

Removing the Commonality through the Disposal of the Majority of the Partners in the Entire Property within the Framework of the Jordanian Real Estate Ownership Law of 2019: A Critical Analytical Study

Naeem Al-Otoun

Department of Private Law, Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan

Received: 18/12/2019

Revised: 3/3/2020

Accepted: 6/7/2020

Published: 1/12/2020

Citation: Al-Otoun, N. (2020). Removing the Commonality through the Disposal of the Majority of the Partners in the Entire Property within the Framework of the Jordanian Real Estate Ownership Law of 2019: A Critical Analytical Study. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, 47(4), 182-195. Retrieved from <https://dsr.ju.edu.jo/djournals/index.php/Law/article/view/3266>

Abstract

The new Real Estate Ownership Law No. (13) of 2019 introduced a new way to eliminate commonality in commonly owned properties, by granting partners who own at least three-quarters of the shares the right to dispose of the entire property, according to certain conditions. The study used the descriptive-analytical-comparative approach by clarifying the conditions that must be met so that the majority of partners can dispose of the entire property owned in common, and to shed light on the areas of criticism that this method used to eliminate commonality with the aim of providing appropriate solutions to rectify these deficiencies, especially by benefiting from the experiences of Arab legislation that adopted an approach similar to that of the Jordanian legislator in this context. The study found that there are strange and illogical legislative distortions in the provisions of this law, such as the legislator's requirement of unanimity to dispose of the entire movable, while he required the consent of the partners who own three-quarters of the shares to dispose of the entire property! Moreover, the legislator subjected the actions of the majority in the framework of unusual management actions to judicial control; unlike the legal actions in the entire property, which he subjected to formal judicial control.

Keywords: Common property, eliminating commonality, the disposal of the majority of the partners in the entire property.

إزالة الشيوع عن طريق تصريف أكثرية الشركاء في كامل العقار في إطار قانون الملكية العقارية الأردني لعام 2019: دراسة تحليلية ناقدة

نعيم العتوم

قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن.

ملخص

استحدث قانون الملكية العقارية الجديد رقم (13) لعام 2019، طريقاً جديداً لإزالة الشيوع في العقارات المملوكة على الشيوع، وذلك بمنح الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص الحق في التصرف في كامل العقار، وفق شرائط معينة. استخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن وذلك لبيان الشرائط الواجب توافرها حتى يتمكن أكثرية الشركاء من التصرف في كامل العقار المملوك على الشيوع، وتبسيط الضوء على مواطن النقد التي اعتبرت هذه الطريقة من طرق إزالة الشيوع؛ بهدف تقديم الحلول الملائمة لتهديب مواطن الخلل تلك، لا سيما من خلال الإفادة من تجارب التشريعات العربية التي تبنت نهجاً مقارناً لنهج المشرع الأردني في هذا الإطار. توصلت الدراسة إلى وجود تشوهات تشريعية غريبة وغير منطقية في أحكام هذا القانون كاشتراط المشرع الإجماع للتصرف في كامل المنقول، حين أنه اشترط موافقة الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص للتصرف بكامل العقار! وكذا، إخضاع المشرع تصرفات الأكثرية في إطار أعمال الإدارة غير المعتادة لرقابة القضاء؛ خلافاً للتصرفات القانونية في كامل العقار التي أخضعها لرقابة قضائية شكلية. الكلمات الدالة: الملكية الشائعة، إزالة الشيوع، تصرف أكثرية الشركاء في كامل العقار.



© 2020 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

المقدمة

إنَّ الملكية إمَّا أن تكون مُفَرَّزة، وإمَّا شائعة. والملكية المُفَرَّزة هي تلك التي يكون فيها المال مملوكًا لشخص واحد. وأمَّا الملكية الشائعة فهي التي يكون فيها المال مملوكًا لعدَّة أشخاص، دون أن تتحدَّد حصَّة كُلِّ واحد منهم بجزء مُعَيَّن بذاته، وإنَّما تتحدَّد بصورة رمزيَّة (حسابيَّة) في الحقِّ ذاته (سوار، 2010: 108؛ يكن: 328. 329. 333. 334). تنصُّ المادة (1030 مدني) على أنَّه: "مع مُراعاة أحكام الحصص الإرثيَّة لَكُلِّ وارث، إذا تملَّك اثنان، أو أكثر، شيئًا بسبب من أسباب التملُّك. دون أن تُفَرَز حصَّة كُلِّ منهم فيه. فهم شركاء على الشبوع، وتُحسَّب حصص كُلِّ منهم مُتساوية، إذا لم يَقم الدليل على غير ذلك".

والملكية الشائعة هي حقٌّ ملك تامٌّ، شأنها في ذلك شأن الملكية المُفَرَّزة؛ ومن ثَمَّ يثبت للمالك على الشبوع مُباشرة حق الاستعمال والاستغلال والتصرف. بيد أنَّ الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المُفَرَّزة من زاوية أنَّ السلطات الممنوحة للمالك على الشبوع تخضع في مُمارستها لقيود مُتبادلة بين الشركاء (وقد عمد المُشرِّع المصريُّ إلى ترجمة هذه المعاني في إطار الفقرة الأولى من المادة (826 مدني) بقوله: "كُلُّ شريك في الشبوع يملك حصَّته ملكًا تامًّا؛ وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها، بحيث لا يُلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء")، خلافًا للملكية المُفَرَّزة التي يستطيع المالك مُمارسة سلطاته دون النظر إلى مثل هذه القيود. وهذا هو الفارق الرئيس بين الملكية المُفَرَّزة والملكية الشائعة، وتفريعًا على ذلك أثبت المُشرِّع للملكية الشائعة أحكامًا خاصَّة بها في إطار استعمالها، واستغلالها، وإدارتها، والتصرف فيها بما يتوافق وطبيعتها. (السنهوري، ج 8: 800. 801؛ سوار، 2010: ص112؛ يكن: 341. 344)

وممَّا لا شك فيه أنَّ الشبوع أمر مرغوب عنه من الناحية الاقتصادية؛ لما يترتَّب عليه من تعطيل الانتفاع الأمثل بالمال؛ لعدم التمكن من استغلاله على الوجه المأمول؛ بالنظر إلى اختلاف وجهة نظر الملاك على الشبوع في تحدُّد سبُل الانتفاع بالمال؛ ذلك أنَّ المرء مجبول بطبعه على حسن استغلال المال الذي يتفرَّد بملكه، بوجه يربو على استغلال المال الذي يشترك به مع غيره؛ فالصورة الأولى راجحة لما فيها من حافز أقوى على العمل والإنتاج (السنهوري، ج 8: 880. 881). ويُؤكِّد قانون الملكية العقارية في الفقرة الأولى من المادة (100) على أنَّ: "لشريك في عقار مملوك على الشبوع، أن يطلب قسمته، ولا يحقُّ لأَيٍّ من شركائه فيه أن يرفض هذا الطلب" (هذا، ما لم يتبيَّن من الغرض الذي خُصَّص له المال وجوب بقائه دائمًا مملوكًا على الشبوع (م/100/د ملكيَّة عقاريَّة: م 1060 مدني)).

ومع ذلك يبقى الشبوع أمرًا واقعيًا يفرض نفسه، ولا يمكن تجاهل أسباب نشوئه، التي غالبًا ما تكون بالجبر لا بالاختيار، والتملُّك على الشبوع عن طريق الميراث خير شاهد على ذلك.

ونلاحظ أنَّ المُشرِّع الفطن يسعى دومًا إلى التخلُّص من حالة الشبوع، فييسر سبل ذلك. وقد جاء قانون الملكية العقارية رقم (13) لعام 2019، متناغمًا مع هذه الغاية؛ فسنَّ طريقًا جديدًا لإنهاء حالة الشبوع؛ إذ منح الشركاء الذين يملكون على الأقلِّ ثلاثة أرباع العقار المملوك على الشبوع الحقَّ في التصرف فيه كاملاً، وهذا الطريق من طرق إزالة الشبوع لم تعرفه المنظومة التشريعيَّة الأردنيَّة قطُّ (وهذه السياسة التشريعيَّة يعيَّدها جملة من القواعد الفقهيَّة أبرزها: "الضرورات تُبيح المحظورات" (م 222 مدني)؛ "درء المضارَّ، أولى من كسب المنافع" (م 64 مدني)؛ "المشقة تجلب التيسير" (م 17 مجلَّة)؛ "الأمر إذا ضاق اتَّسع" (م 18 مجلَّة)؛ "الضرر الأشدُّ يُزال بالضرر الأخفَّ" (م 27 مجلَّة: م 65 مدني)؛ "إذا تعارض مفسدتان زوَّعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفَّهما" (م 28 مجلَّة)؛ "يُختار أهون الشرَّين" (م 29 مجلَّة)؛ "الحاجة تُنزِّل منزلة الضرورة عامَّة أو خاصَّة" (م 32 مجلَّة)؛ "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" (م 233 مدني). حيث أَعرض واضع القانون المدني عن تقرير صحَّة التصرف في كامل المال الشائع الصادر من الشركاء الذين يملكون أغلبيَّة الحصص. (سوار، 2010: 131)

وقد خَصَّص المُشرِّع الفصل الخامس من قانون الملكية العقارية لمُعالجة إزالة الشبوع، وخَصَّص له (27) مادة (المواد: 120. 94).

وقد أتى المُشرِّع في هذا الفصل على تحديد وسيلتين لإزالة الشبوع: الأولى عن طريق التصرف في العقار؛ والثانية بقسمة العقار فيما بين الشركاء المُشتاعين، وإمَّا بالاتِّفاق بينهم جميعًا، وإمَّا عن طريق "لجنة إزالة الشبوع في العقار" (وقد صدر نظام خاصُّ يُنظِّم عمل هذه اللجنة، وهو نظام "لجان إزالة الشبوع في العقار"، رقم (145) لعام 2019. منشور بالجريدة الرسميَّة، العدد (5599)، بتاريخ: 2019/9/16، ص5575)، إن اختلفوا (تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (102 ملكيَّة عقاريَّة) على أنَّه: "يُقسَّم العقار الذي يقبل القسمة باتِّفاق جميع الشركاء فيه، أو بوساطة لجنة إزالة الشبوع في العقار المُشكَّلة وفق أحكام هذا القانون"). تنصُّ المادة (94 ملكيَّة عقاريَّة) على أنَّه: "يُزال الشبوع في ملكيَّة العقار بتصرف الشركاء فيه تصرفًا ناقلاً للملكيَّة؛ أو بقسمته بينهم كُلٌّ بنسبة حصَّته في ملكيته". وبذا، يكون المُشرِّع قد ألغى في إطار العقارات المملوكة على الشبوع طريق القسمة القضائيَّة على الرغم من وفرة الضمانات التي تُقَدِّمها (خلافًا لما عليه الحال في إطار القانون المدني. حيث تنصُّ المادة (1040 مدني) على أنَّه: "مع مُراعاة أحكام القوانين الأخرى، يجوز لمن يُريد الخروج من الشبوع، ولم يتَّفَق مع باقي شركائه على ذلك، أن يطلب القسمة القضائيَّة").

وما يعيننا في هذه الدراسة هو الطريقة الأولى من طرق إزالة الشبوع، المتمثلة بإزالة الشبوع عن طريق التصرف في العقار، وتحديدًا إنهاء الشبوع عن طريق تصرف الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار (ومن ثَمَّ، يخرج من نطاق هذه الدراسة التصرف في كامل العقار بناءً

على طلب من الشركاء الذين يملكون أقل من ثلاثة أرباع الحصص، والذي عالجه المشرع في إطار المادتين (96/2؛ 97 ملكية عقارية)). من المسلم به، ابتداءً، أنَّ إجماع الشركاء على التصرف في العقار كاملاً أو بجزء منه يُعدُّ تصرفاً صحيحاً نافذاً في مواجهة جميع الشركاء. سواء أكان التصرف نافذاً للملكية أم مُنشئاً لحقٍ عينيٍّ أصليٍّ أو تبعيٍّ عليه. (زكي، 1978: 130، 131؛ كيرة، 1998: 170) وهذا فرض لا يُثير أيَّ إشكالية. بيد أنَّ إجماع الشركاء المُشتاعين على التصرف في كامل العقار، أو بجزء منه، هو فرض قليل الوقوع في الحياة العملية، وهذا مُتصوّر غالباً عندما يكون عدد الشركاء المُشتاعين قليلاً. ولكن في الغالبية العظمى من الحالات لا يستطيع الشركاء التوصل إلى اتفاق للتصرف في كامل العقار الشائع، لا سيما في الأحوال التي يكون فيها عددهم كبيراً.

وحثيَّ يُعدُّ تصرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار الشائع صحيحاً مُنتجاً لاثاره فقد وضع المشرع جملة من الشرائط الموضوعية (المبحث الأول)؛ وأخرى شكلية (المبحث الثاني). وهذه الشرائط تُستفاد من الفقرة الأولى من المادة (96 ملكية عقارية) التي تنصُّ على أنه: "إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على التصرف في العقار المملوك على الشيوع ببيعته: يجوز التصرف في هذا العقار لإنهاء الشيوع فيه بطلب يُقدَّم إلى مُدير التسجيل لإحالة إلى لجنة إزالة الشيوع في العقار من: أ. مالكي (4/3) ثلاثة أرباع الحصص على الأقل في العقار شريطة أن تكون الحصص المُتبقية غير قابلة للقسمة مُنفردة أو مُجمعة، على أن يُبلغ طلبهم إلى بقية الشركاء، فإن أجازوه أُجري التصرف، وإن لم يُجيزوه أو امتنعوا عن إبداء رأيهم فيه، نفذ التصرف، ولهم إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عمّا لحق بهم من ضرر في ما يخص حصصهم من ثمن العقار، لدى المحكمة خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل التصرف في العقار".

أهمية الدراسة: تنبع أهمية هذه الدراسة من كونها تُعالج موضوع تصرف الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار الشائع. وهو موضوع يتسم بجدته وحدائته؛ بالنظر إلى أنَّ هذه الطريقة من طرق إزالة الشيوع هي طريقة مُستحدثة في إطار المنظومة التشريعية الأردنية. إشكالية الدراسة: تتمحور إشكالية هذه الدراسة الرئيسة في بيان أوجه الخلل التي شابت مُعالجة واضع قانون الملكية العقارية رقم (13) لعام 2019 لإزالة الشيوع عن طريق تصرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص تصرفاً نافذاً للملكية في كامل العقار. ليُصار بعدها إلى محاولة تهذيب هذه الآلية الجديدة بوضع بعض الحلول بين يدي المشرع.

منهجية الدراسة: تتبّع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المُقارن، وذلك عن طريق تسليط الضوء على الأحكام القانونية النازمة لتصرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار الشائع في إطار قانون الملكية العقارية، ومُحاولة الإفادة من تجارب التشريعات الأخرى التي تبنت هذه المنهجية ولكن على نحو مُغاير لموقف المشرع الأردني.

المبحث الأول:

الشرائط الموضوعية لصحة تصرف أكثرية الشركاء في كامل العقار

أتى واضع قانون الملكية العقارية على وضع جملة من الشرائط الموضوعية التي يجب مراعاتها حتى يتسنى التصرف في كامل العقار الشائع، ويمكن تقسيم هذه الشرائط إلى طائفتين: الأولى: شرائط تجد أساسها في الطبيعة القانونية لإزالة الشيوع والتي تقتضي الإنهاء الجذري لحالة الشيوع، ويمكن أن نخلع عليها وصف "الشرائط العامة" (المطلب الأول). وأمّا الطائفة الثانية: فهي شرائط فرضها المشرع لتذليل عملية إزالة الشيوع عن طريق التصرف في كامل العقار، وتتركز هذه الطائفة في شريطة واحدة وهي اشتراط موافقة الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار الشائع، وهذه الشريطة يمكن وصفها بـ "الشريطة الخاصة" (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الشرائط الموضوعية العامة:

وضع المشرع ست شرائط موضوعية عامة حتى يعد التصرف الصادر عن أكثرية الشركاء في كامل العقار نافذاً في مواجهة الأقلية. وهذه الشرائط هي على النحو الآتي:

الشريطة الأولى: أن يكون التصرف مُتعلّقاً بعقار: جاء قانون الملكية العقارية من اسمه لمُعالجة المسائل المُتعلّقة بالعقارات. ومن هنا، فإنَّ جميع المسائل المُتعلّقة بالمال المنقول تبقى خاضعة للقواعد العامة. ومن جملة هذه المسائل التصرف في المال المنقول المملوك على الشيوع تصرفاً نافذاً للملكية. ومن ثَمَّ، فإنَّ المنقول إن كان مملوكاً على الشيوع فلا يكون بوسع أكثرية الشركاء التصرف في كامل هذا المال إلّا إذا تحقّق إجماعهم، فإذا تصرف بعض الشركاء في كامل المنقول كان هذا التصرف صحيحاً نافذاً بين طرفيه في حدود حصّة الشريك المُتصرف (تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (1031 مدني) على أنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصّته كيف شاء، دون إذن من باقي شركائه، بشرط ألاّ يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء")، بيد أنه لا يكون نافذاً في مواجهة بقية الشركاء، الذين يثبت له الخيار بين إجازته أو المُطالبة بفسخه في حدود حصصهم (سوار، 2010: 127، 128؛ مُبارك، 1996: 38، 39)؛ وذلك لانعدام الولاية على محل العقد فيما يخص حصص الشركاء الذين لم يكونوا طرفاً في العقد (تنصُّ المادة (171 مدني) على أنه: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة: إذا صدر من فضولي في مال غيره؛ أو من مالك في مال له تعلّق به

حقَّ الغير؛ أو من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر؛ أو من مكره؛ أو إذا نصَّ القانون على ذلك". وتنصُّ المادة (175 مدني) على أنه: "1. إذا أُجيز التصرف الموقوف نفذ مُستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. 2. وإذا رُفضت الإجازة تطلَّ التصرف". وقد جانب المشرع الصواب عند تقريره جزاء البطلان في حال رفض إجازة العقد الموقوف؛ بالنظر إلى أنَّ هذا الجزاء مُكرس في إطار المدونة المدنية للعقد الذي ليس مشروعاً بأصله ووصفه، أي الباطل (م168 مدني). خلافاً للعقد الموقوف؛ إذ هو صحيح في ذاته، وإن كان غير نافذ؛ "لذا نُؤثر إحلال عبارة: "عُدَّ التصرف في حكم المعلوم بالنسبة لمن تقرَّر الوقف لصالحه"، أو عبارة: "عُدَّ التصرف كأن لم يكن""، والعبارة الأخيرة هي التي جرى المشرع على استعمالها في إطار المادة (3/179 مدني) بصدد خيار الشرط. سوار، 2001: 270).

وبيّني على ذلك، أننا نصل إلى نتيجة غاية في الغرابة، وهي أنَّ المشرع تشدَّد في التصرف في المنقول باشتراطه الإجماع لنفاذ التصرف في مواجهة جميع الشركاء، أكثر من تشدُّده في التصرف في العقار باشتراطه موافقة الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص، وذلك على الرغم من أنَّ العقار يفوق في قيمته وأهميته المنقول بدرجات!

الشريطة الثانية: تعذر اتفاق جميع الشركاء على التصرف في كامل العقار: وهذه شريطة بدهية؛ ذلك أنَّ اتفاق جميع الشركاء على إجراء تصرف في العقار الشائع يُعدُّ تصرفاً صحيحاً نافذاً مُنتجاً لآثاره في حقِّ جميع الشركاء، سواء أكان التصرف ينصبُّ على نقل ملكية العقار كله أم جزء منه (كالبيع والهبة والوصية)، أم على ترتيب حقِّ عينيٍّ أصليٍّ عليه (كحقِّ ارتفاق)، وأم على ترتيب حقِّ عينيٍّ تبعيٍّ عليه (كحقِّ الرهن). وما ذلك إلَّا تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة. وقد حرص المشرع على التأكيد على هذه المسلمة في إطار المادة (95 ملكية عقارية)، التي تنصُّ على أنه: "يجري التصرف في العقار المملوك على الشبوع باتِّفاق جميع الشركاء فيه ببيع، وتوزيع ثمنه بين الشركاء كلِّ حسب حصَّته في ملكيته". (لا مُقابل لهذا النصِّ في القانون المدني، ولكن ما جاء به يُعدُّ تطبيقاً للقواعد العامة)

الشريطة الثالثة: أن يكون التصرف المُراد إجراؤه تصرفاً قانونياً: يجب أن يتعلَّق التصرف المُراد إجراؤه بتصرف قانوني، كالبيع مثلاً. أمَّا التصرف المادي في العقار، كالبناء أو الهدم، فلا يملك أكثرية الشركاء أيًّا كانت أنصبتهم القيام به وفقاً للقواعد العامة؛ "ذلك لأنَّ التصرف المادي بالشيء باستهلاكه أو إعدامه لا يثبت، في حالة الملكية الشائعة، إلَّا للشركاء جميعاً" (سوار، 2010: 127). وبيّني على ذلك أنه إذا عمد أحد الشركاء، أو أغلبيتهم وتصرّف في العقار تصرفاً مادياً، بإهلاكه مثلاً، عُدَّ مُعتدياً على حقوق باقي الشركاء، ونهضت مسؤوليته في مواجهتهم (أبو السعود، 1997: 90-91).

الشريطة الرابعة: أن يكون التصرف المُراد إجراؤه ناقلاً للملكية: إنَّ الهدف من إباحة المشرع للشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص التصرف في العقار هو إنهاء حالة الشبوع؛ ومن ثَمَّ، فلا يتصور إنهاء جذريٍّ لحالة الشبوع إلَّا في إطار التصرفات الناقلة للملكية العقار الشائع. ولم يأت، المشرع على ذكر هذه الشريطة صراحة (خلافاً لمُسودة المشروع التي كانت تنصُّ على ذلك صراحة. حيث كانت الفقرة من المادة (82) من مُسودة مشروع قانون الملكية العقارية تنصُّ على أنه: "إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على التصرف بالعقار المملوك على الشبوع، وتوافرت أسباب قوَّة تدعو إلى التصرف به لإنهاء حالة الشبوع في ملكيته، فيجوز لمالكي (4/3) ثلاثة أرباع الحصص فيه أن يتقدَّموا إلى مدير التسجيل بطلب للتصرف به، بالبيع أو أيِّ تصرف آخر ناقل للملكية...")؛ بيد أنَّها تُستفاد ضمناً من طريقين: الأوَّل: دلالة عنوان الفصل الخامس، الذي جاء موسوماً بـ "إزالة الشبوع"؛ ممَّا يعني أنَّ المشرع خصَّص هذا الفصل لمعالجة الأحكام النازمة لإنهاء حالة الشبوع. أمَّا الطريق الثاني: العبارة التي جاءت في صدر الفقرة الأولى من المادة (96): "إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على التصرف في العقار المملوك على الشبوع ببيع،..."، فالملحوظ أنَّ المشرع أتى على ذكر "البيع"، وهو المثال الأوضح للتصرفات الناقلة للملكية، مع مُراعاة أنَّ المشرع أتى على ذكر تصرف واحد هو البيع، والذي يظهر أنَّ هذا إنَّما جاء على سبيل المثال، لا الحصر، وهذا يُعدُّ قيداً أكثرية؛ بالنظر إلى أنَّ البيع هو أكثر التصرفات انتشاراً في الواقع العملي.

وبناءً على ذلك، فإنَّ هذه الطريقة لا يمكن اللجوء إليها بغية ترتيب حقِّ عينيٍّ أصليٍّ على العقار، أو ترتيب حقِّ عينيٍّ تبعيٍّ عليه. بالنظر إلى أنَّ هذه التصرفات ليست من التصرفات الناقلة لحقِّ الملكية؛ كونها لا تُؤدِّي إلى إنهاء حالة الشبوع. ومن هنا، تبقى مثل هذه التصرفات خاضعة للقواعد العامة، فإذا ما تصرف أحد الشركاء، أو أغلبيتهم، في العقار الشائع كله أو في مقدار يزيد على حصَّته الشائعة فيه بتقرير حقِّ عينيٍّ أصليٍّ (كحقِّ ارتفاق)، (يقول الدكتور سوار: رحمه الله: "وفي الملكية الشائعة، ليس لأحد الشركاء أن ينفرد في تقرير حقِّ الارتفاق، وإلَّا كان تصرفه موقوفاً على إجازة باقي الشركاء، أو وقوع العقار المثقل بالارتفاق في نصيبه عند القسمة". 1999: 442)، أو بتقرير حقِّ عينيٍّ تبعيٍّ على العقار (كحقِّ الرهن)، (حيثُ يسمح المشرع للشريك برهن حصَّته الشائعة، فقط، دون أن يمتدَّ ذلك إلى حصص بقية الشركاء، تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (1331 مدني) على أنه: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصَّته، ويتحوَّل الرهن بعد القسمة إلى الحصَّة المُفرزة التي تقع في نصيبه". ولا مُقابل لهذا النصِّ في قانون الملكية العقارية)، فإنَّ تصرفه هذا يكون صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصَّته الشائعة فيه. ومن ثَمَّ، يكون هذا التصرف صحيحاً نافذاً فيما بين طرفيه في الحصَّة التي يملكها الشريك المتصرف (م1/1031 مدني)، وموقوف النفاذ على إجازة بقية الشركاء بالنسبة إلى ما زاد على حصَّة الشريك المتصرف؛ لأنَّهم يُعدُّون من غير في هذا التصرف بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في العقار (م171: 175 مدني).

الشريطة الخامسة: أن ينصّب التصرف على كامل العقار الشائع: لم ينصّ المشرع على هذه الشريطة صراحة، بيد أنّها تُستفاد ضمناً بالنظر إلى مقصود المشرع من الفصل الخامس، الذي جاء موسوماً بـ "إزالة الشيوخ"؛ فمُرَاد المشرع هنا هو إنهاء حالة الشيوخ بشكل جذري، وهذا لا يُتصور إلا إذا تمّ التصرف في كامل العقار.

ويبني على ذلك، أنّه لا يجوز لأكثرية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع الحصص أن يطلبوا التصرف في جزء من العقار، قلّ أو كثر، حتّى وإن قامت أسباب قويّة تُسوّغ مثل هذا التصرف؛ ذلك أنّ التصرف في جزء من العقار لا يُؤدّي إلى إنهاء حالة الشيوخ، وليس هذا هدف المشرع، في هذا المقام.

الشريطة السادسة: أن تكون الحصص المتبقية غير قابلة للقسمة منفردة أو مُجمّعة: فإذا كانت حصص الأقلية قابلة للقسمة منفردة بمعنى يجوز إفراز حصّة كلّ شريك بسند مُستقل أو على الأقل أن تكون حصص الأقلية بمجموعها قابلة للإفراز عن طريق تجميعها بسند تسجيل مُستقل، فلا يجوز إجراء التصرف في كامل العقار. (تنصّ الفقرة الأولى من المادة (113) ملكيّة عقاريّة) على أنّه: "أ. مع مراعاة أحكام قانون تنظيم المدن، والقرى، والأبنية، وأيّ تشريعات أخرى، وأحكام النظام الصادر بالاستناد للمادة (120) من هذا القانون، تُعدّ الحصّة قابلة للقسمة إذا كانت المنفعة المقصودة منها لا تفوت بالقسمة")

ومثال ذلك أن تكون مساحة العقار اثنا عشر دونماً ونوعه تنظيم (أ / الحد الأدنى الإفرازي ألف متر) وهو مملوك لاثني عشر شريكاً على التساوي. فيها لا يجوز للأكثرية التصرف فيه كون حصّة كلّ شريك قابلة للقسمة بمفردها. وكذا لو كان الحد الأدنى الإفرازي في مثل: هذا العقار أربعة دونمات فلا تملك الأكثرية (من يملكون ثمانية دونمات) التصرف في كامل العقار كون الحصص المتبقية (أربعة دونمات) قابلة للقسمة مُجمّعة في سند تسجيل واحد.

ويظهر من هذه الشريطة أنّنا نصل إلى النتيجة ذاتها في قسمة العقار المُشترك في إطار المادة (113) ملكيّة عقاريّة، فوفقاً لهذا النصّ فإنّه إذا جرت قسمة العقار الشائع، وكان هناك حصّة، أو حصص، غير قابلة للقسمة منفردة أو مُجمّعة، فيُصار إلى بيع هذه الحصّة، أو الحصص، بالمزاد بين الشركاء أصحاب الحصص القابلة للقسمة، فإن رفضوا ذلك، فيُصار إلى بيع العقار كاملاً بالميزاد العلنيّ. وبعبارة أخرى، إنّ البقاء في الشيوخ بالنسبة إلى هذه الحصص غير القابلة للقسمة مُجمّعة أو منفردة، سيترتب عليه مآلاً أنّنا سنصل في الأحوال كلّها جميعاً إلى بيع هذه الحصص. فيكون المشرع بسماحة لأكثرية الشركاء ببيع العقار كاملاً، قد سهّل من طرف خفيّ مسألة إزالة الشيوخ جذرياً، ووصل إلى النتيجة ذاتها في حال التبرص إلى حين أن تتمّ قسمة العقار (وهذا المعنى يمكن أن يُستفاد من منطوق المادتين (1043؛ 1044 مدني). حيث تنصّ الأولى على أنّه: "يجب أن يكون المال المُشترك قابلاً للقسمة؛ بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه بالقسمة". كما تنصّ الثانية على أنّه: "إذا تعذّرت القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث ضرر أو نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها، جاز لأيّ من الشريكين بيع حصّته للآخر؛ أو أن يطلب من المحكمة بيعها بالطريق المُبينة في القانون". وجاء في المذكرات الإيضاحيّة للقانون المدني الأردنيّ تعقيماً على نصّ المادة (1044 مدني): "القسمة قضاء لا تجري في العين إذا كان تبعيضها يضربُ بالعين، أو يهدد المنفعة المقصودة منها؛ لأنّ الإيجابار على القسمة شرع لتحقيق المنفعة، فإذا تعذّر تحقيق المنفعة، وتعذّر بالتالي على الشريكين الاستمرار في الانتفاع بالعين؛ جاز لأحدهما بيع نصيبه للآخر، أو أن يطلب من المحكمة بيعها على أن يقتصر البيع (المُزايدة) على الشركاء فقط، إذا هم طلبوا ذلك". (ج2، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمّان، 2000، ص713).

ويقول الدكتور سعيد مُبارك. رحمه الله. تعليقيّاً على نصّ المادة (1044 مدني): "... إنّ المحكمة تقوم بقسمة المال الشائع، بناءً على طلب أحد الشركاء، إذا كان قابلاً للقسمة العينية، أمّا إذا ثبت بأنّ المال الشائع غير قابل للقسمة العينية، ومن شأن القسمة العينية إحداث ضرر كبير في قيمة المال الشائع؛ فتجري القسمة عن طريق البيع، حيث لأيّ من الشركاء بيع حصّته للآخرين أو طلب بيعها بواسطة المحكمة". (1996: ص55).

وبذا، يكون تصرف أكثرية الشركاء في كامل العقار الشائع وسيلة تُؤدّي إلى قسمة العقار الشائع ولكن بأسلوب مُغاير.

المطلب الثاني

الشريطة الموضوعيّة الخاصّة

تتمحور هذه الشريطة في وجوب أن يتمّ تقديم طلب إجراء التصرف من الشركاء الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع. وهذه الشريطة جوهرية أساسيّة في هذا الإطار؛ فيجب حتّى يكون طلب التصرف في كامل العقار الشائع مقبولاً أن يتمّ تقديمه من قبل الشركاء الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع الحصص (خلافًا للقانون المدني الذي يشترط لصحّة التصرف الناقل للملكيّة العقار المملوك على الشيوخ إتفاق جميع الشركاء على ذلك، بحيث إذا رفض أحدهم ذلك. بغض النظر عن مقدار حصّته. فلا يعد بوسع الشركاء إجراء التصرف. سوار، 2010: 132). وأمّا إذا قُدِم الطلب ممّن يملك حصصاً أقلّ من هذه النسبة فلا يُعدّ مثل هذا التصرف نافذاً في مُواجهة الشركاء الآخرين (وقد رسم المشرع طريقاً خاصاً لمثل هذا الفرض. (ز) (أمر المُفرد المُدكر من رأي، بمعنى انظر): 2/96م؛ 97 ملكيّة عقاريّة)).

وبالنظر إلى أنّ المشرع منح الأكثرية حقّ التصرف في كامل العقار، دون أن يكون لاعتراض الأقلية أثر في وقف مثل هذا التصرف؛ فبيدّا تُعدّ الأكثرية عند مُباشرتها مثل هذه التصرفات أصيلة عن نفسها ونائبة نيابة قانونيّة عن باقي الشركاء (وقد أتى واضح القانون المدني على صورة لمثل هذه

النيابة القانونية في إطار الملكية الشائعة؛ حين سمح لأي شريك. مهما بلغ مقدار حصّة. أن يقوم بما يلزم لحفظ المال الشائع، وله بعد ذلك أن يرجع بما أنفق على بقية الشركاء كلّ بقدر حصّته، ولو قام بمثل هذه الأعمال دون موافقتهم، كونه نائباً نيابة قانونية عنهم. تنصّ المادة (1036 مدني) على أنه: "لكلّ شريك في الشبوع الحقّ في أن يتّخذ من الوسائل ما يحفظ المال المشترك، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء". وتنصّ المادة (1037 مدني) على أنّ: "نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشبوع أو المقرّرة على المال، يتحمّلها جميع الشركاء كلّ بقدر حصّته". (سوار، 2010: 125)؛ ذلك أنّ القانون هو من خولها الحقّ بالانفراد بالقيام بأعمال التصرف هذه. (ر قريباً من هذا المعنى: أبو السعود، 1997: 92)

والسؤال الذي يُثار في هذا المقام هل يكفي أن يكون المالك لثلاثة أرباع الحصص شريكاً واحداً، أم يشترط أن يكون أكثر من شريك؟ ظاهر النصّ يُفيد أنّه يجب أن تكون هذه الحصص مملوكة لأكثر من شريك، بدليل قول المُشرّع: "مالكي (4/3) ثلاثة أرباع الحصص في العقار"، ولفظة: "مالكي" جمع، وبما أنّ أقلّ الجمع في العربية اثنان، فيجب أن يُقدّم الطلب من مالكي اثنين على الأقلّ.

ولكن الذي يظهر أنّ المُشرّع إنّما أراد ربط هذه الأكثرية بمعيار مقدار الحصص (قيمة الأنصبة) لا بعدد الشركاء. فالعبرة إذاً تكون بالنظر إلى مقدار الحصص بغض النظر عن عدد الشركاء (ورفعاً لمثل هذا اللبس حبذا لو أنّ المُشرّع كان أكثر وضوحاً في هذا المقام، على غرار ما فعل واضع المدونة المدنية عندما اشترط لصحّة مُمارسة أعمال الإدارة غير المعتادة موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الحصص، وأنّ العبرة بالأغلبية تكون بالنظر إلى قيمة الأنصبة. حيث تنصّ الفقرة الأولى من المادة (1034 مدني) على أنّه: "يكون رأي أغلبية الشركاء في إدارة المال مُلزماً للجميع، وتُعتبر الأغلبية بقيمة الأنصبة". تمييز حقوق 2011/3627، تاريخ الفصل: 2012/2/29، منشورات قسطاس (نفاذ عقد إجارة لكامل عقار مملوك على الشبوع في حقّ جميع الشركاء، أبرمه شريك واحد يملك أغلبية الحصص). تقول المحكمة: "إنّ المدّعي شريك ومالك لأغلبية الحصص في العقار المشترك وقد أجر العقار المشترك كاملاً، وليس حصّته فقط. فإنّ هذه الإجارة مُنعقدة في حقّ الشركاء جميعاً وحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة عملاً بالمادة (1034) من القانون المدني التي تعتبر رأي الشريك المالك لأغلبية الحصص في الملك الشائع مُلزماً لشركائه فيما يتعلق بإدارة المال المشترك". ر المعنى عينه: تمييز حقوق (هـ.ع.) 1994/1323، تاريخ الفصل: 1995/2/22، منشورات قسطاس؛ ذلك أنّ غاية المُشرّع الأبعد هي التخلص من حالة الشبوع، وإن تمّ التضحية برأي الأقلية، وهذه الغاية لا تتحقّق إلّا بجعل مناط الأكثرية مُرتبطاً بمقدار الحصص (ثلاثة أرباع) لا بعدد الشركاء. وهنا يمكن أن نرتكز إلى القانون المُقارن في تفسير هذا النصّ، حيث صُدّرت المادة (832 مدني مصري). المقابلة في فكرتها العامة. لنصّ المادة (1/96 ملكية عقارية أردني) بعبارة: "للشركاء، الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع المال الشائع...". حيث يقول الدكتور السهنوري. رحمه الله. عند بيانه للمقصود بالأكثرية: "الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في المال الشائع... ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هي عدد من الشركاء يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع المال الشائع... 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 يُقرّر وحده التصرف في هذا المال" (ج8، 840. ر أيضاً: طلبته، 2018: 15).

وبناء على ذلك، يمكن القول: إنّهُ إذا كان أحد الشركاء يملك مُنفرداً ثلاثة أرباع الحصص، أو أكثر، فيستطيع أن يُقدّم طلباً للتصرف في كامل العقار الشائع (وهذا ما قضى به المُشرّع اليميني بعبارة واضحة. حيث تنصّ المادة (1193 مدني يمني) على أنّه: "إذا كانت الشركة في المال بين اثنين مُنصّفة، وكان المال ممّا لا يقبل القسمة بدون ضرر، ورغب أحدهما في التصرف فيه، اعتُبر ذلك في حكم رغبة الأغلبية...".

خلافاً للمُشرّع الكويتي الذي حظر ذلك صراحة. تنصّ المادة (828 مدني كويتي) على أنّه: "في الحالات التي ينصّ فيها القانون على حقّ أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوفّر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصّته في المال". أبو الليل، 1990: 148. وعلى هذا النهج سار أخوه البحريني (م787 مدني بحريني)).

ويبرز تساؤل آخر هنا: هل يشترط أن يتمّ التصرف لأجنبي أم يجوز أن يتمّ التصرف لأحد الشركاء؟ أغفل المُشرّع الإجابة عن هذا التساؤل. والذي يظهر أنّه يستوي أن يتمّ التصرف لأحد الشركاء المُشتاعين أم لأجنبي؛ ذلك أنّ المُشرّع اشترط توافر أكثرية الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص عند تقديم الطلب إلى مُدير التسجيل، بمعنى أنّ هذه الأكثرية مطلوبة ابتداءً لغايات قبول الطلب، دون النظر إلى شخص المُتصرف إليه. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إنّ غاية المُشرّع من استحداث هذه الوسيلة هي التخلص من حالة الشبوع القائمة، أي أنّ المُشرّع ربط هذه الآلية بمعيار موضوعي هو إنهاء حالة الشبوع، وهذا كما يتحقّق في الشخص الأجنبي يمكن أن يتحقّق بشخص أحد الشركاء، لا بل ربما أنّ التصرف في كامل العقار لأحد الشركاء أسهل من الناحية العملية من التصرف فيه لأجنبي.

وأيّاً من كان شخص المُتصرف إليه، أجنبياً أم شريكاً، فإنّ التصرف في كامل العقار وفق هذه الآلية لا يُثبت للأقلية المُعترضة حقّ تملك العقار المبيع بالشفعة؛ والقول بغير ذلك قد يترتّب عليه تعطيل إزالة الشبوع عن طريق التصرف في كامل العقار، لا سيّما عند تعدد الشفعاء، إذ يُثبت لكلّ واحد منهم المطلبية بتملك العقار المُتصرف فيه عن طريق الشفعة، فيعود العقار سيرته الأولى ملكية شائعة كما كان.

ويبدو أنّ واضع قانون الملكية العقارية قد ذهل عن إيراد هذه الحالة ضمن عداد الحالات التي لا يجوز فيها مُمارسة حقّ الشفعة. وهذا خلل

يجدر الإسراع بمعالجته؛ لا سيما أنَّ هذه الحالات قد أوردتها المُشرع على سبيل الحصر في إطار الفقرة الخامسة من المادة (14) من هذا القانون. وتجدر الإشارة أخيراً، إلى أنَّ المُشرع لا يشترط توافر أهلية أداء كاملة في أيٍّ من الشركاء (الأكثرية أم الأقلية)، فيستوي أن يكون بين أيٍّ من الشركاء من هو ناقص أهلية أو عديمها أو غائب أو مفقود، حيث تنصُّ المادة (99) ملكية عقارية) على أنه: "يجري التصرف في العقار المملوك على الشيوع وفق أحكام المادتين (96) و(97) من هذا القانون، سواء أكان بين الشركاء ناقص أهلية أم فاقدها أم غائب أم مفقود (هذا، ولم يكن المُشرع مُنسجماً مع نفسه في هذا المقام؛ حيثُ حظر إجراء القسمة الرضائية. أثناء القيام بأعمال التسوية. إذا كان بين الشركاء ناقص أهلية أو عديمها أو غائب أو مفقود، وهذا الصورة أولى بالرعاية من تلك المبسوطه في المتن؛ كونها تهدف إلى إزالة حالة الشيوع في مرحلة مُبكرة (قبل تحويل العقار إلى عقار تمت تسويته). تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (46) ملكية عقارية) على أنه: "أ. يُزال الشيوع، أثناء أعمال التسوية بإذن المُدير وبالصورة التي يراها مُناسبة، في أيٍّ عقار ادعى ملكيته أكثر من شخص على الشيوع، ولم يجرِ تعليق جدول حقوقه، إذا حُدِّد بأنه قطعة مُفترزة، وجرى تثبيته على الخرائط، سواء أجزت القسمة على عقار واحد أم على أكثر من عقار بقسمة جمع، وذلك على النحو التالي: 1. بقسمة رضائية بين الشركاء المُدَّعين، إذا كانت أسماؤهم قد دُوِّنت في جدول الادعاءات، ولم يكن مُنازَعًا في ادعاءاتهم بملكية العقار، ولم يكن بينهم ناقص أهلية أو فاقدها أو غائب أو مفقود؛ فإن كانت هناك مُنازعة في ادعاءاتهم تلك، فتجري القسمة بين الشركاء المُدَّعين الذين سُدِّرجَ أسماؤهم في جدول الحقوق وفقاً لأحكام هذا الفصل. 2. بناءً على طلب خطيٍّ من أصحاب (4/3) ثلاثة أرباع الحصص من الشركاء المذكورين في البند (1) من هذه المادة، إذا تعدَّ الاتفاق على القسمة الرضائية بينهم، أو كان بينهم ناقص أهلية أو فاقدها أو غائب أو مفقود"، على أن يُمثَّل أياً من هؤلاء الولي أو الوصي أو القيم الذي ينوب عنه قانوناً، سواء في طلب التصرف في العقار أو في الاعتراض عليه، بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة الدينية المُختصة (خلاقاً للقانون المدني الذي لم يشترط، هنا، لطلب القسمة القضائية الحصول على إذن من المحكمة الدينية المُختصة. تنصُّ المادة (1041) مدني) على أنه: "1. إذا كان أحد الشركاء غائباً، أو فاقد الأهلية أو ناقصها، فلا تصحُّ القسمة الرضائية حينئذٍ. 2. في القسمة القضائية يُمثَّل الغائب، أو فاقد الأهلية، أو ناقصها، الولي أو الوصي". وموقف واضح المدونة المدنية، هذا، يتسم بالمنطق؛ بالنظر إلى أنَّ القضاء يبسط رقابته على مثل هذا النوع من القسمة. رَ هذا المعنى: تمييز حقوق 1964/461، تاريخ الفصل: 1965/5/17، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 1998/960، تاريخ الفصل: 1998/6/20، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 2004/2616، تاريخ الفصل: 2004/12/22، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 2007/783، تاريخ الفصل: 2007/8/13، منشورات قسطاس).

المبحث الثاني:

الشرائط الشكلية (الإجرائية) لصحة تصرف أكثرية الشركاء في كامل العقار

فرض واضح قانون الملكية العقارية، أيضاً، جملة من الشرائط الشكلية، لا بدَّ من توافرها، لتحقيق إمكانية التصرف في كامل العقار المملوك على الشيوع. والملاحظ على هذه الشرائط أنَّها راعت جانب الأكثرية طالبة التصرف دون توفير حماية جدية للأقلية (المطلب الأول)، خلاقاً للتشريعات العربية التي تبنت هذه الفكرة بمفهومها العام حيثُ سمحت للأكثرية التصرف في كامل المال الشائع إلا أنَّها لم تُغفل في الوقت ذاته مصلحة الأقلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الشرائط الشكلية (الإجرائية) في إطار قانون الملكية العقارية

وضع المُشرع شريطين شكليتين يجب مُراعاهما تحقيقاً لصحة تصرف الأكثرية في كامل العقار الشائع، وتالياً بيان هاتين الشريطتين: الشريطة الأولى: تقديم طلب إلى مُدير التسجيل: يجب لصحة إجراء التصرف في كامل العقار أن تُقدِّم الأكثرية طالبة التصرف في العقار طلباً إلى مُدير التسجيل، الذي يُحيله بدوره إلى لجنة إزالة الشيوع. ويُعدُّ هذا الإجراء هو الإجراء الأول الذي يُصَار إليه من قبل الشركاء الراغبين بالتصرف في كامل العقار.

الشريطة الثانية: تبليغ بقية الشركاء (الأقلية) بقرار إجراء التصرف (وقد صدر نظام "التبليغات التي تُجرىها لجنة إزالة الشيوع في العقار"، رقم (146) لعام 2019، والذي يبيِّن آلية إجراء التبليغات التي تُجرىها لجنة إزالة الشيوع. ومنشور بالجريدة الرسمية، العدد (5599)، بتاريخ: 2019/9/16، ص5582): يأتي هذا الإجراء بعد تقديم الطلب إلى مُدير التسجيل، وقبل تسجيل التصرف في العقار لدى دائرة الأراضي والمساحة. ويُؤخَذ على المُشرع، هنا، أنَّه حدَّد وقت بدء التبليغ، إلاَّ أنَّه أغفل تحديد المدة التي يجب خلالها أن يقوم طالب التصرف بإجراء التبليغ، حيثُ أبقى الباب مفتوحاً. والذي يظهر أن بوسع طالب التصرف دائماً إجراء هذا التبليغ طالما أنَّ الظروف لم تتغيَّر، لا سيما استمرار توافر الأكثرية المطلوبة.

وأيَّما ما كان عليه الحال، فإنَّ التبليغ إجراء شكليٍّ واجب الاتباع، ومن ثمَّ، فإنَّه إذا تمَّ إجراء التصرف دون أن يكون مشفوعاً مسبقاً بالتبليغ ترتَّب على ذلك وصم التصرف بالطلان. ولا يُجزئ أن يتمَّ التبليغ من غير الأغلبية، "كذلك الحكم، إذا تحقَّق علم الأقلية بغير طريق الإعلان، فلا يكفي

العلم ولو كان يقيناً" (طلبه، 2018: 16).

وأما عن طريقة التبليغ فقد جاءت مطلقة فبإمكان طالب التصريف تبليغ قراره عن طريق إنذار عدلي أو بموجب رسالة مسجلة. ويقع على عاتق طالب التصريف (الأكثرية) عبء إثبات أنه قام بتبليغ الشركاء الآخرين بطلب التصريف.

وإذا ما تم تبليغ الأقلية بقرار الأكثرية، تحتم عليها اتخاذ موقفها بالإجازة أو الرفض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الأكثرية للتصريف لدى دائرة الأراضي والمساحة. ويكون أمامهم أحد خيارين: إما أن يجيزوا التصريف، وبالإجازة يُضحي التصريف نافذاً في مواجهتهم، وهذه فرضية لا تُثير أي إشكالية؛ إذ موافقة الأقلية، هنا، تُحمل على وجود إجماع (م 95 ملكية عقارية). وبالإجازة يثبت للأقلية أن تُطالب بحصتها من ثمن العقار المُسعى والمُسجل لدى دائرة الأراضي. أما الخيار الثاني المُتاح لهم فهو عدم الإجازة، والتي تكون إما صراحة بالرفض، وإما ضمناً كما لو امتنعوا عن إبداء رأيهم في التصريف خلال مدة الثلاثين يوماً الممنوحة لهم، فيُحمل هذا الامتناع على الرفض. وهنا، يكون من حق الأقلية إقامة دعوى لدى محكمة البداية (جدير بالذكر أن اختصاص محكمة البداية التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها هو اختصاص نوعي (م 2 ملكية عقارية) للمطالبة بالتعويض عما لحق بهم من ضرر فيما يخص حصصهم من ثمن العقار. ويُشترط لصحة قبول هذه الدعوى أن تُرفع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الأكثرية للتصريف (وقد كان المشروع في مسودته أكثر وضوحاً منه في صيغته النهائية. إذ كانت الفقرة الثانية من المادة (82) من مشروع قانون الملكية العقارية تنص على أنه: "إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على التصريف بالعقار المملوك على الشبوع، وتوافرت أسباب قوية تدعو إلى التصريف به لإنهاء حالة الشبوع في ملكيته، فيجوز للملكي (4/3) ثلاثة أرباع الحصة فيه أن يتقدموا إلى مدير التسجيل بطلب للتصريف به، بالبيع أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، على أن يُبلغ طلبهم هذا إلى بقية الشركاء بإنذار عدلي، فإن أجازوه نفذ التصريف، وإن لم يجزوه كان لهم الاعتراض على هذا الطلب لدى المحكمة المختصة خلال (30) ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغهم طلب التصريف بالعقار". مع مراعاة أن هذه المدة هي مدة سقوط، لا مدة مرور زمان (تقادم)، ومن ثم، فلا تخضع للوقف أو الانقطاع (يكمن الفارق الرئيس بين مدة مرور الزمان (التقادم) ومدة السقوط، في أن مدة مرور الزمان (التقادم) وضعها المشرع لحماية الأوضاع المستقرة أو للضرب على يد الدائن المهمل. حين أن مدة السقوط هي مواعيد حتمية، جاءت لتحديد الوقت الذي يجب أن يتم خلاله حتماً استعمال حق أو رخصة قررها القانون، فإن فاتت هذه المواعيد سقط الحق في استعمال الرخصة أو الحق المقر قانوناً. ومن هنا، يجب على القاضي إثارة مدة السقوط من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يتمسك الخصم بها، خلافاً لمدة مرور الزمان (التقادم) التي يجب على الخصم أن يتمسك بها. السنيوري، ج 3: 1000 - 1002. ر هذا المعنى: تمييز حقوق 2006/559، تاريخ الفصل: 2006/3/30، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 2013/1632، تاريخ الفصل: 2013/8/22، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 2018/2888 (هـ.ع). تاريخ الفصل: 2018/12/31، منشورات قسطاس). وأما إذا لم تقم الأقلية برفع دعوى المطالبة بالتعويض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل التصريف لدى دائرة الأراضي، فيسقط حقهم برفع الدعوى.

ويؤخذ على المشرع أنه ألزم الأقلية في المطالبة بما يُقابل حصصهم على أساس الثمن المُسعى، لا ثمن المثل. وهذا اعتداء صارخ على حقوقهم، وكان قميماً بالمشرع إعطاءهم الخيار في المطالبة بالتعويض على أساس ثمن المثل الذي يُقدر عن طريق الخبرة بالنظر إلى قيمة العقار شائعاً لا مُفرزاً، بطبيعة الحال، إن قدروا أن الثمن المُسعى مُجحف بأن شابه غبن فاحش. وذلك درءاً لشبهة التواطؤ بين الأكثرية والمتصرف إليه (المشتري، مثلاً). وهذا أدعى إلى العدالة لا سيما أننا هنا أمام صورة من صور نزع الملكية الخاصة جبراً على مالكها.

وهذه النتيجة تستفاد من عبارة المشرع: "ولهم إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عما لحق بهم من ضرر فيما يخص حصصهم من ثمن العقار". فلفظة "ثمن" هنا جاءت مطلقة فتُحمل على الثمن المُسعى؛ بالنظر إلى أن المشرع لم يستخدم عبارة "قيمة العقار"، أو "ثمن المثل".

وبيّنتي على كل ذلك، أن اعتراض الأقلية من عدمه على تصرف الأكثرية في كامل العقار هو اعتراض نظري، لا وزن له، ولم يأخذ مصلحة الأقلية بأدنى نظر أو تقدير؛ كونه يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي الحصول على مُقابل حصصهم من الثمن المُسعى في الأحوال كلها جميعاً. لا بل على العكس من ذلك تماماً، فإن قيام الأقلية برفع دعوى سيكون وبالأعلى عليهم كونهم سيحصلون على حصصهم من الثمن بعد فترة أطول بالنظر إلى المدة التي تأخذها إجراءات الدعوى، بخلاف عدم رفعها إذ سيحصلون على ما يُقابل حصصهم من الثمن مباشرة دون عناء الانتظار الذي لا طائل من ورائه.

وهذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الملاحظ أن المشرع سلب من المحكمة أي سلطة سواء في تقدير ثمن المثل للعقار المتصرف فيه، حيث قصر دورها على تقدير التعويض الذي يستحقه الشريك المُعترض، فقط، أي بما يُقابل حصته من الثمن المُسعى لا غير. وكذا، سلب صلاحيتها في تقدير التصريف من حيث كونه ضاراً بمصلحة الشركاء من عدمه، على غرار ما فعلت التشريعات المُقارنة، وفق ما سرى.

وعلى الرغم من أن المشرع قد رفع ما عساه يلحق بالأكثرية من ضرر حال البقاء في الشبوع، وهذا عدل، تطبيقاً للقاعدة الفقهية القاضية بأنه: "لا ضرر ولا ضرار، والضرر يُزال" (م 62 مدني)، إلا أن هذه القاعدة مُقيّدة بأخرى تقضي بأن: "الضرر لا يُزال بمثله" (م 25 مجلة) (يقول الشيخ أحمد الزرقا. رحمه الله. مُعقّباً على هذه القاعدة: "الضرر لا يُزال بمثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه. هذه المادة تصلح أن تكون قيداً للمادة 20/ "الضرر يُزال" أي إلا إذا كانت إزالته لا تيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يُرفع بل يُجبر بقدر الإمكان". 2012: 195. ر المعنى

ذاته، زيدان، 2014: 88). ومن ثَمَّ، يكون المُشرِّع قد ألحق ضرراً بالأقلية كان بالوسع رفعه بمنحهم الحقَّ بالمطالبة بالتعويض على أساس من ثمن المثل.

والذي يظهر أنَّ نصَّ الفقرة الأولى من المادة (96 ملكيَّة عقاريَّة) بصيغته الحاليَّة مُنتقد، ذلك أنَّ المُشرِّع اعتبر أنَّ تصرُّف الأكثرية يُعدُّ نافذاً في حقِّ الأقلية في الأحوال كُلِّها جميعاً، سواء أأبدوا رفضهم أم امتنعوا عن إبداء رأيهم؛ وكأنَّ المُشرِّع عندما ألزم الأكثرية بإبلاغ الأقلية بإجراء التصرف إنما جاء لإضفاء ناحية تجميلية للنصِّ. مع اختلاف طفيف، وهو أنَّ الأقلية إن أجازت التصرف تأخذ مباشرة جزءاً من الثمن المُسَّى في العقد وفق نسبة حصصهم في العقار. وإذا ما رفضت أو امتنعت عن إبداء رأيها فيكون العقد غير نافذ في حقِّهم من جهة الثمن، فقط، ويثبت لها المطالبة بما يُقابل حصصها من الثمن المُسَّى، أيضاً، ولكن عن طريق المحكمة!

ويرد على موقف المُشرِّع في إطار قانون الملكية العقارية عدم انسجامه البتَّة مع موقف واضح المدونة المدنية الذي أخضع قرارات الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع عند قيامهم بأعمال الإدارة غير المعتادة. وهي من قبيل التصرفات المادية. لرقابة القضاء (سوار، 2010: 123؛ مبارك، 1996: 46)، حين أنَّه اكتفى في قانون الملكية العقارية برقابة شكلية للقضاء، على الرغم من أنَّ التصرف في كامل العقار. وهو من قبيل التصرفات القانونية. أشدَّ خطورة من أعمال الإدارة غير المعتادة! (والأمر ذاته يصدق على قسمة المهايأة الرضائية التي اشترط المُشرِّع لهُوضها الإجماع. على الرغم من كونها من أعمال الإدارة المعتادة.، وعند عدم تحقُّقه فيُصار إلى قسمة المهايأة القضائية. يقول الدكتور سوار. رحمه الله: " المهايأة الاتفاقية: وهي تتحقَّق بإجماع الشركاء... ويُلاحظ أنَّ اشتراط الإجماع هنا جاء على خلاف الأصل المقرَّر في إدارة المال الشائع حيثُ تكفي الأغلبية... (م1034 مدني)". 2010: 114. رَ قريباً من هذا المعنى: مبارك، 1996: 43. وهنا، نلاحظ أنَّ المُشرِّع قد تشدَّد في قسمة المهايأة الرضائية، وهي قسمة منفعة لا قسمة ملك للمال، وعلى سبيل التأقيت، وتخفَّف في التصرف في كامل العقار وهي إزالة جذريَّة للشيوع)

وبذا، يكون المُشرِّع قد وفَّر حماية أكبر للأقلية عند تقرير الأكثرية القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة؛ بالسماح لهم بالاعتراض لدى المحكمة (خلافاً للمُشرِّع المصري. ومن حدا حذوه. الذي ساوى بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة غير المعتادة في أكثر من جانب، أهمها: اشتراط موافقة أكثرية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في كليهما؛ وإخضاعهما لرقابة القضاء من حيثُ إجازة التصرف من عدمه. زكي، 1978: 128، 129، 131، 133). تنصُّ المادة (1035 مدني) على أنَّه: "1. للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرَّروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أُعدَّ له، ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يُبلِّغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء بإعذار رسميٍّ، ولمن خالف من هؤلاء حقَّ الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ. 2. وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية. أن تُقرَّر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تُقرَّر إعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يُستحقُّ من التعويضات".

المطلب الثاني:

موقف التشريعات العربية من تصرُّف أغلبية الشركاء في كامل المال الشائع

انقسمت التشريعات العربية إزاء مسألة حقِّ الشركاء الذين يملكون أغلبية الحصص في التصرف في كامل المال المملوك على الشيوع إلى ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: التزمت الصمت عند مُعالجتها للأحكام النازمة للملكية الشائعة حيال هذه المسألة: ممَّا يمكن معه القول بأنَّها تحظر على الشركاء، أيَّا كانت أنصبتهم، التصرف في كامل العقار الشائع؛ لما في ذلك من عظم خروج عن القواعد العامة يتأتَّى من المساس بملكية الغير: كالقانون المدني العربيِّ المُوَحَّد (ز الأحكام النازمة للملكية الشائعة (المواد: 986، 1016 مدني عربيِّ مُوَحَّد))؛ والقانون المدني الأردني (ز الأحكام النازمة للملكية الشائعة (المواد: 1030، 1059 مدني أردني))؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية (ز الأحكام النازمة للملكية الشائعة (المواد: 532، 537 مدني سوداني))؛ وقانون المعاملات المدنية الإماراتيَّة (ز الأحكام النازمة للملكية الشائعة (المواد: 1152، 1181 مدني إماراتي))؛ وقانون المعاملات المدنية العمانيَّة (ز الأحكام النازمة للملكية الشائعة (المواد: 808، 839 مدني عُماني)).

الطائفة الثانية: حظرت صراحة على أغلبية الشركاء، أيَّا كانت أنصبتهم التصرف في كامل العقار الشائع. ومن ثَمَّ، فلا يمكن التصرف في كامل المال الشائع إلَّا بإجماع الشركاء. كقانون الالتزامات والعقود المغربي (تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (972 مدني مغربي) على أنَّ: " قرارات الأغلبية لا تُلزم الأقلية: أ. فيما يتعلَّق بأعمال التصرف، وحتى أعمال الإدارة التي تسمَّى الملكية مباشرة"؛ وقانون الموجبات والعقود اللبناني (تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (836 مدني لبناني) على أنَّه: " لا تُجبر الأقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختصُّ. أوَّلًا: بأعمال التصرف، وبالأعمال الإدارية أيضاً، إذا كانت تسمَّى الملكية مباشرة". رَ الصَّه، 1982: 174؛ 177)؛ والقانون المدني العراقي (تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (1062 مدني عراقي) على أنَّه: " كُلُّ واحد من الشركاء أجنبيٌّ في حصَّة الآخر؛ وليس له أن يتصرَّف فيها تصرُّفاً مُضرباً بأيِّ وجه كان من غير رضاه". وموقف هذه التشريعات ينسجم مع موقف مجلة الأحكام العدلية، التي تشترط الإجماع للتصرف في كامل المال الشائع (حيثُ تنصُّ المادة (1075 مجلة) على أنَّ: " كُلُّ واحد من الشركاء في

شركة الملك أجنبي في حصّة الآخر، ولا يُعتبر أحدٌ وكيلاً عن الآخر؛ لذلك لا يجوز تصريف أحدهما في حصّة الآخر بدون إذنه...". يقول الدكتور سوار. رحمه الله. تعليقاً على هذا النص: "فإذا أرادت أغلبية الشركاء في دار بيع هذه الدار، تعيّن عليها الحصول على موافقة جميع الشركاء على هذا البيع. وإذا ما تعيّن أحد الشركاء، ورفض الموافقة، امتنع إجراء البيع، مهما كانت حصّة المخالف زهيدة". 1991: 378. رَ أيضاً المعنى ذاته: الكزبري، 1959: 347. 348.

وموقف المجلّة هذا جاء مُتأثراً بموقف الفقه الإسلامي الذي يشترط بدوه الإجماع لصحّة التصريف في كامل المال الشائع. سوار، 2010: 131؛ طه، 1977: 108). وهذه التشريعات تُجاري في موقفها هذا احترام مبدأ حرّيّة المالك في التصريف في ملكه، ومن مُستلزمات هذا المبدأ حقُّ المالك في التصريف في ملكه من عدمه، فلا يُفرض عليه التصريف في ماله رغماً عنه، جريباً مع القاعدة الفقهية القاضية بأنّه: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه" (96 مجلّة) (يقول الدكتور عبد الكريم زيدان. رحمه الله. في معرض تعليقه على هذه القاعدة: "ملك الغير مُحترَم؛ فلا يجوز انتهاك حرمة بالتصرف فيه بلا إذن صاحبه... فإن تصريف الإنسان في ملك غيره بلا إذن ولا صفة تُبيح له التصريف، فتصرفه في ملك الغير لا يجوز شرعاً". 2014: 162. رَ المعنى ذاته: الزرقا، 2012: 461. 464).

الطائفة الثالثة: أجازت صراحة لأكثرية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع التصريف في كامل المال المملوك على الشبوع، كالقانون المدني المصري (تنصُّ المادة (832 مدني مصري) على أن: "للشركاء، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يُقرّروا التصريف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يُعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حقُّ الرجوع إلى المحكمة، خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارّة بمصالح الشركاء، أن تُقرّر تبعاً للظروف ما إذا كان التصريف واجباً")؛ والقانون المدني الليبي (المادة (841 مدني ليبي)، وهي تُطابق المادة (832 مدني مصري))؛ والقانون المدني السوري (تنصُّ المادة (787 مدني سوري) على أنّه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يُقرّروا التصريف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قويّة. على أن يُبلّغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء كما ورد في المادة 784. ولمن خالف من هؤلاء حقُّ الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ. وللمحكمة، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارّة بمصالح الشركاء، أن تُقرّر تبعاً للظروف ما إذا كان التصريف واجباً". هذا، وتشترط المادة (784) المُشار إليها، أن يتمّ التبليغ بمُوجب كتاب مضمون أو بطريقة رسميّة أخرى. رَ الكزبري، 1959: 348)؛ والقانون المدني الجزائري (تنصُّ المادة (720 مدني جزائري) على أنّه: "للشركاء الذين يملكون في الأقل ثلاثة أرباع (4/3) المال الشائع أن يُقرّروا التصريف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قويّة، على أن يُعلنوا بغير قضائيّ قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حقُّ الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارّة بمصالح الشركاء، أن تُقرّر تبعاً للظروف ما إذا كان التصريف واجباً")؛ والقانون المدني البحريني (تنصُّ المادة (786 مدني بحريني) على أنّه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يُقرّروا التصريف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قويّة، وكانت القسمة ضارّة بمصالح الشركاء، وعليهم أن يُخطروا باقي الشركاء بقراراتهم بكتاب مُسجّل يعلم الوصول بدون مظلوف، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدّم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار، وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه")؛ والقانون المدني الكويتي (تنصُّ المادة (827 مدني كويتي) على أنّه: على أنّه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يُقرّروا التصريف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قويّة، وكانت القسمة ضارّة بمصالح الشركاء، وعليهم أن يُخطروا باقي الشركاء بقراراتهم بكتاب، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدّم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار، وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه". رَ أبو الليل، 1990: 147. 149)؛ والقانون المدني القطري (المادة (861 مدني قطري)، وهي تُطابق المادة (827 مدني كويتي)). في حين اكتفى القانون المدني اليمني بالأغلبية المطلقة (تنصُّ المادة (1192 مدني يمني) على أنّه: "إذا رغب أغلب الشركاء نصيباً في التصريف في المال الشائع، وأعلنوا باقي الشركاء بقراراتهم مع الأسباب الداعية إليه، فاعتُرض عليه أو كان بعض الشركاء غائباً ولم يُمكن إعلانها، وكان المال ممّا لا يقبل القسمة بدون ضرر، يلجأ الراغبون إلى القضاء ليأمر بالتصرف في المال مع تحقيق المصلحة، ويقوم قرار القاضي بالتصرف طبقاً للشروط التي تحددها المحكمة مقام موافقة الشركاء جميعاً، وللمُتضرّر من الأقلية حقُّ اللجوء إلى القضاء للتظلم من قرار الأغلبية".

والملاحظ على موقف المُشرّع اليمني أنّ فيه فرط تسامح في غير موطنه، والأقسط هو موقف التشريعات العربية التي اشترطت إتفاق الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص).

والملاحظ أنّ موقف هذه التشريعات يفضل موقف أخيها الأردني من عدّة جوانب لعلّ أهمها (رَ ذلك: السهوري، ج: 8. 838. 841؛ سوار، 1991: 378. 379؛ أبو السعود، 1997: 93. 92؛ طلبه، 1987: 96. 95؛ طلبه، 2018: 19. 15؛ كيرة، 1998: 171. 172):

أ. أنّها سوّت بين تصريف أكثرية الشركاء سواء أكان المحل عقاراً أم منقولاً، فكانت مُنسجمة مع نفسها، خلافاً للمُشرّع الأردني الذي حصر وعاءها في إطار العقارات، فقط.

ب. أنّها سمحت لأكثرية الشركاء إجراء جميع أنواع التصرفات القانونية، يستوي في ذلك أن يكون التصريف ناقلاً للملكيّة، كالبيع، أم مُتعلّقاً

بترتيب حقّ عينيٍّ أصليٍّ، حقّ انتفاع، أم بترتيب حقّ عينيٍّ تبعيٍّ، كالرهن. ويستوي في ذلك أيضاً أن يرد التصرف على كامل المال الشائع أم على جزء منه. خلافاً للمُشرّع الأردنيّ الذي حصرها في إطار تلّكم الناقلة للملكيّة والتي محلّها كامل العقار الشائع.

ويكمن سبب هذا الاختلاف في أنّ الغاية التي ترمي إليها التشريعات التي تسمح لأكثرية الشركاء في التصرف في المال الشائع بجميع ضروب التصرف القانونيّة ليس المقصود منه هو إنهاء حالة الشيوع. كما هو الحال في قانون الملكيّة العقاريّة الأردنيّ. وإنّما تسهيل سُبُل الانتفاع بالمال الشائع وتجاوز ما عساه يعترض الشركاء من عقبات تحول دون الانتفاع الأمثل بالمال المملوك على الشيوع.

ج. أنّها وسّعت في نطاق الأسباب التي تُسوّج للأكثرية التصرف في كامل المال الشائع؛ ومن ثَمَّ، يكون بوسع الأكثرية إجراء التصرف في كلّ حال تنهض فيه أسباب قويّة لإجراء مثل هذا التصرف، كأن يكون المال الشائع غير قابل للقسمة، أو أن تعرض للشركاء فرصة مُواتية يُخشى فواتها لبيع المال بشروط مُغرية، أو في الأحوال التي لا يُمكن فيها للشركاء الانتفاع الحسن بالمال إلا بعد إجراء تحسينات أو ترميمات أو إنشاءات، ولا يملك الشركاء المُشتاعون المال الكافي لإجرائها؛ ممّا يعني بقاء المال الشائع خرباً لا يمكن الإفادة منه، فيعتمد الشركاء إلى رهنه ضماناً للحصول على القرض اللازم. حين أنّ المُشرّع الأردنيّ حصر نطاق ذلك في حالة يتيمة وهي أن تكون حصص الأقلية في العقار المملوك على الشيوع غير قابلة للقسمة مُنفردة أو مُجمّعة.

د. أنّها منحت المحكمة سلطة حقيقة مرنة، فللمحكمة سلطة تقديرية في التحقق من توافر أسباب قويّة تُسوّج التصرف في كامل المال الشائع من عدمه، وبناءً عليه يثبت لها سلطة البت في إجراء هذا التصرف أو منعه، وهنا، لا يمكن إجراء التصرف إلا بإجماع الشركاء؛ وبذا لم تترك هذه التشريعات الأقلية دون حماية قضائية فعلية؛ كونها تملك حقّ التظلم من قرار الأكثرية إلى القضاء. أمّا المُشرّع الأردنيّ فقد جرّد المحكمة من مثل هذه الصلاحيات.

الخاتمة

لا ينظر المُشرّع إلى الملكيّة الشائعة نظرة ترحيب؛ وهذا ما يُفسّر توجّه واضع قانون الملكيّة العقاريّة بالسماح للشركاء الذين يملكون على الأقلّ ثلاثة أرباع الحصص من التصرف في كامل العقار؛ ممّا يُسهّل بشكل ملموس جدّاً التخلّص من حالة الشيوع، ومن ثَمَّ، سلاسة استغلال العقار على وجه أمثل.

وهذا التصور الذي ساقه المُشرّع، هنا، قد يبدو في ظاهره نزع ملكيّة خاصّة (ملكيّة الأقلية) تحقيقاً لمصلحة خاصّة (الأكثرية)، بيد أنّ مثل هذا التفسير ضيق في مداه المنظور فيه إلى المُستفيدين منه كحالات فردية لا تقوى مُتتابة بذاتها على تسويغه، والصواب أنّ المصلحة المُتحقّقة هنا هي مصلحة عامّة في نطاقها الأوسع ترعى النظام الاقتصاديّ للأفراد بمجموعهم؛ فالحقّ اليوم، أنّ الملكيّة الشائعة عائق كبير أمام الانتفاع الأمثل بالمال الذي جعل الشارع الحكيم العبد نائباً عنه فيه؛ إذ المُلْك لله؛ ومن ثَمَّ، ينبغي أن تُراعى مصلحة الأُمَّة في مجموعها في هذا المال. وهي مصلحة عامّة راجحة. بتعميره واستغلاله وإنمائه (الكيلاني، 2006: 102، 104؛ الغناني، 2017: 9، 5). ولا جرم أنّ ذلك يكون بنقل المال من حالة ملكيّة شائعة مرغوب عنها إلى ملكيّة مُفترزة مرغوب فيها. (يقول الدكتور عبد الكريم زيدان. رحمه الله: "وتقرير حقّ الملكيّة للإنسان على ما خلقه الله من أشياء، يجب أن لا يُنسب إليه أنّ المالك الحقيقيّ لهذه الأشياء هو الله تعالى، فالله تعالى خالق كلّ شيء ومالك كلّ شيء... ويتربّ على ما قلناه من أنّ المالك الحقيقيّ هو الله تعالى، أنّ الإنسان فيما يملكه بمنزلة النائب والوكيل عن مالكة الحقيقيّ، والشأن في الوكيل أن يتصرّف وفق ما يُريده المُوكّل. وعلى هذا يجب على من ثبت له المُلْك على شيء أن يخضع في تصرّفه فيه لجميع القيود التي شرعها الله تعالى، ومنها ملاحظة مصلحة الجماعة، وبكلمة جامعة، عليه أن يتصرّف فيه على الوجه الذي شرعه الله ويُرْضي الله تعالى، وممّا لا شكّ فيه أنّ ما يُرضي الله هو تصرّفه النافع للجماعة مثل: تثميره للمال الذي عنده على الوجه المشروع الذي يُحقّق النفع له وللآخرين وعدم كثره أو تعطيله ولزوم إنفاقه في وجوه البرّ وتحقيق التكافل الاجتماعيّ وسدّ حاجة المُحتاجين، وعدم اتّخاذه وسيلة للإضرار بالآخرين... والأصل أنّ قيود الملكيّة للمصلحة العامّة يقوم بتنفيذها والالتزام بها صاحب حقّ الملكيّة... ولكن لما كانت استقامة أمور الدنيا ضرورية لاستقامة أمور الآخرة وتسهيل عبادة الله فقد أذن الله تعالى للجماعة مُتمثلة بولي الأمر بمراقبة تصرّفات الأفراد في حقوقهم، ومنها حقّ الملكيّة، ومنعهم من كلّ تصرّف يلحق الضرر بالجماعة أو يُفوّت مصالحها العامّة المشروعة... دفعاً للضرر عن المُجتمع وحفظاً لمصالحها العامّة التي هي من حقّ الله تعالى". 1982: 32، 37. رَ هذه المعاني، أيضاً: 20، 19: 77؛ 81)

وهذه السياسة التشريعيّة حسنة في ذاتها؛ لما فيها من آثار إيجابية تصبّ في بوتقة المصلحة العامّة، بيد أنّ واضع قانون الملكيّة العقاريّة عمد إلى تقرير صِحّة التصرف الصادر من أكثرية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع، دون توفير الحد الأدنى من الضمانات التي تهدف إلى حماية الأقلية، وهذا مسلك غير محمود؛ خلافاً للتشريعات العربيّة التي أجازت صِحّة مثل هذه التصرفات ولكن حرصت على ضبط هذه التصرفات في إطار قيود مُعيّنة توفر حماية حقيقية إلى أقلية الشركاء، فحقّقت بذلك توازناً محموداً بين مصالح الفريقين. وهذا ما أغفله المُشرّع الأردنيّ.

النتائج

خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج، تالياً أهمها:

أ. خرج المشرع عند مدّه لأثار العقد الذي يُجريه الشركاء مالكو ثلاثة أرباع الحصص وجعله نافذاً في مواجهة الأقلية الذين لم يكونوا طرفاً فيه عن إطار المبدأ القانوني القاضي بأن أثار العقد تنحصر في الأشخاص الذين كانوا طرفاً فيه، ولا يتعدى غيرهم؛ فالأجنبي عن العقد لا يناله منه نفع، ولا يطلاله منه ضرر (م110؛ 208 مدني). بيد أن سماح المشرع للأكثرية بالتصرف في كامل العقار الشائع يجد سنده بتقديم المصلحة العامة على الخاصة عند تعارضهما، أخذاً بالقاعدة الفقهية القاضية بوجوب أن: "يُدفع الضرر العام بالضرر الخاص، والأشدُّ بالأخف". (م26؛ 27 مجلة؛ م65 مدني).

ب. إن سياسة المشرع بالسماح للأكثرية بالتصرف في كامل العقار الذي تكون فيه حصص الأقلية غير قابلة للقسمة منفردة أو مجتمعة تتلاءم تمامًا من حيث النتيجة مع موقف المشرع من قسمة العقار الشائع (م113 ملكية عقارية)؛ إذ يُصَار في كليهما إلى عرض حصص الأقلية للمزايدة بين الشركاء مالكي الحصص القابلة للقسمة، وفي حال رفضهم يُصَار إلى بيع العقار كاملاً بالمزاد العلني.

ج. أورثت المعالجة المجتزأة للأحكام النازمة لتصرف الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الحصص في كامل العقار بعض التشوهات التشريعية الغربية وغير المنطقية: كاشتراط المشرع الإجماع للتصرف في كامل المنقول، حين أنه اشترط موافقة الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص للتصرف بكامل العقار! وكذا، إخضاع المشرع تصرفات الأكثرية في إطار أعمال الإدارة غير المعتادة لرقابة القضاء؛ خلافاً للتصرفات القانونية في كامل العقار التي أخضعها لرقابة قضائية شكلية.

د. على الرغم من وجاهة الأسباب التي دفعت واضع قانون الملكية العقارية بالسماح لأكثرية الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص بالتصرف في كامل العقار، إلا أن الحل الذي أتى عليه المشرع بصيغته الحالية. يشوبه بعض المحاذير، لعل من أبرزها أنه اكتفى لإعمال هذا النص أن يتقدم أكثرية الشركاء بطلب إلى مدير التسجيل لإجراء التصرف في كامل العقار؛ إذ بمجرد تحقق المدير من أن الحصص المتبقية (حصص الأقلية) غير قابلة للقسمة منفردة أو مجتمعة، يتم إجراء التصرف، ويعد التصرف نافذاً في مواجهة الأقلية من لحظة تسجيله لدى دائرة الأراضي والمساحة، سواء أقبلت الأقلية إجازة التصرف أم رفضت إجازته. وكل ما تملكه عند رفضها هو تقديم اعتراض لدى محكمة البداية وذلك لغايات المطالبة بالتعويض الذي يُقدَّر على أساس الثمن المُسعى، دون أن تملك المحكمة صلاحية فسخ التصرف، أو تقدير التعويض وفق ثمن المثل.

التوصيات

وخلصت هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات، نعرض فيما يلي لأبرزها:

أ. منح المحكمة سلطة تقدير التعويض المطالب به من قبل الأقلية التي ترفض إجازة تصرف الأكثرية على أساس ثمن المثل لا الثمن المُسعى، جرياً مع القواعد الفقهية القاضية بأنه: "لا ضرر ولا ضرار، والضرر يُزال" (م62 مدني)؛ "ما أُبيع للضرورة يتقدَّر بقدرها" (م22 مجلة)؛ "الضرر يُدفع بقدر الإمكان" (م31 مجلة)؛ "الاضطرار لا يُبطل حق الغير" (م63 مدني).

ب. النص صراحة على عدم جواز تملك الأقلية للعقار المبيع من قبل الشركاء مالكي ثلاثة أرباع الحصص بالشفعة، بإضافة بند إلى الفقرة الخامسة من المادة (14 ملكية عقارية).

ج. ربط حساب الأكثرية المطلوبة لغايات التصرف في كامل العقار بقيمة الأنصبة؛ بغض النظر عن عدد الشركاء، على غرار ما فعله واضع المدونة المدنية في إطار أعمال الإدارة المعتادة (م1/1034 مدني).

د. تعديل نص المادة (46 ملكية عقارية) بحيث يُسمح بإجراء القسمة الرضائية. أثناء القيام بأعمال التسوية. في الأحوال التي يكون فيها بين الشركاء ناقص أهلية أو عديمها أو غائب أو مفقود؛ تحقيقاً للتناغم مع نص المادة (99 ملكية عقارية) التي تسمح صراحة بإزالة الشيوع في إطار العقارات التي تمت تسويتها حتى مع وجود شريك ناقص أهلية أو عديمها أو غائب أو مفقود، أيًا ما كانت طريقة إزالة الشيوع. ذلك أن الحالة الأولى أجدر بالرعاية من الثانية؛ كونها تهدف إلى إنهاء الشيوع أثناء إجراءات التسوية.

المراجع

الكتب والأوراق البحثية

- أبو السعود، ر. (1997). *الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها*. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- أبو الليل، إ. د. (1990). *الحقوق العينية الأصلية*. الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.
- الزرقا، ش. أ. (2012). *شرح القواعد الفقهية*. (ط10). دمشق: دار القلم.
- زكي، م. ج. (1978). *الوجيز في الحقوق العينية الأصلية*. القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة.
- زبدان، ع. (1982). *القيود الواردة على الملكية الفردية للمصاحبة العامة في الشريعة الإسلامية*.
- زبدان، ع. (2014). *الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية*. دمشق: دار الرسالة.
- السنهوري، ع. (1991). *شرح القانون المدني (السوري)*. دمشق: مطبوعات جامعة دمشق.
- السنهوري، ع. (1999). *شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية*. عمان: دار الثقافة.
- السنهوري، ع. (2001). *الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمذونات المدنية العربية*. (ط2). عمان: دار الثقافة.
- السنهوري، ع. (2010). *حق الملكية في ذاته في القانون المدني*. (ط2). عمان: دار الثقافة.
- السنهوري، ع. *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*.
- السنهوري، ع. *الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال*.
- الصدّ، ع. ف. (1982). *الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري*. بيروت: دار النهضة العربية.
- طلّبه، أ. (1987). *الوسيط في القانون المدني*.
- طلّبه، أ. (2018). *الملكية الشائعة*.
- طه، غ. ح. (1977). *الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي. دراسة مقارنة*. الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.
- الغنائيم، ن. (2017). *الاجتهاد المقاصدي وأهميته في المستجدات الفقهية. دراسات: علوم الشريعة والقانون*، 44(4).
- الكزبري، م. (1959). *القانون المدني، الحقوق العينية*. مطبعة الجامعة السورية.
- كيرة، ح. (1998). *المؤجّز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها*. الاسكندرية: دار المعارف (الإسكندرية).
- الكيلاني، ع. ز. (2006). *أثر المقاصد الجزئية والكلية في فهم النصوص الشرعية (دراسة تطبيقية في السنة النبوية)*. دراسات: علوم الشريعة والقانون، 33(1).
- مبارك، س. (1996). *مؤجّز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية*.
- يكن، ز. (د. س.). *شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة*.
- قانون الملكية العقارية، رقم (13) لعام 2019، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (5573)، بتاريخ: 2019/5/16، ص 2792.
- القانون المدني الأردني، رقم (43) لعام 1976، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (2645)، بتاريخ: 1976/8/1، ص 2. مع مذكراته الإيضاحية، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين (عمّان)، 2000.
- منشورات قسطاس القانونية (www.qistas.com).

References

- Abu Al-Layl, I. D. (1990). *The original real rights*. Kuwait: Kuwait University Press.
- Abu Al-Saud, R. (1997). *Al-Wajeez in the original real rights, the provisions of the original real rights and their sources*. Alexandria: University Press.
- Al-Ghanayem, N. (2017). Purposeful diligence and its importance in jurisprudential developments. *Dirasat: Shari'a And Law Sciences*, 44(4). Retrieved from: <https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/view/10924>
- Al-Kilani, A. G. (2006). The impact of partial and total purposes in understanding the legal texts (an applied study in the Sunnah of the Prophet). *Dirasat: Shari'a And Law Sciences*, 33(1). Retrieved from <https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/view/1853>
- Al-Sadah, A. F. (1982). *The original real rights, a study in Lebanese and Egyptian law*. Beirut: Arab Renaissance House.
- Al-Sanhoury, A. (1991). *Explanation of the Civil Law (Syrian)*. Damascus: Damascus University Press.
- Al-Sanhoury, A. (1999). *Explanation of civil law, original real rights*. Amman: House of Culture.
- Al-Sanhoury, A. (2001). *General trends in civil law, a balanced study of Islamic jurisprudence and Arab civil codes*. (I 2). Amman: House of Culture.

- Al-Sanhoury, A. (2010). *The right to property in itself in civil law*. (2nd Ed.). Amman: House of Culture.
- Al-Sanhoury, A. *Alwaseet for explaining the civil law, the right of ownership with a detailed explanation of things and money*.
- Al-Sanhoury, A. *Alwaseet for explaining the new civil law*.
- Jordanian Civil Law, No. (43) of 1976, published in the Official Gazette, No. (2645), dated: 1/8/1976, p. 2. With explanatory notes, prepared by the Technical Office of the Bar Association (Amman), 2000.
- Kira, H. (1998). *The summary of the provisions of the Civil Code, the original real rights: their provisions and sources*. Alexandria: House of Knowledge (Alexandria).
- Kuzbari, M. (1959). *Civil law, real rights*. Syrian University Press.
- Mubarak, S. (1996). *Summary of the provisions of the Jordanian Civil Code, rights in kind*.
- Qistas Legal Publications (www.qistas.com).
- Real Estate Ownership Law, No. (13) of 2019, published in the Official Gazette, No. (5573), dated: May 16, 2019, p. 2792.
- Taha, G. H. (1977). *Real rights in Kuwaiti civil law - a comparative study*. Kuwait: Kuwait University Press.
- Tulbah, A. (1987). *Alwaseet for civil law*.
- Tulbah, A. (2018). *Common property*.
- Yakun, Z. (D.S.). *A new detailed explanation of the law on real property and immovable property rights*.
- Zaki, M. C. (1978). *Al-Wajeez for the original real rights*. Cairo: Cairo University Press.
- Zarqa, S. A. (2012). *Explanation of fiqh rules*. (10th Ed.). Damascus: Dar Al-Qalam.
- Zidane, A. (1982). *Restrictions on individual property in the public interest in Islamic law*.
- Zidane, A. (2014). *Al-Wajeez in explaining the jurisprudence rules in Islamic law*. Damascus: Dar Al-Resalah.