



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران 01 أحمد بن بلة

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون
فرع المعاملات المالية.

إشراف الدكتور:

جمعي ليلي

إعداد الطالب :

لبيض بوبكر

أعضاء لجنة المناقشة		
رئيسا ومناقشا	أستاذ محاضر (أ)	د/ حبار آمال
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر (أ)	د/ ليلي جمعي
مناقشا	أستاذ محاضر (أ)	د/ بتغور عبد القادر
مناقشا	أستاذ محاضر (أ)	د/ صافي حبيب

السنة الجامعية: 1435 هـ / 1436 هـ

2014م / 2015م

شكر وتقدير

باسم الاحترام والتقدير أتعلم إلى الاستاذة الدكتورة: ليلى جمعي بكل الشكر والتقدير على ما قدمته في هذا العمل من إشراف وحسن وتوجيه وتفانٍ من أجل العلم وطالبه، كما أتوجه بالشكر لأساتذة السنة النظرية الذين كان لي الشرف أن درست على أيديهم، والشكر موصول للجنة المصححة لهذا البحث المتواضع، وإدارة كلية الحضارة الإسلامية والمكتبة المركزية وكل من ساهم في إنجاز هذا البحث واحمد الله رب العالمين.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين، سيدنا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: يقول ربنا عز وجل في محكم تنزيله: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾¹ فقد فطر الله

النفس البشرية على حب المال وتملكه والاستئثار بالأشياء والتفرد بها، ولهذا فإن الإنسان يسعى في معاملاته اليومية لإشباع هذه الحاجة بكل الوسائل والسبل، وإذا كان المال هو عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فإنه من الطبيعي جداً أن نرى الناس يتهافتون وراءه من أجل كسبه وتملكه.

وهنا يبرز لنا حق الملكية باعتباره أول وأهم هذه الحقوق التي تنظم لنا تلك الرغبات والحاجات الإنسانية، وذلك كله وفق ضوابط وقواعد قررها ونص عليها كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

و الأصل في الملكية أن تكون متميزة و مفرز محلها الذي تركزت فيه عن غيره، ولكن هذا الوضع ليس ثابتاً دائماً، فقد ينشأ الملك ويتعدد أصحابه بطريقة تجعله يثبت لعدة أشخاص على نفس الشيء وفي نفس الوقت، وهذا ما يسميه الفقهاء بالملكية الشائعة.

والفقهاء يقسمون الشيوع إلى قسمين: شيوع اختياري وشيوع إجباري، فالشيوع الاختياري يوصف بهذا الوصف إذا كان قابلاً للقسمة، بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه يتوقف على إرادة المالكين، فلكل واحد منهم في حالة عدم وجود اتفاق أن يطلب إفراز نصيبه فيصبح بذلك مالكا ملكية مفرزة

1 الكهف: الآية 46.

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا

عن طريق القسمة، وأما الشيوع الإجباري فعلى العكس من ذلك تماما فلا يجوز طلب القسمة فيه، وهذا مبدأ عام قد جرى عليه كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

وفي عصرنا الحالي كثر المال الشائع شيوعا اختياريا وذلك راجع لأسباب كثيرة منها:

سبب تقليدي وهو نظام التوارث، وسبب راجع إلى المعاملات المالية القائمة بين الناس كالاشتراك في عقد الشراء أو الوصية أو الاشتراك في حيازة مباح

ولما كان تعدد الشركاء في المال الشائع يؤدي إلى نزاع وخلاف بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل شريك سلطاته واستيفائه لحقوقه في العين المشتركة تصرفا واستعمالا واستغلالا فإن المشرع الجزائري قد نظم أحكام الملكية الشائعة وذلك من المادة 713 إلى المادة 742 من القانون المدني الجزائري، وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية فقد تكلموا عن الملكية الشائعة وفصلوا في أحكامها وقعدوا لها قواعد تضبطها إلا أن هاته الأحكام والقواعد مبثوثة منثورة في كل عقد من عقود المعاملات المالية .

وفي هذه الدراسة سنتعرض إلى التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا وبيان الأحكام الخاصة بهذا التصرف.

أسباب اختيار هذا الموضوع:

إن الدوافع والأسباب التي جعلتني أخوض غمار هذا الموضوع تتلخص في الأمور التالية:

- إن هذا الموضوع مبثوث في بطون كتب الفقه الإسلامي وأحكامه تعتبر منثورة في كل باب من أبواب المعاملات المالية، فأردت جمع ما هو منثور ودراسته دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري.

- من خلال دراستنا لفقه المعاملات ونظرية العقد (في العام النظري) اكتشفنا أن هناك توافقا بين القانون المدني والفقه الإسلامي، فأردت أن أبين مدى هذا التوافق من خلال موضوع التصرف في المال الشائع.

أهمية الموضوع:

تتجلى الأهمية العلمية لهذا الموضوع في أن مسائل الملك الشائع والتصرف فيه تعتبر شديدة الصلة بالواقع العملي لحياة الناس، ولذلك كان لا بد من تجليله وبيان أحكامه.

بالإضافة إلى ذلك أنه إذا كان هناك توافق بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني الجزائري في هذا الموضوع، فعلينا أن ننظر إلى نسبة هذا التوافق هل هي إلى حد التطابق، لأننا بمثل هذه الدراسات نكون قد خطونا الخطوة الأولى للقضاء على فكرة إبعاد الشريعة عن الحياة العملية، وبيان أن الفقه الإسلامي يحمل نظاما مدنيا متكامل المعالم.

أهداف الموضوع:

يطمح هذا البحث إلى إثبات وإبراز التوافق الكبير الموجود بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، والذي وصل في بعض المسائل إلى حد التطابق، كما أنه يسعى إلى إظهار التنظيم القانوني الموجود في الفقه الإسلامي، عند الكلام عن حق الشفعة وكيف أنه حق جاء لرفع الضرر الذي قد يحدثه الشريك لشريكه.

الدراسات السابقة:

لم أجد - فيما بحثت - دراسة سابقة تحمل مثل هذا العنوان ولكنني استفدت من دراسات وكتب تناولت هذا الموضوع وأثرته، وأهم هاته الدراسات:

- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، 1999م، من دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية - مصر

ومما يؤخذ على هذه الدراسة أنها لم تعرف لنا مصطلح "التصرف"، ولم يتناول صاحبها حق الشفعة لا باعتباره أثراً من آثار تصرفات الشريك، ولا باعتباره وسيلة من وسائل رفع الضرر.

- محازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق و العلوم التجارية، 2004-2005م.

لم تقم هاته الدراسة -كسابقتها- بتعريف "التصرف"، كما أنها لم تقم بتكييف حق المالك على الشيوع.

- أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - القاهرة، 2012م. ومما يؤخذ عليه أنه مرة يقول بأن الملكية الشائعة ملكية ناقصة ومرة يقول انها ملكية تامة

منهج البحث في الموضوع:

يستدعي البحث في مثل هذا الموضوع إتباع المناهج التالية: المنهج الوصفي والاستقرائي والاستدلالي والمقارن.

ففي المنهج الوصفي قمنا بعرض مسائل الشروع وتكييف طبيعته القانونية، ثم قمنا بتقسيم التصرف في المال الشائع باعتبار سلطة التصرف إلى تصرفات جماعية وتصرفات فردية، ثم بحثنا أحكام كل تصرف على جهة، أما المنهج الاستقرائي فقد قمنا فيه بتتبع أقوال الفقهاء في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذكر الخلاف الموجود في كل مسألة، وأما في المنهج الاستدلالي فعند ذكرنا لكل رأي فقهي نذكر أدلته وحججه، ثم نحاول ذكر ما يرد عليه وما يناقض رأيه ودليله، وبعد ذلك نعمل محاولة الجمع بين الأقوال قدر الإمكان، فإن تعذر ذلك عمدنا إلى الترجيح بذكر الدليل الذي يقوي الرأي المختار، كل هذا بمنهج المقارنة، لأن المقارنة توسع المدارك وتفتق الأذهان وتشحذها.

وعند ذكر أي رأي فقهي أنسب هذا الرأي لأصحابه، وأذكر الكتاب والجزء والصفحة ودار النشر وسنة طبع هذا الكتاب ورقم الطبعة إن وجد كل ذلك.

اعتمدت دراسة الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة بالإضافة إلى المذهب الظاهري، الذي فصل كثيراً في مسائل الشروع وله رأي مهم فيما يخص الشفعة في المنقول، وحاولت مقارنة ذلك مع ما جاء من نصوص في القانون المدني الجزائري، وشروح للقانون المدني خاصة الكتب القانونية التي تكلمت عن الحقوق العينية الأصلية.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

قمت بتخريج الأحاديث الواردة في هذه الدراسة، فإن كان الحديث في البخاري ومسلم أو في أحدهما اكتفيت بذلك مع بيان رقم الحديث والباب الذي جاء فيه والكتاب أيضاً، وإن لم يكن موجوداً في البخاري ولا في مسلم قمت بتخريجه من أحد الكتب الأربعة مع بيان درجته قدر الإمكان.

وأما فيما يخص الإحالة فإذا كان النص قد أخذته مباشرة من المؤلف (أي إذا كان النقل حرفياً من نص المؤلف) فإنني أميزه بـ " " ، وأما إذا كانت الاستفادة غير مباشرة فإنني أكتفي بالإحالة إليه في الهامش .

إشكالية البحث:

إذا كانت الملكية الشائعة تعني أن يكون المال مملوكاً لعدة أشخاص وفي نفس الوقت، فإن السؤال الذي نطرحه هو: هل وجود الشيوع في الملك يمنع أصحابه من التصرف فيه؟ ثم من الذي يحدد لنا أن هذا مال شائع شيوعاً إجبارياً والآخر اختيارياً؟

وإذا كان وجود الشيوع لا يتدخل في سلطة التصرف، فما هي حدود هاته السلطة عند التصرف في المال الشائع؟ هل هي حدود ضيقة أم أنها حدود واسعة مثلها مثل الملكية العادية؟ وما هو الضابط في كل هذه التصرفات؟ ثم إلى أي مدى توافق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي؟ وما نسبة هذا التوافق؟

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالات السابقة فإننا نقترح الخطة التالية:

الفصل الأول: الشيوع لا يمنع التصرف

المبحث الأول: حقيقة الملك الشائع

المبحث الثاني: المالك على الشيوع يملك الحق في التصرف.

الفصل الثاني: الشيوع يضيق من نطاق التصرف في المال الشائع

المبحث الأول: سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع

المبحث الثاني: طبيعة قيد التصرف في المال الشائع

وفي الأخير فإنني أتوجه إلى الله عز وجل بالحمد والشكر وأسأله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، كما أتوجه إلى الأستاذة المشرفة بكل الشكر والتقدير على ما أفادتني به من نصيح وإرشاد وتوجيه، وكل من ساعدني وأعانني من قريب أو بعيد على إتمام هذا البحث المتواضع، لهم مني كل الشكر والعرفان والحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول

الشيوع لا يمنع التصرف

إن كل المنظومات التشريعية تعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقاً¹، وذلك لأن الملك حق ينصب على شيء معين بالذات، والأصل فيه أن صاحبه يستطيع أن يباشره بدون وساطة، ومعنى كونه حقاً أصلياً أي أنه يقوم مستقلاً بذاته وليس تابعاً لحق آخر بل على العكس من ذلك تماماً فمن حق الملكية تنشأ وتتفرع حقوق أخرى كحق الانتفاع والارتفاق..

كما أن الأصل في الملكية أن تكون منفردة، أي أنها تثبت لشخص واحد فقط تخول له كل سلطات الملك من استعمال واستغلال وتصرف، ولكن هذا الوضع ليس دائماً كذلك فقد ينشأ الملك ويتعدد أصحابه بطريقة تجعل كل واحد من هؤلاء الملاك يشارك الآخر في ملكه، وهذا ما يسميه الفقهاء بالملكية الشائعة، والملكية منفردة كانت أو شائعة تعطي لصاحبها سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف .

وإذا كانت سلطة التصرف هي أقوى سلطة تعطى لصاحب حق الملكية، فإن السؤال الذي نطرحه: هل للمالك على الشيوع نفس هذه السلطة؟ وبمعنى آخر هل الشيوع يمنع من التصرف أم لا؟ أحاول الإجابة على هذا السؤال في مبحثين :

المبحث الأول: حقيقة الملك الشائع

المبحث الثاني: المالك على الشيوع يملك الحق في التصرف.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، 1982م، ص 16.

المبحث الأول: حقيقة الملك الشائع

إن الكلام عن الملك الشائع وأحكام التصرف به يدفعنا إلى أن نحرر مفهومه في غاية من الأهمية، ألا وهو مفهوم الملكية، ومفهوم الملكية لا يتجلى لنا إلا إذا بحثنا تعريفها من حيث اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني، وبيان صور الملكية وأنواعها...

وإذا كانت الملكية تعد أهم الحقوق العينية على الإطلاق، فهل الشيوع أو الملكية الشائعة تعد حقاً عينياً كذلك؟ أم تعتبر حقاً شخصياً أم هي حق من نوع آخر؟

وللإجابة على هاته التساؤلات وبيان حقيقة الملكية الشائعة، فإنني أقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:

المطلب الأول: مفهوم الملكية

المطلب الثاني: مفهوم الشيوع

المطلب الأول: مفهوم الملكية

تعددت الأنظار حول مصطلح الملكية، واختلفت الاتجاهات حول ماهيته ودلالته في الفقه القانوني والإسلامي، مما جعل من العسير جداً ضبطه بالشكل العلمي الدقيق، وهذا ما نص عليه القرافي في فروقه حيث قال: "اعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة..."¹، وعلى هذا الأساس فإننا سنتكلم على تعريف الملكية وسبب اختلاف الفقهاء في بيان ماهيتها، ثم نعرض بعد ذلك إلى صور حق الملكية المتعددة، وذلك كله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريفها

إن مصطلح الملكية من حيث اللغة عبارة عن مصدر صناعي صيغ من مادة "ملك" وذلك بطريق النسبة بكسر الميم وسكون اللام، وقد ورد تعريف الملك في معاجم اللغة العربية على النحو التالي:

قال صاحب معجم مقاييس اللغة: "ملك الميم وَاللَّام والكاف أصل صحيح يدل على قُوَّة في الشيء وصحة. يُقال: أَمَلَكَ عَجِينَهُ: قَوَّى عَجْنَهُ وشَدَّهُ. ومَلَكَ الشيء: قَوَّيْتَهُ،

¹ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مع حاشيته المسماة بإدراج الشروق على أنوار الفروق، قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، الفرق الثمانون والمائة بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف، ج3، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ص208.

والأصل هذا، ثم قيل ملك الإنسان الشيء يملكه ملكاً. والاسم الملك لأن يده فيه قوة

صحيحة. فالملك: ما مُلك من مال"¹

وقال صاحب جمهرة اللغة: "والملك ما يحويه الإنسان من ماله"²

وعرفه صاحب اللسان بقوله: "الملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به"³

الفقرة الأولى: تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء

من خلال التعريف اللغوي تبين لنا أن معنى الملك إحتواء الشيء، وظهور قوة يد المالك

وقدرته على ما يملكه من مال ظهوراً بارزاً تجعله ييسر يده عليه.

ويبدو جلياً أن الفقهاء قد أخذوا هذا المفهوم، وجعلوه مركزاً أساسياً في تعريفهم للملك.

وأما تعدد تعريفات الفقهاء للملك فهو يعود إلى تنوع اعتبارات الفقهاء في نظرهم إلى

حق الملكية، فاتجه كل منهم إلى اتجاه باعتبار معين.⁴

¹ - أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، ج5، دار الفكر، دمشق، 1399هـ - 1979م، ص 352.

² - أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تح: رمزي منير بعلبكي، باب كلم، ج2، ط1، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، 1987م، ص 981.

³ - محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، فصل الميم، ج10، ط3، دار صادر، بيروت - لبنان، 1414هـ، ص 492.

⁴ - عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيدوها، ج2، 1314هـ - 1974م، مكتبة الأقصى، عمان - الأردن، ص 138.

ويمكن أن نقسم هاته الاعتبارات إلى ما يلي :

- باعتبار أن الملك هو حكم شرعي (تكليفي أو وضعي)
- باعتبار أن هناك علاقة اختصاص بين المالك و المملوك

وفي كل اعتبار من هاته الاعتبارات توجد تعاريف كثيرة للملك يمكن أن نجملها في:

أولا تعريف الملك على أنه حكم شرعي:

يرى الفقهاء أن الملك حكم شرعي ، وقد نص على ذلك المازري وغيره حيث قال في شرح التلقين: "الملك حكم شرعي ورد الشرع بإباحته"¹.

وهذا يعني أن صفة الملكية تثبت بكتاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين ، وقد ذهب القرافي إلى القول بالإجماع على ذلك حيث قال في معرض تعريفه للملك: "...أما قولنا حكم شرعي فبالإجماع..²".

وإذا كان الأمر كذلك فهل الملك هو من خطاب التكليف، أم هو من خطاب الوضع ؟

استدعت الإجابة على هذا السؤال اختلاف الفقهاء إلى اتجاهين في تعريف الملك¹:

¹ - أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري ، شرح التلقين ، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، تح: محمد المختار السلامي ، 2008م، بيروت - لبنان، ص80. وينظر في: محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع، فخر الدين، ابن الدّهان، تقويم النظر في مسائل خلافة ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة ، ج3، ط1، مكتبة الرشد، تح: صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، 1422هـ - 2001م، الرياض - السعودية، ص60.

² - القرافي، الفروق ، ج3، مرجع سابق، ص209.

أ - تعريف الملك على أساس أنه حكم شرعي من خطاب التكليف:

عرف القرافي الملك بقوله: "الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك" ثم أضاف معلقاً على هذا التعريف: "ويستقيم الحد بهذا اللفظ أيضاً ويكون الملك من خطاب التكليف"².

كما عرف السبكي والسيوطي الملك على أنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك"³.

ب - تعريف الملك على أساس أنه من خطاب الوضع:

1 - عرف الكاساني الملك بقوله: "الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام، والاستفراش، والبيع، والهبة، والإجارة، ونحوها"¹.

¹ - لقد ذكر القرافي خلاف الفقهاء في نظرهم للملك بقوله "إذا اتضح حد الملك فهل هو من خطاب الوضع أو من خطاب التكليف الذي هو الأحكام الخمسة.."، الفروق، مرجع سابق، ص 215.

² - القرافي، الفروق، ج 3، مرجع سابق. ص 216.

³ - تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1411هـ - 1991م، ص 150، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط 1، دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م، بيروت - لبنان، ص 316.

ويلاحظ أن السبكي تأثر بالقرافي في تعريفه للملك ولكنه لم يذكر ذلك، في حين أن السيوطي نسب تعريف الملك للسبكي وهو في

2 - وعرفه ابن الشاط في حاشيته على الفروق بقوله : "والصحيح في حد الملك أنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة"².

3 - كما عرفه ابن تيمية بقوله: "الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة"³

ثانياً تعريف الملك على أساس علاقة اختصاص بين الملك والمملوك:

وأما النظر الفقهي الثاني، فإنه لم يتجه نحو التساؤل عن حكم الملك، وإنما بحث عن تلك العلاقة الموجودة بين الملك وصاحبه، فوجد أنها علاقة اختصاص أو استئثار أو استحقاق، وعلى هذا الأساس عرف بعضهم الملك:

1. عرف ابن عرفة الملك بقوله: "الملك استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلاً أو حكماً لا بنيابة"⁴

2. عرفه أبو شجاع بقوله: "حقيقة الملك اختصاص شرعي بمحل منتفع به يُطلق الانتفاع المشروع"¹

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط8، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1406هـ - 1986م، ص 107.

² - ابن الشاط، أنوار البروق في أنواء الفروق، مرجع سابق، ج3، ص 209.

³ - ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تح: أحمد بن محمد الخليل، ط1، دار ابن الجوزي، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1422هـ، ص 300.

⁴ - أبو عبد الله محمد الانصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية، تح: محمد أبو الاجفان، الطاهر المعموري، ط1، دار الغرب الاسلامي، بيروت - لبنان، 1993م، ص 300.

وأغلب الفقهاء المعاصرين ينظر للملك على أساس هاته العلاقة ، وهذه بعض تعريفاتهم:
عرف الشيخ أبو زهرة والدكتور وهبة الزحيلي والدكتور علي قرة داغي الملك بقولهم :
"اختصاص بالأشياء، الحاجز للغير عنها شرعاً الذي به تكون القدرة على التصرف في
الأشياء ابتداءً إلا لما منع يتعلق بأهلية الشخص"²، وقد أضاف الدكتور علي قرة داغي في
تعريفه للملكية مصطلح "شخص" ليكون شاملاً للأشخاص الطبيعية والمعنوية.

وعرفها الشيخ علي الخفيف بقوله : "حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به
والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع من ذلك"³.

بناءً على ما سبق فإننا نستطيع القول بأن اختلاف الفقهاء في تحديد ماهية الملك هو في
الحقيقة اختلاف اعتباري، وعلى ضوء ما سبق من أقوال وتعريفات يمكننا أن نقول ما
يلي:

- أن الشيء (الملك) قبل أن يملكه الشخص هو في حكم الإباحة، وهذا نظر المازري
والقرافي ومن نحى نحوهما،

¹ - ابن الدّهان، تقويم النظر، ج5، مرجع سابق. ص122.

² - ، محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ص61.

محمد وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4، ط4، دار الفكر، سوريا - دمشق، ص 2892. وينظر: علي محي الدين القرة داغي،
المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، ط2، دار البشائر الاسلامية، بيروت - لبنان، 1430هـ - 2009م، ص167.

³ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 1426هـ - 2005م، ص42.

- وبعد الملك تقوم علاقة سببية بين الشخص والملك عبر عنها بعضهم بالاختصاص أو الاستثاء، وعبر عنها البعض الآخر بالقدرة الشرعية و تمكن الشخص من الانتفاع، وهذا يعني أن النظر الأول للملك هو نظر قبلي تجريدي، أما الثاني فإنه نظر بعدي سببي، وهذا الاعتبار جعل الفقهاء يختلفون في تعريفهم للملك
- الفقرة الثانية تعريف الملكية في اصطلاح الفقه القانوني:

إن مفهوم الملكية أخذ يتطور مع التطور الحضاري، ففي البداية كانت الملكية جماعية، ثم عائلية ثم استقرت فردية¹، وبعد الثورة الفرنسية أصبحت الملكية حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمة إلا إذا قضت بذلك الضرورة القانونية²، ومع هذا التطور ظهر اتجاهان في تعريف الملكية³، اتجاه ينظر إلى حق الملكية نظرة مجردة عن كل شيء، وبالتالي أطلق سلطات المالك إطلاقا واسعا وكبيرا، يقابله اتجاه نظر إلى الملكية وإلى ما يلزمها من جوار فضيق من هذا الحق وسلطاته، وعليه فإن أساس الخلاف بين هذين الاتجاهين هو في مدى إطلاق حق الملكية⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال، ج8، دار احياء التراث العربي، القاهرة - مصر، 1967 م، ص481، 482.

² - السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع نفسه، ص483.

³ - voir: Droits Réels, Basé sur le cours du Prof. Benedict Foëx, p10, Association des Etudiants en Droit, Université de Genève 1968

⁴ - voir : Précis de droit civil, prof. Vincent KANGULUMBA, T1, P192 bibliothèque droit africain, Belgique, 2007.

أولا تعريف الموسعين:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الملكية هي حرية بجوهرها وماهيتها فالحرية عندهم هي المبدأ، وعلى هذا الأساس عرفوا الملكية بقولهم "الحق العيني الأكمل، الذي يعطي لصاحبه سلطات الانتفاع والتصرف بطريقة مطلقة وخاصة به"¹.

وقد تأثر بهذا الرأي القانون المدني المصري السابق، حيث عرف حق الملكية في المادة 27/11 على الوجه التالي: "الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"².

ولكن هذا الرأي الذي يحمل نزعة فردية واضحة المعالم تضع مصلحة الفرد في المقام الأول، ولقد بدأ هذا الاتجاه يتقلص وينكمش شيئا فشيئا لينفح المجال أمام رأي آخر يراعي مصلحة المجموع³.

ثانيا تعريف المضيقين:

يرى أصحابه أن هناك حدودا لحق الملكية تفرضها القوانين والأنظمة، وذلك لأن الحق المطلق يجب أن يكون له حد يقف عنده ولا يعني أنه من دون حدود¹.

¹ - voir : Notion essentielles de droit civil ,Georges HUBRECHT,P 116,117 ,118, septième édition, SIREY, PARIS,1967

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال، ج8، دار احياء التراث

العربي، القاهرة - مصر، 1967 م، ص 493،

³ - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 15.

وعلى ضوء هذا الكلام ظهر ما يسمى بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية²، وأصبح حق الملكية حقاً مقيداً تقيده التشريعات والأنظمة، فقد عرف الأستاذ السنهوري وقريب منه رمضان أبو السعود الملكية بأنها: "حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"³

أما المشرع الجزائري فقد أورد تعريف الملكية على النحو التالي:

نصت المادة 674 من ق م ج: "الملكية هي حق المتمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة"⁴.

ويؤخذ على هذا التعريف الأمور التالية:

1. حق المتمتع لم تترجم بالشكل الصحيح، فكلمة "حق المتمتع" يقابلها في النص الفرنسي: "droit de jouir" والتي تعني حق التمتع وليس حق المتمتع كما هو موجود في النص باللغة العربية. وعليه فإننا نرجو من المشرع الالتفات إلى هذه المادة وتصحيح هذا الخطأ الواقع بسبب الترجمة.

¹ - voir : Précis de droit civil, prof . Vincent KANGULUMBA,T1, P192

²-voir: Leçons de droit civil , PR , HENRI ET LEON MAZEAUD JEAN MAZEAUD , T2 ,P1062 ,1063 ,1064 , EDITIONS MONTCHESTIEN.1965 PARIS

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص493، وينظر في: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق

العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002م، ص459.

⁴ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، منشورات أمين، من دون رقم الطبعة، 2009م، الجزائر، ص135.

2. انتقد الدكتور علي علي سليمان هذه المادة¹، والتي عرفت حق الملكية وذكرت عنصرين فقط من عناصر حق الملكية، ألا وهما عنصر التصرف وعنصر الانتفاع وأغفلت عنصر الاستعمال، في حين أن التشريعات الحديثة حرصت على ذكر العناصر التقليدية الثلاثة لحق الملكية.

ولكن هذا النقد الذي ذكره الدكتور علي علي سليمان فيه نظر، لأن حق الانتفاع يحتوي على حقي الاستعمال والاستغلال، والمشرع ذكر حق الانتفاع على سبيل الاختصار، وهذا أفيد وأدق في التعريفات.

على هذا الأساس يمكننا أن نعرف حق الملكية على النحو التالي:

الملكية هي حق يعترف به الشرع والقانون لصاحبه، حيث يمكنه وبمقتضاه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه وفق ما يسمح به الشرع والقوانين والأنظمة.

¹ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر، 1990م، ص 46، 47.

الفرع الثاني : صور الملكية

يمكن لنا أن نقسم الملكية إلى أنواع عديدة تختلف باختلاف صفاتها واعتبارات النظر إليها ، فهي تنقسم باعتبار صفة المالك إلى ملكية عامة و ملكية خاصة¹ ، وباعتبار سلطات المالك إلى ملكية تامة وناقصة وبالنظر إلى المالك في حد ذاته إلى ملك منفرد ومتعدد
وسنركز على الاعتبارين الأخيرين لنمهد بذلك الطريق لدراستنا حول المال الشائع .

الفقرة الأولى : بالنظر إلى سلطات المالك

عندما ننظر إلى السلطات التي يعطيها حق الملكية للمالك من استعمال واستغلال وتصرف ، فإنه يمكننا أن نقسم الملكية إلى قسمين : ملكية تامة و ملكية ناقصة .
أولا مفهوم الملك التام :

عرف ابن مفلح الملك التام بقوله : " الملك التام عبارة عما كان بيده لم يتعلق فيه حق غيره ، يتصرف فيه على حسب اختياره ، وفوائده حاصلة له "² .

وعرفه صاحب الجوهرة النيرة بقوله : " الملك التام هو ما اجتمع فيه الملك واليد "¹ .

¹ - أحمد فلاح عبد البخيت ، الملكية الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية - القاهرة ، 2012 م ، ص 86 .

² - ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع ، ج 2 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1418 هـ - 1997 م ، ص 296 . وينظر في : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تح : محمد أمين الضناوي ، ج 2 ، ط 1 ، عالم الكتب ، 1417 هـ - 1997 م ، بيروت - لبنان ، ص 9 ، وكلاهما نسب هذا التعريف لأبي المعالي .

وهذا يعني أن الملك التام يجب أن تجتمع فيه ذات الشيء المملوك بالإضافة إلى منفعته، وهو ما عبر عنه الفقهاء المعاصرون بقولهم: "الملك التام هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معا، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق الشرعية"².

ثانياً خصائص الملك التام:

من خلال التعريفات السابقة للملك التام يمكن لنا أن نجمل خصائصه في الأمور التالية³:

أ- الملك التام حق جامع: فهو يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على شيء معين، إذ يخول للمالك استعمال الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه كما يشاء، إلا ما يمنعه الشرع والقانون.

ويترتب على هذا الحق أمرين مهمين¹:

¹ - أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج1، ط1، المطبعة الخيرية 1322هـ، الرياض - السعودية . ص 114.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج6، مرجع سابق، ص 4549، وينظر في: محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص74، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط9، دار الفكر، 1967-1968م، دمشق - سوريا ص 258.

³ - أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة، مرجع سابق، ص94. وينظر: وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م، عمان - الأردن، ص37، 36. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعة، من دون سنة النشر، ص13. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 16، 17.

- voir : collection droit civil ,pr Christian LARROUMET, T2 ,P 105,106

Troisième édition , ECONOMICA DELTA , PARIS

- voir: Leçons de droit civil , PR , HENRI ET LEON MAZEAUD , P 1073,1074

1. الأصل في حق الملكية أن يكون جامعاً لكل السلطات، والمالك لا يكلف إلا بإثبات

ملكه بالطرق الشرعية والقانونية.

2. كل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي حقوق مؤقتة ، فأى حق منها عندما يستوفي

مدته يترد حتماً وبحكم الشرع والقانون إلى حق الملكية .

ب- الملكية التامة حق مانع: وهذا يعني أنه حق مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز

لأحد أن يشاركه في ملكه أو أن يتدخل فيه. وترتب على ذلك أن الشيء الواحد لا

يمكن أن يكون مملوكاً للشخصين في الوقت ذاته، ويجوز أن يكون الشيء الواحد

مملوكاً للشخصين فأكثر ولكن على الشيوع، حيث يملك كل منهم جزءاً شائعاً من

الشيء دون أن يملكه كله² .

ت- الملك التام ملك دائم : أي أن الملك ليس له زمن محدود ووقت معلوم ينتهي عنده،

فهو لا ينتهي إلا بموت المالك ، أو بانتقال الملكية إلى مالك آخر بسبب من أسباب نقل

الملكية الجائزة شرعاً وقانوناً³، كما أنه حق لا يقبل الإسقاط، ويعطي لصاحبه كل

الصلاحيات والسلطات من استعمال واستغلال وتصرف⁴ .

¹ - السنهوري، الوسيط ، ج8، مرجع سابق، ص529، أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ، مرجع سابق ، ص75، 76

² - السنهوري، الوسيط ، ج8، مرجع سابق ، ص532. وحيد الدين سوار، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص37.

³ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق. ص 45 ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، دار

الفكر العربي ، 1416هـ- 1996م ، القاهرة - مصر ، ص69،

⁴ - وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، ج6، مرجع سابق. ص4549.

ثالثاً مفهوم الملك الناقص:

الملك الناقص هو ملك الرقبة وحدها، أو المنفعة وحدها¹. وقد عرف الدكتور مصطفى الجمال الملك الناقص بقوله: "أن يخول المالك شخصاً آخر حقاً عينياً على الشيء ينقص تسلطه عليه، إما بالحصول على منفعته كلها أو بعضها مدة معينة"²

وهذا يعني أن الملك الناقص يقع إما على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها، وملكية المنافع تستفاد بعدة طرق منها: الإجارة أو الإعارة أو الوقف...

وأحياناً ما يطلق الفقهاء على الملك الناقص بالملك الضعيف، وقد عبر عن ذلك الزركشي فقال: "الملك قسمان: تام وضعيف: فالتام يستتبع جميع التصرفات والضعيف بخلافه"³. وعليه فإن الملك الناقص ينقسم إلى قسمين اثنين أذكرهما باختصار شديد⁴:

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج6، مرجع سابق. ص 4551. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 75.

² - مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 87.

³ - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج 3، ط 2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ - 1985م، ص 238.

- أطلق الفقهاء مصطلح الملك الضعيف وهم يعنون به الملك الناقص، ينظر في: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج10، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1414هـ - 1993م، ص 33، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج3، ط11، دار المنهاج، تح: عبد العظيم محمود الديب، 1428هـ - 2007م، ص 338، ص 212، 218، 224، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج5، دار الفكر، دمشق - سوريا، ص 479.

⁴ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 58.

1. ملك الرقبة دون المنفعة: وهو أن تكون الرقبة مملوكة لشخص، ومنافعها مملوكة لشخص آخر، ويتحقق ذلك في صور كثيرة منها: الوصية بسكنى دار معينة أو الوصية باستغلال أرض أو وقفها لجهة معينة.... ومنها أيضا الإباحة كمن يجعل داره مباحة لعابري السبيل والغرباء، ففي هذه الحالات تبقى العين ملكا لصاحبها وأما المنفعة فتكون لغيره¹.

2. ملك المنفعة فقط: وهذه بدورها تنقسم إلى قسمين²، فقد يكون حق الانتفاع متعلقا بشخص المنتفع، وذلك مثل الإجارة حيث يكون المستأجر مالكا لمنفعة العين المؤجرة، وفي الإعارة أيضا المستعير يملك منفعة العين المستعارة.

وقد يكون حق الانتفاع متعلقا بالعين تابعا لها، أي أن الملك يتبع العين بحد ذاتها، وذلك متحقق في صور كثيرة أهمها: حق الارتفاق، وحق الشرب، وحق المرور، وحق المجرى³...

الفقرة الثانية: بالنظر إلى المالك في حد ذاته.

إذا نظرنا إلى الملك من حيث تعدد الملاك للشيء الواحد أو عدم تعددهم، فإننا سنقسم الملك إلى قسمين: منفرد ومتعدد.

¹ - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في القه الاسلامي، دار الفكر العربي، 1417هـ - 1996م، القاهرة - مصر، ص 155.

² - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 77.

³ - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد، المرجع نفسه، ص 156، 157.

أولاً الملك المنفرد:

نقصد بالملك المنفرد أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لملك واحد بمفرده يختص به ولا يشاركه في ملكيته أحد من الأشخاص ، وهناك من الفقهاء من يسميه بالملك المتميز ويعرفه بأنه¹ :

" الملكية المتميزة هي ما كان موضوعها أو محلها معيناً، فشملت جميع أجزائه واختص بها مالك واحد " .

ثانياً الملك المتعدد:

قد يكون الشيء الواحد مملوكاً لعدة أشخاص بحيث يكون كل شخص مختص بجزء مادي معين من هذا الشيء المملوك ملكاً متعدداً، ونكون في هذه الحالة أمام عدة ملكيات مفرزة²، وأحياناً أخرى يكون الشيء الواحد مملوكاً لأكثر من واحد بحيث يكون كل منهم له الحق في حصة رمزية شائعة تنسب إلى الشيء المملوك في مجموعه كالنصف أو الربع أو الثمن³ ...

¹ - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق، ص 65 . أحمد فلاح، الملكية الشائعة، ص 86 ، 87 ، مرجع سابق . مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1، ص 261 ، مرجع سابق .

² - غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج 1 ، الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، من دون سنة النشر ولا رقم الطبعة، ص 96. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 64.

³ - غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، المرجع نفسه ، ص 96.

وهذا ما يسمى عند الفقهاء بشركة الملك، وهي تقابل شركة العقد من حيث النوع ، ولذلك قال بدر الدين العيني : "قال أصحابنا : الشركة في الشرع عبارة عن العقد على الاشتراك واختلاط النصيبين ، وهي على نوعين : شركة الملك ، وهي أن يملك اثنان عينا أو إرثاً أو هبة أو ملكاً بالاستيلاء ، أو اختلط مالهما بغير صنع أو خلطاه خلطاً بحيث يعسر التمييز أو يتعذر ، فكل هذا شركة ملك والنوع الثاني شركة العقد ¹ .

المطلب الثاني: مفهوم الشيوع.

ذكرنا سابقاً أن هناك صورة من صور الملكية تنشأ بتعدد الملاك للشيء الواحد ، ودون أن يختص كل منهم بشيء مفروز فيه ، وهذا الشيء يكون مملوكاً لعدة أشخاص و من دون أن يتعين نصيبهم المادي فيه .

¹ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين بدر الدين العيني ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، ج 13 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان . من دون سنة النشر ، ص 40 . أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، ج 6 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، تح : عبد الكريم سامي الجندي ، 1424 هـ - 2004 م ، بيروت - لبنان ، ص 7 . عثمان بن علي بن محجن البارعي ، فخر الدين الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 3 ، ط 1 ، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق ، 1313 هـ ، القاهرة - مصر ، ص 313 . إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، تح : خليل عمران المنصور ، ج 1 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، 1419 هـ - 1998 م ، بيروت - لبنان ، ص 542 . تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج 30 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، المدينة النبوية ، المملكة العربية السعودية تح : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، 1416 هـ - 1995 م ، ص 74 . وقد ذكر ابن تيمية أن جمهور الفقهاء على هذا التقسيم .

و السؤال الذي نطرحه هنا: كيف لنا أن نميز بين عقد الشركة و شركة الملك ؟، أو بالأحرى ما هو الحد الفاصل و المميز بينهما ؟ وهل الشيوع نوع واحد أم يتنوع ويتعدد؟.

كل هذه الأسئلة تجعلنا نتوقف عند مفهوم الشيوع، لأن مفهوم الشيء يقودنا إلى حقيقته ومن ثم يمكننا أن نضبط طبيعته ونميزه عما يشتبه به من ملكيات أخرى.

وعلى هذا الأساس فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين:

الفرع الأول: تعريف الشيوع.

لم تعرف كتب المعاجم الملكية الشائعة، وإنما عرفت الشيوع أو المشاع ، فقد ورد في المصباح المنير: "(ش ي ع) : شاع الشيء يشيع شيوعاً ظهر ، ويتعدى بالحرف وبالألف فيقال شعت به وأشعته.... وشاع اللبن في الماء إذا تفرّق وامتزج به ومنه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه.¹".

والشيوع كما يعني الظهور فهو أيضاً بمعنى الانتشار والتفرق، جاء في لسان العرب: "...وشاع الخبرُ في الناس يَشيع شَيْعاً وشَيْعَاناً وَمَشَاعاً وشَيْعُوعة، فهو شائع: انتشر وافترق وذاع وظهر. وأشاعه هو وأشاع ذكر الشيء: أطاره وأظهره. وقولهم: هذا خبر شائع وقد

¹ - أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت -

شاع في الناس، معناه قد اتصل بكل أحد فاستوى علمُ الناس به ولم يكن علمه عند بعضهم دون بعض¹.

ومعنى المشاع لغة هو غير المقسوم لذلك قال النووي في كتابه تحرير ألفاظ التنبيه: "المشاع والشائع والشياع هو غير المُقسوم قَالَ الْأَزْهَرِيُّ هُوَ مَنْ قَوْلِهِمْ شَاعَ اللَّبَنُ فِي الْمَاءِ إِذَا تَفَرَّقَ فِيهِ وَلَمْ يَتَمَيَّزْ وَمِنْهُ قِيلَ سَهْمٌ شَائِعٌ لِأَنَّهُ سَهْمُهُ مَتَفَرِّقٌ فِي الْجُمْلَةِ الْمُشْتَرَكَةِ"².

وعليه فإن الشيوع يحمل المعاني اللغوية التالية: الظهور والانتشار والتفرق في الشيء، هذا من جهة، وعدم القسمة وعدم التمييز في الشيء من جهة ثانية.

كل هذه المعاني اللغوية تقودنا إلى ذكر المعنى الاصطلاحي للملكية الشائعة.

الفقرة الأولى: تعريف الملكية الشائعة في اصطلاح الفقه الاسلامي

لم يخرج التعريف الاصطلاحي للملك الشائع عن المعاني اللغوية السابقة، فقد عرفه العدوي في حاشيته على شرح كفاية الطالب بقوله: "المشاع هو الجزء الغير معين فيصدق بجزء في ثوب مثلاً"³.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، ج8، مرجع سابق، ص191.

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تح: عبد الغني الدقر، ط1، دار القلم، 1408هـ، دمشق - سوريا، ص 212.

³ - أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج2، دار الفكر، من دون رقم الطبعة، 1414هـ - 1994م، بيروت - لبنان، ص 251.

وقد عرف ابن مازة الحنفي الشيوع بقوله: "الشائع ما يكون مختلطاً بغيره"¹.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المشاع، في المادة 183: "المشاع ما يحتوي على حصص شائعة"²، وهو تعريف وصفي وصفت فيه المشاع بأنه يتكون من حصص شائعة، ثم عرفت الحصة الشائعة في المادة 139: "الحصة الشائعة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك"³.

وأما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الملك الشائع تعريفات قريبة من التعريفات السابقة، وبالتالي فهي قريبة من المعنى اللغوي، فقد عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا وغيره بقوله: "الملك الشائع أو المشاع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء، مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً"⁴.

ويمكننا أن نلاحظ على هذه التعريفات الأمور التالية:

1. التعريفات السابقة لم تبين لنا ماهية الشيوع وإنما أعطت وصفاً له، فهي رسوم وليست حدوداً بالمعنى الدقيق.

¹ - ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ج7، مرجع سابق، ص198.

² - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تح: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، من دون سنة النشر ورقم الطبعة، ص32.

³ - مجلة الأحكام العدلية، المرجع نفسه، ص32.

⁴ - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، مرجع سابق، ص262. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص128. مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5، ط4، دار القلم للنشر والتوزيع، 1413 هـ - 1992 م، دمشق - سوريا، ص18.

2. لقد تأثرت كل التعريفات بالمفاهيم اللغوية للشيوع لدرجة أن ابن نجيم عرف الشيوع بقوله: "المشاع غير المقسوم"¹.

الفقرة الثانية: تعريفها في اصطلاح الفقه القانوني

عرف فقهاء القانون الملكية الشائعة بقولهم: "هي الوضع القانوني الناتج عن تعدد المالكين للحق العيني دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه"².

وقد عرفت المادة 713 من ق م ج الملكية الشائعة: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك"³.

ولكن الشيوع كما يتصور في حق الملكية فهو يتصور أيضاً في باقي الحقوق العينية الأخرى⁴، المهم أن لا يتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نصوص قانونية أخرى.

¹ - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي، من دون سنة النشر، ص213.

² - إسماعيل غانم، حق الملكية، ج1، ط2، مكتبة عبد الله وهبه، 1961م، ص137. رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص515. غني حسون طه، محمد طه البشير الحقوق العينية، ج1، مرجع سابق، ص96.

- Voir : www.dictionnaire-juridique.com/lexique-juridique.php.

- Voir: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Indivision>

³ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص143.

⁴ - مصطفى أحمد الجهمال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص73. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق، ص108.

ونلاحظ أيضاً أن القانون المدني الجزائري وباقي التشريعات العربية، قد تبنت نفس التعريف السابق للملك الشائع ما عدا القانون المدني الكويتي الذي عرف الشيوع بصورة شاملة، فقد جاء في المادة 818 من ق م ك ما يلي:

"إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء، غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشيوع. وتكون حصصهم متساوية، ما لم يثبت غير ذلك"¹.

وهذا التعريف يشمل كل أنواع وصور الشيوع المحتملة، وما هو شامل وجامع هو أولى من غيره، لذلك نقترح على المشرع تبني هذا التعريف، أو تغيير صيغة المادة وادخال عبارة (الحق العيني) بدل عبارة ملك .

تأسيساً على ما سبق ، فانه يمكننا أن نميز بين الملكية الشائعة وبين ما يمكن أن يشتبه بها على النحو التالي:

1. الملكية الشائعة والملكية المفترزة : تختلف الملكية الشائعة عن المفترزة في عدة جوانب أهمها:

أ- إن الحصة التي يملكها الشريك في المال الشائع تعتبر شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب معين منه ، وذلك بخلاف الملكية المفترزة².

¹ - وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته ، مرجع سابق، ص 109،

² - اسماعيل غانم ، حق الملكية ، مرجع سابق، ص 140. السنهاوري، الوسيط ، ج 8، ص 799 ، مرجع سابق .

ب- المالك على الشيوع يتعين نصيبه معنوياً في الشيء ولا يتعين مادياً، فالشيء الشائع هو مملوك كله لعدة أشخاص، ومن ثم فإن حق الملكية هو الذي ينقسم بينهم لكل منهم نصيب غير معين كالثلث والربع....، وذلك بخلاف الملكية المفترزة فالمالك يتعين نصيبه فيها مادياً لعدم تعدد الملاك¹.

ت- إن السلطات التي تخولها الملكية الشائعة هي سلطات ضيقة، وذلك أن استعمال المالك على الشيوع أو استغلاله أو التصرف فيه مقيد بحقوق الآخرين الذين لهم نفس السلطات، وهذا هو الفرق الجوهرى والأساسى بين الملكية الشائعة والمفترزة²، وسوف نبحث في هذا بشكل موسع عند الكلام عن أهم وأقوى سلطة ألا وهي سلطة التصرف

2. شراكة العقد و الملكية الشائعة:

يتمتع عقد الشركة بالشخصية المعنوية، وهذا بنص المادة 417 من ق م ج³، وطالما هذه الشخصية المعنوية قائمة فإن المال غير شائع وإنما يعتبر مملوكاً ملكية مفترزة للشركة، وهذا بخلاف شركة المالك (الملكية الشائعة) التي ليست لها شخصية اعتبارية والمال مملوك على الشيوع وللجميع حصص شائعة فيه .

¹ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995م، مصر، ص160.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج1، ط1، من دون اسم دار النشر، 1958م، ص314.

³ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، ص90، مرجع سابق .

وذلك لأن عقد الشركة يهدف إلى اقتسام الأرباح وبلوغ هدف اقتصادي تجاري كما نصت على ذلك المادة 416 من ق م ج : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر ، على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة ¹ " .

وعليه فإن شركة الملك لا تهدف إلى التجارة وتحقيق الربح المالي بخلاف عقد الشركة ، ولذلك لما عقد الرافعي كتاب الشركة قال بأن مقصود هذا الكتاب ليس شركة الملك وإنما المقصود هنا هو الكلام في شركة العقد ، وضبطها عن غيرها بقوله أنها تتميز بالربح فقال : " وليس مقصود الباب الكلام في كل شركة ، بل في الشركة التي تحدث باختيار ، ولا في كل ما تحدث بالاختيار ، بل في التي تتعلق بالتجارات وتحصيل الفوائد والأرباح ² .. " .

وعلى هذا الأساس فإن الملكية الشائعة تعتبر نظاماً غير مفيد من الناحية الاقتصادية ³ ، ولهذا كثيراً ما يسعى الشركاء لإنهاء حالة الشيوع عبر القسمة .

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، ص 90 ، المرجع نفسه .

² - أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي ، القزويني الشافعي ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ج 5 ،

ط 1 ، دار الكتب العلمية ، ، تح : علي محمد عوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، 1417هـ - 1997م ، بيروت - لبنان ، ص 186 .

³ - حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 308 .

3. الملكية الشائعة وملكية الطبقات:

ان ملكية الطبقات أو الشقق يتحدد فيها حق المالك بحصة محددة من الشيء المشترك، بخلاف الملكية في الشيوع العادي فالمالك فيها يملك حصة شائعة غير محددة بمكان¹.

وبعد أن تكلمنا عن تعريف الملكية الشائعة، وميزناها عما يمكن أن يشتبه بها بقي لنا أن نتكلم عن مصادر وأسباب نشأة الشيوع.

الفرع الثاني: نشأة الشيوع.

إن أي سبب يؤدي الى كسب ملكية فردية مفرزة يصلح سبباً لنشوء ملكية شائعة المهم أن يكون هذا السبب يتصل بعدة أشخاص في الوقت ذاته . وهذا يعني أن الشيوع قد ينشأ بتصرف قانوني شرعي أو بواقعة مادية²، ولذلك قال صاحب البدائع: " الشركة في الأصل نوعان: شركة الأملاك وشركة العقود، وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما.

أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، أو يتصدق عليهما، فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة

¹ - سمير كامل، النظام القانوني للملكية الشقق، ط1، من دون دار النشر، 1985م، ص3. وحيد الدين سوار حق الملكية، مرجع سابق، ص109.

² - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي - دمشق، 1400هـ - 1980م، ص360. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص158.

ملك. وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك¹.

وعلى هذا الأساس فإننا سنقسم الكلام على نشأة الشيوع إلى فقرتين اثنتين:

الفقرة الأولى: نشوء الشيوع بتصرف قانوني

تنشأ الملكية الشائعة بالتصرفات القانونية والشرعية²، سواء أكانت هاته التصرفات قد وقعت من جانب واحد أو جانبين، وسنبين ذلك فيما يلي:

أ- تصرفات منشئة للشيوع من الجانبين: وذلك مثل أن يشتري شخصان فأكثر مالا على الشيوع، ومن ذلك ما جاء في كفاية الأختار: "أما لو كان مشاعاً بأن اشترياه معا على الشيوع"³، أو أن يبيع مالك نصف داره أو أرضه في الشيوع⁴.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، مرجع سابق، ص 56. وينظر: عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، تح: بشار بكري عرابي، ج 2، دار قباء للطباعة والنشر، دمشق - سوريا، من دون = رقم الطبعة وسنة النشر، ص 13. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3، مرجع سابق ص 313. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 3، ط 2، دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م، بيروت - لبنان ص 5.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج 1، ط 1، من دون اسم دار النشر، 1958 م، ص 307 توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعة، من دون سنة النشر، القاهرة - مصر، ص 190.

³ - أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تح: علي عبد الحميد بلطجي، محمد وهبي سليمان، ط 1، دار الخير، 1994 م، دمشق - سوريا، ص 270.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق ص 529.

ب- تصرفات منشئة للشيوع من جانب واحد: ومثال ذلك أن يوصي أو يهب شخص ماله لاثنتين أو أكثر على الشيوع¹.

الفقرة الثانية: نشوء الشيوع بواقعة مادية.

وينشأ الشيوع أيضاً بالوقائع المادية، وذلك مثل الحيازة أو استيلاء شخصين فأكثر على مال مباح، والالتصاق والشفعة والتقادم تصلح أيضاً أن تكون سبباً لنشأة الشيوع.

وأهم سبب لنشأة الشيوع وأغلبها وأكثرها وقوعاً هو الميراث، لأن أكثر ما يكون الشيوع في حالة وفاة المورث، وتركه لورثة متعددين، فتنتقل إليهم أموالهم شائعة بينهم²، حيث يعد كل الورثة (الخلف العام) شركاء على الشيوع في كل أعيان التركة إلى أن تتقرر القسمة.

وعلى هذا الأساس جعل كثير من الفقهاء الميراث سبباً لحصول الشيوع ونشأته قال زكريا الأنصاري: "والإرث يقتضي الشيوع"³.

¹ - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق، ص 110.

² - أنو طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، من دون رقم الطبعة، الأزاريطه - الاسكندرية، 2004م، ص 5.

³ - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر، دار الكتاب الإسلامي، ص 375. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، تح: عبد العظيم محمود الديب، ج 10، ط 1، دار المنهاج، 1428هـ - 2007م، المملكة العربية السعودية - جدة، ص 283.

ونشأة الشيوع على هذا النحو، تقودنا إلى معرفة أنواع الشيوع وأقسامه، فقد قال ابن قطلوبغا الحنفي: "الشائع ينقسم إلى قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار، ونصف البيت الكبير، وشائع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الحمام ونصف الثوب..¹"

وهذا التقسيم يتوافق تماماً مع التقسيم الموجود في القانون المدني، حيث يقسم الشيوع إلى شيوع اختياري (عادي) وشيوع إجباري، وسوف نعرف فيما يلي وجه هذا التوافق.

فالشيوع الاختياري يوصف كذلك إذا كان قابلاً للقسمة، بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه متوقف على إرادة المالكين². فلكل واحد من الشركاء في حالة عدم وجود اتفاق، أن يطلب إفراز نصيبه عبر القسمة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية.

أما الشيوع الإجباري Indivision forcée، فقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بقوله: "هو الشيوع الذي يجب أن يبقى على الدوام بحيث لا يجوز طلب القسمة فيه"³.

وقد نصت المادة 737 من ق م ج على مفهوم الشيوع الإجباري بقولها: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى

¹ - قاسم بن قطلوبغا الحنفي، مجموعة رسائل العلامة قاسم بن قطلوبغا، تح: عبد الحميد محمد الدرويش، عبد العليم محمد الدرويش، ط1، دار النوادر، 1434هـ - 2013م، سوريا - دمشق، ص434.

² - عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الحاج لخضر - باتنة - كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، ص13.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص252.

دائماً على الشيوع¹، وهذا يعني أنه في حالة الشيوع الإجباري لا يجوز لأي من الشركاء أن يطلب القسمة فيه.

بقي لنا أن نسأل من ذا الذي يحدد لنا أن هذا مال شائع شيوعاً إجبارياً والآخر اختيارياً؟

يجيبنا على ذلك الدكتور السنهوري بقوله: "وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان المال الشائع لا تمكن قسمته دون اخلال بالغرض الذي أعد له هذا المال"²

وهذا الأمر نفسه ذكره بن قطلوبغا الحنفي فقال: "...والفاصل بين القسمين: حرف واحد وهو: أن ينظر لو كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن أجبره القاضي على القسمة كان من القسم الأول، وإن لم يجبره كان من القسم الثاني، إذ الجبر مطرد..."³

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 148.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، على هامش ص 987.

³ - بن قطلوبغا الحنفي، مجموعة رسائل العلامة قاسم بن قطلوبغا، مرجع سابق، ص 434.

المبحث الثاني: المالك على الشيوع يملك الحق في التصرف.

تتميز الملكية في صورتها العادية (الملكية التامة) بأنها حق جامع مانع، فهي تخول للمالك كافة السلطات من استعمال واستغلال وتصرف، وفي نفس الوقت فإن هذه السلطات تعتبر قاصرة ومحصورة على المالك وحده.

ولقد رأينا فيما سبق أن الملكية الشائعة ما هي إلا صورة من صور حق الملكية، حيث يكون الحق العيني متعددًا على أصحابه وبشكل غير مميز. وإذا كان الأمر كذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل الملكية الشائعة تخول للمالك كل السلطات الثلاث السابقة؟ أم أن للمالك على الشيوع بعض السلطات دون بعضها؟

بناءً على ما سبق فإن الإجابة على هذه الأسئلة تتحدد في مطلبين اثنين:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لحق المالك على الشيوع.

المطلب الثاني: سلطات المالك المشتاع.

المطلب الأول: التكييف الفقهي لحق المالك على الشيوع.

نقصد بالتكييف الفقهي لحق المالك على الشيوع معرفة الطبيعة القانونية لحق الشريك الشائع، أو بالأحرى إعطاء وصف دقيق لحق الملكية الشائعة، لأننا عندما نعرف طبيعة المال الشائع يمكن لنا أن ندرجه تحت أي نوع من أنواع الحقوق المعروفة فقها وقانوناً، ومن ثم تتجلى لنا وبوضوح كل الأحكام التي تنبني عن هذا الوصف .

لذلك كان من الضروري قبل الخوض في سلطات الملك الشائع، أن نضع تكييفاً فقهاً للملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء ، وهذا ما سوف نقوم به في الفرعين القادمين .

الفرع الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع في الفقه الإسلامي .

يمكننا أن نعرف طبيعة الملك المشاع في الفقه الإسلامي عند ما نقوم بعملية استقراء ولو جزئية لنصوص الفقهاء التي تعرضت لبيان حكمه، من بيع المشاع أو إجارته أو رهنه....، وذلك لأن أحكام المشاع متفرقة على أبواب وعقود المعاملات كلها، فكان لزاماً منا أن نقوم ببحث هاته الأحكام ونخلها لنعرف بعد ذلك تكييف الفقه الإسلامي للملك الشائع.

ومن خلال استقراء الجزئي لنصوص الفقهاء، فقد وجدتهم يعتبرون حق الشريك الشائع عبارة عن حق ملكية بالمعنى الدقيق ، ولكي نؤكد ذلك فإنني سأورد نصوص الفقهاء التالية :

قال المرغيناني في الهداية: "لأن المشاع قابل لحكمه، وهو الملك فيكون محلاً له"¹

وقال السرخسي: "ان الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك"².

وقال في بدائع الصنائع: "لأن الشياح لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لأن حكم الهبة الملك والشياح لا يمنع الملك"³.

وقال الشيرازي: "فصل: وتجوز الوصية بالمشاع والمقسم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسم"⁴.

ويرى الفقهاء أنه لا تعارض بين وجود الشيوع في محل معين من جهة وتملكه من جهة ثانية، لذلك قال القرافي: "لأن حق المرتهن لا يزيد في العين على الحق المالك فكما لا تنافي الإشاعة الملك لا تنافي الرهن بطريق الأولى"⁵.

ويمكننا أن نثبت أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية عن طريق المقدمتين التاليتين:

¹ - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، أبو الحسن برهان الدين، تح: طلال يوسف، ج3، من دون سنة النشر ولا رقم الطبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص223. ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص29، ج10، ص154، مرجع سابق.

² - السرخسي المبسوط، ج12، مرجع سابق، ص64.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، مرجع سابق، ص120.

⁴ - أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، من دون سنة النشر ولا رقم الطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص343.

⁵ - القرافي الذخيرة، ج8، مرجع سابق، ص81.

يقول الفقهاء ان عقد البيع يفيد الملك¹، وبيع المشاع جائز باتفاق الفقهاء كما صرح بذلك ابن تيمية حيث قال: "يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين كما مضت بذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم"²، فتكون نتيجة هاتين المقدمتين أن الشيوع يفيد الملك وهذا ما نبحت عن حكمه .

ومن أجل ذلك قال الشيخ علي الخفيف: "يرى فقهاء الشريعة أن حق الشريك في المال المشترك على الشيوع هو حق ملك، فالشريك على الشيوع يملك في المال المشترك حصة شائعة"³.

وعليه فان الفقه الإسلامي يعتبر حق الشريك الشائع هو حق ملكية تامة بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح . والسؤال الذي نطرحه الآن: هل حق الشريك الشائعة هو حق ملكية أم أنه حق من نوع آخر؟ هذا ما سوف نعرفه في الفرع الثاني ان شاء الله .

الفرع الثاني: طبيعة حق الشريك المشتاع في القانون.

اختلفت آراء فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك الشائع¹، هل هو حق عيني أصلي أم هو حق شخصي أم أنه حق عيني من نوع خاص؟

¹ - ابن الهمام، فتح القدير، ج 8، ص 257، ج 10، ص 169، مرجع سابق، السرخسي، المبسوط، ج 21، مرجع سابق، ص 110، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تح: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج 6، ط 1، دار الكتب العلمية، 1419 هـ - 1999 م، بيروت - لبنان، ص 231 .

² - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 29، مرجع سابق، ص 233. المازري، شرح التلقين ج 3، مرجع سابق، ص 344.

³ - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص 132.

وهذا ما سوف نجيب عليه في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشتاع هو حق شخصي .

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك الشائع هو مجرد حق شخصي وليس حقاً عينياً ، وذلك على أساس القول بأن الحق العيني يفترض وجود محل معين له وهو شيء محدد ومفروز، بينما حق الشريك المشتاع يقع على حصة غير مفروزة أو غير محددة تحديداً مادياً².

وعليه فإن هذا الحق الشخصي للشريك يخوله الحصول على منافع الشيء المشاع باقتسام حصته مع باقي الشركاء ، وبهذا الإفراز يتحول حقه من حق شخصي إلى حق عيني³.

وهناك من الفقهاء من يرى أن الشيوع عبارة عن ملكية مشتركة ، حيث تثبت الملكية لجميع الشركاء المشتاعين، وذلك باعتبار أن هذا المجموع يعبر عن إرادة جماعية مستقلة

¹ - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ص 310. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ص 160، 161.

² - منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه ، 1965م، من دون رقم الطبعة ، القاهرة - مصر ص 129. وينظر: الموجز في أحكام القانون المدني، حسن كيره ، مرجع سابق، ص 157، 158. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج1، مرجع سابق، ص 99.

³ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء ، 1999م ، من دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية - مصر، ص 34.

تماماً عن إرادة كل شريك، فكل شريك يعتبر مجرد دائن بحق شخصي في اقتضاء اقتسام منافع الشيء الشائع أو إنهاء حالة الشيوع بالقسمة¹.

وهذا الرأي بمجمله فيه إشكال ومعرض لانتقادات كثيرة منها:

1. هذا الرأي يثبت حق الملكية الجماعية أو المشتركة للمجموع دون أن تتوفر فيه صفة الشخصية، مع أننا نسلم قانوناً أن الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص، والقانون لا يعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع².

2. بالإضافة إلى أن وصف حق الشريك المشتاع أنه مجرد حق شخصي وإنكار وجود حق عيني للشريك يتعارض وبشكل واضح مع ما أعطاه القانون لكل شريك من سلطات على الشيء الشائع³.

الفقرة الثانية : الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشتاع هو حق عيني

¹ - منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مرجع سابق، ص 130. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 160، 161.

-voir : PROPRIÉTÉ COLLECTIVE ET EXCLUSIVITÉ, Géraldine SALORD

Faculté de Droit et des Sciences sociales – Poitiers, p239.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 312. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص 35.

³ - حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، ع12، جامعة الاسكندرية، 1964م، ص16. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص158.

إن تكييف الملكية الشائعة على أنها ملكية جماعية ووصف حق الشريك المشتاع على أنه مجرد حق شخصي، لم يكن موفقاً وظل الفقه الحديث متمسكاً بالقول أن حق الشريك المشتاع هو عبارة عن حق عيني، وللشريك تسلط مباشر على المال الشائع¹.

ولكن بعض الفقهاء رأى بأن الملكية الشائعة لا تعتبر حق ملكية، بل هي حق عيني من نوع خاص، ودليلهم في ذلك أن الملكية من طبيعتها الاستثنائية والاختصاص، والمالك على الشيوع لا يستأثر بالشيء بل يشاركه فيه آخرون². ويمكننا أن ندفع هذا القول بأحد الوجوه التالية³:

1. إن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور في سلطات ثلاث معروفة هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف والقول بأن حق الشريك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص لا يمكن أن يخرج في مضمونه عن حدود هذه السلطات.
2. إن الاستثنائية واقع في الملكية الشائعة، والذي يستأثر هو كل شريك شائع، ولكن الاستثنائية تقع في وجه الغير وليس في وجه الشركاء.

وعلى هذا الأساس فإن الحال في الملكية الشائعة لا يخرج على إحدى الفرضيتين:

¹ - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 312. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 160، 161.

² - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 798.

³ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 159. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع والموضع نفسه.

إما أنها حق ملكية تامة يجمع كل السلطات في الشريك المشتاع ، وهذا الرأي يناقض القول بأن الملكية الشائعة هي حق عيني من نوع خاص .

و إما أنه حق لا يمنح الشريك على الشيوع سوى البعض من سلطات الملكية، وهنا نكون أمام إشكال كبير، وهو من الذي ثبت له ملكية الشيء المشاع ؟ وهو سؤال لا جواب له في هذه الفرضية ، أو الجواب الوحيد له هو أن الشيء المشاع يبقى من دون مالك طول فترة الشيوع ، وهو جواب لا يقبله العقل ولا مبادئ القانون¹.

لذلك بقي الرأي القائل بأن حق المالك على الشيوع حق ملكية تامة ، هو الرأي السائد والصحيح ، وفي الحقيقة ان هذا الرأي لا يلحقه أي اعتراض أو رد ، وذلك لأن حق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له صاحب واحد وانما اصحابه متعددون في نفس الوقت ، وهذا التعدد لا يلحق محل الملكية فالمحل واحد وانما يلحق صاحب الملكية ، بمعنى أن محل الملكية واحد ولكن اصحاب الحق في ملكية هذا الشيء متعددون².

¹ - منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، السنة السادسة . من دون سنة النشر، ص104. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص 313 . وينظر: جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع ، مرجع سابق، ص 35.

فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص 161.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص 313.

وهذا التكييف صحيح ولا غبار عليه، ولذلك قال الدكتور حسن كيره: " فظاهرة تعدد طرف الحق مع بقاء محله واحدا ظاهرة مسلمة معروفة في القانون ¹".

وقد ذهب المشرع الجزائري هذا المذهب حيث نص في المادة 714 على أن: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء" ².

وعليه يكون هذا التكييف مطابقا تماما لتكييف الملك الشائع في الفقه الاسلامي، حيث أثبتنا أن الملكية الشائعة عبارة عن حق ملكية تامة، وغاية ما في الأمر أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك.

المطلب الثاني: سلطات المالك المشتاع

إذا كانت الملكية الشائعة هي حق ملكية، فهذا يعني أنها ترتب حقا للشركاء في الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه شأنها في ذلك شأن الملكية المفروزة، إلا أن سلطة كل شريك من الشركاء في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه مقيدة بحقوق سائر الشركاء ³.

¹ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 159.

² - القانون المدني وفقا للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 143.

³ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 191.

وعليه فإن الملكية الشائعة تخول لأصحابها سلطات متنوعة، وهي سلطات خاضعة عند ممارستها لقيود متبادلة بين الشركاء، بسبب وقوعها على محل واحد، وهذا هو الفرق الجوهرى بين الملكية المفترزة والملكية الشائعة¹.

وسوف نتكلم فيما يلي عن سلطات المالك المشترك من خلال:

الفرع الأول: سلطة الانتفاع بالمال الشائع.

الفرع الثانى: سلطة التصرف بالمال الشائع.

الفرع الأول: سلطة الانتفاع بالمال الشائع.

إن الانتفاع بالشيء هو سلطة من السلطات المتفرعة عن حق الملكية، وإذا كانت الملكية الشائعة هي حق ملكية - كما رأينا سابقاً - فهذا يعنى أن الانتفاع بالملك الشائع هو سلطة متفرعة عنه.

¹ - محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 361. حسن كبره، الموجز في أحكام القانون المدنى، مرجع سابق، ص 150.

وسوف نعرض الانتفاع بالمال الشائع من حيث الاجمال فقط دون الدخول في تفاصيل هذه السلطة وما فيها من أحكام الانتفاع وآلياته ، لأن هذا ليس موضوع بحثنا وانما أردنا التطرق إليه باعتباره سلطة من سلطات المالك على الشيوع .

بناء على ذلك فسوف نتكلم على الانتفاع في المال الشائع في الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى: استعمال المال الشائع

نعلم أن المالك على الشيوع لا يستأثر وحده بالشيء المشاع، ولذلك فإن سلطته في استعمال الشيء المشاع مقيدة، بل ويجب أن تتقيد بحقوق باقي الشركاء ،لذا نصت الفقرة الأولى من المادة 714 من ق م ج على : " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"¹، ولذا يجب على الشريك أن يستعمل العين الشائعة الاستعمال الذي يتفق ويتناسب مع طبيعتها، فإذا كانت حافلة لنقل المسافرين مثلاً ،استعملها لهذا الغرض وليس لغرض آخر، وإذا كانت طريقاً استعمالها للمرور فقط ،وليس له الحق في أن يبني عليها، لأن من شأن البناء إعاقة مرور باقي الشركاء².

كل هذا في حالة ما إذا كان الشيء الشائع قابلاً للاستعمال المشترك ،وأما إذا كان الشيء الشائع غير قابل للاستعمال المشترك فانه يجوز لكل شريك أن يستأثر باستعمال المال الشائع

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، مرجع سابق، ص 143.

² - حق الملكية ، محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 112.

باتفاق كل الشركاء ، كما هو الحال في قسمة المهايأة¹ ، ولذلك قال في مجمع الانهر : " وتجاوز المهايأة عند تعذر الاجتماع على الانتفاع"²

والمهايأة هي التي يتناوب الشركاء فيها على اقتسام منافع الشيء الشائع ، وقد تكون مكانية وقد تكون زمانية .

وقد ذكر ابن تيمية وغيره كيفية المهايأة حيث قال : " فللمشتركين أن يتهايأ فيه بالمكان أو بالزمان . فيسكن هذا بعضه وهذا بعضه وبالزمان يبدأ هذا شهراً ويبدأ هذا شهراً ولهما أن يؤجراه ولأحدهما أن يؤجره من الآخر"³ .

وأما المشرع الجزائري فقد تعرض لأحكام المهايأة في المواد 732 ، 733 ، 734 ، 735 ، 736 ، من ق م ج .

الفقرة الثانية: إدارة المال الشائع.

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 362 .

² - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ج 2 ، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ص 496 . وينظر : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج 4 ، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ، دار الكتاب الإسلامي ، ص 337 . عبدالله بن محمود الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، مرجع سابق ، ص 345 . وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج 6 ، مرجع سابق ، ص 4775 .

³ - ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج 29 ، مرجع سابق ، ص 233 ، 234 . شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ج 5 ، ط 3 ، دار الفكر ، 1412 هـ - 1992 م ، ص 334 .

تهدف الإدارة إلى الانتفاع بالمال الشائع في أقصى صورته، وبطريقة لا تضر بأحد من الشركاء، وقد تكون إدارة المال الشائع من أعمال الحفظ والصيانة، أو تكون هذه الإدارة من أعمال الإدارة المعتادة، أو من أعمال الإدارة غير المعتادة.

أولاً: أعمال الحفظ والصيانة.

نصت المادة 718 من ق م ج على أنه " لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء ¹".

وأعمال الحفظ والصيانة قد تكون أعمالاً مادية ، كالقيام بقطف الثمار قبل تلفها أو بيعها قبل فسادها ، وقد تكون أعمال الحفظ والصيانة من قبيل التصرفات القانونية ، كالوفاء بالضرائب المترتبة على المال الشائع ، أو القيام بدعوى لقطع التقادم في وجه من يحوز المال الشائع بنية تملكه ².

وجميع النفقات التي تصرف من طرف الشريك المنفرد يتحملها الشركاء بقدر حصة كل واحد منهم على أساس الأنصبة، كما تقضي بذلك المادة 719 من ق م ج .

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، مرجع سابق، ص 144.

² - وحيد الدين سوار، يرجى النظر في: الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 374.

غير أنه لكل شريك أن يتخلص من دفع هذه النفقات إن هو تخلى عن نصيبه لبقية الشركاء وفقا للقواعد العامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني ، فيكون لصاحب هذا الحق أن يتخلص حينئذ من كل الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق¹.

ثانيا : الإدارة المعتادة للمال الشائع.

الأصل في إدارة المال الشائع أن تكون من سلطة الشركاء مجتمعين، فإن اتفق الشركاء جميعا على نظام معين لإدارة مالهم الشائع كان هذا النظام هو الواجب الإلتباع، سواء تعلق الأمر بالإدارة المعتادة أو غير المعتادة. وقد يختارون شخصا ينوب عنهم في إدارة المال الشائع سواء كان هذا الشخص منهم ، أو كان اجنبيا عنهم ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الحال ، كأن يقوم أحد الشركاء بالإدارة دون اعتراض بقية الشركاء².

وقد بين المشرع الجزائري هذا التنظيم، فاعتبره أصلا في إدارة المال الشائع ، وذلك في المادة 715 من ق م ج . غير أن الوصول إلى هذا الاتفاق بإجماع الشركاء ليس أمرا ميسورا في الغالب من الأحيان ، ولذلك حدد المشرع النصاب المعقول الذي يمكن تحقيقه ، فنص في الفقرة الأولى من المادة 716 على أنه : " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم

¹ - السنهوري ، الوسيط ، ج8 ، مرجع سابق، ص 809 .

² - السنهوري ، الوسيط ، ج8 ، المرجع نفسه ، ص 810 .

توجد الأغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع¹ .

وأعمال الإدارة المعتادة هي تلك الأعمال التي تهدف إلى الانتفاع بالشيء دون أي تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له ذلك الشيء² ، كشراء السهام للأرض وزراعتها أو جني محصولها، وقد خول النص المذكور سلفاً أغلبية الشركاء العادية للقيام بهذه الأعمال .

ثالثاً: الإدارة غير المعتادة للمال الشائع

نصت المادة 717 من التقنين المدني على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات³ .

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، مرجع سابق ، ص 143 .

² - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص 166. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية ، مرجع سابق، ص 119 .

³ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، المرجع نفسه ، ص 144 .

يتضح من النص أن أعمال الإدارة غير المعتادة ، هي التي تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع ، ولم يكتف المشرع في شأنها بالأغلبية العادية للشركاء ، بل تطلب أغلبية خاصة للقيام بهذه الإدارة ، وهي ثلاثة أرباع الشركاء ، أو الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، حتى ولو كان شريكا واحدا .

و الإدارة غير المعتادة هي التي من شأنها أن تحدث تغييرا جوهريا أو تعديلا في الغرض الذي أعد له المال الشائع¹، مثل : تهديم منزل قديم وبناء محل تجاري ، أو إقامة بناء في أرض زراعية لإعدادها لاستثمار صناعيالخ.

ولاشك أن هذه الأعمال خطيرة جدا، لأنها أكثر مساسا بحقوق الأقلية، لذلك نجد المشرع الجزائري قد ألزم الأغلبية التي خولها هذه السلطة، أن تعلن قرارها إلى بقية الشركاء حتى يسري في حق الأقلية.

على أن الأقلية لها حق اللجوء في خلال شهرين من يوم إعلانها من طرف الأغلبية بقرارها في الإدارة إلى المحكمة للتظلم في هذا القرار، وللمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية أو تقره، وذلك بمراعاة مصلحة الشركاء جميعا².

الفرع الثاني: سلطة التصرف بالمال الشائع.

¹ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 165. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 123. فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 166.

² - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 830، 831. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 321، 322.

إذا كان الملك الشائع يخول لكل شريك سلطة استعمال المال الشائع واستغلاله، فإن الملك الشائع يخول لكل شريك سلطة التصرف أيضاً، شريطة ألا يتعارض هذا التصرف مع باقي حقوق الشركاء.

وقبل الكلام عن هذه السلطة وحدودها، يجب أن نحرر مفهوم التصرف والمقصود الفقهي عند إطلاقه، وهو ما سوف نتكلم عليه في الفترتين التاليتين:

الفقرة الأولى: تعريف التصرف.

أصل كلمة التصرف هي من مادة (صرف)، وصرف الشيء، أي يصرفه تصرفاً،

وتصرف الشيء تغييره وتحويله من وجهه الأول إلى وجه آخر، قال في تاج العروس :
" والتصرف في الرياح: تحويلها من وجه إلى وجه ومن حال إلى حال، قال الليث:
تصرف الرياح صرفها من جهة إلى جهة، وكذلك تصرف السيول والخيول والأمور
والآيات، وقال غيره: تصرف الرياح: جعلها جنوباً وشمالاً وصبا ودبوراً، فجعلها
ضروباً في أجناسها.¹"

ومنه صيغ مصطلح الصيرفي، لأنه يصرف العملة أو الدراهم أي يحولها، من عملة بلد إلى
عملة بلد آخر²، إذن فالتصرف في الشيء نعني به تحويله.

¹ - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 24، دار الهداية، ص 20.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج 9، ص 189، مرجع سابق.

أولاً تعريف التصرف في الفقه الإسلامي:

بعد البحث في الكتب المطولة لفقهاء الإسلام، لم أجد - فيما بحثت - سوى تعريف واحد للتصرف، مع أن بعض الدراسات المعاصرة ذكرت أنها لم تقف على تعريف "التصرف" عند الفقهاء القدامى، منها دراسة تحت عنوان: "التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة"¹. وأما التعريف الذي وجدته فهو للسرخسي في كتابه المبسوط حيث قال: "التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال، وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محلّ ينفع فيه، فهذا يكون حدّ التصرف باللسان، وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده، ثمّ قد يمتنع نفوذه شرعاً لما نفع فيتوقف على زوال ذلك المانع"².

ويمكننا أن نشرح هذا التعريف على النحو التالي:

■ التصرف كلام وهو فعل اللسان: عرف التصرف بأنه عبارة عن الأقوال التي تصدر من لسان الإنسان وتتفاعل في محل ما، ويقصد بالمحل هنا محل الالتزام، ونعني به أيضاً المعقود عليه والفقهاء يشترطون فيه شروطاً ثلاثة:

- أن يكون (المعقود عليه) موجوداً وقت إبرام العقد، أو يمكن أن يوجد في المستقبل

- أن يكون معيناً أو يقبل التعيين

¹ - خالد محمد حسين إبراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة، حيث قال: "لم أقف على تعريف للتصرف عند الفقهاء القدامى

"، 2006م، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ص 19. ودراسة بعنوان "التصرف في المال العام"، خالد الماجد، ط 1، الشبكة

العربية للأبحاث والنشر، 2013م، بيروت - لبنان، ص 10.

² - السرخسي، المبسوط، ج 13، مرجع سابق، ص 154.

- أن يكون مشروعاً¹

ويعتبر المحل ركناً من أركان العقد والتي هي: التراضي، المحل، والسبب².

- إذا صدر من أهله في محله: أي إذا كان هذا التصرف صادراً من له أهلية أداء، بمعنى أن وجود الأهلية (أهلية الأداء) شرط لصحة التصرف³، بالإضافة إلى كون هذا التصرف واقعاً في محله، ومحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين للقيام به، والمدين إما أن يلتزم بفعل ما أو بعدم فعله، لذلك قال السنهوري: "فمحل الالتزام إذاً لا يكون إلا عملاً أو امتناعاً عن عمل. فالالتزام بالبائع بنقل ملكية الشيء المبيع التزام بعمل، والتزامه بتسليم هذا الشيء التزم بعمل كذلك، والتزامه ألا يتعرض للمشتري التزم بالامتناع عن عمل"⁴، وهذا يعني أنه إذا لم توجد الأهلية ولم يقع التصرف في محله كان حكمه كالمعدوم.
- ثم قد يمتنع نفوذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع: بمعنى أن التصرف لا يكون نافذاً إلا إذا انتفت الموانع الشرعية، فتصرف ناقص الأهلية مثلاً صحيح ولكنه موقوف لوجود المانع وهو نقص الأهلية⁵.

¹ - علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م، ص69، 70.

² - علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ص27.

³ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص303.

⁴ - السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، بيروت - لبنان، ص465.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، مرجع سابق، ص2959، 2960.

وواضح أن هذا التعريف يشمل الأقوال والأفعال ، لقوله : "فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال " هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن هذا التعريف جاء في سياق الكلام على حكم الفضولي، والفضالة في القانون هي فعل مادي¹.

وقد مشى الفقهاء المعاصرون على نحو من هذا التعريف ودمجوا الفعل المادي ضمن التصرف القانوني، وسأذكر بعضاً من هذه التعريفات المعاصرة:

عرف مصطفى شلبي التصرف بقوله : "ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج ، سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا"².

وعرفه مصطفى الزرقا بقوله : "هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية"³.

كما عرفه محمد سلام مذكور بقوله : "ما يصدر عن الشخص المميز ، بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما"⁴.

¹ - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط 3 ، الدار الجامعية ، 1993م ، بيروت - لبنان ، ص 870 ، 871.

² - مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، 1403هـ - 1983م ، دار النهضة العربية ، بيروت - لبنان ص 413.

³ - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص 288.

⁴ - محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ط 2 ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة - مصر ، 1996م ، ص 519.

والملاحظ على هذه التعاريف أنها عامة، أي أنها تشمل كل ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال، فالتصرف هنا قد يكون فيه التزام بحق، كالبيع أو الرهن ... وقد لا يكون فيه التزام كالدعوى أو الحيازة أو حتى الفضالة .

وهذا التعريف العام والشامل، يقودنا إلى البحث في تعريف التصرف في القانون، هل هو كذلك مثل الفقه الاسلامي، أم أنه أخص منه ؟

ثانياً تعريف التصرف في الفقه القانوني:

يعرف فقهاء القانون التصرف أنه: "إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون"¹.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن نظر فقهاء القانون هنا يتجه إلى هاته الارادة المحضة الخالصة والتي بدورها تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة².

وهذا يعني أن التصرف القانوني أو الأعمال القانونية منها ما يرجع إلى إرادة الشخص منفرداً كالهبة والوقف والوصية، ومنها ما يرجع إلى إرادته مقرونة بإرادة طرف آخر، وهو ما يسمى بالعقد¹، كالبيع والاجارة والاعارة والرهن ...

¹ - حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط 5، منشأة المعارف بالإسكندرية، من دون سنة النشر، ص 725، 726. وينظر: عبدالرزاق

السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج1/3، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، بيروت - لبنان، ص66. توفيق

حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 870، 871.

² - السنهوري، نظرية العقد، ج1، مرجع سابق ص 73.

وبالعودة إلى التعريف اللغوي للتصرف والذي يعني تحويل الشيء من حال إلى حال ومن وجهة إلى وجهة، فإننا نجد تقارباً بينه وبين التعريف القانوني، وذلك من الناحية التالية:

الإرادة المحضة التي يتجه إليها القانون هي في الأصل إرادة باطنة²، ويتم تحويل (صرفها) تلك الإرادة الباطنة، إلى إرادة ظاهرة عبر الأثر الذي يرتبه القانون، وهذا هو الصرف أو التحويل من إرادة باطنة إلى إرادة ظاهرة.

وإذا قمنا بعقد مقارنة بين تعريف التصرف في الفقه الإسلامي والوضعي فإننا نجد ما يلي:

التصرف في الفقه الإسلامي يشمل الأعمال المادية (التصرفات الفعلية) كالفضالة والحيازة وغيرها، ويشمل الأعمال أو التصرفات القانونية (التصرفات القولية) سواء كانت صادرة من إرادتين كبيع وإعارة أم أنها صادرة من إرادة واحدة كالوصية أو الوقف.

وأما التصرف القانوني فإنه لا ينسحب إلا على ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتصرفات القولية والتي هي: العقد والإرادة المنفردة³.

¹ - السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع نفسه، ص 74.

² - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ط1، الجامعة الأردنية، 2002م

، ص 43. صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2009م، ص 79.

³ - خالد محمد حسين إبراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 26.

وإذا كان الجمع مقدم على الترجيح، فإنه يمكننا أن نجمع بين هذين التعريفين بقولنا: التصرف في الفقه الإسلامي عام والتصرف القانوني خاص، أو بالأحرى التصرف القانوني أخص منه في الفقه الإسلامي .

بقي لنا أن نحدد ما الذي نقصده من التصرف¹، حتى تتضح لنا المعالم ونتبين وجهة البحث بمعنى: هل نقصد في بحثنا هذا، التصرف بمفهومه العام والشامل أم أننا نقصد التصرف القانوني؟ هذا ما سوف نعرفه في الفقرة التالية .

الفقرة الثانية: المقصود بالتصرف في المال الشائع .

عندما يطلق التصرف فإنه يراد به نوعان من الأعمال: التصرف أو الفعل المادي، والتصرف القانوني، وعادة ما يهدف التصرف المادي إلى إحداث تغيير مادي في الشيء الذي هو محل الملكية، كالبناء في الأرض، أو حيازة مباح ثم إحاطته بشيء يبين أنه مملوك لشخص ما، أو إعدام شيء باستهلاكه ...

¹ - لأن عنوان المذكرة هو: "التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً"، فكان لزاماً منا أن نذكر تعريف التصرف من جهة، وأن نبين المقصود من التصرف في المال الشائع من جهة أخرى .

فحفظ المال الشائع وإدارة المال الشائع إدارة غير معتادة، بحيث يحدث تغيير جذري في بنية المال الشائع، كل هذه عبارة عن أعمال مادية لسنا بصدد البحث فيها.

وإنما المقصود بالتصرف هنا هو نقل ملكية الشيء كالبيع مثلاً، أو إنشاء أي حق عيني آخر عليه كالرهن مثلاً، وهذا هو التصرف بمفهومه القانوني الذي نعتمده في بحثنا¹.

خلاصة الفصل:

يمكننا أن نلخص هذا الفصل فيما يلي:

تعد الملكية الشائعة صورة من صور حق الملكية، وبالتالي فإن الملكية الشائعة هي حق ملكية تامة بالمعنى الدقيق، سواء كان ذلك في الفقه الاسلامي أو القانون المدني

¹ - وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق، ص 44، 45. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ص 501.

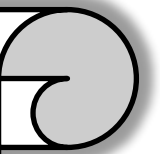
التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

وينقسم الشيوع إلى اختياري وإجباري، والمحدد في ذلك هو قاضي الموضوع في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

تحول الملكية الشائعة لكل شريك كافة السلطات من استعمال واستغلال وتصرف، وغاية ما في الأمر أن هاته السلطات تتعلق بحقوق باقي الشركاء .

مفهوم التصرف في الفقه الإسلامي عام وشامل، بينما هو في القانون أخص .

بما أنه لكل شريك في الشيوع أن يتصرف في الملك الشائع، فهذا يعني أن الشيوع لا يمنع التصرف، وهذه النتيجة التي عنونا بها الفصل الأول.



الفصل الثاني

الشيوع يضيق من نطاق التصرف

في المال الشائع

رأينا في الفصل السابق أن الملكية الشائعة ليست سوى صورة من صور حق الملكية، فهي عبارة عن حالة قانونية تنجم عن تعدد الملاك للشيء الواحد، ورأينا أن حالة الشيوع قد تنشأ من واقعة مادية كالمراث وهو أغلب الحالات نشأة، وقد ينشأ الشيوع بتصرف قانوني كالبيع والشراء أو الهبة...

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

ووجدنا أن الشيوع أياً كان سبب نشأته فهو لا يمنع من التصرف، وذلك لأن الملكية الشائعة هي حق ملكية بمعناها التام، فكل شريك على الشيوع - كما جاء في المادة 714 من ق م ج - يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف في حصته وأن يستعملها ويستثمرها كما شاء، شريطة ألا يلحق ضرراً بسائر الشركاء.

وإذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل يثور حول حدود هذا التصرف ونطاقه، أو بمعنى آخر هل وجود حالة الشيوع يضيق من نطاق التصرف أم لا؟

وللوقوف على نطاق التصرف وحدوده، لابد لنا من التعرف على سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع وحدود تلك السلطات، ثم نبحث ما إذا كان لهذا التصرف من قيد أو قيود تحد منه، كل هذا يجعلنا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع

المبحث الثاني: طبيعة قيد التصرف في المال الشائع

المبحث الأول: سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا

قدّمنا أن التصرف في المال الشائع قد يكون تصرفا ماديا يهدف إلى إحداث تغيير مادي في الشيء الذي هو محل الملكية، كالبناء في الأرض، أو حيازة مباح ثم إحاطته بشيء يبين أنه مملوك لشخص ما، وقد يكون تصرفا قانونيا يكون بنقل ملكية المال الشائع أو ترتيب حق عيني عليه، سواء كان هذا الحق أصليا أو تبعا.

كما ذكرنا أننا نهدف في دراستنا هاته، التصرف القانوني فقط دون المادي، ومقصودنا من سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع، النظر في أنواع كل سلطة ثم البحث في أحكام كل نوع من أنواع هاته السلطات.

والناظر في تصرفات الشركاء يجد أن القسمة العقلية تقتضي أن تكون التصرفات إما جماعية أو فردية، وهذا ما سوف نتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع

المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع

إذا كان حق كل شريك في الملكية الشائعة هو حق ملكية تامة بالمعنى الدقيق، والحصة التي يملكها الشريك هي حصة شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات طوال فترة الشيوع، وكان كل شريك يمارس سلطته على حصته الشائعة مقيدة بحقوق باقي الشركاء، فإن الأصل أن يكون هناك إجماع بين الشركاء في التصرف في المال الشائع حتى لا يحدث خلاف بينهم، إلا أن هذه الصورة نادرة الحصول¹، لذلك نص المشرع على نظام يسهل من عملية التصرف في المال الشائع، هو نظام الأغلبية²، وعليه يكون التصرف إما أن يقع بإجماع الشركاء، أو من طرف الأغلبية، وهذا ما سوف نتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التصرف بإجماع الشركاء

إن التصرف الجماعي في المال الشائع هو ما يصدر باتفاق من جميع الشركاء، فإذا ما وقع إجماع بين الشركاء على التصرف في المال الشائع كله بأي نوع من أنواع التصرف، سواء أكانت ناقلة للملكية، كالبيع مثلاً أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو حق عيني تباعي كرهن المال رهناً رسمياً أو حيازياً... اعتبرت كل هذا التصرفات صحيحة لأن الأصل أن يكون هناك إجماع بين الشركاء³.

¹ - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 326.

² - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 326.

³ - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 326، وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق، ص 131، أحمد فلاح، الملكية الشائعة، مرجع سابق، ص 170.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

والسؤال الذي نطرحه هو: هل إجماع الشركاء شرط في صحة التصرف في جميع المال الشائع أم أنه يعتبر مجرد أصل فقط؟، وإذا باع الشركاء مجتمعين جميع المال الشائع فماذا يسمى هذا النوع من البيوع وما هو حكمه؟

هذه الأسئلة سوف نجيب عليها في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: اشتراط الإجماع لصحة التصرف في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي إجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه¹، فكل شريك يعتبر أجنبياً في حصة الآخر وبالتالي لا يحق له التصرف في المال الشائع إلا إذا استأذن من باقي الشركاء، وهو ما نستشفه من بعض نصوص الفقهاء التالية:

قال صاحب البدائع: "فأما شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد، وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة؛ ولم يوجد شيء من ذلك وسواءً كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا"²

قال صاحب الكافي: "وإذا كان حائط بين اثنين فليس لأحدهما أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه وكذلك كل مال مشترك"³، والشاهد هو قوله وكذلك كل مال مشترك.

¹ - وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 378.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، مرجع سابق، ص 65.

³ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2، ط 2، مكتبة الرياض الحديثة، تح: محمد محمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ-1980م، ص 945.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

كما قال القرافي: "إذا كانا شريكين في حيوان مثلاً بميراث أو غيره لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه فمقتضى القواعد أن الشريك يضمن وبه أفتى شيوخنا¹".

وقال الهيتمي: "ولا يجوز لأحد الشريكين قبل القسمة أن يأخذ حصته إلا بإذن شريكه²".

كل هذه النصوص وغيرها تؤكد لنا أن الإجماع شرط لصحة التصرف في المال الشائع³، وليس في الحصة الشائعة من مال الشريك كما سوف نرى في المطلب الثاني، وعلى هذا الأساس نصت المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية على: "كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يُعتبر أحدٌ وكيلاً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه⁴".

الفقرة الثانية: الاكتفاء بالأغلبية في القانون المدني الجزائري

كل الذي ذكرناه سابقاً هو في الفقه الإسلامي، أما في القانون المدني فقد يسر المشرع سبيل التصرف في المال الشائع، حيث اكتفى المشرع باشتراط أغلبية خاصة تمكن الشركاء من التصرف في المال الشائع،

¹ - القرافي، الذخيرة، ج 8، مرجع سابق، ص 66.

² - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 10، بدون رقم الطبعة، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ - 1983م، ص 193.

³ - الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج 2، مرجع سابق، ص 13، وينظر: مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 7، مرجع سابق، ص 58. وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص 248. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج 7، مرجع سابق، ص 380.

⁴ - مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 206.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

حيث نصت المادة 720 من ق م ج على أنه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ..."¹.

ونشير هنا أن بعضاً من التشريعات العربية لم تخول للأغلبية سلطة التصرف في المال الشائع، وذلك مثل التشريع المدني اللبناني حيث تنص المادة 836: "لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختص: أولاً: بأعمال التصرف... وهذا يعني أن تصرف الأغلبية غير ملزم للأقلية، ولكي يكون التصرف صحيحاً فإن الإجماع مهم وضروري"².

الفرع الثاني: تصرف أغلب الشركاء

من العسير جداً حصول الإجماع للتصرف في المال الشائع، لذلك فإن المشرع قد أجاز لأغلبية خاصة من الشركاء التصرف في المال الشائع، ووضع شروطاً لتصرفات هاته الأغلبية، كما أنه أعطى ضمانات للأقلية توفر لها حماية أكبر لحقها في التصرف في المال الشائع، وسوف نتكلم عن كل هذه الأمور في الفقرات التالية

الفقرة الأولى: الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع

تنص المادة 720 من ق م ج على أنه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه... وهذا يعني أن المشرع الجزائي قد أعطى للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع حق التصرف فيه، والأغلبية التي أقرها النص القانوني ليست أغلبية عددية، وإنما محددة بنسبة

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 144.

² - مويرس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني اللبناني، ج 8، بدون رقم الطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م، بيروت - لبنان، ص 180. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 203.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

من يملك ثلاثة أرباع على الأقل من المال الشائع، وبذلك يمكننا أن نتصور أن شريكاً واحداً قد يشكل الأغلبية¹، وذلك بامتلاكه نسبة ثلاثة أرباع من المال الشائع. وهذا يعني أن الأغلبية اللازمة التي يمكنها تقرير التصرف في المال الشائع كله أو جزء مفروض منه، تتحدد بنسبة من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع وليس بعدد الشركاء المشتاعين. ويتضح لنا أن المشرع قد اعتمد في تحديد الأغلبية على المعيار الموضوعي، وذلك بإقرار نسبة الملك، وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي².

ومع أن المعيار الذي اتبعه المشرع في تحديد الأغلبية هو معيار موضوعي، وذلك أن حساب الأغلبية يكون على أساس حصص الشركاء، وهو المبدأ الذي رعى فيه المشرع ميزان المصالح، ولكن السؤال الذي نطرحه هو: هل ميزان المصلحة يتمثل فقط في تحديد أغلبية من هذا النوع، قد تكون في شخص واحد، أم أن آراء الشركاء فيما بينهم يجب أن تتعدد وتؤخذ بعين الاعتبار³؟

وحتى يمنع المشرع من أن يكون هناك تعسف من طرف الأغلبية في استعمال حقها في التصرف في المال الشائع، اشترط قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع، بالإضافة إلى تقريره ضمانات كافية لحقوق للأقلية⁴.

¹ - في حين أن القانون المدني الكويتي، نص على أنه لا يمكن لشريك واحد أن يكون هو الأغلبية مهما بلغت حصته من المال، حيث نصت المادة 828 من ق م ك على: "في الحالات التي ينص فيها القانون على حق الأغلبية في الإدارة غير معتادة والتصرف لا تتوافر الأغلبية في شريك واحد، مهما بلغت حصته في المال"، وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 122.

² - وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2007-2008، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، ص 93.

³ - وحيد الدين سوار، المرجع نفسه، ص 122.

⁴ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ص 840، 839.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

الفقرة الثانية: الأسباب القوية للتصرف في المال الشائع

لقد اشترط المشرع لإمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع، أن يكون قرارها في التصرف مبنياً على بواعث وأسباب قوية تبرر امضاء مثل هذا القرار رغم عدم اجتماع رأي جميع الشركاء¹، وذلك كأن تكون هناك فرصة مواتية لبيع المال الشائع بشروط مغرية ومربحة، أو من أجل تحسين العين الشائعة يجب رهنها لضمان القرض اللازم لهذا التحسين²، كل هذه الأسباب وأمثالها تعتبر في الحقيقة أسباباً كافية وقوية تستدعي التصرف في العين الشائعة، إما ببيعها أو رهنها³.

وهنا نثير تساؤلاً حول طبيعة هاته الأسباب القوية التي يستند عليها الشركاء الذين يشكلون الأغلبية في تصرفهم، بمعنى هل تصرفات الأغلبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا؟ أم أنها مسألة قانون يمكن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة عليها؟.

يمكننا أن نقول عن هذه المسألة أنها مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في وقائع الدعوى، وذلك لأن ما يراه قاض بمحكمة ما سبباً قوياً، قد يراه قاض آخر سبباً غير قوي ولا يسمح للأغلبية التصرف في المال الشائع. وعليه فهي مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا تتدخل في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قوياً أو ضعيفاً⁴.

¹ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 171.

² - وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 378.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 839.

⁴ - وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص 94.

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا

وإذا كان المشرع قد أعطى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في التصرف فيه كله أو في جزء مفرز منه إذا توافرت الدواعي والأسباب القوية، فإنه في المقابل أيضا قد أعطى - وفي نفس النص - للأقلية من الشركاء ضمانات تكفل حقوقهم¹، وهذا ما سوف نعرفه في الفقرة التالية

الفقرة الثالثة: حق الأقلية في الاعتراض

يمكننا أن نقول أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 720 من ق م ج، قد وفر حماية لحقوق الأقلية، وذلك بإقراره لإجراءات وشروط أوجبها على الأغلبية المتصرفة في المال الشائع تجاه الأقلية. فبالإضافة إلى وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من المال الشائع، ووجود أسباب ودوافع قوية للتصرف، فلا بد أيضا من إعلان هذا التصرف إلى الأقلية بواسطة عقد

غير قضائي، ليكون للأقلية حق الاعتراض على ذلك التصرف خلال شهرين من تاريخ الإعلان²، وذلك أمام المحكمة المختصة بهذا الشأن. وهذا يعني أن المشرع قد حرص على كفالة ورعاية حقوق الأقلية من خلال تمكين القضاء من بسط رقابته الواسعة على تصرف الأغلبية في المال الشائع³. وسوف نعرض إلى هذا بشيء من التفصيل، خلال بيان نوع الإعلان ومدى وجوبه لعلم الأقلية، ثم نبين المحكمة المختصة وكيفية الفصل في الدعاوى.

¹ - حسن كير، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 171.

² - السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 840. وينظر: محمد منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق،

ص 81، 80، محمد حسن قاسم، موجز القوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 131.

³ - حسن كير، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 328.

أولا: طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية

نص المشرع في المادة 720 من ق م ج بأنه على الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع عند تقرير التصرف فيه، وكانت مستندة لأسباب قوية، أن تعلن قرارها إلى الأقلية والذين هم

(باقي الشركاء) بعقد غير قضائي. ويستفاد من ذلك أن المشرع الجزائري قد أوجب الكتابة في الإعلان، وهذا يعني أن الإعلان الشفوي لا يعتد به في القانون، ويتم هذا الإخطار عن طريق محضر قضائي أو بإرسال رسالة يكون وصولها مضمونا¹.

ولنا أن نسأل: هل يصح تصرف الأغلبية دون علم الأقلية بهذا التصرف، عن هذا السؤال تجيبنا المحكمة العليا، التي أكدت في اجتهادها القضائي شرط الاعلان لباقي الشركاء، وذلك في القرار رقم 62092 والمؤرخ في 13/01/1990م، والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء بعقد غير قضائي فإن القرار الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزءا مشاعا من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل ملكية يعد مشوبا بعيب خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه"² وفي القرار رقم 92343 والمؤرخ في 28/10/1992م، والذي جاء فيه: "ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام، قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى

¹ - وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص 95.

² - عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط 1، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001م

الجزائر، بريكة - باتنة. ص 239، (المجلة القضائية لسنة 1991م العدد الأول ص 139)

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض¹.

بناءً على هذا الاجتهاد القضائي فإن أي تصرف من طرف الأغلبية دون أن يكون هناك إعلان لباقي الشركاء، يكون هذا التصرف غير صحيح قانوناً.

ثانياً: المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض

بمجرد أن تعلن الأغلبية قرارها بالتصرف في المال الشائع إلى الأقلية، فإن لهؤلاء في حالة مخالفتهم قرار الأغلبية، حق اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية، وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان، ويقع عبء إثبات الإعلان على الأغلبية².

وأما دعوى الاعتراض فترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المال الشائع محل التصرف، وبعد رفع الدعوى من قبل الأقلية أمام المحكمة المختصة، فإن هذه الأخيرة تتأكد أولاً من قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع، فإذا ما قدرت المحكمة أن الأسباب والدواعي قوية وتستدعي التصرف في المال الشائع من قبل الأغلبية، تنظر بعد ذلك فيما إذا كانت قسمة المال الشائع تضر بمصالح الشركاء، فإذا رأت أن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء، قضت من تلقاء نفسها بقسمة المال، وبذلك تنتهي حالة الشروع³.

¹ - عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، ص 240، (المجلة القضائية لسنة 1994م العدد الأول ص 38)، المرجع نفسه.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 840.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 841.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

أما إذا تبين للمحكمة أن قسمة المال الشائع تضر بمصالح الشركاء، خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وكان تصرف الأغلبية مستنداً إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحقية قرار الأغلبية، وعندها يكون التصرف نافذاً في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الاعتراض عليه، وذلك لأن المحكمة قد راعت مدى ما يلحق مصالح الشركاء من ضرر أو نفع نتيجة إمضاء مثل هذا القرار¹، فالميزان هنا هو الحفاظ على مصلحة الشركاء.

وأما إذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي استندت إليها الأغلبية لا تبرر إقدامها على التصرف في المال الشائع، وأنه غير لازم، فإنها تقضي بإلغاء قرار الأغلبية ولم يعد بعد ذلك التصرف ممكناً إلا بإجماع الشركاء².

وبهذا يتضح أن المشرع أراد أن ييسر التصرف في المال الشائع، من خلال تنظيمه تصرف الأغلبية، فإذا حدث ما يخالف هذا التنظيم عدنا إلى الأصل الذي هو إجماع الشركاء، وهذا التنظيم أساسه الحفاظ على مصلحة الشركاء وعدم الإضرار بأي شريك من الشركاء.

وهنا يتبين لنا أن القانون المدني قد وافق الفقه الإسلامي ولم يخالفه إلا في استحداث نظام الأغلبية، وسننظر في التصرف الفردي وأحكامه ونعقد مقارنة بين التشريعين الوضعي والإسلامي ومدى تقاربهما.

¹ - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 328.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 841.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع

رأينا في المطلب السابق أن الأصل هو اشتراط الإجماع في التصرف في المال الشائع، ووجدنا أن المشرع استحدث نظام الأغلبية بشروط معينة، تيسيراً لأمر هذا التصرف من جهة، وحفاظاً على مصلحة الشركاء جميعاً من جهة أخرى. لكن هل هذا يعني أن الفقهاء الإسلاميين والقانونيين قد منعوا كل شريك مشتتاً من التصرف في المال الشائع بمفرده؟.

للإجابة على هذا التساؤل فإننا نقول: يمكننا أن نتصور أن التصرف الفردي يقع في حالات ثلاث، فإما أن يقع تصرف أحد الشركاء على المال الشائع كله، وإما أن يقع جزء مفرز منه، أو يقع على حصته الشائعة¹، وسنعرض على كل هذه الحالات بالتفصيل في الفروع التالية

الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة

إن اعتبار حق الشريك في الشيوع حق ملكية يجعله مالكا ل حصته الشائعة، وذلك يمنحه حق التصرف فيها بكل أنواع التصرف، غير أن مشاركة باقي الشركاء له في الشيء الشائع باعتباره محلاً لحقوقهم، يجعل التساؤل قائماً حول حكم هذا التصرف، ولأن أهم التصرفات تتعلق إما بنقل الملكية، أو بترتيب حق عيني عليها، سوف نبحث حكمه بهذا الاعتبار في الفقرات التالية.

¹ - وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 379. وينظر: وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق

ص 127، 128. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 85، 86.

الفقرة الأولى: التصرفات الناقلة للملكية

نقصد بالتصرفات الناقلة للملكية تلك التي تنقل المال من ملكية شخص ما إلى ملكية آخر، وسوف نتعرض لبعض هذه التصرفات.

أولاً: بيع الشريك حصته الشائعة

يعد البيع من أهم التصرفات القانونية الناقلة للملكية وأكثرها انتشاراً على مستوى الحياة العملية، وسنبين حكم بيع الشريك حصته الشائعة في كل من الفقهاء الإسلاميين والوطني

1 - بيع الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية، على جواز بيع الشريك ل حصته الشائعة¹، جاء في حاشية الدسوقي: "إذا باع الشريك حصته من شائع على اسمه من نصيبه فلشريكه إمضاء فعله وله أن يدخل معه في الثمن وله أن يأخذ بالشفعة وله أن يُقاسم..²"

وقال ابن تيمية: "يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين كما مضت بذلك سنة رسول الله صلى الله عليه

وسلم³"، دليلهم في ذلك قوله عز وجل ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾¹

¹ - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج8، مرجع سابق، ص411. وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7،

مرجع سابق، ص286. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، مرجع سابق، ص120. المازري، شرح التلقين، ج3/2، مرجع سابق،

ص344. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج6، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ النشر، دار الفكر، بيروت - لبنان، ص364.

² - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، بدون طبعة وبدون تاريخ النشر، دار الفكر، بيروت - لبنان، ص498.

³ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، مرجع سابق، ص233.

وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾²، ووجه الدلالة في الآية الأولى أنها عامة في حل كل بيع لا مدخل للربا فيه، وبيع المشاع يدخل في هذا العموم³.

وعليه فإنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته بالبيع، سواء باع حصته للشريك أم لغيره، وسواء كان المشاع قابلاً للقسمة أم غير قابل للقسمة⁴.

2- بيع الشريك حصته في القانون المدني:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني خاص ببيع الحصة الشائعة، ولكنه لا يشترط لصحته سوى ما يشترط في العقود بصفة عامة، مع مراعاة الإجراءات الشكلية، ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع طبيعة الشيوع، لذا يسري عليه حكم المادة 714 من ق م ج، والتي تنص على: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁵، وعليه يكون بيع الشريك حصته الشائعة بيعاً صحيحاً و نافذاً في حق باقي الشركاء ما لم يضر بحقوقهم، سواء أكانت الحصة الشائعة من العقار أو من المنقول، وسواء

¹ - سورة البقرة، آية (275)

² - سورة الأنعام، آية (119)

³ - صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج 1، ط 1، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، 1423هـ - 2002م، الرياض - السعودية، ص 150.

⁴ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 43.

⁵ - القانون المدني، مرجع سابق، ص 143.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

أكان هذا البيع للشريك أو للأجنبي،¹ وهذا أيضاً ما تقرر عند القضاء، فقد أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات منها:

القرار رقم 39496 والمؤرخ بتاريخ 1987/08/04م، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع، ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرده المشتري وتعويض المدعي عليها خرقوا القانون، ومتى كان كذلك تعين نقض القرار"²، والقرار القضائي رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29م والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، له أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأً في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع، أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"³.

¹ - مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2004-2005م، ص 17.

² - عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 237.

³ - المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، سنة 1992، ص 28-30.

ثانياً: حبة الشريك حصته الشائعة

تعد الحبة تصرفاً انفرادياً واقعاً من طرف واحد، كما أنها من التصرفات الناقلة للملكية، وسنبحث حكم حبة الشريك حصته الشائعة في كل من الفقهاء

1 - حبة الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي:

قد يهب أحد الشركاء حصته الشائعة من عقار أو سيارة أو أي مال شائع لشخص آخر، وقد تكون هاته العين المشاعة مما يقبل القسمة أو لا، وقد اختلف الفقهاء إلى اتجاهين اثنين في حكم هذه الحبة:

أ - الاتجاه الأول: يرى جمهور الفقهاء والظاهرية أن حبة الشريك حصته الشائعة تنعقد صحيحة وناظفة¹، وأن قبضها وهي شائعة قبضاً صحيحاً يتم به الملك، حيث يحل الموهوب له محل الواهب. جاء في كشف القناع: "وتصح حبة المشاع من شريكه ومن غيره منقولاً كان كجزء من نحو فرسٍ أو غيره كجزء من عقارٍ ينقسم كالثوب أو لا"²، وقال ابن حزم في المحلى: "وهبة جزء مسمى منسوب من الجميع كثلث أو ربع أو نحو ذلك من المشاع والصدقة به جائزة حسنة للشريك ولغير الشريك، وللغني والفقر فيما ينقسم وفيما لا ينقسم..."³.

¹ - صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص 511، 512.

وينظر: القرافي، الذخيرة، ج6، مرجع سابق، ص 229. المازري، شرح التلحين، ج3/2، مرجع سابق، ص 345. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، ط3، المكتب الإسلامي، تح: زهير الشاويش، 1412هـ-1991م، بيروت - دمشق - عمان، ص 273. ابن قدامة، المغني، ج6، مرجع سابق، ص 45.

² - البهوتي، كشف القناع، ج4، مرجع سابق، ص 305.

³ - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج8، مرجع سابق، ص 106.

ودليلهم في ذلك ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنم منهم، قال: "ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فهو لكم"¹، وحصّة النبي -صلى الله عليه وسلم- هنا شائعة ولم تقسم، وأيضا ما رواه قيس بن أبي حازم: "أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبّة شعر من المغنم، فقال: يا رسول الله، إنا نعمل الشعر، فهبها لي، فقال: نصيب منها لك"²، وفيه أن النبي وهب حصته شائعة ولم تقسم بعد، وما رواه أبو قتادة السلمي، عن أبيه رضي الله عنه، قال: "كنت يوماً جالساً مع رجالٍ من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في منزل، في طريق مكة، ورسول الله صلى الله عليه وسلم نازل أمامنا والقوم محرمون، وأنا غير محرم، فأبصرنا حماراً وحشيّاً، وأنا مشغول أخصِفُ نعلي، فلم يؤذِنوني به، وأحبوا لو أنّي أبصرته، والتفتُ، فأبصرته فقمْتُ إلى الفرس، فأسرَجته، ثم ركبْتُ، ونسيتُ السَّوطَ والرَّمحَ، فقلتُ لهم: ناولوني السَّوطَ والرَّمحَ، فقالوا: لا والله، لا نعينك عليه بشيءٍ، فغضبتُ، فنزلتُ، فأخذتهم، ثم ركبْتُ فشددتُ على الحمارِ فعقرته، ثم جئتُ به وقد مات، فوقعوا فيه يأكلونه، ثم إنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حُرّم، فرحنا وحبأتُ العُضدَ معي، فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسألناه عن ذلك، فقال: «مَعَكُمْ مِنْهُ شَيْءٌ؟»، فقلتُ: نعم، فناولتُهُ العُضدَ، فأكلها حتّى نفدَها

¹ - أخرجه النسائي في سننه، باب هبة المشاع، رقم الحديث، 3688، ج 6، ط 2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، تح: عبد الفتاح

أبو غدة، 1406 - 1986 م، ص 262، وأخرجه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، رقم الحديث 7037، ج 11، ط 1،

مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م، ص 613. والحديث حسن

² - أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، ج 6، ط 1، مكتبة الرشد، تح: كمال يوسف الحوت، - الرياض، 1409 هـ -

1989 م، ص 458. وقد أورد هذا الحديث ابن حزم الظاهري في المحلى وذكر أنه حديث مرسل، ج 8، مرجع سابق، ص 108، 109.

وَهُوَ مُحَرَّمٌ¹، وهنا نجد أن النبي قد أقر هبة شائعة، وإقراره تشريع²، كل هذه الأحاديث وغيرها، تدل على جواز هبة الشريك حصته الشائعة، سواء أكانت العين المشاعة مما يقسم أو لا.

ب - الاتجاه الثاني: وقع خلاف³ بين أصحاب هذا الاتجاه - وهم الحنفية - فمنهم من قال بأن هبة الحصة الشائعة التي تقبل القسمة تقع فاسدة، ومنهم من قال بأنها غير تامة ويقصدون بقولهم غير تامة، أن حصول الملك لا يكون إلا بعد القسمة، قال صاحب الحاشية: "وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة، هل هي فاسدة أو غير تامة والأصح كما في البناية أنها غير تامة"⁴، والذي يؤكد ما أوردناه من الخلاف ما نص عليه السرخسي في كتابه المبسوط حيث قال: "هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة؛ لأن أبا بكر - رضي الله عنه - باشرها، ولكن لا يحصل الملك إلا بعد القسمة، كما لا يحصل الملك إلا بعد القبض"⁵. وأما ما يقبل القسمة فيجوز هبته⁶ بلا خلاف، جاء في تبين الحقائق: "تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في مشاع يقسم"⁷

¹ - صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب من استوهب من أصحابه شيئاً، حديث رقم 2431، ج2، دار ابن كثير، والبيامة، ضبط الأحاديث ورقمها مصطفى البغا، ص908.

² - صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص529.

³ - لم يورد هذا الخلاف دراسة، صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ولا دراسة مخازني فايضة، تصرف الشريك في المال الشائع، ودراسة جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق ص58، 59، مع أن النص على وجود خلاف داخل المذهب الحنفي في هاته المسألة واضح ولا لبس فيه خاصة في حاشية ابن عابدين!

⁴ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، دار الفكر، 1412 هـ - 1992 م، بيروت - لبنان، ص690.

⁵ - السرخسي، المبسوط، ج12، مرجع سابق، ص50.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، مرجع سابق، ص119. أبو المعالي بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، مرجع سابق، ص239.

⁷ - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، مرجع سابق، ص93.

ودليل من قال بأن هبة المشاع تقع فاسدة، ما روي عن السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت: «نَحَلَنِي أَبُو بَكْرٍ جَدًّا عَشْرِينَ وَسَقَا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَدًّا عَشْرِينَ وَسَقَا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَّدْتِيهِ وَاحْتَزَيْتِيهِ لَكَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ»¹

2 - هبة الشريك حصته الشائعة في الفقه القانوني:

تنص المادة 206 من ق أ ج على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياسة، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد هذه القيود بطلت الهبة". يتضح من هاته المادة أن المشرع ربط صحة الهبة بتمام الحياسة، وهذا يفتح باباً لتقييد حرية الشريك في هبة الحصة الشائعة بالحالات التي تتحقق فيها الحياسة فقط²، غير أن المشرع تدارك الوضع وأورد نص المادة 208 من ق أ ج والتي تنص على: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحياسة".

وهذا يعني ضمناً جواز هبة الحصة الشائعة، وهو ما يتوافق مع المادة 714 من ق م، وتوافق أيضاً مع قول جمهور الفقهاء.

¹ - الموطأ، باب ما لا يجوز من النحل، ج 2، دار إحياء التراث العربي، تح: فؤاد عبد الباقي، بيروت - لبنان، 1406 هـ -

1985 م، ص 752، وقال ابن حجر أن هذا الحديث صحيح، وهو أيضاً ما حكم به الشيخ اللبناني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث

منار السبيل، ج 6، ط 2، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1405 هـ - 1985 م، ص 61.

² - محمد بن تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003 م، ص 156، 157،

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

الفقرة الثانية: التصرفات المرتبة لحق عيني على المال الشائع

الحقوق العينية إما أن تكون أصلية كحق الملكية وحق الانتفاع والارتفاق، وإما أن تكون تبعية كالرهن وحق التخصيص والامتياز.

ويتضح جداً أن الارتفاق يتطلب مباشرة صاحبه لأعمال مادية تتطلب عقاراً مفزاً، مما يجعل طبيعة الشيوع مستعصية عليه، لذا لا يمكن أن يتصور أبداً وغير جائز ترتيب حق الارتفاق على الحصة الشائعة¹.

وأما حق الانتفاع فإن ترتيبه على حصة شائعة أمر ممكن، فإذا كان للشريك أن يستعمل ويستغل حقه الشائع من دون أن يضر بسائر الشركاء، فإن من حقه كذلك أن يتنازل عن هذا الانتفاع لمصلحة شخص آخر، شريكاً كان أو أجنبياً يمارسه في نفس الحدود التي كان يمارس فيها الشريك حقه، ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع المادة 714 من ق م ج، ولا مع الفقه الإسلامي من جمهور الفقهاء².

وسنخرج إلى حكم رهن حصة شائعة باعتباره حقاً أصلياً تبعياً، وسنذكر حكمه في كل من الفقهاء الإسلامي والقانوني

¹ - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 845.

² - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 846. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 75، قلنا "جمهور الفقهاء"، وذلك أن بعض الفقهاء لا يبيح إجارة المشاع إلا من الشريك، صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 353.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

أولاً: رهن الحصة الشائعة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول جواز رهن الحصة الشائعة، وانقسموا إلى اتجاهين:

1 - الاتجاه الأول: لا يجوز رهن الحصة الشائعة

يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم الحنفية¹، أن رهن حصة شائعة غير جائز لاستحالة القبض، لأنهم يرون أن الحبس والملك يتصوران في المشاع، لكن لا يتصور الحبس الدائم، لأنه يبطل بالمهاياة، ويثبت هذا الحكم، سواء أكان المال المشاع مما يحتمل القسمة، كالدار والأرض، أو مما لا يحتملها كالعبد والحمام، أو كان للشريك أم للأجنبي، وسواء أكان الشيوع مقارناً للعقد أم طارئاً له لأن الشيوع الطارئ يمنع العقد، وقد خالف أبو يوسف ذلك، مبرراً بأن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء، فالبقاء أسهل من الابتداء، وكون الحيابة شرط في ابتداء العقد لا يدل أبداً على كونها شرطاً لبقائه على الصحة².

ودليل الحنفية على عدم جواز رهن المشاع:

أ - استدلوا بقوله تعالى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾³، نصت الآية على القبض والشيوع لا يتصور فيه القبض لأن الشريك يمنعه.

ب - إن رهن الحصة الشائعة مستثنا من قاعدة "ما يجوز بيعه يجوز رهنه"

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، مرجع سابق، ص 140، 139، المبسوط للسرخسي، ج 21، مرجع سابق، ص 68. ابن عابدين، رد

المحتار على الدر المختار، ج 6، مرجع سابق، ص 491.

² - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج 4، مرجع سابق، ص 417.

³ - سورة البقرة، الآية 283.

ج - إن الغرض من الرهن هو أن يكون هناك استيثاق وهو لا يحصل إلا بثبوت اليد، وهذا ما ينتفي في المشاع¹.

ولكن هاته الأدلة انتقدت عدة انتقادات منها:

- إذا كان الرهن لا يصح عندكم إلا بالقبض، فإن المفروض أن البيع أيضاً لا يصح عندكم إلا كذلك، وقد جوزتم بيع المشاع، فكيف لا تجوزون الرهن؟.
- إذا كان المقصود هو استيفاء الدين من ثمن المرهون عند تعذر أخذه من الراهن، فإن المشاع يقبل هذا الأمر كذلك².

2 - الاتجاه الثاني: يجوز رهن المشاع

يرى جمهور الفقهاء أن رهن الحصة الشائعة جائز، والشيوع لا يمنع الرهن أبداً، لأن القبض يتم بالتخلية³، ودليلهم في ذلك:

أ - قوله عز وجل: "فرهان مقبوضة"، فالله سبحانه وتعالى أخبر عن جواز الرهن لحماية

الدائن المرتهن، ولم يخص مشاعاً من مقسوم، ولو كان رهن الحصة الشائعة غير جائز لبينه

لقوله عز وجل: "وما كان ربك نسيا"⁴.

¹ - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج 4، مرجع سابق، ص 417،

² - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 86.

³ - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج 6، مرجع سابق، ص 346.

⁴ - الآية رقم 64، سورة مريم، ابن حزم، المحلى، ج 6، المرجع نفسه، ص 346.

ب - إن كل ما جاز بيعه جاز رهنه كالمفروز، ولأن "ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته"¹.

وهذا الاتجاه هو ما نختاره لأنه أقوى دليلاً وأكثر تناسباً مع مفهوم الشيوع وحكمه.

ثانياً: رهن الحصة الشائعة في الفقه القانوني

ينقسم الرهن إلى رهن رسمي وحيازي، وحكم رهن الحصة الشائعة رهنًا رسميًا يختلف عن حكم رهنها حيازياً، وهذا ما سوف نبينه

1 - الرهن الرسمي للحصة الشائعة:

تنص المادة 890 من ق م ج على أنه: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في

العقار..."، وهذا يدل دلالة واضحة على صحة ونفاذ رهن الحصة الشائعة رهنًا رسميًا²، خاصة وأنه لا يتعارض مع المادة 714 من ق م ج .

2 - الرهن الحيازي للحصة الشائعة:

حسب المادة 961 من ق م ج فإن الرهن الحيازي ينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة للإجراءات الشكلية، ولكنه لا ينفذ في حق الغير، إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان، ولأن الحصة الشائعة لها نطاق معنوي غير مادي، فإن رهنها حيازياً، -وإن كان صحيحاً -

¹ - ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص253.

² - مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص134. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف،

1995م، ص271.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

فهو يثير التساؤل عن نفاذه في حق الغير؟ تبعاً لتساؤل آخر يثور حول إمكانية تحقق الحيازة في المشاع وهو ما أثار الخلاف بين الحنفية والجمهور؟

قد يبدو لنا أن حيازة الحصة الشائعة متعذر بشكل مطلق، وهذا يعني عدم نفاذ

الرهن الحيازي في مواجهة الشركاء، لهذا ذهب بعض الفقهاء إلى البحث عن وسائل تجعل المرتهن يحوز حصة الراهن حيازة مفيدة، فأوجدوا لنا حلولاً منها:

أ - أن يقسم المال المملوك في الشيوع قسمة مهايأة¹، يستطيع بموجبها أن ينقل الراهن إلى الدائن المرتهن ما اختص به².

ب - أن يتفق الراهن والمرتهن والشركاء على تسليم المنقول الشائع كله للمرتهن، فيحوز الحصة المرهونة بصفته دائناً مرتبها، ويحوز حصص باقي الشركاء بصفته وكيلًا، أو مديراً، أو مستأجراً، أو أي صفة أخرى³.

ج - أن يتفق الراهن والمرتهن والشركاء على وضع المال الشائع كله في يد أجنبي عنهم يحوزه نيابة عن المرتهن، ومديراً عن باقي الشركاء⁴.

¹ - رأينا في الفصل الأول معنى قسمة المهايأة وكيف انما تنقسم إلى قسمين، مهايأة زمانية ومهايأة مكانية.

² - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 114. السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 841.

³ - وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1993م، ص 196.

⁴ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، المرجع نفسه، ص 114، السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع نفسه، ص 847.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع

قد يقوم أحد الشركاء بتحديد جزء معين من المال الشائع، ثم يتصرف في هذا الجزء دون أن يرجع في ذلك إلى شركائه، على أساس أن هذا الجزء يعادل قيمة حصته من المال الشائع¹، فما هو حكم هذا التصرف؟ وهل يختلف الحكم قبل إجراء القسمة عن الحكم بعدها؟، في هذا الصدد نجد أن الفقرة الثانية من المادة 714 من ق م ج تنص على أنه: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"². ويتضح لنا من المادة السابقة أن المشرع الجزائري وحتى المشرع المصري³، لم يتعرض أي منهما لحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة، واكتفى بالنص على حكم هذا التصرف بعدها، لذلك سوف نعرض على حكم هذا التصرف في الفقه الإسلامي، وأما في القانون سنتكلم عن حكم هذا التصرف قبل القسمة وبعدها، كل ذلك سنتعرض إليه في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: تصرف الشريك في جزء مفرز في الفقه الإسلامي

لا شك أن التصرف في جزء مفرز من مال شائع يستتبع ضرراً على الشركاء الآخرين⁴، وذلك لأنه يعد إفرازا لحصة شريك واحد دون إرادة ورضى الشركاء الآخرين، ولم أجد - فيما بحثت - من

¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 85.

² - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق ص 143. في هذه النسخة يوجد خطأ في كلمة "انتقل" ففي النص الأصلي "انتقل"، في حين عبر عنها بـ "تنقل" في هذه النسخة المطبوعة.

³ - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 180.

⁴ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 169.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

تعرض لحكم هذه المسألة ما عدا متأخري الحنفية، حيث قالوا بعدم جواز مثل هذا التصرف، وبالتالي فإنه لباقي الشركاء أن يبطلوا هذا التصرف، فقد جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ما نصه: "سئل في دار معلومة ذات بيوت متعددة مشتركة جميعها بين زيد ورجلين لكل منهم حصّة معلومة شائعة فيها فباع زيد بيتاً مُعيّناً منها من زوجته بثمن معلوم فهل يكون البيع غير جائز؟ الجواب: نعم وللشريك إبطاله"¹، وقد علل الحنفية ذلك بتضرر الشريك، قال في الحاشية: "ولو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتاً مُعيّناً أو نصيبه من بيت مُعيّن فلآخر أن يبطل البيع"، ثم قال في نفس الموضع بقليل: "معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة إذ لو صح في نصيبه لتعيّن نصيبه فيه فإذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضرراً على الشريك إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه، لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيع النصف، وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة"²، وأما باقي المذاهب فإنها حتى وإن لم تذكر حكم هذه المسألة³، فمن الواضح جداً أنها تقول بمنعه نظراً للضرر الكبير الذي يلحق بباقي الشركاء، وفي هذا الصدد يقول جمال خليل النشار: "أما بالنسبة لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فإنه لا يجوز في الفقه الإسلامي. والعلة في عدم جواز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع هي الضرر الذي يقع على الشريك الآخر عند القسمة"⁴

¹ - ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج 1، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت - لبنان ص 232.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 4، مرجع سابق، ص 302، 303.

³ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق ص 173.

⁴ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، المرجع نفسه ص 173.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

الفقرة الثانية : تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع في الفقه القانوني

رأينا أن المشرع الجزائري تكلم فقط عن تصرف الشريك في جزء مفروز بعد القسمة وسكت عن حكم هذا التصرف إن وقع قبلها¹، ولذلك سوف نفرق، بين الحالتين ونتكلم عن حكم التصرف قبل القسمة وبعدها.

أولاً: تصرف الشريك في جزء مفروز قبل القسمة في الفقه القانوني

لقد أفرز سكوت المشرع عن حكم هذا التصرف إلى ظهور اتجاهات مختلفة بين شراح القانون²، وأهم هذه الاتجاهات هي:

1 - الاتجاه الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تصرف الشريك في حصة مفروزة قبل القسمة، هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة، فإذا تمت ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، اعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع طبقاً للأثر الرجعي الذي تفره المادة 730 من ق م ج³ وبالتالي يستقر نهائياً في حق المتصرف إليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف، فيتأكد صدوره من غير مالك، ويكون قابلاً للإبطال على أساس ذلك، عكس قبل القسمة حيث لا يكون كذلك، وهذا يعني أن التصرف ما دام

¹ - مخازني فايضة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 88.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 331. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مرجع سابق ص 137، 138.

توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 210.

³ - حيث تنص هذه المادة على: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

معلقاً على القسمة، فهو معلق على شرط واقف هو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أصبح في حكم المعدوم¹.

وقد انتقد هذا الرأي عدة انتقادات منها:

- إن هذا الرأي يؤدي إلى تأخير مصير التصرف إلى حين تمام القسمة، وهذا يعني أن حق الملكية بحد ذاته معلق على أمور احتمالية تستلزم وقتاً طويلاً، ومصاريف كثيرة².
- إن هذا الاتجاه لا يمنح للمتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف للغلط، وهو ما يتعارض مع ما جاء في المادة 714 من ق م ج³.
- كما يؤدي هذا الاتجاه إلى عدم استقرار المعاملات المالية، وهذا يخالف مقصود النظام القانوني المدني بحد ذاته.

2 - الاتجاه الثاني: تصرف صحيح و نافذ

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار التصرف في جزء مفرز تصرفاً صحيحاً نافذاً، فحكم هذا التصرف كحكم تصرف الشريك في حصته الشائعة، المهم أن تكون الحصة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه⁴.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، ط3، دار الكتب القانونية، شتات - مصر، المنشورات الحقوقية، صادر ببيروت - لبنان، 1995م، ص 747. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 210.

² - ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة، ج9/2، ص 138.

³ - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 179. وينظر: مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 89..

⁴ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، مرجع سابق، ص 749. وينظر: مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 138. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 211.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات منها:

- هذا الرأي يغيّر من إرادة الطرفين، لأن كل من الإرادتين تتجه نحو جزء مفرز، ولا تتجه نحو حصة الشريك الشائعة¹.
- إن هذا الاتجاه يؤدي إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف، وهذا ما يجعل منه متقاسماً، يختص بكل ما يتعلق بالقسمة، وهو ما يتعارض مع المادة 714 من ق م ج، والتي تجعل المتقاسم هو المتصرف بذاته وليس المتصرف إليه².

3 - الاتجاه الثالث:

يرى أنصار هذا الاتجاه من أن الشريك إذا تصرف في جزء مفرز من المال الشائع، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك³، ثم يفرقون بين حالتين:

- أ - إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشيوع: فإن التصرف يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، ولكنه غير نافذ في حق الشريك الآخر، ولا يستطيع المشتري طلب إبطال البيع - مثلاً - لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع، لأن الشريك البائع قد باع ما يملك، ولأن

¹ - مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 138.

² - حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مرجع سابق ص 30.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 870، 871. و ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 86، 85.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

المشتري ليس واقعاً في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفروض المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير¹.

ب - إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشيوع: فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة

جوهرية من صفات المتصرف فيه، ومن ثم فإن له حق طلب إبطال التصرف على أساس الغلط ووفقاً للقواعد العامة لنظرية العقد، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها².

وهذا الحكم يسري على جميع التصرفات وليس على عقد دون عقد. وانتقد هذا الرأي أيضاً انتقادات كثيرة أهمها:

- هذا الرأي يخالف حقيقة الملكية الشائعة، التي ترد على كل المال الشائع المتصرف فيه³.

- هذا الرأي يحمل بين طياته الاتجاه الأول المنتقد⁴.

4 - الاتجاه الرابع: تصرف صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء

يعد هذا الاتجاه الرأي الغالب عند شراح القانون¹، حيث يرى أصحابه أن هذه الحالة تستدعي تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالشيوع، وعليه يعد الشريك المتصرف متصرفاً فيما يملك، فيكون تصرفه

¹ - وفي هذا الصدد يقول الأستاذ السنهاوري: "وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير، في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك، هذا إلى أن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفروض الذي يبيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة". الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ص 873.

² - السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ص 870، 871. وينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 86، 85.

³ - مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق ص 138.

⁴ - حسن كير، تصرف الشريك في جزء مفروض من الشيء الشائع، ص 24، مرجع سابق.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

صحيحاً نافذاً في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه، ويكون غير نافذ في مواجهة الشركاء، لأنه يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء، ويكون التصرف قابلاً للإبطال على أساس الغلط، إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشيوع².

وقد انتقد هذا الاتجاه أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، حيث يجعل الشخص مالكا في مواجهة البعض، وغير مالك في مواجهة البعض الآخر³.

ورغم هذا الانتقاد، فإن هذا الرأي هو الأكثر تناسبا مع التنظيم القانوني، ومع القواعد العامة المتعلقة بالشيوع.

ثانياً: تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة في الفقه القانوني

تنص المادة 714 في فقرتها الثانية من ق م ج على: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"

¹ - مصطفى محمد الجمل، نظام الملكية، المرجع نفسه، ص 137. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 212. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 333.

² - وفي هذا الصدد يقول حسن كيره: "فمجرد تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع ليس بذاته إذن سبباً للإبطال، لا قبل القسمة ولا بعدها وأياً كانت نتيجتها. وإنما يمكن أن يتأتى إبطاله لظرف خاص متعلق بالتصرف إليه نفسه - لا بالتصرف - هو ما قد يشوب إرادته من عيب نتيجة غلظه أو جهله بأن ملكية المتصرف للجزء المتصرف فيه ليست ملكية مفرزة خالصة له، وهذا محض تطبيق للقواعد العامة في شأن صحة الرضا وخلوصه من العيوب". الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 341، 342.

³ - منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل متقاسم من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة السادسة، ع 1، مطبعة عين شمس، 1964 م، ص 195.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

إذا تصرف أحد الشركاء في جزء من المال الشائع، فإن هذا الجزء المتصرف فيه إما أن يقع بعد القسمة في نصيب المتصرف، أو لا يقع¹، وسوف نتكلم عن هاتين الحالتين.

1 - الحالة الأولى: أن يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف

وحكم هذه الحالة واضح لذلك لم يتطرق لها المشرع الجزائري ولا المشرع المصري²، وهو أن التصرف يبقى صحيحاً ويستقر نهائياً على ذات محله، ولا يهم إن كان المتصرف إليه

عالمًا بالشيوع أو غير عالم به³. حيث تخلص ملكية الجزء المفروض للمشتري بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب المتصرف، وهذا بفضل الأثر الكاشف للقسمة⁴.

2 - الحالة الثانية: أن لا يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف

هذه هي الحالة التي تناولها المشرع في الفقرة الثانية من المادة 714 من ق م ج، والتي يتضح منها أن تصرف الشريك صحيح ونافذ في حق باقي الشركاء لانتفاء الضرر عنهم، وأما المتصرف إليه فإننا نفرق بين علمه بالشيوع وعدم علمه⁵.

¹ - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص 875، 876.

² - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص 875.

³ - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 189.

⁴ - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 876.

⁵ - السنهوري الوسط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 876، جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، المرجع

نفسه، ص 190، 189.

أ- جهل المتصرف إليه بالشيوع :

يحق للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف، وذلك على أساس الغلط الناتج عن جهل المتصرف إليه بالشيوع، فوقعه في الغلط يمنحه هذا الحق في الإبطال¹، وهذا الجهل يعتبر عيباً من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال التصرف².

ب - علم المتصرف إليه بالشيوع:

وأما إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشيوع، فلا وجه لطلب الإبطال، وتعليل ذلك أن المتصرف إليه وهو يعلم بالشيوع يكون قد ارتضى مسبقاً ما سوف تتركز عليه الحصة الشائعة للمتصرف بعد القسمة³، وبالتالي ينتقل - بعد التسجيل - ملكية الجزء المفروز الذي وقع في نصيب المتصرف إلى المتصرف إليه، ويحل هذا الجزء محل الجزء المتصرف فيه بالحلول العيني⁴.

بهذه النتائج التي توصلنا إليها فيما يخص تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع، والتي وجدنا فيها أن الفقه الإسلامي لا يميز مثل هذا التصرف، أما الفقه القانوني فوجدنا أنه يميز مثل هذا التصرف ولكن بشروط وضوابط تحكم مثل هذا التصرف ولا تضر بحقوق ومصالح باقي الشركاء، وهذا يعني أن التشريع القانوني أراد أن يخفف من النتائج السيئة التي تترتب على عدم جواز مثل هذا التصرف⁵.

¹ - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 873.

² - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 341، 342.

³ - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ص 873.

⁴ - السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 876.

⁵ - جمال خليل الشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 195.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

هذه خلاصة الكلام في شأن تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع، درسنا فيها حكم هذا التصرف في كل من الفقهاء الإسلامي والقانوني، وبقي لنا دراسة حالة ثالثة ألا وهي حالة تصرف الشريك في كل المال الشائع، وهذا ما سوف ندرسه في الفرع القادم

الفرع الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع

إن تصرف الشريك في كل المال الشائع، يحوي مضرة بحقوق باقي الشركاء، خاصة إذا تم هذا التصرف دون علم منهم، ولبيان حكم مثل هذا التصرف فإنه يستدعي منا أن نفرق بين أمرين مهمين، فالأول هو حكم هذا التصرف بالنسبة للمتصرف إليه، والثاني حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء، فهل ينفذ هذا التصرف في حقهم أم لا ينفذ؟، وسنجيب على هذا السؤال، ونتكلم على هذين الأمرين في الفقرات التالية.

الفقرة الأولى: تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي

يفرق الفقهاء في حكمهم على هذا التصرف، بين حالتين اثنتين¹، أن يأذن باقي الشركاء في هذا التصرف أو لا، والحالة الثانية هي علم المتصرف إليه بوجود الشيوع أو جهله بالشيوع، ونعرض إلى كل حالة على حدى

أولاً: المتصرف في مواجهة باقي الشركاء

نقصد به علاقة المتصرف بباقي الشركاء، فالشركاء إما أن يأذنوا لشريكهم في هذا التصرف، وإما أن لا يأذنوا له، فأصبح لدينا حالتين هنا، وجود الإذن وعدمه.

¹ - جمال خليل الشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 208.

1 - حالة وجود الإذن من الشركاء

إذا حصل الشريك المتصرف في كل المال الشائع على إذن باقي الشركاء، فإن هذا التصرف صحيح ولا يتصور أن يكون فيه أي إشكال، لأن في الإذن توكيل كما قال الفقهاء¹.

2 - حالة عدم وجود الإذن من الشركاء

وأما إذا لم يحصل الشريك على إذن من باقي الشركاء، فإن الفقهاء اختلفوا في حكم هذه المسألة اتجاهاً اثنين²:

أ - الاتجاه الأول: يصح التصرف في نصيبه دون نصيب غيره

وهو قول بعض الحنفية وبعض المالكية والحنابلة وأحد قولي الشافعي، ووجه هذا القول أن لكل واحد من هذا التصرف حكم معين إذا كان منفرداً، فإذا جمعاً معاً كان لكل حكمه، استصحاباً للأصل ولانفكاك الجهة كما يقول الحنفية³.

¹ - ابن الهمام، فتح القدير، ج 9، مرجع سابق، ص 288.

² - ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 178.

³ - عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، ج 4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ص 38. وينظر: ابن عابدين، ج 1، مرجع سابق، ص 247، محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 5، بدون رقم وتاريخ الطبعة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ص 240، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، ص 236.

ب- الاتجاه الثاني: يقع التصرف باطلاً

وهي رواية عن الحنابلة، والقول الثاني في المذهب الشافعي ودليلهم في ذلك أنه تصرف جمع حلالاً وحرماً فغلب الحرام على الحلال، ولأن الصفقة إذا لم يكن تصحيحها في جميع المعقود عليه فإنها تبطل في الكل، ولأنه من شروط العوض أن يكون معلوماً وهو هاهنا مجهول¹.

وواضح جداً أن الاتجاه الأول أقوى وأولى، وذلك لأن العوض لا جهالة فيه لانقسامه على الأجزاء² (المشاعة)، وأما الكلام عن الصفقة فإنه قياس مع الفارق، فدل ذلك على أن الاتجاه الأول هو الأحسن.

ثانياً: المتصرف في مواجهة المتصرف إليه

يفرق الفقهاء هنا بين علم المتصرف إليه بالشيوع وعدم علمه، فإن كان يعلم بالشيوع فلا يجوز له أن يبطل العقد، لأنه كان على بصيرة من أمره كما قال ابن قدامة³. وأما إن كان جاهلاً بالشيوع فإن له الخيار إما أن يطلب الفسخ أو يتم التصرف⁴.

¹ - أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مرجع سابق، ص 91. أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، ج4، المرجع نفسه والموضع نفسه، ص 38.

² - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع ج3، مرجع سابق، ص 177.

³ - عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، المرجع نفسه والموضع نفسه ص 38.

⁴ - موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ص 73.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

الفقرة الثانية: تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه القانوني.

يمكننا أن نقول أن كلا من المشرع الجزائري والمصري لم يتعرضا لحكم تصرف الشريك منفرداً في كل المال الشائع، مما دفع ببعض الشراح إلى اعتبار ذلك نوعاً من الإذن لتطبيق القواعد العامة في الشيوع¹، ولمعرفة حكم هذا التصرف يتعين علينا أولاً دراسة حكمه بين طرفيه، ثم في مواجهة باقي الشركاء .

أولاً: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بين طرفيه

لقد اختلف شراح القانون عند بيانهم لحكم تصرف الشريك في كل المال الشائع إلى

اتجاهين اثنين هما على التوالي:

1 - الاتجاه الأول: تصرف صدر من مالك في حصته، ومن غير مالك بقدر حصص الشركاء

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشريك إذا تصرف في كل المال الشائع²، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك بقدر ما يوازي حصته، وفيما لا يملك بقدر ما يوازي حصص باقي الشركاء، فيكون صحيحاً نافذاً بين طرفيه في كل المال الشائع، ولكنه يكون قابلاً للإبطال بالنسبة إلى كل من :

- المتصرف إليه إذا لم يكن عالماً بالشيوع، واعتقد أن ملكية المتصرف مفرزة وذلك على أساس أنه يعتبر واقعاً في غلط في صفة جوهرية¹.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، مرجع سابق، ص 741. وقد نص على القاعدة العامة، مصطفى محمد

الجمال، بقوله: "والقاعدة العامة أن كل عمل من الأعمال يقوم به الشريك منفرداً على الشيء الشائع ويترتب عليه المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذ في حقهم"، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 141.

² - السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص 879. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 87.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

- حصص باقي الشركاء على أساس التصرف في ملك الغير².

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات أهمها:

- أنه يخالف حقيقة الملكية الشائعة، وكيف أنها ترد على المال الشائع المتصرف فيه طوال فترة الشروع³. وعليه لا يمكن لنا أبداً أن نسوي بين ملك شائع وبين ملك الغير، لأن هذا الأخير مقتضاه أن لا يكون المتصرف مالكا للمال المتصرف فيه، في حين أن المتصرف في المال الشائع يعتبر مالكا لما يتصرف فيه، إلا أنه لا يملكه وحده⁴.

2 - الاتجاه الثاني: تصرف صحيح بين طرفيه، وغير نافذ في حق الشركاء.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن تصرف الشريك في كل المال الشائع هو تصرف صحيح بين طرفيه⁵، صدر من مالك على الشيوع ولا يمكن أن نعتبره تصرفاً صادراً من غير مالك، ويكون هذا التصرف قابلاً للإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهل المتصرف إليه بعدم تملك الشريك المتصرف للمال مفزاً، ويكون لباقي الشركاء إما أن يجيزوا هذا التصرف أو يرفعوا دعوى استحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في المال المتصرف فيه⁶.

¹ - السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه ص 878. وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 379، 380.

² - محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 87.

³ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 173،

⁴ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع نفسه، ص 173.

⁵ - وحيد الدين سوار، حق الملكية، مرجع سابق، ص 127، أحمد فلاح، الملكية الشائعة، مرجع سابق، ص 194. توفيق حسن،

الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 216.

⁶ - وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 380.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

ثانياً: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء

نص المشرع في المادة 714 من ق م ج على أنه: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملك تاماً، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". وعليه فإن القاعدة العامة للشيوع تقضي بأن كل عمل من الأعمال التي يقوم بها الشريك منفرداً على الشيء الشائع، ويترتب عليها ضرراً بحقوق باقي الشركاء يكون غير نافذ في حقهم¹.

وبتطبيق هذه القاعدة نجد أن الشريك إذا تصرف في كل المال الشائع، قد تسبب في إلحاق الضرر بالنسبة لشركائه مهما كانت طبيعة هذا التصرف، وذلك لأنه لم يتقيد بمقدار حصته الرمزية، وإنما تعداها إلى كل المال الشائع، وهو ما فيه مساس بحقوق باقي الشركاء والذين يملكون حصصاً رمزية شائعة على المال المتصرف فيه، فيكون غير نافذ في حقهم، ولكن عدم النفاذ هذا لا بد لنا أن نقرنه بمسألة الضرر، فلا يكون (عدم النفاذ) سارياً إلا فيما يعادل حصص الشركاء، في حين ينفذ هذا التصرف فيما يتعلق بحصة الشريك المتصرف².

ويكون للشركاء الحق في رفع دعوى الاستحقاق للتأكيد على حقوقهم في المال الشائع المتصرف فيه، وعدم نفاذ هذا التصرف دون أن ينتظروا نتيجة القسمة³.

بالمقارنة بين الفقهاء الإسلامي والمدني، نجد أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في كون أن حق الشريك في المال الشائع يرد طوال فترة الشيوع على كل المال، ولكن هذا الحق مقيد بعدم المساس

¹ - مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 141.

² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001 م.

³ - أحمد فلاح، الملكية الشائعة، مرجع سابق، ص 195.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

بحقوق باقي الشركاء ، وهذا يعني أن كلا من التشريعين الإسلامي والقانون المدني كان يهدف إلى الحفاظ على مصلحة الشركاء جميعاً.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

المبحث الثاني: طبيعة قيد التصرف في المال الشائع

ذكرنا أن الشيوع لا يمنع الشركاء أو أي شريك من التصرف في مالهم بأي نوع من أنواع التصرفات، ورأينا أن الأصل في التصرف في المال الشائع أن يكون بإجماع الشركاء، ولكن يحق لأغلبية معينة أن تتصرف في المال الشائع، وذلك وفق ضوابط وشروط نص عليها القانون - كما رأينا - وجودنا أن الأصل أيضاً أنه يحق لكل شريك مشتاع أن يتصرف في حصته الشائعة بأي نوع من أنواع التصرفات، كنقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليها مثل الرهن الرسمي أو الحيازي، ولكن وجود الشيوع يجعل من حدود التصرف ضيقة جداً، نظراً لوجود حقوق للشركاء الآخرين تقابل هذا التصرف، خاصة تلك التصرفات التي تكون ناقلة للملكية¹، وهذا يعني أن التصرف في المال الشائع مقيد بقيود تحفظ مصلحة الشركاء جميعاً، تلك المصلحة التي تسعى كل من الفقهاء الإسلاميين والقانونيين للحفاظ عليها طالما أن الشيوع لا يزال قائماً، وذلك عن طريق وضع ضوابط وشروط تقيد من حرية المتصرف في المال الشائع، سواء أكان المتصرف يتصرف في المال الشائع كله أو في حصته فقط، أو كان هذا التصرف عبر نظام الأغلبية، وعليه نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتين:

المطلب الأول: عدم الضرر بحقوق باقي الشركاء

المطلب الثاني: آليات رفع الضرر بحقوق باقي الشركاء

¹ - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 343.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

المطلب الأول: عدم الضرر بحقوق باقي الشركاء

تنص المادة 714 من ق م ج في فقرتها الأولى على أن: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"¹، يتضح من المادة السابقة أنه يحق للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كافة أنواع التصرفات، إلا أن هذه التصرفات مقيدة بقيد قد نص عليه المشرع، ألا وهو عدم إلحاق الضرر بالشركاء، ويقابل هذا النص القانوني ما جاء في كلام السرخسي في المبسوط حيث قال: "إذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه"²، وهنا نجد أن كل من الفقهاء قد جعل طبيعة قيد التصرف هي عدم الضرر بحقوق الشركاء، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يتوجب علينا أن نبحث مفهوم الضرر، ثم نعرف ما هو المعيار الذي به نستطيع أن نعرف ما إذا كان قد لحق بالشركاء ضرر أم لا؟، وهذا ما سوف نبحثه في الفرعين القادمين.

الفرع الأول: مفهوم عدم الضرر

الفرع الثاني: معيار عدم الضرر

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 134.

² - السرخسي، المبسوط، ج 21، مرجع سابق، ص 39.

الفرع الأول: مفهوم عدم الضرر

نستطيع أن نقول أن قيد عدم الضرر بسائر الشركاء، قد أستمد من قاعدة مهمة تنص على أنه لا ضرر ولا ضرار¹، وأصل هاته القاعدة حديث عبادة بن الصامت: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قضى أن لا ضرر ولا ضرار"²، وهو حديث وقاعدة فقهية في نفس الوقت، وهذه القاعدة تعني أنه لا يجوز لأي أحد كان أن يلحق ضرراً بالآخر أياً كان نوع الضرر³، وهذا المبدأ المهم موجود وأساسي في النظرية العامة للمسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني⁴، وإذا تقرر هذا الكلام فإنه علينا أن نبحث مفهوم الضرر ببيان تعريفه، وذكر أنواعه في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: تعريف الضرر

قلنا إن طبيعة القيد الذي يرد على التصرف في المال الشائع هو عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، وحتى يتسنى لنا معرفة كيف يمكن لباقي الشركاء أن يتضرروا من تصرف شريكهم، أو بالأحرى معرفة المعيار الدقيق الذي من خلاله نقيس هذا التصرف وذاك، ومن ثم نحكم هل هذا التصرف فيه ضرر أم لا ؟ فلا بد لنا أن نعرض على تعريف الضرر لغة وفي اصطلاح كل من الفقهاء الإسلاميين والقانونيين

¹ - أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) في نطاق المعاملات المالية و الأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص 87، 92.

² - أخرجه ابن ماجه، باب من بنى في حقّه ما يضر بجاره، حديث رقم 2340، سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2 دار إحياء الكتب العربية، ص 784.

³ - أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 165.

⁴ - في هذا الصدد يقول أسامة عبد العليم: "إن القانون المدني حذر من الإضرار بالغير ووضع مبدأ عاماً مقتضاه عدم الإضرار بالغير، ويستفاد هذا المبدأ من خلال نصوصه العامة في نطاق المسؤولية ومن تطبيقاته الخاصة، كما هو الحال في الإثراء بلا سبب، والتعسف في استعمال الحق"، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، المرجع نفسه، ص 90.

أولاً: تعريف الضرر في اللغة

الضرر اسم من الفعل ضَرَّ بفتح الضاد، والضرر هو كل ما يخالف المنفعة، قال في تهذيب اللغة: "قوله (لا ضرر) أي لا يضرّ الرجل أخاه فينقص شيئاً من حقه أو مسلكه، وهو ضد النفع"¹. والضرر هو

ضد النفع ومنه قوله تعالى ﴿لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً إِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ﴾ (١٢٠)

﴿²﴾، وأما الضر بصم الضاد فهو بمعنى سوء الحال والفقر والضعف الشديد، قال في لسان العرب: "فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضرر، وما كان ضداً للنفع فهو ضرر؛ وقوله: لا يضركم كيدهم؛ من الضرر، وهو ضد النفع. والمضرة: خلاف المنفعة"³.

وعليه فإن الضرر يعني ما يخالف منفعة الإنسان، وتحت ظل هذا التعريف اللغوي نبحت التعريف الاصطلاحي للضرر.

ثانياً: تعريف الضرر في اصطلاح الفقه الاسلامي

يذكر الفقهاء الضرر بمعان كثيرة⁴، فأحياناً يعبر الفقهاء عن الضرر بالإتلاف، وأحياناً أخرى بالفساد، وعلى سبيل المثال ما قاله صاحب البدائع: "لأن إتلاف الشيء إخراجاً من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، وهذا اعتداء وإضرار"⁵

¹ - محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، تهذيب اللغة، ج 11، ط 1، دار إحياء التراث العربي، تح: محمد عوض مرعب، 2001م، بيروت - لبنان، ص 314.

² - سورة آل عمران، آية رقم 120

³ - ابن منظور، لسان العرب، ج 4، مرجع سابق، ص 482.

⁴ - أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، مرجع سابق، ص 55.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 164.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

وقد عرف الضرر ابن العربي المالكي في أحكامه بقوله: "الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع"¹.

نستطيع القول أن هذا التعريف فيه حصر لنطاق الضرر على أنه الألم الحاصل للشخص²، وجمهور الفقهاء يعرفون الضرر بأنه: "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"³

ويبدو جلياً أن هذا التعريف شامل أو كما يقول أهل المنطق هو جامع لكل ما يصيب الإنسان من أذى في جسمه أو ماله أو عرضه، فهذا الأذى فيه مفسدة، والمفسدة تعني إخلالاً بالمصلحة المشروعة⁴

ثانياً: تعريف الضرر في الفقه القانوني

¹ - محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج1، ط3، دار الكتب العلمية، 1424 هـ - 2003 م، بيروت - لبنان، ص81.

² - أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، مرجع سابق، ص55.

³ - عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج6، ط1، المكتبة التجارية الكبرى، 1356 هـ، مصر، ص434. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تح: طه عبد الرؤوف سعد، ج4، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، 1424 هـ - 2003 م، القاهرة - مصر، ص66. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ج3، ط1، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، تح: سيد عبد العزيز، عبد الله ربيع، 1418 هـ - 1998 م، ص35. وقد نص الزركشي أن الطوفي هو من عرف الضرر بهذا التعريف المذكور في المتن أعلاه. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، 1416 هـ -

1996 م، بيروت - لبنان، ص252. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص165.

⁴ - أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، المرجع نفسه، ص57.

اختلفت تعريفات فقهاء القانون للضرر، ولكن مؤداها واحد ولذلك سنذكر بعضها فقط

عرفه حسن علي الذنون: "الضرر عبارة عن الأذى الذي يلحق الغير، وهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً"¹

وقد عرفه سليمان مرقس بقوله: "هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له"²

والذي نقصده بالاعتداء على المصلحة المشروعة، هو الاعتداء على مصلحة يحميها القانون، وذلك لأن الاعتداء على مصلحة غير مشروعة لا يفتح باب التعويض، وهذا يعني ثبوت المصلحة المحمية من طرف القانون مهم في إثبات الضرر.³

من خلال التعريفات السابقة للضرر في كل من الفقهاء الإسلاميين والوضعي، نجد أن تعريف الضرر عند كل من الفقهاء متقارب ومضمونه واحد، فالحاق المفسدة بالغير هو نفسه الأذى الذي يمكن أن يصيب الغير، والمصلحة التي يجب عدم الإخلال بها هي المصلحة المشروعة في كل من النظامين الفقهي والمدني.

الفقرة الثانية: أنواع الضرر

¹ - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، ط1، دار وائل للنشر، 2006 م، ص204، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2009 م، ص314.

² - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مطبعة السلام، 1988 م ص133.

³ - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، في الهامش، بدون رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،

ينقسم الضرر إلى قسمين اثنين، فإما أن يكون الضرر مادياً وإما أن يكون أدبياً¹، وسنتكلم عنهما بشكل مجمل ودون تفصيل.

أولاً: الضرر المادي

يعتبر الضرر مادياً إذا كان فيه مساساً بالحقوق المالية للشخص كحق الملكية مثلاً وحق الانتفاع وغيرها من الحقوق المالية²، وقد عرفه صبري السعدي بقوله: "هو الذي يصيب الدائن في ماله في المسؤولية العقدية نتيجة خطأ المدين ومثاله عدم استطاعة المعير استرداد الشيء المعار من المدين الذي استعاره، وعدم استطاعة المودع استرداد الوديعة"³

ويجب أن يتوافر في الضرر المادي شرطان اثنان، حتى يكون موجبا للتعويض وهما:

أن يكون الضرر محققاً، وأن يكون شخصياً⁴.

ثانياً: الضرر الأدبي

وأما الضرر الأدبي أو المعنوي فإننا نعني به، ما يلحق الأذى بالشخص سواء لسمعته أو شرفه وعرضه أو مركزه الاجتماعي⁵، وهذا يعني أن الخسارة التي تلحق بالشخص هي غير مادية⁶، وأيضا

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 137. محمد صبري السعدي،

الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 316.

² - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 137.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 315.

⁴ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 138.

⁵ - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، مرجع سابق، ص 277.

⁶ - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص 44.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

يعتبر من الضرر الأدبي كل مساس بحق من الحقوق الشخصية وفي مقدمتها الحق في الاسم والحق في احترام الحياة الخاصة وغيرها من الحقوق الشخصية¹

نكتفي بهذا القدر من الكلام عن أنواع الضرر، وبعد أن بينا مفهوم الضرر في كل من الفقهين، بقي لنا أن نعرف الميزان الدقيق الذي نضبط به التصرف في المال الشائع، وهذا ما سوف نتعرض له في الفرع القادم.

الفرع الثاني: معيار الضرر اللاحق بالشركاء عند التصرف في المال الشائع

رأينا سابقاً أن التصرف في المال الشائع إما أن يحدث بإجماع الشركاء، وهذا لا إشكال فيه، وهو الأصل، وإما أن يكون عبر نظام الأغلبية، ذلك النظام الذي نص عليه المشرع، وجعل له شروطاً وإجراءات تحفظ مصالح الأقلية، وقد يقع التصرف فردياً أي من شريك واحد، فهذا الشريك إما أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع، وقد رأينا سابقاً أنه تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ أمام باقي الشركاء.

وإما أن يتصرف الشريك في حصته، وقد نصت المادة 714 من ق م ج في فقرتها الأولى على هذا التصرف وعلى حكمه: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

يتضح من المادة السابقة أن المشرع الجزائي قد أعطى للشريك حرية التصرف في حصته الشائعة كل أنواع التصرفات، ثم طوق هذا التصرف بطوق عدم إلحاق الضرر بسائر الشركاء، لكن المشرع لم يبين لنا ما هو معيار عدم الضرر بالشركاء؟

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 138.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

من خلال المادة السابقة يبدو لنا أن التصرف الذي قد يحدث ضرراً محققاً¹ بالشركاء، هو تصرف الشريك في حصته الشائعة، ولذلك قال السرخسي: "إذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه"²، ومما لاشك فيه أن تصرف الشريك في حصته الشائعة، لا يحمل في ذاته³ أي معنى للاعتداء أو الإضرار بحقوق باقي الشركاء، وعلى هذا الأساس ليس لهم الاعتراض عليه، ولكننا يجب أن نلاحظ أن الشريك إذا تصرف تصرفاً ناقلاً للملكية، فإن المتصرف إليه سيحل أجنبياً بين شركاء المتصرف، وهذا ما يجعل الشركاء قد يتضررون من هذا التصرف⁴، لذلك قال حسن كيره: "ولكن إذا كان الأصل أن مثل هذا التصرف لا يتضمن معنى الإضرار بباقي المشتاعين، إلا أنهم قد يتضررون من وجود أجنبي بينهم في الشيوع..⁵"، فوجود الدخيل الأجنبي بين الشركاء دليل على وجود الضرر، وهذا ما أدى إلى تشريع الشفعة في كل من الفقهاء، لأن الشفعة جارية على خلاف الأصل والقياس⁶، وإنما نص عليها المشرع من أجل رفع ضرر الدخيل، وهذا ما نص عليه الفقهاء، فقد جاء في بدائع الصنائع: "لأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل، وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال"⁷

¹ - ذكرت عبارة: "ضرراً محققاً"، لأنه لا اعتبار للضرر غير المحقق.

² - السرخسي، المبسوط، ج 21، مرجع سابق، ص 39.

³ - وذات الشيء وماهيته تختلف عما ينتج عنه من آثار قد تكون غير مرغوب فيها عند باقي الشركاء

⁴ - مصطفى محمد الجبال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 133.

⁵ - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 344.

⁶ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 166.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، مرجع سابق، ص 8. ابن الهمام، فتح القدير، ج 9، مرجع سابق، ص 369. ابن

بطل، شرح صحيح البخاري، ج 6، ط 2، مكتبة الرشد، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض - السعودية 1423 هـ -

2003 م، ص 335.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

فإذا كان تصرف الشريك بالبيع لأجنبي عن الشركاء، فإنه يمكن المتصرف إليه من الحلول محل المتصرف وبالتالي يصبح شريكاً أجنبياً على الشيوع مع باقي الشركاء وهو ما قد يتضررون منه، لذلك يسر المشرع سبيل التخلص من هذا الأجنبي عن طريق حقي الاسترداد والشفعة¹، ولا يطبق هذا السبيل إلا إذا كان التصرف بيعاً، وهذا ما نصت عليه المواد المتعلقة بحقي الاسترداد والشفعة، لانتفاء الاعتبارات الشخصية فيه².

المطلب الثاني: آليات رفع الضرر عن حقوق باقي الشركاء

ذكرنا أن معيار الضرر الذي قد يلحق بالشركاء عندما يقع أي تصرف في المال الشائع، هو دخول أجنبي بين الشركاء، وللتخلص من هذا الأجنبي غير المرغوب فيه بين الشركاء، فقد شرع كل من الفقهاء الاسلامي والوضعي آليات ووسائل ترفع هذا الضرر عن باقي الشركاء، وهاته الوسائل هي حق الاسترداد وحق الشفعة، واللذين سنتكلم عليهما بشيء من التفصيل في الفرعين القادمين

الفرع الأول: حق الاسترداد

¹ - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 187، 188. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 46، 47.

² - لأنه باع ما يملك فقط دون تعد على باقي حصص الشركاء، جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، المرجع نفسه والموضع نفسه.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

نعني بحق الاسترداد حلول الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع المال الشائع يحوي عقارا محل المشتري للحصة الشائعة، التي باعها شريك غيره للأجنبي¹، وهذا يعني أن استرداد الحصة الشائعة حق منحه القانون لكل شريك على الشيوع، بمقتضى هذا الحق يحل الشريك محل مشتري الحصة المبعة حلولاً عينياً، وحق الاسترداد هو حق استثنائي خرج فيه المشرع على القواعد العامة، وبالتالي فهو لا يثبت إلا بنص قانوني².

وقد نص المشرع على هذا الحق في المادة 721 من ق م ج بقوله: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفق. وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته"³.

يتضح من المادة السابقة ذكر أن لحق الاسترداد شروطاً وإجراءات معينة، تحول للشريك أن يحل محل الأجنبي، وسندرسها في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: شروط الاسترداد

¹ - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 194، مرجع سابق، جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع، ص 122، مرجع سابق.

² - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 194، 195. وذلك لأن القواعد العامة تقتضي حرية الأفراد في التعاقد مع من شاءوا، والمشرع هنا قيد هاته الحرية لما رأى فيه من الضرر على باقي الشركاء.

³ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 145.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

من خلال المادة 721 من ق م ج يتضح لنا أن حق الاسترداد لا يرد إلا على منقول شائع قائم بذاته،
أوفي مجموع من المال ولو كان ضمن هذا المجموع عقار¹. وأما العقار الشائع المعين بذاته فإنه لا يكون
محلاً لحق الاسترداد، وإنما هو محل لحق الشفعة الذي ستتكلم عنه في لاحقاً، على اعتبار أنه وسيلة ثانية
لرفع الضرر الناجم عن بيع حصة شائعة من عقار.

ويتضح من المادة السابقة أن هناك شروطاً معينة يجب توفرها حتى يثبت للشركاء حق الاسترداد
وهي:

أولاً: أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع

لقد نصت المادة 721 من ق م ج بشكل صريح على هذا الشرط، فقد جاء فيها: "... التي باعها
شريك غيره لأجنبي..." وهذا يعني أنه لا يقوم أي تصرف آخر محل البيع²، سواء أكان بعوض
كالمقايضة أو تبرعاً كالهبة مثلاً، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ السنهوري: "فإذا وهب الشريك حصته
الشائعة أو أوصى بها لم يجز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية، ذلك أن الشريك إنما
وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد"³.

ويشترط في البيع الذي يثبت به حق الاسترداد ما يلي:

¹ - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 852. فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 195.

² - فرج الصدة الحقوق العينية، المرجع نفسه، ص 196، السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع نفسه، ص 854.

³ - السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع والموضع نفسه، ص 854.

1 - أن يكون تاماً: بمعنى أن يكون قد انعقد من الناحية القانونية، وترتبت عليه آثاره القانونية، أما لو كان ما يزال في مرحلة الإيجاب، ولم يتم قبوله بعد، فيكون الاسترداد سابقاً لأوانه¹.

2 - أن يكون قد تم بالتراضي:

والمقصود هنا ألا يكون البيع قد تم بطريقة المزاد العلني، والذي يكون وفق إجراءات قانونية مرسومة ومحددة لضمان علم الشركاء به وبجدية المزاد، والعبرة من هذا الشرط أن الشركاء لو تخلفوا على هذا المزاد فهذا يعتبر رضاء ضمناً منهم بدخول هذا الأجنبي بينهم².

ثانياً: أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من مال

يثبت حق الاسترداد في حالتين اثنتين هما:

1 - أن يكون التصرف في حصة شائعة من منقول معين، كالسيارة مثلاً، فهنا يثبت حق الاسترداد لباقي الشركاء، واشتراط المنقول هنا يهدف إلى خلق نوع من التناسق والتكامل في الأحكام مع الشفعة التي ترد أحكامها على العقار³.

2 - أن يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة الداخلة في المجموع من المال العقار والمنقول، كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة، حيث نكون أمام عدة أموال منفصلة عن بعضها البعض تدخل كلها ضمن الشئوع⁴.

¹ - السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع والموضع نفسه، ص855.

² - السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص855.

³ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص127.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع نفسه، ص856.

ثالثاً: أن يرد البيع على حصة شائعة

وهذا يعني أن الاسترداد لا يجوز إذا كان البيع وارداً على جزء مفرز، لأنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يمكن للمشتري أن يكون شريكاً، وهنا تنتفي الحكمة من حق الاسترداد¹.

رابعاً: أن يكون البيع لأجنبي

لأنه لو تم لأحد الشركاء أو كلهم، لانتفت حكمة الاسترداد التي تقتضي عدم جواز دخول أي أجنبي بين الشركاء²، وهو ما اشترطته المادة 721 صراحة.

خامساً: أن يكون المسترد هو أحد الشركاء

إن حق الاسترداد لا يثبت إلا للشركاء على الشيوع، لأنهم وحدهم من يتضرر بدخول الأجنبي بينهم، ولا يهم إن كانوا شركاء أصليون أم عارضون، طالما كانت الشراكة على الشيوع وقت البيع³.

الفقرة الثانية: إجراءات الاسترداد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 721 من ق م ج عن إجراءات لا بد أن تتوفر ليثبت حق الاسترداد، وذلك من أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الشركاء من جهة، وضمان استقرار المعاملات من جهة ثانية، وهذه الإجراءات هي كالتالي:

¹ - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 196.

² - السنهاوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 856.

³ - السنهاوري، الوسيط، المرجع نفسه، ص 857.

أولاً: وقت الاسترداد

إن طلب الاسترداد يجب أن يكون قبل القسمة، وهو محدود بمدة زمنية معينة، حددتها المادة 721 " وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه"، وهذا يعني أن إعلان الرغبة في الاسترداد يجب أن تكون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك الراغب في الاسترداد بالبيع أو إعلانه به، ومتى تم الإعلان للشركاء فإنه على الشريك الذي يريد الاسترداد أن يطلب ذلك خلال ثلاثين يوماً من يوم إعلانه بالبيع¹.

ولا يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسمياً، فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو

غير مسجل، أو حتى شفوي، وأما إثبات الاعلان فيقع عبئه على كل من الشريك البائع والمشتري ، ويتم ذلك بكافة طرق الإثبات، وذلك لأن العلم بالبيع واقعة مادية².

ثانياً: حصول الاسترداد

يقوم المسترد (الشريك المشتاع) بإعلان رغبته بالاسترداد خلال المدة المذكورة، ولكن إذا لم يتم الاسترداد بالرضى، وجب إتمامه بالقضاء، حيث يختصم البائع والمشتري معاً في كل مراحل الدعوى القضائية، والملاحظ أن المشرع لم ينص على قواعد خاصة بدعوى الاسترداد، وهذا يعني أن مثل هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة³، ويكون على المسترد حينها تعويض المشتري عن كل ما أنفق من مصروفات⁴.

¹ - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 859. حسن كير، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 351.

² - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 859.

³ - حسن كير، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 352، 351.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 860، 859.

الفقرة الثالثة: آثار حق الاسترداد

علينا أن نميز هنا بين حالتين اثنتين، تختلفان عن بعضها البعض باعتبار الآثار الناتجة عن كل حالة، فعلاقة المسترد مع المشتري تختلف عن علاقة المسترد بالبائع، وهذا ما سوف نبحثه

أولاً: الالتزام بين المسترد والمشتري

يعتبر حق الاسترداد مجرد حلول المسترد محل المشتري بأثر رجعي، وعليه فإنه يترتب على هذا الأمر أن نجعل من المسترد مشترياً للحصة الشائعة منذ البداية، وبذلك تنتهي العلاقة بين البائع والمشتري لتقوم علاقة جديدة بين البائع والمسترد والذي هو شريكه ابتداءً¹، ولا يعتبر خلفاً خاصاً للمشتري، بل يعتبر خلفاً خاصاً للبائع الذي تربطه به علاقة مباشرة²، ويترتب على هذا الأمر ما يلي:

1 - يلتزم المسترد بدفع الثمن إلى البائع فإذا كان مؤجلاً أو مقسطاً استفاد من ذلك، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع قبل الاسترداد، فإن المسترد يلتزم برده إليه مع فوائده من يوم الدفع قياساً على الحقوق المتنازع فيها، ويلتزم أيضاً بأن يدفع للمشتري ما تحمله من نفقات ومصاريف³، أما إذا كان العقد صورياً فله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات⁴.

2 - يلتزم المشتري برد الثمار التي حصل عليها منذ يوم البيع إلى أن اكتمل الاسترداد⁵.

¹ - السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص864.

² - حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص193.

³ - رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص96.

⁴ - فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص199.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص131.

3 - إن أي تصرف يجريه المشتري على الحصة الشائعة المبيعة هو تصرف ساقط وغير ملزم للمسترد، وبذلك تصبح الحصة المبيعة خالصة من أي حق يكون قد رتبته المشتري عليها¹.

ثانياً: الالتزام بين المسترد والبائع

قلنا إن المسترد يتحمل تجاه البائع كل ما ينتج عن العقد من حقوق والتزامات، لأنه هو الذي أصبح خلفاً خاصاً له، ويترتب على ذلك:

1 - يلتزم المسترد بأداء الثمن للبائع إذا لم يكن المشتري قد أداه له، ويكون التزامه بالثمن الحقيقي، ولو كان الثمن المذكور في العقد صورياً، ويقع عليه عبء إثبات صورية الثمن².

2 - يلتزم البائع بنقل ملكية ما باعه من حصة شائعة إلى المسترد، وهنا تنتقل الملكية مباشرة إلى المسترد، فإذا كانت الحصة المستردة منقولة، فإن الملكية تنتقل إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع وليس من الوقت الذي قام به المسترد بعملية الاسترداد³.

وأما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع المال يحتوي على عقار، فإنه لا بد من التسجيل وذلك لأن العقار لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل⁴.

¹ - السنهاوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 865.

² - السنهاوري، الوسيط، ج 8، المرجع نفسه ص 866.

³ - السنهاوري، الوسيط، ج 8، المرجع والموضع نفسه، ص 866.

⁴ - جمال خليل الشار، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 163.

ثالثاً: الالتزام بين البائع والمشتري

ذكرنا سابقاً أن المسترد يحل محل المشتري وذلك في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع، وعلى هذا الأساس فإن العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري يحكم عليها بالزوال، وهذا الزوال يكون بأثر رجعي¹، وبالتالي يكون حكمها كحكم المعلوم، ويترتب على هذا ما يلي:

1 - تزول كل الحقوق التي كانت للمشتري تجاه البائع، وذلك لأنها أصبحت للمسترد، ولا يجوز للمشتري أن يطالب البائع بأي حق من الحقوق التي كان قد اكتسبها بسبب عقد البيع، سواء أكان نقل الملكية أو ضمان الاستحقاق، أو أي حق من الحقوق الأخرى².

2 - إن كل الالتزامات التي تشغل ذمة المشتري تجاه البائع، يكون حكمها الزوال، لأن هاته الالتزامات أصبحت مشغولة بذمة المسترد، وعليه فلا يجوز للبائع مطالبة المشتري بدفع الثمن، وإنما عليه أن يطالب المسترد بذلك³.

الفقرة الرابعة: رأي الفقه الإسلامي في حق الاسترداد

قدّمنا سابقاً أننا نعني بحق الاسترداد حلول الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع المال الشائع يحوي عقاراً محل المشتري للحصة الشائعة، والتي باعها شريك غيره للأجنبي، وقلنا أن هذا الحق استثنائي لأن فيه خروجاً عن القواعد العامة فلا يرد إلا بنص.

¹ - السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص867.

² - السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع نفسه، ص868، 867.

³ - رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص99.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

وأما الفقه الإسلامي فإن له نظاماً يشبه إلى حد ما حق الاسترداد، ألا وهو حق الشفعة، وهو حق شرع لرفع الضرر ودفعه عن الشريك، كما قال ابن قدامة في المغني: "ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر¹"، وقال ابن رشد: "وأيضاً فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر²".

وإذا كان جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة لا يميزون الشفعة في المنقول، فإن هناك من أجازها من الفقهاء كعطاء ابن أبي رباح، وابن حزم الظاهري، أجازوا الشفعة في المنقول وغيره³، وهذا الرأي وما ينتج عنه من أحكام هو في الحقيقة قريب جداً من القول بحق الاسترداد الذي رأينا سابقاً - أحكامه وشروطه وآثاره، وسندرس بعد هذا الوسيلة الثانية لرفع الضرر عن باقي الشركاء، في كل من فقهاء الإسلام والوضعي.

الفرع الثاني: حق الشفعة بالنسبة للشريك الشائع

¹ - ابن قدامة، المغني، ج5، مرجع سابق، ص232. ابن المهام، فتح القدير، ج9، مرجع سابق، ص403.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، بدون رقم الطبعة، دار الحديث، 1425هـ - 2004م، القاهرة - مصر، ص44. وفي هذا المعنى أيضاً ينظر في: القرافي، الذخيرة، ج7، مرجع سابق، ص380. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص266.

³ - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج8، مرجع سابق، ص3. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج14، دار الفكر، دمشق - سوريا، ص308. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، تح: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، بيروت - لبنان، 1419هـ - 1999م، ص234. ومن المعاصرين وجدت الشيخ ابن عثيمين يرجح قول عطاء وابن حزم، قال ابن عثيمين: "وعليه فالقول الراجح أن الشفعة تثبت في كل مشترك، سواء كان أرضاً، أم أواني، أم فرشا، أم أي شيء"، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج10، ط1، دار ابن الجوزي، 1422 - 1428هـ، ص247. وقبله الشيخ علي الخفيف رجح هذا القول باعتبار أن فيه مصلحة للشريك، علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص281.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

نظم المشرع الجزائري الشفعة وأحكامها في المواد 794 - 807 من ق م ج ، ولقد عرفها في المادة 794: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار"¹، وهذا يعني أن المشرع يعتبر الشفعة رخصة، ولكن المشرع بعد ذلك في المواد التالية: 795، 796، نص على عبارة "حق الشفعة"، فهل الشفعة حق أم أنها مجرد رخصة؟.

لا يمكن لنا أن نقول أن الشفعة هي حق عيني أو هي حق شخصي، فالشفعة ليست حقاً أصلاً حتى نصفها بأنها حق عيني أو حق شخصي، ولكن الشفعة عبارة عن سبب لكسب الحق²، وعليه فإن الشفعة عبارة عن واقعة قانونية، مثلها مثل الحيازة أو الاستيلاء أو الميراث أو الالتصاق...، كل هاته الوقائع القانونية تدخل في أسباب كسب الملكية، فالشفعة إذن مصدر من مصادر الحقوق، ولا تعتبر أبداً حقاً³.

إذا تقرر هذا الكلام بقي أن نسأل لماذا المشرع بعد نص على أن الشفعة رخصة، نص في المادة التي تليها أنها حق، فهل المشرع يناقض نفسه؟ أم أن هناك اعتباراً لما نص عليه؟

يمكننا أن نجيب عن هذا التساؤل بالقول أن المشرع في المادة 794 من ق م ج، قد عرف لنا الشفعة، والتعريف يقتضي بيان ماهية الشيء وذاته، وماهية الشفعة أنها رخصة، وأما ما جاء في المواد 795، 796 من التنصيص على عبارة "حق الشفعة"، فهذا باعتبار ما ينتج عن الشفعة من حق كسب

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 161.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة، 1968م، بيروت - لبنان، ص 447.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، في حاشية الكتاب، مرجع سابق، ص 451.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

للملكية، إذن فالمشرع لم يناقض نفسه وإنما نص في المادة 794 على أن الشفعة رخصة باعتبار ماهيتها، ونص على "حق الشفعة"، باعتبار أنها مصدر من مصادر الحقوق¹.

وبعد أن علمنا أن الشفعة رخصة قد تنشئ حقاً للشفيع في حال ما إذا استعمل هاته الرخصة، بقي علينا أن نعرف هل الشريك الشائع يثبت له حق الشفعة أم لا؟ وإذا ثبتت الشفعة للشريك الشائع، فهل هناك شروط وإجراءات لها؟

سنجيب عن هاته الأسئلة في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الحالات التي تثبت فيها الشفعة

إذا كانت الشفعة عبارة عن رخصة، فهي أيضاً قد شرّعت كطريق استثنائي، لأنها تعد قيدياً على حرية التصرف، وقد جاء في حاشية العدوي عند الكلام عن الرخصة ما يؤكد هذا الكلام فقد قال في معرض الكلام عن الشفعة: "والأصل أن لا تجوز لأن فيها بيع الرجل ملكه بغير رضاه إلا أن الشرع أَرخص فيها دفعا لضرر الشريك"².

وعلى هذا الأساس فقد عمد المشرع إلى التضييق من حالات الأخذ بالشفعة وعدم التوسع فيها³، لأنها استثناء والاستثناء لا يتوسع فيه. وقد نصت المادة 795 من ق م ج على هذه الحالات كما يلي: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

¹ - لم أجد - فيما بحثت - من حاول التوفيق بين هاته المواد، لذلك حاولت واجتهدت جهد المقل في بضاعته العلمية، وقد حاولت أن أعذر للمشرع قدر الإمكان تطبيقاً لقاعدة: "ذكر الاعتبار يولد الاعتذار"

² - أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج2، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، 1414 هـ - 1994 م، بيروت - لبنان، ص250.

³ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص373، أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق ص 166.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

- لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

وواضح جداً أنها حالات ضيقة محصورة في ثلاث حالات فقط، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في عدة قرارات، منها القرار رقم 193704 المؤرخ في 26/04/2000م، حيث جاء في القرار ما يلي: "...المستفيدين من حق الشفعة محدودون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر¹،...". كما يتضح جداً أن الحالة الثانية تنص بصراحة أن الشريك الشائع ثبت له الشفعة، وأما الفقه الإسلامي، فقد نص الفقهاء على ثبوت الشفعة في المشاع في كثير من كتبهم، فقد جاء في الكافي ما نصه: "وإنما الشفعة في المشاع من العقار كله الدور والأرضين والخوانيت والبساتين"²، وبالتالي فإن الشفعة تثبت للشريك الشائع، وهذه النتيجة تنطبق تماماً مع ما جاء في نص القانون المدني.

وثبوت الشفعة للشريك في المال الشائع لا خلاف فيه بين الفقهاء، وإنما يرد خلاف بين الفقهاء في نوع المال أهو عقار أم منقول وسنورد هذا الخلاف ونتكلم عن الراجح من الأقوال في محله. بقي لنا أن

¹ - القانون المدني في ضوء الممارسات القضائية، طبعة برقي للنشر، الجزائر، 2013-2014م، بالإضافة إلى القرار رقم 26626 والمؤرخ في 25/02/2004م، ص 184.

² - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، مرجع سابق، ص 852. وينظر في: ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج7، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، تح: مصطفى بن أحمد العلوي أحمد عبد الكبير البكري، ص 50. شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الفكر، ص 151. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، مرجع سابق، ص 377. ابن الهمام، فتح القدير، ج9، مرجع سابق، ص 370. السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، مرجع سابق، ص 283، وينظر في: النووي، المجموع، ج14 مرجع سابق، ص 306. ابن قدامة، المغني، ج5 مرجع سابق، ص 232.

نتكلم عن أحوال ثبوت الشفعة المتبقية في الفقه الإسلامي، وسنجملها بالقول أن الفقهاء اختلفوا حول من تثبت له الشفعة إلى اتجاهين اثنين¹:

أولاً: اتجاه جمهور الفقهاء

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك من نفس العقار، وعليه فإنها لا تثبت للجار ولا للشريك في حق الارتفاق، ودليل الجمهور حديث جابر في البخاري حيث قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"²

ثانياً: اتجاه الحنفية

يرى الحنفية أن الشفعة تثبت بمراتب معينة أولها الشريك في نفس المبيع العقار وثانيها الشريك في حقوق الارتفاق وثالثها الجار³، وهنا نجد أن الحنفية قد وسعوا من نطاق الشفعة على عكس الجمهور.

الفقرة الثانية: شروط ثبوت الشفعة للشريك الشائع

لقد وجدنا أن الشفعة تثبت للشريك الشائع بإجماع الفقهاء، ولكن هذا الثبوت لا يعني أنه من دون شروط، بل لابد أن تتوفر شروط معينة حتى يحق للشريك الشائع أن يطالب بحقه في الشفعة، ويمكننا أن نقسم هاته الشروط إلى شروط تخص الشفع، وشروط تخص المال الشائع وأخرى تختص بالتصرف والمتصرف إليه، وهي كالتالي:

¹ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 168.

² - أخرجه البخاري، في باب بيع الشريك من شريكه، حديث رقم 2099، مرجع سابق، ص 770.

³ - السرخسي، المبسوط، ج 14، مرجع سابق، ص 94.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

أولاً: الشروط الخاصة بالشفيع

حتى يثبت للشريك الشائع حق الشفعة لابد أن تتوفر بعض الشروط، نجملها فيما يلي:

1 - أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع: وهذا يعني أنه لابد أن يكون الشفيع يملك حصة شائعة مع الشريك المتصرف، فإذا كان قد اكتسب حصة شائعة بأي طريقة من طرق كسب الملكية، ثم لم يقيم بتسجيلها فإن الشفعة لا تثبت له¹.

2 - أن تكون الشراكة منصبة على ذات العقار: وهذا يعني أن الشفعة لا تثبت في طريق مشترك بين عقارين مثلاً، كما أنها لا تثبت في فناء أو جدار ملاصق².

3 - أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع وقت صدور البيع: فإذا اكتسب الشفيع الملكية بعد العقد، فلا تثبت له الشفعة، لأنه بذلك هو من يعتبر دخيلاً على من انتقلت إليه ملكية العقار، يضاف إلى ذلك أنه لابد أن تستمر الملكية إلى وقت الحكم بملكية العقار³.

ثانياً: الشروط الخاصة بالتصرف

¹ - مخازني فايزة، تصرف الشريك، مرجع سابق، ص 79.

² - منصور محمد حسين، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 500،

³ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 179، منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 518.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

ليس كل تصرف تثبت فيه الشفعة، فالمشرع اشترط لثبوت الشفعة أن تكون في نوع محدد من التصرفات فقط، وهاته الشروط هي:

1 - أن يكون التصرف عقد بيع: لقد اشترط المشرع في المادة 795 من ق م ج أن يكون التصرف عقد بيع، وذلك بالنص عليها " .. إذا بيع جزء من العقار .. "، وهذا يعني أن باقي التصرفات لا تثبت فيها الشفعة، فالشفعة إذن لا تثبت إلا في عقد البيع الذي هو تصرف قانوني ملزم للجانبين من جهة، وناقل للملكية بعوض من جهة ثانية، كما أنها لا تثبت إذا انتقلت الملكية بسبب لا يعد تصرفاً قانونياً، كالمراث، والحيازة، والتقادم..¹

وأما في الفقه الإسلامي فإن الهبة أو المقايضة أو الصلح تثبت فيهم الشفعة شريطة أن تكون هاته التصرفات بعوض²، ويلاحظ هنا فيها العوض المالي وهذا يعني أن فيها معنى البيع، والعبرة في العقود للمعاني وليست للألفاظ والمباني، لذلك قالوا بثبوت الشفعة فيها.

2 - أن ينعقد البيع صحيحاً وتاماً: وحتى تثبت الشفعة يجب أن يستوفي البيع كافة الشروط والأركان القانونية، بما فيها تلك الشروط الشكلية من تسجيل وشهر، فلا تثبت الشفعة في عقد باطل بطلاناً

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، مرجع سابق، ص 493، 494.

² - أبو المعالي بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج 7، مرجع سابق، ص 329. ابن قدامة، المغني، ج 5، مرجع سابق، ص 235. أبو الوليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 6، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ص 206. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، مرجع سابق ص 308. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 178، 179.

مطلقاً، لأنه في حكم المعدوم، أما إذا كان عقد البيع قابلاً للإبطال أو غير نافذ، فإن الشفعة تثبت فيها¹.

3 - يجب أن لا يكون البيع من البيوع الواردة في المادة 798 من ق م ج :

حيث تنص المادة 798 على أنه: " لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون
- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة²

وسنشرح هاته الأحوال التي لا تثبت فيها الشفعة حالة فحالة:

أ - حصول البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات مرسومة من القانون: يتضح أن المشرع أراد أن يبين أن من يرغب في الشفعة ما عليه سوى أن يكون حاضراً في جلسة المزادة، كما أن الغرض الحقيقي من المزاد هو أن يباع العقار بأعلى ثمن ممكن، والمشرع عندما منع الشفعة فإنه يكون قد حقق هذا الغرض³.

¹ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 272، أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 178، 179.

² - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 162.

³ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 287.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

ب - وقوع البيع بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية: ويرجع السبب في النص على هذا المانع أن صرف الصفقة عن القريب بهذا الشكل، فيه قطيعة رحم وقضاء عن هاته الرابطة .

ج - أن يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة: يتضح أن المشرع قدم الاعتبار الديني على اعتبار مصلحة الشفيع¹، وذلك أن العام يقدم على الخاص ومحل العبادة فيه مصلحة عامة فقدمت على المصلحة الخاصة.

ثالثاً: الشروط الخاصة بالمال الشائع

لا تثبت الشفعة في القانون المدني إلا إذا كان المال الشائع عقاراً، وهذا الشرط تؤكد المحكمة العليا بقرارها رقم 155181 والصادر في 1997م، فقد استبعدت المحكمة تطبيق الشفعة على المحلات التجارية، وأكدت أن الشفعة مقصورة على العقار²، وذلك أن المنقولات يرد عليها حق الاسترداد كما رأينا سابقاً.

وأما في الفقه الإسلامي فإن الفقهاء انقسموا إلى اتجاهين اثنين:

1 - الاتجاه الأول: لا شفعة إلا في العقار

يرى أصحاب هذا الاتجاه - هم جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة - أن الشفعة لا تكون إلا في العقار وما يلحق العقار³، وأما المنقول فلا شفعة فيه، ودليلهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه

¹ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 292.

² - نشرة القضاة، عدد رقم 54، مرجع سابق، ص 79، 78.

³ - لأن ما يلحق العقار هو في حكمه، والتابع تابع كما يقول الفقهاء.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة"¹، وهذا الحديث لا يتناول إلا العقار²، وقد علل صاحب بدائع الصنائع هذا الرأي بقوله: "لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق إلا في العقار ولا تجب إلا في العقار أو ما في معناه"³.

ويلاحظ أن هذا الاتجاه متفق تماماً مع ما جاء في القانون المدني، ولكن يرد عليه أن الشركاء على الشيوع في المال المنقول، إذا باع أحدهم حصته الشائعة، فكيف يستردون تلك الحصة ويمنعون الأجنبي من الدخول بينهم؟، قد تكون الإجابة بإجراء القسمة ومنح كل شريك نصيبه، ولكن إذا لم يكن باقي الشركاء يريدون القسمة فما العمل؟!

القانون المدني حل الإشكال وشرع حق الاسترداد، وهو حق له نفس الطبيعة القانونية لحق الشفعة ولكنها يختلفان في الشروط والاجراءات فقط⁴.

أما في الفقه الإسلامي فإننا نجد الإجابة على هذا التساؤل عند من يقول بأن الشفعة تكون في كل شيء، وهم أصحاب الاتجاه الثاني

¹ - تقدم تخرجه.

² - ابن قدامة، المغني، ج5، مرجع سابق، ص232. السرخسي، ج14، مرجع سابق، ص98. القرافي، الذخيرة، ج7، مرجع سابق،

ص304. أبو اسحاق الشيرازي، المهذب، ج2، مرجع سابق، ص212.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مرجع سابق، ص12.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج9، مرجع سابق، ص444.

2 - الاتجاه الثاني: الشفعة ترد على العقار والمنقول

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حق الشفعة يرد على كل شيء عقاراً كان أو منقولاً، ودليلهم في هذا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "قضى بالشفعة في كل مالم يقسم"¹، وقوله أيضاً عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشريك شفع، والشفعة في كل شيء"²، وقالوا إن الشفعة قد شرعت لرفع ضرر الشركة وهذا أمر ثابت في العقار والمنقول، بل إنه أمر ظاهر في المنقول أكثر منه في العقار³.

وقد قال بهذا الرأي كل من عطاء بن أبي رباح، وابن حزم الظاهري⁴، وواضح أن هذا الاتجاه يجيب وبشكل عملي على الإشكال الذي طرحناه سابقاً، كما أن هذا الاتجاه يتوافق مع القول بحق الاسترداد في القانون المدني.

ومع هذا الاتجاه العملي يتضح لدينا أن الخلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني حول عدم وجود نظام الاسترداد في الفقه الإسلامي، هو في الحقيقة خلاف صوري لا غير، فحق الاسترداد الذي يرد على المنقول فقط، يقابله قول من يرى جواز الشفعة في كل شيء، وهو رأي يناسب قواعد الفقه الإسلامي وروح الشريعة التي جاءت من أجل الحفاظ على المصلحة

¹ - تقدم تحريجه.

² - أخرجه الترمذي، باب ما جاء أن الشريك شفع، رقم الحديث 1371، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، تح: بشار عواد معروف، بيروت - لبنان، 1996م، ص 47

³ - ابن قدامة، المغني، ج5، مرجع سابق، ص 232. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 281، ابن حزم، المحلى بالآثار، ج8، مرجع سابق، ص 7، 8.

⁴ - النووي، المجموع شرح المهذب، ج14، مرجع سابق، ص 308. ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع والموضع نفسه،

الفقرة الثالثة: إجراءات الشفعة

إذا تحققت كل هذه الشروط ثبت للشريك في الشيوع الحق في ممارسة رخصة الشفعة، وكان له المطالبة بذلك، ولكن عليه أن يتبع إجراءات قانونية حددها المشرع الجزائري من المادة 799 إلى المادة 802 من ق م ج، ويمكننا أن نلخص هذه الإجراءات فيما يلي:

أولاً: إعلان الشريك الشائع رغبته في الشفعة

تنص المادة 799 من ق م ج: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك"¹

وهذا يعني أن المشرع اشترط في الشريك الشائع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته للطرفين معا البائع والمشتري، وذلك في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي تلقاه الشفيع من البائع أو المشتري وقد اشترط المشرع في اعلان الرغبة في الشفعة شروطا نجملها فيما يلي²:

1 - شكل إعلان الرغبة: لقد اشترط المشرع أن يكون الإعلان رسمياً وإلا كان باطلاً، وذلك ما نصت عليه المادة 801 من ق م ج، والتي تنص على أنه: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً"³.

¹ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 162.

² - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، ط 1، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 209، 212.

³ - القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 162.

2 - الاشخاص الموجه إليهم إعلان الرغبة: وقد اشترط المشرع أيضا أن يكون الاعلان في الرغبة موجه إلى كل من البائع والمشتري، وهذا واضح في المادة 799 من ق م ج.

3 - ميعاد إعلان الرغبة: إن حرية الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة مقيدة في إطار زمني معين، حيث يجب عليه أن يعلن هاته الرغبة خلال ثلاثين يوما من هذا الإنذار¹.

ثانيا: رفع دعوى الشفعة

بعد أن يستوفي الشفيع الإجراءات السابقة، يجب عليه أن يقوم برفع دعوى الشفعة على النحو الذي نصت عليه المادة 802 من ق م ج: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق"².

من خلال كل هذه الشروط والإجراءات الخاصة بحقي الشفعة والاسترداد، يتضح لدينا أن كلا من الفقه الاسلامي والمشرع الجزائري، قد قرر رفع الضرر الذي يمكن أن يلحق باقي الشركاء عندما يتصرف الشريك الشائع ويقوم ببيع حصته لأجنبي، وهذا يبين لنا التوافق الكبير الموجود في كل من الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

¹ - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 211.

² - القانون المدني وفقا للتعديلات الأخيرة، مرجع سابق، ص 163.

خلاصة الفصل:

بناء على ما سبق فإننا نخلص إلى النتائج التالية:

إن التصرف في المال الشائع يصح بكل أنواع التصرفات، بشرط أن لا يلحق هذا التصرف الأذى ببقية الشركاء، ووصلنا إلى أن هناك توافقا كبيرا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، يتجلى هذا التوافق في حكم بيع حصة شائعة، وهبتها ورهنها وترتيب حق عيني عليها سواء كان هذا الحق أصليا كحق الانتفاع، أو كان تبعا كحق الرهن.

كما وجدنا أن طبيعة القيد المفروض على التصرف في المال الشائع هي عدم الضرر بسائر الشركاء، وأن كلا من الفقهاء قد أوجد -وبالتوافق- آليات لرفع الضرر عن باقي الشركاء.

كل هذه النتائج تؤكد نتيجة واحدة جعلناها عنوانا للفصل ألا وهي أن الشيوع يضيق من نطاق التصرف

الختام:

إن الملكية الشائعة من الموضوعات الهامة في دراسة حق الملكية بوجه عام، فهي تمنح للشركاء كل السلطات من استعمال واستغلال وتصرف، وإذا كانت الخلطة طريقاً للمنازعة، فإن أحكام الشيوع كانت وما زالت من أهم أسباب اختلاف الفقهاء وشرح القانون الذين ثارت بينهم مناقشات كثيرة، خاصة في موضوع التصرف في المال الشائع، مما يدل على أهميته البالغة التي جعلت المشرع يتناوله بالتنظيم، وجعلت الفقهاء يتكلمون عنه في كل عقد من عقود المعاملات المالية.

النتائج:

وقد خلص البحث الموسوم بالتصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً بين الفقه الإسلامي والقانون المدني إلى النتائج التالية:

- إن قيام الشيوع في الملك لا يمنع الشركاء أبداً من التصرف فيه: وهي نتيجة تطابق فيها الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ووجدنا من خلال عملية الاستقراء تعريف التصرف في الفقه الإسلامي في كتاب المبسوط للسرخسي (مع أن كثيراً من الدراسات التي تناولت مصطلح التصرف بالبحث، ذكرت أنه لا يوجد في كتب القدامى تعريف للتصرف)، كما وجدنا أن الشيوع ما هو إلا صورة من صور حق الملكية وأن الملكية الشائعة هي حق ملكية تامة بالمعنى الدقيق، وكل هذه النتائج توافق فيها القانون المدني مع الفقه الإسلامي توافقاً تاماً.

- إن الشيوع يضيّق من نطاق التصرف في المال الشائع: ففي الفقه الإسلامي وجدناه يشترط حصول الإجماع إذا كان التصرف جماعياً في المال الشائع، أما في القانون المدني فإنه منح لأغلبية معينة سلطة التصرف في المال الشائع، وذلك ضمن شروط معينة تضمن حقوق الأقلية، وهنا وجد الخلاف بين التشريعين، وذلك أن الفقه الإسلامي لا يقر بنظام الأغلبية، ولذلك وجدنا القانون المدني اللبناني يمنعه.

وأما التصرف الفردي في الحصة الشائعة فقد وجدنا القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في بيع الحصة الشائعة، وعن التصرفات الأخرى من هبة ورهن وانتفاع فإننا وجدناه يتفق مع جمهور الفقهاء القائل بجوازها شريطة عدم الضرر بباقي الشركاء.

وعن مفهوم الضرر فإننا وجدنا أن كل فقه يقارب الآخر في معناه ومضمونه، فالحاق المفسدة بالغير هو نفسه الأذى الذي يمكن أن يصيب الغير، والمصلحة التي يجب عدم الإخلال بها هي المصلحة المشروعة في كل من النظامين الفقهي والمدني.

ثم وجدنا أن هناك وسائل وآليات شرعت استثناءً لرفع الضرر عن باقي الشركاء، تتمثل تلك الوسائل في حقي الشفعة والاسترداد، وأن عدم وجود نظام الاسترداد في الفقه الإسلامي ما هو إلا خلاف صوري فقط، وذلك لأن هناك من قال بجواز الشفعة في المنقول من الفقهاء القدامى وعلى رأسهم عطاء بن أبي رباح والظاهرية، ومن الفقهاء المعاصرين ومن بينهم الشيخ علي الخفيف.

التوصيات:

من خلال النتائج السابقة فإننا نوصي المشرع الجزائري بما يلي:

- إن المشرع في المادة 713 من ق م ج لم يعط مفهوماً واسعاً للشيوع، فقد صورته لنا فقط في حق الملكية مع أن الشيوع يتصور في باقي الحقوق العينية الأخرى، لذلك نوصي المشرع بتبني مفهوم واسع للشيوع أو تبني تعريف الشيوع المنصوص عليه في المادة 818 من ق م ك .

- إن نظام الأغلبية الذي نص عليه المشرع الجزائري لا يعطي الضمانات الكافية بالنسبة للأقلية، لذلك فإننا نوصي المشرع إما بإلغاء هذا النظام و تبني رأي الفقه الإسلامي في

هذه المسألة والعودة بذلك إلى الأصل، وإما إعطاء ضمانات أكثر للأقلية تجعل حقهم في المال الشائع مكفولاً تماماً.

وإن دراسة مسائل الشيوع تفتح أمامنا آفاقاً واسعة للبحث في عدة مسائل منها مسألة وقوع الشيوع في الدين والأحكام المترتبة عليه، والقواعد العامة التي تضبط مثل هاته المسألة الدقيقة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

وفي الختام فإنني أسأل الله الكريم أن يتقبل مني هذا العمل ويجعله خالصاً له ولدينه القويم، وأن يجعله في صحيفة الأستاذة المشرفة وميزان حسناتها، وزيادة في حسنات كل من ساهم في تصحيح هذا البحث وتنقيحه وتقويمه ليظهر بأحسن حلة، والحمد لله رب العالمين.

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾	الكهف	46	01
﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ﴾	الأنعام	119	80
﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة	275	80

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا

87	283	البقرة	﴿فَرِهَنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾
109	120	آل عمران	﴿لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا﴾

الحديث	رقم الصفحة
"ما كان لي ولبني عبد المطلب"	83
"... يا رسول الله، إنا نعمل الشعر، فهبها لي ..."	83
"... فَأَبْصَرُوا حِمَارًا وَحَشِيًّا، وَأَنَا مَشْغُولٌ أَخْصِفُ نَعْلِي..."	83
"... نَحَلَنِي أَبُو بَكْرٍ جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقَا..."	85
"لا ضرر ولا ضرار"	108

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

128	"قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة..."
128	"الشفعة فيما لم يقسم..."
134	"الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء"

مراجع الرسالة ومصادرها :

1. القرآن الكريم برواية حفص

2. محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، ط3 ، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م.

كتب الحديث وشروحه

1. ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تح: مصطفى بن أحمد العلوي أحمد عبد

الكبير البكري، ج7، ص50، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب.

2. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، ج6، ص458، تح: كمال يوسف الحوت،

مكتبة الرشد - الرياض، ط1، 1409هـ - 1989م،

3. سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، ص784، دار إحياء الكتب العربية،

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

4. ابن بطل، شرح صحيح البخاري، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج6، ص335، ط2، مكتبة الرشد، 1423 هـ - 2003 م، الرياض - السعودية
5. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج13، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان. من دون سنة النشر.
6. سنن النسائي، باب هبة المشاع، رقم الحديث، 3688، ج6، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، تح: عبد الفتاح أبو غدة، 1406 - 1986 م
7. مسند أحمد، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، رقم الحديث 7037، ج11، ط1، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م،
8. صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب من استوهب من أصحابه شيئاً، حديث رقم 2431، ج2، دار ابن كثير، واليامة، ضبط الأحاديث ورقمها مصطفى البغا،
9. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تح: طه عبد الرؤوف سعد، ج4، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، 1424 هـ - 2003 م، القاهرة - مصر
10. الموطأ، باب ما لا يجوز من النحل، ج2، دار إحياء التراث العربي، تح: فؤاد عبد الباقي، بيروت - لبنان، 1406 هـ - 1985 م.
11. سنن الترمذي، باب ما جاء أن الشريك شفيح، رقم الحديث 1371، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، تح: بشار عواد معروف، بيروت - لبنان، 1996 م.
12. عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج6، ط1، المكتبة التجارية الكبرى، 1356 هـ، مصر.
13. أبو الوليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

كتب اللغة والمعاجم

1. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، أبو الحسين ، معجم مقاييس اللغة ، تح : عبد السلام محمد هارون ، ج 5 ، دار الفكر ، دمشق 1399 هـ - 1979 م.
2. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ، جمهرة اللغة ، تح : رمزي منير بعلبكي ، ج 2 ، دار العلم للملايين - بيروت لبنان ، ط 1 ، 1987 م.
3. محمد بن مكرم بن علي ، أبو الفضل ، جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج 10 ، دار صادر - بيروت لبنان ، ط 3 ، 1414 هـ.
4. محمد بن أحمد بن الأزهر ، تهذيب اللغة ، تح : محمد عوض مرعب ، ج 11 ، ط 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، 2001 م.
5. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي ، أبو العباس ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج 1 ، المكتبة العلمية ، بيروت - لبنان.
6. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ، تح : عبد الغني الدقر ، ط 1 ، 1408 هـ ، دار القلم ، دمشق - سوريا .
7. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، أبو الفيض ، الملقب بمرتضى ، الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج 24 ، دار الهداية .

كتب الفقه الحنفي

1. أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، تح : عبد الكريم سامي الجندي ، ج 6 ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1424 هـ - 2004 م ، بيروت - لبنان

2. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3 ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، 1313 هـ، القاهرة - مصر .
3. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تح: خليل عمران المنصور، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ - 1998 م.
4. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5 ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط8 ، 1406 هـ - 1986 م.
5. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج1 ، ط1 ، 1322 هـ، المطبعة الخيرية، الرياض - السعودية .
6. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج5 دار الفكر، دمشق - سوريا .
7. عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار ، تح: بشار بكري عرابي، ج2 ، دار قباء للطباعة والنشر، دمشق - سوريا .
8. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3 ، ط2 دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م، بيروت - لبنان.
9. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5 ، ط2، دار الكتاب الإسلامي.
10. قاسم بن قطلوبغا الحنفي، مجموعة رسائل العلامة قاسم بن قطلوبغا، ط1، دار النوادر، تح: عبد الحميد محمد الدرويش، عبد العليم محمد الدرويش، 1434 هـ - 2013 م، سوريا - دمشق .

11. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، أبو الحسن برهان الدين، تح: طلال يوسف، ج 3، من دون سنة النشر ولا رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

12. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

13. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج 5، ط 2، 1412 هـ - 1992 م، دار الفكر، بيروت - لبنان.

14. ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج 1، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

15. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 10، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1414 هـ - 1993 م.

كتب الفقه المالكي

1. أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج 2، دار الفكر، من دون رقم الطبعة بيروت - لبنان، 1414 هـ - 1994 م.

2. أبو عبد الله محمد الانصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية، تح: محمد ابو الاجفان، الطاهر المعموري، ط 1، دار الغرب الاسلامي، بيروت - لبنان، 1993 م.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

3. أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، شرح التلقين، ج 3، تح: محمد المختار السلامي، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 2008 م.
4. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 5، ط 3، دار الفكر، 1412 هـ - 1992 م.
5. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت - لبنان.
6. أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج 2، بدون رقم الطبعة، دار الفكر.
7. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 5، دار الفكر.
8. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر.
9. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، دار الحديث، القاهرة - مصر.
10. القرافي، الذخيرة، ج 8، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
11. شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، ج 2، دار الفكر.

كتب الفقه الشافعي

1. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تح: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، 1417 هـ - 1997 م، بيروت - لبنان.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

2. محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع، فخر الدين، ابن الدّهان، تقويم النظر في مسائل خلافة ذائعة، ونبد مذهبية نافعة، تح: د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، ج 3، ط 1، مكتبة الرشد، 1422هـ - 2001م، الرياض - السعودية.
3. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب، تح: عبد العظيم محمود الدّيب، ج 3، ج 11، ط 1، دار المنهاج، 1428هـ - 2007م.
4. أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تح: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، ط 1، دار الخير، 1994م، دمشق - سوريا.
5. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، دار الكتاب الاسلامي، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر،
6. مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ج 5 ط 4، دار القلم للنشر والتوزيع، 1413هـ - 1992م، دمشق - سوريا
7. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 5،، تح: زهير الشاويش، ط 3، المكتب الإسلامي، 1412هـ - 1991م، بيروت - دمشق.
8. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج 14، دار الفكر.
9. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، ج 7، ط 1، دار الكتب العلمية.
10. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، من دون سنة النشر ولا رقم الطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

كتب الفقه الحنبلي

1. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع، تح: محمد أمين الضناوي ، ج2، ط1، عالم الكتب ، 1417 هـ - 1997 م ، بيروت - لبنان .
2. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، مجموع الفتوى، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج30 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، 1416 هـ - 1995 م.
3. عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
4. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ج2، دار المعرفة.
5. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، 1418 هـ - 1997 م.
6. ابن عثيمين ، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج10، ط1، دار ابن الجوزي.
7. المذهب الظاهري
8. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج6، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت - لبنان.

كتب الأصول والقواعد الفقهية

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

1. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ،أنوار البروق في أنواء الفروق ، مع حاشيته المسماة بإدرار الشروق على أنوار الفروق ،قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط ،ج3، عالم الكتب ، بيروت - لبنان .
 2. تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ،الأشباه والنظائر ،ج1، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، 1411هـ - 1991م .
 3. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية 1411هـ - 1990م ، بيروت - لبنان .
 4. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية ،القواعد النورانية الفقهية ، تح : أحمد بن محمد الخليل ،دار ابن الجوزي ، الرياض - المملكة العربية السعودية ، 1422هـ.
 5. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ،المنثور في القواعد الفقهية ،ج 3 ط 2، وزارة الأوقاف الكويتية ، 1405هـ - 1985م .
 6. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، تح: سيد عبد العزيز ، عبد الله ربيع،ج3، ط1، مكتبة قرطبة، 1418هـ - 1998م .
 7. مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية .
 8. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص252، ط4، مؤسسة الرسالة، 1416هـ - 1996م، بيروت - لبنان.
- كتب عامة

1. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، ج 2، ط 1، مكتبة الاقصى، 1314هـ - 1974م، عمان - الأردن.
2. محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
3. محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ط 4، دار الفكر، سوريا - دمشق.
4. علي محي الدين القرة داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، ط 2، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، 1430هـ - 2009م.
5. علي الخفيف احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي القاهرة - مصر 1426هـ.
6. أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - القاهرة، 2012 م
7. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 9، دار الفكر، 1967-1968م، دمشق - سوريا.
8. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي 1416هـ - 1996م، القاهرة - مصر.
9. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1417هـ - 1996م، القاهرة - مصر.
10. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، 1999م، من دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية - مصر.
11. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) في نطاق المعاملات المالية و الأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، 2007م.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

12. مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، 1403هـ - 1983م ، دار النهضة العربية ، بيروت - لبنان .
13. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر، 1996م.
14. محمد بن تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، ط1 ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003م.
15. خالد محمد حسين ابراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة ، 2006م، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية - مصر .
16. خالد الماجد، التصرف في المال العام، ط1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ، 2013م، بيروت - لبنان.

الكتب القانونية

1. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج8، ج9، دار إحياء التراث العربي ، القاهرة مصر ، 1967م.
2. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان ، 1982م.
3. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان، 2002م.

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

4. القانون المدني وفقاً للتعديلات الأخيرة ، منشورات أمين ، من دون رقم الطبعة، 2009م ،
5. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية
الساحة المركزية ، بن عكنون - الجزائر ، 1990م
6. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر
والتوزيع ، 1418هـ - 1997م عمان - الأردن.
7. محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعة ، من دون سنة النشر .
8. مصطفى محمد الجبال ، نظام الملكية ، من دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ، منشأة المعارف
بالإسكندرية .
9. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج1 ،
الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
10. اسماعيل غانم ، حق الملكية ، ج1 ، ط2 ، مكتبة عبد الله وهبه ، 1961م.
11. حسن كيره ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ،
ط4 ، 1995م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر .
12. حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، ج1 ، ط1 ، من دون اسم دار النشر .
13. سمير كامل ، النظام القانوني لملكية الشقق ، ط1 ، 1985م ، من دون دار النشر .
14. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة الداودي -
دمشق ، 1400هـ - 1980م .
15. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعة ، من دون سنة النشر .

16. أنو طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، من دون رقم الطبعة، الأزاريطه - الاسكندرية، 2004م.
17. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، من دون رقم الطبعة، القاهرة - مصر، 1965م.
18. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م.
19. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط3، 1993م، الدار الجامعية، بيروت - لبنان.
20. حسن كيره، المدخل الى القانون، ط5، من دون سنة النشر، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج1/3، ط2، 1998م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
21. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني اللبناني، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون رقم الطبعة، 2007م، بيروت - لبنان.
22. وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1993م.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، ط3، دار الكتب القانونية، شتات - مصر، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت - لبنان، 1995م.
23. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م.
24. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، دار وائل للنشر، ط1، 2006م.

25. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، 2009م، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر.
26. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مطبعة السلام، 1988م.
27. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، ص35، في الهامش، بدون رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992، الجزائر.
28. القانون المدني في ضوء الممارسات القضائية، ص 184، طبعة 2013 - 2014م، برقي للنشر، الجزائر.
29. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، ط1، 2006، دار هومه، الجزائر.
30. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني ج13، بدون رقم الطبعة، المكتب الجامعي الحديث، الازارطة، الإسكندرية، 2004م.
31. علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م.
32. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ط1، الجامعة الاردنية، 2002م.
- الرسائل والمقالات

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

1. عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،جامعة الحاج لخضر – باتنة - كلية الحقوق قسم العلوم القانونية.
2. صالح بن محمد بن سليمان السلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج1، رسالة دكتوراه ط1، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، 1423هـ - 2002م، الرياض -السعودية.
3. مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق و العلوم التجارية، 2004-2005م.
4. حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ، ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية ، ع12، ص16 ، 1964، جامعة الاسكندرية.
5. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع1، ص104 ،السنة السادسة .

القرارات القضائية

6. عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001م، الجزائر، بركة - باتنة.
7. المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، سنة 1992.

مراجع باللغة الأجنبية:

- 1 - Droits Réels, Basé sur le cours du Prof. Bénédicte Foëx, 2005
- 2- Association des Etudiants en Droit , Université de Genève 1968

Précis de droit civil, prof . Vincent KANGULUMBA,T1, ,
bibliothèque droit africain, Belgique, 2007.

3– Notion essentielles de droit civil ,Georges

HUBRECHT, , septième édition, SIREY, PARIS,1967

4 – Précis de droit civil, prof . Vincent KANGULUMBA,T1

5- Leçons de droit civil , PR , HENRI ET LEON MAZEAUD JEAN
MAZEAUD , T2 , EDITIONS MONTCHESTIEN.1965 PARIS

6 – collection droit civil ,pr Christian LARROUMET, T2

Troisième édition , ECONOMICA DELTA , PARIS

7–. [www. dictionnaire - juridique. com/lexique-juridique .php](http://www.dictionnaire-juridique.com/lexique-juridique.php)

8 [http fr.wikipedia.org/wiki/Indivision](http://fr.wikipedia.org/wiki/Indivision)

9 – [www.juristudiant.com /16/06/2014](http://www.juristudiant.com/16/06/2014)

10 - PROPRIÉTÉ COLLECTIVE ET EXCLUSIVITÉ, Géraldine SALORD

– Faculté de Droit et des Sciences sociales – Poitiers

الصفحة	المحتوى
01	مقدمة
08	الفصل الأول: الشيوع لا يمنع التصرف
10	المبحث الأول: حقيقة الملك الشائع
11	المطلب الأول: مفهوم الملكية
11	الفرع الأول: تعريفها
12	الفقرة الأولى: تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء
13	أولاً تعريف الملك على أنه حكم شرعي
14	أ - تعريف الملك على أساس أنه حكم شرعي من خطاب التكليف
14	ب - تعريف الملك على أساس أنه من خطاب الوضع
15	ثانياً تعريف الملك على أساس علاقة اختصاص بين المالك و المملوك
17	الفقرة الثانية تعريف الملكية في اصطلاح الفقه القانوني
18	أولاً تعريف الموسعين
18	ثانياً تعريف المضيقين

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

21	الفرع الثاني : صور الملكية
21	الفقرة الأولى : بالنظر إلى سلطات المالك
21	أولاً مفهوم الملك التام
22	ثانياً خصائص الملك التام
22	أ-الملك التام حق جامع
23	ب-الملكية التامة حق مانع
23	ت-الملك التام ملك دائم
24	ثالثاً: مفهوم الملك الناقص
25	1 ملك الرقبة دون المنفعة
25	2 ملك المنفعة فقط
25	الفقرة الثانية: بالنظر إلى المالك في حد ذاته
26	أولاً الملك المنفرد
26	ثانياً الملك المتعدد
27	المطلب الثاني: مفهوم الشيوع
28	الفرع الأول: تعريف الشيوع
29	الفقرة الأولى: تعريف الملكية الشائعة في اصطلاح الفقه الاسلامي
31	الفقرة الثانية: تعريفها في اصطلاح الفقه القانوني
35	الفرع الثاني: نشأة الشيوع
36	الفقرة الأولى: نشوء الشيوع بتصرف قانوني
37	الفقرة الثانية: نشوء الشيوع بواقعة مادية
40	المبحث الثاني: المالك على الشيوع يملك الحق في التصرف
41	المطلب الأول: التكييف الفقهي لحق المالك الشائع
41	الفرع الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع في الفقه الإسلامي
44	الفرع الثاني: طبيعة حق الشريك المشتاع في القانون
44	الفقرة الأولى: الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشتاع هو حق شخصي
46	الفقرة الثانية : الاتجاه القائل بأن حق الشريك المشتاع هو حق عيني
49	المطلب الثاني: سلطات المالك المشتاع

التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا

50	الفرع الأول: سلطة الانتفاع بالمال الشائع
50	الفقرة الأولى: استعمال المال الشائع
52	الفقرة الثانية: إدارة المال الشائع
52	أولا: أعمال الحفظ والصيانة
53	ثانيا: الإدارة المعتادة للمال الشائع
54	ثالثا: الإدارة غير المعتادة للمال الشائع
56	الفرع الثاني: سلطة التصرف بالمال الشائع
56	الفقرة الأولى: تعريف التصرف
57	أولا تعريف التصرف في الفقه الإسلامي
60	ثانيا تعريف التصرف في الفقه القانوني
63	الفقرة الثانية: المقصود بالتصرف في المال الشائع
64	خلاصة الفصل
65	الفصل الثاني: الشيوع يضيق من نطاق التصرف في المال الشائع
67	المبحث الأول سلطات الشركاء في التصرف في المال الشائع
68	المطلب الأول: التصرف الجماعي في المال الشائع
68	الفرع الأول: التصرف بإجماع الشركاء
69	الفقرة الأولى: اشتراط الإجماع لصحة التصرف في الفقه الإسلامي
70	الفقرة الثانية: الاكتفاء بالأغلبية في القانون المدني الجزائري
71	الفرع الثاني: تصرف أغلب الشركاء
71	الفقرة الأولى: الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع
73	الفقرة الثانية: الأسباب القوية للتصرف في المال الشائع
74	الفقرة الثالثة: حق الأقلية في الاعتراض
75	أولا: طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية
76	ثانيا: المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض
78	المطلب الثاني: التصرف الفردي في المال الشائع
78	الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة
79	الفقرة الأولى: التصرفات الناقلة للملكية

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

79	أولاً: بيع الشريك حصته الشائعة
79	- بيع الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي
80	- بيع الشريك حصته في القانون المدني
82	ثانياً: هبة الشريك حصته الشائعة
82	- هبة الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي
82	أ - الاتجاه الأول
84	ب - الاتجاه الثاني
85	- هبة الشريك حصته الشائعة في الفقه القانوني
86	الفقرة الثانية: التصرفات المرتبة لحق عيني على المال الشائع
87	أولاً: رهن الحصة الشائعة في الفقه الإسلامي
87	الاتجاه الأول: لا يجوز رهن الحصة الشائعة
88	2- الاتجاه الثاني: يجوز رهن المشاع
89	ثانياً: رهن الحصة الشائعة في الفقه القانوني
89	1 الرهن الرسمي للحصة الشائعة
89	2- الرهن الحيازي للحصة الشائعة
91	الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع
91	الفقرة الأولى: تصرف الشريك في جزء مفرز في الفقه الإسلامي
93	الفقرة الثانية: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في الفقه القانوني
93	أولاً: تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة في الفقه القانوني
93	1-الاتجاه الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة
94	2- الاتجاه الثاني: تصرف صحيح و نافذ
95	3- الاتجاه الثالث
96	4- الاتجاه الرابع
97	ثانياً: تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة في الفقه القانوني
100	الفرع الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع
100	الفقرة الأولى: تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي
100	أولاً: المتصرف في مواجهة باقي الشركاء

التصرف في المال الشائع شيوعاً اختيارياً

102	ثانياً: المتصرف في مواجهة المتصرف إليه
103	الفقرة الثانية: تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه القانوني
107	المبحث الثاني: طبيعة قيد التصرف في المال الشائع
108	المطلب الأول: عدم الضرر بحقوق باقي الشركاء
109	الفرع الأول: مفهوم عدم الضرر
109	الفقرة الأولى: تعريف الضرر
113	الفقرة الثانية: أنواع الضرر
114	الفرع الثاني: معيار الضرر اللاحق بالشركاء عند التصرف في المال الشائع
116	المطلب الثاني: آليات رفع الضرر عن حقوق باقي الشركاء
117	الفرع الأول: حق الاسترداد
118	الفقرة الأولى: شروط الاسترداد
120	الفقرة الثانية: إجراءات الاسترداد
122	الفقرة الثالثة: آثار الاسترداد
124	الفقرة الرابعة: رأي الفقه الإسلامي في حق الاسترداد
126	الفرع الثاني: حق الشفعة بالنسبة للشريك الشائع
127	الفقرة الأولى: الحالات التي تثبت فيها الشفعة
129	الفقرة الثانية: شروط ثبوت الشفعة
136	الفقرة الثالثة: إجراءات الشفعة
139	الخاتمة
143	فهرس الآيات
144	فهرس الأحاديث
145	قائمة المصادر والمراجع
160	فهرس الموضوعات

ملخص

جاءت الرسالة في فصلين :الفصل الأول بعنوان : "الشيوع لا يمنع التصرف" المبحث الأول بعنوان :حقيقة الملك الشائع، وفي هذا المبحث قمت أولاً بتعريف حق الملكية في كل من الشريعة والقانون، ثم تكلمت عن صور الملكية، لنجد بذلك أن الشيوع هو صورة من صور حق الملكية، وأما المبحث الثاني والذي كان تحت عنوان: " المالك على الشيوع يملك الحق في التصرف"، فقد بحثت فيه التكييف الفقهي للشيوع ووجدت بأنه حق ملكية تامة بالمعنى الدقيق. أما في الفصل الثاني والذي كان بعنوان " الشيوع يضيق من نطاق التصرف في المال الشائع " فقد بحثت فيه أولاً سلطات الشركاء الفردية والجماعية في التصرف في المال الشائع ووجدت أن طبيعة القيد المفروض على التصرف في المال الشائع هي عدم الضرر بسائر الشركاء ، وأن كلا من الفقهين قد أوجد آليات لرفع الضرر عن باقي الشركاء تتمثل هاته الآليات في حق الشفعة وحق الاسترداد .

الكلمات المفتاحية:

الشيوع؛ المال الشائع؛ الملكية؛ الملكية الشائعة؛ التصرف؛ التصرف القانوني؛ السلطة الجماعية؛ المشتاع؛ الشريك على الشيوع؛ حق الشفعة.

نوقشت يوم 25 جوان 2015