

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية

جامعة أدرار

- قسم الشريعة -

طوارئ القسمة

بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الدكتور:

مبروك المصري

إعداد الطالب:

عبد الحميد ويسبي

أعضاء اللجنة:

الرئيس:

المشرف:

المناقش:

المناقش:

المناقش:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ
بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا
تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

سورة النساء، الآية 29

إهداء

إلى روح والدي الكريم الذي سهر على تربيتي وتعليمي . . .

إلى أُمِّي الحنون، التي غمرتني بعطفها ، ورعتني بدعائها

إلى شيخِي الذين أناروا لي طريق العلم:

- الحاج محمد الحسن بن مداحي

- الحاج محمد المكي بالكبير

إلى خالي العزيز عبد القادر بوخبزة

إلى إخواني وأخواتي

إلى كل من التمس طريقاً يتغي فيه علما

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع . . .

شكر وتقدير

أشكر الله العلي العظيم شكراً يليق بقدره؛ أن هياً لي الظروف لطلب العلم، وأثني عليه الثناء كله؛ أن وفقني لإعداد هذا البحث، ثم إنه من تمام شكر الله أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى:

- الدكتور مبروك المصري الذي أشرف على إعداد هذه المذكرة، ولم يدر جهداً في مدي بالنصائح والمراجع، سواء في مكتبه، أو في بيته، والذي تكرم علي بوقته الثمين رغم أعباء المسؤوليات الملقاة على عاتقه.

- أساتذتي الأجلاء: الدكتور محمد دباغ، والدكتور يحيى عز الدين، والدكتور محمد سنيبي، والدكتور محمد اسطنبولي، والدكتور محمد شوشان، والدكتور محمد ميلود سيرير، والدكتور بومدين محمد، والأستاذ محمد بلعروس، والدكتور صالح حمليل، والأستاذ يحيى وناس، والأستاذ خالد ملاوي.

- كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إعداد هذه المذكرة، وأخص بالذكر: حمدون الشيخ، محمد تلمساني، سعيد طاري، سعيد بوقرور، الحسين فرطاس، جالطي بوزيان، برقام عبد القادر، عيسى نويصر، عبد العزيز بلحضر، بقدار عبد الحميد، محمد بن يمينه، قيش فاتح، مرين محمد، الحاج أحمد، بلخير طاهري، النذير أوسالم، محمد مجروني، بغداد دهليس، جمال الماحي، وسعيد عمراوي، بوربيق علي، نور الدين مولاي، عكاشة راجع.

- موظفي المكتبات: بجامعة أدرار، ومعهد الحضارة الإسلامية بوهران، والمركز الإسلامي بوهران، وكلية أصول الدين بالخروية، ومكتبة مسجد عمرو بن العاص بأدرار.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد فالإسلام دين الله الخالد، وشريعته الباقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فشريعته صالحة لكل زمان ومكان.

ولما كانت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية بتقنين فقهاها تتطلب دراسة الفقه الإسلامي وإبراز ما فيه من حلول لمشاكل وقضايا الناس، رأيت من الخير أن أحوض بحر الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة مع قلة البضاعة العلمية تماشياً مع تخصصي العلمي.

للمال أهمية وحظوة عظيمة في نفوس الناس، ومن أجله يسعى الناس ويكدون، ومن أجله يتقاربون أو يتخالفون.

والأصل أن يمتلك الإنسان المال على سبيل الانفراد والحرية لا يشاركه فيه أحد، إلا أنه قد يكتسب المال عن طريق الشيوخ، فلا يعرف كل شخص حدود ملكه، ولا حد الانتفاع به، مما يؤدي في غالب الأحيان إلى التنازع والتشاحن والخصام بين الشركاء خاصة بين الأقارب والأسر، لأن أهم سبب للملكية الشائعة يتمثل في الميراث.

فالملكية الشائعة لها مساوئ اجتماعية ككثرة النزاعات والخصومات بين أفراد الأسر، وبين أفراد المجتمع، ومساوئ اقتصادية لأن الملكية المفروزة أكثر إنتاجاً من الملكية الشائعة، فلذا يكون كل شريك حريص على إنهاء الشيوخ وإزالته للتخلص من هذا الحال الطارئ، وأهم سبب لإنهاء وإزالة الشيوخ هو قسمة هذا المال الشائع.

فجاء كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بتشريخ أحكام ونصوص تعالج وتنظم كيفية قسمة المال الشائع لإنهاء ورفع مضار المال الشائع عن الشركاء على أساس العدالة والمساواة

بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف وينتفي بطروء طارئ على القسمة، فتصير القسمة مجافية لروح العدالة والمساواة بين المتقاسمين، فتؤدي إلى التزاعات والخصومات مرة ثانية.

وسيقصر هذا البحث على دراسة طوارئ القسمة كسبب موجب لإعادة النظر فيها من نقض أو تصحيح أو إمضاء بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، وذلك لأسباب وأهداف تتمثل فيما يلي:

1- الرغبة الشخصية في تصحيح النظرة الخاطئة في عدم صلاحية الفقه الإسلامي لحل قضايا ومشاكل الناس.

2- رغبتي في دراسة طوارئ القسمة دراسة مقارنة، وقد تولدت لدي هذه الرغبة بعدما بدأت المذكرة التدريبية بعنوان: «نقض القسمة للغبن بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري»، حيث تبين لي حينها ضرورة تناول الطوارئ المتبقية ببحث مستقل.

3- المساهمة في تقديم الحلول لمشاكل ومنازعات المتقاسمين بسبب هذه الطوارئ التي تطرأ على القسمة.

4- محاولة بيان ثراء وخصوبة ومرونة الفقه المالكي باعتباره فقه المقاصد والمصالح حيث أنه فقه تطبيق وواقع سارت عليه الدولة الإسلامية في المغرب، والأندلس، وغيرها.

5- محاولة بيان مدى تأثير القانون المدني الجزائري بالفقه المالكي، ذلك أن المشرع الجزائري استمد غالب نصوصه من القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي، وكلا القانونين استمدا غالب نصوصهما من الفقه الإسلامي، وبالخصوص الفقه المالكي.

6- بيان أحكام طوارئ القسمة التي تناولها فقهاء المالكية بأسلوب سهل وميسر.

- 7- توضيح موقف الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من الخصومات والتراعات الناشئة بسبب طوارئ القسمة.
- 8- كون الموضوع يرتبط بفقه المعاملات، وهو جانب مهم في حياة الناس، خاصة أن المسلمين قد عمت البلوى بجهلهم لأحكام طوارئ القسمة.
- 9- محاولة مني إضافة لبنة علمية في صرح الدراسات المقارنة.
- 10- اهتمامي بالفقه المالكي مدارس، وبجثا وتحقيقا.

كما أن للموضوع أهمية لا سيما في عصرنا الذي كثرت فيه التراعات والخصومات، وذلك أن القسمة تعالج وتنتهي مضار ومشاكل الملكية الشائعة، فتقضي على الخصومات والتراعات بين المشتاعين، إلا أن هذه القسمة إذا لم تقم على أساس العدالة والمساواة بين المتقاسمين لطوء طارئ عليها ستعيد نفس المشاكل والتراعات بين الأفراد، فلا مناص من إعادة النظر في القسمة من نقضها أو إمضائها لرفع الضرر عن المتقاسمين، فالموضوع يعالج مشكلة تكثرت في الحياة العملية.

ومن خلال ما تقدم ترسم الإشكالية التالية:

إن كلا من الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري اتفقا على أن القسمة تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين وكلاهما حريص على استقرار القسمة ودوامها، لكنهما اختلفا في تحديد طوارئ القسمة، واختلفا كذلك في بعض أحكام الطوارئ، فما مدى تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين بين الفقهاء المالكي والقانوني؟، وما مدى حرصهما على استقرار القسمة؟.

وهذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات تتمثل في:

- ماهي أنواع القسمة؟

- ما طبيعة وصفة القسمة؟

- ما مفهوم طوارئها؟

- ما هي أحكام طرود الغبن على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود العيب على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الاستحقاق على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الوارث على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الموصى له على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الدين على القسمة ؟
- وأثناء بحثي في الموضوع صادفتني صعوبات أعاقت إخراج هذا البحث على أحسن وجه،
وأهم هذه الصعوبات:

- 1- قلة المراجع بالنسبة لشراح القانون المدني الجزائري، فقلما تجد من تكلم عن طوارئ القسمة بالشرح والتفصيل إلا بالتر القليل.
- 2- صعوبة البحث في القانون المدني لتشعب مسائله، وتفرع أحكامه، وعدم وجود مذكرة إيضاحية تفسر نصوص القانون المدني الجزائري، وهذا بخلاف القانون المدني المصري.

وكانت خطوتي الأولى في هذه المذكرة هي البحث عن الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع، وبعد البحث فيما أتيت لي من مصادر لم أجد من تطرق لموضوع طوارئ القسمة كموضوع مستقل، وبالخصوص إذا كان مقارنا بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، إلى أن وجدت رسالة دكتوراه بعنوان: «أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري» لمحمد الضويبي تناول فيها طوارئ القسمة كمبحث من مباحث رسالته، لكنه لم يذكر كل الطوارئ وإنما اقتصر على بعضها، ولم يبين رأي فقهاء المالكية بتوسع وتدليل لآرائهم، بينما في الفقه المالكي كان الموضوع مبنوثا في كلامهم عن أحكام القسمة.

ونظرا لطبيعة وخصائص الموضوع، اعتمدت المنهج التحليلي المقارن في معالجة الموضوع حيث عرضت موقف المذهب المالكي وموقف القانون المدني الجزائري وكيف تعاملوا مع المسألة المراد دراستها، ثم أقارن بين الموقفين.

وكان عملي في البحث كالآتي:

- 1- اعتمدت في الفقه المالكي على مختصر خليل وشراحه، وفي الجانب العملي القضائي على نظم التحفة وشراحها، وذلك لأن فقهاء المالكية المتأخرين عكفوا على مختصر خليل، وصارت الفتوى والقضاء وفقا لأقواله، ولأن فيه بيان الراجح من المرجوح في المذهب، وقد أشير إلى الخلاف المذهبي مبينا الراجح وفقا لقواعد الترجيح.
- 2- اعتمدت في الفقه القانوني على فقهاء القانون المصري، وذلك لأن كل مواد القانون المدني الجزائري في أحكام القسمة مطابقة لنصوص القانون المدني المصري.
- 3- سرت في هذا البحث على تقديم موقف المذهب المالكي ثم أتبعه بموقف القانون المدني الجزائري وأقارن مبينا أوجه الوفاق والاختلاف محاولا الترجيح.
- 4- كما اعتمدت على قانون الأسرة في مسألة طرود الوارث والموصى له على القسمة لأن القانون المدني أحال أحكام الوصية والميراث إلى قانون الأسرة.
- 5- اقتصرت على دراسة وبحت حكم طرود الدين على التركة فقط.
- 6- قمت بترقيم الآيات القرآنية وعزوها إلى سورها.
- 7- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، مع بيان درجتها من الكتب المعتمدة ما لم تكن في الصحيحين.
- 8- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في البحث ما عدا المعاصرين.
- 9- قمت بمقابلة مواد القانون المدني الجزائري مع مواد القانون المدني المصري إما في المتن أو في الهامش.

- 10- إذا أطلقت لفظ القانون الوضعي أقصد به القانون المدني الجزائري.
- 11- ذكر كل معلومات المرجع عند أول ذكر له إلا عند تخريج الأحاديث وترجمة الأعلام لعدم إثقال الهامش.
- 12- عند الإشارة إلى بيانات المراجع في الهامش استعملت الرموز التالية .
- د ط : عدم وجود الطبعة.
 - د ب : عدم وجود البلد.
 - د ت : عدم وجود التاريخ.
 - د د : عدم وجود دار النشر.
 - تح : إشارة إلى التحقيق.
 - تخ : إشارة إلى تخريج.

وكانت خطة البحث كالاتي:

المقدمة

مدخل

الفصل الأول: ماهية القسمة

المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها

المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها

المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها

الفصل الثاني: أحكام طوائر القسمة

المبحث الأول: طروء الغيب على القسمة

المبحث الثاني: طروء العيب أو الاستحقاق على القسمة

المبحث الثالث: طروء وارث أو موصى له أو دين على القسمة

الخاتمة

وأخيرا أرجو من الله - سبحانه وتعالى- أن أكون قد وفقت في بحثي، فما كان فيه صواب فمن توفيق الله، وما كان فيه من نقص وزلل وخطأ فمن نفسي والشيطان والله ورسوله بريئان منه.

مدخل

قبل البدء بتعريف القسمة ينبغي التعرض لمحلها، والمتمثل في الملك المشاع، فالقسمة لا ترد ولا تقع إلاّ على الملك المشاع، فما هو الملك المشاع؟ وما هي مصادره؟ وما هي أسباب انقضاء الشيوع؟

تعريف الشيوع:

نتناول التعريف اللغوي للشيوع، ثم تعريفه في اصطلاح الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

1- لغة:

يقال: «شاع الخبر يشيع شيوعةً، ذاع، وسَهْمٌ مشاع وشائع غير مقسوم، وأشاع الخبر أذاعه»⁽¹⁾.

وقال صاحب المصباح المنير: «وشاع اللبن في الماء إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل: سَهْمٌ شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه»⁽²⁾.

فالمشاع نقصد به الشيء غير المقسوم.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، دط، دت، (دار الحديث، القاهرة، مصر)، ص 199.

(2) أحمد الفيومي، المصباح المنير، دط، 1990م، (مكتبة لبنان، لبنان)، ص 126.

2- اصطلاحاً:

أ- في الفقه الإسلامي:

عرفت المادة 139 من مجلة الأحكام العدلية الحصة الشائعة بأنها: «السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء الملك المشترك»⁽¹⁾.

وعُرف الملك المشاع بأنه: «الملك المتعلق بجزء غير مُعَيَّن من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً»⁽²⁾.

وبأكثر تفصيل عُرِّف الملكية الشائعة بأنها: «ما تعلقت بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة، كسدس، وثلث، ونصف، سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً»⁽³⁾.

ويتضح من التعاريف السابقة، أن الملكية الشائعة هي أن يمتلك شخص جزءاً من الملك المشترك، غير المخصوص لأحد من الشركاء، وتعلق جميع حصص ملكياتهم بذلك الملك المشترك.

ب- في القانون الوضعي:

عرفت المادة 713 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾ الملكية الشائعة بأنها: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك»⁽⁵⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان) ج01، ص103.

(2) أحمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط01، 1998م، (دار القلم، دمشق، سوريا)، ج01، ص252.

(3) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دط، 1990م، (دار النهضة العربية، بيروت، لبنان)، ص157.

(4) الأمر رقم 75-85 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(5) ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 825.

ويتضح من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على ملك معين بالذات يملكه أكثر من واحد، وتتناول الملكية الشائعة الملك الشائع كله غير المنقسم، فيكون حق كل شريك على حصة شائعة في هذا الملك، فمحل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة⁽¹⁾.

وعرفت بأهما: « هي التي يمتلك فيها الشركاء حصصاً غير مفرزة كالورثة في الشيوع قبل القسمة»⁽²⁾.

وعرفها أحد فقهاء القانون بقوله: «هي الحالة القانونية التي يكون فيها اثنان أو أكثر قد تملكوا مالاً منقولاً أو غير منقول، بسبب من أسباب التملك بحيث يكون لكل شريك حصة أو نصيب محدد ولكن غير مفرز تعادل نصيبه في هذا المال دون أن تذكر في جانب معين من هذا المال المملوك، كالربع، أو الثلث، أو الخمس»⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق، يتبين أن الملكية الشائعة هي الحالة القانونية التي يمتلك فيها الشريك جزءاً من المال المشترك وتكون حصته شائعة في كل ذرة من ذرات هذا الملك.

- المقارنة:

من خلال تعريف المشرع الجزائري للملكية الشائعة، نجد أنه يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي للملك المشاع، فالملكية الشائعة هي الملك الجزئي غير المعين المتعلق بالشيء المملوك للشركاء.

(1) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دط، دت، (دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان)، ج08، ص796.

(2) حمدي باشا عمر، وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)، ص13.

(3) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دط، 1993م، (دد، عمان، الأردن)، ص87.

مصادر الشبوع:

كل سبب يؤدي إلى كسب ملكية مفرزة يصلح أن يكون سبباً لنشوء ملكية شائعة، وأسباب قيام الشبوع إما اختيارية، وإما قهرية⁽¹⁾:

1- الأسباب الاختيارية:

الأسباب الاختيارية هي التي يكون لإرادة الشركاء دخل في نشوء الشبوع، كأن يشتري شخصان مالاً على الشبوع، أو كأن يوصي أو يهب شخص مالاً لاثنتين أو أكثر على الشبوع.

2- الأسباب القهرية:

وأما الأسباب القهرية فهي الأسباب التي تؤدي إلى نشوء الشبوع دون دخل منهم، ولا تتوقف على رضاهم كأن يرث اثنان مالاً مشتركاً بينهما، أو يكون سبب الشركة الغنيمة⁽²⁾ أو الفيء⁽³⁾.

ويعتبر الميراث أهم سبب لقيام الشبوع في الحياة العملية.

والقانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أسباب نشوء الشبوع، فقد ينشأ الشبوع بسبب واقعة مادية كالميراث أو عمل قانوني كالعقد والوصية⁽⁴⁾.

(1) ينظر: محمد الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص37.

(2) الغنيمة: اسم لما يؤخذ من مال الكفرة بقوة الغزاة، وقهر الكفر على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى، وحكمه أن يحمس، وسائرته للغانمين خاصة. الشريف الجرجاني، التعريفات، اعتنى به محمد مصطفى أبو يعقوب، ط01، 2006م، (مؤسسة الحسين، الدار البيضاء، المغرب)، ص144.

(3) الفيء: ما أورده الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالفهم في الدين بلا قتال، إما بالجلء، وإما بالمصالحة على جزية أو غيرها، والغنيمة أخص منها، والنفل أخص منها، المرجع نفسه، ص150.

(4) ينظر: نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص147.

أسباب انقضاء الشبوع.

ينتهي الشبوع بإحدى الطرق الثلاث التالية⁽¹⁾:

1. إذا هلك الشيء المشاع هلاكاً كلياً، كأن يكون سيارة فتحترق أو داراً فتتهدم.
2. أن تجتمع الحصص في ملك شخص واحد، سواء كان من الشركاء أو أجنبياً عنهم، كأن يبيع أو يهب الشركاء جميع حصصهم لواحد منهم.
3. أن تقع قسمة نهائية للمال المشترك، فيخرج كل شريك بمقتضى القسمة على جزء مفرز معين من ذلك المال المشترك.

والقسمة كما هو معلوم من الحياة العملية هي السبب الرئيس لانقضاء الشبوع، لذا نجد الفقه الإسلامي نظم وعالج أحكام القسمة، وتوسع في بيان أحكامها، كما نجد المشرع الجزائري قد نظم وعالج أحكام القسمة كسبب رئيس لانقضاء الشبوع، لأن الأصل في المالك أن يمتلك المال على سبيل الإنفراد والحرية.

(1) ينظر: محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط02، 1999م، (مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب)، ص133.

الفصل الأول: ماهية القسمة

الأصل أن يمتلك الإنسان المال منفرداً، إلا أن هناك حالات وأسباباً كالميراث تجعل الملكية مشتركة ومشاعة بين الأشخاص المالكين.

فيصير الملك مشاعاً بين مالكيه، وهذا ما يؤدي في غالب الأحيان إلى التزاعات والخصومات بين الشركاء، لأن كل واحد من الشركاء يريد الخروج من هذا الحال الطارئ العارض فيلجأ الشركاء إلى القسمة كطريق لانقضاء الشيوخ وإزالته، فما حقيقة القسمة وماهيتها؟

ولبيان ذلك لا بد أن نتناول القسمة بتعريفها وبيان مشروعيتها وحكمتها وذكر أركانها وعناصرها وأنواعها وكيفيتها، ثم بيان طبيعتها وصفتها ومفهوم طوارئها.

وسنقوم -إن شاء الله- ببيان هذه العناصر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، ثم نحاول إجراء المقارنة بين الفقهاء لإبراز أوجه الاتفاق والاختلاف.

لذا انقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: في تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها.
- المبحث الثاني: في أركان القسمة وأنواعها وكيفيتها.
- المبحث الثالث: في طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوارئها.

المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها .

سنتناول في هذا المبحث تعريف القسمة ومشروعيتها والحكمة من مشروعيتها في كل من الفقه المالكي والقانون الجزائري، لذا اشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب .

- المطلب الأول: تعريف القسمة .
- المطلب الثاني: مشروعية القسمة .
- المطلب الثالث: حكمة القسمة .

المطلب الأول: تعريف القسمة.

للقسمة تعريف في اصطلاح فقهاء المالكية، وفقهاء القانون الوضعي.

الفرع الأول: تعريف القسمة في اللغة واصطلاح فقهاء المالكية.

نتناول بداية تعريف القسمة لغة ثم اصطلاحاً.

1- لغة:

جاء في مختار الصحاح: «الْقَسَمُ بالفتح مصدر قسم الشيء فانقسم وبابه ضرب، والموضع مقسم مثل مجلس، والقسم بالكسر، الحظ والنصيب»⁽¹⁾.

وجاء في المصباح المنير: «قسمته قسماً من باب ضرب، فرزته أجزاءً فانقسم، والموضع مقسم مثل مسجد، والفاعل قاسم، وقَسَّام مبالغة، والاسم القسم بالكسر، ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسمي والجمع أقسام، مثل حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم القسمة، وأطلقت على النصيب أيضاً»⁽²⁾.

فالقسمة لغة النصيب وإفراز الأجزاء يجعل أجزاء الملك المشترك متميزة.

2- اصطلاحاً:

يوجد في الفقه المالكي تعريف للقسمة عكف عليه فقهاء المالكية فبينوا محترزاته وتقييداته وهو تعريف ابن عرفة⁽³⁾، أورده في كتابه المشهور: الحدود.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص 291.

(2) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص 192.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة التونسي، المقرئ الفروع، الأصولي، المنطقي، صاحب كتاب «الحدود في التعريفات المنطقية»، ت 803هـ، الديباج، ص 419، شجرة النور، ص 227.

وحد التعريف هو: «القسمة تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض»⁽¹⁾.

وهذا يعني أن القسمة هي: أن يصير القاسم الشيء المقسوم المشاع المملوك لاثنين أو أكثر معيناً بعد أن كان مشاعاً ولو باختصاص التصرف مع بقاء الملك مشاعاً⁽²⁾.

وعرفها الدردير⁽³⁾ بقوله: «تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف»⁽⁴⁾.

فالقسمة تميز نصيب كل شريك من الشركاء كثروا أو قلوا في مشاع عقار أو غيره، وسواء كان التعيين المذكور باختصاص تصرف فيما عين مع بقاء الشركة في الذات كأن يختص بدابة من الدواب المشتركة أو بجهة من الدار المشتركة فهذا من القسمة الشرعية⁽⁵⁾.

ويظهر بأن التعريفين متقاربان، فقوله (تصيير) مرادف ومساو للفظ (التعيين) أي تمييز، إلا أن تعريف ابن عرفة اشتمل على بيان أنواع القسمة، وطريقتها بخلاف تعريف الدردير حيث اكتفى بذكر أنواعها.

لكن يؤخذ على هذين التعريفين التزيد في تصور المعرف، وذلك لأن التعريفات وضعت لبيان حقيقة وماهية الشيء، لا للتفصيلات وذكر الجزئيات، والتعريفان ذكر فيهما الأنواع وطريقة القسمة.

(1) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الاحفان والطاهر المعموري، ط1، 1999م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج2، ص492.

(2) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، دط، دت، (دار الفكر، دب)، ج02، ص58.

(3) هو أحمد بن أحمد الدردير، فاضل من فقهاء المالكية، عُيِّن شيخاً على المالكية ومتفتياً لهم، حتى سمي بمالك الصغير، من كتبه: «أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك»، ت1201هـ، شجرة النور، ص359.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير، دط، دت، (مؤسسة العمر، الجزائر)، ج03، ص267.

(5) ينظر: المرجع نفسه، ج03، ص267.

وعرفها بعض الفقهاء بتعريف سهل وميسر فجاء في كفاية الطالب الرباني: «هي تمييز حق لينتفع كل من الشركاء بما تميز له»⁽¹⁾، وهي بهذا التعريف مقصورة على قسمة الرقاب دون المهايأة وهو المعنى المتبادر إذا أطلق لفظ القسمة.

ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف القسمة بأنها: تعيين نصيب كل شريك من الشركاء في المال الشائع بينهم.

الفرع الثاني: تعريف القسمة في القانون الجزائري.

لم يتعرض المشرع الجزائري في أي مادة من مواد القانون المدني لتعريف القسمة ومثله المشرع المصري، ولكن عاجلاً وتناولاً أحكامها كما سيأتي في المطلب الثاني، إلا أن فقهاء القانون تعرضوا لتعريفها.

فعرفها بعضهم بقوله: «قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع، يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال»⁽²⁾.

وعرفها البعض الآخر بقوله: «القسمة عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء»⁽³⁾.

وهناك من عرفها بأنها: «إعطاء كل شريك في الشيوع قدرًا يعادل نصيبه في المال الشائع»⁽⁴⁾.

(1) أبو الحسن علي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار الفكر، دب)، ج02، ص336.

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ط8، 2002م، (دار محمود للنشر والتوزيع، دب)، ص10.

(3) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، ط2، 1995م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر)، ص223.

(4) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (الدار الجامعية، دب)، ص220.

فالقسمة وفق التعاريف السابقة، لا يقصد بها إلا القسمة النهائية فقط، وهو المعنى المراد من لفظ القسمة إذا أطلق، إلا أن هناك نوع من أنواع القسمة يقال له قسمة المهايأة - سيأتي الكلام عليها في أنواع القسمة - لم يدخل في التعاريف السابقة.

فيتضح من تعاريف فقهاء القانون أن تعاريفهم تتفق من حيث المعنى مع اختلافهم في الألفاظ، فكل منهم يقصد بأن القسمة تميز حق كل شريك في مشاع لينتفع به كيف ما شاء ووقت ما شاء، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية قد اعتنوا بتعريف القسمة فبينوا حدودها ومحترزاتها خاصة متأخري المالكية كشراح مختصر خليل⁽¹⁾ وشراح التحفة.

بينما نجد القانون المدنى الجزائري لم يتعرض لتعريف القسمة رغم تنظيمه لأحكامها، إلا أن فقهاء القانون تعرضوا لتعريفها فاتفقوا على معناها رغم اختلاف العبارات والألفاظ، فتعريفهم يتفق مع تعريف فقهاء المالكية، مع أن فقهاء القانون اقتصروا على القسمة النهائية فقط.

فالقسمة عند الجميع: تعيين للحصص الشائعة بإفرازها، وإعطاء كل شريك نصيبه ليستقل به ويتصرف فيه كيف ما شاء وقت ما شاء.

المطلب الثاني: مشروعية القسمة

نتناول في هذا المطلب مشروعية القسمة في الفقه الإسلامى، والتنظيم القانونى للقسمة.

(1) هو خليل بن إسحاق الجندى، أستاذ من أهل التحقيق، ثاقب الذهن، مشارك في فنون من العربية، والحديث، والفرائض، صاحب المختصر المشهور في الفقه، ت749هـ، الدياج المذهب ص186، شجرة النور، ص223.

الفرع الأول: مشروعية القسمة في الفقه الإسلامي.

القسمة مشروعة، ودليل مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1 - الكتاب:

ففي كثير من الآي منها: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ (1).

فالله سبحانه وتعالى شرع لأولي القربى من غير الورثة، وكذا اليتامى والمساكين إذا حضروا قسمة التركة بين الورثة، أن يرزقوا منها فيجعل لهم المتقاسمون شيئاً منها، لأن الضمير في قوله تعالى (منه) يعود إلى المال المقسوم فدل ذلك على مشروعية القسمة وجوازها (2).

وقوله تعالى: ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ أَجْمَعِينَ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (3).

فالله سبحانه وتعالى بين بعض أنصبة الغنيمة، ومن المعلوم أن الأنصبة لا تتميز ولا تتضح إلا بفعل القسمة، فدل ذلك على مشروعية القسمة.

وقوله تعالى: ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ هَا شَرِبْ وَلَكُمْ شَرِبٌ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴾ (4).

(1) سورة النساء، الآية 08.

(2) ينظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دط، دت، (دار الكتاب العربي، دب)، ج5، ص49.

(3) سورة الأنفال، الآية 41.

(4) سورة الشعراء، الآية 155.

وقوله تعالى: ﴿وَبَيَّنَّمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾⁽¹⁾.

والآيتان تدلان على قسمة المهايأة، وذلك أنهم يتتفعون من قسمة الماء إذ يختص كل واحد منهم بالشرب في وقت معين.

وإن كانت الآيتان شرعتا لمن قبلنا، وإخباراً لما حدث بين نبي الله صالح وبين قومه من قسمة الماء بينهم وبين ناقته، فإن شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وهو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين⁽²⁾.

2 - السنة النبوية:

- ثبت أن الرسول صلى الله عليه عليه وسلم لما فتح حيننا قسم الغنائم⁽³⁾.

- قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة⁽⁴⁾ فيها»⁽⁵⁾.

فقد دل الحديث على مشروعية القسمة، لأنه أفادا أن المال يكون شركة، فإذا أراد أحد الشركاء بيع نصيبه فإنه يثبت للآخر حق الشفعة، ولا يسقط هذا الحق إلا بأمر مشروع، ألا وهو القسمة.

- قوله صلى الله عليه وسلم: «أيا دار أو أرض قسمت في الجاهلية، فهي على قسم

الجاهلية، وأيا دار أو أرض أدركها الإسلام فلم تقسم، فهي على قسم الإسلام»⁽⁶⁾.

(1) سورة القمر، الآية 28.

(2) ينظر: أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن ط1، دت، (مكتبة دار المصحف، دب)، ج5، ص298.

(3) رواه مسلم عن عبد الله بن زيد، كتاب الزكاة، باب إعطاء من يخاف على إيمانه، رقم الحديث 1061، ج2، ص732.

(4) الشفعة: لغة الضم وشرعا أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه به، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، 1982م، (دار الفكر، دمشق، سوريا)، ص198-199.

(5) رواه أبو داود، باب في الشفعة، ج02، ص280، قال الشوكاني: «رجال إسناده ثقات»، نيل الأوطار، ج5، ص301.

(6) رواه مالك، كتاب الأفضية، باب قسم الأموال، قال ابن عبد البر: «لم يختلفوا في أنه بلاغ عن ثور ابن زيد، الاستدكار،

فقد دل الحديث على أن الإسلام أقر عدم إلغاء قسمة الجاهلية، وشرع القسمة بين الشركاء بعد مجيء الإسلام.

3 - الإجماع:

جاء في كتاب الإجماع: «اجمع كل من نحفظ له من أهل العلم على أن الأرض إذا كانت بين الشركاء واحتملت القسمة من غير ضرر يلحق أحدا منهم قسمت»⁽¹⁾.

فقد أجمعت الأمة على جوازها، ولا زالوا منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتعاملون بالقسمة في الموارث وغيرها دون نكير «فكانت شرعيتها متوارثة»⁽²⁾.

4 - المعقول:

القسمة من مقتضيات العقل والحاجة داعية إليها، فالمعقول «يقتضيه توفيراً على كل واحد مصلحته بكمالها»⁽³⁾.

فيتضح مما سبق أن القسمة مشروعة وجائزة في الفقه الإسلامي للنصوص المتقدمة الدالة على مشروعيتها، دل على ذلك القرآن الكريم، وقوله وفعله صلى الله عليه وسلم، وأجمعت الأمة على مشروعيتها، فمشروعيتها قطعية عند كل المسلمين، علاوة أن العقول السليمة تقتضيها توفيراً لمصلحة كل شريك.

والحكم التكليفي للقسمة: «أما جائزة بين الشركاء»⁽⁴⁾.

(1) محمد ابن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط2، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص79.

(2) أبو بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1982، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج7، ص17.

(3) المرجع نفسه، ج7، ص17.

(4) أبو الوليد الباجي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء، ط1، 2002م، (دار ابن حزم بيروت، لبنان)، ص178.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للقسمة

عالج المشرع الجزائري أحكام القسمة من المادة 722 إلى المادة 737، فعدد المواد المنظمة لأحكام القسمة 16 مادة.

وقد نظم المشرع أحكام القسمة النهائية سواء كانت بمعدل أو بغير معدل، اتفاقية، أو قضائية أو قسمة تصفية من المادة 722 إلى المادة 732، ثم نص على أحكام قسمة المهياة من المادة 733 إلى المادة 736.

المطلب الثالث: حكمة القسمة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد والمضار عن الناس، يرفع الضرر عنهم وفك أسباب النزاع بينهم، وغالب الظن أن الشركة في الملك المشاع تؤدي إلى النزاع والخصام بين الشركاء، لتعارض الرغبات واختلاف الآراء، فكانت شرعية القسمة ضرورة لازمة لفك النزاعات والخصومات بين الشركاء.

فلذا يقول بعض الفقهاء المحدثين مبينا حكمة مشروعية القسمة: «لوحلت الشركة من كل عيب وعوار لكان مجرد الاستقلال بالتصرف مطلبا جديرا يستهوي النفوس وتتعلق به الرغبات، وتدعو إليه حاجة الإنسان... كيف ومساوئ الشركة ومفاسد تعدد الشركاء، واصطداع طبائعهم وميوههم وأطماعهم وضيق الناس بذلك مما يجري مجرى الأمثال»⁽¹⁾.

ولما كان للملكية الشائعة مساوئ اجتماعية ككثرة النزاعات المتعلقة بإدارة المال الشائع، ومساوئ اقتصادية لأن الملكية المفززة أكثر إنتاجا من الملكية الشائعة، فكان تنظيم المشرع الوضعي لأحكام القسمة، والتعرض بنصوصه لكل ما قد ينشأ عن الشروع قبل القسمة من مشاكل وخصومات مما يجعل للقسمة أهمية لتصفية كل نزاع وخلاف⁽²⁾.

(1) إبراهيم عبد الحميد، القسمة، الموضوع 12، ط تمهيدية، دت، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت)، ص 32.

(2) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص 37.

وبما أن الفقهاء يعتبرون الشركة على الشيعاء ضرراً على الشركاء لما فيها من المنازعات والمشاكل من تقييد حق كل شريك بحق الباقي، وعدم حرته من استغلال ما يملك، زيادة على أن بعض الشركاء قد يجور على شريكه ويضيق عليه، كما أن المال المشاع يتعرض غالباً للضياع بسبب إهمال وتقصير بعض الشركاء في المحافظة عليه فيكون عرضة للتسيب والزوال⁽¹⁾.

وكما هو معلوم أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يعلمان على حفظ المال وسد ذرائع إسرافه وتبديده وضياعه، فالفقهاء يعلمان على صيانة وحفظ أموال الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه درءاً للخصومات الواقعة بين المشتركين في الملكية الشائعة، لكي يتصرف كل شريك في نصيبه بجميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة من بيع وإيجار ورهن وهبة...

وقد أثبت واقعا الملموس مدى خطورة المشاكل الناتجة عن الملكية الشائعة، وذلك بالتمادي بعدم الحفاظ على الأموال المشتركة، وأكل أموال الناس بالباطل، وقد حذرنا الله سبحانه وتعالى من ذلك فقال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾.

وقال كذلك: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽³⁾.

«والاستمرار في الشيوع كثيراً ما يكون مصدراً للمتاعب، والخلافات بين الشركاء المشتاعين، بل قد يتخذ البعض وسيلة للإضرار وللتنكيل ببعض الشركاء، ولاشك أن استقلال الفرد باستعمال ملكه أو استغلاله أو التصرف فيه هو أكثر نفعاً من الاستغلال الجماعي، وفيه حافز قوي على العمل والإنتاج»⁽⁴⁾.

(1) ينتظر: محمد بن معجوز، الحقوق العينية، ص 134-135.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) سورة البقرة، الآية 188.

(4) فايز السيد المساوي وأشرف فايز المساوي، قسمة المال الشائع و دعاوى الفرز والتجنيد، ط 1، 2004م، (المركز

القومي للإصدارات القانونية، دب)، ص 345.

المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها .

نتناول في هذا المبحث أركان⁽¹⁾ القسمة وأنواعها وكيفيةها في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، فما هي أركان القسمة وأنواعها؟ وماهي كيفيةها؟

اشتمل المبحث على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: أركان القسمة
- المطلب الثاني: أنواع القسمة
- المطلب الثالث: كيفية القسمة

(1) الركن لغة: «من ركن إليه كنصر وعلم ومنع، مال وسكن، والركن بالضم الجانب الأقوى»، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط7، 2003م، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان)، ص120.
 واصطلاحاً: عرفه صاحب المراقي بقوله: «الركن جزء الذات والشرط خرج وصيغة دليلها في المنتهج» محمد ولد لحبيب الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السعود، ط1، 1995م، (دار المنيرة، جدة، السعودية)، ج1، ص59.

المطلب الأول: أركان القسمة:

لابد لحدوث القسمة من توفر عناصرها وأركانها.

الفرع الأول: أركان القسمة في الفقه المالكي.

تكلم فقهاء المالكية عن أركان القسمة، وجعلوها ثلاثة أركان: القاسم والمقسوم وفعل القسمة، إلا أننا سنتناولها على وجه العموم دون التطرق إلى تفصيلات وأحكام وشروط كل ركن، وقد تكلم القرافي⁽¹⁾ عن أحكام وشروط كل ركن في كتابه الذخيرة⁽²⁾.

1- القاسم:

وهو الفاعل الذي يتولى عملية التقسيم سواء كان الشريك حاضرا أو الحاكم إذا كان غائبا.

2- المقسوم:

وهو المال المشترك الذي تتميز حصصه من عقار أو منقول أو عروض أو حيوان.

3- فعل القسمة:

وهو الفعل الذي يتم به الإفراز والتمييز بواسطة القاسم الشريك أو غيره، ويكون بالكيل أو العد.

(1) هو أحمد بن أدریس القرافي، انتهت له رئاسة الفقه على المذهب المالكي، كان إماما بارعا في الفقه، والأصول، والعلوم العقلية، وله معرفة بالتفسير، أشهر كتبه: «الذخيرة»، ت684هـ، الديباج المذهب، ص128، شجرة النور، ص188.
(2) ينظر: شهاب الدين القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، تح: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، ط1، 2001م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص168-180.

الفرع الثاني: أركان القسمة في القانون الجزائري.

لم ينص المشرع الجزائري على أركان القسمة صراحة في نص قانوني، ولكن نص على أركانها من خلال عدة مواد من القانون المدني الجزائري.

- وبالنسبة لركن القاسم فنص المادة 722 / 1 «... لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع...».

- وبالنسبة لركن المقسوم فنص المادة السابقة ونص المادة 723 «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...»، فالمال الشائع الذي تتميز حصصه هو المقسوم الذي يقع على فعل القسمة.

- أما بالنسبة لفعل القسمة فنص المادة 725 «يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية...»، ففعل الخبير يعبر عن ركن فعل القسمة أو كنص المادة 727: «تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر»، فالأقتراع يعبر عن فعل من الأفعال التي تتم بها القسمة.

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري، يتفق مع الفقه المالكي في أركان القسمة على وجه العموم.

المطلب الثاني: أنواع القسمة

القسمة ليس نوعاً واحداً، وإنما تتنوع صورها وأشكالها، لاعتبارات عدة، وستتناول هذه الأنواع تفصيلاً في الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: أنواع القسمة في الفقه المالكي

قسم فقهاء المالكية القسمة على أساس ثلاث اعتبارات:

أ- باعتبار طبيعة المحل.

ب- باعتبار إرادة المتقاسمين.

ج- باعتبار الحاجة إلى التعديل والتقويم.

وستتناول -إن شاء الله- هذه الأنواع على حسب اعتبارات وحيثيات نظر إليها فقهاء المذهب المالكي.

أ- أنواع القسمة باعتبار طبيعة المحل:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار طبيعة المحل إلى قسمين: قسمة رقاب، وقسمة منافع.

جاء في بداية المجتهد: «والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين: قسمة رقاب الأموال، والثاني منافع الأموال»⁽¹⁾.

فقسمة الرقاب نقصد بها: قسمة الأعيان والذوات وهي نوعان: قسمة قرعة وقسمة مرضاة⁽²⁾، وقسمة الرقاب قسمة نهائية لأنها متعلقة بالأعيان والذوات.

أما قسمة المنافع: وتسمى في عرف فقهاء المالكية بقسمة المهياة لأن كل واحد هياً لصاحبه ما ينتفع، ويقال: تمايؤ وتمانؤ لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه له للانتفاع به⁽³⁾.

وعرفها ابن عرفة بقوله: «هي اختصاص كل شريك فيه بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعتة لا غلته»⁽⁴⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 10، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج2، ص265.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ط2، 2002م، (دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا)، ج1، ص746.

(3) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص267.

(4) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص493.

وقد أخرج بقوله: «مشارك فيه» ما لم يكن مشتركاً فيه، و«عن شريكه فيه» أخرج لا عن شريكه فيه، و«زمننا معينا» أخرج به غير المعين لأنه لا يجوز ذلك، و«من متحد» كالعبد بينهما، و«أومتعدد» كعبدین بينهما، فإذا كان عبدان لرجلين قال كل لصاحبه: «أخدم أنا يوماً وأنت كذلك فإنه من المهانة»⁽¹⁾.

وعرفها **الدردير** بقوله: «هي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة متحد أو متعدد في الزمن»⁽²⁾.

ومن خلال التعريفين يتبين اشتراط الزمن في المتحد والمتعدد كدار بينهما يسكنها أحدهما شهراً والثاني شهراً، أو كدارين يسكن أحدهما داراً ويأخذ الثاني داراً، فتعيين الزمن شرط إذ به يعرف قدر الإنتفاع، وإلا فسدت اتفاقاً في المتحد وفسدت في المتعدد على طريقة ابن عرفة⁽³⁾.

فيتضح أن قسمة المهايأة نوعان:

(1) - قسمة في الأعيان: كأن يسكن أحدهما داراً ويسكن الآخر الدار الأخرى.

(2) - قسمة في الأزمان: كأن يسكن أحدهما الدار شهراً ثم يسكنها الآخر شهراً آخر⁽⁴⁾.

فالقسمة باعتبار طبيعة الحل المراد قسمته تنقسم إلى نوعين: قسمة رقاب وتعني قسمة ذات المال المشاع وتكون قسمة نهائية، وقسمة منافع المال المشاع مع بقاء الشركة مدة زمنية معلومة، وهذه قسمة مؤقتة.

ب - أنواع القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين إلى: قسمة تراض وقسمة إجبار.

(1) ينظر المرجع نفسه، ص 495-496.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 3، ص 267.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ج 3، ص 267-268.

(4) ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج 1، ص 748.

1- قسمة التراضي: وتسمى قسمة الوفاق وهي «ما توافق الشركاء عليها ولم يجبر أحد منهم عليها»⁽¹⁾. وعرفها ابن عرفة بقوله: «هي أخذ بعضهم بعضاً ما بينهم على أخذ كل واحد منهم ما يعد له بتراض ملكا للجميع»⁽²⁾.

وهذا بأن يدخل كل على أن لكل واحد حصته من المال المشترك يرضى بها بدون قرعة⁽³⁾، وقسمة التراضي تشمل كلا من قسمة الرقاب وقسمة المنافع، فلا بد في كل من قسمة المهايأة والمرضاة من رضى الشريكين فلا تُفعل واحدة منهما إلا برضاهما ولا يجبر أحد إن أباهما⁽⁴⁾.

وقسمة التراضي نوعان:

1- قسمة مرضاة بغير تعديل ولا تقويم.

2- قسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل.

وكلا النوعين يقعان في الأجناس والأصناف المختلفة والمكيل والموزون، وإلى هذا أشار الدردير في تعليقه على قول خليل: «(مرضاة فكالبيع) أهما تكون فيما تماثل أو اختلف كعبد وثوب، وفي المثلي وغيره، وسواء كانت بعد تعديل وتقويم أولاً»⁽⁵⁾.

فقسمة التراضي هي التي تكون برضا الشركاء، ولا يجبر أحد عليها وتكون فيما تماثل أو اختلف من الأجناس والأصناف والمكيل والموزون، وتكون إما بعد تعديل وتقويم وإما بغير تعديل وتقويم.

(1) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص60.

(2) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص496.

(3) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الكبير بمامش حاشية الدسوقي، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج3، ص772.

(4) ينظر: محمد الخرشى، حاشية الخرشى، تح: زكريا عميرات، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج7، ص109.

(5) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص772.

2- قسمة الإيجابار: ولا تتصور قسمة الإيجابار إلا في قسمة القرعة وعبر خليل عن ذلك بقوله: «وأحبر لها كل إن انتفع الكل»⁽¹⁾.

وعلق الشارح على ذلك: «بأن القسمة إذا طلبها بعض الشركاء وأباها بعضهم، فإن الطالب لها يجاب إلى سؤاله ويجبر عليها من أباها، وسواء كانت حصة الطالب قليلة أو كثيرة بشرط أن ينتفع كل واحد من الشركاء بحصته انتفاعا تاما، كالانتفاع قبل القسم في مدخله، ومخرجه، ومربط دابته، وغير ذلك»⁽²⁾.

وقصر ابن رشد الجدل⁽³⁾ قسمة الإيجابار على قسمة القرعة فقال: «فأما قسمة القرعة بعد التعديل والتقويم فهي القسمة التي يوجبها الحكم، ويجبر عليها من أباها فيما ينقسم»⁽⁴⁾.

ونقل الخطاب⁽⁵⁾ عن القاضي عياض⁽⁶⁾ قوله: «قسمة حكم وإيجابار وهي قسمة القرعة»⁽⁷⁾.

فالقسمة الجبرية هي التي تكون بحكم القاضي، ويجبر الآبي عليها بشرط انتفاء الضرر عن الكل، فإن كان المال المشاع مما لا يقبل القسم أصلا أو يحدث الضرر فيه إن قسمناه، بيع هذا المال

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ط الأخيرة، 1981م، (دار الفكر، دب)، ص234.

(2) الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص132.

(3) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب وإفريقية، بصير بالأصول، والفروع، والفرائض، من أشهر كتبه: «البيان والتحصيل»، و«المقدمات الممهدة»، ت520هـ، الديباج المذهب، ص373-374.

(4) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تح: سعيد أعراب، ط1، 1983م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج3، ص92.

(5) هو محمد بن محمد المعروف بالخطاب الكبير، كان إماما، علامة، محققا، بارعا، حافظا، عارفا بالتفسير والفقهاء والأصول والحديث والنحو، من كتبه: «مواهب الجليل»، و«تحرير الكلام»، ت945هـ، كفاية المحتاج، ص468.

(6) هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، إمام وقته في الحديث وعلومه عالما بالتفسير، فقيها أصوليا عالما بالنحو واللغة، خطيبا بليغا، من كتبه: «الشفاء بتعريف حقوق المصطفى»، و«إكمال المعلم بشرح صحيح مسلم»، ت544هـ، الديباج المذهب، ص270.

(7) محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، 1972م، (دار الفكر، دب)، ج5، ص346.

ثم يقتسمون الثمن كل على قدر حصته، لأن الضرر يزال ويدفع بقدر الإمكان، لذا قال صاحب الرسالة: «وما لم ينقسم بغير ضرر، فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه»⁽¹⁾.

ج - أنواع القسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم والتعديل:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار التعديل والتقويم إلى قرعة ومراضاة:

1- قسمة لا بد فيها من التقويم والتعديل وذلك في قسمة القرعة تطيباً لأنفس المتقاسمين⁽²⁾، وعرف ابن عرفة قسمة القرعة بقوله: «فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله»⁽³⁾، وبين شارح الحدود هذا التعريف بقوله: «(فعل ما يعين) يجزئ المقسوم بالقيمة على عدد سهام أقلهم جزءاً (مما بينهم) أخرج به تعيين ما ليس بين الشريكين مما تخرجه قسمة القرعة، (مما يمتنع علمه حين فعله) أخرج به ما يكون به الفعل المذكور معلوماً حين الفعل»⁽⁴⁾.

2- قسمة لا يشترط فيها التقويم والتعديل وذلك في قسمة المراضاة، لأنها كالبيع، نص على ذلك خليل بقوله: «مراضاة فكالبيع»⁽⁵⁾، وعلق على ذلك الدردير بقوله: «فسواء كانت بتعديل وتقويم أم لا»⁽⁶⁾.

ونقصد بالتعديل والتقويم أن يعدل القاسم حصص الشركاء كل على قدر نصيبه، ويسوي بينهما من غير زيادة على أحد ولا نقصان.

(1) محمد بن أبي زيد القيرواني، الرسالة، ضبطه: عبد الوارث علي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص100.

(2) ينظر: محمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص103.

(3) محمد الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص497.

(4) المرجع نفسه، ج2، ص497-498.

(5) بن اسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(6) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص772.

فالقسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم والتعديل تنقسم إلى: قسمة قرعة لا بد فيها من التقويم والتعديل، وقسمة مراعاة لا يشترط فيها التعديل والتقويم.

الفرع الثاني: أنواع القسمة في القانون المدني الجزائري.

من خلال تتبع القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قسم القسمة بعدة اعتبارات نظمها من المادة 722 إلى المادة 736، لكن يمكن تقسيم القسمة على وجه العموم إلى قسمة نهائية وقسمة مؤقتة.

1- القسمة النهائية: وهي بدورها تنقسم إلى قسمة كلية، أو قسمة جزئية، أو قسمة عينية، أو قسمة تصفية، وإما تكون قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية، وهذه الأنواع كلها نظمها المشرع الجزائري من المادة 722 إلى المادة 732 من القانون المدني الجزائري.

فالقسمة النهائية: ترد على الملك ولا تكون قابلة للزوال إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ أو شرط واقف⁽¹⁾، فإنها في هذه الحالة لا تتم وتزول بأثر رجعي، فتعتبر كأنها لم تكن⁽²⁾.

أما القسمة الكلية أو الكاملة: فهي القسمة التي تشمل كل الأموال الشائعة، ليحصل كل شريك على نصيب مفرز له، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية.

أما القسمة الجزئية: فهي القسمة التي تتناول جزءاً من الأموال الشائعة أو أكثر، وتبقى باقي الأموال شائعة بين الشركاء.

أما القسمة العينية: فهي التي تؤدي إلى إفراز نصيب الشريك في الأموال الشائعة، وهذا هو الأصل في القسمة، ويكون الإفراز إما بطريق القرعة أو التجنيب، وتكون بمعدل أو بغير معدل.

(1) الشرط الواقف: «هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما الشرط الفاسخ فهو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام»، نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دط، 2002م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)، ص226.

(2) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص889.

أما القسمة بطريق التصفية: فتجري إذا لم يمكن تقسيم الأموال عينا، فتباع الأموال الشائعة بالمزاد، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة⁽¹⁾.

والقسمة النهائية كلية كانت، أو جزئية، عينية كانت، أو قسمة تصفية تكون إما قسمة اتفاقية أو قضائية، فإذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الالتجاء إلى القضاء على الطريقة التي يرونها لهم ذلك، فإذا لم يتيسر الاتفاق يلجأ إلى القضاء فتسمى حينئذ قسمة قضائية.

جاء نص المادة 723 مدني مبينا للقسمة الاتفاقية: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها». أما القسمة القضائية فجاء نص المادة 724 مدني مبينا لها: «إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشبوع برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة».

2- القسمة المؤقتة: وتسمى بقسمة المهايأة، والمشرع الجزائري قد نظم أحكامها في المواد 733، 734، 735، 736، وهي قسمة منفعة لا قسمة عين وهي نوعان:

- قسمة المهايأة المكانية: وهي التي: «يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مقرر يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات»⁽²⁾.

فالمهايأة المكانية هي اختصاص كل شريك بمنفعة جزء معين من الملك المشترك لمدة زمنية لا تتجاوز خمس سنوات.

- قسمة المهايأة الزمانية: وهي: «بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم مدة تتناسب مع حصته»⁽³⁾.

(1) ينظر: محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص 38-39.

(2) المادة 1/733 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 734 من القانون المدني الجزائري.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة في قسمة المهايأة الزمانية بخلاف المكانية، فيمكن أن تزيد على خمس سنوات، المهم مراعاة التناسب بين الانتفاع وحصّة كل شريك.

وبناءً على ما سبق يمكن أن نقسم القسمة وفق اعتبارات:

- 1- باعتبار سريان زمن القسمة وتنقسم إلى نوعين: قسمة مؤقتة: سواء كانت زمانية أو مكانية، وقسمة نهائية.
- 2- باعتبار أعيانها تنقسم إلى نوعين: قسمة كلية، وقسمة جزئية
- 3- باعتبار قابلية المال الشائع للتجزئة تنقسم إلى نوعين: قسمة عينية، وقسمة بطريق التصفية.
- 4- باعتبار إرادة المتقاسمين تنقسم إلى نوعين: قسمة رضائية (اتفاقية)، وقسمة قضائية.

المقارنة:

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري متأثر بالفقه المالكي بتقسيماته للقسمة، فكل ما تعرض له المشرع الجزائري من أنواع القسمة سواء كانت باعتبار طبيعة المحل أو باعتبار إرادة المتقاسمين أو باعتبار الحاجة إلى التعديل والتقويم، تكلم عنه فقهاء المالكية بإسهاب نجده منشورا في كتبهم مع اختلاف بعض الأحكام خاصة فيما يخص انقلاب المهايأة المكانية إلى نهائية، فهو بخلاف ما يقرره فقهاء المالكية.

المطلب الثالث: كيفية القسمة

حينما تتوفر شروط وأركان القسمة، تبقى الإشكالية المطروحة في كيفية وآلية إجراء هذه القسمة، أي ما نوع القسمة الذي يطبق على المال المشترك، سواء من أفراد أو جمع أو تعديل أو قضاء أو تراص...

وستتناول كيفية القسمة في فرعين:

الفرع الأول: كيفية القسمة في الفقه المالكي

القاعدة العامة في تقسيم المال المشاع هي أن يقوم الخبير بتعيين حظ كل شريك، بأن يجزء المال المقسوم على أقل الأجزاء التي سيقسم عليها: مثل أرض يملكها ثلاثة أشخاص أحدهم يملك نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها، تقسم على ستة أجزاء متساوية ثم يكتب القاسم اسم كل شريك في ورقة، ويخلط الأوراق ثم يرمي أحدها على أول جزء من تلك الأرض، فإن كان فيها اسم من يملك السدس أخذ ذلك الجزء، وإن كان فيها اسم من يملك الثلث أخذ ذلك الجزء والجزء المتصل به، وإن كان فيها من يملك النصف أخذ ذلك الجزء والجزئين المتصلين به ثم ترمى الورقة الثانية على أول الأجزاء الباقية وهكذا⁽¹⁾.

وعبر خليل عن ذلك بقوله: «وكتب الشركاء ثم رمى»⁽²⁾.

وكما أن الأعيان تنقسم إلى عقار ومنقول، فإن الملكية قد خصوا أحكاما لكل منهما:

أ- قسمة العقار:

تعريف العقار: العقار لغة: «مثل سلام: كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل»⁽³⁾.

والعقار في اصطلاح فقهاء الملكية: «هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر»⁽⁴⁾.

فالعقار «ماله أصل ثابت، مما لا يمكن نقله أو تحويله إلى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله،

فيتناول الأرض والبناء والغرس»⁽⁵⁾.

(1) ينظر عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاوي على مختصر خليل، ط1، 2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص369.

(2) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص234.

(3) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص166.

(4) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج3، ص146.

(5) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، 1999م، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر)، ص18.

فالعقار يشمل الأرض وكل ملك ثابت له أصل كالشجر والبناء والدار، ولا يمكن نقله أو تحويله إلى مكان آخر.

كيفية قسمة العقار: إذا كان المال المشاع عبارة عن أرض تستغل في الزراعة، وفيها أشجار تثمر، وأريد قسمة ذلك العقار- عن طريق التراضي أو القضاء - أو أريد قسمة الزرع أو الثمار دون الأرض والشجر، فتطبق الأحكام التالية:

أولاً- قسمة المال المشاع عبارة عن أرض مزروعة أو أشجار مثمرة:

إذا أراد الشركاء قسمة هذا العقار عن طريق التراضي أو القضاء، فإن الحكم يكون كالتالي:

1- إذا كان الزرع أو الثمر حين القسمة قد أبر:

- إذا وقع الاتفاق بين الشركاء على أن يبقى الزرع في الأرض المقسومة إلى أن يجصد وتبقى الثمار في الأشجار إلى أن تقطف، فإنه يتعين أن تقسم الأرض أو الشجر وحدهما ثم ينتظر بالزرع والثمار إلى وقت الحصاد والقطاف، ثم يقسم الزرع والثمار بالكيل، أو يوزن ثمنه بنسبة ما يملكه كل منهم.

ولا يجوز أن يقسم الزرع أو الثمر مع الأرض أو الشجر في هذه الحالة لأن ذلك سيؤدي لبيع طعام وعرض بطعام وعرض وهذا لا يجوز.

- إذا اتفق الشركاء على أن يقطف الزرع أو الثمر بمجرد إجراء القسمة، ويأخذ كل واحد من الشركاء نصيبه لينتفع به فيجوز إجراء هذه القسمة بالتحري لا بالمساحة، لأن العلة المذكورة سالفاً لا يبقى لها وجود⁽¹⁾.

2- إذا كان الزرع أو الثمر وقت القسمة لم يؤبر:

(1) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، ص353-355. ومحمد بن الحسن البناي، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني بهامش شرح الزرقاني، ط1، 2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص354-355.

فلا يجوز قسمة ذلك العقار سواء وقع الاتفاق على قسمته وحده أو مع ما فيه من زرع أو ثمر، وإنما يتعين الانتظار إلى أن يؤبر الزرع أو الثمر، ومنعت القسمة قبل إubar الزرع والثمار، لأنه إذا قسم العقار وحده فإن ذلك يعني بيع العقار واستثناء الزرع والثمر غير المؤبرين، وذلك لا يجوز لما فيه من الغرر⁽¹⁾ والمخاطرة⁽²⁾.

ونص مالك على منع ذلك بقوله: «وإذا ورث قوم شجرا أو نخلا وفيها ثمر فلا يقتسم الثمر مع الأصل، وإن كان الثمر بلحا أو طعاما، ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولكن تقسم الأرض والأصول وحدها، وتترك الثمرة والزرع حتى يحل بيعها، فيقسم ذلك حينئذ كيلا أوياع ويقسم ثمنه»⁽³⁾.

وأشار إلى المنع ابن عاصم⁽⁴⁾ بقوله:

ولا يجوز قسم زرع أو ثمر مع الأصول والتناهي ينتظر⁽⁵⁾

ويعني هذا أنه إذا كان للشركاء أرض مزروعة أو شجر مثمر فلا يجوز قسمة الأرض بزرعها والشجر بثمره لما فيها من بيع طعام وعرض بطعام وعرض، وهذا لا يجوز⁽⁶⁾.

ثانيا- قسمة المال المشاع عبارة عن زرع أو ثمر دون الأرض المشتركة:

(1) الغرر: «هو ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا»، محمد الصاع، شرح حدود بن عرفة، ج1، ص350، والغرر كبيع الطير في الهواء، والسماك في الماء وشراء ما في بطون الإناث من الدواب، ينظر: مالك بن أنس، الموطأ بمامش المنتقى، ط3، 1993م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج5، ص42.

(2) ينظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)، ج2، ص199-200.

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ضبط: محمد محمد تامر، دط، دت، (مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر)، ج4، ص326.

(4) هو أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن محمد ابن عاصم، الغرناطي، الأندلسي، قاضي الجماعة بها، كان علم الكمال ورجل الحقيقة، نظم أراجيز كتتحفة الحكام، ورجز منبع الأصول في أصول الفقه، ت829هـ، كفاية المحتاج، ص385.

(5) أبو بكر بن محمد بن عاصم، متن العاصمية، دط، دت، (دد، دب)، ص55.

(6) علي التسولي، البهجة، ج2، ص199.

إذا أراد الشركاء قسمة غلة الأرض المشتركة وحدها - من زيتون وجوز وزرع - وأن يبقى العقار الذي فيه تلك الغلة مشتركاً، فإن القاعدة تقضي بأن تترك هذه الغلات مشاعة ما دامت على أصولها إلى أن تنضج ثم تقطف وتقسّم بالكيل أو الوزن أو بتابع ويقسم ثمنها، لكن إذا أراد الشركاء قسمة هذه الغلات على أصولها دون العقار المشترك الذي يحتوي على تلك الغلات، واتفقوا على إجراء هذه القسمة بواسطة الخرص⁽¹⁾ من طرف من يحسن التقدير ويعرف كيف يعطي كل واحد من الشركاء نصيبه، فإن الحكم يكون كالتالي:

قال ابن عاصم: وقسم غير التمر خرصاً والعنب مما على الأشجار منعه وجب⁽²⁾.

ويعني هذا أن قسمة الثمار والزرع لا تجوز لما في هذه القسمة من توقع الحيف على بعض الشركاء، حيث أننا لا نتأكد من أن كل شريك أخذ نصيبه كاملاً، وأن ما أخذ كل شريك يماثل ما أخذه باقي الشركاء، والشك في التماثل كتحقق التفاضل الذي يؤدي إلى منع القسمة، وإنما جاز قسم التمر والعنب دون غيرهما، لأنهما مما يسهل خرصهما بدقة كبيرة بخلاف باقي أنواع الثمار⁽³⁾.

ولخص هذه الأحكام ابن جزري⁽⁴⁾ بقوله: «لا تجوز قسمة الزرع حتى يحصد ويدرس ويصفى، ولا تجوز قسمة الأرض التي فيها زرع، والشجر التي فيها ثمر حتى يطيب الزرع والثمر بشرط أن تقع القسمة في الأصول لا في الزروع ولا في الثمار»⁽⁵⁾.

(1) الخرص: «الحرز والتخمين والحدس، ومنه قولهم: خرص التمر للزكاة أي: حزر ما على النخل من الرطب تمرًا»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص115.

(2) ابن عاصم، متن العاصمية، ص55.

(3) ينظر: على التسولي، البهجة، ص200.

(4) هو محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، كان فقيهاً جليلاً، أستاذاً، مقرئاً، خطيباً، عالماً، من كتبه: «القوانين الفقهية» مات شهيداً بطريف سنة 741هـ، كفاية المحتاج، ص307.

(5) أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزري الكلبي، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الضناوي، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص213-214.

ب - قسمة المنقول:

- تعريف المنقول:

النقل لغة: «تحويل الشيء من موضع لآخر، وبابه نصر»⁽¹⁾، واصطلاحاً: «ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله»⁽²⁾.

والمنقول تتعدد صورته وأشكاله، لذا فالقسمة تكون كالأتي:

1- قسمة القيميات⁽³⁾ المتمثلة في الحيوانات أو الأخشاب أو المعادن أو الثياب: يرى فقهاء المالكية أنه لا يجمع بين نوعين من العروض أو الحيوان، ويقسم كل نوع على حدة إن احتل القسم، وإلا فيضم ما لا يحتل إلى غيره كالثمار.

والحيوان يباع ما لم يمكن قسمته من الأنواع، وقسمة الحيوان أو العروض لا بد فيها من التقويم فلا ينظر لعددتها⁽⁴⁾.

2- قسمة المثليات⁽⁵⁾ كالمكيلات والموزونات والمعدودات: لا خلاف في المذهب أن المكيلات والموزونات إن كانت صيرة⁽⁶⁾ واحدة تقسم على الاعتدال بالكيل أو الوزن، وتجزئ

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص362.

(2) أحمد فرج حسن، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص18.

(3) القيمي: هو «ما تفاوتت أفرادها، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق»، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، 1999م، (دار القلم، دمشق، سوريا)، ص139.

(4) ينظر: أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص327، ومحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص147.

(5) المثلي: «ما تماثلت آحاده أو أجزائه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به»، مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص139.

(6) الصيرة: «واحدة صبر الطعام، واشترى الشيء صيرة أي بلا وزن ولا تحيل»، محمد الرازي، مختار الصحاح، ص200.

بالمكيال والصنجة⁽¹⁾ المجهولين أما إذا لم يكن المقسوم صبرة واحدة كصبرتي قمح أو شعير فلا يجوز القسم إلا باعتدال الكيل بكيل معلوم، أو الوزن بصنجة معلومة⁽²⁾.

واختلف فقهاء المالكية في دخول قسمة القرعة في قسمة المثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتفقة الصفة على قولين⁽³⁾:

- القول الأول: لا تجوز القرعة في المثليات لأنها تحتاج إلى تقويم.
- القول الثاني: أنها تجوز في المثليات قياساً على المقومات.

الفرع الثاني: كيفية القسمة في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في المادة 723: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...»، وتقابلها المادة 835 من القانون المدني المصري، فنلاحظ من نص المادة أن للشركاء حق في طريقة القسمة التي يرونها.

فقد يتفق الشركاء أن تكون القسمة كلية كما هو الغالب، فتشمل جميع المال الشائع، أو يتفقون أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال على الشيوخ ويفرزون الآخر، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز أو مستقل من المال الشائع نصيباً لأحدهم⁽⁴⁾.

وقد يتفقون بأن تكون القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع، ويقتسمون ثمنه كلا بقدر حصته، أو يختارون بأن تكون القسمة عينية بأي نوع من أنواع القسمة⁽⁵⁾.

(1) الصنجة: «الميزان معرب»، محمد الرازي، مختار الصحاح، ص208.

(2) ينظر: محمد عليش، تسهيل منح الجليل، دط، دت، (مكتبة النجاح، ليبيا)، ج3، ص626.

(3) ينظر: أحمد النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص327، ومحمد عليش، تسهيل منح الجليل، ج3، ص626.

(4) ينظر: السنهوري، الوسيط، ج8، ص896.

(5) ينظر محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص42.

كما نجد القضاء الجزائري يقرر كيفية القسمة، إذ نصت المحكمة العليا على: «من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك، والفصل في كل المنازعات لا سيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك، وبتكوين الحصص.

ولما ثبت -في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم بذلك خالفوا القانون»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري بين كيفية القسمة بالقرعة، وذلك بتكوين الحصص ثم إجراء عملية الاقتراع بين المتقاسمين، ونخلص مما سبق أن المشرع الجزائري أبدى ليونة ومرونة للمتقاسمين في اختيار الوسيلة والآلية المناسبة لهم في القسمة الاتفاقية، وترك لهم المجال واسعاً في إجراءاتها طالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم.

المقارنة:

يتضح مما سبق مدى عناية الفقه المالكي بالأحكام والتفريعات والتفصيلات لمختلف أنواع المقسومات من عقار ومنقول ومكيل وموزون ومعدود بلغتهم الفقهية الدسمة، بينما نجد المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه التفصيلات والتطبيقات غاية الأمر أنه نص على أن للشركاء يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها دون وضع الضوابط والقواعد التي تضمن استمرار القسمة وعدم الحيف والجور فيها.

لذا فالأجدر بالمشرع الاستفادة من التفريعات والتطبيقات التي أبداهها فقهاء المالكية حرصاً منهم على الحفاظ على أموال الناس، وحتى لا تؤكل أموال الناس بالباطل استجابة لقول الحق تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾.

(1) القرار رقم 91439، مؤرخ في 28-10-1992م، م ق، 1992، عدد3، ص13، نقلاً عن: حمدي باشا عمر: القضاء

العقاري، دط، 2002م، (دار هوم، الجزائر)، ص85.

(2) سورة النساء، الآية29.

المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها

بعد ما تكلمنا في المبحث السابق عن أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها، كان لزاما علينا أن نقف في هذا المبحث على طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها، فاشتمل هذا المبحث على ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: طبيعة القسمة.
- المطلب الثاني: صفة القسمة.
- المطلب الثالث: مفهوم طوائر القسمة.

المطلب الأول: طبيعة القسمة

نقصد بطبيعة القسمة التكيف الفقهي والقانوني لها، وذلك لنعرف حقيقتها: هل هي بيع أم إفراز حق؟.

الفرع الأول: طبيعة القسمة في الفقه المالكي.

تساءل فقهاء المالكية حول طبيعة القسمة هل هي بيع أو تمييز حق؟ أي هل تعتبر القسمة بمثابة البيع. بمعنى أن كل شريك يبيع لشريكه ما يأخذه مقابل الجزء الذي يأخذه هذا الشريك أي أن كل واحد منهما باع للآخر حقه في النصف الذي خرج لشريكه مقابل بيع الآخر حقه في النصف الذي خرج له، أو أن القسمة تمييز حق، بمعنى أن القسمة تميز وتفرض حق كل شريك عن بقية الشركاء بعد أن كانت مندمجة في بعضها البعض؟

ولا شك أن نتائج وآثار اعتبار القسمة بيعا تختلف عن كونها تمييز حق.

ذهب جمهور المالكية وهو المعتمد أن القسمة تمييز في بعض الأنواع، يبيع في الأنواع الأخرى وهذا لا يتصور إلا في قسمة الرقاب:

1- بالنسبة لقسمة القرعة: وهي تمييز حق وهذا ما ذهب إليه خليل بقوله: «وقرعة وهي تمييز حق»⁽¹⁾، ووافقه في ذلك ابن عاصم بقوله:

وهذه قسمة حيث تستحق يظهر فيها أنها تمييز حق⁽²⁾

وبين صاحب التحفة معنى قوله: «(يظهر فيها) أنها عند ابن رشد وعياض وغيرهما»⁽³⁾، ونقل عن مالك أن قسمة القرعة يبيع⁽⁴⁾.

2- بالنسبة لقسمة المراضاة وفيها تفصيل.

إذا كانت قسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم، فهي يبيع في المذهب باتفاق، أما إذا كانت بعد تعديل وتقويم، فالأظهر في المذهب أنها يبيع من البيوع⁽⁵⁾، وعبر خليل عن ذلك بقوله: «ومراضاة فكالبيع»⁽⁶⁾، ويرى مالك أن القسمة يبيع من البيوع⁽⁷⁾، وذهب إلى ذلك ابن عبد البر⁽⁸⁾ بقوله: «والقسمة يبيع من البيوع»⁽⁹⁾.

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص232.

(2) أبو بكر ابن عاصم، متن العاصمية، ص53.

(3) علي التسولي، البهجة، ج2، ص186.

(4) المصدر نفسه، ج2، ص186.

(5) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص58.

(6) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(7) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص58.

(8) هو أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، العلامة، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، من كتبه: «التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد» و«الاستذكار» و«الاستيعاب» و«الكافي في الفقه»، ت463هـ، الدياج، ص440، شجرة النور، ص119.

(9) أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص450.

لكن نقل الخطاب أن مالكا يقول في قسمة القرعة ليست بيعا من البيوع، وذلك في قوله: «لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع»⁽¹⁾.

ودليل من مشى مع قول مالك بأن القسمة بيع من البيوع أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما ناب من حصته، فكل واحد ملك حصته من الجزء الذي صار إليه لما أخذه صاحبه من حصته، فهذا بيع ومعاوضة بحتة.

لكن نوقش هذا الدليل بأن القسمة قد تكون غير موقوفة على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيها المخاطرة بالقرعة، وهذا محض تمييز⁽²⁾.

ويتضح من هذا أن القائلين بأن القسمة تشتمل على معنى التمييز ومعنى البيع نظروا إلى القسمة باعتبارين: باعتبار المعاوضة وباعتبار المخاطرة.

فباعتبار المعاوضة كيفوا القسمة على أنها بيع، وباعتبار المخاطرة والقرعة كيفوا القسمة على أنها تمييز حق، وهذا ما ذهب إليه جمهور المالكية، وهو المعتمد في المذهب المالكي ونستطيع أن نعبر عن هذا المعنى بأن للقسمة أثر مزدوج فهي ناقله للملك وكاشفة للحق.

3- بالنسبة لقسمة المهايأة: (قسمة المنافع)

ذهب فقهاء المالكية إلى أن المهايأة في الزمن وال لزوم لها حكم الإجارة⁽³⁾ عبر ذلك خليل بقوله: «تهايؤ في زمن: كخدمة عبد شهرا، وسكنى دار سنين كالإجارة»⁽⁴⁾، وذهب إلى ذلك الدردير بقوله: «مهايأة... ولزمت كالإجارة»⁽⁵⁾.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص345.

(2) ينظر: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، ط4، 1984م، (دار الكتاب العربي، بيروت لبنان)، ج6، ص49.

(3) الإجارة: «بيع المنافع»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص13.

(4) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(5) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص267-268.

وعلق الزرقاني⁽¹⁾ على قول خليل بقوله: «(كالإجارة) تشبيه في اللزوم وفي تعيين المدة، وفي أن قدرها كمدة الإجارة»⁽²⁾، فالمهاياة لها حكم الإجارة في تعيين الزمن ولزومها.

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية كيفوا القسمة على وفق أنواعها:

- إذا كنت القسمة قسمة قرعة فهي تميز حق.
- إذا كنت القسمة قسمة مراضاة فهي بيع من البيوع.
- إذا كنت القسمة قسمة مهاياة فهي كالإجارة من حيث اللزوم وتعيين الزمن.

وتظهر ثمة تفريق المالكية لطبيعة القسمة من كونها تميز حق أو بيع أو إجارة، في اختلاف الأحكام التي تتعلق بكل نوع من هذه الأنواع.

الفرع الثاني: طبيعة القسمة في القانون الجزائري.

ونقصد بهذا التكييف القانوني للقسمة، فنصت المادة 730 من القانون المدني الجزائري على: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»⁽³⁾.

يتبين من معنى المادة أن القسمة إفراز حق لكل شريك، وكذلك يفهم من نص المادة أن القسمة لها أثر رجعي ذلك أن الشريك يكون مالكا لنصيبه المفرز من وقت تملكه في الشيوع لا من وقت القسمة، ومن هنا يتبين أنه ليس للقسمة أثر كاشف فحسب، فلا تقتصر على كشف ما يملكه الشريك مفزرا، بل لها أثر رجعي، يرجع بملكية الشريك لنصيبه منذ بد الشيوع⁽⁴⁾.

(1) هو أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي ولد وتوفي بمصر، له شرح على مختصر خليل حشاه

البناني، وشرح العزية، ت1099هـ، شجرة النور، ص304،

(2) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص349.

(3) تقابلها المادة 843 من القانون المدني المصري.

(4) ينظر: السنهوري، الوسيط، ج8، ص948.

لكن الواقع أن للقسمة أثرا مزدوجا بطبيعتها، فهي ناقلة وكاشفة لنصيب الشريك، وهذا ما نص عليه فقهاء القانون، فنجد **السنهوري** يضرب مثلا في قسمة مال شائع بين شريكين يبين من خلاله أن القسمة لها اثر مزدوج كاشف وناقل⁽¹⁾.

وكل ما سبق ذكره هو بالنسبة للقسمة النهائية، أما بالنسبة لقسمة المهاية فقد نصت **المادة 735** مدني جزائري: «تخضع قسمة المهاية من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة»⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري يخضع أحكام قسمة المهاية من أهلية وحقوق والتزامات وطرق إثبات لأحكام عقد الإيجار.

- المقارنة:

يتضح مما سبق أن تكييف الفقه المالكي للقسمة يشتمل على معنى الإفراز في قسمة القرعة، وعلى معنى البيع في قسمة المراضاة، وعلى معنى الإجارة في قسمة المهاية.

أما في القانون المدني فقد توصل فقهاء القانون في القسمة العينية بأن لها معنا مزدوجا بين أثر ناقل وكاشف، وأخضعوا قسمة المهاية لأحكام عقد الإيجار.

وقد بين الفقهاء أن للقسمة معنا مزدوجا بين المعاوضة والإفراز، وهو ما يعبر عنه قانونا بالأثر المزدوج الناقل والكاشف.

فلنخص بأن المشروع الجزائري هذا حذو الفقه المالكي في تكييف للقسمة العينية بأن لها معنا مزدوجا بين ناقل وكاشف، ومثله بالنسبة لقسمة المهاية بأن لها حكم الإجارة.

(1) ينظر: المرجع نفسه، ج8، ص949.

(2) تقابلها المادة 848 من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: صفة القسمة.

ونقصد بصفة القسمة لزومها من عدمه، أي هل هي لازمة، فلا يجوز لأحد من المتقاسمين فسخها؟ أم هي غير لازمة فيجوز لأي من المتقاسمين فسخها؟، وسنبين ذلك أولاً في الفقه المالكي، ثم في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: في الفقه المالكي.

ذهب فقهاء المالكية إلى أن القسمة لازمة، سواء كانت قرعة أو مرضاة أو مهأية، فبالنسبة لقسمتي القرعة والمرضاة فقد جاء في الشرح الكبير: «ولزم القسم بقرعة أو تراض حيث وقع على الوجه الصحيح فمن أراد الرجوع لم يكن له ذلك»⁽¹⁾.

وبالنسبة لقسمة المهأية فهي لازمة، نص على ذلك عليش⁽²⁾ لما سئل عن قسمة تمت بين أخوين بالغين وأراد أحد الأخوين نقض القسمة، فقال: «القسمة بأنواعها الثلاثة: المهأية، والمرضاة، والقرعة، لازمة إذا وقعت بوجه صحيح، فليس لأحدهما نقض القسمة والرجوع عنها، لأنها كبيع من البيوع»⁽³⁾. وعلل الزرقاني عدم الرجوع في القسمة ولزوميتها بقوله: «لأنه انتقال من معلوم إلى مجهول»⁽⁴⁾.

فنلخص بأن القسمة بأنواعها الثلاثة: مهأية، ومرضاة، وقرعة، هي عقد لازم لا يجوز نقضه ولا الرجوع فيه إلا بطوارئها ونواقضها - وسيأتي الكلام عنها-.

(1) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص790.

(2) هو محمد بن أحمد بن محمد، المعروف بعليش، فقيه مالكي، اشتغل بتحصيل الحديث والتفسير والنحو والبلاغة والعقيدة، درس بالجامع الأزهر، أشهر كتبه: «منح الجليل على مختصر خليل»، ت1299هـ، شجرة النور، ص385.

(3) محمد عليش، فتح العلي المالك، دط، دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)، ج2، ص214.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص371.

الفرع الثاني: في القانون الجزائري.

ونعني بصفة القسمة لزومها من عدمه، فهل هي عقد لا يجوز فسخه، ولا الرجوع فيه؟ أم هي عقد غير لازم يسوغ فسخه والرجوع فيه متى شاء أحد المتقاسمين؟

لم يتعرض المشرع الجزائري في مواد القانون المدني لبيان صفة القسمة أهي لازمة أم لا؟ ولكن هناك قاعدة عامة نص عليها المشرع في المادة 106: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

فبتطبيق نص هذه القاعدة على القسمة الاتفاقية باعتبارها عقدا من العقود يتبين بأن صفة القسمة عقد لازم.

كما نجد القضاء الجزائري يأتي ليقرر لزوم القسمة الاتفاقية «من المقرر قانونا أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي»⁽¹⁾.

فإذا كانت المحكمة العليا قررت لزومية القسمة الاتفاقية، فمن باب أولى وأحرى القسمة القضائية.

المقارنة:

مما سبق يتضح أن الفقه المالكي اعتبر القسمة من العقود اللازمة التي لا يجوز لأحد المتقاسمين فسخها ولا الرجوع عنها إلا بما يوجب ذلك، وأما بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فوافق الفقه المالكي بلزومية عقد القسمة بين المتقاسمين.

(1) القرار رقم 43462، المؤرخ في 16/12/1987م، م.ق، 1992م، عدد3، ص14، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90.

المطلب الثالث: مفهوم طوارئ القسمة

عرفنا فيما سبق أن القسمة عقد لازم، لا يجوز الرجوع فيه ولا نقضه، وذلك أن الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري حرصا على استقرار المعاملات بين الناس، ولكن قد يطرأ على القسمة طارئ قد يوجب نقضها وفسخها، وهذا ما يدفعنا لبيان وتحديد مفهوم الطوارئ، وعلاقتها بمصطلحات ومفاهيم أخرى كالبطلان والفساد والصحة والنواقض والعوارض، وسنتناول هذا في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الطوارئ

الطوارئ لغة:

جاء في المصباح المنير: «طرأ الشيء يطرأ أيضا طرأنا مهموز، حصل بغتة»⁽¹⁾.

وجاء في القاموس المحيط: «طرأ عليهم كمنع، طرء وطرؤا أتاهم من مكان أوخرج عليهم منه فجأة، وهم الطراء والطرآء»⁽²⁾.

وجاء في لسان العرب: «طرأ على القوم، يطرأ طرأاً وطرؤاً، أتاهم من مكان أوطلع عليهم من بلد آخر أوخرج عليهم من مكان بعيد فجأة، أوأتاهم من غير أن يعلموا»⁽³⁾.

فالطرؤ لغة هو ما يحصل فجأة وبغتة.

الطوارئ اصطلاحاً:

أ- في الفقه المالكي:

(1) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص141.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص46.

(3) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)، ج5، ص577.

لم يتعرض فقهاء المالكية لتعريف مصطلح الطوارئ رغم أنهم تناولوه في كتبهم، وذلك لوضوح معناه عندهم.

وقد اعتنى فقهاء المذهب المالكي بطوارئ القسمة فتكلموا عنها بإسهاب، وبينوا أحكام كل طارئ على حدة، واختاروا التعبير بهذا المصطلح دون غيره من المصطلحات، فنذكر أقوال بعض فقهاء المذهب المالكي واختيارهم لهذا المصطلح.

فعد القرافي الطوارئ خمسة: الاستحقاق، العيب، الدين، الوارث، الموصى له⁽¹⁾.

وعبر ابن رشد الجدل⁽²⁾ عن الطوارئ بقوله: «ولا تنتقض إلا بما يطرأ عليها مما لا يعلم به كطروء الغريم والموصى له أو الوارث على التركة بعد اقتسامها أو كطروء الاستحقاق على أحد الأنصبة بعد القسمة أو وجود العيب به»⁽³⁾.

وعبر ابن رشد الحفيد⁽⁴⁾ عن مصطلح الطوارئ بقوله: «والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز نقضها، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة: غبن أو وجود عيب أو استحقاق»⁽⁵⁾.

(1) أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، تح: محمد بوخيزة، ط1، 1994م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج7، ص235-253.

(2) هو أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب وإفريقية، بصير بالأصول والفروع، والفرائض، أشهر كتبه: «البيان والتحصيل»، و«المقدمات»، ت520هـ، الديباج المذهب، ص373-374.

(3) محمد بن أحمد ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج3، 104.

(4) هو محمد بن أحمد ابن رشد، من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها، لم ينشأ بالأندلس مثله كما لا وعلماء وفضلاء، يفرغ إلى فتياه في الطب كما يفرغ إلى فتياه في الفقه، أشهر كتبه: «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، ت595هـ، الديباج المذهب، ص378.

(5) محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص270.

وعبر خليل عن الطوارئ بقوله: «وإن طراً غريم أو وارث أو موصى له على مثله...»⁽¹⁾.
فيتضح من خلال هذه الأقوال أن فقهاء المالكية اعتنوا بطوارئ القسمة، وذلك بذكرها، وبيان الأحكام المتعلقة بكل طارئ.

فنستطيع أن نصل إلى تعريف للطوارئ بكونها: «تلك الأمور التي لم تكن في حسابان القاسم أو الشريك المتقاسم فتظهر بعد القسمة مما يستدعي إعادة النظر فيها من جديد»، وهذا باعتبار أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي.

ب- في القانون الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لمصطلح الطوارئ، وإنما عبر على أثر الطوارئ وما يترتب عليها بقوله في المادة 732 من القانون المدني: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس...»، فعبر عن أثر الطارئ على القسمة وهو الغبن بجواز النقض.

الفرع الثاني: علاقة الطوارئ بالفساد والبطلان والصحة

لبيان العلاقة بين الطوارئ والفساد والبطلان والصحة لا بد أن نقف على مفهوم الفساد والبطلان والصحة.

لغة:

تعريف الفساد: «الفساد نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح، يقال: هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد يناقض الصلاح»⁽²⁾.

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)، ج5، ص3412.

تعريف البطلان: «البطالان هو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه»⁽¹⁾.

تقول: «بطل الشيء يبطل بطلا وبطالانا ذهب ضياعاً وحسرانا، ويقال: ذهب دمه بطلا أي هدرا...، والباطل نقيض الحق»⁽²⁾.

تعريف الصحة: «الصحة مصدر صح، والصحة خلاف السقم، وذهاب المرض، وقد صح فلان من علته واستصح»⁽³⁾.

إِصْطِلَاحًا

أ- في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى اتحاد مفهوم مصطلحي الفساد والبطالان، فقد يطلقون الفساد ويعنون به البطلان، وقد يطلقون البطلان ويعنون به الفساد، لكن الأحناف فرقوا بينهما في مجال المعاملات، فيعنون بالباطل ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه وبالفساد ما كان ممنوعاً بوصفه دون أصله⁽⁴⁾.

وعرف الطاهر بن عاشور العقد الفاسد بقوله: «هو الذي اختل منه بعض مقاصد الشريعة»⁽⁵⁾.

(1) أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم المقاييس في اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دط، 1979م (دار الفكر، دب)، ج1، ص258.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص302.

(3) المصدر نفسه، ج4، ص2401.

(4) ينظر: أبو الحامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج1، ص95.

(5) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، دت، (المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر)، ص183.

فنخلص أن جمهور الفقهاء يرون أن الفاسد مرادف للباطل بينما الأحناف يفرقون بينهما في مجال المعاملات، فالفاسد: ما كان ممنوعا بوصفه دون أصله، والباطل: ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه.

وعرفت الصحة بكونها: «وصف للعمل أو التصرف المنتج لجميع آثاره نتيجة استيفائه كل ما طلبه الشارع»⁽¹⁾.

أما العقد الصحيح فهو: «الذي استوفى مقاصد الشريعة منه، فكان موافقا للمقصود منه في ذاته»⁽²⁾.

فالعقد الصحيح هو ما يترتب عليه جميع آثاره لكونه مستجمعا لأركانها وأوصافه.

ب- في القانون الجزائري:

لقد تعرض القانون المدني الجزائري لمسائل البطلان من المادة 99 إلى المادة 105 ولم يعرفه ولكن عرفه فقهاء القانون الوضعي.

فعرف السنهوري بطلان العقد بأنه «الجزء القانوني الذي يترتب على عدم اجتماع العقد لأركانها كاملة لجميع شروطها»⁽³⁾.

وعرفه أحد فقهاء القانون: «البطلان هو الجزء على عدم توفر أركان العقد أو شروط صحته»⁽⁴⁾.

(1) محمد محدة، مختصر علم الأصول الفقه الإسلامي، دط، دت، (دار الشهاب، باتنة، الجزائر)، ص 354.

(2) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 183.

(3) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)، ج4، ص83.

(4) محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، دط، 1983م، (المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية لرعاية الجزائر)، ص63.

وينقسم البطلان إلى قسمين هما⁽¹⁾:

1- البطلان المطلق: وهو جزء العقد الذي تخلف أحد أركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية.

2- البطلان النسبي: هو جزء لعقد توافرت أركانه، وإنما لم يستوف أحد شرطي الصحة، بأن يكون صادرا من كامل الأهلية، وغير مشوب بأحد عيوب الرضا، فهو عقد موجود يرتب له القانون كل آثاره حتى يقضي بالبطلان لمصلحة ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب، أو يترضى عليه الطرفان، وتضاف إليه حالات أخرى كما هو الشأن في حالة بيع ملك الغير.

وقد عبر القانون المصري عن البطلان المطلق بعبارة البطلان المجرد، وعن البطلان النسبي بعبارة الحق في الإبطال⁽²⁾.

وبتتبع واستقراء المواد التي تناولت أحكام البطلان نجد المشرع الجزائري استعمل مصطلحات نوجزها في الآتي:

- استعمل عبارة العقد الباطل بطلانا مطلقا، وذلك في المادة 102 التي تنص: «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا...».

- استعمل عبارة العقد الباطل، وذلك كنص المادة 97: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا».

- أما عبارة العقد الباطل بطلانا نسبيا فلم يستعملها، واستعمل عبارة العقد القابل للإبطال كنص المادة 105: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال...».

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص76.

(2) ينظر جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دط، 1995م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر)، ج1، ص247.

وهكذا يتبين من نصوص القانون المدني الجزائري أن المشرع اعتمد التقسيم الثنائي للبطلان.

أما العقد الصحيح في القانون المدني الجزائري هو: «ما توافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي تطلبها المشرع»⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على تحديد مفهوم البطلان المطلق، إذ رتب كل منهم البطلان على تخلف ركن من أركان العقد، بينما ذهب القانون الوضعي إلى إضافة نوع آخر أطلق عليه لفظ البطلان النسبي وهو ما توافرت أركانه ولم يستوف أحد شرطي صحته.

كما اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على معنى العقد الصحيح، وهو العقد الذي توافرت أركانه وشروطه، وترتبت عليه جميع آثاره.

ونخلص في الأخير إلى تحديد العلاقة بين الطوارئ والبطلان، وذلك أن بعض الطوارئ التي تطرأ على القسمة قد يترتب عليها بطلان القسمة وفسادها.

الفرع الثالث: علاقة الطوارئ بنواقض والعوارض.

1- تعريف النواقض:

قد يعبر عن الطوارئ بنواقض القسمة، وذلك بالنظر إلى مآل هذه الطوارئ التي قد تؤدي إلى نقض القسمة.

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د، ط، د، ت (دار هوميه،

والنقض لغة: «النقض في البناء والحبل والعهد، وغيره ضد الإبرام كالانتقاض والتناقض»⁽¹⁾، والنقض: «إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء وهو ضد الإبرام»⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾⁽³⁾.

وقد عبر عن الطوارئ كذلك بالعوارض، لأنها تعترض لزوم القسمة فتؤدي إلى فسخها وينتفي استمرارها.

2- تعريف العوارض:

العوارض لغة: «من عرض له أي ظهر...، وقوله تعالى: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرَضًا﴾⁽⁴⁾، أي أبرزناها حتى نظروا إليها»⁽⁵⁾.

وقد عبر القانون المدني الجزائري بالنواقض دون الطوارئ، لأنه نظر إلى مآل ونتيجة الطوارئ من نقض القسمة وفسخها⁽⁶⁾.

وهذه الطوارئ، أو العوارض إما تكون بسبب إ دعاء الغلط أو الغبن أو بسبب الاستحقاق أو بسبب ظهور عيب بعد القسمة، أو ظهور دين على الميت أو وارث جديد أو موصى له بعد القسمة. وستكلم عن أحكام هذه الطوارئ في الفصل الثاني.

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 656.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج 6، ص 4534.

(3) سورة النحل، الآية 92.

(4) سورة الكهف، الآية 100.

(5) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص 235.

(6) الفسخ هو: «حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم لجانين، لإخلال التعاقد الآخر بالتزامه»، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2004م، (منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص 241.

الفصل الثاني: أحكام طوارئ القسمة

علمنا مما سبق أن القسمة طريقة انتفاع كل مالك شريك بما يملك من المال انتفاعاً كاملاً، فإذا تمت القسمة، وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالتراضي فقد لزم، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يستقل بنقضها أو يعدل عنها، ما لم يوجد سبب يقتضي ذلك، مع العلم أن كلا من الفقه المالكي والقانون الجزائري يحرصان على استقرار القسمة التي تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف وينتفي بما يطرأ على القسمة من طوارئ توجب إعادة النظر فيها.

ويمكن حصر الطوارئ التي توجب إعادة النظر في القسمة من نقضها أو تصحيحها فيما يلي:

- 1- الغبن
- 2- العيب
- 3- الاستحقاق
- 4- الوارث
- 5- الموصى له
- 6- الدين

ومن خلال هذا التقديم اشتمل هذا الفصل ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: طرء الغبن على القسمة
- المبحث الثاني: طرء العيب أو الاستحقاق على القسمة
- المبحث الثالث: طرء وارث أو موصى له أو دين على القسمة

المبحث الأول: طروء الغبن على القسمة

للغبن تأثير في كثير من المعاملات والعقود، إلا انه أحيانا يناط به الحكم صراحة فيوجب الرد ويفسخ العقد به، وأحيانا لا يناط به الحكم إلا إذا صاحبه تغير⁽¹⁾، أو تدليس⁽²⁾، أو غلط⁽³⁾، أو استغلال⁽⁴⁾.

ونجد فقهاء المالكية تعاملوا مع الغبن الواقع في العقود على عدة اعتبارات واتجاهات، ففي بعض العقود أوجبوا الرد مطلقا، وفي البعض الآخر لم يعتد بالغبن إطلاقا، وبعضهم أوجب الرد بالغبن إذا جاوز حدا معينا، بينما المشروع الجزائري اعتد بالغبن على أساس أنه مظهر مادي للاستغلال.

وتناول كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري طروء الغبن على القسمة مع اتفاقهما على أن القسمة تقوم على مبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين، فإذا حصل غبن أدى إلى اختلال هذا المبدأ.

ومن خلال هذا التقديم اشتمل هذا المبحث على مطلبين:

- (1) التغير: من الغرر وقد سبق شرحه ص خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة..
- (2) التدليس: «إبداء البائع ما يوهم كمالا فيما يبيعه كذبا، أو كتم عيبه»، محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج01، ص370، وعرفه فقهاء القانون الوضعي بأنه: «كل حيلة أو خدعة لإيقاع الشخص في غلط بحمله على التعاقد»، توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، دط، 1988م، (الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر)، ص144.
- (3) الغلط: «أن يذكر محل العقد المعين موصوفا بوصف ثم يتبين أن الوصف غير متحقق فيه» محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دط، 1997م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)، ص416. وهو: «أن يظهر بعد تمام العقد أن المعقود عليه يختلف عما كان في نفس المتعاقد، أو أن ذاته أو صفته ليست هي المتفق عليها»، أحمد فرج حسن، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص292.
- (4) الاستغلال: «عدم تعادل واضح أو غير مألوف في التعامل بين ما يعطه أحد المتعاقدين وبين ما يأخذ مقدرًا وقت العقد، وينشأ عن استغلال الطرف الآخر لحالة الضعف التي وجد فيه المتعاقد»، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، دط، دت، (منشأة المعارف الإسكندرية مصر)، ص10.

- المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن.
- المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة.

المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن

الفرع الأول: خيار الغبن

نتناول خيار الغبن في الفقه المالكي ثم في القانون المدني الجزائري ثم نقارن بينهما.

أولاً: خيار الغبن في الفقه المالكي

قبل الوقوف على خيار الغبن لا بد من تعريفه لغة واصطلاحاً.

1- تعريف الغبن:

أ- لغة: جاء في لسان العرب: «والغبن في البيع والشراء: الوكس، غبنه يغبنه غبنا أي خدعه، وغبنت في البيع غبنا إذا غفلت عنه بيعا كان أو شراء...، والتغابن أن يغبن القوم بعضهم بعضاً، ويوم التغابن يوم البعث من ذلك، وقيل: سمي بذلك، لأن أهل الجنة يغبنون فيه أهل النار بما يصير إليه أهل الجنة من النعيم ويبقى فيه أهل النار من عذاب الجحيم»⁽¹⁾.

وجاء في مختار الصحاح: «غبنه في البيع خدعه وبابه ضرب، وقد غبن فهو مغبون وغبن رأيه من باب ضرب، إذا نقص فهو غبين أي ضعيف الرأي»⁽²⁾.

وجاء في المصباح المنير: «وغبنه أي نقصه، وغبن بالبناء فهو مغبون أي منقوص في الثمن»⁽³⁾. فالغبن هو النقص.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص3211.

(2) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص275.

(3) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص168.

ب- اصطلاحاً: نقل الخطاب عن ابن الحاجب⁽¹⁾: «الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو اشتراها كذلك»⁽²⁾. وعرفه ميارة⁽³⁾ بقوله: «أن يشتري أكثر من القيمة فيغبن المشتري أو يبيع أقل من القيمة بكثير فيغبن البائع»⁽⁴⁾.

يلاحظ من خلال التعريفين أن تعريف الخطاب للغبن اشتمل على بيان شروط الغبن، كما أنه حصر الغبن في البيع والشراء فقط، بينما تعريف ميارة كان أوضح إلا أنه قصر وقوع الغبن في البيع والشراء فقط.

وذهب بعض المعاصرين إلى تعريف أوضح للغبن، فعرفه بأنه: «أن تطغى مصلحة أحد العاقدين على مصلحة الآخر، بحيث لا يكون التوازن بين ما يأخذ وما يعطي»⁽⁵⁾.

وعرف بتعريف قريب منه: «الغبن يراد به أن يكون أحد البدلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد»⁽⁶⁾. فالغبن هو عدم التكافؤ بين العوضين بأن تطغى مصلحة أحد العاقدين على مصلحة الآخر.

2- خيار الغبن:

ونعني بهذا هل للشخص المغبون الحق في فسخ العقد بالغبن أم لا؟

(1) هو أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب، الملقب بجمال الدين، الإمام العلامة، الفقيه الأصولي، النحوي، له مختصر في الأصول، والكافية في النحو، الشافية في الصرف، ت646هـ، الديباج المذهب، ص289، شجرة النور، ص167.

(2) محمد الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه: زكرياء عميرات، ط1، 1995م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص398.

(3) هو عبد الله بن محمد بن أحمد ميارة، الفقيه، الفصيح، له شرح على التحفة وشرحان على المرشد المعين، ت1051هـ، شجرة النور، ص309.

(4) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص39.

(5) مصطفى الزرقاء، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ج1، ص378.

(6) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، 1996م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)، ص356.

للغبن تأثير في كثير من العقود في الفقه الإسلامي بصفة عامة إلا أن الفقه المالكي له تعامل خاص مع وجود الغبن في العقود نبينه فيما يأتي:

– غبن يقام به قل أو أكثر: وهو الغبن في استرسال واستسلام المشتري للبائع⁽¹⁾.

– غبن لا يقام به قل أو أكثر في البيع: وهذا هو المعتمد في المذهب المالكي، قال خليل: «ولا يغبن ولو خالف العادة»⁽²⁾، أي لا يرد المبيع بالغبن حتى ولو خالف عادة الناس وعرفهم بأنهم يتغابنون به وذلك لاستقرار المعاملات.

– غبن يقام به إذا جاوز الثلث: وهو قول بعض البغداديين مثل ابن القصار⁽³⁾ لكن رد ابن رشد الجدل هذا القول لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس في غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض»⁽⁴⁾، فوقف هذا القول لو زاد المشتري في البيع أكثر من قيمة الثلث أو باع بنقصان الثلث فسخ العقد⁽⁵⁾.

– غبن يقام به بشروط: وهذا ما جرى عليه القضاء والعمل الأندلسي والفاصي، ونظم هذه الشروط ابن عاصم في تحفته⁽⁶⁾.

فشرطه أن لا يجوز العاما	ومن يغبن في مبيع قاما
والغبن في الثلث فما زاد وقع	وأن يكون جاهلا بما صنع
وليس للعارف من قيام	وعند ذا يفسخ بالأحكام

(1) ينظر: محمد بن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ص300.

(2) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص185.

(3) هو القاضي أبو الحسن علي بن أحمد البغدادي، تفقه بالأبهري، كان أصوليا نظارا، ت398هـ، الديباج المذهب، ص296.

(4) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر البادي، رقم الحديث 1522، ج3، ص1157، بلفظ: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض»، قال العجلوني قوله في غفلاتهم: «زادها ابن شبيبة وعزاها لمسلم واعترضه غيره بأنها ليست لمسلم»، كشف الخفاء، ط1، 2000م، (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان)، ج1، ص215.

(5) ينظر: محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص215.

(6) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص51.

فنخلص أن هذه الشروط هي:

- 1- القيام بالغبن لا يتجاوز العام.
- 2- أن يكون جاهلا.
- 3- أن يكون مقدار الغبن ثلثا فأكثر.

- **غبن يقام به ويوجب الرد:** وهذا في بيع الوصي أو الوكيل، فإن فات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه بما وقع فيه الغبن، ولا يتقيد الغبن بثلث أو غيره بل ما نقص عن القيمة نقصا بينا أو زاد عليه زيادة بينة، ولو لم يكن الثلث، وهذا ما صوبه ابن عرفة⁽¹⁾.

- **غبن يقام به ويوجب الرد إذا بلغ الثلث قياسا على الوصية:** وهذا ما رجحه بعض المالكية، فقال ابن العربي⁽²⁾: «فقدر علماؤنا الثلث لهذا الحد، إذ رأوه حدا في الوصية أوفي غيرها»⁽³⁾.

ونخلص مما تقدم أن فقهاء المالكية يتعاملون مع الغبن بناء على:

- 1- إذا كان الغبن مصحوبا بتغيير فهذا يوجب الرد والفسخ لقوله صلى الله عليه وسلم: «غبن المسترسل حرام»⁽⁴⁾، فالغبن ظلم وضرر والظلم والضرر يرفعان ويُزالان.
- 2- إذا كان الغبن مجردا من التغيير فعلى المعتمد في المذهب المالكي لا يقام به إلا في بيع الوصي أو الوكيل.

(1) ينظر: أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص63.

(2) هو أبو بكر محمد بن عبد الله الملقب بابن العربي، الإمام العلامة الحافظ المتبحر، ختام علماء الأندلس، وآخر أئمتها وحفاظها، درس الفقه والحديث، أتقن مسائل الأصول والكلام، والخلاف، أبرز تصانيفه: «أحكام القرآن»، ت476هـ، الديباج المذهب، ص376، وشجرة النور، ص136.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تح: علي البحايوي، دط، 1974م، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)، ج1، ص1816.

(4) أخرجه الطبراني عن أبي أمامة، قال في المجمع: «وفيه موسى بن عمير وهو ضعيف جدا»، نور الدين بن علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، ص76.

3- جرى العرف والعمل القضائي على اعتبار الغبن المجرد إن كان ثلثا فأكثر وقام بقرب دون السنة، ولم يكن المتعاقد عارفا به وقت العقد، وهو قول البعض الأندلسيين مثل ابن العربي وابن عاصم.

4- ذهب بعض البغداديين مثل ابن القصار على اعتبار الغبن إذا جاوز الثلث.

ثانيا: خيار الغبن في القانون الجزائري.

1- تعريف الغبن:

عبرت المادة 90 / 1 من القانون المدني الجزائري عن الغبن المجرد المادي: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر».

وعرفته المحكمة العليا بأنه: «اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد، فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال»⁽¹⁾.

وعرف بأنه: «عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص وبين ما يلتزم به»⁽²⁾.

كما أن الغبن هو: «عدم التعادل بين ما يأخذه الإنسان وبين ما يعطيه، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى، مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ»⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا، غ أش، 3 أبريل 1985م، ملف رقم 33131، م ق 1989م، 04، غ م 1985/03/06م، ملف رقم 34834، م ق، 1990م، ص36. نقلا عن: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، دط، 2001م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص127.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر) ج01، ص65.

(3) علي حسن الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، 2002م، (دار وائل للنشر، عمان، الأردن)، ص108.

وخلاصة مما سبق يتبين أن الغبن هو عدم التعادل والتوازن بين المتعاقدين، نتيجة ما يأخذه كل عاقد وما يعطيه.

2 - خيار الغبن:

يتبين من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أن المشرع يعتد بالتفاوت إذا كان فادحاً غير مألوف، ولم يحدد الغبن بحد معين حتى يتبين عدم التعادل، وإنما ترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة الغبن المجرد لوحده بل لا بد من توفر معنى الاستغلال، وبذلك يكون الغبن المظهر المادي للاستغلال، وهذا ما يفهم من نص المادة 90: «... وتبين أن المتقاعد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتقاعد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً...».

ومع ذلك فإن المشرع أبقى على بعض الحالات التي يقام فيها بالغبن المجرد عن الاستغلال والتغيرير وهذا ما نصت عليه المادة 91 من القانون المدني الجزائري: «يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود».

وهذه العقود جاءت واردة على سبيل الحصر في نصوص لا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، وهذه الحالات في القانون المدني الجزائري هي: عقود الإذعان، بيع العقار بما يزيد عن الخمس، حقوق المؤلف، القسمة، المقايضة⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري في تعريفه للغبن يتفق مع الفقه المالكي بأن الغبن هو عدم التوازن بين البدلين في عقد المعاوضة.

كما أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الاستغلال واعتبر الغبن المظهر المادي له فاثبت حق الفسخ للمغبون، وهذا ما عبر عنه المالكية بغبن المسترسل، والغبن لا يقوم في حالة بيع الاسترسال

(1) ينظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص 133-136.

إلا مع التغير والاستغلال، كما أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الغبن المجرد في بعض العقود كعقد القسمة، وبيع العقار، وهذا بخلاف المعتمد في المذهب المالكي الذي يرى أن الغبن في البيع لا يوجب الفسخ قل أو أكثر، لكن القضاء والعرف المالكي، وآراء بعض الفقهاء البغداديين والأندلسيين يرون فسخ العقد بالغبن إذا توفرت فيه شروط معينة.

الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن

للغبن تأثير في القسمة لأنه يخل بمبدئها وهو العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أنه قد يؤثر في بعض أنواع القسمة دون بعض، وهذا في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن في الفقه المالكي

قبل البدء في الأنواع التي يجوز نقضها بالغبن يجدر بنا أن ننبه بأن فقهاء المالكية يعبرون تارة بالغبن، ويعبرون تارة أخرى بالغلط بدل الغبن، ومن المعلوم أن الغلط في القيمة غبن، وأن الغبن قد يكون بسبب الغلط وقد يكون بسبب الجور، فقد جاء في الشرح الصغير: «ونظر في دعوى جور أو غلط...، والمراد بالجور ما كان عن عمد، والغلط ما كان عن خطأ⁽¹⁾».

وبما أن الغبن له تأثير على إرادة المتقاسمين ففقهاء المالكية تكلموا عن أنواع القسمة التي تنقض بالغبن على هذا الأساس:

1- قسمة القرعة:

والقرعة كما تقدم تميز حق ونصيب كل شريك، ولا بد فيها من مقوم، ويجبر عليها من أباه، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس من الأصول والحيوان والعروض وجعلت تطيباً لأنفس المتقاسمين.

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص274-275.

فقد ذهب فقهاء المذهب المالكي قولاً واحداً على وجوب فسخ قسمة القرعة إذا ثبت فيها غبن، فجاء في بداية المجتهد: «فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب»⁽¹⁾.

وعلل فقهاء المذهب المالكي وجوب القيام فيها بالغبن إذا ثبت، لأن كل واحد من المتقاسمين دخل على قيمة مقدرة، وذرع معلوم فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع⁽²⁾.

فالغبن وقع في تقويم وتعديل المقوم، وهذا لا بد فيه من المساواة بين المتقاسمين فإن وقع جور أو غلط وجب رفعه وإزالته.

وجرى القضاء والفتوى على نقض قسمة القرعة بالغبن بالنسبة للقضاء قال ابن عاصم عند نظمه لأحكام قسمة القرعة⁽³⁾:

وبين أهل الحجر ليس يمتنع قسم بها ومدعي الغبن سمع

فقوله: (ومدعي الغبن سمع) دليل على أن القضاء المالكي يوجب نقض القسمة بالقرعة للغبن.

وبالنسبة للفتوى فقد أفتى عليش: «إذ القسمة الواقعة ابتداءً إن كانت قرعة فحكمها النقص بظهور الجور أو الغلط»⁽⁴⁾.

يتبين مما سبق أن فقهاء المالكية يوجبون نقض القسمة بالغبن بناءً على أنها تميز حق لا بيع، والتمييز لا بد أن يكون مبنياً على المساواة والعدالة بين المتقاسمين، فإن انتفت المساواة حصل الضرر لأحد المتقاسمين، والضرر يزال كما هو معلوم كقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص270.

(2) ينظر: محمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص29.

(3) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمة، ص53.

(4) محمد عليش، فتح العلي المالكي، ج2، ص214.

2- قسمة المراضاة:

إذا وقع غبن في قسمة المراضاة ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بينما إذا كانت قسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم أو مراضاة بغير تعديل ولا تقويم.

- قسمة مراضاة بلا تعديل ولا تقويم: وهذه القسمة لا يقام فيها بالغبن، لأنها بيع من البيوع باتفاق، وعلل فقهاء المالكية عدم القيام بالغبن في قسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم لأنها كبيع المساومة⁽¹⁾⁽²⁾، وبيع المساومة لا بد فيه من المشاحة والمغالبة والمغابنة.

ففقهاء المالكية يرون عدم النظر في دعوى الغبن في المراضاة بلا تقويم ولا تعديل لأنها محض بيع فهي لازمة سواء تفاحش الغبن أو ثبت⁽³⁾.

- قسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم: وهي بيع على المشهور، وقد ذهب فقهاء المالكية على أنها تنقض بالغبن إلحاقاً لها بالقرعة، لأن كل واحد من المتقاسمين دخل على قيمة مقدرة وقدر معلوم⁽⁴⁾.

وعلل المالكية القيام بالغبن في قسمة المراضاة بعد تعديل وتقويم بأنها كبيع المراجعة⁽⁵⁾⁽⁶⁾، وبيع المراجعة لا يتغابن فيه.

(1) بيع المساومة: «أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتى يتفقا عليه، من غير تعريف بكم اشتراه، وهذا البيع أسلم من الفساد من المراجعة، وأحب إلى العلماء، ويحرم فيه الغش والتدليس بالعيب، ولا يقام فيه بغبن على المشهور»، ابن جزري، القوانين الفقهية، ص197.

(2) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج1، ص61.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص61.

(4) ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص61.

(5) المراجعة: «أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها، ويأخذ منه رجماً إما على الجملة مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة وترجني دينارين، وإما على التفصيل وهو أن يقول: ترجني درهما لكل دينار أو غير ذلك»، ابن جزري، القوانين الفقهية، ص198.

(6) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص275.

ولكن القضاء المالكي وبعض المالكية مثل ابن العربي وابن القصار ذهبوا إلى اعتبار الغبن في البيع سواء كان مراجعة أو مساومة إذا جاوز حدا معيناً، وبالحاق قسمة المراضاة بالبيع كما سبق ذكره فلها حكم البيع من حيث الرد بالغبن، والقسمة تقوم على أساس مبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين، والغبن فيه نقص وضرر يلحق بأحد المتقاسمين، والشريعة الإسلامية جاءت لرفع الضرر ودرئه، كما أن الغبن من حيث الحكم التكليفي لا يجوز في معاملة الدنيا، والله سبحانه وتعالى خص التغابن بيوم القيامة، فقال جل شأنه: ﴿...ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ...﴾⁽¹⁾، وفيه دلالة بأن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع، لأنه من باب الخداع المحرم في كل ملة⁽²⁾.

فقسمة المراضاة بنوعيتها تنقض بالغبن بشروطه المنصوص عليها في المذهب المالكي.

ثانياً: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن في القانون الجزائري

1- القسمة الرضائية:

من المعلوم أن القسمة تخضع لمبدأ المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقع في القسمة غبن يؤدي إلى تخلف هذا المبدأ جاز نقضها والرجوع إلى حالة الشروع.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 732 من القانون المدني على: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته»⁽³⁾.

(1) سورة التغابن، الآية 39.

(2) ينظر: محمد بن العربي، أحكام القرآن، ج4، ص1816.

(3) تقابلها المادة 845 من القانون المدني المصري.

ولقد قررت المحكمة العليا: «في قضية ملكية شائعة قسمة التراضي رجوع فيها دون إثبات الغبن لا يجوز:

من المقرر قانوناً أنه لا يجوز في قسمة التراضي الرجوع إلا إذا أثبت أن أحد المتقاسمين لحقه غبن يزيد على الخمس»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري طبق نص المادة 732 وذلك بأن الرجوع في قسمة التراضي لا يجوز إلا بإثبات الغبن من أحد المتقاسمين، فإن لم يثبت الغبن لا يجوز الرجوع فيها.

ويرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية، بأن وظيفة القسمة تتحقق متى ساد مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل واحد منهم على ما يعادل حصته الشائعة، فلا بد من تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة⁽²⁾.

فالفكرة التي يقوم عليها هذا الحكم هي تحقيق المساواة بين المتقاسمين فما دامت القسمة كاشفة عن النصيب فيجب أن يحصل المتقاسم على حصته الشائعة بعدل مساواة⁽³⁾.

2- القسمة القضائية:

وبالعودة إلى نص المادة 732 يظهر ويتضح بأن المشرع الجزائري لا يجيز نقض القسمة القضائية متبعاً في ذلك المشرع المصري الذي لا يجيز نقض القسمة القضائية للغبن.

ويرر الفقه عدم جواز نقض القسمة القضائية للغبن بأن المفروض في القسمة القضائية أنها محاطة بكل الضمانات التي من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة بينهم⁽⁴⁾.

(1) الملف رقم 43462، المؤرخ في 16/12/1987م، م ق، عدد3، سنة 1992م، ص14، نقلاً عن: عمر بن سعيد،

الاجتهاد القضائي، ط1، 2001م، (مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة، الجزائر)، ص249.

(2) ينظر: نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص154.

(3) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (دار النهضة، بيروت، لبنان)، ص237.

(4) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص901.

لكن هذا التبرير لا يسلم به، لأن هذه الضمانات قد تتخلف بسبب من الأسباب كسهو أو خطأ من القاضي، ومن المعلوم أن قضاء وحكم القاضي مقيد بالعدالة والمساواة، فإذا أخطأ القاضي في حكمه أدى ذلك إلى ضرر بالمتقاسم و أكل أموال الناس بالباطل، وما بني على باطل فهو باطل، لذا الأظهر أن يعدل المشرع الجزائري من نص المادة 732، أو يستحدث نصا جديدا ينص فيه على نقض القسمة القضائية متبعا في ذلك رأي بعض فقهاء القانون الذين نصوا على تعديل المادة 845 مدني مصري⁽¹⁾.

المقارنة:

يتفق كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري على أن المساواة والعدل بين المتقاسمين هي روح القسمة، فلا بد من مراعاة هذا المبدأ في جميع أحكام القسمة، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف لظهور الغبن في القسمة.

ولكل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري رأي وتعامل في أنواع القسمة التي يؤثر فيها الغبن فيجيز نقضها، قد يتفقان أو يختلفان:

- إذا كانت القسمة الاتفاقية بمعدل وحصل فيها غبن فإن الفقه المالكي يجيز نقضها، وفي هذا يتفق القانون المدني الجزائري والفقه المالكي.

- إذا كانت القسمة الاتفاقية بغير معدل فلا تنقض عند جمهور المالكية بخلاف القانون المدني الجزائري الذي يرى النقض بمعدل أو بغير معدل، إلا أننا نجد بعض فقهاء المالكية مثل ابن العربي وابن القصار يعتبرون الغبن في العقود إذا جاوز حدا معيناً.

- إذا كانت القسمة قرعة نقضت بالغبن قولاً واحداً في المذهب المالكي، وهي القسمة التي يجبر عليها من أبائها بشرط انتفاء الضرر، بينما نجد القانون المدني الجزائري يرى عدم جواز نقضها، وتبين رجحان الفقه المالكي في نقض القسمة القضائية بالغبن، لأن حكم القاضي مقيد بالعدالة والمساواة، واتضح عدم قوة ووجهة التبرير القانوني.

(1) ينظر محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص 376.

المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة

علمنا مما سبق أن الغبن يميز نقض القسمة لفوات شرط العدالة بين المتقاسمين، وفي هذا المطلب سنتكلم عن أحكام ودعوى الغبن في القسمة.

الفرع الأول: أحكام الغبن

يقتضي الكلام عن أحكام الغبن أن نبين مقدار الغبن ووقت حسابه وحالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: أحكام الغبن في الفقه المالكي

1- مقدار الغبن:

للغبن تأثير في نقض القسمة، لكن فقهاء المالكية يفرقون بين الغبن الفاحش واليسير:

- بالنسبة لقسمة المراضاة: جاء في حاشية الدسوقي: «فإن وجد الجور أو الغلط فيها فاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم نقضت، وأما إن ثبت الجور أو الغلط بقول أهل المعرفة نقضت إن كان الجور كثيراً لا قليلاً... وحكى ابن عرفة عليه الاتفاق»⁽¹⁾.

فقسمة المراضاة تنقض بالغبن الفاحش لا اليسير، وعلة ذلك أن اليسير لا يجترز منه ولا تكاد تخلو منه قسمة.

أما بالنسبة لقسمة القرعة فإذا كان الغبن فاحشاً فتنقض به اتفاقاً كما تقدم⁽²⁾، لكن «اختلف في الغبن اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير، فذهب ابن أبي

(1) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(2) ينظر ص1.

زيد القيرواني⁽¹⁾ وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبي ذلك آخرون وقالوا تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه ولا يفرق فيه بين القليل والكثير⁽²⁾.

والظاهر أن الغبن اليسير معفو عنه لأنه لا يمكن الاحتراز منه، ولو نقضت القسمة بالغبن اليسير ما استقرت قسمة إطلاقاً، وعاد الناس إلى حالة الشروع وما ينجر عن ذلك من مساوئ وأضرار على المشتاعين، فالقول القائل بالعفو عن الغبن اليسير متماشي مع روح الشريعة في استقرار المعاملات ومراعاة المصلحة العامة.

لكن ما هو الحد الفاصل بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الذي به تنقض القسمة؟

هناك ثلاثة أقوال في المذهب المالكي:

– القول الأول:

ذهب بعض المالكية إلى أن تحديد الغبن يترك لعرف وعادات الناس، فما تعارف الناس على تحمله لا يعتد به، وما تعارف الناس على عدم تحمله فهو غبن فاحش، يفسخ به العقد وهذا ما يفهم من كلام خليل: «ولا بغبن ولو خالف العادة» إلى وجود الخلاف باعتبار العرف والعادة، فبعض المالكية يحددون الغبن على حسب عادات وأعراف الناس.

– القول الثاني:

ذهب بعض المالكية إلى أن تحديد الغبن يترك لأهل المعرفة، فإن ثبت الغبن بقول أهل المعرفة نقضت القسمة، وإن لم يثبت لا تنقض⁽³⁾.

(1) هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، العالم الجليل، فقيه القيروان، أشهر كتبه: «الرسالة»، و«النوادر والزيادات»، ت386هـ، الديباج المذهب، ص222، شجرة النور، ص96.

(2) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص791.

(3) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص191.

- القول الثالث:

ذهب بعض المالكية إلى تحديد الغبن بمقدار معين وغايتهم استقرار المعاملة، فحدده بعضهم بالثلث قياساً على الوصية مثل ابن العربي وابن عاصم وبعض الأندلسيين، وحدده بعض البغداديين مثل ابن القصار بما زاد عن الثلث⁽¹⁾.

ويظهر مما سبق رجحان القول الأول، لأن تحديد الغبن لم يرد فيه نص مع ورود النهي عنه «غبن المسترسل حرام»، وتحديدته بقول أهل المعرفة والخبرة ليس مضطرباً في كل الحالات، لأنهم لا يسلمون من الوقوع في الخطأ أو عدم الاتفاق، بينما تحديده بالعرف والعادة فهو ضابط مرن يساير كل قوم على حسب عرفهم وعاداتهم.

2- كيفية حساب الغبن ووقت حسابه:

إذا أراد الشريك المغبون معرفة هل أصابه غبن يميز له نقض القسمة أو لا؟ قال فقهاء المالكية أن الغبن يثبت بقول أهل الخبرة أو بتفاحشه حتى يظهر لغير أهل المعرفة⁽²⁾.

فتقرير الغبن وحسابه يكون بالالتجاء إلى أهل الخبرة والمعرفة، فيقومون المال محل القسمة ويقدر الغبن، فإن كان مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو جرت العادة أو العرف على اعتباره تنقض به القسمة، وإن كان غير ذلك لا تنقض القسمة به⁽³⁾.

ولمعرفة مقدار الغبن لا بد من إعادة تقويم محل القسمة، ويقام بمقابلة حصة المدعي مع ما يستحق من المال الشائع.

(1) ينظر: أبو بكر محمد بن العربي، أحكام القرآن، ج4، ص1816، و محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص39.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(3) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص384.

وأما وقت حسابه فلا شك فيه أنه وقت القسمة، أي الوقت الذي تم فيه تقدير المال الشائع، فلا عبرة بوقت بدء الشروع ولا عبرة بوقت ادعاء الغبن.

ثانياً: أحكام الغبن في القانون الجزائري

1- مقدار الغبن:

يتضح من نص المادة 732 أن المشرع الجزائري حدد مقدار الغبن الناقض للقسمة بما يزيد عن الخمس: «فيجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس»، وهذا ما قضت به المحكمة العليا: «من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس»⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع الجزائري سلك نفس المنهج في تحديده لمقدار الغبن بما يزيد عن الخمس كما فعل في تحديد الغبن بما يزيد عن الخمس في بيع العقار⁽²⁾. إلا أن في بيع العقار إذا أكمل الثمن إلى أربعة أخماس لا يفسخ بخلاف القسمة فلا بد من إكمال ما نقصه، وكذلك الغبن يكون في القسمة واقع على العقار والمنقول على حد سواء.

ويرر الفقه تحديده للغبن بما يزيد عن الخمس «لاستقرار التعامل، إذ لو فتح مجال الطعن في القسمة لمجرد التفاوت في الأنصبة ما استقرت قسمة»⁽³⁾.

لكن هناك بعض الفقهاء عابوا هذا التحديد ورأوه مجافياً لروح العدالة والمساواة في القسمة، وضرب السنهوري مثالا بين فيه قصور هذا التحديد فقال: «فإذا فرض أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ 5000 جنية، وكان هناك شركاء خمسة بخصص متساوية، كان الواجب أن تكون قيمة النصب المفرز لكل شريك 1000 جنية، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه

(1) القرار رقم 43462 المؤرخ في 16/12/1987م، م ق، 1992م، عدد3، ص14، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90.

(2) ينظر: المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

(3) نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص145.

القسمة، أن تترل قيمة المال المفروز الذي وقع في نصيبه أقل من 800 جنيه،... فإن فرضنا أن أربعة من خمسة شركاء كانت قيمة نصيب كل واحد منهم 800 جنيه فيكون مجموع أنصبة الأربعة 3200 جنيه في القسمة، لأن الغبن الذي أصاب كل الشركاء الأربعة لا يزيد عن الخمس»⁽¹⁾.

ومن هذا يؤخذ على المشرع تحديده للغبن بهذا المقدار بأنه تحديد لا يكفل المساواة والعدالة بين المتقاسمين، ولا استقرار لقسمة فيها مجافاة لروح العدالة والمساواة.

2- كيفية حساب الغبن ووقت حسابه:

لكي نعرف أنه وقع في القسمة غبن يجيز نقضها فلا بد من تقدير المال الشائع من القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال ثم المقارنة بين نصيب كل شريك الذي خصص له وقيمة الحصة الشائعة، وأما وقت تقدير الغبن هو وقت القسمة فلا يعتد بأمر يحدث بعد القسمة فيزيد من هذه القسمة أوي نقص منها، ولا يعتد بوقت بدأ الشروع⁽²⁾.

ولقد قررت المحكمة العليا بأن عمل الخبير يقوم على:

1- تقييم أموال التركة وقت القسمة.

2- تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة.

3- ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد عن الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسط، ج8، ص 903-904.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ج 08، ص 903-904.

(3) القرار رقم 19926، المؤرخ في 14/04/1982م، ن م 1982م، عدد خاص، ص107، نقلا عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90،89.

3- الغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود:

هذه المسألة تكلم عنها فقهاء القانون وصورتها أن تقسم القسمة إلى أكثر من عقد ولا تتم بعقد واحد، فإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود، ووقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود، لا إلى كل عقد على حدة، إذ ربما قد يغبن المتقاسم في عقد ويأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر، ومن ثم إذا تبين أن المتعاقد قد لحقه غبن يزيد عن الخمس في مجموع هذه العقود كان له طلب نقض العقود جميعها⁽¹⁾.

وعلل فقهاء القانون جواز نقضها: «لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة»⁽²⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية لهم اتجاهات وأقوال في تحديد مقدار الغبن الناقض للقسمة مع اتفاقهم على أن يكون الغبن فاحشا، واتضح أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول بأن تحديد الغبن يخضع لعادة وعرف كل بلد.

بينما نجد القانون المدني الجزائري يحدد الغبن بمقدار معين متفق مع أصحاب الرأي الثالث مع اختلاف في المقدار، وتبين أن هذا التحديد قد لا يكفل المساواة بين المتقاسمين، لذا عابه بعض فقهاء القانون، لذلك فالأجدر بالمشرع الجزائري أن يترك ضابط التحديد لعرف وعادات الناس، فهو ضابط مرن مساير لكل الأوقات والأزمان، وطبيعة محل القسمة من حيوان أو منقول أو عقار.

كما أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في كيفية حساب الغبن ووقت تقديره.

(1) ينظر: محمد البكري، قسمة المال الشائع، ص 90.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، ص 905.

أما بالنسبة للغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود فلم أجد على حسب اطلاعي صورة هذه المسألة، إلا أنه من الواضح جواز نقضها للغبن باعتبار مجموع العقود، لأن القسمة إلا أطلقت لا يراد منها إلا القسمة النهائية، وباعتبار أن المتقاسم أصابه ضرر بالغبن والضرر يزال كقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: دعوى الغبن في القسمة

لكل دعوى خصوم تتمثل في المدعي والمدعى عليه، فالمدعي في القسمة هو المتقاسم المغبون، والمدعى عليه هم باقي الشركاء، وسنتناول أحكام دعوى الغبن في القسمة في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: دعوى الغبن في الفقه المالكي

1- ميعاد رفع الدعوى:

اشترط فقهاء المالكية لسماع دعوى الغبن في القسمة ألا تمضي مدة تدل على الرضى وهذا لاستقرار القسمة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة.

فذهب بعضهم إلى أنه تقام دعوى الغبن في زمن قريب من القسمة، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن⁽¹⁾، وذهب بعض المالكية إلى تحديدها بسنة⁽²⁾، وذهب البعض الآخر إلى تحديدها بنصف السنة⁽³⁾، وذهب البعض الآخر إلى تحديدها بمدة تدل على الرضى إذا كان الغبن فاحشاً، فجاء في حاشية الدسوقي: «وأما لو كان متفاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم، فلا تنقض القسمة بدعوى مدعيه، ولو قام بالقرب حيث سكت مدة تدل على الرضى»⁽⁴⁾.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص345.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص275.

(3) أحمد الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص226.

(4) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص791.

يتضح مما سبق أن ميعاد رفع دعوى الغبن في القسمة مختلف فيه في الفقه المالكي، فهناك من حده بالعام، وهناك من حده بنصف العام، وهناك من حده بالقرب، وهناك من حده بمدة تدل على الرضى إذا كان متفاحشا، وتبرير كل هذا التحديد هو استقرار القسمة، لكن يؤخذ على من حده بالعام أو نصف العام أن محل القسمة يشمل العقار والمنقول، فتحديده بمدة معينة لا يتناسب مع طبيعة محل القسمة، وهذا ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل وظلم المتقاسم المغبون.

فالأرجح أن تحدد مدة ميعاد رفع الدعوى على حسب أعراف وعادات كل بلد، وعلى حسب محل القسمة من عقار أو منقول أو حيوان.

فلو اتبعت حسب هذا الرأي هذه المعايير لضمن استقرار القسمة.

ولكن لنا أن نتساءل: إذا انقضت هذه المدة هل تسقط الدعوى؟

من المعلوم في الشريعة الإسلامية أن الحقوق لا تسقط ولو طال الزمن وإن كانت الدعوى لا تسمع، فإذا انقضت المدة فإن القسمة لا تنقض عند فقهاء المالكية، ولكن للمتقاسم المغبون الحق في القيمة، وهذا ما يؤيده قولهم عند الكلام في فوات الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإنهم يرجعون إلى القيمة يقتسمونها⁽¹⁾.

فقهاء المالكية يرون أن دعوى الغبن لا تسمع إذا طال الزمن، لكن للمتقاسم المغبون أن يطالب بحقه في القسمة.

2- إثبات الغبن:

يكون للمتقاسم المغبون الحق في طلب نقض القسمة إذا أثبت وقوعه عمداً أو خطأً بينةً أو بنكول المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽²⁾.

(1) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3 ص 791.

(2) رواه البيهقي في السنن الصغرى، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، رقم الحديث 4715، ج 2، ص 71، وقال العجلوني: قال النووي في أربيعة: حديث حسن، كشف الخفا، ج 1، ص 332.

وقد بين فقهاء المالكية ذلك، فقال الدردير: «ونظر في دعوى جور أوغلط، فإن تفاحش أو ثبت نقضت، وإلا حلف المنكر»⁽¹⁾.

ومعنى هذا أن الحاكم ينظر في دعوى جور أوغلط أحد المتقاسمين أن ما بيده أقل من نصيبه لجور أوغلط من القاسم، فإن تأكد من عدم ذلك منع المدعي من دعواه، وإن أشكل عليه الأمر بأن لم يعرف التفاحش أوالبينة، حلف المنكر بدعوى صاحبه وإن تفاحش الغبن بأن ظهر لغير أهل المعرفة⁽²⁾.

وجاء في التاج والأكليل: «دعوى الغلط في القسم دون بينة أو تفاحش، يوجب حلف المنكر، وبأحدهما يوجب نقضه»⁽³⁾.

ونخلص من هذا أن إثبات الغبن يكون إما بالتفاحش، أوالبينة أو نكول المدعي عليهم، فإذا ثبت الغبن بإحدى هؤلاء نقضت القسمة.

3- التنازل عن دعوى نقض القسمة بالغبن.

لم يتعرض فقهاء المالكية - على حسب اطلاعي في المسألة - عن تنازل المدعي عن دعواه، لكن ذهب بعض المعاصرين إلى جواز ذلك لأنه في الحقيقة يعبر عن تنازل المتقاسم المغبون عن حقه، وقد رضي بهذا التنازل، وكيف ذلك بقوله: «على أن هذا يعتبر من قبيل الصلح بالإبراء وقد أجاز الفقهاء ذلك»⁽⁴⁾. ولكن لا بد أن يكون هذا التنازل صريحا، فلا عبرة بالتنازل الضمني، فلا بد من الإرادة الظاهرة⁽⁵⁾.

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص274.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(3) محمد المواق، التاج والإكليل بمامش مواهب الجليل، ط2، 1987م، (دار الفكر، دب)، ج5، ص345.

(4) محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص293.

(5) ينظر: المرجع نفسه، ص293.

4- تجنب نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون.

ومعنى هذا: هل للمدعى عليه الحق في وقف سير دعوى نقض القسمة للغبن؟

جاء في حاشية الدسوقي: «إذا نكل قسم ما ادعى الآخر أنه حصل به الجور أو الغلط منهما على قدر نصيب كل، مثلا لو كانت حصة أحدهما تساوي عشرة والآخر تساوي خمسة عشرة على دعوى مدعي الجور أو الغلط، فالذي حصل به الجور ما يقابل خمسة فيقسم بينهما من غير رد يمين إن اتهمه المنكر»⁽¹⁾.

فإذا لم يستطع المدعي إثبات دعوى الغبن فتتوجه اليمين إلى المدعى عليه، فإذا نكل يقسم ما ادعى الشريك المغبون أنه حصل به غبن بينهما، فيفهم مما سبق أنه لو أكمل له النصيب المغبون فيه، صحت القسمة ولا تنقص، وهذا قاصر على حالة النكول⁽²⁾.

وهذا الحكم غايته استقرار ودوام القسمة.

ثانيا: دعوى الغبن في القسمة في القانون الجزائري

1- ميعاد رفع الدعوى.

تنص المادة 732 / 2 من القانون المدني الجزائري: «... يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته».

يتبين من نص المادة أن المشرع الجزائري حدد مدة ميعاد رفع الدعوى بالسنة التالية للقسمة رغبة منه في استقرارها، والسنة هنا هي مدة إسقاط لا مدة تقادم، فلا يرد عليها وقف ولا

(1) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص791.

(2) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص395.

انقطاع، وتبدأ السنة من وقت تمام العقد، وتحسب بالتقويم الميلادي، فإذا انقضت السنة علم المغبون أو لم يعلم، كانت الدعوى غير مقبولة⁽¹⁾.

2- إثبات الغبن:

يقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس على الشريك الذي يدعي أنه لحقه غبن، ولهذا الشريك إثبات الغبن بجميع طرق الإثبات القانونية، بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية⁽²⁾.

والغالب في العمل أن المحكمة تندب خبيراً يقدر المال الشائع على الخطوات التالية:

1- تقييم أموال الشركة وقت القسمة.

2- تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة.

3- يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

يتضح مما سبق أن عبء إثبات الغبن يقع على عاتق الشريك المغبون بطرق الإثبات كالبينة والقرائن وذلك لأن القسمة تعتبر واقعة مادية، لكن الغالب والساري في المحاكم أن القاضي يندب خبيراً يقدر الحصص.

3- التنازل عن دعوى نقض القسمة بالغبن:

يجوز للشريك المغبون في القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة بأن يتنازل صراحة عن حقه في التمسك بنقض القسمة، فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية، كما يجوز أن يكون هذا التنازل

(1) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص960.

(2) ينظر: محمد البكري، قسمة المال الشائع، ص95.

ضمينيا، كما لو أنفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة بعد علمه بالغبن الذي لحق به، أو تصرف في المال المفروز بالبيع أو الهبة ونحو ذلك⁽¹⁾.

لكن لا يجوز للشريك أن يتنازل عن حقه مقدما في طلب نقض القسمة بالغبن، لأنه لا يجوز التنازل عن الحقوق قبل وجودها، وهذا الحق لا يوجد إلا بعد تمام القسمة وإفراز الحصص⁽²⁾.

4- تجنب نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون:

تنص المادة 732 / 2 من القانون المدني الجزائري على أن: «... وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينيا ما نقض من حصته». فيفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري جعل للمدعى عليه الحق في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينيا ما نقص من حصته.

ويبرر الفقه حق المدعي في وقف سير الدعوى بإكمال ما نقص المدعي من حصته نقدا أو عينيا، تحقيقا لاستقرار القسمة وتحقيقا للمساواة التامة بين المتقاسمين⁽³⁾.

فالمشرع لم يكتف بتكملة حصة المتقاسم إلى أربعة أخماس ما يستحق، بل لا بد من تكملة كل ما نقص من حصته، وهذا بخلاف ما فعل في بيع العقار المملوك، بحيث نص في المادة 1/358 من القانون المدني: «إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل»، وهذا لأن القسمة تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين.

(1) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص154.

(2) ينظر: محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص93.

(3) ينظر: نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص155.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري يوافق ما ذهب إليه الفقه المالكي من ضرورة تحديد ميعاد رفع الدعوى، كما يتفق مع ما ذهب إليه بعض المالكية من تحديد ميعاد رفع الدعوى بسنة، لكن القانون المدني الجزائري يخالف المذهب المالكي في جعل هذه المدة مدة سقوط الحق المغبون برفع الدعوى والمطالبة بحقه، بينما ذهب الفقه المالكي إلى أن هذه المدة لا تسمع فيها الدعوى فقط، وللمغبون الحق في طلب حصته المغبون فيها، لأن الحقوق لا تسقط بأي حال في الشريعة الإسلامية.

كما أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في طرق إثبات الغبن، وبالنسبة لعمل المحاكم في انتداب الخبراء يتفق مع قول أهل المعرفة في الفقه المالكي.

لم يتكلم فقهاء المالكية عن مسألة تنازل المدعي المغبون عن دعواه، إلا أن بعض المعاصرين جوز ذلك، وكيف هذا التنازل على أساس أنه من قبيل الصلح بالإبراء، لكن اشترط بأن يكون هذا التنازل صريحا فلا بد من الإرادة الظاهرة، فلا يكفي التنازل الضمني، لأن الإرادة الباطنة لا بد أن تصحبها إرادة ظاهرة، وفي هذا يتفق مع القانون المدني الجزائري في جواز تنازل الشريك المغبون إذا كان عن دعواه إذا كان التنازل صريحا.

تكلم فقهاء المالكية عن مسألة حق المدعى عليه في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته، ولكن قصرها على حالة النكول، بينما ذهب القانون المدني الجزائري بأن للمدعي عليه الحق في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته، سواء أثبت المدعي الغبن أم لم يثبت، فالقانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في حق المدعى عليه في وقف سير الدعوى، ولكن يختلف معه في:

- الفقه المالكي يوجب على المدعى عليه أن يكمل حصة المدعي عينا بخلاف القانون المدني فيستطيع المدعى عليه أن يكمل حصة المدعي نقدا أو يعطيه القيمة.

- الفقه المالكي حصر وفق سير الدعوى على حالة النكول فقط وأما القانون المدني فلا يشترط حالة النكول.

ويظهر مما سبق أن الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بالرغم من اختلافهما في بعض أحكام ودعوى نقض القسمة بالغبن، إلا أنهما حريضان على استقرار القسمة وتحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين.

المبحث الثاني: طرء العيب أو الاستحقاق على القسمة

القسمة عقد لازم يقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد ينتفي ويفوت لطرء عيب أو استحقاق على القسمة، مما يوجب إعادة النظر فيها إما بنقضها أو بتصحيحها، وسنتناول أحكام كل من العيب والاستحقاق في مطلبين.

- المطلب الأول: طرء العيب على القسمة
- المطلب الثاني: طرء الاستحقاق على القسمة

المطلب الأول: طرء العيب على القسمة

للعب تأثير في كثير من المعاملات والعقود، مما يوجب إعادة النظر في هذه العقود من تصحيح أو فسخ.

الفرع الأول: خيار العيب

أولاً: خيار العيب في الفقه المالكي

قبل الوقوف على خيار العيب لا بد من تعريف العيب لغةً واصطلاحاً.

1- تعريف العيب:

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «العيب والعيبة أيضاً والعاب بمعنى، وعاب المتاع من باب باع، وعية وعاباً أيضاً صار ذا عيب... وعيّه تعيياً نسبةً إلى العيب، وعيّه أيضاً جعله ذا عيب، وتعيبه مثله»⁽¹⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص255.

والعيب في اللغة: «الوصمة، يقال: عاب يعيب من باب سار، فهو عائب»⁽¹⁾.

- اصطلاحاً: عرفه الدردير عند شرحه لقول خليل: «(العادة السلامة منه) مما ينقص الثمن، أو المبيع، أو تخاف عاقبته»⁽²⁾.

وعلق المحشّي بقوله: «أي أمثلة الذي جرت العادة بالسلامة منه، المنقص للثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو ما يخاف عاقبته»⁽³⁾.

وعرفه بعض المعاصرين توضيحاً لهذين التعريفين بقوله: «العيب هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار وعاداتهم»⁽⁴⁾.

2- خيار العيب:

عند تتبعنا لكلام الفقهاء في خيار العيب نجدهم تناولوا وعالجوا الردّ بالعيب بالتفصيل والبيان في كتبهم، وبالبحث في كلامهم يمكن أن نعرف خيار العيب بما ذهب إليه بعض المعاصرين بـ: «أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه، إذا وجد عيباً في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد»⁽⁵⁾.

ومعناه: أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه، ولم يكن على علم به وقت العقد.

ولقد أقر فقهاء المالكية خيار العيب في العقود اللازمة، التي تتحمل الفسخ كعقد البيع، والإيجار، وقسمة الأعيان...

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص3183.

(2) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص166.

(3) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص166.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص429.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج4، ص162.

واستدلّوا على مشروعية خيار العيب بأدلة منها:

أ- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾، ومن الوفاء بالعقد أن يكون سالماً من العيوب.

ب- قوله تعالى: ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾.

ج- حديث التصرية⁽³⁾ كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنّه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر»⁽⁴⁾.

وقال النووي⁽⁵⁾: «واعلم أن التصرية حرام، لأنها غشٌ وخداع... وفيه -أي الحديث المذكور- دليل على تحريم التدليس في كلّ شيء، وأنّ التدليس بالفعل حرام كالتدليس بالقول»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّ الحيوان الذي تمّت تصرّيته يرد مع صاع من غالب قوت البلد، إذا كان من الأنعام، وبعد الحلبة الأولى، ويحرم، ولا يرد اللبن الذي حلبه منها، بدلاً عن الصاع ولوتراضيا على ذلك، وغير الأنعام تردّ بلا صاع، كما تردّ الأنعام إذا لم يحلبها⁽⁷⁾.

(1) سورة المائدة، الآية 01.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) تصرية الحيوان أي: «ترك حلبه ليعظم ضرعه، فيظن به كثرة اللبن» أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص62.

(4) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبايع أن لا يجفل الإبل، رقم الحديث 2148، صحيح البخاري مع فتح الباري، ج4، ص361.

(5) هو يحيى بن شرف النووي، الفقيه الحافظ أحد أعلام الشافعية، له العديد من المصنفات أشهرها: «شرح صحيح مسلم» و«رياض الصالحين» و«المجموع شرح المذهب» الذي توفي قبل أن يكمله، ت783هـ، طبقات الشافعية، ج2، ص153.

(6) محي الدين النووي، شرح صحيح مسلم، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج10، ص162.

(7) ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص429-430.

ومذهب الرد بالعيب دلّ عليه الحديث من ثلاثة أوجه⁽¹⁾:

- قوله: (لا تصروا الإبل) النهي يقتضي المفسدة، والفساد عيب.

- قوله: (إن شاء أمسك وإن شاء ردّها) والتخيير يقتضي وجود العيب.

- قوله: (وصاع تمر) إيجابه صاعاً من تمر، دليل على أن للمبدل قسطاً من الثمن.

د- قوله صلى الله عليه وسلم: «من غشّنا فليس منا»⁽²⁾.

وقال ابن العربي عند شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس منا من غشّ»⁽³⁾. والحديث

دليل على تحريم الغش، وهذا أمر قد أجمعت عليه الأمة كلها⁽⁴⁾.

3- شروط ثبوت خيار العيب:

يشترط لثبوت خيار العيب عند فقهاء المالكية شرطان⁽⁵⁾:

- أن يكون العيب قديماً: بأن يكون العيب أقدم من التباع، وغير حادث عند المشتري، ويعرف حدوثة أو قدمه عند المشتري بالبينة، أو بالمعاينة (العيان)، فإن لم يعرف بشيء من ذلك، واختلف البائع والمشتري في قدمه وحدوثة، نظر إليه أهل الخبرة والبصيرة، ونفذ الحكم بما يقتضي قولهم، وإلا حلف البائع على البتّ (القطع) في العيوب الظاهرة، وعلى نفي العلم في العيوب الخفية، وللبائع ردّ اليمين على المشتري.

(1) ينظر: أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، دط، دت، (دار الهدى، عين مليلة، الجزائر)، ص173.

(2) رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب الأفضية، رقم الحديث 101، ج1، ص99.

(3) أخرجه الترمذي برقم 1329 عن أبي هريرة، وقال: حديث حسن صحيح، ج2، ص189.

(4) أبو بكر بن العربي، عارضة الأحوذى شرح الترمذي، دط، دت، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج4، ص374.

(5) ينظر: ابن حزي، القوانين الفقهية، ص198-199.

وإن اختلف العاقدان في وجود العيب فلا يمين على البائع، وإثما على المشتري إثبات العيب.

- عدم علم المشتري بالعيب وقت العقد، فإن علم به ورضي فلا كلام له بعد ذلك، وجهل المشتري بالعيب إما لأن البائع كتمه، وإما لأنه لما يخفى عند البحث والنظر، فإن كان مما لا يخفى عند النظر، فلا يثبت حق الرد بالعيب.

4- موانع الرد بالعيب:

يُمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار في أربعة أحوال⁽¹⁾:

- أن يظهر المشتري ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو سكوت أو تصرف في المبيع بعد الاطلاع على العيب.

- زوال العيب، إلا إذا بقيت علامته، ولم تؤمن عودته.

- فوات المبيع حساً، كالموت أو الهلاك أو الضياع، أو فواته حكماً بصدقة أو هبة، أو بيعه على المشهور.

- طروء وحدوث عيب جديد آخر عند المشتري، كشدة هزال.

- أنواع العيوب:

فرق المالكية بين العيوب التي تقع على المبيع وفق مايلي⁽²⁾:

- عيب ليس فيه شيء: وهو العيب اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

- عيب فيه القيمة: وهو العيب اليسير الذي ينقص من الثمن، بأن كان ما دون الثلث، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب، مثل الخرق في الثوب، والصدع في حائط الدار.

(1) ينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 199.

(2) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 3، ص 61-62، وابن جزى، القوانين الفقهية، ص 199.

- عيب رد: وهو العيب الفاحش الذي ينقص جزءاً من الثمن بنسبة الثلث فأكثر، ويكون المشتري فيه بالخيار بين أن يرده على بائعه أو يمسكه، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده بتغير، أو تصرف، أو هلاك مثلاً.

ثانياً: خيار العيب في القانون الجزائري

1- تعريف العيب:

عبرت المادة 379 من القانون المدني الجزائري عن العيب بـ: «... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع».

وعرف بعض فقهاء القانون العيوب الخفية بقوله: «هي التي تنقص من قيمة المبيع أو تجعله غير صالح للانتفاع به على الوجه الذي يحقق الغاية المقصودة منه»⁽¹⁾.

وعرفه أحد فقهاء القانون المدني المصري بقوله: «العيب باعتباره آفة طارئة غالباً، بمعنى وجود أمر ينقص من قيمة المبيع أو يقلل من نفعه»⁽²⁾.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: «الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع»⁽³⁾.

وبالنظر إلى التعاريف السابقة نلاحظ اقتراب ألفاظها ومعانيها، لذا نستطيع أن نعرف العيب بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع بنقص في قيمته أو من انتفاع به على وجه لا يحقق الغاية المقصودة منه.

(1) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص151.
(2) محمد حسن قاسم، القانون المدني- العقود المسماة-، دط، 2000م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)، ص254.
(3) نقض مدني مصري، 1948/04/8م، مجموعة عمر، ص587، رقم 296. نقلاً عن: محمد حسنين، عقد البيع، ص151.

2- خيار العيب:

إن سبب مشروعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب يرجع إلى أنه لما كان الرضا هو أساس التعاقد، فإذا اشترى إنسان شيئاً ثم تبين له بعد ذلك أن به عيباً، فقد انهار هذا الأساس، لذا شرع خيار العيب لتدارك الخلل الذي طال الرضى، فغرض العاقد من المعقود عليه هو الانتفاع به، وهذا الانتفاع لا يكون كاملاً إلا مع السلامة من كل عيب ينقص من هذا الانتفاع⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على أن البائع يلتزم بضمان ملكية المبيع والانتفاع به انتفاعاً تاماً للمشتري، ومن الضمان الذي يلتزم به البائع للمشتري، ضمان العيوب الخفية في المبيع، فقد أورد المشرع الجزائري في المادة 379⁽²⁾ من القانون المدني الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا العيب، كما نصت المادة 380⁽³⁾ على الواجبات التي يجب أن تتحقق في المشتري.

3- الشروط التي يجب توافرها في العيب:

حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات فقد اشترط لقيام ضمان البائع توافر شروط معينة، وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 379 وهي⁽⁴⁾:

(1) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دط، دت، (دار هومة، بوزريعة، الجزائر)، ص 51.

(2) تنص المادة 379: « يكون البائع ملزماً بالضمان إذ لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً بهذه البيوع ولو لم يكن عالماً بوجودها، غير أن البائع لا يكون ضامناً بالعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً عنه».

(3) تنص المادة 380 على: «إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع. غير أنه إذا كان العيب لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب».

(4) ينظر: محمد حسنين، عقد البيع، ص 153-156.

- أن يكون العيب قديماً: أي أن يكون موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري، وأما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع بيد المشتري فلا ضمان فيه للبائع.

- أن يكون العيب خفياً وقت البيع: أي لم يكن في وسع المشتري أن يتبينه وقت البيع لو أنه فحصه بعناية الرجل العادي، فلا ضمان على البائع إذا أهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

- أن لا يكون العيب معلوماً للمشتري وقت البيع: فعلم المشتري بالعيب عند الشراء يمنع من رجوعه بالضمان على البائع.

- أن يكون العيب مؤثراً: والعيب المؤثر بحسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري هو الذي ينقص من قيمة المبيع، أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة.

4- واجبات المشتري للحصول على الضمان:

لكي يتحقق الضمان للمشتري يلزمه واجبان⁽¹⁾:

- المبادرة بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب: أوجبت المادة 380 /1 من القانون المدني الجزائري على المشتري عند تسلم المبيع أن يتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفق قواعد التعامل المألوفة، والفحص الذي يقوم به المشتري هو الفحص الذي يقوم به الشخص العادي.

- رفع دعوى ضمان في خلال سنة من التسليم: تنص المادة 1/382 على أنه: «تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول».

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص 157-159.

5- البيوع التي لا ضمان فيها:

نصت المادة 385 من القانون المدني الجزائري: «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

ويفهم من نص المادة أن البائع لا يضمن للمشتري في البيوع القضائية التي تكون بالمزاد العلني وفي البيوع الإدارية التي تتم عن طريق المزاد.

6- حالات العيب⁽¹⁾:

إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً لنص المادة 376 من القانون المدني الجزائري، لذا يجب التفرقة بين حالتي العيب الجسيم وغير الجسيم.

أ- حالة العيب الجسيم: يكون العيب جسيماً إذا كان نقص منفعة المبيع بسببه قد بلغ مبلغاً لو علم به المشتري أثناء العقد ما تعاهد، وفي هذه الحالة يكون للمشتري أن يرد المبيع وما أفاد منه، وأن يطالب بتعويض كامل شامل.

ب- حالة العيب الغير جسيم: يكون العيب غير جسيم إذا بلغ حداً لا يجعل المشتري لا يتم العقد لو علم به، فلا يرد المبيع، بل يجب عليه الاحتفاظ به، مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

- المقارنة

يتضح مما سبق أن تعريف فقهاء القانون للعيب يتفق وتعريف فقهاء المالكية، وقد أقر كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري خيار العيب وثبوته في عقود المعاملات، كالبيع والإيجار، وقد اشترط كل من الفقهاء للقيام بالرد بالعيب شروطاً، وذلك حرصاً منهما على استقرار المعاملات بين الناس، فاعتدوا بالعيب إذا كان فاحشاً ومؤثراً وقديماً وخفياً.

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص161، 162.

إلا أننا نجد المشرع الجزائري ينص على عدم الضمان في البيوع القضائية، والإدارية، ذلك لأنها تمت بالمزاد العلني، فأعلن عنها وأتيحت الفرصة للمزايدين بأن يفحصوا الشيء المبيع قبل الإقدام على المزايدة.

الفرع الثاني: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب

أولاً: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب في الفقه المالكي

1- أحكام العيب في القسمة:

لقد أقر فقهاء المالكية خيار العيب في القسمة وذلك سدا لذريعة الجور، وعدم العدل بين المتقاسمين، ومن ذلك أثبتوا خيار الرد بالعيب في القسمة وانطلاقاً من قول خليل: «وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردها، وإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه»⁽¹⁾.

فتحقيق أقوال فقهاء المذهب المالكي في الرد يكون كالآتي⁽²⁾:

أ- أن يكون العيب في أكثر النصيب، ونفرق بين حالتين:

الْحَالَةُ الْأُولَى: عدم فوات النصيب

في هذه الحالة يكون من حق واحد العيب الخيار بين رد نصيبه بأسره ونقض القسمة وعود الشركة، وبين التمسك بنصيبه مع عدم الرجوع على شريكه بأرش⁽³⁾ العيب لأن تخيره ينفي

(1) خليل بن اسحاق المالكي، مختصر الخليل، ص234.

(2) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص284-285، ومحمد البناي، الفتح الرباني، ج6، ص384-385، ومحمد الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص348، ومحمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص792-794، وعبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، 2002م، (مؤسسة الريان، بيروت، لبنان)، ج4، ص204.

(3) الأرش: «عند المالكية قيمة العيب»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص19. «حيث يقوم (أي الشيء) أولاً سالماً، ثم يقوم معيباً ثانياً، والفرق بين القيمتين هو الأرش»، محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، شرح وتعليق: مأمون الجنان، دط، دت، (در الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص270.

ضرره. فإذا اختار رد القسمة وكان نصيب شريكه ما زال قائماً في يده نقضت القسمة واستؤنفت من جديد.

– الحالة الثانية: فوات النصيب

فإذا فات نصيبه من يده بهدم أو ببناء أو غرس أو صدقة أو بيع رد لصاحب النصيب السالم نصف قيمة نصيبه المعيب، وما سلم من العيب، والفوات يكون بينهما نصفين، أما إذا فات النصيبان معاً، فيرجع صاحب النصيب المعيب على من أخذ النصيب السالم بنصف قيمته، وتعتبر القيمة يوم القبض لا يوم القسمة، لأن حق الرد يجعل القسمة كالبيع الفاسد.

والعيب الكبير هو ما يزيد على نصف حصة المتقاسم، وهذا هو المعتمد في المذهب، أو لا يزيد عليها ولكنه وجه الصفقة.

ب- أن يكون العيب في أقل النصيب:

– الحالة الأولى: عدم فوات النصيب

فإذا كان العيب لا يزيد على النصف وليس هو وجه الصفقة – والمعتمد في المذهب أن العيب القليل هو ما كان أقل من الثلث – ففي هذه الحالة لا تنقض القسمة، وإنما ينقض مقدار ما به العيب فقط، فيرجع صاحب العيب على شريكه بنصف قيمة الصحيح المقابل للجزء المعيب، ويصير الشريك الذي لم يصبه العيب مشاركاً لصاحب العيب بنسبة ما أخذ منه من الصحيح.

فلو فرضنا العيب مثلاً الربع، فإن صاحب العيب يرجع على شريكه بقيمة نصف ربع ما بيده من السليم، ويرجع صاحب النصيب السليم على واحد العيب بنصف ربع المعيب.

– الحالة الثانية: فوات النصيب المعيب

إذا فات المعيب رجع في هذه الحالة صاحبه بنصف قيمة السليم، وتعتبر القيمة في يوم القسمة لا يوم القبض لصحة القسمة.

وهذه الحالات الأربع أشار إليها ابن رشد الحفيد بقوله: «وأما الرد بالعيب، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم⁽¹⁾ أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله، فإن وجدته في جل نصيبه فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت، فإن كان قد فات، رد الواحد للعيب نصيباً على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها، وإن كان العيب في أقل من ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائماً بالعيب»⁽²⁾.

ونقل المواق⁽³⁾ عن ابن يونس⁽⁴⁾ أنه قال: «بلغني عن بعض فقهاءنا القرويين أن الذي يتحصل في وجود العيب والاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً بيد صاحبه ولا ينقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم»⁽⁵⁾.

وقد نص ابن القاسم على حالتي العيب الكثير والعيب القليل، فجاء في المدونة: «إذا اقتسم شريكان دوراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضاً فوجد أحدهم ببعض ما أخذ عيباً، فإن كان الذي وجد فيه العيب هو وجه ما أخذ في نصيبه وكثرته رد ذلك كله، ورجع على حقه، وردت القسمة، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس... فإن فاتت في يد هذا وأصاب هذا الآخر عيباً فإنه يردها ويأخذ من الذي فاتت الدور في يده نصف قيمة الدور يوم القبض، وتكون

(1) هو الإمام المشهور، يكنى بأبي عبد الله، روى عن مالك والليث، وغيرهم، وروى عنه أصبغ، وسحنون ويحيى بن يحيى الأندلسي، قال مالك: «ابن القاسم فقيه»، ت 191هـ، الديباج المذهب، ص 239 وما بعدها، وترتيب المدارك، ج 1، ص 250 وما بعدها.

(2) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج 2، ص 270.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الغرناطي الشهير بالمواق، فقيه مالكي، كان عالم غرناطة، وإمامها وصالحها في وقته، صاحب كتاب: «التاج والإكليل لمختصر خليل»، ت 897هـ، كفاية المحتاج، ص 443.

(4) هو أبو بكر محمد بن عبد الله ابن يونس، التميمي، الصقلي، ألف كتاباً في الفرائض، وكتاباً جامعاً للمدونة أضاف إليه غيرها من الأمهات، قال المواق: «وكان يقال له مصحف المذهب»، ت 451هـ، الديباج المذهب، ص 369، وشجرة النور، ص 111.

(5) محمد المواق، التاج والإكليل، ج 5، ص 349.

هذه الدور التي ردها صاحب العيب بينهما... إن كان الذي أصاب العيب يسيراً رد ذلك الذي أصاب به العيب بحصته من الثمن، ويلزمه ما بقي ويرجع على صاحبه بالذي يصيبه من قيمة ما بقي في يده»⁽¹⁾.

وقد سئل عليش عن رجلين اشتركا في مال مدة من السنين وصارا يقلبان فيه، ثم اقتسماه على قدر ما لكل منهما فيه، ثم اطلع أحدهما على عيب فيما خصه، ولم يعلم به قبلها فهو خفي ثبت بقول أهل المعرفة، فأجاب: «... إن كان العيب في أكثر نصيبه خير بين التماسك ولا شيء له، ورد القسمة، فإن كان النصيبان قائمين رجع مشتركين بينهما كما كان قبلها، وإن فات أحد النصيبين بنحو صدقة أو تحبيس أو بناء أو هدم رد آخذه قيمة نصفه والقائم بينهما، وإن فاتا تقاصاً، وإن كان العيب في ربع نصيبه فأقل اشتركا في المعيب بحسب ما لكل، ورجع واجد العيب بعوض الجزء الذي رجع من المعيب لصاحب الصحيح من قيمة الصحيح، وإن وجد العيب فيما بين الربع والأكثر كالثلث والنصف، تماسك به مجاناً أو رد نصف المعيب إن كان الشركة بالنصف وأخذ نصيبه من ذات الصحيح»⁽²⁾.

ويلاحظ أن عليش من خلال فتواه جعل ضابط العيب الكثير فوق النصف والعيب القليل الذي لا ينقض القسمة هو ما كان دون النصف، وهذا رأي لا يتماشى مع الرأي القائل بأن ضابط العيب القليل والكثير هو الثلث المعتمد في كثير من أبواب الفقه كالغبن.

2- أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب:

للعيب تأثير في القسمة لأنه يخل بمبدئها وهو المساواة بين المتقاسمين، ويؤثر في رضا المتقاسمين، وقد نص المالكية على ثبوت خيار الرد بالعيب في القسمة مطلقاً سواء كانت القسمة قضائية أو رضائية، وذلك لأن القسمة وقعت جائزة لا عادلة بطروء العيب على حصة المتقاسم، وهذا ما أقره الخطاب في قوله: «... ثم يقتسمان المعيب، كان قسمة قرعة أو تراض»⁽³⁾.

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص348-349.

(2) محمد عليش، فتح العلي المالك، ج2، ص213.

(3) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص348.

فالقسمة لا بد أن تقوم على مبدأ العدالة بين المتقاسمين سواء كانت رضائية أو قضائية.

ولكن ذهب بعض فقهاء المالكية بأن خيار الرد بالعيب لا يثبت في قسمة التراضي وإنما يثبت في قسمة القرعة، وبهذا قال ابن الماجشون⁽¹⁾ وذلك بقوله: «وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة، ولا يفسخ التي بالتراضي»⁽²⁾.

وعلل ذلك بأن قسمة القرعة هي تمييز حق، فإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ برد العيب، وأما التي بالتراضي فهي بيع⁽³⁾.

وقد سبق الكلام أن قسمة التراضي تفسخ بالغبن إلحاقاً لها بالبيع، والبيع يثبت فيه خيار الرد بالعيب كما هو معلوم ومنصوص عليه في الفقه المالكي، فتقاس قسمة التراضي على البيع فيثبت فيها خيار الرد بالعيب.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من خيار العيب في القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري لخيار العيب في القسمة بنص، مع أنه تعرض لضمان العيوب الخفية في البيع والإيجار، إلا أننا نجد بعض فقهاء القانون تكلم عن مسألة وقوع العيب في نصيب المتقاسم فقال: «فإنه إذا كان الشيء معيباً ووقع في نصيب المتقاسم، فلا يكون له أن يرجع بالضمان لأنه لا محالة من وقوعه في نصيب أحد الشركاء، ومع ذلك فإذا اكتشف المتقاسم العيب فيما آل إليه من نصيب، فإن هذا يدل على غبن لحقه، وبالتالي تطبق أحكام الغبن إذا توافقت شروطه طبقاً لما يقضي به القانون في شأن القسمة»⁽⁴⁾.

فالفقه القانوني يلحق أحكام العيب بأحكام الغبن، فيقصرها على القسمة الاتفاقية بمقدار الخمس.

(1) هو ابن الماجشون عبد الملك بن عبد العزيز ابن عبد الملك بن سلمة، ويكنى بأبي مروان، كان فقيهاً فصيحا، دارت عليه الفتوى في أيامه إلى موته، ت212هـ، ترتيب المدارك، ج1، ص207.

(2) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص271.

(3) ينظر: المرجع نفسه.

(4) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص237.

المقارنة:

يتضح مما سبق مدى ثراء الفقه المالكي بالأحكام العديدة والمتفرعة لأحكام العيب في القسمة، بينما نجد قانون المدني الجزائري لم يتعرض لذلك لا من قريب ولا من بعيد، ولكن بتطبيق نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على: «... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...».

فالأجدر بالمرجع الجزائري أن يستفيد من الأحكام والتفصيلات التي وضعها فقهاء المالكية في أحكام العيب في القسمة، فحري به أن ينص على هاته الأحكام وذلك لكثرة المنازعات والخصومات الواقعة بين المتقاسمين بسبب طروء العيب على القسمة.

المطلب الثاني: طروء الاستحقاق على القسمة

من المعلوم أن من شروط صحة القسمة أن يكون المقسام مملوكاً للمقسام لهم وقت القسمة، إلا أن هذا الشرط قد يختلف لطرء الاستحقاق.

وبناءً على هذا إذا استحق نصيباً من المقسام فهل تنقض القسمة مطلقاً، أم أنها تنقض في القدر المستحق فقط؟ وهل يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض إذا طرأ على القسمة استحقاق؟

وسنبين هذا في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك في فرعين:

الفرع الأول: أحكام الاستحقاق في الفقه المالكي

قبل التطرق لأحكام الاستحقاق في القسمة لابد أن نقف على حقيقة الاستحقاق وحكمه وشروطه وموانعه.

أولاً: ماهية الاستحقاق

1- تعريف الاستحقاق لغة واصطلاحاً:

- الاستحقاق لغة: «مصدر من استحق، يستحق استحقاقاً، فهو استفعال من الحق، واستحق فلان الأمر استوجه»⁽¹⁾.

- واصطلاحاً: عرفه الدردير بقوله: «رفع ملك الشيء بثبوت ملك قبله أو حرية»⁽²⁾.

وعرفه الخطاب بقوله: «هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعى بعد ثبوت السبب والشروط وانتقاء الموانع»⁽³⁾.

وعرفه ابن عرفة بقوله: «رفع ملك شيء بثبوت الملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض»⁽⁴⁾.

وعرفه بعض المحدثين فقال: «الاستحقاق معناه استرجاع الحق بدون عوض ممن وضع يده عليه تعدياً، أو بشبهة ملك»⁽⁵⁾.

ويظهر بأن التعريفات السابقة متفقة في معنى الاستحقاق بأنه استرجاع الملك والحق بدون عوض ممن وضع يده عليه تعدياً أو بشبهة.

2- حكم الاستحقاق:

قال الدردير: «وحكمه الوجوب إن توفرت أسبابه»⁽⁶⁾.

(1) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص55.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

(3) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص295.

(4) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص470.

(5) عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص80.

(6) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

3- سبب الاستحقاق:

قال الخطاب: «وأما سببه فهو قيام البنية على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي، لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن»⁽¹⁾.

4- شروط الاستحقاق:

لا يحكم بالاستحقاق الا بالشروط الآتية⁽²⁾:

- ثبوت الملكية للمستحق بشهادة الشهود على عين الشيء بثبوت ملكيته لمستحقه.

- الإعذار إلى واضع اليد وإنذاره إن كانت له حجة يدفع بها.

- يمين الاستبراء بأ يخلف المستحق بأنه ما باع هذا الشيء الذي شهد له به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه حتى الآن.

5- موانع الاستحقاق:

قال الدردير: «ويمنعه عدم قيام المدعي بلا عذر مدة أمد الحيازة، أو اشتراؤه من حائزه من غير بينة يشهدها سراً قبل الشراء بأي انما قصدت شرائه ظاهراً خوفاً أن يفيتته علي بوجه لو ادعيتته به عليه»⁽³⁾.

فيمنع من الحكم بالاستحقاق قيام المستحق بما يدل على أنه ليس صاحب حق كأن يسكت عن حقه فلا يطالب به أو يفعل فعلا يدل على ذلك كأن يشتري حقه من حائزه.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص295.

(2) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص296، وعبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص80.

(3) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

ثانياً: أحكام الاستحقاق في القسمة

إذ أجريت القسمة وحاز كل واحد نصيبه، ثم استحق جزء من ذلك المشاع فإن الحكم يكون كما يلي:

انطلاقاً من قول خليل: «وإن استحق نصف، أو ثلث خير، لا ربع، وفسخت في الأكثر»⁽¹⁾.

وقول ابن عاصم في تحفته⁽²⁾:

والرد للقسمة حيث يستحق من حصة غير يسير مستحق

فقرر فقهاء المالكية أحكام الاستحقاق في القسمة كالاتي⁽³⁾:

1- إن استحق جزء شائع من ذلك المال المقسوم، كما لو كان عقاراً مشتركاً بين اثنين اقتسماه مناصفة وحاز كل شريك نصفه ثم استحق شخص آخر نصف ذلك العقار، فإن الشريكين معاً يتحملان نتيجة الاستحقاق، مما يعني أن هذا المستحق يصبح شريكاً لكل واحد من هذين المتقاسمين بنصف ما بيده، ويمكنه أن يطلب نقض القسمة التي أجريت في غيبته، لأنها أدت إلى تفريق حقه بينهما. وتعاد القسمة حينئذ ليأخذ هذا المستحق نصفه، ويأخذ كل واحد من الشريكين النصف الباقي.

2- إذا استحق نصيب أحد المتقاسمين بتمامه فإنه يرجع على باقي شركائه بنسبة نصيبه، بحيث يعتبر كأنهم لم يكونوا يملكون إلا ما بقي لهم، فلو أن ثلاثة أشخاص اقتسموا عقاراً مشاعاً

(1) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

(2) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص54.

(3) ينظر: علي التسولي، البهجة، ج2، ص197-198، و محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش البهجة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)، ج2، ص197-198، و محمد الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص182-183، و محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص794، و محمد بن معجوز، الحقوق العينية، ص155-156، و عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص205.

بينهم، ثم استحق الجزء الذي خرج لأحدهم، فإنه يرجع على شريكه ليصبحوا شركاء في الثلثين الباقيين بيدهما بنسبة الثلث لكل واحد منهم، وتعاد قسمة هذين الثلثين ليأخذ كل واحد من الشركاء الثلاثة نصيبه.

3- إذا استحق جزء من النصيب الذي خرج لأحد المتقاسمين، فإن الحكم يكون كما يلي:

- أولاً: إذا كان الشريك الآخر قد تصرف فيما خرج له بيع أو بناء أو هدم، فإن هذا الذي استحق جزء من نصيبه يلزم ذلك الشريك بأن يؤدي له نصيبه في قيمة ما استحق من يده.

- ثانياً: إذا كان نصيب كل شريك ما يزال تحت يده، ولم يحدث فيه أي تغيير، فإن الحكم يختلف بحسب ما يلي:

أ- إن كان الجزء المستحق يبلغ ذلك النصيب أو يتجاوزه، فإن القسمة تنقض وجوباً، وتعاد من جديد كي يتحمل كل شريك ذلك النقص، ولكي يأخذ كل واحد منهم ما يساوي نصيبه مما بقي بعد الاستحقاق.

ب- أما إذا كان الجزء المستحق أقل من نصف النصيب، فإن الشريك الذي استحق من نصيبه ذلك الجزء يكون بالخيار بين أن ينقض تلك القسمة ليقسم الباقي بين الشركاء بنسبة ما يملكه كل واحد منهم، وبين أن يتمسك بتلك القسمة، فيبقى مالكا للجزء الذي بقي تحت يده، ويطلب بقية شركائه بأن يدفعوا له نصيبهم من قيمة ذلك الجزء المستحق من يده.

وبين ابن رشد الحفيد حكم الاستحقاق عند ابن القاسم بقوله: «وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب، إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يده، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يده، وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء»⁽¹⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص271.

ونقل ابن رشد الجدل الخلاف في مسألة طروء الاستحقاق على أحد الأنصاء في قسمة القرعة على ثلاثة أقوال⁽¹⁾:

- **القول الأول:** إذا كان الاستحقاق قليلاً أو كثيراً فإن القسمة تنقض سواء كانت الأنصاء قائمة أو فائتة، وهو قول ابن الماجشون.

- **القول الثاني:** القسمة لا تنقض إلا أن يستحق الجل من النصيب أو ما فيه الضرر، ويرجع المستحق منه على أشراكه على حكم البيع في القيام والفوات، كان الفوات باستهلاك أو استنفاق أو أمر من السماء فالحكم في ذلك سواء، وهو مذهب ابن القاسم.

- **القول الثالث:** القسمة لا يضمن بها في الاستحقاق بأمر سماوي، وهو مذهب أشهب⁽²⁾ وسحنون⁽³⁾.

ومن خلال التتبع والاستقراء لأقوال الفقهاء في مسألة نقض القسمة بالاستحقاق نجد أنهم لا يفرقون بين القسمة القضائية (القرعة) والقسمة الاتفاقية، فالأحكام التي سبق ذكرها تنطبق على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية لأن من شروط صحة القسمة أن يكون المقسوم مملوكاً ملكاً تاماً للمقسوم لهم، ولأنه إذا طرأ على القسمة استحقاق تبين أن القسمة وقعت على مقسوم لا يملكه المتقاسمون فلم تقع على عدل ومساواة.

(1) ينظر: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص110-111.

(2) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، تفقه بمالك، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي

عصر بعد وفاة ابن القاسم، ت204هـ، الديباج المذهب ص162، شجرة النور، ص59.

(3) هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني، وسحنون لقب له لحدته في المسائل، كان ثقة

حافظاً للعلم، فقيها زاهداً، ت240هـ، الديباج المذهب ص291، شجرة النور، ص69.

الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الجزائري

أولاً: ماهية الاستحقاق

1- تعريف الاستحقاق:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الاستحقاق إلا أن فقهاء القانون عرفوه، فعرفه أحدهم بقوله: «يقصد بالاستحقاق نزع المال المقسوم كله أو بعضه من يد المتقاسم بحكم قضائي»⁽¹⁾.

وعرفه آخر بقوله: «هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي»⁽²⁾.

وهذا التعريف وإن كان في استحقاق المبيع، إلا أنه يشمل المال المقسوم لشبه القسمة بالبيع.

2- أنواع الاستحقاق:

ينقسم الاستحقاق إلى نوعين⁽³⁾:

أ- الاستحقاق الكلي: وهو الذي يقع على جميع المال الشائع محل القسمة، وذلك بأن يحصل الغير على حكم بملكية هذا المال.

ب- الاستحقاق الجزئي: وهو الذي يقع على جزء من المال الشائع يؤدي إلى نزع ذلك الجزء سواء وقع على حصة أحد المتقاسمين أو على جزء شائع من إحدى الحصص.

(1) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، ص184.

(2) أنور سلطان، شرح العقود المسماة- البيع والمقايضة-، ط2، 1952م، (دار نشر الثقافة، دب)، ص298.

(3) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، ص184.

ثانياً: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

لما كان هدف المتقاسم من القسمة هو الحصول على نصيبه والتمتع بكافة سلطات المالك عليه، وانتفاعه به انتفاعاً مستمراً، فإنه إذا طرأ على هذا المتقاسم تعرض واستحقاق كان على جميع المتقاسمين أن يضمنوا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه التعرض والاستحقاق.

وقد نصت المادة 731 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي:

«يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان على جميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلا خطأ المتقاسم نفسه»⁽¹⁾.

يتضح من نص المادة أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض واستحقاق في المال المفروز الذي وقع في نصيبهم نتيجة الاستحقاق، ويتحقق التعرض إذا ادعى أجنبي ملكيته العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو إذا ادعى حقاً عينياً آخر عليه، ويتحقق الاستحقاق إذا حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه⁽²⁾.

(1) تقابلها المادة 844 من القانون المدني المصري.

(2) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 241.

1- أساس الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:

الأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يترتب على عقد البيع بوصفه عقداً ناقلاً للملكية⁽¹⁾، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله له، إلا أن المشرع رتب هذا الضمان على القسمة بالرغم من أنها تصرف كاشف ولا يعتبر المتقاسمون خلفاء لبعضهم، ومن ثم تسري أحكام ضمان التعرض الواردة بشأن البيع على عقد القسمة، على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين، فإذا حدث تعرض واستحقاق لأحد الشركاء في ذلك، فإنه يؤدي إلى اختلال المساواة والعدالة بين المتقاسمين لذا وجب الضمان⁽²⁾.

2- الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان:

بمقتضى نص المادة 731 فإنه يشترط لقيام الضمان توافر أربعة شروط:

- الشرط الأول: وقوع تعرض أو استحقاق من الغير

يجب أن يقع تعرض أو استحقاق من الغير والمقصود هو التعرض القانوني وليس المادي، فالمتقاسم كالبائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، ويتمثل التعرض القانوني في ادعاء حق على النصيب الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، كأن يدعي عليها حقاً عينياً كحق انتفاع أو حقاً شخصياً كالإيجار أو يدعي ملكيته لهذا النصيب أو بعضه، ويجب أن يكون التعرض صادراً من الغير لا من أحد المتقاسمين⁽³⁾.

(1) جعل المشرع الجزائري ضمان التعرض الشخصي وضمان تعرض الغير في نص واحد هو المادة 371 التي تنص: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه».

(2) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2003م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)، ص160، ورمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دط، 2002م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان) ص564.

(3) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص162.

- **الشرط الثاني:** أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً عن القسمة

وذلك سنداً لصريح الفقرة الأولى من **المادة 731**، ومعنى ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، فإذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة فلا يلزم المتقاسمون الآخرون بشيء⁽¹⁾.

- **الشرط الثالث:** يجب ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه

وذلك وفقاً لصريح العبارة الأخيرة من الفقرة الأخيرة من **المادة 731**، ومعنى ذلك أنه ليس للمتقاسم أن يرجع بالضمان على المتقاسمين الآخرين إذا كان استحقاق المال راجعاً إلى خطئه، فيجب عليه أن يتحمل وحده نتيجة خطئه فلا يسأل عنها إلا نفسه⁽²⁾.

- **الشرط الرابع:** عدم وجود شرط يعفي من الضمان

وذلك سنداً لنص الفقرة الثانية من **المادة 731**، ومعناه أن يكون شرط الإعفاء صريحاً، فلا يكفي الشرط الضمني، كما يجوز في البيع، وأن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين⁽³⁾.

3- الآثار التي تترتب على تحقق الضمان:

إذا حدث التعرض للشريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي الشركاء، ويجب أن يدخلهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض ليقوموا بواجبهم في الدفاع عنه، فإذا نجح الغير في دعواه وحكم له بحقه، فإن المتقاسمين يلتزمون بالضمان وتعويض المتقاسم عن نصيبه ويتحمل جميع المتقاسمين التعويض كل بنسبة حصته بما في ذلك المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، أما إذا كان في

(1) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص243.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص976.

(3) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص242-243.

المتقاسمين معسر وزّع القدر الذي يلزمه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، والعبرة في تقدير قيمة الشيء تكون بقيمته وقت القسمة، لا وقت الطلب أو وقت الاستحقاق⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية فرقوا بين صور الاستحقاق الطارئة على القسمة، وأعطوا لكل صورة ما يلائمها من الأحكام حرصاً منهم على تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، بينما نجد المشرع الجزائري لم يفرق بين صور الاستحقاق وإنما جعلها في صورة ضمان لاحق لضمان التعرض كنتيجة لأثر القسمة، فمن استحق نصيبه فإنه لا يملك حق الفسخ ولا نقض القسمة، وإنما عليه أن يرجع على سائر المتقاسمين بالتعويض، وذلك لأن المشرع حرص على استقرار القسمة، فعمم الحكم على جميع صور الاستحقاق مما يعد إفراطاً في محاولة تصحيح واستقرار القسمة، لأن هذا قد يؤدي إلى الجور والظلم في القسمة، فكان الأجدد بالمشرع الجزائري أن يفرق بين حالات الاستحقاق تأسياً بالفقه المالكي.

(1) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص 164.

المبحث الثالث: طروء وارث أو موصى له أو دين على

القسمة

إذا اقتسم الشركاء المال المشاع، وحاز كل واحد نصيبه مفرزاً، ثم ظهر وطراً بعد القسمة وارث جديد أو موصى له، أو ظهر دين على الميت، فهذه ثلاث حالات، تتناولها في هذا المبحث وفق ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: طروء وارث على القسمة
- المطلب الثاني: طروء موصى له على القسمة
- المطلب الثالث: طروء دين على القسمة

المطلب الأول: طروء وارث على القسمة

قد تقتسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل منهم حصته ونصيبه، ثم يظهر بعد ذلك وارث جديد للميت، فهل تنقص القسمة في هذه الحالة؟ أم تستمر القسمة ويرجع الوارث على كل وارث بما ينوبه؟

وهذا ما سنبينه في الفقه المالكي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: طروء وارث على القسمة في الفقه المالكي

قبل أن نتناول أحكام طروء وارث على القسمة لا بد أن نقف على تعريف وبيان بعض مفاهيم المتعلقة بالإرث كعلم الميراث وأركانه وشروطه وموانعه.

أولاً: مفهوم الإرث:**1- تعريف الإرث:**

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «ورث أباه، وورث الشيء من أبيه يرثه بكسر الراء فيهما، ورثا، وورثة، ووراثه بكسر الواو في الثلاثة، وإرثا بكسر الهمزة، وأورثه أبوه الشيء، وورثه إياه، وورث فلان فلانا توريثنا أدخله في ماله على ورثته»⁽¹⁾.

وقال صاحب القاموس المحيط: «ورث أباه، وورث منه بكسر الراء يرثه كيعدده، وورثا، ووراثه، وإرثا، وورثة بكسر الكل»⁽²⁾.

- اصطلاحاً: عرفه ابن عرفة علم الفرائض بقوله: «علم الفرائض لقباً للفقهاء المتعلق بالإرث، وعلم ما يوصل بمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة»⁽³⁾.

وعرفه آخر بقوله: «علم يعرف به من يرث، ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث»⁽⁴⁾.

وعرفت التركة بأنها: «حق يقبل التجزء ثبت لمستحق بعد موت من كان له قرابة أو في معناه كالنكاح والولاء»⁽⁵⁾.

2- أركان الميراث⁽⁶⁾:

- الموروث: وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث تركته منه.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص382.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص177.

(3) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص687.

(4) عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص237.

(5) علي التسولي، البهجة، ج2، ص553.

(6) ينظر: محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، ج2، ص554، وجمعة محمد محمد براج، أحكام الموارث، دط، 1981م، (دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن)، ص23 وما بعدها.

- الوارث: وهو الشخص الذي يستحق أن يكون خليفة عن الميت، بسبب من أسباب الميراث.

- الشيء الموروث: وهو تركة الميت.

3- أسباب التوارث⁽¹⁾:

وهي ثلاثة: رحم وولاء ونكاح.

4- شروط الإرث⁽²⁾:

- تقدم موت الموروث.
- تقرر حياة الوارث بعده ولولحظة.
- علم القرابة بينهما.

5- موانع الإرث⁽³⁾:

الأسباب المانعة من الميراث ثلاثة: الكفر، الرق، القتل العمد، وزاد بعضهم: الشك في السبق، وعدم الاستهلال، اللعان والزنا، ونظمها في قوله⁽⁴⁾.

ويمنع الإرث بوصف الرق	والقتل عمداً أو بشك السبق
أو عدم استهلال أولعان ⁽⁵⁾	كذا الزنا، تخالف الأديان

(1) أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، وضع حواشيه: زكريا عميرات، ط1، 1999م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص172.

(2) ينظر: عثمان المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج2، ص236.

(3) ينظر: أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب، التفرغ، دراسة وتحقيق: حسين الدهماني، ط1، 1987م، (دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان)، ج2، ص339.

(4) محمد بشار، أسهل المسالك نظم ترغيب المرید السالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص201.

(5) اللعان: «حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم القاضي»، محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص301.

ثانياً: أحكام طرء وارث على القسمة

إذا اقتسم الورثة التركة ثم طراً عليهم وارث، فما الحكم؟

ذهب فقهاء المالكية إلى أنه إذا طراً وارث على الورثة بعد اقتسامهم التركة، فإنه يجب التفريق بين نوعي المال المقسوم:

أ- إذا كان المقسوم قيميا كالدار والحيوان ونحوهما مما تختلف قيمته، وتتفاوت الأغراض فيه، فإن القسمة تنقض، وتستأنف من جديد، وذلك للضرر الذي لحق الوارث إذ لو تتبع كل وارث بحصته فإن حقه سيتفرق⁽¹⁾.

ب- إذا كان المقسوم عينا كالذهب والفضة والنقود أو مثليا كالمكيات والموزونات والمعدودات، فإن القسمة لا تنقص ويرجع الوارث على باقي الورثة بما أخذه زائداً عن حقه، وإذا كان الورثة لا يعلمون فلا يؤخذ غني عن معدم ولا حاضر عن غائب أما إذا علموا بهذا الوارث الجديد واقتسموا التركة فإنه يؤخذ الغني عن المعدم والحاضر عن الغائب لأنهم متعدون⁽²⁾.

ومن خلال تتبع واستقراء كلام الفقهاء نجد أنهم يطلقون لفظ القسمة ولا يفرقون بين كونها قضائية أورضائية ومفاد هذا أن أحكام طرء الوارث على القسمة تشملهما، وذلك لأن مبدأ القسمة هو المساواة والعدالة بين المتقاسمين، وغياب أو تغييب وارث عن القسمة يدل على وقوع جور وظلم فيها.

(1) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص351، وعلي التسولي، البهجة، ج2، ص201.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص596 وما بعدها، وأحمد الدرير، الشرح الكبير، ج3، ص596 وما بعدها.

الفرع الثاني: طرء وارث على القسمة في القانون الجزائري

أولاً: مفهوم علم الفرائض.

نصت المادة 774 من القانون المدني الجزائري على: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة».

فواضح من النص أن المشرع الجزائري أحال أحكام الميراث إلى قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة)⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف علم الفرائض بينما نص على:

- أسباب الإرث: وذلك في نص المادة 126 من قانون الأسرة «أسباب الإرث: القرابة والزوجية».

- شروط الإرث: نصت المادة 127 من قانون الأسرة على: «يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي»، فالمادة نصت على موت المورث حقيقة أو حكما.

ونصت المادة 128 من قانون الأسرة: «يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث»، فالمادة تنص على شرط تقرر حياة الوارث بعد الميت.

- موانع الإرث: نصت المادة 135 من قانون الأسرة: «يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

(1) القانون 84 - 11 مؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية».

فالمادة تنص على مانع الميراث وهو القتل سواء كان عمدا وعدوانا أو بشهادة الزور أو العلم بالقتل أو تدبيره.

ونصت المادة 138 من قانون الأسرة على: «يمنع من الإرث اللعان والردة»، فالمادة تنص على مانعي الإرث وهما اللعان والردة⁽¹⁾.

ثانيا: أحكام طروء وارث على القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري في القانون المدني لأحكام طروء وارث جديد على القسمة بنص قانوني، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد قرار المحكمة العليا ينص على: «من المقرر قانونا أن القسمة الودية إذا كانت تتجاهل بعض الورثة فهي باطلة»⁽²⁾.

وبالنظر إلى قرار المحكمة العليا نجد القضاء الجزائري يبطل القسمة الودية إذا كان فيها تجاهل لبعض الورثة.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أحال أحكام المواريث إلى قانون الأسرة المستمدة من الفقه الإسلامي، إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تعرضه لأحكام ظهور وارث جديد بعد القسمة، بالرغم من كثرة المنازعات والخصومات وعموم البلوى في ذلك، فالأجدر بالمشرع أن ينص على طروء وارث على القسمة عند معالجته لأحكام القسمة.

(1) الردة: «يراد بها خروج المسلم عن دينه، وإعلانه الكفر به وبتشريع»، نبيل صقر، قانون الأسرة- نسا وفقها وتطبيقا-، دط، دت، (دارالهدى، عين مليلة، الجزائر)، ص328.

(2) قرار رقم: 40651، مؤرخ في: 1986/02/24م، غير منشور، نقلا عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص79.

المطلب الثاني: طرء موصى له على القسمة

قد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل واحد منهم حصته، ثم يظهر أن الميت كان قد أوصى وصية لشخص معين قبل وفاته، فهل تنقض القسمة لكي يعطى للموصى له حقه ثم تقسم التركة بين الورثة؟ أم تستمر القسمة ويرجع الموصى له على كل وارث بما ينوبه؟ وهذا ما سنبينه في كل من الفقه المالكي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: طرء موصى له على القسمة في الفقه المالكي

قبل أن نتناول أحكام طرء موصى له بعد القسمة لابد أن نقف على مفهوم الوصية.

أولاً: مفهوم الوصية

1- تعريف الوصية:

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «أوصى له بشيء، وأوصى إليه جعله وصيه، والاسم: الوصاية بفتح الواو وكسرهما، وأوصاه ووصاه توصية بمعنى، والاسم الوصاة وتوصى القوم أوصى بعضهم بعضاً»⁽¹⁾.

وقال صاحب القاموس المحيط: «أوصاه ووصاه توصية، عهد إليه والاسم الوصاة والوصاية والوصية، وهو الموصى له بما أيضاً»⁽²⁾.

اصطلاحاً: عرفها صاحب بلغة السالك بقوله: «مشتقة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصى لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف»⁽³⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص387.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1343.

(3) أحمد الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص430.

ونقل الخطاب عن صاحب الشامل: «تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع»⁽¹⁾.
وعرفها ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده»⁽²⁾.
فالوصية «تبرع من الإنسان في حياته مضاف حكمه إلى ما بعد مماته، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة»⁽³⁾.

2- حكم الوصية وحكمتها:

قال الدردير: «الوصية مندوبة ولو لصحيح»⁽⁴⁾، وذلك لأن الموت يتزل فجاءة، ولما فيها من زيادة الزاد للميت⁽⁵⁾، فالوصية إذا كانت مندوبة فإن سببها «هو سبب التبرعات وحسن الذكر في الدنيا وحسن الثواب في الآخرة»⁽⁶⁾.

3- أركان الوصية: للوصية أربعة أركان⁽⁷⁾:

- الموصي: ويشترط فيه أن يكون حرا، مميزا، مالكا ملكا تاما.
- الموصى له: ويشترط فيه الإسلام والتكليف والعدل والقدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور عليه، ويتصور منه أن يملك فتصح الوصية للحمل الثابت.
- الموصى به: وهو كل ما يصح أن يملكه الموصى له فلا تصح بخمر.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص175.

(2) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص781.

(3) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص627.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دط، 1999م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص431.

(5) ينظر: المرجع نفسه.

(6) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، دط، 1999م، (منشأة المعارف، الإسكندرية،

مصر)، ص33.

(7) ينظر: علي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار إحياء الكتب

العربية، القاهرة، مصر)، ج2، ص205-206. وأبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، ج2، ص205-206.

- صيغة الوصية: وهي الإيجاب ولا يتعين له لفظ مخصوص، بل كل لفظ يفهم منه قصد الوصية مثل أعطوه أو جعلته له.

4- مبطلات الوصية: وتبطل الوصية بـ⁽¹⁾:

- الردة: وذلك بردة الموصي أو الموصى له.
- المعصية: إذا أوصى بمال لها أو بفعلها.
- الوارث: الوصية للوارث إلا أن يجيزه الورثة، وتعتبر عطية.
- الزيادة عن الثلث: إلا أن يجيزها الورثة فتعتبر عطية.
- رجوع الموصي: سواء وقع منه الإيصاء في صحته أو مرضه.

ثانياً: أحكام طرء موصى له على القسمة.

ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بين الوصية بجزء شائع كالثلث أو الربع وبين الوصية بعدد من الدينار والدرهم.

1- إذا كانت الوصية بعدد معين كألف أو عشرة آلاف فإن القسمة الواقعة على المال المقوم كدار، أو حيوان أو كان المال مثلياً كالمكيلات والموزونات، فإن القسمة تنتقض لأجلها، وهو المعتمد في المذهب⁽²⁾، وهذا يخالف ما ذهب إليه خليل من تقييد نقض القسمة بالمقوم في قوله «والمقسوم كدار»⁽³⁾.

وأما إذا دفع الورثة للموصى له الموصى به من الدينار أو نحوها فإنه في هذه الحالة تمضي القسمة ولا تنقض، لأن الموصى له قد استوفى حقه، إذ لا حق للموصى له في عين التركة بل حقه متعلق بماليتها.

(1) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، ج2، ص 433، وأحمد الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص433.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص795.

(3) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

وإذا أتلف بعضهم حقه أو أعسر أو مات أو غاب فإن للموصى له أن يأخذ الغني عن المعدم، والحاضر عن الغائب، والحي عن الميت وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث، فإذا هلك المال أو تلف ولو بأفة سماوية فإن جميع الورثة يتحملون ذلك الهلاك، ويضمنون ما أخذوه بحيث يؤدي المוסر منهم عن المعسر والحاضر عن الغائب والميت⁽¹⁾.

وقصر صاحب التحفة النقض في المثلي مع الفوات لا إن كان قائماً إذ لا فائدة له⁽²⁾.

2- إذا كانت الوصية بجزء شائع كثلث أو ربع فلتنظر إلى المقسوم فإن كان قيميا كالعقار والعروض، فإن القسمة تنقض لتفاوت الأغراض ودفعاً لما يدخل على الموصى له من الضرر في تبعيض حقه، فيعطى الموصى له حقه ثم يقسم الباقي بين الورثة.

أما إذا كان المقسوم مثلياً كالنقود والمكيلات والموزونات فإن القسمة لا تنقض ويكفي أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائداً عن حقه، وإلى هذا أشار خليل بقوله: «وإن طراً... أو موصى له على مثله، أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلا بحصته»⁽³⁾، ولا يأخذ الغني عن المعدم ولا الحاضر عن الغائب سواء علم الورثة بالطارئ أو لم يعلموا، فإذا دفع الورثة حق الموصى له فإن القسمة تمضي ولا تنقض فإن امتنعوا أو امتنع بعضهم نقضت القسمة لأن الوصية مقدمة على الميراث⁽⁴⁾.

وهذه الأحكام نص عليها الفقهاء سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، وذلك لأن مبدأ القسمة العدالة والمساواة، وطروء الموصى له على القسمة دليل على وقوع الجور والظلم فيها الواقع على حصة الموصى له.

(1) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص351، ومحمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص795-796،

وأحمد الدردير، الشرح الكبير، ج5، ص795-796.

(2) علي التسولي، البهجة، ج2، ص201.

(3) خليل، مختصر خليل، ص235.

(4) ينظر: علي التسولي، البهجة، ج2، ص202، ومحمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن العاصم، ج2، ص202، ومحمد

الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص797-798، وأحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص797، والخطاب، مواهب

الجليل، ج5، ص352.

الفرع الثاني: طرء موصى له على القسمة في القانون الجزائري

أولاً: مفهوم الوصية في القانون الجزائري

1- تعريف الوصية: نصت المادة 775 من القانون المدني الجزائري على: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها».

فواضح من النص أن المشرع الجزائري أحال أحكام الوصية إلى قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة).

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري يعرف الوصية في المادة 184 بقوله: «الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع».

وعرفه بعض فقهاء القانون بقوله: «الوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضافاً إلى ما بعد الموت يتم دون مقابل، أي أنها من أعمال التبرع»⁽¹⁾.

2- شروط الموصي والموصى له: قد نصت المادة 186 من قانون الأسرة على شروط الموصي: «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل».

ونصت المادة 187 من قانون الأسرة على شرط الموصى له: «تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس»

3- مبطلات الوصية:

أ- القتل عمداً: ونصت على ذلك المادة 180 من قانون الأسرة: «لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً».

(1) محمد حسنين، عقد البيع، ص 26.

ب- موت الموصي له قبل الموصي أورد الوصية: ونصت على ذلك المادة 201 من قانون الأسرة: «تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها».

ج- الزيادة على الثلث: نصت المادة 185 من قانون الأسرة على: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة».

د- الوصية لوارث: نصت المادة 188 من قانون الأسرة على: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

هـ- رجوع الموصي: نصت المادة 192 من قانون الأسرة على: «يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها».

ثانياً: أحكام طروء موصى له على القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري في القانون المدني لأحكام طروء الموصى له على القسمة، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وقرارات المحكمة العليا نجد قرار المحكمة العليا ينص على: «من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة.

ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية، فإن قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك استناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها، ولا يمكن أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث لأن ذلك يعد خرقاً واضحاً للقانون ولأحكام الشريعة الإسلامية مما يعرض قضاءهم للإبطال»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري ألزم القضاة بالنظر في دعوى الوصية قبل أن تقسم التركة، والمحكمة العليا قررت إبطال قضائهم وبالتالي بطلان القسمة الواقع عليها موصى له (وصية).

(1) ملف رقم: 116375، قرار بتاريخ 1995/05/2م، م ق 96/1، ص 108، نقلاً عن: دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواثيق، دط، 2003م، (دار هومة، بوزريعة الجزائر)، ص 142.

المقارنة

يتضح مما سبق أن تعريف المشرع الجزائري للوصية يتفق مع تعريف الفقهاء، فالوصية عند الجميع تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.

أما بالنسبة لأحكام الوصية من شروط وأركان ومبطلات نجد أن المشرع الجزائري استمد أحكامها من الفقه الإسلامي، بينما نجد المشرع الجزائري لم ينص على أحكام طرود الوصى له على القسمة مع أنه نص على طرود الغبن وضمان الاستحقاق والتعرض، فكان حريا به أن ينص على ذلك وهو يتناول أحكام القسمة لكثرة وقوع النزاعات والخصومات بسبب طرود الوصية على القسمة، ولا يترك ذلك للقضاء.

المطلب الثالث: طرود دين على القسمة

إذا اقتسم الورثة التركة وحاز كل وارث نصيبه، ثم ظهر دائن للميت، فهل تنقض القسمة؟ أم تمضي القسمة ويرجع الدائن على الورثة كلا بحسب حصته ونصيبه في الدين؟. هذا ما سنبينه في كل من الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري في فرعين.

الفرع الأول: طرود دين على القسمة في الفقه المالكي

يجدر بنا أولا أن نعرف الدين، ثم نتناول أحكام طرود دين على القسمة.

أولا: تعريف الدين

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «الدين واحد الديون، وقد دانه: أقرضه، فهو مدين ومديون، ودان هو: أي استقرض، فهو دائن، أي له دين، وباهما باع»⁽¹⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص127.

وقال صاحب القاموس المحيط: «الدين: ما له أجل، كالدنية بالكسر، وما لا أجل له فقرض... ورجل مديان: يقرض كثيرا، ويستقرض كثيرا»⁽¹⁾.

- اصطلاحا: جاء في شرح الحدود: «الدين هو أعم، يقابل ما كان معينا، وكونه في الذمة⁽²⁾ أخص»⁽³⁾.

وجاء في السراج السالك: «وكان دينا عليه في ذمته»⁽⁴⁾.

من خلال ما تقدم يتبين أن الدين عبارة عن ما ثبت في الذمة، ومقابل المعين.

ثانيا: أحكام طرء دين على القسمة في الفقه المالكي

نقل صاحب المعيار الخلاف في مسألة طرء دين على القسمة هل تنقض أم لا؟ قولان:

فجاء في المعيار: «قسمة التركة بين الورثة قبل أداء الدين الذي على التركة فيها اختلاف في المذهب، فقد قيل: لا يجوز ذلك، ويفسخ إذا وقع بكل حال لقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁽⁵⁾، ومشهور المذهب جوازه أن يوقف للدين وفاءه، وإلا لم يجز، فينظر في هذه النازلة ويتزل على هذا الأصل، فإن لم يترك للدين وفاء فسخت القسمة، وأدى الدين ثم يقسم الباقي...»⁽⁶⁾.

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1198.

(2) الذمة: «الذات والنفس، وعند المالكية: معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام واللزوم»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص 138.

(3) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج 2، ص 410.

(4) عثمان المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 2، ص 149.

(5) سورة النساء، الآية 11.

(6) أحمد بن يحيى الوئشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، تح: جماعة بإشراف: محمد حاجي، دط، دت، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج 9، ص 488.

وسبب الاختلاف في انتقاض القسمة متعلق بالدين هل هو طارئ بعين التركة أو واجب بذمة الميت؟

فجاء في المقدمات الممهدة: والاختلاف في انتقاض القسمة مبني على اختلافهم في الدين الطارئ على الميت، هل هو متعين في عين التركة، أو واجب في ذمة الميت؟

فمن علل بأنه متعين في عين التركة نقض القسمة، ومن علل بأنه إنما يجب في ذمة الميت ولا يتعين في عين التركة لم ينقض القسمة⁽¹⁾.

وقد ذهب خليل ومن مشى مع قوله إلى التفريق بين كون المال المقسوم مقوماً أو عيناً ومثلياً⁽²⁾.

- إذا كان المال المقسوم مقوماً كدار أو حيوان فإن القسمة تنقض، ويأخذ الدائن حقه ثم يقسم الباقي.

- إذا كان المال المقسوم عيناً كالذهب والفضة، أو مثلياً كالمكيات والموزونات، فإن القسمة لا تنقض، وإنما يرجع الدائن الطارئ على باقي الورثة كلاً بحسب حصته.

وقد ذكر الدردير: «والمعتمد نقض القسمة مطلقاً ولو كان المقسوم عيناً، أو مثلياً، علموا أم لا»⁽³⁾.

واقترع الزرقاني النقض على علم الورثة، حيث قال: «والمعتمد نقض القسمة ولو كان المقسوم عيناً أو مثلياً حيث علموا، لأنهم متعدون في القسم»⁽⁴⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص103.

(2) ينظر: خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235، ومحمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص352.

(3) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص795.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص378.

وإن فات المال المقسوم باستهلاك الورثة فإنهم يضمنون الدين، ولا يضمنون ما تلف بأمر سماوي، وفي هذا يقول صاحب إحكام الأحكام: «أو ظهر دين على الميت بعد القسمة، نقضت مطلقاً كان المقسوم مقوماً أو مثلياً، ويضمن الورثة ما أتلّفوه ولا يضمنون ما تلف بأمر سماوي»⁽¹⁾.

وكل ما تقدم وتقرر من أحكام هو في حالة عدم دفع الورثة للدين، فإن دفع الورثة أو بعضهم أو أجنبي الدين فلا كلام للدين لأنه استوفى حقه، قال صاحب التحفة⁽²⁾:

إلا إذا ما الوارثون باءوا بحمل دين فلهم ما شاءوا

وبناء على ما سبق نخلص إلى أنه إذا طرأ على القسمة دين فإن المعتمد في المذهب أن القسمة تنقض سواء كان المقسوم مقوماً، أو عينا أو مثلياً، لأن الدين مقدم على الميراث، ما لم يدفع الورثة للدين حقه.

الفرع الثاني: طرء دين على القسمة في القانون الجزائري

نصت المادة 729 من القانون المدني الجزائري على: «للدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش»⁽³⁾.

(1) محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، ص 183.

(2) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص 55.

(3) تقابلها المادة: 842 من القانون المدني المصري.

والذي يتبن من نص المادة أن المشرع أعطى حقاً للدائنين للتدخل في القسمة لحماية مصالحهم، وذلك حتى يمنعوا تواطؤ الشركاء على الأضرار بحقوقهم.

وإذا طرأ الدين على الورثة فقد نصت **المادة 774** من القانون المدني على: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة».

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن **المادة 180** تنص على: «يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية...».

وهذا مفاده أن التركة لا تقسم على الورثة حتى تسدد جميع الديون التي على الميت، وإلا كانت القسمة باطلة.

المقارنة:

يتبين مما سبق أن المعتمد في الفقه المالكي نقض القسمة إذا طرأ دين على الورثة ما لم يدفعوا الدين لصاحبه، بينما نجد المشرع عالج مسألة تدخل الدائنين في القسمة لحماية مصالحهم، وهذا لم يتكلم عنه فقهاء المالكية حسب اطلاعي.

كما نص المشرع على أسبقية سداد ديون الميت قبل إجراء القسمة بين الورثة، مستمداً ذلك من الفقه الإسلامي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، وبعد معالجة إشكالية الموضوع، ومن مجموع ما ورد فيه من نتائج تبين جلياً أن فقهاء المالكية اعتنوا بطوارئ القسمة فبينوا أحكام كل طارئ، وذلك حرصاً منهم على تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، ورفع وإزالة الضرر الواقع عليهم، كم أنهم حرصوا على استقرار القسمة بتصحيحها وإمضائها في بعض الحالات بخلاف القانون المدني الجزائري فقد نص على طارئي الغبن والاستحقاق، ولم يتعرض لبقية الطوارئ.

وإن كانت هذه الخلاصة هي النتيجة العامة للبحث، إلا أن البحث قد خلص إلى النتائج الجزئية التالية:

- 1- القسمة هي تمييز حق في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.
- 2- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه المالكي في تقسيماته لأنواع القسمة.
- 3- القسمة في الفقه المالكي تشتمل على معنى الإفراز في قسمة القرعة، وعلى معنى المبادلة في قسمة المراضاة، فالقسمة لها معنى مزدوج، ويتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه المالكي في تكييف القسمة من حيث الواقع لا من حيث التطبيق، وعبر عن ذلك بأن للقسمة أثر مزدوج ناقل وكاشف عن النصيب.
- 4- القسمة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري لازمة لا يجوز لأحد نقضها ولا العدول عنها إلا بطوارئها.
- 5- تعتبر الصحة والنقض والبطلان والفساد من آثار طوارئ القسمة.
- 6- تنقض قسمة القرعة وقسمة المراضاة بعد تعديل وتقويم بالغبن لأن الغبن وقع في التعديل والتقويم، ولا تنقض في الراجح إذا كانت قسمة المراضاة بلا تعديل ولا

تقويم، ولكن ذهب بعض المالكية على اعتبار الغبن إذا جاوز حدا معيناً، لأن الغبن ضرر، والضرر يزال، بينما نص القانون المدني الجزائري على نقض القسمة الاتفاقية دون القضائية، ورأينا ضعف التبرير الفقهي القانوني بالنسبة لعدم نقض القسمة القضائية بسبب الغبن.

7- يثبت خيار العيب إذا وقع العيب في أكثر النصيب، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية، أما في العيب اليسير فيرجع بقيمة العيب عند المالكية، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يأخذ بخيار العيب، واكتفى الفقه القانوني بإلحاق العيب بالغبن.

8- إذا وقع الاستحقاق في أكثر النصيب فسخت القسمة، وإلا رجع المستحق منه على باقي المتقاسمين بقيمة المستحق كل بقدر حصته، بينما ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق لكونه أثراً من آثار القسمة، ولم يفرق بين صور الاستحقاق كما فعل الفقه المالكي.

9- إذا ظهر وارث على القسمة، فإن كان المقسوم قيمياً نقضت، وإن كان عيناً أو مثلياً لم تنقض ويرجع الوارث على باقي الورثة كل وارث بما أخذه زائداً عن حقه، بينما القضاء الجزائري يبطل القسمة إذا كان فيها تجاهلاً لبعض الورثة ولم ينص على ذلك المشرع بنص قانوني.

10- إذا ظهر موصى له على القسمة، فإن كانت الوصية بعدد والمقسوم مقوماً أو مثلياً نقضت، وإذا كانت بجزء شائع فإنها تنقض في المقوم لا في المثلي ما لم يدفع الورثة للموصى له حقه، بينما لم ينص المشرع الجزائري على ذلك.

11- إذا ظهر دين على الميت، فإن القسمة تنقض سواء كان المقسوم عيناً أو مثلياً أو مقوماً ما لم يدفع الورثة للدائن حقه، بينما المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة.

وفي الأخير أقدم بعض الاقتراحات والتوصيات:

1- تعديل نص المادة 732 من القانون المدني الجزائري لتشمل نقض القسمة القضائية إذا حصل فيها غبن.

2- أن ينص المشرع على باقي الطوارئ - خيار العيب، الوارث، الموصى له، الدين - ضمن تنظيمه لأحكام القسمة.

3- أدعو المهتمين بالفقه المالكي إلى تقنين أحكام القسمة، وإبرازها بأسلوب سهل وميسر.

وأخيرا أضع بحثي هذا بكل تواضع علمي بين يدي أساتذتي الكرام ليبينوا لي ما سهوت عنه، ويصححوا لي ما أخطأت فيه، وكل عمل بشري يعتريه النقص والخلل، والكمال لله سبحانه وتعالى.

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث النبوية
3. فهرس الأعلام
4. المواد القانونية
5. فهرس المراجع
6. فهرس المحتويات

1- فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة	رقمها	نص الآية
22	البقرة	188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾
18	النساء	08	﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾
122	النساء	11	﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ... ﴾
22 40	النساء	29	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾
86	النساء	29	﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾
86	المائدة	01	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
18	الأنفال	41	﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانِ ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾
55	النحل	92	﴿ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَفَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُم أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ ﴾

الصفحة	السورة	رقمها	نص الآية
55	الكهف	100	﴿ وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرْضًا ﴾
18	الشعراء	155	﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ هَآءَا شَرَبْ وَلَكُمْ شَرَبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾
19	القمر	28	﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرَبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾
67	التغابن	39	﴿...ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ...﴾

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	نص الحديث
19	إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها
19	أَيُّ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قَسَمْتَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامَ فَلَمْ تَقْسَمْ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ
77	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
19	ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما فتح حنيناً قسم الغنائم
61	غبن المسترسل حرام
86	لَا تَصْرَوْا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ فَيْئَتِهِ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ
60	لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعَا النَّاسَ فِي غَفْلَاتِهِمْ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ
87	ليس منّا من غشّ
87	من غشّنا فليس منّا

3- فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
103.....	أشهب
37.....	ابن جزري
59.....	ابن الحاجب
116 ،100 ،99 ،96 ،59 ،43 ،29.....	الخطاب
123 ،118 ،117 ،101 ،93 ،85 ،71 ،60 ،50 ،44 ،43 ،42 ،34 ،30 ،29 ،28 ،17.....	خليل
123 ،116 ،100 ،99 ،85 ،78 ،43 ،30 ،28 ،27 ،15.....	الدردير
103 ،60 ،49 ،29.....	ابن رشد الجد
102 ،95 ،49.....	ابن رشد الحفيد
123 ،46 ،44.....	الزرقاني
71.....	ابن أبي زيد القيرواني
103.....	سحنون
73 ،52 ،45.....	السنهوري
51.....	الطاهر بن عاشور
101 ،72 ،65 ،60 ،42 ،37،36.....	ابن عاصم
42.....	ابن عبد البر
87 ،72 ،69 ،67 ،62 ،61.....	ابن العربي
116 ،110 ،99 ،70 ،61 ،30 ،28 ،27 ،26 ،15 ،14.....	ابن عرفة

الصفحة	اسم العلم
96 ، 65 ، 46	عليش
42 ، 29	عياض
103 ، 102 ، 95	ابن القاسم
49 ، 24	القراقي
72 ، 69 ، 67 ، 62 ، 60	ابن القصار
103 ، 97	ابن الماحشون
43 ، 42 ، 36	مالك
95	المواق
59	ميارة
86	النوي
95	ابن يونس

4- فهرس المواد القانونية

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
98	مدي	01	...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية
62	مدي	1/90	إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر
63	مدي	90	...وتبين أن المتعاقد المغيون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا
63	مدي	91	يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود
53	مدي	97	إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا
53	مدي	102	إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا
53	مدي	105	إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال
47	مدي	106	العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون
81	مدي	1/358	إذا بيع عقار بغير يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل
67 79	مدي	2/732	يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
81	مدي	2/732	...وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقض من حصته
89	مدي	379	...أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع
91	مدي	1/382	تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول
92	مدي	385	لا ضمان للعب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمراد
08	مدي	713	إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك
25	مدي	1/722	لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع
25 32 39	مدي	723	يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها
32	مدي	724	إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة
25	مدي	725	يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية
25	مدي	727	تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
124	مديني	729	لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش
44	مديني	730	يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى
105	مديني	731	يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان على جميع المتقاسمين غير المعسرين. غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلا خطأ المتقاسم نفسه
50 67 73	مديني	732	يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
32	مدي	1/733	يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مقرر يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات
45	مدي	735	تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة
113 125	مدي	774	تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة
119	مدي	775	يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها
113	أسرة	126	أسباب الإرث: القرابة والزوجية
113	أسرة	127	يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي
113	أسرة	128	يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث
113	أسرة	135	يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم: 1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا. 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. 3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
114	أسرة	138	يمنع من الإرث اللعان والردة
119	أسرة	180	لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا
125	أسرة	180	يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع. 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى. 3- الوصية...
119	أسرة	184	الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع
120	أسرة	185	تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة
119	أسرة	186	يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل
119	أسرة	187	تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس
120	أسرة	188	لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي
120	أسرة	192	يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها
120	أسرة	201	تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها

5- فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

- علوم القرآن:

- (01) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن ط1، دت، (مكتبة دار المصحف، دب)
 (02) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تح: علي البجاوي، دط، 1974م،
 (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (03) أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دط، دت، (دار الكتاب
 العربي، دب)

- الحديث الشريف وعلومه:

- (04) أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دط،
 دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (05) أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الصغرى، تح: خليل مأمون شيخا، ط1، 2000م،
 (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (06) أبو بكر محمد علي بن العربي، عارضة الأحوذى شرح الترمذي، دط، دت، (دار الكتاب
 العربي، بيروت، لبنان).
 (07) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، علق عليه: أحمد سعد علي، ط2، 1983م،
 (مطبعة مصطفى البابي، دب)
 (08) أبو زكريا يحيى بن شرف محي الدين النووي، شرح صحيح مسلم، دط، 1981م، (دار
 الفكر، بيروت، لبنان)
 (09) أبو عمر بن يوسف بن عبد البر النمري، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، علق
 عليه ووضع حواشيه: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، ط1، 2000م، (دار
 الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
 (10) إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر على ألسنة
 الناس، تح: محمد هندواوي، ط1، 2000م، (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان)

- 11) مالك بن أنس، الموطأ بهامش المنتقى، ط3، 1993م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)
- 12) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دط، دت، (دار الجيل، بيروت، لبنان)
- 13) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دط، دت، (دار الكتاب المصري، بيروت، لبنان).
- 14) نور الدين بن علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ط3، 1982م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)

- اللغة والمعاجم:

- 15) أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم المقاييس في اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دط، 1979م (دار الفكر، دب)
- 16) أحمد الفيومي، المصباح المنير، دط، 1990م، (مكتبة لبنان، لبنان)
- 17) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)
- 18) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، 1982م، (دار الفكر، دمشق، سوريا)
- 19) الشريف الجرجاني، التعريفات، اعتنى به محمد مصطفى أبو يعقوب، ط01، 2006م، (مؤسسة الحسين، الدار البيضاء، المغرب)
- 20) محمد الرازي، مختار الصحاح، دط، دت، (دار الحديث، القاهرة، مصر)
- 21) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط7، 2003م، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان)

- التراجم:

- 22) إبراهيم بن نور الدين المعروف بابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح: مأمون الجنان، ط1، 1996م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 23) أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقرب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ضبطه: محمد سالم هاشم، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)

- 24) أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تح: عبد الفتاح محمد الحلو، ومحمود محمد الطناحي، ط2، 1992م (دار هجر، الجيزة، مصر)
- 25) أحمد بابا التمبكتي، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، ط1، 2002م، (دار ابن حزم، بيروت، لبنان)
- 26) محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دط، دت، (دار الفكر، دب)

- الفقه وأصوله:

- 27) إبراهيم عبد الحميد، القسمة، الموضوع 12، ط تمهيدية، دت، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت)
- 28) أبو الحامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 29) أبو الحسن علي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار الفكر، دب)
- 30) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)
- 31) أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب، التفریع، دراسة وتحقيق: حسين الدهماني، ط1، 1987م، (دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان)
- 32) أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الضناوي، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 33) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، ط4، 1984م، (دار الكتاب العربي، بيروت لبنان)
- 34) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء، ط1، 2002م، (دار ابن حزم بيروت، لبنان)
- 35) أبو بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1982، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)
- 36) أبو بكر بن محمد بن عاصم، متن العاصمية، دط، دت، (دد، دب)

- 37) أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 38) أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، وضع حواشيه: زكريا عميرات، ط1، 1999م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 39) أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، دط، دت، (دار الهدى، عين مليلة، الجزائر)
- 40) أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دط، 1999م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 41) أحمد الدردير، الشرح الصغير، دط، دت، (مؤسسة العمر، الجزائر)
- 42) أحمد الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 43) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 44) أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، تح: محمد بوخبزة، ط1، 1994م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- 45) أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 46) أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، تح: جماعة بإشراف: محمد حاجي، دط، دت، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- 47) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، 1999م، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر)
- 48) أحمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط01، 1998م، (دار القلم، دمشق، سوريا)
- 49) جمعة محمد محمد براج، أحكام الموارث، دط، 1981م، (دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن)
- 50) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ط الأخيرة، 1981م، (دار الفكر، دب)
- 51) شهاب الدين القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، تح: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، ط1، 2001م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)

- 52) عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ط1، 2002م، (مؤسسة الريان، بيروت، لبنان)
- 53) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 54) عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 55) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، 1996م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)
- 56) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دط، 1990م، (دار النهضة العربية، بيروت، لبنان)
- 57) علي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر)
- 58) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 59) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ضبط: محمد محمد تامر، دط، دت، (مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر)
- 60) محمد ابن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط2، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 61) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دط، 1997م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)
- 62) محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش البهجة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)
- 63) محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، 1972م، (دار الفكر، دب)
- 64) محمد الخرشي، حاشية الخرشي، تخ: زكريا عميرات، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 65) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الاجفان والظاهر المعموري، ط1، 1999م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)

- (66) محمد الضويبي، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دط، 2001م،
(دار المعارف، الإسكندرية، مصر)
- (67) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، دت، (المؤسسة الوطنية للكتاب،
الجزائر)
- (68) محمد المواق، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، ط2، 1987م، (دار الفكر، دب)
- (69) محمد بشار، أسهل المسالك نظم ترغيب المرید السالك، دط، 2000م، (دار الفكر،
بيروت، لبنان)
- (70) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تح: سعيد أعراب، ط1، 1983م،
(دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- (71) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط10، 1988م، (دار
الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (72) محمد بن الحسن البناي، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني بهامش شرح الزرقاني، ط1،
2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (73) محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط02، 1999م،
(مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب)
- (74) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 1998م، (دار الفكر،
بيروت، لبنان)
- (75) محمد عليش، تسهيل منح الجليل، دط، دت، (مكتبة النجاح، ليبيا)
- (76) محمد عليش، فتح العلي المالك، دط، دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
- (77) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، دط، 1999م، (منشأة
المعارف، الإسكندرية، مصر)
- (78) محمد محدة، مختصر علم الأصول الفقه الإسلامي، دط، دت، (دار الشهاب، باتنة، الجزائر)
- (79) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، دط، دت، (دار الفكر، دب)
- (80) محمد ولد لحبيب الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، ط1، 1995م، (دار المنيرة،
جدة، السعودية)
- (81) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، 1999م،
(دار القلم، دمشق، سوريا)

- 82) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 83) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ط2، 2002م، (دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا)
- القانون:**
- 84) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2004م، (منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر)
- 85) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2001م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 86) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، دط، 1988م، (الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر)
- 87) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (الدار الجامعية، دب)
- 88) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، دط، 1995م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر)
- 89) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)
- 90) حمدي باشا عمر، وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)
- 91) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 92) دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموازيث، دط، 2003م، (دار هومة، بوزريعة الجزائر)
- 93) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دط، 2002م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 94) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، ط2، 1995م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر)
- 95) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دط، دت، (دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان)
- 96) عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (دار النهضة، بيروت، لبنان)
- 97) علي حسن الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ط1، 2002م، (دار وائل للنشر، عمان، الأردن)

- 98) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي، ط1، 2001م، (مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة، الجزائر)
- 99) فايز السيد للمساوي وأشرف فايز للمساوي، قسمة المال الشائع و دعاوى الفرز والتجنيب، ط1، 2004م، (المركز القومي للإصدارات القانونية، دب)
- 100) محمد حسن قاسم، القانون المدني- العقود المسماة-، دط، 2000م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 101) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 102) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2003م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)
- 103) محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، دط، 1983م، (المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية الجزائر)
- 104) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دط، دت، (دار هومة، بوزريعة، الجزائر)
- 105) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د، ط، د، ت (دار هومه، الجزائر)
- 106) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ط8، 2002م، (دار محمود للنشر والتوزيع، دب)
- 107) نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دط، 2002م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)
- 108) نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)
- 109) نبيل صقر، قانون الأسرة- نصا وفقها وتطبيقا-، دط، دت، (دارالهدى، عين مليلة، الجزائر)
- 110) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دط، 1993م، (دد، عمان، الأردن)

- التقنين:

- 111) الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

112) القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

113) القانون المدني المصري رقم 131، لسنة 1948م، الصادر في 9 رمضان سنة 1367هـ، الموافق لـ: 16 يوليو 1948هـ، والمعمول به من أكتوبر سنة 1949م.

6- فهرس المحتويات

إهداء	أ
شكر وتقدير	أ
المقدمة	1
مدخل	1
تعريف الشيوع:	1
مصادر الشيوع:	1
أسباب انقضاء الشيوع	1
الفصل الأول: ماهية القسمة	1
المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها	1
المطلب الأول: تعريف القسمة	1
الفرع الأول: تعريف القسمة في الفقه المالكي لغة واصطلاحاً	1
الفرع الثاني: تعريف القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: مشروعية القسمة	1
الفرع الأول: مشروعية القسمة في الفقه الإسلامي	1
الفرع الثاني: التنظيم القانوني للقسمة	1
المطلب الثالث: حكمة القسمة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	1
المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها	1
المطلب الأول: أركان القسمة:	1
الفرع الأول: أركان القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: أركان القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: أنواع القسمة	1
الفرع الأول: أنواع القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: أنواع القسمة في القانون المدني الجزائري	1
المطلب الثالث: كيفية القسمة	1
الفرع الأول: كيفية القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: كيفية القسمة في القانون الجزائري:	1
المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها	1

المطلب الأول: طبيعة القسمة	1
الفرع الأول: طبيعة القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طبيعة القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: صفة القسمة	1
الفرع الأول: في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: في القانون الجزائري	1
المطلب الثالث: مفهوم طوارئ القسمة	1
الفرع الأول: تعريف الطوارئ	1
الفرع الثاني: علاقة الطوارئ بالفساد والبطلان والصحة	1
الفرع الثالث: علاقة الطوارئ بالنواقض والعوارض	1
الفصل الثاني: أحكام طوارئ القسمة	1
المبحث الأول: طرود الغبن على القسمة	1
المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن	1
الفرع الأول: خيار الغبن	1
الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن	1
المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة	1
الفرع الأول: أحكام الغبن	1
الفرع الثاني: دعوى الغبن في القسمة	1
المبحث الثاني: طرود العيب أو الاستحقاق على القسمة	1
المطلب الأول: طرود العيب على القسمة	1
الفرع الأول: خيار العيب	1
الفرع الثاني: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب	1
المطلب الثاني: طرود الاستحقاق على القسمة	1
الفرع الأول: أحكام الاستحقاق في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الجزائري	1
المبحث الثالث: طرود وارث أو موصى له أو دين على القسمة	1
المطلب الأول: طرود وارث على القسمة	1
الفرع الأول: طرود وارث على القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طرود وارث على القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: طرود موصى له على القسمة	1
الفرع الأول: طرود موصى له على القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طرود موصى له على القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثالث: طرود دين على القسمة	1
الفرع الأول: طرود دين على القسمة في الفقه المالكي	1

- الفرع الثاني: طرء دین علی القسمة فی القانون الجزائري 1
- الخاتمة 1
- الفهارس 1
- 1- فهرس الآيات القرآنية 1
- 2- فهرس الأحاديث النبوية 1
- 3- فهرس الأعلام 1
- 4- فهرس المواد القانونية 1
- 5- فهرس المصادر والمراجع 1
- 6- فهرس المحتويات 1



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية

جامعة أدرار

- قسم الشريعة -

طوارئ القسمة

بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الدكتور :

مبروك المصري

إعداد الطالب :

عبد الحميد ويسبي

أعضاء اللجنة:

الرئيس :

المشرف :

المناقش :

المناقش :

المناقش :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ
بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا
تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

سورة النساء، الآية 29

إهداء

إلى روح والدي الكريم الذي سهر على تربيتي وتعليمي . . .

إلى أُمِّي الحنون، التي غمرتني بعطفها ، ورعتني بدعائها

إلى شيخِي الذين أناروا لي طريق العلم:

- الحاج محمد الحسن بن مداحي

- الحاج محمد المكي بالكبير

إلى خالي العزيز عبد القادر بوخبزة

إلى إخواني وأخواتي

إلى كل من التمس طريقاً يتغي فيه علما

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع . . .

شكر وتقدير

أشكر الله العلي العظيم شكراً يليق بقدره؛ أن هياً لي الظروف لطلب العلم، وأثني عليه الثناء كله؛ أن وفقني لإعداد هذا البحث، ثم إنه من تمام شكر الله أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى:

- الدكتور مبروك المصري الذي أشرف على إعداد هذه المذكرة، ولم يدر جهداً في مدي بالنصائح والمراجع، سواء في مكتبه، أو في بيته، والذي تكرم علي بوقته الثمين رغم أعباء المسؤوليات الملقاة على عاتقه.

- أساتذتي الأجلاء: الدكتور محمد دباغ، والدكتور يحيى عز الدين، والدكتور محمد سنيبي، والدكتور محمد اسطنبولي، والدكتور محمد شوشان، والدكتور محمد ميلود سيرير، والدكتور بومدين محمد، والأستاذ محمد بلعروس، والدكتور صالح حمليل، والأستاذ يحيى وناس، والأستاذ خالد ملاوي.

- كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إعداد هذه المذكرة، وأخص بالذكر: حمدون الشيخ، محمد تلمساني، سعيد طاري، سعيد بوقرور، الحسين فرطاس، جالطي بوزيان، برقام عبد القادر، عيسى نويصر، عبد العزيز بلحضر، بقدار عبد الحميد، محمد بن يمينه، قيش فاتح، مرين محمد، الحاج أحمد، بلخير طاهري، النذير أوسالم، محمد مجروني، بغداد دهليس، جمال الماحي، وسعيد عمراوي، بوربيق علي، نور الدين مولاي، عكاشة راجع.

- موظفي المكتبات: بجامعة أدرار، ومعهد الحضارة الإسلامية بوهران، والمركز الإسلامي بوهران، وكلية أصول الدين بالخروية، ومكتبة مسجد عمرو بن العاص بأدرار.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد فالإسلام دين الله الخالد، وشريعته الباقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فشريعته صالحة لكل زمان ومكان.

ولما كانت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية بتقنين فقهاء تتطلب دراسة الفقه الإسلامي وإبراز ما فيه من حلول لمشاكل وقضايا الناس، رأيت من الخير أن أحوض بحر الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة مع قلة البضاعة العلمية تماشياً مع تخصصي العلمي.

للمال أهمية وحظوة عظيمة في نفوس الناس، ومن أجله يسعى الناس ويكدون، ومن أجله يتقاربون أو يتخالفون.

والأصل أن يمتلك الإنسان المال على سبيل الانفراد والحرية لا يشاركه فيه أحد، إلا أنه قد يكتسب المال عن طريق الشيوخ، فلا يعرف كل شخص حدود ملكه، ولا حد الانتفاع به، مما يؤدي في غالب الأحيان إلى التنازع والتشاحن والخصام بين الشركاء خاصة بين الأقارب والأسر، لأن أهم سبب للملكية الشائعة يتمثل في الميراث.

فالملكوية الشائعة لها مساوئ اجتماعية ككثرة النزاعات والخصومات بين أفراد الأسر، وبين أفراد المجتمع، ومساوئ اقتصادية لأن الملكوية المفترزة أكثر إنتاجاً من الملكوية الشائعة، فلذا يكون كل شريك حريص على إنهاء الشيوخ وإزالته للتخلص من هذا الحال الطارئ، وأهم سبب لإنهاء وإزالة الشيوخ هو قسمة هذا المال الشائع.

فجاء كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بتشريخ أحكام ونصوص تعالج وتنظم كيفية قسمة المال الشائع لإنهاء ورفع مضار المال الشائع عن الشركاء على أساس العدالة والمساواة

بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف وينتفي بطروء طارئ على القسمة، فتصير القسمة مجافية لروح العدالة والمساواة بين المتقاسمين، فتؤدي إلى التزاعات والخصومات مرة ثانية.

وسيقصر هذا البحث على دراسة طوارئ القسمة كسبب موجب لإعادة النظر فيها من نقض أو تصحيح أو إمضاء بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، وذلك لأسباب وأهداف تتمثل فيما يلي:

1- الرغبة الشخصية في تصحيح النظرة الخاطئة في عدم صلاحية الفقه الإسلامي لحل قضايا ومشاكل الناس.

2- رغبتي في دراسة طوارئ القسمة دراسة مقارنة، وقد تولدت لدي هذه الرغبة بعدما بدأت المذكرة التدريبية بعنوان: «نقض القسمة للغبن بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري»، حيث تبين لي حينها ضرورة تناول الطوارئ المتبقية ببحث مستقل.

3- المساهمة في تقديم الحلول لمشاكل ومنازعات المتقاسمين بسبب هذه الطوارئ التي تطرأ على القسمة.

4- محاولة بيان ثراء وخصوبة ومرونة الفقه المالكي باعتباره فقه المقاصد والمصالح حيث أنه فقه تطبيق وواقع سارت عليه الدولة الإسلامية في المغرب، والأندلس، وغيرها.

5- محاولة بيان مدى تأثير القانون المدني الجزائري بالفقه المالكي، ذلك أن المشرع الجزائري استمد غالب نصوصه من القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي، وكلا القانونين استمدا غالب نصوصهما من الفقه الإسلامي، وبالخصوص الفقه المالكي.

6- بيان أحكام طوارئ القسمة التي تناولها فقهاء المالكية بأسلوب سهل وميسر.

- 7- توضيح موقف الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من الخصومات والتراعات الناشئة بسبب طوارئ القسمة.
- 8- كون الموضوع يرتبط بفقه المعاملات، وهو جانب مهم في حياة الناس، خاصة أن المسلمين قد عمت البلوى بجهلهم لأحكام طوارئ القسمة.
- 9- محاولة مني إضافة لبنة علمية في صرح الدراسات المقارنة.
- 10- اهتمامي بالفقه المالكي مدارس، وببحثا وتحقيقا.

كما أن للموضوع أهمية لا سيما في عصرنا الذي كثرت فيه التراعات والخصومات، وذلك أن القسمة تعالج وتنتهي مضار ومشاكل الملكية الشائعة، فتقضي على الخصومات والتراعات بين المشتاعين، إلا أن هذه القسمة إذا لم تقم على أساس العدالة والمساواة بين المتقاسمين لطوء طارئ عليها ستعيد نفس المشاكل والتراعات بين الأفراد، فلا مناص من إعادة النظر في القسمة من نقضها أو إمضائها لرفع الضرر عن المتقاسمين، فالموضوع يعالج مشكلة تكثرت في الحياة العملية.

ومن خلال ما تقدم ترسم الإشكالية التالية:

إن كلا من الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري اتفقا على أن القسمة تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين وكلاهما حريص على استقرار القسمة ودوامها، لكنهما اختلفا في تحديد طوارئ القسمة، واختلفا كذلك في بعض أحكام الطوارئ، فما مدى تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين بين الفقهاء المالكي والقانوني؟، وما مدى حرصهما على استقرار القسمة؟.

وهذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات تتمثل في:

- ماهي أنواع القسمة؟

- ما طبيعة وصفة القسمة؟

- ما مفهوم طوارئها؟

- ما هي أحكام طرود الغبن على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود العيب على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الاستحقاق على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الوارث على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الموصى له على القسمة ؟
 - ما هي أحكام طرود الدين على القسمة ؟
- وأثناء بحثي في الموضوع صادفتني صعوبات أعاقت إخراج هذا البحث على أحسن وجه،
وأهم هذه الصعوبات:

- 1- قلة المراجع بالنسبة لشراح القانون المدني الجزائري، فقلما تجد من تكلم عن طوارئ القسمة بالشرح والتفصيل إلا بالتر القليل.
- 2- صعوبة البحث في القانون المدني لتشعب مسائله، وتفرع أحكامه، وعدم وجود مذكرة إيضاحية تفسر نصوص القانون المدني الجزائري، وهذا بخلاف القانون المدني المصري.

وكانت خطوتي الأولى في هذه المذكرة هي البحث عن الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع، وبعد البحث فيما أتيت لي من مصادر لم أجد من تطرق لموضوع طوارئ القسمة كموضوع مستقل، وبالخصوص إذا كان مقارنا بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، إلى أن وجدت رسالة دكتوراه بعنوان: «أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري» لمحمد الضويبي تناول فيها طوارئ القسمة كمبحث من مباحث رسالته، لكنه لم يذكر كل الطوارئ وإنما اقتصر على بعضها، ولم يبين رأي فقهاء المالكية بتوسع وتدليل لآرائهم، بينما في الفقه المالكي كان الموضوع مبنوثا في كلامهم عن أحكام القسمة.

ونظرا لطبيعة وخصائص الموضوع، اعتمدت المنهج التحليلي المقارن في معالجة الموضوع حيث عرضت موقف المذهب المالكي وموقف القانون المدني الجزائري وكيف تعاملوا مع المسألة المراد دراستها، ثم أقارن بين الموقفين.

وكان عملي في البحث كالآتي:

- 1- اعتمدت في الفقه المالكي على مختصر خليل وشراحه، وفي الجانب العملي القضائي على نظم التحفة وشراحها، وذلك لأن فقهاء المالكية المتأخرين عكفوا على مختصر خليل، وصارت الفتوى والقضاء وفقا لأقواله، ولأن فيه بيان الراجح من المرجوح في المذهب، وقد أشير إلى الخلاف المذهبي مبينا الراجح وفقا لقواعد الترجيح.
- 2- اعتمدت في الفقه القانوني على فقهاء القانون المصري، وذلك لأن كل مواد القانون المدني الجزائري في أحكام القسمة مطابقة لنصوص القانون المدني المصري.
- 3- سرت في هذا البحث على تقديم موقف المذهب المالكي ثم أتبعه بموقف القانون المدني الجزائري وأقارن مبينا أوجه الوفاق والاختلاف محاولا الترجيح.
- 4- كما اعتمدت على قانون الأسرة في مسألة طرود الوارث والموصى له على القسمة لأن القانون المدني أحال أحكام الوصية والميراث إلى قانون الأسرة.
- 5- اقتصرت على دراسة وبحت حكم طرود الدين على التركة فقط.
- 6- قمت بترقيم الآيات القرآنية وعزوها إلى سورها.
- 7- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، مع بيان درجتها من الكتب المعتمدة ما لم تكن في الصحيحين.
- 8- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في البحث ما عدا المعاصرين.
- 9- قمت بمقابلة مواد القانون المدني الجزائري مع مواد القانون المدني المصري إما في المتن أو في الهامش.

- 10- إذا أطلقت لفظ القانون الوضعي أقصد به القانون المدني الجزائري.
- 11- ذكر كل معلومات المرجع عند أول ذكر له إلا عند تخريج الأحاديث وترجمة الأعلام لعدم إثقال الهامش.
- 12- عند الإشارة إلى بيانات المراجع في الهامش استعملت الرموز التالية .
- د ط : عدم وجود الطبعة.
 - د ب : عدم وجود البلد.
 - د ت : عدم وجود التاريخ.
 - د د : عدم وجود دار النشر.
 - تح : إشارة إلى التحقيق.
 - تخ : إشارة إلى تخريج.

وكانت خطة البحث كالاتي:

المقدمة

مدخل

الفصل الأول: ماهية القسمة

المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها

المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها

المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها

الفصل الثاني: أحكام طوائر القسمة

المبحث الأول: طروء الغيب على القسمة

المبحث الثاني: طروء العيب أو الاستحقاق على القسمة

المبحث الثالث: طروء وارث أو موصى له أو دين على القسمة

الخاتمة

وأخيرا أرجو من الله - سبحانه وتعالى- أن أكون قد وفقت في بحثي، فما كان فيه صواب فمن توفيق الله، وما كان فيه من نقص وزلل وخطأ فمن نفسي والشيطان والله ورسوله بريئان منه.

مدخل

قبل البدء بتعريف القسمة ينبغي التعرض لمحلها، والمتمثل في الملك المشاع، فالقسمة لا ترد ولا تقع إلاّ على الملك المشاع، فما هو الملك المشاع؟ وما هي مصادره؟ وما هي أسباب انقضاء الشيوع؟

تعريف الشيوع:

نتناول التعريف اللغوي للشيوع، ثم تعريفه في اصطلاح الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

1- لغة:

يقال: «شاع الخبر يشيع شيوعاً، ذاع، وسهّم مشاع وشائع غير مقسوم، وأشاع الخبر أذاعه»⁽¹⁾.

وقال صاحب المصباح المنير: «وشاع اللبن في الماء إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل: سهّم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه»⁽²⁾.

فالمشاع نقصد به الشيء غير المقسوم.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، دط، دت، (دار الحديث، القاهرة، مصر)، ص 199.

(2) أحمد الفيومي، المصباح المنير، دط، 1990م، (مكتبة لبنان، لبنان)، ص 126.

2- اصطلاحاً:

أ- في الفقه الإسلامي:

عرفت المادة 139 من مجلة الأحكام العدلية الحصة الشائعة بأنها: «السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء الملك المشترك»⁽¹⁾.

وعُرف الملك المشاع بأنه: «الملك المتعلق بجزء غير مُعَيَّن من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً»⁽²⁾.

وبأكثر تفصيل عُرِّف الملكية الشائعة بأنها: «ما تعلقت بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة، كسدس، وثلث، ونصف، سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً»⁽³⁾.

ويتضح من التعاريف السابقة، أن الملكية الشائعة هي أن يمتلك شخص جزءاً من الملك المشترك، غير المخصوص لأحد من الشركاء، وتعلق جميع حصص ملكياتهم بذلك الملك المشترك.

ب- في القانون الوضعي:

عرفت المادة 713 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾ الملكية الشائعة بأنها: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك»⁽⁵⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان) ج01، ص103.

(2) أحمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط01، 1998م، (دار القلم، دمشق، سوريا)، ج01، ص252.

(3) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دط، 1990م، (دار النهضة العربية، بيروت، لبنان)، ص157.

(4) الأمر رقم 75-85 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(5) ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 825.

ويتضح من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على ملك معين بالذات يملكه أكثر من واحد، وتتناول الملكية الشائعة الملك الشائع كله غير المنقسم، فيكون حق كل شريك على حصة شائعة في هذا الملك، فمحل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة⁽¹⁾.

وعرفت بأهما: « هي التي يمتلك فيها الشركاء حصصاً غير مفرزة كالورثة في الشيوع قبل القسمة»⁽²⁾.

وعرفها أحد فقهاء القانون بقوله: «هي الحالة القانونية التي يكون فيها اثنان أو أكثر قد تملكوا مالاً منقولاً أو غير منقول، بسبب من أسباب التملك بحيث يكون لكل شريك حصة أو نصيب محدد ولكن غير مفرز تعادل نصيبه في هذا المال دون أن تذكر في جانب معين من هذا المال المملوك، كالربع، أو الثلث، أو الخمس»⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق، يتبين أن الملكية الشائعة هي الحالة القانونية التي يمتلك فيها الشريك جزءاً من المال المشترك وتكون حصته شائعة في كل ذرة من ذرات هذا الملك.

- المقارنة:

من خلال تعريف المشرع الجزائري للملكية الشائعة، نجد أنه يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي للملك المشاع، فالملكية الشائعة هي الملك الجزئي غير المعين المتعلق بالشيء المملوك للشركاء.

(1) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دط، دت، (دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان)، ج08، ص796.

(2) حمدي باشا عمر، وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)، ص13.

(3) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دط، 1993م، (دد، عمان، الأردن)، ص87.

مصادر الشبوع:

كل سبب يؤدي إلى كسب ملكية مفرزة يصلح أن يكون سبباً لنشوء ملكية شائعة، وأسباب قيام الشبوع إما اختيارية، وإما قهرية⁽¹⁾:

1- الأسباب الاختيارية:

الأسباب الاختيارية هي التي يكون لإرادة الشركاء دخل في نشوء الشبوع، كأن يشتري شخصان مالاً على الشبوع، أو كأن يوصي أو يهب شخص مالاً لاثنتين أو أكثر على الشبوع.

2- الأسباب القهرية:

وأما الأسباب القهرية فهي الأسباب التي تؤدي إلى نشوء الشبوع دون دخل منهم، ولا تتوقف على رضاهم كأن يرث اثنان مالاً مشتركاً بينهما، أو يكون سبب الشركة الغنيمة⁽²⁾ أو الفيء⁽³⁾.

ويعتبر الميراث أهم سبب لقيام الشبوع في الحياة العملية.

والقانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أسباب نشوء الشبوع، فقد ينشأ الشبوع بسبب واقعة مادية كالميراث أو عمل قانوني كالعقد والوصية⁽⁴⁾.

(1) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص37.

(2) الغنيمة: اسم لما يؤخذ من مال الكفرة بقوة الغزاة، وقهر الكفر على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى، وحكمه أن يحمس، وسائرته للغانمين خاصة. الشريف الجرجاني، التعريفات، اعتنى به محمد مصطفى أبو يعقوب، ط01، 2006م، (مؤسسة الحسين، الدار البيضاء، المغرب)، ص144.

(3) الفيء: ما أورده الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالفهم في الدين بلا قتال، إما بالجلء، وإما بالمصالحة على جزية أو غيرها، والغنيمة أخص منها، والنفل أخص منها، المرجع نفسه، ص150.

(4) ينظر: نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص147.

أسباب انقضاء الشبوع.

ينتهي الشبوع بإحدى الطرق الثلاث التالية⁽¹⁾:

1. إذا هلك الشيء المشاع هلاكاً كلياً، كأن يكون سيارة فتحترق أو داراً فتتهدم.
2. أن تجتمع الحصص في ملك شخص واحد، سواء كان من الشركاء أو أجنبياً عنهم، كأن يبيع أو يهب الشركاء جميع حصصهم لواحد منهم.
3. أن تقع قسمة نهائية للمال المشترك، فيخرج كل شريك بمقتضى القسمة على جزء مفرز معين من ذلك المال المشترك.

والقسمة كما هو معلوم من الحياة العملية هي السبب الرئيس لانقضاء الشبوع، لذا نجد الفقه الإسلامي نظم وعالج أحكام القسمة، وتوسع في بيان أحكامها، كما نجد المشرع الجزائري قد نظم وعالج أحكام القسمة كسبب رئيس لانقضاء الشبوع، لأن الأصل في المالك أن يمتلك المال على سبيل الإنفراد والحرية.

(1) ينظر: محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط02، 1999م، (مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب)، ص133.

الفصل الأول: ماهية القسمة

الأصل أن يمتلك الإنسان المال منفرداً، إلا أن هناك حالات وأسباباً كالميراث تجعل الملكية مشتركة ومشاعة بين الأشخاص المالكين.

فيصير الملك مشاعاً بين مالكيه، وهذا ما يؤدي في غالب الأحيان إلى التزاعات والخصومات بين الشركاء، لأن كل واحد من الشركاء يريد الخروج من هذا الحال الطارئ العارض فيلجأ الشركاء إلى القسمة كطريق لانقضاء الشيوخ وإزالته، فما حقيقة القسمة وماهيتها؟

ولبيان ذلك لا بد أن نتناول القسمة بتعريفها وبيان مشروعيتها وحكمتها وذكر أركانها وعناصرها وأنواعها وكيفيةها، ثم بيان طبيعتها وصفتها ومفهوم طوارئها.

وسنقوم -إن شاء الله- ببيان هذه العناصر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، ثم نحاول إجراء المقارنة بين الفقهاء لإبراز أوجه الاتفاق والاختلاف.

لذا انقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: في تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها.
- المبحث الثاني: في أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها.
- المبحث الثالث: في طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوارئها.

المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها .

سنتناول في هذا المبحث تعريف القسمة ومشروعيتها والحكمة من مشروعيتها في كل من الفقه المالكي والقانون الجزائري، لذا اشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب .

- المطلب الأول: تعريف القسمة .
- المطلب الثاني: مشروعية القسمة .
- المطلب الثالث: حكمة القسمة .

المطلب الأول: تعريف القسمة.

للقسمة تعريف في اصطلاح فقهاء المالكية، وفقهاء القانون الوضعي.

الفرع الأول: تعريف القسمة في اللغة واصطلاح فقهاء المالكية.

نتناول بداية تعريف القسمة لغة ثم اصطلاحاً.

1- لغة:

جاء في مختار الصحاح: «الْقَسَمُ بالفتح مصدر قسم الشيء فانقسم وبابه ضرب، والموضع مقسم مثل مجلس، والقسم بالكسر، الحظ والنصيب»⁽¹⁾.

وجاء في المصباح المنير: «قسمته قسماً من باب ضرب، فرزته أجزاءً فانقسم، والموضع مقسم مثل مسجد، والفاعل قاسم، وقَسَّام مبالغة، والاسم القسم بالكسر، ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسمي والجمع أقسام، مثل حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم القسمة، وأطلقت على النصيب أيضاً»⁽²⁾.

فالقسمة لغة النصيب وإفراز الأجزاء يجعل أجزاء الملك المشترك متميزة.

2- اصطلاحاً:

يوجد في الفقه المالكي تعريف للقسمة عكف عليه فقهاء المالكية فبينوا محترزاته وتقييداته وهو تعريف ابن عرفة⁽³⁾، أورده في كتابه المشهور: الحدود.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص 291.

(2) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص 192.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة التونسي، المقرئ الفروع، الأصولي، المنطقي، صاحب كتاب «الحدود في التعريفات المنطقية»، ت 803هـ، الديباج، ص 419، شجرة النور، ص 227.

وحد التعريف هو: «القسمة تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض»⁽¹⁾.

وهذا يعني أن القسمة هي: أن يصير القاسم الشيء المقسوم المشاع المملوك لاثنين أو أكثر معيناً بعد أن كان مشاعاً ولو باختصاص التصرف مع بقاء الملك مشاعاً⁽²⁾.

وعرفها الدردير⁽³⁾ بقوله: «تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف»⁽⁴⁾.

فالقسمة تميز نصيب كل شريك من الشركاء كثروا أو قلوا في مشاع عقار أو غيره، وسواء كان التعيين المذكور باختصاص تصرف فيما عين مع بقاء الشركة في الذات كأن يختص بدابة من الدواب المشتركة أو بجهة من الدار المشتركة فهذا من القسمة الشرعية⁽⁵⁾.

ويظهر بأن التعريفين متقاربان، فقوله (تصيير) مرادف ومساو للفظ (التعيين) أي تمييز، إلا أن تعريف ابن عرفة اشتمل على بيان أنواع القسمة، وطريقتها بخلاف تعريف الدردير حيث اكتفى بذكر أنواعها.

لكن يؤخذ على هذين التعريفين التزيد في تصور المعرف، وذلك لأن التعريفات وضعت لبيان حقيقة وماهية الشيء، لا للتفصيلات وذكر الجزئيات، والتعريفان ذكر فيهما الأنواع وطريقة القسمة.

(1) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الاحفان والظاهر العموري، ط1، 1999م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج2، ص492.

(2) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، دط، دت، (دار الفكر، دب)، ج2، ص58.

(3) هو أحمد بن أحمد الدردير، فاضل من فقهاء المالكية، عُيِّن شيخاً على المالكية ومتفتياً لهم، حتى سمي بمالك الصغير، من كتبه: «أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك»، ت1201هـ، شجرة النور، ص359.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير، دط، دت، (مؤسسة العمر، الجزائر)، ج3، ص267.

(5) ينظر: المرجع نفسه، ج3، ص267.

وعرفها بعض الفقهاء بتعريف سهل وميسر فجاء في كفاية الطالب الرباني: «هي تمييز حق لينتفع كل من الشركاء بما تميز له»⁽¹⁾، وهي بهذا التعريف مقصورة على قسمة الرقاب دون المهايأة وهو المعنى المتبادر إذا أطلق لفظ القسمة.

ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف القسمة بأنها: تعيين نصيب كل شريك من الشركاء في المال الشائع بينهم.

الفرع الثاني: تعريف القسمة في القانون الجزائري.

لم يتعرض المشرع الجزائري في أي مادة من مواد القانون المدني لتعريف القسمة ومثله المشرع المصري، ولكن عاجلاً وتناوياً أحكامها كما سيأتي في المطلب الثاني، إلا أن فقهاء القانون تعرضوا لتعريفها.

فعرفها بعضهم بقوله: «قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع، يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال»⁽²⁾.

وعرفها البعض الآخر بقوله: «القسمة عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء»⁽³⁾.

وهناك من عرفها بأنها: «إعطاء كل شريك في الشيوع قدرًا يعادل نصيبه في المال الشائع»⁽⁴⁾.

(1) أبو الحسن علي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار الفكر، دب)، ج02، ص336.

(2) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ط8، 2002م، (دار محمود للنشر والتوزيع، دب)، ص10.

(3) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، ط2، 1995م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر)، ص223.

(4) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (الدار الجامعية، دب)، ص220.

فالقسمة وفق التعاريف السابقة، لا يقصد بها إلا القسمة النهائية فقط، وهو المعنى المراد من لفظ القسمة إذا أطلق، إلا أن هناك نوع من أنواع القسمة يقال له قسمة المهايأة - سيأتي الكلام عليها في أنواع القسمة - لم يدخل في التعاريف السابقة.

فيتضح من تعاريف فقهاء القانون أن تعاريفهم تتفق من حيث المعنى مع اختلافهم في الألفاظ، فكل منهم يقصد بأن القسمة تميز حق كل شريك في مشاع لينتفع به كيف ما شاء ووقت ما شاء، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية قد اعتنوا بتعريف القسمة فبينوا حدودها ومحترزاتها خاصة متأخري المالكية كشراح مختصر خليل⁽¹⁾ وشراح التحفة.

بينما نجد القانون المدنى الجزائري لم يتعرض لتعريف القسمة رغم تنظيمه لأحكامها، إلا أن فقهاء القانون تعرضوا لتعريفها فاتفقوا على معناها رغم اختلاف العبارات والألفاظ، فتعريفهم يتفق مع تعريف فقهاء المالكية، مع أن فقهاء القانون اقتصروا على القسمة النهائية فقط.

فالقسمة عند الجميع: تعيين للحصص الشائعة بإفرازها، وإعطاء كل شريك نصيبه ليستقل به ويتصرف فيه كيف ما شاء وقت ما شاء.

المطلب الثاني: مشروعية القسمة

نتناول في هذا المطلب مشروعية القسمة في الفقه الإسلامى، والتنظيم القانونى للقسمة.

(1) هو خليل بن إسحاق الجندى، أستاذ من أهل التحقيق، ثاقب الذهن، مشارك في فنون من العربية، والحديث، والفرائض، صاحب المختصر المشهور في الفقه، ت749هـ، الدياج المذهب ص186، شجرة النور، ص223.

الفرع الأول: مشروعية القسمة في الفقه الإسلامي.

القسمة مشروعة، ودليل مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1 - الكتاب:

ففي كثير من الآي منها: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (1).

فالله سبحانه وتعالى شرع لأولي القربى من غير الورثة، وكذا اليتامى والمساكين إذا حضروا قسمة التركة بين الورثة، أن يرزقوا منها فيجعل لهم المتقاسمون شيئاً منها، لأن الضمير في قوله تعالى (منه) يعود إلى المال المقسوم فدل ذلك على مشروعية القسمة وجوازها (2).

وقوله تعالى: ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ أَجْمَعِينَ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (3).

فالله سبحانه وتعالى بين بعض أنصبة الغنيمة، ومن المعلوم أن الأنصبة لا تتميز ولا تتضح إلا بفعل القسمة، فدل ذلك على مشروعية القسمة.

وقوله تعالى: ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ هَا شَرِبْ وَلَكُمْ شَرِبٌ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴾ (4).

(1) سورة النساء، الآية 08.

(2) ينظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دط، دت، (دار الكتاب العربي، دب)، ج5، ص49.

(3) سورة الأنفال، الآية 41.

(4) سورة الشعراء، الآية 155.

وقوله تعالى: ﴿وَبَيَّنَّمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾⁽¹⁾.

والآيتان تدلان على قسمة المهايأة، وذلك أنهم يتتفعون من قسمة الماء إذ يختص كل واحد منهم بالشرب في وقت معين.

وإن كانت الآيتان شرعتا لمن قبلنا، وإخباراً لما حدث بين نبي الله صالح وبين قومه من قسمة الماء بينهم وبين ناقته، فإن شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وهو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين⁽²⁾.

2 - السنة النبوية:

- ثبت أن الرسول صلى الله عليه عليه وسلم لما فتح حيننا قسم الغنائم⁽³⁾.

- قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة⁽⁴⁾ فيها»⁽⁵⁾.

فقد دل الحديث على مشروعية القسمة، لأنه أفادا أن المال يكون شركة، فإذا أراد أحد الشركاء بيع نصيبه فإنه يثبت للآخر حق الشفعة، ولا يسقط هذا الحق إلا بأمر مشروع، ألا وهو القسمة.

- قوله صلى الله عليه وسلم: «أيا دار أو أرض قسمت في الجاهلية، فهي على قسم

الجاهلية، وأيا دار أو أرض أدركها الإسلام فلم تقسم، فهي على قسم الإسلام»⁽⁶⁾.

(1) سورة القمر، الآية 28.

(2) ينظر: أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن ط1، دت، (مكتبة دار المصحف، دب)، ج5، ص298.

(3) رواه مسلم عن عبد الله بن زيد، كتاب الزكاة، باب إعطاء من يخاف على إيمانه، رقم الحديث 1061، ج2، ص732.

(4) الشفعة: لغة الضم وشرعا أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه به، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، 1982م، (دار الفكر، دمشق، سوريا)، ص198-199.

(5) رواه أبو داود، باب في الشفعة، ج02، ص280، قال الشوكاني: «رجال إسناده ثقات»، نيل الأوطار، ج5، ص301.

(6) رواه مالك، كتاب الأفضية، باب قسم الأموال، قال ابن عبد البر: «لم يختلفوا في أنه بلاغ عن ثور ابن زيد، الاستدكار،

فقد دل الحديث على أن الإسلام أقر عدم إلغاء قسمة الجاهلية، وشرع القسمة بين الشركاء بعد مجيء الإسلام.

3 - الإجماع:

جاء في كتاب الإجماع: «اجمع كل من نحفظ له من أهل العلم على أن الأرض إذا كانت بين الشركاء واحتملت القسمة من غير ضرر يلحق أحدا منهم قسمت»⁽¹⁾.

فقد أجمعت الأمة على جوازها، ولا زالوا منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتعاملون بالقسمة في الموارث وغيرها دون نكير «فكانت شرعيتها متوارثة»⁽²⁾.

4 - المعقول:

القسمة من مقتضيات العقل والحاجة داعية إليها، فالمعقول «يقتضيه توفيراً على كل واحد مصلحته بكمالها»⁽³⁾.

فيتضح مما سبق أن القسمة مشروعة وجائزة في الفقه الإسلامي للنصوص المتقدمة الدالة على مشروعيتها، دل على ذلك القرآن الكريم، وقوله وفعله صلى الله عليه وسلم، وأجمعت الأمة على مشروعيتها، فمشروعيتها قطعية عند كل المسلمين، علاوة أن العقول السليمة تقتضيها توفيراً لمصلحة كل شريك.

والحكم التكليفي للقسمة: «أما جائزة بين الشركاء»⁽⁴⁾.

(1) محمد ابن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط2، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص79.

(2) أبو بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1982، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج7، ص17.

(3) المرجع نفسه، ج7، ص17.

(4) أبو الوليد الباجي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء، ط1، 2002م، (دار ابن حزم بيروت، لبنان)، ص178.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للقسمة

عالج المشرع الجزائري أحكام القسمة من المادة 722 إلى المادة 737، فعدد المواد المنظمة لأحكام القسمة 16 مادة.

وقد نظم المشرع أحكام القسمة النهائية سواء كانت بمعدل أو بغير معدل، اتفاقية، أو قضائية أو قسمة تصفية من المادة 722 إلى المادة 732، ثم نص على أحكام قسمة المهياة من المادة 733 إلى المادة 736.

المطلب الثالث: حكمة القسمة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد والمضار عن الناس، يرفع الضرر عنهم وفك أسباب النزاع بينهم، وغالب الظن أن الشركة في الملك المشاع تؤدي إلى النزاع والخصام بين الشركاء، لتعارض الرغبات واختلاف الآراء، فكانت شرعية القسمة ضرورة لازمة لفك النزاعات والخصومات بين الشركاء.

فلذا يقول بعض الفقهاء المحدثين مبينا حكمة مشروعية القسمة: «لوخلت الشركة من كل عيب وعوار لكان مجرد الاستقلال بالتصرف مطلبا جديرا يستهوي النفوس وتتعلق به الرغبات، وتدعو إليه حاجة الإنسان... كيف ومساوئ الشركة ومفاسد تعدد الشركاء، واصطداع طبائعهم وميوههم وأطماعهم وضيق الناس بذلك مما يجري مجرى الأمثال»⁽¹⁾.

ولما كان للملكية الشائعة مساوئ اجتماعية ككثرة النزاعات المتعلقة بإدارة المال الشائع، ومساوئ اقتصادية لأن الملكية المفززة أكثر إنتاجا من الملكية الشائعة، فكان تنظيم المشرع الوضعي لأحكام القسمة، والتعرض بنصوصه لكل ما قد ينشأ عن الشيوخ قبل القسمة من مشاكل وخصومات مما يجعل للقسمة أهمية لتصفية كل نزاع وخلاف⁽²⁾.

(1) إبراهيم عبد الحميد، القسمة، الموضوع 12، ط تمهيدية، دت، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت)، ص 32.

(2) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص 37.

وبما أن الفقهاء يعتبرون الشركة على الشيعاء ضرراً على الشركاء لما فيها من المنازعات والمشاكل من تقييد حق كل شريك بحق الباقي، وعدم حرته من استغلال ما يملك، زيادة على أن بعض الشركاء قد يجور على شريكه ويضيق عليه، كما أن المال المشاع يتعرض غالباً للضياع بسبب إهمال وتقصير بعض الشركاء في المحافظة عليه فيكون عرضة للتسيب والزوال⁽¹⁾.

وكما هو معلوم أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يعلمان على حفظ المال وسد ذرائع إسرافه وتبديده وضياعه، فالفقهاء يعلمان على صيانة وحفظ أموال الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه درءاً للخصومات الواقعة بين المشتركين في الملكية الشائعة، لكي يتصرف كل شريك في نصيبه بجميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة من بيع وإيجار ورهن وهبة...

وقد أثبت واقعا الملموس مدى خطورة المشاكل الناتجة عن الملكية الشائعة، وذلك بالتمادي بعدم الحفاظ على الأموال المشتركة، وأكل أموال الناس بالباطل، وقد حذرنا الله سبحانه وتعالى من ذلك فقال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾.

وقال كذلك: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽³⁾.

«والاستمرار في الشيوع كثيراً ما يكون مصدراً للمتاعب، والخلافات بين الشركاء المشتاعين، بل قد يتخذ البعض وسيلة للإضرار وللتنكيل ببعض الشركاء، ولاشك أن استقلال الفرد باستعمال ملكه أو استغلاله أو التصرف فيه هو أكثر نفعاً من الاستغلال الجماعي، وفيه حافز قوي على العمل والإنتاج»⁽⁴⁾.

(1) ينتظر: محمد بن معجوز، الحقوق العينية، ص 134-135.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) سورة البقرة، الآية 188.

(4) فايز السيد المساوي وأشرف فايز المساوي، قسمة المال الشائع و دعاوى الفرز والتجيب، ط 1، 2004م، (المركز

القومي للإصدارات القانونية، دب)، ص 345.

المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها .

نتناول في هذا المبحث أركان⁽¹⁾ القسمة وأنواعها وكيفيةها في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، فما هي أركان القسمة وأنواعها؟ وماهي كيفيةها؟

اشتمل المبحث على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: أركان القسمة
- المطلب الثاني: أنواع القسمة
- المطلب الثالث: كيفية القسمة

(1) الركن لغة: «من ركن إليه كنصر وعلم ومنع، مال وسكن، والركن بالضم الجانب الأقوى»، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط7، 2003م، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان)، ص120.
 واصطلاحاً: عرفه صاحب المراقي بقوله: «الركن جزء الذات والشرط خرج وصيغة دليلها في المنتهج» محمد ولد لحبيب الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السعود، ط1، 1995م، (دار المنيرة، جدة، السعودية)، ج1، ص59.

المطلب الأول: أركان القسمة:

لابد لحدوث القسمة من توفر عناصرها وأركانها.

الفرع الأول: أركان القسمة في الفقه المالكي.

تكلم فقهاء المالكية عن أركان القسمة، وجعلوها ثلاثة أركان: القاسم والمقسوم وفعل القسمة، إلا أننا سنتناولها على وجه العموم دون التطرق إلى تفصيلات وأحكام وشروط كل ركن، وقد تكلم القرافي⁽¹⁾ عن أحكام وشروط كل ركن في كتابه الذخيرة⁽²⁾.

1- القاسم:

وهو الفاعل الذي يتولى عملية التقسيم سواء كان الشريك حاضراً أو الحاكم إذا كان غائباً.

2- المقسوم:

وهو المال المشترك الذي تتميز حصصه من عقار أو منقول أو عروض أو حيوان.

3- فعل القسمة:

وهو الفعل الذي يتم به الإفراز والتمييز بواسطة القاسم الشريك أو غيره، ويكون بالكيل أو العد.

(1) هو أحمد بن أدريس القرافي، انتهت له رئاسة الفقه على المذهب المالكي، كان إماماً بارعاً في الفقه، والأصول، والعلوم العقلية، وله معرفة بالتفسير، أشهر كتبه: «الذخيرة»، ت684هـ، الديباج المذهب، ص128، شجرة النور، ص188.
(2) ينظر: شهاب الدين القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، تح: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، ط1، 2001م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص168-180.

الفرع الثاني: أركان القسمة في القانون الجزائري.

لم ينص المشرع الجزائري على أركان القسمة صراحة في نص قانوني، ولكن نص على أركانها من خلال عدة مواد من القانون المدني الجزائري.

- وبالنسبة لركن القاسم فنص المادة 722 / 1 «... لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع...».

- وبالنسبة لركن المقسوم فنص المادة السابقة ونص المادة 723 «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...»، فالمال الشائع الذي تتميز حصصه هو المقسوم الذي يقع على فعل القسمة.

- أما بالنسبة لفعل القسمة فنص المادة 725 «يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية...»، ففعل الخبير يعبر عن ركن فعل القسمة أو كنص المادة 727: «تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر»، فالأقتراع يعبر عن فعل من الأفعال التي تتم بها القسمة.

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري، يتفق مع الفقه المالكي في أركان القسمة على وجه العموم.

المطلب الثاني: أنواع القسمة

القسمة ليس نوعاً واحداً، وإنما تتنوع صورها وأشكالها، لاعتبارات عدة، وستتناول هذه الأنواع تفصيلاً في الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: أنواع القسمة في الفقه المالكي

قسم فقهاء المالكية القسمة على أساس ثلاث اعتبارات:

أ- باعتبار طبيعة المحل.

ب- باعتبار إرادة المتقاسمين.

ج- باعتبار الحاجة إلى التعديل والتقويم.

وستتناول -إن شاء الله- هذه الأنواع على حسب اعتبارات وحيثيات نظر إليها فقهاء المذهب المالكي.

أ- أنواع القسمة باعتبار طبيعة المحل:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار طبيعة المحل إلى قسمين: قسمة رقاب، وقسمة منافع.

جاء في بداية المجتهد: «والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين: قسمة رقاب الأموال، والثاني منافع الأموال»⁽¹⁾.

فقسمة الرقاب نقصد بها: قسمة الأعيان والذوات وهي نوعان: قسمة قرعة وقسمة مرضاة⁽²⁾، وقسمة الرقاب قسمة نهائية لأنها متعلقة بالأعيان والذوات.

أما قسمة المنافع: وتسمى في عرف فقهاء المالكية بقسمة المهياة لأن كل واحد هياً لصاحبه ما ينتفع، ويقال: تمايؤ وتمانؤ لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه له للانتفاع به⁽³⁾.

وعرفها ابن عرفة بقوله: «هي اختصاص كل شريك فيه بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعتة لا غلته»⁽⁴⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 10، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج2، ص265.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ط2، 2002م، (دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا)، ج1، ص746.

(3) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص267.

(4) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص493.

وقد أخرج بقوله: «مشارك فيه» ما لم يكن مشتركاً فيه، و«عن شريكه فيه» أخرج لا عن شريكه فيه، و«زمننا معنا» أخرج به غير المعين لأنه لا يجوز ذلك، و«من متحد» كالعبد بينهما، و«أومتعدد» كعبدین بينهما، فإذا كان عبدان لرجلين قال كل لصاحبه: «أخدم أنا يوماً وأنت كذلك فإنه من المهانة»⁽¹⁾.

وعرفها **الدردير** بقوله: «هي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة متحد أو متعدد في الزمن»⁽²⁾.

ومن خلال التعريفين يتبين اشتراط الزمن في المتحد والمتعدد كدار بينهما يسكنها أحدهما شهراً والثاني شهراً، أو كدارين يسكن أحدهما داراً ويأخذ الثاني داراً، فتعيين الزمن شرط إذ به يعرف قدر الإنتفاع، وإلا فسدت اتفاقاً في المتحد وفسدت في المتعدد على طريقة ابن عرفة⁽³⁾.

فيتضح أن قسمة المهايأة نوعان:

(1) - قسمة في الأعيان: كأن يسكن أحدهما داراً ويسكن الآخر الدار الأخرى.

(2) - قسمة في الأزمان: كأن يسكن أحدهما الدار شهراً ثم يسكنها الآخر شهراً آخر⁽⁴⁾.

فالقسمة باعتبار طبيعة الحل المراد قسمته تنقسم إلى نوعين: قسمة رقاب وتعني قسمة ذات المال المشاع وتكون قسمة نهائية، وقسمة منافع المال المشاع مع بقاء الشركة مدة زمنية معلومة، وهذه قسمة مؤقتة.

ب - أنواع القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين إلى: قسمة تراض وقسمة إجبار.

(1) ينظر المرجع نفسه، ص 495-496.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 3، ص 267.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ج 3، ص 267-268.

(4) ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج 1، ص 748.

1- قسمة التراضي: وتسمى قسمة الوفاق وهي «ما توافق الشركاء عليها ولم يجبر أحد منهم عليها»⁽¹⁾. وعرفها ابن عرفة بقوله: «هي أخذ بعضهم بعضا ما بينهم على أخذ كل واحد منهم ما يعد له بتراض ملكا للجميع»⁽²⁾.

وهذا بأن يدخل كل على أن لكل واحد حصته من المال المشترك يرضى بها بدون قرعة⁽³⁾، وقسمة التراضي تشمل كلا من قسمة الرقاب وقسمة المنافع، فلا بد في كل من قسمة المهايأة والمرضاة من رضى الشريكين فلا تُفعل واحدة منهما إلا برضاهما ولا يجبر أحد إن أباهما⁽⁴⁾.

وقسمة التراضي نوعان:

1- قسمة مرضاة بغير تعديل ولا تقويم.

2- قسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل.

وكلا النوعين يقعان في الأجناس والأصناف المختلفة والمكيل والموزون، وإلى هذا أشار الدردير في تعليقه على قول خليل: «(مرضاة فكالبيع) أهما تكون فيما تماثل أو اختلف كعبد وثوب، وفي المثلي وغيره، وسواء كانت بعد تعديل وتقويم أولا»⁽⁵⁾.

فقسمة التراضي هي التي تكون برضا الشركاء، ولا يجبر أحد عليها وتكون فيما تماثل أو اختلف من الأجناس والأصناف والمكيل والموزون، وتكون إما بعد تعديل وتقويم وإما بغير تعديل وتقويم.

(1) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص60.

(2) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص496.

(3) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الكبير بمامش حاشية الدسوقي، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج3، ص772.

(4) ينظر: محمد الخرشى، حاشية الخرشى، تح: زكريا عميرات، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج7، ص109.

(5) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص772.

2- قسمة الإيجابار: ولا تتصور قسمة الإيجابار إلا في قسمة القرعة وعبر خليل عن ذلك بقوله: «وأجبر لها كل إن انتفع الكل»⁽¹⁾.

وعلق الشارح على ذلك: «بأن القسمة إذا طلبها بعض الشركاء وأباها بعضهم، فإن الطالب لها يجاب إلى سؤاله ويجبر عليها من أباها، وسواء كانت حصة الطالب قليلة أو كثيرة بشرط أن ينتفع كل واحد من الشركاء بحصته انتفاعا تاما، كالانتفاع قبل القسم في مدخله، ومخرجه، ومربط دابته، وغير ذلك»⁽²⁾.

وقصر ابن رشد الجدل⁽³⁾ قسمة الإيجابار على قسمة القرعة فقال: «فأما قسمة القرعة بعد التعديل والتقويم فهي القسمة التي يوجبها الحكم، ويجبر عليها من أباها فيما ينقسم»⁽⁴⁾.

ونقل الخطاب⁽⁵⁾ عن القاضي عياض⁽⁶⁾ قوله: «قسمة حكم وإيجابار وهي قسمة القرعة»⁽⁷⁾.

فالقسمة الجبرية هي التي تكون بحكم القاضي، ويجبر الآبي عليها بشرط انتفاء الضرر عن الكل، فإن كان المال المشاع مما لا يقبل القسم أصلا أو يحدث الضرر فيه إن قسمناه، بيع هذا المال

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ط الأخيرة، 1981م، (دار الفكر، دب)، ص234.

(2) الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص132.

(3) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب وإفريقية، بصير بالأصول، والفروع، والفرائض، من أشهر كتبه: «البيان والتحصيل»، و«المقدمات الممهدة»، ت520هـ، الديباج المذهب، ص373-374.

(4) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تح: سعيد أعراب، ط1، 1983م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج3، ص92.

(5) هو محمد بن محمد المعروف بالخطاب الكبير، كان إماما، علامة، محققا، بارعا، حافظا، عارفا بالتفسير والفقه والأصول والحديث والنحو، من كتبه: «مواهب الجليل»، و«تحرير الكلام»، ت945هـ، كفاية المحتاج، ص468.

(6) هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، إمام وقته في الحديث وعلومه عالما بالتفسير، فقيها أصوليا عالما بالنحو واللغة، خطيبا بليغا، من كتبه: «الشفاء بتعريف حقوق المصطفى»، و«إكمال المعلم بشرح صحيح مسلم»، ت544هـ، الديباج المذهب، ص270.

(7) محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، 1972م، (دار الفكر، دب)، ج5، ص346.

ثم يقتسمون الثمن كل على قدر حصته، لأن الضرر يزال ويدفع بقدر الإمكان، لذا قال صاحب الرسالة: «وما لم ينقسم بغير ضرر، فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه»⁽¹⁾.

ج - أنواع القسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم والتعديل:

قسم فقهاء المالكية القسمة باعتبار التعديل والتقويم إلى قرعة ومرأضة:

1- قسمة لا بد فيها من التقويم والتعديل وذلك في قسمة القرعة تطيباً لأنفس المتقاسمين⁽²⁾، وعرف ابن عرفة قسمة القرعة بقوله: «فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله»⁽³⁾، وبين شارح الحدود هذا التعريف بقوله: «(فعل ما يعين) يجزئ المقسوم بالقيمة على عدد سهام أقلهم جزءاً (مما بينهم) أخرج به تعيين ما ليس بين الشريكين مما تخرجه قسمة القرعة، (مما يمتنع علمه حين فعله) أخرج به ما يكون به الفعل المذكور معلوماً حين الفعل»⁽⁴⁾.

2- قسمة لا يشترط فيها التقويم والتعديل وذلك في قسمة المرأضة، لأنها كالبيع، نص على ذلك خليل بقوله: «مرأضة فكالبيع»⁽⁵⁾، وعلق على ذلك الدردير بقوله: «فسواء كانت بتعديل وتقويم أم لا»⁽⁶⁾.

ونقصد بالتعديل والتقويم أن يعدل القاسم حصص الشركاء كل على قدر نصيبه، ويسوي بينهما من غير زيادة على أحد ولا نقصان.

(1) محمد بن أبي زيد القيرواني، الرسالة، ضبطه: عبد الوارث علي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص100.

(2) ينظر: محمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص103.

(3) محمد الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص497.

(4) المرجع نفسه، ج2، ص497-498.

(5) بن اسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(6) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص772.

فالقسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم والتعديل تنقسم إلى: قسمة قرعة لا بد فيها من التقويم والتعديل، وقسمة مراعاة لا يشترط فيها التعديل والتقويم.

الفرع الثاني: أنواع القسمة في القانون المدني الجزائري.

من خلال تتبع القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قسم القسمة بعدة اعتبارات نظمها من المادة 722 إلى المادة 736، لكن يمكن تقسيم القسمة على وجه العموم إلى قسمة نهائية وقسمة مؤقتة.

1- القسمة النهائية: وهي بدورها تنقسم إلى قسمة كلية، أو قسمة جزئية، أو قسمة عينية، أو قسمة تصفية، وإما تكون قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية، وهذه الأنواع كلها نظمها المشرع الجزائري من المادة 722 إلى المادة 732 من القانون المدني الجزائري.

فالقسمة النهائية: ترد على الملك ولا تكون قابلة للزوال إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ أو شرط واقف⁽¹⁾، فإنها في هذه الحالة لا تتم وتزول بأثر رجعي، فتعتبر كأنها لم تكن⁽²⁾.

أما القسمة الكلية أو الكاملة: فهي القسمة التي تشمل كل الأموال الشائعة، ليحصل كل شريك على نصيب مفرز له، وهذا هو الأصل في القسمة النهائية.

أما القسمة الجزئية: فهي القسمة التي تتناول جزءاً من الأموال الشائعة أو أكثر، وتبقى باقي الأموال شائعة بين الشركاء.

أما القسمة العينية: فهي التي تؤدي إلى إفراز نصيب الشريك في الأموال الشائعة، وهذا هو الأصل في القسمة، ويكون الإفراز إما بطريق القرعة أو التجنيب، وتكون بمعدل أو بغير معدل.

(1) الشرط الواقف: «هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما الشرط الفاسخ فهو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام»، نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دط، 2002م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)، ص 226.

(2) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، ص 889.

أما القسمة بطريق التصفية: فتجري إذا لم يمكن تقسيم الأموال عينا، فتباع الأموال الشائعة بالمزاد، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة⁽¹⁾.

والقسمة النهائية كلية كانت، أو جزئية، عينية كانت، أو قسمة تصفية تكون إما قسمة اتفاقية أو قضائية، فإذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الالتجاء إلى القضاء على الطريقة التي يرونها لهم ذلك، فإذا لم يتيسر الاتفاق يلجأ إلى القضاء فتسمى حينئذ قسمة قضائية.

جاء نص المادة 723 مدني مبينا للقسمة الاتفاقية: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها». أما القسمة القضائية فجاء نص المادة 724 مدني مبينا لها: «إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشبوع برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة».

2- القسمة المؤقتة: وتسمى بقسمة المهايأة، والمشرع الجزائري قد نظم أحكامها في المواد 733، 734، 735، 736، وهي قسمة منفعة لا قسمة عين وهي نوعان:

- قسمة المهايأة المكانية: وهي التي: «يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مقرر يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات»⁽²⁾.

فالمهايأة المكانية هي اختصاص كل شريك بمنفعة جزء معين من الملك المشترك لمدة زمنية لا تتجاوز خمس سنوات.

- قسمة المهايأة الزمانية: وهي: «بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم مدة تتناسب مع حصته»⁽³⁾.

(1) ينظر: محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص 38-39.

(2) المادة 1/733 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 734 من القانون المدني الجزائري.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة في قسمة المهايأة الزمانية بخلاف المكانية، فيمكن أن تزيد على خمس سنوات، المهم مراعاة التناسب بين الانتفاع وحصّة كل شريك.

وبناءً على ما سبق يمكن أن نقسم القسمة وفق اعتبارات:

- 1- باعتبار سريان زمن القسمة وتنقسم إلى نوعين: قسمة مؤقتة: سواء كانت زمانية أو مكانية، وقسمة نهائية.
- 2- باعتبار أعيانها تنقسم إلى نوعين: قسمة كلية، وقسمة جزئية
- 3- باعتبار قابلية المال الشائع للتجزئة تنقسم إلى نوعين: قسمة عينية، وقسمة بطريق التصفية.
- 4- باعتبار إرادة المتقاسمين تنقسم إلى نوعين: قسمة رضائية (اتفاقية)، وقسمة قضائية.

المقارنة:

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري متأثر بالفقه المالكي بتقسيماته للقسمة، فكل ما تعرض له المشرع الجزائري من أنواع القسمة سواء كانت باعتبار طبيعة المحل أو باعتبار إرادة المتقاسمين أو باعتبار الحاجة إلى التعديل والتقويم، تكلم عنه فقهاء المالكية بإسهاب نجده منشورا في كتبهم مع اختلاف بعض الأحكام خاصة فيما يخص انقلاب المهايأة المكانية إلى نهائية، فهو بخلاف ما يقرره فقهاء المالكية.

المطلب الثالث: كيفية القسمة

حينما تتوفر شروط وأركان القسمة، تبقى الإشكالية المطروحة في كيفية وآلية إجراء هذه القسمة، أي ما نوع القسمة الذي يطبق على المال المشترك، سواء من أفراد أو جمع أو تعديل أو قضاء أو تراص...

وستتناول كيفية القسمة في فرعين:

الفرع الأول: كيفية القسمة في الفقه المالكي

القاعدة العامة في تقسيم المال المشاع هي أن يقوم الخبير بتعيين حظ كل شريك، بأن يجزء المال المقسوم على أقل الأجزاء التي سيقسم عليها: مثل أرض يملكها ثلاثة أشخاص أحدهم يملك نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها، تقسم على ستة أجزاء متساوية ثم يكتب القاسم اسم كل شريك في ورقة، ويخلط الأوراق ثم يرمي أحدها على أول جزء من تلك الأرض، فإن كان فيها اسم من يملك السدس أخذ ذلك الجزء، وإن كان فيها اسم من يملك الثلث أخذ ذلك الجزء والجزء المتصل به، وإن كان فيها من يملك النصف أخذ ذلك الجزء والجزئين المتصلين به ثم ترمى الورقة الثانية على أول الأجزاء الباقية وهكذا⁽¹⁾.

وعبر خليل عن ذلك بقوله: «وكتب الشركاء ثم رمى»⁽²⁾.

وكما أن الأعيان تنقسم إلى عقار ومنقول، فإن الملكية قد خصوا أحكاما لكل منهما:

أ- قسمة العقار:

تعريف العقار: العقار لغة: «مثل سلام: كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل»⁽³⁾.

والعقار في اصطلاح فقهاء الملكية: «هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر»⁽⁴⁾.

فالعقار «ماله أصل ثابت، مما لا يمكن نقله أو تحويله إلى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله،

فيتناول الأرض والبناء والغرس»⁽⁵⁾.

(1) ينظر عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاوي على مختصر خليل، ط1، 2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص369.

(2) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص234.

(3) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص166.

(4) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج3، ص146.

(5) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، 1999م، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر)، ص18.

فالعقار يشمل الأرض وكل ملك ثابت له أصل كالشجر والبناء والدار، ولا يمكن نقله أو تحويله إلى مكان آخر.

كيفية قسمة العقار: إذا كان المال المشاع عبارة عن أرض تستغل في الزراعة، وفيها أشجار تثمر، وأريد قسمة ذلك العقار- عن طريق التراضي أو القضاء - أو أريد قسمة الزرع أو الثمار دون الأرض والشجر، فتطبق الأحكام التالية:

أولاً- قسمة المال المشاع عبارة عن أرض مزروعة أو أشجار مثمرة:

إذا أراد الشركاء قسمة هذا العقار عن طريق التراضي أو القضاء، فإن الحكم يكون كالتالي:

1- إذا كان الزرع أو الثمر حين القسمة قد أبر:

- إذا وقع الاتفاق بين الشركاء على أن يبقى الزرع في الأرض المقسومة إلى أن يجصد وتبقى الثمار في الأشجار إلى أن تقطف، فإنه يتعين أن تقسم الأرض أو الشجر وحدهما ثم ينتظر بالزرع والثمار إلى وقت الحصاد والقطاف، ثم يقسم الزرع والثمار بالكيل، أو يوزن ثمنه بنسبة ما يملكه كل منهم.

ولا يجوز أن يقسم الزرع أو الثمر مع الأرض أو الشجر في هذه الحالة لأن ذلك سيؤدي لبيع طعام وعرض بطعام وعرض وهذا لا يجوز.

- إذا اتفق الشركاء على أن يقطف الزرع أو الثمر بمجرد إجراء القسمة، ويأخذ كل واحد من الشركاء نصيبه لينتفع به فيجوز إجراء هذه القسمة بالتحري لا بالمساحة، لأن العلة المذكورة سالفاً لا يبقى لها وجود⁽¹⁾.

2- إذا كان الزرع أو الثمر وقت القسمة لم يؤبر:

(1) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، ص353-355. ومحمد بن الحسن البناي، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني بهامش شرح الزرقاني، ط1، 2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص354-355.

فلا يجوز قسمة ذلك العقار سواء وقع الاتفاق على قسمته وحده أو مع ما فيه من زرع أو ثمر، وإنما يتعين الانتظار إلى أن يؤبر الزرع أو الثمر، ومنعت القسمة قبل إubar الزرع والثمار، لأنه إذا قسم العقار وحده فإن ذلك يعني بيع العقار واستثناء الزرع والثمر غير المؤبرين، وذلك لا يجوز لما فيه من الغرر⁽¹⁾ والمخاطرة⁽²⁾.

ونص مالك على منع ذلك بقوله: «وإذا ورث قوم شجرا أو نخلا وفيها ثمر فلا يقتسم الثمر مع الأصل، وإن كان الثمر بلحا أو طعاما، ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولكن تقسم الأرض والأصول وحدها، وتترك الثمرة والزرع حتى يحل بيعها، فيقسم ذلك حينئذ كيلا أوياع ويقسم ثمنه»⁽³⁾.

وأشار إلى المنع ابن عاصم⁽⁴⁾ بقوله:

ولا يجوز قسم زرع أو ثمر مع الأصول والتناهي ينتظر⁽⁵⁾

ويعني هذا أنه إذا كان للشركاء أرض مزروعة أو شجر مثمر فلا يجوز قسمة الأرض بزرعها والشجر بثمره لما فيها من بيع طعام وعرض بطعام وعرض، وهذا لا يجوز⁽⁶⁾.

ثانيا- قسمة المال المشاع عبارة عن زرع أو ثمر دون الأرض المشتركة:

(1) الغرر: «هو ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا»، محمد الصاع، شرح حدود بن عرفة، ج1، ص350، والغرر كبيع الطير في الهواء، والسماك في الماء وشراء ما في بطون الإناث من الدواب، ينظر: مالك بن أنس، الموطأ بمامش المنتقى، ط3، 1993م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج5، ص42.

(2) ينظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)، ج2، ص199-200.

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ضبط: محمد محمد تامر، دط، دت، (مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر)، ج4، ص326.

(4) هو أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن محمد ابن عاصم، الغرناطي، الأندلسي، قاضي الجماعة بها، كان علم الكمال ورجل الحقيقة، نظم أراجيز كتتحفة الحكام، ورجز منبع الأصول في أصول الفقه، ت829هـ، كفاية المحتاج، ص385.

(5) أبو بكر بن محمد بن عاصم، متن العاصمية، دط، دت، (دد، دب)، ص55.

(6) علي التسولي، البهجة، ج2، ص199.

إذا أراد الشركاء قسمة غلة الأرض المشتركة وحدها - من زيتون وجوز وزرع - وأن يبقى العقار الذي فيه تلك الغلة مشتركاً، فإن القاعدة تقضي بأن تترك هذه الغلات مشاعة ما دامت على أصولها إلى أن تنضج ثم تقطف وتقسّم بالكيل أو الوزن أو بتابع ويقسم ثمنها، لكن إذا أراد الشركاء قسمة هذه الغلات على أصولها دون العقار المشترك الذي يحتوي على تلك الغلات، واتفقوا على إجراء هذه القسمة بواسطة الخرص⁽¹⁾ من طرف من يحسن التقدير ويعرف كيف يعطي كل واحد من الشركاء نصيبه، فإن الحكم يكون كالتالي:

قال ابن عاصم: وقسم غير التمر خرصاً والعنب مما على الأشجار منعه وجب⁽²⁾.

ويعني هذا أن قسمة الثمار والزرع لا تجوز لما في هذه القسمة من توقع الحيف على بعض الشركاء، حيث أننا لا نتأكد من أن كل شريك أخذ نصيبه كاملاً، وأن ما أخذ كل شريك يماثل ما أخذه باقي الشركاء، والشك في التماثل كتحقق التفاضل الذي يؤدي إلى منع القسمة، وإنما جاز قسم التمر والعنب دون غيرهما، لأنهما مما يسهل خرصهما بدقة كبيرة بخلاف باقي أنواع الثمار⁽³⁾.

ولخص هذه الأحكام ابن جزري⁽⁴⁾ بقوله: «لا تجوز قسمة الزرع حتى يحصد ويدرس ويصفى، ولا تجوز قسمة الأرض التي فيها زرع، والشجر التي فيها ثمر حتى يطيب الزرع والثمر بشرط أن تقع القسمة في الأصول لا في الزروع ولا في الثمار»⁽⁵⁾.

(1) الخرص: «الحرز والتخمين والحدس، ومنه قولهم: خرص التمر للزكاة أي: حزر ما على النخل من الرطب تمرًا»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص115.

(2) ابن عاصم، متن العاصمية، ص55.

(3) ينظر: على التسولي، البهجة، ص200.

(4) هو محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، كان فقيهاً جليلاً، أستاذاً، مقرئاً، خطيباً، عالماً، من كتبه: «القوانين الفقهية» مات شهيداً بطريف سنة 741هـ، كفاية المحتاج، ص307.

(5) أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزري الكلبي، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الضناوي، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص213-214.

ب - قسمة المنقول:

- تعريف المنقول:

النقل لغة: «تحويل الشيء من موضع لآخر، وبابه نصر»⁽¹⁾، واصطلاحاً: «ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله»⁽²⁾.

والمنقول تتعدد صورته وأشكاله، لذا فالقسمة تكون كالأتي:

1- قسمة القيميات⁽³⁾ المتمثلة في الحيوانات أو الأخشاب أو المعادن أو الثياب: يرى فقهاء المالكية أنه لا يجمع بين نوعين من العروض أو الحيوان، ويقسم كل نوع على حدة إن احتل القسم، وإلا فيضم ما لا يحتل إلى غيره كالثمار.

والحيوان يباع ما لم يمكن قسمته من الأنواع، وقسمة الحيوان أو العروض لا بد فيها من التقويم فلا ينظر لعددتها⁽⁴⁾.

2- قسمة المثليات⁽⁵⁾ كالمكيلات والموزونات والمعدودات: لا خلاف في المذهب أن المكيلات والموزونات إن كانت صيرة⁽⁶⁾ واحدة تقسم على الاعتدال بالكيل أو الوزن، وتجزئ

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص362.

(2) أحمد فرج حسن، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص18.

(3) القيمي: هو «ما تفاوتت أفرادها، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق»، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، 1999م، (دار القلم، دمشق، سوريا)، ص139.

(4) ينظر: أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص327، ومحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص147.

(5) المثلي: «ما تماثلت آحاده أو أجزائه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به»، مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص139.

(6) الصيرة: «واحدة صبر الطعام، واشترى الشيء صيرة أي بلا وزن ولا تحيل»، محمد الرازي، مختار الصحاح، ص200.

بالمكيال والصنجة⁽¹⁾ المجهولين أما إذا لم يكن المقسوم صبرة واحدة كصبرتي قمح أو شعير فلا يجوز القسم إلا باعتدال الكيل بكيل معلوم، أو الوزن بصنجة معلومة⁽²⁾.

واختلف فقهاء المالكية في دخول قسمة القرعة في قسمة المثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتفقة الصفة على قولين⁽³⁾:

- القول الأول: لا تجوز القرعة في المثليات لأنها تحتاج إلى تقويم.
- القول الثاني: أنها تجوز في المثليات قياساً على المقومات.

الفرع الثاني: كيفية القسمة في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في المادة 723: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها...»، وتقابلها المادة 835 من القانون المدني المصري، فنلاحظ من نص المادة أن للشركاء حق في طريقة القسمة التي يرونها.

فقد يتفق الشركاء أن تكون القسمة كلية كما هو الغالب، فتشمل جميع المال الشائع، أو يتفقون أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال على الشيوخ ويفرزون الآخر، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز أو مستقل من المال الشائع نصيباً لأحدهم⁽⁴⁾.

وقد يتفقون بأن تكون القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع، ويقتسمون ثمنه كلا بقدر حصته، أو يختارون بأن تكون القسمة عينية بأي نوع من أنواع القسمة⁽⁵⁾.

(1) الصنجة: «الميزان معرب»، محمد الرازي، مختار الصحاح، ص208.

(2) ينظر: محمد عليش، تسهيل منح الجليل، دط، دت، (مكتبة النجاح، ليبيا)، ج3، ص626.

(3) ينظر: أحمد النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص327، ومحمد عليش، تسهيل منح الجليل، ج3، ص626.

(4) ينظر: السنهوري، الوسيط، ج8، ص896.

(5) ينظر محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص42.

كما نجد القضاء الجزائري يقرر كيفية القسمة، إذ نصت المحكمة العليا على: «من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص ثم تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك، والفصل في كل المنازعات لا سيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك، وبتكوين الحصص.

ولما ثبت -في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع، فإنهم بذلك خالفوا القانون»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري بين كيفية القسمة بالقرعة، وذلك بتكوين الحصص ثم إجراء عملية الاقتراع بين المتقاسمين، ونخلص مما سبق أن المشرع الجزائري أبدى ليونة ومرونة للمتقاسمين في اختيار الوسيلة والآلية المناسبة لهم في القسمة الاتفاقية، وترك لهم المجال واسعاً في إجراءاتها طالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم.

المقارنة:

يتضح مما سبق مدى عناية الفقه المالكي بالأحكام والتفريعات والتفصيلات لمختلف أنواع المقسومات من عقار ومنقول ومكيل وموزون ومعدود بلغتهم الفقهية الدسمة، بينما نجد المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه التفصيلات والتطبيقات غاية الأمر أنه نص على أن للشركاء يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها دون وضع الضوابط والقواعد التي تضمن استمرار القسمة وعدم الحيف والجور فيها.

لذا فالأجدر بالمشرع الاستفادة من التفريعات والتطبيقات التي أبداهها فقهاء المالكية حرصاً منهم على الحفاظ على أموال الناس، وحتى لا تؤكل أموال الناس بالباطل استجابة لقول الحق تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾.

(1) القرار رقم 91439، مؤرخ في 28-10-1992م، م ق، 1992، عدد3، ص13، نقلاً عن: حمدي باشا عمر: القضاء

العقاري، دط، 2002م، (دار هوم، الجزائر)، ص85.

(2) سورة النساء، الآية29.

المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها

بعد ما تكلمنا في المبحث السابق عن أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها، كان لزاما علينا أن نقف في هذا المبحث على طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها، فاشتمل هذا المبحث على ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: طبيعة القسمة.
- المطلب الثاني: صفة القسمة.
- المطلب الثالث: مفهوم طوائر القسمة.

المطلب الأول: طبيعة القسمة

نقصد بطبيعة القسمة التكيف الفقهي والقانوني لها، وذلك لنعرف حقيقتها: هل هي بيع أم إفراز حق؟.

الفرع الأول: طبيعة القسمة في الفقه المالكي.

تساءل فقهاء المالكية حول طبيعة القسمة هل هي بيع أو تمييز حق؟ أي هل تعتبر القسمة بمثابة البيع. بمعنى أن كل شريك يبيع لشريكه ما يأخذه مقابل الجزء الذي يأخذه هذا الشريك أي أن كل واحد منهما باع للآخر حقه في النصف الذي خرج لشريكه مقابل بيع الآخر حقه في النصف الذي خرج له، أو أن القسمة تمييز حق، بمعنى أن القسمة تميز وتفرض حق كل شريك عن بقية الشركاء بعد أن كانت مندمجة في بعضها البعض؟

ولا شك أن نتائج وآثار اعتبار القسمة بيعا تختلف عن كونها تمييز حق.

ذهب جمهور المالكية وهو المعتمد أن القسمة تمييز في بعض الأنواع، بيع في الأنواع الأخرى وهذا لا يتصور إلا في قسمة الرقاب:

1- بالنسبة لقسمة القرعة: وهي تمييز حق وهذا ما ذهب إليه خليل بقوله: «وقرعة وهي تمييز حق»⁽¹⁾، ووافقه في ذلك ابن عاصم بقوله:

وهذه قسمة حيث تستحق يظهر فيها أنها تمييز حق⁽²⁾

وبين صاحب التحفة معنى قوله: «(يظهر فيها) أنها عند ابن رشد وعياض وغيرهما»⁽³⁾، ونقل عن مالك أن قسمة القرعة بيع⁽⁴⁾.

2- بالنسبة لقسمة المراضاة وفيها تفصيل.

إذا كانت قسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم، فهي بيع في المذهب باتفاق، أما إذا كانت بعد تعديل وتقويم، فالأظهر في المذهب أنها بيع من البيوع⁽⁵⁾، وعبر خليل عن ذلك بقوله: «ومراضاة فكالبيع»⁽⁶⁾، ويرى مالك أن القسمة بيع من البيوع⁽⁷⁾، وذهب إلى ذلك ابن عبد البر⁽⁸⁾ بقوله: «والقسمة بيع من البيوع»⁽⁹⁾.

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص232.

(2) أبو بكر ابن عاصم، متن العاصمية، ص53.

(3) علي التسولي، البهجة، ج2، ص186.

(4) المصدر نفسه، ج2، ص186.

(5) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص58.

(6) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(7) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص58.

(8) هو أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، العلامة، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، من كتبه: «التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد» و«الاستذكار» و«الاستيعاب» و«الكافي في الفقه»، ت463هـ، الدياج، ص440، شجرة النور، ص119.

(9) أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص450.

لكن نقل الخطاب أن مالكا يقول في قسمة القرعة ليست يبع من البيوع، وذلك في قوله: «لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع»⁽¹⁾.

ودليل من مشى مع قول مالك بأن القسمة يبع من البيوع أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما ناب من حصته، فكل واحد ملك حصته من الجزء الذي صار إليه لما أخذه صاحبه من حصته، فهذا يبع ومعاوضة بحتة.

لكن نوقش هذا الدليل بأن القسمة قد تكون غير موقوفة على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيها المخاطرة بالقرعة، وهذا محض تمييز⁽²⁾.

ويتضح من هذا أن القائلين بأن القسمة تشتمل على معنى التمييز ومعنى البيع نظروا إلى القسمة باعتبارين: باعتبار المعاوضة وباعتبار المخاطرة.

فباعتبار المعاوضة كيفوا القسمة على أنها يبع، وباعتبار المخاطرة والقرعة كيفوا القسمة على أنها تمييز حق، وهذا ما ذهب إليه جمهور المالكية، وهو المعتمد في المذهب المالكي ونستطيع أن نعبر عن هذا المعنى بأن للقسمة أثر مزدوج فهي ناقله للملك وكاشفة للحق.

3- بالنسبة لقسمة المهايأة: (قسمة المنافع)

ذهب فقهاء المالكية إلى أن المهايأة في الزمن واللزوم لها حكم الإجارة⁽³⁾ عبر ذلك خليل بقوله: «تهايؤ في زمن: كخدمة عبد شهرا، وسكنى دار سنين كالإجارة»⁽⁴⁾، وذهب إلى ذلك الدردير بقوله: «مهايأة... ولزمت كالإجارة»⁽⁵⁾.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص345.

(2) ينظر: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، ط4، 1984م، (دار الكتاب العربي، بيروت لبنان)، ج6، ص49.

(3) الإجارة: «بيع المنافع»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص13.

(4) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص233.

(5) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص267-268.

وعلق الزرقاني⁽¹⁾ على قول خليل بقوله: «(كالإجارة) تشبيه في اللزوم وفي تعيين المدة، وفي أن قدرها كمدة الإجارة»⁽²⁾، فالمهاياة لها حكم الإجارة في تعيين الزمن ولزومها.

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية كيفوا القسمة على وفق أنواعها:

- إذا كنت القسمة قسمة قرعة فهي تميز حق.
- إذا كنت القسمة قسمة مراضاة فهي بيع من البيوع.
- إذا كنت القسمة قسمة مهاياة فهي كالإجارة من حيث اللزوم وتعيين الزمن.

وتظهر ثمة تفريق المالكية لطبيعة القسمة من كونها تميز حق أو بيع أو إجارة، في اختلاف الأحكام التي تتعلق بكل نوع من هذه الأنواع.

الفرع الثاني: طبيعة القسمة في القانون الجزائري.

ونقصد بهذا التكييف القانوني للقسمة، فنصت المادة 730 من القانون المدني الجزائري على: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»⁽³⁾.

يتبين من معنى المادة أن القسمة إفراس حق لكل شريك، وكذلك يفهم من نص المادة أن القسمة لها أثر رجعي ذلك أن الشريك يكون مالكا لنصيبه المفرز من وقت تملكه في الشيوع لا من وقت القسمة، ومن هنا يتبين أنه ليس للقسمة أثر كاشف فحسب، فلا تقتصر على كشف ما يملكه الشريك مفزرا، بل لها أثر رجعي، يرجع بملكية الشريك لنصيبه منذ بد الشيوع⁽⁴⁾.

(1) هو أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي ولد وتوفي بمصر، له شرح على مختصر خليل حشاه

البناني، وشرح العزية، ت1099هـ، شجرة النور، ص304،

(2) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص349.

(3) تقابلها المادة 843 من القانون المدني المصري.

(4) ينظر: السنهوري، الوسيط، ج8، ص948.

لكن الواقع أن للقسمة أثرا مزدوجا بطبيعتها، فهي ناقلة وكاشفة لنصيب الشريك، وهذا ما نص عليه فقهاء القانون، فنجد **السنهوري** يضرب مثلا في قسمة مال شائع بين شريكين يبين من خلاله أن القسمة لها اثر مزدوج كاشف وناقل⁽¹⁾.

وكل ما سبق ذكره هو بالنسبة للقسمة النهائية، أما بالنسبة لقسمة المهاية فقد نصت **المادة 735** مدني جزائري: «تخضع قسمة المهاية من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة»⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري يخضع أحكام قسمة المهاية من أهلية وحقوق والتزامات وطرق إثبات لأحكام عقد الإيجار.

- المقارنة:

يتضح مما سبق أن تكييف الفقه المالكي للقسمة يشتمل على معنى الإفراز في قسمة القرعة، وعلى معنى البيع في قسمة المراضاة، وعلى معنى الإجارة في قسمة المهاية.

أما في القانون المدني فقد توصل فقهاء القانون في القسمة العينية بأن لها معنا مزدوجا بين أثر ناقل وكاشف، وأخضعوا قسمة المهاية لأحكام عقد الإيجار.

وقد بين الفقهاء أن للقسمة معنا مزدوجا بين المعاوضة والإفراز، وهو ما يعبر عنه قانونا بالأثر المزدوج الناقل والكاشف.

فلنخص بأن المشروع الجزائري حذا حذو الفقه المالكي في تكييف للقسمة العينية بأن لها معنا مزدوجا بين ناقل وكاشف، ومثله بالنسبة لقسمة المهاية بأن لها حكم الإجارة.

(1) ينظر: المرجع نفسه، ج8، ص949.

(2) تقابلها المادة 848 من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: صفة القسمة.

ونقصد بصفة القسمة لزومها من عدمه، أي هل هي لازمة، فلا يجوز لأحد من المتقاسمين فسخها؟ أم هي غير لازمة فيجوز لأي من المتقاسمين فسخها؟، وسنبين ذلك أولاً في الفقه المالكي، ثم في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: في الفقه المالكي.

ذهب فقهاء المالكية إلى أن القسمة لازمة، سواء كانت قرعة أو مرضاة أو مهأية، فبالنسبة لقسمتي القرعة والمرضاة فقد جاء في الشرح الكبير: «ولزم القسم بقرعة أو تراض حيث وقع على الوجه الصحيح فمن أراد الرجوع لم يكن له ذلك»⁽¹⁾.

وبالنسبة لقسمة المهأية فهي لازمة، نص على ذلك عليش⁽²⁾ لما سئل عن قسمة تمت بين أخوين بالغين وأراد أحد الأخوين نقض القسمة، فقال: «القسمة بأنواعها الثلاثة: المهأية، والمرضاة، والقرعة، لازمة إذا وقعت بوجه صحيح، فليس لأحدهما نقض القسمة والرجوع عنها، لأنها كبيع من البيوع»⁽³⁾. وعلل الزرقاني عدم الرجوع في القسمة ولزوميتها بقوله: «لأنه انتقال من معلوم إلى مجهول»⁽⁴⁾.

فنلخص بأن القسمة بأنواعها الثلاثة: مهأية، ومرضاة، وقرعة، هي عقد لازم لا يجوز نقضه ولا الرجوع فيه إلا بطوارئها ونواقضها - وسيأتي الكلام عنها-.

(1) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص790.

(2) هو محمد بن أحمد بن محمد، المعروف بعليش، فقيه مالكي، اشتغل بتحصيل الحديث والتفسير والنحو والبلاغة والعقيدة، درس بالجامع الأزهر، أشهر كتبه: «منح الجليل على مختصر خليل»، ت1299هـ، شجرة النور، ص385.

(3) محمد عليش، فتح العلي المالك، دط، دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)، ج2، ص214.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص371.

الفرع الثاني: في القانون الجزائري.

ونعني بصفة القسمة لزومها من عدمه، فهل هي عقد لا يجوز فسخه، ولا الرجوع فيه؟ أم هي عقد غير لازم يسوغ فسخه والرجوع فيه متى شاء أحد المتقاسمين؟

لم يتعرض المشرع الجزائري في مواد القانون المدني لبيان صفة القسمة أهي لازمة أم لا؟ ولكن هناك قاعدة عامة نص عليها المشرع في المادة 106: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

فبتطبيق نص هذه القاعدة على القسمة الاتفاقية باعتبارها عقدا من العقود يتبين بأن صفة القسمة عقد لازم.

كما نجد القضاء الجزائري يأتي ليقرر لزوم القسمة الاتفاقية «من المقرر قانونا أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي»⁽¹⁾.

فإذا كانت المحكمة العليا قررت لزومية القسمة الاتفاقية، فمن باب أولى وأحرى القسمة القضائية.

المقارنة:

مما سبق يتضح أن الفقه المالكي اعتبر القسمة من العقود اللازمة التي لا يجوز لأحد المتقاسمين فسخها ولا الرجوع عنها إلا بما يوجب ذلك، وأما بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فوافق الفقه المالكي بلزومية عقد القسمة بين المتقاسمين.

(1) القرار رقم 43462، المؤرخ في 16/12/1987م، م.ق، 1992م، عدد3، ص14، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90.

المطلب الثالث: مفهوم طوارئ القسمة

عرفنا فيما سبق أن القسمة عقد لازم، لا يجوز الرجوع فيه ولا نقضه، وذلك أن الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري حرصا على استقرار المعاملات بين الناس، ولكن قد يطرأ على القسمة طارئ قد يوجب نقضها وفسخها، وهذا ما يدفعنا لبيان وتحديد مفهوم الطوارئ، وعلاقتها بمصطلحات ومفاهيم أخرى كالبطلان والفساد والصحة والنواقض والعوارض، وسنتناول هذا في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الطوارئ

الطوارئ لغة:

جاء في المصباح المنير: «طرأ الشيء يطرأ أيضا طرأنا مهموز، حصل بغتة»⁽¹⁾.

وجاء في القاموس المحيط: «طرأ عليهم كمنع، طرء وطرؤا أتاهم من مكان أو خرج عليهم منه فجأة، وهم الطراء والطرآء»⁽²⁾.

وجاء في لسان العرب: «طرأ على القوم، يطرأ طرأاً وطرؤاً، أتاهم من مكان أو طلع عليهم من بلد آخر أو خرج عليهم من مكان بعيد فجأة، أو أتاهم من غير أن يعلموا»⁽³⁾.

فالطرؤ لغة هو ما يحصل فجأة وبغتة.

الطوارئ اصطلاحاً:

أ- في الفقه المالكي:

(1) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص 141.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 46.

(3) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)، ج 5، ص 577.

لم يتعرض فقهاء المالكية لتعريف مصطلح الطوارئ رغم أنهم تناولوه في كتبهم، وذلك لوضوح معناه عندهم.

وقد اعتنى فقهاء المذهب المالكي بطوارئ القسمة فتكلموا عنها بإسهاب، وبينوا أحكام كل طارئ على حدة، واختاروا التعبير بهذا المصطلح دون غيره من المصطلحات، فنذكر أقوال بعض فقهاء المذهب المالكي واختيارهم لهذا المصطلح.

فعد القرافي الطوارئ خمسة: الاستحقاق، العيب، الدين، الوارث، الموصى له⁽¹⁾.

وعبر ابن رشد الجدل⁽²⁾ عن الطوارئ بقوله: «ولا تنتقض إلا بما يطرأ عليها مما لا يعلم به كطروء الغريم والموصى له أو الوارث على التركة بعد اقتسامها أو كطروء الاستحقاق على أحد الأنصبة بعد القسمة أو وجود العيب به»⁽³⁾.

وعبر ابن رشد الحفيد⁽⁴⁾ عن مصطلح الطوارئ بقوله: «والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز نقضها، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة: غبن أو وجود عيب أو استحقاق»⁽⁵⁾.

(1) أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، تح: محمد بوخيزة، ط1، 1994م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج7، ص235-253.

(2) هو أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب وإفريقية، بصير بالأصول والفروع، والفرائض، أشهر كتبه: «البيان والتحصيل»، و«المقدمات»، ت520هـ، الديباج المذهب، ص373-374.

(3) محمد بن أحمد ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج3، 104.

(4) هو محمد بن أحمد ابن رشد، من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها، لم ينشأ بالأندلس مثله كما لا وعلماء وفضلاء، يفرغ إلى فتياه في الطب كما يفرغ إلى فتياه في الفقه، أشهر كتبه: «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، ت595هـ، الديباج المذهب، ص378.

(5) محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص270.

وعبر خليل عن الطوارئ بقوله: «وإن طراً غريم أو وارث أو موصى له على مثله...»⁽¹⁾.
فيتضح من خلال هذه الأقوال أن فقهاء المالكية اعتنوا بطوارئ القسمة، وذلك بذكرها، وبيان الأحكام المتعلقة بكل طارئ.

فنستطيع أن نصل إلى تعريف للطوارئ بكونها: «تلك الأمور التي لم تكن في حسابان القاسم أو الشريك المتقاسم فتظهر بعد القسمة مما يستدعي إعادة النظر فيها من جديد»، وهذا باعتبار أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي.

ب- في القانون الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لمصطلح الطوارئ، وإنما عبر على أثر الطوارئ وما يترتب عليها بقوله في المادة 732 من القانون المدني: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس...»، فعبر عن أثر الطارئ على القسمة وهو الغبن بجواز النقض.

الفرع الثاني: علاقة الطوارئ بالفساد والبطلان والصحة

لبيان العلاقة بين الطوارئ والفساد والبطلان والصحة لا بد أن نقف على مفهوم الفساد والبطلان والصحة.

لغة:

تعريف الفساد: «الفساد نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح، يقال: هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد يناقض الصلاح»⁽²⁾.

(1) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)، ج5، ص3412.

تعريف البطلان: «البطالان هو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه»⁽¹⁾.

تقول: «بطل الشيء يبطل بطلا وبطالانا ذهب ضياعاً وحسرانا، ويقال: ذهب دمه بطلا أي هدرا...، والباطل نقيض الحق»⁽²⁾.

تعريف الصحة: «الصحة مصدر صح، والصحة خلاف السقم، وذهاب المرض، وقد صح فلان من علته واستصح»⁽³⁾.

إِصْطِلَاحًا

أ- في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى اتحاد مفهوم مصطلحي الفساد والبطالان، فقد يطلقون الفساد ويعنون به البطلان، وقد يطلقون البطلان ويعنون به الفساد، لكن الأحناف فرقوا بينهما في مجال المعاملات، فيعنون بالباطل ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه وبالفساد ما كان ممنوعاً بوصفه دون أصله⁽⁴⁾.

وعرف الطاهر بن عاشور العقد الفاسد بقوله: «هو الذي اختل منه بعض مقاصد الشريعة»⁽⁵⁾.

(1) أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم المقاييس في اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دط، 1979م (دار الفكر، دب)، ج1، ص258.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص302.

(3) المصدر نفسه، ج4، ص2401.

(4) ينظر: أبو الحامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج1، ص95.

(5) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، دت، (المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر)، ص183.

فنخلص أن جمهور الفقهاء يرون أن الفاسد مرادف للباطل بينما الأحناف يفرقون بينهما في مجال المعاملات، فالفاسد: ما كان ممنوعا بوصفه دون أصله، والباطل: ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه.

وعرفت الصحة بكونها: «وصف للعمل أو التصرف المنتج لجميع آثاره نتيجة استيفائه كل ما طلبه الشارع»⁽¹⁾.

أما العقد الصحيح فهو: «الذي استوفى مقاصد الشريعة منه، فكان موافقا للمقصود منه في ذاته»⁽²⁾.

فالعقد الصحيح هو ما يترتب عليه جميع آثاره لكونه مستجمعا لأركانها وأوصافه.

ب- في القانون الجزائري:

لقد تعرض القانون المدني الجزائري لمسائل البطلان من المادة 99 إلى المادة 105 ولم يعرفه ولكن عرفه فقهاء القانون الوضعي.

فعرف السنهوري بطلان العقد بأنه «الجزء القانوني الذي يترتب على عدم اجتماع العقد لأركانها كاملة لجميع شروطها»⁽³⁾.

وعرفه أحد فقهاء القانون: «البطلان هو الجزء على عدم توفر أركان العقد أو شروط صحته»⁽⁴⁾.

(1) محمد محدة، مختصر علم الأصول الفقه الإسلامي، دط، دت، (دار الشهاب، باتنة، الجزائر)، ص 354.

(2) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 183.

(3) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)، ج4، ص83.

(4) محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، دط، 1983م، (المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية لرعاية الجزائر)، ص63.

وينقسم البطلان إلى قسمين هما⁽¹⁾:

1- البطلان المطلق: وهو جزء العقد الذي تخلف أحد أركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية.

2- البطلان النسبي: هو جزء لعقد توافرت أركانه، وإنما لم يستوف أحد شرطي الصحة، بأن يكون صادرا من كامل الأهلية، وغير مشوب بأحد عيوب الرضا، فهو عقد موجود يرتب له القانون كل آثاره حتى يقضي بالبطلان لمصلحة ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب، أو يترضى عليه الطرفان، وتضاف إليه حالات أخرى كما هو الشأن في حالة بيع ملك الغير.

وقد عبر القانون المصري عن البطلان المطلق بعبارة البطلان المجرد، وعن البطلان النسبي بعبارة الحق في الإبطال⁽²⁾.

وبتتبع واستقراء المواد التي تناولت أحكام البطلان نجد المشرع الجزائري استعمل مصطلحات نوجزها في الآتي:

- استعمل عبارة العقد الباطل بطلانا مطلقا، وذلك في المادة 102 التي تنص: «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا...».

- استعمل عبارة العقد الباطل، وذلك كنص المادة 97: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا».

- أما عبارة العقد الباطل بطلانا نسبيا فلم يستعملها، واستعمل عبارة العقد القابل للإبطال كنص المادة 105: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال...».

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص 76.

(2) ينظر جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دط، 1995م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر)، ج 1، ص 247.

وهكذا يتبين من نصوص القانون المدني الجزائري أن المشرع اعتمد التقسيم الثنائي للبطلان.

أما العقد الصحيح في القانون المدني الجزائري هو: «ما توافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي تطلبها المشرع»⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على تحديد مفهوم البطلان المطلق، إذ رتب كل منهم البطلان على تخلف ركن من أركان العقد، بينما ذهب القانون الوضعي إلى إضافة نوع آخر أطلق عليه لفظ البطلان النسبي وهو ما توافرت أركانه ولم يستوف أحد شرطي صحته.

كما اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على معنى العقد الصحيح، وهو العقد الذي توافرت أركانه وشروطه، وترتبت عليه جميع آثاره.

ونخلص في الأخير إلى تحديد العلاقة بين الطوارئ والبطلان، وذلك أن بعض الطوارئ التي تطرأ على القسمة قد يترتب عليها بطلان القسمة وفسادها.

الفرع الثالث: علاقة الطوارئ بنواقض والعوارض.

1- تعريف النواقض:

قد يعبر عن الطوارئ بنواقض القسمة، وذلك بالنظر إلى مآل هذه الطوارئ التي قد تؤدي إلى نقض القسمة.

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د، ط، د، ت (دار هوميه،

والنقض لغة: «النقض في البناء والحبل والعهد، وغيره ضد الإبرام كالانتقاض والتناقض»⁽¹⁾، والنقض: «إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء وهو ضد الإبرام»⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾⁽³⁾.

وقد عبر عن الطوارئ كذلك بالعوارض، لأنها تعترض لزوم القسمة فتؤدي إلى فسخها وينتفي استمرارها.

2- تعريف العوارض:

العوارض لغة: «من عرض له أي ظهر...، وقوله تعالى: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرَضًا﴾⁽⁴⁾، أي أبرزناها حتى نظروا إليها»⁽⁵⁾.

وقد عبر القانون المدني الجزائري بالنواقض دون الطوارئ، لأنه نظر إلى مآل ونتيجة الطوارئ من نقض القسمة وفسخها⁽⁶⁾.

وهذه الطوارئ، أو العوارض إما تكون بسبب إدعاء الغلط أو الغبن أو بسبب الاستحقاق أو بسبب ظهور عيب بعد القسمة، أو ظهور دين على الميت أو وارث جديد أو موصى له بعد القسمة. وستكلم عن أحكام هذه الطوارئ في الفصل الثاني.

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 656.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج 6، ص 4534.

(3) سورة النحل، الآية 92.

(4) سورة الكهف، الآية 100.

(5) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص 235.

(6) الفسخ هو: «حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم لجانين، لإخلال التعاقد الآخر بالتزامه»، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2004م، (منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر)، ص 241.

الفصل الثاني: أحكام طوارئ القسمة

علمنا مما سبق أن القسمة طريقة انتفاع كل مالك شريك بما يملك من المال انتفاعاً كاملاً، فإذا تمت القسمة، وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالتراضي فقد لزم، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يستقل بنقضها أو يعدل عنها، ما لم يوجد سبب يقتضي ذلك، مع العلم أن كلا من الفقه المالكي والقانون الجزائي يحرصان على استقرار القسمة التي تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف وينتفي بما يطرأ على القسمة من طوارئ توجب إعادة النظر فيها.

ويمكن حصر الطوارئ التي توجب إعادة النظر في القسمة من نقضها أو تصحيحها فيما يلي:

- 1- الغبن
- 2- العيب
- 3- الاستحقاق
- 4- الوارث
- 5- الموصى له
- 6- الدين

ومن خلال هذا التقديم اشتمل هذا الفصل ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: طرء الغبن على القسمة
- المبحث الثاني: طرء العيب أو الاستحقاق على القسمة
- المبحث الثالث: طرء وارث أو موصى له أو دين على القسمة

المبحث الأول: طروء الغبن على القسمة

للغبن تأثير في كثير من المعاملات والعقود، إلا انه أحيانا يناط به الحكم صراحة فيوجب الرد ويفسخ العقد به، وأحيانا لا يناط به الحكم إلا إذا صاحبه تغير⁽¹⁾، أو تدليس⁽²⁾، أو غلط⁽³⁾، أو استغلال⁽⁴⁾.

ونجد فقهاء المالكية تعاملوا مع الغبن الواقع في العقود على عدة اعتبارات واتجاهات، ففي بعض العقود أوجبوا الرد مطلقا، وفي البعض الآخر لم يعتد بالغبن إطلاقا، وبعضهم أوجب الرد بالغبن إذا جاوز حدا معينا، بينما المشروع الجزائري اعتد بالغبن على أساس أنه مظهر مادي للاستغلال.

وتناول كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري طروء الغبن على القسمة مع اتفاقهما على أن القسمة تقوم على مبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين، فإذا حصل غبن أدى إلى اختلال هذا المبدأ.

ومن خلال هذا التقديم اشتمل هذا المبحث على مطلبين:

- (1) التغير: من الغرر وقد سبق شرحه ص خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة..
- (2) التدليس: «إبداء البائع ما يوهم كمالا فيما يبيعه كذبا، أو كتم عيبه»، محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج01، ص370، وعرفه فقهاء القانون الوضعي بأنه: «كل حيلة أو خدعة لإيقاع الشخص في غلط بحمله على التعاقد»، توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، دط، 1988م، (الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر)، ص144.
- (3) الغلط: «أن يذكر محل العقد المعين موصوفا بوصف ثم يتبين أن الوصف غير متحقق فيه» محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دط، 1997م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)، ص416. وهو: «أن يظهر بعد تمام العقد أن المعقود عليه يختلف عما كان في نفس المتعاقد، أو أن ذاته أو صفته ليست هي المتفق عليها»، أحمد فرج حسن، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص292.
- (4) الاستغلال: «عدم تعادل واضح أو غير مألوف في التعامل بين ما يعطه أحد المتعاقدين وبين ما يأخذ مقدرًا وقت العقد، وينشأ عن استغلال الطرف الآخر لحالة الضعف التي وجد فيه المتعاقد»، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، دط، دت، (منشأة المعارف الإسكندرية مصر)، ص10.

- المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن.
- المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة.

المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن

الفرع الأول: خيار الغبن

نتناول خيار الغبن في الفقه المالكي ثم في القانون المدني الجزائري ثم نقارن بينهما.

أولاً: خيار الغبن في الفقه المالكي

قبل الوقوف على خيار الغبن لا بد من تعريفه لغة واصطلاحاً.

1- تعريف الغبن:

أ- لغة: جاء في لسان العرب: «والغبن في البيع والشراء: الوكس، غبنه يغبنه غبنا أي خدعه، وغبنت في البيع غبنا إذا غفلت عنه بيعا كان أو شراء...، والتغابن أن يغبن القوم بعضهم بعضاً، ويوم التغابن يوم البعث من ذلك، وقيل: سمي بذلك، لأن أهل الجنة يغبنون فيه أهل النار بما يصير إليه أهل الجنة من النعيم ويبقى فيه أهل النار من عذاب الجحيم»⁽¹⁾.

وجاء في مختار الصحاح: «غبنه في البيع خدعه وبابه ضرب، وقد غبن فهو مغبون وغبن رأيه من باب ضرب، إذا نقص فهو غبين أي ضعيف الرأي»⁽²⁾.

وجاء في المصباح المنير: «وغبنه أي نقصه، وغبن بالبناء فهو مغبون أي منقوص في الثمن»⁽³⁾. فالغبن هو النقص.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص3211.

(2) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص275.

(3) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص168.

ب- اصطلاحاً: نقل الخطاب عن ابن الحاجب⁽¹⁾: «الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو اشتراها كذلك»⁽²⁾. وعرفه ميارة⁽³⁾ بقوله: «أن يشتري أكثر من القيمة فيغبن المشتري أو يبيع أقل من القيمة بكثير فيغبن البائع»⁽⁴⁾.

يلاحظ من خلال التعريفين أن تعريف الخطاب للغبن اشتمل على بيان شروط الغبن، كما أنه حصر الغبن في البيع والشراء فقط، بينما تعريف ميارة كان أوضح إلا أنه قصر وقوع الغبن في البيع والشراء فقط.

وذهب بعض المعاصرين إلى تعريف أوضح للغبن، فعرفه بأنه: «أن تطغى مصلحة أحد العاقدين على مصلحة الآخر، بحيث لا يكون التوازن بين ما يأخذ وما يعطي»⁽⁵⁾.

وعرف بتعريف قريب منه: «الغبن يراد به أن يكون أحد البدلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد»⁽⁶⁾. فالغبن هو عدم التكافؤ بين العوضين بأن تطغى مصلحة أحد العاقدين على مصلحة الآخر.

2- خيار الغبن:

ونعني بهذا هل للشخص المغبون الحق في فسخ العقد بالغبن أم لا؟

(1) هو أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب، الملقب بجمال الدين، الإمام العلامة، الفقيه الأصولي، النحوي، له مختصر في الأصول، والكافية في النحو، الشافية في الصرف، ت646هـ، الديباج المذهب، ص289، شجرة النور، ص167.

(2) محمد الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه: زكرياء عميرات، ط1، 1995م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج6، ص398.

(3) هو عبد الله بن محمد بن أحمد ميارة، الفقيه، الفصيح، له شرح على التحفة وشرحان على المرشد المعين، ت1051هـ، شجرة النور، ص309.

(4) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص39.

(5) مصطفى الزرقاء، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ج1، ص378.

(6) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، 1996م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)، ص356.

للغبن تأثير في كثير من العقود في الفقه الإسلامي بصفة عامة إلا أن الفقه المالكي له تعامل خاص مع وجود الغبن في العقود نبينه فيما يأتي:

– غبن يقام به قل أو أكثر: وهو الغبن في استرسال واستسلام المشتري للبائع⁽¹⁾.

– غبن لا يقام به قل أو أكثر في البيع: وهذا هو المعتمد في المذهب المالكي، قال خليل: «ولا يغبن ولو خالف العادة»⁽²⁾، أي لا يرد المبيع بالغبن حتى ولو خالف عادة الناس وعرفهم بأنهم يتغابنون به وذلك لاستقرار المعاملات.

– غبن يقام به إذا جاوز الثلث: وهو قول بعض البغداديين مثل ابن القصار⁽³⁾ لكن رد ابن رشد الجدل هذا القول لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس في غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض»⁽⁴⁾، فوقف هذا القول لو زاد المشتري في البيع أكثر من قيمة الثلث أو باع بنقصان الثلث فسخ العقد⁽⁵⁾.

– غبن يقام به بشروط: وهذا ما جرى عليه القضاء والعمل الأندلسي والفاصي، ونظم هذه الشروط ابن عاصم في تحفته⁽⁶⁾.

فشرطه أن لا يجوز العاما	ومن يغبن في مبيع قاما
والغبن في الثلث فما زاد وقع	وأن يكون جاهلا بما صنع
وليس للعارف من قيام	وعند ذا يفسخ بالأحكام

(1) ينظر: محمد بن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ص300.

(2) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص185.

(3) هو القاضي أبو الحسن علي بن أحمد البغدادي، تفقه بالأبهري، كان أصوليا نظارا، ت398هـ، الديباج المذهب، ص296.

(4) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر البادي، رقم الحديث 1522، ج3، ص1157، بلفظ: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض»، قال العجلوني قوله في غفلاتهم: «زادها ابن شبيبة وعزاها لمسلم واعترضه غيره بأنها ليست لمسلم»، كشف الخفاء، ط1، 2000م، (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان)، ج1، ص215.

(5) ينظر: محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص215.

(6) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص51.

فنخلص أن هذه الشروط هي:

- 1- القيام بالغبن لا يتجاوز العام.
- 2- أن يكون جاهلاً.
- 3- أن يكون مقدار الغبن ثلثاً فأكثر.

- **غبن يقام به ويوجب الرد:** وهذا في بيع الوصي أو الوكيل، فإن فات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه بما وقع فيه الغبن، ولا يتقيد الغبن بثلث أو غيره بل ما نقص عن القيمة نقصاً بينا أوزاد عليه زيادة بينة، ولو لم يكن الثلث، وهذا ما صوبه ابن عرفة⁽¹⁾.

- **غبن يقام به ويوجب الرد إذا بلغ الثلث قياساً على الوصية:** وهذا ما رجحه بعض المالكية، فقال ابن العربي⁽²⁾: «فقد علمنا أن الثلث لهذا الحد، إذ رأوه حداً في الوصية أوفي غيرها»⁽³⁾.

ونخلص مما تقدم أن فقهاء المالكية يتعاملون مع الغبن بناء على:

- 1- إذا كان الغبن مصحوباً بتغيير فهذا يوجب الرد والفسخ لقوله صلى الله عليه وسلم: «غبن المسترسل حرام»⁽⁴⁾، فالغبن ظلم وضرر والظلم والضرر يرفعان ويُزالان.
- 2- إذا كان الغبن مجرداً من التغيير فعلى المعتمد في المذهب المالكي لا يقام به إلا في بيع الوصي أو الوكيل.

(1) ينظر: أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص63.

(2) هو أبو بكر محمد بن عبد الله الملقب بابن العربي، الإمام العلامة الحافظ المتبحر، ختام علماء الأندلس، وآخر أئمتها وحفاظها، درس الفقه والحديث، أتقن مسائل الأصول والكلام، والخلاف، أبرز تصانيفه: «أحكام القرآن»، ت476هـ، الديباج المذهب، ص376، وشجرة النور، ص136.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تح: علي البحايوي، دط، 1974م، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)، ج1، ص1816.

(4) أخرجه الطبراني عن أبي أمامة، قال في المجمع: «وفيه موسى بن عمير وهو ضعيف جداً»، نور الدين بن علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، ص76.

3- جرى العرف والعمل القضائي على اعتبار الغبن المجرد إن كان ثلثا فأكثر وقام بقرب دون السنة، ولم يكن المتعاقد عارفا به وقت العقد، وهو قول البعض الأندلسيين مثل ابن العربي وابن عاصم.

4- ذهب بعض البغداديين مثل ابن القصار على اعتبار الغبن إذا جاوز الثلث.

ثانيا: خيار الغبن في القانون الجزائري.

1- تعريف الغبن:

عبرت المادة 90 / 1 من القانون المدني الجزائري عن الغبن المجرد المادي: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر».

وعرفته المحكمة العليا بأنه: «اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد، فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال»⁽¹⁾.

وعرف بأنه: «عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص وبين ما يلتزم به»⁽²⁾.

كما أن الغبن هو: «عدم التعادل بين ما يأخذه الإنسان وبين ما يعطيه، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى، مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ»⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا، غ أش، 3 أبريل 1985م، ملف رقم 33131، م ق 1989م، 04، غ م 1985/03/06م، ملف رقم 34834، م ق، 1990م، ص36. نقلا عن: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، دط، 2001م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص127.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر) ج01، ص65.

(3) علي حسن الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، 2002م، (دار وائل للنشر، عمان، الأردن)، ص108.

وخلاصة مما سبق يتبين أن الغبن هو عدم التعادل والتوازن بين المتعاقدين، نتيجة ما يأخذه كل عاقد وما يعطيه.

2 - خيار الغبن:

يتبين من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أن المشرع يعتد بالتفاوت إذا كان فادحاً غير مألوف، ولم يحدد الغبن بحد معين حتى يتبين عدم التعادل، وإنما ترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة الغبن المجرد لوحده بل لا بد من توفر معنى الاستغلال، وبذلك يكون الغبن المظهر المادي للاستغلال، وهذا ما يفهم من نص المادة 90: «... وتبين أن المتقاعد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتقاعد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً...».

ومع ذلك فإن المشرع أبقى على بعض الحالات التي يقام فيها بالغبن المجرد عن الاستغلال والتغيرير وهذا ما نصت عليه المادة 91 من القانون المدني الجزائري: «يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود».

وهذه العقود جاءت واردة على سبيل الحصر في نصوص لا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، وهذه الحالات في القانون المدني الجزائري هي: عقود الإذعان، بيع العقار بما يزيد عن الخمس، حقوق المؤلف، القسمة، المقايضة⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري في تعريفه للغبن يتفق مع الفقه المالكي بأن الغبن هو عدم التوازن بين البدلين في عقد المعاوضة.

كما أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الاستغلال واعتبر الغبن المظهر المادي له فاثبت حق الفسخ للمغبون، وهذا ما عبر عنه المالكية بغبن المسترسل، والغبن لا يقوم في حالة بيع الاسترسال

(1) ينظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص 133-136.

إلا مع التغير والاستغلال، كما أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الغبن المجرد في بعض العقود كعقد القسمة، وبيع العقار، وهذا بخلاف المعتمد في المذهب المالكي الذي يرى أن الغبن في البيع لا يوجب الفسخ قل أو أكثر، لكن القضاء والعرف المالكي، وآراء بعض الفقهاء البغداديين والأندلسيين يرون فسخ العقد بالغبن إذا توفرت فيه شروط معينة.

الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن

للغبن تأثير في القسمة لأنه يخل بمبدئها وهو العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أنه قد يؤثر في بعض أنواع القسمة دون بعض، وهذا في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن في الفقه المالكي

قبل البدء في الأنواع التي يجوز نقضها بالغبن يجدر بنا أن ننبه بأن فقهاء المالكية يعبرون تارة بالغبن، ويعبرون تارة أخرى بالغلط بدل الغبن، ومن المعلوم أن الغلط في القيمة غبن، وأن الغبن قد يكون بسبب الغلط وقد يكون بسبب الجور، فقد جاء في الشرح الصغير: «ونظر في دعوى جور أو غلط...، والمراد بالجور ما كان عن عمد، والغلط ما كان عن خطأ⁽¹⁾».

وبما أن الغبن له تأثير على إرادة المتقاسمين ففقهاء المالكية تكلموا عن أنواع القسمة التي تنقض بالغبن على هذا الأساس:

1- قسمة القرعة:

والقرعة كما تقدم تميز حق ونصيب كل شريك، ولا بد فيها من مقوم، ويجبر عليها من أباه، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس من الأصول والحيوان والعروض وجعلت تطيباً لأنفس المتقاسمين.

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص274-275.

فقد ذهب فقهاء المذهب المالكي قولاً واحداً على وجوب فسخ قسمة القرعة إذا ثبت فيها غبن، فجاء في بداية المجتهد: «فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب»⁽¹⁾.

وعلل فقهاء المذهب المالكي وجوب القيام فيها بالغبن إذا ثبت، لأن كل واحد من المتقاسمين دخل على قيمة مقدرة، وذرع معلوم فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع⁽²⁾.

فالغبن وقع في تقويم وتعديل المقوم، وهذا لا بد فيه من المساواة بين المتقاسمين فإن وقع جور أو غلط وجب رفعه وإزالته.

وجرى القضاء والفتوى على نقض قسمة القرعة بالغبن بالنسبة للقضاء قال ابن عاصم عند نظمه لأحكام قسمة القرعة⁽³⁾:

وبين أهل الحجر ليس يمتنع قسم بها ومدعي الغبن سمع

فقوله: (ومدعي الغبن سمع) دليل على أن القضاء المالكي يوجب نقض القسمة بالقرعة للغبن.

وبالنسبة للفتوى فقد أفتى عليش: «إذ القسمة الواقعة ابتداءً إن كانت قرعة فحكمها النقص بظهور الجور أو الغلط»⁽⁴⁾.

يتبين مما سبق أن فقهاء المالكية يوجبون نقض القسمة بالغبن بناءً على أنها تميز حق لا بيع، والتمييز لا بد أن يكون مبنياً على المساواة والعدالة بين المتقاسمين، فإن انتفت المساواة حصل الضرر لأحد المتقاسمين، والضرر يزال كما هو معلوم كقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص270.

(2) ينظر: محمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص29.

(3) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص53.

(4) محمد عليش، فتح العلي المالكي، ج2، ص214.

2- قسمة المراضاة:

إذا وقع غبن في قسمة المراضاة ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بينما إذا كانت قسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم أو مراضاة بغير تعديل ولا تقويم.

- قسمة مراضاة بلا تعديل ولا تقويم: وهذه القسمة لا يقام فيها بالغبن، لأنها بيع من البيوع باتفاق، وعلل فقهاء المالكية عدم القيام بالغبن في قسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم لأنها كبيع المساومة⁽¹⁾⁽²⁾، وبيع المساومة لا بد فيه من المشاحة والمغالبة والمغابنة.

ففقهاء المالكية يرون عدم النظر في دعوى الغبن في المراضاة بلا تقويم ولا تعديل لأنها محض بيع فهي لازمة سواء تفاحش الغبن أو ثبت⁽³⁾.

- قسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم: وهي بيع على المشهور، وقد ذهب فقهاء المالكية على أنها تنقض بالغبن إلحاقاً لها بالقرعة، لأن كل واحد من المتقاسمين دخل على قيمة مقدرة وقدر معلوم⁽⁴⁾.

وعلل المالكية القيام بالغبن في قسمة المراضاة بعد تعديل وتقويم بأنها كبيع المراجعة⁽⁵⁾⁽⁶⁾، وبيع المراجعة لا يتغابن فيه.

(1) بيع المساومة: «أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتى يتفقا عليه، من غير تعريف بكم اشتراه، وهذا البيع أسلم من الفساد من المراجعة، وأحب إلى العلماء، ويحرم فيه الغش والتدليس بالعيب، ولا يقام فيه بغبن على المشهور»، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص197.

(2) ينظر: محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج1، ص61.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص61.

(4) ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص61.

(5) المراجعة: «أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها، ويأخذ منه رجماً إما على الجملة مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة وترجني دينارين، وإما على التفصيل وهو أن يقول: ترجني درهما لكل دينار أو غير ذلك»، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص198.

(6) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص275.

ولكن القضاء المالكي وبعض المالكية مثل ابن العربي وابن القصار ذهبوا إلى اعتبار الغبن في البيع سواء كان مراجعة أو مساومة إذا جاوز حدا معيناً، وبالحاق قسمة المراضاة بالبيع كما سبق ذكره فلها حكم البيع من حيث الرد بالغبن، والقسمة تقوم على أساس مبدأ المساواة والعدالة بين المتقاسمين، والغبن فيه نقص وضرر يلحق بأحد المتقاسمين، والشريعة الإسلامية جاءت لرفع الضرر ودرئه، كما أن الغبن من حيث الحكم التكليفي لا يجوز في معاملة الدنيا، والله سبحانه وتعالى خص التغابن بيوم القيامة، فقال جل شأنه: ﴿...ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ...﴾⁽¹⁾، وفيه دلالة بأن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع، لأنه من باب الخداع المحرم في كل ملة⁽²⁾.

فقسمة المراضاة بنوعيتها تنقض بالغبن بشروطه المنصوص عليها في المذهب المالكي.

ثانياً: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن في القانون الجزائري

1- القسمة الرضائية:

من المعلوم أن القسمة تخضع لمبدأ المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقع في القسمة غبن يؤدي إلى تخلف هذا المبدأ جاز نقضها والرجوع إلى حالة الشروع.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 732 من القانون المدني على: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته»⁽³⁾.

(1) سورة التغابن، الآية 39.

(2) ينظر: محمد بن العربي، أحكام القرآن، ج4، ص1816.

(3) تقابلها المادة 845 من القانون المدني المصري.

ولقد قررت المحكمة العليا: «في قضية ملكية شائعة قسمة التراضي رجوع فيها دون إثبات الغبن لا يجوز:

من المقرر قانوناً أنه لا يجوز في قسمة التراضي الرجوع إلا إذا أثبت أن أحد المتقاسمين لحقه غبن يزيد على الخمس»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري طبق نص المادة 732 وذلك بأن الرجوع في قسمة التراضي لا يجوز إلا بإثبات الغبن من أحد المتقاسمين، فإن لم يثبت الغبن لا يجوز الرجوع فيها.

ويرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية، بأن وظيفة القسمة تتحقق متى ساد مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل واحد منهم على ما يعادل حصته الشائعة، فلا بد من تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة⁽²⁾.

فالفكرة التي يقوم عليها هذا الحكم هي تحقيق المساواة بين المتقاسمين فما دامت القسمة كاشفة عن النصيب فيجب أن يحصل المتقاسم على حصته الشائعة بعدل مساواة⁽³⁾.

2- القسمة القضائية:

وبالعودة إلى نص المادة 732 يظهر ويتضح بأن المشرع الجزائري لا يجيز نقض القسمة القضائية متبعاً في ذلك المشرع المصري الذي لا يجيز نقض القسمة القضائية للغبن.

ويرر الفقه عدم جواز نقض القسمة القضائية للغبن بأن المفروض في القسمة القضائية أنها محاطة بكل الضمانات التي من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة بينهم⁽⁴⁾.

(1) الملف رقم 43462، المؤرخ في 16/12/1987م، م ق، عدد3، سنة 1992م، ص14، نقلاً عن: عمر بن سعيد،

الاجتهاد القضائي، ط1، 2001م، (مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة، الجزائر)، ص249.

(2) ينظر: نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص154.

(3) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (دار النهضة، بيروت، لبنان)، ص237.

(4) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص901.

لكن هذا التبرير لا يسلم به، لأن هذه الضمانات قد تتخلف بسبب من الأسباب كسهو أو خطأ من القاضي، ومن المعلوم أن قضاء وحكم القاضي مقيد بالعدالة والمساواة، فإذا أخطأ القاضي في حكمه أدى ذلك إلى ضرر بالمتقاسم و أكل أموال الناس بالباطل، وما بني على باطل فهو باطل، لذا الأظهر أن يعدل المشرع الجزائري من نص المادة 732، أو يستحدث نصا جديدا ينص فيه على نقض القسمة القضائية متبعا في ذلك رأي بعض فقهاء القانون الذين نصوا على تعديل المادة 845 مدني مصري⁽¹⁾.

المقارنة:

يتفق كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري على أن المساواة والعدل بين المتقاسمين هي روح القسمة، فلا بد من مراعاة هذا المبدأ في جميع أحكام القسمة، إلا أن هذا المبدأ قد يتخلف لظهور الغبن في القسمة.

ولكل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري رأي وتعامل في أنواع القسمة التي يؤثر فيها الغبن فيجيز نقضها، قد يتفقان أو يختلفان:

- إذا كانت القسمة الاتفاقية بمعدل وحصل فيها غبن فإن الفقه المالكي يجيز نقضها، وفي هذا يتفق القانون المدني الجزائري والفقه المالكي.

- إذا كانت القسمة الاتفاقية بغير معدل فلا تنقض عند جمهور المالكية بخلاف القانون المدني الجزائري الذي يرى النقض بمعدل أو بغير معدل، إلا أننا نجد بعض فقهاء المالكية مثل ابن العربي وابن القصار يعتبرون الغبن في العقود إذا جاوز حدا معيناً.

- إذا كانت القسمة قرعة نقضت بالغبن قولاً واحداً في المذهب المالكي، وهي القسمة التي يجبر عليها من أبائها بشرط انتفاء الضرر، بينما نجد القانون المدني الجزائري يرى عدم جواز نقضها، وتبين رجحان الفقه المالكي في نقض القسمة القضائية بالغبن، لأن حكم القاضي مقيد بالعدالة والمساواة، واتضح عدم قوة ووجهة التبرير القانوني.

(1) ينظر محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص 376.

المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة

علمنا مما سبق أن الغبن يميز نقض القسمة لفوات شرط العدالة بين المتقاسمين، وفي هذا المطلب سنتكلم عن أحكام ودعوى الغبن في القسمة.

الفرع الأول: أحكام الغبن

يقتضي الكلام عن أحكام الغبن أن نبين مقدار الغبن ووقت حسابه وحالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: أحكام الغبن في الفقه المالكي

1- مقدار الغبن:

للغبن تأثير في نقض القسمة، لكن فقهاء المالكية يفرقون بين الغبن الفاحش واليسير:

- بالنسبة لقسمة المراضاة: جاء في حاشية الدسوقي: «فإن وجد الجور أو الغلط فيها فاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم نقضت، وأما إن ثبت الجور أو الغلط بقول أهل المعرفة نقضت إن كان الجور كثيراً لا قليلاً... وحكى ابن عرفة عليه الاتفاق»⁽¹⁾.

فقسمة المراضاة تنقض بالغبن الفاحش لا اليسير، وعلة ذلك أن اليسير لا يجترز منه ولا تكاد تخلو منه قسمة.

أما بالنسبة لقسمة القرعة فإذا كان الغبن فاحشاً فتنقض به اتفاقاً كما تقدم⁽²⁾، لكن «اختلف في الغبن اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير، فذهب ابن أبي

(1) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(2) ينظر ص1.

زيد القيرواني⁽¹⁾ وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبي ذلك آخرون وقالوا تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه ولا يفرق فيه بين القليل والكثير⁽²⁾.

والظاهر أن الغبن اليسير معفو عنه لأنه لا يمكن الاحتراز منه، ولو نقضت القسمة بالغبن اليسير ما استقرت قسمة إطلاقاً، وعاد الناس إلى حالة الشروع وما ينجر عن ذلك من مساوئ وأضرار على المشتاعين، فالقول القائل بالعفو عن الغبن اليسير متماشي مع روح الشريعة في استقرار المعاملات ومراعاة المصلحة العامة.

لكن ما هو الحد الفاصل بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الذي به تنقض القسمة؟

هناك ثلاثة أقوال في المذهب المالكي:

– القول الأول:

ذهب بعض المالكية إلى أن تحديد الغبن يترك لعرف وعادات الناس، فما تعارف الناس على تحمله لا يعتد به، وما تعارف الناس على عدم تحمله فهو غبن فاحش، يفسخ به العقد وهذا ما يفهم من كلام خليل: «ولا بغبن ولو خالف العادة» إلى وجود الخلاف باعتبار العرف والعادة، فبعض المالكية يحددون الغبن على حسب عادات وأعراف الناس.

– القول الثاني:

ذهب بعض المالكية إلى أن تحديد الغبن يترك لأهل المعرفة، فإن ثبت الغبن بقول أهل المعرفة نقضت القسمة، وإن لم يثبت لا تنقض⁽³⁾.

(1) هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، العالم الجليل، فقيه القيروان، أشهر كتبه: «الرسالة»، و«النوادر والزيادات»، ت386هـ، الديباج المذهب، ص222، شجرة النور، ص96.

(2) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص791.

(3) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص191.

- القول الثالث:

ذهب بعض المالكية إلى تحديد الغبن بمقدار معين وغايتهم استقرار المعاملة، فحدده بعضهم بالثلث قياساً على الوصية مثل ابن العربي وابن عاصم وبعض الأندلسيين، وحدده بعض البغداديين مثل ابن القصار بما زاد عن الثلث⁽¹⁾.

ويظهر مما سبق رجحان القول الأول، لأن تحديد الغبن لم يرد فيه نص مع ورود النهي عنه «غبن المسترسل حرام»، وتحديد بقل أهل المعرفة والخبرة ليس مضطرباً في كل الحالات، لأنهم لا يسلمون من الوقوع في الخطأ أو عدم الاتفاق، بينما تحديده بالعرف والعادة فهو ضابط مرن يساير كل قوم على حسب عرفهم وعاداتهم.

2- كيفية حساب الغبن ووقت حسابه:

إذا أراد الشريك المغبون معرفة هل أصابه غبن يميز له نقض القسمة أو لا؟ قال فقهاء المالكية أن الغبن يثبت بقول أهل الخبرة أو بتفاحشه حتى يظهر لغير أهل المعرفة⁽²⁾.

فتقرير الغبن وحسابه يكون بالالتجاء إلى أهل الخبرة والمعرفة، فيقومون المال محل القسمة ويقدر الغبن، فإن كان مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو جرت العادة أو العرف على اعتباره تنقض به القسمة، وإن كان غير ذلك لا تنقض القسمة به⁽³⁾.

ولمعرفة مقدار الغبن لا بد من إعادة تقويم محل القسمة، ويقام بمقابلة حصة المدعي مع ما يستحق من المال الشائع.

(1) ينظر: أبو بكر محمد بن العربي، أحكام القرآن، ج4، ص1816، و محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، ج2، ص39.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(3) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص384.

وأما وقت حسابه فلا شك فيه أنه وقت القسمة، أي الوقت الذي تم فيه تقدير المال الشائع، فلا عبرة بوقت بدء الشروع ولا عبرة بوقت ادعاء الغبن.

ثانياً: أحكام الغبن في القانون الجزائري

1- مقدار الغبن:

يتضح من نص المادة 732 أن المشرع الجزائري حدد مقدار الغبن الناقض للقسمة بما يزيد عن الخمس: «فيجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس»، وهذا ما قضت به المحكمة العليا: «من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس»⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع الجزائري سلك نفس المنهج في تحديده لمقدار الغبن بما يزيد عن الخمس كما فعل في تحديد الغبن بما يزيد عن الخمس في بيع العقار⁽²⁾. إلا أن في بيع العقار إذا أكمل الثمن إلى أربعة أخماس لا يفسخ بخلاف القسمة فلا بد من إكمال ما نقصه، وكذلك الغبن يكون في القسمة واقع على العقار والمنقول على حد سواء.

ويرر الفقه تحديده للغبن بما يزيد عن الخمس «لاستقرار التعامل، إذ لو فتح مجال الطعن في القسمة لمجرد التفاوت في الأنصبة ما استقرت قسمة»⁽³⁾.

لكن هناك بعض الفقهاء عابوا هذا التحديد ورأوه مجافياً لروح العدالة والمساواة في القسمة، وضرب السنهوري مثالا بين فيه قصور هذا التحديد فقال: «فإذا فرض أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ 5000 جنية، وكان هناك شركاء خمسة بخصص متساوية، كان الواجب أن تكون قيمة النصب المفرز لكل شريك 1000 جنية، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه

(1) القرار رقم 43462 المؤرخ في 16/12/1987م، م ق، 1992م، عدد3، ص14، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90.

(2) ينظر: المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

(3) نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص145.

القسمة، أن تترل قيمة المال المفروز الذي وقع في نصيبه أقل من 800 جنيه،... فإن فرضنا أن أربعة من خمسة شركاء كانت قيمة نصيب كل واحد منهم 800 جنيه فيكون مجموع أنصبة الأربعة 3200 جنيه في القسمة، لأن الغبن الذي أصاب كل الشركاء الأربعة لا يزيد عن الخمس⁽¹⁾.

ومن هذا يؤخذ على المشرع تحديده للغبن بهذا المقدار بأنه تحديد لا يكفل المساواة والعدالة بين المتقاسمين، ولا استقرار لقسمة فيها مجافاة لروح العدالة والمساواة.

2- كيفية حساب الغبن ووقت حسابه:

لكي نعرف أنه وقع في القسمة غبن يجيز نقضها فلا بد من تقدير المال الشائع من القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال ثم المقارنة بين نصيب كل شريك الذي خصص له وقيمة الحصة الشائعة، وأما وقت تقدير الغبن هو وقت القسمة فلا يعتد بأمر يحدث بعد القسمة فيزيد من هذه القسمة أوي نقص منها، ولا يعتد بوقت بدأ الشروع⁽²⁾.

ولقد قررت المحكمة العليا بأن عمل الخبير يقوم على:

1- تقييم أموال التركة وقت القسمة.

2- تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة.

3- ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد عن الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسط، ج8، ص 903-904.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ج 08، ص 903-904.

(3) القرار رقم 19926، المؤرخ في 14/04/1982م، ن م 1982م، عدد خاص، ص107، نقلا عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص90،89.

3- الغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود:

هذه المسألة تكلم عنها فقهاء القانون وصورتها أن تقسم القسمة إلى أكثر من عقد ولا تتم بعقد واحد، فإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود، ووقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود، لا إلى كل عقد على حدة، إذ ربما قد يغبن المتقاسم في عقد ويأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر، ومن ثم إذا تبين أن المتعاقد قد لحقه غبن يزيد عن الخمس في مجموع هذه العقود كان له طلب نقض العقود جميعها⁽¹⁾.

وعلل فقهاء القانون جواز نقضها: «لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة»⁽²⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية لهم اتجاهات وأقوال في تحديد مقدار الغبن الناقض للقسمة مع اتفاقهم على أن يكون الغبن فاحشا، واتضح أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول بأن تحديد الغبن يخضع لعادة وعرف كل بلد.

بينما نجد القانون المدني الجزائري يحدد الغبن بمقدار معين متفق مع أصحاب الرأي الثالث مع اختلاف في المقدار، وتبين أن هذا التحديد قد لا يكفل المساواة بين المتقاسمين، لذا عابه بعض فقهاء القانون، لذلك فالأجدد بالمشروع الجزائري أن يترك ضابط التحديد لعرف وعادات الناس، فهو ضابط مرن مسابر لكل الأوقات والأزمان، وطبيعة محل القسمة من حيوان أو منقول أو عقار.

كما أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في كيفية حساب الغبن ووقت تقديره.

(1) ينظر: محمد البكري، قسمة المال الشائع، ص 90.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، ص 905.

أما بالنسبة للغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود فلم أجد على حسب اطلاعي صورة هذه المسألة، إلا أنه من الواضح جواز نقضها للغبن باعتبار مجموع العقود، لأن القسمة إلا أطلقت لا يراد منها إلا القسمة النهائية، وباعتبار أن المتقاسم أصابه ضرر بالغبن والضرر يزال كقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: دعوى الغبن في القسمة

لكل دعوى خصوم تتمثل في المدعي والمدعى عليه، فالمدعي في القسمة هو المتقاسم المغبون، والمدعى عليه هم باقي الشركاء، وسنتناول أحكام دعوى الغبن في القسمة في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: دعوى الغبن في الفقه المالكي

1- ميعاد رفع الدعوى:

اشترط فقهاء المالكية لسماع دعوى الغبن في القسمة ألا تمضي مدة تدل على الرضى وهذا لاستقرار القسمة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة.

فذهب بعضهم إلى أنه تقام دعوى الغبن في زمن قريب من القسمة، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن⁽¹⁾، وذهب بعض المالكية إلى تحديدها بسنة⁽²⁾، وذهب البعض الآخر إلى تحديدها بنصف السنة⁽³⁾، وذهب البعض الآخر إلى تحديدها بمدة تدل على الرضى إذا كان الغبن فاحشاً، فجاء في حاشية الدسوقي: «وأما لو كان متفاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم، فلا تنقض القسمة بدعوى مدعيه، ولو قام بالقرب حيث سكت مدة تدل على الرضى»⁽⁴⁾.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص345.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص275.

(3) أحمد الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص226.

(4) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص791.

يتضح مما سبق أن ميعاد رفع دعوى الغبن في القسمة مختلف فيه في الفقه المالكي، فهناك من حده بالعام، وهناك من حده بنصف العام، وهناك من حده بالقرب، وهناك من حده بمدة تدل على الرضى إذا كان متفاحشا، وتبرير كل هذا التحديد هو استقرار القسمة، لكن يؤخذ على من حده بالعام أو نصف العام أن محل القسمة يشمل العقار والمنقول، فتحديده بمدة معينة لا يتناسب مع طبيعة محل القسمة، وهذا ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل وظلم المتقاسم المغبون.

فالأرجح أن تحدد مدة ميعاد رفع الدعوى على حسب أعراف وعادات كل بلد، وعلى حسب محل القسمة من عقار أو منقول أو حيوان.

فلو اتبعت حسب هذا الرأي هذه المعايير لضمن استقرار القسمة.

ولكن لنا أن نتساءل: إذا انقضت هذه المدة هل تسقط الدعوى؟

من المعلوم في الشريعة الإسلامية أن الحقوق لا تسقط ولو طال الزمن وإن كانت الدعوى لا تسمع، فإذا انقضت المدة فإن القسمة لا تنقض عند فقهاء المالكية، ولكن للمتقاسم المغبون الحق في القيمة، وهذا ما يؤيده قولهم عند الكلام في فوات الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإنهم يرجعون إلى القيمة يقتسمونها⁽¹⁾.

فقهاء المالكية يرون أن دعوى الغبن لا تسمع إذا طال الزمن، لكن للمتقاسم المغبون أن يطالب بحقه في القسمة.

2- إثبات الغبن:

يكون للمتقاسم المغبون الحق في طلب نقض القسمة إذا أثبت وقوعه عمداً أو خطأً بينةً أو بنكول المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽²⁾.

(1) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3 ص791.

(2) رواه البيهقي في السنن الصغرى، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، رقم الحديث 4715، ج2، ص71، وقال العجلوني: قال النووي في أربيعة: حديث حسن، كشف الخفا، ج1، ص332.

وقد بين فقهاء المالكية ذلك، فقال الدردير: «ونظر في دعوى جور أو غلط، فإن تفاحش أو ثبت نقضت، وإلا حلف المنكر»⁽¹⁾.

ومعنى هذا أن الحاكم ينظر في دعوى جور أو غلط أحد المتقاسمين أن ما بيده أقل من نصيبه لجور أو غلط من القاسم، فإن تأكد من عدم ذلك منع المدعي من دعواه، وإن أشكل عليه الأمر بأن لم يعرف التفاحش أو البينة، حلف المنكر بدعوى صاحبه وإن تفاحش الغبن بأن ظهر لغير أهل المعرفة⁽²⁾.

وجاء في التاج والأكليل: «دعوى الغلط في القسم دون بينة أو تفاحش، يوجب حلف المنكر، وبأحدهما يوجب نقضه»⁽³⁾.

ونخلص من هذا أن إثبات الغبن يكون إما بالتفاحش، أو البينة أو نكول المدعي عليهم، فإذا ثبت الغبن بإحدى هؤلاء نقضت القسمة.

3- التنازل عن دعوى نقض القسمة بالغبن.

لم يتعرض فقهاء المالكية - على حسب اطلاعي في المسألة - عن تنازل المدعي عن دعواه، لكن ذهب بعض المعاصرين إلى جواز ذلك لأنه في الحقيقة يعبر عن تنازل المتقاسم المغبون عن حقه، وقد رضي بهذا التنازل، وكيف ذلك بقوله: «على أن هذا يعتبر من قبيل الصلح بالإبراء وقد أجاز الفقهاء ذلك»⁽⁴⁾. ولكن لا بد أن يكون هذا التنازل صريحاً، فلا عبرة بالتنازل الضمني، فلا بد من الإرادة الظاهرة⁽⁵⁾.

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص274.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص790.

(3) محمد الواق، التاج والإكليل بمأمش مواهب الجليل، ط2، 1987م، (دار الفكر، دب)، ج5، ص345.

(4) محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص293.

(5) ينظر: المرجع نفسه، ص293.

4- تجنب نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون.

ومعنى هذا: هل للمدعى عليه الحق في وقف سير دعوى نقض القسمة للغبن؟

جاء في حاشية الدسوقي: «إذا نكل قسم ما ادعى الآخر أنه حصل به الجور أو الغلط منهما على قدر نصيب كل، مثلا لو كانت حصة أحدهما تساوي عشرة والآخر تساوي خمسة عشرة على دعوى مدعي الجور أو الغلط، فالذي حصل به الجور ما يقابل خمسة فيقسم بينهما من غير رد يمين إن اتهمه المنكر»⁽¹⁾.

فإذا لم يستطع المدعي إثبات دعوى الغبن فتتوجه اليمين إلى المدعى عليه، فإذا نكل يقسم ما ادعى الشريك المغبون أنه حصل به غبن بينهما، فيفهم مما سبق أنه لو أكمل له النصيب المغبون فيه، صحت القسمة ولا تنقص، وهذا قاصر على حالة النكول⁽²⁾.

وهذا الحكم غايته استقرار ودوام القسمة.

ثانيا: دعوى الغبن في القسمة في القانون الجزائري

1- ميعاد رفع الدعوى.

تنص المادة 732 / 2 من القانون المدني الجزائري: «... يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته».

يتبين من نص المادة أن المشرع الجزائري حدد مدة ميعاد رفع الدعوى بالسنة التالية للقسمة رغبة منه في استقرارها، والسنة هنا هي مدة إسقاط لا مدة تقادم، فلا يرد عليها وقف ولا

(1) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص791.

(2) ينظر: محمد الضويبي، أحكام القسمة، ص395.

انقطاع، وتبدأ السنة من وقت تمام العقد، وتحسب بالتقويم الميلادي، فإذا انقضت السنة علم المغبون أو لم يعلم، كانت الدعوى غير مقبولة⁽¹⁾.

2- إثبات الغبن:

يقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس على الشريك الذي يدعي أنه لحقه غبن، ولهذا الشريك إثبات الغبن بجميع طرق الإثبات القانونية، بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية⁽²⁾.

والغالب في العمل أن المحكمة تندب خبيراً يقدر المال الشائع على الخطوات التالية:

1- تقييم أموال الشركة وقت القسمة.

2- تقييم قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة.

3- يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

يتضح مما سبق أن عبء إثبات الغبن يقع على عاتق الشريك المغبون بطرق الإثبات كالبينة والقرائن وذلك لأن القسمة تعتبر واقعة مادية، لكن الغالب والساري في المحاكم أن القاضي يندب خبيراً يقدر الحصص.

3- التنازل عن دعوى نقض القسمة بالغبن:

يجوز للشريك المغبون في القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة بأن يتنازل صراحة عن حقه في التمسك بنقض القسمة، فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية، كما يجوز أن يكون هذا التنازل

(1) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص960.

(2) ينظر: محمد البكري، قسمة المال الشائع، ص95.

ضمينيا، كما لو أنفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة بعد علمه بالغبن الذي لحق به، أو تصرف في المال المفروز بالبيع أو الهبة ونحو ذلك⁽¹⁾.

لكن لا يجوز للشريك أن يتنازل عن حقه مقدما في طلب نقض القسمة بالغبن، لأنه لا يجوز التنازل عن الحقوق قبل وجودها، وهذا الحق لا يوجد إلا بعد تمام القسمة وإفراز الحصص⁽²⁾.

4- تجنب نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون:

تنص المادة 732 / 2 من القانون المدني الجزائري على أن: «... وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينيا ما نقص من حصته». فيفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري جعل للمدعى عليه الحق في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينيا ما نقص من حصته.

ويبرر الفقه حق المدعى في وقف سير الدعوى بإكمال ما نقص المدعى من حصته نقدا أو عينيا، تحقيقا لاستقرار القسمة وتحقيقا للمساواة التامة بين المتقاسمين⁽³⁾.

فالمشرع لم يكتف بتكملة حصة المتقاسم إلى أربعة أخماس ما يستحق، بل لا بد من تكملة كل ما نقص من حصته، وهذا بخلاف ما فعل في بيع العقار المملوك، بحيث نص في المادة 1/358 من القانون المدني: «إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل»، وهذا لأن القسمة تقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين.

(1) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص154.

(2) ينظر: محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ص93.

(3) ينظر: نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص155.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن القانون المدني الجزائري يوافق ما ذهب إليه الفقه المالكي من ضرورة تحديد ميعاد رفع الدعوى، كما يتفق مع ما ذهب إليه بعض المالكية من تحديد ميعاد رفع الدعوى بسنة، لكن القانون المدني الجزائري يخالف المذهب المالكي في جعل هذه المدة مدة سقوط الحق المغبون برفع الدعوى والمطالبة بحقه، بينما ذهب الفقه المالكي إلى أن هذه المدة لا تسمع فيها الدعوى فقط، وللمغبون الحق في طلب حصته المغبون فيها، لأن الحقوق لا تسقط بأي حال في الشريعة الإسلامية.

كما أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في طرق إثبات الغبن، وبالنسبة لعمل المحاكم في انتداب الخبراء يتفق مع قول أهل المعرفة في الفقه المالكي.

لم يتكلم فقهاء المالكية عن مسألة تنازل المدعي المغبون عن دعواه، إلا أن بعض المعاصرين جوز ذلك، وكيف هذا التنازل على أساس أنه من قبيل الصلح بالإبراء، لكن اشترط بأن يكون هذا التنازل صريحا فلا بد من الإرادة الظاهرة، فلا يكفي التنازل الضمني، لأن الإرادة الباطنة لا بد أن تصحبها إرادة ظاهرة، وفي هذا يتفق مع القانون المدني الجزائري في جواز تنازل الشريك المغبون إذا كان عن دعواه إذا كان التنازل صريحا.

تكلم فقهاء المالكية عن مسألة حق المدعى عليه في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته، ولكن قصرها على حالة النكول، بينما ذهب القانون المدني الجزائري بأن للمدعي عليه الحق في وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته، سواء أثبت المدعي الغبن أم لم يثبت، فالقانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في حق المدعى عليه في وقف سير الدعوى، ولكن يختلف معه في:

- الفقه المالكي يوجب على المدعى عليه أن يكمل حصة المدعي عينا بخلاف القانون المدني فيستطيع المدعى عليه أن يكمل حصة المدعي نقدا أو يعطيه القيمة.

- الفقه المالكي حصر وفق سير الدعوى على حالة النكول فقط وأما القانون المدني فلا يشترط حالة النكول.

ويظهر مما سبق أن الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بالرغم من اختلافهما في بعض أحكام ودعوى نقض القسمة بالغبن، إلا أنهما حريصان على استقرار القسمة وتحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين.

المبحث الثاني: طرء العيب أو الاستحقاق على القسمة

القسمة عقد لازم يقوم على مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، إلا أن هذا المبدأ قد ينتفي ويفوت لطرء عيب أو استحقاق على القسمة، مما يوجب إعادة النظر فيها إما بنقضها أو بتصحيحها، وسنتناول أحكام كل من العيب والاستحقاق في مطلبين.

- المطلب الأول: طرء العيب على القسمة
- المطلب الثاني: طرء الاستحقاق على القسمة

المطلب الأول: طرء العيب على القسمة

للعيب تأثير في كثير من المعاملات والعقود، مما يوجب إعادة النظر في هذه العقود من تصحيح أو فسخ.

الفرع الأول: خيار العيب

أولاً: خيار العيب في الفقه المالكي

قبل الوقوف على خيار العيب لا بد من تعريف العيب لغةً واصطلاحاً.

1- تعريف العيب:

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «العيب والعيبة أيضاً والعاب بمعنى، وعاب المتاع من باب باع، وعية وعاباً أيضاً صار ذا عيب... وعيبه تعيياً نسبةً إلى العيب، وعيبه أيضاً جعله ذا عيب، وتهيئه مثله»⁽¹⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص255.

والعيب في اللغة: «الوصمة، يقال: عاب يعيب من باب سار، فهو عائب»⁽¹⁾.

- اصطلاحاً: عرّفه الدردير عند شرحه لقول خليل: «(العادة السلامة منه) مما ينقص الثمن، أو المبيع، أو تخاف عاقبته»⁽²⁾.

وعلق المحشّي بقوله: «أي أمثلة الذي جرت العادة بالسلامة منه، المنقص للثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو ما يخاف عاقبته»⁽³⁾.

وعرّفه بعض المعاصرين توضيحاً لهذين التعريفين بقوله: «العيب هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار وعاداتهم»⁽⁴⁾.

2- خيار العيب:

عند تتبعنا لكلام الفقهاء في خيار العيب نجدهم تناولوا وعالجوا الردّ بالعيب بالتفصيل والبيان في كتبهم، وبالبحث في كلامهم يمكن أن نعرف خيار العيب بما ذهب إليه بعض المعاصرين بـ: «أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه، إذا وجد عيباً في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد»⁽⁵⁾.

ومعناه: أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه، ولم يكن على علم به وقت العقد.

ولقد أقر فقهاء المالكية خيار العيب في العقود اللازمة، التي تتحمل الفسخ كعقد البيع، والإيجار، وقسمة الأعيان...

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص3183.

(2) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص166.

(3) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص166.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص429.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج4، ص162.

واستدلّوا على مشروعية خيار العيب بأدلة منها:

أ- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾، ومن الوفاء بالعقد أن يكون سالماً من العيوب.

ب- قوله تعالى: ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾.

ج- حديث التصرية⁽³⁾ كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنّه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر»⁽⁴⁾.

وقال النووي⁽⁵⁾: «واعلم أن التصرية حرام، لأنها غشٌ وخداع... وفيه -أي الحديث المذكور- دليل على تحريم التدليس في كلّ شيء، وأنّ التدليس بالفعل حرام كالتدليس بالقول»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّ الحيوان الذي تمّت تصرّيته يرد مع صاع من غالب قوت البلد، إذا كان من الأنعام، وبعد الحلبه الأولى، ويجرم، ولا يرد اللبن الذي حلبه منها، بدلاً عن الصاع ولوتراضيا على ذلك، وغير الأنعام تردّ بلا صاع، كما تردّ الأنعام إذا لم يحلبها⁽⁷⁾.

(1) سورة المائدة، الآية 01.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) تصرية الحيوان أي: «ترك حلبه ليعظم ضرعه، فيظن به كثرة اللبن» أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص62.

(4) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبايع أن لا يجفل الإبل، رقم الحديث 2148، صحيح البخاري مع فتح الباري، ج4، ص361.

(5) هو يحيى بن شرف النووي، الفقيه الحافظ أحد أعلام الشافعية، له العديد من المصنفات أشهرها: «شرح صحيح مسلم» و«رياض الصالحين» و«المجموع شرح المذهب» الذي توفي قبل أن يكمله، ت783هـ، طبقات الشافعية، ج2، ص153.

(6) محي الدين النووي، شرح صحيح مسلم، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج10، ص162.

(7) ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص429-430.

ومذهب الرد بالعيب دلّ عليه الحديث من ثلاثة أوجه⁽¹⁾:

- قوله: (لا تصروا الإبل) النهي يقتضي المفسدة، والفساد عيب.

- قوله: (إن شاء أمسك وإن شاء ردّها) والتخيير يقتضي وجود العيب.

- قوله: (وصاع تمر) إيجابه صاعاً من تمر، دليل على أن للمبدل قسطاً من الثمن.

د- قوله صلى الله عليه وسلم: «من غشّنا فليس منا»⁽²⁾.

وقال ابن العربي عند شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس منا من غشّ»⁽³⁾. والحديث

دليل على تحريم الغش، وهذا أمر قد أجمعت عليه الأمة كلها⁽⁴⁾.

3- شروط ثبوت خيار العيب:

يشترط لثبوت خيار العيب عند فقهاء المالكية شرطان⁽⁵⁾:

- أن يكون العيب قديماً: بأن يكون العيب أقدم من التباع، وغير حادث عند المشتري، ويعرف حدوثة أو قدمه عند المشتري بالبينة، أو بالمعاينة (العيان)، فإن لم يعرف بشيء من ذلك، واختلف البائع والمشتري في قدمه وحدوثة، نظر إليه أهل الخبرة والبصيرة، ونفذ الحكم بما يقتضي قولهم، وإلا حلف البائع على البتّ (القطع) في العيوب الظاهرة، وعلى نفي العلم في العيوب الخفية، وللبائع ردّ اليمين على المشتري.

(1) ينظر: أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، دط، دت، (دار الهدى، عين مليلة، الجزائر)، ص173.

(2) رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب الأقضية، رقم الحديث 101، ج1، ص99.

(3) أخرجه الترمذي برقم 1329 عن أبي هريرة، وقال: حديث حسن صحيح، ج2، ص189.

(4) أبو بكر بن العربي، عارضة الأحوذى شرح الترمذي، دط، دت، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)، ج4، ص374.

(5) ينظر: ابن حزي، القوانين الفقهية، ص198-199.

وإن اختلف العاقدان في وجود العيب فلا يمين على البائع، وإنما على المشتري إثبات العيب.

- عدم علم المشتري بالعيب وقت العقد، فإن علم به ورضي فلا كلام له بعد ذلك، وجهل المشتري بالعيب إما لأن البائع كتمه، وإما لأنه لما يخفى عند البحث والنظر، فإن كان مما لا يخفى عند النظر، فلا يثبت حق الرد بالعيب.

4- موانع الرد بالعيب:

يُمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار في أربعة أحوال⁽¹⁾:

- أن يظهر المشتري ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو سكوت أو تصرف في المبيع بعد الاطلاع على العيب.

- زوال العيب، إلا إذا بقيت علامته، ولم تؤمن عودته.

- فوات المبيع حساً، كالموت أو الهلاك أو الضياع، أو فواته حكماً بصدقة أو هبة، أو بيعه على المشهور.

- طروء وحدوث عيب جديد آخر عند المشتري، كشدة هزال.

- أنواع العيوب:

فرق المالكية بين العيوب التي تقع على المبيع وفق مايلي⁽²⁾:

- عيب ليس فيه شيء: وهو العيب اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

- عيب فيه القيمة: وهو العيب اليسير الذي ينقص من الثمن، بأن كان ما دون الثلث، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب، مثل الخرق في الثوب، والصدع في حائط الدار.

(1) ينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 199.

(2) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 3، ص 61-62، وابن جزى، القوانين الفقهية، ص 199.

- عيب رد: وهو العيب الفاحش الذي ينقص جزءاً من الثمن بنسبة الثلث فأكثر، ويكون المشتري فيه بالخيار بين أن يرده على بائعه أو يمسكه، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده بتغير، أو تصرف، أو هلاك مثلاً.

ثانياً: خيار العيب في القانون الجزائري

1- تعريف العيب:

عبرت المادة 379 من القانون المدني الجزائري عن العيب بـ: «... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع».

وعرف بعض فقهاء القانون العيوب الخفية بقوله: «هي التي تنقص من قيمة المبيع أو تجعله غير صالح للانتفاع به على الوجه الذي يحقق الغاية المقصودة منه»⁽¹⁾.

وعرفه أحد فقهاء القانون المدني المصري بقوله: «العيب باعتباره آفة طارئة غالباً، بمعنى وجود أمر ينقص من قيمة المبيع أو يقلل من نفعه»⁽²⁾.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: «الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع»⁽³⁾.

وبالنظر إلى التعاريف السابقة نلاحظ اقتراب ألفاظها ومعانيها، لذا نستطيع أن نعرف العيب بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع بنقص في قيمته أو من انتفاع به على وجه لا يحقق الغاية المقصودة منه.

(1) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص151.
(2) محمد حسن قاسم، القانون المدني- العقود المسماة-، دط، 2000م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)، ص254.
(3) نقض مدني مصري، 1948/04/8م، مجموعة عمر، ص587، رقم 296. نقلاً عن: محمد حسنين، عقد البيع، ص151.

2- خيار العيب:

إن سبب مشروعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب يرجع إلى أنه لما كان الرضا هو أساس التعاقد، فإذا اشترى إنسان شيئاً ثم تبين له بعد ذلك أن به عيباً، فقد انهار هذا الأساس، لذا شرع خيار العيب لتدارك الخلل الذي طال الرضى، فغرض العاقد من المعقود عليه هو الانتفاع به، وهذا الانتفاع لا يكون كاملاً إلا مع السلامة من كل عيب ينقص من هذا الانتفاع⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على أن البائع يلتزم بضمان ملكية المبيع والانتفاع به انتفاعاً تاماً للمشتري، ومن الضمان الذي يلتزم به البائع للمشتري، ضمان العيوب الخفية في المبيع، فقد أورد المشرع الجزائري في المادة 379⁽²⁾ من القانون المدني الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا العيب، كما نصت المادة 380⁽³⁾ على الواجبات التي يجب أن تتحقق في المشتري.

3- الشروط التي يجب توافرها في العيب:

حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات فقد اشترط لقيام ضمان البائع توافر شروط معينة، وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 379 وهي⁽⁴⁾:

(1) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دط، دت، (دار هومة، بوزريعة، الجزائر)، ص 51.

(2) تنص المادة 379: « يكون البائع ملزماً بالضمان إذ لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً بهذه البيوع ولو لم يكن عالماً بوجودها، غير أن البائع لا يكون ضامناً بالعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً عنه».

(3) تنص المادة 380 على: «إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع. غير أنه إذا كان العيب لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب».

(4) ينظر: محمد حسنين، عقد البيع، ص 153-156.

- أن يكون العيب قديماً: أي أن يكون موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري، وأما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع بيد المشتري فلا ضمان فيه للبائع.

- أن يكون العيب خفياً وقت البيع: أي لم يكن في وسع المشتري أن يتبينه وقت البيع لو أنه فحصه بعناية الرجل العادي، فلا ضمان على البائع إذا أهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

- أن لا يكون العيب معلوماً للمشتري وقت البيع: فعلم المشتري بالعيب عند الشراء يمنع من رجوعه بالضمان على البائع.

- أن يكون العيب مؤثراً: والعيب المؤثر بحسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري هو الذي ينقص من قيمة المبيع، أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة.

4- واجبات المشتري للحصول على الضمان:

لكي يتحقق الضمان للمشتري يلزمه واجبان⁽¹⁾:

- المبادرة بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب: أوجبت المادة 380 /1 من القانون المدني الجزائري على المشتري عند تسلّم المبيع أن يتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفق قواعد التعامل المألوفة، والفحص الذي يقوم به المشتري هو الفحص الذي يقوم به الشخص العادي.

- رفع دعوى ضمان في خلال سنة من التسليم: تنص المادة 1/382 على أنه: «تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول».

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص 157-159.

5- البيوع التي لا ضمان فيها:

نصت المادة 385 من القانون المدني الجزائري: «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

ويفهم من نص المادة أن البائع لا يضمن للمشتري في البيوع القضائية التي تكون بالمزاد العلني وفي البيوع الإدارية التي تتم عن طريق المزاد.

6- حالات العيب⁽¹⁾:

إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً لنص المادة 376 من القانون المدني الجزائري، لذا يجب التفرقة بين حالي العيب الجسيم وغير الجسيم.

أ- حالة العيب الجسيم: يكون العيب جسيماً إذا كان نقص منفعة المبيع بسببه قد بلغ مبلغاً لو علم به المشتري أثناء العقد ما تعاهد، وفي هذه الحالة يكون للمشتري أن يرد المبيع وما أفاد منه، وأن يطالب بتعويض كامل شامل.

ب- حالة العيب الغير جسيم: يكون العيب غير جسيم إذا بلغ حداً لا يجعل المشتري لا يتم العقد لو علم به، فلا يرد المبيع، بل يجب عليه الاحتفاظ به، مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

- المقارنة

يتضح مما سبق أن تعريف فقهاء القانون للعيب يتفق وتعريف فقهاء المالكية، وقد أقر كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري خيار العيب وثبوته في عقود المعاملات، كالبيع والإيجار، وقد اشترط كل من الفقهاء للقيام بالرد بالعيب شروطاً، وذلك حرصاً منهما على استقرار المعاملات بين الناس، فاعتدوا بالعيب إذا كان فاحشاً ومؤثراً وقديماً وخفياً.

(1) ينظر: المرجع نفسه، ص161، 162.

إلا أننا نجد المشرع الجزائري ينص على عدم الضمان في البيوع القضائية، والإدارية، ذلك لأنها تمت بالمزاد العلني، فأعلن عنها وأتيحت الفرصة للمزايدين بأن يفحصوا الشيء المبيع قبل الإقدام على المزايدة.

الفرع الثاني: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب

أولاً: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب في الفقه المالكي

1- أحكام العيب في القسمة:

لقد أقر فقهاء المالكية خيار العيب في القسمة وذلك سدا لذريعة الجور، وعدم العدل بين المتقاسمين، ومن ذلك أثبتوا خيار الرد بالعيب في القسمة وانطلاقاً من قول خليل: «وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردها، وإن فات ما بيد صاحبه بكهدهم رد نصف قيمته يوم قبضه»⁽¹⁾.

فتحقيق أقوال فقهاء المذهب المالكي في الرد يكون كالآتي⁽²⁾:

أ- أن يكون العيب في أكثر النصيب، ونفرق بين حالتين:

الـ الحالة الأولى: عدم فوات النصيب

في هذه الحالة يكون من حق واحد العيب الخيار بين رد نصيبه بأسره ونقض القسمة وعود الشركة، وبين التمسك بنصيبه مع عدم الرجوع على شريكه بأرش⁽³⁾ العيب لأن تخيره ينفي

(1) خليل بن اسحاق المالكي، مختصر الخليل، ص234.

(2) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص284-285، ومحمد البناي، الفتح الرباني، ج6، ص384-385، ومحمد الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص348، ومحمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص792-794، وعبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، 2002م، (مؤسسة الريان، بيروت، لبنان)، ج4، ص204.

(3) الأرش: «عند المالكية قيمة العيب»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص19. «حيث يقوم (أي الشيء) أولاً سالماً، ثم يقوم معيباً ثانياً، والفرق بين القيمتين هو الأرش»، محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، شرح وتعليق: مأمون الجنان، دط، دت، (در الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص270.

ضرره. فإذا اختار رد القسمة وكان نصيب شريكه ما زال قائماً في يده نقضت القسمة واستؤنفت من جديد.

– الحالة الثانية: فوات النصيب

فإذا فات نصيبه من يده بهدم أو ببناء أو غرس أو صدقة أو بيع رد لصاحب النصيب السالم نصف قيمة نصيبه المعيب، وما سلم من العيب، والفوات يكون بينهما نصفين، أما إذا فات النصيبان معاً، فيرجع صاحب النصيب المعيب على من أخذ النصيب السالم بنصف قيمته، وتعتبر القيمة يوم القبض لا يوم القسمة، لأن حق الرد يجعل القسمة كالبيع الفاسد.

والعيب الكبير هو ما يزيد على نصف حصة المتقاسم، وهذا هو المعتمد في المذهب، أو لا يزيد عليها ولكنه وجه الصفقة.

ب- أن يكون العيب في أقل النصيب:

– الحالة الأولى: عدم فوات النصيب

فإذا كان العيب لا يزيد على النصف وليس هو وجه الصفقة – والمعتمد في المذهب أن العيب القليل هو ما كان أقل من الثلث – ففي هذه الحالة لا تنقض القسمة، وإنما ينقض مقدار ما به العيب فقط، فيرجع صاحب العيب على شريكه بنصف قيمة الصحيح المقابل للجزء المعيب، ويصير الشريك الذي لم يصبه العيب مشاركاً لصاحب العيب بنسبة ما أخذ منه من الصحيح.

فلو فرضنا العيب مثلاً الربع، فإن صاحب العيب يرجع على شريكه بقيمة نصف ربع ما بيده من السليم، ويرجع صاحب النصيب السليم على واحد العيب بنصف ربع المعيب.

– الحالة الثانية: فوات النصيب المعيب

إذا فات المعيب رجع في هذه الحالة صاحبه بنصف قيمة السليم، وتعتبر القيمة في يوم القسمة لا يوم القبض لصحة القسمة.

وهذه الحالات الأربع أشار إليها ابن رشد الحفيد بقوله: «وأما الرد بالعيب، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم⁽¹⁾ أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله، فإن وجدته في جل نصيبه فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت، فإن كان قد فات، رد الواحد للعيب نصيباً على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها، وإن كان العيب في أقل من ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائماً بالعيب»⁽²⁾.

ونقل المواق⁽³⁾ عن ابن يونس⁽⁴⁾ أنه قال: «بلغني عن بعض فقهاءنا القرويين أن الذي يتحصل في وجود العيب والاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً بيد صاحبه ولا ينقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم»⁽⁵⁾.

وقد نص ابن القاسم على حالتي العيب الكثير والعيب القليل، فجاء في المدونة: «إذا اقتسم شريكان دوراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضاً فوجد أحدهم ببعض ما أخذ عيباً، فإن كان الذي وجد فيه العيب هو وجه ما أخذ في نصيبه وكثرته رد ذلك كله، ورجع على حقه، وردت القسمة، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس... فإن فاتت في يد هذا وأصاب هذا الآخر عيباً فإنه يردها ويأخذ من الذي فاتت الدور في يده نصف قيمة الدور يوم القبض، وتكون

(1) هو الإمام المشهور، يكنى بأبي عبد الله، روى عن مالك والليث، وغيرهم، وروى عنه أصبغ، وسحنون ويحيى بن يحيى الأندلسي، قال مالك: «ابن القاسم فقيه»، ت 191هـ، الديباج المذهب، ص 239 وما بعدها، وترتيب المدارك، ج 1، ص 250 وما بعدها.

(2) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج 2، ص 270.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الغرناطي الشهير بالمواق، فقيه مالكي، كان عالم غرناطة، وإمامها وصالحها في وقته، صاحب كتاب: «التاج والإكليل لمختصر خليل»، ت 897هـ، كفاية المحتاج، ص 443.

(4) هو أبو بكر محمد بن عبد الله ابن يونس، الصقلي، ألف كتاباً في الفرائض، وكتاباً جامعاً للمدونة أضاف إليه غيرها من الأمهات، قال المواق: «وكان يقال له مصحف المذهب»، ت 451هـ، الديباج المذهب، ص 369، وشجرة النور، ص 111.

(5) محمد المواق، التاج والإكليل، ج 5، ص 349.

هذه الدور التي ردها صاحب العيب بينهما... إن كان الذي أصاب العيب يسيراً رد ذلك الذي أصاب به العيب بحصته من الثمن، ويلزمه ما بقي ويرجع على صاحبه بالذي يصيبه من قيمة ما بقي في يده»⁽¹⁾.

وقد سئل عليش عن رجلين اشتركا في مال مدة من السنين وصارا يقلبان فيه، ثم اقتسماه على قدر ما لكل منهما فيه، ثم اطلع أحدهما على عيب فيما خصه، ولم يعلم به قبلها فهو خفي ثبت بقول أهل المعرفة، فأجاب: «... إن كان العيب في أكثر نصيبه خير بين التماسك ولا شيء له، ورد القسمة، فإن كان النصيبان قائمين رجع مشتركين بينهما كما كان قبلها، وإن فات أحد النصيبين بنحو صدقة أو تحبيس أو بناء أو هدم رد آخذه قيمة نصفه والقائم بينهما، وإن فاتا تقاصاً، وإن كان العيب في ربع نصيبه فأقل اشتركا في المعيب بحسب ما لكل، ورجع واجد العيب بعوض الجزء الذي رجع من المعيب لصاحب الصحيح من قيمة الصحيح، وإن وجد العيب فيما بين الربع والأكثر كالثلث والنصف، تماسك به مجاناً أو رد نصف المعيب إن كان الشركة بالنصف وأخذ نصيبه من ذات الصحيح»⁽²⁾.

ويلاحظ أن عليش من خلال فتواه جعل ضابط العيب الكثير فوق النصف والعيب القليل الذي لا ينقض القسمة هو ما كان دون النصف، وهذا رأي لا يتماشى مع الرأي القائل بأن ضابط العيب القليل والكثير هو الثلث المعتمد في كثير من أبواب الفقه كالغبن.

2- أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب:

للعيب تأثير في القسمة لأنه يخل بمبدئها وهو المساواة بين المتقاسمين، ويؤثر في رضا المتقاسمين، وقد نص المالكية على ثبوت خيار الرد بالعيب في القسمة مطلقاً سواء كانت القسمة قضائية أو رضائية، وذلك لأن القسمة وقعت جائزة لا عادلة بطروء العيب على حصة المتقاسم، وهذا ما أقره الخطاب في قوله: «... ثم يقتسمان المعيب، كان قسمة قرعة أو تراض»⁽³⁾.

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص348-349.

(2) محمد عليش، فتح العلي المالك، ج2، ص213.

(3) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص348.

فالقسمة لا بد أن تقوم على مبدأ العدالة بين المتقاسمين سواء كانت رضائية أو قضائية.

ولكن ذهب بعض فقهاء المالكية بأن خيار الرد بالعيب لا يثبت في قسمة التراضي وإنما يثبت في قسمة القرعة، وبهذا قال ابن الماجشون⁽¹⁾ وذلك بقوله: «وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة، ولا يفسخ التي بالتراضي»⁽²⁾.

وعلل ذلك بأن قسمة القرعة هي تمييز حق، فإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ برد العيب، وأما التي بالتراضي فهي بيع⁽³⁾.

وقد سبق الكلام أن قسمة التراضي تفسخ بالغبن إلحاقاً لها بالبيع، والبيع يثبت فيه خيار الرد بالعيب كما هو معلوم ومنصوص عليه في الفقه المالكي، فتقاس قسمة التراضي على البيع فيثبت فيها خيار الرد بالعيب.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من خيار العيب في القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري لخيار العيب في القسمة بنص، مع أنه تعرض لضمان العيوب الخفية في البيع والإيجار، إلا أننا نجد بعض فقهاء القانون تكلم عن مسألة وقوع العيب في نصيب المتقاسم فقال: «فإنه إذا كان الشيء معيباً ووقع في نصيب المتقاسم، فلا يكون له أن يرجع بالضمان لأنه لا محالة من وقوعه في نصيب أحد الشركاء، ومع ذلك فإذا اكتشف المتقاسم العيب فيما آل إليه من نصيب، فإن هذا يدل على غبن لحقه، وبالتالي تطبق أحكام الغبن إذا توافقت شروطه طبقاً لما يقضي به القانون في شأن القسمة»⁽⁴⁾.

فالفقه القانوني يلحق أحكام العيب بأحكام الغبن، فيقصرها على القسمة الاتفاقية بمقدار الخمس.

(1) هو ابن الماجشون عبد الملك بن عبد العزيز ابن عبد الملك بن سلمة، ويكنى بأبي مروان، كان فقيهاً فصيحا، دارت عليه الفتوى في أيامه إلى موته، ت212هـ، ترتيب المدارك، ج1، ص207.

(2) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص271.

(3) ينظر: المرجع نفسه.

(4) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص237.

المقارنة:

يتضح مما سبق مدى ثراء الفقه المالكي بالأحكام العديدة والمتفرعة لأحكام العيب في القسمة، بينما نجد قانون المدني الجزائري لم يتعرض لذلك لا من قريب ولا من بعيد، ولكن بتطبيق نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على: «... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...».

فالأجدر بالمرجع الجزائري أن يستفيد من الأحكام والتفصيلات التي وضعها فقهاء المالكية في أحكام العيب في القسمة، فحري به أن ينص على هاته الأحكام وذلك لكثرة المنازعات والخصومات الواقعة بين المتقاسمين بسبب طرود العيب على القسمة.

المطلب الثاني: طرود الاستحقاق على القسمة

من المعلوم أن من شروط صحة القسمة أن يكون المقسام مملوكاً للمقسام لهم وقت القسمة، إلا أن هذا الشرط قد يختلف لطرود الاستحقاق.

وبناءً على هذا إذا استحق نصيباً من المقسام فهل تنقض القسمة مطلقاً، أم أنها تنقض في القدر المستحق فقط؟ وهل يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض إذا طرأ على القسمة استحقاق؟

وسنبين هذا في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك في فرعين:

الفرع الأول: أحكام الاستحقاق في الفقه المالكي

قبل التطرق لأحكام الاستحقاق في القسمة لابد أن نقف على حقيقة الاستحقاق وحكمه وشروطه وموانعه.

أولاً: ماهية الاستحقاق

1- تعريف الاستحقاق لغة واصطلاحاً:

- **الاستحقاق لغة:** «مصدر من استحق، يستحق استحقاقاً، فهو استفعال من الحق، واستحق فلان الأمر استوجه»⁽¹⁾.

- **واصطلاحاً:** عرفه الدردير بقوله: «رفع ملك الشيء بثبوت ملك قبله أو حرية»⁽²⁾.

وعرفه الخطاب بقوله: «هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزته إلى يد المدعى بعد ثبوت السبب والشروط وانتقاء الموانع»⁽³⁾.

وعرفه ابن عرفة بقوله: «رفع ملك شيء بثبوت الملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض»⁽⁴⁾.

وعرفه بعض المحدثين فقال: «الاستحقاق معناه استرجاع الحق بدون عوض ممن وضع يده عليه تعدياً، أو بشبهة ملك»⁽⁵⁾.

ويظهر بأن التعريفات السابقة متفقة في معنى الاستحقاق بأنه استرجاع الملك والحق بدون عوض ممن وضع يده عليه تعدياً أو بشبهة.

2- حكم الاستحقاق:

قال الدردير: «وحكمه الوجوب إن توفرت أسبابه»⁽⁶⁾.

(1) أحمد الفيومي، المصباح المنير، ص55.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

(3) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص295.

(4) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص470.

(5) عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص80.

(6) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

3- سبب الاستحقاق:

قال الخطاب: «وأما سببه فهو قيام البنية على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي، لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن»⁽¹⁾.

4- شروط الاستحقاق:

لا يحكم بالاستحقاق الا بالشروط الآتية⁽²⁾:

- ثبوت الملكية للمستحق بشهادة الشهود على عين الشيء بثبوت ملكيته لمستحقه.

- الإعذار إلى واضع اليد وإنذاره إن كانت له حجة يدفع بها.

- يمين الاستبراء بأ يخلف المستحق بأنه ما باع هذا الشيء الذي شهد له به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه حتى الآن.

5- موانع الاستحقاق:

قال الدردير: «ويمنعه عدم قيام المدعي بلا عذر مدة أمد الحيازة، أو اشتراؤه من حائزه من غير بينة يشهدها سراً قبل الشراء بأي انما قصدت شرائه ظاهراً خوفاً أن يفيتته علي بوجه لو ادعيتته به عليه»⁽³⁾.

فيمنع من الحكم بالاستحقاق قيام المستحق بما يدل على أنه ليس صاحب حق كأن يسكت عن حقه فلا يطالب به أو يفعل فعلا يدل على ذلك كأن يشتري حقه من حائزه.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص295.

(2) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص296، وعبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص80.

(3) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص248.

ثانياً: أحكام الاستحقاق في القسمة

إذ أجريت القسمة وحاز كل واحد نصيبه، ثم استحق جزء من ذلك المشاع فإن الحكم يكون كما يلي:

انطلاقاً من قول خليل: «وإن استحق نصف، أو ثلث خير، لا ربع، وفسخت في الأكثر»⁽¹⁾.

وقول ابن عاصم في تحفته⁽²⁾:

والرد للقسمة حيث يستحق من حصة غير يسير مستحق

فقرر فقهاء المالكية أحكام الاستحقاق في القسمة كالاتي⁽³⁾:

1- إن استحق جزء شائع من ذلك المال المقسوم، كما لو كان عقاراً مشتركاً بين اثنين اقتسماه مناصفة وحاز كل شريك نصفه ثم استحق شخص آخر نصف ذلك العقار، فإن الشريكين معاً يتحملان نتيجة الاستحقاق، مما يعني أن هذا المستحق يصبح شريكاً لكل واحد من هذين المتقاسمين بنصف ما بيده، ويمكنه أن يطلب نقض القسمة التي أجريت في غيبته، لأنها أدت إلى تفريق حقه بينهما. وتعاد القسمة حينئذ ليأخذ هذا المستحق نصفه، ويأخذ كل واحد من الشريكين النصف الباقي.

2- إذا استحق نصيب أحد المتقاسمين بتمامه فإنه يرجع على باقي شركائه بنسبة نصيبه، بحيث يعتبر كأنهم لم يكونوا يملكون إلا ما بقي لهم، فلو أن ثلاثة أشخاص اقتسموا عقاراً مشاعاً

(1) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

(2) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص54.

(3) ينظر: علي التسولي، البهجة، ج2، ص197-198، و محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش البهجة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)، ج2، ص197-198، و محمد الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص182-183، و محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص794، و محمد بن معجوز، الحقوق العينية، ص155-156، و عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص205.

بينهم، ثم استحق الجزء الذي خرج لأحدهم، فإنه يرجع على شريكه ليصبحوا شركاء في الثلثين الباقيين بيدهما بنسبة الثلث لكل واحد منهم، وتعاد قسمة هذين الثلثين ليأخذ كل واحد من الشركاء الثلاثة نصيبه.

3- إذا استحق جزء من النصيب الذي خرج لأحد المتقاسمين، فإن الحكم يكون كما يلي:

- أولاً: إذا كان الشريك الآخر قد تصرف فيما خرج له بيع أو بناء أو هدم، فإن هذا الذي استحق جزء من نصيبه يلزم ذلك الشريك بأن يؤدي له نصيبه في قيمة ما استحق من يده.

- ثانياً: إذا كان نصيب كل شريك ما يزال تحت يده، ولم يحدث فيه أي تغيير، فإن الحكم يختلف بحسب ما يلي:

أ- إن كان الجزء المستحق يبلغ ذلك النصيب أو يتجاوزه، فإن القسمة تنقض وجوباً، وتعاد من جديد كي يتحمل كل شريك ذلك النقص، ولكي يأخذ كل واحد منهم ما يساوي نصيبه مما بقي بعد الاستحقاق.

ب- أما إذا كان الجزء المستحق أقل من نصف النصيب، فإن الشريك الذي استحق من نصيبه ذلك الجزء يكون بالخيار بين أن ينقض تلك القسمة ليقسم الباقي بين الشركاء بنسبة ما يملكه كل واحد منهم، وبين أن يتمسك بتلك القسمة، فيبقى مالكا للجزء الذي بقي تحت يده، ويطلب بقية شركائه بأن يدفعوا له نصيبهم من قيمة ذلك الجزء المستحق من يده.

وبين ابن رشد الحفيد حكم الاستحقاق عند ابن القاسم بقوله: «وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب، إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يده، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يده، وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء»⁽¹⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، ص271.

ونقل ابن رشد الجدل الخلاف في مسألة طروء الاستحقاق على أحد الأنصباء في قسمة القرعة على ثلاثة أقوال⁽¹⁾:

- **القول الأول:** إذا كان الاستحقاق قليلاً أو كثيراً فإن القسمة تنقض سواء كانت الأنصباء قائمة أو فائتة، وهو قول ابن الماجشون.

- **القول الثاني:** القسمة لا تنقض إلا أن يستحق الجل من النصيب أو ما فيه الضرر، ويرجع المستحق منه على أشراكه على حكم البيع في القيام والفوات، كان الفوات باستهلاك أو استنفاق أو أمر من السماء فالحكم في ذلك سواء، وهو مذهب ابن القاسم.

- **القول الثالث:** القسمة لا يضمن بها في الاستحقاق بأمر سماوي، وهو مذهب أشهب⁽²⁾ وسحنون⁽³⁾.

ومن خلال التتبع والاستقراء لأقوال الفقهاء في مسألة نقض القسمة بالاستحقاق نجد أنهم لا يفرقون بين القسمة القضائية (القرعة) والقسمة الاتفاقية، فالأحكام التي سبق ذكرها تنطبق على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية لأن من شروط صحة القسمة أن يكون المقسوم مملوكاً ملكاً تاماً للمقسوم لهم، ولأنه إذا طرأ على القسمة استحقاق تبين أن القسمة وقعت على مقسوم لا يملكه المتقاسمون فلم تقع على عدل ومساواة.

(1) ينظر: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص110-111.

(2) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، تفقه بمالك، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي

عصر بعد وفاة ابن القاسم، ت204هـ، الديباج المذهب ص162، شجرة النور، ص59.

(3) هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني، وسحنون لقب له لحدته في المسائل، كان ثقة

حافظاً للعلم، فقيها زاهداً، ت240هـ، الديباج المذهب ص291، شجرة النور، ص69.

الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الجزائري

أولاً: ماهية الاستحقاق

1- تعريف الاستحقاق:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الاستحقاق إلا أن فقهاء القانون عرفوه، فعرفه أحدهم بقوله: «يقصد بالاستحقاق نزع المال المقسوم كله أو بعضه من يد المتقاسم بحكم قضائي»⁽¹⁾.

وعرفه آخر بقوله: «هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي»⁽²⁾.

وهذا التعريف وإن كان في استحقاق المبيع، إلا أنه يشمل المال المقسوم لشبه القسمة بالبيع.

2- أنواع الاستحقاق:

ينقسم الاستحقاق إلى نوعين⁽³⁾:

أ- الاستحقاق الكلي: وهو الذي يقع على جميع المال الشائع محل القسمة، وذلك بأن يحصل الغير على حكم بملكية هذا المال.

ب- الاستحقاق الجزئي: وهو الذي يقع على جزء من المال الشائع يؤدي إلى نزع ذلك الجزء سواء وقع على حصة أحد المتقاسمين أو على جزء شائع من إحدى الحصص.

(1) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، ص184.

(2) أنور سلطان، شرح العقود المسماة- البيع والمقايضة-، ط2، 1952م، (دار نشر الثقافة، دب)، ص298.

(3) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، ص184.

ثانياً: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

لما كان هدف المتقاسم من القسمة هو الحصول على نصيبه والتمتع بكافة سلطات المالك عليه، وانتفاعه به انتفاعاً مستمراً، فإنه إذا طرأ على هذا المتقاسم تعرض واستحقاق كان على جميع المتقاسمين أن يضمنوا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه التعرض والاستحقاق.

وقد نصت المادة 731 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي:

«يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان على جميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلا خطأ المتقاسم نفسه»⁽¹⁾.

يتضح من نص المادة أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض واستحقاق في المال المفروز الذي وقع في نصيبهم نتيجة الاستحقاق، ويتحقق التعرض إذا ادعى أجنبي ملكيته العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو إذا ادعى حقاً عينياً آخر عليه، ويتحقق الاستحقاق إذا حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه⁽²⁾.

(1) تقابلها المادة 844 من القانون المدني المصري.

(2) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 241.

1- أساس الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:

الأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يترتب على عقد البيع بوصفه عقداً ناقلاً للملكية⁽¹⁾، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله له، إلا أن المشرع رتب هذا الضمان على القسمة بالرغم من أنها تصرف كاشف ولا يعتبر المتقاسمون خلفاء لبعضهم، ومن ثم تسري أحكام ضمان التعرض الواردة بشأن البيع على عقد القسمة، على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين، فإذا حدث تعرض واستحقاق لأحد الشركاء في ذلك، فإنه يؤدي إلى اختلال المساواة والعدالة بين المتقاسمين لذا وجب الضمان⁽²⁾.

2- الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان:

بمقتضى نص المادة 731 فإنه يشترط لقيام الضمان توافر أربعة شروط:

- الشرط الأول: وقوع تعرض أو استحقاق من الغير

يجب أن يقع تعرض أو استحقاق من الغير والمقصود هو التعرض القانوني وليس المادي، فالمتقاسم كالبائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، ويتمثل التعرض القانوني في ادعاء حق على النصيب الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، كأن يدعي عليها حقاً عينياً كحق انتفاع أو حقاً شخصياً كالإيجار أو يدعي ملكيته لهذا النصيب أو بعضه، ويجب أن يكون التعرض صادراً من الغير لا من أحد المتقاسمين⁽³⁾.

(1) جعل المشرع الجزائري ضمان التعرض الشخصي وضمان تعرض الغير في نص واحد هو المادة 371 التي تنص: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه».

(2) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2003م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)، ص160، ورمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دط، 2002م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان) ص564.

(3) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص162.

- **الشرط الثاني:** أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً عن القسمة

وذلك سنداً لصريح الفقرة الأولى من **المادة 731**، ومعنى ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة، فإذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة فلا يلزم المتقاسمون الآخرون بشيء⁽¹⁾.

- **الشرط الثالث:** يجب ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه

وذلك وفقاً لصريح العبارة الأخيرة من الفقرة الأخيرة من **المادة 731**، ومعنى ذلك أنه ليس للمتقاسم أن يرجع بالضمان على المتقاسمين الآخرين إذا كان استحقاق المال راجعاً إلى خطئه، فيجب عليه أن يتحمل وحده نتيجة خطئه فلا يسأل عنها إلا نفسه⁽²⁾.

- **الشرط الرابع:** عدم وجود شرط يعفي من الضمان

وذلك سنداً لنص الفقرة الثانية من **المادة 731**، ومعناه أن يكون شرط الإعفاء صريحاً، فلا يكفي الشرط الضمني، كما يجوز في البيع، وأن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين⁽³⁾.

3- الآثار التي تترتب على تحقق الضمان:

إذا حدث التعرض للشريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي الشركاء، ويجب أن يدخلهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض ليقوموا بواجبهم في الدفاع عنه، فإذا نجح الغير في دعواه وحكم له بحقه، فإن المتقاسمين يلتزمون بالضمان وتعويض المتقاسم عن نصيبه ويتحمل جميع المتقاسمين التعويض كل بنسبة حصته بما في ذلك المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، أما إذا كان في

(1) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص243.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص976.

(3) ينظر: عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص242-243.

المتقاسمين معسر وزّع القدر الذي يلزمه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، والعبارة في تقدير قيمة الشيء تكون بقيمته وقت القسمة، لا وقت الطلب أو وقت الاستحقاق⁽¹⁾.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن فقهاء المالكية فرقوا بين صور الاستحقاق الطارئة على القسمة، وأعطوا لكل صورة ما يلائمها من الأحكام حرصاً منهم على تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، بينما نجد المشرع الجزائري لم يفرق بين صور الاستحقاق وإنما جعلها في صورة ضمان لاحق لضمان التعرض كنتيجة لأثر القسمة، فمن استحق نصيبه فإنه لا يملك حق الفسخ ولا نقض القسمة، وإنما عليه أن يرجع على سائر المتقاسمين بالتعويض، وذلك لأن المشرع حرص على استقرار القسمة، فعمم الحكم على جميع صور الاستحقاق مما يعد إفراطاً في محاولة تصحيح واستقرار القسمة، لأن هذا قد يؤدي إلى الجور والظلم في القسمة، فكان الأجدد بالمشرع الجزائري أن يفرق بين حالات الاستحقاق تأسياً بالفقه المالكي.

(1) ينظر: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص 164.

المبحث الثالث: طروء وارث أو موصى له أو دين على

القسمة

إذا اقتسم الشركاء المال المشاع، وحاز كل واحد نصيبه مفرزاً، ثم ظهر وطراً بعد القسمة وارث جديد أو موصى له، أو ظهر دين على الميت، فهذه ثلاث حالات، تتناولها في هذا المبحث وفق ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: طروء وارث على القسمة
- المطلب الثاني: طروء موصى له على القسمة
- المطلب الثالث: طروء دين على القسمة

المطلب الأول: طروء وارث على القسمة

قد تقتسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل منهم حصته ونصيبه، ثم يظهر بعد ذلك وارث جديد للميت، فهل تنقص القسمة في هذه الحالة؟ أم تستمر القسمة ويرجع الوارث على كل وارث بما ينوبه؟

وهذا ما سنبينه في الفقه المالكي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: طروء وارث على القسمة في الفقه المالكي

قبل أن نتناول أحكام طروء وارث على القسمة لا بد أن نقف على تعريف وبيان بعض مفاهيم المتعلقة بالإرث كعلم الميراث وأركانه وشروطه وموانعه.

أولاً: مفهوم الإرث:**1- تعريف الإرث:**

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «ورث أباه، وورث الشيء من أبيه يرثه بكسر الراء فيهما، ورثا، وورثة، ووراثه بكسر الواو في الثلاثة، وإرثا بكسر الهمزة، وأورثه أبوه الشيء، وورثه إياه، وورث فلان فلانا توريثنا أدخله في ماله على ورثته»⁽¹⁾.

وقال صاحب القاموس المحيط: «ورث أباه، وورث منه بكسر الراء يرثه كيعدده، وورثا، ووراثه، وإرثا، وورثة بكسر الكل»⁽²⁾.

- اصطلاحاً: عرفه ابن عرفة علم الفرائض بقوله: «علم الفرائض لقباً للفقهاء المتعلق بالإرث، وعلم ما يوصل بمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة»⁽³⁾.

وعرفه آخر بقوله: «علم يعرف به من يرث، ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث»⁽⁴⁾.

وعرفت التركة بأنها: «حق يقبل التجزء ثبت لمستحق بعد موت من كان له قرابة أو في معناه كالنكاح والولاء»⁽⁵⁾.

2- أركان الميراث⁽⁶⁾:

- الموروث: وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث تركته منه.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص382.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص177.

(3) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص687.

(4) عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص237.

(5) علي التسولي، البهجة، ج2، ص553.

(6) ينظر: محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، ج2، ص554، وجمعة محمد محمد براج، أحكام الموارث، دط، 1981م، (دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن)، ص23 وما بعدها.

- الوارث: وهو الشخص الذي يستحق أن يكون خليفة عن الميت، بسبب من أسباب الميراث.

- الشيء الموروث: وهو تركة الميت.

3- أسباب التوارث⁽¹⁾:

وهي ثلاثة: رحم وولاء ونكاح.

4- شروط الإرث⁽²⁾:

- تقدم موت الموروث.
- تقرر حياة الوارث بعده ولولحظة.
- علم القرابة بينهما.

5- موانع الإرث⁽³⁾:

الأسباب المانعة من الميراث ثلاثة: الكفر، الرق، القتل العمد، وزاد بعضهم: الشك في السبق، وعدم الاستهلال، اللعان والزنا، ونظمها في قوله⁽⁴⁾.

ويمنع الإرث بوصف الرق	والقتل عمداً أو بشك السبق
أو عدم استهلال أولعان ⁽⁵⁾	كذا الزنا، تخالف الأديان

(1) أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، وضع حواشيه: زكريا عميرات، ط1، 1999م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ص172.

(2) ينظر: عثمان المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج2، ص236.

(3) ينظر: أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب، التفرغ، دراسة وتحقيق: حسين الدهماني، ط1، 1987م، (دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان)، ج2، ص339.

(4) محمد بشار، أسهل المسالك نظم ترغيب المرید السالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص201.

(5) اللعان: «حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم القاضي»، محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص301.

ثانياً: أحكام طرء وارث على القسمة

إذا اقتسم الورثة التركة ثم طراً عليهم وارث، فما الحكم؟

ذهب فقهاء المالكية إلى أنه إذا طراً وارث على الورثة بعد اقتسامهم التركة، فإنه يجب التفريق بين نوعي المال المقسوم:

أ- إذا كان المقسوم قيميا كالدار والحيوان ونحوهما مما تختلف قيمته، وتتفاوت الأغراض فيه، فإن القسمة تنقض، وتستأنف من جديد، وذلك للضرر الذي لحق الوارث إذ لو تتبع كل وارث بحصته فإن حقه سيتفرق⁽¹⁾.

ب- إذا كان المقسوم عينا كالذهب والفضة والنقود أو مثليا كالمكيات والموزونات والمعدودات، فإن القسمة لا تنقص ويرجع الوارث على باقي الورثة بما أخذه زائداً عن حقه، وإذا كان الورثة لا يعلمون فلا يؤخذ غني عن معدم ولا حاضر عن غائب أما إذا علموا بهذا الوارث الجديد واقتسموا التركة فإنه يؤخذ الغني عن المعدم والحاضر عن الغائب لأنهم متعدون⁽²⁾.

ومن خلال تتبع واستقراء كلام الفقهاء نجد أنهم يطلقون لفظ القسمة ولا يفرقون بين كونها قضائية أورضائية ومفاد هذا أن أحكام طرء الوارث على القسمة تشملهما، وذلك لأن مبدأ القسمة هو المساواة والعدالة بين المتقاسمين، وغياب أو تغييب وارث عن القسمة يدل على وقوع جور وظلم فيها.

(1) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص351، وعلي التسولي، البهجة، ج2، ص201.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص596 وما بعدها، وأحمد الدرير، الشرح الكبير، ج3، ص596 وما بعدها.

الفرع الثاني: طرء وارث على القسمة في القانون الجزائري

أولاً: مفهوم علم الفرائض.

نصت المادة 774 من القانون المدني الجزائري على: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة».

فواضح من النص أن المشرع الجزائري أحال أحكام الميراث إلى قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة)⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف علم الفرائض بينما نص على:

- أسباب الإرث: وذلك في نص المادة 126 من قانون الأسرة «أسباب الإرث: القرابة والزوجية».

- شروط الإرث: نصت المادة 127 من قانون الأسرة على: «يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي»، فالمادة نصت على موت المورث حقيقة أو حكما.

ونصت المادة 128 من قانون الأسرة: «يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث»، فالمادة تنص على شرط تقرر حياة الوارث بعد الميت.

- موانع الإرث: نصت المادة 135 من قانون الأسرة: «يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

(1) القانون 84 - 11 مؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية».

فالمادة تنص على مانع الميراث وهو القتل سواء كان عمدا وعدوانا أو بشهادة الزور أو العلم بالقتل أو تدبيره.

ونصت المادة 138 من قانون الأسرة على: «يمنع من الإرث اللعان والردة»، فالمادة تنص على مانعي الإرث وهما اللعان والردة⁽¹⁾.

ثانيا: أحكام طروء وارث على القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري في القانون المدني لأحكام طروء وارث جديد على القسمة بنص قانوني، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد قرار المحكمة العليا ينص على: «من المقرر قانونا أن القسمة الودية إذا كانت تتجاهل بعض الورثة فهي باطلة»⁽²⁾.

وبالنظر إلى قرار المحكمة العليا نجد القضاء الجزائري يبطل القسمة الودية إذا كان فيها تجاهل لبعض الورثة.

المقارنة:

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أحال أحكام المواريث إلى قانون الأسرة المستمدة من الفقه الإسلامي، إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تعرضه لأحكام ظهور وارث جديد بعد القسمة، بالرغم من كثرة المنازعات والخصومات وعموم البلوى في ذلك، فالأجدر بالمشرع أن ينص على طروء وارث على القسمة عند معالجته لأحكام القسمة.

(1) الردة: «يراد بها خروج المسلم عن دينه، وإعلانه الكفر به وبتشريع»، نبيل صقر، قانون الأسرة- نسا وفقها وتطبيقا-، دط، دت، (دارالهدى، عين مليلة، الجزائر)، ص328.

(2) قرار رقم: 40651، مؤرخ في: 1986/02/24م، غير منشور، نقلا عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص79.

المطلب الثاني: طرء موصى له على القسمة

قد تقسم التركة بين الورثة، ويتسلم كل واحد منهم حصته، ثم يظهر أن الميت كان قد أوصى وصية لشخص معين قبل وفاته، فهل تنقض القسمة لكي يعطى للموصى له حقه ثم تقسم التركة بين الورثة؟ أم تستمر القسمة ويرجع الموصى له على كل وارث بما ينوبه؟ وهذا ما سنبينه في كل من الفقه المالكي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: طرء موصى له على القسمة في الفقه المالكي

قبل أن نتناول أحكام طرء موصى له بعد القسمة لابد أن نقف على مفهوم الوصية.

أولاً: مفهوم الوصية

1- تعريف الوصية:

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «أوصى له بشيء، وأوصى إليه جعله وصيه، والاسم: الوصاية بفتح الواو وكسرهما، وأوصاه ووصاه توصية بمعنى، والاسم الوصاة وتوصى القوم أوصى بعضهم بعضاً»⁽¹⁾.

وقال صاحب القاموس المحيط: «أوصاه ووصاه توصية، عهد إليه والاسم الوصاة والوصاية والوصية، وهو الموصى له بما أيضاً»⁽²⁾.

اصطلاحاً: عرفها صاحب بلغة السالك بقوله: «مشتقة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصى لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف»⁽³⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص 387.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1343.

(3) أحمد الصاوي، بلغة السالك، ج 2، ص 430.

ونقل الخطاب عن صاحب الشامل: «تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع»⁽¹⁾.
وعرفها ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده»⁽²⁾.
فالوصية «تبرع من الإنسان في حياته مضاف حكمه إلى ما بعد مماته، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة»⁽³⁾.

2- حكم الوصية وحكمتها:

قال الدردير: «الوصية مندوبة ولو لصحيح»⁽⁴⁾، وذلك لأن الموت يتزل فجاءة، ولما فيها من زيادة الزاد للميت⁽⁵⁾، فالوصية إذا كانت مندوبة فإن سببها «هو سبب التبرعات وحسن الذكر في الدنيا وحسن الثواب في الآخرة»⁽⁶⁾.

3- أركان الوصية: للوصية أربعة أركان⁽⁷⁾:

- الموصي: ويشترط فيه أن يكون حرا، مميزا، مالكا ملكا تاما.
- الموصى له: ويشترط فيه الإسلام والتكليف والعدل والقدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور عليه، ويتصور منه أن يملك فتصح الوصية للحمل الثابت.
- الموصى به: وهو كل ما يصح أن يملكه الموصى له فلا تصح بخمر.

(1) محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص175.

(2) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص781.

(3) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص627.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دط، 1999م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)، ج2، ص431.

(5) ينظر: المرجع نفسه.

(6) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، دط، 1999م، (منشأة المعارف، الإسكندرية،

مصر)، ص33.

(7) ينظر: علي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار إحياء الكتب

العربية، القاهرة، مصر)، ج2، ص205-206. و أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، ج2، ص205-206.

- صيغة الوصية: وهي الإيجاب ولا يتعين له لفظ مخصوص، بل كل لفظ يفهم منه قصد الوصية مثل أعطوه أو جعلته له.

4- مبطلات الوصية: وتبطل الوصية بـ⁽¹⁾:

- الردة: وذلك بردة الموصي أو الموصى له.
- المعصية: إذا أوصى بمال لها أو بفعلها.
- الوارث: الوصية للوارث إلا أن يجيزه الورثة، وتعتبر عطية.
- الزيادة عن الثلث: إلا أن يجيزها الورثة فتعتبر عطية.
- رجوع الموصي: سواء وقع منه الإيصاء في صحته أو مرضه.

ثانياً: أحكام طرء موصى له على القسمة.

ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بين الوصية بجزء شائع كالثلث أو الربع وبين الوصية بعدد من الدينار والدرهم.

1- إذا كانت الوصية بعدد معين كألف أو عشرة آلاف فإن القسمة الواقعة على المال المقوم كدار، أو حيوان أو كان المال مثلياً كالمكيلات والموزونات، فإن القسمة تنتقض لأجلها، وهو المعتمد في المذهب⁽²⁾، وهذا يخالف ما ذهب إليه خليل من تقييد نقض القسمة بالمقوم في قوله «والمقسوم كدار»⁽³⁾.

وأما إذا دفع الورثة للموصى له الموصى به من الدينار أو نحوها فإنه في هذه الحالة تمضي القسمة ولا تنقض، لأن الموصى له قد استوفى حقه، إذ لا حق للموصى له في عين التركة بل حقه متعلق بماليتها.

(1) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، ج2، ص 433، وأحمد الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص433.

(2) ينظر: محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص795.

(3) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235.

وإذا أتلف بعضهم حقه أو أعسر أو مات أو غاب فإن للموصى له أن يأخذ الغني عن المعدم، والحاضر عن الغائب، والحي عن الميت وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث، فإذا هلك المال أو تلف ولو بأفة سماوية فإن جميع الورثة يتحملون ذلك الهلاك، ويضمنون ما أخذوه بحيث يؤدي المוסر منهم عن المعسر والحاضر عن الغائب والميت⁽¹⁾.

وقصر صاحب التحفة النقض في المثلي مع الفوات لا إن كان قائماً إذ لا فائدة له⁽²⁾.

2- إذا كانت الوصية بجزء شائع كثلث أو ربع فلتنظر إلى المقسوم فإن كان قيميا كالعقار والعروض، فإن القسمة تنقض لتفاوت الأغراض ودفعاً لما يدخل على الموصى له من الضرر في تبعيض حقه، فيعطى الموصى له حقه ثم يقسم الباقي بين الورثة.

أما إذا كان المقسوم مثلياً كالنقود والمكيلات والموزونات فإن القسمة لا تنقض ويكفي أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائداً عن حقه، وإلى هذا أشار خليل بقوله: «وإن طراً... أو موصى له على مثله، أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلا بحصته»⁽³⁾، ولا يأخذ الغني عن المعدم ولا الحاضر عن الغائب سواء علم الورثة بالطارئ أو لم يعلموا، فإذا دفع الورثة حق الموصى له فإن القسمة تمضي ولا تنقض فإن امتنعوا أو امتنع بعضهم نقضت القسمة لأن الوصية مقدمة على الميراث⁽⁴⁾.

وهذه الأحكام نص عليها الفقهاء سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، وذلك لأن مبدأ القسمة العدالة والمساواة، وطروء الموصى له على القسمة دليل على وقوع الجور والظلم فيها الواقع على حصة الموصى له.

(1) ينظر: محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص351، ومحمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص795-796،

وأحمد الدردير، الشرح الكبير، ج5، ص795-796.

(2) علي التسولي، البهجة، ج2، ص201.

(3) خليل، مختصر خليل، ص235.

(4) ينظر: علي التسولي، البهجة، ج2، ص202، ومحمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن العاصم، ج2، ص202، ومحمد

الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص797-798، وأحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص797، والخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص352.

الفرع الثاني: طرء موصى له على القسمة في القانون الجزائري

أولاً: مفهوم الوصية في القانون الجزائري

1- تعريف الوصية: نصت المادة 775 من القانون المدني الجزائري على: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها».

فواضح من النص أن المشرع الجزائري أحال أحكام الوصية إلى قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة).

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري يعرف الوصية في المادة 184 بقوله: «الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع».

وعرفه بعض فقهاء القانون بقوله: «الوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضافاً إلى ما بعد الموت يتم دون مقابل، أي أنها من أعمال التبرع»⁽¹⁾.

2- شروط الموصي والموصى له: قد نصت المادة 186 من قانون الأسرة على شروط الموصي: «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل».

ونصت المادة 187 من قانون الأسرة على شرط الموصى له: «تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس»

3- مبطلات الوصية:

أ- القتل عمداً: ونصت على ذلك المادة 180 من قانون الأسرة: «لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً».

(1) محمد حسنين، عقد البيع، ص 26.

ب- موت الموصي له قبل الموصي أورد الوصية: ونصت على ذلك المادة 201 من قانون الأسرة: «تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها».

ج- الزيادة على الثلث: نصت المادة 185 من قانون الأسرة على: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة».

د- الوصية لوارث: نصت المادة 188 من قانون الأسرة على: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

هـ- رجوع الموصي: نصت المادة 192 من قانون الأسرة على: «يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها».

ثانياً: أحكام طروء موصى له على القسمة

لم يتعرض المشرع الجزائري في القانون المدني لأحكام طروء الموصى له على القسمة، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وقرارات المحكمة العليا نجد قرار المحكمة العليا ينص على: «من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة.

ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية، فإن قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك استناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها، ولا يمكن أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث لأن ذلك يعد خرقاً واضحاً للقانون ولأحكام الشريعة الإسلامية مما يعرض قضاءهم للإبطال»⁽¹⁾.

فالقضاء الجزائري ألزم القضاة بالنظر في دعوى الوصية قبل أن تقسم التركة، والمحكمة العليا قررت إبطال قضائهم وبالتالي بطلان القسمة الواقع عليها موصى له (وصية).

(1) ملف رقم: 116375، قرار بتاريخ 1995/05/2م، م ق 96/1، ص108، نقلاً عن: دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواثيق، دط، 2003م، (دار هومة، بوزريعة الجزائر)، ص142.

المقارنة

يتضح مما سبق أن تعريف المشرع الجزائري للوصية يتفق مع تعريف الفقهاء، فالوصية عند الجميع تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.

أما بالنسبة لأحكام الوصية من شروط وأركان ومبطلات نجد أن المشرع الجزائري استمد أحكامها من الفقه الإسلامي، بينما نجد المشرع الجزائري لم ينص على أحكام طرود الوصى له على القسمة مع أنه نص على طرود الغبن وضمان الاستحقاق والتعرض، فكان حريا به أن ينص على ذلك وهو يتناول أحكام القسمة لكثرة وقوع النزاعات والخصومات بسبب طرود الوصية على القسمة، ولا يترك ذلك للقضاء.

المطلب الثالث: طرود دين على القسمة

إذا اقتسم الورثة التركة وحاز كل وارث نصيبه، ثم ظهر دائن للميت، فهل تنقض القسمة؟ أم تمضي القسمة ويرجع الدائن على الورثة كلا بحسب حصته ونصيبه في الدين؟. هذا ما سنبينه في كل من الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري في فرعين.

الفرع الأول: طرود دين على القسمة في الفقه المالكي

يجدر بنا أولا أن نعرف الدين، ثم نتناول أحكام طرود دين على القسمة.

أولا: تعريف الدين

- لغة: جاء في مختار الصحاح: «الدين واحد الديون، وقد دانه: أقرضه، فهو مدين ومديون، ودان هو: أي استقرض، فهو دائن، أي له دين، وباهما باع»⁽¹⁾.

(1) محمد الرازي، مختار الصحاح، ص127.

وقال صاحب القاموس المحيط: «الدين: ما له أجل، كالدنية بالكسر، وما لا أجل له فقرض... ورجل مديان: يقرض كثيرا، ويستقرض كثيرا»⁽¹⁾.

- اصطلاحا: جاء في شرح الحدود: «الدين هو أعم، يقابل ما كان معينا، وكونه في الذمة⁽²⁾ أخص»⁽³⁾.

وجاء في السراج السالك: «وكان دينا عليه في ذمته»⁽⁴⁾.

من خلال ما تقدم يتبين أن الدين عبارة عن ما ثبت في الذمة، ومقابل المعين.

ثانيا: أحكام طرء دين على القسمة في الفقه المالكي

نقل صاحب المعيار الخلاف في مسألة طرء دين على القسمة هل تنقض أم لا؟ قولان:

فجاء في المعيار: «قسمة التركة بين الورثة قبل أداء الدين الذي على التركة فيها اختلاف في المذهب، فقد قيل: لا يجوز ذلك، ويفسخ إذا وقع بكل حال لقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁽⁵⁾، ومشهور المذهب جوازه أن يوقف للدين وفاءه، وإلا لم يجز، فينظر في هذه النازلة ويتزل على هذا الأصل، فإن لم يترك للدين وفاء فسخت القسمة، وأدى الدين ثم يقسم الباقي...»⁽⁶⁾.

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1198.

(2) الذمة: «الذات والنفس، وعند المالكية: معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام واللزوم»، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص 138.

(3) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج 2، ص 410.

(4) عثمان المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 2، ص 149.

(5) سورة النساء، الآية 11.

(6) أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، تح: جماعة بإشراف: محمد حاجي، دط، دت، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج 9، ص 488.

وسبب الاختلاف في انتقاض القسمة متعلق بالدين هل هو طارئ بعين التركة أو واجب بذمة الميت؟

فجاء في المقدمات الممهدة: والاختلاف في انتقاض القسمة مبني على اختلافهم في الدين الطارئ على الميت، هل هو متعين في عين التركة، أو واجب في ذمة الميت؟

فمن علل بأنه متعين في عين التركة نقض القسمة، ومن علل بأنه إنما يجب في ذمة الميت ولا يتعين في عين التركة لم ينقض القسمة⁽¹⁾.

وقد ذهب خليل ومن مشى مع قوله إلى التفريق بين كون المال المقسوم مقوماً أو عيناً ومثلياً⁽²⁾.

- إذا كان المال المقسوم مقوماً كدار أو حيوان فإن القسمة تنقض، ويأخذ الدائن حقه ثم يقسم الباقي.

- إذا كان المال المقسوم عيناً كالذهب والفضة، أو مثلياً كالمكيات والموزونات، فإن القسمة لا تنقض، وإنما يرجع الدائن الطارئ على باقي الورثة كلاً بحسب حصته.

وقد ذكر الدردير: «والمعتمد نقض القسمة مطلقاً ولو كان المقسوم عيناً، أو مثلياً، علموا أم لا»⁽³⁾.

واقترع الزرقاني النقض على علم الورثة، حيث قال: «والمعتمد نقض القسمة ولو كان المقسوم عيناً أو مثلياً حيث علموا، لأنهم متعدون في القسم»⁽⁴⁾.

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج3، ص103.

(2) ينظر: خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ص235، ومحمد الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص352.

(3) أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص795.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص378.

وإن فات المال المقسوم باستهلاك الورثة فإنهم يضمنون الدين، ولا يضمنون ما تلف بأمر سماوي، وفي هذا يقول صاحب إحكام الأحكام: «أو ظهر دين على الميت بعد القسمة، نقضت مطلقاً كان المقسوم مقوماً أو مثلياً، ويضمن الورثة ما أتلّفوه ولا يضمنون ما تلف بأمر سماوي»⁽¹⁾.

وكل ما تقدم وتقرر من أحكام هو في حالة عدم دفع الورثة للدين، فإن دفع الورثة أو بعضهم أو أجنبي الدين فلا كلام للدائن لأنه استوفى حقه، قال صاحب التحفة⁽²⁾:

إلا إذا ما الوارثون باءوا بحمل دين فلهم ما شاءوا

وبناء على ما سبق نخلص إلى أنه إذا طرأ على القسمة دين فإن المعتمد في المذهب أن القسمة تنقض سواء كان المقسوم مقوماً، أو عيناً أو مثلياً، لأن الدين مقدم على الميراث، ما لم يدفع الورثة للدائن حقه.

الفرع الثاني: طرء دين على القسمة في القانون الجزائري

نصت المادة 729 من القانون المدني الجزائري على: «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش»⁽³⁾.

(1) محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، ص 183.

(2) أبو بكر بن عاصم، متن العاصمية، ص 55.

(3) تقابلها المادة: 842 من القانون المدني المصري.

والذي يتبن من نص المادة أن المشرع أعطى حقاً للدائنين للتدخل في القسمة لحماية مصالحهم، وذلك حتى يمنعوا تواطؤ الشركاء على الأضرار بحقوقهم.

وإذا طرأ الدين على الورثة فقد نصت **المادة 774** من القانون المدني على: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة».

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن **المادة 180** تنص على: «يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية...».

وهذا مفاده أن التركة لا تقسم على الورثة حتى تسدد جميع الديون التي على الميت، وإلا كانت القسمة باطلة.

المقارنة:

يتبين مما سبق أن المعتمد في الفقه المالكي نقض القسمة إذا طرأ دين على الورثة ما لم يدفعوا الدين لصاحبه، بينما نجد المشرع عالج مسألة تدخل الدائنين في القسمة لحماية مصالحهم، وهذا لم يتكلم عنه فقهاء المالكية حسب اطلاعي.

كما نص المشرع على أسبقية سداد ديون الميت قبل إجراء القسمة بين الورثة، مستمداً ذلك من الفقه الإسلامي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، وبعد معالجة إشكالية الموضوع، ومن مجموع ما ورد فيه من نتائج تبين جلياً أن فقهاء المالكية اعتنوا بطوارئ القسمة فبينوا أحكام كل طارئ، وذلك حرصاً منهم على تحقيق مبدأ العدالة والمساواة بين المتقاسمين، ورفع وإزالة الضرر الواقع عليهم، كم أنهم حرصوا على استقرار القسمة بتصحيحها وإمضائها في بعض الحالات بخلاف القانون المدني الجزائري فقد نص على طارئي الغبن والاستحقاق، ولم يتعرض لبقية الطوارئ.

وإن كانت هذه الخلاصة هي النتيجة العامة للبحث، إلا أن البحث قد خلص إلى النتائج الجزئية التالية:

- 1- القسمة هي تمييز حق في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.
- 2- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه المالكي في تقسيماته لأنواع القسمة.
- 3- القسمة في الفقه المالكي تشتمل على معنى الإفراز في قسمة القرعة، وعلى معنى المبادلة في قسمة المراضاة، فالقسمة لها معنى مزدوج، ويتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه المالكي في تكييف القسمة من حيث الواقع لا من حيث التطبيق، وعبر عن ذلك بأن للقسمة أثر مزدوج ناقل وكاشف عن النصيب.
- 4- القسمة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري لازمة لا يجوز لأحد نقضها ولا العدول عنها إلا بطوارئها.
- 5- تعتبر الصحة والنقض والبطلان والفساد من آثار طوارئ القسمة.
- 6- تنقض قسمة القرعة وقسمة المراضاة بعد تعديل وتقويم بالغبن لأن الغبن وقع في التعديل والتقويم، ولا تنقض في الراجح إذا كانت قسمة المراضاة بلا تعديل ولا

تقويم، ولكن ذهب بعض المالكية على اعتبار الغبن إذا جاوز حدا معيناً، لأن الغبن ضرر، والضرر يزال، بينما نص القانون المدني الجزائري على نقض القسمة الاتفاقية دون القضائية، ورأينا ضعف التبرير الفقهي القانوني بالنسبة لعدم نقض القسمة القضائية بسبب الغبن.

7- يثبت خيار العيب إذا وقع العيب في أكثر النصيب، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية، أما في العيب اليسير فيرجع بقيمة العيب عند المالكية، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يأخذ بخيار العيب، واكتفى الفقه القانوني بإلحاق العيب بالغبن.

8- إذا وقع الاستحقاق في أكثر النصيب فسخت القسمة، وإلا رجع المستحق منه على باقي المتقاسمين بقيمة المستحق كل بقدر حصته، بينما ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق لكونه أثراً من آثار القسمة، ولم يفرق بين صور الاستحقاق كما فعل الفقه المالكي.

9- إذا ظهر وارث على القسمة، فإن كان المقسوم قيمياً نقضت، وإن كان عينياً أو مثلياً لم تنقض ويرجع الوارث على باقي الورثة كل وارث بما أخذه زائداً عن حقه، بينما القضاء الجزائري يبطل القسمة إذا كان فيها تجاهلاً لبعض الورثة ولم ينص على ذلك المشرع بنص قانوني.

10- إذا ظهر موصى له على القسمة، فإن كانت الوصية بعدد والمقسوم مقوماً أو مثلياً نقضت، وإذا كانت بجزء شائع فإنها تنقض في المقوم لا في المثلي ما لم يدفع الورثة للموصى له حقه، بينما لم ينص المشرع الجزائري على ذلك.

11- إذا ظهر دين على الميت، فإن القسمة تنقض سواء كان المقسوم عينياً أو مثلياً أو مقوماً ما لم يدفع الورثة للدائن حقه، بينما المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة.

وفي الأخير أقدم بعض الاقتراحات والتوصيات:

1- تعديل نص المادة 732 من القانون المدني الجزائري لتشمل نقض القسمة القضائية إذا حصل فيها غبن.

2- أن ينص المشرع على باقي الطوارئ - خيار العيب، الوارث، الموصى له، الدين - ضمن تنظيمه لأحكام القسمة.

3- أدعو المهتمين بالفقه المالكي إلى تقنين أحكام القسمة، وإبرازها بأسلوب سهل وميسر.

وأخيرا أضع بحثي هذا بكل تواضع علمي بين يدي أساتذتي الكرام ليبينوا لي ما سهوت عنه، ويصححوا لي ما أخطأت فيه، وكل عمل بشري يعتريه النقص والخلل، والكمال لله سبحانه وتعالى.

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث النبوية
3. فهرس الأعلام
4. المواد القانونية
5. فهرس المراجع
6. فهرس المحتويات

1- فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة	رقمها	نص الآية
22	البقرة	188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾
18	النساء	08	﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾
122	النساء	11	﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ... ﴾
22 40	النساء	29	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾
86	النساء	29	﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾
86	المائدة	01	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
18	الأنفال	41	﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانِ ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾
55	النحل	92	﴿ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَفَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخْلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ ﴾

الصفحة	السورة	رقمها	نص الآية
55	الكهف	100	﴿ وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرْضًا ﴾
18	الشعراء	155	﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ هَآءَا شَرَبْ وَلَكُمَّ شَرَبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾
19	القمر	28	﴿ وَنَبَّيْنَاهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرَبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾
67	التغابن	39	﴿...ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ...﴾

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	نص الحديث
19	إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها
19	أَيُّ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قَسَمْتَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامَ فَلَمْ تَقْسَمْ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ
77	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
19	ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما فتح حنيناً قسم الغنائم
61	غبن المسترسل حرام
86	لَا تَصْرَوْا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ فَيْئَتِهِ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ
60	لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعَا النَّاسَ فِي غَفْلَاتِهِمْ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ
87	ليس منّا من غشّ
87	من غشّنا فليس منّا

3- فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
103.....	أشهب
37.....	ابن جزري
59.....	ابن الحاجب
116 ،100 ،99 ،96 ،59 ،43 ،29.....	الخطاب
123 ،118 ،117 ،101 ،93 ،85 ،71 ،60 ،50 ،44 ،43 ،42 ،34 ،30 ،29 ،28 ،17.....	خليل
123 ،116 ،100 ،99 ،85 ،78 ،43 ،30 ،28 ،27 ،15.....	الدردير
103 ،60 ،49 ،29.....	ابن رشد الجد
102 ،95 ،49.....	ابن رشد الحفيد
123 ،46 ،44.....	الزرقاني
71.....	ابن أبي زيد القيرواني
103.....	سحنون
73 ،52 ،45.....	السنهوري
51.....	الظاهر بن عاشور
101 ،72 ،65 ،60 ،42 ،37،36.....	ابن عاصم
42.....	ابن عبد البر
87 ،72 ،69 ،67 ،62 ،61.....	ابن العربي
116 ،110 ،99 ،70 ،61 ،30 ،28 ،27 ،26 ،15 ،14.....	ابن عرفة

الصفحة	اسم العلم
96 ، 65 ، 46	عليش
42 ، 29	عياض
103 ، 102 ، 95	ابن القاسم
49 ، 24	القرافي
72 ، 69 ، 67 ، 62 ، 60	ابن القصار
103 ، 97	ابن الماحشون
43 ، 42 ، 36	مالك
95	المواق
59	ميارة
86	النوي
95	ابن يونس

4- فهرس المواد القانونية

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
98	مدي	01	...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية
62	مدي	1/90	إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر
63	مدي	90	...وتبين أن المتعاقد المغيون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا
63	مدي	91	يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود
53	مدي	97	إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا
53	مدي	102	إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا
53	مدي	105	إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال
47	مدي	106	العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون
81	مدي	1/358	إذا بيع عقار بغير يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل
67 79	مدي	2/732	يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
81	مدي	2/732	...وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقض من حصته
89	مدي	379	...أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع
91	مدي	1/382	تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول
92	مدي	385	لا ضمان للعب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمراد
08	مدي	713	إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك
25	مدي	1/722	لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع
25 32 39	مدي	723	يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها
32	مدي	724	إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة
25	مدي	725	يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية
25	مدي	727	تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
124	مديني	729	لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش
44	مديني	730	يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى
105	مديني	731	يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان على جميع المتقاسمين غير المعسرين. غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعاً إلا خطأ المتقاسم نفسه
50 67 73	مديني	732	يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
32	مديني	1/733	يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مقرر يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات
45	مديني	735	تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة
113 125	مديني	774	تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة
119	مديني	775	يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها
113	أسرة	126	أسباب الإرث: القرابة والزوجية
113	أسرة	127	يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي
113	أسرة	128	يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث
113	أسرة	135	يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم: 1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا. 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. 3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية

الصفحة	القانون	رقمها	نص المادة
114	أسرة	138	يمنع من الإرث اللعان والردة
119	أسرة	180	لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا
125	أسرة	180	يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع. 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى. 3- الوصية...
119	أسرة	184	الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع
120	أسرة	185	تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة
119	أسرة	186	يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل
119	أسرة	187	تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس
120	أسرة	188	لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي
120	أسرة	192	يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها
120	أسرة	201	تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها

5- فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

- علوم القرآن:

- (01) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن ط1، دت، (مكتبة دار المصحف، دب)
 (02) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تح: علي البجاوي، دط، 1974م،
 (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (03) أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دط، دت، (دار الكتاب
 العربي، دب)

- الحديث الشريف وعلومه:

- (04) أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دط،
 دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (05) أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الصغرى، تح: خليل مأمون شيخا، ط1، 2000م،
 (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
 (06) أبو بكر محمد علي بن العربي، عارضة الأحوذى شرح الترمذى، دط، دت، (دار الكتاب
 العربي، بيروت، لبنان).
 (07) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، علق عليه: أحمد سعد علي، ط2، 1983م،
 (مطبعة مصطفى البابى، دب)
 (08) أبو زكريا يحيى بن شرف محي الدين النووي، شرح صحيح مسلم، دط، 1981م، (دار
 الفكر، بيروت، لبنان)
 (09) أبو عمر بن يوسف بن عبد البر النمري، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، علق
 عليه ووضع حواشيه: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، ط1، 2000م، (دار
 الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
 (10) إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر على ألسنة
 الناس، تح: محمد هندواوي، ط1، 2000م، (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان)

- 11) مالك بن أنس، الموطأ بهامش المنتقى، ط3، 1993م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)
- 12) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دط، دت، (دار الجيل، بيروت، لبنان)
- 13) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دط، دت، (دار الكتاب المصري، بيروت، لبنان).
- 14) نور الدين بن علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ط3، 1982م، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)

- اللغة والمعاجم:

- 15) أبو الحسين أحمد بن زكرياء، معجم المقاييس في اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دط، 1979م (دار الفكر، دب)
- 16) أحمد الفيومي، المصباح المنير، دط، 1990م، (مكتبة لبنان، لبنان)
- 17) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دط، دت، (دار المعارف، دب)
- 18) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، 1982م، (دار الفكر، دمشق، سوريا)
- 19) الشريف الجرجاني، التعريفات، اعتنى به محمد مصطفى أبو يعقوب، ط01، 2006م، (مؤسسة الحسين، الدار البيضاء، المغرب)
- 20) محمد الرازي، مختار الصحاح، دط، دت، (دار الحديث، القاهرة، مصر)
- 21) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط7، 2003م، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان)

- التراجم:

- 22) إبراهيم بن نور الدين المعروف بابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح: مأمون الجنان، ط1، 1996م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 23) أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقرب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ضبطه: محمد سالم هاشم، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)

- 24) أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تح: عبد الفتاح محمد الحلو، ومحمود محمد الطناحي، ط2، 1992م (دار هجر، الجيزة، مصر)
- 25) أحمد بابا التمبكتي، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، ط1، 2002م، (دار ابن حزم، بيروت، لبنان)
- 26) محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دط، دت، (دار الفكر، دب)

- الفقه وأصوله:

- 27) إبراهيم عبد الحميد، القسمة، الموضوع 12، ط تمهيدية، دت، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت)
- 28) أبو الحامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 29) أبو الحسن علي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار الفكر، دب)
- 30) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)
- 31) أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب، التفریع، دراسة وتحقيق: حسين الدهماني، ط1، 1987م، (دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان)
- 32) أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الضناوي، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 33) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، ط4، 1984م، (دار الكتاب العربي، بيروت لبنان)
- 34) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء، ط1، 2002م، (دار ابن حزم بيروت، لبنان)
- 35) أبو بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1982، (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان)
- 36) أبو بكر بن محمد بن عاصم، متن العاصمية، دط، دت، (دد، دب)

- (37) أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (38) أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، وضع حواشيه: زكريا عميرات، ط1، 1999م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (39) أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، دط، دت، (دار الهدى، عين مليلة، الجزائر)
- (40) أحمد الدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دط، 1999م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- (41) أحمد الدردير، الشرح الصغير، دط، دت، (مؤسسة العمر، الجزائر)
- (42) أحمد الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ط1، 1998م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- (43) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دط، دت، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- (44) أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، تح: محمد بوخبزة، ط1، 1994م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- (45) أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- (46) أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، تح: جماعة بإشراف: محمد حاجي، دط، دت، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- (47) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، 1999م، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر)
- (48) أحمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط01، 1998م، (دار القلم، دمشق، سوريا)
- (49) جمعة محمد محمد براج، أحكام الموارث، دط، 1981م، (دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن)
- (50) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ط الأخيرة، 1981م، (دار الفكر، دب)
- (51) شهاب الدين القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، تح: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، ط1، 2001م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)

- 52) عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ط1، 2002م، (مؤسسة الريان، بيروت، لبنان)
- 53) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 54) عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دط، 2000م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 55) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، 1996م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)
- 56) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دط، 1990م، (دار النهضة العربية، بيروت، لبنان)
- 57) علي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دط، دت، (دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر)
- 58) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسي، دط، دت، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 59) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ضبط: محمد محمد تامر، دط، دت، (مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر)
- 60) محمد ابن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، ط2، 1988م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 61) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دط، 1997م، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)
- 62) محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش البهجة، دط، دت، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب)
- 63) محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، 1972م، (دار الفكر، دب)
- 64) محمد الخرشي، حاشية الخرشي، تخ: زكريا عميرات، ط1، 1998م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- 65) محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الاجفان والظاهر المعموري، ط1، 1999م، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)

- (66) محمد الضويبي، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دط، 2001م،
(دار المعارف، الإسكندرية، مصر)
- (67) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، دت، (المؤسسة الوطنية للكتاب،
الجزائر)
- (68) محمد المواق، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، ط2، 1987م، (دار الفكر، دب)
- (69) محمد بشار، أسهل المسالك نظم ترغيب المرید السالك، دط، 2000م، (دار الفكر،
بيروت، لبنان)
- (70) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تح: سعيد أعراب، ط1، 1983م،
(دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)
- (71) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط10، 1988م، (دار
الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (72) محمد بن الحسن البناي، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني بهامش شرح الزرقاني، ط1،
2002م، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)
- (73) محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط02، 1999م،
(مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب)
- (74) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 1998م، (دار الفكر،
بيروت، لبنان)
- (75) محمد عليش، تسهيل منح الجليل، دط، دت، (مكتبة النجاح، ليبيا)
- (76) محمد عليش، فتح العلي المالك، دط، دت، (دار المعرفة، بيروت، لبنان)
- (77) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، دط، 1999م، (منشأة
المعارف، الإسكندرية، مصر)
- (78) محمد محدة، مختصر علم الأصول الفقه الإسلامي، دط، دت، (دار الشهاب، باتنة، الجزائر)
- (79) محمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام، دط، دت، (دار الفكر، دب)
- (80) محمد ولد لحبيب الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، ط1، 1995م، (دار المنيرة،
جدة، السعودية)
- (81) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، 1999م،
(دار القلم، دمشق، سوريا)

- 82) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دط، 1981م، (دار الفكر، بيروت، لبنان)
- 83) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ط2، 2002م، (دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا)
- القانون:**
- 84) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2004م، (منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر)
- 85) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، دط، 2001م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 86) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، دط، 1988م، (الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر)
- 87) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (الدار الجامعية، دب)
- 88) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، دط، 1995م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر)
- 89) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)
- 90) حمدي باشا عمر، وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دط، 2002م، (دار هومه، الجزائر)
- 91) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 92) دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموازيث، دط، 2003م، (دار هومة، بوزريعة الجزائر)
- 93) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دط، 2002م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 94) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، ط2، 1995م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر)
- 95) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دط، دت، (دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان)
- 96) عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دط، دت، (دار النهضة، بيروت، لبنان)
- 97) علي حسن الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ط1، 2002م، (دار وائل للنشر، عمان، الأردن)

- 98) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي، ط1، 2001م، (مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة، الجزائر)
- 99) فايز السيد اللمساوي وأشرف فايز اللمساوي، قسمة المال الشائع و دعاوى الفرز والتجنيب، ط1، 2004م، (المركز القومي للإصدارات القانونية، دب)
- 100) محمد حسن قاسم، القانون المدني- العقود المسماة-، دط، 2000م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)
- 101) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، 1994م، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)
- 102) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2003م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)
- 103) محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، دط، 1983م، (المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية الجزائر)
- 104) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دط، دت، (دار هومة، بوزريعة، الجزائر)
- 105) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د، ط، د، ت (دار هومه، الجزائر)
- 106) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، ط8، 2002م، (دار محمود للنشر والتوزيع، دب)
- 107) نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دط، 2002م، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر)
- 108) نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، دط، 2001م، (دار المعارف، الإسكندرية، مصر)
- 109) نبيل صقر، قانون الأسرة- نصا وفقها وتطبيقا-، دط، دت، (دارالهدى، عين مليلة، الجزائر)
- 110) وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دط، 1993م، (دد، عمان، الأردن)

- التقنين:

- 111) الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

112) القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

113) القانون المدني المصري رقم 131، لسنة 1948م، الصادر في 9 رمضان سنة 1367هـ، الموافق لـ: 16 يوليو 1948هـ، والمعمول به من أكتوبر سنة 1949م.

6- فهرس المحتويات

إهداء	أ
شكر وتقدير	أ
المقدمة	1
مدخل	1
تعريف الشيوع:	1
مصادر الشيوع:	1
أسباب انقضاء الشيوع	1
الفصل الأول: ماهية القسمة	1
المبحث الأول: تعريف القسمة ومشروعيتها وحكمتها	1
المطلب الأول: تعريف القسمة	1
الفرع الأول: تعريف القسمة في الفقه المالكي لغة واصطلاحاً	1
الفرع الثاني: تعريف القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: مشروعية القسمة	1
الفرع الأول: مشروعية القسمة في الفقه الإسلامي	1
الفرع الثاني: التنظيم القانوني للقسمة	1
المطلب الثالث: حكمة القسمة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	1
المبحث الثاني: أركان القسمة وأنواعها وكيفيةها	1
المطلب الأول: أركان القسمة:	1
الفرع الأول: أركان القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: أركان القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: أنواع القسمة	1
الفرع الأول: أنواع القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: أنواع القسمة في القانون المدني الجزائري	1
المطلب الثالث: كيفية القسمة	1
الفرع الأول: كيفية القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: كيفية القسمة في القانون الجزائري:	1
المبحث الثالث: طبيعة القسمة وصفتها ومفهوم طوائرها	1

المطلب الأول: طبيعة القسمة	1
الفرع الأول: طبيعة القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طبيعة القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: صفة القسمة	1
الفرع الأول: في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: في القانون الجزائري	1
المطلب الثالث: مفهوم طوارئ القسمة	1
الفرع الأول: تعريف الطوارئ	1
الفرع الثاني: علاقة الطوارئ بالفساد والبطلان والصحة	1
الفرع الثالث: علاقة الطوارئ بالنواقض والعوارض	1
الفصل الثاني: أحكام طوارئ القسمة	1
المبحث الأول: طرود الغبن على القسمة	1
المطلب الأول: خيار الغبن وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن	1
الفرع الأول: خيار الغبن	1
الفرع الثاني: أنواع القسمة التي يجوز نقضها بالغبن	1
المطلب الثاني: أحكام ودعوى الغبن في القسمة	1
الفرع الأول: أحكام الغبن	1
الفرع الثاني: دعوى الغبن في القسمة	1
المبحث الثاني: طرود العيب أو الاستحقاق على القسمة	1
المطلب الأول: طرود العيب على القسمة	1
الفرع الأول: خيار العيب	1
الفرع الثاني: أحكام العيب وأنواع القسمة التي يجوز نقضها بالعيب	1
المطلب الثاني: طرود الاستحقاق على القسمة	1
الفرع الأول: أحكام الاستحقاق في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الجزائري	1
المبحث الثالث: طرود وارث أو موصى له أو دين على القسمة	1
المطلب الأول: طرود وارث على القسمة	1
الفرع الأول: طرود وارث على القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طرود وارث على القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثاني: طرود موصى له على القسمة	1
الفرع الأول: طرود موصى له على القسمة في الفقه المالكي	1
الفرع الثاني: طرود موصى له على القسمة في القانون الجزائري	1
المطلب الثالث: طرود دين على القسمة	1
الفرع الأول: طرود دين على القسمة في الفقه المالكي	1

- الفرع الثاني: طرء دین علی القسمة فی القانون الجزائري 1
- الخاتمة 1
- الفهارس 1
- 1- فهرس الآيات القرآنية 1
- 2- فهرس الأحاديث النبوية 1
- 3- فهرس الأعلام 1
- 4- فهرس المواد القانونية 1
- 5- فهرس المصادر والمراجع 1
- 6- فهرس المحتويات 1

