

**موقف الفقهاء الإسلامي والقانوني
من بيع الشريك المال الشائع**

د. أيمن محمد حسين ظاهر

مدرس في كلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت

موقف الفقهاء الإسلاميين والقانونيين من بيع الشريك المال الشائع

د. أيمن محمد حسين ظاهر

الملخص

حتى نستطيع الوصول إلى حكم القانون والفقهاء الإسلاميين من مسألة بيع الحصة الشائعة بجميع صور هذا البيع المفترضة في هذا البحث لا بد لنا بداية التعريف في البيع حسب القانون والفقهاء الإسلاميين لا سيما وأننا سنحتاج إلى هذا المفهوم في مواضيع لاحقة من هذا البحث.

بعد أن أوضحنا مفهوم البيع بشكل عام، قد يسهل علينا البحث في التكييف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة. وسوف نبحت أولاً في موقف الفقهاء الإسلاميين ومن ثم نبحت في موقف القانون الوضعي من بيع الشريك حصته الشائعة حتى يتسنى لنا المقارنة ما بين الموقفين الشرعي والوضعي من هذه المسألة.

وبعد أن تبين لنا مدى توافق الفقهاء الإسلاميين والقانونيين في موقفهما من مسألة بيع الشريك حصته الشائعة. ولكن هل هذا التوافق ما بين الفقهاء سوف يستمر في مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع؟ هذا ما سوف نبخته في هذا البحث. علماً أن دراسة هذا البيع في القانون المدني تقتض علينا أن نرى حكم القانون قبل قسمة المال الشائع وحكمه بعد القسمة.

في الشق الأخير من هذا البحث سوف نرى موقف الشريعة الإسلامية من مسألة بيع الشريك كل المال الشائع وحكم القانون من هذا البيع ونبحت في تكييف بيع الشريك كل المال الشائع على أنه بيعاً لملك الغير.

وفي خاتمة البحث تبين لنا لقد تبين لنا اتفاق القانون الوضعي مع الفقهاء الإسلاميين في كثير من الأحكام الخاصة ببيع المال الشائع. فالقانون يتفق مع الشريعة الغراء في الحكم على بيع الشريك الحصة الشائعة، ويتفق أيضاً على حكم بيع الشريك كل المال الشائع، أما بالنسبة لبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع. فإن الأصل في الشريعة الإسلامية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وبالتالي من شأن هذا البيع أن يؤدي إلى النزاع ما بين الشركاء. من هذا المنطق قلنا بأن الفقهاء الإسلاميين لا يجيز هذا النوع من البيوع بالرغم من أن بعض الشراح استند إلى أقوال من الفقهاء الحنفي تجعل من هذا البيع صورة من صور بيع الفضولي الموقوف على إجازة المالك

إلا أننا نرى بعدم جواز هذا البيع لأن الفقه الاسلامي لا يجيز انتقال حق المشتري الى البائع بموجب عقد سابق بعد القسمة هذا كله على خلاف القانون الوضعي الذي اجاز هذا النوع من البيوع ونظم أحكامه في المادة (١٠٣١/٢).

Summary

In order to be able to reach the rule of law and Islamic jurisprudence from the issue of selling the common share in all the forms of this supposed sale in this research, we must begin by introducing the sale according to Islamic law and jurisprudence, especially since we will need this concept in later topics of this research.

Having clarified the concept of selling in general, it may be easier for us to consider the legal conditioning of selling a partner's common share. We will first discuss the position of Islamic jurisprudence, and then we will discuss the position of the positive law on the partner selling his common share so that we can compare the legal and positive positions on this issue.

And after we have shown the extent to which the Islamic and legal jurisprudence agree in their position on the issue of the partner selling his common share. But will this consensus between the two jurisprudence continue in the issue of selling the partner a separate part of the common money? This is what we will look for in this research. Note that the study of this sale in the civil law requires us to see the rule of law before dividing the common money and its rule after the division.

In the last part of this research, we will see the position of Islamic Sharia on the issue of the partner selling all the common money and the rule of law from this sale, and we will discuss the adaptation of the partner's sale of all the common money as a sale to the property of others.

In the conclusion of the research, it became clear to us that the positive law agreement with Islamic jurisprudence in many of the provisions related to the sale of common money has become clear to us. The law is in agreement with the noble Sharia in ruling on the partner selling the common share, and they also agree on the

ruling on the partner selling all the common money, as for the partner selling a separate part of the common money. The origin in Islamic law is the saying of the Messenger of God, may God bless him and grant him peace, "There is neither harm nor harm," and therefore this sale would lead to conflict between the partners. From this logic, we said that Islamic jurisprudence does not allow this type of sale, although some commentators based on sayings from Hanafi jurisprudence that make this sale a form of selling al-Fuduli that is suspended on the owner's license, but we see that this sale is not permissible because Islamic jurisprudence does not allow the transfer of The right of the buyer to the seller according to a previous contract after the division is all this in contravention of the positive law that permitted this type of sale and organized its provisions in Article(2/1031).

مقدمة البحث

الملكية- كما نعلم- نوعان: ملكية عادية مفرزة لشخص واحد. و ملكية شائعة لأكثر من شخص والملكية أو الحصة الشائعة هي كما عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٣٩) السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك كما لو كانت داراً مشتركة بين ثلاثة أشخاص فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب وحجارة مشتركاً بين الثلاثة شركاء، لكل منهم ثلث يتعلق بكل جزء من الدار.

ولأن الاشتراك في الشيء غالباً ما يفضي إلى الضرر، إذ قد يتصرف أحد الشركاء في الملك الشائع على نحو يتفق مع مصالحه الشخصية معارضاً بذلك مصالح باقي الشركاء. ولأن أخطر هذه التصرفات وقعاً على الشركاء التصرفات الناقلة للملكية. فإنني سوف أقصر بحثي على نوع واحد من هذه التصرفات، كونه أكثرها شيوعاً وأقدمها في التعامل ألا وهو البيع.

وإذا كان البيع يعني كما جاء في المادة (٤٦٥) من القانون المدني الأردني هو "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض" فإن البيع على هذا المعنى ينقل الملكية. ونقل الملكية يفترض من الناحية الواقعية أن يكون البيع قد صدر عن مالك الشيء المبيع. ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان بيع الشريك للمال الشائع في صورته المختلفة يرتب هذا الأثر لا سيما إن تحدثنا عن بيع الشريك على الشيوع جزء مفرز من المال الشائع أو حتى كل المال الشائع؟

في الحقيقة أن بيع الشريك جزء من مفرز من المال الشائع أو كل المال الشائع يصطدم مع قاعدتان فقهيّتان هما:
الأولى: فاقد الشيء لا يعطيه.

الثانية: أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك.
ولكن بالرغم من كل ما قيل نلاحظ أن بيع الشريك المال الشائع كثير الوقوع في الحياة العملية إذ أن الشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصة فيها أو قد يبيع جزء مفرز من المال الشائع. وقد يبيع حصة شائعة له على سبيل الشبوع ولا غبار في هذه الحالة الأخيرة.

لأهمية هذا الموضوع لما يترتب من آثار قانونية واجتماعية. اخترنا البحث في جزئية من الملكية الشائعة وهي ليست جزئية عامة نتحدث فيها عن أحكام وآثار بيع الشريك المال الشائع بل نبحث في هذه الجزئية في الحكم القانوني لهذا البيع من حيث مدى صحته وبطلانه وقابليته للإبطال والفسخ والوقف دون أن نذهب إلى ابعده من ذلك. وسوف اعمل كل جهدي لأبين الحلول العملية لمثل هذا البيع مبيناً ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال من سعة في الأفق إذ هي الدواء الشافي لكل شؤون الحياة.

أما المنهج الذي اخترناه لهذا البحث، فهو منهج تحليلي ومنهم مقارن:
لأنني سوف اعمل على تحليل النصوص القانونية والآراء التي قيلت في شأنها والأحكام التي تعرضت لهذا الموضوع. وسوف أقارن القانون الأردني بغيره من القوانين العربية التي تمثل وجهة نظر الفقه الغربي في هذا الموضوع مثل القانون المصري والسوري والمشروع الفلسطيني. وسوف أقارن بالفقه الإسلامي لنرى مدى توافق القوانين الوضعية مع المذاهب الفقهية في مختلف الأحكام لعنا نخلص إلى النتيجة المرجوة من هذا البحث.

وحتى نستطيع أن نحكم على بيع المال الشائع وبالتالي إعطائه الوصف القانوني الملائم له ارتأيت أن أبين مفهوم البيع بشكل عام في الفقه القانوني والفقه الإسلامي في تمهيد ثم انطلق بعد ذلك إلى بيان بيع المال الشائع.

واستناداً إلى ذلك قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

أولاً: تمهيد تناولت فيه مفهوم عقد البيع.

ثانياً: المبحث الأول وخصصته لبيان التكيف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة.

ثالثاً: أما المبحث الثاني فكان يخص بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.
رابعاً: أما المبحث الثالث وفيه أوضحنا التكيف القانوني لبيع الشريك كل المال الشائع.

خامساً: وأما الخاتمة فأنهيت فيها بحثي وطرحت فيها ما توصلت إليه من نتائج في هذا النوع من البيوع مفرزاً بعد ذلك بعض التوصيات والاقتراحات.

تمهيد

حتى نستطيع الوصول إلى حكم القانون والفقهاء الإسلامي من مسألة بيع الحصة الشائعة بجميع صور هذا البيع المفترضة في هذا البحث لا بد لنا بداية التعريف في البيع حسب القانون والفقهاء الإسلامي لا سيما وأنا سنحتاج إلى هذا المفهوم في مواضيع لاحقة من هذا البحث.

وقد عرفت مجملة الأحكام العدلية البيع بأنه "مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد"^(١). وعرف صاحب مرشد الحيران عقد البيع بأنه "تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمن للمبيع"^(٢).

وعرفت المادة (١٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تأليف "قارئ" البيع: عقد مبادلة مال بمال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأيد غير ربا وقرض".

ويلاحظ أن الشافعية ومعهم الحنبلية اعتبروا بيع المنافع إذا كان بصفة مؤبدة، بيعاً. خلافاً للمالكية الذين استثنوا المنافع والحنفية لأنهم لا يعتبرون المنفعة مالاً^(٣).

وبهذا نستطيع أن نقول بأن البيع حسب الفقهاء الإسلامي يعتبر من عقود المعاوضة المالية وكما يقع على ملكية العين يقع أيضاً على ملكية المنفعة.

أما عن تعريف القانون للبيع، فإن القانون المدني الأردني عرف البيع في المادة (٤٦٥) بأنه "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض" وعلى ما يبدو فإن المشرع

(١) المادة (١٠٥) مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مرشد الحيران، المادة (٣٤٢) ويؤخذ على التعريف الذي جاء به صاحب مرشد الحيوان بأنه بيان لأثر عقد البيع وليس تعريفاً لعقد البيع. د. البوطي، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها الطبعة الأولى، دار الفكر، ١٩٩٨، ص ٣١.

(٣) البوطي، المرجع السابق، ص ٣٢.

الأردني في هذا التعريف يتفق مع الفقه الإسلامي إذ انه أعطى لعقد البيع الدور الكامل لنقل ملكية الشيء المبيع ولا فرق في ذلك بين عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر.

ومع ذلك فإننا نأخذ على التعريف الأردني لعقد البيع مأخذين:

الأول: نلاحظ أن المشرع الأردني فرق بين المال والحقوق المالية مع أن الاصطلاحين أمر واحد وكلمة المال يقصد بها الدلالة على كل حق ذي قيمة مالية كالحق العيني والحق الشخصي والحق الذهني لذا كان من الأفضل أن يستخدم كلمة شيء بدلاً من كلمة مال^(٤).

الثاني: لم يحدد المشرع الأردني طبيعة العوض الذي سيدفعه المشتري لقاء نقل الملكية مما يثير اللبس والغموض بين عقد البيع وعقد المقايضة. ويرجع عدم التحديد هذا إلى أن أصل النص الأردني هو نص المادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية، إذ أن هذه الأخيرة عرفت أنواعاً أربعة من البيوع ونصت عليها فالمادة (١٢٧) تنص على "الصرف ببيع النقد بالنقد" والمادة (١٢٢) تقول "المقايضة ببيع العين بالعين أي مبادلة مال بمال غير النقدين" والمادة (١٢٣) تنص على أن "السلم ببيع مؤجل بمعجل" هذا بالإضافة إلى بيع المال بالثمن كما عرفناه في المادة (١٠٥) من نفس المجلة. وبما أن المشرع الأردني كان قريباً في تعريفه للبيع من مصدره الرئيسي الفقه الإسلامي، نعرف البيع حسب ما جاء في القانون المدني المصري الذي يمثل الاتجاه المعاكس لا سيما وأن دراستنا ستكون مقارنة ما بين الفقهاء الإسلامي والقانوني. وعرفت المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري البيع بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي" ويستخلص من هذا التعريف حسب قول الدكتور السنهوري "إن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر، ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً للثمن. ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن. ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً، فهو ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين، ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري

(٤) في هذا المعنى، د. منذر الفضل، د. صاحب الفتاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود

المسماة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٣، ص ٢٠-١٩.

كما هو صريح النص^(٥). ونلاحظ أن ما استخلصه السنهوري من تعريف نص المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري يتفق مع الفقه الإسلامي، فعقد البيع عقد ملزم للجانبين، وعقد معاوضة، وعقد رضائي، وعقد ناقل للملكية. غير أن التعريف فيه ما يختلف عن الفقه الإسلامي وهذا ما بينه بعد ذلك قائلا "التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ويميزه عن البيع في الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل المطلق والمقايضة والصرف والسلم"^(٦).

المبحث الأول

التكييف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة

بعد أن أوضحنا مفهوم البيع بشكل عام، قد يسهل علينا البحث في التكييف القانوني لبيع الشريك حصته الشائعة. وسوف نبحت أولاً في موقف الفقه الإسلامي ومن ثم نبحت في موقف القانون الوضعي من بيع الشريك حصته الشائعة حتى يتسنى لنا المقارنة ما بين الموقفين الشرعي والوضعي من هذه المسألة.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك حصته الشائعة

يتفق فقهاء الإسلام الحنفيين والمالكيين والشافعيين والظاهرية على جواز بيع الحصة الشائعة سواء كانت هذه الحصة عقاراً أم منقولاً^(٧) وسواء كان البيع بدون إذن الشريك أم بإذنه.

^(٥) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، القاهرة، دار النهضة العربية، لم يذكر تاريخ نشر، ص ٢١.

^(٦) السنهوري، المرجع السابق، ص ٢١-٢٢. وفي نفس المعنى أنظر: مرقس، سليمان، عقد البيع، نادي القضاة، ١٩٨٠، ص ٢٠-٢١.

^(٧) المنقول هو ما تم نقله من محل إلى آخر ويشمل النقود والحيوانات وغيرها من المثليات والقيميات أما العقار فهو حسب تعبير مجلة الأحكام العدلية أي غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان لآخر كالأراضي وغيرها. راجع المواد ١٢٨-١٢٩ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، المطبعة العباسية، حيفا، ١٣٤٣/١٩٢٥م، ص ١٠١. والعقار حسب نظر الحنفية ينحصر في الأرض المبنية. راجع في ذلك: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، ١٩٦٦، ص ٣٦١ تحت عنوان مطلب في وقف المنقول تبعا

جاء في المغني والشرح الكبير "باع مشاعا بينه وبين غيره، بغير إذن شريكه، كعبد مشترك بينهما أو ما يقسم عليه الثمن بالأجزاء ككفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويقسم في نصيب الآخر... إذا كان هذا يصدق على بيع كل المال الشائع فمن باب أولى بيع الشريك حصته الشائعة فلو باعها يجوز"^(٨).

وجاء في المحلي لابن حزم "هل يجوز بيع المشاع أم لا..... قال رفع إلى عبد الملك بن يعلي قاضي البصرة رجل باع نصيبا له غير مقسوم فلم يجزه" وجاء أيضا في نفس المرجع "فأما من منع بيع المشاع فما يعلم لهم حجة أصلا بل هو خلاف القرآن والسنة. قال الله تعالى "وأحل الله البيع" (آية ٢٧٥ سورة البقرة) وقال الله تعالى "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" (آية ١١٩ سورة النساء) فهذا البيع لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال"^(٩).

إذن موقف الشرع الإسلامي واضحا من جواز بيع الحصة الشائعة ودليل ذلك قول رب العالمين

"وأحل الله البيع وحرم الربا" وقوله عز وجل "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" والله عز وجل لم يبين لنا تحريم بيع الشريك حصته الشائعة، لهذا يبقى أن نقول بجواز البيع الواقع من قبل الشريك على حصته الشائعة ولم يقل أحد بعدم جواز بيع الحصة الشائعة

للعقار. والبناء والشجر لو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات لذلك لا يجري فيهما الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض لأن حق الشفعة مقصور على الأرض. غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكما على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر ومعنى هذا أن البناء والشجر لهما اعتباران في نظر الفقه الحنفي، فهما بانفردهما عن الأرض يعدان من المنقولات، وهما مع الأرض عقار بالتبعية. راجع في ذلك ابن عابدين، المرجع السابق، والشيخ الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، طبعة أولى، ص ١٤٧-١٤٨. أما المالكية فهم يعتبرون البناء والغراس القائمين على الأرض من العقارات لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلها بل يتغيران من حال إلى آخر فيصبح الشجر حطبا والبناء أنقاضا. راجع في ذلك المغني والشرح الكبير للإمام شمس الدين بن قدامة المقدسي، الجزء الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢/١٩٧٢م، ص ٤٧٦.

^(٨) المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٣٨.

^(٩) المحلي، أبي محمد علي ابن احمد بن سعيد بن حزم، الجزء التاسع، دار الآفاق الجديدة، ص ٨٣-٨٥.

إلا عبد الملك بن يعلي- وهو تابعي قضاة البصرة- إلا أنه لا دليل على قوله فلا يكون حجة^(١٠).

ولكن يجب في كل الأحوال مراعاة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" بمعنى على الشريك عند بيع حصته الشائعة سواء كان هذا البيع لشريك آخر أو حتى لأجنبي بإذن باقي الشركاء أو بدون إذنه على ألا يترتب على هذا البيع ضرر. فان أدى هذا البيع إلى ضرر فانه لا يصح كما إذا باع الشريك حصته الشائعة في البناء فقط دون الأرض فالمشتري لهذه الحصة إذا اشتراها على أن يتركها قائمة في الأرض فالبيع فاسد، وان لم يشتريها على هذا الأمر فهو ملزم بهدم البناء وإخلائه من الأرض، وفي هذا ضرر والضرر لا يكون لازماً بالإذن^(١١).

إذا نخلص بنتيجة مفادها أن تكييف الفقه الإسلامي للبيع الواقع على الحصة الشائعة جائزاً شرعاً وهذا يعني انه بيع صحيح ونافذ سواء وقع على عقار أو منقول وسواء كان البيع لشريك أم لأجنبي بإذن ذلك الشريك أو بدون إذنه بشرط أن لا يترتب ضرر على هذا البيع ويجب أن نلاحظ في هذه الخلاصة بأن بيع الشريك حصته الشائعة لأجنبي ينتفي فيها الضرر حتى لو لم يستأذن بذلك الشركاء الآخرين إذ لهؤلاء حق الشفعة إذ يسمح لهم باسترداد الحصة الشائعة إن كانت عقاراً.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك حصته الشائعة

موقف القانون المدني الأردني صريح من المسألة محل البحث، حيث جاءت المادة (١/١٠٣١) صريحة في القول بجواز هذا البيع عندما نصت على أنه "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء"^(١٢) فهذا النص قاطع في معناه بجواز بيع الشريك حصته الشائعة دون إذن باقي شركائه وسواء كان البيع لأحد الشركاء الآخرين أم لأجنبي. وهذا يفهم من عبارة (كيف شاء) فهي تنصرف إلى الشركاء وغير الشركاء،

^(١٠) المحلي، المرجع السابق، ص ٨٣.

^(١١) ابن عابدين، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٣٠١. وراجع في نفس المعنى: الخفيف، علي، الملكية

في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٢٢٠.

^(١٢) تقابل المادة ١/٨٢٦ مدني مصري، و ٧٨١ مدني سوري.

فالصيغة كانت مطلقة في النص الأردني مما يتصور معها بيع الشريك ماله الشائع إلى شريكه الآخر ليتم بذلك تصفية الشروع وتنتج عنها ملكية مفرزة عادية. كذلك يتصور في ظل هذا النص أن يبيع الشريك حصته الشائعة إلى أجنبي عن الشركاء دون موافقتهم على هذا البيع، فهذا بيع صحيح ونافذ، إذ أن البائع يتصرف في ملكه وإن كان شائع ولكن من ناحية أخرى نجد أن القانون يعطي الشركاء في هذه الحالة حق الشفعة في العقار وحق الاسترداد في المنقول^(١٣). وبهذين الحقين يسترد الشركاء الحصة المشاعة المباعة من يد مشتريها الأجنبي. وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي علماً أن هذا الفقه لا يعرف الاسترداد، ويعطي الشركاء حق الشفعة على العقار فقط دون المنقول.

والقانون المدني الأردني تأثراً منه بالفقه الإسلامي لا يعرف هو الآخر ما يسمى بالاسترداد وبالتالي فإن الحكم في القانون المدني الأردني هو حق الشريك في استرداد العقار الذي تصرف به شريكه بالبيع لأجنبي بموجب حق الشفعة ولا يمتد هذا الحق ليشمل الاسترداد في المنقول كما هو الحكم في القانون المدني المصري الذي نظم أحكام هذا الحق بموجب نص المادة (٨٣٣)^(١٤).

على كل حال نستطيع القول بأن البيع على النحو السابق ما لم يترتب عليه ضرر في حق باقي الشركاء يكون بيعاً صحيحاً وناظراً حتى لو لم يعلن الشريك البائع هذا البيع

(١٣) مرسى، محمد كمال، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، الجزء السادس، المطبعة العالمية، ١٩٥٣، ص ٥١٥. عيسى، محمد حلمي، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والتشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، ص ١٩٠. سلطان، أنور، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، مطبعة دار النشر للثقافة، ١٩٥٢، ص ٤١٢. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، المجلد الثامن، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٨٤٣.

(١٤) للمزيد عن حق الاسترداد في القانون المدني الفرنسي راجع الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٥٠ إلى ص ٨٦٨، ولن أطيل البحث في هذا الموضوع إذ أن موضوع الاسترداد بحد ذاته يصلح لأن يكون محلاً لأكثر من بحث وما يعيننا في هذا المجال هو الإشارة إلى الحكم الجديد الذي أتى به القانون المصري المستمد من القانون المدني المصري في حكم المنقول والحكم هنا شبيه بحق الشفعة في العقار من حيث المبدأ إذ كلاهما يقران للشركاء حق الحلول محل المشتري مع اختلاف الإجراءات الواجب إتباعها في كل حق.

للكركاء بل وحتى لو رفضوا هذا البيع إذ أن البائع في كل الأحوال يتصرف في ملكه وكما نعلم أن حق الملكية حقا جامعا مانعا استثنائيا.

وبالرغم من أن القانون قد أجاز البيع لأجنبي دون أن يشترط الحصول على إذن باقي الشركاء، إلا أنه من مصلحة الشريك البائع لحصته الشائعة أن يعلن باقي الشركاء بهذا البيع، إذ انه بهذا الإعلان يجعل ميعاد الحق في الاسترداد- في الدول التي تأخذ به- أو الحق في الشفعة يسري على هؤلاء الشركاء^(١٥).

وفي حالة ما إذا باع الشريك حصته الشائعة إلى أكثر من مشتري كانت العبرة بأسبقيّة التسجيل إن كان المبيع عقارا، وبأسبقيّة التاريخ إذا كان المبيع منقولا حتى ولو كان الذي أعلن الشركاء المشتري الذي سجل عقده ثانيا أو الذي ثبت تاريخه ثانيا^(١٦).

ولا يوجد ما يمنع من أن يبيع الشريك نصف حصته الشائعة ويبقى شريكا على الشيوع في النصف الثاني من حصته. ولكن يجب في كل الأحوال تسجيل البيع في السجل العقاري إن كان البيع واردا على عقار ذلك أن البيع العقاري لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل فإذا قام المشتري بالتسجيل قبل إشهار عقد القسمة فإنه لا يحتج عليه بعد ذلك بالقسمة، يستوي في ذلك إن كان شراؤه سابقا على القسمة أم لاحقا^(١٧).

^(١٥) السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، ص ٨٤٣. كبره، حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٥، ص ٣٩٩.

^(١٦) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٧٥-١٧٦.

^(١٧) وهنا لا بد من توضيح المواقف القانونية من ضرورة التسجيل وأهميته إذ أنها ليست واحدة، فبينما نجد أن القانون المدني الأردني في المادة (١٤٤٦) ينص على "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقا لأحكام القانون" فهذه المادة تضع الأصل العام القاضي بأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية تنتقل بالعقد بمجرد استيفاء العقد أركانه وشروطه، ولكن هذا النص العام يقيد النص الخاص بالمادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣ تنص على أنه "في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل" بموجب هذا النص الخاص يعتبر التسجيل في القانون ركنا في البيوع العقارية في الأراضي التي تمت تسويتها. أما الأراضي التي لم تتم تسويتها فالمادة الثالثة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه "تعتبر البيوع العادية

الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشر سنة في العقارات المملوكة" واضح أن هذا النص يشترط لانتقال ملكية العقار الذي لم تتم به التسوية أن يتم البيع بموجب أي سند سواء كان كتابي أو ما يعرف بالحجة وأن يمر على تصرف المشتري الفعلي فيها مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشر سنة في العقارات المملوكة دون أن يوضح هذا النص على وجوب تسجيل السند في دائرة التسجيل كما هو الحال في الأرض التي تمت تسويتها إذ أن كل معاملة فيها تتم خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة. راجع في ذلك أحكام تمييز تحت عنوان بيع، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ١٩٦٣-١٩٧٠، الجزء الثاني، القسم الأول، إعداد تركي حداد، قضية حقوقية رقم، ٦٣/٢٩٥، المنشورة في صفحة ٥١٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣. وقضية حقوقية رقم ٦٤/١١٢ مرجع سابق، ص ١١٧٢ لسنة ١٩٦٦. وللمزيد حول هذا الموضوع راجع: الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ١٩٩٣، ص ٢٣٥ إلى ٢٨٧. ونشير هنا إلى أن ما قيل ينطبق على أراضي الضفة الغربية، إذ أن القوانين المذكورة معمولاً بها حتى الآن في الضفة الغربية. أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٣٤) منه على أنه "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري" وبمقتضى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فإن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريقة التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن" هذا النص يعني وجوب تسجيل عقد البيع إذ أنه بمجرد انعقاده يكون للمشتري جميع الحقوق التي من شأنها هذا البيع أن يرتبها ما عدا انتقال الحق العيني فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل. ويكون للمشتري بموجب عقد البيع الحق في تسلم العقار والحصول على ريعه وثماره حتى قبل التسجيل وفي حال امتناع البائع عن القيام بالتسجيل جاز للمشتري أن يحصل في مواجته على حكم بإثبات عقد البيع. وللمزيد حول هذا الموضوع راجع الدناصورى، عز الدين، الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية والدعاوي والدفع في عقد البيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص ٦١ وما بعدها. إذا في بيع الحصة الشائعة يجب مراعاة ما تقدم على اختلاف القوانين الأردني والمصري في الحكم وذلك في حالة كون

ولا بد من ملاحظة الفرق ما بين بيع الشريك لحصة شائعة وبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع- كما سنرى في المبحث الثاني- حيث أن المشتري في البيع الأخير لا يحل محل البائع بقدر الحصة المبيعة وبالتالي لا يصبح شريكا مع باقي الشركاء وليس له أي حق من حقوق باقي الشركاء. إذ العبرة في هذا البيع تكون برأي الشريك البائع. لهذا قضت محكمة النقض المصرية بحكم لها مفاده "إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع فانه إذا كان هذا البيع سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء فان المشتري في هذه الحالة لا يعتبر حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يكون تمثيله في القسمة لازما"^(١٨).

وتطبيقا لذلك قضت نفس المحكمة بان المتصرف إليه بجزء مفرز يعد من الغير المنصوص عليه في المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري ومن ثم ليس له أي حق من حقوق الشركاء على عكس المشتري لحصة شائعة^(١٩).

وفي هذا الصدد يعرض الفقهاء لتفريع لا يخرج عن كونه بيع للحصة الشائعة- على ما يبدو- وهو حالة ما إذا كان الشيوخ وارد على مجموع من المال يضم أشياء متعددة وقام الشريك ببيع أحد هذه الأشياء المعينة كما لو باع الشريك على الشيوخ حصة في الدار المشتركة دون باقي أموال التركة.

لقد انقسم الفقه المصري في هذا الشأن إلى اتجاهين، بينما يؤكد الاتجاه الأول إجازة هذا البيع وبالتالي حلول المشتري محل البائع في الشيء المبيع ويبقى البائع شريكا على الشيوخ في باقي أموال التركة^(٢٠). وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية عندما قالت "إن الشريك على الشيوخ في عدة عقارات إذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو

الحصة الشائعة عقارية فالتسجيل ركن في الأردن في أراضي التسوية وغير ذلك فيما لم يتم تسويته من أراضي. أما في مصر فالتسجيل والشهر لا يترتب على عدم مراعاته بطلان البيع.

^(١٨) نقض رقم ١٨٤ لسنة ١٩٦٥، مكتبة التشريعات العربية (IGLC) وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على الأقراص الممغنطة والموجودة نسخة منها لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان.

^(١٩) نقض رقم ٨١ لسنة ١٩٦٤، المرجع السابق.

^(٢٠) كيره، مرجع سابق، ص ٤٠ هامش.

صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة^(٢١).

بينما يرى الاتجاه الثاني بأن هذا البيع يعد بيعا لجزء مفرز للمال الشائع ومن ثم فإن هذا البيع لا يرتب أثره حالا بل يتوقف على نتيجة القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع وإلا انعدم أثر البيع^(٢٢).

ونحن نرجح ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول، لأن البيع قد ورد على شيء شائع أولا وأخيرا لهذا الأدق أن نقول أن البيع ورد على جزء شائع من شيء معين هذا فضلا عن أن نية المتعاقدين قد ذهبت إلى بيع حصة شائعة ابتداء وليس جزء مفرز. ويرى البعض بان الاحتجاج في هذا الصدد بأن مجموع الأشياء يمثل وحدة مستقلة عن مفرداته إذ إن ذلك يخالف ما اتجه إليه المشرع المصري بصدد تنظيمه لبيع التركة من ضرورة استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق عيني اشتملت عليه التركة...^(٢٣). فهذا القول يفصح أن مجموع الأشياء في تلك الحالة لا يمثل وحدة مستقلة عن مفرداته بدلالة وجوب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. وبالخلاصة نقول بان المشتري في هذه الحالة يكون مشتري لحصة شائعة- حسب ما نرى- وبالتالي هو شريكا على الشيوخ مع باقي الشركاء الآخرين ويقتسم معهم المال الذي اشتراه دون سائر الأموال الأخرى التي بقيت ملكيتها لصاحبها وإذا تجاهله بقية الشركاء واقتسموا المال الشائع بما في ذلك المال المعين فان هذه القسمة لا يحتج بها على المشتري.

(٢١) نقض مدني لسنة ١٩٥٥، مرجع سابق.

(٢٢) أنظر هذه الآراء ويخصها الدكتور السنهوري بفرنسا: السنهوري، مرجع سابق، جزء ٨، ص ٨٤٤. كيره، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

(٢٣) تقابل المادة ٥٤٢ من القانون المدني الأردني، والمدة ٤٤٤ مدني سوري، والمادة ٥٤٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. علما أن هذه القوانين جعلت هذه المواد تحت عنوان بيع التخارج الذي هو عقد بيع محله نصيب الوارث من التركة ويقع هذا البيع بين وارث وآخر من الورثة وبين وارث والورثة الآخرين بعوض نقدي معلوم. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، ٢٠٠٣.

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقهاء الإسلامي والقانوني في الحكم على بيع الشريك حصته الشائعة

مما تقدم اتضح لنا بان الفقهاء الإسلامي والقانوني متفقان على جواز بيع الشريك الحصة الشائعة له من العقار والمنقول سواء كان ذلك البيع للشريك الآخر أم لأجنبي، وفي الحالة الأخيرة متفقان على إعطاء الشركاء الحق في الشفعة فيما لو كان البيع واقع على عقار. وفي هذا المجال فقد ذهب الفقه القانوني- الفرنسي- إلى إخضاع المنقول لنفس الحكم فيما يسمى بالاسترداد. وبهذين الحقين تنتفي إمكانية وقوع الضرر بالشركاء^(٢٤).

ولكن ما هو موقف الفقهاء الإسلامي والقانوني من مسألة بيع الشريك حصته الشائعة فيما لو كانت هذه الحصة مشتركة بسبب الخلط والاختلاط كالحبوب مثلاً؟. إن القوانين المدنية العربية التي سارت على منهج القانون المدني الفرنسي خلت نصوصها من معالجة هذه الصورة^(٢٥). بينما القوانين التي آثرت السير على نهج الفقه الإسلامي قد نصت على هذه الصورة ووضعت حكماً لها. فالمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني نصت على أنه "لشريك على الشروع ببيع حصته بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرًا بدون إذن شريكه" ويقصد بالخلط كما جاء في المذكرة الإيضاحية الأردنية "خط النصيبين بحيث لا يميز أحدهما عن الآخر" أما الاختلاط

^(٢٤) إن الفقيه ابن حزم رضي الله عنه قد أقر الشفعة في كل شيء سواء كان المبيع عقاراً أم منقولاً. وابن حزم بهذا الرأي لا يختلف عما جاء به الفقه القانوني. المحلي، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ٨٢.

^(٢٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني، نقابة المحامين، عمان، إعداد المكتب الفني، ٢٠٠٠، ص ٧٠٩ - ٧١٠. وقد استمد القانون المدني الأردني هذا النص من الفقه الحنفي، حيث ورد في حاشية ابن عابدين ما يدل على أن الفقه لا يجيز بيع الحصة الشائعة بصورة الخلط والاختلاط راجع في ذلك ماورد في المنظومة المحببة في حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ص ٣٣٤ إلى ٣٣٦.

فهو "صفة للمال تثبت من فعل الشريكين" والمشرع الأردني في هذا النص لا يجيز بيع الشريك حصته الشائعة بغير إذن شريكه في صورة الخلط والاختلاط^(٢٦). والمنطق القانوني يقودنا في صدد هذا البيع للحصة المشتركة على سبيل الخلط والاختلاط أن نفرق فيما إذا كان البيع لشريك أم لأجنبي، إذ أننا من الممكن تصور هذه الصورة من هذا البيع للشريك بعكس ما لو تم البيع لأجنبي فإنه لا يتم مثل هذا البيع إلا بإذن الشريك.

ويقول الشيخ الأستاذ علي الخفيف في هذا الصدد بعد أن ضرب مثال لهذا البيع في الحبوب "أما في حال الخلط فان كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها اشتراك فلا يمكن التسليم إلا بتسليم ما هو غير مملوك للبائع وذلك بتسليم حب مملوك جميعه لأحدهما مخلوطا بحب مملوك جميعه للآخر فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة حينئذ على تسليمه لما يملك دون اعتداء على نصيب غيره بتسليمه معه بدون إذن منه"^(٢٧).

ولا نرى بان ما قاله الأستاذ علي الخفيف يتعارض مع ما جاء به المشرع الأردني في نص المادة (١٠٣٢) السابق ذكرها. ذلك أن المشرع الأردني قرر عدم إجازة البيع دون إذن الشريك في صورة الخلط والاختلاط وذلك بسبب عدم إمكانية تسليم المبيع إلا مختلطاً مع نصيب الشريك الآخر وبالتالي يؤدي إلى التداخل في الحصص وهذا غير جائز وبالتالي يجب في كل الأحوال لتصحيح البيع الحصول على إذن الشريك وعندما قال الشيخ علي الخفيف بان هذا البيع يجوز من الشريك ولا يجوز من أجنبي فإنه يكون قد قصد الاتجاه المعاكس بالمعنى إذ ذهب إلى أن الأصل هو جواز البيع إن كان من شريك والبطلان إن كان من أجنبي. ولكنه يضيف أثناء الشرح بان البيع من أجنبي

^(٢٦) أما القانون المدني المصري ولعدم النص فيه على هذا الحكم فإننا نرى بان الحكم فيه هو صحة بيع الحصة الشائعة سواء من الشريك أو من الأجنبي حتى في الشيوع الذي تم بالخلط والاختلاط. وحسنا فعل المشرع المصري بعدم تضمين قانونه مثل هذا النص إذ ليس من الضروري إعطاء حكم مستقل لهذه الحالة لا سيما وان الشيوع واحدا مهما كان مصدره سواء كان ابتداء كالميراث والوصية أم الخلط والاختلاط. حتى لو افترضنا أن هذا الحكم جاء لمنع الضرر الذي قد يلحق الشركاء في حال كون المال المشترك مختلطاً فإننا نقول بان بيع الحصة الشائعة يجب في كل الأحوال أن لا يترتب عليه ضرر لأنه لا ضرر ولا ضرار.

^(٢٧) الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

يحتاج إلى إذن الشريك حتى يتصور انتقال النصيب الشائع إلى المشتري. أما قوله بأن البيع هذا يجوز من الشريك فهذا لا يحتاج إلى النص عليه لوضوح الحكم فيه إذ لا يوجد ما يمنع ذلك فإن كان الشريك البائع لمال مختلط مقيد في بيعه بإذن شريكه فمن باب أولى أن هذا الشريك يكون له الحق في شراء هذا المال المختلط ليصبح مال مميزا له.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لبيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع

لقد تبين لنا في المبحث الأول مدى توافق الفقهاء الإسلاميين والقانونيين في موقفهما من مسألة بيع الشريك حصته الشائعة. ولكن هل هذا التوافق ما بين الفقهاء سوف يستمر في مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع؟ هذا ما سوف نبجته في هذا البحث. علماً أن دراسة هذا البيع في القانون المدني تقتض علينا أن نرى حكم القانون قبل قسمة المال الشائع وحكمه بعد القسمة.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع

في الحقيقة وبعد الاطلاع على الكثير من مؤلفات الفقه الإسلامي على مختلف مذاهبه، لم نلمس فيها إشارة إلى بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع سوى في المذاهب الحنفي والظاهرى اللذان على ما يبدو لا يجيزان للشريك على الشروع أن يبيع جزء مفرز من المال الشائع.

ففي الفقه الحنفي ورد في حاشية ابن عابدين "لو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معيناً أو نصيبه من بيت معين فلآخر أن يبطل البيع، كذا في غالب كتب المذهب معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة إذ لو صح في نصيبه لتعين 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 ببيعه النصف وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريقة القسمة..."^(٢٨).

أما بالنسبة للفقه الظاهري فلقد أورد ابن حزم المحلي "لا يحل لأحد من الشركاء إنفاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك"^(٢٩).

(٢٨) حاشية رد، المحتار، مرجع سابق، ج٤، ص ٣٠٢.

(٢٩) المحلي، مرجع سابق، ج٨، ص ٥٦١.

أما بالنسبة لمذاهب الفقه الاسلامي الاخرى فهي لم تشير الى هذا النوع من البيوع وكل ما ذهب اليه هو تصرف الشريك- بالبيع او الرهن- في نصيبه كله من بيت معين^(٣٠). وهذا في حقيقة الأمر ليس افرأزاً بقدر ما هو شيوعاً. اذ ان الشريك يتصرف في نصيبه كله من شيء معين من بين عدة أشياء أخرى.

وبعد عرض هذه الآراء الفقهية نستطيع ان نقرر بأن الفقه الاسلامي لا يجيز بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لان الضرر سيقع حتماً على الشريك الآخر عند القسمة. لأنه من الممكن فيما لو صح البيع ان يقع نصيب الشريك الآخر في ذلك الجزء. وهذا من شأنه ان يرتب ضرر على هذا الشريك اذ لا سبيل الى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع لفوات ذلك ببيعه النصف واذا سلم الأمر من ذلك وسهل طريقة القسمة^(٣١).

وهذا الموقف للفقه الاسلامي يختلف- كما سنشاهد لاحقاً- عن موقف الفقه القانوني الذي يجيز بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع وفق ضوابط سنأتي عليها. ومنها حالة ما إذا وقع في نصيب البائع جزء آخر غير المتفق عليه. وبهذه الحالة يكون القانون قد اجاز انتقال حق المشتري الى هذا الجزء.

والشريعة الإسلامية لا تقر هذا الانتقال، لأن انتقال حق المشتري الى محل لم يرد عليه العقد لا تقره الشريعة الإسلامية الا اذا كان ذلك بعقد جديد^(٣٢).

وبقي ان نقول بأن هناك من الشراح من يرى في هذا البيع على انه بيع لملك الغير وبالتالي يجب تطبيق احكام الفضاله عليه^(٣٣). الا اننا وبالاستناد الى الاقوال الفقهية

^(٣٠) جاء في المغني والشرح الكبير "يصح ان يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح ان يرهن جميعه سواء رهنه مشاعاً في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه او يرهن نصيبه من معين مثل ان يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه، وقال القاضي يحتمل ان لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال ان يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه، ولنا انه يصح بيعه فصح رهنة كغيره، وما ذكر لا يصح، لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتبهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه" المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج٤، ص٣٧٥.

^(٣١) حاشية رد، المختار، مرجع سابق، ج٤، ص٣٠٢.

^(٣٢) الخفيف، مرجع سابق، ص٢٢٢.

السابقة الحنفية والظاهرية، ولعدم وجود اقوال اخرى تؤيد هذا البيع او تعتبره بأنه قريب من بيع الفضولي، ولأننا شاهدنا في المبحث السابق اتفاق الفقهاء على المذاهب المختلفة على بيع الشريك حصته الشائعة بشرط ان لا يترتب على هذا بيع أي ضرر بحقوق الشركاء، ولأن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع فيه أكبر ضرر متصور وقوعه على باقي الشركاء فاننا لا نوافق هذا الرأي بل يجب الاعتراف بعدم صحة هذا البيع في ظل الفقه الاسلامي والله أعلم.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك حصته مفرزة من المال الشائع قبل القسمة

تنص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الاردني على انه "وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريقة القسمة وإذا كان المتصرف اليه مجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في ابطال التصرف أيضاً".

بداية لا بد من الاشارة الى اختلاف الفقهاء حول سريان هذه المادة على كافة انواع التصرفات القانونية ام لا. فالبعض يعمم هذا النص ليشمل حكمه جميع انواع التصرفات بما فيها الايجار بينما يقصر البعض الآخر حكم هذه المادة على التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والمقايضة والهبة دون أن يمد حكم هذه المادة الى الإيجار^(٣٤).

والراجح في نظري الرأي الاخير، لان المقصود من التصرف في هذه المادة هو نقل الملكية ولا يمكن التذرع في هذا المجال بالقول بأن المشرع الاردني استمد من الفقه الإسلامي معظم أحكامه وبالتالي يجب تفسيرها بمعنى اشمل ليشمل كافة التصرفات. ذلك أن المشرع الأردني في هذه المادة يالتحديد نجده قد نقلها حرفياً عن القانون المدني

^(٣٣) راجع في هذا الرأي "بودى، حسن محمد محمد، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، للنشر، ٢٠٠٤، ص ٨٧.

^(٣٤) منصور، منصور مصطفى، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، ١٩٥٦، فقرة ١٧٣، ص ٤٢٨. علماً أن المشرع الأردني في هذا الصدد يخلط في المواد المنظمة لحق الملكية بين التصرف بمعناه القانوني والتصرف بمعناه اللغوي المستمد من الفقه الإسلامي ليشمل كل أنواع التصرفات.

المصري المادة (٨٢٦) وكما نعلم ان القانون المصري يقصد بالتصرف الاعمال الناقلة للملكية دون غيرها والذي يؤكد ان المشرع الاردني قد نقل هذه المادة عن القانون المصري هو وقوع المشرع الاردني في تعارض مع نفسه في هذا الحكم الغريب عليه الذي جاء في المادة (٢/١٠٣١) وبالتحديد العبارة الاخيرة منها "فله الحق في ابطال التصرف أيضاً". إذ أن المشرع الأردني يقرر في أكثر من مادة (١٥٤/١٥٣) حكم الفسخ وفقاً للقواعد العامة دون حكم قابلية الابطال كما هو واضح في المادة (٢/١٠٣١) ذلك ان المشرع الاردني لا يعرف نظام البطلان النسبي في قانونه المدني وانما استبدله بنظام العقد الموقوف وكان الاخرى بالمشرع الاردني ان يبقى في نفس السياسة التشريعية المأخوذة من الفقه الاسلامي في جوانب انعقاد العقد لهذا فإني اعتقد بأن هذا الحكم سببه النقل الحرفي من القانون المصري القائم على نظام البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وعلى الان البحث في صحة الاراء التي قيلت في حكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة لا سيما ان نص المادة (٢/١٠٣١) لم يتعرض لحالة البيع هذه قبل القسمة وانما اكتفت بحكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة مما ادى في البعض بالتطرف إلى حد القول بان هذا النص لا ينطبق الا على حالة بعد القسمة دون قبل القسمة وبالتالي يجب تطبيق القواعد العامة في الشيوخ وعلى أي حال علينا استعراض هذه الاراء.

الرأي الأول ذهب الى القول بصحة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لانه صادراً من مالك فيما يعادل حصته وبالنسبة لباقي الشركاء يكون بيع صادر من غير مالك أي بيع ملك الغير فيما يعادل حصص باقي الشركاء ذلك ان حصص باقي الشركاء تتركز أيضاً على الجزء المعين الذي تصرف فيه الشريك^(٣٥).

والرأي الثاني يعتبر هذا البيع بيعاً لملك الغير لان البائع في هذا الفرض لا يملك إلا حصته شائعة وبالتالي ان فرز حصة من هذه الحصة الشائعة وعينها وباعها فيكون قد باع ما لا يملكه^(٣٦).

^(٣٥) مرقس، سليمان بالاشتراك مع محمد امام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٤٦٥.

^(٣٦) منصور، مصطفى منصور، حق الملكية من خلال العمروسي، أنور، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني، طبعة أولي دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٢٦٩.

اما الرأي الثالث فلا يعتبر هذا البيع بيعاً لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها وبالتالي فان هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح لانه صادر من مالك^(٣٧). وقد يقول البعض ان الرأي الاول لا يعارض القواعد العامة التي تقضي بان الشريك تصرف في ملكه أي في حصته وفيما لا يملك أي حصص باقي الشركاء، باعتبار ان حق المشتري لم يتعين بعد، إلا أن هذا الرأي إن اتفق مع القواعد العامة فهو لا يتفق مع النص الخاص به (٢/١٠٣١ أردني ٢/٨٢٦ مصري) حيث انه حسب مفهوم هذا النص فالقسمة تجري بين الشركاء الاصليين بما فيهم المتصرف أي البائع والقول بأن بيع الشريك جزء مفرز من ماله الشائع يعد بيعاً لملك الغير قول غير دقيق بدليل ان المادة (٢/١٠٣١) تقصر حق المشتري على طلب إبطال هذا البيع قبل القسمة او بعدها اذا كان رضا هذا المشتري معيياً بالغلط وهذا يعني ان البيع اصلاً بيع صادر من مالك. ويؤكد هذا القول محكمة النقض المصرية بقرار لها اعتبرت فيه تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعد صحيحاً من مالك، وذلك في العلاقة بين المتصرف "البائع" والمتصرف اليه "المشتري" لكن هذا التصرف "البيع" لا ينفذ في حق باقي الشركاء، ومن حق الشريك اذن ان يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة^(٣٨).

لهذا فاننا نرى بأن بيع الشريك جزء مفرز من ماله الشائع ليس بيعاً لملك الغير، كما يعتقد معظم فقهاء القانون الوضعي، وبالتالي فان اساس طلب الابطال المقرر للمشتري يكون الغلط في صفه جوهرية وهو جهلة بالشيوع. وليس على اساس صدور البيع من غير المالك، لان احكام بيع ملك الغير تسوى بين حالة العلم والجهل بأن البائع مالك أو لا يملك ما يبيعه، وتعطى للمشتري حق طلب الابطال في كلتا الحالتين وذلك خلافاً لنص المادة (٢/١٠٣١ أردني) (٢/٨٢٦ مصري) حيث ان كلتا المادتين يفرقان بين حالة العلم والجهل، وبالتالي فان طلب الابطال يكون مبني على اساس الغلط الوارد في المواد السابقة لا على اساس بيع ملك الغير الذي اقر له المشرع نصوص خاصة به متى توافرت شروطه (٥٥٠، ٥٥١ مدني أردني) و (٤٦٦، ٤٦٧ مدني مصري)^(٣٩).

^(٣٧) شحاته، شفيق، النظرية العامة للتأمين العيني، ١٩٥٢، ص ١٦٤.

^(٣٨) نقض مدني، ١٩٧٢، مرجع سابق، واضح من الحكم السابق انه يطبق فكرة العقد الموقوف وهذا

غير معمول به في القانون المصري.

^(٣٩) وبخصوص الرأي الثاني والثالث راجع لاحقاً من هذا البحث من ص ٢٤ إلى ص ٢٦.

المطلب الثالث

موقف القانون المدني من بيع الشريك حصة مفرزة

من المال الشائع بعد القسمة

بموجب نص المادة (٢/١٠٣١) مدني أردني السابق ذكرها، فان باع الشريك جزء مفرز من المال الشائع فان هذا الجزء بعد القسمة اما ان يقع في نصيب البائع او لا يقع.

اما ان وقع الجزء المفرز بعد إجراء القسمة في نصيب البائع فان البيع والحالة هذه يستقر نهائياً على الجزء المباع لذلك لم ينص المشرع الاردني على حكم خاص لهذه الحالة لوضوح الحكم فيها وهذا يجعلنا ان نقول ايضا بان الحكم واحد في هذه الحالة أي في حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب البائع بعد القسمة- سواء كان المشتري عالماً بالشيوع ام جاهلاً به.

وبالتالي فانه يجوز للمشتري طلب ابطال البيع في حالة جهله بالشيوع، لان هدفه الذي يريده تحقق، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالابطال وفقاً للمادة (١٥٦) مدني اردني والتي تنص على:

١. ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

٢. ويبقى ملتزماً بالعقد الذي قصد ابرامه اذا اظهر الفريق الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد^(٤٠).

وهذا الحكم يقودنا الى تقرير حكم آخر هو عدم امكانية المشتري التمسك بحقه بالابطال فيما لو اقر باقي الشركاء ببيع الشريك الجزء الشائع، فلا يجوز للمشتري طلب الابطال بعد القسمة حتى ولو كان يعتقد ان البائع مالك ملكية مفرزة.

أما إذا لم يقع الجزء المباع في نصيب البائع فانه يستفاد من نص المادة (٢/١٠٣١) أردني (٢/٨٢٦ مصري) أن حق المشتري ينتقل من وقت البيع الى الجزء الذي آل الى

^(٤٠) تقابل المادة ٥/١٢٤ مصري، ١٢٣ مشروع فلسطيني وراجع في هذا الرأي: سوار مرجع سابق،

البائع بطريق القسمة^(٤١). وللمشتري في هذه الحالة حق طلب الابطال اذا كان يعتقد ان البائع يملك ملكية مفرزة.

إذا يجب أن نفرق بين حالة جهل المشتري بالشيوع وحالة علمه بوجوده:

ففي الحالة الاولى: يحق طلب الابطال للغلط حتى ولو وقع في نصيب البائع جزء آخر من المال المبيع وهذا ما قصده المال (٢/١٠٣١) بقولها "وإذا كان المتصرف اليه يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في ابطال التصرف ايضا" فالمشرع في هذه العبارة اراد ان يوضح انه حتى في حالة انتقال حق المشتري الى الجزء الذي آل الى البائع بطريق القسمة. معنى ذلك انه يحق للمشتري طلب الابطال رغم وقوع جزء في نصيب البائع الا انه يختلف عن الجزء الذي اراده المشتري، مما أدى إلى تقويت أهدافه التي كان يبتغيها من امتلاك الحصة المعينة والتي تم الاتفاق عليها.

اما في الحالة الثانية: أي حالة علم المشتري في حالة الشيوغ، فلا يحق له طلب ابطال البيع، حتى ولو وقع في نصيب البائع جزء غير الذي وقع عليه البيع^(٤٢) منذ البداية وبالتالي فان حق المشتري ينتقل إلى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة.

^(٤١) نقض مدني رقم ٣١٠ سنة ١٩٨٠، مرجع سابق. قد يقول البعض ان في هذا الحكم، ما يقربنا من بيع ملك الغير. ويرد على ذلك بأن احكام بيع ملك الغير تطبق متى توافرت شروطها ولا تنطبق على بيع له شروط خاصة به كالبيع الذي نحن في صدده الذي كما نشاهد يفرق بين حاله ما قبل التسمية وحالة ما بعدها. والحكم الذي قررناه في المتن من انه ليس للمشتري طلب الابطال في حال اقرار الشركاء ببيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لا نبنيه على احكام بيع ملك الغير وانما نبنيه على القواعد العامة كما ورد معنا بانه ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه بتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

^(٤٢) وهذا يجعلنا إن نقرر بأن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع ليس ببيع ملك الغير، اذ ان المشرع في بيع ملك الغير يسوي بين حالة حسن النية وسوءها إذ المشتري من حقه طلب ابطال البيع اللهم بشرط حسن النية أي الجهل فقط للتعويض. راجع في ذلك نصوص المواد (٤٦٦)، (٤٦٧) مدني مصري).

المبحث الثالث

التكييف القانوني لبيع الشريك كل المال الشائع

في هذا المبحث سوف نرى موقف الشريعة الاسلامية من مسألة بيع الشريك كل المال الشائع في مطلب اول وحكم القانون من هذا البيع في مطلب ثاني ونبحث في تكييف بيع الشريك كل المال الشائع على أنه بيعاً لملك الغير في مطلب ثالث.

المطلب الأول

موقف الفقه الاسلامي من بيع الشريك كل المال الشائع

إن الفقه الإسلامي في حكمه على بيع الشريك كل المال الشائع يفرق بين أمرين، الامر الاول علاقة البائع بباقي الشركاء، والامر الثاني في علاقة البائع بالمشتري. اما في العلاقة ما بين البائع والمشتري فالبيع يكون صحيحاً اذا ما تم باذن باقي الشركاء، اما ان كان هذا البيع قد تم بغير إذن باقي الشركاء فان الفقهاء يجعلون مثل هذا البيع صحيحاً بمقدار حصة الشريك البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء لان كل من الملكين في نظر الفقهاء الاسلاميون حكم لو انفرد اما ان جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه. أما إذا كان الشيء المشترك مما لا ينقسم كالدابة مثلاً وباع الشريك نصيبه وهذا يعني تسليم المال كله للمشتري فان حكم هذه المسألة كما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ان كان البيع قد تم دون اذن الشريك الآخر فان البائع يضمن حصة شريكه اذا تلفت الدابة^(٤٣).

اما علاقة البائع بالمشتري، ففي حال علم المشتري بملكية البائع للعين على الشيوع فانه لا يجوز للمشتري ان يطلب الابطال لانه على بصيرة من أمره، أما إن كان المشتري جاهلاً بحالة الشيوع، بل كان معتقداً ان البائع يملك المال ملكية مفرزة ففي هذه الحالة يكون المشتري امام خيارين الامساك او الرد. أما بالنسبة للبائع فلا خيار له لانه باع ما يريد من نصيبه وليس من حقه ذلك فهو قد رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسط^(٤٤).

^(٤٣) حاشية الدسوقس على شرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المطبعة الأزهرية ١٣٠٩، ص ٢٣٦.

^(٤٤) مصدر ما جاء في المتن اقوال الفقهاء الاسلاميون التالية: جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي فان وقع وباع احد الشريكين حصته في الدابة وسلمها للمشتري بغير إذن شريكه وتلفت فقال في الذخيرة مقتضى القواعد انه يضمن البائع حصة الشريك لان اقل احوال هذا الشريك

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من بيع الشريك كل المال الشائع

لقد رأينا في المبحث السابق ان المادة (٢/١٠٣١) تعالج صورة بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع، وهي في الحقيقة لم تتعرض لبيع الشريك كل المال الشائع، وبالتالي ما هو حكم هذا البيع في ظل هذا القانون المدني؟ يرى بعض الفقهاء، بأنه ان قام بعض الشركاء ببيع كل المال الشائع، فان هذا البيع يصح في حصته فقط ولا يسري بحق باقي الشركاء، بل يكون لهم رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقهم على الشيء المبيع وفي نفس الوقت يجوز لهم ان يقرروا هذا البيع ليصبح نافداً في حقهم.

وعلى هذا الرأي فان بيع كل المال الشائع يعد بيع صحيح وينتج آثاره بين طرفيه ولا يجوز للمشتري طلب الإبطال إلا إذا كان يعتقد ان البائع يملك العين كلها ملكية مفرزة.

البائع ان يكون كالمودع، والمودع اذا وضع يد أجنبي على الامانة بغير إذن ربها فانه يضمن لتعدية" حاشية الدسوقي المرجع السابق. وجاء في المغني والشرح الكبير ما يلي "باع مشتاعا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما او ما يقسم عليه الثمن بالاجزاء كقفيزين متساويين لهما، فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما. واصل الوجهين ان احمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين: (الأولي) يفسد فيهما (الثانية) يصح في الحرة. والوجه الاول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يصح وهو قول ابي ثور لان الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين. ووجه الاول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شططاً وسيفاً، ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من اهله في محله بشرطه، فصح كما لو انفرد، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في احد المحلين لنبوئه عن قبوله فيصح الآخر.

وأما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما اولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما. ومتى حكمنا بالصحة هنا وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له، لانه دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل ان اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان انه لا يملك الا نصفه وله الخيار بين الفسخ والامساك، لان الصفقة تبعضت عليه، واما البائع فلا خيار له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه " المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ص ٤، ص ٣٨.

وعلى ما يبدو ان هذا الرأي يبني حكمه على نص المادة (٢/١٠٣١) التي تجيز بيع الشريك جزء مفرز ولا تشترط ان يكون هذا الجزء مساوي لحصة الشريك الشائعة فربما تزيد عنها وبالتالي لا مانع من تطبيق هذه المادة على صورة بيع الشريك كل المال الشائع وبالتالي لا يجوز للمشتري طلب ابطال البيع لا قبل القسمة ولا بعدها الا اذا كان يعتقد ان البائع يملك العين ملكية مفرزة لا شائعة^(٤٥).

ويذهب الفقه المصري الى ضرورة صدور البيع من جميع الملاك حتى يكون بيع كل المال الشائع نافذاً في حقهم جميعاً. اما ان باع احد الشركاء كل المال، فانه يكون قد باع ملكه وهو حصته الشائعة وباع ملك غيره وهو حصص باقي الشركاء، وبالتالي فان هذا البيع يكون صحيحاً في حدود حصته وقابلاً للابطال فيما يعادل حصص باقي الشركاء ويحق لهؤلاء طلب ابطال هذا البيع دون انتظار القسمة. أما المشتري فيكون من حقه طلب الابطال سواء فيما زاد على نصيب البائع بل وله ان يطلب الابطال بالنسبة لكل المال الشائع في حال جهله بملكية البائع للمال على سبيل الشيوخ بأن كان يعتقد بأنه يملكها ملكية مفرزة^(٤٦).

وما تقدم ذكره يعني ان الفقه القانوني يفرق ما بين حالتين:

الأولى: حالة علم المشتري بالشيوع: والحكم في هذه الحالة - كما سبق ان رأينا عند البحث في البيع لجزء مفرز - هو انه لا يجوز للمشتري أن يطلب الابطال، لان ارادته اتجهت الى احداث هذا الأثر القانوني وهو على بصيرة من أمره ذلك انه قد اشترى وهو متوقع بأن البائع قد يستطيع ان يستخلص كل المال لنفسه، والا فمن حق المشتري ان ينقص من الثمن بما يعادل ما وقع في نصيب البائع، ولكن ليس من حق المشتري ان يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء لأن المشتري من بداية البيع يعلم بحالة الشيوع ومتوقع لكل النتائج^(٤٧).

^(٤٥) كيرة، المرجع السابق، ص ٣٦٥ - ص ٣٦٦. وراجع كذلك رأي الاستاذ اسماعيل غانم في نفس المرجع هامش صفحة ٣٦٧.

^(٤٦) سلطان، مرجع سابق، ص ٣٩٨، مرسى، مرجع سابق، ص ٥٢١، شحاته، مرجع سابق، ص ١٦٥.
^(٤٧) كيرة، المرجع السابق ٣٦٥، ٣٦٦. ويسوي الدكتور السنهوري بين حالة علم وجهل المشتري في حالة بيع كل المال الشائع ويرى أنه في كل الأحوال يجب على البائع استخلاص الملكية بنفسه والأجاز للمشتري طلب الفسخ، انظر في ذلك السنهوري، الوسيط، ١، ج ٢، ص ٣٠٣.

الآننا لا نستطيع تأييد هذا الرأي على اطلاقه وكذلك الأمر لا نستطيع اقرار الفسخ للمشتري على اطلاقه فقد نؤيد اللذين يقولون بحق المشتري بانقاص الثمن بما يوازي ما وقع في نصيب البائع وذلك فقط في حالة ما اذا كان الجزء الواقع في نصيب الشركاء الآخرين لا يؤثر على المشتري بل ان المشتري يجعل من الحصة الواقعة في نصيب البائع والتي ستنتقل اليه بعد القسمة من الالهمية اما ان كان الأمر غير ذلك بمعنى لو ان المشتري كان سيمتتع عن شراء الشيء المبيع لو كان يعلم بهذا الاستحقاق عند البيع لالهمية الشي المبيع في نظره فاننا نعتقد في هذه الحالة بثبوت الحق للمشتري، فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

الثانية: حالة جهل المشتري بالشيوع، وفي هذه الحالة يكون من حق المشتري طلب ابطال البيع قبل القسمة للغلط أما بعد القسمة فاذا لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب ابطال البيع نظراً لتفريق الصفقة عليه. أما إن وقع المال كله في نصيب البائع فيكون قد استقر نهائياً وبالتالي تحقق ما أراد المشتري فمن الطبيعي والحالة هذه ان لا يحق للمشتري طلب الابطال طالما ان البائع استخلص المال كله لنفسه.

اذن بيع الشريك كل المال بيع صحيح بين طرفيه ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، اذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق. ويكون لهم أيضاً ان يقرروا هذا التصرف وبالتالي يصبح نافذاً في حقهم جميعاً ولا نعتقد بأن، هناك اختلاف ما بين الفقهاء القانوني والإسلامي في الحكم على بيع الشريك لكل المال الشائع ومن ثم فان بيع الشريك كل المال الشائع بيعاً وان كان صحيح بين طرفيه الا انه غير نافذ في حق باقي الشركاء.

المطلب الثالث

تكييف بيع الشريك كل المال الشائع على انه بيع ملك غير

قد يقال بأن بيع الشريك كل المال الشائع لا يعدو ان يكون سوى بيعاً لملك الغير. ذلك انه اذا باع الشريك كل الارض المشاعة بينه وبين شريكه فانه يكون قد باع بالاضافة الى ملكه ملك غيره.

وحقيقة نستطيع ان نقرر مبدئياً بأن الشريك البائع يكون بائعاً لملك غيره فقط في نصيب شريكه في الشيوع وهذا القول من شأنه ان يمنح الشريك الآخر - باعتباره مالك - استرداد نصيبه في الشيوع من المشتري.

إذا في هذه الحصة نكون أمام بيع لملك الغير . فهناك بائع ومشتري ومالك والحكم في هذه الحالة- حسب احكام بيع ملك الغير- ان البيع يسرى في حق البائع والمشتري مع تقرير قابلية التصرف للابطال لصالح المشتري، ويكون للمالك دعاوى الاسترداد والاستحقاق والتعويض ان توافرت شروطهم.

ولكن هل الحكم هذا ينطبق على بيع الشريك كل المال الشائع؟

لقد رأينا في المطلب السابق من هذا البحث، بأن احد من فقهاء القانون لم يقرر مثل هذا الحكم بل فرقوا بين حالة علم وجهل المشتري بالشئ وحالة ما قبل وما بعد القسمة ورتبوا على كل حالة حسب ظروفها حكم خاص بها.

بل وفي بعض الأحيان استعانوا بالقواعد العامة لتسعفهم كما حدث في حالة علم المشتري بالشئ مع عدم استطاعة البائع استخلاص المال كله لنفسه فمنهم من اعطى المشتري حق الفسخ ومنهم من اعطاه حق انقاص الثمن بقيمة الحصص غير الواقعة في نصيبه.

ولكن ما هو سبب ابتعاد الفقهاء عن تطبيق احكام بيع ملك الغير على هذه الحالة مع انه من الممكن تطبيقها كما وضحنا، ذلك أن العلاقة واضحة والأطراف والمحل بل والشروط حتى متوافرة لحالة قيام بيع ملك الغير؟

أعتقد بأن سر ابتعاد فقهاء وشراح القانون عن تطبيق احكام بيع ملك الغير- علماً ان كثيراً منهم ان لم يكن أغلبهم يقررون في شروحاتهم انه بيع لملك الغير- هو وجود نص المادة (٢/١٠٣١) مدني أردني (٢/٨٢٦) مدني مصري.

علماً ان هذه المواد لم تتطرق لا من بعيد ولا من قريب الى حالة بيع الشريك كل المال الشائع وانما اجتزأت بالقول على بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وقررت احكاماً للحالة الاخيرة فقط.

اذ ان شرح القانون بالقياس على هذه النصوص السابقة حكموا على بيع الشريك كل المال الشائع وبالتالي جاءت احكامهم قريبة كل القرب من حالة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع. وما لم يجدوا له حكماً من هذه المواد، ذهبوا فيه الى القواعد العامة الغنية بالحلول.

ولكن هل يصح مثل هذا القياس، بمعنى لماذا لم يقيسوا على أحكام تكاد تكون قد قررت لمثل هذه الحالة؟

في الحقيقة لا يسعنا القول في الإجابة على هذا السؤال سوى الانضمام إلى الشراح في تنظيم بيع كل المال الشائع على أساس القواعد العامة في الشيوخ ومنها نص المادة (٢/١٠٣١) أردني (٢/٨٢٦) مصري. والسبب في قلبي هذا ان المشرع وان تحدث عن بيع جزء مفرز من المال الشائع الا ان هذا لا يعني استبعاده لبيع كل المال الشائع لما بين البيعين من تشابه. إذ انه إن كان بيع كل المال الشائع- كما قلنا- بيع لملك الغير في الجزء غير الواقع في نصيب البائع، فان بيع الجزء المفرز من باب اولى هو بيع لملك الغير عندما لا يقع هذا الجزء في نصيب البائع.

والذي جعلنا نخرج بيع الشريك جزء مفرز من ماله الشائع من نطاق بيع ملك الغير هو أحكام المادة (٢/١٠٣١) وبالتالي لنفس السبب نخرج بيع الشريك كل المال الشائع من نطاق بيع ملك الغير. لنعتبرها بيوعاً خاصة جاء المشرع لها بأحكام خاصة بها يجب ان تطبق عليها كما هي في القانون المدني والتي بدأنا بالبحث عنها في أبسط صورها عندما تكون الحصة الشائعة مملوكة على الشيوخ انتهاء بأعقدها عندما يبيع الشريك كل المال الشائع.

الخاتمة

بدأنا هذا البحث بتمهيد تعرفنا من خلاله على معنى البيع في الفقهاء الاسلامي والقانوني وهذا التمهيد مكننا من الدخول الى موضوع البحث وهو التكييف القانوني لبيع الشريك المال الشائع بجميع صور هذا البيع الممكن وقوعها. لهذا فقد استعرضنا حكم القانون والفقهاء الاسلامي في هذه الصور وبدأناها في بيع الشريك الحصة الشائعة ومن ثم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وختمنا بحكم القانون والفقهاء الاسلامي لبيع الشريك كل المال الشائع وبهذا العرض نأمل ان نكون قد وصلنا الى الغاية المرجوة من هذا البحث.

والآن يتوجب علينا أن نلخص أهم نتائج البحث التي وصلنا اليها ليكون للبحث

ثمرته وهذه النتائج هي:

أولاً: يجوز للشريك ان يبيع حصته الشائعة لأنه يبيع ما يملك ملكية تامة. ويجب مراعاة باقي الشركاء في هذا البيع وذلك بعدم الحاق الضرر بحقوقهم. وفي هذا القول

اتفق فقهاء القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء، لهذا فقد أعطى القانون المدني المصري لباقي الشركاء حق استرداد الحصة المبيعة وهذا يقابل حق الشفعة في الفقه الاسلامي وهذين الحقين من شأنهما ان يمنعا الضرر عن الشركاء. وان كان حق الاسترداد مقصور على المنقول وهذا يعد بمثابة حكم مستحدث في القانون الوضعي، الا انه مع ذلك نجد ان ابن حزم المحلي اخضع المنقول والعقار معاً لحق الشفعة ليكون هو الأسبق في ذلك.

ثانياً: بالنسبة لبيع جزء مفرز او كل المال الشائع، فالبيع في هذه الصورة يتصور فيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء لهذا كان البيع صحيحاً بين طرفيه، غير نافذ في حق باقي الشركاء. لأنه اذا تمت القسمة ربما لا يقع المبيع في نصيب البائع.

ثالثاً: لقد وضع المشرع ضوابط تحكم حالة جهل المشتري بملكية البائع للمال على أنه شائع، وذلك من اجل الحفاظ على حقوق المشتري من ناحية وحقوق الشركاء من ناحية اخرى لهذا فقد اعطى المشرع للمشتري في حالة عدم علمه بالشيوع الحق في ابطال البيع واخذ ما دفعه او الابقاء على البيع وبالتالي الموافقة على ما وقع في نصيب البائع.

أما اذا كان المشتري على علم بحالة الشيوع، فان البيع يعد صحيحاً فيما بينه وبين البائع الا انه لا ينفذ في حق باقي الشركاء لان لهم من الحقوق مثل ما للمتصرف.

رابعاً: لقد تبين لنا من خلال هذا البحث اتفاق القانون الوضعي مع الفقه الاسلامي في كثير من الاحكام الخاصة ببيع المال الشائع. فالقانون يتفق مع الشريعة الغراء في الحكم على بيع الشريك الحصة الشائعة كما سبق ان اوضحنا ويتفقا ايضاً على حكم بيع الشريك كل المال الشائع ذلك ان هذا البيع الاخير وان كان صحيح بين طرفيه الا انه غير نافذ في حق باقي الشركاء. اذ ليس له حق اكثر من شركائه في المال الشائع.

أما بالنسبة لبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع. فان الأصل في الشريعة الاسلامية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وبالتالي من شأن هذا البيع أن يؤدي الى النزاع ما بين الشركاء. من هذا المنطق قلنا بأن الفقه الاسلامي لا يجيز هذا النوع من البيوع بالرغم من ان بعض الشراح استند الى اقوال من الفقه الحنفي تجعل من هذا البيع صورة من صور بيع الفضولي الموقوف على اجازة المالك إلا أننا نرى بعدم جواز هذا البيع لأن الفقه الاسلامي لا يجيز انتقال حق المشتري الى

البائع بموجب عقد سابق بعد القسمة هذا كله على خلاف القانون الوضعي الذي اجاز هذا النوع من البيوع ونظم أحكامه في المادة (٢/١٠٣١) والتي سبق ان اشرنا اليها في النتائج السابقة.

أهم التوصيات:

بالإضافة الى ما جاء في هذا البحث من معالجة الكثير من المسائل المختلف فيها والتي حاولنا قدر الامكان معالجتها في موقعها فإننا نوصي بما يأتي:

أولاً: لم ينهج المشرع الأردني منهج المشرع المصري الذي نظم في قانونه المدني حق الاسترداد في حال بيع الحصة الشائعة عندما تكون الحصة مالاً منقولاً. واكتفى بترك الأمر للشفعة على العقارات كما هو الفقه الإسلامي. وهذا يعني أن المشرع الأردني ترك المنقولات دون حكم لها في هذا البيع لهذا فإننا نوصي بأن يأخذ المشرع الأردني في قانونه المدني حالة المنقول هذه في الحسبان دون تركها هكذا دون حكم خاص بها. لا سيما وأنه يملك قول فقهي يستند اليه يجعل حق الشفعة يسري على العقار والمنقول معاً كما أوضحنا دون ان يذهب الى التوسع في ذلك كما فعل المشرع المصري في تنظيمه حق الاسترداد وبوضع شروط وضوابط له مستمدة من الفقه الفرنسي.

ثانياً: لقد كان المشرع الأردني في قانونه المدني كثير الخلط وأحياناً الغموض عند استخدامه مصطلح " التصرف " وهذا كان يقودنا الى البحث عن مقصود المشرع من هذا المصطلح لا سيما وأنه يقصد تارة التصرف معناه اللغوي الذي سار عليه الفقه الاسلامي ليمتد الى كافة التصرفات وتارة أخرى الى التصرف القانوني الناقل للملكية. لهذا فإننا نوصي ان يكون المشرع الأردني أكثر دقة في تحديد المقصود من التصرف في معظم أحكامه ونصوصه حتى يقطع الاجتهادات التي قد تأخذ بنا الى تقرير حكم لا يستقيم مع نهج وسياسة القانون المدني الأردني.

ثالثاً: لقد تعارض المشرع الأردني مع نفسه في نص المادة (٢/١٠٣١) عندما قرر حق المشتري في ابطال التصرف. ذلك ان هذه المادة تتحدث عن حالة ما اذا وقع المشتري في غلط وهو جهله بحالة الشيوخ ونحن نعلم بأن الحكم في القانون الأردني هو الفسخ في حالة الغلط كما هو في مادة ١٥٣، ١٥٤. بل أن المشرع الأردني لا يعرف نظام البطلان النسبي لهذا كان عليه ان يبحث في حل آخر غير ان يجعل العقد قابل

للابطال لصالح المشتري وليس غريباً في هذا المجال أن نوصي بأن يبقى المشرع الأردني على موقفه المتأثر في الكثير من احكامه في الفقه الاسلامي وبالتالي ينص على بطلان هذا البيع ابتداء اذ من شأنه ان يلحق الضرر في حقوق باقي الشركاء وسبق ان قال المشرع الاردني لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال. وبهذا الحل يكون المشرع الاردني متناسقاً في أحكامه لا سيما ان التشريعات التي نظمت هذا البيع كما رأينا لا زالت في حيرة من أمرها بشأن اساس البطلان في هذا البيع إن طلبه المشتري فتارة يردونه الى القواعد العامة وتارة اخرى الى بيع ملك الغير كما سبق ان ناقشنا هذا الموضوع بشيء من التفصيل.

رابعاً: لقد بين فقهاء القانون الوضعي حكمهم لبيع الشريك كل المال الشائع على أساس النص الذي عالج بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وبناء على هذا النص قد فرقوا بين حالة علم وجهل المشتري بحالة الشيوع وقرروا احكاماً على هذا الفرق ولأن بيع كل المال الشائع كما هو واضح من تسمية هذا البيع من شأنه ان يقع على كل المال الشائع وبالتالي قد يستطيع البائع ان يخلص هذا الملك لنفسه لينتقل إلى المشتري فان فقهاء القانون والحالة هذه الحكم قد يكون يسيير عليهم على عكس عدم استطاعة البائع تخليص الملك لنفسه لهذا فقد اختلفوا في هذا الشأن فمنهم من منح المشتري حق الفسخ ومنهم من اعطاه حق الابقاء على الملكية مع انقاص الثمن وقد كنا بالوسط ما بين الرأيين لنوازن ما بين الحقوق الا اننا مع ذلك نوصي القوانين الوضعية بإفراد نص خاص ينظم هذا النوع من البيوع في حال ان وقع لا سيما واننا قد أخرجناه من كونه بيع ملك الغير للأسباب التي أوضحتها سابقاً والتي من أهمها "القياس" على النص الخاص ببيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لهذا كله فاننا ننصح بتضمين القانون المصري نص يعالج مثل هذا البيع اما القانون الاردني نكتفي بالتوصية السابقة.

خامساً: لقد تعرض القانون المدني الاردني لحالة بيع الشريك حصته الشائعة في صورة الخلط والاختلاط ونص على عدم جواز هذا البيع الا باذن الشريك الاخر مستمداً هذا الحكم من الفقه الحنفي. وفي الحقيقة فإننا نرى بأن الشيوع واحد سواء بالميراث او الاختلاط وبالتالي يجب إفراد حكم واحد لهما دون التفرقة بينهما لهذا نوصي بأن يكون الحكم هو جواز بيع الحصة الشائعة مهما كان مصدر هذا الشيوع كما هو حال المذاهب الفقهية الاخرى غير الحنفية والقوانين الوضعية الأخرى غير الأردني لا سيما وان

المشرع نص على بطلان بيع الحصة الشائعة في حال وقوع ضرر من هذا البيع، فالخوف من الضرر لا يبطل مثل هذا الحكم لأننا لا حاجة لنا له متى تحقق الضرر سواء كان البيع لحصة شائعة اكتسبت بالميراث أو الوصية أو الخلط أو الاختلاط.

قائمة المراجع

المراجع القانونية:

- * سلطان، أنور، العقود المسماة، عقدة البيع والمقايضة، ط٢، مطبعة دار النشر للثقافة، ١٩٥٢.
- * العمروسي، أنور، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، ط١، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- * بودي، حسن محمد محمد، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، للنشر، ٢٠٠٤.
- * كيرة، حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج١، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٥.
- * مرقص، سليمان، عقد البيع، نادي القضاة، ١٩٨٠.
- * مرقص بالاشتراك مع محمد على إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.
- * شحاتة، شفيق، النظرية العامة للتأمين العيني، لم يذكر دار نشر، ١٩٥٢.
- * السنهوري، عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، البيع والمقايضة، القاهرة، دار النهضة العربية، لم يذكر تاريخ نشر. والمجلد الثامن، حق الملكية.
- * الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.
- * الدناصوري، عز الدين بالاشتراك مع عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية والدعاوي والدفع في عقد البيع، ج٣، ٢٠٠٣.
- * الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د. أيمن محمد حسين ظاهر

- * البوطي، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، ط ١، دار الفكر، ١٩٩٨.
- * مرسي، محمد كمال، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ج ٦، المطبعة العالمية، ١٩٥٣.
- * زكي، محمود جمال الدين، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- * عيسى، محمد حلمي، شرح البيع في القوانين المصرية والشريعة الاسلامية، مطبعة المعارف، لم يذكر سنة نشر.
- * سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، الكتاب الأول، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
- * الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، عقد البيع في القانون الأردني، لم يذكر دار نشر، ١٩٩٣.
- * الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج ٣، ط ١.
- * الفضل، منذر بالاشتراك مع صاحب الفتاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، ط ١، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٣.
- * منصور، منصور مصطفى، العقود المسماة، البيع والمقايضة والايجار، دار المعارف، ١٩٥٦.

الكتب الفقهية

- * ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، ١٩٦٢.
- * ابن قدامه، الإمام شمس الدين بن قدامة المقدسي، الجزء الثالث والرابع، دار الكتاب العربي بيروت، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.
- * عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٩هـ.
- * المحلي، أبي محمد علي ابن احمد بن سعيد بن حزم، ج ٩، دار الأفق الجديدة.

القوانين والمذكرات الايضاحية:

*** القانون المدني الأردني**

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني، نقابة المحامين، عمان، إعداد المكتب الفني، ٢٠٠٠.

*** مجلة الأحكام العدلية**

حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي حسيني، حيفا المطبعة العباسية ١٣٤٣ هـ ١٩٢٥ م.

*** القانون المدني المصري.**

*** مشروع القانون المدني الفلسطيني**

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، ٢٠٠٣.

*** القانون المدني السوري.**

القرارات القضائية

* قرارات محكمة النقض المصرية من خلال مكتبة التشريعات العربية (IGLC) وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على الأقراص الممغنطة والموجود منها نسخة لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان.

* قرارات محكمة التمييز الأردنية من خلال حداد، تركي، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ١٩٦٣ - ١٩٧٠ الجزء الثاني، القسم الاول.