



## حماية الشريك الغائب في بيع الصفقة

فقها وقانونا وقضاء

الدكتور محمد كريم

منتدب قضائي بوزارة العدل

خريج جامعة القرويين

خريج جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

خريج جامعة محمد الخامس بالرباط-المدرسة العليا للأساتذة -

المغرب

### فـرـش:

اقتضت حكمة الله تعالى أن يكون الانسان مجبولا على حب المال وتملكه، سعيا منه لإشباع حاجاته منه.

وحق الملكية من أهم الحقوق التي يتم من خلالها التوصل الى تنظيم هذه الحاجات، وفق نسق متزن في قالب أصله الفقه الإسلامي قديما، والقانون المدني حديثا.

والاصل في الملكية أن تكون مفرزة، واستثناء أن تكون مشاعة.

والملكية الشائعة تقع على مال معين يملكه أكثر من واحد غير مقسم، لان المالك في هذا المقام شريك في حصة شائعة منتشرة في جميع اجزائه.

وقد اختلف رجال التقنين الوضعي حول طبيعة الملكية الشائعة في القانون الى تيارين:

التيار الأول: يعتبر أن هذا الحق حق شخصي، وليس حقا عينيا.

التيار الثاني: يرى أن الحق في الملكية الشائعة له الصفة العينية، لكن بطبيعة مختلفة، وخصوصية متفردة.

وكيفما كان التكييف الفقهي لطبيعة المال المشاع، فان بقاءه على هذا الحال يعني دوام الخلافات والنزاعات بين الشركاء في غالب الأوقات، وهو ما يحول دون الانتفاع الأمثل بهذا المال والتصرف فيه، وعلى هذا يكون من الأنسب إنهاء الشبوع بإحدى الطرق المناسبة أما عن طريق القسمة، أو بيع الصفقة.

ويعتبر بيع الصفقة من البيوع التي انفرد فقهاء المغرب المتأخرين بتنظيم أحكامها، ويتمثل هذا البيع في قيام أحد الشركاء ضمن شروط معينة بعرض المال المشاع كله للبيع، حتى إذا تم العقد بين هذا البائع وبين شخص أجنبي لم يبقى للشركاء الآخرين إلا الخيار بين إمضائه والموافقة عليه، وأما إن يردوه بالنسبة لحصصهم، وحينئذ يكونون مضطرين إلى ضم نصيب ذلك البائع إليهم مقابل أن يدفعوا له حصته من الثمن الذي وقع به البيع<sup>(1)</sup>

وبيع الصفقة مؤسسة حقوقية تواتر العمل على الأخذ بها ولا مثيل لها خارج المغرب، ولم يعرض له المشرع أثناء فترة الحماية بالتنظيم وإن كان قد أصدر تشريعات خاصة بتداول العقارات المحفظة.<sup>(2)</sup>

والذي عليه العمل أن بيع الصفقة يطبق في الغالب على العقارات، وقد يشمل حتى المنقول في نظر بعض الفقه.



كما أن بيع الصفقة يسري على العقارات غير المحفظة كما جرت بذلك العادة، وإن كنا لا نرى مانعا من جواز ممارسته على العقار غير المحفظ، إلا أن بعض المحافظين العقاريين يمتنعون عن تقييد بيع الصفقة لعدم وجود نص يسمح لهم بذلك.

وإن كان توجه بعض الفقه يقول بخلاف ذلك:

يقول محمد خيرى: إننا لا نشاطر أصحاب هذا الرأي في ذلك للسبب التالي:

إن مقتضيات الفصل 106<sup>(3)</sup> من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري صريحة النص على أن مقتضيات الفقه الإسلامي التي لا تتعارض مع هذا الظهير ولا مع قواعد العرف تطبق على العقارات المحفظة وعلى الحقوق الراجعة لها في حالة ما إذا كانت متلائمة مع نوع الحقوق والتحملات المبينة في الرسم العقاري.<sup>(4)</sup>

والإشكالية التي قد يواجهها بعض المحافظين في حالة موافقتهم على تقييد بيع الصفقة، تتمثل في كون هذا البيع يكون معلقا على معرفة موقف المصفق عليهم من هذا البيع إما بالضم أو الإمضاء. فإن عبروا عن إمضاء البيع فسيعمل المحافظ آنذاك على نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

وإن عبروا عن الضم فإن عملية البيع ملغاة بالنسبة للمشتري الأجنبي ويستعمل المحافظ على نقل الملكية باسم الشركاء الذين ضموا الحصة المباعة على حصصهم.

وفي حالة عدم معرفة موقف الشركاء المصفق عليهم فإن المشتري الأجنبي بإمكانه المطالبة بإجراء تقييد احتياطي بناء مقال الدعوى الرامي إلى المصادقة على بيع الصفقة.<sup>(5)</sup>

والمأمل في مقتضيات الفصل 85 من قانون 14.07 نجده يوفر إمكانية ممارسة بيع الصفقة على العقارات المحفظة ما دام أن هذا النوع من البيوع يوثقه السادة العدول ويمكن للمحافظ أن يستند على هذا العقد لتقييده البيع تقييدا احتياطيا.

ولأهمية هذا البيع وما يحققه من فائدة عظيمة تسهم في الخروج من الشيعاء قطعا للنزاعات بين الشركاء. حق لنا أن نقف عند طرح هذا الاشكال

### أي حماية مقررة للشريك الغائب في بيع الصفقة؟

والجواب على هذا السؤال سينتظم وفق هذا التصميم، أخصص المبحث الأول للأحكام المتعلقة بماهية بيع الصفقة، والمبحث الثاني لبعض المظاهر المتعلقة بحماية الغائب في هذا النوع من البيوع.

### المبحث الأول: الاحكام العامة لبيع الصفقة.

وقصدنا من الاحكام العامة في هذا السياق، التعريف بهذا النوع من البيوع، ثم الوقوف عند شروطه وذلك في فرعين.

### الفرع الأول: مفهوم بيع الصفقة.

يقتضي المنهج تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين، أتناول في الفقرة الأولى تعريف بيع الصفقة، ثم في الفقرة الثانية مشروعيته.



### الفقرة الأولى: تعريف بيع الصفقة

لتعريف بيع الصفقة لابد من الوقوف عند الجانب اللغوي والاصطلاحي وكذا القانوني.

### أولاً: تعريف بيع الصفقة في اللغة.

الصفقة في اللغة مأخوذة من فعل صفق، والصفق بسكون الفاء وهو الضرب.

قال صاحب اللسان: الصفق: الضرب الذي يسمع له صوت، وكذلك التصفيق.

ويقال صفق بيديه وصفح سواء، وفي الحديث: "التسييح للرجال والتصفيق للنساء"<sup>(6)</sup>

والمعنى: إذا ناب المصلي شيء في صلاته فأراد تنبيهه من بجانبه صفقت المرأة بيديها وسبح الرجل بلسانه. وصفح رأسه يصفقه صفقا: ضربه، وصفقت عينه كذلك أي ردها وغمضها، وصفقه بالسيف إذا ضربه.

قال الراجز: كأنها بضربة صوافق.

واصفق القوم: اضطربوا، وتصافقوا تبايعوا.

وصفق بيده بالبيعة والبيع وعلى يده صفقا: ضرب بيده على يده، وذلك عند وجوب البيع.<sup>(7)</sup>

يقول ابن معجوز:

التصفيق هو الضرب بباطن الراحة على الراحة الأخرى؛ لأن العادة جرت عند البيع بفعل ذلك من الطرفين دليلا على تمام البيع وحصول الرضى به.<sup>(8)</sup>

وإنما قيل للبيعة صفقة؛ لأنهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالأيدي، ويقال كذلك: إنه لمبارك الصفقة أي لا يشتري شيئا إلا ربح فيه، وقد اشترت اليوم صفقة صالحة، والصفقة تكون للبائع والمشتري.<sup>(9)</sup>

فالصفقة إذن هي تلاقي اليدين عند تمام البيع بين الطرفين كدلالة على حصول الاتفاق التام.

### ثانياً: تعريف بيع الصفقة في الاصطلاح الفقهي.

لم يعرف الفقهاء بيع الصفقة بتعريف جامع مانع كما هي عادتهم، وإنما اكتفوا بإعطاء بعض الأمثلة التي يتم بها إجراء هذا النوع من البيوع.

ومن بين الأمثلة التي توضح كيفية إجراء بيع الصفقة ما نقله السلجماسي عن الشيخ ميارة حيث قال:

"إن مما جرى به العمل في الأزمنة في مدينة فاس مخالفة للمنصوص في هذا البيع المسمى بيع الصفقة وصورته: أن تكون دار مثلاً أو عبد أو غير ذلك بين رجلين أو ثلاثة ومدخلهم في ذلك واحد بحيث كانوا قد ملكوا ذلك دفعة واحدة بشراء أو إرث أو غير ذلك فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك وبيعه جميعه، ثم يكون لشريكه أو شركائه الخيار بين أن يملكوا البيع المشتري، وبين أن يضموا ذلك المبيع لأنفسهم، ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن الذي باع به"<sup>(10)</sup>



ومن الأمثلة أيضا: لنفرض أن دارا مشتركة بين شخصين أو أكثر ملكوها في وقت واحد (بأن ورثوها مثلا أو اشتروها أو وهبت لهم) ثم أراد أحدهم أن يبيع نصيبه منها، فتبين له أنه لن يجد مشتريا لذلك الواجب، أم أن الثمن الذي عرض عليه فيه أقل من الثمن الذي يباع به لو بيعت الدار كلها، فيمكن لهذا الشريك الراغب في بيع واجبه أن يبيع الدار كلها من غير أن يحتاج إلى إذن شركائه الآخرين، ثم يبقى لهؤلاء الشركاء الخيار بين أن يمضوا البيع وبأخذ كل واحد نصيبه من الثمن على قدر ما يملكه في الدار، وبين أن يرفض ذلك البيع وحينئذ يتعين عليه أن يضم نصيب الشريك الراغب في البيع، ويؤدي له حصته من الثمن الذي وقع به البيع. (11)

وبهذا يتضح من الصورتين السابقتين أن الشريك في هذا النوع من البيوع بإمكانه أن يبيع ملك غيره وهذا مخالف للقاعدة الشرعية التي تقضي بأن الشخص لا يبيع إلا ما يملك، وإنما أبيع استثناء لما فيه من رفع الضرر عن الشريك الذي يريد الخروج من الشباع.

### ثالثا: تعريف بيع الصفقة في القانون.

اقتصر المشرع المغربي عند استعماله لمصطلح الصفقة على مدلوله اللغوي، ويتضح هذا من خلال بعض الفصول في قانون الالتزامات والعقود.

ففي الفصل 487: "... إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات"

وورد في الفصل 560 من نفس القانون على أنه: "... وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، حصل التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة."

كما نص الفصل 1018 من نفس القانون في فقرته الأخيرة على أنه: "... أن يقوم بقبض الأداءات وإلغاء الصفقات..." يعني إلغاء العقود التجارية.

وفي ظل هذا القصور التشريعي حاول بعض رجال القانون إعطاء تعريف اصطلاحى لبيع الصفقة.

فقد عرفه الأستاذ محمد بن أحمد بونبات بقوله: "هو حق للشريك في التصرف ببيعا في المال الشائع رفعا لمضار نقض الثمن نتيجة بيع حصته المفردة بشروط خاصة". (12)

وقريبا من هذا التعريف يقول الأستاذ محمد خيرى:

"بيع الصفقة هو الذي يجزئه أحد الشركاء أو بعضهم لأجنبي في جميع الشيء المشترك المشاع صفقة واحدة جبرا على باقي الشركاء مع تبليغ بقية الشركاء بالبيع مخبرا إياهم بين الضم أو الإمضاء وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه الإسلامى". (13)

فبيع الصفقة إذن يتمثل في قيام أحد الشركاء ببيع جميع العقار المشترك على الشباع متى توفرت لذلك شروط معينة، وكما يكون في جميع الملك المشترك يمكن أن يكون في بعضه لقول صاحب العمل الفاسي:

فإنما الصفقة بيع المشترك \*\*\* من كل أو بعض جميع ما ملك. (14)

الفقرة الثانية: مشروعية بيع الصفقة.



سبق وأن أشرنا إلى أن بيع الصفقة هو حق للشريك يمنحه التصرف في المال المشاع بالبيع من غير إذن الشركاء دفعا لمضار نقض الثمن، وغاية الشريعة الإسلامية هي جلب المصالح ودفع المضار عن الناس، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث: **“لا ضرر ولا ضرار”** (15)

رفع الضرر يكمن إذن في عدم نقض ثمن حصة بيع الشريك إذا بيعت وحدها.

يقول ابن معجوز:

**“وقد اعتمد فقهاء المغاربة في إجازة بيع الصفقة على نصوص للفقهاء القدامى تصرح بإمكانية إرغام الشريك على بيع نصيبه مع شريكه الراغب إن تعذر على هذا الشريك بيع نصيبه وحده.”** (16)

ومن هذه النصوص ما نقله صاحب التهذيب في كتاب القسم:

**“وإن دعا أحد الاشراك إلى قسم ما يقسم من ربع أو حيوان أو عرض، وشركتهم بمورث أو غيره، أجزر على القسم من أباه، فإن لم ينقسم ذلك فمن دعا إلى البيع أجزر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه، وكل ما قسم من ربع أو غيره فعلى قيمة عدل...”** (17)

وفي التلقين: **“الأعيان ضربان منها ما تنقسم أنواعه دون أعيانه، ومنها ما تنقسم أنواعه وأعيانه فالأول كالثوب والدابة والعبد والسفينة وما في حكم العين الواحدة كالخف والباب وما لا يجوز إفراده، وإذا تشاح الشريكان في عين من هذه الأعيان ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشيعاء وأراد أحدهما بالبيع، فإن أجابه الآخر وإلا أجزر على البيع معه، ثم له أخذ حصته بما دفع به إلا أن يختار الشريك بيع حصته مشاعا فلا يلزمه الآخر ببيع حصته معه.”** (18)

وفي بداية المجتهد: **“واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منها، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشيعاء، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه، فقال مالك: يجبر على ذلك، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه”** (19)

وقال ابن الحاجب:

**“ويجبر من أبي البيع فيما لا ينقسم لمن طلبه إذا كانت حصته تنقض مفردة لدفع الضرر”** (20)،

والأصل في هذا الإيجاب هو أن يمارس عن طريق القضاء، لكن العمل جرى على أن الشريك الحق في أن يقوم بنفسه ببيع المال المشاع كله صفقة على جميع شركائه، سواء كان مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها، من غير أن يحتاج إلى اللجوء إلى القضاء ليحصل على الحكم ببيعه ثم يبقى للشركاء الخيار بين ضم صفقة البيع ويعطوا للبائع ثمن نصيبه، وبين أن يجزروا ذلك البيع ويقبضوا ثمن نصيبهم من المشتري فيما إذا كان المال المشاع مما لا يقبل القسمة، أما الذي يقبل القسمة فإن الشركاء يكونون مخيرين بين ما ذكر، وبين أن يردوا البيع الذي أجراه شريكهم. (21)

ويمكن تبرير قيام الشريك ببيع المال المشترك كله من غير أن يحصل بقية شركائه بأنه إذا كان المال المشاع لا ينقسم فلا فائدة من هذا الاستئذان ما دام أن القاعدة تقضي بأن لكل شريك أن يرغب بقية شركائه على بيع المال المشترك. أما إذا كان المال مما يقبل القسمة



فلا ضرر على الشركاء من قيام شريكهم ببيع ذلك المال كله ما دام لهم الخيار بين إمضاء ذلك البيع أو ضم الصفقة أورد البيع من أساسه. (22)

والذي تحصل من كل ما ذكر أن بيع الصفقة شرع لرفع ضرر نقص ثمن حصة بيع الشريك إذا بيعت وحدها.

### الفرع الثاني: شروط بيع الصفقة.

لا يمكن الحديث عن بيع الصفقة دون الوقوف عند شروطه الخاصة؛ لأن انتفاء أي شرط من هذه الشروط يمنع الشريك في العقار المشاع من التصفيق على باقي شركائه.

وقد اختلف الفقهاء في عدد شروط بيع الصفقة فمنهم من قال بأنها تسعة، ومنهم من قال بأنها أربعة حسب ما جرى به العمل لدى فقهاء المغرب المتأخرين، وهذه الشروط الأربعة هي اتحاد المدخل، ونقص الثمن في الحصة المفردة، وعدم التزام الشريك بأداء نقص الثمن، وعدم تبعض الحصة، وسأفرد كل شرط بالدراسة في فقرة مستقلة.

### الفقرة الأولى: اتحاد المدخل

يعتبر شرط اتحاد المدخل من شروط الصحة، وبانتفائه لا يمكن للبائع ممارسة بيع الصفقة، يقول صاحب العمل:

وبيع ما المدخل فيه متحد \*\*\* طرا بلا استثناء جزء قد عهد. (23)

ويقصد باتحاد المدخل أن يكون الشركاء جميعا قد ملكوا المال المشاع في وقت واحد، ومن شخص واحد، وسبب واحد، بحيث لا يحق لأي شريك أن يبيع المال صفقة إلا إذا كان قد ملك هو وشركاؤه الذين سيصفق عليهم في وقت واحد وسبب واحد، وذلك كأن يشتري ثلاثة أشخاص دارا من شخص واحد وفي عقد واحد، وكأن يهب شخص عقاره لأربعة أشخاص بمقتضى هبة صدرت منه في وقت واحد لهم جميعا، وكأن يموت شخص ويترك ضيعته لأربعة أولاد وزوجة وأم، فإن كلا من المشتريين الثلاثة والموهوب لهم الأربعة، والورثة قد ملكوا العقار في وقت واحد وبسبب واحد وهو الشراء في المثال الأول والهبة في المثال الثاني، والإرث في المثال الثالث. (24)

وبهذا يمكن اعتبار شرط اتحاد المدخل سببا يؤدي إلى التملك إذا تم الشراء بعقد واحد، وفي زمن واحد بالإرث بالنسبة للورثة، والهبة بالنسبة للموهوب له، والصدقة للمتصدق عليهم، فيجب على كل واحد من هؤلاء بيع المال المشترك صفقة على من اتحد المدخل معهم، وهذا البيع مقيد بتحقيق مصلحة هي اجتناب أن يصيب الشريك ضرر من نقص ثمن حصته المفردة.

ولاشترط اتحاد المدخل علته في التضييق من هذا البيع وجعله ينحصر فيمن تحقق فيه اتحاد المدخل استقرارا للملك وتجنبنا للإسراف في إبرام هذا التصرف نظرا لمخاذه.

فإذا تحقق شرط اتحاد المدخل وتصرف الشريك ببيع الصفقة لم يبقى للشركاء إلا الخيار بين أن يملكوا المبيع المشتري قبض الثمن فيه ضحون لمتنبه شريكهم، أو أن يضموا المبيع لأنفسهم ويدفعوا للبائع ما ناب حصته من الثمن الذي باع به. (25)

ومن هنا يتضح أن بيع الصفقة أتى على خلاف مبدأ حقوقي آخر هو عدم انتزاع المبيع من أصحابه وذلك احتراماً لحق الملكية.

وقد عبر صاحب العمل الفاسي عن هذا الشرط بقوله:



وبيع ما المدخل فيه متحد \*\*\* طرا بلا استثناء جزء قد عهد. (26)

والمراد باتحاد المدخل المشترط لصحة بيع الصفقة هو الاتحاد الشخصي لا الجنسي.

والاتحاد وارد بالشخص \*\*\* لا بالجنس مهما ألزموه المدخل. (27)

والمالكية يحرصون على هذا الشرط؛ لأنه يجرم على الشريك الذي باع نصيبه مفردا، ثم عاد هذا النصيب إلى ملك البائع لعبه فيه أو فساد، فإن هذا الشريك والحالة هاته يجرم عليه بيع جميع المال المشترك على شركائه صفقة واحدة.

وهذا هو الذي يستفاد من نظم صاحب العمل عند قوله:

وإن بيع بفاسد ثم رجوع \*\*\* لربه فهو صري إذا وقع

من بعد بيع صحيح بعد مدة \*\*\* لا صفقة ولا اتحاد بعده. (28)

وعليه فمن باع حصته منفردة ورد له مبيعه لفساد فيه، فإن حقه في الصفقة يسقط ويعتبر في حكم الدخيل الجديد.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت دار مشتركة بين عدة شركاء يعقود مختلفة مثلا حقه كالإرث لبعضهم والشراء للبعض الآخر والصدقة لطائفة أخرى، فلا صفقة إن تصرف أحد الشركاء ببيع المال المشترك، لأنه حينئذ تنور مسألة الشركاء الأصليين والشركاء الدخلاء؛ لأن اختلاف الشركاء واختلاف أسباب تملكهم مرتبة، ونوعا لا يمنع من التصرف ببيع الصفقة إن وقع من الشركاء الأصليين على الشركاء الدخلاء أيضا، لكن العكس غير صحيح وغير حائز بمعنى أنه لا يجوز التصفيق على الشركاء الأصليين. (29)

وهذا معنى قولهم:

يجبر دخيل للأصيل \*\*\* ولا يجبر الأصيل للدخيل.

أما العمل القضائي، فقد جرى على اعتبار اتحاد المدخل شرطا أساسيا، فقد جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا ما يلي:

”وحيث إن الباعين المصفيق والمصفيق عليهم ملكوا ما باعوه بموجب عقد الصفقة عن طريق الإرث من مورثهم، وبذلك يكون مدخلهم متحدا، وقول المحكمة بعدم اتحاد المدخل مخالف لما في وثائق الملف”. (30)

الفقرة الثانية: نقص الثمن في الحصة المفردة.

نظرا إلى أن قيام أحد الشركاء ببيع المال صفقة على شركائه يؤدي إلى ضرر بهم، لأنهم يكونون ملزمين إما بإمضاء البيع أو بضم شريكهم البائع، فإن الفقهاء يرون أنه لا يحق لأي شريك القيام بهذا البيع إلا إذا كان بيع نصيبه فقط يؤدي إلى بخس ونقص في ثمنه، بحيث يتبين أن الشريك نصيبه وحده دون أنصبه الشركاء الآخرين فإنه لن يجد مشتريا، أو لن يحصل على الثمن الذي سيحصل عليه فيما إذا بيع المال المشترك كله، فحينئذ يمكنه أن يلجأ إلى بيع الصفقة ليتلافى بذلك ما يلحقه من بخس ونقص في الثمن، ما دام هذا البخس مهما ومما لا يتسامح الناس فيه ولو لم يبلغ ثلث الثمن الحقيقي للحصة. (31)



وشرط نقصان الثمن له طابع اقتصادي، وهو نقص القيمة الاقتصادية للشيء المباع المفرد، نتيجة الغبن، وذلك ما يترتب عادة على بيع أشياء غير مقرر، لذلك إذا أثبت نقص ثمن الحصة المفردة جاز بيع الصفقة أما إذا انتفى هذا الشرط فلا صفقة ولهذا الشرط قوة إلزام وإجبار، بمعنى أنه يسري على الشركاء عند اتحاد المدخل ولا يستطيعون رده إلا بممارسة حق الضم.

وهكذا ورد مفهوم الإجماع في قول خليل: "وأجبر للبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة"<sup>(32)</sup> ويعني أن أحد الشركاء إذا دعا لبيع ما لا يتقسم فإنه يجاب إلى ذلك ويجبر على البيع معه من أباه لدفع الضرر كالشفعة، حيث كان ينقص ثمن حظه مفردا عن ثمنه في بيع كله"<sup>(33)</sup>.

وحتى وإن ورد كلام الشيخ في كتاب القسمة، فإنه يصح تنزيله على بيع الصفقة لاتحاد العقدين -عقد القسمة وعقد بيع الصفقة- في الغاية التي هي رفع الضرر عن الشريك، ويؤكد صاحب العمل الفاسي على هذا الشرط بقوله:

وشرط السراج في فتواه أن \*\*\* يكون في التبعض بخس في الثمن.<sup>(34)</sup>

والثمن البخس هو الذي يقل بكثير من قيمة المبيع، فتتدنى من جرائه القيمة الاقتصادية للشيء مما يؤدي إلى خسارة أو غبن للطرف البائع، ومن هنا شرع بيع الصفقة رفعا للغبن أو الإجحاف.<sup>(35)</sup>

أما في القواعد الوضعية فإن الحماية المخولة بمقتضى الفصل 56<sup>(36)</sup> من قانون الالتزامات والعقود المغربي للمتعاقد تقتصر على القاصر وناقص الأهلية بإبطال العقد إن زاد الفرق بين الثمن الحقيقي للشئ المباع وبين الثمن الذي ذكر للمبيع عن مقدار الثلث، وإن هذه الحماية لا تطال المتعاقد الكامل الأهلية ولا يخول له الحكم بإبطال العقد بسبب الغبن المجرد لأنه في حد ذاته غير نافع، إلا إذا ترتب الغبن عن تدليس الطرف الآخر وحينئذ يعتد بالغبن المرتبط بالتدليس.<sup>(37)</sup>

وهذا ما قرره الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي:

"الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد."

الفقرة الثالثة: عدم التزام الشريك بأداء نقص الثمن

إذا تصرف أحد الشركاء ببيع الصفقة التزم شريكه الذي لا يريد البيع بأن يعرضه عن نقص الثمن الحاصل من جراء بيع حصته مفردة، إذا رغب في ضم الحصة المباعة إلى حصته هو أداء نقص الثمن أن يكون كاملا دون نقص، وأن تعدد الشركاء حق لهم جميعا ضم المبيع بحسب حصصهم في المال الشائع، أما إذا رفض غير مزيد الصفقة ممارسة حق الضم مع أداء نقص الثمن، تحقق لشريكه مزيد البيع إجباره على البيع صفقة المال المشترك بينهما.<sup>(38)</sup>

ومثاله: ثلاثة شركاء في عقار حصة كل واحد منهم الثلث فإذا بيعت الحصة وحدها مفردة بثمن قدره عشرون ألف درهم، بينما إذا بيع العقار كله صفقة واحدة فإن كل حصة تساوي ثلاثون ألف درهم، فإذا التزم الشريك الذي لم يرغب في البيع بأداء النقص الذي سيحصل إذا باع الشريك الآخر حصته مفردة فإن ذلك له ولا كلام للشريك مزيد البيع وذلك لزوال العلة، كما سبق الذكر سلفا ولم يعد لبيع الصفقة من مبرر.

وقد أشار إلى هذا الشرط الشيخ الزرقاني بقوله: "إلا أن يلتزم لمريده البيع بأداء نقص حصته بعد بيعها مفردة فلا يجبر"<sup>(39)</sup>.



الفقرة الرابعة: عدم تبعض الصفقة.

الذي جرى به العمل أن يبيع الصفقة لا يتحقق إلا ببيع أحد الشركاء العقار كله صفقة واحدة من غير تبعض.

وقد أشار صاحب العمل الفاسي إلى وجوب هذا الشرط<sup>(40)</sup> عند قوله:

فإنما الصفقة يبيع المشترك \*\*\* من كل أو بعض جميعا ما ملك.

والمعنى الذي يفهم من البيت هو أن الشريك الذي باع بعضا من العقار لا صفقة له على شركائه.

وهذا هو التوجه الذي تبناه مجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا حيث جاء في إحدى قراراته: "لكن حيث أن محكمة الاستئناف بقولها إنه لا يجوز تبعض الصفقة تكون قد أخذت بما ذهب إليه خليل بقوله: "وإذا اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم يبعض". وبذلك تكون قد أجابت ضمينا عن عدم الأخذ بما اثاره الطالبون وطبقت القاعدة الفقهية المنصوص عليها أعلاه"<sup>(41)</sup>

### المبحث الثاني: مظاهر حماية الغائب في بيع الصفقة.

سبق القول بأن من شروط بيع الصفقة أن يبيع أحد الشركاء العقار كله على باقي الشركاء الذين يقع على عاتقهم إما إمضاء البيع مع أخذ ثمن حصة كل واحد منه، وإما ضم الصفقة ودفع ثمن حصة شريكهم، لكن هذا كله إذا كان الشركاء حاضرين في البلد.

ويبقى التساؤل مطروحا بالنسبة لمن كان غائبا من الشركاء، ما وجه الحماية المقررة له في هذا المقام؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التمييز بين الحالة التي يكون فيها الغائب عن البلد شخصا واحدا، وبين الحالة التي يكون فيها الغائب أكثر من واحد، وذلك في فرعين.

### الفرع الأول: حماية الغائب في بيع الصفقة إذا كان واحدا

إذا كان الغائب واحدا وكانت غيبته قريبة فإنه يعتبر في حكم الحاضر ويكتب له فإن لم يستجب فإن القاضي يتم عنه البيع.<sup>(42)</sup>

أما إذا كانت الغيبة بعيدة أو متوسطة، ثم باع أحد الشركاء الحاضرين كل العقار المشترك صفقة واحدة حتى على الغائب منهم فينظر ما إذا رفع الأمر إلى القاضي أم لا؟.

فإذا لم يرفع إلى القاضي واختار الحاضر تسليم المبيع المشتري فيكون هذا المشتري بالخيار بالنسبة للغائب بين أن يرضى بتبعض الصفقة، فيأخذ نصيب البائع ونصيب هؤلاء الحاضرين المسلمين بالبيع، ويدفع لهم حصصهم من الثمن وينتظر الغائب إلى أن يرجع ثم يطالبه بتقرير الضم أو التسليم ويكون المشتري ملزما بما يقرره هذا الغائب.<sup>(43)</sup>

يقول صاحب العمل الفاسي:

فمن يبيع عليه وهو غائب \*\*\* سكوته فليس ينفي الواجب<sup>(44)</sup>

حكى المريني أنه من بعد عام \*\*\* لا قبله ليس له أيضا كلام

إلا إذا حضر وهو ساكت \*\*\* فالبيع من دون كلام ثابت



وهذا يشير إلى أن غيبة الشريك عذر في عدم قيامه بالضم والمعنى أن من يبيع عليه حظه صفقة والحالة أنه أي المصفق عليه غائب عن بلد الصفقة غيبة يعذر بها في عدم قيامه بالضم بأن تكون مسافتها خمسة أيام أو يومين مع خوف طريقها أو ضعف بدنه كمرض، فسكوته حينئذ ليس ينفي أي يزيل عن المشتري الضم الواجب للغائب.

وظاهر قوله " فليس ينفي الواجب " أي أن حقه يبقى ما دام غائبا ولو علم بالبيع وطال زمانه سكوته عنه مع تصرفه في المشتري ولو لم يهدم يشهد في غيبته أنه على حقه من الضم إذا قدم هو كذلك على ما ذكره سي عبد صاحب الاستدكار وحكى المريني قاضي فاس أنه أي سقوط حق الغائب من الضم بسكوته عن المشتري يكون من بعد مضي عام من يوم علمه بالصفقة عليه ما لم يشهد العدول في غيبته أنه على حقه فيه إذا قدم؛ لأن حكمه حكم بيع الفضولي والمشهور فيه عدم نفاذه عليه قبل عام خلافا لمن قال بنفوذه عليه دونه كابن المكوي وإليه أشار الناظم بقوله لا يكون سقوط حق الشريك الساكت بلا عذر، قبله أي عام فإن المشتري ليس له أيضا كلام أي نزاع مع الشريك إذا ضم حصة شريكه. (45)

فاتضح إذن أن المشتري ملزم بما يقرره الغائب، ذلك أنه ينتظره إلى أن يرجع، ثم يطالبه إما بالضم أو التسليم؛ لأنه ليس من العدل التصفيق عليه والحالة أنه غائب ولا علم له بعملية البيع، وحتى إن علم فإن حقه لا يسقط إلا بعد مرور سنة كما حكى المريني ذلك، وعليه فإن حق الغائب في الضم أو التسليم محفوظ له؛ لأن الغيبة من موانع التصرف، وهذا كله ما لم يرفع الشريك البائع الأمر إلى القضاء أما إن رفعه إليه، فإن القاضي يقرر حينئذ إمضاء البيع تبعا لما اختاره بقية الشركاء الحاضرين، ويجوز ثمن نصيب الغائب ليدفعه له بعد رجوعه. وبذلك لا يبقى لهذا الغائب أي حق في الاختيار بين الضم والتسليم بعد رجوعه. (46)

والعلة في عدم بقاء الاختيار للغائب في هذه الحالة: أن إمضاء الشركاء الحاضرين البيع في حصصهم دليل على أن المصلحة للغائب في الإمضاء أيضا؛ لأنهم لا يقصدون بالإمضاء إلا الوجه الأصلاح فيحمل أمر الغائب عليه. (47)

أما إذا اختار شركاء الغائب الضم، فإنه يدخل معهم فيه بقدر حصته.

كما يمكن أن يضم له القاضي الذي تولى الإمضاء عليه؛ لأنه هو الساهر على مصلحته، فكما أن للقاضي أمر إمضاء الصفقة له أيضا ضمها لفائدته متى كان في الضم مصلحة له. (48)

وبهذا يكون حق الغائب في بيع الصفقة مكفولا له بإحدى الوسيلتين: إما بتدخل القاضي الذي يسعى لتحقيق الموازنة، فإن رأى في الضم مصلحة له أنفذه، وإن رأى في إمضاء الصفقة خيرا له فعل.

أما الوسيلة الثانية: فهي اتباعه لتصرف شركائه الحاضرين في حصصهم وحمل أمره على أمرهم، فإن اختاروا الضم دخل معهم، وإن أمضوا البيع حشر معهم؛ لأنهم لا يقصدون بالإمضاء إلا الوجه الأصلاح.

### الفرع الثاني: حماية الغائب في بيع الصفقة إذا كان أكثر من واحد.

إذا كان الغائب أكثر من واحد، وضم الحاضر الصفقة كلها، كان لمن حضر من الشركاء الغائبين أن يسترد حصته منه وأن يضم نصيب البائع -إن كان أولى من الحاضر الذي ضمها- أو أن يشاركه فيها إن كان في نفس رتبته. ثم إذا حضر غائب آخر كان له نفس الاختيار، وهكذا. كما لو كانت دار بين أربعة، يملك أحدهم نصفها والثاني ربعها، وكل من الثالث والرابع ثمنها، وكانوا جميعا في مرتبة واحدة. فباعها صاحب النصف صفقة، وكان صاحب الثمن حاضرا فضم المبيع، فإنه يعطي البائع ثمن نصفه. ويرد للمشتري ما يمكن أن يكون دفعه بمناسبة الشراء. ثم إذا حضر صاحب الربع واختار ضم الصفقة فإنه يبقى له نصيبه ويقاسم





- (7) - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت الطبعة 3 سنة 1414 هـ، 10/200.
- (8) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي م س، ص: 243.
- (9) - ابن منظور، لسان العرب، م س، 10/200.
- (10) - السلجماسي، شرح العمل الفاسي، 1 ص: 167 نقلا بواسطة من أطروحة الدكتوراه محمد بخنيف، - أحكام العقار المملوك على الشياخ ص: 424؛ م س. 'قد استفرغت الوسع فلم أظفر بالمصدر الأصلي'.
- (11) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص: 244.
- (12) - محمد بونبات، تطبيقات بيع الصفقة في العقار غير المحفظ والآفاق المستقبلية؛ م س، ص: 16.
- (13) - محمد خيرى، بيع الصفقة، م س، ص: 278.
- (14) - سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، بدون طبعة ولا تاريخ ص: 187.
- (15) - الامام مالك، الموطأ، مراجعة وارشاف نخبه من العلماء، الطبعة الثانية، منشورات دار الافاق الجديدة المغرب، 1994م، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص 651.
- (16) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والقانون المغربي، م س، ص: 244.
- (17) - الإمام البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق الدكتور محمد الأمين، دار البحوث الإسلامية |، الطبعة الأولى 2002 م، 4/224.
- (18) - القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد بوخزة الحسيني التطواني دار الكتب العلمية بيروت طبعة 1425 هـ، 2/180.
- (19) - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد معوض وأحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 1996 م، 4/51.
- (20) - ابن الحاجب، جامع الأمهات، بتحقيق أبو عبد الرحمان الأخضرى الطبعة الثانية 1421 هـ/2000 م ص: 422.
- (21) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص: 245.
- (22) - المرجع نفسه والصفحة نفسها.
- (23) - العلامة سيدي المهدي الوزاني الفاسي، تحفة أكياس الناس شرح عمليات فاس، تقديم وإعداد الأستاذ هاشم العلوي القاسمي، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1422 هـ/2001 م ص: 178.
- (24) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص: 246.
- (25) - محمد بونبات، تطبيقات بيع الصفقة في العقار غير المحفظ والآفاق المستقبلية، م س، ص: 17 و 18.
- (26) - العلامة سيدي المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس شرح عمليات فاس، ص: 178.
- (27) - المصدر نفسه والصفحة نفسها ص: 211.
- (28) - المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م س، ص: 212.
- (29) - محمد بونبات، تطبيقات بيع الصفقة في العقار غير المحفظ والآفاق المستقبلية، م س، ص: 18.
- (30) - قرار عدد 805 صادر بتاريخ 4 مارس 2009 ملف مدني عدد 2333/1/2/2007 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى، 6/2009 ص: 265.
- (31) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص: 250.
- (32) - خليل، المختصر بدون طبعة ولا تاريخ ص: 197.
- (33) - الخرشى، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة بدون طبعة ولا تاريخ، 6/197.
- (34) - المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م س، ص: 180.
- (35) - محمد بونبات، تطبيقات بيع الصفقة في العقار غير المحفظ والآفاق المستقبلية، م س، ص: 19.



- (36) - ينص الفصل 56 من ق ل ع على أنه: "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".
- (37) - محمد بونبات، تطبيقات بيع الصفقة في العقار غير المحفظ والآفاق المستقبلية، م س، ص: 19 و 20.
- (38) - المرجع نفسه، ص: 20.
- (39) - الزرقاني، على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه عبد السلام محمد أمين دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 1422هـ/2002م، 6/373.
- (40) - المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م س، ص: 214.
- (41) - قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 2230 ملف مدي عدد 85/1079 بتاريخ 20/7/1988 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 60 شهر يناير وفبراير 1990 ص: 44.
- (42) - المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م س، ص: 203.
- (43) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص: 271.
- (44) - المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م س، ص: 217 و 218.
- (45) - المرجع نفسه والصفحة 218 و 219.
- (46) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية، م س، ص: 271.
- (47) - سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، م س، ص: 112.
- (48) - المرجع نفسه والصفحة نفسها
- (49) - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية، م س، ص: 272 و 273.