كلية الحقوق

الدراسات العليا

قسم القانون المدني

التصرف في المال الشائع

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية

والقانونين الأردني والمصري

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

موسى فلاح محمد العواوده

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ محمود بلال مهران	**مشرفاً ورئيساً**
أستاذ الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	
الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر	**عضواً**
أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	
الأستاذ الدكتور/ جابر محجوب علي	**مشرفاً وعضواً**
أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	
الأستاذ الدكتور/ جمال عبد الرحمن محمد علي	**عضواً**
أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة بني سويف	

القاهرة

١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قُل لِّمَنِ ٱلۡأَرۡضُ وَمَن فِيهَآ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴿٨٤﴾
سَيَقُولُونَ لِلَّهِۚ قُلۡ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ ﴿٨٥﴾ قُلۡ مَن رَّبُّ ٱلسَّمَٰوَٰتِ
ٱلسَّبۡعِ وَرَبُّ ٱلۡعَرۡشِ ٱلۡعَظِيمِ ﴿٨٦﴾ سَيَقُولُونَ لِلَّهِۚ قُلۡ أَفَلَا
تَتَّقُونَ ﴿٨٧﴾ قُلۡ مَنۢ بِيَدِهِۦ مَلَكُوتُ كُلِّ شَيۡءٖ وَهُوَ يُجِيرُ
وَلَا يُجَارُ عَلَيۡهِ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴿٨٨﴾ سَيَقُولُونَ لِلَّهِۚ قُلۡ
فَأَنَّىٰ تُسۡحَرُونَ ﴿٨٩﴾ ﴾

سورة المؤمنون الآيات (٨٤-٨٩)

إهـــداء

أهدي هذا الجهد إلى:

التي كان سفري يحزنها، وبعدي عنها يؤلمها....

إلى أمي الغالية

التي بكت لفراقي عنها دمعاً بقدر ما سال من قلمي حبراً.

أهديها جهد المقل، سائلاً الله تعالى أن يمّد في عمرها،

وأن ينعم عليها بموفور الصحة والعافية،

وأن يجزيها عني خير الجزاء.

الباحث

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله تعالى، الذي أعانني على إنجاز هذا البحث، فسهل لي الصعب، وفرج عني الكرب، وسخر لي سُبل العون والمساعدة، فله الحمد والشكر، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

وبعد:

فيُسعدني أن أتقدم إلى رئيس لجنة المناقشة وأعضائها، بخالص الشكر والتقدير، فأتوجه بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل سيادة الأستاذ الدكتور/ **محمود بلال مهران**، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ورئيس قسم الشريعة الأسبق، والذي شرفني بقبول الإشراف على الجانب الشرعي من هذه الرسالة، ولِما قدمه لي من توجيهات سديدة، وأفكار دقيقة وقيمة، ممزوجتان بالعلم والمعرفة، ومشفوعتان بالخلق الرفيع والحنان؛ حيث كان لآرائه الطيبة بالغ الأثر في إجراء مقارنة موضوعية ودقيقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مما أسهم في إخراج هذه الرسالة بأفضل شكل، وإني اسأل الله تعالى أن يمن عليه بالصحة والتوفيق، وأن يبقيه بابًا مفتوحًا لطلاب العلم، وأن يرفعه في مقام الراسخين في العلم، إنه سميع مجيب.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى أستاذي الفاضل سيادة الأستاذ الدكتور/ **جابر محجوب علي**، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ووكيل الكلية لشؤون التعليم والطلاب، ورئيس قسم القانون المدني الأسبق، والذي شرفني بقبول الإشراف على الجانب القانوني من هذه الرسالة، فله الشكر الجزيل على كل ما بذله من جهد ومساعدة إلى أن خرجت هذه الدراسة بهذه الصورة، والتي هي نتاج لمشورته، وآرائه السديدة؛ حيث كان- أطال الله في عمره- في حضره وسفره، يوجهني ويرشدني، فكانت إرشاداته لي نبراسًا أهتدي به، وأصلح ما زلّ به قلمي، وأكمل ما قصر عنه علمي، فجزاه الله عنا خير الجزاء، وأمدّ الله في عمره، ليكون نبعَ علمٍ، يشرب منه كل ظمآن؛ إنه سميع مجيب الدعاء.

كما وأتقدم بخالص الشكر وجزيل العرفان، لمن لا يجزيه لسان، ويعجز عن جميله كل بيان، الإنسان المتواضع، الأستاذ الدكتور/ **سعيد سليمان جبر**، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة، ووكيل الكلية لشؤون التعليم والطلاب الأسبق، الذي تكرم مشكورًا بلطفه وتواضعه المعهود بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة، وإنه لمن دواعي سروري واعتزازي، ومما يضفي على هذه الرسالة قيمة علمية، أن يكون سيادته عضوًا في هذه اللجنة، مما يُثري على هذا البحث من علمه الواسع وملاحظاته القيمة، فله مني كل الاحترام والتقدير، وجزاه الله عني خير الجزاء.

ومما يزيد الجمال جمالاً، أن يكون الأستاذ الدكتور/ **جمال عبد الرحمن محمد علي**، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة بني سويف، ووكيل الكلية لشؤون خدمة المجتمع وتنمية البيئة، صاحب النقد البناء، الذي لا يهدف من ورائه تجريح أو انتقاص، وإنما يهدف منه نفع البحث، وتوجيه الباحث، والذي سيكون لتوجيهاته السديدة بصمة تمييز، تمنح الرسالة قيمة وفائدة علمية، فله مني جزيل الشكر والعرفان على تلطفه قبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، وعلى كل ما يبديه من رأي أو ملاحظة. فجزاه الله عني خير الجزاء.

وختامًا لابد لنا من وقفة امتنان وعرفان، نقفها أمام مصر العروبة، كنانة الله في الأرض، وأمام شعبها العظيم، الذي قال عنه الحبيب محمد (ﷺ) "أنه في رباط إلى يوم الدين"، فلقد تفيأنا بظلال محبتها، وتدفأنا بنبضات قلوب أبنائها، وروينا الظمأ من برد مائها، ونهلنا من معين علمائها، فلهم جميعًا، مني ومن أهل الأردن، أطيب التحية، وأخلص الأمنيات.

والله ولي التوفيق،،،

الباحث

المقدمة

المقدمة

المال هو عصب الحياة وأهم مقوماتها، ولا يخفى على أحد الدور الذي يضطلع به المال بوصفه وسيله- لتحقيق الغايات الاجتماعية والاقتصادية، وهذا يستتبع أن يكون المال محلاً للملكية، حيث إن الملكية والحياة البشرية، أمران متلازمان، فمنذ اللحظة التي يجد فيها الإنسان مالاً يمكن أن يشبع حاجة معينة لديه، فإن غريزته تتجه إلى تملك هذا المال والأستئثار به لإشباع هذه الحاجة. فالملكية حق أقرته الشرائع السماوية والوضعية، وذلك تنظيماً لحركة المال، وانتقاله بين أفراد المجتمع(١).

والإسلام دين الفطرة، أباح التملك، ودعا المسلم إلى العمل المفضي إليه ليحقق مطالب حياته، فكان دين العدل، إذ إنه أعطى كل إنسان ما يستحقه في الأجر لقاء عمله(٢).

ولقد تضمن القرآن الكريم، الكثير من الآيات التي تدل على شرعية الملكية والأعتراف بها، كقوله تعالي: "إنما أموالكم وأولادكم فتنة" (٣)، وقوله تعالى: "الذين ينفقون أموالهم بالليل والنهار"(٤).

وكذلك الأمر في السنة النبوية الشريفة التي تضمنت أحاديث كثيرة دلت على شرعية الملكية، ومثاله ما جاء في خطبة الوداع قوله صلى الله عليه وسلم: **أَيُّهَا النَّاسُ! إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَى أَنْ تَلْقَوْا رَبَّكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا. أَلاَ هَلْ بَلَّغْتُ؟ اللَّهُمَّ فَاشْهَدْ !"** "(٥).

كما أن القوانين الوضعية عرفت حق الملكية وذكرته، حيث تنص المادة (١٠١٨) من القانون المدني الأردني على "١- أن حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في مُلكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً. ٢- وأن لمالك الشيء وحده، أن ينتفع بالعين المملوكة، وبغّلتها، وثمارها، ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً".

---

(١) د. نزيه محمد الصادق، الملكية في النظام الاشتراكي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القـــاهرة، ١٩٧١، ص٣٨.

(٢) د. احمد محمود الشافعي، الملكية والعقد في الفقه الاسلامي، ١٩٩٥، ص ٣٩ .

(٣) سورة التغابن آية ١٥.

(٤) سورة البقرة آية ٢٧٤.

(٥) صحيح مسلم، للشيخ أبو الحسين مسلم النيسابوري، دار الحديث، القاهرة، ط٣، ١٩٩٨.

وكذلك الأمر في القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٨٠٢) على حق الملكية، حيث عرفته أن "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

وعلى ذلك فإنه يمكن تعريف حق الملكية، بأنه الحق العيني الأصلي، الذي يخول صاحبه من السلطات ما يمكنه من الحصول على جميع منافع الشيء، وذلك باستعماله واستغلاله والتصرف فيه، مع مراعاة القيود التي يفرضها القانون على هذا الحق [١].

ونستنتج من هذه التعريفات، أن حق الملكية هو اختصاص الإنسان بالشيء على وجه يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه في التصرف فيه إبتداءً، إلا لمانع شرعي يمنع من ذلك[٢].

وتنقسم الملكية بدورها إلى قسمين، الملكية الفردية (المتميزة)، والملكية الشائعة (غير المتميزة)[٣].

تقوم الملكية بشقيها سواء الفردية أو الشائعة على نفس العناصر المكونة لحق الملكية بشكل عام، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذه العناصر تمثل السلطات التي تثبت للمالك على الشيء محل حقه [٤].

إلا أن مدى هذه السلطات في الملكية الفردية، أوسع مما هي عليه في الملكية الشائعة، فمما لا شك فيه أن الشيوع قيد معرقل للتصرفات، وقد يحول بين الشخص وبين ممارسته لحقوقه كمالك، ولذا فقد شُرِعَتْ القسمة لإزالة الشيوع في المُلكْ [٥] والسبب في ذلك، أن حرية المالك في ممارسته حقه في الملكية الشائعة، مقيدة بعدم الإضرار بحقوق شركائه الآخرين.

فالملكية الشائعة تثير العديد من المشاكل في الحياة العملية من ناحية إدارتها، والتصرف فيها، والحقوق المقررة عليها، سواء كانت حقوقاً عينية أصلية أو تبعية، أو حقوقاً شخصية وذلك بسبب اختلاف وجهات نظر الشركاء على الشيوع، بحسب الظروف

---

(١) د. جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، دار الخولي للطباعة، ٢٠١١، ص ١٥.

(٢) د. عيسوي أحمد عيسوي، المدخل للفقه الإسلامي، الطبعة الاولى، مطبعة دار التأليف، ١٩٨٦، ص ٣٦١.

(٣) د. محمود بلال مهران، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القسم الثاني النظريات العامة في الفقه الاسلامي ١٤١٩هـ – ١٩٩٨ م – دار الثقافة العربية ص ١٨٤.

(٤) د. جابر محجوب، حق الملكية في القانون المدني المصري، مرجع سابق ص ١٣. د. سعيد جبر، حق الملكية، مطبعة النسر الذهبي، شارع عبد العزيز الهدارة، عابدين، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص١١ – ص ١٥.

(٥) د. محمود بلال مهران، المرجع السابق ص ١٨٦ .

الاقتصادية والاجتماعية لكل واحد منهم، و تباين آرائِهِمْ فيما يتعلق بإدارة المال الشائع والتصرف فيه [١].

ومع أن الشيوع يُعتَبُر وضعاً إستثنائياً، إلا أن هذا الوضع قد يطول في كثير من الأحيان، مما قد يؤدي إلى تعطيل الاستفادة من المال الشائع بحيث يضر بمصلحة الشركاء ومصلحة الاقتصاد القومي[٢].

فكان لابد من تنظيم هذه الملكية من ناحية استعمالها وإدارتها والتصرف فيها، بشكل ينظم سلطات الملاّك على الشيوع خاصة، في فترة ما قبل القسمة، وذلك بما لا يضر بحقوق باقي الشركاء الآخرين، وبنفس الوقت بشكل يخدم المصلحة الاقتصادية القومية العامة.

أسباب اختيار الموضوع:

تعتبر سلطة التصرف في المال الشائع من أهم سلطات المالك على الشيوع، بل هي السلطة الأساسية التي تمكنه من التسلط على الشيء المملوك له، سواء في منافعه أو كيانه أو وجوده، وذلك بعكس سلطتي الاستعمال والاستغلال اللتين تقتصران على مجرد الحصول على منافع الشيء [٣].

إنّ التصرف في المال الشائع قد يكون تصرفاً مادياً، وقد يكون تصرفاً قانونياً[٤]، وقد يتم بصورة جماعية من قبل جميع الشركاء، أو من أغلبيتهم، أو يتم بصورة فردية من قبل أحد الشركاء[٥].

وإذا كان للمالك ملكية مفرزة الحق في أن يتصرف في ملكه كيفما يشاء وفق أحكام القانون، انطلاقا من السلطات التي تثبت له على ملكه، دون أن يعترض عليه أحد، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمالك على الشيوع، إذ تتقيد حريته في التصرف بما لغيره من

---

(١) د. حسام الدين الأهواني الحقوق العينية الأصلية ص ٢٩. د منصور مصطفي منصور، حق الملكية في القانون المصري، ١٩٦٥، مكتبة عبد الله وهبة، ص ١٢١.

(٢) د. منصور مصطفي منصور، حق الملكية، المرجع السابق ص ١٢٢. د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، ١٩٩٤، الطبعة الثالثة، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ص ١٥٦. د. أيمن سعد عبد المجيد سلطات المالك على الشيوع في إستعمال المال الشائع وإستغلاله دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٣٢ ش عبد الخالق ثروت القاهرة سنة ٢٠٠٠ ص١.

(٣) د. جابر محجوب، حق الملكية، مرجع سابق ص ٣٨ .

(٤) المرجع السابق، ص ٩٧ .

(٥) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ١٢٧. وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة ١٩٩٣، ص١٢٠.

الشركاء الآخرين من حقوق على نفس المال المملوك بينهم على الشيوع، ولذلك فإنه قد تثور بعض الصعوبات، وتظهر بعض المشاكل بالنسبة لتصرف الملاّك على الشيوع في المال الشائع، بسبب تعدد الملاّك، واختلاف وجهات نظرهم حول التصرف في هذا المال.

وقد تباينت أحكام النصوص القانونية في القانون المدني الوضعي (الأردني والمصري)، والنصوص الشرعية في الفقه الإسلامي، بخصوص بعض مسائل التصرف في المال الشائع، سواء أكان تصرفاً جماعياً صادراً من الشركاء جميعهم أم من أغلبيتهم أم كان تصرفاً فردياً صادراً من أحد الشركاء.

ونتيجة لذلك، فإني آثرت أن يكون موضوع هذه الرسالة هو "التصرف في المال الشائع، دراسة مقارنة" وكانت هذه المقارنة بين الأنظمة القانونية الثلاثة: ــ القانون المدني الأردني، والقانون المدني المصري، والفقه الاسلامي.

منهج الدراسة:

إن البحث في التصرف في المال الشائع في إطار دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية الثلاثة، (القانون المدني الأردني، والقانون المدني المصري، والفقه الإسلامي)، يحتاج إلى جهد كبير، نظراً لتشعب هذا الموضوع، الأمر الذي اقتضى مني أن أرجع إلى أغلب الكتابات من الدراسات القانونية في هذا الموضوع، وأن أرجع كذلك إلى أمهات الكتب الاسلامية، وإلى المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي التي تطرقت إلى هذا الموضوع.

كما أنني تطرقت إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن محكمتي التمييز الأردنية، والنقض المصرية، لإثراء البحث، ليكون شاملاً بين النظرية والتطبيق.

فقمت بمقارنة النصوص التشريعية، وأقوال الفقهاء في كل من القانون الوضعي (الأردني والمصري) والفقه الإسلامي، وتناولتها بالشرح والتحليل، من أجل معرفة الجوانب الإيجابية، والتركيز عليها، علاوة على معرفة الجوانب السلبية، وطرح الحلول البديلة لها لتفاديها، ودراسة آراء الفقهاء في كل جانب، وترجيح ما يمكن ترجيحه.

وقد حاولت قدر الإمكان أن أُجرِيَ مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي؛ (الأردني والمصري) في كل مسألة من مسائل البحث.

وإتماماً لهذه الغاية، فقد استخدمت المنهج الوصفي؛ لرصد النصوص القانونية والشرعية في الأنظمة الثلاثة، (الأردني، والمصري، والفقه الإسلامي) واستعنت بالمنهج التحليلي؛ لشرح هذه النصوص، ثم اعتمدت على المنهج المقارن؛ ليكون الوسيلة التي من خلالها نرجح ما هو ملائم للحاجة العملية من جهة، ومحقق للعدالة من جهة أخرى.

خطة البحث:-

لقد آثرت أن يكون الحديث عن التصرف في المال الشائع، من خلال النظر إلى جهة إصداره، إذ إنه قد يصدر بشكل جماعي، عن طريق الشركاء جميعهم أو أغلبيتهم، وقد يصدر بشكل فردي عن طريق أحد الشركاء.

وعلى ذلك، فلقد خصصنا الباب الأول للحديث عن التصرف الجماعي في المال الشائع، في حين خصصنا الباب الثاني للحديث عن التصرف الفردي في المال الشائع، على أن يسبق هذين البابين، فصل تمهيدي، نتكلم فيه عن مفهوم الملكية الشائعة بشكل عام، من حيث تعريفها، و بيان طبيعتها القانونية، وبيان أسباب نشوئها وطرق انتهائها، وتميزها عن النظم القانونية الأخرى المشابهة لها، مثل الملكية المفرزة، والملكية المشتركة، وملكية الشركة، كما أننا سنتطرق في هذا الفصل التمهيدي إلى تعريف التصرف في المال الشائع، وبيان أنواعه، وبيان الفرق بينه وبين عناصر حق الملكية الأخرى، (الاستعمال والاستغلال) كما سنبين الفرق بينه وبين أعمال الإدارة العادية وغير العادية.

وستكون هذه الدراسة، مقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (الأردني والمصري)، في كل مسألة من المسائل المطروحة للبحث، وذلك قدر الإمكان إن شاء الله تعالى.

وعلى ذلك فإن هذه الرسالة تتكون من مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، وخاتمة، وقائمة للمصادر والمراجع، وقائمة للموضوعات.