

## امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلالا وتصرفا

### دراسة فقهية قانونية مقارنة

صحراوي غريب (\*)

تاريخ قبول المقال: 2019/07/13

تاريخ إرسال المقال: 2019/06/25

#### ملخص:

ضمنت هذا المقال مقدمة صوّرت فيها حقيقة الملكية الشائعة، ثم تطرقت إلى مفهوم كل من الملكية والشيوع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ثم انتهت إلى تعريف المركب من الصفة والموصوف ( الملكية الشائعة)، ثم بينت الأحكام الفقهية والضوابط القانونية لكل ما يأتي:

- 1 - حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في الفقه الإسلامي.
- 2 - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في الفقه الإسلامي.
- 3 - تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي.
- 4 - امتيازات المالك على الشيوع في القانون المدني الجزائري.

This article comprises an introduction showing the real meaning of communal property, followed by the concept of both property and communism in the Islamic Fiqh and the Algerian Civil Code. Subsequently, I ended up by defining "Communal Property" and elucidating the Islamic jurisprudential terms and legal standards for each of the following cases:

- 1) When the partner proceeds in managing their part in the Communal Property on their own
- 2) When the partner proceeds in managing a designated amount of the Communal Money
- 3) When the partner proceeds in managing all of the Communal Money
- 4) The ownership's advantages over Communism in the Algerian Civil Code

## مقدمة.

### بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي خلق ورزق، وعلم وألهم، وهدى للتي هي أقوم والصلاة والسلام على خير الأنام، وعلى آله وصحبه الكرام، وعلى من اهتدى بهديه، واستن بسنته إلى يوم لقاء الواحد العلام، ويعد:

فإن الملكية الشائعة، من حيث تصوير مفهومها، وسط بين ملكيتين، هما الملكية المفززة والملكية المشتركة، فالنصيب الذي يملكه الشريك في الشيوخ تفرقت ذراته في كل المال الشائع، لذا لم يحدد في جانب منه على درجة التعيين فملكته لهذا النصيب هي ملكية معنوية، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفززة، إذ الإفراز يحدد نصيبا ماديا للشريك في الشيوخ يستأثر به دون غيره. كما أن المال الشائع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل لكل شريك فيه نسبة معينة تمثل حصته كأنه استقل بها معنى، وهو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة، والتي تعتبر الشركاء فيها كأنهم يد واحدة على المال المشترك.

ويعتبر موضوع الملكية الشائعة من المواضيع الهامة والخطيرة التي تفرض وجودها في معاملات الناس اليومية، خصوصا فيما يتعلق بشيوخ العقارات، والتي كان أهم أسباب نشوئها الميراث بالإضافة إلى الوصية، وغيرهما من العقود، والتي هي محل نزاع دائم ومستمر في عصرنا هذا وفي عصور سبقت، في مصرنا هذا وغيره من الأمصار.

وقد ازدادت حدة الخلافات بين الشركاء في الشيوخ سيما أعضاء الأسرة الواحدة حول من له ألوية الإدارة والتصرف مما نتج عنه كثرة المظالم، فالفكك الأسري، فهدم أو أضر القرابة خصوصا مع الارتفاع العالمي المتزايد لأسعار العقارات بصفة عامة، والأراضي بصفة خاصة، والتي أصبحت أعلى مما يمثل الثمنية ( الذهب )، مع هيمنة المادة وضعف الوازع الديني، مما أدى بالعديد من أفراد المجتمع (الشركاء في الشيوخ) إلى الرغبة في تصفية ملكيتهم، وإفرازها قصد الاستثمار فيها.

غير أن ذلك غير متاح في كل شيوخ، إذ منه ما لا يقبل القسمة أبدا، وهو ما يسمى بالشيوخ الجبري، أو القهري" وهو ما تعلق بجزء نسبي غير معين ولا محدد على وجه دائم، فتكون كل ذرة من كل نصيب سارية إلى كل جزء من أجزاء المال الشائع بصفة دائمة، إما لتعذر الإفراز، أو لمنافضة الغرض الذي أعد له المال".

وهو ما تعلق بالأعيان المملوكة ملكية مشتركة، أو ما اصطلح عليه الفقهاء بشركة الملك، وكذا المرافق التابعة للأمالك المفردة، أو ما يدرج ضمن الحقوق العينية بالإضافة للمرافق العامة التي تثبت أحقيتها للجميع على سبيل الإباحة.

وقد ذكر الفقهاء لذلك أمثلة كثيرة في فروع الفقه الإسلامي منها<sup>1</sup>: الحمام و البئر والقناة والبيت الصغير، والثوب الواحد والجوهرة التي تحتاج إلى كسر في قسمتها وما يلحق بها أو يأخذ حكمها، كالسفينة أو المركبة.

وكما يتعلق الشيوع بحق الملكية فيشمل رقبة الأشياء، يتعلق كذلك بالحقوق العينية الأخرى كالمرافق المرتبطة بالأعيان والتابعة لها، بل إن الشيوع الإجباري يتأكد في المرافق التابعة للأمالك، لأن الذي أعدت له هذه المرافق يقتضي بقاءها على الشيوع على وجه دائم، وفي فروع الفقه الإسلامي ما يؤكد ذلك.

ورغم عناية فقهاء الإسلام الأقدمين بمسائل الشيوع وإدارته، وكذا إنهائه، إلا أن علاجهم لهذا الموضوع اقتضى أسلوبا جزلا يوافق نمط المعاملات التي كانت في عصورهم، كما بقي الموضوع في شكل فتاوى في جزئيات متفرقة، وفي أبواب فقهية شتى مجردة عن قواعدها الكلية وأصولها العامة التي تتكيف وفقها تحت ضابط المقاصد، إلا ما أشار إليه فقهاء الأحناف في مجلة الأحكام العدلية، وفقهاء القانون المدني في باب الملكية.

فهل يمكن إعادة دراسة هذا الموضوع دراسة مستجدة تربط الفروع بالأصول، وتراعي في ذلك مقاصد التشريع؟ وكيف يمكن أن نتقاضي المسائل الناتجة عن البقاء على الشيوع؟ وهل هناك ضوابط شرعية ومنظومة قانونية تكفل التماسك الاجتماعي والتنمية الاقتصادية للملك المشاع مع كثرة الأيدي المالكة وسوء المشاركة؟ وكون أغلب الملك المشاع لم يكن سببه اختياري، بل فرض على الشركاء فيه ممثلا في الميراث.

<sup>1</sup> - ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار . ج9 ص434 . الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان . سنة 1432هـ، 2011م.

، القاضي عبد الوهاب - المعونة . ج2 ص1286، الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان . سنة 1419هـ، 1999م. . النووي - المجموع شرح المذهب . ج17 ص203 - مطبعة التضامن الأخوية بالحسين - مصر، ابن قدامة - المغني مع الشرح الكبير .. ج4 ص291، 292 - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.

لذا أبرزت في هذا المقال امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلال وتصرفا مع ذكر الأحكام والضوابط الشرعية والقانونية التي تنظم الشيوع وتديره، وقد بدأت المقال كمدخل له بمفهوم كل من الشيوع والملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وقد كانت الدراسة مقارنة بين المدارس الفقهية من جهة، وبين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من جهة أخرى لواقعية الموضوع ودعوة المقتضى.

### أولاً: تعريف الملكية الشائعة لغة واصطلاحاً عند فقهاء الشريعة والقانون.

وتطرق في تعريف اللغوي والمركب الإضافي (الاصطلاحى) للملكية الشائعة في الفقه الإسلامي، كما وقفت على تعريف فقهاء القانون المدني للملكية الشائعة.

### أ . الملكية لغة.

الملك عند علماء اللغة يعني السلطان والعز والعظمة، كما يعني حيازة الشيء والانفراد بالتصرف فيه، أو القدرة على الاستبداد به، وكل منهما يستلزم الثاني.

. فهي من الفعل الثلاثي ملك، "والملك معروف، وهو يذكر ويُؤنث كالسلطان، وملك الله وملكوته سلطانه وعظمته"<sup>2</sup>، ولذلك يقال لفلان من الناس ملكوت الشيء، أي عزه وسلطانه، والملك<sup>3</sup>: مثلثة أي بفتح الميم وضمها وكسرها، احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، وقيل الملك<sup>4</sup> بكسر الميم اسمٌ منه والفاعل مالك، والجمع مَلَاك، مثل كافر وكفّار، وتأتي لفظة الملك<sup>5</sup> بكسر اللام وتخفف، والجمع منها ملوك مثل فلس فلوس، والاسم الملك بضم الميم.

يتضح ممّا سبق أنّ الملك لغة يعني معنيين فهو:

**1 - السلطان والعز والعظمة، والاسم منه مَلِكٌ بفتح الميم وكسر اللام.**

**2 - وهو حيازة الشيء، والانفراد بالتصرف فيه، أو القدرة على الاستبداد به والاسم منه مَالِك.**

- وكل معنى من المعنيين يستلزم الثاني، فلا يطلق الملك إلا على من حاز المَلِك واستبد به، ولا بد لكل ملك من مالك يحوزه وينفرد بالاستبداد به استغلالا، واستعمالا، وتصرفا.  
ولذلك جاء في حقه تعالى أنه: "مَلِكٌ يَوْمَ الدِّينِ"<sup>6</sup>، و "مَلِكٌ يَوْمَ الدِّينِ ٤"<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي - لسان العرب ج6 ص 92 الطبعة الأولى دار صادر سنة 1997 م.

<sup>3</sup> . ابن منظور . المرجع السابق . ج6 ص 92.

<sup>4</sup> . ابن منظور . المرجع السابق . ج6 ص 92.

<sup>5</sup> . مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز . ص950. طبعة وزارة التربية والتعليم 1411 هـ / 1991م.

<sup>6</sup> . سورة الفاتحة . آية رقم 04.

ومالك مأخوذة من الملك كما قال المولى جلّ وعلا في ذلك: " إِنَّا نَحْنُ نَرِثُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا وَإِلَيْنَا يُرْجَعُونَ " ٤<sup>8</sup>، وقال تعالى: " قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ ١ هَلِكِ النَّاسُ ٢"<sup>9</sup>، وملك مأخوذ من الملك كما قال تعالى: " لِمَنْ أَلْمَلِكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ ١٦"<sup>10</sup>، وقال: " أَلْمَلِكُ يَوْمَئِذٍ لِلْحَقِّ لِلرَّحْمَنِ وَكَانَ يَوْمًا عَلَى الْكَافِرِينَ عَسِيرًا ٢٦ "<sup>11</sup>. لهذا قرأ<sup>12</sup> بعض القراء: " هَلِكِ يَوْمَ الدِّينِ ٤ "<sup>13</sup> وقرأ آخرون: " ملك "

وكلاهما صحيح متواتر في السبع.

### ب - الملكية اصطلاحا.

ينبغي الوقوف عند تعريف الفقهاء القدامى، وما أجمعت عليه كلمة الفقهاء المعاصرين لكي نصل إلى تعريف جامع مانع للملكية في الاصطلاح.

### 1- الملك اصطلاحا في المدارس الفقهية.

- عرّف الفقهاء الملكية باعتبار وصفها بتعريفات متقاربة.

- عرّفها الأحناف بأنها: " قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف لإلّمانع"<sup>14</sup> فالملك عند الأحناف حق يحتاج إلى اعتبار شرعي، فإن انتفى هذا الاعتبار انتفى الملك، وقد احترز صاحب التعريف بقوله: "ابتداء على التصرف" ليخرج تصرف الوصي أو الوكيل أو القاضي، فهؤلاء يتصرفون لانتفاع المالكين لا لأنفسهم، وفي قوله: "إلّمانع" احتراز ثاني مفاده أن حق الملكية وإن كان له اعتبارا من الشرع غير أنه قد يمنع من هذا الحق مانع متعلق أساسا بصاحب الحق، وذلك كالحجر والصغر والجنون.

7. سورة الفاتحة . آية رقم 04.

1. سورة مريم . آية رقم 40.

9. سورة الناس – آية رقم 1،2.

10. سورة غافر – آية رقم 16.

11. سورة الفرقان – آية رقم 26.

12. أبو الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي – تفسير القرآن العظيم . ج1 ص 103 الطبعة الأولى . دار ابن حزم – بيروت لبنان سنة 1423هـ / 2002م .

13. سورة الفاتحة . آية رقم 04

14. د.جمال خليل النشار – تصرف الشريك في المال الشائع ص21 . طبعة دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية . سنة 2000م، د.أحمد فلاح عبد البخيت . الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون – دراسة مقارنة . ص 83 – طبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2012م.

- وعرفه المالكية بقولهم: "هو حكم شرعي، أو وصف مقدّر في العين، أو في المنفعة يقتضي تمكين من يُضاف إليه من الانتفاع بالملوك، ومن المعاوضة عنه"<sup>15</sup>.

- وعرفه الشافعية بتعريف يقترب من تعريف المالكية إلى أحد التطاق، فقالوا: "هو حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك"<sup>16</sup>.

فالمالك<sup>17</sup> حكم شرعي لكونه ثمرة أسباب شرعية يقدر في العين أو المنفعة، وذلك عند تحقق الأسباب المفيدة للملك، كما أن التعريف يشير إلى أنّ المنافع تملك كما تملك الأعيان، وفي التعريفين " يقتضي انتفاعه" احتراز عن تصرف القضاة والأوصياء وذلك لأن تصرفهم لانتفاع المالكين لا لانتفاع أنفسهم، وفي قولهما: "والعوض عنه" يخرج الإباحات والمرافق العامة كالاختصاص بالمساجد والربط، ومقاعد الأسواق فلا ملك فيها مع إمكان التصرف وفي قولهما: "من حيث هو كذلك" إشارة إلى تخلف الحكم مع وجود الاعتبار الشرعي، بسبب وجود المانع كالحجر والجنون والصغر.

- وعرفه الحنابلة بقولهم: " هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"<sup>18</sup>، فهو اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي.

## 2 - تعريف الملكية عند الفقهاء المعاصرين.

التقت تعاريف الفقهاء المعاصرين للملكية عند قولهم: " هو اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي"<sup>19</sup>، وهو ما التقت عنده مضامين التعاريف السابقة، فإذا ما ملك الشخص مالا بسبب من الأسباب المشروعة اختص به، حيث يمكنه هذا الاختصاص من الانتفاع بملكه تصرفا واستغلالا واستثمارا، إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون والعتة والسفه، والصغر، كما أنّ اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه، إلا إذا وجد سند شرعي يبيح له ذلك كالولاية والوصاية والوكالة.

15 . شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري المعروف بالقرافي . الفروق . ج3 ص1009. الطبعة الأولى دار السلام . القاهرة . سنة 1421هـ . 2001م.

16 . جلال الدين السيوطي – الأشباه والنظائر . ص 401. الطبعة الأولى مؤسسة المختار . القاهرة . سنة 1428هـ . 2008م.

17 . المرجع نفسه . ص 401-402.

18 . أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي . الفتاوى الكبرى . ج3 ص347. طبعة مؤسسة الحلبي- القاهرة سنة 1329هـ.

19 . د . وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ج4 ص57، ج5 ص489 . طبعة دار الفكر دمشق – سوريا ، الطبعة الثالثة . سنة 1409هـ / 1989 م ، د.أحمد فلاح عبد البخيت – مرجع سابق . ص 84.

غير أن تصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره، ولذلك جاء الاحتراز في التعريف بقولهم: "ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء".  
ت - تعريف الشيوع في اللغة.

من المعاني التي أطلقها الفقهاء على الشيوع الشركة، فإذا قيل: هذان الشريكان متشايعان في دار أو أرض، كانا شريكين فيها، وهو ما يقتضي كون نصيب كل منهما غير مفرز، ولا مقسوم. والشيوع لغة<sup>20</sup> من الفعل شاع، يقال شاع الشيب شيعا وشياعا، وشيعانا وشيوعا، وشيوعا، ومشيعة ظهر وتفرق، وشاع فيه الشيب، والمصدر ما تقدم. ويقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها .. أي إذا كان في جميع الدار، فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها، وسهم شائع أي غير مقسوم.

- وفي القاموس المحيط<sup>21</sup>: سهم شائع وشاع ومشاع غير مقسوم، فالشيوع لغة يدل على معنيين يقتضي المعنى الأول منها الثاني، فهو كل متفرق غير معزول وهو ما يقتضي كونه غير مقسوم.  
- ومن المعنى الأول: يُقال أشعت المال بين القوم، والقدر في الحي إذا فرقته فيهم ولم يفرز، وفي هذا قيل: أشيعا مشر<sup>22</sup> القدر حولنا وأي زمان قدرنا لم تمشر؟  
- ومن المعنى الثاني: تقول العرب أشاعت<sup>23</sup> الناقة، أي إذا أرسلت بولها إرسالا متصلا غير منقطع.

ومن معاني الشيوع الشركة<sup>24</sup>، فيقال: هما متشايعان، ومشتاعان في دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها، وهم شيعاء فيها، وكل واحد منهم شيع لصاحبه، أي شريك له. غير أن الشيوع في جوهره يختلف عن الشركة، فالشركة المالك فيها جماعة يساهم كل فرد فيها بنصيب من المال بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا، فالشركة<sup>25</sup> إذن تعتبر ملكية واحدة لعدة

<sup>20</sup> . ابن منظور - مرجع سابق . ج3 ص 503.

<sup>21</sup> . مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي - القاموس المحيط . ص754. الطبعة الثانية . دار الكتب العلمية . بيروت لبنان . سنة 1428هـ/ 2007م

<sup>22</sup> . التمشير والتمشير القسمة، ومشر الشيء قسمه وفرقه، وخص بعضهم به اللحم. انظر. ابن منظور. مرجع سابق . ج4ص20.

<sup>23</sup> . المرجع نفسه . ج3 ص503.

<sup>24</sup> . المرجع نفسه . ج3 ص503.

<sup>25</sup> . أحمد فلاح عبد البخيت - مرجع سابق . ص 13.

شركاء مجتمعين لا يملك كل منهم إلا مجرد حق شخصي لا عيني في استغلال الشيء والحصول على الربح الناشئ عنه، ولا يمتلك الشريك حقه العيني إلا بعد قسمة المال المشترك نتيجة تصفية الشركة، وهو ما يختلف اختلافا جذريا عن الملكية الشائعة التي يملك كل شريك فيها حقه العيني في كل ذرة من ذراتها ملكا يخوله امتيازات الاستغلال والاستعمال والتصرف.

### ث - تعريف الشيوخ اصطلاحا.

- تعرّف الفقهاء القدامى لتعريف الشيوخ عند تحديدهم لشروط الشفعة، فمن شروطها أن يبقى العقار على صفة الشيوخ، أي شائعا غير مقسوم، وهو ما ذكره النص النبوي بصراحة ففي حديث جابر (رضي الله عنه): " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"<sup>26</sup> وقد تقاربت عبارات جمهور الفقهاء في هذا الباب، ففي الفواكه الدواني: " وإنما الشفعة في المشاع، وهو غير المتميز على حده"<sup>27</sup>، وفي المغني لابن قدامة قوله: " فلا تثبت إلا بشروط أربعة أحدهما: أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم"<sup>28</sup>، كما تعرض الفقه الإسلامي لتعريف الشيوخ في باب القسمة<sup>29</sup>، فلا تقع القسمة إلا لمال شائع وكذا في أبواب الهبة والزهن<sup>30</sup>، وذلك عند تناول الفقهاء لحكم رهن المشاع وهبته أو حكم التصرف في المال المشاع بالمصطلح العصري، غير أنّ التعاريف التي ذكرت مقترنة بالأبواب السابقة هي أقرب ما تكون إلى التعاريف اللغوية والتي حددت صفات الملك المشاع كونه غير مقسوم، وغير متميز، وأدق تعريف للشيوخ هو ما ذكره

<sup>26</sup> ابن حجر العسقلاني . فتح الباري شرح صحيح البخاري . قوله كتاب الشفعة بسم الله . ج 04 ص 436 . طبعة دار المعرفة . بيروت . سنة 1379 هـ ، أبو بكر أحمد بن علي البيهقي . السنن الكبرى . باب الشفعة فيما لم يقسم . ج 06 ص 102 . الطبعة الأولى . مجلس دائرة المعارف النظامية . الهند . سنة 1344 هـ ، أبو داود السجستاني . سنن أبي داود . باب في الشفعة . ج 09 ص 390 . طبعة دار الكتاب العربي . بيروت لبنان ، ابن ماجة القزويني . سنن ابن ماجة . باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . ج 07 ص 373 . طبعة دار الفكر بيروت ، محمد بن حبان البستي . صحيح ابن حبان . باب ذكر خير ثاني . ج 11 ص 592 . الطبعة الثانية . مؤسسة الرسالة . بيروت . سنة 1414 هـ 1992 م ، أبو عبد الله الشيباني . مسند أحمد بن حنبل . باب مسند جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) . 03 ص 296 . طبعة مؤسسة قرطبة . القاهرة .

<sup>27</sup> . أحمد بن غنيم النفراوي – الفواكه الدواني . ج 2 ص 151 . طبعة دار الفكر بيروت . سنة 1415 هـ 1995 م .

<sup>28</sup> . موفق الدين ابن قدامة المقدسي – المغني . ج 7 ص 436 . الطبعة الرابعة دار عالم الكتب الرياض . سنة 1419 هـ 1999 م .

<sup>29</sup> . النووي – روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 11 ص 204 . الطبعة الثالثة – المكتب الإسلامي بيروت . سنة 1412 هـ 1991 م .

<sup>30</sup> . النووي – مرجع سابق . ج 4 ص 38،39 ، ابن قدامة المقدسي مرجع سابق . ج 8 ص 247-248 .



الأحناف في مجلة الأحكام العدلية وهو قولهم: "النصيب المشاع هو: السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك"<sup>31</sup>. فالملكية الشائعة إذا هي: ما تعلق كل نصيب منها بجزء نسبي غير معين ولا معزول، فتكون كل ذرة من نصيب أحد الشركاء المشتاعين مشتركة بين ذرات أنصباء الشركاء كلهم.

### ج - التعريف الإضافي أو العلمي للملكية الشائعة.

يعتبر تعريف الأحناف السابق هو التعريف التي التقت عليه كلمة الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للملكية الشائعة بقولهم: " هي ما تعلق بجزء نسبي غير معين"<sup>32</sup>، أو هي: " ما كان نصيب كل شريك فيها منتشر في جميع أجزاء الشيء المملوك"<sup>33</sup>، فالملكية الشائعة لا يعد المشتاع فيها مالكا للمال كله أو مالكا لجزء مفرز منها، وإنما كل شريك يملك حصة شائعة يراحم فيها الشركاء المشتاعين، وتمتع الشريك بملكه لا يتعدى حدود حصته.

ومن خلال التعريف السابق ندرک أن مرجع الشيوع في الملك يعود أساسا إلى تعدد الملاك في ذات الملك، وهي حالة استثنائية لا أصلية، فالأصل أن ينفرد كل مالك بملكه مفرزة يتمتع بثمارها استغلالا واستعمالا وتصرفا.

### ح - تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري.

أشار المقنن المدني إلى تصوير الشيوع في المادة (713) من القانون المدني الجزائري. جاء فيها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"<sup>34</sup>.

فالملكية الشائعة في القانون المدني هي التي لم يحدد نصيب كل شريك فيها، فهو غير معين ولا معزول، وهو ما عبر عنه المقنن الجزائري بغير المقرر في المادة السابقة، فالشيوع إذن هو تزامن<sup>35</sup> ملكيات المشتاعين على الشيء الواحد وهي ملكية تخول سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف لأكثر من شخص على ذات الملك دون إفرار أو تحديد جزء، أو عزل نصيب من هذا الشيء المملوك لكل مالك على حدة، ولا يشترط في الملكية الشائعة أن تتساوى أنصباء المشتاعين وحصصهم، بل يحدد

31 . سليم رستم باز . شرح المجلة . ج01ص58. الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية . بيروت . سنة 2010م.

32 . د. أحمد فلاح عبد البقيث – مرجع سابق . ص 127.

33 . د. وهبة الزحيلي – مرجع سابق . ج5 ص 656.

34 . مولود ديدان – القانون المدني . حسب آخر تعديل له . ص 137. طبعة دار النجاح للكتاب سنة 2006م.

35 . أحمد خالد - القسمة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري . ص 19 طبعة دار هومة . سنة 2008م.

نصيب كل شريك في الشيوخ حسب السند، أو السبب الذي مكن من ملكية هذا النصيب لصاحبه، وتختلف<sup>36</sup> أسباب اكتساب الملكية الشائعة حسب السند القانوني الذي استندت عليه سواء أكان تصرفا قانونيا كالعقد أو الوصية، أو واقعة قانونية كالمرث والحيازة والاتصال، وعلى هذا قال المقنن الجزائري: "وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"<sup>37</sup>، وجعل تساوي الأنصبة في الملكية الشائعة أصلا، والاستثناء ما استثناه الدليل، وهو كلام يحتاج إلى مستند قانوني. ومن خلال المادة (714) والتي مفادها أن: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"<sup>38</sup>.

#### ثانيا: امتيازات المالك على الشيوخ ودوران الحكم في التصرف بين الأصالة والوكالة.

تناولت في هذا المبحث أحكام تصرف الشريك في المال المشاع في حدود حصته، وكذا حكم تصرفه في جزء مفرز عن الملكية الشائعة، ثم بينت أحكام تصرفه المنصب على كل المال المشاع، في مقابلة بقية الشركاء والمتصرف إليه، وقد كانت الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

#### أ - حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

تعتبر ملكية المالك على الشيوخ ملكية تامة للشيء محل ملكيته، فله أن يتصرف منفردا في حدود حصته، غير أن ممارسته منفردا بسلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف مرهونة بعدم الإضرار بحقوق سائر شركائه في أنصبتهم حيث ينتهي حقه عند بداية حقوقهم، والمتصرف في هذه الحالة بين تعارض المقتضى والمانع<sup>39</sup>، فمقتضى الملكية يطلق له يد التصرف، ومانع الشيوخ يقيد تصرفه، فيقدم المانع على المقتضى، فتبقى صحة تصرفه في حدود ملكيته وهو ما اجتمعت عليها كلمة الفقهاء إلا في استثناءات خاصة سيأتي ذكرها.

#### 1 - حق التصرف.

<sup>36</sup> د. أحمد فلاح عبد البخيث - مرجع سابق - ص 128.

<sup>37</sup> المادة ( 713 ) من القانون المدني الجزائري . انظر مولود ديدان . مرجع سابق . ص 137.

<sup>38</sup> -37 المرجع نفسه . ص 137.

<sup>39</sup> القاعدة الفقهية: " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع "، انظر الشيخ أحمد بن محمد الزرقا . شرح القواعد الفقهية .

ج1 ص244. الموسوعة الشاملة - الإصدار الثالث.

ونقصد به نقل المالك لنصيبه في الشيوع بعوض أو بغير عوض، فإذا كان تصرف الشريك في حدود حقه اعتبر تصرفه صحيحا فيما بين طرفيه نافذا في مواجهة سائر الشركاء، وهو ما نطقت به كلمة الفقهاء .

- جاء في تبين الحقائق: " بيع المشاع يجوز من شريكه، ومن غير شريكه بالإجماع، سواء كان مما يحتمل القسمة كالأرض والدار، أو مما لا يحتمل القسمة كالعبد والحمام<sup>40</sup>، فذهب الأحناف<sup>41</sup> إلى جواز بيع الشريك لحصته في الشيوع ولو كان مما لا ينقسم، مع ما في ذلك من إدخال الضرر على الشريك، وذلك بإدخال شريك أجنبي عليه.

- وذهب إلى القول السابق الإمام مالك (رحمه الله)، حيث جاء في المدونة الكبرى: " .. سألت مالكا عن الرجلين يتكاريان الدار، فيريد أحدهما أن يكرى نصيبه لأصاحبه الشفعة؟ فقال: لا، وقد أجاز مالك في هذه المسألة كراء نصف الدار غير مقسومة وأرى في الدابة والعبد أن الكراء جائز من قبل أن البيع في نصف العبد ونصف الدابة جائز<sup>42</sup> . والعبد والدابة مما لا يقبل القسمة.

- وذهب الشافعة إلى جواز رهن المشاع سواء رهنه من شريكه أو أجنبي، قبل القسمة أو لم يقبلها، وسواء أكان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره، ولا يخفى ما في ذلك من إدخال الضرر على الشريك إن كان الباقي من المشاع لغير الراهن وقد قاس الشافعية صحة رهن المشاع على صحة بيعه، جاء في روضة الطالبين: "ولو رهن نصيبه من بيت من دار بإذن شريكه صح، وبغير إذنه وجهان أصحهما عند الإمام صحته، كما يصح بيعه<sup>43</sup> .

- وذهب القاضي<sup>44</sup> من الحنابلة إلى احتمال عدم صحة رهن الشريك في الشيوع لحصته إذا كان المشاع مما يقبل القسمة، و ذلك خشية أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه، والصحيح في

40 . فخر الدين الزيلعي . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج 5 ص 126 . طبعة دار المعرفة . بيروت .

41 . استثنى الأحناف عقد الرهن ، والهبة والإجارة .

42 . مالك بن أنس . المدونة الكبرى - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي على الإمام عبد الرحمن بن القاسم . ج 4 ص 1911 . الطبعة الأولى دار الفكر . بيروت . سنة 1419هـ ، 1998م .

43 . النووي - مرجع سابق . ج 4 ص 38 .

44 . هو أبو عبد الله بن ماکولا، كان رجلا جليل القدر عالي الأمر ظاهر الصلاح يحضره شيوخ المذهب مثل ابن الفقاعي، وابن الغفاري، أبي طالب ابن البقال، وكان يقضي بين عسكر بغداد لما كان له في نفوسهم من الدين، ولا يبرم الأحكام بينهم إلا على مذهب إمامنا، توفي سنة 437هـ، ودفن في مقبرة الإمام أحمد . انظر . أبو الحسين محمد بن محمد بن أبي يعلى . طبقات الحنابلة . ج 02 ص 188 . طبعة دار المعرفة . بيروت لبنان .

المذهب الحنبلي جواز ذلك قياسا على صحة بيعه مطلقا، والبيع أقوى من الرهن، قال في المغني: ".ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح - أي القاضي - لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن مما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع بيعه"<sup>45</sup>.  
- والذي اتفقت عليه كلمة الفقهاء هو الذي تشهد له الأصول العامة والقواعد الفقهية، وما ذكر من احتمالات لبعض الفقهاء لا يرقى لمعارضة الأصل لأن:

- إدخال الضرر على الشريك في الشيوع بإدخال شريك أجنبي عليه إذا كان المال مما لا يقبل القسمة يعارضه ضرر أقوى، وهو منع الشريك الآخر من التصرف في ملكه فيختار "أهون الضررين"<sup>46</sup>، كما للشريك الأول أن يتخلص من ضرر الشريك الأجنبي باستعمال الشفعة حالة البيع.  
- ما ذكر من احتمال وقوع الرهن في نصيب الشريك الآخر إذا كان المال مما يقبل القسمة، فإن ذلك مدفوع بكون الرهن ممنوع من التصرف في الرهن مما يضر بالمرتهن ابتداء، فيمنع من القسمة كما هو ممنوع من البيع، ويحل المرتهن محل الراهن في الشيوع إلى غاية قبض ماله، فلا بأس بتبعيض اليد بحكم الشرع، كما لا بأس به لاستقاء الراهن المنافع"<sup>47</sup>.

## 2 - حق الاستعمال والاستغلال.

يحق لكل شريك في الشيوع أن يستغل جميع المرافق المشتركة المتعلقة بنصيبه من حق الاستطراق والمسيل والمجرى والمطلات، وإنما تملك الأعيان لمنافعها، ولا قيمة لها بدونها، كما يحق لكل شريك أن ينتفع بحصته في الشيوع بكل أنواع الانتفاع ما لم يلحق ضررا بالمال المشاع أو الشركاء فيه، يقول الشيخ أحمد أبو الفتوح: "ينتفع الشركاء بالأعيان المشتركة بنسبة أنصباهم فيها، فيجوز لكل شريك أن يسكن في الدار المشتركة بقدر حصته، ويزرع من الأرض بهذا القدر، وكما يجوز له أن ينتفع بنفسه يجوز له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض، بشرط ألا يكون في شيء من ذلك ضرر لبقية الشركاء"<sup>48</sup>.

ولأجل منع ضرر الاستعمال والاستغلال قسم الفقهاء هذه المنافع إلى قسمين<sup>49</sup>:

45 . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق ج6 ص456

46 . قاعدة " يختار أهون الشرين " قاعدة جزئية تدرج تحت القاعدة الأساسية " لا ضرر و لا ضرار " . انظر محمد الزرقا - مرجع سابق . ج1 ص226.

47 . النووي . مرجع سابق . ج4 ص39.

48 . أحمد فلاح عبد البخيت - مرجع سابق . ص139 بالهامش.

49 - المرجع نفسه . ص139، 140.

- الأعمال التي يستطيع الشريك في الملك الشائع أن يباشرها منفردا، وهي التي تكون في نطاق ما أعد له المال الشائع بحيث يستطيع الشركاء جميعا في الوقت ذاته أن يباشروها كل على انفراد، وذلك كالطريق المشترك في حق التطرق وهواء الطريق النافذ أو غير النافذ في حق المطل، والمسيل في صرف الماء الزائد، فالانتفاع للشركاء في هذه الحالة يصح مطلقا ما لم يترتب عليه ضرر فاحش.

- منافع الاستعمال التي لا تقبل المشاركة على الوضع السابق من الاستقلال والانفراد لأن مباشرتها تستلزم الاستئثار بالعين المشتركة جميعا، أو بجزء منها، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي شريك فيها أن يقوم بها منفردا، وذلك كأن يبني دارا أو يحدث غراسا في الأرض المشتركة، وقد ذهب الأحناف<sup>50</sup> استثناء من هذا المبدأ العام إلى جواز انتفاع الشريك في الشيوع بالعين المشتركة كلها، إذا تقيّد هذا الانتفاع بالشروط التالية:

- ألا يلحق هذا الانتفاع ضررا بالعين المشتركة.

- أن يكون الشريك الآخر غائبا.

- ألا يكون الشريك يتيما.

وقد اتفقت آراء الفقهاء<sup>51</sup> في مجملها في مسألتها الاستعمال والاستغلال بالعين المشتركة على البيان السابق.

#### ب - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في الفقه الإسلامي.

اختلفت كلمة الفقهاء في تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع فمنهم من أبطل تصرفه نتيجة الضرر اللاحق بالشريك حالة القسمة، لكونه سبق إلى جزء من المال الشائع وفرض أحقيته عليه دون شركائه، ومنهم من صحّ تصرفه إذا كان في حدود نصيبه، ولو كان على جزء مفرز منه، فإذا ما وقع الشيء المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب شريكه تلتزمه قيمته لكونه حصل له بدله.

**1 - فذهب الأحناف<sup>52</sup> إلى أنه لا يجوز للشريك في المال الشائع أن يتصرف في جزء مفرز منه، فلو باع أحد الشركاء جزءا معيناً من دار مشتركة فإنه لا يجوز، ويحق للشريك الآخر إبطال البيع، ولو تصرف**

<sup>50</sup> . علي الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية . ص 208. الطبعة الثانية . دار النهضة العربية للطباعة والنشر . بيروت سنة 1990.

<sup>51</sup> . ابن عابدين . حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) . ج4 ص375 . الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان . سنة 1432هـ، 2011م، ابن فرحون . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . - ج2ص263 . الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت . سنة 1432هـ، 2011م.

، النووي - مرجع سابق . ج4 ص207، 214، ابن قدامة المقدسي - مرجع سابق . ج7 ص22 وما بعدها.

الشريك في نصيبه كله من بيت معين فلا يجوز أيضا عند الأحناف، لأن التصرف في هذا الجزء المفرز، ولو كان في حدود نصيب الشريك المتصرف هو تصرف في جزء تتزاحم عليه حقوق الشركاء فلا يصح، قال في مجلة الأحكام العدلية: "ليس لأحد من الشريكين التصرف في المشترك إلا بإذن الآخر، فليس لأحدهما بيع المشترك ولا إجارته ولا إعارته، ولا زيادة البناء عليه"<sup>53</sup>.

2 - وفي المذهب المالكي من تصرف في العرصه أو الطريق خاصة دون البيوت، فإما أن يأخذ الشركاء بالشفعة لاسترجاع ما تصرف فيه الشريك ببيع أو صلح، وإما أن يبطلوا تصرفه، قال في البهجة: " فإن باع أحدهما حصة من الساحة بعد قسم البيوت كان لشريكه أن يرد بيعه إذا بقي البائع يتصرف إلى البيوت كما كان، لأن في ذلك ضرر، وإن كان قد أسقط تصرفه من الساحة، وتصرف إلى بيوته من دار أخرى فإن كان يبيعه من أهل الدار جاز ولبقية شركائه الشفعة على أحد قولين في وجوب الشفعة فيما لم ينقسم، وإن كان يبيعه من غير أهل الدار فلهم الأخذ بالشفعة، أو فسخ بيعه"<sup>54</sup>، فأبطل تصرفه يعود إلى قطع الضرر، وذلك بإدخال شريك أجنبي عليهم، وكذا زيادة الاستطراق بدخول الأجنبي مع بقاء استطراقه، كما يعود إلى كون التابع لا يصح بيعه أو جعله بدلا لصلح إلا تبعا لمتبوعة، فالاستطراق لا يحق إلا لمن امتلك سببه وهو البيوت، وإن اعتبرت الطريق أو العرصه جزءا معينا من مال شائع.

3 - أما في الفقه الشافعي فقد صحح الفقهاء صحة تصرف الشريك في الشيوع في حدود نصيبه، ولو انصب تصرفه على معين مفرز من مال شائع، قال في نهاية المحتاج: " .. فعلم صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة من غير إذن شريكه، كما يجوز بيعه، فلو اقتسموها، فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا لأنه حصل على بدله"<sup>55</sup>، وصحح الشافعية تصرفه لإمكانية رفع الضرر عن الشريك حالة القسمة إذا ما وقع الجزء المرهون "المتصرف فيه" في نصيبه، بأن يترتب على شريكه بدله لحصوله عليه بعد القسمة.

<sup>52</sup> . أسعد محمد الصاغري . مرجع سابق . ج2 ص66، 67، أحمد عبد البخيت - مرجع سابق . ص185.

<sup>53</sup> . المادة (1075) . انظر . سليم رستم باز . مرجع سابق . ج01 ص477، 478.

<sup>54</sup> . ابن عاصم الأندلسي . البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام - ج2 ص199 . الطبعة الأولى . المكتبة العصرية صيدا بيروت . سنة 1425هـ، 2005م.

<sup>55</sup> . شمس الدين بن أحمد الرملي . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ج3 ص239 - طبعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر - سنة 1967م، النووي . مرجع سابق . ج4 ص38.

4 - واختلفت كلمة الحنابلة<sup>56</sup> في هذه الجزئية إلى راجح ومرجوح، فالرأي الأول عند الحنابلة، وهو الراجح عندهم أنه يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه كله من بيت معين ما دام تصرفه لم يتجاوز حدود نصيبه.

أما الرأي الثاني، وهو الذي قال به القاضي من الحنابلة، بأن تصرفه هذا لا يجوز لاحتمال أن يقسم الشريكان المال الشائع بينهما فيحصل التصرف في حصة شريكه، وقد علل لرأيه قائلا: " لو صح تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لتعين نصيبه في ذلك الجزء، فإذا تمت القسمة كان ذلك ضررا على الشريك، إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه لأن نصفه للمشتري، ولا جمع نصيب البائع لفوات ذلك ببيعه النصف وإذا سلم الأصل من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة"<sup>57</sup>.

وقد أبطل الحنابلة هذا الاحتمال الذي ذكره القاضي، لأن الشريك في الشيوع ممنوع من التصرف الذي يضر بشركائه فيمنع من القسمة المضرة، كما يمنع من البيع إن كان فيه ضررا بالشركاء، ومن لهم حقوق تتعلق بنصيبه كالمترهن مثلا.

5 - القول الراجح: بعد عرض آراء فقهاء المذاهب في هذه الجزئية تبين لي أن ما ذهب إليه السادة الشافعية، والراجح عند الحنابلة هو الأرجح، فتصرف الشريك في حدود نصيبه ولو انصب على جزء مفرز هو الذي تؤيده مميزات الملكية وثمراتها غير أن الملكية الشائعة تفرض على الشريك مراعاة حقوق الشركاء، فيقطع ضرره ويلزم بجبر النقص الداخل على أنصبتهم، كما لا يصح تصرفه في هذا الجزء المفرز من المال الشائع إذا كان من التوابع<sup>58</sup> كالمرافق بالنسبة للأعيان، فلا يصح التصرف فيها إلا تبعا، لأنه لا قيمة للأعيان بدون منافعها، وبها كانت محلا للامتنان، وهو الذي ذكره المالكية في النص السابق من إبطال التصرف قطعا للضرر.

#### ت - تصرف الشريك في كل المال الشائع

للقوف على معرفة حكم التصرف الصادر من الشريك، والمتعلق بجميع المال المشاع وقف الفقهاء على حكم كل علاقة تربط المتصرف بباقي الأطراف.

<sup>56</sup> . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق . ج 6 ص 456.

<sup>57</sup> - المرجع نفسه . ج 6 ص 456.

<sup>58</sup> . القاعدة الفقهية التي تضبط ذلك هي قول الفقهاء : " التابع لا يفرد بالحكم " : أي دون متبوعه . عبد الكريم زيدان - الوجيز في شرح القواعد الفقهية . ص 111 . الطبعة الأولى . مؤسسة الرسالة . سنة 1424 هـ ، 2003م .

## 1 - علاقة المتصرف بباقي الشركاء .

إن صدر تصرف الشريك بغير إذن باقي الشركاء فإن تصرفه لاغ، ولا يصح إلا في حدود حصته، وذلك لأن حق الغير محافظ عليه شرعا وهو ما أكدته القواعد الفقهية<sup>59</sup>، فملك الغير محترم لا يجوز انتهاك حرمة بالتصرف فيه بلا إذن مالكة، وهو ما أجمعت عليه كلمة الفقهاء .

- قال في الإيضاح : " من أحدث في طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرسنا<sup>60</sup> أو دكانا وسعه ذلك - جاز له - إن لم يضر الناس، وفي غير نافذ لا يسعه بلا إذن الشركاء<sup>61</sup> . فالطريق العام هو من المرافق العامة التي تثبت للجميع عن طريق الإباحة على سبيل الشركة، فيحق لكل من يقع عقاره بجانبه أن يرتفق به بكل أوجه الارتفاقات ما لم يضر بالعام، بخلاف الطريق الخاص - غير النافذ - فهو ملك لأهله، فلا يصح لأي منهم أن يتصرف فيه إلا بإذنهم لتزاحم حقوقهم عليه.

- وهو عين ما ذهب إليه فقهاء السادة المالكية، جاء في التبصرة: " إذا كان الطريق غير نافذ فليس لأحد فتح باب فيها إلا عن رضا من أهل الزقاق، وهي . كالعروة المشتركة . وبه القضاء وعليه العمل<sup>62</sup>، ففتح الباب يقتضي زيادة الاستطراق، وفي ذلك ما لا يخفى من الإضرار ببقية الشركاء، فمنع الشريك من هذا التصرف ابتداء قسطا للضرر الناتج عن تصرفه.

- وهو الذي قال به فقهاء الشافعية<sup>63</sup> والحنابلة<sup>64</sup> منعا لتصرف الشريك في المال المشترك إلا بإذن أهله، وقد ذكروا ذلك في أحكام الطريق غير الناقد، والحائط المشترك، والأنهار الخاصة المملوكة لمجموعة من الأشخاص، والتي ترتب لهم عليها حق الشرب وحق الشفة، وكل ذلك مقيد بقول الفقهاء حق الغير محافظ عليه شرعا للآيات والأحاديث الواردة في هذا الباب ومن ذلك.

<sup>59</sup> . نص القاعدة : " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه " . انظر . عبد الكـريم زيدان . المرجع نفسه . ص160 .

<sup>60</sup> . الكنيف: هو الميراح، والميزاب: مجرى الماء، و الجرسن: هو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل هو الذي يعمل قدام الطافة لتوضع عليه كيزان، وقيل هو جذع يخرج من الحائط لينى عليه . أنظر شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا الحنفي - الإيضاح في شرح الاصطلاح في الفقه الحنفي . ج2 ص 457 . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية - بيروت . سنة 1428هـ ، 2007م .

<sup>61</sup> . المرجع نفسه . ج 2 ص 457،458

<sup>62</sup> . ابن فرحون - مرجع سابق . ج 2 ص 263 .

<sup>63</sup> . النووي - مرجع سابق . ج 4 ص 207، 214، و . ج 5 ص 307 .

<sup>64</sup> . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق . ج 7 ص 49 .



. قوله تعالى: " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْءُوا بِهَا إِلَى الْكُفَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ " ١٨ "65.

. وقوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا " ١٠ "66.  
. ومنها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " ٢٩ "67، وكل الآيات التي تحرم انتهاك أموال الناس، أو التصرف فيها بغير إذن، وهي كثيرة في القرآن الكريم.

ومن الأحاديث الثابتة عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في هذا الباب.

. قوله (صلى الله عليه وسلم): " لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس منه " 68.  
. وقوله (صلى الله عليه وسلم): " .. إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " 69. والأحاديث في هذا الباب كثيرة لكون حفظ المال مقصدا من مقاصد التشريع الكبرى تشهد لذلك ظواهر النصوص والأقيسة، لأن القياس يقتضي أن لا يتصرف متصرف في ملك الغير إلا برضاه، فحق الملكية يعطي المالك هذا الامتياز، والناس مسلطون على أملاكهم وتصرف الشريك لا يصح إلا في حدود حصته، وذلك مما خوله له حق الملكية، وللشركاء استرجاع نصيبه عن طريق الشفعة إذا كان المال الشائع عقارا قطعاً لضرر المشاركة، أو كان مما لا يمكن قسمته قال في البهجة: " .. أن تكون دار مثلاً أو عبد بين رجلين فأكثر، فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيع جميعه بغير إذنهم، فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع، أو يضموا لأنفسهم ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن " 70.

65 . سورة البقرة – آية رقم 188.

66 . سورة النساء – آية رقم 10.

67 . سورة النساء – آية رقم 29.

68 . البيهقي . السنن الكبرى . باب ما لا يملك أحد بالجناية . ج 06 ص 96، السيوطي . الجامع الكبير . باب حرف اللام . ج 01 ص 19219. مصدر الكتاب . موقع ملتقى أهل الحديث www.ahlhaldeeth , قال الهيثمي: رواه أحمد وابنه من زياداته أيضا، والطبراني في الكبير والأوسط، ورجال أحمد ثقات، جمال الدين الزلعي . نصب الراية لأحاديث الهداية . كتاب الغضب . ج 04 ص 169. الطبعة الأولى . مؤسسة الزيان بيروت ودار القبلة للثقافة الإسلامية . سنة 1418هـ، 1997م، قال: إسناده جيد، أخرج نحوه عن أنس بإسنادين في الأول مجاهيل وفي الثاني علي ابن زيد بن جدهان.

69 . محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري . صحيح ابن خزيمة . باب صفة الخطبة يوم عرفة . ج 04 ص 250. قال الأعظمي:

إسناده حسن لغيره

الألباني . إرواء الغليل . كتاب الغضب . ج 05 ص 350. قال الألباني: صحيح رواه مسلم.

70 . ابن عاصم الأندلسي . مرجع سابق . ج 2 ص 251.

فمن حق الشركاء أن يتموا البيع، أو أن يبطلوه فيما يتعلق بحصصهم كونهم مسلطون على أنصبتهم في هذا المال.

## 2 - الاستثناء من الأصل العام.

قد يحصل الاستثناء من الأصل العام الذي يمنع تصرف الشريك في الملك المشاع كله لتعلق حق الغير به، فيصح تصرفه في حالات خاصة يفرضها مقتضى التصرف، ومنها:

- إذا تعدى ضرر المال الشائع مالكي الشيوع وجب إزالة الضرر، وهو من فعل الواجب المترتب على الشركاء، فإذا ما أقدم أحد الشركاء على هدم الحائط المشترك، أو السقف الذي بينهما نظر، فإن خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على الشريك الذي أقدم على هذا التصرف لكونه فعل الواجب وأزال الضرر، وفي هذه الحالة يقدم المقتضى<sup>71</sup> على المانع لقوته.

- أن تدعو الحاجة<sup>72</sup> إلى التصرف في المال المشاع ويتعذر استئذان الشريك لغيبته وانقطاع أخباره، وكذا مشقة انتظاره بالإضافة إلى الخشية على فساد المال المشاع أو نقصان ثمنه، ومن أمثلة ذلك:

- ما لو سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه، فإن تصرفه جائز وللشريك الغائب أن يسكن بعد عودته نظير ما سكن شريكه، لأن الاضطراب لا يبطل حق الغير<sup>73</sup>.

- تجوزهم لأحد الشريكين تعمير المشترك بدون إذن الشريك، وبدون إذن القاضي، ورجوعه بقيمة البناء عند ضرورة القسمة، مع امتناع الجبر على العمارة.

- لو استعمل أحد الشريكين في الكرم ثماره وبيعها حين غيبة شريكه فعمله جائز، وإذا حضر الشريك فهو مختار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، أو أن يضمن حصته.

- أما إن كان تصرف الشريك<sup>74</sup> برضا باقي الشركاء فيكون حالتها أصلا ووكيلا، ولا يحتاج إلى عقد الباقي، واشترط الفقهاء أن يفصل ما على كل واحد بالتراضي.

- دفعا لضرر المالك بتقويت الرّيح، وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود.

<sup>71</sup> نص القاعدة الفقهية: " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع " انظر د. زيدان - مرجع سابق . ص108.

<sup>72</sup> محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص113 وما بعدها، الشيرازي . المهذب مع تكملة المجموع - ج14 ص73 - مطبعة الإمام - مصر.

<sup>73</sup> عبد الكريم زيدان - مرجع سابق . ص81.

<sup>74</sup> ابن عابدين . مرجع سابق . ج11 ص452، محمد قدرى باشا- مرجع سابق . ج3 ص1127، الشيرازي . مرجع سابق . ج14 ص30.

### 3 - علاقة المتصرف بالمتصرف إليه.

وفي هذه الحالة يجب التفريق بين علم المتصرف إليه وجهله بحالة الشّيعوع.  
- فإذا كان المتصرف إليه يعلم<sup>75</sup> أن المتصرف يملك العين المتصرف فيها على الشيوع فإنه لا يجوز له المطالبة بالإبطال لكونه على بصيرة من أمره أثناء تصرفه فتقع عليه التزامات التصرف، ولا يثبت له الخيار لتقصيره.

- أما إذا كان المتصرف إليه جهل<sup>76</sup> حالة الشيوع، فأقدم على هذا التصرف معتقدا أن المتصرف يملك المال المتصرف فيه ملكية مفرزة فتبين له خلاف ذلك، فإن له في هذه الحالة الخيار . خيار النقص . بين الإمساك أو الرد، وذلك لكون الشركة تؤدي إلى تفريق الصفقة، وهو عيب يؤدي غالبا إلى النقص في ثمن المتصرف فيه، فحق للمتصرف إليه ألا يرتضيه للضرر اللاحق به.  
أما المتصرف<sup>77</sup> فإنه لا خيار له لأنه تصرف فيما يزيد عن نصيبه، وليس من حقه ذلك، فهو من رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه، فلا ضرر يلحقه.

### ثالثا: امتيازات المالك على الشيوع في القانون المدني.

يصح للشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة، ذلك لأنه يملك هذه الحصة ملكا تاما، ومن مقتضى امتيازات الملكية أن يمكن من التصرف فيها، سواء بنقل ملكيتها بعوض أو بغير عوض، أو بإنشاء حقوق عينية أخرى كحقوق الارتفاق.

### أ - نقل ملكية الحصة الشائعة<sup>78</sup>.

يقع التصرف من الشريك في حدود نصيبه من الشيوع صحيحا فيما بين طرفيه، كما يعد نافذا في مواجهة باقي الشركاء، وقد يكون هذا التصرف بيعا، أو صلحا، أو هبة أو حصة في شركة، ومن الآثار المترتبة على هذا التصرف أن يحل المتصرف إليه محل المتصرف، فيصبح مالكا للحصة الشائعة، وشريكا في الشيوع.

75 . محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص1124، الشربيني . مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج . ج2

ص40 . طبعة مصطفى الحلبي مصر، جمال خليل النشار . مرجع سابق . ص209.

76 . محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص1124، الشربيني . مرجع سابق . ج2 ص40، جمال خليل النشار . مرجع سابق . ص209.

77 . انظر أحمد عبد البخيت . مرجع سابق . ص194.

78 . محمد لبيب شنب . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية . ص325 . الطبعة الثانية . وحدة توزيع الكتاب الجامعي . عين

شمس مصر . سنة 1999م.

جاء في المادة (714) من القانون المدني الجزائري: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.. بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"<sup>79</sup>. فصحة تصرفه نابع من مميزات ملكيته، غير أن صحة تصرفه مرهونة بالحفاظ على حقوق المشتاعين، وهو ما يلزم به القانون.  
ب - إنشاء حق عيني على الحصة الشائعة<sup>80</sup>.

قد يكون موضوع التصرف إنشاء حق عيني آخر على هذه الحصة، كحق انتفاع أو حق الرهن، فإذا تضمن هذا التصرف حق انتفاع اقتضى نفاذ هذا التصرف في مواجهة الشركاء، فيترتب على ذلك نيابة المتصرف إليه للمتصرف في كل ما يتعلق بالإدارة العادية للمال الشائع، بما في ذلك قسمة المال الشائع قسمة منافع (المهاياة)، فهو الشريك في الشيوخ المعتبر رأيه فيما يتعلق بإدارته.  
و يستثنى مما سبق كل سلطات التصرف والإدارة غير المعتادة، وكذا القسمة النهائية للمال الشائع، فتبقى بيد المتصرف لكونه المالك الأصلي للرقبة، فحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانتهاء أجله، أو وفاة المنتفع.

وفي حالة رهن الحصة الشائعة وافتقار الراهن، أو عدم وفائه بسداد الدين المضمون بهذا الرهن حق للدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة تنفيذا جبريا، أما إن كان الرهن حيازيا فيكفي أن يتوصل بأن لا يبقى في حياة الراهن.

أما فيما يتعلق بإنشاء حقوق الارتفاق فذهب فقهاء القانون المدني إلى أنها لا تصح لكونها تقتضي إفراز حصة المتصرف المنشئ، فلا بد من تحديد العقار محل الارتفاق، إذ لا يتصور مباشرة هذه الحقوق إلا على أجزاء محددة.

وقد أثبت المشرع الجزائري أحقية هذه التصرفات، والتي تندرج ضمن سلطتي الاستعمال والاستغلال في المادة (714) من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما.. يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"<sup>81</sup>. وتبقى سلطة المالك على الشيوخ في الاستعمال والاستغلال مرهونة بالحفاظ على حقوق الشركاء لكون حقه يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك.

<sup>79</sup> . مولود ديدان – مرجع سابق . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135 . طبعة دار الجزيرة . سنة 2010م 2011م الجزائر.

<sup>80</sup> . محمد لبيب شنب – مرجع سابق . ص326.

<sup>81</sup> . المادة (714) . مولود ديدان – مرجع سابق . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

- أما تصرف الشريك في الشيء الشائع كله، أو في حصة تزيد على حصته، فإن تصرفه لا يكون نافذا في مواجهة بقية الشركاء إلا في حدود حصته، كونه مسلطا على ما يملك، وفيما تجاوز ذلك يحق للشركاء أن يرفعوا دعوى الاستحقاق<sup>82</sup> لتأكيد حقوقهم فيما زاد على نصيب الشريك المتصرف، قال في المادة (715): " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين"<sup>83</sup>. وفي حكم هذا التصرف فيما بين طرفيه، الشريك المتصرف والمتصرف إليه يرى فقهاء القانون المدني أن حق إبطال التصرف يمتلكه المتصرف<sup>84</sup> إليه إذا كان مجهول كون المتصرف فيه مملوك للمتصرف على الشيوخ، وذهب بعض المقننين إلى إبطال أصل التصرف كونه واردا على ملك الغير .

- أما إذا انصبّ التصرف على جزء مفرز من المال الشائع تعينت حدوده، وتميز عن سائر أجزاء الشيء الشائع سواء بنقل ملكيته، أو بتقرر حق عيني عليه، ففي هذه الحالة ينبغي التفرقة بين حكمه بالنسبة لسائر الشركاء، وحكمه بالنسبة لطرفيه.

#### ت - حكم التصرف في مواجهة الشركاء .

يعتبر تصرف الشريك الواقع على جزء مفرز من المال الشائع غير نافذ في حق بقية الشركاء، لأن اختصاص أحد الشركاء بهذا الجزء المفرز من المال الشائع يعتبر قسمة جزئية مبدئيا، وهذا مما لا يملكه إلا الشركاء مجتمعين، أو قرار الحاكم، وقد يعتبر هذا الجزء المفرز أجود المال الشائع، وبالتالي يعتبر إنفراد الشريك بالتصرف فيه ولو كان يعادل حصته إضرارا بالشركاء، وقطع الضرر مطلوب قانونا، ويترتب على الحكم السابق ما يأتي:

1 - لا يحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف في الشيوخ، فلا يحق له أن يسهم مع بقية الشركاء في إدارة الشيء الشائع أو التصرف فيه، وليس من حقه طلب تثبيت ملكيته قبل إجراء القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف كما لا يمتلك حق قسمة الشيء الشائع ولا المطالبة به.

<sup>82</sup> . المادة (717) وفيها : " ..ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان " . انظر . مولود ديدان . المرجع نفسه . ص137.

<sup>83</sup> . المادة (715) من القانون المدني الجزائري . انظر مولود ديدان . المرجع نفسه . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

<sup>84</sup> . جاء في المادة (714) : " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " . انظر . القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

2 - يحق لسائر شركاء المتصرف أن يرفعوا دعوى الاستحقاق<sup>85</sup> على الشريك المتصرف، وكذا المتصرف إليه لتأكيد حقوقهم على الجزء المفرز الذي وقع عليه التصرف، وذلك قبل حصول القسمة، ووقوع الجزء المفرز في نصيب غير الشريك المتصرف.

### ث - حكم التصرف في مواجهة الطرف الثاني في العقد "المتصرف إليه".

ويختلف الحكم في هذه الحالة باختلاف علم المتصرف بحالة الشيوع وعدم علمه.

### 1 - جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع.

إذا كان المتصرف إليه يجهل كون العين المتصرف فيها يملكها المتصرف على الشيوع، ولم يتم فرزها عن طريق القسمة بعد، فإنه يحق له إبطال التصرف لمصلحته باعتباره واردا على ملك الغير، قال في المادة (714) من القانون المدني الجزائري: " .. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفزرة"<sup>86</sup>، أما إذا تأخر طلبه حتى تمت القسمة، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فإن حق المتصرف إليه في الإبطال يسقط، لأن الغرض الذي هدف إليه تحقق وهو خلوص ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه.

### 2 - علم المتصرف إليه بحالة الشيوع.

إذا كان المتصرف إليه على علم بأن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف ملكية مفزرة فإنه لا يحق له المطالبة بإبطال التصرف، لا قبل القسمة ولا بعدها لعدم وجود الغلط الذي يستدعي الفسخ.

### 3 - مصير التصرف.

إذا أجاز بقية الشركاء تصرف الشريك ووقع هذا الجزء المفرز في نصيب المتصرف فإن التصرف في هذه الحالة نافذ بين طرفيه ومنتج لأثاره.

أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف فاستنادا إلى القواعد العامة يحق للمتصرف إليه فسخ التصرف لاستحالة تنفيذه، غير أن المقنن الجزائري خرج عن حكم القواعد العامة استحسانا لإقدام المتصرف إليه على هذا التصرف ابتداء رغم علمه بالشيوع فقرر في المادة (714) ما نصه: " .. وإذا كان التصرف منصبا على 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

<sup>85</sup> . المادة (717)، ومما جاء فيها : " ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان " -

انظر . القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135، مولود ديدان . مرجع سابق . ص 137.

<sup>86</sup> . انظر . مولود ديدان - المرجع نفسه . ص 137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135.

القسمة<sup>87</sup>، وفي هذه الحالة يتغير محل حق المتصرف إليه حيث يحل الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المفز المتصرف فيه حلولا عينيا.

وبالنظر في الآراء الفقهية السابقة إلا في بعض الجزئيات منها، والتي كانت محل خلاف. كالتصرف في الجزء المفز من المال الشائع والذي صححه السادة الشافعية خلافا للجمهور، وكذا الاستثناءات التي ذكرها الفقهاء والتي تصح فيها تصرفات الشرك في كل المال الشائع بخلاف فقهاء القانون المدني، حيث اشترطوا لصحة التصرف توافق رأي الأغلبية مع قوة مبررات التصرف.

وبغض النظر عن هذه الجزئيات المذكورة يمكن القول أن أغلب المواد القانونية المنظمة لهذه المسائل مستمدة من التراث الفقهي الإسلامي.

#### الخاتمة:

من خلال دراستي لمسائل الشيوع، وإمكانية إنهائه، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وبناء على الإشكالية المطروحة في هذه الرسالة، والأهداف التي توخيت الوصول إليها، توصلت بحمد الله، و تسديده إلى النتائج، والاقتراحات التالية:

**أو لا: النتائج.**

وأجملها في النقاط التالية:

أ - يعتبر التراث الفقهي الإسلامي علاجا وافيا لكل حجات الناس المتجددة مما يحقق مصالحهم الدينية و الدنيوية في الحال و المال، فما من نازلة إلا ولها في الفقه الإسلامي حل شامل، و هو ما يفسر قول الفقهاء إن الشريعة صالحة لكل زمان و مكان، و ما تخلفت أمه الإسلام و تهقرت إلا لما تخلت عن هذا التراث الفقهي الزاخر و اتبعت نصوصا قانونية تتصف بالجمود والقصور قصور البشر، وصدق الرسول (صلى الله عليه و سلم) القائل: " تـركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما، كتاب الله و سنتي"

ب - رغم أن مجمل النصوص القانونية في القانون المدني الجزائري تتفق في عمومها مع ما جاء في الفقه الإسلامي لأنها صيغت بخلفية المقتن المسلم، إلا أنها تتصف بالقصور أمام الفقه الإسلامي لذا أوصي بأن يكون الفقه هو المصدر الأساسي في التقنين.

<sup>87</sup> . مولود ديدان - مرجع سابق - بص 137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135.

ت - تتميز الملكية الشائعة عن غيرها، فلا هي ملكية مفرزة يستأثر بها صاحبها دون غيره، و لا هي ملكية مشتركة لا يجوز التصرف فيها دون توكيل أو تفويض من بقية الشركاء، إذ للمالك على الشيوع كل ما يستأثر به المالك من استعمال و استغلال و تصرف، لكنه لا يتعدى حدود حصته.

ث - يعتبر الشيوع وضعا ماديا غير مستحسن إذ أغلبه ينشأ عن الميراث، و بالتالي فهو وضعية غير اختيارية بالنسبة للشركاء، وإذا قيل متى يدخل المال في ملك المالك بغير رضاه ؟ قيل عن طريق الميراث، وينتج عن هذا الكثير من النزاع لاختلاف وجهات النظر في تسيير واستغلال المال الشائع، وكثيرا ما استولى بعض الشركاء المشتاعين على أجزاء مهمة من ضمن المال المشاع دون البعض الآخر، وخاصة إذا كان من بين الشركاء المشتاعين من يكبر إخوته سنا، وكان يعمل مع المورث قيد حياته اعتقادا منه أنه هو الذي يخلف مورثه في تسيير المال بحكم العرف والعادة.

ج - يعتبر التصرف في جزء مفرز ولو كان في حدود حصة المتصرف، وكذا التصرف في كل المال المشاع اعتداء على حقوق باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا التصرف ولو كان صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء .

ح - كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.. بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

خ - بما أن الشيوع غير مرغوب فيه سواء من الناحية الاجتماعية، أم من الناحية الاقتصادية باعتباره مصدرا لكثير من المنازعات بين الشركاء فيه نتيجة تشابك الأيدي، وتداخل الحقوق، وسوء التصرف والاستغلال، فإن المشرع في الفقه الإسلامي، والمقنن في القانون المدني منحا كل شريك الحق في أن ينهي الشيوع عن طريق عقد القسمة.

وهو حق لا يقبل التنازل المسقط، فوجوده مرهون بوجود حالة الشيوع، غير أن لكل قاعدة استثناء، إذ هناك بعض الصور يبقى فيها الشيوع قهريا أو جبريا كالمراقف المشتركة التي تخدم نظام الطبقات في العمارات العصرية، وكل ما نشأ الشيوع لغرضه، كأن يكون المال المشترك لا يتحقق وجوده إلا ببقائه على الشيوع، أو أن يبقى المال شائعا بنص القانون.

د - قد يختار الشركاء لقسمة المنفعة بدل قسمة العين، وهو ما يسمى بقسمة المهايأة، وقد يجبرون عليها عند بعض المدارس الفقهية إذا تعذرت قسمة العين.

ذ - محل قسمة المهايأة هو منافع الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها، لذا لا يصح التهاؤ على الأعيان التي تستهلك بمجرد الانتفاع.



ر - تصح المهايأة على الاستعمال، أما المهايأة على الاستغلال فأجازها الأحناف ومنعها الجمهور، وأرأى ما ذهب إليه المالكية من جوازها تبعا، واتفق القانون المدني مع مجمل ما جاء به الفقه الإسلامي.

ز - تكون قسمة المهايأة رضائية باتفاق جميع الشركاء، واستنادا إلى القول الراجح في الفقه الإسلامي يجوز أن يجبر الشركاء على المهايأة، إذا لم يتحمل المحل القسمة العينية أما القانون المدني فيشترط اتفاق جميع الشركاء، إلا في حالة خاصة نصت عليها المادة (736) من القانون المدني الجزائري، وهي المهايأة التي سبقت القسمة النهائية.

#### ثانيا: الاقتراحات.

أ - من خلال هذا البحث تبين لي أثر الفقه الإسلامي واستيعابه لكل مسألة من مسائل الشيوع السابقة، ولذلك أوصي بجعل التشريع الإسلامي مصدرا أساسيا لا ثانويا مع ما في القانون المدني من قصور في معالجة كثير من المسائل المطروحة في باب الشيوع وغيره.

ب . إعادة دراسة الفقه الإسلامي دراسة مستجدة تقترب من التقنين الفقهي مع مراعاة مرونة التشريع، وإعمال مقاصده الكبرى.

وفي الأخير هذا أبلغ ما وصلت إليه، وهو جهد المقل، وأنا على يقين أن كل عمل بشري يتخلله النقص والقصور، إذ الكمال صفة من صفات ذي العزة والجلال، وأسأله جل وعلا المغفرة عن كل زلل، وإقالة كل عثرة، وأحمده على عونه وتوفيقه.

وصل اللهم على العلم الأول والنبي الأكرم سيد الخلق وحبيب الحق محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

### قائمة المصادر والمراجع

#### القرآن الكريم.

- 1 - المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم.
- 2 - تفسير القرآن العظيم - الحافظ أبو الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت 774هـ) - الطبعة الأولى - دار ابن حزم - بيروت - سنة 1423هـ، 2002م.

#### الحديث النبوي.

- 3 - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - محمد ناصر الدين الألباني - الطبعة الثانية - المكتب الإسلامي بيروت - سنة 1405هـ، 1985م.

4 - الجامع الكبير (جمع الجوامع) - جلال الدين السيوطي - مصدر الكتاب - موقع ملتقى أهل الحديث - الموسوعة الشاملة الإصدار الثالث.

5 - سنن ابن ماجة - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - طبعة دار الفكر بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135. الباقي - الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

6 - سنن أبي داود - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني - طبعة دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

7 - السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي - أبو بكر أحمد بن حسين بن علي البيهقي - الطبعة الأولى - مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر آباد الهند . سنة 1344هـ .

8 - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان - أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي - الطبعة الثانية - مؤسسة الرسالة بيروت - سنة 1414هـ، 1993م - تحقيق شعيب الأرنؤوط.

9 - صحيح ابن خزيمة - أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري - طبعة المكتب الإسلامي بيروت - سنة 1390هـ، 1970م - تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي - الأحاديث مذيلة بأحكام الأعظمي والألباني عليها.

10 - فتح الباري شرح صحيح البخاري - ابن حجر العسقلاني - طبعة دار المعرفة بيروت - سنة 1379هـ .

11 - مسند الإمام أحمد بن حنبل - أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني - طبعة مؤسسة قرطبة القاهرة - الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها.

12 - نصب الراية لأحاديث الهداية - مع حاشيته بغية الأمعي في تخريج الزيلعي - أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت762هـ) - الطبعة الأولى - مؤسسة الريان بيروت، ودار القبة للثقافة الإسلامية جدة - سنة 1418هـ، 1997م - تحقيق محمد عؤامة

#### الفقه الحنفي.

13 - الإيضاح في شرح الاصطلاح - شمس الدين أحمد باشا الحنفي - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - سنة 1428هـ، 2007م.

14 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - طبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

15- حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) - خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت1252هـ) - الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان - سنة 1432هـ، 2011م.

16 - شرح المجلة - للمرحوم سليم رستم باز اللبناني - الطبعة الأولى دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - سنة 2010م.

17 - الفقه الحنفي وأدلته - الشيخ أسعد محمد سعيد الصاغرجي - الطبعة الأولى - دار الكلم الطيب دمشق بيروت - سنة 1420هـ، 2000م.

18 - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية - محمد قدرى باشا (ت1237هـ) - الطبعة الأولى دار السلام - القاهرة، الإسكندرية مصر - سنة 1432هـ، 2011م.

#### الفقه المالكي.

19 - أنوار البروق في أنواء الفروق - شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت684هـ) - الطبعة الأولى دار السلام - القاهرة مصر - سنة 1421هـ، 2001م.

صحراوي غريب، مقال بعنوان: " امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلالا وتصرفا دراسة فقهية قانونية مقارنة"

20 - البهجة في شرح التحفة على الأرزوجة المسماة بتحفة الحكام - ابن عاصم الأندلسي - الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت - سنة 1425هـ، 2005م.

21 - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني - الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت - سنة 1432هـ، 2011م.

22 - الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني - الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفاوي المالكي - طبعة دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1415هـ، 1995م.

23 - المدونة الكبرى - مالك بن أنس الأصبحي - رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي على الإمام عبد الرحمن بن القاسم - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت - سنة 1419هـ، 1998م.

24 - المعونة على مذهب عالم المدينة - القاضي عبد الوهاب البغدادي - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1419هـ، 1999م.

#### الفقه الشافعي.

25 - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - العلامة جلال الدين السيوطي (ت910هـ) - الطبعة الأولى مؤسسة المختار - القاهرة مصر - سنة 1428هـ، 2008م.

26 - روضة الطالبين وعمدة المفتين - يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) - الطبعة الثالثة المكتب الإسلامي - بيروت لبنان - سنة 1416هـ، 1991م.

27 - المجموع شرح المهذب - يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) - مطبعة التضامن الأخوية - بالحسين مصر .

28 - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت977هـ) - طبعة مصطفى الحلبي مصر .

29 - المهذب مع تكملة المجموع - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - مطبعة الإمام مصر .

30 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري (ت1004هـ) - طبعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر - سنة 1967م.

#### الفقه الحنبلي

31 - طبقات الحنابلة - أبو الحسنين محمد بن محمد بن أبي يعلى (ت526هـ) - طبعة دار المعرفة بيروت - تحقيق محمد حامد الفقي .

32 - الفتاوى الكبرى - ابن تيمية - طبعة مؤسسة الحلبي - القاهرة مصر - 1389م.

33 - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني - ابن قدامة المقدسي - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1405هـ .

34 - المغني مع الشرح الكبير - ابن قدامة - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت لبنان .

#### مراجع حديثة في الفقه الإسلامي.

35 - تصرف الشرك في المال الشائع . د. جمال خليل النشار - طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر - 2000م.

36 - شرح القواعد الفقهية - مصطفى أحمد الزرقا - الموسوعة الشاملة - الإصدار الثالث .

صراوي غريب، مقال بعنوان: " امتيازات المالك على الشيوخ استعمالا واستغلال وتصرفا دراسة فقهية قانونية مقارنة"

37 . الفقه الإسلامي وأدلته - د. وهبة الزحيلي - الطبعة الثالثة - دار الفكر دمشق سوريا - سنة - 1409هـ، 1989م.

38 . القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة ومجلس الدولة - أحمد خالدي - طبعة دار هومة الجزائر - سنة 2008م.

39 . الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة) - د. أحمد فلاح عبد البخيت - طبعة دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية مصر - سنة 2012م.

40 - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية - علي الخفيف الطبعة الثانية . دار النهضة العربية . بيروت لبنان - سنة 1990م.

41 . الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية - د. عبد الكريم زيدان - الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان - سنة 1424هـ، 2003م.

#### اللغة العربية والمعاجم.

42 . القاموس المحيط مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - سنة 1420هـ، 1999م.

43 - لسان العرب - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري - الطبعة الأولى - دار صادر - سنة 1997م.

44 . المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بمصر - طبعة وزارة التربية والتعليم - مصر - سنة - 1411هجرية - 1991م.

#### كتب القانون المدني.

45 . القانون المدني حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005م) - مولود ديدان - طبعة دار الكتاب للنجاح . الجزائر - سنة 2006.

46 - القانون المدني مع الاجتهاد القضائي - طبعة دار الجزيرة . مؤسسة كوشكار للتوزيع والنشر الجزائر . سنة 2010م، 2011م.

47 . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - د. محمد لبيب شنب - الطبعة الثانية . وحدة توزيع الكتاب الجامعي - عين شمس مصر - سنة 1999م.