويرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع وسقط بالمقاصة إلى ما كان عليه ، كما يزول اتحاد الذمة (١) .

المطلب الثاني

تصرف الشريك في شيء مفرز

§ ١ - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

٥٢٨ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني على

ما يأتي :

« وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (٢) .

(١) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - بلانيول وريبير وموري وفاليريان ٤ فقرة ٥٦٢ - بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ١٩٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ - أنسيكلوبيدي دالموز ه لفظ Succession فقرة ١٣٢٥ - حسن كبرية فقرة ١٢٧ ص ٤٣٨ .

(٢) تاريخ النص ورد هذا النص في المادة ١١٩٤/٢ من المشروع النهائي على الوجه

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق^(١) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري
م ٢/٧٨١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي
م ٢/١٠٦٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢(٢) .

— الآتي : « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرد من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما يجعل حكمه متفقاً مع حكم الرهن في المال الشائع من جهة ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى ، أي جعل حق المشتري يرد على العين المفروزة التي يختص بها البائع عند القسمة ، سواء كانت العين المبيعة أو غيرها . وجعل للمشتري الحق في إبطال البيع في حالة ما إذا كانت العين المفروزة هي غير العين المبيعة . وصار رقم النص ٢/٨٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٢/٨٩٥ بعد استبدال لفظ « التصرف » بلفظ « البيع » ، فصار النص معابراً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . تم وافق عليه لمس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٢٦ (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) .

(١) وفي عهد التقنين المدني السابق ، كان تصرف الشريك في جزء من المار الشائع يعتبر تصرفاً موقوفاً على نتيجة القسمة . فإذا وقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف أصبح تصرفه باطلاً ، أما إذا لم يقع فإنه يتبين أن التصرف في الجزء المفروز قد صدر من غير مالك فيجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله . ولا ينتقل التصرف ، كما ينتقل في التقنين المدني الجديد ، إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف . انظر نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥-٣٠ يونيو سنة ١٩٥٥ موعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٧٥ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ موعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٥٧ ص ٧٦٠ - استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٣ ص ٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦٢ : وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه إذا لم يقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن للتصرف أثر في التقنين العراقي ، ولم ينتقل إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠ : لا يجوز لأحد شريك كان في عقار شائع أن يستعمل حقه على كل العقار أو على جزء معين منه بدون رضا سائر الشركاء الباقين . (والظاهر أن حكم التصرف في الجزء المفروز من المال الشائع ، في القانون اللبناني ، لا يكون صحيحاً إلا بموافقة جميع الشركاء) .

ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير وافع في الغلطى . ثم يعلم
 أن الجزء المفروز الذي اشتراه ملك للبائع على الشروع . ومدين هذا الحكم
 فيما يلي .

أما بعد الفسدة . أى بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض لتساعة بينه
 وبين شريكه الآخر . فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

أولاً - يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع ، على ما توقع .
 وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء للمشتري بعد التسجيل . ولا يعود يستطع
 بإبطال العقد للافلط حتى لو كان لم يجزه . ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على
 الوجه الذى قصد إليه المشتري . وتنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه ١ - ليس
 لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن
 النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف
 الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد « (١) .

ثانياً - لا يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع . خلافا لما
 توقع . وعند ذلك يبقى البيع على حاله قابلاً للإبطال ، إذا كان المشتري لم يجزه
 من قبل . ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للافلط وفقاً
 للقواعد العامة ، إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفروز بالذات فلم تخلص له
 هذه الملكية . وهذا ما قصدت إليه العبارة الأخيرة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى ،
 فقد قالت كما رأينا : « والمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك
 العين المتصرف فيها مفروزة ، الحق في إبطال التصرف » . ويلاحظ أنه يجوز
 للمشتري ، حتى في هذه المرحلة ، أن يجيز البيع فينزل عن حقه في طلب
 إبطاله للافلط . وعند ذلك ينقلب البيع صحيحاً ملزماً لكل من البائع والمشتري ،
 ويتحول التصرف من الجزء المفروز الذى وقع عليه البيع إلى الجزء المفروز الذى
 وقع بالفعل في نصيب البائع ، فتنقل إلى المشتري ملكية هذا الجزء الأخير
 بعد التسجيل « (٢) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧١ -

ص ١٧٢ .

(٢) حسن كيرة فقرة ١١٨ .

هذا ولما كان المفروض أن المشتري قد اشترى أرضاً مفروزة من شريك لا يملك إلا في -

وما قلناه في البيع يقال في كل تصرف آخر غير ناقل للملكية ، فنصر
المادة ٢/٨٢٦ مدني عام يشمل كل تصرف .

٥٣٠ - الفرصه الثاني - المشتري يعلم أنه البائع لا يملك المبيع إلا

شائعا : هنا لا يكون المشتري واقعا في غلط ، فهو يعلم عندما اشترى أن الجزء
المفرز الذي اشتراه لا يملكه بائعه . وفرزاً وإنما يملكه شائعا مع شريكه الآخر .
والمشتري قد توقع ، كما توقع البائع ، أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيب
البائع عند القسمة ، فتخلص للمشتري ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة .
ويجب لمعرفة حكم هذا البيع - وكل تصرف آخر ناقل للملكية غير البيع لأن

في الشيوخ ، فإنه يكون ، فيما يتعلق بالسبب الصحيح ، قد اشترى من شخص لا يملك إلا حصة
شائعة ، فيعتبر في حكم المشترى من غير مالك بالنسبة إلى المالك بالتقادم القصير . ولما كان حسن
النية ، فإنه إذا حاز الأرض المفترزة التي اشترها مدة خمس سنوات ، فإنه يتملكها بهذا التقادم .
وعلى هذا المبدأ استقر قضاء محكمة النقض ، فقد قضت هذه المحكمة ، بأنه إذا كان المشتري حسن النية
يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سببا صحيحا ،
فإذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير ، حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين ،
ولم يعد له لاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدني ٢٣ أ ب يل سنة ١٩٤٢ مجموعة
ح ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت أيضاً بأنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه إذا باع
الشريك المشتاع جزءاً مفترزاً محدوداً ، فإن بيعه يصلح أن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري
ما يبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية . ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته
ولذاته ، وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة
١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين
حاما جزء أول ص ٤٥٣) . وانظر في هذا المعنى البسيط ٤ فقرة ١٧٠ ص ٣٠٥ هامش ١ -
أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش ١ - سليمان م قس ومحمد علي إمام في البيع
فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣ - عبد المنعم البدر او فقرة ١٣٣ ص ١٦٤ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦
ص ١٦٧ . وانظر عكس ذلك وأن البيع لا يعتبر في هذه الحالة سببا صحيحا : محمد علي عرفة ٢
فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢ - حسن كبيرة فقرة ١١٨ ص ٣٨٨ - ص ٣٩١ - وفصلة
من لمة كلية الحقوق ص ٣١ - ص ٣٤ .

وإذا حاز المشتري جزءاً مفترزاً في منقول شائع ، وكان هذا الجزء المفرز قد بيع له من أحد
الشركاء في الشيوخ دون الشركاء الآخرين ، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك الجزء المفرز
الذي حازه ، لا بموجب عقد البيع ، بل بموجب الحيارة ، إذ الحيارة في المنقول منه الملكية
(إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٦) .

النص عام يشمل التصرفات جميعها - التمييز بين حكم التصرف قبل أن تتم
القسمة وحكمه بعد أن تتم .

٥٣١ - حكم التصرف قبل أو ثم التسمية : لم تميز المادة ٢/٨٢٦
مدني حكم التصرف قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تميز هذا الحكم
بعد أن تتم القسمة ، فوجب إذن أن نطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف
قبل أن تتم التسمية . وقد سبق أن قلنا بياناً لهذا الحكم ، عند الكلام في البيع ،
ما يأتي : « إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ،
فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا
الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء » (١) .
ونضيف هنا أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع ،
ولكنه غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا
الجزء المفرز . ولا يستطيع المشتري إبطال البيع ، لا بالنسبة إلى حصة البائع
الشائعة في الجزء المفرز المبيع لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري
ليس واقعاً في غلط ، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء
المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير (٢) . وقد سبق أن
قلنا في تعليل هذا الشق الأخير ما يأتي : « وذلك لأن البيع الواقع على - حصص
الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب
الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت
مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن
المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه ، يكون
قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة » (٣) . وهذا

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوع ، أن
يبيع ملكه محداً مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة ، إلا أن
ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجده أحكام النقض ٢ رقم ٢٧
ص ١٣٨) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠١ هامش ٢ . وانظر شفيق شحاتة فقرة ١٤١ -
هد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٢ ص ١٦٢ - شمس الدين الكيل في التأسيات طبعة ثانية ص ١١٢ -

هو معنى أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع .
 أما معنى أن البيع يكون غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في
 الشيوع في هذا الجزء المفرز فيظهر في أن هذا الشريك الآخر ، إذا أنكر
 عليه المشتري حقه في حصته الشائعة في الجزء المفرز المبيع ، يجوز له أن يرفع
 دعوى استحقاق على كل من المشتري والشريك البائع بطالب فيها باستحقاقه
 لهذه الحصة الشائعة^(١) . ولكن الشريك الآخر لا يستطيع أن يطالب باستحقاق
 أية قطعة مفرزة في الجزء المفرز المبيع ، لأنه لا يملك في هذا الجزء المفرز إلا
 حصة شائعة^(٢) .

— وص ٤٦١ — إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٩ (وقارن ص ١٧٣ هامش ٢) — حسن كبيرة
 فقرة ١١٨ (وقارن ص ٣٧٦ هامش ١) . وانظر عكس ذلك وأن للمشتري طلب الإبطان قبل
 القسمة على اعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين : سليمان مرقس
 ومحمد علي إمام في البيع سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٨٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠١ —
 ص ٢٠٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٢ — ص ١٧٣ .

(١) انظر عكس ذلك نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ —
 ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام
 النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧
 ص ٧٦٠ — وانظر في هذا المعنى حسن كبيرة فصلة من لمة كلية الحقوق ص ٣٥ — ص ٣٦ —
 ويفرح الأستاذ حسن كبيرة على أن تصرف الشريك في جزء مفرز يكون غير نافذ في حق باقي
 الشركاء أن المتصرف إليه بنقل ملكية الجزء المفرز لا يدخل شريكاً مع باقي الشركاء ، حتى ولو
 بموجب حصة الشريك المتصرف الشائعة في الجزء المفرز الذي تصرف فيه . ويستخلص من ذلك
 النتائج الآتية : (أ) لا يكون من حق المتصرف إليه مشاركة باقي الشركاء في إدارة الشيء الشائع
 أو التصرف فيه إدارة أو تصرفاً يتقرر بالإجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك
 المتصرف وحده . (ب) الشريك المتصرف وحده هو الذي يثبت له حق طلب القسمة ، ويجب
 اختصاصه في دعواها (انظر عكس ذلك نقض مدني ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض
 ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦) .
 ولا يكون للمتصرف إليه حق رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء ، ولا يجب على الشركاء الذين
 يرفعون دعوى القسمة اختصاصه فيها بوصفه متقاسماً ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا
 الوصف . (ج) إذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة في المال الشائع ، فليس للمتصرف إليه في الجزء
 المفرز أن يطالب باستردادها أو بالشفعة فيها . انظر حسن كبيرة فصلة من لمة الحقوق ص ٣٧ —
 ص ٤٢ .

(٢) أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٤١٤ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٣ —
 إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٥ — حسن كبيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩١ — عبد المنعم فرج الصدة —

هذا ويجوز ، قبل التسمية ، أن يقر الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك الأول . وعند ذلك يصبح البيع نافذاً في حقه في حصته الشائعة ، وتخلص ملكية الجزء المفروز المبيع كله للمشتري بعد التسجيل . وقد يكون هذا الإفراز ضمياً ، بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذي اختاره الشريك الأول ، ويعتبر الجزء المفروز الذي باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك في كل الأرض الشائعة ، ويتصرف هو في الجزء المفروز الآخر كما لو كان مالكا له كله . فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية ، واختص كل منهما بجزء مفروز فيها^(١) .

٥٣٢ - حكم التصرف بهر أنه تم القسمة : فإذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

(الأمر الأول) أن يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع ، وحكم ذلك واضح ، ولذلك لم تعرض له المادة ٢/٨٢٦ مدني . ذلك أن ملكية الجزء المفروز المبيع تخلص للمشتري بالتسجيل ، بعد أن وقعت في نصيب

فقرة ١٣٦ ص ٢٠٦ - منصور مصطلح منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٨ - وقارن نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ .

هذا وقد رأينا أن المشتري لجزء مفروز من المال الشائع لا يعتبر شريكا بحصة شائعة ، فلا يجوز له أن يسترد حصة شائعة لشريك آخر باعها هذا الأجنبي ، كما لا يجوز له أن يطلب بالشفعة هذه الحصة الشائعة في عقار معين بالذات (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في العقار المعين بالذات ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، إذ أن المشتري لم يكن قبل شرائه للحصة الشائعة شريكا بموجب شرائه للجزء المفروز ، فلا يستطيع أن يحتج بأن الشفعة لا تجوز لشريك من شريك آخر مثله (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٩ هامش ٤ - حسن كبيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٨ .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢ . كذلك لو تلقى الشريك البائع ملكية حصة الشريك الآخر ببيع أو هبة أو ميراث مثلا ، فإنه يصبح هو المالك لكل الأرض ، وينفذ بيعه للجزء المفروز دون توقف هل إقرار أحد (إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧) .

الشريك البائع ، فاستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة . ولم يعد للشريك الآخر أى حق فى الجزء المفروز المبيع .

(الأمر الثانى) ألا يقع الجزء المفروز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، بل يقع فى نصيبه الجزء المفروز الآخر ، وهذا هو الأمر الذى عرضت له المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، لأن هذا النص أراد أن يقرر حكما ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أن المشتري ، وقد ضاع عليه الجزء المفروز الذى اشتراه بالذات ، لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذى وقع فى نصيب البائع ، فمن حقه إذن أن يطلب فسخ البيع ، أو إبطاله باعتباره صادرا من غير مالك^(١) . ولكن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تقول كما رأينا : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفروز من المال الشائع . ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . فنتقل إذن ، بعد التسجيل ، ملكية الجزء المفروز الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك البائع إلى المشتري ، ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفروز المبيع . ومن ثم يعتبر البيع واقعا ، لا على الجزء المفروز المبيع فى الأصل ، بل على الجزء المفروز الذى وقع بعد القسمة فى نصيب الشريك البائع . وتعليل ذلك واضح ، فإن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفروز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى مقدا شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة كما سبق القول .

وقد طبق التتقين المدنى تطبيقا عمليا هذا الحكم فى الرهن الرسمى ، فنص فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى يخضع القواعد العامة ولا ينحرف عنها كما بينا (انظر آنفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش) . ولهذا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا وقع التصرف على جزء مفروز من المال الشائع ، كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءا مفروزا أو رهنه رهنا رسميا أو رهن حيازة ، فيكون البيع أو الرهن صحيحا إذا وقع هذا الجزء المفروز عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف . فإذا لم يقع فى نصيبه ، عد التصرف صادرا من غير مالك وأخذ حكمه ، إلا فى الرهن الرسمى فقد وردت فى شأنه أحكام خاصة لأخيه » (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١) .

الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً في هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي بخطره فيه أي ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين . وسنبحث ذلك تفصيلاً عند الكلام في الرهن الرسمي ، ونجزي هنا بالقول إن هذا النص ليس إلا تطبيقاً ، فيما يتعلق بالرهن الرسمي ، لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني سألقة الذكر . ويمكن نقل الإجراءات الواردة فيه إلى جميع التصرفات ، سواء كان التصرف رهناً رسمياً أو رهن حيازة أو بيعاً أو غير ذلك ، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني . ففي البيع الذي نحن بصددده ، ينتقل العقد إلى قدر من الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك البائع يعادل قيمة الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع أصلاً ، ولما كان المفروض أن القسمة قد فرزت الأرض الشائعة إلى جزئين مفرزين متعادلين ، فليس للمشتري أن يتضرر من أن يقع البيع على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك البائع . على أنه إذا كان هناك فرق في القيمة ما بين الجزئين ، ولم يتفق المشتري والبائع على شيء في هذا الأمر ، استطاع أي منهما أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالفرق : البائع إذا كان الجزء الذي وقع في نصيبه أكبر أكبر قيمة من الجزء المبيع ، والمشتري إذا كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة . وعلى كل حال يجب أن يوثق المشتري على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له ، حتى يكون هذا البيع نافذاً في حق الغير منذ هذا التأشير (١) .

(١) فقد لا نستطيع هنا ، دون نص ، أن نعطي للمشتري مهلة التسعين يوماً التي أعطاها القانون في حالة الرهن الرسمي (عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٢٩ - وقارن حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٧٢) . ومع ذلك يذهب كثير من الفقهاء ، ولا نرى مانعاً من الأخذ برأيهم ، إلى أن كل الإجراءات الواردة في المادة ٢/١٠٣٩ مدني ، ويدخل في ذلك مهلة التسعين يوماً ، تطبق في الرهن الرسمي وفي غيره من التصرفات كالببيع (محمد علي عرفة فقرة ٣٠٢ - سليمان مرقس ومحمد علي إمام في البيع فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ - إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٥ - ص ١٧٦)

§ ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع

٥٣٣ - المشتري يعتقد أنه البائع بملك كل المال الشائع : وقد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع ، فبيع ، في المثل الذي أسلفناه ، أحد الشريكين كل الأرض . فإذا كان المشتري يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها ، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع . ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط . وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها ، فيكون هذا هو بيع ملك الغير . والفرق بين هذه الحالة والحالة التي يبيع فيها الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع حيث لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، أنه في هذه الحالة الثانية قدمنا أن هناك احتمالاً أن يتق كبل الجزء المقرز المبيع في نصيب البائع ، أما في الحالة التي نحن بصددنا فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف . ولذلك قررنا ، عند الكلام في البيع ، أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير^(١) .

وإذا أجاز المشتري البيع ، لم يعد يستطيع العنن فيه بالإبطال ، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير . وإنما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع ، وأياً كانت نتيجة التسمية فإن المال الشائع كله لن يخالص للشريك البائع .

ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر ، فتخلص له ملكية المال الشائع كله ، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل إلى المشتري .

٥٣٤ - المشتري يعلم أنه للبائع سربط في المال الشائع : وإذا كان

المشترى بعد وقت الشراء أن للبائع شريكاً في المال الشائع ، امتنع عليه المظن في البيع للغلط . ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله . لينقلها إليه .

فإذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله ، فقد نجحت ما توقعه هو وما توقعه المشتري معه ، وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل . أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله ، فإنه يكون للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . وقد سبق أن قررنا ، عند الكلام في البيع ، في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند التسمية ، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفريق عليه الصفقة » (١) .

٥٣٥ - أثر نصرف الشريك في مفروق باقى الشركاء : أما باقى

الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذى يصدر من الشريك فى كل المال الشائع ، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة فى هذا المال . ولكن التصرف ينفذ فى حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التى للشريك البائع (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٧٨ - حسن الدين النوكيز فى التأمينات فقرة ٤٣ و فقرة ٤٥ - وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - شفيق شحاتة فقرة ١٤٣ - حسن كبيرة فقرة ١١٤ ص ٦٥ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ ص ١٩٩ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - حسن كبيرة فقرة ١١٤ ص ٣٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ .

وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ موعة المكتب القنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء ٢

ومن ثم يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكا في الشبوع مع سائر الشركاء^(١). وليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها .

وقبل القسمة ، يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال ، بعد أن أصبح مملوكا لهم وللمشتري على الشبوع^(٢). ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه ، ورجع المشتري على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي بقدر حصص للشركاء الآخرين^(٣).

الفرع الثاني

قسمة المال الشائع

٥٣٦ - الأصل عدم إيجاب الشركاء على البقاء في الشبوع : بالرغم من أن التقنين المدني الجديد قد نظم الملكية الشائعة تنظيما مفصلا ، فوضع قواعد عملية لإدارتها إدارة معتادة وإدارة غير معتادة وللتصرف فيها ، مما يجعل البقاء في الشبوع ولو إلى حين أمرا غير شاق على عكس ما كانت عليه الحال في عهد للتقنين المدني السابق حيث لم يكن الشبوع منظما ، بالرغم من كل ذلك فإن البقاء في الشبوع لا يزال أمرا غير مرغوب فيه ، ولا يجبر الشركاء عليه . فلا زال للشبوع مصدر متاعب ، وكثيرا ما يختلف الشركاء في الشبوع ويقلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف . ثم إن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لاشك في رجحانه على الاستغلال

(١) وقد رأينا أن الشريك إذا باع جزءا مفرزا في المال الشائع ، فإن المشتري لا يعتبر شريكا بحصة شائعة مع الشركاء في المال الشائع (انظر آنفا فقرة ٥٣١ في الهامش) . أما هنا ، وقد باع الشريك كل المال الشائع ، فإنه يكون قد باع ضمنيا حصته الشائعة في هذا المال وخرج من عداد الشركاء في الشبوع ، فيحل له المشتري في حصته الشائعة ، ويصبح شريكا بدلا من سائر الشركاء .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ و ص ٣٠٥ هامش ١ .

الجماعى للشركاء في الشبوع : وفيه محافظ قدى على العمل والابتداع . ومن م
قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لإزالة الشبوع (١) ؛
مالم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع بمرجيب نص أو اتفاق .

ذلك أن الشريك في الشبوع قد يجبر على البقاء في الشبوع بموجب نص ،
وهذا هو الشبوع الإجارى (٢) . وسرى أن القانون يقضى في شأن هذا

(١) وإذا كانت القسمة هي السبب الرئيسى لإزالة الشبوع ، فإن هناك أسباباً أخرى غير
القسمة تزيل الشبوع . من ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقى الشركاء جميعها ، أو يكسب
أجنبى حصص جميع الشركاء ، بأى سبب من أسباب كسب الملكية كالعقد أو الميراث أو اوصية
أو الشفعة أو التقادم . فتتجمع كل الحصص الشائعة في يد مالك واحد ، ويترتب على ذلك أن يزول
الشبوع . وكذلك قد يتحول الشبوع إلى شركة ذات شخصية معنوية ، فيملك الشخص المعنوى المال
الذى كان شائناً وزول الشبوع (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ : ٣٠٥٢ - حين كيرة فذة
١٢٨ ص ٤٣٩) - وفيما يتعلق بزوال الشبوع بالتقادم دون القسمة ، قضت محكمة القصر بأنه
لا تلازم بين نفي القسمة وقيام الشبوع ، لأن واحداً من الملاك المشاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع
يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المنكسة
للملكية ، وفي هذه الصورة لا يوجد شبوع مع أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٧
ملحق المحاماة ٢٧ رقم ١١٦ ص ٢٨١) .

(٢) وهناك أيضاً نص في قانون الولاية على المال يمنع من إجراء القسمة لمدة لا تتجاوز خمس
سنين ، فقد نصت المادة ٤١ من هذا القانون على أنه : « إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو
المحجور عليه أو النائب من وارث آخر ، فللمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب
النياية العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها
ضرراً جسيماً » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال في هذا الصدد : « وقد استقر هذا
الحكم من القانون المدنى الإيطالى ، وأريد منه إلى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عايه
أو النائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم أن وقف القسمة مدى السنوات الخمس
يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو النية ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر
النائب قبل انتهاء هذه المدة ، فلا شك في أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه . فن الفروض
ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر ، كما هو الشأن لو هبطت أتمان
العقارات هبوطاً جسيماً في فترة من الفترات ، وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو
البيع بشئ بخس بعد القسمة ، وكما هو الشأن في الحالات التى يذكرها فيما بقاء الشبوع ضاراً لحسن
استغلال العين الشائعة بما في ذلك نصيب القاصر ، ويتحقق ذلك في الأراضى الزراعية مثلاً عندما
يكون شركاء القاصر من المتخصصين في الزراعة ويكون هو من قطان المدن ، كما يتحقق في حالة ما إذا
كان القاصر شريكاً في متجر أو مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء .. بيد أنه يلاحظ من ناحية أخرى -

لشروع الإجبارى بأن و ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشروع ، (م ٨٥٠ مدنى) . وسنبحث فيما يلى بالتفصيل الشروع الإجبارى وأنواعه المختلفة .
وقد يجبر الشريك على البقاء فى الشروع بموجب اتفاق بينه وبين مائتر الشركاء ، وهذا ما نتولى الآن بحثه .

٥٣٧ - جواز الاتفاق على البقاء فى الشروع لمدة معينة - نص قانونى :

نص المادة ٨٣٤ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشروع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة لى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » (١) .

- أن النص الجديد لا يتناول الاحالة الشروع الناشئة من الميراث فى أموال بخصوصها ، فهو لا يطبق على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى الشركات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثانية تجر على الوجه الآتى : ٢٥ - ومع هذا فلمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشروع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشروع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما هنا أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قو يبرر ذلك . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص بعد أن حذفت منه الفقرة الثانية ، وأصبح رقمه ٩٠٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أهدت الفقرة الثانية التى كانت لجنة المراجعة قد حذفتها ، ووافق مجلس النواب على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٩٠٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح دة أخرى حذف للفقرة الثانية . بحجة أن القاعدة القانونية هى أن الاتفاق قانون المتعاقدين ، ولذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام ، ويجب احترام اتفاقات الشركاء فى هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية فى البقاء أو عدم البقاء فى الشروع . وعارض أحد الأعضاء هذا الاقتراح قائلاً إن من المصلحة إعطاء للقاضى شيئاً من السلطة ليتدخل فى بعض حالات الشروع الضارة ، فالرخصة المنصوص عليها فى هذه الفقرة لها قيمتها ، والمفروض أن القاضى يستعملها استعمالاً معقولاً ، وسيخضع فى ذلك لرقابة محكمة الاستئناف . ولما أعادت اللجنة مناقشة الفقرة الثانية فى جلسة تالية ، وافقت الأغلبية على حذفها ، ونوخياً لاستمرار التعامل . وقد أصبح النص بعد حذف الفقرة الثانية مطاباً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٢٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما ذلك بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠ - ص ١٠٤) .

وبين من هذا النص أن كل شريك : ما لم يكن في شيوخ إجباري بموجب نص في القانون ، وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، من حقه في أي وقت مادام الشيوخ قائما أن يطلب قسمة المال الشائع . فإذا كان الشيوخ قد زال بالقسمة ، لم يجوز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى ، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيبا يجوز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأي وجه . كذلك لا يثبت الحق في القسمة قبل ابتداء الشيوخ ، فاتفق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول إليهم من تركته يكون باطلا باعتبارها تعاملات في تركة مستقبلية^(١) .

كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيده باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، وطوال هذه المدة . والذي يدعو الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشيوخ دواع متنوعة . فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص

- ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق ، ولكن تقنين المرافعات السابق كان يشمل حل نص هو المادة ٧١١/٦٢١ تجرى على الوجه الآتي : ويجوز لكل شريك في عقار مشاع أن يطلب قسمة ، ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك إلا بمن يكون أهلا لتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتتبع في التمسة القواعد المقررة في القانون المدني . ونص تقنين المرافعات يتفق في حكمه مع نص التقنين المدني الجديد ، إلا أنه يشترط أهلية التصرف .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٣ (مطابق) .

لتقنين المدني العراقي م ١٠٧٠ (موافق) .

قانون المدجات والمقود البناء م ٨٤٠ : لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ ، فكل شريك

أن يطلب للقسمة ، وكل نص مخالف يكون باطلا .

م ٨٤١ : ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر . حل أن المحكمة يجوز لها ، حتى في هذه الحالة ، أن تأمر بحل للشركة والقسمة في أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوخ - انظر أيضاً قانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ .

(والتقانون البناني يتفق مع القانون المصري ، فيما عدا أن التعاون البناني يجوز لقاضي أن يأمر بالقسمة حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها البقاء في الشيوخ) .

(١) بيدان وليباله مكرهة ٦٤٤ .

الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ، ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية ، على أن يبقوا جميعاً في الشروع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته . وقد يكون بين الشركاء في الشروع غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة ، فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشروع هذه المدة حتى يقدم الغائب . وقد يكون أمام الشركاء في الشروع مشروع لاستغلال المال أو لإجراء إصلاحات فيه وهو في حالة الشروع . فيتفق الشركاء على البقاء في الشروع المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لإنجاز الإصلاح المطلوب . وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان شائعة ، وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة ، فيستبقون بالاتفاق الشروع لمدة معينة حتى توافى فرصة ملائمة لبيع هذه الأعيان (١) . وهكذا نرى أن هناك أسباباً متنوعة قد تقتضى من الشركاء أن يبقوا في الشروع مدة معينة ، فيعمدون إلى الاتفاق فيما بينهم على البقاء في الشروع طوال هذه المدة (٢) .

والاتفاق على البقاء في الشروع يقع عادة بين جميع الشركاء ، ولما كان البقاء في الشروع عملاً من أعمال الإدارة ، فالاتفاق عليه لا يقتضى من الشريك إلا أن يكون متوافراً على أهلية الإدارة ، فلا تلزم أهلية التصرف (٣) . وليس من الضروري أن يدخل في الاتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء في الشروع ، فيكون هذا الاتفاق ملزماً لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا في الاتفاق (٤) . وقد رأينا مثلاً لذلك فيما قدمناه من الاتفاق على البقاء في الشروع بين الشركاء إذا كان بينهم غائبون ، فلا يدخل هؤلاء في الاتفاق ولا يكون مازماً لهم (٥) .

(١) بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢١٨٣ ص ٦٧٠ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على البقاء في الشروع مقصوراً على بعض

الأموال الشائعة دون البعض الآخر (بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢٣٤٣ ص ٧٦٣) .

(٣) انظر في هذا المعنى بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢١٨٩ مكررة .

(٤) أنسيكلوبيدى دالموز ٢ لفظ **Indivision** فقرة ٢١٢ - إسبايير عامم فقرة ٨٨

ص ٢٠٥ - حن كبيرة فقرة ٤٥١ ص ٤٥٥ - منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

(٥) والاتفاق على البقاء في الشروع ملزم للشريك الذي دخل فيه ، ولخلافه العام والخاص .

أي موارد ومشتتر حصة الشريك . ونص المادة ٨٣٤ مدني صريح . كما رأينا في إلزام -

وقد رأينا أن المادة ٨٣٤ مدني تعين للاتفاق على البقاء في الشروع حداً أقصى للمدة هو خمس سنوات . حتى لا يجبر الشركاء على البقاء في الشروع إلا مدة معقولة . فإذا حدد الشركاء المدة التي يبقون فيها على الشروع بسنة أو بأقل أو بأكثر . جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات . فإن حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الاتفاق مؤبداً ، أو حددوا مدة غير معينة (١) . كانت المدة في جميع هذه الفروض خمس سنوات لا تزيد (٢) .

على أنه من الجائز . إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع مدة خمس سنوات . وانقضت هذه المدة ، أن يجددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة . وهكذا . ولكن إذا كان قد انقضى من إحدى هذه المدد وقت يقل عن خمس سنوات . كأن انقضى ثلاث سنوات . وعمد الشركاء إلى التجديد . فإن التجديد في هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت نهاية ثلاث السنوات التي انقضت ،

= الخلف . ولما كان النص صلياً ، فإن الخلف الخامس (المشأرى) يلزم بالاتفاق سواء كان يعلم وقت الشراء بوجود الاتفاق أو لم يعلم . وهذا على خلاف القاعدة العامة في أخلق الخاص . التي لا ينتقل إليه التزام سلفه إلا إذا كان عالماً به وقت التعاقد مع هذا السلف . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ دمش ٢ - عبد المنعم وج العدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ - عكس ذلك حسن كبيرة فقرة ١٣٧ ص ٥٦ ؛ خامس ٢ .

(١) ومثل تحديد مدة غير معينة أن يتفق الشركاء على البقاء في الشروع حتى موت أحدهم (الأم أو الأب مثلاً) (بودري وقال في المذاريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١) . كذلك تكون المدة خمس سنين إذا لم يحدد الشركاء في الاتفاق على البقاء في الشروع مدة أملاً (بودري وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١ - ص ٦٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢ - بلانيول وريبير وبولانجهيه ٣ فقرة ٢٧٩٧ - بلانيول وريبير وفيالتون فقرة ٤٨٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « وقد يتفق الشركاء في الشروع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين . فإن زاد أنقص إلى المدة المنصوص عليها في هذه المادة » (موجة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١) . وجاء في المادة ١٠٧٠ مدني عراقي : « فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع مدة أطول أو مدة غير معينة . فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين » .

أما إذا تبين أن الشركاء ، وقد تعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات . ما كانه المتعاقدوا لو أن المدة كانت خمس سنوات فقط ، فعند ذلك يكون التعاقد كله باطلاً تطبيقاً للمادة ١٤٣ مدني (إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨) .

لا من وقت انقضاء خمس السنوات التي كان الاتفاق قد تم عليها . فتجديد المدة معناه هنا إذن استبدال المدة الجديدة بالباقي من المدة القديمة^(١) . ولو قلنا بغير ذلك لأمكن الشركاء بطريق غير مباشر أن يتعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، بأن يتعاقدوا أولاً على خمس سنوات وفي اليوم التالي مثلاً يتعاقدون على خمس سنوات أخرى ، فيصلوا بذلك إلى التعاقد على عشر سنوات^(٢) .

وقد قدمنا^(٣) أن قسمة المهياة المكانية لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات لأن الشركاء يبقون في الشبوع في خلال هذه المدة ، ولا يقتسمون إلا المنفعة . فإذا زادت مدة المهياة على خمس سنوات ، كان في هذا إجبار للشركاء على البقاء في الشبوع لمدة تزيد على خمس سنوات^(٤) ، وهذا ما يخالف المادة ٨٣٤ مدني التي نحن بصدددها^(٥) .

(١) بودري وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ - أوبري وروو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وموري وفيالتون فقرة ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٢٧٩٨ .
(٢) محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٢٦ - عبد المنعم البدارو فقرة ١٥١ ص ١٨١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .
ويرتب على ذلك أن الاتفاق على البقاء في الشبوع لمدة خمس سنوات ، إذا تضمن شرطاً يقضي بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسرى إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائي (بودري وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ ص ٦٧٧) . فإذا انقضت مدة خمس السنوات ، جاز للشريك أن يعارض في التجديد ، وبذلك لا يكون ملزماً لمدة تزيد على خمس سنوات . أما إذا كانت المدة الأصلية ثلاث سنوات مثلاً ، وتضمن الاتفاق شرطاً بالتجديد سنتين أخريين ، جاز ذلك ، إذ كان في الإمكان الاتفاق على خمس سنوات منذ البداية (حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ .

(٤) محمد على عرفة فقرة ٣٣٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ - حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ .

(٥) ويجوز للشركاء تحويل الشبوع إلى شركة تتسع بالشخصية المعنوية ، وتكون هي المالكة لها ما بقيت شخصيتها قائمة ولو زادت المدة على خمس سنوات (أوبري وروو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٢ - بلانيول وريبير وموري وفيالتون فقرة ٤٩١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) .

وليس من الضروري أن يكون من يلزم الشرط بالبقاء على الشيوع اتفاقاً فيما بينهم وحدهم ، فيصح أن يكون اتفاقاً بينهم وبين الملقب الذي تلقوا منه المال الشائع ، كما إذا وهب شخص مالاً لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلاً . كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع . واشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . وتستخلص هذه الأحكام من المادة ٨٢٣ مدني التي تجيز ، كما رأينا ، في عتمة أو في وصية أن يشترط الواهب أو الموصي عدم جواز التصرف في المال الموهوب أو الموصى به ، فأرلى أن يصح للواهب أو الموصي أن يشترط البقاء في الشيوع وهو شرط أخذ من شرط المنع من التصرف (١) .

وقد كان مشروع المادة ٨٣٤ مدني يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ،

(١) إسماعيل غام فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ - وانظر في معنى عدم الجواز محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٩٧ - محمد علي عرفة فقرة ٣١٩ - عبد المنعم الدراوي فقرة ١٥١ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ .

أما في فرنسا ، فيفترقون بين الهبة والوصية . فالحبة - وهي اتفاق - يجوز اشتراط البقاء في الشيوع طبقاً لأحكام المادة ٨١٥ مدني فرنسي . ويختلف الأمر في الوصية ، فهي ليست اتفاقاً ، ونص المادة ٨١٥ لا يميز المنع (prohibition) من القسمة مهما قلت المدة ، ويجيز الاتفاق (convention) على البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات (بودري وقال في الميريث ٢ فقرة ٢١٨٦) . وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يميز شرط البقاء في الشيوع في الوصية (ديمولوب ١٥ فقرة ٥١١ - أوربري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧) - وقد صدر حكم من محكمة النقض للفرنسية يفرق بين النصاب الجائز الإيباء به فيجوز فيه أن تتضمن الوصية شرط البقاء في الشيوع ، وبين ما لم يدخل في هذا النصاب فلا يجوز فيه للمورث أن يترك وصية يلزم بها توارثه البقاء في الشيوع (نقصة نسي ٢٥ ذ فبرنة ١٩٤٠ جازيت دوباليه ١٩٤١ - ١ - ١٧ - وانظر بلانبول وديوير وبولانجه ٣ فقرة ٢٨٠٤) .

إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك» (١) . وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء في الشروع اتفاقاً بالغ المرونة . فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، ويمكن المد في أجله ، بل يمكن الإلزام بالبقاء في الشروع حتى لو لم يوجد اتفاق على ذلك أصلاً ، إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء (٢) . ولما كان النص على هذا النحو يجعل من اليسير التحلل من شرط البقاء على الشروع ، فقد حذفته لجنة مجاس الشروع «توخياً لاستقرار التعامل» (٣) . فأصبح الاتفاق على البقاء في الشروع ، على الوجه الذي سبق بيانه ، ذا قوة ملزمة ، وتجب مراعاة الأجل المحدد فيه فلا يزيد ولا ينقص (٤) .

٥٣٨ - أنواع القسمة : ويستخلص مما قدمناه أن كل شريك له أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت مادام الشروع قائماً ، وذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بنص في القانون أو بموجب اتفاق على النحو الذي ينهيه .

والقسمة يمكن تقسيمها إلى أنواع مختلفة . فهي تنقسم أولاً إلى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) و قسمة نهائية (partage-definitif) . فالقسمة

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠١ .

(٣) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٤) أما إذا لم يكن هناك اتفاق على البقاء في الشروع ، فالأصل أن للشريك كما قدمنا حق

طلب القسمة مادام الشروع قائماً ، ومع ذلك لا يجوز التعسف في استعمال هذا الحق . فإذا طلب الشريك القسمة في وقت غير مناسب وكانت القسمة تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو ، فإن لتناخي رفض طلبه وإبقاء الشروع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء ، وقد يستعيز القاضى عن القسمة النهائية في المال بقسمة مهايأة تبقى إلى أن يحين الوقت المناسب للقسمة النهائية . انظر في هذا المعنى حزن كبيرة فقرة ١٣٧ - وانظر عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ - ص ٢٠٧ .

وقد مر بنا تطبيق تشريعي لهذا المبدأ ، إذ تنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر . فالقسمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً» (انظر آنفاً فقرة ٥٣٦ في الهامش) .

الموقفة هي قسمة المهايأة المكائبة أو الزمانية على التتصيل الذي قدمناه^(١). وهي قسمة مننعة لا قسمة ملك ، ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ، ومن ثم سميت بالقسمة الموقفة . أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة مننعة فحسب ، وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة الموقفة . ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتختق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتختلف الشرط ، فإنها في هذه الحالة تزول بأثر رجعي ونعتبر كأن لم تكن ، ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير البائة (partage provisoire) . فهناك إذن فرق بين القسمة الموقفة (provisionnel) والقسمة غير البائة (provisoire) . فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي ، في حين أن الثانية تبقى دائماً أو تزول بأثر رجعي ، فهي إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن ، والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية (partage total) أو قسمة جزئية (partage partiel) ، وإما أن تكون قسمة عيضية (partage en nature) ، أو قسمة تصفية (partage par licitation) ، وإما أن تكون قسمة اتفاقية (partage conventionnel, amiable) أو قسمة قضائية (partage judiciaire) .

فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة . فتقسمها كلها بين الشركاء . وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال . وهذا هو الأصل في القسمة النهائية . ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية ، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها . أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعا على حاله . وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة ، وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز^(٢) . والقسمة العيضية هي قسمة الأموال الشائعة عينا . ويفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة . وهذا هو أيضاً الأصل في القسمة النهائية . ويكون

(١) انظر نفا فقرة ٤٩١ - فقرة ٤٩٤ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٦ هامش ه ثالثا - حين كبيرة فقرة ١٣٠ . وقد تكون القسمة بتسليم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر ، يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء ، فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق . وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات (منصور منصور فقرة ٧١) .

الإفراز إما بطريق التجنيب (attribution)، أو بطريق القرعة (tirage au sort) (١). وقد تكون القسمة العينية بمعدل (soulte)، إذا لم تيسر إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيباً أكبر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيباً أقل مبلغاً من النقود يعدل أنصبتهم فنكون معادلة لحصصهم. أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيباً مفرزاً من نفس هذا المال يساوي حصته الشائعة، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل. وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل، فلا يكون هناك إذن سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية. والتصفية معناها بيع المال الشائع في المزاد، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة. ولما كان الثمن الذي يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود، فإن قسمة بين الشركاء تكون دائماً ممكنة. فإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على أن مزاد المال الشائع ينحصر فيهم، فلا يدخل في المزايدة أجنبي عنهم، فهنا يكون رسو المزاد على أحد الشركاء قسمة بطريق التصفية. أما إذا لم يتفق الشركاء على انحصار المزاد فيهم، فإنه يجوز عند ذلك أن يدخل في المزاد الشريك والأجنبي. فإن رسا المزاد على شريك، كانت القسمة هنا أيضاً قسمة بطريق التصفية. وإن رسا المزاد على أجنبي، لم يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، بل يكون بيعاً عادياً صدر من جميع الشركاء إلى الأجنبي عن طريق المزاد.

والقسمة النهائية - كاية كانت أو جزئية، عينية كانت أو قسمة تصفية - تكون إما قسمة اتفاقية، أو قسمة قضائية. فتكون قسمة اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالترضى دون الالتجاء إلى القضاء، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها. كما يتفقون، إذا اقتضى الأمر، بيع المال الشائع بالمزاد، على أن تكون المزايدة رضائية. فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء، وهذه هي القسمة القضائية.

(١) ويكون الإفراز أيضاً بطريق التجميع بأن يتجمع نصيب الشريك في شيء مفرز واحد، أو بطريق التفريق بأن يتفرق نصيب الشريك على جميع الأموال الشائعة فيأخذ الشريك جزءاً مفرزاً في كل مال منها.

وقد سبق الكلام في القسمة الموقته ، وهي قسمة المهابة . ونتولى الآن بحث القسمة النهائية . فتكلم في مسألتين : (١) كيف يتم إجراء القسمة ، (٢) ما يترتب على القسمة من الآثار .

المبحث الأول

كيف يتم إجراء القسمة

٥٣٩ - **القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية** : إجراء القسمة . سواء كانت كلية أو جزئية ، وسواء كانت عينية أو بطريق التصفية ، يختلف في القسمة الاتفاقية عنه في القسمة القضائية . فنبحث إذن إجراء كل من القسمة الاتفاقية والقضائية ، ونبحث بعد ذلك ما لدائني الشركاء من حق التدخل في القسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، حماية لمصالحهم .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

٥٤٠ - **نص قانوني** : تنص المادة ٨٣٥ مدني على ما يأتي :
 « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » (١) .
 ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٥١ / ٤٤٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٤ - ص ١٠٥) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٤٤٨ / ٤٥١ : وفي جميع الأحوال الأخرى ، يجوز لشركاء الذين لهم أهلية التصرف في حقوقهم ، إذا اقتضت الحال قسمة أموال مشتركة ، أن يباشروا القسمة بالطريقة التي يرضونها ، إذا كانوا متفقين بأجمعهم عليها .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧١ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٩٢٢ و ٩٤١ (١) . ويتبين من هذا النص أن القسمة الاتفاقية هي عقد تسرى عليه أحكام العقود بوجه عام . وسنرى ، إلى جانب ذلك ، أن هناك أحكاما خاصة بتمتص القسمة الاتفاقية للغير .

١٥ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية

٥٤١ - القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود :

والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحلّه

= (ولا خلاف في الحكم ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق في المادة ٥٤٩/٤٥٢ منه كان يوجب أن تكون القسمة قضائية فيما إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو محجوراً عليه أو غائبا) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧١ : ١ - للشركاء ، إذا لم يكن بينهم محجور ، أن يقتسما

المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ٢٠ - لا تتم القسمة الرضائية في انعقاد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ٣ - لدائني كل شريك أن يطعنوا في القسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصالحهم . (وحكم التقنين العراقي يتفق بوجه عام مع حكم التقنين المصري) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٢ : تجرى القسمة بين الشركاء في شركات العقد أو

الملك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف في حقوقهم ، وفاقا للطريقة المعينة في عقد إنشاء الشركة أو الطريقة التي يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة .

م ٩٤١ : عند نهاية التصفية في الحالة المنصوص عليها في المواد السابقة وفي جميع الأحوال

الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة ، يجوز للشركاء المالكين حق التصرف في حقوقهم أن يشترعوا في القسمة على الطريقة التي يرونها مناسبة ، بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع - ويحق لجميع الشركاء ، حتى الذين لا يد لهم في الإدارة ، أن يشتركوا مباشرة في أعمال القسمة (عدلت بقانون ٢١ كانون سنة ١٩٥٤) . انظر أيضاً م ٩٤٢ وقد عدلت بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ . (وحكم

التقنين اللبناني يتفق في موعه مع حكم التقنين المصري ، إلا أن المشرع اللبناني ، في حالة المحجور والقاصر ، يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة للقسمة ، أما في القانون المصري فالرقابة سابقة ولاحقة : م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال - وفي القانون اللبناني تشمل الرقابة الولي والوصي ، ولا تشمل في القانون المصري إلا الوصي - انظر في ذلك حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥) .

المال الشائع . ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العتود . فلا بد من تراضى الشركاء . وتوافر الأهلية . وخلو الإرادة من العيوب . واستيفاء المحل لشروطه . ووجود سبب مشروع .

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف . كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء . كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء في خلال مدة معينة .

وإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون بعض . فإن الشركاء الذين أبرمواها يتقون ملتزمين بها . حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع (١) . وقد يجعل إقرار الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً في القسمة (٢) .

وتخضع القسمة الاتفاقية للتواعد العامة في الإثبات . فإذا زادت قيمة المال الشائع الذي دخل القسمة على عشرة جنهات . كما هو الغالب . فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة . أما إذا لم تزيد القيمة على عشرة جنهات . فإنه يجوز إثبات القسمة بالبينة والقرائن .

وقد قدمنا أن المادة ٨٤٦ / ٢ مدني تقضى بأنه إذا دامت قسمة المهابة المكانية خمس عشرة سنة . انقلبت قسمة نهائية . ما لم يتفق الشركاء على غير

(١) نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ - موعة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٥١ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٣ ص ٢٧٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ - موعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٣ ص ١١٥٢ - ويعتبر عقد القسمة . بالنسبة إلى من لم يقره من الشركاء ، إيجاباً موحهاً إلى هؤلاء . فيكون لهم أو لورثتهم إقرار القسمة بقبولهم إياها . ولكن هذا الإيجاب يتقو قائم المدة المحددة له أو المدة المتقوية . وفقاً لأحكام المادة ٩٣ مدني (انظر إسماعيل غانم فقرة ص ٢٠٩ هامش ٢) .

(٢) وذلك فيما إذا لم يعتبر عند القسمة إيجاباً موحهاً لمن لم يقره من الشركاء ، كما سبق القول . أما القسمة التي تتم بين بعض الشركاء وتتناول كل المال الشائع ، فتهدر عمداً أو خطأ نصيب الشركاء الذين لم يشتركوا في القسمة . فتكون بدهاء باطلة (بيدان وليال ٥ مكرر فترة ٨٩٨ ص ٦٣٠ - ص ٦٣١ - بلانويل ورينير وموري وفيالتون ٤ فترة ٦٨٤ - إسماعيل غانم فترة ٨٩ ص ٢١٠) .

ذلك . فالتراضى هنا لم يقع ابتداء على قسمة نهائية . وإنما وقع على مهاياة مكانية مؤقتة . ومع ذلك تنقلب هذه القسمة المؤقتة . بحكم القانون لا بحكم التراضى ، إلى قسمة نهائية إذا دامت خمس عشرة سنة ولم يكن الشركاء قد اتفقتوا من قبل على أن المهاياة لا تنقلب إلى قسمة نهائية . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) ، ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن المهاياة المكازية التي انقلبت إلى قسمة نهائية ليست بقسمة اتفاقية ، فلا يجوز نقضها للغب كما تنقض القسمة الاتفاقية . وهي في الوقت ذاته ليست بقسمة قضائية . وإنما هي قسمة وقعت بحكم القانون .

أما القسمة الفعلية (partage de fait) فهي قسمة اتفاقية . يجوز نقضها للغب والقسمة الفعلية تقوم على اتفاق بين الشركاء ، ولكنه ليس اتفاقاً صريحاً ، بل هو اتفاق ضمني . فيتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم يهبه سائر الشركاء . كل منهم يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع . فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه (٢) . ويكتفي

(١) انظر آناً فقرة ٤٩٢ .

(٢) والمحكمة أن تستخلص الإرادة الضمنية في القسمة الفعلية من ظروف الحال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استظهر بما استمد منه من التصرفات الصادرة من الورثة في أوقات سابقة ، وما ذكره بعضهم في عقد صادر منه يبيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة - استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض الخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من الشركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التي قال بها ، ولو أنها لم تكن بعد مسجل ، نتائجها القانونية في حق النبر ، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رده إلى أحد دائنيه أرضاً شائعة لا يملك منها شيئاً بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد حالف للقانون في شيء . (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك للشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسماً على للتقرير بوقوع تعاقب على قسمة بين لشركاء ، ولذلك لا يصح التمسك عليه أنه قد خالف القانون إذا هو لم يستند إلى دليل كتابي (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم ، إذ قضى بأحقية المدعى -

في تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين .
وفي نقض هذه القسمة لتبين تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت إبرام
التصرف الأخير ، إذ أن القسمة الفعلية لم تتم إلا وقت إبرام هذا التصرف (١) .

٥٤٢ - للشركاء اختيار طريقة التوزيع التقابلية : وقد رأينا (٢) أن
المادة ٨٣٥ مدني تنص على أن « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا
المال الشائع بالطريقة التي يرونها .. » . فللشركاء إذن اختيار الطريقة التي تم
بها القسمة الاتفاقية . فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، ويفرزون نصيب
كل منهم عينا في المال الشائع . وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل . أو تكون
بغير معدل . وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب ، أو أن
تكون قسمة جزئية فيقوم بعض المال في الشروع ويفرزون نصيب كل منهم
في المال الباقي ، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم
ويستمر الباقي في الشروع فيما بقي من المال بعد التجنب .

— إلى الزراعة المحجوز عليها ما عدا المقدار الخاص بشريكه الحاجزة وبإلحاقه المنتوع على حصة
شائعة في محصولات جميع الأعيان وبالزامها بالتعويض ، قد استخلص استخلاصا سائفا أن القسمة
بين الشريكين حصلت فعلا وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها ، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر
الذي قضى بالتعويض من أجله ، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شابه القصور (نقض مدني ٢٦
أكت بر سنة ١٩٥٠ - مجلة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما ٢ ص ١١٢٩) .

وقضت محكمة النقض ، من جهة أخرى ، بأنه متى كان الحكم المضمون فيه ، إذ قرر عدم حصول
قسمة في العذار المشفوع به ، قد أقام قضاؤه على ما حصلت المحكمة تحميلا سائفا من أن الأعمال
المادية - التي أثبتت خبير الدعوى - استحداث بيان بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ،
ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقبتها ، فإن النص على الحكم بالقصور
يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ ماي سنة ١٩٥١ - مجلة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما ٢
ص ٩٠٥) .

وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ - مجلة عمر ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ -
استئناف مخلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٥١ ص ٣٨٤ -
١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ - ٢٠ مايو
سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥ - وانظر عبد المنعم
للدراري فقرة ١٥٤ - حن كبرة فقرة ١٤٠ .

(١) إسماعيل خانم فقرة ٩١ ص ٢١٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٠ .

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية . وبخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عينا . ويتفقون على بيع المال الشائع . كله أو بعضه . في المزاد . ويقسمون ثمنه ، وما عسى ألا يباع من المال يبي شائعا فيما بينهم أو يقسمونه عينا . وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك . فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا . وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد . فقد يتفقون على ألا يدخل المزاد إلا شريك منهم . وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل في المزاد . وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة . أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية .

٥٤٣ — وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء :

فإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدني كما رأينا مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب .

فقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتي : « على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالراضى إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .. » . ونصت المادة ٧٩ من نفس القانون على أن « يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام » .

ويتبين من النصوص سالفه الذكر أن إجراء القسمة اعتبر أمراً له خطره ، فخرج عن أن يكون عملاً من أعمال الإدارة المعتادة . وألحق بالتصرفات (١) . ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر في

(١) قانون استئناف نسط ٩ مارس سنة ١٩٣٧ . ٤٩ ص ١٣٧ (وقد أجاز الحكم لناظر ابوقف طلب القسمة باعتبار أن القسمة لا تعتبر من أعمال التصرف) .